Erster Beratungsgegenstand:

Die Kirchen unter dem Grundgesetz

1. Bericht von Professor Dr. Martin Heckel, Tübingen

I.

Die neueren Entscheidungen zum Staatskirchenrecht, die in den beiden letzten Jahren ergangen sind und die in ihrer vorsichtig-verhaltenen Behutsamkeit wahrlich keinen Erdrutsch im staatskirchenrechtlichen Terrain verursacht haben, haben doch die in ihren vertrauten Bahnen kreisende Theorie in Unruhe versetzt. Sie haben — wohl überwiegend — ein kritisches Urteil in der Zukunft gefunden. Man hat in ihren Andeutungen einen neuen, ungewohnten Geist verspürt, eine bedenkliche Traditionsfremdheit, ja Traditionsabsage. So sehr dieses spontane Engagement für die Tradition und für ihr Normgerüst denjenigen in glückliche Verwirrung bringt, der sich ohne Zorn und Eifer und um ihres Eigenwertes willen mit der kirchlichen Rechtsgeschichte befaßt, so mag ihn doch die Phalanx dieser Freunde nachdenklich stimmen. Zwar trifft es zu, daß gerade in den kulturstaatlichen und staatskirchenrechtlichen Bereichen der Zusammenhang von Tradition und Leben evident erscheint. Für das kulturstaatliche System der Verfassung würde es eine Bedrohung und für das höchste deutsche Verfassungsgericht eine Bloßstellung bedeuten, wenn sich in seiner Judikatur ein Begriff von „Tradition" breit machte, der darunter nur das Abgestorbene begreift, sich aus dem historischen Entwicklungszusammenhang des öffentlichen Rechts löst und der die (historisch begründete) geisteswissenschaftliche Dimension eingebüßt hat, die gerade die deutsche Jurisprudenz seit der historischen Schule im Zusammenklang der Geisteswissenschaften vertieft und befruchtet hat. — Aber gerade im Staatskirchenrecht sind uns mit den Formen der Tradition auch ihre Fehler vererbt worden, ihre Belastungen, vor allem aber — wie mir scheint — eine Fülle falscher Alternativen.

Denn es ist doch wohl vieles verquert gelaufen in der eigentümlichen Entwicklung des deutschen Staatskirchenrechts, das

sich seit über vier Jahrhunderten von dem der anderen Verfassungsordnungen des europäischen bzw. westlichen Kulturkreises unterscheidet. Seine Schwächen und Versäumnisse zeigen sich schon im Zeitalter der Reformation, als die geschlossene, sakral begründete mittelalterliche Einheitskultur des geistlichen und weltlichen Rechts, das „konstantinische System", im Reiche an der Glaubensspaltung durch einen Riß in der Tiefe zerbrach. Einige seither weit nachwirkende Grundzüge seien in diesen Präliminarien kurz skizziert.

Seit den Anfängen der Reformation[1]) leidet das Staatskirchenrecht — des Reiches wie der Länder — unter einem starken Zug der juristischen Veräußerlichung, ja Vergewaltigung.

Die aus den theologischen Tiefenfragen um die Buße, Absolution, geistliche Kirchengewalt und Kirchenidee, um Glaube, Rechtfertigung des Sünders, Sakrament und Wortverkündigung entflammte religiöse Auseinandersetzung gleitet rasch ab auf die Ebene der äußeren, politischen Streitigkeiten und ihrer äußerlichen, rechtlichen Remeduren, ihrer politisierten Schutz-, Friedens- und Herrschaftsordnungen, die im Reich wie in den Territorien den eigentlichen theologischen wie den kirchlichen Ordnungsprinzipien beider Konfessionen hart widerstreiten.

In den evangelischen Ländern ist das Mißverhältnis noch viel krasser als in den katholischen[1a]). Das Staatskir-

---

[1]) Dazu vor allem die Studien zur Kirchen- und Rechtslehre Luthers von Johannes Heckel: Initia iuris ecclesiastici Protestantium, Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Philos.-histor. Klasse, Jhg. 1949 Heft 5, 1950; Lex charitatis, Abhandlungen der Bay. Akademie der Wissenschaften, Philos.-histor. Klasse, NF. Heft 36, 1953; Kirche und Kirchenrecht nach der Zwei-Reiche-Lehre, ZRG 79 Kan. Abt. 48, 1962, S. 222 ff.; vgl. auch den Sammelband Das blinde, undeutliche Wort ‚Kirche', Gesammelte Aufsätze, hrsg. von Grundmann, Köln-Graz 1964.

Die Folgewirkungen der Reformation auf die Theorie und Praxis der Religionsverfassung im Reiche habe ich zu skizzieren versucht in: Staat und Kirche nach den Lehren der evangelischen Juristen Deutschlands in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts, ZRG 73 Kan. Abt. 42, 1956, S. 117 ff. und ZRG 74 Kan. Abt. 43, 1957, S. 202 ff. (jetzt auch in: Jus Ecclesiasticum, hrsg. von S. Grundmann u. a., Bd. 6, München 1968); Autonomia und Pacis Compositio. Der Augsburger Religionsfriede in der Deutung der Gegenreformation, ZRG 76 Kan. Abt. 45, 1959, S. 141 ff.; Parität, ZRG 80 Kan. Abt. 49, 1963, S. 261 ff., sowie in verschiedenen Artikeln des Evangelischen Staatslexikons, hrsg. von Kunst und Grundmann, Stuttgart-Berlin 1966 (insbesondere „Reformation", Sp. 1804 ff., 1821 ff.).

[1a]) In den katholischen Ländern wird das gemeine kanonische Recht überlagert von den spezifischen Eingriffs-

chentum und landesherrliche Kirchenregiment, das sich in der 2. Hälfte des 16. Jhs. mit der Formel „cuius regio eius religio" durchgesetzt hat und die nächsten 3 Jahrhunderte in Praxis und Theorie beherrscht, steht in scharfem Widerspruch zum Wesen der Kirche und des Kirchenrechts in der Ekklesiologie und Rechtstheologie der Reformation. Indem es die Kirche zur Staatsanstalt, das geistliche Amt zur Staatsinstitution, das kirchliche Recht zum Staatsrecht, das freie geistliche Bekenntnis zur gesetzlichen Staatsdoktrin werden ließ, hat es den geistlichen Kirchenbegriff an der Kirche und in ihr den geistlichen Rechtsbegriff am Recht verfehlt. Die Verschmelzung von Staat und Kirche im Staatskirchentum widerstreitet der reformatorischen Lehre von den beiden Reichen, ihrer Wesensunterscheidung des Reiches Gottes und der Welt und deshalb der Kirche und des Staates, die in der Kirche (der geistlichen Eigenart ihrer Ordnung gemäß) keine „weltlichen" hoheitlichen Strukturen duldet — wie sie andererseits die weltliche Gewalt aus der Dienstbarkeit des kanonischen Rechts befreite. Mit dieser Vermischung hat das Staatskirchentum die „Weltlichkeit" des weltlichen Rechts verloren, zu der gerade die reformatorische Eigenbesinnung auf das Geistliche an der Kirche und ihrem Recht das Tor geöffnet hatte. Das Staatskirchentum der nachreformatorischen Epoche vereinigt darum in einer abgründigen Dialektik sowohl eine theologische illegitime Sakralisierung seiner religiösen Herrschaftsstrukturen, als auch eine innere Säkularisierung von Kirche, Bekenntnis und Kirchenrecht durch die staatliche Verfügbarkeit und Macht. Die Staatskirchenordnung verhärtet und verselbständigt sich im Institutionellen, Statischen, Transpersonalen und Normativen; sie verliert jenes Wesensmerkmal des Personalen, Dynamischen, Aktualen, der Freiheit von Zwang und Gesetzlichkeit, das der reformatorischen Begründung der kirchlichen Ordnung aus der Verkündigung, dem Rechtfertigungsgeschehen, dem geistlichen Wesen und Leben der Kirche „sine vi sed verbo" eigentümlich ist und das heute in der nachkonziliaren Diskussion des Verhältnisses von Kirche und Recht, Kirche und Welt aus neuen Quellen aufgebrochen ist. Vor allem aber ist der theologische Freiheitsgedanke nicht in der Staatskirchenordnung entfaltet worden: Die Freiheit vom „weltlichen", säkularen wie hierarchischen Glaubenszwang, die sich aber als Freiheit aus dem Glauben, aus der Verkündigung versteht,

---

rechten des Staatskirchentums (Plazet, recursus ab abusu, Nominations- und Patronatsrechte), die der Preis für den Schutz und die Förderung des katholischen Kirchenwesens in der Gegenreformation durch die Zwangsgewalt der katholischen Staaten gewesen ist.

die aus der „Gesetzlichkeit" der Welt befreit und eben deshalb den freien Christen in die Welt hineinführt zum Nächstendienst. Eine Freiheit des freien Wirkens in der Welt, eine Freiheit aus der theologischen Beziehung, ja Bindung an die Wahrheit, eine Freiheit des Einzelnen, die sich nicht in der Vereinzelung und Weltabkehr, sondern — korporativ — in der Gemeinsamkeit der christlichen Gemeinde und in ihrem solidarischen Weltdienst begreift. —

Wie dieses Territorialstaatskirchenrecht, so leidet auch das Reichskirchenrecht von 1555 und 1648 an folgenschweren Verfremdungen. Aus dem religiösen Ringen um die Einheit der Kirche erwächst mit der Glaubensspaltung eine innere Spaltung des Reiches und seines Rechts, die sich in einer Kette schwerster Verfassungskrisen äußert und durch die bikonfessionelle Friedensordnung nur äußerlich überdeckt wird. Die Folge ist eine eigenartige, erste Koexistenzordnung zweier widerstreitender konfessioneller Machtblöcke geworden, konfrontiert in der beiderseitigen Identitätsbehauptung mit der einen wahren Kirche und dem rechten Reiche, in dem Anspruch auf Alleinrepräsentation und Wiedervereinigung, welche doch zusammengefügt bleiben in einer äußerlichen Einheit und bikonfessionellen Kompromißordnung des Reiches, die selbst die Erschütterungen eines 30jährigen Krieges überdauert. Indem dieser Religionsfriede gerade nicht den religiösen Frieden bescherte, sondern nur einen äußeren politischen Frieden brachte, gleichwohl aber beide Teile an der staatskirchlichen Einheit von Glaube und politischer Ordnung festzuhalten trachten (und die modernen Trennungen zwischen Kirchen- und Staatswesen vermeiden wollen), ist in dem System eine prinzipielle und durchgehende politische Säkularisierung und Konfessionalisierung in eigenartig abgründiger Weise verwoben: Über den Bekenntnisstand ist von Reichs wegen durch Reichsgesetz verfügt in der paritätischen Alternative der beiden zugelassenen Großbekenntnisse. Sie äußert sich in dem ius reformandi als einem formalen, säkularen Recht der Bekenntnisbestimmung durch die Obrigkeit und später in einer territorialen Fixierung der Konfessionsgebiete nach dem Normaljahrssystem von 1624. Auf der säkularen politischen Landfriedensebene baut sich die Konfessionalisierung der Reichsorganisation und des Reichsverfahrens auf: Mit seiner Parität des Konfessionsproporzes der Reichsämter und Reichsgerichte und der paritätisch-konfessionellen itio in partes, die sich über die Glaubenssachen hinaus auf das Gesamtgebiet des Rechts, auf Gesetzgebung, Rechtsprechung und Exekutive erstreckt, die Säkulares kon-

fessionell und Konfessionelles säkular traktieren läßt, das Reich innerlich spaltet und in das vertragsartige Paktieren der beiden Partner zwingt. In dieser Verquickung werden die beiden Konfessionen organisiert und repräsentiert durch die politischen Machtträger, die Reichsstände im Zusammenschluß zur evangelischen bzw. katholischen „Religionspartei" — nicht „Kirche", denn eine solche existiert als Rechtsform weder im Staatskirchenrecht des Reiches noch der Territorien. So ist in dieser verquerten und stets durch Krisen und unlösbare Verfassungskonflikte und -prozesse belasteten Weise beiden Konfessionen die gleichzeitige politische Existenz im Reichsrecht verbürgt — ungeachtet des Absolutheitsanspruchs ihres innerkirchlichen Rechts. Zugleich aber ist ihnen die paritätische politische Teilhabe an der Reichsverfassung verschafft zur Sicherung ihrer gleichgewichtigen politisierten wie konfessionalisierten Einflußnahme auf das öffentliche Wesen, die in der dynastischen Kirchenherrschaft des deutschen Territoriums ihre Fortsetzung und Entsprechung findet und sie in den Strudel der weltlichen Macht-, Heirats- und Erbpolitik zieht. —

Wer einen Blick in die Tiefennöte, Pervertierungen und Verzerrungen des deutschen Staatskirchentums seit dem konfessionellen Zeitalter geworfen hat, der kann nur staunen über das Bild jener Idylle, das sich die herrschende Sicht davon gezeichnet hat: Daß die Beziehungen zwischen Staat und Kirche bis in den Kulturkampf hinein in unproblematischer, spannungsloser Weise — als ein Verhältnis „kommensurabler, in klaren Beziehungen zueinander lebender Mächte" (R. Smend) das konstantinische Zeitalter fortgeführt haben, um sich nach einer zweiten Periode innerer Fremdheit unter der Weimarer Reichsverfassung in einer dritten Epoche seit 1945 in neuer, innerer „Nähe" zu finden[2]).

Und diese Verquertheiten setzen sich fort, als der Panzer des Staatskirchentums in der Theorie der Aufklärung und in der Praxis des Staatskirchensystems des 19. Jhs. gesprengt wird, und sie belasten noch heute eine freie, moderne Sicht durch überholte, den Blick verstellende Leitbilder:

1. Das Staatskirchenrecht wird weithin verstanden als Kampfstruktur, als Kampfmittel des Staates, statt als Ordnung des Ausgleichs und der Freiheit im politischen, gesellschaftlichen und geistigen Leben der Nation. Als Kampfmittel in doppeltem, schillerndem Sinn: Gegen die Macht der Kirche (insbes. der katholischen) wie

[2]) Rudolf Smend, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, ZevKR 1 (1951), S. 4 ff., 9.

gegen die Macht der wachsenden säkularen Idee. Es hat seine obrigkeitsstaatlichen, autoritären Seiten traditionell stark herausgekehrt: Sowohl auf der konservativen Linie des „christlichen Staates", der durch Einsatz weltlicher Rechtsformen die „Christlichkeit" des öffentlichen Wesens festzuhalten sucht, als auch in den Spuren der josephinischen wie der liberalen Politik der Kirchenbeschränkung.

2. Das Staatskirchenrecht bleibt einer falschen Einheitsvorstellung verhaftet, die mit der Vielfalt des geistigen und religiösen Lebens im konfessionell gemischten Staate der nachnapoleonischen Ära zunehmend in bedrängenden Widerspruch gerät. Der geschlossene Geist, aus dem der absolute und später der konstitutionelle bürgerliche Nationalstaat seine Kirchenpolitik und Staatskirchenordnung zu üben strebt, zerfällt und wird hohl, — auch dort, wo er auf eine weltliche Neutralitätsidee von inhaltlicher säkularer und ideologischer Geschlossenheit pocht, die aus dem säkularen Naturrecht der Aufklärung erwachsen ist. Das pluralistische Problem reicht weit zurück!

3. Das Staatskirchenrecht verfängt sich in einem veräußerlichten Institutionendenken, das weithin — in Theorie und Praxis — die Beziehungen zu den religiösen Lebensprozessen verloren hat, was sich in den Konflikten des 19. Jhs. seit den Kölner Wirren und besonders im Kulturkampf rächt. Das wird schlecht verbrämt durch eine gewisse künstliche Sakralisierung der politisch-monarchischen Institutionen seit der Restauration („Heiligkeit der Ordnungen"; Friedrich Julius Stahl). Sie hat Katholiken wie Liberale gereizt zu Ärgernis und Widerspruch, und ihre staatstheoretische Überzeugungskraft ist in der Ära des Positivismus rasch verblaßt. Sie hat auch in der protestantischen Theologie keine rechte Stütze und Legitimation gewinnen können, weil sie ohne innere Beziehung zu den zentralen Lehrbegriffen von der personalen Rechtfertigung des Sünders aus dem Glauben, der geistlichen Kirche und Kirchengewalt, dem allgemeinen Priestertum, der „Weltlichkeit" der Welt bleiben muß, ja diesen latent widerstreitet. Die staatskirchenrechtlichen Institutionen, aus denen die Gesellschaft schon im 19. Jh. z. T. herausgetreten ist und denen sich die Kirche (vor allem auf katholischer Seite) zu entziehen trachtet, gewinnen dadurch einen Zug des Hohlen und Fassadenhaften: Gerade auch dort, wo sie die Verbindungen zur Kirche, die kirchliche Förderung, Privilegierung und Bemächtigung der Gesellschaft fortzuführen suchen. Die Institutionen erscheinen als Macht und Zwang, als Damm gegen die Flut der Zeit, statt Lebensform und Re-

sultat freigeordneter Lebensprozesse zu sein. Von diesem verselbständigten und selbstbezogenen Institutionendenken aus hat das Staatskirchenrecht das Problem der Sonderung und der Verzahnung von Staat und Gesellschaft nur mangelhaft bewältigt.

4. In dieser Veräußerlichung wird das große Thema des Staatskirchenrechts ganz einseitig gesehen in der Institutionen-Rivalität oder aber in einem Institutionen-Paktieren zwischen Staat und Kirche, wie es auf dem Rücken der Bürger, der Gläubigen wie der Ungläubigen, ausgetragen wird und den Menschen aus den Augen zu verlieren droht — ebenso aber auch die besondere Sachgesetzlichkeit der anvertrauten Sachbereiche in Bildung, Erziehung, Kultur- und Sozialleben allzu leicht überfremdet: So daß man Lust verspürt, aus diesem Teufelskreise des abwechselnden Rivalisierens und Paktierens solcher Art auszusteigen!

Die Rivalität äußert sich in dem traditionellen Einsatz der staatlichen hoheitlichen Exekutivmittel, der Aufsichts- und Kuratelakte durch die Exekutive, — so in den konservativ-etatistischen Regionen des Staatskirchenrechts, die den Leitbildern des Josephinismus bzw. des „Christlichen Staates" nachhängen. Das Rivalitätendenken äußert sich aber ebenso in den liberalen Errungenschaften des 19. Jhs. bis hin zu seinen laizistischen Einschlägen, die die Macht des Ultramontanen, Klerikalen und Hierarchischen auch im kirchlichen Bereich wo nicht zu brechen, so doch einzukesseln suchen: Durch das Kampfmittel der Schrankengesetze gegenüber der Kirchenfreiheit, durch Trennungstendenzen als Mittel der Entmachtung, durch die Aufnötigung eines liberalen Kultur- oder Vereinsmodells, um die Hierarchie zu schwächen, auch wenn das hier nie zu dem strategischen Vernichtungskrieg der französischen Trennungsgesetze von 1904 gedieh, welche die hierarchische Kirchenverfassung der katholischen Kirche mit den liberalen Vereinsstrukturen der staatlich oktroyierten Kultusvereine beglücken und zerschlagen wollte.

Das Institutionen-Paktieren andererseits führt in den Konkordaten zur Verbürgung mancher institutionellen Formen, welche nicht mehr ausgefüllt und gelebt werden können und die Positionen andersdenkender Gruppen oder Minderheiten verkürzen, Verbürgungen, die ein neues rivalisierendes Suprematiestreben auszulösen drohen. Überdies drängt das Paktieren nach der Logik seiner Rechtsform leicht zu sachfremden Verknüpfungen der einzelnen Vertragsmaterien aus dem Synallagma und den Sanktionen des Vertrages (z. B. Ostgrenzen und Schulform), auf welche die Öffentlichkeit emp-

findlich reagiert, weil sie die juristische Berechtigung nicht begreift — und das vielleicht mit einem höheren Recht: denn das juristisch verklemmte Schielen steht der Kirche schlecht an in der ihr aufgegebenen dienenden und geraden Ausrichtung auf ihre geistliche Aufgabe und Vollmacht.

5. Das Staatskirchenrecht und seine Theorie im 19. Jh. leidet an der falschen Antithetik, ja Trennung von Institution und Person, Individuum und Gemeinschaft — stärker noch, als dies im weltlichen Verfassungsrecht geschieht. Bei den Institutionen fördert diese transpersonale, autoritäre Sicht ihre juristische Veräußerlichung und Sinnentleerung gerade in den religiösen, den kirchlichen Beziehungen, die vom persönlichen, geistlichen Vollzug des Glaubens leben. Die Isolierung des Individuums in der staatskirchenrechtlichen Behandlung aber widerstreitet den theologischen wie den religionssoziologischen Grundrelationen, da Verkündigung und Glaube zur Bruderschaft in der Gemeinde rufen und zur Solidarität in und mit der Welt und sich deshalb in den korporativen Formen äußern wollen.

Als unselige Erbschaft des 18. und 19. Jhs. resultiert daraus z. B. das bis heute unausgeglichene Verhältnis der individuellen und der korporativen Religionsfreiheit: Die Frage nach den Sinndifferenzen von Art. 4 und Art. 140 GG, ihrer inneren Beziehung oder Beziehungslosigkeit, etwa nach ihrem Rangverhältnis im Verständnis und Ausbau des personalen Status wie der Institutionen; die Frage ferner, ob sich die Selbstbestimmungsgarantie des Art. 137 III WV auflösen und erübrigen lasse durch die individuelle oder kollektive Religionsfreiheitsgarantie des personalen Grundrechtsteils (Art. 4 GG) oder ob dadurch nicht der Kirche ein kollegialistisches Modell angesonnen werde, das ihrem durch Art. 137 III WV/140 GG garantierten dogmatischen Selbstverständnis als Stiftung Gottes widerspricht?

6. Das Staatskirchenrecht leidet — stärker noch als andere Verfassungsbereiche — an dem falschen Gegensatz von Institution und Freiheit oder m. a. W. an der Gefahr des Freiheitsverlustes in den Institutionen: Sowohl bei der Einschätzung der kirchlichen Institutionen, mit denen der Staat zu tun hat, als auch bei der Ausgestaltung und Handhabung der staatlichen Institutionen des Staatskirchenrechts und der weiteren, von ihm qualifizierten Zonen der Kultur- und Sozialordnung. Über der einseitigen Betonung der Schrankenaspekte ist die legislatorische Aufgabe der Entfaltung der Freiheit in den Institutionen in

der Theorie und Praxis der staatskirchenrechtlichen Tradition m. E. bis heute viel zu kurz gekommen: Die Aufgabe, die Freiheit sowohl in den Statusverhältnissen des Individuums als auch in den sie umgebenden und ausformenden Institutionen zu realisieren und zu garantieren! Das ist der Grund für so manche Fehldeutungen sowohl der individuellen Glaubens- und Bekenntnisfreiheit (ihrer isolierten, zugleich übersteigerten wie verlorenen Sicht), als auch für eine Veräußerlichung der Schrankenproblematik gegen die Kirchenfreiheitsgarantie, aber ebenso für eine autoritäre Verkarstung derjenigen staatlichen Institutionen, die sich verfassungsgemäß seit alters mit der Förderung und dem Schutz des kirchlichen Wirkens befassen.

7. Überhaupt wird man sagen dürfen, daß die traditionelle Theorie in allen ihren Flügeln das Freiheitsproblem im Staatskirchenrecht nicht recht und nicht voll in den Griff bekam, und es mag überraschen, daß sich das Unbehagen darüber erst heute in der Unausweichlichkeit der Frage herauszustellen beginnt. Auch hier haben die historischen Gründe belastend gewirkt:

a) Daß die Freiheit einseitig als Individualfreiheit in der Vereinzelung hervorgekehrt wird, und daß sie sich weiterhin in einer Ausgrenzungsfreiheit erschöpfen soll (die den Gesetzgeber von der Aufgabe der Freiheitsentfaltung in den Institutionen dispensiert), ist eine Hypothek des Liberalismus aus dem 19. Jh., die sich in der staatskirchenrechtlichen Entwicklung doppelt unglücklich auswirkt:

Vor dem Hintergrund des institutionellen Staatskirchentums wird die individuelle Glaubens- und Bekenntnisfreiheit seit der Doktrin der Aufklärung in einer durchgehenden Linie bis zum heutigen Schulgebets- und Schulstreit vornehmlich als Freiheit zur Abkehr von der Kirche und von den staatlichen Staatskircheninstitutionen verstanden[3]): Der Sinn der Glaubensfreiheit liegt — so gesehen — in der Freiheit, nicht zu glauben, in der Negation oder der sog. „negativen" Glaubensfreiheit, die man nach dem Maß der Dissidenten und (später) der Atheisten zumißt, während für den Gläubigen der großen landeskirchlichen Bekenntnisse — also für die noch heute ganz überwiegende Mehrheit

[3]) Christian Thomasius-Enno Rudolph Brenneysen, Das Recht evangelischer Fürsten in Theologischen Streitigkeiten, 2. Aufl., Halle 1696, 6. Satz § 2 S. 65, 14. Satz § 1 S. 167, § 3 S. 171. Paul Hinschius, Staat und Kirche, in: Marquardsen's Handbuch des öffentlichen Recht, Freiburg i. B. 1887, S. 231 ff., 239.

der Bevölkerung — Glaube und Glaubensfreiheit (die sog. „positive" Glaubensfreiheit!) sozusagen stellvertretend von den großen Institutionen wahrgenommen und auf sie verrechnet werden. Es ist die Kampffreiheit aus der historischen Situation der Emanzipation, in Deutschland seit Thomasius entwickelt, die im Kulturkampf Auftrieb erhält, nach 1919 bestimmender hervortritt, ihre Forderungen nach einer Freiheitsgestaltung des Kultur- und Soziallebens in ihrem Zuschnitt stellt, sich (ihren Kampfcharakter gut verbergend) „liberal", „neutral" oder auch (heute) „humanistisch" nennt und sich schlicht für identisch mit der sog. „Wertordnung" oder — wie es heißt — dem „ethischen Standard"[4]) der Verfassung hält. In dieser verbreiteten, traditionellen Sicht bleibt dann die „positive" Religionsfreiheit, ihre Entfaltung und Konsequenzen für die Ordnung der Institutionen gleichsam ein weißer Fleck auf der Karte des Staatskirchenrechts und fällt für die große Mehrzahl der Bevölkerung aus. So schrumpft die Religionsfreiheit zusammen auf ein schmales Segment des Problemkreises, das sie dann durch (künstliche) artistische Deduktionen wieder (in ihrem Sinne) überspielt und ihrerseits umschlägt in eine Intoleranz der Negation, die nicht hinter der Intoleranz der Nötigung zur „positiven" Religiosität zurücksteht: Aus der Freiheit, nicht zum Bekenntnis genötigt zu werden, wird das Zwangsrecht, anderen die Bekenntnisübung zu verbieten; aus der Freiheit des Glaubenslosen in der Erziehung wird der Anspruch, daß auch die anderen glaubenslos erzogen werden müßten. Die Religionsfreiheit ist hier gleichzeitig zu schmal und zu breit verstanden, wird in ihrer isolierenden Verabsolutierung weder dem Toleranzgebot im sozialen Miteinander der Individuen gerecht, noch auch dem institutionellen Gefüge der Kulturkompetenzen und des Staatskirchenrechts.

b) In dem institutionellen Bereiche, also bei der Sicht der Kirchenfreiheitsgarantie, die aus dem Frankfurter Reichsverfassungsentwurf in die Landesverfassungen eindringt und 1919 zum Grundstock des unitarischen Staatskirchenrechts wird, äußert sich die mangelnde staatskirchenrechtliche Bewältigung der Freiheitsfrage an einer inneren und einer äußeren Front:

Auf der Innenseite, indem diese Freiheit lange als vom Staat verliehene Autonomie (nach dem Modell der Kom-

---

[4]) Obermayer, Gemeinschaftsschule — Auftrag des Grundgesetzes, hrsg. vom Bayerischen Lehrer- und Lehrerinnen-Verband, München 1967, S. 5.

munalfreiheiten) verstanden wird und das Staatskirchenrecht von Staats wegen über die Wesensbestimmung und Rechtsform der Kirche verfügt i. S. des säkularen, in der Aufklärung erwachsenen Korporationenbegriffs — als „Religionsgesellschaft" —, deren menschliche, staatliche Verfügbarkeit dem Selbstverständnis der Kirche als Stiftung Gottes, ihrem ius divinum und der theologischen Begründung ihres Rechts und ihrer Freiheit brüskierend widerstreitet. Man wird kaum sagen dürfen, daß diese Linie heute ganz überwunden sei: Sie äußert sich nur verhaltener, aber nicht minder deutlich in den rechtlichen Konsequenzen: Indem der Staat zwar einerseits der Kirche ihr Selbstverständnis in Dogma und Kirchenrecht beläßt (die staatskirchenrechtliche Rechtsform und Freiheit als ein äußeres formales Formangebot zur technischen Abwicklung ihrer Beziehungen in der weltlichen Rechtsordnung zur Verfügung stellt, ohne deren dogmatische Sinnerfüllung und kirchenrechtliche Ausformung zu präkludieren — der Staat denkt nicht mehr an einschlägige diplomatische Sanktionen, wie sie die deutschen Staatsregierungen gegen die Verkündung der Infallibilität des ersten Vatikanums erwogen), — indem der Staat die Kirche aber andererseits in den sog. „weltlichen" Bereichen der Kultur- und Sozialordnung nur als „weltlichen Kulturträger" oder Sozialträger (unter Ignorierung und Ausgrenzung ihres theologischen Selbstverständnisses und Wesens und ihrer besonderen kirchlichen Organisation) behandelt.

An der Außenfront der Kirchenfreiheitsgarantie aber führt jenes Kampfdenken institutioneller Rivalitäten zwischen Staat und Kirche und jener Freiheitsverlust in den staatskirchenrechtlichen Institutionen zu einer Fehlsicht der Freiheit wie ihrer Schranke:

Die Kirchenfreiheit erscheint betontermaßen als Ghettofreiheit, als bloße Ausgrenzungs- und Abwehrfreiheit von primär institutioneller Selbstbezogenheit auf den Apparat, als Freiheit der Exemtion und Immunitäten besonderer kirchlicher Bereiche. Diese sollen aus der staatlichen Rechtsordnung der Gesellschaft und Kultur ausgesprengt und abgeschirmt werden, um das kanonische Recht zur ungehinderten Geltung zu bringen, — wie denn der im Hochmittelalter ausgeformten Kanonistik (bis zum II. Vatikanum!) jenes Privilegien- und Exemtionendenken innerlich entspricht, obgleich es in vielfältigen Gegensatz zur Rechtsidee und -struktur des Verfassungsstaates seit der französischen Revolution geraten ist. Der eigentliche Sinn der kirchlichen Freiheit als Freiheit der Verkündigung und des Dien-

stes, nicht des Rückzugs und der Abkehr aus der Welt, sondern ihrer Sendung und Wirkung in der Welt — auch soweit die Welt vom Staate geordnet wird — ist in dieser traditionellen kirchenrechtlichen wie staatskirchenrechtlichen Behandlung — wenn überhaupt — so nur verkürzt begriffen. Wie in den anderen Feldern des Geisteslebens und der Gesellschaft ist auch im Staatskirchenrecht durch den Kulturkampf jener Rückzug der kirchlichen Freiheit in die Feste Burg des institutionellen Eigen-Sinns der Kirche beschleunigt worden. —

Sie wird belagert von den Schrankengesetzen und den besonderen Kirchenaufsichtsmitteln, welch letztere man bekanntlich als Korrelat der Korporationsqualität noch in die Zeit der WV mit hinübernahm, und von denen eine besondere Aufgeschlossenheit für die Freiheit nicht zu erwarten war. In allen Definitionen dieser Schrankengesetze — den kirchenfreundlichen wie den kirchenfeindlichen — aber fehlt eine innere, eine notwendige Beziehung und Wechselwirkung zu dem Freiheitsgehalt der Verfassungsgarantie selbst; statt dessen geht es einseitig um ein äußeres Vorrang-, Ausgrenzungs- und Eingrenzungsdenken. Man kämpft gewissermaßen um den äußeren oder den inneren Belagerungsring, ohne sich die Frage zu stellen, ob dieses durchgehende Frontdenken jetzt — in diesem Stadium der beiderseitigen Emanzipation — noch sinnvoll sei: Durch dieses platte Schrankendenken kommt die Hauptfrage der verfassungsmäßigen Freiheitsgarantie, wie diese Freiheit in der Ordnung des Kultur- und Soziallebens gewahrt, entfaltet, ausgleichend mit anderen Verfassungsgütern abgestimmt werde, kaum in den Blick, weil sich die Theorie auch hier von einem Teilaspekt hat faszinieren lassen: von der teilweise für den Staat gewiß auch heute unumgänglichen Staatsaufgabe der Ausgrenzung und Beschränkung, und weil sie deshalb den Sinn des Rechts vornehmlich darin erblickte, die spezifische Freiheit ihrer spezifischen Freiheitsgarantie zu hindern. Man sieht, wie die allgemeine Problematik des Verhältnisses von Freiheitsverbürgung und Schranke, an dessen Veräußerlichung ja auch viele andere Freiheitsrechte laborieren, im Staatskirchenrecht ihre Besonderheit besitzt, und wie sich hier das Laizistische und das Klerikale (vorkonziliar bestimmt!) so fabelhaft wie fatal entsprechen als der gleiche falsche Zwillingsgedanke, der in der Jurisprudenz wie in der Theologie als allgemeiner Richtpunkt der Staat-Kirche-Ordnung heute überwunden sein sollte, auch wenn beiden historisch wohl zeitweise eine gewisse dialektische Interimsberechtigung zuerkannt werden mag.

c) Im staatskirchenrechtlichen Freiheitsproblem steht ferner — wie mir scheint — eine Klärung des Verhältnisses der individuellen zur institutionellen Freiheitsgarantie, der Freiheit des Einzelnen zur Freiheit der Kirche noch aus[5]). Es ist die alte Frage des Verhältnisses von Grundrechten und organisatorischem Teil der Verfassung (z. B. bei den Gesetzgebungskompetenzen in den staatskirchenrechtlichen, bzw. staatskirchenrechtlich qualifizierten Materien), von personaler Freiheitsverbürgung und institutionellen Gewährleistungen, die sich darin und dahinter erhebt, die aber doch ihren besonderen Akzent erhält durch die besonderen staatskirchenrechtlichen Prinzipien der Trennung und Verbindung zwischen Staat und Kirche und Kultur bzw. Sozialleben, so daß hier die Fragen jener allgemeinen Polaritäten viel verwickelter werden.

Vor allem aber fehlt m. E. jeder Versuch einer inneren Erhellung der geistigen Richtung und Ambivalenz der Freiheitsidee in der Verfassung. Welcher sachliche Sinn der Freiheitsverbürgung der staatlichen Verfassung zukommt zwischen ihrer Inanspruchnahme durch eine theologisch erfüllte Freiheitsidee einerseits und ein laizistisch-ideologisches Freiheitsverständnis andererseits? Es handelt sich hier um Probleme, die auch das weltliche Verfassungsrecht nicht einfach „ausgrenzen" kann, da zumindest in manchen Institutionen Farbe bekannt werden muß über den Sinn der Freiheit (etwa bei der Freiheit des geistlichen Amtes eines Anstaltsseelsorgers, eines Theologieprofessors usw.) und hier die Mißachtung und Ignorierung z. B. des theologischen Freiheitsverständnisses ebenso ideologisch verfälschend wirkt wie der institutionelle Oktroy eines klerikalen Freiheitsbegriffes auf den Laizisten.

8. Durch jene Verengung und den Freiheitsverlust in den Institutionen des Staatskirchenrechts scheint mir schon im 19. Jh. eine sehr bedenkliche Verschiebung eingetreten zu sein, deren Nachwirkung sich noch heute in Theorie und Praxis ebenso störend wie irritierend zeigt:

Da das Staatskirchenrecht dem Freiheitsverlangen der Zeit nicht gerecht wird, wandern seine Probleme (und zwar gerade die neuen, die reizvollsten und schwierigeren Probleme) ab in andere verfassungsrechtliche Materien. Um im Bilde zu bleiben: Da die Kirche in ihrer Burg doch nicht auf die Ausfallversuche in die Welt verzichten kann, muß sie dies verkleidet und in fremden Formen tun —

[5]) Scheuner, Die Religionsfreiheit im Grundgesetz, DÖV 1967, S. 585 ff., 588, 591 f.; ders., Erörterungen und Tendenzen im gegenwärtigen Staatskirchenrecht, in: Essener Gespräche, „Staat und Kirche (1)" (Essen 1967) S. 108 ff., 132 ff.

ohne zimperliche Rücksicht darauf, ob ihr diese so sonderlich passen. Die kirchliche Verkündigung bedient sich der Freiheit der Meinungsäußerung und der Presse, der politischen Meinungs- und Willensmache, die kirchlichen Kreise des Vereins- und Versammlungsrechts, die natürlich nicht gerade auf die Gemeinde Christi geeicht sind. Und in dieser verfremdenden juristischen Veräußerlichung, in ihrer Politisierung und im liberalen Meinungs- und Vereinsgewande wird nun die Kirche schon im 19. Jh. von den Liberalen gerne und als ganz ihresgleichen begrüßt. Von daher stammt das verfassungspolitische Zweckbündnis von Liberalismus und Katholizismus im 19. Jh., in seiner Publizistik und in seinen parlamentarischen Konstellationen, etwa auch hier auf dem Frankfurter historischen Boden von 1848, dem wir ein gut Teil unserer staatskirchenrechtlichen Formen und Interpretationstendenzen verdanken.

Bei allem so erzielten Fortschritt hatte das Abwandern der kirchlichen Fragen und Freiheiten in die fremden Freiheitsformen der Verfassung eine doppelte Folge: Daß einerseits das Staatskirchenrecht, welches doch die eigentliche sedes materiae der einschlägigen Verfassungsfragen war und blieb, nicht unerheblich verkarstete und versandete, so daß sich die Dynamik des Verfassungslebens (erstmals seit Jahrhunderten in der turbulenten Geschichte des deutschen Staatskirchenrechts) auf andere Felder warf, und das Staatskirchenrecht als eine altehrwürdige Spezialisten-Domäne im stillen Winkel liegen blieb. Zum anderen hat das Untertauchen und Abwandern der kirchlichen Lebensäußerungen in die fremden Freiheitsrechte und in die fremden Schrankengehege dazu geführt, daß um das still und selbstgenügsam gewordene Kerngebiet des institutionellen Staatskirchenrechts herum eine breite zweite Zone eines verwässerten Krypto- oder Pseudostaatskirchenrechts erwuchs. Durch ihren Konturenverlust, ihre Verschleierungen und Überlagerungen gibt sie auch heute schwierige Probleme der dogmatischen Erfassung und Einordnung (der Wahlhirtenbriefe z. B.!) auf, u. a. durch eine Fülle von heiklen, z. T. überflüssigen rechtlichen Konkurrenzen. Auch ist die Rückwirkung dieser Außenzone auf das Kerngebiet des Staatskirchenrechts nicht zu verkennen — so etwa bei der Bestimmung der Schrankenformel des Art. 137 III WV nach den Schranken der Vereinsfreiheit oder Meinungsfreiheit durch die gleichen Autoren, die — wie Ebers[6]) — die Einstufung der Kirche unter die Vereine und allgemeinen öffentl.-rechtl. Körperschaften perhorreszieren.

[6]) Ebers, Staat und Kirche im Neuen Deutschland, München 1930, S. 290 ff., 299, gegenläufig S. 199 ff.

In dieser eigenartigen Entwicklung der Theorie schon seit dem 19. Jh. möchte ich u. a. einen der Gründe für die Konturenverflüchtigung, für die verflachende und sachfremde Nivellierung erblicken, die man heute zu Recht im Staatskirchenrecht beklagt.

9. Wer den Status der Kirchen im modernen demokratischen Verfassungsstaat und seiner pluralen Offenheit zu erfassen sucht, wird sich — wie schon angeklungen — der besonderen historischen Stunde und Lage bewußt sein müssen, in der jene Verfassungsartikel einst entstanden sind, und in der die Weichen für die noch heute ausgefahrenen Interpretationsstränge gestellt wurden: Das Verhältnis von Staat und Kirche im 19. Jh. wird verwickelt in das Ringen zwischen Monarchie und Volkssouveränität, in seine Fronten und Kompromißlösungen des konstitutionellen Systems. Das liberale Bürgertum rückt dem Monarchen mit dem Arsenal seiner rechtsstaatlichen und demokratischen Formen auf den Leib, der sich — als Inhaber der militärischen und religiösen Kommandogewalt — mit Bajonett und Bäffchen zu wehren sucht, — was wohl unseren verehrten Vorstand bewogen haben mag, die Themen unserer Tagung in dieser Parallelität hier aufs Tapet zu bringen. Die längst fällige und in der Kollegialtheorie des 18. Jhs. längst vorbereitete Abschichtung und Sonderung zwischen Kirche und Staat verläuft deshalb höchst unglücklich zum guten Teil in den Formen und Konflikten der Auseinandersetzung zwischen Monarchie und Verfassungsstaat, sowie in denen des gleichzeitigen, kleineren, sozusagen des Kolonialkrieges zwischen dem Landesherrn als Summepiskopus und seinen Synoden. Die Frontgrenze zwischen dem Monarchen und der vorrückenden Verfassungsbewegung markiert in den evangelischen Staaten auf diesem staatskirchenrechtlichen Sektor weithin die Grenze zwischen Kirche und Verfassungsstaat, und das entspricht dem Rückzug in die Exemtionen auf katholischer Seite. Verfassungsstaat und Kirche stehen sich gegenüber als fremde, substanzhaft geschlossene Institutionen; die Schrankengesetze sind das Mittel, um den Klerikalismus wie den konservativen Monarchismus im kirchlichen Bereich zurückzudrängen, und dafür wird die Kirchenaufsicht der monarchischen Exekutive in Pflicht genommen, nachdem sich das Prinzip des Vorrangs des Gesetzes im säkularen Sektor durchgesetzt hat. Damit wird das Freiheitsproblem im Staatskirchenrecht erneut verbogen und verengt in einer Weise, die der Verabsolutierung der „negativen" Glaubens- und Bekenntnisfreiheit auf dem individuellen Grundrechtssektor entspricht: Nach der Logik des

liberalen Verfassungssystems im 19. Jh. bedeutet die Liberalisierung im institutionellen Staatskirchenrecht nicht die Entfaltung, sondern vornehmlich die Beschneidung der Kirchenfreiheit zugunsten anderer säkularer Freiheitsrechte. Auch diese Fronten sollten heute längst verklungen sein; sie bleiben freilich nicht nur für den Veteranen der Besichtigung wert.

10. Das Staatskirchenrecht als akademische Disziplin leidet wohl auch schon seit dem 19. Jh. an einem gewissen Kontaktmangel mit den anderen einschlägigen Disziplinen, die sich ebenfalls um seinen Gegenstand bemühen: mit der Kirchenrechtswissenschaft, also der Kanonistik und der Wissenschaft vom evangelischen inneren Kirchenrecht, sodann mit der Religionssoziologie und schließlich auch vor allem mit der Theologie. Diese Isolierung ist z. T. gewiß eine Folge der äußeren Gliederung des Wissenschaftsbetriebes an der deutschen Universität, die das Staatskirchenrecht — dem Kommunalrecht vergleichbar — zum Sonder- und Nebenzweig der Publizistik werden ließ; aber sie hat doch auch ihre tieferen, und heute sehr überdenkenswerten Gründe aus der Wissenschaftsgeschichte des 19. Jhs., denen hier nicht nachgegangen werden kann. Man wird der selbstkritischen Frage nicht ausweichen können, ob sich die staatskirchenrechtliche Theorie nicht schon seit eineinhalb Jahrhunderten aus eben dieser äußeren Fachteilung heraus ihre Arbeit nicht ein wenig leicht gemacht hat und manche tieferen Rechtsprobleme über der emsigen Beschäftigung mit den Fragen der äußeren institutionellen Rechtsformen in den Tiefen des Unterbewußten liegen ließ, ohne freilich dem Sog und den Triften der dort wirkenden Meeresströmungen entgehen zu können. Hat nicht die spärliche Kenntnis und Kenntnisnahme von der Kirche, von ihren gewaltigen theologischen (auch rechtstheologischen) Problemen, von ihrer Rechtsgestalt und ihren soziologischen Veränderungen dazu geführt, daß das Staatskirchenrecht gerade als Sondergebiet des demokratischen, freiheitlichen, plural geöffneten Verfassungsstaates so schwer seinen eigenen verfassungsrechtlichen Standort, sein „Selbstbewußtsein" und seine rechtlichen Konturen — etwa im Unterschied von denen des kanonischen Rechtes — gefunden hat?

Zu denken ist hier m. E. nicht nur an so manche offenen oder dissimulierten taktischen Vertauschungen, an die Versuche der konfessionalistischen Unterwanderung und Bemächtigung gerade unkonfessioneller „neutraler" staatlicher Institutionen, an die Gewaltanstrengung, die „transpersonalen" Institutionen des Staates vor den säkularen

ideologischen Gegenkräften zu besetzen oder sie diesen zu entreißen und somit das institutionelle Kampf- und Schrankendenken in diesen auszutragen. — Zu prüfen sind hier m. E. gerade auch so manche harmonischen rechtlichen Ausgleichsversuche, die einem allgemeinen Einheitsstreben, einer Integrationsidee von geistlich-weltlicher Weite nachhängen, dabei die tiefe Verschiedenheit der Rechtsstruktur zwischen Staat und Kirche zu übersehen drohen, die zwischen der theologisch determinierten (auf katholischer Seite sogar sakralen bzw. sakramentalen) Rechtsstruktur der Kirchen einerseits und den säkularen offenen Formen des weltlichen Verfassungsrechts andererseits besteht. Man wird sich fragen müssen, ob sich dieses Streben nach geistlich-weltlicher Integration und Konkordanz im Recht nicht auf seine Weise (sehr gelockert und schwebend zwar) der Idee der mittelalterlichen Einheitsstruktur im Recht nähert, die seit den Stürmen der Reformation mehr und mehr zur Fiktion und Prätention geworden ist; man wird fragen dürfen, ob von daher eine durchgehende naht- und bruchlose Einheit der Rechtsordnung über beiden Partnern (die heute auch in der Tiefe der Rechtstheorie und Rechtstheologie umkämpft ist) zu begründen sei, und ob die bösen Überraschungen, die die Praxis des Konkordatsrechts diesem totalen Konkordanzdenken immer wieder zu bereiten pflegt, wirklich so zufällig und vermeidbar sind?

Nur die Kenntnis von der Eigenart der Kirche kann den Verfassungsstaat vor Selbsttäuschungen und vor den Verfremdungen seiner selbst und seiner Partner bewahren; sie ist die Grundlage, auf der allein die Aufgaben des Staatskirchenrechts gelöst werden können: Die Sonderung von Staat und Kirche (Art. 137 I WV/140 GG), ihr rechtlicher Ausgleich, die Gewährleistung der kirchlichen Freiheit im Rahmen des Gemeinwohls (Art. 137 III WV/140 GG), ihre Förderung (Art. 137 V, VI, 138 WV/140 GG) und die Zusammenarbeit mit der Kirche in den durch die Institutionen und Kompetenzen der Verfassung geordneten Bahnen. Statt dieser Sonderung aber hat die Theorie in ihrer Blickverengung u. a. die Ignorierung der Kirche zur Methode proklamiert: Für die Sicht der Probleme des Staatskirchenrechts wird die Blindheit zum hermeneutischen Prinzip: Der Staat sei von Rechts wegen ekklesiologisch farbenblind[7]) — mit der Folge, daß er trotz aller Aufklärung gleichsam verdunkelten Sinnes im staatskirchenrechtlichen Raum tappt und dieser Art eleganter Jurispru-

[7]) Barion, Ordnung und Ortung im kanonischen Recht, in: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin (1959) S. 30.

denz manche Beschädigung verdankt. So durch eine verzeichnende Bestimmung des sog. Trennungsprinzips, der Schrankengesetze, der konfessionellen Neutralität und der Parität, deren Formeln in der Praxis unter dem Sachzwang der Materie scheitern. Es fragt sich, warum gerade dem Staatskirchenrecht ein gelegentlicher Verkehr mit der Theologie und die Würdigung und Berücksichtigung ihrer rechtlichen Konsequenzen verwehrt sein soll, nachdem sich das Staatsrecht heute in Theorie und Praxis in ein ausgiebiges commercium, ja connubium mit der Soziologie und Politologie begeben hat und sich darin bisweilen zu vergeuden und zu verlieren droht.

11. Ein Rückblick auf die beiden letzten Jahrzehnte im besonderen lehrt m. E., daß die meisten staatskirchenrechtlichen Probleme aus dem 19. Jh. überraschend stark nachwirkten, bzw. wieder unvermutet aus ihren Ecken aufgetaucht sind, daß sie aber in einem neuen Zusammenhang einer neuen Lösung bedürfen.

a) Die Tatsache eines Sinnwandels und die Notwendigkeit der Neuinterpretation jener alten Frankfurter Formeln scheint evident. Mit der Änderung der Verfassungslage seit 1848 und auch seit 1919 besagen sie heute etwas anderes, — was uns bei ihrer Auslegung davon dispensiert, uns heute in die Fraktionsgliederung der Paulskirche oder von Weimar zu zerteilen und hier auf die Suche nach den Frankfurter Wirtshäusern der Clubs von dazumal zu gehen. — Aber der Sinnwandel ist wohl nicht durchweg in der Weise eingetreten, wie man es nach 1949 meinte. Man hatte damals nach dem zweiten Kriege doch wohl auch deshalb ein starkes Nachholbedürfnis der Neuinterpretation verspürt, weil in der Weimarer Zeit erstaunlicherweise die Neubesinnung und die Einordnung des Staatskirchenrechts in den demokratischen Verfassungsstaat ausgeblieben war.

b) Die Weimarer Lehre war ja — wenn ich recht sehe — zum guten Teil in den überkommenen Problemen der Auseinandersetzung des konstitutionellen Obrigkeitsstaates mit der Institutionenkirche hängengeblieben, in dem verselbständigten Institutionendenken, den Institutionenrivalitäten, z. B. im Streit um die staatliche Kirchenaufsicht und ihren Korrelatenschluß, überhaupt in dem Abwehr- und Schrankendenken und in dem Verständnis der Kirchenfreiheit (wie der Religionsfreiheit) als bloßer Ausgrenzungsfreiheit, den Exemtionen- und Privilegiensicherungen, dem Schwanken zwischen verbleibenden Institutionen einer öffentlichen Religiosität und der Behandlung der Kirche nach den sonstigen Freiheitsrechten und Formen der Gesellschaft, vorab des Vereinsrechts. Man war in

der Nachsicht der Dinge beschäftigt mit den konkreten Organisationsproblemen, die die verzögerte Ablösung der Staatskirchenhoheit aufgab, mit den Patronats- und Aufsichtsfragen, den Staatsleistungen u. a. m. Neu waren die Konkordate und Kirchenverträge, deren Bedeutung alsbald stark überschätzt wurde.

c) Mit dieser Periode der Kleinigkeiten und Reibereien war es seit 1945, seit den Erschütterungen des Kirchenkampfes vorbei. Aber man mag — ohne Anmaßung — die Frage stellen, ob die „neue Nähe" zwischen Staat und Kirche — von der Rudolf Smend gesprochen hat, dem dieses Fach so sehr viel verdankt —, ob die Betonung eines besonderen Öffentlichkeits-Anspruchs[8]), die Verlagerung aller Gewichte auf Vertrag und Koordination, auf die rechtlichen Sicherungen und auf das Ausscheren aus den Bindungen der Staatsgesetze — ob dies alles nicht auch den Schimmer, bzw. das Mißverständnis einer vorwaltenden institutionellen Restauration mit veranlaßt haben mag, die weiter unter jenen alten Hypotheken des 19. Jhs. litt, welche doch durch die Währungsumstellung auf das demokratische Verfassungswesen als abgelöst gelten konnten. Ihre Formeln finden sich denn auch bereits zum guten Teil bei Friedrich Julius Stahl und der parallelen Theorie des 19. Jhs., etwa seinen Koordinationslehren. —

d) Die verschiedenen Einwände, die sich in jüngster Zeit gegen diese sog. „herrschende Lehre" (welche freilich auch nicht auf einen Leisten geschlagen werden kann) erhoben haben, haben manches vielleicht ein wenig zurecht gerückt. Aber sie leiden ihrerseits — wie mir scheinen will — an den Einseitigkeiten und Verabsolutierungen, die man zu bekämpfen ausgezogen war und ihre neuen Thesen sind — wie man bemerkt hat[8]) — schon ein wenig historisch. Sie haben vielfach einen Teilaspekt herausgegriffen und man merkt ihnen vielleicht auch an, daß sie wohl z. T. von außen her gedacht sind, deshalb zwar sicherlich eine sehr notwendige Ergänzung und Infragestellung des Staatskirchenrechts brachten, aber gelegentlich auch erst um die Sachnähe zu den Problemen und Besonderheiten dieses Sachgebietes ringen.

So scheint mir das verständliche Aufgreifen des Souveränitätsproblems (vor allem durch Quaritsch[9])) zu seinem Teil im Recht zu sein gegenüber den Ausschließlichkeiten und Verzerrungen einer vagen Koordinationslehre (Mikat,

[8]) Scheuner, Die Kirche im säkularen Staat, in: Im Lichte der Reformation, Jahrbuch des Ev. Bundes X, Göttingen 1967, S. 23.
[9]) Quaritsch, Kirchen und Staat, Der Staat 1. Bd. 1962, S. 175 ff., 187 ff., 289 ff.

Grundmann und wohl die ganze Kanonistik[10]). Aber ist nicht gerade auch dies der Gefahr ausgesetzt, das Problem auf einen verklungenen Stand der Institutionenauseinandersetzung zurückzuschrauben, seine Ahnen nicht nur im 19., sondern im 17. Jh. zu suchen, so daß alle literarische Brillanz das kostbar Antiquitätenhafte ihres Fundes nicht verbergen kann und darüber die eigentlich brennenden Fragen nach der Freiheit liegen bleiben. — Andererseits hat das längst fällige Aufgreifen der Freiheitsfrage durch gewisse „humanistische" kulturpolitische und verfassungsrechtliche Strömungen und Urteile sich — wie gezeigt — auf die negative Glaubens- und Bekenntnisfreiheit geworfen, sich irritieren lassen von der Ambivalenz des Freiheitsproblems zwischen Glaube und Unglaube, zwischen seinen säkularen und kirchlichen Momenten. Es hat sich auch im Schrankendenken und staatlichen Substanzdenken einer fragwürdigen Scheinneutralität verfangen, und sein bohrender Grimm paßt schlecht auf das tolerante Biedermeier, aus dem es seine Thesen bezog. — Die Formel von der „freien Kirche im demokratischen Staat"[11]) endlich, (die Konrad Hesse jüngst in Anlehnung und Weiterbildung der berühmten Devise Cavours auf den Plan brachte) hat dann einmal energisch versucht, von einem neuen Boden aus die inneren Beziehungen zum demokratischen Verfassungssystem zu gewinnen; — man wird ihr dafür Dank wissen müssen statt des raschen Tadels[12]) aus dem überkommenen Institutionen- und Privilegiendenken alten Stils heraus. Auch wenn nun dafür gesorgt wird, daß an dieser Formel nicht das Plakathafte eines Kampfbegriffs des 19. Jhs. hängen bleibt, als welcher sie entstand, so wird ferner die Fehldeutung einer neuen Konturenverflüchtigung des Staatskirchenrechts abzuwehren sein, die die Kirchenfreiheit in die allgemeinen Freiheiten der Gesellschaft auflöst und überleitet. Es mag sich das anbieten unter dem Eindruck der amerikanischen Diskussion, die sich jüngst erst an einigen Entscheidungen amerikanischer Gerichte[13]) entzündet hat, die sich jedoch nicht auf die besonderen

---

[10]) Mikat, Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: Die Grundrechte, hrsg. von Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Bd. IV/1, Berlin 1960, S. 111 ff., 145. Grundmann, Das Verhältnis von Staat und Kirche auf der Grundlage des Vertragskirchenrechts, Österr. Archiv für Kirchenrecht 1962, S. 281 ff., 294; ders., Art. Vertragskirchenrecht, Ev. Staatslexikon Sp. 2378 ff.

[11]) Hesse, Freie Kirche im demokratischen Gemeinwesen, ZevKR 11 (1964/65), S. 337 ff.

[12]) Grundmann, Laizistische Tendenzen im Staatskirchenrecht, Festschrift für Hermann Kunst, hrsg. von Aland und Schneemelcher, Berlin 1967, S. 126 ff.

[13]) Dazu Scheuner, Auseinandersetzungen und Tendenzen

deutschen Verhältnisse übertragen läßt. Auch ist hier vielleicht mancher Widerspruch verborgen, weil eine Auflösung der Rechtsstellung der Kirche in die allgemeinen gleichen Freiheiten demokratischer Meinungs- und Willenbildungsprozesse sich doch vielleicht schlecht vereinbaren läßt mit der Absicherung der großen Kirchen in besonderen Verträgen, so sehr natürlich beide Denkformen von einem überzogenen Souveränitätsdenken und von den veralteten Suprematie-Rivalitäten mit ihren Eingriffsschemata abrücken. — Man wird sich auch bewußt bleiben müssen, daß die Kirchen ihre eigene Rechtsstruktur besitzen und daß ihre Lebensprozesse im Zusammenspiel von Verkündigung, Sakrament, Glaube, Amt und Rechtsgestalt sich von den Lebensprozessen der staatlichen demokratischen Form erheblich unterscheiden.

Wollte man in solchen „demokratischen" Einordnungsversuchen den Status der Kirche aufgehen lassen, so dürfte das in neuer Form ein Rückfall in den alten Fehler des Staatskirchentums sein: Die Kirche wird vereinnahmt in das politische System: Wie einst im Obrigkeitsstaat als autoritäre Staatsstütze und -institution, so jetzt als bloßer weltlicher Meinungszubringer, nachdem der Staat vom Meinungsverzehr lebt. Dadurch wird ihre Eigenart, das „ganz Andere" ihres Wesens mißachtet, das sie über die weltlichen Größen hinaushebt und sie eben nur zum Teil und auf andere Weise an jenen dynamisch fluktuierenden Prozessen teilnehmen läßt, was doch auch der Grund für die Existenz eines Staatskirchenrechts als Sondermaterie in der Verfassung und für seine Sonderformen ist.

Das Verhältnis von Kirche und Demokratie wird jedenfalls auch im Verfassungsrecht eines der kommenden großen Themen bleiben, in dem sich die Fragen der institutionellen Garantien, des personalen Grundrechtsteils, der politischen Verfassungsform und der Kompetenzen zur Sozial- und Kulturordnung begegnen.

Der Rückschlag und Protest der „herrschenden Lehre" auf diese Ansätze zur Neubesinnung hat bisher wenig Neues zutage gefördert. Es entbehrt nicht seines Reizes, daß man den „Bedeutungswandel", den man zuerst so sehr betonte, nun wieder abzuschwächen sucht[14]), um sich in die ursprünglichen

---

im deutschen Staatskirchenrecht, DÖV 1966, S. 151 und Bayer, Das Prinzip der Trennung von Staat und Kirche als Problem der neueren Rechtsprechung des United States Supreme Court, ZaöRV Bd. 24 (1964), S. 201 ff.

[14]) Grundmann, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Kirchensteuersachen und das Staatskirchenrecht, JZ 1967, S. 194.

Weimarer Gehäuse zurückzubegeben, nachdem dieser Bedeutungswandel mit der Aktivierung des Grundrechtsteils i. S. der negativen Glaubensfreiheit in andere Richtung zu laufen droht.

II.

Nach dieser kursorischen (und sehr verkürzenden) selbstlosen Querschnittsanalyse, die mir zur Auflockerung des Problemstandes vor diesem Forum gefordert und am Platze schien, weil seit eineinhalb Jahrhunderten in dem olympischen Wettlauf der staatskirchenrechtlichen Theorie vielfach die gleichen Argumente wie Fackeln weitergereicht werden, erlaube ich mir, noch auf einige Sachfragen einzugehen. Ich kann mich dabei beschränken, da Ihnen Herr Hollerbach nach unserer Einteilung die ungleich interessanteren Concreta darstellen und über die individuelle Religionsfreiheit und ihr Verhältnis zu Art. 137 WV, über die Rechtsschutzfragen, das Schul- und Besteuerungsrecht, den Öffentlichkeitsanspruch und das Konkordatsrecht zu Ihnen sprechen wird. Darum von meiner Seite nur wenige thesenartige Bemerkungen zum sog. Trennungsprinzip des Art. 137 I WV und zur Kirchenfreiheitsgarantie des Art. 137 III WV[15]).

A. Zum sog. Trennungsprinzip

1. Geistesgeschichtlich besitzt der Trennungsgedanke in West- und Mitteleuropa seit der Aufklärung und seit den staatskirchenrechtlichen Experimenten der Großen Französischen Revolution seine ganz verschiedenen, sehr interessanten historischen Wurzeln und Varianten — Kollegialtheorie des 18. Jhs.[16]), Schleiermacher[17]), Independentismus und Freikirchenmodelle, Liberale und Sozialisten aller Schattierungen, auch gewisse katholische Exemtionen- und Immunitätenbestrebungen, und zwar in den nichtkatholischen Ländern (trotz der Verwerfung des Trennungsprinzips im Syllabus[18]), die auf die katholischen

---

[15]) Anhand einer Spezialmaterie habe ich diese Fragen erörtert in meiner Untersuchung „Staat, Kirche, Kunst", Rechtsfragen kirchlicher Kulturdenkmäler (demnächst) Tübingen 1968, mit der sich das Folgende verschiedentlich berührt.

[16]) Klaus Schlaich, Kollegialismus. Die Kirche und ihr Recht in der Zeit der Aufklärung, jur. Diss. Tübingen 1967.

[17]) Dazu demnächst Martin Daur, Der Kirchenbegriff und die Grundlegung kirchlicher Ordnung in der Theologie Schleiermachers.

[18]) Syllabus Papst Pius IX. von 1864, thes. 35, vgl. Carl Mirbt, Quellen zur Geschichte des Papsttums und des Römischen Katholizismus, 4. Aufl., Tübingen 1934, S. 453.

Staaten gemünzt war) — Varianten, denen hier nicht näher nachgegangen werden kann und muß: In ihnen ist die Trennung vornehmlich als ideologischer Kampfbegriff gegen das in die Neuzeit weit hineinragende, ja im absoluten Staate erst voll gesteigerte Staatskirchentum verstanden. Sie ist ein Kampfmittel aus einem bestimmten historischen Stadium der beiderseitigen Emanzipation, ein einseitiger politischer Kampfbegriff bestimmter politischer Gruppen; er ist vor dem Hintergrund des besonderen Staatsbegriffs des 19. Jhs. zu verstehen, aus seiner These der Trennung von Staat und Gesellschaft erwachsen und aus jenem Denken in verselbständigten Institutionen und Institutionenrivalitäten, welches das Staatskirchentum bis heute belastet, weil es den Menschen und die Sachbereiche und Sinneinheiten aus dem Blick verliert, die zwischen Staat und Kirche stehen und (mit allen ihren schönen Freiheiten) sozusagen in den Abgrund der Trennung hinunterzufallen drohen.

2. Das sog. „Trennungsprinzip" wurde im deutschen Staatskirchenrecht nicht als Kampfbegriff rezipiert — weder in Frankfurt, noch in Weimar, noch in Bonn —, sondern als Baustein in seiner abgewogenen Ordnung des Ausgleichs, die nur sehr äußerlich und mangelhaft als bloßer dilatorischer Formelkompromiß gekennzeichnet worden ist. Es hat — wie bekannt — Elemente der Trennung mit der großen Freiheitsverbürgung der Religionsgesellschaften, mit ihrer öffentlichen Anerkennung und mit der Gewährleistung zahlreicher institutioneller Positionen und Wirkungsmöglichkeiten verbunden. Die Theorie hat deshalb von der „hinkenden"[19]), der „abgemilderten"[20]), der „positiven"[21]), der Trennung „eigener Art"[22]) gesprochen, wenn sie nicht lieber gleich — und m. E. nicht mit Unrecht — von der „gelockerten Fortsetzung der Verbindung von Staat und Kirche" (Ulrich Scheuner)[23]) sprach. Eine radikale laizistische Trennung i. S. des Verbotes von Rücksichtnahme, Förderung und Zusammenarbeit wurde abgelehnt.

3. Das Prinzip der Sonderung von Staat und Kirche ist in der zurückhaltenden institutionellen Aussage des Art. 137 I

---

[19]) Ulrich Stutz, Die päpstliche Diplomatie unter Leo XIII., Abh. der Preuß. Akademie der Wissensch. Jhg. 1925, Phil.-Hist. Klasse Nr. 3/5, Berlin 1926, S. 54 Anm. 2.

[20]) Kern, Staat und Kirche in der Gegenwart, Hamburg-Berlin-Bonn 1951, S. 61.

[21]) Ridder, Art. Kirche und Staat, in: Staatslexikon, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, Bd. IV, 6. Aufl. 1959, Sp. 1028.

[22]) Ebers, Staat und Kirche (Anm. 6), S. 132.

[23]) Scheuner, Kirche und Staat in der neueren deutschen Entwicklung, ZevKR 7 (1959/60), S. 245.

WV/140 GG enthalten: „Es besteht keine Staatskirche". Sie wird ergänzt durch die institutionellen Normen über die Unabhängigkeit der öffentlichen Ämter, der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte vom Bekenntnis (Art. 33 III GG, 136 I—IV WV/140 GG), durch das Verbot der konfessionell bedingten Bevorzugung bzw. Benachteiligung (Art. 3 III GG), wodurch die Emanzipation der Staatsorganisation wie des freien Staatsbürgerstatus von kirchlicher bzw. konfessioneller Gebundenheit gesichert werden soll. Der Sinn des Trennungsgebotes ergibt sich des weiteren aus dem Systemzusammenhang mit der individuellen Religionsfreiheit des Art. 4 GG/136 I—IV WV/140 GG und vor allem aus dem Systemzusammenhang mit den folgenden Absätzen des Art. 137 II—VII, ihrer Gewährleistung der Kirchenfreiheit und kirchlichen Förderung: Die Trennung ist somit — als Mittel zur Freiheit — in den vielfältigen Zusammenhang der personalen wie der institutionellen Freiheitsgarantien der Verfassung einzuordnen: Sie soll als Norm der Emanzipation den Einzelnen schützen vor einer konfessionellen Nötigung sowohl seitens eines Konfessionsstaates, als auch seitens einer Staatskirche; sie soll den Staat schützen vor der Bestimmung seitens der kirchlichen Gewalt und sie soll auch die Kirche bewahren vor dem Staatsdiktat des absoluten Staatskirchentums und seiner Nachwirkung in der staatlichen Kirchenhoheit[24]) (oder in einer „braunen" Kirchenherrschaft) — wobei diese Positionen auch heute nicht so ganz anachronistisch geworden sind, da der christliche Monarch als staatlicher Herrschaftsträger seine Ersatzerben in konfessionellen Parteien finden kann. Der innere Zusammenhang der Trennung als Komplementärgarantie und Konsequenz der verschiedenen Freiheitsverbürgungen in ihrer Wechselseitigkeit und Ambivalenz ist deutlich: Und darum gilt auch heute zu Recht die Trennung als Mittel der institutionellen Freiheit des Staates von der Kirche, sodann der Freiheit der Kirche vom Staate, aber auch der Freiheit der Kirche (ihres Wirkens nämlich) im Staat und seiner Ordnung der Gesellschaft[24]). Und weiterhin kann die Trennung darum nicht ohne die weitere Zusammenschau mit der personalen Religionsfreiheit verstanden werden und zwar der Religionsfreiheit in ihrer sog. „negativen" wie in ihrer sog. „positiven" Form[25]), welch letztere sich korporativ zu äußern pflegt und die darum zusammenfällt mit der Kirchenfreiheit

[24]) Ebers, aaO. (Anm. 6), S. 119 ff.

[25]) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Religionsfreiheit und öffentliches Schulgebet, DÖV 1966, S. 31 ff. Scheuner, aaO. (Anm. 13), DÖV 1966, S. 151 f.; ders., aaO. (Anm. 5), DÖV 1967, S. 589 f.

der verschiedenen Kirchen bzw. Religionsgesellschaften: Die Trennung ist gleichsam der institutionelle Sicherungsring zum Schutze auch der personalen Religionsfreiheit, und zwar nach ihren beiden Spielarten: Sie soll als institutionelle Norm dafür sorgen, daß der Einzelne nicht durch die Macht des Staates in die Kirche getrieben wird, aber eben wegen ihres Freiheitsgehaltes ist es auch nicht ihr Sinn, dafür zu sorgen, daß er gleichsam aus der Kirche getrieben wird, indem ihm die Realisierung seiner „positiven" Religionsfreiheit in der Welt, im Leben verwehrt wird: Aus diesem letzteren Grunde verbietet sich die Inhaltsbestimmung des Trennungsprinzips lediglich im Sinn der sog. negativen Religionsfreiheit, also im Sinne einer landläufigen laizistischen Staatsideologie, die die Institutionen und Sachbereiche des staatlich geordneten Kultur-, Erziehungs-, Soziallebens statt im freiheitlich offenen im laizistisch verschlossenen Sinne ordnet und verfaßt: Indem sie also alles Religiöse daraus abwehrt, „ausgrenzt" und in das Kämmerlein verweist („Religion ist Privatsache"), es aber gerade unmöglich macht, den Glauben — als „Privatsache", nämlich als die unabnehmbare Entscheidung der Person — in der Ordnung des öffentlichen Lebens nun auch zu bewähren und zu leben, weil dies hier wegen der laizistischen Trennung und Scheinneutralität ausgeschlossen sein soll. In der freiheitlichen Ordnung der Institutionen — und nicht lediglich in der Ausgrenzung rechtsleerer Freiheitsräume — kommt es ja auch zur Konsequenz und Probe dessen, wie man es mit der Freiheit hält. Denn das Freiheitsverständnis offenbart sich zumindest auch in der freiheitlichen Ordnung der Institutionen, in denen der Einzelne lebt und auf die er angewiesen ist und in denen er sein soziales Wesen und Leben erfüllt.

4. In unserer freien Verfassungsordnung läßt sich die Trennung nicht als Mittel des Kulturkampfes und Kirchenkampfes benützen: Weil dies ihre neutrale Offenheit, ihren institutionellen Freiheitsgehalt und ihre Hinordnung auf die personalen Religionsfreiheiten verkürzt.

Darum lassen sich aus dem Trennungsprinzip auch keineswegs jene Forderungen nach einem offiziellen, staatlich verordneten Agnostizismus und einem Indifferentismus der staatlichen Kultur- und Sozialverantwortung begründen, die jüngst erhoben worden sind (Erwin Fischer[26]).

Nicht die Abschaffung, sondern die Freiwilligkeit des Religionsunterrichts ist ihre Folge, wenn der Staat sein Schul-

---

[26]) Erwin Fischer, Trennung von Staat und Kirche, München (1964), insbes. S. 73 ff., 205 ff., 235 ff. und passim.

monopol im wesentlichen behält. Er wird das Schulwesen sicher auflockern müssen, aber durch Wahlformen und Kompromißlösungen (z. B. Minderheitenlehrer[27]) usw.) einen Ausgleich suchen müssen, der die positive wie die negative Religionsfreiheit soweit wie irgend möglich nicht verkürzt. — Das sog. „Trennungsprinzip" hindert z. B. auch nicht den Kulturschutz und die Kulturpflege des Staates im Gebiete der religiösen Kulturbereiche: Das Verbot der Staatskirche verbietet zwar eine staatskirchliche Verfremdung dieser Kulturbereiche (die „Trennung" entspricht auch hier der Kirchenfreiheitsgarantie des Art. 137 III WV/140 GG); es nötigt aber keineswegs zu einer laizistischen Preisgabe der einschlägigen staatlichen Kulturförderung und Kulturverantwortung[28]). Darum kann der Staat als Kulturstaat trotz des Verbots der Staatskirche in seiner Kunstpflege die kirchlichen Kunstdenkmäler, die deutschen Dome und Altäre pflegen und schützen und ebenso in seiner Wissenschaftspflege auch die theologische Wissenschaft an der deutschen Universität, sofern er nur die Eigengesetzlichkeit dieser Kulturgebiete respektiert. — Es ist ihm nur die staatskirchliche Vergewaltigung verwehrt, er muß seine Kulturverantwortung in der Pluralität und Neutralität üben, die die Sachgesetzlichkeit der Materie in ihrer Vielfalt jeweils fordert. Weder die sog. „Trennung" von Staat und Kirche, noch eine sog. Trennung von Staat und Kultur, noch die sog. Trennung von Staat und Gesellschaft steht hier der Ausübung seiner verfassungsrechtlichen Kompetenzen entgegen.

So darf der Staat — gerade wegen der Trennung und der Freiheitsgarantien — z. B. die kirchlichen Kultdenkmäler, die als Sinneinheit von Kultus und Kultur geschaffen und vom Staat zu pflegen und zu schützen sind[28]) — gerade als säkularer und neutraler Staat nicht säkularisieren und neutralisieren im Sinne einer laizistischen Staatsideologie. Er darf nicht ihre lebendigen liturgischen Funktionen abtöten, sie weder — als nicht schutzwürdig — verfallen lassen, noch auch sie museal verfremden durch die ausgrenzende Ignorierung ihrer liturgischen Prinzipien und Bedingtheiten und durch die Trennung von Kultus und Kultur, die das Denkmal als Sinneinheit zerschneidet, wie es bei den sowjetischen Kirchenmuseen geschieht. Er muß — nicht farbenblind — die kulturellen und die liturgischen Farben des Denkmals zu erkennen und zu erhalten suchen: Wobei dann seine eigene staatliche Entscheidung der kulturellen Fragen des Kulturschutzes notwendig zusammenwir-

---

[27]) Vgl. den Versuch Grundmanns, Landschulreform und Bekenntnisschule, BayVerwBl. 1966, S. 41 f.; auch ders., Die Schule als staatskirchenrechtliches Problem in der Bundesrepublik Deutschland, in: Speculum Iuris et Ecclesiarum, Festschrift für Willibald Plöchl, Wien 1967, S. 141 ff.

[28]) Näher mein Staat, Kirche, Kunst (Anm. 15), S. 129 ff.

ken muß mit der kirchlichen Entscheidung der spezifisch dogmatischen und liturgischen Fragen dieser Denkmäler (etwa nach der Liturgiereform); denn diese theologische Entscheidung kann der Staat nicht mehr selber treffen — eben wegen des Verbots der Staatskirche (ihrer staatlichen Herrschaft über die Kirche) und wegen der Kirchenfreiheitsgarantie. — Die Gläubigen wollen ja ihre positive Religionsfreiheit in den Räumen und Institutionen ihres Bekenntnisses und ihrer Liturgie üben, so daß sich auch hier das Institutionelle und das Personale der Freiheit im Bereich der religiösen Entfaltung und „Kultur" ergänzt und aufeinander angewiesen ist. — Anders — aber ähnlich — steht es in der Wissenschaft mit der Theologie: Das Trennungsprinzip (oder vielmehr das Verbot der Staatskirche) nötigt keineswegs zu einem — auch in der Wissenschaftstheorie längst antiquierten — laizistischen Wissenschaftsbegriff und zur Verfälschung dieses Sachbereichs und der religiösen Freiheiten derer, die sich dazu in freier Wahl berufen fühlen: Wer die große Geschichte der abendländischen Theologie seit eineinhalb Jahrtausenden betrachtet und die führende Rolle der deutschen Wissenschaft und Universität in ihr, der wird wohl von Verstehensnöten heimgesucht, wenn er in der führenden Darstellung der Wissenschaftsfreiheit und des deutschen Universitätsrechts (aus der Feder Arnold Köttgens[29]) liest: Diese Wissenschaft vom Worte Gottes sei „im Sinne des Verfassungsrechts" nun ausgerechnet „ein Kind der Säkularisation", bilde in „bewußter und gewollter Konfliktslage" eine „echte Gegenposition gegenüber einer dogmatisch gebundenen ... Wissenschaft", so daß diese „Wissenschaft nicht ohne Anerkennung ihrer säkularen Struktur gedacht werden" könne und einer „substantiellen Relativierung" durch das Staatskirchenrecht entzogen bleiben müsse. Er wird sich die Frage, wo hier die Eigengesetzlichkeit dieses Sachbereichs und ihre institutionellen Freiheitsformen relativiert zu werden drohen, in neuer Weise stellen müssen — und zwar auch hier gerade im Blick auf die personale Freiheit des Glaubens und des Gläubigen zur Wissenschaft seines Glaubens. Er wird an die geistige Verwirrung denken, in die der Beflissene nicht nur der katholischen Theologie durch das Verfassungsrecht gestürzt würde: Auf der Universität lernte er Dogmatik, Exegese, theologische Ethik, Kirchengeschichte und Kirchenrecht in „echter Gegenposition" zu seiner Fortbildung im Priester- bzw. Predigerseminar und zu dem kirchlichen Dienst, der auf ihn wartet, in welchem er sich u. U. habilitiert, um sodann mit dem nihil obstat seiner Oberen jene Gegenposition an den Theologischen Fakultäten weiter erforschen und lehren zu sollen.

5. Das „Trennungsgebot" oder richtiger, das Verbot der Staatskirche nach Art. 137 I WV/140 GG (mitsamt seinen ergänzenden Normen) darf nicht i. S. einer totalen Bereichsscheidung in einen getrennten staatlichen und kirchlichen Bereich mißverstanden und veräußerlicht werden.

---

[29]) Köttgen, Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universität, in: Die Grundrechte hrsg. von Neumann, Nipperdey, Scheuner, Bd. II, Berlin 1954, S. 307 ff.

a) Das Streben hiernach klingt in vielen Äußerungen der Lehre und Gerichte an und wird in manchen Graden ausgezeichnet. Allein es scheint mir das eine typisch-juristische Versuchung, wenn nicht Verirrung zu sein, die sich zu leicht in einem verselbständigten Kompetenzdenken und Institutionen-Rivalisieren festhakt, dessen salomonische Urteile manche einheitlichen Lebensverhältnisse, Sachgebiete und Sinngebilde sachwidrig zerschneiden. Der gegenwärtigen Verfassungslage wird es nicht gerecht, wie insbes. an den Problemen der Kirchenfreiheitsgarantie zu zeigen ist, aber auch an den besonderen Normen der Kompetenzordnung des Staates, in der sich sein umfassender Auftrag zur Kulturstaats- und Sozialverantwortung ausdrückt. Die Idee reinlicher Bereichsabscheidung stammt aus einem überholten Stadium der Emanzipation, in dem die Welt zwischen den konkurrierenden großen Institutionen gleichsam äußerlich aufgeteilt werden sollte; es erhielt zeitweise starken Auftrieb von einem laizistischen wie von einem klerikalen Ausgrenzungs-, Abgrenzungs-, Immunitäten- und Exemtionendenken, wie es sich auch hier so eigenartig und unglückselig äußerlich bekämpfte und innerlich entsprach — und zwar zum Nachteil des Staates wie der Kirche.

b) Kirche und Staat begegnen sich ja nicht nur als transpersonale und autoritäre Institutionen in gleichsam räumlicher Trennung ihrer Herrschaftsbereiche — wie die Staaten des Völkerrechts. Sie begegnen sich in den gleichen Menschen, die Gläubige und Bürger zugleich sind, in den gleichen Lebensbereichen, in den gleichen Objekten und Sachproblemen, in denen die Gläubigen ihre Bürgerpflichten erfüllen und die Bürger ihres Glaubens leben wollen: Wo sie im freien Denken und Bekennen, in Wort und Tat, Beruf, Erziehung, Familie, Kultur und sozialen Kontakten ein ihrem Bekenntnis entsprechendes Leben führen wollen — weil denn der Glaube ohne Werke nichtig ist —, ein Leben ihrer Freiheit in der Welt, auch dort, wo die Welt vom Staat geordnet wird. Durch die Entwicklung zum Industriestaat und zur Massengesellschaft wird die Durchnormierung des Lebens intensiver werden, und so wird es darum gehen, auch i n den Normen und Institutionen[30]) der staatlichen Ordnung der Gesellschaft Raum zu geben für die Entfaltung dieser religiösen Freiheit, die als Grundprinzip der Verfassung Richtmaß für den Gesetzgeber ist.

c) Jenes Trennungsdenken in Bereichen und Exemtionen wird immer anachronistischer.

---

[30]) Zum Grundsätzlichen des Grundrechtsverständnisses vgl. S c h e u n e r, Pressefreiheit, VVDStRL H. 22 (1965), S. 33 ff., 58, 70 f., 202, 204.

Es mochte das im Mittelalter angehen, in seiner Dyarchie zwischen Kaiser und Papst, seinen Abgrenzungen des ius utrumque, seiner Ordnung der kanonischen Exemtionen und Immunitäten und Privilegien kirchlicher Personen und Sachen von der staatlichen Gerichtsbarkeit und Steuerpflicht, dem privilegium fori, immunitatis etc. (zumal dort die Trennungen „aufgehoben" waren in der Dialektik seiner geistlich-weltlichen Einheitskultur). Schon im 19. Jh. aber war die Trennungsideologie nach Sachbereichen eine verkrampfte laizistische und klerikale Kampf- bzw. Selbstbehauptungsdevise von institutioneller Selbstbezogenheit, die in Deutschland die Probe der Bewährung schuldig blieb, weil sie einst in der Verfassung abgelehnt wurde, und die in der entspannten Ausgleichs- und Freiheitslösung des modernen Verfassungsstaates als Leitmodell versagt.

Es wäre reizvoll darzustellen, wie etwa in Frankreich[31]) nach dem Gewaltstreich der Trennungsgesetze von 1904 durch die Dynamik der Lebensverhältnisse und gerade durch die Sprengkraft der Religionsfreiheit (in ihrer individuellen und korporativen Äußerung) jene doktrinäre Bereichstrennung Stück für Stück zerbröckelt ist. —

Ähnliches zeichnet sich in den Vereinigten Staaten[32]) ab, obwohl da die Entwicklung und die Diskussion wohl noch in den Anfängen steht; das Problem stellt sich dort z. T. anders durch die Eigenarten des amerikanischen Staatsdenkens und des anderen Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, das so auf den Kontinent nicht übertragbar ist: Das Verfassungsrecht arbeitet dort stark mit dem Spannungsverhältnis von staatlicher Rechtsordnung und gesellschaftlicher Ambiance (dem alten Schindlerschen Problem)[33]), was dem Staat ein scheinbares Absehen vom Religiösen gestattet (nach dem 1. Verfassungsamendement), aber nicht i. S. der französischen „feindlichen" Trennung und Indifferenz, sondern zugunsten der religiösen Dynamik der Gesellschaft („we are a religious people!"). Mit der zunehmenden Durchordnung der gesellschaftlichen Lebenspro-

---

[31]) A. v. Campenhausen, Staat und Kirche in Frankreich, Göttingen 1962. Jean Chelini, Die Beziehungen von Staat und Kirche in Frankreich von der Trennung bis zur Gegenwart — Entwicklung und Bedeutung, in: Das Verhältnis von Staat und Kirche, Studien und Berichte der Katholischen Akademie in Bayern, hrsg. von Karl Forster, Heft 30, Würzburg (1965), S. 13 ff.

[32]) Bayer, aaO. (Anm. 13). John Courtney Murray, Das Verhältnis von Kirche und Staat in den USA, in: Das Verhältnis von Staat und Kirche aaO. (Anm. 31), S. 49 ff.

[33]) Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur, Zürich 1932, S. 92 ff.

zesse ziehen sich auch drüben die Gewitterwolken über diesem traditionell amerikanischen System der freundlichen „Trennung" zusammen und haben sich schon in manchem Zufallsblitz entladen (Gebetsverbot in öffentlichen Schulen, aber öffentliches Gebet vor den Kongreßsitzungen, ja Aufruf zum Nationalgebet durch den Präsidenten usw.). — Das Verbot der Staatskirche in Art. 137 I WV und das Verbot des Establishment verlangt aber eine neutrale Offenheit und Vielfalt der Formen und Institutionen, — sie sollen ja die Lebensformen der pluralen Gesellschaft sein — und es verwehrt in seiner Konsequenz das Establishment des Laizismus.

6. Was die Bereiche angeht, so ist eben zu differenzieren:

a) Das Staatskirchenrecht gibt den Kirchen Freiheit („vom Staat") in dem ureigensten Kernbereich des Dogmas, der Liturgie, des kirchlichen Verfassungsrechts, und hier sind die Begriffe der Freiheit als Freiheit vom Staat, als Abgrenzungs- und Ausgrenzungsfreiheit in ihrem Recht. Durch das Verbot der Staatskirche in Art. 137 I WV ist diese Ausgrenzungsfreiheit vom Staat hier zusätzlich institutionell verstärkt und abgesichert. Die Trennung enthält deshalb inhaltlich das Verbot der Eingliederung der Kirche in den Staat (Staatskirchentum; gelockert in der Staatskirchenhoheit; nationalsozialistische Reichskirchenexperimente) und das Verbot ihrer umfassenden Staatsunterworfenheit als Staatsanstalt, Staatsapparat, staatstragende Institution, Staatsdoktrin mit staatlichen Eingriffen in die Lehre und lehrmäßige Ordnung (ius reformandi, Arierparagraph). Dieser Kernbereich ist — im Westen — heute nach dem Abbau des Staatskirchentums ohne verfassungsrechtliche Delikatesse.

b) Die Staatsverfassung beschränkt die Kirchen jedoch nicht auf diesen sog. „kirchlichen" Bereich, sondern garantiert ihnen die Freiheit („im Staat") zur Entfaltung im sog. „weltlichen Bereiche", zur kirchlichen Verkündigung, Erziehung, kulturellen und sozialen Arbeit, wie es ihrer Sendung zum Dienst am Wort und zur Diakonie, zur Solidarität mit den Nöten der Welt entspricht.

c) Die staatliche und die kirchliche Ordnung und Wirksamkeit überlagern sich deshalb notwendigerweise im gleichen weltlichen Bereiche. Er ist es, der die schwierigsten staatskirchenrechtlichen Probleme stellt. Das Verbot der Staatskirche (Art. 137 I WV, das mit der Kirchenfreiheitsgarantie des Art. 137 III WV zusammenzusehen ist) verwehrt den Kirchen nicht die Wirkung in der Welt, schließt den Staat andererseits

nicht von der Ordnung und Verwaltung in den Gebieten aus, in denen auch die Kirchen tätig sind.

d) Es scheint mir eine Schwäche der staatskirchenrechtlichen Theorie zu sein, von dieser prinzipiellen Überlagerung staatlicher und kirchlicher Betätigung nicht die gebührende Notiz genommen zu haben. Statt dessen pflegt man sich bei einer kasuistischen (und im Grund zufälligen) engen Bereichsabgrenzung der sog. „res mixtae"[34]) zu beruhigen. Die Definitionen der res mixtae stammen aus dem 19. Jh., aus dem System der Staatskirchenhoheit, Staatsaufsicht und Staatskuratel, die in den obrigkeitsstaatlichen und behördenkirchlichen Bevormundungen und Kompetenzabgrenzungen hängen blieb, staatstheoretisch wie ekklesiologisch unhaltbar ist und die die Weite und Freiheit der demokratischen wie der besonderen staatskirchenrechtlichen Verfassungsgarantien (und Lebensprozesse) der Gegenwart verfehlt.

Auch durch diese traditionistische Zählebigkeit und Enge ist m. E. das Abschwimmen[35]) vieler reizvoller und heikler Fragen in fremde Verfassungsbereiche bedingt, wo ihr spezifisches staatskirchenrechtliches Moment oft ganz ausfällt: Wie z. B. das Diakonische an der Sozialarbeit der Diakonie[36]), das Theologische an der Theologischen Fakultät[37]), die Religion am Religionsunterricht[38]), die Konfession an der konfessionellen Lehrerbildung[39]), das Bekenntnis an der Bekenntnisschule[40]), das Kirchliche an den kirchlichen Kulturdenkmälern[41]), die Bibel am Bremer Bibelunterricht[42]) und am Hirtenbrief der gute Hirte[43]). Aber wie dem nun auch im einzelnen sei:

---

[34]) Beispielsweise Ebers, Staat und Kirche (Anm. 6), S. 279 ff. Mikat, Kirchen und Religionsgemeinschaften, aaO. (Anm. 10), S. 194 ff.

[35]) Oben, S. 17.

[36]) Vgl. Köttgen, Soziale Arbeit in Kirche, Staat und Gesellschaft, ZevKR 11 (1964/65), S. 238, 248 ff.

[37]) Vgl. Köttgen, Freiheit der Wissenschaft, aaO. (Anm. 29), S. 207 ff.

[38]) Vgl. die Übersicht über die Lehrmeinungen bei v. Campenhausen, Erziehungsauftrag und staatliche Schulträgerschaft, Göttingen 1967, S. 149 ff. Reinhard Schmoeckel, Der Religionsunterricht, Berlin 1964.

[39]) Vgl. Werner Weber, Die Konfessionalität der Lehrerbildung in rechtlicher Sicht, Recht und Staat, Heft 306/307, Tübingen 1965, S. 35 f.

[40]) v. Campenhausen, aaO. (Anm. 38), S. 167 ff.

[41]) M. Heckel, Staat, Kirche, Kunst (Anm. 15), S. 57, 129 ff., 138 ff.

[42]) Dazu Scheuner, aaO. (Anm. 13), DÖV 1966, S. 149 ff.

[43]) Z. B. Ridder, Anm. zum Urteil des OVG Münster vom 14. 2. 1962, JZ 1962, S. 771 ff.

7. Das Verbot der Staatskirche in Art. 137 I WV gebietet also nicht eine Teilung und Trennung „der Welt", die in ihrer äußerlichen und rohen Gebietsscheidung nur neue Grenzstreitigkeiten und Vergewaltigungen hervorruft und einheitliche Lebensbeziehungen zerreißt. Es gewährleistet die gegenseitige Emanzipation: Die Unabhängigkeit und Entfaltungsfreiheit der staatlichen wie der kirchlichen Prinzipien, Organisation und Funktionen, die sich im gleichen geistigen und sozialen Bereiche entfalten und begegnen.

8. Die Unabhängigkeit und Emanzipation schließt keineswegs die gegenseitige Kenntnis- und Rücksichtnahme und die Zusammenarbeit zwischen Staat und Kirche aus.

a) Im Gegenteil scheint mir der Abbau der Staatskirche gerade auf eine verstärkte Rücksichtnahme und Zusammenarbeit beider Institutionen hinzudrängen — wie es in aller Schlichtheit und ohne Rabulistik einleuchten möchte, sofern man nur einmal die altererbten ideologischen Kampfthesen und Institutionenrivalitäten beiseite läßt: Denn nicht das Institutionelle als solches führt hier zur Kooperation, nicht eine verselbständigte institutionelle „Partnerschaft" der beiden Institutionen als eine Art metaphysischer Wesen, in der sich die „innige Ehe" zwischen Thron und Altar von einst nun sozusagen nach der Scheidung als eine nicht ganz unbedenkliche, nicht ganz legitime Freundschaft fortsetzen würde. Sondern zu dieser Rücksichtnahme und Zusammenarbeit zwingt der pragmatische Blick auf die konkrete Sachgesetzlichkeit konkreter Kultur- und Sozialbereiche und der Respekt vor dem Menschen, der in ihnen nach seiner Freiheit seiner Freiheit leben will.

b) Trotz aller Säkularisierung gibt es nun einmal auch heute einen Bereich der christlich geprägten abendländischen Kultur, Liebestätigkeit und Erziehung mit seinen besonderen Sachprinzipien und Sachgesetzlichkeiten, der von den Kirchen geschaffen und ihnen anvertraut ist zur Verkündigung und zum geistlichen Geleit. In diesen Zonen ist die umfassende staatliche Kultur- und Sozialverantwortung nicht ausgeschlossen; weder ein umfassendes Subsidiaritätsgebot, noch etwa Art. 137 I WV ist als vorgeordnete negative Sondernorm des Kompetenzkataloges der Verfassung zu verstehen.

Aber bei der Art ihrer Ausübung muß der Staat sich gerade um seiner neutralen Offenheit und seiner konstitutionellen säkularen Selbstbeschränkung willen auf die kirchlichen Sachprinzipien und Maßstäbe abstimmen. Im Staatskirchentum hatte er diese Herablassung nicht nötig, da besorgte er den

christlichen Aspekt dieser Dinge in eigener Regie. Nach dem Ende der Staatskirche und nach der Garantie der Kirchenfreiheit und des Neutralitätsgebotes, das sich aus dem System und aus vielen Einzelnormen der Verfassung ergibt, ist ihm die Verkehrung seiner Rechte zur sachgerechten Kulturpolitik in solche zur Kirchenpolitik verwehrt; er darf nicht mehr auf eigene Faust eine bessere oder richtigere Art der „Christlichkeit" bzw. „Kirchlichkeit" in diesen Fragen statuieren.

c) Auch hier ist das Institutionelle und das Personale eng verwoben. Die Sachgesetzlichkeit der Sachbereiche und der gebotene Respekt vor der Religionsfreiheit und ihren Konsequenzen entsprechen sich! Gerade um des Menschen willen kann jene Überlagerung der staatlichen und kirchlichen Tätigkeit im gleichen Bereich in vielen Fragen nicht in Beziehungslosigkeit und Ignorierung, in der Parallelität der Rivalitäten, in den verkrampften Kampfkonkurrenzen der beiderseitigen Normen und Institutionen hängen bleiben, sondern drängt zu einer Berücksichtigung des Kirchlichen durch den Staat, zur Fühlungnahme und Kooperation des Staates mit den Kirchen in der staatlichen Kultur- und Sozialordnung, was man durchaus nicht als einen verfassungswidrigen Institutionsklüngel gelten lassen kann. Sie geschieht im Blick auf die Menschen unter den 95 % der in den großen Kirchen getauften Christen unseres Volkes, für welche die „Kultur" — jenseits aller säkularen oder auch kulturprotestantischen Vorläufigkeiten — auch einer der modernen Begriffe für das alte theologische Thema des vor Gott rechten Verhältnisses von Glaube und Werken ist. Sie geschieht im Blick auf die Menschen, die in ihren sozialen Beziehungen, in der Erziehung und den Formen des öffentlichen Lebens in i h r e r Weise und nach ihren Prinzipien Gott dienen wollen und darum auch dem Nächsten, — Menschen, für die der Sinn der Freiheit nicht hin- und hergerissen wird zwischen Abwehr und Anspruch (zwischen den liberalen Ausgrenzungen und den sozialen Zugriffen auf die „Teilhabe" des Nicht-zu-kurz-kommen-dürfens), sondern für die — nach dem Kerygma ihrer Glaubensbotschaft — die Freiheit eine Freiheit aus dem Glauben und eben darum eine Freiheit zum Dienste Gottes und des Nächsten ist, für die deshalb die Glaubensfreiheit und die weltlichen Freiheiten — aber eben auch ihre Bürgerpflichten — im Kern der personalen Existenz ganz eng verschwistert sind.

Für den Staat ist das wohl von Bedeutung, wenn er einerseits die materielle und geistige Bedürfnisbefriedigung im großen Stil betreibt, andererseits die Menschenwürde und Entfaltung der Persönlichkeit in seinem Grundgesetz sich selbst zum

Ziel und Maß gesetzt hat und wenn es darüber sein Problem geworden ist, daß das institutionelle Getriebe des Sozialstaatsbetriebes in einer gespenstischen Verflüchtigung des Personalen zu vermassen und menschlich zu veröden droht, nachdem nun spät in einer institutionellen und säkularen Weise verwirklicht worden ist, was die Kirche seit Jahrhunderten vergeblich gepredigt hat: Einer trage des andern Last! (Küster)[44].

Die Zusammenarbeit mit den Kirchen ist also — sieht man näher hin — nicht als institutionelle Privilegierung des kirchlichen Apparates anzusehen, sondern letztlich als Angebot und Hilfe für den Menschen jener Kirchen, zu seinem Nutzen und Frommen, als Konsequenz und Mittel der Entfaltung seiner positiven Religionsfreiheit in der Ordnung und den Institutionen des Lebens der Nation.

d) Zulässig sind deshalb die verschiedenen Formen der institutionellen Kooperation: Die Berücksichtigung religiöser und kirchlicher Momente, zumal Art. 3 I, III GG nur die Bevorzugung und Benachteiligung der Person verbietet, nicht aber die Differenzierung nach ihren Eigenschaften in deren freier Wahl; sodann die Bezugnahme auch auf die kirchlichen Prinzipien, Normen und Einrichtungen im staatlichen Recht (Denkmalschutz, Katholische Fakultäten, Sozialhilfe u. a. m.); zulässig ist auch die Bezugnahme auf kirchliche Verwaltungsakte (nihil obstat, missio canonica) u. a. m. Daß jede institutionelle Verbindung zwischen Staat und Kirche durch Art. 137 I WV ausgeschlossen sein soll (Hesse, Ridder)[45], scheint mir eine aus der Luft gegriffene petitio principii. Diese These dürfte das Opfer und Beispiel des typischen verselbständigten Institutionendenkens und seiner juristischen Veräußerlichungen sein: Sie ist zu eng gegriffen in ihrer institutionellen Selbstbeschränkung auf die Formenfrage, zu weit gegriffen aber in der Verabsolutierung ihrer Prätention, weil sie sich über die Sachgesetzlichkeiten der konkreten Materien in den gemeinsamen Angelegenheiten von Staat und Kirche hinwegsetzt und darum an der Praxis bricht (Schulwesen, Lehrerbildung, Anstalts- und Militärseelsorge, Rundfunkräte, Beiräte usw.). Die These ist durch den Wortlaut und Sinn des Art. 137

---

[44] Otto Küster, Probleme der Leistungsverwaltung, Berlin 1965, S. 35.

[45] Hesse, Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, Göttingen 1956, S. 65; Ridder, Art. Kirche und Staat, aaO. (Anm. 21), Sp. 1028; Hermann Weber, Die Religionsgesellschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts, Berlin 1966, S. 32; Hamel, Die Bekenntnisfreiheit in der Schule, NJW 1966, S. 21. A. A. Scheuner, aaO. (Anm. 23), ZevKR 7, S. 266 und andere.

I WV — wie ich meine — nicht gedeckt und sie entspricht weder der historischen Entwicklung, noch auch dem sonstigen Verfassungssystem, da sich die moderne freiheitliche Demokratie auch der Mitwirkung anderer Sozialpartner in den öffentlichen Gremien versichert.

9. Entscheidend sind vielmehr die Art der Ausgestaltung und die Grenzen solcher Zuordnung und Kooperation: Sie müssen freiheitlich sein i. S. der komplexen Freiheitsgarantien und jener vielfältigen institutionellen und personalen Emanzipation, in der der Sinn des Abbaus der Staatskirche durch Art. 137 I WV zu sehen ist! Sie muß die staatliche Kultur- und Sozialverantwortung wahren (das ist z. B. das Sozialhilfeproblem[46]) und das Problem der Kunstdenkmäler!), darf den Einzelnen den Kirchen auch nicht mittelbar in die Arme treiben oder nach Prinzipien einer fremden Konfession behandeln (z. B. Köttgens „Wahlfreiheit"[47]) des Einzelnen bei der Inanspruchnahme konfessioneller oder unkonfessioneller Sozialträger; Beibehaltung des Beamtenstatus für den beanstandeten Theologieprofessor[48]) usw.); und sie darf nicht zum Rückfall in das Staatskirchentum durch eine Eingliederung der Kirche in die Staatsunterworfenheit führen. In dem Zusammentreffen dieser Freiheitsgarantien ist die Kooperation begrenzt und manche überkommene Verbindung wird sich überprüfen lassen müssen. Mit etwas Phantasie und gutem Willen ist meist — oder doch in sehr vielen Fällen — eine mittlere Lösung zu finden, die der Sachgesetzlichkeit der besonderen Materie, dem Freiheitsstatus des Einzelnen wie der Kirche und der Gemeinwohlverantwortung des Staates gerecht zu werden vermag.

Bei solcher Kooperation ist dem Staat deshalb auch die Identifizierung mit einer bestimmten Staatsreligion verwehrt, wie Herbert Krüger[49]) das Problem betitelt hat: Auch die „freundschaftliche Zusammenarbeit"[50]) des Staates mit den

---

[46]) Vgl. jetzt auch BVerfG, Urteil vom 18. 7. 1967, DÖV 1967, S. 629 ff., 631.

[47]) Köttgen, aaO. (Anm. 36) ZevKR 11, S. 231; ders., in: v. d. Heydte-Köttgen, Vorrang oder Subsidiarität der freien Jugendhilfe, Hamburger Öffentlich-rechtliche Nebenstunden, Bd. 7, Hamburg 1961, S. 8.

[48]) W. Weber, Das Nihil obstat, ZgesStW 99. Bd., (1939), S. 229 f.

[49]) Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964, S. 49.

[50]) R. Smend, aaO. (Anm. 2) ZevKR 1 (1951), S. 10 ff.; Scheuner, Die staatskirchenrechtliche Tragweite des niedersächsischen Kirchenvertrages von Kloster Loccum, ZevKR 6 (1957/58), S. 8 ff., 11; Hesse, Rechtsschutz, aaO., (Anm. 45), S. 78 f.; Wolfgang Conrad, Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirche, Göttingen 1964, S. 6 ff. und passim.

Kirchen, von der die Lehre spricht, hat in Distanz und Freiheit der Partner zu geschehen und duldet nicht ihr Ineinanderfließen, ihre „Integration". Weil der Staat nicht ein Bekenntnis als Staatsbekenntnis übernommen hat, ist er in seiner pluralen Offenheit und Neutralität in der Lage, die verschiedensten „Religionsgesellschaften" ungeachtet ihres Absolutheitsanspruchs und ihrer Differenzen gleichzeitig zu fördern.

B. Zum Selbstbestimmungsrecht der Religionsgesellschaften nach Art. 137 III WV/140 GG:

1. Diese Freiheitsgarantie ist nicht nur eine Freiheit eines besonderen kirchlichen Intramuranbereichs zur internen ungehinderten Pflege von Dogma, Liturgie, Kirchenapparat mit seiner kirchlichen Normsetzung, Verwaltung Gerichtsbarkeit. Auch hier scheint mir der juristische, veräußerlichte Institutionenaspekt (das Kompetenz-, Bereichs- und Immunitätsdenken, die Vorstellung von der Kirche als Behördenkirche oder als hierarchischer Machtapparat) manche Problemenverengung bewirkt zu haben, und die traditionelle Kanonistik ist wohl nicht ganz unschuldig daran. Indessen ist der Normen- und Institutionenapparat an der Kirche etwas durchaus Sekundäres, zwar etwas sehr Notwendiges, auch in Grenzen sicher Sinnvolles, aber doch eben etwas Sekundäres, auf welches auch die Kirchenfreiheitsgarantie der Verfassung nicht in ekklesiologischer Farbenblindheit reduziert werden kann. Denn das ekklesiologisch Entscheidende an der Kirche ist ihr Auftrag (ihre Sendung) und die Erfüllung dieses Auftrags durch ihr Wirken in der Welt: Die kirchliche Funktion in der Verkündigung, Diakonie, Erziehung usw., nicht die Organisation und ihre Verselbständigung, menschliche Verfügbarkeit und Eigengesetzlichkeit. Da die Kirchen nach ihrer theologischen, soziologischen und kirchenrechtlichen Eigenart und Form so in die Welt hineinwirken und -strömen, um dort ihr Licht leuchten zu lassen und Sauerteig der Welt zu sein, wie ihnen geheißen ist, ist auch der biedere juristische Versuch zum Scheitern verurteilt, die Kirchen von Staats wegen säuberlich auf bestimmte „kirchliche" Objekte, Bereiche, Probleme festzunageln: Etwa auf die religiöse Privat- und Intimsphäre, auf die individuelle Seelen-Heils-Ökonomie, auf „Gegenstände" wie Dogma, Glaube, Buße, Absolution. Denn gerade diese Dinge wirken in die Welt: Glaube und Buße führen zur (Selbst-)Verantwortung, zum Werk, zum Ethos, zur Freiheit, zum Dienst; Bekenntnis zum Bekennen; Bekennen zum Tun, zur Gemeinde, zur Verantwortung, zur Solidarität usw.

Die Kirche bestimmt selbst nach Art. 137 III WV/140 GG, was zu „ihren Angelegenheiten" gehört[51]), und dieser Kreis ist ziemlich weit! Auch die Welt erwartet von ihr diesen Dienst und hat ihr ex post verübelt, daß sie in den bösen Jahren, in denen sie als einzige der Institutionen des öffentlichen Lebens Widerstand geleistet hat gegen die Mächte des Verderbens, zu sehr und selbstbezogen auf die Erhaltung, auf das Überleben ihres Apparates bedacht war, daß sie ihre Botschaft von Liebe, Frieden, Schuld und Freiheit nicht lauter hat vernehmen lassen gerade auch im Bereiche der gesellschaftlichen und politischen Welt.

Freiheit der Religionsgesellschaften beschränkt sich nicht auf eine Abwehrfreiheit des institutionellen Kernbereichs, sie ist Freiheit des Wirkens in der Gesellschaft.

2. Bei seiner Ordnung der Gesellschaft trifft der Staat dort auf die Kirchen, auf ihre Tätigkeit und auf ihr Recht; er muß dazu Stellung nehmen, und zwar auch unter dem Richtpunkt der Kirchenfreiheitsgarantie. Bei seiner Aufgabe der Ordnung der Gesellschaft muß er dem Sinngehalt der verschiedenen Freiheitsgarantien der Religionsgesellschaften wie der Individuen (und zwar deren positiver wie deren negativer Religionsfreiheit!) gerecht zu werden suchen und mit ihnen seine anderen säkularen Kultur- und Sozialaufgaben kompetenzengemäß abgleichen.

Er hat die Last und Aufgabe der Ordnung, also der Ordnung durch hoheitliches Gesetz, wovon ihn keine freundliche Koordinationstheorie erleichtern kann!

Aber es ist die Aufgabe der Ordnung in Freiheit, der Entfaltung der Freiheit in dieser Ordnung, in ihren Normen und Institutionen. Und zwar in dem Zusammentreffen der verschiedensten individuellen Grundrechtsverbürgungen wie der institutionellen Gewährleistungen religiösen wie auch säkularen Charakters! Gerade diese Konkurrenzen und ihre gelegentlichen Antagonismen machen dem Gesetzgeber die Aufgabe schwer. Sie lassen oftmals seine Neigung wachsen, sich wenigstens einen Teil der Sach- und Rechtsprobleme der Freiheitsentfaltung und -verbürgung vom Halse zu schaf-

---

[51]) Unbeschadet dessen, daß die Kirchen bei der „Ordnung und Verwaltung ihrer Angelegenheiten" den staatlichen Schrankengesetzen nach Art. 137 III WV / 140 GG unterliegen, die jedoch ihrerseits auf die Kirchenfreiheitsgarantie abzustimmen sind, da der Staat in seiner säkularen Selbstbeschränkung (Art. 137 I und III WV / 140 GG) die kirchlichen Entscheidungen über den kirchlichen Charakter einer Angelegenheit nicht an sich ziehen bzw. den Kirchen bestreiten darf.

fen durch irgendwelche kunstvoll-bequeme Bereichs-Scheidungen, „Ausgrenzungen" und „Trennungen" (zwischen Staat und Gesellschaft, Staat und Kultur, Staat und Kirche, Freiheit und Recht, Freiheit und Verbürgung, Freiheit und Schutz usw. — wie sie ihm auch die Theorie seit alters empfiehlt). Allein die Aufgabe bleibt (im Normbereich) bestehen und die Praxis in ihrem Sachzwang ist unerbittlich in der Offenlegung der Kalamitäten. Diese Aufgabe ist nicht zu umgehen: Weder durch müden Souveränitätsverzicht[52]), durch Preisgabe der staatlichen Kulturverantwortung oder einzelner Sachmaterien (in einer Generalsubsidiarität), noch durch die Flucht in die verfälschende Einheitsvorstellung eines pauschalen, laizistischen Neutralisierens. Sie kann auch nicht gelöst werden durch ein isoliertes, eindimensionales Schrankendenken, das sich dem Zufall im Ansatz des Schrankenschlusses ausliefert, weil es den komplexen Zusammenhang der verschiedenen Verfassungsverbürgungen und Kompetenzbestimmungen verfehlt. Und auch die These von der bloßen Staatsgerichtetheit der Grundrechte und ihrer fehlenden Drittwirkung verstellt den Blick für das hier liegende legislatorische Problem, weil sie nur vom Individuum und Richter aus gedacht ist und weil sie darüber die Aufgabe des Gesetzgebers zur Positivierung und Realisierung der Wertprinzipien seines Grundrechtsteils in der Rechtsordnung übersieht.

3. Die Aufgabe des normativen Ausgleichs und der Freiheitsentfaltung im staatlichen Recht ist dem Gesetzgeber in den sog. Schrankengesetzen des Art. 137 III WV/140 GG gestellt:

Ihr Sinn ist nicht der institutionelle Kampf gegen die Kirche wie im territorialistischen Obrigkeitsstaat[53]), der um seine Souveränität zu ringen und sie zu stabilisieren hat, nicht der Kampf um die säkulare Kultur wie in der Aufklärung und im Kulturkampf[54]), nicht die Sicherung impermeabler kirchlicher Exemtionen (des Ghettos und der Selbstabgrenzung etwa der katholischen Kirche des 19. Jhs.)[55]), nicht die Überfremdung der Kirche durch ihre Behandlung als Verein[56]) nach dem Vereinsrecht, zumal man sich darüber einig geworden ist, daß die Kirchen nicht einmal in der (allgemeinen) Rechtsform der

---

[52]) Insoweit ist die Kritik an den verbreiteten Koordinationsthesen (Hesse, Grundmann, auch Hollerbach u. a.), wie sie z. B. durch Krüger und Quaritsch vorgebracht wurde, m. E. durchaus berechtigt, — ohne daß daraus die Konsequenzen einer laizistischen Trennung und Kirchenbeschränkung gezogen werden müßten.

[53]) Oben S. 6 ff., 9, 11.

[54]) Oben S. 9 ff., 13 ff.

[55]) Oben S. 15 f.

[56]) Oben S. 15, 18.

Körperschaften des öffentlichen Rechtes aufgehen. Der Sinn der Schrankengesetze besteht auch nicht in einer strikten („farbenblinden") Ignorierung alles Religiösen und Kirchlichen durch den Staat[57]), auch nicht in einer Nivellierung des Staatskirchenrechts als Sondermaterie[58]) und der Kirchenfreiheit als Sondergarantie, indem seine Sonderkonturen durch die Planierraupe einer allgemeinen Schrankenformel eingeebnet würden. Der Sinn der Schrankengesetze liegt auch nicht in einer „Neutralisierung" der kirchlichen Äußerungen i. S. eines ideologischen Neutralitätsbegriffs, der den Boden der offenen Neutralität des Verfassungsstaates seinerseits verlassen hat, wenn er sich übernimmt, jeden „religiös-dogmatischen ... oder spezifisch-weltanschaulichen Akzent" (Quaritsch)[59]) aus dem Schrankengesetz zu verbannen.

Da es nicht der Sinn der Verfassungsgarantie ist, die spezifische Freiheit ihres Sachbereichs zu versperren, werden die die Stellung der Kirchen betreffenden Staatsgesetze nach Art. 137 III WV/140 GG die Kirchenfreiheit nicht einfach ignorieren und verschenken können. Das Staatsgesetz hat eine innere Beziehung zu der garantierten Kirchenfreiheit zu suchen, ihren Wertgehalt aufzunehmen und tunlichst zu respektieren, so daß sich ein bewußtes und besonnenes Verhältnis der Wechselwirkung zwischen der Freiheit und dem Staatsgesetz ergibt: Es hat in der Art und Weise der Beschränkung auch bei Art. 137 III WV/140 GG die geistliche Freiheit der Kirche zu berücksichtigen und tunlichst zu respektieren! Dieser etwa bei der Meinungsfreiheit (Lüth-Urteil)[60]) eingeschlagene Weg ist hier durch den Abbau der Staatskirche in Art. 137 I WV/140 GG[61]) keineswegs versperrt; denn der Sinn dieser Norm lag ja — wie gezeigt — nicht in einer laizistischen oder etatistischen Beschneidung der Kirchen etwa durch eine äußerliche Bereichstrennung, sondern in der umfassenden Emanzipation, als Mittel der vielseitigen, komplexen, individuellen und institutionellen Freiheitsgarantien, was einer Beschneidung der Freiheit aus Gründen der „Trennung" gerade zuwiderlaufen würde.

Dieser Ausgleich und die Wahrung der Freiheit in den Normen ist m. E. nur durch eine Abwägung zu finden, da alle

---

57) Oben S. 14, 21.
58) Oben S. 17 ff.
59) Quaritsch, aaO. (Anm. 9) Der Staat 1 (1962), S. 294.
60) BVerfGE 7, S. 198 ff.
61) Link, Verfassungsrechtliche Fragen zur Aufhebung der „Staatskirche", BayVerwBl 1966, S. 297 ff.

nur formalen Formeln in der Komplexität der Konkurrenzen versagen. Dabei ist es freilich mit einer abstrakt-pauschalen Allgemeinabwägung zwischen Kirchenfreiheit und Schrankengesetz nicht getan: Weil es sich zumeist um inkommensurable Größen handelt, die eines solchen schlichten Rangverhältnisses spotten (zumal die Dignität des Religiösen sich in den verschiedensten Verfassungsgarantien manifestiert), die ferner in verschiedener Weise — im Kern oder am Rande — betroffen werden und weil vor allem ganz i. d. Regel das Ziel der Freiheitsgarantie und der Schrankennorm sich ohne frontale Kollisionen in einem Kräfteparallelogramm rechtlicher Beziehungen ausgleichend ordnen lassen. Zahlreiche sog. „Schrankennormen" des staatlichen Rechts haben ja gar keine eigentlichen Beschränkungsabsichten, sondern umgekehrt Hilfs- und Intendanturfunktionen gerade zum Dienst der Kirchenfreiheit, ihrer Ordnung und ihres Schutzes, was die sog. „Trennung" in Art. 137 I WV/140 GG keineswegs verwehrt: Natürlich ist die Kirche gebunden an das staatliche Bauordnungsrecht — aber nicht, um ihr das Bauen zu „beschränken", sondern damit sie sicher und stabil baue in dieser unstabilen Welt. Das Bauplanungsrecht soll nicht die Kirche ausplanen und ihr den Platz bestreiten, sondern einplanen und im Dorfe lassen, und zwar in ihrer Eigenart, ihrer Symbolgestalt und kultischen wie künstlerischen Form; es soll ihr auch — dem Menschen zum Bedürfnis — sehr wohl einen zentralen und wenn man will „beherrschenden" Platz einräumen in unserem pluralistischen Wesen, sie gerade nicht nivellieren auf das „für jedermann geltende" Höhenlinienniveau in unserer zersiedelten Einfamilien-Reihenhäuser-Welt. Die Friedhofsordnungen haben die Bedürfnisse der kirchlichen Feiern nicht zu ignorieren, sondern zu erfüllen. Die Verkehrspolizei hat Prozessionen (wie Demonstrationen) nicht zu verbieten, sondern für ihren geordneten und ungestörten Ablauf zu sorgen. Der Denkmalschutz soll nicht die gottesdienstliche Benützung der sakralen Kunstdenkmäler erschweren oder verwehren, sondern diese schützen in der Sinneinheit der kultisch-künstlerischen Form, usw. — In all diesen Fragen verlangt die Kirchenfreiheitsgarantie die Berücksichtigung der kirchlichen Momente an den kirchlichen Materien, mit denen der Staat zu tun hat, und die Kooperation mit den kirchlichen Stellen, nachdem ihm Art. 137 I und III WV/140 GG hier die eigene, „staatskirchliche" Entscheidung dieser Dinge verwehrt.

4. Auch hier bei Art. 137 III WV/140 GG geht das Bereichs- und Exemtionendenken fehl: Es ist eine verbreitete meta-

juristische Fehlidee in laizistischen wie klerikalen Kreisen, daß jede Änderung der „Schrankengesetze" zu Art. 137 III WV zu einem Abbau des staatlichen Normengefüges und zur weiteren Herauslösung der Kirchen bzw. — was das gleiche ist — zu ihrer Verdrängung aus der staatlich gesetzten allgemeinen Rechtsordnung führen müßte. Insbes. die Kirchen werden sich vor den Verführungen und Fronten eines antiquierten und falschen Freiheitsgedankens (der Freiheit als Abkehr, Ausgrenzung und Exemtion nach liberalem oder klerikalem Maße von ehedem[62])) hüten müssen, der ihnen die Pforten zu ihrer Freiheit des Dienens und Wirkens in der Welt (und ihres staatlich geordneten Rechts) verschließt. Die Verflechtung der Kirchen in die Lebensverhältnisse der modernen Welt mit ihren Interdependenzen wird umgekehrt einen Ausbau der staatlichen Gesellschaftsordnung auch mit Wirkung für die Kirchen wohl unausweichlich mit sich bringen. So wird es darauf ankommen — das ist der Sinn der Freiheitsgarantie des Art. 137 III WV/140 GG heute — daß die Kirchen nicht jenseits der staatlichen Ordnung des Kultur- und Soziallebens geraten[63]), sondern in ihr die Freiheit zur Entfaltung positiviert erhalten. Geschieht dies nicht, so werden die kirchlichen Lebensäußerungen in die anderen, profanen Freiheitsrechte und ihre Schranken abgedrängt, die auf sie nicht oder nicht richtig passen, in die Formen des Vereins und der Meinungsäußerung[64]) usw., und der spezifische Freiheitsgehalt der staatskirchenrechtlichen Freiheitsverbürgung, die Respektierung der kirchlichen Eigenart und Eigenständigkeit fällt für sie aus.

5. Diese Aufgabe der Berücksichtigung und Positivierung ist primär dem Gesetzgeber gestellt. Die Praxis ist hier in ihrer Sachnähe der Theorie wohl weit vorausgeeilt: In diesen Zusammenhang gehören die zahlreichen Berücksichtigungsklauseln für kirchliche Belange in den Spezialgesetzen: Im Bundesbaugesetz (§§ 1 V, 5 II Ziff. 2), im Denkmalschutz, in der Regelung des nihil obstat und der missio canonica, bis hin zum Zeugnisverweigerungsrecht (§§ 53 Ziff. 1 StPO, 383 Ziff. 4 ZPO), den Pfändungsverboten (§ 811 Ziff. 7 ZPO) bei Geistlichen, ihrer (nicht unbedenklichen) Befreiung vom Wehrdienst u. a. m. Wo solche gesetzlichen Normen fehlen, hat die Verwaltung und Rechtsprechung den Sinn der Freiheitsgarantie des Art. 137 III WV in verfassungskonformer Auslegung zu

---

[62]) Oben, S. 11 f.,14 f.

[63]) Darin liegt u. a. die tiefere Problematik der Rechtswegfragen.

[64]) Zur Qualifizierung eines Hirtenbriefs nur als Meinungsäußerung (Art. 5 I GG) vgl. BVerwGE 18, S. 14 ff.; s. auch oben S. 34, Anm. 43.

wahren (z. B. Prozessionsregelung im Straßenverkehr). Allein das ist ein Notbehelf. Wenn der Gesetzgeber selbst die Entscheidung trifft, entfallen die Bedenken gegen die Verwendung des Prinzips der Abwägung und Wechselwirkung bei der Grundrechtsauslegung, das nicht zur Verlagerung von der Norm auf den vagen Einzelfall und vom Gesetzgeber auf den Richter führen darf, was der Verfassung ihren generellen Normgehalt und dem Gesetz die Aufgabe der konkretisierenden Normierung nimmt. Diese Berücksichtigungs- und Kooperationsklauseln sind keineswegs durch ein falsches Trennungsdenken verwehrt. Sie müssen freilich in Pluralität und neutraler Offenheit und Freiheit ausgestaltet sein, dürfen nicht zur Zwangskonfessionalisierung, zum Rückfall in das Staatskirchentum und zum Verlust der individuellen Emanzipation führen.

In ihnen spiegelt sich der direktive Sinn, Zusammenhang und Gleichklang der individuellen und der institutionellen Religions- und Religionsgesellschafts-Freiheitsgarantie.

6. Die Aufgabe des Gesetzgebers zur freiheitlichen Ordnung und zum Ausgleich wird dort zum schweren Problem, wo die Konkurrenz verschiedener Grundrechte, institutioneller Gewährleistungen und staatlicher Gestaltungskompetenzen in einen sachlichen Antagonismus treten.

Am Beispiel des Schulrechts ist diese Reibung der positiven und der negativen individuellen Religionsfreiheit, der institutionellen Kirchenfreiheitsgarantie, des Elternrechts und des staatlichen Schulmonopols besonders quälend zutage getreten[65]). Auch bei dieser Abwägung ist der Wert der positiven Religionsfreiheit und der Kirchenfreiheit nicht schlechthin zu ignorieren, wie vielfach vorgeschlagen wird. Der Gesetzgeber muß eine mittlere Lösung der Toleranz zu finden suchen.

Diese Fälle zeigen, daß eine sachliche Abwägung und eine verschränkte wechselseitige Berücksichtigung des Freiheitsgehalts der verschiedenen einschlägigen Freiheitsgarantien in der Art und Ausgestaltung der staatlichen Normen unumgänglich ist. Gerade in diesen schwierigsten Problemen der Grundrechtsauslegung ist die Praxis von der Lehre stark im Stich gelassen: Grundrechtskonkurrenzen sind weithin terra incognita im Verfassungsrecht[66]).

---

[65]) E.-W. Böckenförde, aaO. (Anm. 25) DÖV 1966, S. 34 mit Anm. 22.

[66]) Neuerdings mit Nachweisen Wolfgang Knies, Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, München 1967, S. 42, 78 ff., 81 f.

Man wird sie mit den umlaufenden formalen Formeln nicht in den Griff bekommen. So scheint mir die Lehre von der Zulässigkeit sog. „Reflexbeschränkungen“[67]), die nicht gegen das Grundrecht und sein Schutzgut selbst gerichtet sind, nur zu oft zu versagen. Schon ob ein bloßes Reflexgesetz vorliegt, ist vielfach eine Frage der Definition (Kirchenaustrittsrecht!). Daß nur Reflexe und keine Direktbeschränkungen zulässig seien, ließ sich vielleicht in Weimar noch behaupten, nicht aber in der Militanz unserer Demokratie (Art. 18 GG, polit. Strafrecht). Formal und unerfindlich bleibt, warum Reflexbeschränkungen stets und schlechthin Vorrang besitzen müßten vor dem beschränkten Gut, nur weil sie es gleichsam schräg und ohne frontalen Zugriff angehen, ein Gut, das doch viel höher stehen und stärker im Kern betroffen sein kann als das beschränkende Gut. Die Abwägung ist schließlich unentbehrlich, wenn sich Reflexwirkungen verschiedener Normen gegenseitig brechen. Die Tatsache der Reflexnatur als solcher ist eben eine technische Zufälligkeit, die keine innere Sachbeziehung zu der Freiheitsgarantie besitzt, um welches es doch geht. — Andere formale Formeln („für jedermann“ bzw. „für alle Vereine“ geltende Gesetze) haben einen fragwürdigen Verweisungswert, der das Problem nur weiterreicht.

Aber auch die viel weiter führende materielle Abwägungsformel, die einst Johannes Heckel beiläufig eingestreut hat[68]) und die dann Furore machte, ist wohl des Überdenkens wert. Denn die Kürze und der sachliche Gehalt der Formel scheint doch erkauft durch das Formelhafte, Apodiktische, auch ihre verkürzende Simplifikation.

So scheint mir doch der Frage wert, ob dieses Suchen nach der Zauberformel, nach dem Stein der Weisen der Beschränkung sinnvoll sei. Die vielfältigen Rechtsprobleme der Kirchenfreiheitsgarantie und ihrer komplexen rechtlichen Relationen werden sich nicht über den Leisten einer allgemeinen Schrankenformel schlagen lassen. Sie werden einer sehr differenzierten Lösung jeweils nach der Sachgesetzlichkeit der spezifischen Sachgebiete bedürfen, wenn so Disparates zu normieren und zu entscheiden ist wie Theologische Fakultäten und Be-

---

[67]) Statt anderer: Kurt Häntzschel, Das Recht der freien Meinungsäußerung, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. v. Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Bd. II, Berlin 1932, S. 657 ff.; Lerche, Grundrechte der Soldaten, in: Die Grundrechte (Anm. 10) Bd. IV/1, S. 473 ff.

[68]) J. Heckel, Das staatskirchenrechtliche Schrifttum der Jahre 1930 und 1931, VerwArch 37. Bd. 1932, S. 284 (jetzt auch in: Ges. Aufsätze [Anm. 1], S. 593).

kenntnisschule, Kirchenaustritt und Kulturschutz, Friedhöfe und Wahlbeeinflussung, Rechtsschutz und Eheschließungsrecht u. a. m. Und dabei sollte die staatskirchenrechtliche Theorie sich wohl von jenem institutionellen Belagerungs- und Beschränkungsdenken lösen, das die Last der Tradition ihr auf die Schultern legte.

Statt fasziniert nach den raffinierten Formeln ausdrücklicher und stillschweigender, immanenter und transzendenter, systematischer oder unsystematischer Freiheitsbeschränkungen zu trachten, sollte sie sehen, wie diese ihre institutionelle Freiheit im Recht gewahrt, entfaltet und personal gelebt werden kann[69]).

Bei all' seinem Traditionsverlust — so will mir scheinen — ist das Staatskirchenrecht nicht am Ende. Es steht vielenorts am Anfang[70]).

---

[69]) Gerade mit Hilfe jener Berücksichtigungsklauseln in den Spezialgesetzen, die in der Art und Weise der staatlichen Beschränkung die speziellen Bedürfnisse der Kirchenfreiheit gemäß der Garantie des Art. 137 III WV / 140 GG berücksichtigen, wie ich es am Beispiel des Kulturschutzes der kirchlichen Kunst näher entwickelt habe (Staat, Kirche, Kunst [Anm. 15], S. 230 ff., 249).

[70]) Zu den übrigen Abschnitten der Thesen (Subordination und Parität), auf die ich im Vortrag nicht eingehen konnte, verweise ich auf meine genannte Untersuchung (Anm. 15), S. 251 ff., 210 ff.

Leitsätze des Berichterstatters über:

Die Kirchen unter dem Grundgesetz

I.

1. *In den kulturstaatlichen und staatskirchenrechtlichen Bereichen ist der Zusammenhang von Tradition und Leben evident.*

2. *Gerade das Staatskirchenrecht leidet jedoch an zahlreichen bis heute nachwirkenden Belastungen durch seine Tradition:*

3. *Schon seit der Reformation ist das deutsche Staatskirchenrecht im Reich und in den Territorien gekennzeichnet durch eine tiefgreifende Veräußerlichung und Verfremdung (Staatskirchentum und landesherrliches Kirchenregiment); es gerät in scharfen Widerspruch zur theologischen Wesensbestimmung der Kirche und des Kirchenrechts bei beiden Konfessionen. Die „Weltlichkeit" des weltlichen Rechts geht verloren; die Kirche und ihr Recht werden durch die staatliche Verfügbarkeit säkularisiert.*

4. *Diese Verquertheiten vererben sich in die Praxis des Staatskirchensystems des 19. Jhs. Ihre Nachwirkungen belasten z. T. bis heute eine moderne Sicht durch überholte Leitbilder:*

5. *1. Das Staatskirchenrecht wird weithin verstanden als Kampfmittel des Staates, statt als Ordnung des Ausgleichs und der Freiheit.*

6. *2. Die Einheitsvorstellung von der geschlossenen weltlichen „Neutralität" des Staates gerät mit der Vielfalt des geistigen und religiösen Lebens im 19. Jh. zunehmend in Widerspruch.*

7. *3. In einem veräußerlichten Institutionendenken verliert das Staatskirchenrecht trotz seiner verbrämten Sakralisierung im „Christlichen Staat" weithin die Beziehung zu den religiösen Lebensprozessen. Die Institutionen erscheinen als Damm gegen die Flut der Zeit, statt Lebensform und Resultat freigeordneter Lebensprozesse zu sein.*

8. *4. Das Problem des Staatskirchenrechts wird einseitig gesehen in einer Institutionenrivalität (hoheitliche Exekutivmittel, Schrankengesetze, Trennungstendenzen) oder in einem Institutionen-Paktieren.*

9. *5. Das Staatskirchenrecht leidet an der falschen Trennung von Institution und Person, Individuum und Gemeinschaft (Art. 4 und 140 GG).*

10. *6. Die Entgegensetzung von Institution und Freiheit führt zu einem Freiheitsverlust in den (kirchlichen und staatlichen) Institutionen und verhindert die legislatorische Aufgabe der Freiheitsentfaltung.*

11. *7. Die traditionelle Lehre hat das Freiheitsproblem nicht voll bewältigt:*

12. *a) Die Individualfreiheit erschöpft sich — als Hypothek des Liberalismus — weithin in einer Ausgrenzungsfreiheit (sog. negative Glaubensfreiheit). Die Religionsfreiheit droht umzuschlagen in die Intoleranz der Negation. Die positive Religionsfreiheit bleibt für die Mehrzahl der Bevölkerung infolge der öffentlichen Staatskircheninstitutionen irrelevant.*

13. *b) Die Kirchenfreiheitsgarantie als staatlich verliehene Autonomie widerspricht dem kirchlichen Selbstverständnis. Nach außen erscheint sie als bloße Ausgrenzungs- und Abgrenzungsfreiheit, belagert von den Schrankengesetzen. Ihr eigentlicher Sinn als Freiheit des Wirkens in der Welt und ihrer Ordnung wird so verkürzt.*

14. *8. Diese Freiheitsverkürzung läßt die Probleme des Staatskirchenrechts in andere verfassungsrechtliche Materien abwandern (Freiheit der Meinungsäußerung und der Presse, der politischen Meinungs- und Willensmache, des Vereins- und Versammlungsrechts). So entsteht eine zweite Zone eines „Pseudo-Staatskirchenrechts", während das Kerngebiet seine Konturen verliert.*

15. *9. Die Verfassungsartikel des Staatskirchenrechts sind aus dem Ringen zwischen Volkssouveränität und Monarchen als dem Inhaber der „religiösen Kommandogewalt" in der besonderen historischen Stunde des 19. Jhs. entstanden. Die Grenze zwischen Monarch und vorrückender Verfassungsbewegung markiert weithin in den evangelischen Staaten die Grenze zwischen Staat und Kirche. Dementsprechend dient die Liberalisierung im institutionellen Staatskirchenrecht nicht der Entfaltung, sondern der Beschneidung kirchlicher Freiheit zugunsten anderer säkularer Freiheitsrechte.*

16. *10. Das Staatskirchenrecht leidet an einem Kontaktmangel zur Kirchenrechtswissenschaft, Religionssoziologie und insbes. zur Theologie. Nur die Kenntnis von der Eigenart der Kirche — nicht aber die Blindheit als hermeneutisches Prinzip — kann vor konfessionellen Überfremdungen seiner Begriffe und auch*

allzu harmonischem totalem Konkordanzdenken (etwa zugunsten einer geistlich-weltlichen Integrationsidee) zurückhalten.

17. *11. Der Sinnwandel der alten Frankfurter Formeln des Staatskirchenrechts ist nach der Änderung der Verfassungslagen seit 1848 und 1919 evident. In der Weimarer Zeit war die Neubesinnung und Einordnung des Staatskirchenrechts in den demokratischen Verfassungsstaat ausgeblieben. Die Theorie spürte nach 1945 ein berechtigtes Bedürfnis zur Neuinterpretation. Die „neue Nähe" zwischen Staat und Kirche mag z. T. das Mißverständnis einer vorwaltenden institutionellen Restauration mit veranlaßt haben, die weiterhin unter den alten Hypotheken des 19. Jhs. litt. Aber auch demokratische Einordnungsversuche der Kirche in das pluralistische System fallen leicht in den alten Fehler des Staatskirchentums zurück: die Kirche in das politische System zu vereinnahmen und das „ganz Andere" ihres Wesens zu mißachten.*

II.

A. Zum sog. Trennungsprinzip

18. *1. Geistesgeschichtlich ist der Trennungsgedanke — als ideologischer und einseitiger politischer Kampfbegriff vor dem Hintergrund der Verfassungslage und des Staatsbegriffs im 19. Jh. entstanden.*

19. *2. Das sog. Trennungsprinzip ist im deutschen Staatskirchenrecht nicht als solcher Kampfbegriff rezipiert worden, sondern als Baustein einer abgewogenen Ordnung des Ausgleichs („hinkende Trennung", „gelockerte Fortsetzung der Verbindung von Staat und Kirche" usw.).*

20. *3. Das Prinzip dieser Sonderung von Kirche und Staat ist enthalten in Art. 137 I WV/140 GG, wird ergänzt durch Art. 3 III, Art. 33 III GG, 136 I—IV WV/140 GG und steht im Systemzusammenhang mit der Garantie der individuellen Religionsfreiheit in Art. 4 GG einerseits und der Kirchenfreiheit in den Abs. II—VII des Art. 137 WV andererseits:*

21. *Die Trennung ist eine institutionelle Garantie zum Schutz des Staates vor kirchlicher Gewalt wie auch der Kirche vor dem Staatsdiktat und enthält damit auch eine personale Garantie als Norm der Emanzipation des Einzelnen und dessen Schutz vor konfessioneller Nötigung. Die Trennung ist Komplementärgarantie und Konsequenz der verschiedenen Freiheitsverbürgungen: Sie ist Mittel der Freiheit des Staates von der Kirche, der Kirche vom Staat, aber auch der Kirche im*

Staat; zugleich ist sie der institutionelle Sicherungsring zum Schutz auch der personalen Religionsfreiheit in ihren beiden Spielarten der sog. „negativen" und der sog. „positiven" Religionsfreiheit. Eine Inhaltsbestimmung des Trennungsprinzips lediglich i. S. der negativen Religionsfreiheit verbietet sich.

22. *4. In der freien Verfassungsordnung läßt sich das Trennungsprinzip nicht als Mittel des Kulturkampfes und des Kirchenkampfes benützen: Es kann nicht die Forderung nach einem staatlich verordneten Agnostizismus und einem substanzhaften Indifferentismus der staatlichen Kultur- und Sozialordnung begründen. In der staatlichen Kulturpflege (z. B. im Schulwesen, der Denkmalpflege und der Wissenschaft der Theologie) nötigt es nicht zu laizistischer Preisgabe der Kultur und Kulturförderung seitens des Staates, aber es verbietet eine Verfremdung und gebietet die Respektierung der Eigengesetzlichkeit dieser Sachbereiche in ihrer Pluralität und in der offenen Neutralität der staatlichen Pflege und Schutzgewähr.*

23. *5. Das Trennungsgebot darf nicht im Sinne einer totalen Bereichsscheidung in einen getrennten staatlichen und kirchlichen Bereich verstanden werden.*

24. *Staat und Kirche begegnen sich in den gleichen Menschen und Lebensbereichen: Die Gläubigen wollen ein ungeteiltes Leben ihrer Freiheit in der Welt, auch wo sie vom Staat geordnet wird, führen. Deshalb wird es darum gehen, in den Normen und Institutionen der staatlichen Ordnung in neutraler Weise Raum zu geben für die Entfaltung der religiösen Freiheit.*

25. *Das Trennungsdenken in Bereichen und Exemtionen wird immer anachronistischer. So in der Entwicklung des 19. Jhs. und ebenso in Frankreich und den USA. Art. 137 I WV verlangt eine neutrale Offenheit der Institutionen, nicht ein Establishment des Laizismus durch Verabsolutierung der negativen Religionsfreiheit in der staatlichen Ordnung.*

26. *6. Bezüglich der Bereiche ist zu differenzieren:*

27. *a) Im kirchlichen Kernbereich bedeutet das Verbot der Staatskirche Ausgrenzungsfreiheit und ein Verbot der Eingliederung der Kirche in den Staat.*

28. *b) Die Staatsverfassung garantiert jedoch der Kirche nicht nur diesen „kirchlichen" Bereich, sondern auch die Freiheit („im Staat") zur Entfaltung im sog. „weltlichen Bereich", zur Verkündigung, Erziehung und sozialen Arbeit — wie es ihrer Sendung zum Dienst entspricht.*

29. *c) Staatliche und kirchliche Ordnung und Wirksamkeit überlagern sich deshalb notwendig im gleichen „weltlichen" Bereich.*

30. *d) Diese prinzipielle Überlagerung wird in der traditionellen, dem System der Staatskirchenhoheit des 19. Jhs. verhafteten Bereichsabgrenzung (sog. „res mixtae") verkannt und verfehlt.*

31. *7. Das Verbot der Staatskirche gebietet also nicht eine Teilung und Trennung „der Welt", sondern gewährleistet die Unabhängigkeit und Entfaltungsfreiheit der staatlichen und der kirchlichen Funktionen und Organisation.*

32. *8. Die Unabhängigkeit schließt keineswegs die gegenseitige Kenntnis und Rücksichtnahme und die Zusammenarbeit zwischen Staat und Kirche aus.*

33. *a) Dazu zwingt gerade nach dem Abbau des Staatskirchentums der pragmatische Blick auf die konkrete Sachgesetzlichkeit der kirchlich qualifizierten Kultur- und Sozialbereiche und der Respekt vor dem Menschen, der in ihnen seiner Freiheit leben will.*

34. *b) In dem trotz aller Säkularisierung nun einmal vorhandenen Bereich der christlich geprägten Kultur ist die staatliche Verantwortung nicht ausgeschlossen: Die „Trennung" ist keine vorgeordnete negative Kompetenzbestimmung. Aber der Staat muß sich hier gerade um seiner neutralen Offenheit und säkularen Selbstbeschränkung willen auf die kirchlichen Sachprinzipien abstimmen. Anders als im Staatskirchentum ist ihm die eigene Statuierung einer „richtigeren" „Christlichkeit" bzw. „Kirchlichkeit" verwehrt.*

35. *c) Das Institutionelle und Personale ist auch hier eng verwoben: die Berücksichtigung des Kirchlichen geschieht im Blick auf die Menschen und deren Religionsfreiheit, die in ihren sozialen Beziehungen nach ihren Prinzipien Gott und darum auch dem Nächsten dienen wollen und für die die Glaubensfreiheiten und die weltlichen Freiheiten im Kern der personalen Existenz eng verschwistert sind.*

36. *Die Zusammenarbeit mit den Kirchen ist also kein verfassungswidriger „Institutionenklüngel". Sie ist nicht primär eine „institutionelle" „Privilegierung" des kirchlichen „Apparates". Sondern sie ist Angebot und Hilfe für den Menschen dieser Kirchen und Mittel der Entfaltung seiner positiven Religionsfreiheit.*

37. *d) Zulässig sind verschiedene Formen der institutionellen Kooperation, Berücksichtigung, Bezugnahme. Die These von dem Verbot jeder institutionellen Verbindung zwischen Staat und Kirche ist eine petitio principii.*

38. *9. Entscheidend ist die Ausgestaltung und Grenze der Kooperation. Sie muß freiheitlich sein im Sinne der komplexen institutionellen und individuellen (negativen und positiven) Freiheitsgarantien des Religiösen. Verwehrt ist dem Staat die Identifizierung mit einer bestimmten (auch einer laizistischen) Staatsreligion. In pluraler Offenheit und Neutralität und innerer Distanz des Staates sind die verschiedensten Religionsgesellschaften gleichzeitig zu fördern.*

B. Zum Selbstbestimmungsrecht der Religionsgesellschaften nach Art. 137 III WV/140 GG

39. *1. Diese Freiheitsgarantie darf nicht auf den Normen- und Institutionenapparat der Kirche (in „ekklesiologischer Farbenblindheit") verengt werden. Denn das Primäre an der Kirche sind ihre Funktionen, ihr Auftrag und ihr Wirken in der Welt. Auch die Welt erwartet von der Kirche diesen Dienst an der Welt. Die Kirche bestimmt selbst, was zu diesen „ihren Angelegenheiten" nach Art. 137 III WV gehört.*

40. *2. Der Gesetzgeber hat die Aufgabe, den Sinngehalt der Freiheitsgarantien in einer Ordnung der Freiheit und der Entfaltung der Freiheit in der Ordnung zu wahren. Er muß der Freiheit im Zusammentreffen der verschiedensten individuellen und institutionellen Grundrechtsverbürgungen und Gewährleistungen gerecht zu werden suchen. Diese Aufgabe ist nicht zu umgehen durch Bereichsscheidungen, Trennungen, Souveränitätsverzichte, verfälschende Einheitsvorstellungen laizistischen Neutralisierens oder eindimensionalen Schrankendenkens.*

41. *3. Diese Aufgabe des normativen Ausgleichs ist dem Gesetzgeber in den sog. Schrankengesetzen gestellt: Ihr Sinn liegt nicht im institutionellen Kampf gegen die Kirche, im Ringen um Souveränität, in der Sicherung oder Überfremdung der Kirche, in der Ignorierung des Kirchlichen oder Nivellierung oder Neutralisierung. Das Schrankengesetz hat — in der Wechselwirkung zwischen Staatsgesetz und Freiheit — die geistliche Freiheit der Kirche zu berücksichtigen und zu respektieren. Dieser Ausgleich in den Normen ist nur durch eine Abwägung zu finden.*

42. *4. Auch hier bei Art. 137 III WV/140 GG geht das Bereichs- und Exemtionendenken fehl. Der Sinn der Freiheitsgarantie*

ist es, den Kirchen nicht jenseits, sondern innerhalb der staatlichen Ordnung des Kultur- und Soziallebens Raum für die Freiheit zu gewähren und den Wert der Freiheitsgarantie im positiven Recht nicht zu verkürzen.

43. *5. Diese Aufgabe der Berücksichtigung und Positivierung ist primär dem Gesetzgeber gestellt (wie es die zahlreichen Berücksichtigungsklauseln für kirchliche Belange in Spezialgesetzen tun). Mangels gesetzlicher Normen ist diese Aufgabe notfalls auch von Verwaltung und Rechtsprechung in verfassungskonformer Auslegung zu wahren.*

44. *6. Diese Aufgabe des Gesetzgebers wird dort zum schweren Problem, wo die Konkurrenz verschiedener Grundrechte, institutioneller Gewährleistungen und staatlicher Gestaltungskompetenzen in einen sachlichen Antagonismus treten.*

45. *Eine sachliche Abwägung und eine verschränkte wechselseitige Berücksichtigung des Freiheitsgehalts der verschiedenen einschlägigen Freiheitsgarantien ist hier unumgänglich.*

46. *Diese Grundrechtskonkurrenzen wird man weder mit formalen Formeln (z. B. der Lehre von der Zulässigkeit sog. Reflexbeschränkungen) noch mit einer materiellen Formel (Johannes Heckel) in den Griff bekommen. Statt einer Zauberformel bedarf es der differenzierten Lösung nach den jeweiligen Sachgesetzlichkeiten der spezifischen Sachgebiete.*

C. Zur Frage von Subordination und Koordination

47. *1. Das deutsche Staatskirchenrecht enthält Elemente und Rechtsformen des Subordinations- und des Koordinationsprinzips.*

48. *2. Die Prinzipien stehen weder in klarer Alternative, noch bilden sie das beherrschende Kategorienpaar der Verfassung. Ihr Wechselspiel darf nicht überschätzt werden: der Verfassung geht es nicht primär um Rechtsformen, Herrschaft oder Souveränitätsverzicht, sondern um die materiale Ordnung der Stellung der Kirchen im Staate und dessen Verfassungsordnung und um den komplizierten Ausgleich der verschiedenen Sachprinzipien. Hierbei bedient sich das deutsche Staatskirchenrecht des Einsatzes koordinationsrechtlicher und subordinationsrechtlicher Figuren.*

49. *3. In der staatskirchenrechtlichen Lehre wird das Prinzip und der Begriff der Koordination vielfach überdehnt.*

50. *4. Das Prinzip der Koordination gilt jedenfalls nicht im Sinne eines Verbots einseitiger staatlicher Gesetzgebung im Staatskirchenrecht, die aber sachlich den Sinngehalt der religiösen Freiheitsgarantien des Individuums wie der Religionsgemeinschaften zu wahren und zu entfalten hat.*

D. Parität

51. *1. Das Paritätsgebot gilt als ein Rechtssatz der Verfassung.*

52. *2. Mag man auch Art. 3 GG zum normativen Ansatz auch der spezifischen staatskirchenrechtlichen Paritätsprobleme nehmen, so erfährt dieser allgemeine Gleichheitssatz doch seine Inhaltsbestimmung durch das institutionelle Staatskirchenrecht, so daß die Anwendung des Gleichheitssatzes hier zu anderen Ergebnissen als in den individuellen Rechtsbeziehungen (z. B. der negativen Religionsfreiheit) führen kann.*

53. *3. Im institutionellen Staatskirchenrecht besteht kein verfassungsrechtlicher Zwang zu schematischer Parität. Der Gleichheitssatz erlaubt und gebietet die sachlich begründete Differenzierung nach den Eigenarten der Religionsgesellschaften und nach der „besonderen Bedeutung der öffentlichen Wirksamkeit einer Religionsgesellschaft" (BVerfG). Die materielle Parität erschöpft sich also nicht in einer laizistischen Gleichheit des Abstrahierens von den religiösen Prinzipien und der durch sie bedingten Unterschiede.*

54. *4. Bei einer solchen sachgerechten Differenzierung ist es eine Definitionsfrage, ob man von einem drei- oder zweistufigen System der Parität sprechen will. Wenn man pragmatisch die Vielzahl der sachlich begründeten Sonderregelungen überblickt, so kann nicht zweifelhaft sein, daß der rechtliche Abstand zwischen den beiden großen Kirchen und den übrigen öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften sachgemäß viel größer ist als zwischen diesen und den Religionsgesellschaften des privaten Rechts. Die Verfassung verbietet insoweit eine Sonderregelung für die beiden großen Kirchen nicht.*

55. *5. Parität im engeren Sinne ist somit eine Sonderform der Gleichheit zwischen den beiden großen Kirchen.*

Die Kirchen unter dem Grundgesetz[1])

2. Mitbericht von Professor Dr. Alexander Hollerbach, Mannheim

A.

I. Dem Mitbericht fällt die Aufgabe zu, durch die Behandlung einzelner Themenkreise zur Erhellung der Gesamtproblematik[2]) beizutragen. Er lenkt das Augenmerk auf vier in Theorie und Praxis besonders neuralgische Punkte der gegenwärtigen staatskirchenrechtlichen Ordnung: auf die Problematik des „Rechtsschutzes durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich", um es mit Konrad Hesse zu sagen[3]), auf das Vertragsrecht, auf die Körperschaftsstellung der Kirchen, schließlich auf die Schulfrage.

Doch ist es nicht möglich, sich diesen Konkreta zuzuwenden, ohne zuvor das Koordinatensystem zu bestimmen, innerhalb dessen die Thesen und Erörterungen ihren Platz haben. Hierfür empfiehlt es sich, sogleich die Herausforderung anzunehmen, die in der Formulierung des Themas[4]) liegt: Sie gebraucht näm-

---

[1]) Für das staatskirchenrechtliche Schrifttum der Nachkriegszeit ist jetzt ein für allemal zu verweisen auf die Bibliographie in: H. Quaritsch — H. Weber (Hrsg.), Staat und Kirchen in der Bundesrepublik Deutschland. Staatskirchenrechtliche Aufsätze 1950 bis 1967 (1967) S. 446—524. Dieser Sammelband vermittelt zugleich eine gute Problemübersicht.

[2]) Vgl. dazu die zusammenfassende Darstellung bei K. Hesse, Art. Kirche und Staat, in: Evang. Staatslexikon (1967) Sp. 904—926. Aus dem neuesten Schrifttum (soweit es nicht in Quaritsch—Weber [Anm. 1] abgedruckt ist) kann für eine Orientierung über die Gesamtproblematik verwiesen werden auf U. Scheuner, Auseinandersetzungen und Tendenzen im deutschen Staatskirchenrecht, DÖV 1966, S. 145—153; H. Marré, Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland, Zeitschr. f. Politik 12 (1966) S. 388—403; H. Weber, Grundprobleme des Staatskirchenrechts, JuS 1967, S. 433—444; F. Mayer, Kirche und Staat, in: Staat und Gesellschaft, Festgabe für G. Küchenhoff (1967) S. 60—78.

[3]) K. Hesse, Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich (1965).

[4]) Sie erinnert an diejenige des Aufsatzes von E.-W. Fuß, Kirche und Staat unter dem Grundgesetz, DÖV 1961, S. 734—740 (= Quaritsch—Weber [Anm. 1] S. 233—247), der in der da-

lich einerseits mit dem Terminus „Kirchen" einen Begriff, der als Typusbegriff im Text des Grundgesetzes gar nicht vorkommt[5]). Auf der anderen Seite kann sie so verstanden werden, als enthalte sie, indem sie die Kirchen dem Grundgesetz unterstellt, ihm sub-ordiniert sein läßt, eine kräftige polemische Spitze gegen das gängige, mit „und" operierende Denkschema.

Angesichts dessen dürfen die gestellte Aufgabe und der Ausgangspunkt für ihre Lösung genauerhin wie folgt umschrieben werden: Es ist zu handeln von der rechtlichen Stellung der religiösen Gemeinschaften[6]) i n der durch das Grundgesetz konstituierten Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland. Zu erörtern ist die Art der Z u o r d n u n g religiöser Lebensverbände in Gestalt von Groß- und Kleinkirchen sowie anderer christlicher oder nicht-christlicher Religionsgemeinschaften zum freiheitlich-demokratischen, sozialen Rechts- und Bundesstaat im Sinne des Grundgesetzes. Es geht mithin um ein k o n k r e t e s V e r f a s s u n g s p r o b l e m, für dessen Lösung die Verfassung[7]) als die rechtliche Grundordnung des politischen Gemeinwesens maßgebend ist. S i e als ein die historische Dimension einschließendes teleologisches Sinngefüge bildet die normative Basis, das heißt: nicht ein sog. „staatskirchenpolitisches System", ein Modell[8]) oder gar eine Ideologie, das heißt aber auch: nicht Weimar, sondern Bonn[9]).

---

maligen Diskussionslage bewußt eine kritische Wendung zum Ausdruck bringen wollte.

[5]) Der Begriff „Kirche" begegnet nur in der Sonderform „Staatskirche" in Art. 140 GG/137 Abs. 1 WRV, in adjektivischer Wendung („kirchliche Handlung") noch in Art. 140 GG/136 Abs. 4 WRV.

[6]) Der Begriff „R e l i g i o n s g e m e i n s c h a f t" wird unter Berufung auf Art. 7 Abs. 3 Satz 2 GG bevorzugt, der in der Terminologie bewußt von seinem Vorbild, dem Art. 149 Abs. 1 Satz 2 WRV, abweicht. Im übrigen sollte man den Sprachgebrauch möglichst von allen ideologischen Ingredienzien befreien. Vgl. auch K. H e s s e, Art. Religionsgesellschaften, in: Evang. Staatslexikon (1967) Sp. 1850—1852.

[7]) Zum hier zugrundegelegten Verständnis der Begriffe Verfassung, Gemeinwesen und Staat vgl. K. H e s s e, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (1967) S. 3—20.

[8]) Zur Abwehr eines Schablonendenkens vgl. etwa A. H o l l e r b a c h, Trennung von Staat und Kirche?, in: Hochland 58 (1965/66) S. 63—67.

[9]) Damit wird die Grundthese des BVerfG akzeptiert (BVerfGE 19, 206 [219 f.]), daß die gegenwärtige staatskirchenrechtliche Ordnung nur aus dem Gesamtzusammenhang des Grundgesetzes verstanden werden kann, ohne daß es indes gerechtfertigt wäre, die Historie so schroff zurückzuweisen, wie es das BVerfG tut. Vgl. dazu A. H o l l e r b a c h, Das Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 92 (1967) S. 113 f. (= Q u a r i t s c h — W e b e r [Anm. 1] S. 413 f.).

Das Bonner Grundgesetz hat vornehmlich durch Art. 4 und das doppelte Kompromiß[10]) des Art. 140 über die Grundlinien der staatskirchenrechtlichen Ordnung Verfügung getroffen. Seine staatskirchenrechtlichen Normierungen, über die sogleich genauer zu handeln sein wird, sind in den Kontext einer freiheitlichen, auf bestimmte grundlegende Rechtsgüter unabdingbar verpflichteten Verfassung gestellt, welche, um mit Werner von Simson zu sprechen[11]), die „Selbstgerechtigkeit des Staates" preisgegeben hat. Die Staatlichkeit des Grundgesetzes ist eine sowohl nach außen wie nach innen offene Staatlichkeit[12]). Aber der Angelpunkt dieses „Systems" eines freiheitlichen, selbstkritischen und doch zugleich selbstbewußten Verfassungsstaates ist die auctoritas, die „Hoheit" der Verfassung. Im Rahmen der Verfassung entfaltet sich das Leben der politischen Gemeinschaft, nach Maßgabe der Verfassung nehmen konstituierte Organe treuhänderisch für das Volk unter der Idee des Gerechten durch Erfüllung bestimmter sachlicher Aufgaben Gemeinwohlverantwortung[13]) wahr, bis hin zu höchster, letztentscheidender Gemeinwohlverantwortung zur Gewährleistung von Friede und Ordnung. Aber Höchstzuständigkeit heißt nicht Allzuständigkeit. Die Verfassungshoheit ist, als ihrerseits verfaßte, von vornherein begrenzt und nur in bestimmten Richtungen konstituiert. Sie ist nicht grundsätzlich „allumfassend"[14]) im Sinne von virtuell omnipotent und omnikompetent, wohl aber ist sie grund-

---

[10]) Von doppeltem Kompromiß ist im Hinblick auf die kompromißhafte Sachregelung der Weimarer Artikel und die Entstehungsgeschichte des Art. 140 GG die Rede, ohne damit einen negativen Wertakzent zu verbinden.

[11]) W. von Simson, Die Souveränität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart (1965) S. 220 und passim.

[12]) Zur Offenheit der Verfassungsordnung vgl. K. Hesse (Anm. 7) S. 12 ff. und passim. Zur Offenheit nach außen vgl. K. Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit (1964), zur Terminologie S. 33 f.

[13]) Ohne daß hier alle Implikationen dieser Formel entfaltet werden könnten, sei ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, daß damit versucht wird, zu einem materialen verfassungsstaatlichen Souveränitätsverständnis beizutragen. Mit dem Verweis auf „Gemeinwohl" und „Verantwortung" bringt sie Grundsachverhalte politischer Ordnung zum Ausdruck, deren normativer Gehalt von der konkreten Verfassung her bestimmt werden muß. Vgl. auch P. Häberle, Zur gegenwärtigen Diskussion um das Problem der Souveränität, AöR 92 (1967) S. 259—287.

[14]) Von „virtueller Allumfassendheit" als einer „unendlich wertvollen Eigenschaft des modernen Staates" hat H. Krüger in Auseinandersetzung mit K. Hesse gesprochen: Rezension über „Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich", ZevKR 6 (1957/58) S. 75 (= Quaritsch—Weber [Anm. 1] S. 142). Das Problem ist von H. Krüger in seiner Allgemeinen Staatslehre (1964) S. 820 ff. näher entfaltet worden.

sätzlich allbezüglich, insofern die integrative Zusammenordnung aller Wirkkräfte und Sachbereiche in einem raumzeitlichen Gemeinwesen zur Gemeinwohlverantwortung gehört. Soweit die Verfassung Bestimmungen darüber trifft, stehen deshalb grundsätzlich auch die religiösen Gemeinschaften als Lebensverbände im Gemeinwesen unter der Autorität der Verfassung[15]), deren Aufgabe es ist, die rechtlichen Voraussetzungen für eine gute öffentliche Gesamtordnung zu schaffen.

II. Die staatskirchenrechtlich relevanten Normen des Grundgesetzes, von denen die beiden Grundartikel — 4 und 140 — so zu lesen sind, als ob sie auch äußerlich, und zwar im Rahmen des 1. Abschnitts, ineinandergefügt wären, bilden eine historisch und funktionell mehrschichtige[16]), strukturierte Einheit innerhalb der Einheit der Verfassung[17]) im Ganzen.

In diesem Gefüge legt die Normentrias Art. 4 GG, Art. 137 Abs. 1 und Art. 137 Abs. 3 WRV das unumstößliche Fundament; durch sie wird — für alle Religionsgemeinschaften gleich — der konstitutionelle Grund-Status bestimmt. Sie garantiert ein freies Kirchenwesen im weltanschaulich, religiös und konfessionell neutralen Staat. Recht verstanden gewährleistet dabei schon das Grundrecht der Religionsfreiheit in seiner korporativ-institutionellen Seite[18]) Kirchenfreiheit[19]) und zwar nicht

---

[15]) So kann freilich nur formuliert werden, wenn im Verfassungsbegriff von vornherein die innere Begrenzung auf die Säkularität mitgedacht und in Abkehr von einem etatistischen Rechtsmonopolismus anerkannt wird, daß es vorgegebene Sachbereiche und Lebensordnungen gibt, die ihre Gestalt nicht von der Verfassung oder dem staatlich gesetzten Recht empfangen. Es gilt zwar: ecclesia est in re publica, nicht aber gilt: ecclesia de re publica. Ergänzend wäre in diesem Zusammenhang, was hier nicht entfaltet werden kann, das Prinzip des Kulturstaats fruchtbar zu machen.

[16]) Zu dieser Mehrschichtigkeit vgl. M. Heckel, Zur Entwicklung des deutschen Staatskirchenrechts von der Reformation bis zur Schwelle der Weimarer Verfassung, ZevKR 12 (1966/67) S. 1—39; U. Scheuner, Erörterungen und Tendenzen im gegenwärtigen Staatskirchenrecht der Bundesrepublik, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 1 (1967) S. 108—138, bes. S. 116. Einen schätzenswerten Überblick über die geschichtliche Entwicklung des deutschen Staatskirchenrechts bietet jetzt J. Listl, Staat und Kirche in Deutschland. Vom Preußischen Allgemeinen Landrecht bis zum Bonner Grundgesetz, in: Civitas VI (1967) S. 117—165.

[17]) Von diesem Leitgedanken her ist es bei aller Würdigung der unterschiedlichen historischen Wurzeln geboten, „Grundrechte" und „institutionelle Garantien" und eine ihnen entsprechende „grundrechtliche" und „institutionelle" Sichtweise zu verklammern.

[18]) Sie wird jetzt zu Recht hervorgehoben von U. Scheuner, Die Religionsfreiheit im Grundgesetz, DÖV 1967, S. 585—593. Wichtig dazu auch O. Dibelius, Überstaatliche Verbindungen der Kirchen und Religionsfreiheit, Diss. jur. Bonn 1967, vor allem S. 76 ff.

[19]) Vgl. dazu auch K. Hesse, Freie Kirche im demokratischen

nur für den kultisch-liturgischen Bereich, sondern für die gesamte „Religionsausübung“[20]). Das eröffnet den Religionsgemeinschaften die Chance zu öffentlichem Wirken und zur Erlangung von Bedeutsamkeit für die öffentliche Gesamtordnung[21]). Aufgrund dessen können sie ihren „Öffentlichkeitsauftrag“[22]) wahrnehmen und dürfen sie als Kirchen — in Gleichberechtigung mit anderen öffentlichkeits-relevanten Kräften — vom Staat die Beteiligung an der Wahrnehmung öffentlicher oder staatlicher Aufgaben[23]) beanspruchen, soweit diese zum Auftrag der Kirche einen legitimen Bezug haben.

Diese öffentliche Kirchenfreiheit ist nach der Seite der Rechtsgestalt der Religionsgemeinschaften hin mitgewährleistet durch Art. 137 Abs. 3 WRV. Korporativ-institutionelle Religionsfreiheit und kirchliches Selbstbestimmungsrecht sind nur zwei Seiten ein und derselben Sache[24]). Es wird damit die Eigenständigkeit und Unabhängigkeit kirchlicher Gewalt in einem Eigenrechtsbereich anerkannt[25]), jedoch behält sich der

---

Gemeinwesen, ZevKR 11 (1964/65) S. 345 ff. (= Quaritsch—Weber [Anm. 1] S. 349 ff.).

[20]) So im Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 GG. Von exemplarischer Bedeutung ist die Anerkennung seitens des Staates, daß die Erfüllung von Werken der Nächstenliebe ein wesentlicher Teil christlicher Religionsausübung ist: so die amtliche Begründung zu Art. 14 NKV (bei W. Weber, Die deutschen Konkordate und Kirchenverträge der Gegenwart [1962] S. 224); siehe jetzt Art. 1 Abs. 1 des Niedersächsischen Konkordats (NK).

[21]) Die notwendige, für den demokratischen Verfassungsstaat kennzeichnende Verbindung von „Öffentlichkeit“ und „Freiheit“ ist jüngst mit dem Begriff der „öffentlichen Freiheit“ mehrfach von P. Häberle betont worden: JZ 1966, S. 388; JuS 1967, S. 73.

[22]) Wichtige Bemerkungen hierzu bei E. G. Mahrenholz, Das Niedersächsische Konkordat und der Ergänzungsvertrag zum Loccumer Vertrag, ZevKR 12 (1966/67) S. 274 ff.

[23]) Instruktiv: H. J. Chronz, Die rechtliche Beteiligung von Vertretern der Kirchen in Gremien des staatlichen Kompetenzbereichs der Bundesrepublik Deutschland und der deutschen Bundesländer, Diss. Köln 1960.

[24]) In dieser Richtung zu Recht K. E. Schlief, Die Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Kirche und seine Ausgestaltung im Bonner Grundgesetz, Diss. Münster (1961) S. 212 ff.; O. Dibelius (Anm. 18) S. 87 ff.

[25]) Mit Recht sagt das BVerfG, der Staat anerkenne die Kirchen als Institutionen mit dem Recht der Selbstbestimmung, „die ihrem Wesen nach unabhängig vom Staat sind und ihre Gewalt nicht von ihm herleiten“: BVerfGE 18, 385 (386). Damit wird implicite gegen eine Deutung des Selbstbestimmungsrechts nach den Maßstäben bloßer „Autonomie“ Stellung genommen, die in der Tat der freiheitlichen Gesamtkonzeption des GG nicht mehr gemäß ist. Vgl. dazu A. Hollerbach (Anm. 8) S. 108. Für das Bemühen um begriffliche Klarheit erweist sich als hilfreich die rechtstheoretische Untersuchung von H. Wagner, Die Vorstellung der Eigenständigkeit in der Rechtswissenschaft (1967).

Staat zur Wahrung seiner Gemeinwohlverantwortung Schrankenziehung vor. Demgemäß müssen Eigenrechtsmacht der Kirche und Eigenrechtsmacht des Staates zum Ausgleich gebracht werden. In Anbetracht der grundlegenden Bedeutung der Gewährleistung von Kirchenfreiheit in einem säkularen Gemeinwesen kann ein „für alle geltendes Gesetz" nur ein solches sein, das zwingenden Erfordernissen für ein friedliches Zusammenleben von Kirche und Staat entspricht[26]).

Das Verbot der Staatskirche bringt die „Scheidung in der Wurzel" zwischen säkularem Staat und Kirche zum Ausdruck. Es verbietet eine institutionelle Verbindung von Staat und Kirche im inneren Verfassungsrechtskreis[27]). Es verfügt aber nicht puristische Trennung, sondern läßt funktionelle Zusammenarbeit zu.

Trifft diese Deutung der genannten Normentrias zu, so kann die von ihr mitverbürgte weltanschauliche, religiöse und konfessionelle Neutralität des Staates als ein objektives Konstitutionsprinzip nicht so verstanden werden, als gebiete sie Abwehr und Privatisierung des Religiösen oder als verbiete sie Kommunikation und Kooperation und damit verbundene Hilfen[28]). Dem neutralen Staat ist grundlegend die Sorge für die Religions- und Kirchenfreiheit aufgetragen, damit er Heimstatt für alle sein kann. Aber „cura libertatis religiosae" bedeutet nicht „cura indifferentismi".

Zum konstitutionellen Grund-Status eigenständiger und öffentlicher Freiheit treten einige in der Verfassung einzeln normierte Gerechtsame hinzu — man denke an die Gewährleistungen von Religionsunterricht, Anstalts- und Militärseelsorge, von Kirchengut und Staatsleistungen —, durch welche eben diese Freiheit gestützt wird. Insbesondere aber wird der Grund-Status überlagert durch den Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts, wie ihn die Kirchen und die meisten kleineren Religionsgemeinschaften besitzen.

---

[26]) Diese Umschreibung will nicht mehr als die grundsätzliche Richtung für die Deutung im einzelnen angeben; sie nimmt Bezug auf die Darlegungen bei A. Hollerbach, Verträge zwischen Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland (1965) S. 120 ff.

[27]) Gegenüber der gängigen, auf Ernst Forsthoff (Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat [1931] S. 112) zurückgehenden Formel, wonach jede institutionelle Verbindung verboten sei, ist diese Einschränkung hervorzuheben, die dem Sinn des Staatskirchenverbots im Rahmen einer Verfassung, die Elemente der Verbindung aufrechterhält, besser gerecht wird.

[28]) Vgl. dazu K. Hesse, Grundzüge (Anm. 7) S. 147 f., und Freie Kirche (Anm. 19) S. 354 ff.

Für die staatskirchenrechtliche Ordnung des Grundgesetzes sind schließlich kennzeichnend Möglichkeit und Wirklichkeit vertragsrechtlicher Ausgestaltung und Sicherung der eingeräumten Rechtspositionen[29]). Hier findet noch über die angegebenen Stufen hinaus eine Verdichtung des kirchlichen Rechtsstatus statt.

Nach allem sind Kirchen und Religionsgemeinschaften „unter dem Grundgesetz" rechtlich gut situiert. Sie verfügen über einen aus verschiedenen Elementen zusammengefügten verfassungsrechtlichen Gesamtstatus, der für die großen Kirchen vertragsrechtlich ausgestaltet ist.

III. In der bisher vorgenommenen Bestimmung von Basis und Rahmen sollte das Bemühen sichtbar werden, von vornherein einer Auswanderung des Staat-Kirche-Problems aus dem Ganzen der Verfassung zu steuern. Die Thematik sollte bewußt und betont in das Gravitationsfeld der konkreten Verfassungsordnung eingewiesen werden. Aber das darf weder normativistische Engführung noch staatskirchenrechtliche Introvertiertheit zur Folge haben. Verfassungsjuristische Arbeit kann sich nur im Angesicht der vollen Wirklichkeit vollziehen. Doch müssen im Rahmen dieses Korreferats wenige Bemerkungen und Problemhinweise zur allgemeinen Situationsklärung genügen.

1. Die Kirchen „unter dem Grundgesetz" sind eingelassen in die politische Lebensordnung und den gesamtgesellschaftlichen Prozeß, auf den sich die Verfassung bezieht. Das ist ein Stück ihrer Inkarnation und Geschichtlichkeit. Nicht von diesem Gemeinwesen, leben sie aber doch in ihm; nicht Kreaturen der Verfassung, sind sie aber doch nicht zu vernachlässigende Faktoren des von der Verfassung geordneten Lebens.

Auch für die konkrete Situation in der Bundesrepublik gelten zunächst allgemeine Befunde[30]). Es lassen sich auch hier die

---

[29]) Zum Vertragsrecht vgl. A. Albrecht, Koordination von Staat und Kirche in der Demokratie (1965) und A. Hollerbach (Anm. 26). Das wichtigste Material ist jetzt bequem zugänglich in der von H. Weber besorgten Textsammlung „Staatskirchenverträge" (1967); unentbehrlich daneben aber immer noch die Edition von W. Weber (Anm. 20).

[30]) Zum folgenden vgl. vornehmlich Hans Maier, Kirche — Staat — Gesellschaft. Historisch-politische Bemerkungen zu ihrem Verhältnis, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 1 (1967) S. 12—38; ders., Gegenwartsaspekte des Verhältnisses von Kirche und Staat, in: Civitas V (1966) S. 15—30; U. Scheuner, Die Kirche im säkularen Staat, in: Im Lichte der Reformation. Jahrb. des Evang. Bundes X (1967) S. 5—33. Aus der religionssoziologischen Literatur: Th. Luckmann, Das Problem der Religion in der modernen Gesellschaft (1963); H. Hoefnagels, Kirche in veränderter Welt (1964).

Kennzeichen eines universalen Prozesses ausmachen, für den die Begriffe Säkularisierung[31]), „Fundamentaldemokratisierung"[32]) und Pluralisierung[33]) maßgebend sind. Bei fortschreitender Intensivierung dieses Prozesses wird die gesellschaftliche „Annahme" staatskirchenrechtlicher Normen, vor allem soweit sie Momente der Verbindung und der Privilegierung betreffen, und damit deren effektive Geltung, zusehends zum Problem. Die religionssoziologischen Befunde im besonderen berichten von einem „Ausrinnen" der Religion aus der Gesellschaft oder doch jedenfalls von ihrer „Segmentierung"[34]). Es werden beobachtet die „Phänomene der Abständigkeit und des Abfalls breiter Bevölkerungskreise von Kirche und Religion"[35]) bei Aufrechterhaltung formeller Kirchenmitgliedschaft und feiertäglicher Kirchlichkeit, ganz grundsätzlich die „Dichotomie von Kirchlichkeit und Industriegesellschaft"[36]) und damit zusammenhängend eine „Feminisierung, Verkindung und Vergreisung"[37]) des religiösen Lebens. Das berechtigte Wort von der Diaspora- und Missionssituation der Kirchen[38]) droht schon zu einem gängigen Schlagwort zu werden. Die Religionssoziologie vermag aber auch eine Aktivseite der Bilanz aufzumachen[39]). Sie beobachtet neue Formen der Kirchlichkeit und der gesellschaftlichen Präsenz des Religiösen. Insbesondere aber stehen im Leben der ihrer Reformabilität und ihres Missionsauftrags bewußten Kirchen den Quantitäts- und Expansionsverlusten Qualitäts- und Intensitätsgewinne gegenüber: es gibt, zugespitzt ausgedrückt, eine Art Gesundschrumpfungsprozeß. Das biblische Bild von der „kleinen Herde" (Luk. 11,32) wird vielfach beschworen. Gerade sie aber

---

[31]) Vgl. dazu H. Lübbe, Säkularisierung. Geschichte eines ideenpolitischen Begriffs (1965); E.-W. Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien, Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag (1967) S. 75—94.

[32]) Grundlegend dazu K. Mannheim, Mensch und Gesellschaft im Zeitalter des Umbaus, dt. Ausgabe Darmstadt 1958, S. 51 ff. u. passim.

[33]) Vgl. die eindringliche Problemübersicht bei R. Herzog, Art. Pluralismus, in: Evang. Staatslexikon (1966) Sp. 1541—1547.

[34]) Vgl. dazu H. Maier, Kirche — Staat — Gesellschaft (Anm. 30) S. 29 f.

[35]) H. Maier, aaO. S. 27.

[36]) H. Maier, aaO. S. 28.

[37]) L. Grond, Der Katholizismus in Europa, in: Herder-Korrespondenz XIV (1959/60) S. 443; zit. nach H. Maier, aaO. S. 29.

[38]) Im kath. Schrifttum hat vor allem Karl Rahner die epochale Bedeutung dieses Sachverhalts deutlich gemacht: vgl. etwa Art. Katholische Kirche, in: Staatslexikon[6] IV (1959) Sp. 858 ff. (871 f.). Vgl. dazu auch K. Hesse (Anm. 19) S. 345 ff. mit weiteren Hinweisen.

[39]) Vgl. dazu H. Maier, aaO. S. 28 ff.

ist alles andere als ein musealer Traditionsbestand, gerade sie wird von gesellschaftlich-politischer Potentialität sein, insofern als hier ohne falsches Vertrauen auf „Bastionen" und „Positionen" der unerläßliche Prozeß der Personalisierung und damit der Aktivierung mitvollzogen, aber auch gegen alles Schwärmertum daran festgehalten wird, daß nur die „Institution" der legitime Ort des „Ereignisses" sein kann.

Bei dem Versuch einer Realanalyse der konkreten Situation in der Bundesrepublik hätte man daran zu erinnern, daß die historischen Großkirchen, denen die Statistik 94,6 % der Bevölkerung zuschlägt[40]), nicht zuletzt dank vielfältiger staatlicher Hilfen äußerlich gut situiert, daß sie im öffentlichen Leben allenthalben präsent sind und daß sie von den Parteien — jedenfalls in der amtlichen Parteidoktrin — als öffentliche Größen akzeptiert werden[41]). Sie gehören zum sog. establishment, wenn man dieses Modewort überhaupt gebrauchen will[42]). Es ist auch richtig, daß große Teile des Volkes die Maßstäbe für ihr sittliches Verhalten den Lehren der beiden großen christlichen Konfessionen entnehmen, wie es das Bundesverfassungsgericht einmal ausgedrückt hat[43]). Es gibt auch keine weit über ein normales Maß hinausgehende Kirchenaustrittsbewegung[44]). Aber an dem Hiatus zwischen Erscheinung und Wirkkraft ist doch nicht vorbeizukommen[45]). Vielleicht kann man die Situation mit der paradoxen Formel einfangen, die Bundesrepublik sei ein volkskirchliches Missionsland[46]), man befinde sich

[40]) Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland (1967) S. 42, nach dem Ergebnis der Volkszählung 1961. Davon entfallen 50,5 % auf die in der EKD zusammengeschlossenen Kirchen, 44,1 % auf die Katholische Kirche. Zur religionssoziologischen Problematik der Kirchenzugehörigkeit vgl. W. Menges — N. Greinacher (Hrsg.), Die Zugehörigkeit zur Kirche (1964).

[41]) Von großer Bedeutung ist hier die Wandlung in der Haltung der SPD: das Godesberger Programm markiert mit den Stichworten „Eigenständigkeit", „freie Partnerschaft", „öffentlich-rechtlicher Schutz" deutlich die Abkehr von alten laizistischen und kirchenfeindlichen Positionen (Text bei W. Mommsen, Deutsche Parteiprogramme [1960] S. 693).

[42]) Es ist freilich eine Übertreibung, wenn Mahrenholz (Anm. 22) S. 273 behauptet, die Kirchen nähmen im politischen establishment Westdeutschlands „die erste Rangstelle" ein.

[43]) BVerfGE 6, 389 (435).

[44]) Vgl. dazu P. Zieger, RGG³ III (1959) Sp. 1344—1348; N. Greinacher, LThK² VI (1961) Sp. 194—197.

[45]) Scharf hervorgehoben bei Hesse (Anm. 19) S. 345 ff.

[46]) Zum Begriff „Volkskirche" siehe jetzt den klärenden Beitrag von Ch. Link, in: Evang. Staatslexikon (1966) Sp. 2451 ff. Die Formel „volkskirchliche Missionssituation" will gerade die von Link (aaO. Sp. 2453) — in Übereinstimmung etwa mit Scheuner (Anm. 30) S. 10 u. passim — zu Recht hervorgehobene „missionarische Chance" der Volkskirchlichkeit betonen.

in einer volkskirchlichen Diasporasituation. Dabei sind die Großkirchen einem nennenswerten Konkurrenzdruck durch Freiwilligkeitskirchen, wenn überhaupt, dann nur in bestimmten regionalen Gegebenheiten ausgesetzt[47]). Laizistische Kirchenfeindlichkeit und kämpferischen Antiklerikalismus gibt es aufs Ganze gesehen — jedenfalls bislang noch — nur diffus und verhalten[48]). Hingegen formieren sich immer deutlicher die Kräfte einer neuen „kritischen Aufklärung", deren Denken und Handeln sich betont „außerhalb der christlichen Vorstellungswelt"[49]) bewegt und die denn auch schon mit einem staatskirchenrechtlichen Werk auf den Plan getreten sind[50]). Mit Aufmerksamkeit wird zu beobachten sein, ob in der Programmatik und den Aktionen der jüngst hervorgetretenen, einer gesellschaftlichen Revolution zugeneigten Kräfte Religion und Kirche überhaupt noch einen Ort haben. Im ganzen steht man vor einer sehr differenzierten, spannungsreichen Situation; Schwarz-Weiß-Malerei ist ihr nicht angemessen. Auf Seiten der Kirchen besteht weder Grund zu Defaitismus noch zu Triumphalismus[51]); auf Seiten des Staates muß man weiterhin mit den Kirchen als Potenzen mit Lebenskraft rechnen.

2. In den Zusammenhang der Beobachtungen zur vollen Wirklichkeit des Staat-Kirche-Verhältnisses ist sodann das Postulat nach Vermeidung staatskirchenrechtlicher Introvertiertheit zu stellen. Schon die gesamtdeutsche Dimension[52]) des Problems

---

[47]) Die zahlenmäßig größte „Kleinkirche" dürfte gegenwärtig die Neuapostolische Kirche sein: vgl. J. Lehmann, Die kleinen Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts im heutigen Staatskirchenrecht (1959) S. 23 f. Nach der Statistik (Anm. 40) sind 1,5 % der Bevölkerung kleineren christlichen Religionsgemeinschaften zuzurechnen.

[48]) Dabei verdient die zunehmend selbstkritische Haltung der Kirchen gegenüber dem Phänomen des Klerikalismus Beachtung: vgl. etwa H. Fleckenstein, Art. K., in: Staatslexikon[6] IV (1959) Sp. 1080 ff.; H. Lilje — W. Besson, Art. K., in: Evang. Staatslexikon (1967) Sp. 1067 ff. Zum Begriff des Laizismus vgl. A. von Campenhausen, Evang. Staatslexikon (1966) Sp. 1203 f.

[49]) So Gerhard Szczesny sogleich zu Beginn seines Vorworts zu: Club Voltaire. Jahrbuch für Kritische Aufklärung I (1963) S. 11.

[50]) E. Fischer, Trennung von Staat und Kirche. Die Gefährdung der Religionsfreiheit in der Bundesrepublik (1964). Zuletzt hat sich E. Denninger eingehend damit auseinandergesetzt: Theologia Practica 2 (1967) S. 168—176.

[51]) Formulierung in Anlehnung an K. Rahner, Grenzen der Kirche. Wider klerikale Triumphalisten und laikale Defaitisten, in: Wort und Wahrheit 19 (1964) S. 249—262.

[52]) Siegfried Grundmann hat immer wieder auf die gesamtdeutsche Verantwortung der Staatskirchenrechtslehre aufmerksam gemacht: vgl. etwa Das Verhältnis von Kirche und Staat im zweigeteilten Deutschland, in: Kirche und Staat, hrsg. v. Th. Heckel

verbietet bundesrepublikanische Blickverengung. Man kann ihr entgehen durch sorgfältige, hier nun freilich besonders schwierige Rechtsvergleichung[53]). Diese wird einerseits die Rechtswirklichkeit in Deutschland als eine für die Kirchen vor allem in Anbetracht ihrer finanziellen Hilfen seitens des Staates besonders günstige Sonderlage erkennen lassen. Auf der anderen Seite aber wird gerade sie, und zwar vornehmlich bei einer Analyse der sog. „negativen" Trennung in Frankreich und der sog. „positiven" Trennung in den USA, zu einer Entzauberung mancher Wunsch- und Modellvorstellungen führen[54]). Eine ihrer wichtigsten, von Hans Maier zu Recht herausgestellten Erkenntnisse ist ja doch die von der „Erosion" der traditionellen Modellformen und rechtlichen Ausgestaltungen in ihren ideologisch-soziologischen Grundlagen[55]). Es muß genügen, an Axel von Campenhausens Arbeit über Frankreich[56]), an Stichworte wie „concordat de séparation"[57]) oder „kooperativer Separatismus"[58]) zu erinnern. Jedenfalls ist es klarer vergleichender Befund, daß eine Trennungskonzeption unter den Bedingungen moderner

---

(1960) S. 31—49. — Zur staatskirchenrechtlichen Lage im anderen Teil Deutschlands vgl. W. Meinecke, Die Kirche in der volksdemokratischen Ordnung der Deutschen Demokratischen Republik (1962); Ch. Meyer, Das Verhältnis zwischen Staatsgewalt und Kirche im Lichte der Glaubens- und Gewissensfreiheit in der Sowjetischen Besatzungszone Deutschlands, Diss. Mainz 1964; H. Johnsen, Staat und Kirche in der DDR, in: Im Lichte der Reformation. Jahrbuch des Evangelischen Bundes X (1967) S. 51—70.

[53]) Vergleichendes Staatskirchenrecht und vergleichende Staatskirchenpolitik als wissenschaftliche Aufgabengebiete sind kaum gepflegt. Wertvolle Ansätze in den Arbeiten von Hans Maier, maß-setzend vor allem: Kirche und Staat seit 1945. Ihr Verhältnis in den wichtigsten europäischen Ländern, in: Geschichte in Wissenschaft und Unterricht 1963, S. 558 ff.; 694 ff.; 741 ff.; ders., Religionsfreiheit in den staatlichen Verfassungen, in: K. Rahner — H. Maier — U. Mann — M. Schmaus, Religionsfreiheit (1966) S. 24—53.

[54]) U. Scheuner hat mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß man sich zumeist ein „idealisiertes Bild" von der Lage der Kirchen in Ländern des Trennungssystems mache: aaO. (Anm. 30) S. 25 ff.

[55]) Kirche — Staat — Gesellschaft (Anm. 30) S. 17, 20.

[56]) A. Frhr. v. Campenhausen, Staat und Kirche in Frankreich (1962); vgl. auch J. Chélini, Die Beziehungen von Staat und Kirche in Frankreich von der Trennung bis zur Gegenwart, in: Das Verhältnis von Kirche und Staat. Studien und Berichte der Katholischen Akademie in Bayern, 30 (1965) S. 15—47.

[57]) H. Maier, Kirche und Staat seit 1945 (Anm. 53) S. 745.

[58]) Vgl. dazu J. C. Murray, Das Verhältnis von Kirche und Staat in den USA, in: wie Anm. 56, S. 51—71 (57). Vgl. auch H.-W. Bayer, Das Prinzip der Trennung von Staat und Kirche als Problem der neueren Rechtsprechung des United States Supreme Court, ZaöRV 24 (1964) S. 201—235.

pluralistischer Gesellschaftsordnungen zum Scheitern verurteilt ist, wenn sie in ideologischem Rigorismus und Purismus nach positivistischer Manier versuchen wollte, eine feinsäuberliche, Religiosität und Kirchlichkeit in den Raum des für die öffentliche Ordnung Indifferenten und Beliebigen abdrängende Trennung zu verwirklichen[59]). Es ist eine Konsequenz daraus, wenn zutreffend beobachtet wird, daß der moderne demokratische Staat dahin tendiert, „extreme Polarisierungen zu vermeiden und die Gegensätze [sc. von „Einheit" und von „Trennung"] in einem System des Ausgleichs sich einpendeln zu lassen"[60]). Es ist erregend zu sehen, daß gerade unter diesem universalen Aspekt die Entscheidungen von Weimar und von Bonn nicht ohne Vernunft sind[61]), daß sie sich in ihrer Kompromißhaftigkeit und der damit gegebenen Offenheit als wirklichkeitsgemäßer und wirkkräftiger als Retortenlösungen erwiesen haben.

3. Zur vollen Wirklichkeit des Staat-Kirche-Verhältnisses gehören selbstverständlich auch die Lehren der Kirchen von eben diesem Verhältnis. Die Theorie des Staatskirchenrechts muß deshalb insoweit auch ekklesiologisch hellsichtig[62]) sein. Wenn in diesem einleitenden, situationsklärenden Zusammenhang eigens darauf hingewiesen wird, so geschieht das, um eines Sachverhalts von überragender Bedeutung zu gedenken, nämlich der Neuorientierung in der amtlichen Lehre der Katholischen Kirche[63]). Diese ist durch die Erklärung des 2. Vatikanischen Konzils über die Religionsfreiheit[64]) im Verein mit anderen Verlautbarungen

[59]) Vgl. H. Maier, Kirche — Staat — Gesellschaft (Anm. 30) S. 22 ff.

[60]) Maier, aaO. S. 17.

[61]) Das ist mit diesen Worten jüngst auch von E. G. Mahrenholz (Anm. 22) S. 280 hervorgehoben worden.

[62]) Das muß wohl gegenüber der zur gängigen Münze gewordenen Formel von der ekklesiologischen Farbenblindheit des weltlichen Rechts (H. Barion, Ordnung und Ortung im kanonischen Recht, in: Festschrift für Carl Schmitt [1959] S. 30) einmal betont werden, so sehr diese als einprägsame Umschreibung des Neutralitätsprinzips ihr Recht behält.

[63]) Vgl. zum folgenden E.-W. Böckenförde, Religionsfreiheit als Aufgabe der Christen, in: Stimmen der Zeit 176 (1965) S. 199 ff.; J. C. Murray, Die Erklärung über die Religionsfreiheit, in: Concilium 2 (1966) S. 319 ff.; P. Mikat, Kirche und Staat in nachkonziliarer Sicht, in: Kirche und Staat. Festschrift für H. Kunst (1967) S. 105—125 (= Quaritsch — Weber [Anm. 1] S. 427—443); A. Schwan, Katholische Kirche und pluralistische Politik (1966); J. Hamer—Y. Congar (Hrsg.), Die Konzilserklärung über die Religionsfreiheit (1967).

[64]) Declaratio de libertate religiosa, zit. nach: Dokumente des Zweiten Vatikanischen Konzils, Bd. VI, hrsg. v. Paulinus-Verlag, Trier, S. 128 ff. Maßgebende Textausgabe (mit Kommentar) jetzt in: Lexikon für Theologie und Kirche. Das Zweite Vatikanische Konzil, Bd. II (1967) S. 703—748.

auf eine neue Basis gestellt worden[65]). Mit der Anerkennung und der Forderung des Rechts auf Religionsfreiheit als eines allgemein-gültigen Prinzips für die Gestaltung des weltlichen ordo iuridicus — unbeschadet der theologisch-ethischen Dimension dieses Problems — ist endgültig Abschied genommen worden von der lange herrschenden doppelbödigen Anschauung, wonach „eigentlich" die Katholische Kirche als Staatsreligion anzuerkennen sei und nur notfalls, gewissermaßen „uneigentlich", ihr paritätischer, auf dem Prinzip der Religionsfreiheit gegründeter Status hingenommen werden könne. Jedenfalls müssen die maßgebenden Darstellungen des Ius publicum ecclesiasticum gründlich umgeschrieben werden[66]). In der katholischen Lehre erscheinen jetzt — in substantieller Übereinstimmung mit Verlautbarungen und Forschungsergebnissen des Weltrats der Kirchen[67]) — individuelle Religionsfreiheit und korporativ-institutionelle Kirchenfreiheit im Rahmen des ordo publicus eines bestimmten Gemeinwesens als die naturrechtlichen, offenbarungstheologisch mitbegründeten Fundamentalia einer rechten staatskirchenrechtlichen Ordnung. Die Kirche anerkennt und fordert paritätische, aktive Freiheit, mit deren Hilfe sie als Kirche mit einem universalen Verkündigungs- und Missionsauftrag in die Öffentlichkeit hineinwirken kann[68]). Für die institutionellen Beziehungen entspricht diesen in dieser Form neuen Fundamentalaussagen der Katholischen Kirche nicht mehr der Leitgedanke der „ordinata colligatio"[69]) zweier Souveränitäten oder societates perfectae, sondern der Leitgedanke der „sana cooperatio"[70]) von freier Kirche und neutral-offenem Staat im Dienst an dem einen Menschen auf dem Grunde wechselseitiger Unabhängigkeit und substantieller Geschiedenheit. Es ist dann aber auch nicht nur eine schöne pastorale Floskel, sondern steht in der Konsequenz dieses neuen Denkens, wenn erklärt wird, die Kirche setze ihre Hoffnung nicht auf staatlich gewährte Privilegien und sie sei zum Verzicht bereit, wenn „durch deren Inanspruch-

---

[65]) Nachweise und Besprechung im einzelnen bei Mikat (Anm. 63).

[66]) Das gilt vor allem für den 2. Band der Institutiones juris publici ecclesiastici von A. Ottaviani (4. Aufl., 1960).

[67]) Vgl. dazu insbesondere A. F. Carrillo de Albornoz, The Basis of Religious Liberty (1963); ders., Le Concile et la Liberté Religieuse (1967).

[68]) Vgl. dazu insbesondere die Abschnitte 3—7 und 14 der Erklärung über die Religionsfreiheit.

[69]) Das ist die Grundformel der Enzyklika „Immortale Dei" von 1885. Vgl. dazu etwa Hollerbach, Verträge (Anm. 26) S. 107 ff. und Mikat (Anm. 63) S. 114.

[70]) Davon spricht der Abschnitt 76 der Constitutio Pastoralis de Ecclesia in mundo huius temporis, der vom Verhältnis zwischen „communitas politica" und Kirche handelt.

nahme die Lauterkeit ihres Zeugnisses in Frage gestellt ist, oder wenn veränderte Lebensverhältnisse eine andere Regelung erfordern"[71]).

In alledem kommt aber auch eine grundsätzliche Bejahung der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie zum Ausdruck, wie sie schon früher angebahnt war[72]). „Daß mit der katholischen Religion keine vernünftige Verfassung möglich ist" — das hat Hegel[73]) einmal als seine entschiedene Überzeugung ausgesprochen. Heute ist das gerade Gegenteil wahr, sofern die Vernunft der Verfassung in ihrer Freiheitlichkeit und Weltlichkeit gesehen wird. Es liegt auf der Hand, daß dies für die Fortentwicklung der „Kirchen unter dem Grundgesetz" von großer Bedeutung ist. Der ekklesiologisch hellsichtige Staat wird sehr wohl darauf Bedacht nehmen und die Kirchen gegenüber Rückfällen in dyarchisches oder einseitig „positionales" Privilegiendenken ohne Rücksicht auf das Ganze der Verfassung gerade an diesen religionsfreiheitlichen Ansatz erinnern und sie daran festhalten. Aber auch die weltliche Staatskirchenrechtslehre sollte sich das, was in der kirchlichen Lehre jetzt Ausdruck gefunden hat, zu Nutz und Frommen sein lassen: denn ihr wird damit ein Spiegel der Freiheit vorgehalten, und sie wird damit an das weltliche „Wesen" des modernen „Staatswesens" erinnert.

B.

Vor diesem Hintergrund ist nunmehr ohne weitere Umschweife die Besprechung der eingangs angekündigten Einzel-Problemkreise in Angriff zu nehmen, darunter zuerst das klassische Thema: Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich[74]).

Endgültig ausgestanden ist die Frage des Rechtsschutzes gegen kirchensteuerliche Rechtsakte der Kirchen[75]). Hier hat das

---

[71]) Ebenda: „Ipsa Ecclesia rebus temporalibus utitur quantum propria eius missio id postulat. Spem vero suam in privilegiis ab auctoritate civili oblatis non reponit; immo quorundam iurium legitime acquisitorum exercitio renuntiabit, ubi constiterit eorum usu sinceritatem sui testimonii vocari in dubium aut novas vitae conditiones aliam exigere ordinationem."

[72]) Vgl. dazu die Nachweise bei Schwan (Anm. 63) S. 17 ff.

[73]) Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, Sämtliche Werke (ed. Glockner) XI, S. 560.

[74]) Neueste Übersicht bei G. Meier, Die Entscheidung kirchlicher Angelegenheiten durch staatliche Gerichte, DVBl. 1967, S. 703 bis 710.

[75]) Vgl. BVerwGE 7, 189.

BVerfG noch vollends Klarheit geschaffen[76]). Insoweit begegnet man jetzt nur noch unterschiedlichen Rechtsweg-Regelungen[77]). Ruhe dürfte jetzt auch endgültig in Friedhofssachen eingekehrt sein, nachdem das BVerwG in einem Urteil vom 16. 12. 1966 einen Versuch zurückgewiesen hat, diesen Sachbereich der Kognition staatlicher Gerichte zu entziehen[78]).

Ist hier mit Recht an der Justizhoheit des Staates festgehalten worden, so scheint sich auf dem Felde dienst- und vermögensrechtlicher Streitigkeiten kirchlicher Amtsträger ein Rückzug der staatlichen Gerichtsbarkeit vollzogen zu haben[79]). Man scheint am Ende einer Epoche zu stehen. Denn es ist, nachzulesen in Urteilen vom 19. 2. und vom 27. 10. 1966, nunmehr die gemeinsame Auffassung von BGH[80]) und BVerwG[81]), daß die staatlichen Gerichte in vermögensrechtlichen Angelegenheiten kirchlicher Amtsträger nur noch kraft kirchlicher Zuweisung, oder genauer: nur noch kraft kirchlicher Annahme des vom Staat mit § 135 BRRG gemachten Angebots[82]) staatlicher Justizgewährung zuständig sind. Der BGH hat dabei, allen Anfeindungen zum Trotz, an seine eigene frühere Rechtsprechung angeknüpft[83]), sie modifiziert und sie dann zu äußerster Konsequenz geführt, zu

---

[76]) BVerfGE 19, 206 (217 f.), 19, 288 (289), hier unter dem Gesichtspunkt des § 90 Abs. 1 BVerfGG.

[77]) Übersicht bei K. Müller, Der Finanzrechtsweg nach Landesrecht, BB 1967, S. 623 ff. Die Mehrheit der Länder hat aufgrund § 33 Abs. 1 Nr. 4 FGO den Finanzrechtsweg eröffnet.

[78]) BVerwGE 25, 364 = DVBl. 1967, S. 451.

[79]) Klärende Übersicht bei H. Weber, Der Rechtsschutz im kirchlichen Amtsrecht, NJW 1967, S. 1641—1646.

[80]) BGHZ 46, 96 = NJW 1966, S. 2162 = JZ 1967, S. 406 m. Anm. H. Maurer.

[81]) BVerwGE 25, 266 = ZBR 1967, S. 161 m. abl. Anm. v. D. Scheven = DVBl. 1967, S. 729 m. abl. Anm. v. A. Frhr. v. Campenhausen.

[82]) Die Rechtsprechung zeigt sich stark beeinflußt von der „Angebotstheorie" H. Maurers (Zur Anfechtbarkeit kirchlicher Verwaltungsakte vor staatlichen Gerichten, DÖV 1960, S. 749—753), die auf der Annahme eines zur „loyalen Partnerschaft" gewandelten Verhältnisses beruht, aufgrund dessen dem Schrankenvorbehalt des Art. 137 Abs. 3 WRV nur noch Appellfunktion zukomme.

[83]) BGHZ 34, 372 = LM 3 zu Art. 140 GG m. Anm. v. Kreft. Gegen dieses Urteil v. 16. 3. 1961 war übrigens Verfassungsbeschwerde eingelegt worden. Da es sich jedoch um eine Berliner Sache handelte, wurde sie nicht zur Entscheidung angenommen (Beschl. v. 27. 11. 1963, 2 BvR 181/61). Daraufhin wurde der kirchliche Rechtsweg beschritten. Das kirchliche Rechtsschutzverfahren endete mit dem Urteil des Verwaltungsgerichtshofs der EKU v. 11. 1. 1965, JZ 1966, S. 408 = ZevKR 13 (1967) S. 175 m. krit. Anm. v. H. Johnsen, das unter grundsätzlichen Aspekten von P. Häberle eingehend gewürdigt worden ist: „Gemeinrechtliche" Gemeinsamkeiten der Rechtsprechung staatlicher und kirchlicher Gerichte? JZ 1966, S. 384—389.

der Konsequenz nämlich, „daß die Kirchen berechtigt sind, den staatlichen Rechtsschutz in vermögensrechtlichen Angelegenheiten nicht nur durch Einrichtung eigener Gerichte, ... sondern auch ersatzlos auszuschließen"[84]). Der staatliche Rechtsweg kommt also nicht mehr nur subsidiär zum Zuge, sondern er ist überhaupt von kirchlicher Zustimmung abhängig gemacht. Das BVerwG hat sich unter die Tutel des BVerfG begeben, hat dabei aber übersehen, daß just jene die Reichweite des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts betreffende Stelle aus dem Hessischen Gemeindeteilungsfall[85]), auf die es sich stützt, eine schwache Stelle ist und daß insoweit von allem Anfang an mehrfach Kritik geübt worden ist[86]).

Die neuen höchstrichterlichen Urteile halten einer Kritik nicht stand[87]). Was die Entscheidungsgrundlagen im einfachen Gesetzesrecht anlangt, so haben beide Gerichte die Tragweite des § 135 BRRG verkannt. Es muß dabei bleiben, daß ihm die Funktion der Freistellung der Kirchen von staatlicher Justizhoheit bzw. eines bloßen Angebots weder zukam noch zukommt. Die Gerichte sind aber auch bezüglich des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts einer Fehldeutung unterlegen. Die Regelung des kirchlichen Amtsrechts ist zwar auch bezüglich der vermögensrechtlichen Seite eine eigene Angelegenheit der Kirche. Aber es geht hier um ein temporale, das nicht völlig aus der Mitverantwortung des Staates herausfällt; hier kommt der Vorbehalt des für alle geltenden Gesetzes zum Zuge. Die vermögensrechtliche Position des Einzelnen ist nämlich mitbestimmend für die Stellung in der sozialen Gemeinschaft und hat Auswirkungen in den staatlichen Rechtsbereich hinein; auch der Kirchenangehörige oder kirchliche Bedienstete bleibt insoweit „Weltkind" und Bürger. Der Staat ist aber im Hinblick auf seine Funktion der Existenzsicherung Garant des Rechtsschutzes gerade bezüglich vermögensrechtlicher Verhältnisse des Bürgers; dabei muß an Art. 140 GG / 136 Abs. 2 WRV erinnert werden. Die Aufrechterhaltung staatlichen Gerichtsschutzes insoweit entspricht deshalb zwingenden Erfordernissen eines geordneten Zusammenlebens von Staat und Kirche; die staatliche Justizhoheit ist mithin als für alle geltendes Gesetz im Sinne von Art. 137 Abs. 3 WRV zu qualifizieren; diese Norm bildet auch den Maßstab für

---

84) D. Scheven (Anm. 81) S. 163.

85) BVerfGE 18, 385 (387 f.).

86) Vgl. P. Häberle, Kirchliche Gewalt als öffentliche und „mittelbar" staatliche Gewalt, ZevKR 11 (1964/65) S. 395—403; S. Grundmann, Das BVerfG und das Staatskirchenrecht, JZ 1966, S. 81—86; A. Hollerbach (Anm. 9) S. 108 f.

87) Vgl. die Nachweise in Anm. 79 und 81; nachdrückliche Kritik auch bei U. Scheuner, DÖV 1967, S. 591.

die Reichweite der staatsgerichtlichen Kontrollbefugnis gegenüber kirchlichen Akten[88]). Wenn hier dafür plädiert wird, an der staatlichen Justizhoheit hinsichtlich vermögensrechtlicher Angelegenheiten festzuhalten, so hat das nichts mit einem wiedererwachten staatskirchenhoheitlichen „recursus ab abusu" zu tun. Vielmehr ergibt sich die Pflicht des Staates zur Rechtsschutzgewährung aus der Verflochtenheit kirchlicher und staatlicher Rechtsordnung und aus der auch aus kirchlicher Sicht anzuerkennenden, nach Maßgabe der Verfassung wahrzunehmenden irdischen Gemeinwohlverantwortung des Staates. Man braucht es allerdings nicht für ausgeschlossen zu halten, daß der Staat seine Rechtsschutzaufgabe den Kirchen überträgt; doch könnte das in Anbetracht der großen Bedeutung dieser Frage nur durch eine normative Regelung geschehen. Außerdem könnte es dem Staat nicht verwehrt werden, an Struktur und Qualität kirchlicher Gerichtsbarkeit Anforderungen zu stellen, welche die Gleichwertigkeit mit dem Standard staatlichen Rechtsschutzes gewährleisten. Aber vorerst muß es bei der geltenden Rechtslage verbleiben. Daß sie sowohl in Karlsruhe als auch in Berlin verkannt worden ist, kann nur dadurch gemildert werden, daß die kirchlichen Gerichte sich bemühen, die von Peter Häberle zu Recht untersuchten „gemeinrechtlichen Gemeinsamkeiten staatlicher und kirchlicher Gerichtsbarkeit" zur Geltung zu bringen[89]), was freilich im Verhältnis zur Katholischen Kirche noch auf Schwierigkeiten stößt[90]).

Die eigentliche ratio decidendi, wie sie vornehmlich im BGH-Urteil hervortritt, ist nun aber eine bestimmte „Wesensschau" vom Staat-Kirche-Verhältnis. Der BGH geht nämlich aus von einer „grundsätzlichen Gleichordnung von Kirche und Staat"; das Selbstbestimmungsrecht der Kirche finde seine Grenze an dem Koordinationsverhältnis, in dem sie zum Staat stehe und das die Grundlage für die durch die Verfassung gewährleistete „Autonomie" der Kirche bilde. Hier werden die Grundlagen der

---

[88]) Vgl. dazu im einzelnen K. Hesse (Anm. 3) S. 144 ff. Zur Problematik der Reichweite der Nachprüfung vgl. auch K. A. Bettermann, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte III/2 (1959) S. 793 f.

[89]) Vgl. oben Anm. 83.

[90]) Gegenüber der optimistisch gestimmten Darstellung von O. Katholnigg, Katholische Kirche und Rechtsweg, Diss. Frankfurt a. M. 1960, wird man der praktischen Hemmnisse effektiver Rechtsschutzgewährung eingedenk bleiben müssen. Die Schaffung eines geordneten Verwaltungsrechtsschutzes ist denn auch ein wichtiger Punkt in den gegenwärtigen Bemühungen um eine Reform des kanonischen Rechts; vgl. dazu H. Schmitz, Möglichkeit und Gestalt einer kirchlichen Gerichtsbarkeit über die Verwaltung, ArchKathKR 135 (1966) S. 18—38.

geltenden staatskirchenrechtlichen Ordnung verkannt, ja auf den Kopf gestellt. Staat und Kirche leben nicht in einem irgendwie vorausgesetzten Koordinationsverhältnis, sondern sie leben zusammen gemäß der Verfassung[91]). Der Staat erkennt die Eigenständigkeit der Kirchen an, aber nur innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes; dieses gibt ihm die Möglichkeit einseitiger Grenzziehung, läßt aber auch koordinative Rechtsgestaltung zu. Ein Koordinationsverhältnis ist also nicht vorausgesetzt — vorausgesetzt ist allein der Grundsatz der Kirchenfreiheit —, sondern eine Koordinationsordnung wird jeweils erst in konkreter Verständigung von Staat und Kirche geschaffen, und das Koordinationsverhältnis reicht deshalb auch nur soweit sich Staat und Kirche im Wege des Vertrages koordiniert haben. Wo das — wie in Sachen Rechtsschutz — nicht der Fall ist, sind allein Verfassung und Gesetz maßgebend. Nicht findet also, um an die Argumentation des BGH anzuknüpfen, das Selbstbestimmungsrecht seine Grenze an dem irgendwie vorausgesetzten Koordinationsverhältnis, sondern das Selbstbestimmungsrecht entfaltet sich im Rahmen einseitig oder koordinationsrechtlich festgesetzter Grenzen. Nicht bildet das Koordinationsverhältnis die Grundlage für die „Autonomie", vielmehr verhält es sich gerade umgekehrt, sofern man nur statt „Autonomie" „Eigenständigkeit" setzt. Schade, der BGH hat der guten Sache einer „aufgeklärten" Koordinationslehre einen Bärendienst erwiesen.

Dieser Fragenkomplex ist sogleich wieder aufzugreifen; doch bedarf es zunächst noch einmal der Rückkehr zur Rechtsschutzproblematik, von deren sicherer Bewältigung Rechtsprechung und Lehre noch entfernt sind. Das läßt sich mit einem unlängst gefällten, noch nicht rechtskräftigen Urteil des VGH Baden-Württemberg illustrieren, das eine bemerkenswerte Fallgestaltung betrifft[92]). Der Evangelische Oberkirchenrat in Karlsruhe hatte es abgelehnt, für Verhandlungen mit ihm die Vertretung eines Pfarrers, wegen dessen Amtsführung es zu Meinungsverschiedenheiten gekommen war, durch zwei Rechtsanwälte anzunehmen. Diese sind mit ihrem auf § 3 Abs. 2 RAO gestützten Feststellungsbegehren, daß sie zur außergerichtlichen Vertretung des Pfarrers gegenüber dem Oberkirchenrat berechtigt seien, soweit diese Vertretung Rechtsangelegenheiten zum Gegenstand hat, durchgedrungen. Das Urteil wird von der Auf-

[91]) Vgl. dazu näher unten Abschnitt C.

[92]) Urteil v. 23. 5. 1967 (III 159/66), noch nicht veröffentlicht. Vgl. zur Problematik („Die außergerichtliche Vertretung von Pfarrern gegenüber den evangelischen Kirchenleitungen durch Rechtsanwälte") einerseits D. Selb, andererseits E.-W. Benn, ZevKR 12 (1966/67) S. 303—309 bzw. 309—313.

fassung getragen, § 3 Abs. 2 RAO sei als Ausfluß des Art. 19 Abs. 4 GG ein für alle geltendes Gesetz im Sinne von Art. 137 Abs. 3 WRV. Die Anwälte seien deshalb berechtigt, den Pfarrer in allen Angelegenheiten, die im Streitfalle staatlichen Gerichten zur Entscheidung unterbreitet werden könnten, auch außergerichtlich zu vertreten. Der VGH hat sich mit Recht darum bemüht, den Anspruch der Anwälte klar einzugrenzen und hat dabei auf die Jurisdiktionsgewalt des Staates abgestellt. Dabei hat er incidenter schon gegen den Stachel gelöckt, indem er das oben besprochene Urteil des BVerwG kritisierte und ihm von vornherein die Gefolgschaft versagte. Gleichwohl ist das Urteil unzutreffend. Unbeschadet staatlicher Justizhoheit über vermögensrechtliche Streitigkeiten aus einem kirchlichen Dienstverhältnis ist den Kirchen kraft des Selbstbestimmungsrechts die Befugnis zu eigenständiger Ordnung ihres Dienstrechts in materiellrechtlicher und in verfahrensrechtlicher Hinsicht eingeräumt. Die Kirchen dürfen in einem Verwaltungsverfahren und in einem kirchengerichtlichen Verfahren aus eigenem Recht kirchliche Rechtspflege üben. Dabei müssen die Kirchen Gestaltungsfreiheit genießen, wenn es nicht zu einer Verfälschung der Eigenart der kirchenrechtlichen Beziehungen zwischen Kirche und einem geistlichen Amtsträger kommen soll. Kirchliche Leitung, hier in einem Verfahren der Dienstaufsicht, kann nur, wie sich die Grundordnung der Badischen Landeskirche ausdrückt, „geistlich und rechtlich in unaufgebbarer Einheit“[93]) vollzogen werden; deshalb muß immediater Verkehr zwischen dem Pfarrer und dem kirchlichen Leitungsorgan, muß etwa „correctio fraterna“ unter vier Augen durch den Bischof möglich sein. Es wäre unerträglich, wenn die Kirchen gezwungen wären, einen Anwalt zu akzeptieren, auch wenn sich dessen Verhandlungsbefugnis auf die staatlicher Jurisdiktionsgewalt unterworfenen Streitpunkte beschränkt. Das Gericht hat hier die Bedeutung des § 3 Abs. 2 RAO im Lichte des ebenfalls aufgeblähten Art. 19 Abs. 4 GG hinaufgesteigert, hat dabei aber die Gewährleistung des Art. 137 Abs. 3 WRV verkürzt. Es hat nicht den rechten Ausgleich gefunden. So hat es nicht beachtet, daß die Schranken des für alle geltenden Gesetzes ihrerseits im Lichte der Bedeutung der gewährleisteten Freiheit gesehen werden müssen[94]). Unter diesem Aspekt ist aber zwingendes Erfordernis für das rechte Zusammenleben von Staat und Kirche in einem Gemeinwesen

[93]) Grundordnung der Evangelischen Landeskirche in Baden v. 23. 4. 1958, § 90 Abs. 2 (KGVBl. 17).

[94]) Der vom BVerfG bei der Interpretation des Art. 5 Abs. 2 GG entwickelte Grundsatz der Wechselwirkung (BVerfGE 7, 198 [208 f.]) verdient bei der Bestimmung von Freiheitsgewährleistungen allgemeine Beachtung; vgl. dazu K. Hesse (Anm. 7) S. 28 f., 126 f.

nur — als ultima ratio — der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten, nicht jedoch die anwaltschaftliche Vertretung in einem legitimerweise vom innerkirchlichen Recht geregelten Verfahren. So schwankt die Judikatur — mit der Lehre — in Sachen Rechtsschutz zwischen einem Zuviel und einem Zuwenig.

C.

Vielleicht wird mit der Feststellung des Schwankens zwischen einem Zuviel und einem Zuwenig auch das besondere Kennzeichen der Diskussionslage im Sektor Vertragsrecht getroffen. Über den jüngsten Schwierigkeiten in der Praxis[95]), wo man mit bestehenden Verträgen nicht gerade mit Seidenhandschuhen umgegangen ist, und über den Auseinandersetzungen im Schrifttum[96]) [97]) drohte nicht nur in Vergessenheit zu geraten, daß die Existenz von Konkordaten und Kirchenverträgen mitsamt einer großen Zahl von Trabanten-Vereinbarungen dem deutschen Staatskirchenrecht der Nachkriegszeit eine charakteristische Prägung gegeben hat[98]), sondern auch daß sich diese

---

[95]) Zur Situation in Baden-Württemberg vgl. etwa O. Basse, Der Schulkampf in Baden-Württemberg, Lutherische Monatshefte 1967, S. 75—80; 124—129. Hier wird (S. 125) auch die bezeichnende Äußerung des baden-württembergischen Kultusministers Prof. D. Hahn zitiert: „Die Zeit der Konkordate ist vorbei".

[96]) Vgl. die Kritik, die H. Quaritsch an A. Albrecht, Koordination von Staat und Kirche in der Demokratie (1965) und, besonders heftig, an dem Buch des Verf. (Anm. 26) geübt hat: Neues und Altes über das Verhältnis von Kirchen und Staat, in: Der Staat 5 (1966) S. 451—474 (= Quaritsch — Weber [Anm. 1] S. 358—381). Vgl. ferner die Kontroverse zwischen G. Scheffler und H. Marré, Zur Koordination von Staat und Kirche, DVBl. 1967, S. 442—445.

[97]) Weiteres wichtiges Schrifttum: S. Grundmann, Art. Vertragskirchenrecht, Evang. Staatslexikon (1967) Sp. 2378—2386; K. Obermayer, Staatskirchenrechtliche Grundvorstellungen in den Konkordatstheorien des 19. Jahrhunderts, DÖV 1967, S. 505—516; D. Pirson, Der Kirchenvertrag als Gestaltungsform der Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Kirche, in: Festschrift für Hans Liermann zum 70. Geburtstag (1964) S. 177—195; H. Rust, Die Rechtsnatur von Konkordaten und Kirchenverträgen unter besonderer Berücksichtigung der Bayerischen Verträge von 1924, Diss. München 1964. — Zur Problematik des Reichskonkordats vgl. zuletzt F. Müller, Schulgesetzgebung und Reichskonkordat (1966); H. Mosler, Wer ist aus dem Reichskonkordat verpflichtet? in: Gedächtnisschrift H. Peters (1967) S. 350—374; E.-W. Böckenförde, Rechtsgutachten zu Fragen der Neuordnung des Schulwesens im Lande Nordrhein-Westfalen (noch unveröffentlicht).

[98]) Überblick bei H. Weber (Anm. 29) und bei A. Hollerbach (Anm. 26). Um aus der Zahl der kleineren Abkommen neue-

Verträge, und nicht zuletzt das Niedersächsische Konkordat[99]), als angemessene und fruchtbare Instrumente zur Schaffung einer guten Ordnung zwischen Staat und Kirche erwiesen haben. Das gilt für die jeweils erreichte Rechtsvereinheitlichung, die technische und sachlich reformierende Rechtsbereinigung durch Entflechtung, Entrümpelung und Entbürokratisierung, das gilt aber auch für das grundsätzlichere Ziel, die freiheitliche Ordnung des Verhältnisses von Staat und Kirche fortzubilden[100]). Die neueren Staatskirchenverträge, die übrigens nur behutsam über den Kreis der herkömmlichen Vertragsmaterien hinausgegangen sind[101]), bieten den Kirchen eine wichtige Rechtshilfe, und zwar nicht einmal so sehr durch die Abreden über einzelne Positionen als dadurch, daß in den Verträgen die Achtung des Staates vor der Eigenständigkeit und die Anerkennung öffentlicher Potentialität der Kirchen zum Ausdruck kommt[102]). Es tut sich in ihnen ein gemeinsamer Ordnungswille im Hinblick auf staatlich-kirchliche Kommunikation und Kooperation kund. Dabei sind die Verträge gerade unter rechtsstaatlichem Aspekt von Bedeutung: in Anbetracht der unter den Bedingungen in Deutschland notwendigen Regelungsdichte im Staatskirchenrecht haben sie dazu beigetragen, graue Zonen zu vermeiden und im Grundsätzlichen wie im Einzelnen möglichst klare Verhältnisse zu schaffen.

Es war früher beliebt, das politische Problem konkordatärer Vereinbarungen auf die Alternative „Bund von Staat und Kirche" oder „pluralistische Aufspaltung des Staates durch die Kirche" zurückzuführen[103]). Es sollte keiner weiteren Diskussion bedürfen, daß heute eine solche Vereinfachung die Sache verfehlt. Die Staatskirchenverträge fügen sich vielmehr im ganzen ein in die Verfassungsintention, auf dem Grunde substantieller Scheidung von staatlicher und kirchlicher Gewalt und im Bewußtsein notwendiger Verflochtenheit im gemeinsamen personalen Substrat und in der Gemeinsamkeit von Aufgaben

---

ren Datums ein (bei H. Weber nicht angeführtes) Beispiel zu geben, kann auf die beiden Vereinbarungen über die evangelische bzw. katholische Seelsorge im Bundesgrenzschutz verwiesen werden, die vom 20.—23. 7./12. 8. 1965 bzw. 29. 7./12. 8. 1965 datieren (GMBl. 1965, S. 374 bzw. 377).

[99]) Vgl. dazu E. G. Mahrenholz (Anm. 22); E. Ruppel, Konkordat und Ergänzungsvertrag zum Evangelischen Kirchenvertrag in Niedersachsen, DVBl. 1966, S. 207—212.

[100]) Vgl. zu diesen Zielen zusammenfassend K. Hesse, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts seit 1945, JöR n. F. 10 (1962) S. 32 ff.

[101]) Für das NK vgl. E. G. Mahrenholz (Anm. 22) S. 256 ff.

[102]) Vgl. dazu E. G. Mahrenholz (Anm. 22) S. 267, 270.

[103]) Exemplarisch E. R. Huber, Verträge zwischen Staat und Kirche im Deutschen Reich (1930) S. 204 ff.

Kommunikation und Kooperation[104]) voneinander unabhängiger Größen zu ermöglichen und zu fördern. Deshalb ist auch das Ende des „Zeitalters der Konkordate" noch nicht gekommen, solange es gelingt, mit ihrer Hilfe die freiheitliche Ordnung im Verhältnis von Staat und Kirche fortzubilden. Aber trotz solcher positiven Aussagen über das Vertragsrecht hinsichtlich seiner Leistung und seiner Funktion gibt es nach wie vor über einige wichtige Grundsatzfragen rechtsdogmatischer Art keinen Konsens. Dem hat der Mitberichterstatter, zum Teil in einem kritischen Gespräch mit sich selbst, nachzugehen.

Für das politische Gemeinwesen wird das Verhältnis von Kirche und Staat von der Verfassung bestimmt[105]). Diese anerkennt einen Status eigenständiger und öffentlicher Freiheit und läßt vertragliche Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Kirche zu[106]). Die Verfassung gibt aber keine genügenden Anhaltspunkte dafür, daß sie ein allgemeines Koordinationsverhältnis zwischen Staat und Kirche in dem Sinne voraussetzt, daß nur noch das Vertragsrecht die rechte Basis für die gegenseitigen Beziehungen bilden könnte. Aber Staat und Kirche — als historisch wirkmächtige Institutionen erster Ordnung — können sich nach dem Maß von „Kirchenordnung" und „Staatsverfassung" jeweils durch konkrete Verständigung koordinieren, sie schaffen — unter dem Schutz der Verfassung — eine Koordinationsrechtsordnung. Sie ist in der Bundesrepublik von großer Dichte, diese Art der Rechtsgestaltung entspricht verbreiteter Rechtsüberzeugung und tendiert zu gewohnheitsrechtlicher Verfestigung.

Die Staatskirchenrechtslehre sieht sich nun aber vor die Frage gestellt, ob es eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Einigung zwischen Staat und Kirche in der Form des Vertrages, eine Pflicht zu koordinativer Rechtsgestaltung gibt. Oder hat das BVerfG recht, wenn es meint, es stehe „völlig im Belieben" des Staates, ob und mit welchen Kirchen er Verträge abschließen wolle[107])? In dieser apodiktischen Form ist diese Aus-

---

[104]) Der Gesichtspunkt der Zusammenarbeit des Staates mit freien Kräften — bei Wahrung der Gesamtverantwortung des Staates — ist leitend für das Urteil des BVerfG zum BSHG und JWG vom 18. 7. 1967 (BVerfGE 22, 180 [200 u. öfter]); für die rechte Sicht der Sozial- und Kulturstaatlichkeit ist das von großer Bedeutung und verdient auch für den Bereich des Staatskirchenrechts starke Beachtung.

[105]) Vgl. auch oben Abschnitt B.

[106]) Zur Möglichkeit von Staatskirchenverträgen nach staatl. Recht vgl. Hollerbach (Anm. 26) S. 83 ff.

[107]) BVerfGE 19, 1 (12). Zur Kritik vgl. meine Besprechung (Anm. 9) S. 123 und H. Weber (Anm. 2) S. 441.

kunft unrichtig. So kann es aus Gründen der Parität eine Pflicht zum Vertragsschluß geben, nicht automatisch, aber doch dann, wenn auf Paritätswahrung angetragen wird und die Gleichstellung sachlich begründet ist. In der Sphäre des rechtlichen Dürfens jedenfalls besteht auch eine Pflicht zu vertraglicher Einigung, wenn es um Änderung oder Fortbildung eines bestehenden Vertrages geht. Darüber hinaus allerdings läßt sich aus der Verfassung eine Rechtspflicht zu vertraglicher Einigung nicht herleiten. Die Verfassung läßt Koordinierung zu, gebietet sie aber nicht zwingend. Insofern bringt die Hessische Verfassung die Rechtslage nach Bundesrecht zum Ausdruck, wenn sie als staatskirchenrechtliche Gestaltungsmittel „Gesetz oder Vereinbarung", und zwar gleichberechtigt, nennt (Art. 50 Abs. 1). Die Verfassung ist insoweit „konzeptionell mehrschichtig"[108]).

Wenn sich so aus der Verfassung auch keine prinzipielle Verpflichtung zu koordinations-rechtlicher Regelung ergibt, so ist doch aus ihr eine entsprechende Direktive[109]) abzuleiten. Wenn der Staat sie befolgt, wird er der Verfassung besser gerecht, handelt er mit größerer Legitimität. Denn: der Staat anerkennt in der Verfassung die eigenständige Existenz der Kirchen aus eigenem Recht, er anerkennt das hohe Gut der Kirchen- und Religionsfreiheit und damit, bekräftigt durch das Verbot der Staatskirche, seine eigene Selbstbegrenzung als weltliche Ordnungsmacht. Daraus folgt ein striktes Nicht-Einmischungs-Gebot. Deshalb wird gerade der säkulare Staat, um nicht dagegen zu fehlen, die Vertragsform wählen. Sie ist vornehmlich indiziert, wo es um die dem Zentrum der Kirchenfreiheit nahen Zonen geht. So ist koordinationsrechtliche Ordnung im Verfassungsstaat eine zwar nicht prinzipiell sachnotwendige aber sachadäquate Lösung des Problems. Sie ist ein förderliches „Instrument zur Realisierung freiheitlich-demokratischer Staatlichkeit"[110]).

---

[108]) Den Ausdruck „konzeptionelle Mehrschichtigkeit" gebraucht H.-U. Klose, Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Staat und den Evangelischen Landeskirchen in Hessen unter besonderer Berücksichtigung des Hessischen Kirchenvertrages vom 18. 2. 1960 (1966) S. 54. Der Meinung, daß diese „konzeptionelle Mehrschichtigkeit" durch Art. 140 GG überwunden worden sei, kann freilich nicht gefolgt werden.

[109]) Der Begriff „Direktive" wird hier in einem freieren Sinn gebraucht als bei P. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht (1961), oder Das BVerfG und die Verfassungsdirektiven, AöR 90 (1965) S. 341—372. Direktive meint Richtungweisung auf eine Erfüllung der Verfassung, die im Spielraum der Möglichkeiten der Wirklichkeit angemessener ist, der Sache besser gerecht wird.

[110]) Albrecht (Anm. 29) S. 157.

Folgt man dieser Direktive nicht, so ist nicht zu übersehen, daß die heutige Gesetzgebung kontraktuelle Elemente enthält. Wenn man nicht gerade in einer Kampfsituation steht, wird es sich normalerweise bei formell einseitiger Regelung um ein paktiertes Staatsgesetz handeln. Darüber hinaus muß man es für eine gutem freiheitlich-rechtsstaatlichem Stil entsprechende Pflichtigkeit halten, den Kirchen vor Erlaß staatsgesetzlicher Regelungen in aller Form Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Diesen Rechtsgedanken hat bekanntlich § 14 Abs. 2 des Österreichischen Protestantengesetzes[111]) in eine normative Fassung gebracht.

Die Überlegungen zur Frage der Koordinierungspflicht sind mit der Feststellung abzuschließen, daß der Staat gehalten ist, sich den besonderen Gesetzlichkeiten des Vertragsrechts zu unterwerfen, wenn er den Weg der Koordination wählt; insofern hat er sich dann legitimerweise eine Selbstbindung auferlegt. Er kann dann grundsätzlich nicht mehr amphibisch taktieren.

Doch steht man damit nun erst recht in einem äußerst kontroversen und komplexen Fragenbereich. Der Mitberichterstatter gehört zu denjenigen, die den völkerrechtlichen Charakter der Konkordate bestreiten. Er hält daran fest und insistiert auf der sachlichen Eigenart als dem entscheidenden Kriterium[112]). Es scheint ihm auch nicht möglich zu sein, gerade von der Verfassung her, Verträgen mit Bischöfen oder vielleicht einmal mit der Bischofskonferenz eine andere Qualifikation als Verträgen mit dem Hl. Stuhl zuteil werden zu lassen[113]). Es ist freilich einzuräumen, daß die Veränderung der Struktur des Völkerrechts das Maß der Anomalie, welche die Qualifizierung der Konkordate als völkerrechtliche Verträge darstellt, als nicht mehr so groß erscheinen läßt[114]). Insbesondere aber wird man zuzugeben

---

111) Bundesgesetz vom 6. Juli 1961 über äußere Rechtsverhältnisse der Evangelischen Kirche, BGBl. Nr. 182/1961, § 14 Abs. 2: „Die Behörden des Bundes haben Gesetzentwürfe, die äußere Rechtsverhältnisse der Evangelischen Kirche berühren, vor ihrer Vorlage, und Verordnungen dieser Art vor ihrer Erlassung der Evangelischen Kirchenleitung unter Gewährung einer angemessenen Frist zur Stellungnahme zu übermitteln".

112 Verträge (Anm. 26) S. 100 ff. In gleicher Richtung mit differenzierter Begründung A. Albrecht (Anm. 29) S. 78 ff.

113 AaO. S. 104.

114 Unter Berufung auf seine Abhandlung „50 Jahre Völkerrecht", in: Jahrb. f. Internationales Recht 12 (1965) S. 11—41, hat U. Scheuner festgestellt: „Heute, wo die Völkerrechtsordnung auch internationale Organisationen und in begrenztem Umfang sogar Individuen als Träger von Rechten kennt und die internationale Ordnung überhaupt nicht mehr nur als zwischenstaatliches System, sondern als universale Grundordnung der Völker und Menschen erscheint, fügt sich auch die Stellung des Heiligen Stuhles als einer

haben, daß die überkommene Anschauung nahezu gewohnheitsrechtlich verfestigt ist, daß es aber vor allem nicht angängig ist, wenn bei bestehendem Vertragsverhältnis der eine Partner anders qualifiziert als der andere; denn es muß davon ausgegangen werden, daß der Hl. Stuhl aus allgemeinen staatskirchenpolitischen Erwägungen am völkerrechtlichen Charakter festhält[115]).

Aber auch dann, wenn man Konkordate als völkerrechtliche Verträge auffaßt, können ihnen evangelische Kirchenverträge im sachlichen Rang nicht nachstehen. Auch sie sind echte koordinationsrechtliche Verträge, und es ist gemeindeutsches Recht, daß auch sie den Rang von Staatsverträgen einnehmen[116]). Es handelt sich bei Staatskirchenverträgen um durch ihre Eigenart im Verhältnis zu anderen abgehobene Verträge auf der Ebene der Verfassung[117]); die kodifikatorischen Statusverträge jedenfalls gehören materiell zum Bereich der Grundordnung. Sie sind, und das muß wohl doch wieder einmal ganz elementar betont werden, nicht Verträge mit „rechtsfähigen Verwaltungseinheiten"[118]). Es ist in Anbetracht klarer Verfassungsnormierungen und einer langen Staatspraxis, die von einer insoweit klaren Rechtsüberzeugung getragen ist, einfach nicht mehr möglich, sich in den Bahnen eines Rudolf Sohm zu bewegen: für ihn konnten Staatskirchenverträge „nur der Ausdruck eines juristisch irrelevanten Consenses der Kirche zu einem staatlichen Gesetzgebungsact", konnte der Konsens der Kirche nur „Untertanen-Consens" sein[119]). Der Versuch, solche Legaltheorie aufzuwärmen, ist staatskirchliches Gebaren und widerstreitet Art. 137 Abs. 1 WRV. Des weiteren sollte man sich dessen bewußt sein:

---

moralische Autorität verkörpernden Einheit leichter in die Gesamtordnung ein": Die Stellung des Ökumenischen Rates im internationalen Leben, in: Zeugnis und Dienst im Spannungsfeld der Zeit. Beiträge aus der EKU zum 60. Geburtstag von Franz-Reinhold Hildebrandt (1966) S. 49.

[115]) Darauf hat E.-W. Böckenförde (Anm. 97) S. 9 abgehoben. Vgl. auch H. Mosler (Anm. 97) S. 366 ff.

[116]) Vgl. S. Grundmann (Anm. 97) Sp. 2381 f.; K. Hesse (Anm. 100) S. 32.

[117]) Vgl. etwa die Zuweisung der Staatskirchenverträge zur Sphäre des Verfassungsrechts bei E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts Bd. I (9 1966) S. 236. Nach Albrecht (Anm. 29) S. 227 handelt es sich „um eine im Unterschied zu den verwaltungsrechtlichen Verträgen dem Verfassungsbereich zugehörige besondere Erscheinung des öffentlich-rechtlichen Vertrages".

[118]) Siehe aber demgegenüber die praktische Gleichsetzung von (ev.) Kirchenverträgen und Verträgen des Verwaltungsrechts bei H. Quaritsch, Kirchenvertrag und Staatsgesetz, in: Hamburger Festschrift für Friedrich Schack (1966) S. 125—141 (bes. S. 139).

[119]) Das Verhältnis von Staat und Kirche aus dem Begriff von Staat und Kirche (1873, Neudruck 1965) S. 53.

Sachgrund für vertragsrechtliche Koordination ist nicht die Eigenschaft der Kirchen als Körperschaften des öffentlichen Rechts, Sachgrund ist vielmehr die vom Staat respektierte Eigenrechtsmacht der Kirchen.

Damit nähert man sich dem Zentralproblem des Verhältnisses von Staatskirchenvertrag, Verfassung und Gesetz. Vorweg darf der Überzeugung Ausdruck gegeben werden, daß die Theorie der Staatskirchenverträge gut daran täte, im Streit zwischen Transformations- und Vollzugslehre für die letztere Partei zu ergreifen[120]): das Staatskirchenvertragsrecht wird als solches ohne Umschaffung seiner Geltungsqualität durch ein „ita ius esto" der zuständigen Organe oder durch einen generellen Vollzugsbefehl im jeweiligen Bereich anwendbar gemacht[121]). Aber wir sind ja — für den Bereich des Völkerrechts — durch den Bericht von Herrn Partsch eindringlich darüber belehrt worden, daß mit dieser Entscheidung das Rangproblem noch nicht gelöst ist[122]). Die herrschende Lehre geht aber, sofern eine ausdrückliche Rangentscheidung nicht getroffen ist, von einem Gleichrang des Vertragsrechts mit dem Gesetzesrecht aus, so daß die lex-posterior-Regel zum Zuge kommt, bei strikter Unterscheidung allerdings zwischen dem rechtlichen „Dürfen" einerseits, dem rechtlichen „Können" andererseits[123]). Auf diesem Standpunkt steht man denn auch überwiegend in der Konkordatslehre[124]) und läßt ihn auch — Herrn Quaritsch ausgenommen[125]) — für die Beurteilung der evangelischen Kirchenverträge maßgebend sein. Im übrigen ist es der Standpunkt der Judikatur: in der Gefolgschaft des BVerfG[126]) hat ihn der VGH in Mannheim im baden-württembergischen Schulstreit kräftig hervorgekehrt, allerdings bezogen auf eine Entscheidung des

---

[120]) Vgl. jetzt (mit einem Votum für die Vollzugslehre): Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht. Überprüfung der Transformationslehre. Bericht von K. J. Partsch (Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 6, 1964). Grundsätzlich abweichend W. Rudolf, Völkerrecht und deutsches Recht (1967). Vgl. auch G. Boehmer, Der völkerrechtliche Vertrag im deutschen Recht (1965).

[121]) Vgl. Hollerbach (Anm. 26) S. 154 ff.

[122]) AaO. (Anm. 120) S. 25, 93 ff.

[123]) Nachweise bei Boehmer (Anm. 120) S. 65 ff.

[124]) Nachweise bei Albrecht (Anm. 29) S. 210.

[125]) AaO. (Anm. 118) S. 139: nach ihm ist auch der Vertrag als solcher „unwirksam", „wenn und soweit ihm eine lex posterior die gesetzliche Deckung entzogen hat". Diese Auffassung ist mit Recht von U. Scheuner scharf kritisiert worden: (Anm. 30) S. 126 Anm. 28.

[126]) BVerfGE 6, 309 (346 ff., 363).

verfassungsändernden Gesetzgebers[127]). Sollte diese Auffassung weiterhin die herrschende bleiben, so wird man größten Wert darauf legen müssen, daß der Unterschied zwischen dem rechtlichen Dürfen und dem rechtlichen Können nicht verschleiert wird, d. h. daß unbeschadet der innerstaatlichen Gültigkeit des vertragswidrigen Gesetzes Vertragsbruch Vertragsbruch genannt wird.

Demgegenüber ist aber doch die Frage wachzuhalten, ob man hier einer undifferenzierten Anwendung der lex-posterior-Regel das Wort reden darf[128]). Es ist nämlich immer wieder an die Eigenart von Staatskirchenverträgen zu erinnern. Sie schaffen — in der Formulierung von Rudolf Smend[129]) — eine „von Staat und Kirche verabredete und gemeinsam vollzogene kirchenrechtliche und staatskirchenrechtliche Ordnung in dem gemeinsamen staatlich-kirchlichen Raum". Es ist — anders ausgedrückt — die spezifische Funktion des Staatskirchenvertragsrechts, in Übereinstimmung mit der Verfassung ein wesentliches Stück des inneren Verfassungslebens unter gemeinsamer Verantwortung von Staat und Kirche auf Dauer zu regeln und diese Normenordnung als konsentierte Ordnung aller Kommunikation und Kooperation zugrundezulegen. Dabei darf vor allem nicht übersehen werden, daß diese Verträge im Dienst überragender Rechtsgüter stehen, nämlich der Religions- und Kirchenfreiheit. Insofern erkennt der Staat, wenn er sich aus betonter Achtung der verfassungsrechtlich anerkannten Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der Kirchen für koordinative Rechtsgestaltung

---

[127]) Beschluß v. 14. 2. 1967 (IV 814/66), BaWüVBl. 1967, S. 74 = DVBl. 1967, S. 462; Beschluß v. 2. 6. 1967 (IV 813/66), DÖV 1967, S. 637.

[128]) Die Notwendigkeit der Differenzierung wird immer mehr anerkannt für das Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht: aus der Fülle der Literatur hierzu vgl. J. Frowein, Zum Verhältnis zwischen dem EWG-Recht und nationalem Recht aus der Sicht des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, BB 1964, S. 233—238; klärend vor allem aber H. P. Ipsen, Das Verhältnis des Rechts der europäischen Gemeinschaften zum nationalen Recht, in: Aktuelle Fragen des europäischen Gemeinschaftsrechts. Europarechtliches Kolloquium 1964 (1965) S. 1 bis 27, wo für den Vorrang des Gemeinschaftsrechts auf die Gesichtspunkte Funktion, Eigenart und Wertdifferenz abgehoben wird. — Für das Völkerrecht hat Partsch (Anm. 120) S. 99 ff. einen Vorschlag entwickelt, der in der Sache ebenfalls von solchen Leitgesichtspunkten ausgeht, wenn er bei Verträgen von „ganz grundlegender Bedeutung", konkret bei Verträgen des Völkerverfassungsrechts und bei grundlegenden Vertragswerken zum Schutze der Würde des Menschen, dafür eintritt, daß solchen Verträgen im Zustimmungsgesetz Vorrang vor dem Gesetzesrecht beigelegt werden kann.

[129]) JZ 1956, S. 266.

entscheidet, den Verträgen eine besonders verfassungsnahe Qualität zu. Das rechtfertigt es, wie es das die nordrhein-westfälische Verfassung heute schon tut[130]), dem einfachen Gesetzgeber auch das rechtliche Können zu versagen, im Verhältnis von Staatskirchenvertragsrecht und Gesetzesrecht die Anwendung der lex-posterior-Regel also auszuschließen. Das wäre jedenfalls als rechtspolitische Forderung zu erheben, als Forderung nach einer klaren rangbestimmenden Verfassungsnorm, die den Übergesetzesrang für staatskirchenpolitisch bedeutsame Verträge generell festlegt oder den Zustimmungsgesetzgeber zu einer entsprechenden Rangeinstufung in concreto ermächtigt.

Wenn man solche Überlegungen anstellt, so muß man sich allerdings davor hüten, „bündischen" oder „integralistischen" Gedankengängen zu verfallen, welche die unübersteigbare Dualität von Staat und Kirche zu überdecken drohen. Es gibt auch keinen „staatlich-kirchlichen Kollegialgesetzgeber"[131]). Aber die Direktive der Verfassung zu vertraglicher Einigung sollte auch insoweit optimal zur Geltung gebracht werden. Andererseits sollte damit die Fortentwicklung des vertragsrechtlichen Instrumentariums zum Zwecke besserer Anpassung des Vertragsrechts an den Stil demokratischer Rechtssetzung korrespondieren. Denn es darf nicht in seiner Bedeutung verkannt werden, daß Vertragsrecht erhöhte Bindung mit sich bringt, Hemmung der Fähigkeit, auf neue Lagen rasch zu reagieren. Immerhin kann hier die Freundschaftsklausel[132]), wenn sie wirklich ernst genommen wird, etwas leisten, und zwar mehr, als gemeinhin angenommen wird. Einen begrüßenswerten Versuch bedeutet jetzt etwa die Revisionsklausel des Niedersächsischen Konkordats[133]). Aber warum sollte es darüber hinaus nicht auch einen befristeten oder kündbaren Staatskirchenvertrag geben? Das führt zuletzt auf Grundfragen der Vertragspolitik zurück. Es gibt so etwas wie einen „contractual self-restraint", wenn diese Formulierung erlaubt ist; er zahlt sich in der Regel aus. Maximalismus hingegen und erst recht „positionales Denken"

---

[130]) Art. 23 Abs. 2. Vgl. dazu auch Hollerbach (Anm. 26) S. 159; im gleichen Sinne jetzt E.-W. Böckenförde (Anm. 97) S. 38 mit Nachweisen aus den Verfassungsberatungen, wo von dem Abg. Dr. Scholtissek gesagt wurde: „Wir erkennen damit nicht an, daß das Land das Recht hat, sich durch eigene Gesetze über bestehende Vertragsbindungen hinwegzusetzen." A. A. Quaritsch (Anm. 118) S. 129 Anm. 29, der jedoch über den Wortlaut der Norm hinweggeht.

[131]) Zutreffend Albrecht (Anm. 29) S. 217.

[132]) Zur Bedeutung des Grundsatzes der „amicabilis compositio" vgl. Albrecht (Anm. 29) S. 284 f., 304 f.; Hollerbach (Anm. 26) S. 249—254.

[133]) Art. 19 Abs. 2. Zutreffende Deutung bei Mahrenholz (Anm. 22) S. 245 ff.

dort, wo es nicht um einen articulus stantis et cadentis ecclesiae in re publica geht, pflegt nicht selten mit Schwierigkeiten und Streit erkauft werden zu müssen.

D.

Wer sich betont den Brennpunkten des Staatskirchenrechts zuwendet, darf selbstverständlich nicht versäumen, zu dessen „crux"[134]) Stellung zu nehmen, zur — möglichen — öffentlich-rechlichen Korporationsqualität der Kirchen und anderer Religionsgemeinschaften nämlich[135]). Nun scheint sich zwar in der Interpretation des geltenden Rechts ein gewisser Konsens anzubahnen, nachdem vorgeschobene Linien zurückgenommen worden sind[136]). Aber man sieht sich gerade hier der kritischen Frage nach der Rechtfertigung und — de constitutione ferenda vel reformanda — der Frage nach einer Alternative ausgesetzt[137]).

Die schon vorhin zum Ausdruck gebrachte These ist aufzugreifen und zu verdeutlichen: die Kirchen sind faktisch und — auf Grund des ihnen zukommenden konstitutionellen Grund-Status — auch normativ öffentliche Potenzen, insofern die Verfassung sie dazu ermächtigt. Dabei soll unter „öffentlich" dasjenige verstanden sein, was betonten Bezug auf und gesteigerte Bedeutsamkeit für das überindividuelle Gesamtleben einer politischen Gemeinschaft hat[138]). „Öffentlich", so kann man sagen, sind diejenigen Kräfte, die im Prozeß der Entfaltung und Gestaltwerdung des Gemeinwesens und dabei vor allem im Prozeß

---

134) K. Hesse (Anm. 19) S. 357.

135) Genaue Darstellung des Meinungsstandes und Erörterung der Einzelprobleme bei H. Weber, Die Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts im System des Grundgesetzes (1966). Wichtig die kritischen Anstöße bei P. Mikat, Kirchliche Streitsachen vor den Verwaltungsgerichten, in: Staatsbürger und Staatsgewalt II (1963) S. 315—342.

136) So ist K. Hesse (Anm. 19) S. 358 ausdrücklich von seiner Auffassung abgerückt, daß ein notwendiger Zusammenhang zwischen Öffentlichkeitsauftrag, öffentlicher Bedeutung und öffentlicher Stellung der Kirche bestehe.

137 Zum folgenden vgl. den Versuch des Verf., Die Kirchen als Körperschaften des öffentlichen Rechts, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 1 (1967) S. 46—67.

138) Mit diesem Versuch, den Sinngehalt des Begriffes „öffentlich" material zu bestimmen, wird vornehmlich angeknüpft an R. Smend, Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für W. Jellinek (1955) S. 11 ff. Was hier mit „Öffentlichkeit" gemeint ist, liegt zwischen dem Öffentlichkeitsbegriff im normativen und im soziologischen Sinne, wie er bei H. Weber (Anm. 135) S. 63 ff. gefaßt ist.

der geistigen Auseinandersetzungen über die Lebensfragen des Volkes eine Rolle spielen, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß damit die Wirklichkeit des konkreten Gemeinwesens in seiner gesamtgesellschaftlichen Gestalt wesentlich verkürzt würde[139]). Die Kirchen sind aber nicht aus sich Institutionen des öffentlichen Rechts. Die Staat und Kirche umgreifende Einheit eines von der konkreten Verfassung unabhängigen ius publicum ist zerbrochen. „Ius publicum in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit": dieser Satz aus den Digesten[140]) gilt heute, zumal in Anbetracht des Art. 137 Abs. 1 WRV, nicht mehr. Man kann zwar den Versuch machen, der Diskussion einen allgemeinen, theoretischen Begriff des öffentlichen Rechts zugrundezulegen, und dessen Kennzeichen in seiner eine menschliche Gemeinschaft zusammenordnenden Funktion und in seiner Amtsbezogenheit[141]) sehen. Aber man abstrahiert dann von den konkreten historisch-politischen Bezügen. Danach aber ist öffentliches Recht da, wo hoheitliche Gewalt — und damit potentiell zwangsbewehrte Gewalt — ausgeübt wird, die auf die gute Ordnung des Gemeinwesens im Ganzen bezogen ist. Das wiederum umschreibt die Aufgabe des Staates, der deshalb in einem politischen Gemeinwesen um seiner Gemeinwohlverantwortung willen gemäß der Verfassung über den Bereich des öffentlichen Rechts verfügt. Die Qualifizierung als öffentlichrechtlich und die darin beschlossene Zuweisung eines öffentlichrechtlichen Status ist von der Mitwirkung des Staates abhängig; seine Verfügung ist insoweit konstitutiv, aber auch grundsätzlich reversibel. Es ist ein verliehener Status, und zwar ein spezifizierter, innerhalb von ultra-vires-Grenzen limitierter Status, kein universaler publizistischer Gesamtstatus. Vom unabdingbaren Grund-Status her erscheint er als Dreingabe. Freilich hat diese Dreingabe sinnvollen Bezug auf den Grund-Status; denn der Staat leistet abschirmend oder fördernd — in einem weiteren Sinne — Rechts- und Finanzhilfe zugunsten der Religions-Körperschaften, auf daß diese ihre eigenständige und öffentliche Freiheit optimal entfalten können[142]). Diese Hilfen (zusammen mit den anderen, aber von der Korporationsqualität unabhängigen Einzelgerechtsamen) stützen die öffentliche Präsenz der Kirchen und verschaffen ihr, wie neuerdings vor allem Ulrich

---

[139]) A. Albrecht (Anm. 29) S. 152 und passim spricht vom Rang der Kirche als öffentlich bedeutsamer „Institution der Wertbildung und Wertpropagierung".

[140]) D. 1, 1, 1, 2 (Ulpian).

[141]) Vgl. dazu insbes. A. Köttgen, Das anvertraute öffentliche Amt, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für R. Smend zum 80. Geburtstag (1962) S. 119—149.

[142]) Im einzelnen vgl. A. Hollerbach (Anm. 137) S. 58 ff.

Scheuner mehrfach betont hat, „Möglichkeiten der missionarischen Wirkung"[143]).

Zu wenigen Einzelproblemen ist Stellung zu nehmen. Was die mit der Korporationsqualität gegebene Art der juridischen Personalität anlangt, so ist es gewiß richtig, daß im Hinblick auf die von Amts- oder Dienstgedanken geprägte, institutionalisierte und weithin auch rechtlich durchnormierte Eigenstruktur der Kirchen die Robe der öffentlich-rechtlichen Körperschaft besser paßt als das bürgerliche Kleid des eingetragenen Vereins, obwohl auch die öffentlich-rechtliche Figur nur eine Hilfskonstruktion ist, welche der Eigenart der kirchlichen Rechtsgestalt nicht voll gerecht werden kann. Aber man sollte sich hüten, sich gerade hier auf Positionen zu versteifen und einen „horror privati" zu kultivieren; denn eine juridische Personalität nach allgemeinem bürgerlichen Recht würde an der vor allem mit Art. 137 Abs. 3 WRV verfassungskräftig gewährleisteten freien Eigenrechtlichkeit der Kirchen nichts ändern, und dies ist ja doch materiell das Entscheidende. Die Verfassung widerstreitet einer Gleichschaltung der Religionsgemeinschaften mit Vereinen, Verbänden und Verwaltungseinheiten in einem egalitären Eintopf sowohl auf der öffentlich-rechtlichen wie auf der privat-rechtlichen Ebene, die Religionsgemeinschaften haben allemal einen spezifischen staatskirchenrechtlichen Rechtsstand. Auch in dieser Frage sollte die in einem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat selbstverständlich anzustrebende Entideologisierung der starren Dichotomie von öffentlichem und privatem Recht ihre Früchte tragen. Jedenfalls ist entschieden dagegen Front zu machen, daß die öffentlich-rechtliche Qualität nur noch als Status-Symbol erscheint.

Unter den einzelnen Korporationsrechten steht das kirchliche Besteuerungsrecht[144]) naturgemäß obenan. Nachdem das BVerfG die Heckenschere angelegt und einige Triebe abgeschnitten hat — ob in allem zu Recht, muß hier dahingestellt bleiben[145]), sind gegen das geltende Kirchensteuer-

[143]) U. Scheuner (Anm. 30) S. 114.

[144]) Neueste Arbeiten dazu: P. Mikat, Grundfragen des Kirchensteuerrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in Nordrhein-Westfalen, in: Gedächtnisschrift Hans Peters (1967) S. 328—349; H. Marré, Zum Wesen des gegenwärtigen kirchlichen Besteuerungsrechts, ebenda S. 302—327; ders., Zur Problematik der Kirchensteuer, in: Civitas VI (1967) S. 166—181; ders., Die Kirchensteuer. Entstehung, Problematik und Reform, in: Stimmen der Zeit 180 (1967) S. 311—325; H. Paulick, Kirchensteuer und Grundgesetz in: Staat und Gesellschaft. Festgabe für G. Küchenhoff (1967) S. 155—171.

[145]) Vgl. dazu S. Grundmann, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Kirchensteuersachen und das Staatskir-

recht durchgreifende Bedenken aus dem positiven Recht nicht mehr zu erheben. Um so mehr aber gibt das Kirchensteuerrecht Anlaß, die Frage nach seiner Rechtfertigung und damit nach der Rechtfertigung von kirchlichen Privilegien im demokratischen Gemeinwesen überhaupt zu diskutieren. Dabei darf zuerst auf die recht lebhafte und erfreulich offene Debatte im innerkirchlichen Raum hingewiesen werden[146]). Sie zeigt, soweit sich nicht Stimmen für eine radikale Abschaffung des geltenden Systems erheben, jedenfalls die Bereitschaft zu kritischem Umgang damit, zumal — für den Katholizismus — das 2. Vaticanum deutlich das maßgebende Kriterium: die Verträglichkeit mit dem Heilsauftrag ins Licht gerückt hat[147]). In der Tat würde derjenige, der das geltende System ohne kritische Dauerreflexion einfach akzeptiert, einem gefährlicheren Spiritualismus huldigen als derjenige, der dafür plädiert, den Arm des Staates nicht in Anspruch zu nehmen. Im einzelnen läßt die Debatte erkennen, daß man sich darum bemüht, in der Kirchensteuer den Charakter des theologisch legitimierten Beitrags hervortreten zu lassen, die Steuergerechtigkeit zu verfeinern, für die Publizität der Kirchenhaushalte zu sorgen und die Mitverantwortung der Laien zu aktivieren.

Es wird darüber diskutiert, ob gegenüber dem geräuschlosen Staatsinkasso ein eigenverwaltetes Kirchenbeitragssystem eine größere pastorale Chance bietet. Man wird diese Chance nicht zu hoch veranschlagen dürfen; denn man muß wohl zweifeln, ob ein kirchliches Steueramt der Ort für ein fruchtbares seelsorgerliches Gespräch sein kann[148]). Unverkennbar sind auch die Gefahren etwa des amerikanischen Freiwilligkeits- und Opfersystems: eine Gemeinde, ja sogar die Verkündigung in der Gemeinde kann in zu starke Abhängigkeit von einem potenten Geldgeber geraten[149]). Erst jüngst ist darauf hingewiesen wor-

---

chenrecht, JZ 1967, S. 193—198, sowie den Bericht des Verf. (Anm. 9) S. 112 ff.

[146]) Außer den in Anm. 144 genannten Arbeiten vgl. für den katholischen Bereich H. Flatten, Fort mit der Kirchensteuer? (1964); V. Schmitt, Was macht die Kirche mit dem vielen Geld?, in: N. Greinacher — H. Th. Risse, Bilanz des deutschen Katholizismus (1966) S. 248 ff.; für den evangelischen Bereich vgl. W. Wilken, Unser Geld und die Kirche? (² 1964); W. Hammer, Zur volkskirchlichen Verantwortung im Umgang mit dem Geld. Vortrag in der Generalversammlung der Darlehensgenossenschaft der Westfälischen Inneren Mission am 24. 4. 1967 in Münster/Westf. (als Ms. gedr.).

[147]) Vgl. oben Anm. 71.

[148]) Hervorgehoben von Hanspeter Schickling, Die Steuersysteme der römisch-katholischen Kirche in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland, Diss.rer.oec. Innsbruck 1964, S. 189.

[149]) Vgl. dazu H. Marré in dem in Anm. 136 zuletzt genannten

den, daß es mit der prekären finanziellen Situation der auf Spenden der Gemeindeglieder angewiesenen Kirchen zusammenhängt, wenn diese die Frage der Rassentrennung und Bürgerrechtsbewegung „wie den heißen Brei umgehen"[150]).

Die Beurteilung aus staatlicher Sicht wird in dem Streben nach Entideologisierung sehr differenziert anzusetzen sein. So müssen etwa allgemein-gesellschaftspolitische Implikationen einer Änderung des gegenwärtigen Systems bedacht werden. Paul Mikat[151]) hat z. B. darauf abgehoben, daß bei dem bei Wegfall der staatlich eingehobenen Kirchensteuer zu erwartenden Rückgang der Steuereinnahmen die Kirchen nicht mehr in gleichem Maße wie bisher in der Lage wären, ihre karitativen und sozialen, ihre diakonischen und kulturellen Aktivitäten zu verfolgen, die ja auch dem allgemeinen bürgerschaftlichen Gemeinwohl zugute kommen. Staat und Gemeinden müßten dann stärker in diese Funktionen eintreten mit der Folge einer bloßen Verlagerung der Steuerlast und einer zunehmenden Monopolisierung des gesellschaftlichen Lebens. Das verweist zugleich auf grundsätzliche Probleme des Strukturwandels der modernen Demokratie: der Staat dieser Demokratie kann nicht die gewährten Freiheiten völlig sich selbst überlassen. Er kann sich um seiner Freiheitlichkeit willen nicht der Aufgabe entziehen, die Freiheiten auch zu stützen und sie effizient werden zu lassen. Das gilt insbesondere für den nicht auf ökonomische Macht abgestützten geistig-kulturellen Sektor. Es ist deshalb nicht nur eine Entscheidung der positiven Verfassung, sondern entbehrt nicht der auch sachlichen Rechtfertigung, wenn der Staat in der Lage ist, gerade geistige Kräfte zu fördern und darunter die

---

Aufsatz, S. 315 f. Hier die authentische Stimme eines amerikanischen Beobachters, der die Verhältnisse in der Schweiz und in den USA vergleicht: „In Switzerland, the ministers of religions appear to be much less engrossed in material activities than their counterparts in America. They have more time to be shepherds of their flocks and need devote little energy to conducting carnivals, raffles, and bingo games. One hears few ‚money sermons' from Swiss pulpits. It might also be suggested that a Swiss minister is likely to be much less inclined to trim his doctrine to satisfy the desires of a leading contributor. In general, his attempts to establish the proper rapport with his parishioners are perhaps less embarrassed, in as much as his support and that of his church does not depend upon the contributions given by those for whom he is spiritual guide": F. William O'Brien, Church and State in Switzerland: a comparative study, in: Virginia Law Review 1963, pp. 904 to 924 (920).

[150]) Vgl. den Bericht von Sabina Lietzmann, Ärger mit Pater Groppi, F. A. Z. Nr. 217 v. 19. 9. 1967.

[151]) Das Verhältnis von Kirche und Staat im Lande Nordrhein-Westfalen in Geschichte und Gegenwart (1966) S. 39.

Kirchen als „Träger eines geistigen Auftrags am Menschen"[152]) besonders zu berücksichtigen. Dem könnte nur die radikaldemokratische Konzeption absoluter Neutralität und Egalität entgegengesetzt werden, die jedoch jedenfalls dem Grundgesetz nicht zugrunde liegt. Es versteht sich indes beinahe von selbst, daß Präferenzen und Privilegien in der Demokratie ein gewisses, freilich im einzelnen schwer bestimmbares Maß nicht überschreiten dürfen. Übermaßprivilegien bedrohen Entwicklung und Lebensfähigkeit der Demokratie; sie kehren sich zuletzt gegen den Privilegierten selbst. Deshalb müssen die Kirchen für ihre Existenz im politischen Gemeinwesen das „Ethos der modernen Demokratie"[153]), müssen sie das Grundgesetz des Pluralismus ernst nehmen.

E.

Man braucht es kaum auszusprechen, daß das Thema „Staat und Kirche in der Schule" für das Gesamtverhältnis von Staat und Kirche von der allergrößten Bedeutung ist[154]). Die Schule ist und bleibt ein Gegenstand des intensivsten gemein-

---

[152]) U. Scheuner (Anm. 30) S. 115. H. Maier, Kirche-Staat-Gesellschaft (Anm. 30) S. 34 hat zutreffend beobachtet, daß „die Neigung der modernen Gesellschaft, sich in technisch perfekter Selbstbezogenheit als geschlossenes System zu etablieren", die Funktion der Kirchen als eines „pouvoir spirituel" verstärke.

[153]) Vgl. E.-W. Böckenförde, Das Ethos der modernen Demokratie und die Kirche, in: Hochland 50 (1957/58) S. 4—19.

[154]) Neueste zusammenfassende Problemerörterung bei A. Frhr. v. Campenhausen, Erziehungsauftrag und staatliche Schulträgerschaft. Die rechtliche Verantwortung für die Schule (1967) Kap. 5 bis 11. Aus der Fülle des Schrifttums bleiben daneben zu nennen: W. Geiger — A. Arndt — F. Pöggeler, Schule und Staat. Studien und Berichte der Kath. Akademie in Bayern 9 (1959); H. Peters, Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule, in: Die Grundrechte IV/1 (1960) S. 369—445; G. Dürig, Die Rechtsstellung der katholischen Privatschulen im Lande Bremen (1964); E. Fischer, Bekenntnis- oder Gemeinschaftsschule? Die Antwort des Grundgesetzes (1966); S. Grundmann, Landschulreform und Bekenntnisschule, BayVerwBl. 1966, S. 37—43; ders., Die Schule als staatskirchenrechtliches Problem in der Bundesrepublik Deutschland, in: Speculum Iuris et Ecclesiarum. Festschrift für Willibald M. Plöchl zum 60. Geburtstag (1967) S. 141—154; K. Obermayer, Gemeinschaftsschule — Auftrag des Grundgesetzes (1967); H. Rust, Gemeinschaftsschule in Bayern — christlich oder weltanschaulich neutral, BayVerwBl. 1967, S. 44—49; P. Feuchte — P. Dallinger, Christliche Schule im neutralen Staat, DÖV 1967, S. 361—374; W. Hofmann, Christliche Gemeinschaftsschulen in verfassungsrechtlicher Sicht, DVBl. 1967, S. 439 bis 442; W. Geiger, Schulreform und Recht (1967); W. Keim, Schule und Religion (1967).

samen Interesses und ein Feld der Kooperation. Die folgenden Erwägungen konzentrieren sich auf das Problem der religiös-konfessionellen Gestaltung des Volksschulwesens; sie stellen die mit dem Religionsunterricht[155]), der Konfessionalität der Lehrerbildung[156]) und den konkordatären Abreden[157]) zusammenhängenden Fragen hintan. Dabei wird nicht verkannt, daß die Verfassungen, wenn überhaupt, es als ein Recht der Eltern, nicht der Kirchen ansehen, auf die konfessionelle Gestaltung der Schule Einfluß zu nehmen: es handelt sich um „Elternrecht", nicht um „Kirchenrecht". Gleichwohl muß man dafürhalten, daß die Verfassung auch den Kirchen als Institutionen ein schutzwürdiges Interesse an der Konfessionalität oder Christlichkeit der Erziehung in der Schule zubilligt; denn die Sorge für die — von der religiösen nicht zu trennende — geistig-sittliche Erziehung der Kirchenglieder gehört zum kirchlichen Auftrag, ist ein Stück Religionsfreiheit und hat insofern in Art. 4 eine Legitimationsbasis[158]). Dieses Interesse hat vielfach in Verträgen seinen Niederschlag gefunden[159]), auch in solchen mit den Evangelischen Kirchen, wobei hier sogar eine gewisse „Eskalation" zu beobachten ist[160]). Jedenfalls soweit dies der Fall ist, muß man — etwa im Sinne staatlicher Normierungen — ein rechtlich

---

155) R. Schmoeckel, Der Religionsunterricht (1964); A. Frhr. v. Campenhausen, Zum Verständnis des evangelischen Religionsunterrichts, ZevKR 13 (1967) S. 32—52. Vgl. auch P. Feuchte, Wer entscheidet über die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht? DÖV 1965, S. 661—666.

156) W. Weber, Die Konfessionalität der Lehrerbildung in rechtlicher Betrachtung (1965).

157) Vgl. die oben Anm. 97 zur Konkordatsproblematik genannten Arbeiten.

158) Dies setzt freilich voraus, daß man sich bei der Deutung des Art. 4 von der Blickverengung auf das Individuelle und Kultische freimacht (vgl. dazu oben bei Anm. 20). Zur Relevanz des Grundrechts der Religionsfreiheit für die Ordnung des Schulrechts vgl. U. Scheuner (Anm. 18) S. 591 f. und E.-W. Böckenförde, Religionsfreiheit und öffentliches Schulgebet, DÖV 1966, S. 30—38. Zu betonen bleibt allerdings, daß Art. 4 keine konkrete positive „actio" gibt, wohl aber eine Direktive entfaltet, die bei der Gestaltung der Schulordnung im Ausgleich der verschiedenen Gestaltungselemente Beachtung erheischt.

159) Exemplarisch zuletzt Art. 6, 19 Abs. 2 NK.

160) Vgl. Art. 5 NKV, Art. 6 SHKV, Art. 15 HKV, Art. 19 RPKV und jetzt Art. 4 Erg.Vertrag z. NKV, wonach sich das Land und die Kirchen verpflichten, in Schulangelegenheiten weiter nach den Grundsätzen zusammenzuarbeiten, „über die seit Neuordnung des niedersächsischen Schulwesens zwischen ihnen Übereinstimmung besteht". Vgl. dazu eingehend E. G. Mahrenholz (Anm. 22) S. 247 ff., der übrigens schon für den Loccumer Vertrag daran erinnert, daß ein Dissens über die Schulfrage einen Vertrag dieses Charakters verhindert hätte (S. 239).

geschütztes Interesse bejahen[161]). Demgemäß hat auch die Privatschulfreiheit der Kirchen nicht nur in Art. 7 ihren Ort, sondern ist materiell in Art. 4 mitbegründet.

Es stellen sich jedoch Zweifel ein, ob es sich angesichts der grundstürzenden Veränderungen im Bildungswesen überhaupt noch verlohnt, dieses Thema zu verhandeln. Wird nicht über kurz oder lang das Verhältnis Staat — Kirche von diesem Problem entlastet sein? Laufen nicht die gegenwärtig wirksamen Tendenzen, die vornehmlich auf eine entschiedene Zurückdrängung, wenn nicht Beseitigung der öffentlichen Bekenntnisschule zielen, auf eine gründliche Bereinigung des Terrains und auch auf einen Abbau des föderalistischen Gefälles hinaus? Schon wird aus der in der Tat zutreffenden Einsicht, daß eine schöpferische Lösung des Problems gefunden werden muß, ein „Bild künftiger Schulordnung in Deutschland" entworfen. Konrad Müller[162]) hat die Umrisse dieses Bildes so gezeichnet: auf der einen Seite steht eine auf ein Höchstmaß an Leistungsfähigkeit ausgerichtete „einheitliche öffentliche Schule", die noch „beträchtliche Chancen" bieten soll, in ihr „christlichen Geist" wirksam werden zu lassen; auf der anderen Seite „eine freie Schule, in der die Kirche unangefochten konfessionell erziehen kann". Dieses Bild künftiger Schulordnung scheint nicht zuletzt deshalb durchaus realistisch zu sein, weil es im Grunde der recht verstandenen katholischen Schultheorie entspricht, sofern die Bildung und Unterhaltung freier Schulen durch eine großzügige Regelung der Genehmigungserfordernisse und finanzieller Hilfen durch den Staat eine reelle Chance hat. Die Erklärungen des 2. Vatikanums hierzu[163]) werden richtig interpretiert, wenn gesagt wird: „Dem Konzil schwebt die vom Staat freie, aber mit

---

[161]) Bedenklich deshalb der Beschluß des VGH Baden-Württemberg vom 14. 2. 1967 zur Antragsbefugnis von Diözesen im Normenkontrollverfahren (DÖV 1967, S. 309 = DVBl. 1967, S. 459), soweit hier kurzerhand ein rechtlich geschütztes Interesse verneint wird. Das ideelle Interesse an der Beibehaltung oder Neuerrichtung von Bekenntnisschulen ist rechtlich anerkannt und geschützt durch die entsprechenden Vertragsnormen; der Schutz liegt (zumindest) in der Beschränkung des rechtlichen Dürfens auf der Seite des Staates. Soweit Rechte um der Eltern bzw. Erziehungsberechtigten willen gewährleistet sind, ist zu beachten, daß es hierbei nicht nur um die Eltern als Individualpersonen geht, sondern auch als Glieder der Katholischen Kirche, als Angehörige des Religionsverbandes. Der notwendige Zusammenhang zwischen individuellem und korporativem Interesse bzw. Recht wird vom VGH nicht gesehen.

[162]) K. Müller, Schulpolitik im Wandel. Vortrag auf dem XII. Evangelisch-Katholischen Publizistentreffen in Königstein (Ts.), in: Der Katholische Gedanke 23 (1967) S. 1—11; Teilabdruck in F. A. Z. Nr. 139 v. 20. 6. 1967, S. 13.

[163]) Erklärung über die christliche Erziehung, Nr. 9.

öffentlichen Mitteln dotierte katholische Schule als Idealform vor, nicht zuletzt deswegen, weil sie dem Pluralismus der heutigen Gesellschaft und der weltanschaulich neutralen Struktur des modernen Staates am besten entspricht"[164]).

Aber noch stoßen sich die Dinge in der Wirklichkeit des Schulrechts hart im Raum, und sie stoßen sich härter als vordem, da das Problemfeld insgesamt komplexer geworden ist und da die maßgebenden rechtlichen Grundnormen im Hinblick auf die Freiheitlichkeit der Verfassungsordnung des Grundgesetzes differenzierter gesehen werden. Eben deshalb ist aber auch das Bild künftiger Schulordnung nicht ohne Probleme. Wenn die künftige Einheitsschule zumindest der Potenz nach eine christliche Gemeinschaftsschule soll sein können, so muß die Frage nach der Vereinbarkeit einer solchen Schule mit dem Grundgesetz aufgeworfen werden. Umgekehrt aber ist die Frage keineswegs ad acta gelegt, ob nicht der Staat in Anbetracht der Gewissens- und Glaubensfreiheit der Eltern bzw. ihrer Kinder gehalten ist, die Möglichkeit zur Errichtung von Bekenntnisschulen als öffentlicher Schulen zu lassen.

Wenn hierzu Stellung genommen werden soll, so wird bejahend vorausgesetzt die Grundsatzentscheidung für das offene Staatsschulsystem, gegen die „Versäulung" also[165]). Diese Entscheidung kann in einem freiheitlichen Gemeinwesen solange bejaht werden, als an dem Grundsatz festgehalten wird, daß Neutralität des Staates nicht auch notwendig Neutralität des Schulwesens bedeutet. Zum anderen aber hängt die grundsätzliche Bejahung des geltenden Systems mit der Überzeugung zusammen, daß der Staat — nach einem von Axel von Campenhausen treffend in diesem Zusammenhang gebrauchten Wort[166]) — nicht nur „Zahlvater" ist, sondern daß seine Aufgabe sozialer Integration schon in der Schule beginnt und daß er einen eigenständigen Erziehungs- und Bildungsauftrag hat. Dieser zielt auf den informierten, zu Selbst- und Sozialverantwortung im Rahmen der demokratischen, rechts- und sozialstaatlichen Ordnung fähigen und bereiten Bürger, der die Normen der „einfachen Sittlichkeit" akzeptiert. Aber diese Formel bezeichnet zugleich die Grenzen des staatlichen Bildungsauftrags. Der Staat kann sich für seinen Bildungsauftrag nur auf die Verfassung berufen;

---

164) W. Seibel, „Bildung" und „Kultur" in den Konzilsdokumenten, in: Christliche Erziehung nach dem Konzil (1967) S. 31. Vgl. auch H. Hermans, Der Streit um die Konfessionsschule, in: Stimmen der Zeit 179 (1967) S. 178—193; ders., Die Zukunft der katholischen Schule in Deutschland, ebenda, S. 241—250. Eindringlich dazu auch E.-W. Böckenförde (Anm. 97) S. 136 ff.

165) Vgl. v. Campenhausen (Anm. 154) S. 212 ff.

166) AaO. S. 224.

diese aber ist ein Rechtsinstrument und kein Erziehungsprogramm — oder doch jedenfalls nur partiell. Dabei intendiert die Verfassung, die eher ein Freiheits- denn ein Wertsystem[167]) ist, gerade die Freiheit und Offenheit des geistig-sittlichen Lebensprozesses und damit auch des Erziehungs- und Bildungsprozesses[168]). Dem Staat ist es deshalb verwehrt, diesen Prozeß auf die Maße seiner Rechtsordnung festzulegen[169]), die zwar hohe Rechtsgüter anerkennt und schützt, die aber gerade um der Freiheit willen grundsätzlich dem Prinzip des ethischen Minimums folgt. Eine solche Fixierung stellte nicht nur eine pädagogische Unmöglichkeit dar, sondern beschwörte zugleich Gefahren für den freiheitlichen Kulturstaat herauf, die Gefahr vor allem, daß im Gewande der Neutralität die Offenheit der Freiheitsordnung in ein geschlossenes Weltanschauungssystem umgefälscht wird. Im übrigen bedarf es zu Erziehung und Bildung aus der Sache heraus mehr als des „ethischen Standards des Grundgesetzes", den Klaus Obermayer als das maßgebende Kriterium herausgestellt hat; bedarf es auch mehr als des „Allgemeinen" im Sinne von Herbert Krüger[170]).

Dem hat denn auch das Grundgesetz Rechnung getragen. Es anerkennt, den Ländern Gestaltungsfreiheit lassend, als Möglichkeiten verschiedene Formen der öffentlichen Volksschule, und es anerkennt, daß die inhaltliche und organisatorische Gestaltung des Erziehungswesens nicht nur von Art. 7 entschieden wird, sondern daß auch die Art. 3, 4, 6 und 33 sowie der Sozialstaatsauftrag Determinationsfaktoren sind. Diese Normen sind miteinander zum Ausgleich zu bringen; jede von ihnen entfaltet ihre Wirkung als Direktive, die auf eine tunlichste Berücksichtigung ihres materiellen Gehalts zielt.

Unter staatskirchenrechtlichem Aspekt kommt naturgemäß Art. 4 besondere Bedeutung zu, und es ist ohne Zögern einem verfeinerten Verständnis dieser Grundnorm zu folgen[171]), wonach damit auch ein möglichst freier Prozeß der Gewissens-, Glaubens- und Weltanschauungs b i l d u n g gewährleistet sein soll. Dieses Verständnis kann aber nicht nur auf eine negativ abwehrende Funktion festgemacht werden, sondern es muß auch

---

[167]) Treffend B. C o r d e s , JZ 1964, S. 720.

[168]) Beachtlich hierzu E k k e h a r d S t e i n , Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule (1967).

[169]) Dies ist aber der leitende Gedanke in der Analyse von K. O b e r m a y e r (Anm. 154).

[170]) Vgl. seine „Thesen zum Niedersächsischen Konkordat", in: Die niedersächsische Schule vor und nach dem Konkordat (1965) S. 108—111.

[171]) Vgl. die sorgsam abwägenden Erläuterungen zu Art. 4 von R. Z i p p e l i u s im Bonner Kommentar (Zweitbearbeitung 1966).

die positive Forderung einschließen. In der Tat steckt in der Forderung nach Konfessions-, nach christlichen Gemeinschafts- oder Weltanschauungsschulen ein durch Art. 4 legitimierter Freiheitsanspruch[172]). Unter diesem Blickwinkel sollten deshalb auch künftig öffentliche Bekenntnisschulen nicht ausgeschlossen werden, ja ihm würde als Laboratoriumslösung am ehesten ein Wahlsystem nach Art des bisherigen nordrhein-westfälischen Schulrechts entsprechen[173]). Freilich ist die Norm des Art. 4 nicht so stark, daß sie die den Ländern nach der herkömmlichen Struktur des deutschen Schulwesens eingeräumte Möglichkeit, die Gemeinschaftsschule zur Regel- bzw. Einheitsschule zu machen und die Bekenntnisschule auf den Weg der Antrags- bzw. Privatschule zu verweisen, aus dem Felde schlagen könnte[174]).

Aber in Anbetracht der konfessionellen Gemengelage und der bildungspolitischen bzw. schulorganisatorischen Notwendigkeiten ist der springende Punkt des Problems die vielfach gegebene faktische Zwangslage für bekenntnisfremde Minderheiten, eine Bekenntnisschule des anderen Bekenntnisses besuchen zu müssen[175]). Die Katholische Kirche hat hier in der Doktrin eine klare Position bezogen und auf dem Konzil den allgemeingültigen Satz formuliert: Die Rechte der Eltern werden verletzt, „wenn die Kinder gezwungen werden, einen Schulunterricht zu besuchen, der der religiösen Überzeugung der Eltern nicht entspricht"[176]). Im staatlichen Rechtsbereich steht man insoweit in einem Prozeß der Fortbildung und Präzisierung der Rechtsüberzeugung: sein Ziel ist offenkundig die absolute Geltung des Art. 4 in der Weise, daß die Existenz auch nur eines bekenntnisfremden Schülers die Institution der Bekenntnisschule aus den Angeln hebt; danach dürfte es also öffentliche Bekenntnisschule nur noch als minderheitenfreie Schule geben. Das ist eine Rechtsüberzeugung, die dem geltenden Recht noch nicht zugrundeliegt[177]). Es geht noch davon aus, daß sich der Grundsatz der schulischen Gewissensbildungsfreiheit eine Einschränkung gefallen lassen muß, sofern eben auch die Institution der

---

172) K. Müller (Anm. 162); vgl. auch die Arbeiten von W. Geiger (Anm. 154), wo die Relevanz der Glaubens- und Gewissensfreiheit für die Gestaltung des öffentlichen Schulwesens nachdrücklich betont wird, wenn auch ein unmittelbarer Rechtsanspruch aus Art. 4 GG nicht hergeleitet werden kann (Schule und Staat, S. 41 ff.).

173) Art. 12 NRWVerf.

174) Vgl. dazu E.-W. Böckenförde (Anm. 158) S. 37 f.

175) Es gibt kaum noch jemand, der sich nicht an der apodiktischen Feststellung des BVerfG (BVerfGE 6, 309 [339 f.]) stieße, darin könne eine Beeinträchtigung der Gewissensfreiheit nicht erblickt werden.

176) Erklärung über die Religionsfreiheit, Nr. 5.

177) Anderer Meinung jedoch K. Obermayer (Anm. 154) S. 28.

Bekenntnisschule verfassungsrechtlich zulässig oder gewährleistet ist, und dies jedenfalls insoweit als es sich um kleine Minderheiten handelt[178]). Das geltende Schulrecht nimmt aber durchaus die Einsicht ernst, daß das Maß der Spannung zwischen grundrechtlicher Freiheit und institutioneller Gewährleistung eine bestimmte „Opfergrenze" nicht überschreiten darf. Es versucht deshalb durch das Institut des Minderheitenlehrers einen Ausgleich zu schaffen; dieses ist übrigens in Bayern mit ausdrücklicher Billigung der Kirchen eingeführt bzw. gesetzlich sanktioniert worden[179]). Aber man kann sich mit dem Baye-

---

[178]) Vgl. etwa Art. 29 Rheinland-Pfälzische Verfassung in der Fassung des Landesgesetzes v. 10. 5. 1967 (GVBl. 137).

[179]) Wie sich aus der mir vom Bayerischen Staatsministerium für Unterricht und Kultus zugänglich gemachten Niederschrift ergibt, hat Staatsminister Dr. Huber in der 107. Sitzung des Ausschusses für kulturpolitische Fragen des Bayerischen Landtages am 7. 7. 1966 mitgeteilt, daß mit den Kirchen ein Einvernehmen erzielt worden sei. Nach einem am 22. 6. 1966 geführten Gespräch mit dem Evangelischen Landesbischof wurde in einer gemeinsamen Verlautbarung festgehalten: „Übereinstimmung wurde auch über den Text des Artikels 8 Abs. 4 des Gesetzentwurfs, der die Verwendung von Lehrern eines Bekenntnisses an Bekenntnisschulen des anderen Bekenntnisses vorsieht, erzielt." Diese Verlautbarung hat am 24. 6. 1966 die Billigung des Landessynodalausschusses gefunden. Für die Katholische Kirche wurde ein Schreiben des Apostolischen Nuntius bekanntgegeben, das sich sowohl auf die „Zwergschulgarantie" als auch auf das Institut des Minderheitenlehrers bezieht, und das folgenden Wortlaut hat:

„Der unterzeichnete Apostolische Nuntius beehrt sich, unter Bezugnahme auf die über die geplante Reform des Volksschulwesens mit der Regierung des Freistaates Bayern stattgefundenen Gespräche im Zusammenhang mit Artikel 5 Absatz 1 und Artikel 6 des Bayerischen Konkordats im Namen des Staatssekretärs Seiner Heiligkeit folgende Erklärung abzugeben:

In Anbetracht der Entwicklung der Landschulreform besteht der Heilige Stuhl in der Anwendung des Artikels 6 des Bayerischen Konkordats nicht auf dem in Parenthese eingeführten Satz: „selbst in der Form einer ungeteilten Schule" unter der Voraussetzung, daß bei der Zusammenlegung kleiner Schulen der konfessionelle Charakter dieser Schulen tunlichst erhalten bleibt.

Dem Heiligen Stuhl ist bekannt, daß in katholischen Bekenntnisschulen auch nichtkatholische Schüler Aufnahme finden, wenn ihnen sonst keine andere oder keine zumutbare Beschulung zur Verfügung steht. Diese Schüler müssen nach den Bestimmungen des Landes in diesen Schulen den ihrem Bekenntnis gemäßen Religionsunterricht erhalten.

Infolgedessen betrachtet es der Heilige Stuhl als angemessen, daß diesen Schulen bei Erreichung einer bestimmten Schülerzahl des Minderheitsbekenntnisses ein Lehrer dieses Bekenntnisses für die Erteilung des Religionsunterrichtes zugewiesen wird, der zur Erfüllung seines restlichen Pflichtstundenmaßes auch mit dem Unterricht in anderen Fächern betraut werden kann. Dabei wird vorausgesetzt,

rischen Verfassungsgerichtshof schwerlich der Konsequenz entziehen, daß die Bekenntnisschule mit Minderheitenlehrer in Wahrheit eine (christliche) Gemeinschaftsschule ist[180]).

Aber die Frage nach der rechten Ausgleichs-Schule ist ganz grundsätzlich gestellt, wenn es richtig ist, daß — aufs Ganze gesehen — die Steigerung der Leistungsfähigkeit des öffentlichen Schulwesens, zumindest in der Stufe der Hauptschule, von der Bevorzugung der Gemeinschaftsschule als Regel- oder Einheitsschule abhängt, und wenn es sich immer mehr erweist, daß — vor allem nach der Seite der Lehrer hin — der säkulare Staat mit der Gewährleistung materieller Konfessionalität überfordert ist[181]).

Die Gestalt dieser Ausgleichsschule muß vom Landesgesetzgeber bestimmt werden, dem eine gewisse Gestaltungsfreiheit zukommt. Vom Grundgesetz her läßt sich dafür wohl nur soviel ausmachen, daß es durchaus zulässig ist, „auf die Zugehörigkeit des größten Teils der Schüler und Lehrer zum christlichen Glauben" — wie sich der Schleswig-Holsteinische Kirchenvertrag ausdrückt[182]) — Rücksicht zu nehmen und daß der Grundintention der Verfassung am ehesten ein Kompromiß entspricht, das sich nicht an dem niedrigsten gemeinsamen Nenner orientiert, sondern das ein Optimum positiver Freiheit ermöglicht, bei selbstverständlich vorausgesetzter absoluter Geltung des Toleranzgebots.

Unter diesem Aspekt ist das von Klaus Obermayer entwickelte Modell einer bekenntnisneutralen pluralistischen Kompromißschule nach dem ethischen Standard des Grundgesetzes nicht geeignet, den rechten Ausgleich zu schaffen. Es ist offenkundig ganz vom Gedanken des Schutzes der kleinen bekenntnislosen Minderheit her bestimmt; Art. 4 wird vornehmlich in seiner

---

daß das gleiche für katholische Kinder in evangelischen Bekenntnisschulen gilt."

In Anwendung der Freundschaftsklausel wurde damit über die Auslegung und Handhabung von Konkordatsbestimmungen, die nach ihrem klaren Wortlaut der geplanten gesetzlichen Regelung entgegenstanden, ein förmliches Einvernehmen erzielt. Vgl. dazu auch H. Hermans, Die Zukunft der katholischen Schule in Deutschland (Anm. 164) S. 247, ferner E.-W. Böckenförde (Anm. 97) S. 115.

[180]) BayVerfGH, Entsch. v. 20. 3. 1967, DÖV 1967, S. 306 (308).

[181]) Das wird etwa belegt durch die Schwierigkeiten, vor die sich die Gerichte bei der Entscheidung schulbeamtenrechtlicher Streitigkeiten gestellt sehen: vgl. BVerwGE 17, 267 und 19, 252 und dazu O. Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts II (1967) Nr. 85, 91, 97, 98, 129 mit weiteren Hinweisen.

[182]) Art. 6 Abs. 1 SHKV.

negativen Stoßrichtung entfaltet. Nun darf gewiß nicht verschleiert werden, daß diese Minderheit in ihrem Interesse, „frei" erzogen zu werden, beeinträchtigt wird. Aber das Grundgesetz fordert nicht die rigoristische Außerachtlassung des Wunsches der großen Mehrheit der Bevölkerung nach christlicher Erziehung bzw. deren Verweisung auf den Weg der Privatschule[183]). Zugespitzt ausgedrückt: das Grundgesetz fordert den durch effektive Befolgung des Toleranzgebots zu bewirkenden Schutz, nicht aber das zu Minimalismus und Nivellierung führende Diktat der Minderheit.

Demgegenüber ist aus der Sicht des Grundgesetzes gegen eine materielle oder formelle christliche Gemeinschaftsschule grundsätzlich nichts einzuwenden. Dabei darf aber nun hier nicht verschleiert werden, daß die Bevorzugung der Gemeinschaftsschule, und sei sie noch so christlich, eine Beeinträchtigung des gemäß Art. 4 legitimierten Interesses der Anhänger der Bekenntnisschule bedeutet. Man versucht zwar vielfach, dies durch das Denkmodell des „plus-minus" zu verdrängen. Aber bei Licht besehen ist die Gemeinschaftsschule der Sache nach eben doch ein aliud[184]), weil die konfessionsspezifische Erziehung und Bildung nicht erst jenseits eines gemeinsamen und substantiellen „Allgemeinen" bei der Pflege von „Sondergut" ansetzt, sondern von vornherein, bei aller Offenheit, das Ganze schon in der Verschiedenartigkeit des Ansatzes ergreift[185]), so wenig andererseits die Möglichkeit einer christlichen Erziehung nach Grundsätzen, die beiden Konfessionen gemeinsam sind, damit in Abrede gestellt wird[186]). Für die rechtliche Wertung allerdings, unter der Notwendigkeit, einen fairen Ausgleich zu schaffen, darf der herkömmlichen Beurteilung des deutschen Schulrechts gefolgt werden, daß es sich insoweit nur um einen graduellen Unterschied handelt und daß — unter dem Blickpunkt des Art. 4 — die Gemeinschaftsschule als Regel- oder Einheitsschule zumutbar ist[187]).

Wenn man jedoch auch die Notwendigkeit des Schutzes der konfessionslosen Minderheit unter Schülern und Lehrern im Ausgleichskalkül noch entschiedener berücksichtigt, wird am

---

[183]) Vgl. auch R. Zippelius (Anm. 171) Rd. Nr. 27 zu Art. 4.

[184]) Vgl. vor allem H. Peters (Anm. 154) S. 409.

[185]) In dieser Hinsicht eindrucksvoll das von G. Schimansky, Evang. Staatslexikon (1966) Sp. 139—141, gezeichnete Bild einer evangelischen Bekenntnisschule.

[186]) Vgl. jetzt die von den Kirchen in Bayern erarbeiteten „Leitsätze für den Unterricht und die Erziehung nach gemeinsamen Grundsätzen der christlichen Bekenntnisse": Herder-Korrespondenz 22 (1968) S. 52.

[187]) Vgl. Böckenförde (Anm. 158) S. 37 f.

Ende — etwa im Verhältnis zur Simultanschule badischer Prägung[188]) — dem niedersächsischen Modell einer christlichen Gemeinschaftsschule die Palme gebühren[189]). Es hat eine verfeinerte Form des Ausgleichs gefunden und gibt im Grunde nur einen „Freiheitsrahmen"[190]). Von den Kirchen einerseits bereitwillig, andererseits zögernd akzeptiert, könnte sich dieses ausgewogene, wenngleich gewiß schwierig zu handhabende Modell einer Regel- oder Einheitsschule als besonders zukunftsträchtig erweisen.

G.

Obwohl der Mitbericht nicht das Ganze der mit dem Thema aufgegebenen Problematik erörtert hat, liegt doch auch für ihn nahe zu fragen, ob zum Schluß für die Ordnung des geltenden Staatskirchenrechts eine zusammenfassende Charakterisierung von kennzeichnender Kraft gefunden werden kann.

Das Ziel und die Aufgabe dieser Ordnung, verwirklicht in Verfassung, Vertrag und Gesetz, ist mit jener formelhaften Wendung hinreichend bestimmbar, die Konrad Hesse geprägt hat und in deren Zeichen man sich ohne Zögern begegnen sollte: freie Kirche im demokratischen Gemeinwesen[191]). Man hätte allenfalls zur Verdeutlichung und zur Vermeidung von Mißverständnissen hinzuzufügen, daß die Formel im Auge hat die freie Kirche als öffentliche Potenz im demokratischen Gemeinwesen. Sie kennzeichnet am ehesten aber auch die Epoche des Staatskirchenrechts, in der wir leben. Rudolf Smend[192]) hat bekanntlich den Versuch gemacht, mit den Stichworten „Problemlosigkeit", „mißtrauische Distanzierung" bzw. „innere Fremdheit", „neue Nähe" die maßgebenden Wachstumsperioden und Stufen der Entwicklung des Staat-Kirche-Verhältnisses zu

---

188) Vgl. dazu E. Föhr, Die christliche Simultanschule im überlieferten badischen Sinn und das Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhle und dem Freistaate Baden vom Jahre 1932 (o. J. [1967]).

189) K. Müller, Das niedersächsische Modell der „christlichen Gemeinschaftsschule", in: Die Neue Gesellschaft 1966, S. 339—355.

190) K. Müller, aaO. S. 354.

191) Vgl. Anm. 19. Die scharfe Kritik von S. Grundmann, Laizistische Tendenzen im deutschen Staatskirchenrecht, in: Kirche und Staat. Festschrift für H. Kunst (1967) S. 126—133, richtet sich gegen den falschen Adressaten. Vgl. demgegenüber das interessante Plädoyer für ein „Umdenken und Neudenken" der vielfach noch perhorreszierten Cavourschen Formel bei H. Drimmel, Freie Kirche im freien Staat, in: Speculum Iuris et Ecclesiarum. Festschrift für W. M. Plöchl zum 60. Geburtstag (1967) S. 55—66.

192) Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, ZevKR 1 (1951) S. 4—14 = Staatsrechtl. Abh. (1955) S. 411—422 = Quaritsch — Weber (Anm. 1) S. 34—43.

charakterisieren. Nun gehört aber das dialektische Wechselspiel zwischen Nähe und Distanz zu der sich durchhaltenden Eigenart dieses immerzu spannungsreichen Verhältnisses[193]). Man wird deshalb zur Kennzeichnung des „Neuen" einer Formulierung den Vorzug geben, welche die Grundintention der geltenden Ordnung genauer und dazu in Entsprechung zu den allgemeinen Tendenzen in der demokratisch-verfassungsstaatlichen Welt zum Ausdruck bringt. Es fragt sich aber, ob es im Stile jener Kennzeichnungen, von denen die Stutz'schen sich als die einprägsamsten erwiesen haben[194]), eine Formel gibt, welche — mit Akzent auf der Rechtsgestalt — die gegenwärtige Ordnung angemessen und bündig umschreibt. Die alten sind allesamt unzulänglich[195]). In der Diskussion ist indes ein neuer Begriff aufgetaucht; Inge Gampl hat ihn aufgrund einer Analyse des österreichischen Staatskirchenrechts eingebracht, nämlich den Begriff „System paritätischer Konkordanz" oder einfach „Konkordanzsystem"[196]). Diese Bezeichnung ist kanonistisch inspiriert, insofern als an Gratians Begriff der „concordantia[197]) discordantium canonum" angeknüpft und eben das Zum-Ausgleich-Bringen verschiedenartiger Elemente zum Ausdruck gebracht wird, hier also vornehmlich Elemente der Staatskirchenhoheit, des Trennungs- und des Koordinationssystems. Darüber hinaus aber sieht Frau Gampl darin ausgedrückt die „Grundmaxime" staatlichen Vorgehens in Kirchensachen, nämlich „die

[193]) Bedenken gegen die Smendsche Rubrizierung auch bei M. Heckel (Anm. 16) S. 2. Hinter die Behauptung von der „neuen Nähe" sind zunehmend Fragezeichen gesetzt worden: vgl. die eindringliche Analyse von H. Maier, Staat und Kirche in Deutschland. Von der Fremdheit zur „Neuen Nähe"?, in: Das Verhältnis von Kirche und Staat (1965) S. 103—126 (Studien u. Berichte der Kath. Akademie in Bayern, 30).

[194]) System „hinkender Trennung": Das Studium des Kirchenrechts an den deutschen Universitäten, in: Deutsche Akademische Rundschau 6 (1924) Nr. 5, S. 2; Die päpstliche Diplomatie unter Leo XIII. (1926) S. 54 Anm. 1; System der „vertragsgesicherten autonomen Trennungskirchen": Konkordat und Codex, Sonderausg. Sitzungsber. Preuß. Ak. d. Wiss. (1930) S. 14. E. R. Huber hat die Weimarer Ordnung als „System der vertragsgesicherten Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts" qualifiziert (Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches [1939] S. 493).

[195]) Vgl. Hesse (Anm. 3) S. 81 f., auch zur Problematik einer zusammenfassenden Charakterisierung überhaupt.

[196]) I. Gampl, Österreichisches Staatskirchenrecht der Gegenwart. Gedanken zum Protestantengesetz 1961, ÖZÖR XIV (1964) S. 267—281; dies., Die Rechtsstellung der Kirchen und ihrer Einrichtungen nach österreichischem Recht (1965) S. 66 f.

[197]) Im ursprünglichen Titel lautet das Eingangswort allerdings „concordia", nicht „concordantia": vgl. W. M. Plöchl, Geschichte des Kirchenrechts II (²1962) S. 470; H. E. Feine, Kirchliche Rechtsgeschichte. Die Katholische Kirche (⁴1964) S. 277.

Herbeiführung des möglichsten Einverständnisses mit den Kirchen"[198]). Man kann diesem Begriff, den man verdeutscht wohl am ehesten mit „System schiedlich-friedlichen Ausgleichs" wiedergeben würde, seine Sympathie nicht versagen, vorausgesetzt, daß man ihn weder mit „Konkordatssystem" gleichsetzt noch unter Konkordanz „eitel Harmonie" eines Bündnisses versteht; entscheidend wäre vielmehr abzuheben auf die Aufgabe immer wieder neuer Ausgleichung verschiedener Tendenzen und Strukturelemente. Seine Tauglichkeit für das Spezifische des Staatskirchenrechts wird indes dadurch entscheidend relativiert, daß der Begriff der praktischen Konkordanz — und dies just unter Rückgriff auf Gratian — aufgrund eines vor allem von Richard Bäumlin[199]) ausgegangenen Neu-Anstoßes in der Verfassungsrechtslehre Boden gewinnt als allgemeiner Leitgesichtspunkt für das rechte Verständnis einer Verfassung als eines vielschichtigen und spannungsreichen Sinngefüges überhaupt[200]). In Anbetracht dessen muß man sich zuguterletzt wohl doch wieder bescheiden und seine Zuflucht bei einer langatmigeren Umschreibung suchen. Sie sei — ad experimentum — so formuliert: das staatskirchenrechtliche System des Grundgesetzes ist ein den Vertrag als Gestaltungsmittel bervorzugendes System sachlich begrenzter Kooperation; in ihm genießen die Religionsgemeinschaften, unterstützt durch Rechts- und Finanzhilfen des Staates, auf dem Grund substantieller Scheidung von staatlicher und kirchlicher Gewalt, in gestufter Parität[201]) eigenständige und öffentliche Freiheit. Dieses Ausgleichs-System aber steht im Rahmen des größeren der Gesamt-Verfassung. In ihr müssen religiöse Bürgerfreiheit, paritätische Kirchenfreiheit und Neutralität des Staates für die Ordnung des demokratischen Gemeinwesens immer wieder neu zum Ausgleich gebracht werden.

---

198) Österreichisches Staatskirchenrecht (Anm. 196) S. 281.
199) R. Bäumlin, Staat, Recht und Geschichte (1961) S. 27 f.
200) Vgl. K. Hesse (Anm. 7) S. 28 f.
201) Vgl. zu diesem hier nicht näher behandelten Problem die Stellungnahme des Verf. in JZ 1966, S. 271.

Leitsätze des Mitberichterstatters über:

Die Kirchen unter dem Grundgesetz

A.

I.

1. Die Rechtsstellung der Religionsgemeinschaften im Gemeinwesen der Bundesrepublik Deutschland wird grundlegend bestimmt durch die Verfassung.

2. Die Freiheitsordnung des vom Grundgesetz konstituierten, auch nach innen offenen Gemeinwesens hat ihren Angelpunkt in der Verfassungshoheit. Nach Maßgabe der nicht „allumfassenden", aber grundsätzlich allbezüglichen Verfassung nehmen staatliche Organe Gemeinwohlverantwortung wahr, mit der Befugnis zur Letztentscheidung im Dienste der Verfassungsziele.

3. Soweit die Verfassung Bestimmungen darüber trifft, stehen auch die Religionsgemeinschaften als Lebensverbände im Gemeinwesen unter der Autorität der Verfassung.

II.

1. Die staatskirchenrechtlichen Normierungen der Verfassung bilden eine mehrschichtige strukturierte Einheit. Darin sind zusammengefügt die Gewährleistung (1) eines konstitutionellen Grund-Status, (2) einzelner Rechtspositionen, (3) des Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts sowie (4) die Anerkennung der Möglichkeit vertraglicher Rechtsbeziehungen.

2. Die Normentrias Art. 4 GG, Art. 137 Abs. 1 und Art. 137 Abs. 3 WRV bestimmt den unumstößlichen konstitutionellen Grund-Status. Hervorzuheben ist die darin beschlossene grundrechtliche Gewährleistung öffentlicher Kirchenfreiheit und Eigenständigkeit, die grundsätzlich nur ihre Grenze finden dürfen an zwingenden Erfordernissen für ein friedliches Zusammenleben in einem religiös und konfessionell neutralen Staat.

3. Gem. Art. 137 Abs. 1 WRV ist eine institutionelle Verbindung von Staat und Kirche im inneren Ver-

fassungsrechtskreis verboten, nicht dagegen funktionelle Zusammenarbeit.

4. Einzelgewährleistungen und Korporationsstatus folgen nicht sachnotwendig aus dem konstitutionellen Grund-Status, sind aber als Mittel des Schutzes und der Förderung öffentlicher Freiheit und Eigenständigkeit sachentsprechend darauf bezogen.

III.

1. Realanalytische Beobachtung trifft auf eine sehr differenzierte Situation. In der Bundesrepublik stellen die Kirchen wichtige Faktoren des sog. establishment dar, sie befinden sich aber — paradox ausgedrückt — in einer volkskirchlichen Diasporasituation.

2. Staatskirchenrechtliche Introvertiertheit muß überwunden werden. Wichtiges Ergebnis internationaler Vergleichung ist die Erkenntnis von der „Erosion" der traditionellen Modellformen (Hans Maier).

3. Für die Wirklichkeit des Staat-Kirche-Verhältnisses ist bedeutsam die Neuorientierung in der amtlichen Lehre der Katholischen Kirche. Sie anerkennt und fordert als Rechtsprinzip paritätische, aktive und öffentliche Religions- und Kirchenfreiheit im Rahmen des „ordo publicus".

B.

1. Die neuere Rechtsprechung des BGH und des BVerwG zum Rechtsschutz durch staatliche Gerichte in vermögensrechtlichen Angelegenheiten kirchlicher Amtsträger, wonach die Gerichte nur noch kraft kirchlicher Annahme eines staatlichen Angebots zuständig sind, hält einer Kritik nicht stand. Das „für alle geltende Gesetz" fordert insoweit die Aufrechterhaltung staatlicher Justizgewährung. Unzutreffend ist insbesondere die „Wesensschau" von einem vorausgesetzten Koordinationsverhältnis von Staat und Kirche.

2. Unbeschadet staatlicher Justizhoheit bei solchen Streitigkeiten können aber die Kirchen aus eigenem Recht kirchliche Rechtspflege (in Verwaltung und kirchlicher Justiz) üben. Der Anspruch eines Anwalts z. B. zur außergerichtlichen Vertretung in Rechtsangelegenheiten bei einer Behörde zugelassen zu werden, erstreckt sich grundsätzlich nicht auf diesen Bereich kirchlicher Rechtspflege. Eine andere Beurteilung verkennt insbesondere die notwendige „Wechselwir-

kung" in der Bestimmung des Verhältnisses von kirchlicher Freiheit und Schranken des für alle geltenden Gesetzes.

C.

1. Das neuere Vertragsrecht hat sich für die Fortbildung der freiheitlichen Ordnung zwischen Staat und Kirche bewährt.

2. Staat und Kirchen, die grundsätzlich gemäß der Verfassung zusammenleben, können gemeinsam eine konkrete Koordinationsrechtsordnung schaffen.

3. Es besteht prinzipiell keine aus der Verfassung ableitbare Rechtspflicht zu koordinativer Rechtsgestaltung zwischen Staat und Kirche, wohl aber entfaltet die die Eigenständigkeit der Kirchen anerkennende Verfassung eines säkularen Gemeinwesens eine Direktive in Richtung auf vertragliche Einigung. Wird diese befolgt, so sind die Partner den Gesetzlichkeiten des Vertragsrechts unterworfen.

4. Nach gemeindeutschem Recht nehmen katholische und evangelische Staatskirchenverträge den Rang von Staatsverträgen auf der Ebene der Verfassung ein.

5. Eigenart und Funktion der Staatskirchenverträge rechtfertigen die Nichtanwendung der lex-posterior-Regel im Verhältnis zum einfachen Gesetz.

6. Zu fordern ist die Fortentwicklung des vertragsrechtlichen Instrumentariums.

D.

1. Die Kirchen sind faktisch und rechtlich — kraft der ihnen im Grund-Status eingeräumten öffentlichen Freiheit — öffentliche Potenzen. Sie sind aber nicht aus sich Institutionen des öffentlichen Rechts.

2. Der Korporations-Status (vgl. auch Leitsatz A II 4) ist kein universaler publizistischer Gesamtstatus, sondern ein spezifizierter und limitierter Status, der auf staatlicher Zuerkennung beruht.

3. Die juridische Personalität der Religionsgemeinschaften ist eine spezifisch staatskirchenrechtliche.

4. In den Grenzen des Übermaßes sind überkommene kirchliche Privilegien (wie das kirchliche Besteuerungsrecht) in einem demokratischen Kulturstaat, der die Kir-

chen als „Träger eines geistigen Auftrages am Menschen" (Scheuner) anerkennt, sachlich zu rechtfertigen, wenn und soweit sie im Dienst der von der Verfassung gewährleisteten öffentlichen Freiheit und Eigenständigkeit der Kirchen stehen.

E.

1. Die Kirchen können aufgrund von Art. 4 GG ein Interesse an der Konfessionalität oder Christlichkeit der Schulerziehung geltend machen.

2. Für die Ordnung des Grundgesetzes bedeutet Neutralität des Staates nicht notwendig Neutralität des öffentlichen Schulwesens.

3. Idealiter ist von Art. 4 GG her nach wie vor die Zulassung öffentlicher Bekenntnisschulen gefordert. Die allgemeine Rechtsüberzeugung tendiert jedoch dahin, daß Bekenntnisschulen nur noch als minderheitenfreie zulässig sind.

4. Wenn in Anbetracht der konfessionellen Gemengelage sowie der bildungspolitischen und schulorganisatorischen Notwendigkeiten die Einführung einer „Ausgleichsschule" sich als unumgänglich erweist, darf nicht außer Betracht bleiben die Zugehörigkeit des größten Teils der Schüler und Lehrer zum christlichen Glauben. Das zu findende Kompromiß darf sich nicht am niedrigsten gemeinsamen Nenner orientieren, sondern muß ein Optimum an positiver Freiheit ermöglichen.

5. Die „bekenntnisneutrale pluralistische Kompromißschule nach dem ethischen Standard des Grundgesetzes" (Obermayer) schafft nicht die rechte Form des Ausgleichs.

6. Im Lichte der Grundentscheidungen des Grundgesetzes verdient eine Schule den Vorzug, die bezüglich ihrer inhaltlichen Ausprägung so offen wie nur möglich ist. Hierfür kann das niedersächsische Modell der Gemeinschaftsschule vorbildlich sein.

F.

1. Das Leitbild der staatskirchenrechtlichen Ordnung des Grundgesetzes ist die „freie Kirche im demokratischen Gemeinwesen" (Hesse), und zwar als öffentliche Potenz.

2. Zur allgemeinen Kennzeichnung der Ordnung im ganzen kann — mit Vorbehalten — der Begriff „Konkordanzsystem" (Inge Gampl) verwendet werden.

3. Als genauere Umschreibung empfiehlt sich: Die staatskirchenrechtliche Ordnung des Grundgesetzes ist ein den Vertrag als Gestaltungsmittel bevorzugendes „System" sachlich begrenzter Kooperation; in ihm genießen die Religionsgemeinschaften, unterstützt durch Rechts- und Finanzhilfen des Staates, auf dem Grund substantieller Scheidung von staatlicher und kirchlicher Gewalt in gestufter Parität öffentliche Freiheit und Eigenständigkeit.

Die Kirchen unter dem Grundgesetz

3. Aussprache und Schlußworte

Bachof (Diskussionsleiter): Die Referenten und ich sind übereingekommen, daß wir die Diskussionen nach einigen Schwerpunkten gliedern sollten.

Wir möchten zunächst die Grundsatzfragen, vor allem die im ersten Teil von Herrn Heckels Referat angeschnittenen, aber auch von Herrn Hollerbach im Anfang erörterten methodischen und historischen Fragen diskutieren. Danach sollte das Verhältnis von Art. 4 GG zu Art. 137 I und III WRV (Trennungsprinzip und Selbstbestimmung) an die Reihe kommen; im Zusammenhang damit wohl auch, am Schluß dieses Teiles, die Körperschaftsqualität und alles, was damit zusammenhängt. Zum Abschluß sollten die drei leichter abgrenzbaren Einzelkomplexe Rechtsschutz, Vertragsrecht und Schulfragen behandelt werden.

Als erstem Redner darf ich nun Herrn Smend das Wort erteilen. Verehrter Herr Smend, es freut uns ganz besonders, daß gerade Sie, der Altmeister desjenigen Faches, das im Mittelpunkt der Verhandlungen des heutigen Tages steht, die Diskussion eröffnen wollen!

Smend: Es ist merkwürdig, wie sich seit der Erörterung desselben Gegenstandes in Marburg 1954 die Fragestellung und die Probleme geändert haben, nach den Steuerurteilen des Bundesverfassungsgerichts und vor allem seit dem von einer kleineren Gruppe getragenen, aber sehr ernst zu nehmenden Angriff auf die herkömmliche und bisher herrschende Auffassung. Dieser Angriff beansprucht, vom allein wissenschaftlichen Standpunkt aus geführt zu werden, der uns anderen also bestritten wird — in der Weise des alten Methodenstreits. Davon abgesehen sucht er den entscheidenden Rechtssätzen, denen des Art. 137 WRV, ihre Bedeutung zum guten Teile zu nehmen: den tiefen Gegensatz zwischen den allgemeinen Prinzipien der Absätze 1—4 einer- und Abs. 5 andererseits: dieser Magna Charta des kirchlichen Status quo, ohne dessen hier festgestellte Sicherung es keine Weimarer Verfassung gegeben

hätte. Der Angriff auf das geschichtlich begründete Verständnis des Art. 137 wird mit Erwägungen eines unter uns zunehmenden etatistischen Denkens und einer Überbetonung der ersten Hälfte des Art. 137 begründet. Die Frage rührt an die nach dem Wesen unseres Staates, wenn wir die Forsthoffsche These richtig finden, daß der Staat sich gerade durch seine Stellung zur Kirche in seinem Wesen determiniert. Und sie rührt an den Gehalt unserer Demokratie, die den deutschen Staatsbürger nicht abstrakt, sondern mit allen seinen grundgesetzlichen Qualifikationen umfaßt, wenn sie das bisherige Verständnis seiner durch den Status quo der Großkirchen bestimmten Rechtslage in Frage stellt.

Bachof: Vielen Dank, Herr Smend, für die „gute Gabe", die Sie uns dargeboten haben. Es ist, besonders für uns Jüngere, hochinteressant, ein so authentisches Zeugnis aus der Entstehungszeit des Art. 137 WRV zu hören. Daß eine Verfassungsnorm sich von ihrer entstehungsgeschichtlichen Bedeutung entfernt und inhaltlich wandelt, ist uns geläufig; aber bei dieser Norm scheint bis heute immer noch nicht festzustehen, in welcher Richtung sie sich nun eigentlich fortentwickelt. Die beiden möglichen Richtungen sind ja heute schon sehr deutlich aufgezeigt worden.

Scheuner: Zu den allgemeinen Fragen scheint es mir wesentlich, den Kern des Referats von Herrn Heckel von heute morgen noch einmal mit etwas anderen und naturgemäß unbeholfeneren Worten zu verdeutlichen. Wenn ich He.n Heckel richtig verstanden habe, so hat sein Referat deutlich gemacht, daß die Sicht des Verhältnisses von Staat und Kirche, wie sie in der traditionellen Darstellung sich uns im wesentlichen darbietet, allzusehr auf einer Grenzziehung, auf einem Bereichsdenken verharrt und zu wenig gesehen hat, daß hier ein personales Verhältnis zweier Gemeinschaften, die zu einem großen Teil aus denselben Menschen bestehen, vorliegt. Ich glaube, daß hier ein Ansatz in der Richtung liegt, in der Kirche und Staat ihr Verhältnis in Zukunft werden betrachten müssen. Es ist kein Zweifel, daß eine rein institutionelle Betrachtung, wie sie auch noch in gewissem Umfang in praktischen Fragen ihr Recht hat, heute mehr und mehr unbefriedigend wird, weil sie ein bloßes Beharren auf der Tradition bedeuten kann. Es erscheint heute die institutionelle Sicherung der Kirchen als eine verfassungsrechtliche Anordnung, deren inneres Gewicht, deren innere Wahrheit noch zu beweisen ist, die, wenn sie nur rein historisch genommen wird, keine Durchschlagskraft mehr besitzt. Man kann das sehr schön exemplifizieren an der leich-

ten Handbewegung — Herr Hollerbach hat das auch kritisiert — mit der das Bundesverfassungsgericht über die Absicht der Weimarer Verfassung hinweggegangen ist, ausdrücklich auch die Möglichkeit einer Besteuerung von Nichtmitgliedern der Kirche festzuhalten. Es läßt sich eindeutig aus den Materialien der Weimarer Verfassung beweisen, daß die Weglassung der Worte „von ihren Mitgliedern" in Art. 137 Abs. 6 der Weimarer Verfassung absichtlich zur Deckung solcher Abgaben wie der badischen Ortskirchensteuer bestimmt war. Dieser historische Komplex ist vom Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil beiseitegesetzt worden. Ich enthalte mich jeder Kritik, ich stelle es nur fest. Es zeigt das geringe Gewicht der bloßen Tradition. Es bedarf daher, wenn man die kirchliche Stellung rechtfertigen und verstehen will, einer neuen, der Gegenwart entsprechenden Konzeption. Man kann sie, eine Richtung, die ich in letzter Zeit versucht habe selbst zu verfolgen, aus der Situation der Kirche in der modernen Gesellschaft ableiten, aus der Tatsache, daß sie auch in der pluralistischen Gesellschaft noch immer, wie es Herr Hollerbach genannt hat, eine öffentliche Potenz von bedeutendem Gewichte darstellt. Und es ist sicherlich ganz richtig — Herr Hollerbach hat beim Körperschaftsbegriff darauf aufmerksam gemacht —, daß es widersinnig wäre, heute, wo Gewerkschaften, Parteien in eine immer mehr öffentlich-rechtliche Stellung hineinwachsen, nun plötzlich die Kirchen aus der öffentlichen Position zu entfernen und in das Vereinsstatut der Mitte des 19. Jahrhunderts zurückzuführen. Hier liegen Bewegungen vor, in denen das Kirchenrecht sich offensichtlich mit der Entwicklung anderer Sozialkörper noch gar nicht auseinandergesetzt und abgestimmt hat. Freilich wird man, wenn man diesen Standpunkt einnimmt, auch ein Zugeständnis alsbald machen müssen. Ich weiß im Augenblick, Herr Heckel weiß das sicher sehr viel besser, nicht, ob Reinking einer der ersten gewesen ist, der den Satz „ecclesia est in re publica" gegenüber dem reformatorischen Dualismus von Kirche und Staat ausgesprochen hat. Es sind sicher schon frühere Äußerungen vorhanden.

Heckel: Äußerungen schon im byzanthinischen Reichskirchenrecht ...,

Scheuner: Ja, ich meine nun aber nachreformatorisch.

Heckel: ..., die nachreformatorisch wieder aufklingen, und zwar im Zusammenhang mit der Rezeption des Römischen Rechts.

Scheuner: Vielen Dank, ich habe also nicht ganz den richtigen Zeitpunkt genannt. Jedenfalls gehört doch die Sicht, die wir heute von beiden Rednern entwickelt gehabt haben, durchaus in die Linie einer Vorstellung, die die Kirche im Staate ansiedelt, nicht auf der Basis eines Koordinationsrechtes, das die Kirche als völlig außerhalb des Staates stehend ansieht, jener Auffassung, auf die sich die verfehlten Rechtsschutzurteile der Rechtsprechung berufen. Herr Heckel hat diese Auffassung noch wesentlich vertieft, indem er aufmerksam gemacht hat, daß das Entscheidende an der Auffassung der Stellung der Kirchen die Kombination des Gedankens kirchlicher Freiheit mit der Abgrenzung gegenüber ihrer Stellung im Staate liegt. Art. 4 darf weder isoliert gegenüber Art. 140 GG und den Weimarer Artikeln gesehen werden noch umgekehrt. Die Institutionen können nicht ohne den Bezug auf die Religionsfreiheit verstanden werden. Aber auch die Religionsfreiheit darf nicht isoliert von den Institutionen ausgelegt werden. Die Tatsache, daß diese Artikel im Grundgesetz unglücklich voneinander getrennt worden sind, ganz entgegen der historischen Anordnung in unseren älteren Verfassungen, darf nicht dazu führen, daß man nun — darin stimme ich Herrn Heckel völlig bei — über die Religionsfreiheit die institutionelle Seite der kirchlichen Stellung auseinandernimmt. Hier stimme ich vor allen Dingen einem Gesichtspunkt zu: Die Religionsfreiheit des Gläubigen findet erst in der Gemeinschaft ihre Erfüllung. Daß man daher eine volle Religionsfreiheit nicht durch die liberale Vorstellung des Beters im Kämmerlein erfüllt, sondern daß zur Religionsfreiheit volle Wirksamkeit der Kirche gehört, das ist zu betonen. Wer, wie das mein Los gelegentlich gewesen ist, ökumenische Zusammenhänge zu überblicken gewohnt ist, weiß, daß das spanische Protestantenstatut oder ähnliche Ordnungen nur verstanden werden können, wenn man nicht nur die Freiheit des einzelnen Christen zum Bekenntnis, sondern die Freiheit auch der Gemeinde nicht allein zum Kultus, sondern auch zur freien Ausübung ihrer ganzen Arbeit und Ausstrahlung im Auge behält. Ich will hier abbrechen. Mir lag nur daran, diese Grundzüge noch einmal zu verdeutlichen, und ich hoffe, daß ich die Zustimmung der beiden Redner damit habe.

Hollerbach: Herr Scheuner hat in seinem Votum den Begriff der Potenz gebraucht, der auch in meinem Referat eine gewisse Rolle gespielt hat. Ich möchte nur zur Vermeidung von Mißverständnissen darauf hinweisen, daß bei mir beim Gebrauch dieses Wortes der eigentliche philosophische Grundgehalt mitschwingt, der Grundgehalt potentia im Gegensatz zu actus oder actualitas. Das ist also immer mitgedacht: wenn ich sage Po-

tenz, ist das nicht immer eine effektive Macht, sondern es bezeichnet wesentlich die Chance, die Möglichkeit. Ich glaube, daß sich hier auch eine Brücke bildet zu dem zentralen Gedanken von Herrn Heckel über den Zusammenhang von Institution und Person.

Quaritsch: Das Bild, das Herr Heckel von Staat und Kirche und vom Staatskirchenrecht entworfen hat, ist allzusehr aus der Sicht des 5. Oktobers 1967 gezeichnet. Die Annahme, seit der nachlutherischen Zeit sei im Verhältnis von Staat und Kirchen im Grunde alles schief gelaufen, und die deutschen Staatskirchenrechtler hätten seit 150 Jahren eigentlich alles falsch gemacht, scheint mir auf einer geschichtsphilosophischen Voraussetzung zu beruhen, die man seit Leopold von Ranke nicht mehr anerkennt. Alle Stellungnahmen des Staatskirchenrechts der letzten 150 Jahre bezogen sich auf eine ganz bestimmte Rechtslage und auf eine ganz bestimmte politische Situation; wer sie von diesen Vorgegebenheiten löst, kann ein sachgerechtes Urteil nicht gewinnen. Wir erlauben uns doch auch nicht, nach heutigem Verständnis über Richtig und Falsch der mittelalterlichen Situation zu befinden, und wir entscheiden nicht mit den 1967 gültigen Maßstäben darüber, ob Innocenz IV. oder Friedrich II. Recht hatte. Wie sich das Staatskirchentum aus den Bedingungen des 17. und 18. Jahrhunderts entwickelte, hatte sich das Corpus Christianum als Resultat mittelalterlicher Vorstellungen gebildet. Es erscheint mir unmöglich, auf dem Denk-Podest des heutigen Tages die Staatskirchenrechtler der Vergangenheit postmortal hinzurichten. — Sie haben sich darüber beklagt, daß die Glaubensfreiheit vorwiegend als negative Glaubensfreiheit definiert, betrachtet und angewendet wurde und wird. Weshalb wohl, Herr Heckel? Die positive Glaubensfreiheit ist in unserem Gemeinwesen doch fraglos anerkannt gewesen, und Herr Szczesny pflegt das Wort zum Sonntag auch heute nicht zu sprechen. Infolgedessen waren und sind die juristischen Probleme mehr auf der Seite der negativen als auf der Seite der positiven Religionsfreiheit zu finden. Dasselbe gilt von den Begriffen „Neutralität" und „Nichtidentifikation", die Sie aufs Korn genommen haben mit dem Ergebnis, daß ihre Anwendung in der Praxis auf einen Zwang zur Nichtausübung des Bekenntnisses hinausliefe. Das trifft zu. Dieser Zwang bezieht sich jedoch nur auf den Tatbestand, in dem der Staat handelt. Das scheint mir auch richtig zu sein, denn seit dem Augsburger Religionsfrieden besteht zwischen Staat und Kirche nicht mehr ein bilaterales, sondern ein multilaterales Verhältnis. Das Handeln des modernen Staates muß schon deshalb entkirchlicht und enttheologisiert sein. In-

folgedessen ist auch die Annahme einer Identität von Staatsbürgern und Gläubigen heute nicht mehr möglich. Die „Thesen des 17. Jahrhunderts", die Sie mir entgegengehalten haben, sind keineswegs antiquiert, denn die geistigen Grundlagen des modernen Staates sind nun einmal im 16. und 17. Jahrhundert gelegt worden. Sich auf diese geistigen Grundlagen zuweilen zu besinnen, scheint mir gerade für das Verhältnis von Staat und Kirche durchaus nicht unangebracht zu sein: Der moderne Staat ist auch aus der Entzweiung von Staat und Kirche entstanden. Der Vorschlag, das Staatskirchenrecht möge mehr mit der Theologie verkehren, bringt Schwierigkeiten. Mit welcher Theologie denn? Mit der Theologie Alaphridus Ottavianis oder mit der von Karl Rahner, mit der Theologie Rudolf Bultmanns oder der von Walter Künneth? Es kann sich doch der weltliche Jurist, der im Staatskirchenrecht arbeitet, nicht ein Urteil darüber anmaßen, was theologisch richtig oder falsch ist. Der Vergleich zur Soziologie und Politikwissenschaft hinkt: Soziologen und Politologen bieten dem Juristen nachprüfbare Fakten. Der Theologe kann das nicht.

Wenn die neuen staatskirchenrechtlichen Thesen als „von außen gedacht" hingestellt und nach Ansicht von Herrn Heckel der Eigenart der Kirche nicht gerecht werden, so frage ich mich: was muß man eigentlich sein, um im Staatskirchenrecht mitreden zu dürfen? Es sollte doch genügen, daß man ein guter Jurist ist, man braucht wohl nicht darüber hinaus Synodaler oder Oberkonsistorialrat zu sein. Auch ein Arbeitsrechtler muß nicht die Funktion des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers ausüben, um sachgerechte Urteile für sein Fachgebiet abgeben zu können.

Die „Trennungs"-Vorstellung wird von Herrn Heckel sehr richtig als „Kampfbegriff des 19. Jahrhunderts" bezeichnet. Meine Frage: Welcher verfassungsrechtliche Grundbegriff ist eigentlich nicht ein „Kampfbegriff" gewesen? Der Begriff des Rechtsstaates war ein solcher Kampfbegriff; das hält uns gleichwohl nicht davon ab, kräftig mit ihm zu operieren. Das „Trennungsdenken" verkürzt nicht den Bereich der Kirche und erweitert nicht den des Staates. Das juristische Trennungsdenken setzt, insbesondere wenn man mit dem Begriff der Schranke arbeitet, einen Eigenbereich der Kirche voraus. Wenn die Schranken des „für alle geltenden Gesetzes" als „Schranken" verstanden werden und dies verkehrt sein soll, so ist zu ergänzen, daß man seit langem und schon von der Interpretation des § 903 BGB her weiß, daß jede Schranke zugleich eine Inhaltsbestimmung ist. Der Begriff der Schranke aber bringt sinnfällig zum Ausdruck, daß der Eigenbereich der

Kirche anerkannt wird. Das „Schrankendenken" ist daher nicht kirchenfeindlich, sondern herkömmliche juristische Denkform.

Im übrigen meine ich, daß Ihre Thesen, Herr Heckel, im ideellen Vorfeld geblieben sind. Praktische Resultate habe ich aus dem, was Sie uns für die Anwendung des „für alle geltenden Gesetzes" empfohlen haben, nicht entnehmen können. Gewiß, die Interpretation Johannes Heckels ist durchaus anfechtbar und vieles andere, was zu diesen Fragen gesagt worden ist, wahrscheinlich auch, aber ein „Abwägen im Einzelfall" führt doch leicht zur Kadi-Jurisprudenz und dazu, daß in Hamburg die staatskirchenrechtlichen Fälle anders entschieden werden als in München oder Eichstätt. Wir sollten nicht vergessen, daß dem Praktiker Formeln gegeben werden müssen, mit denen er in einem Einzelfall wirklich arbeiten kann.

Bachof: Herr Quaritsch hat uns, nachdem die beiden Referenten des Vormittags weitgehend in dieselbe Kerbe gehauen haben, eine sehr pointierte und deutliche Gegenposition aufgezeigt. Ich will meine Rolle als Verhandlungsleiter hier nicht mit derjenigen eines Diskussionsredners vertauschen, aber doch eine kurze Bemerkung machen: Die These, die juristische Problematik sei heute mehr auf der Seite der negativen als auf der Seite der positiven Religionsfreiheit zu finden, scheint mir angesichts einiger neuerer Urteile, etwa des hessischen Kirchengebetsurteils, doch wieder fragwürdig geworden zu sein.

Heckel: Zwischen Herrn Quaritsch und mir bestehen sehr starke Differenzen im Grundansatz. Einmal im Begriff und Sinn des Rechtes überhaupt. Ich glaube nicht, daß das Recht in unserem modernen Verfassungsrechtssystem die Aufgabe hat zu kämpfen, sondern Friede und Ausgleich zu stiften. Ich glaube auch nicht, daß es die Sache des Staates ist, den Bürger zu „enttheologisieren". Ich habe den Staat auch in meinem Referate als ein neutrales, offenes, in Pluralität und Unvoreingenommenheit den Belangen seiner Bürger gegenübertretendes Wesen zu skizzieren versucht. Und ich meine, daß der Staat die Säkularisierung, die ja kein Mensch als historische Tendenz leugnen wird, seinen Bürgern überlassen soll.

Sodann: Meine Linie ging insoweit mit der von Herrn Quaritsch parallel, als man von Zwangsinstitutionen abkommen müßte. Aber das institutionelle Problem besteht weiter darin, den Bürgern Möglichkeiten zu geben, nach ihren Prinzipien zu leben und das eben in aller „Pluralität", in aller geistigen und auch religiösen Vielfalt unserer Zeit.

Zu dem „geschichtsphilosophischen" Thema wäre sehr viel zu sagen. Auch der Historiker kann nicht wertfrei arbeiten, er

muß urteilen, und er kann nicht etwa nach den Thesen Rankes jedes Zeitalter in gleicher Weise als „unmittelbar zu Gott" begreifen, wenn manche Zeiten Dome bauen und manche Verbrennungsöfen für ganze Völker. Auch der Historiker muß sich — urteilend — dem Sinn der Geschichte und dem Sinn des Wertes der Tradition offenhalten.

Es war dann noch die Frage, ob der Staat nun, wenn er theologische Dinge behandelt, sich mit einer bestimmten Theologie assoziieren dürfte und welche Theologie denn für ihn maßgeblich sei. Ja, das ist seine Verlegenheit, Herr Quaritsch, und deshalb kommt es darauf an, daß der Staat die Entscheidung der theologischen Fragen den Kirchen überläßt. Ihre Thesen des 17. Jahrhunderts führen hier nicht weiter. Wenn der Staat im Staatskirchentum nach der Formel cuius regio eius religio selbst Bekenntnisse festsetzt und wenn er die Pflege der kirchlich geprägten Kultur nach diesem seinem Muster treibt, dann kann er allerdings selbst statuieren, mit welcher Theologie er es halten will. Gerade die Trennung von Staat und Kirche aber führt zur Notwendigkeit eines Aufeinanderabstimmens in den gemeinsamen Angelegenheiten. Ein Beispiel, das sehr viel klärt: Die Pflege der kirchlichen Kunstdenkmäler. Soll der Staat hier bei den bedeutendsten Kunstdenkmälern auf die Denkmalpflege und auf den Kulturschutz verzichten? Er kann das nicht. Die Säkularisierung und die Beschränkung des Kulturschutzes auf die Profankultur würde der Offenheit, Freiheit und Neutralität seiner Kulturstaatsverbürgung widerstreiten. Wenn er nun auch die kirchlich geprägte Kultur zu pflegen hat, so wird er sich darauf beschränken müssen, die allgemeinen kulturellen Aspekte selbst zu entscheiden. Die spezifisch theologischen Fragen bei der Pflege der Sakralkunst aber muß er der Entscheidung der Kirche überlassen. Und das enthebt ihn der schwierigen Auseinandersetzung, welche Theologie nun die richtige sei.

Dieses Trennungsdenken darf nicht Lebenszusammenhänge zerreißen. Sonst bringt es in der Auszeichnung Ihrer Linien, Herr Quaritsch, den einzelnen um den Sinn seiner Freiheit. Es ist seine Sache, was er unter Freiheit versteht, auch im korporativen Zusammenschluß. Es ist nicht Sache des Staates, ihn zu säkularisieren und zu neutralisieren. Gerade damit gibt er seine säkulare und neutrale Natur auf.

Kaiser: Es ist für den Juristen gewiß von großem Reiz, die verschiedenen Bewegungen und Entwicklungen der Theologie zu verfolgen, wie sie Herr Heckel soeben in seinem letzten Beitrag vor uns ausgeführt hat. Man wird sich natürlich immer

sogleich auch fragen, inwieweit solche Entwicklungen rechtlich relevant sind. Ich deute seine Thesen als Ausdruck einer verbreiteten Spiritualisierung; ihre juristischen Auswirkungen sind seit Rudolph Sohm, dessen Name hier genannt werden muß, für den Juristen nicht einmal ein so völlig neues Problem.

Ich halte aus diesem Referat als bedenkenswert fest die Kritik, die Herr Heckel an der Überschätzung des Institutionellen geübt hat. Ich glaube, daß sich Herr Heckel hier in dem breiten Strom einer juristischen Entwicklung befindet, die gegenwärtig im ökonomischen Bereich noch leichter nachzuweisen ist, etwa durch das juristische Interesse eher an den Abläufen als an institutionellen Verfestigungen. Dieser Tendenz des Referates von Herrn Heckel stimme ich zu.

Ich habe allerdings den Eindruck, daß in seiner sehr ausführlichen historischen Einleitung in unser Thema mit großem Gestus eine Reihe von historisch begründeten Positionen und Kategorien vom Tisch geräumt wurde, von denen ich mich etwas weniger leichten Herzens trennen würde. Dafür nehme ich als Beispiel nur einen Gesichtspunkt, von dem ich meine, daß er für die Beurteilung unserer gegenwärtigen Lage wesentlicher ist, als die Ausführungen von Herrn Heckel erkennen ließen: Seiner Kritik an dem Zweckbündnis der Konfessionen mit dem Parlamentarismus im 19. Jahrhundert mag man aus politischen wie aus theologischen Gründen zustimmen; ich frage mich nur: ist das nicht doch auch Gegenwart? Jene Kritik führt in eine Position, für die wir bei George Sorel eine merkwürdige Parallele finden. Die Spiritualisierung, diese Auffassung von dem Mysterium der Kirche als eines Reiches nicht von dieser Welt, scheint mir in der Art und Weise, wie Herr Heckel das ausgedrückt hat, eine deutliche Entsprechung zu sein zu der Eschathologie des Generalstreiks bei George Sorel und anderen (die Parallele von Kirchen und Gewerkschaften hat Erkenntniswert, wie man seit langem weiß).

Jene beiden Formen der Spiritualisierung halte ich aber nicht für historisch gut begründete Positionen zur Deutung unserer gegenwärtigen Lage. Das auch deshalb, weil mit der Spiritualisierung nicht, wie im 19. Jahrhundert, eine gewisse „Entemporalisierung" (Ulrich Stutz) einhergeht; sie wird theologisch im Gegenteil als Anspruchsgrundlage verstanden für eine um so stärkere Hinwendung zur politischen Welt. Wenn diese Spiritualisierung dann allerdings — was Herr Heckel befürwortet, wenn ich ihn richtig verstanden habe — zu einer stärkeren Konfessionalisierung des öffentlichen Lebens führen

sollte, dann würde ich Bedenken anmelden und könnte sie — glaube ich — auf das Grundgesetz stützen. Ich meine aber auch, daß Konfessionalisierung dem Zug unserer Zeit widerspricht, wie wir ihn in der profanen Öffentlichkeit und in der ökumenischen Ausrichtung der Konfessionen selber wahrnehmen. Und ich meine, daß auch Herr Hollerbach einiges Religionssoziologisches ausgeführt hat, das geeignet ist, jene in eine Konfessionalisierung führende Richtung zu widerlegen.

Darf ich abschließend noch ein Detail in das Bild einfügen, das die Referenten entworfen haben? Um daran zu illustrieren, daß die Dinge vielleicht doch nicht vorwiegend so spirituell sind, wie man den Eindruck haben konnte. Durch die Presse ist vor ein paar Monaten das Projekt eines Verbandes der katholischen Diözesen in Deutschland bekannt geworden. Dieser Verband ist — anders als in der Presse berichtet wurde — noch nicht begründet, aber man wird in den ersten Monaten kommenden Jahres damit rechnen können. Ich sehe in dem Satzungsentwurf dieses Verbandes eine Verfassung der deutschen Teilkirche in nuce, wobei deutsche Teilkirche ein Terminus ist, der durch die nachkonziliäre Terminologie nahegelegt wird. Wenn gegenwärtig die Finanzverfassung auch ganz im Vordergrund steht, so rufen diese Vorgänge doch nach Vergleichen mit bekannten historischen Strömungen. Jedenfalls stehen institutionelle Entwicklungen bevor, die vielleicht die Struktur der katholischen Kirche in Deutschland in eine entfernte Entsprechung zur Verfassung der EKD bringen werden. Die verfassungsrechtliche Parität der beiden Kirchen schafft dafür eine günstige, in konkreten Interessenlagen längst wirksame Disposition. Ich meine, daß auch solche Ansätze, wenn sie auch von den Herren Referenten nicht ausdrücklich hervorgehoben wurden, zu dem heutigen Thema gehören.

von Münch: Herr Heckel hat in Leitsatz 12 die These aufgestellt, die Religionsfreiheit drohe umzuschlagen in die Intoleranz der Negation. Herr Heckel bedauert also, wenn ich ihn recht verstehe, ein Vorrücken der negativen Religionsfreiheit zu Lasten der positiven Religionsfreiheit.

Diese These scheint mir im Tatsächlichen nicht begründet zu sein. Es gibt, wenn man die bisherige Rechtsprechung und Verwaltungspraxis verfolgt, im Grunde genommen nur ein Beispiel — Herr Bachof hat es genannt: das Schulgebetsurteil des Hessischen Staatsgerichtshofs, das die These von Herrn Heckel zu stützen vermag. Warum ist dieses Urteil so sensationell gewesen? Doch gerade, weil es ein Einzelfall, eine neue

Entscheidung war, die von den bisherigen Vorstellungen abwich. Die Rechtsprechung hat bei Konflikten zwischen positiver und negativer Religionsfreiheit bis vor kurzem in der Regel der positiven Religionsfreiheit den Vorrang gewährt — jedenfalls dann, wenn es sich um Konflikte zwischen Minderheiten oder zwischen Angehörigen religiöser Minderheiten und den von Herrn Hollerbach so genannten „etablierten" Großen Kirchen handelte. Ich darf nur erinnern an die Behandlung der Zeugen Jehovas, etwa in dem vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fall des Lehrherrn, an die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte in den Kriegsdienstverweigerer-Fällen, an das Urteil des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zum Besuch einer Bekenntnisschule, der nach Ansicht dieses Gerichts einem Andersgläubigen verwehrt werden kann, obwohl eine gleichartige Schule dann für dieses Kind nicht mehr zur Verfügung stand; schließlich an die Entscheidungen zum Kruzifix in Gerichtssälen, zur Verweigerung der vorzeitigen Strafentlassung wegen Anbietens von Tabak im Austausch gegen Kirchenaustritt usw. Ich glaube, man könnte also doch wohl eine Fülle von Beispielen nennen, in denen gerade nicht der negativen Religionsfreiheit vor der positiven Religionsfreiheit der Vorrang gegeben worden ist.

Das nur zur tatsächlichen Sicht. Bei der rechtlichen Sicht müßte man die Frage stellen, ob bei einem echten Konflikt zwischen negativer und positiver Religionsfreiheit vielleicht der negativen Religionsfreiheit deshalb der Vorrang gebührt, weil es ein geringeres Opfer ist, im Einzelfall auf die Ausübung der positiven Religionsfreiheit zu verzichten, als umgekehrt. Jedenfalls meine ich, daß man diese Fragen nicht mit einer 95-Prozent-Regelung entscheiden kann. Diese Zahl ist heute zweimal aufgetaucht. Diese Zahlen hätten doch für rechtliche Konfliktsfälle nur dann eine wirkliche Aussagekraft, wenn feststünde, daß gerade die betreffende Entscheidung des konkreten Falles wirklich der Meinung jener zitierten 95 Prozent der Bevölkerung entspricht. So ist es doch aber nicht. Die Meinungen zu den verschiedensten Problemen, ob zur Bekenntnisschule oder zu anderen Problemen, sind doch auch innerhalb dieser 95 Prozent geteilt, so daß ich meine, daß diese an sich imponierende Zahl keine rechtliche Aussagekraft besitzt.

Hollerbach: Herr von Münch, es ist ganz selbstverständlich, daß diese Zahl von 94,6 Prozent — oder wie immer sie genau bestimmt sein mag — nichts unmittelbar beizutragen vermag für die Lösung rechtlicher Probleme. Die Zahl ist bei mir gefallen im Rahmen einiger kurzer Hinweise auf die allgemeine soziologische Situation. Sie haben für die rechtliche Beurteilung

insofern eine gewisse Bedeutung, als dadurch gewisse Richtpunkte gegeben werden, Richtpunkte aber nun nicht für eine globale, vorschnelle Entscheidung zugunsten dieser 95 Prozent, die ja gerade diese volkskirchliche Missionssituation bestimmen, also in sich in der Tat außerordentlich differenziert sind. Sondern es geht nur darum, daß diese Zahl Richtpunkt für den zu findenden Ausgleich ist und daß nicht diese Mehrheit völlig unter den Tisch fallen kann. Über Einzelfragen müßten wir wirklich sehr genau uns unterhalten.

Ipsen: Herr Heckel hat unter Ziffer 24 seiner Leitsätze den sehr inhaltsvollen Satz formuliert „Staat und Kirche begegnen sich in den gleichen Menschen und Lebensbereichen", und er hat daraus die Konsequenzen gezogen, die Normen und Institutionen der staatlichen Ordnung müßten infolgedessen neutralerweise Raum geben für die Entfaltung der religiösen Freiheit. Auf der anderen Seite hat Herr Heckel in Ziffer 16 seiner Leitsätze gewarnt vor der Blindheit als hermeneutischem Prinzip. Und vor allen Dingen hat er die goldenen Worte gesagt: man solle sich hüten vor allzu harmonischem (das „totale" lasse ich jetzt weg, das dort auch noch steht) Konkordanzdenken. Da nun liegt, wie man sagt, der Hase im Pfeffer. Verehrter Herr Heckel, ich sage das folgende jetzt in ausgesprochen positivem Sinne: Man muß entweder den Namen Heckel tragen oder aus Tübingen kommen, um von einer solchen Zuversicht und einer solchen Gläubigkeit an harmonische Lösungen beflügelt zu sein, wie sie in Ihren Ausführungen obwalteten. Deswegen habe ich es dankbar begrüßt, daß Herr Hollerbach soeben und unter A III 1 gewisse realanalytische Beobachtungen fixiert hat zu dem eben genannten Prozentsatz. Diese Menschen, in denen sich Staat und Kirche begegnen, können wir doch unter gar keinen Umständen mit dieser 95-Prozent-Zahl in Anspruch nehmen, in irgendeiner Weise für den Inhalt, die Geltung, die Aussagekraft, die Verbindlichkeit von Normen, die zum Staatskirchenrecht gehören. Es bedeutet geradezu die Verbreitung einer bukolischen Stimmung, wenn man von dergleichen ausgeht. Es wird notwendig sein, die Position derjenigen, die zu diesen 95 Prozent gehören, sehr sorgfältig zu sezieren und dabei dann auch jene Methode anzuwenden, die Sie, Herr Heckel, der Staatsrechtslehre kritisch entgegenhielten, als Sie vom Staatskirchenrecht meinten, es solle sich mehr der Religionswissenschaft zuwenden, statt — das war ja wohl etwas abfällig gemeint — im commercium und connubium zu leben mit der Soziologie und Politologie. In der Diagnose unserer Industriegesellschaft von heute, zu der diese 95 Prozent gehören, würde ich solche Methoden für sehr an-

gebracht und nützlich halten. Bekenntnisfreiheit, Religionsfreiheit im positiven und negativen Sinne: Was sagen denn solche Postulate für große Teile dieser 95 Prozent mit allen Konsequenzen, die daraus gezogen werden müssen? Insofern hat es mich sehr befriedigt, daß Herr Hollerbach diese Dinge angesprochen hat, während Herr Heckel offenbar von einem Vorverständnis zur Einschätzung dieser Strukturen ausgegangen ist, das er als „eingebrachtes Gut" seinen Thesen zugrunde legte, von dem aber sehr zweifelhaft ist, ob es in diesem Sinne mit rechtlicher Relevanz eingebracht werden darf oder aber in ideologische Bezirke hineingehört. So etwa sollten wir uns diese Aspekte sehr deutlich vor Augen führen, gerade auch zu der Grundsatzfrage, die uns hier beschäftigt.

Heckel: Ich habe mich bemüht, in meinem Vortrag den Sinn der negativen Religionsfreiheit nicht zu verkürzen, und ich habe in allen Stellen auch den Wert dieser negativen Variante der Religionsfreiheit (Art. 4 als Wertprinzip) bei der legislatorischen Abwägung im Rahmen der Schrankengesetze (Art. 137 III WV) aufgeführt.

Nur wende ich mich dagegen, daß man in einer totalen Bereichsscheidung einen kirchlichen und einen staatlichen Bereich sondert. Das ist doch in der Literatur und auch in den Entscheidungen weitgehend der Fall. Die Kirchen könnten danach ihren kirchlichen Bereich ordnen, der Staat ordne seinen staatlichen Bereich. Im staatlichen Bereich habe die Konfession keine Rolle zu spielen. Hier solle Neutralität im Sinne der Ausgrenzung des Religiösen gelten, und das bedeutet ja i. S. der Ignorierung des Religiösen. Nachdem sich aber nun mal die staatliche Ordnungskompetenz auf das gesamte gesellschaftliche Kultur- und Sozialwesen erstreckt und auch erstrecken muß und nicht durch irgendwelche vagen Koordinationstheorien hieran verhindert werden kann, wird der Staat bei der Ordnung der sozialen Beziehungen — auch im Erziehungswesen etwa — mit diesem Theologischen und Kirchlichen rechnen müssen. Er wird zwar auch hier nicht die Bevölkerung vereinnahmen dürfen in einer institutionellen Zwangskonfessionalisierung — gerade das habe ich ja in meinem Aufriß des 19. Jahrhunderts als fassadenhaft kritisiert. Aber im Respekt vor Art. 4 GG als objektivem Wertprinzip der Verfassung wird der Staat bei seiner Ordnung der Sozialbereiche Wahlfreiheit im Religiösen geben müssen. Und so wäre es in der Tat auch im Schulrecht das Ideale, wenn jedem seine Schule zur Wahl angeboten werden könnte. Das läßt sich etwa auf dem Gebiet der Sozialhilfe schon leichter durchführen —

auch dort nicht ohne Kompromisse und ohne sehr beklemmende Abstriche; jeder muß da gleichsam etwas Federn lassen. Im Schulrecht ist dieses Zusammentreffen und der Antagonismus der Freiheitsgarantien — der positiven und negativen individuellen Religionsfreiheit, der Kirchenfreiheit, des Elternrechts — und der staatlichen Schulordnungskompetenz mit ihrer Verantwortung für ein sachliches Erziehungsprogramm sehr quälend. Und darum scheint mir für die Diskussion des Neutralitätsbegriffs das Schulrecht von den Fakten her ein unglückliches Exempel zu sein. Neutralität bedeutet nicht, daß eine Art geschlossener Staatsideologie des „Neutralismus" von Staats wegen verordnet wird, sondern daß der Staat in Zurückhaltung seinen verschiedenen Bürgern eine Pluralität von Formen zur Verfügung stellt, daß er also — neutral — Wahlfreiheit geben würde. Ich will also den Wert der negativen Religionsfreiheit gar nicht verkürzen. Und nachdem Sie mich auf das Predigerblut angesprochen haben, das ich nun mal in meinen Adern haben soll, so möchte ich sagen: Auch die Kirche weiß, daß die negative Religionsfreiheit ihren Sinn hat in der Vorläufigkeit dieser weltlichen Freiheitsgarantien, die zu den Vorhöfen des Glaubens gehören. Ich denke an das Wort eines Bischofs aus dem Osten: „Gott will keine gezwungenen Dienste, Gott will freie Knechte!" Aber andererseits hat die Kirche ein Recht (Art. 137 III WV), dafür zu sorgen, daß ihre Gläubigen auch in der Ordnung des gesellschaftlichen Lebens Formen vorfinden, in denen sie nach ihren Prinzipien leben können. Und das wird gerade durch jene totale Bereichsscheidung ausgeschlossen.

Das Trennungsprinzip, das hat uns Herr Smend schon aus der Vorgeschichte des Art. 137 Abs. 1 WV sehr deutlich gesagt, wurde von der einen Seite proklamiert in jenem Sinne des staatlichen Neutralisierens und Säkularisierens; es wurde dabei aufgestellt gegen den ebenso hohlen Versuch, den Menschen zwangsweise an einer bestimmten institutionellen-transpersonalen Form von Christlichkeit festzuhalten. Beides ist nur die Ausprägung derselben „Verkehrtheit", wie ich doch in „geschichtsmetaphysischer" Titulierung festhalten möchte. Und es geht mir nun darum, daß man den Art. 137 I und den Art. 137 III WV in eins sieht: Weil hier und dort das gleiche Freiheitsproblem auftritt, weil hier und dort diese Variante des Positiven und des Negativen, des Individuellen und des Institutionellen an der religiösen Freiheitsgarantie zusammenstößt. Bei diesen Fragen muß sich der Gesetzgeber durch eine Abwägung — eine Abwägung unter Berücksichtigung dieses Wertgehalts der Freiheitsgarantien in ihrer Komplexität —

zu einer konkreten Lösung durchringen. Und das ist in vielen Fällen sehr viel leichter als die abstrakten Formeln der Theorie es uns besagen; ich habe darum die Beispiele aus dem Straßenverkehrsrecht, aus dem Bauordnungsrecht, aus dem Kulturschutzrecht genannt, wo sich ein solcher Ausgleich gut finden läßt.

Ich darf die Gelegenheit noch benutzen, um ganz kurz auf Herrn Kaiser einzugehen: Spiritualisierung der Kirche. Jawohl, das ist mein Programm. Aber das ist nur die eine Seite dessen, was die Kirche ist. Und hat irgend jemand hier bisher in der Diskussion kräftiger für die Position der Kirche in der Welt gefochten als ich? Da hat mir gerade Herr Ipsen vorgehalten, daß das zuviel gewesen sei. Die Kirche ist eben beides: Sie ist in der Welt und nicht von der Welt. Und der Staat, wenn er mit ihr zu tun hat, muß mit diesem ihrem theologischen Wesen rechnen. Er wird nicht seine offenen und neutralen Formen des staatlichen Rechts vertauschen dürfen mit denen des kanonischen Rechts. Ja, da würde ihn das „totale Konkordanzdenken" in die Irre führen. Und darum habe ich mich dagegen gewandt. Aber er muß doch wissen, mit wem er es zu tun hat und deswegen schadet der staatskirchenrechtlichen Theorie, die die Kirchen von außen betrachtet, auch ein Schuß Theologie zur Erkenntnis durchaus nichts.

Herzog: Ich möchte zum Verhältnis zwischen Staat und Kirche insgesamt Stellung nehmen. Die Probleme des Staat-Kirche-Verhältnisses liegen nach meinem Dafürhalten auf zwei scharf zu trennenden Ebenen: Einmal wurzeln sie einfach in der primitiven Tatsache, daß uns die Kirchen — ganz gleich in welchem Umfang sie ihre Mitglieder noch zu erreichen und zu dirigieren vermögen — als Massenverbände entgegentreten, daß sie also, im Sinne von Herrn Hollerbach „Potenzen" sind, die in der Öffentlichkeit stehen. Hier zeigt sich unser allererstes Problem: Wenn wir ein ausgefeiltes Recht des Verhältnisses zwischen Staat und Verbänden oder auch nur sehr konkrete Vorstellungen von diesem Recht hätten, dann könnten wir dort einen großen Teil der Staat-Kirchen-Problematik gelöst finden, und ich glaube, daß sich dann auch eine etwas entkrampftere Interpretation des Begriffs der allgemeinen Gesetze ermöglichen lassen müßte. Ich meine wie Herr Scheuner, daß die Kirchen z u n ä c h s t in der pluralistischen Gesellschaft stehen und daß sie, solange sie Potenzen im Sinne von Herrn Hollerbach sind — dazu brauchen sie durchaus nicht 95 Prozent aller Staatsbürger zu erreichen, sondern es würden auch 10—15 Prozent genügen — nicht schlechter stehen dürfen

als irgendein Massenverband in dieser pluralistischen Gesellschaft.

Nun kommt aber der springende Punkt: Bleibt daneben etwas anderes? Gibt es irgendetwas, wodurch sich die Kirchen von den anderen Massenverbänden unterscheiden und was der Staat zur Kenntnis nehmen und besonders honorieren müßte? Herr Heckel hat diese Frage bejaht; ich erinnere an seine Formulierung in Leitsatz 17, wo er von dem „ganz Anderen" im Wesen der Kirchen spricht. Ich glaube zwar zu wissen, was Herr Heckel mit dieser Formulierung meint, hätte aber doch eine genauere Beschreibung dieses „ganz Anderen" gehört. Ohne zum Inhalt dieser Aussage im einzelnen Stellung zu nehmen, möchte ich hier doch sagen, daß mir zumindest die Methode von Herrn Heckel überzeugend zu sein scheint. Er sagt nämlich ganz richtig, man dürfe hier nicht auf die Kirchen als Institutionen sehen, sondern man müsse davon ausgehen, daß auch die Kirchen letzten Endes Menschen in sich vereinigen und daß es um die Menschen geht — also eine Art staatskirchenrechtlicher Durchgriffstheorie. Erste Frage an Herrn Heckel: Bedeutet das, daß dem Art. 4 GG mit all seinen positiven und negativen Komponenten ein Interpretationsübergewicht gegenüber Art. 140 GG und den dort rezipierten Weimarer Verfassungsartikeln zukommt? Und zweitens: Sie haben uns sehr eindringlich gezeigt, daß der Mensch geistliche Bedürfnisse hat und daß diese vom Staat verstanden und respektiert werden müßten. Ich bin da ganz Ihrer Meinung. Aber ich frage mich, wie wir nun den Bogen zu den Kirchen herstellen können. Ergibt sich aus den Bedürfnissen vieler Menschen nach „geistlicher Daseinsvorsorge", wenn ich das so formulieren darf, und daraus, daß der Staat dieses Bedürfnis akzeptiert, daß er auch seine Befriedigung durch die Kirchen — und zwar gegenüber den Kirchen — honorieren muß?

Wenn wir auf diese Fragen einmal klare Antworten hätten, dann könnten wir auch mit dem beginnen, was Herr Heckel — Herr Quaritsch hat das m. E. mit Recht moniert — nicht getan hat und hier natürlich auch nicht tun konnte: Wir könnten — und müßten — unser gesamtes Staatskirchenrecht bis herunter zum letzten Paragraphen danach durchforsten, ob die einzelnen Institutionen und Vorschriften von dem getragen und gedeckt werden, was wir als die neuen Fundamente des Staat-Kirchen-Verhältnisses erkannt haben: Stellung der Kirchen im pluralistischen Modell auf der einen Seite, Stellung der Kirchen im Hinblick auf die geistlichen Bedürfnisse des Einzelmenschen auf der anderen Seite. Ich glaube, da würde sich dann allerdings ergeben, daß die Dinge nicht ganz so span-

nungslos sind, wie Herr Heckel sie gesehen hat. Es würden m. E. sehr viele Vorschriften und Einzelinstitutionen aufgegeben oder zumindest einer neuen Deutung zugeführt werden müssen; ich erinnere nur an die Zusammensetzung der Rundfunkräte und ähnlicher Organe. Wenn wir diese Arbeit hinter uns hätten und wenn sowohl der Staat als auch die Kirchen jene Positionen geräumt hätten, die sich von den Heckelschen Grundvorstellungen her nicht mehr rechtfertigen lassen, wäre, so meine ich, vieles von dem beseitigt, was uns heute bei der Erfassung des Staat-Kirchen-Verhältnisses fast unüberwindliche Schwierigkeiten macht.

Böckenförde: Herr Heckel, ich verstehe nicht ganz, warum Sie gegenüber dem Ausgrenzungs- und Abgrenzungsdenken und der Bestimmung der Freiheit von dorther so viele Vorbehalte haben. Gerade wenn Sie davon ausgehen, daß sich Staat und Kirche über den gleichen Menschen erheben und daß die Konkurrenzen und die eventuellen Spannungen zwischen Kirche und Staat immer solche sind, die auf den Einzelnen durchschlagen, der als gläubiger Mensch zugleich Christ und Bürger ist, müßte doch die Bestimmung der Freiheit im Wege von Ausgrenzungen Ihnen eigentlich sympathisch sein. Denn das ist doch gerade die Möglichkeit, die der Jurist hat, daß er dadurch, daß er eine rechtliche Grenze zieht und sagt „jenseits dessen kümmere ich mich von Rechts wegen nicht mehr darum", wirklich durch Ausgrenzung einen Bereich positiv frei-setzt. Dadurch gewährt er Freiheit und dadurch sichert er Freiheit. Darin lag doch, wenn ich recht sehe, die große Leistung des liberalen Rechtsstaates, durch diese Ausgrenzungen die Gesellschaft wirklich in Freiheit von staatlichen Eingriffen zu setzen und sie sich selbst zu überlassen. Fängt der Staat jetzt an, etwa einen positiven und nicht-ausgrenzenden Begriff von Freiheit zu bilden und festzulegen, der z. B. dem kirchlichen Freiheitsverständnis entspricht oder den moralisch-religiös bestimmten inneren Bindungen des christlichen Bürgers bei Wahrnehmung seiner Handlungsfreiheit, dann greift er doch wieder gerade über seinen Bereich hinaus, hält sich nicht mehr an den Verzicht, über geistliche und kirchliche Dinge von sich aus nichts festzulegen. Das ist das eine Problem.

Das andere Problem ist folgendes: Sie sind in Ihrer These 39 dafür eingetreten, daß die Kirche selbst bestimmen müsse, was zu ihren Angelegenheiten gehört, im Sinne von Art. 137 III WRV. In der nächsten These 40 anerkennen Sie grundsätzlich die Zuständigkeit des Staates, für alle Bereiche eine rechtliche Ordnung festzusetzen; dies insbesondere als Auftrag an

den Gesetzgeber. Nun läßt sich aber beides nicht so ohne weiteres in Übereinstimmung bringen. Ich möchte als Beispiel nicht die Kultur- und Denkmalspflege erwähnen, über die man sich leicht schiedlich-friedlich verständigen wird, sondern den auch von der nachkonziliaren Katholischen Kirche noch festgehaltenen Anspruch auf das Eherecht. Die Katholische Kirche geht ja nach wie vor davon aus, daß s i e zuständig sei, nicht nur für alle Katholiken, sondern sogar für alle Getauften, das persönliche Eherecht — und zwar als Recht, nicht als innere Moral — zu regeln und darüber zu entscheiden. Wenn Sie jetzt Art. 137 III darauf anwenden, o h n e ihn dem Vorbehalt des allgemeinen Gesetzes zu unterstellen, nachdem die weltliche, staatliche Eheordnung als die maßgebliche, auch als die maßgebliche im Sinne des Art. 6 gilt, so weiß ich nicht, wie Sie die Schwierigkeiten lösen wollen. Sie kommen hier nicht darum herum, daß Sie die Entscheidungszuständigkeit eines der beiden Partner anerkennen müssen: entweder daß die Kirche selbst bestimmt, was ihre Angelegenheit ist, und damit über ihre Kompetenz zur Regelung entscheidet — der Staat muß sich dann daran halten — oder daß der staatliche Gesetzgeber diese Bestimmung trifft. Freilich muß der staatliche Gesetzgeber sie in einer Weise treffen, die den Staat als Haus darstellt, in dem jeder nach seiner Façon leben kann. Von daher muß m. E. auch der schwierige Ausgleich zwischen negativer und positiver Bekenntnisfreiheit gesucht werden, der ja gerade am Schulgebetsfall besonders aktuell wird. Hier ist es wirklich schwierig, die gerechte Lösung zu finden und nicht in die Verlegenheit zu kommen, entweder den einen Dissentierenden über alle anderen diktieren zu lassen oder aber diesen einen zu etwas zu zwingen, was ihm rechtlich nicht zumutbar ist.

Abschließend noch eine Bemerkung zum Freiheitsproblem. Mir scheint, wir müssen hier deutlich unterscheiden zwischen der rechtlichen Freiheit, die m. E. immer nur im Wege von Ausgrenzungen effektiv garantiert werden kann, und der inneren Erfüllung dieser Freiheit. Daß natürlich, moralisch und religiös gesehen, die rechtliche Freiheit nicht bindungslos sein kann, nicht ohne Maßstäbe, darüber sind wir sicher einer Auffassung. Aber ich darf das, die Ausfüllung der Freiheit, nicht wieder selbst zum Inhalt r e c h t l i c h e r Normierungen machen mit Ausnahme der Schranken, die für das geordnete und friedliche Zusammenleben erforderlich sind. Sonst begeben wir uns sehr leicht auf den Weg zur sog. Freiheit w o z u? Wenn die Freiheit „wozu" Inhalt der rechtlichen Freiheit wird, dann bleibt von der wirklichen Freiheit nicht mehr viel übrig.

Heckel: Ich glaube, daß sich bei der Frage, ob Freiheit in Ausgrenzung besteht oder nicht, eine gewisse Definitionsschwierigkeit eingeschlichen hat: Wenn ich davon sprach, daß die Freiheit sich nicht in einer Ausgrenzungsfreiheit erschöpfen kann, dann meinte ich insbesondere die Abwehr dieses negativen Freiheitsbegriffs, nach dem der Staat, wenn er überhaupt mit Freiheit zu tun hat, nur eine laizistische Freiheit der Ausgrenzung des Religiösen aus dem Recht vor Augen hat. Ich bin mit Ihnen also einig, und das war ja auch der Tenor meines Referats, daß die Sinnerfüllung der Freiheit Sache des einzelnen ist und nicht Sache des Staates. Nun kommt der Staat aber bei der Ordnung seiner Institutionen an dieses Problem der Freiheit und ihres Sinngehaltes, er kann die Freiheitsentscheidung nicht „ausgrenzen", sondern muß sie berücksichtigen, zur Entfaltung bringen und im Recht die Konsequenzen aus der Freiheit ziehen. Und dabei führt jene These von der Freiheit als Ausgrenzungsfreiheit zu keiner Lösung. Nehmen Sie doch das Amt des Theologieprofessors etwa, das ihm als Institut und Instrument der „positiven" Freiheit und Lehre seines Bekenntnisses dient. Was ist, wenn nun ein Theologieprofessor sein Bekenntnis wechselt? Dann können Sie mit dieser reinen Ausgrenzungsfreiheit nicht weiterarbeiten; dann muß er von seinem theologischen Lehrstuhl entfernt und in eine philosophische Fakultät hinübergeleitet werden, muß aber seine Beamtenrechte behalten usw. Das ist ein Beispiel dafür, wie hier die positive und negative Religionsfreiheit in der Ordnung eines Sachgebietes, der Wissenschaftspflege, konfrontiert werden. Und hier muß eine Ausgleichslösung gefunden werden, eine möglichst freiheitliche Ausgleichslösung, die weder eine theologische Fakultät und ihre „positive" Freiheit zu ihrem Bekenntnis verfremdet noch auch die „negative" Freiheit des einzelnen, davon abzutreten, verkürzt. Hier spiegelt sich in den Institutionen die verschiedene Sinnerfüllung der Freiheit. Ein totales Konkordanzdenken wird den Staat hier im Stich lassen, Herr Ipsen. Das habe ich auch nie verfochten. Der Staat muß hier in der Tat die Kirche auch beschränken. Aber die Beschränkung kann nicht so geschehen, wie das jetzt etwa im Schulrecht verlangt wird, daß alles Religiöse „ausgegrenzt" wird aus dem „staatlichen Bereich". Der Staat ist verantwortlich für die Ordnung der Gesellschaft; er kann sich auch nicht durch die Flucht in eine Generalsubsidiarität davon entziehen. Er wird daher versuchen müssen, eine Ausgleichslösung zu finden, die der Ambivalenz der Freiheitsgarantien gerecht wird. Und diese institutionellen Probleme sind ungleich schwieriger als die Behandlung der individuellen Religionsfrei-

heit als subjektives Ausgrenzungs- und Abwehrrecht, wie Sie es vor Augen haben.

Gerade diese Beispiele zeigen mir, daß man zwischen Staat und Kirche nicht nach Bereichen abgrenzen kann, sondern daß sie sich im gleichen äußeren Bereiche überlagern. Dabei sind die Ordnungen von Staat und Kirche getrennt und relativ selbständig. Man wird das Kanonische Recht und unser Verfassungsrecht nicht durchweg auf einen Nenner bringen; eine durchgehende, bruchlose Einheit der Rechtsordnung ist, meine ich, eine petitio principii — obwohl mir dieser Zweifel auf den Kirchenrechtslehrertagungen immer sehr angekreidet worden ist. — Aber nun geht es eben darum, daß diese beiden Rechtsordnungen nicht in totaler Rivalität und Beziehungslosigkeit hängenbleiben, denn derselbe Mensch, dem seine religiöse Freiheit garantiert ist, lebt zwischen den Rädern. Das staatliche Recht muß zwar ordnen, aber eben freiheitlich ordnen.

Dann zu der Frage von Herrn Herzog, ob zwischen Art. 4 und Art. 140 GG Unterschiede im Freiheitsverständnis bestünden. Ich sehe eben keine rechten Unterschiede:

In der Vergangenheit hat man zwar — auch aus den typisch liberalen Abwehrhaltungen — die Religionsfreiheit überwiegend als Ausgrenzungsfreiheit des Religiösen verstanden. Die Religionsfreiheit galt primär als das Grundrecht des Freigeistes, des Aufgeklärten — während das Christliche für die große Herde auf die Institutionen verrechnet wurde, in welchen dann die Frage nach der individuellen Glaubensfreiheit gar nicht mehr aktuell wurde. Die „Christlichkeit" sollte durch die monarchisch-christlichen Institutionen gewahrt werden, damit das Volk nicht davonlaufe. Aber Institutionen können gar nicht „christlich" sein, denn sie können nicht glauben. „Christlich" ist nur der Christ als Person. Die Religionsfreiheit galt so als säkulares Grundrecht; und es diente dann zum Kirchenkampf, wenn man einseitig die Konsequenzen dieser laizistischen Freiheit für die Ordnung der Gesellschaft auszeichnete. Sie finden diese Problematik schon in vielen Kulturkampfgesetzen: Wenn so die Institutionen des Kirchen- und Staatskirchenrechts mit Hilfe dieses laizistischen Freiheitsbegriffes „befreit" werden sollten, dann führte die Liberalisierung in den staatskirchenrechtlichen Feldern in paradoxer Konsequenz zur Beschneidung der Kirchenfreiheit. Aber dabei bleibt eben der Sinn und die Bedeutung der positiven Religionsfreiheit auf der Strecke.

Einen Unterschied zwischen Art. 4 und Art. 140 GG sehe ich also der Sache nach nicht. Art. 4 GG bietet dem einzelnen

einen weltlichen, „offenen" Freiheitsrahmen an, zur Sinnerfüllung nach seinen kirchlichen bzw. weltanschaulichen Maximen. Und Art. 140 GG bietet auch der Kirche einen solchen neutralen, „offenen" Begriff an, den Begriff der „Religionsfreiheit".

Früher hat man diesen Begriff der Religionsgesellschaft auch nicht neutral und offen, als eine offene von der Kirche selbst auszufüllende Rechtsform verstanden, sondern man hat ihn kollegialistisch verstanden. Im Staatskirchenrecht galt die Kirche nicht als „Kirche" i. S. ihres Selbstverständnisses als Stiftung Gottes, sondern als menschliche Religionsgesellschaft im Sinne des säkularen Korporationsbegriffs der Aufklärung, des Vereinsmodells, der französischen Kultusvereine usw., um eben die Hierarchie zu schlagen mit diesem Begriff. Aber über diese Frontlinien des 18. und 19. Jahrhunderts sind wir hinaus. Und ich glaube, wir sollten auch nicht über sie zurückgehen ins 17. Jahrhundert, Herr Quaritsch. Wir sollten uns vielmehr im Ernst dieser Freiheitsfrage unseres Jahrhunderts stellen, sollten das Ineinander der individuellen Religionsfreiheit und der Kirchenfreiheit berücksichtigen. Bei seiner Garantie der Kirchenfreiheit muß der Staat zwar auch die Kirchenfreiheit begrenzen, so etwa durch das staatliche Kirchenaustrittsrecht. Aber diese korporative Religionsfreiheit, die also äußerlich begrenzt wird durch die Austrittsmöglichkeiten der Apostaten, sie darf nun auch nicht innerlich im laizistischen Sinne verfremdet verstanden werden: Wenn der Gläubige nicht aus seiner Kirche austritt, dann nötigt ihn der Staat nicht zu einem rechtlichen Verständnis der Kirche nach dem säkularen Korporationsmodell, sondern läßt ihm seinen Glauben an ihre göttliche Stiftung, ihr ius divinum, an den Papst und an die Hierarchie.

Also: Sowohl bei Art. 4 GG wie bei Art. 140 GG stellt der Staat eine offene, neutrale Rechtsform zur Verfügung zur Sinnerfüllung durch einen einzelnen bzw. durch die Kirche; er tut dies aber mit den Schranken, die die staatliche Ordnungsaufgabe und die negative Religionsfreiheit ihm der Kirche und dem kanonischen Recht aufzuerlegen nötigt.

Kaiser: Eine Bemerkung zu dem Letzten von Herrn Heckel und dann eine Frage an beide Herren Referenten. Die Abwertung des Institutionellen ging mir in den letzten Sätzen doch etwas zu weit. Wenn Herr Heckel sagte, Institutionen können nicht glauben, dann möchte ich dem doch entgegenhalten, daß Institutionen möglicherweise Kirche im biblischen Sinn und corpus mysticum sind.

Mit meiner Frage möchte ich anknüpfen an das, was Herr Ipsen bereits zur Industriegesellschaft und Herr Herzog zur pluralistischen Gesellschaft gesagt haben, ohne daß ich allerdings Neigung verspüre, mich für die pluralistische Gesellschaft zu entschuldigen. Ich möchte mir die Frage erlauben, ob die Herren Referenten nicht meinen, daß unsere Verfassungsordnung es möglicherweise nahelege, die Rechtsposition der Kirchen auch einmal im Verhältnis zu der Position anderer Gruppen zu bestimmen. Der Kürze halber formuliere ich dazu selbst eine These und stelle anheim, sich dazu zu äußern:

Die Spiritualisierung vermag natürlich Machtansprüche zu begründen; aber ich meine, daß trotzdem der auch von den Kirchen anerkannte Pluralismus einen relativen Rangverlust der Kirchen innerhalb der staatlichen Rechtsordnung zur Folge hat.

Hollerbach: Herr Kaiser, ich bin der Meinung, daß wir die Abwertung oder die Relativierung des Begriffes und der Wirklichkeit der Institutionen nicht zu weit treiben dürfen. Ich habe, etwas versteckt an einer Stelle in meinem Referat, davon gesprochen, daß gerade die sogenannte kleine Herde sich dessen bewußt ist, daß sie ihre Wirksamkeit in der Welt nicht außerhalb von Institutionen entfalten kann; vielmehr ist, wie ich es einmal formuliert habe, die Institution der Ort des personalen Ereignisses. Wir müssen uns also davor hüten, Institution einerseits, Person andererseits in einen kontradiktorischen Gegensatz zu bringen. Beides gehört aufs engste zusammen. Wir müssen Institutionen personalisieren. Institutionen haben aber ihrerseits eine stabilisierende Wirkung gerade für das Wirken der Person. So würde ich es sehen, und ich würde auch glauben, daß zumindest für eine katholische Betrachtung selbstverständlich auch der Aspekt der institutionellen Gestalt und der institutionellen Wirksamkeit der Kirche als transpersonaler Gemeinschaft in der Tat nicht zu vernachlässigen ist, bei aller Notwendigkeit der Personalisierung.

Das nächste Problem, das aber unmittelbar damit zusammenhängt, ist die Frage: Pluralismus, Stellung der Kirchen im Rahmen der Verbände. Hier würde ich zunächst einmal auch nicht — ähnlich wie Herr Kaiser — mich dafür entschuldigen oder den Begriff Pluralismus mit einem bedauernden Zusatz versehen. Dabei darf ich einfließen lassen, daß gerade auch die Konzilstexte sehr wohl davon sprechen, daß es diese pluralistische Wirklichkeit gibt; das wird aufgenommen. Ich möchte auch glauben, daß gerade dieses Problem, das Herr Kaiser in seiner

These formulierte: Rangverlust — Rangrelativierung, etwas vorsichtiger gesagt — daß dieses Problem sehr deutlich gesehen ist und gerade mit ein Moment war, um die neue Position bezüglich der Religionsfreiheit hervorzubringen. Pluralismus wird also akzeptiert und positiv entfaltet. Das führt dann aber dazu, daß im demokratischen Gemeinwesen — das wäre auch eine kleine Bemerkung zu der eingangs von Herrn Smend aufgeworfenen Frage —, daß in der Tat im demokratischen Gemeinwesen es eine Grenze gibt für Bevorzugungen, für Privilegierungen der Kirche. Sie scheinen mir nicht völlig ausgeschlossen zu sein, es sei denn, man legt ein völlig egalitaristisches Konzept zugrunde. Auch in der Verbände- und Pluralismusproblematik wird man noch sehr viel differenzierter zusehen müssen. Es gibt eben keinen „Eintopf", sondern es gibt etwa ökonomische Verbände, es gibt aber auch Verbände im geistig-kulturellen Sektor. Man kann hier dann noch weiter differenzieren. Man muß gerade auch für die Wirklichkeit der Freiheit in diesem Pluralismus sehr wohl eine Unterscheidung zwischen ökonomischen Verbänden und geistig-geistlichen Verbänden treffen, bei aller Schwierigkeit, hier Maßstäbe für die Differenzierung zu finden. Ich bin nicht in der Lage, hierfür eine handfeste Formel anzubieten. Ich würde aber glauben, daß wir mit solchen Überlegungen auch über gewisse früher wohl vorherrschende Positionen hinauskommen könnten, daß wir etwa immer nur, bezogen auf die Stellung in der politischen Gemeinschaft, das ganz andere der Kirchen hervorheben, sie ganz schroff abheben von den Verbänden. Ich glaube, wenn man den Verbandsbegriff offen konzipiert und ihn nicht von vornherein ideologisch verengt, können wir sehr wohl über diese schroffen Antithesen hinauskommen. Ich würde dann auch keine Schwierigkeit haben, zu sagen — das klang ja in meinem Hinweis auf die Zugehörigkeit der Kirchen zum establishment an —, daß die Kirchen, um mit Montesquieu zu sprechen, zum corps intermédiaire gehören, freilich in ihrer spezifischen Funktion und nun nicht als Vereine oder so irgend etwas, sondern als Kirchen mit ihrem spezifischen Auftrag. Die Frage, die Herr Herzog aufgeworfen hat, nach der rechtlichen Konsequenz daraus, ist dann freilich eine weitere Frage, die ich jetzt nicht vertiefen möchte.

Stein: Ich muß noch einmal auf die religionssoziologischen Tatsachen zurückkommen, die in der Diskussion schon verschiedentlich angesprochen worden sind. Auch ich habe mich sehr gefreut darüber, daß Herr Hollerbach diese Fakten in seinem Referat erwähnt hat. Mir scheint aber, daß sie nicht nur Herr Heckel, sondern auch er nicht genügend ausgewertet

hat. Das zeigt sich besonders deutlich an den konkreten Konsequenzen. Ich möchte nur ein Beispiel anziehen, das Schulwesen. Hierzu sagt Herr Hollerbach unter E 4 seiner Thesen, es dürfe nicht außer Betracht bleiben die Zugehörigkeit des größten Teils der Schüler und Lehrer zum christlichen Glauben, also nicht zu einer christlichen Kirche, sondern zum christlichen Glauben. Wenn man es so formuliert, ist es einfach nicht richtig, und diese Unrichtigkeit hat, wie mir scheint, verfassungsrechtliche Konsequenzen. Nach den mir bekannten Zahlen gehört auch bei der katholischen Kirche die Mehrzahl der Kirchenangehörigen nicht zu den praktizierenden Christen. Von der praktizierenden Minderheit beider Kirchen bejaht nur ein Teil die offiziellen Glaubensbekenntnisse. Selbst innerhalb der Geistlichkeit zweifelt, jedenfalls bei der evangelischen Kirche, ein erheblicher Teil an den Lehren, die sie von der Kanzel zu verbreiten haben. Dahinter steht wiederum ein soziologisches Faktum, das die positive Religionsfreiheit erst mit der Relevanz ausfüllt, die sie verfassungsrechtlich so wichtig macht. Auch dieses Faktum sollten wir ruhig deutlich aussprechen. Es geht bei der positiven Religionsfreiheit und bei den Formen, in denen sie ausgeübt wird (also im Rundfunk, im Religionsunterricht, in der Bekenntnisschule), letztlich um die Selbstbehauptung der Kirchen als Institution. Dahinter steht das Ringen der einzelnen Geistlichen um ihre persönliche Position. Sie alle werden Theologiestudenten oder junge Geistliche kennen, die vor diesem Problem stehen. Sie haben auf der Universität Erkenntnisse erfahren, die schwerste Zweifel an der Richtigkeit ihres Glaubens begründen. Nun stehen sie vor der Wahl, ihren Beruf zu wechseln oder Lehren zu verbreiten, an denen sie selbst zumindest Zweifel haben. Dieses große Problem steht letzten Endes hinter den rechtlichen Problemen, die wir hier diskutieren. Wenn man das berücksichtigt, kann man eine positive Religionsfreiheit jedenfalls nicht in dem Sinn befürworten, daß der Staat verpflichtet oder auch nur berechtigt sei, den offiziellen Glaubensinhalt zu fördern. Denn dieser offizielle Glaubensinhalt wird von der Mehrheit selbst der Kirchenmitglieder heute nicht mehr geteilt. Eine positive Förderung jenes offiziellen Glaubensinhalts durch den Staat würde also bedeuten, daß der Staat Partei nimmt zugunsten des etablierten Glaubens und gegen die abweichenden Meinungen der Mehrheit. Herr Hollerbach, es ist die Mehrheit, um die es hier geht, und nicht die Minderheit. Wenn man dieser Mehrheit Glaubensfreiheit in der Schule zubilligt, kann man also nicht vom Diktat einer Minderheit sprechen, wie man es beim Gebetsurteil getan hat, weil nur ein Schüler und dessen Eltern den

Mut aufbrachten, sich zu wehren. Ich meine, diese Fakten muß man berücksichtigen. Dann ergibt sich eine ganze Reihe anderer Bewertungen oder andere Antworten auf Einzelfragen, die ich im Rahmen eines Diskussionsbeitrages nicht entwickeln kann.

Scheuner: Ich würde sehr gern ein Wort zur Auffassung der positiven und negativen Freiheit und zu der in den letzten Worten immer wieder angeklungenen Prozentrechnung sagen.

Mir scheint die Frage, in welchem Maße sich rechtlich anerkannte Teilnehmer einer Organisation zu ihr innerlich bekennen, vom Rechte her nicht sicher beantwortet werden zu können. Würde man diesen Prozentsatz auf die Parteien anwenden, die nur einen ganz geringen Prozentsatz eingeschriebener Mitglieder haben, so würde ein sehr fragwürdiges Ergebnis herauskommen. Bei den Gewerkschaften liegt es ähnlich, die heute meist unter 50 Prozent der betreffenden Arbeiterschaft des Berufes umfassen. Ich glaube also, daß man sicherlich soziologische Analyse auch bei den Kirchen anzuwenden hat. Aber der Einwand, die Mehrheit der kirchlichen Diener glaubte nicht selbst an ihre Lehre, ist doch wohl ein Vorwurf, der, glaube ich, unterhalb dessen liegt, was wir in dieser Versammlung erwähnen sollten. Ich darf dann aber einen Schritt weiter gehen und darauf hinweisen, daß auch der Begriff der Freiheit, die eben Herr Ipsen vertreten hat, seine Probleme hat. Herr Bettermann hat gestern angeregt, einmal von der Wissenschaftsfreiheit zu sprechen. Freiheit bedeutet im modernen Gruppenleben und in der modernen Präponderanz des Staates nicht mehr das, was der Liberale, die liberale Theorie sich vor 150 Jahren darunter vorstellte. Wissenschaftsfreiheit zum Beispiel könnte, wenn wir Herrn Ipsen folgen, darin bestehen, daß der Staat den Physikern alle Freiheit gibt zu forschen. Die Anlagen hierfür kosten zwar viele Millionen, aber das können sie selbst aufbringen. Das aber sichert keine Freiheit mehr. Wissenschaftsfreiheit heißt heute, daß der Staat positiv die Wissenschaft fördern muß. Natürlich kann der Staat dem Physiker nicht vorschreiben, was er forschen soll. Aber allein schon in der Hergabe der nötigen Mittel, in der Entscheidung, welche Anlagen erstellt werden, muß der Staat heute eine Wissenschaftspolitik betreiben, die naturgemäß die Freiheit des Professors, dessen Theorie nun nicht in der betreffenden Anlage verwirklicht wird, beschneidet. Es ist nicht mehr einfach so, daß man einen Raum der Freiheit ausgrenzen kann, sondern die staatliche Kulturpflege nimmt heute dem Staatsbürger den größten Teil des Geldes weg, über das er vor 100

Jahren noch frei verfügte, um es für seine kulturellen Eigeninteressen zu verwenden. Sie wissen genau wie ich, Herr Ipsen, daß die meisten Vereine den größten Teil ihrer Gelder vom Staat bekommen. Ich wollte nur auf diesen Zusammenhang aufmerksam machen, um vor der Illusion zu warnen, daß es genüge, dem einzelnen einen Raum der Betätigung frei zu lassen. Das genügt dann nicht, wenn der Staat denselben Raum, wie bei dem staatlichen Schulmonopol, bereits erfüllt. Würde der Staat keine Schulen unterhalten, sondern das Steuergeld dem einzelnen lassen, damit er seine Kinder ausbildet, so würden wir ein wahrscheinlich viel mannigfaltigeres, viel bunteres, vielleicht schlechteres, vielleicht besseres Schulwesen haben, aber jedenfalls ein Schulwesen, das vielleicht demokratischer und freiheitlicher wäre als jenes, das wir heute haben.

Bachof: Das ist, wie ich meine, in der Tat ein außerordentlich wichtiger Gesichtspunkt, der z. B. im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht um das Sozialhilfegesetz und um das Jugendwohlfahrtsgesetz eine viel größere Rolle hätte spielen müssen.

Pirson: Ich will zu dem grundsätzlichen Problem, das Herr Heckel aufgeworfen hat, Stellung nehmen. Wie sich herausgestellt hat, stößt sein Versuch, eine positive Zuordnung von Staat und Kirche bereits auf der Ebene des Verfassungsrechts nachzuweisen oder neu zu begründen, auf gewisse Schwierigkeiten, wie sie in den zahlreichen skeptischen Worten zum Ausdruck kamen. Auch ich teile diese Skepsis hinsichtlich der Art und Weise, wie Herr Heckel diese Zuordnung im Verfassungsrecht verankern möchte, nämlich durch eine positive Wendung der an sich ursprünglich negativ verstandenen Rechte „Religionsfreiheit" und „Selbstbestimmungrecht der Kirchen". Es ist eben unvermeidlich, daß bei dieser positiven Wendung, bei dem Verständnis dieser Rechte als Verfassungsauftrag, der Staat bei der Ausführung des Verfassungsauftrags ein bestimmtes Bild von dem haben muß, was Religion ist, deren Freiheit er gewährleistet haben will. Das geht nicht ohne ein bestimmtes Urteil, wobei der Staat wegen seiner Inkompetenz auf diesem Bereich kein Urteil haben kann. Man muß eben bedenken, daß gerade die negative Wendung dieser Grundrechte für die Kirche nicht odios, sondern geradezu Voraussetzung für die Entfaltung ihrer Freiheit ist. Es geht eben nicht, daß man die negative Seite dieser Freiheit, also die Inkompetenz des Staates auf diesem Bereich, geltend macht, um die Freiheit der Kirchen zu begründen, aber gleichzeitig dann

diese Freiheit positiv wendet, um den Staat zu verpflichten, in diesem Bereich tätig zu werden. Also die Besonderheit der Religionsfreiheit und der Glaubensfreiheit und auch des Selbstbestimmungsrechts der Kirche liegt eben darin, daß sie objektiv-rechtlich für den Staat eine sachliche Schranke seiner Regelungsbefugnis aufweisen; diese sachliche Schranke braucht die Kirche als Basis für die freie Betätigung im Hoheitsraum des Staates. Und an diesem Zwiespalt scheitert das. Der Staat kann und darf sich hierüber kein positives Urteil bilden. Wenn Herr Heckel sagt, der Staat muß, weil er hier mit der Sache „Religion" zu tun hat, sich auch informieren, er muß auf die Theologie hören, ja dann muß er auch insoweit auf die Theologie hören, als — ein Teil der Theologie wenigstens — gerade jene ecclesiologische Farbenblindheit postuliert und gerade die Inkompetenz des Staates in puncto Religion betont. Also mit Hilfe der positiven Ausgestaltung des Selbstbestimmungsrechts ist wohl die Verankerung im Verfassungsrecht nicht zu bewerkstelligen. Die Ausgrenzung ist aber keineswegs, wie es teilweise vielleicht verfehlt verstanden worden ist, ein Zwang zur laizistischen Position. Das Urteil, daß der Staat für die Erfüllung seiner Aufgaben im kulturellen und sozialen Bereich auf die Kirche als Potenz angewiesen ist, mag durchaus richtig sein. Nach ihm kann auch in einem Staat, der die Kirche mit den liberalen Freiheitsrechten bedenkt, praktiziert werden. Es ist aber ein politisches Urteil, unterliegt dem politischen Ermessen und bedeutet, daß eben auch ein gegenteiliges Urteil möglich wäre, d. h. zur Diskussion steht. In dieser Hinsicht gewinnt die positive Entscheidung des Staates und seiner Aufgabe für die Kirchen ja durchaus an Gewicht. Die Zuordnung auf der Ebene des Verfassungsrechts zu verankern, kann aber in anderer Weise geschehen, in der herkömmlichen Weise, indem man ausgeht von den verfassungsrechtlichen Einzelgewährungen. Wie Herr Scheuner nun meint, scheint dieser Weg wenig modern zu sein; er meint, die Zufälligkeiten von 1919 bilden keine sichere Beurteilungsbasis. Nun muß man sagen, hinter diesen verfassungsrechtlichen Gewährleistungen von 1919, insbesondere der Gewährleistung der Kooperationsqualität, steht durchaus eine innere Wahrheit, nämlich die innere Wahrheit, auf die Herr Heckel heute selbst implicite hingewiesen hat, daß der Staat eben gebunden ist durch die Vorgeschichte, durch die staatskirchliche Vorgeschichte: Weil er die Kirche für seine Zwecke vereinnahmt hat und sie sich nicht selbst hat entfalten können nach eigenen Gesetzen, deswegen ist er jetzt gebunden — gewissermaßen im Einstehen für die staatskirchliche Vergangenheit —, der

Kirche auch die Existenzmöglichkeit zu sichern. Im Bereich der vermögensrechtlichen Garantien wird der Charakter dieser Garantie als Folgehaftung durchaus erkannt. Das gilt aber ebenso für die Gewährleistung einer öffentlich-rechtlichen Position. Herr Heckel sagte beiläufig, es sei eine Bezugnahme des staatlichen Rechts auf die innerkirchlichen Normen durchaus möglich; da habe ich erhebliche Bedenken, daß das so ohne weiteres geht, Bedenken vom Rechtsstaat her. Die gegenwärtige Rechtsordnung ist noch von diesen Bezugnahmen getragen; sie bieten auch die eigentlichen Schwierigkeiten — Schwierigkeiten deswegen, weil es problematisch ist vom Rechtsstaat her. Rechtsnormen im Bereich der staatlichen Rechtsordnung müssen wägbar und meßbar sein; nach der Theorie vom eigenständigen Kirchenrecht sind eben kirchliche Normen von der Kirche nach ihren eigengearteten Intentionen gesetzt und wären darum bei Einbeziehung in weltliche Normen letzten Endes nicht wägbar und meßbar. Diese Verflechtung ist problematisch. Ein Beispiel: Die Theologie, die das Bundesverwaltungsgericht entfaltet in der Auslegung des Wehrpflichtgesetzes betreffend Befreiung von der Wehrpflicht. Was das Bundesverwaltungsgericht da sagt zur Amtstheologie in Auslegung der Begriffe Ordination und Subdiakonatsweihe, die man überflüssigerweise in diesem Gesetz verwendet, das ist eine spezifische Theologie, die bei manchen protestantischen Theologen erhebliche Fragezeichen hinterläßt.

von der Heydte: Gerade der Begriff der Theologie ist meiner Ansicht nach doch allzusehr ausgeweitet worden. Das Kirchenrecht gehört nicht zur Theologie im eigentlichen Sinne. Nimmt man das „innere" Kirchenrecht ganz einfach in die Theologie mit hinein, werden Grenzen, die innerhalb der Kirche gegeben sind, niedergerissen; die Angelegenheit wird noch mehr verdunkelt, als sie schon dunkel ist. Wir müssen, so glaube ich, klar zwischen dem „inneren" Kirchenrecht, das mit der Theologie manchmal sehr wenig zu tun hat, und der echten theologischen Aussage unterscheiden.

Geck: Ich knüpfe an die Bemerkung von Herrn Pirson zum Wehrpflichtgesetz und zum Gesetz über den zivilen Ersatzdienst an und möchte die von ihm erwähnte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Ausgangspunkt für eine allgemeine Erwägung nehmen. Ich meine, daß in unserer Diskussion über das Thema der Kirchen unter dem Grundgesetz unter dem Begriff Kirchen trotz gelegentlicher Ansätze zu einer Erweiterung letztlich immer wieder nur die beiden „Großkirchen" gesehen werden. Das ist nicht nur wegen der — in

mancher Beziehung täuschenden — Zahl von 95 Prozent verständlich, die in unserem Volk der römisch-katholischen Kirche oder einer evangelischen Landeskirche angehören; es ist verständlich auch wegen der Leistungen der Großkirchen für die Gesellschaft und damit letztlich auch für den Staat. Es ist schließlich verständlich, weil zwischen den Großkirchen und dem Staat unter dem Grundgesetz nicht nur ein Verhältnis des Gegenüber, sondern auch eine gewisse Partnerschaft besteht, die zwischen dem Staat und den Kleinkirchen sowie anderen Religionsgesellschaften teilweise fehlt. Ungeachtet dieser Erwägungen sehe ich bei der Betrachtung der Kirchen unter dem Grundgesetz im Hinblick auf die Kleinkirchen und andere Religionsgesellschaften einen erheblichen verfassungsrechtlichen Nachholbedarf. Er zeigt sich — um auf Herrn Pirsons Beispiel zurückzukommen — u. a. beim Wehrpflichtgesetz und beim Gesetz über den zivilen Ersatzdienst. Von ihren Verpflichtungen sind ausgenommen ordinierte evangelische Geistliche und römisch-katholische Geistliche mit der Subdiakonatsweihe sowie hauptamtlich tätige Geistliche anderer Bekenntnisse, deren Amt den obengenannten Personen entspricht. Das ist — wie Herr Pirson erwähnt hat — schon von den Vorstellungen her problematisch, die hinter dem Abstellen auf die Ordination und die Subdiakonatsweihe der großen Kirchen stehen. Die Ausnahmebestimmung wird aber bei ihrer Anwendung im konkreten Fall unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung noch problematischer. In der von Herrn Pirson erwähnten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 14, 318) ist die Gleichstellung eines Sonderpionierverkündigers der Zeugen Jehovas abgelehnt. Es handelte sich um einen Mann, der bei einem Unterhalt, der allenfalls für den primitivsten Lebensbedarf reicht, für seine Glaubensgemeinschaft hauptamtlich tätig ist. Sein Bezirk hat die Größe mindestens einer Probstei etwa in der hessischen Landeskirche oder der katholischen Kirche; er geht wahrscheinlich über einige evangelische Landeskirchen hinaus. Der Sonderpionierverkündiger hatte über die bei den Zeugen Jehovas übliche Ausbildung hinaus eine besondere Ausbildung gehabt und in Kursen von unterschiedlicher Dauer vertieft. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Ablehnung der Gleichstellung ohne näheres Eingehen auf diese — in der Urteilsbegründung nur teilweise wiedergegebenen — Tatsachen abgelehnt. M. W. schwebt nun eine Verfassungsbeschwerde in Karlsruhe. Bei diesem Fall verschränken sich für die materiell-rechtliche Betrachtungsweise Individualrechte und die Rechte der Kleinkirchen und anderer Religionsgesellschaften, denen Personen in dieser Stellung ange-

hören. Die m. E. verfehlte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts scheint mir mit der Betrachtungsweise zusammenzuhängen, die ich eben anzudeuten versuchte, nämlich mit einem Modell der Großkirchen, an denen die kleinen Kirchen und andere Religionsgesellschaften ohne hinreichende Berücksichtigung ihrer Eigenheiten und ihres Selbstverständnisses gemessen werden.

M. E. ist es Aufgabe gerade der Staatsrechtslehre, diesen Dingen größere Aufmerksamkeit zuzuwenden, und zwar gerade deswegen, weil ein großer Teil der Bevölkerung den Kleinkirchen und anderen Religionsgesellschaften negativ gegenübersteht. Die Konsequenzen eines Umdenkens in dieser Frage mögen manchmal unangenehm sein. Das gilt zwar nicht für den konkreten Fall; vielleicht bahnt sich in dieser Frage mit der Befreiung von Predigern der „Gemeinde Gottes" auch schon eine Wendung der Rechtsprechung an (BVerwGE 25, 338). In Bereichen, die ebenfalls bereits erwähnt worden sind, nämlich bei Fragen der Sozialhilfe, der Schulgesetzgebung und der Beteiligung an den Massenmedien, soweit sie durch Rechtsnormen auf pluralistischer Basis geregelt ist, können größere praktische Schwierigkeiten auftreten. Ungeachtet der einen oder der anderen Schwierigkeit müssen wir m. E. zu einer Ordnung kommen, die Freiheit und Gleichheit nicht nur der Großkirchen stärker berücksichtigt als es bisher der Fall ist.

Scupin: Herr Hollerbach hat gesagt, wenn ich es recht verstanden habe: es steht n i c h t im Belieben des Staates, ob und mit welchen Kirchen er Verträge abschließt. Die Frage tritt auf: gilt das auch gegenüber den kleinen Kirchen oder eben jenen Religionsgesellschaften nach Art. 137 Abs. 4 WRV?

Hollerbach: Ich bin der Auffassung, daß das Vertragssystem nicht an die Großkirchen gebunden ist. Freilich wird im einzelnen genau durchzuprüfen sein, ob eine Notwendigkeit dafür besteht, auch mit kleineren Kirchen Verträge abzuschließen; aber ein prinzipieller Ausschluß der Kleinkirchen vom Vertragsstatus ist m. E. verfassungsrechtlich nicht geboten.

von Campenhausen: Ich wollte nur ein Wort sagen zur Unterscheidung der positiven und negativen Religionsfreiheit. Die Front gegen die Referenten ist ja noch nicht ganz klar aufgebaut, und hier scheinen mir zwei Sachen vielleicht durcheinanderzugehen. Einmal die Frage, wozu der Staat da ist. Die Frage nämlich, ob er zur Aufgabe hat, eine säkulare Ordnung

zu errichten und es den Bürgern möglichst schwer zu machen, ein religiöses Leben zu entfalten, oder ob er einen Freiheitsrahmen bildet, in dem die Bürger ihre Freiheit aktualisieren und das auch eben im öffentlichen Bereich. Die andere Frage, die nicht so juristisch ist, die aber bei dem zu beobachtenden Stimmungsumschwung vielleicht doch auch mitspielt, ist ein gewisser Ärger über die Kirchen. Da muß man sagen, daß die Kirchen selbst vielleicht auch nicht immer die besten Verbündeten der Referenten gewesen sind, indem sie vielleicht nicht immer dieses Maß an Feinfühligkeit im Zusammenspiel gezeigt haben, das gerade dann wünschenswert ist, wenn man die Gegenposition nicht teilen möchte. Vielleicht müßte man den Akzent einmal mehr auf die negative Freiheit legen, das andere Mal mehr auf die positive. In der Schule zum Beispiel möchte mir scheinen, als habe man in der Tat hier den Bogen überspannt und die negative Bekenntnisfreiheit von Bekenntnisminoritäten in den Ländern wie Rheinland-Pfalz, Nordrhein-Westfalen, Bayern oder Saarland verletzt. Aber diese Schlacht ist doch schon beinahe geschlagen. Das sind doch nur noch Abgesänge, indem die Schulfragen nun auf eine Regelung zugehen, wo es in der Tat wiederum seine Berechtigung hat, darauf hinzuweisen, daß auch die Christen einen Anspruch haben auf ihre Form der Schule. Man muß also vielleicht mal das eine, mal das andere mehr betonen.

Hesse: Es geht nur um einen Gesichtspunkt, auf den vielleicht noch aufmerksam gemacht werden darf. Es ist bereits auf den Kontrast der heutigen Problematik zu der vor 15 Jahren in Marburg hingewiesen worden; danach wurde, vor dem Hintergrund der späteren Entwicklung, eine bisher herrschende Lehre in Frage gestellt; heute zeigt sich wiederum eine neue Sicht: insgesamt also ein Bild von erheblichen Schwankungen des Verständnisses, das sich jedesmal als Verständnis d e r v e r f a s s u n g s r e c h t l i c h e n L a g e nach dem Grundgesetz ausgibt. Ich frage mich, ob hier nicht möglicherweise die Verfassung falsch verstanden wird, wovon ich übrigens meine eigenen früheren Arbeiten nicht ausnehmen möchte. Besteht nicht die Gefahr, daß die jeweilige staatskirchen p o l i t i s c h e Lage als staatskirchen r e c h t l i c h e Lage angesehen wird? Vielleicht sollte einmal die Möglichkeit ins Auge gefaßt werden, daß die Verfassung hier wie auch sonst innerhalb eines bestimmten Rahmens v e r s c h i e d e n e Formen des Verhältnisses der jeweiligen realen Kräfte zuläßt, die wir abstrakt als Kirchen und Staat bezeichnen. Wir müssen uns möglicherweise an den Gedanken gewöhnen, daß das Grundgesetz der Ausgestaltung dieses Verhältnisses einen ge-

wissen Spielraum läßt, und wir sind, wenn die Zeichen nicht trügen, bereits im Begriff, Ansätze einer neuen Ausgestaltung in der Gegenwart festzustellen.

Wenn das so ist, dann wäre die verfassungsrechtliche Aufgabe eher die, jenen Rahmen herauszuarbeiten, der zwar ein jeweils unterschiedliches Verhältnis ermöglicht, aber verbindlich ist, nicht nur im Sinne einer allgemeinen Zusammenarbeitsklausel, sondern auch in dem einer gewissen dogmatischen Verfestigung, die auch Hilfen für die Lösung von Konflikten bereithält. Wenn dabei schematisiert werden muß, so ist das immer der Preis, um den so etwas nur möglich ist, und ich würde deshalb etwa eine bloße Abwägungsformel nicht als ausreichende Interpretation des Art. 137 Abs. 3 WRV ansehen. Vielleicht würde von hier aus das Staatskirchenrecht eine etwas stärkere Stabilität gewinnen; ich fürchte, seine sinnvariierenden Formeln, wie Johannes Heckel sie bezeichnet hat, geraten sonst in die Gefahr, ihre Funktion zu verfehlen.

Dürig: Ein wesentlicher Fortschritt zu Marburg scheint mir doch die Erkenntnis zu sein, die Herr Heckel in Ziffer 24 ausgesprochen hat, daß es doch um den gleichen Menschen geht. Nun müssen wir uns doch einmal diesen Menschen ansehen. Er steht spätestens in Art. 4 Abs. 2 bei der Religionsausübung in soziologischen Beziehungen zu anderen, zu einer Institution, Sie können nach Abs. 1 den Menschen noch psychologisch isoliert betrachten — ich halte übrigens nichts davon, eine Statistik aufzumachen, wer noch glaubt oder nicht; das wissen nur Klinikpfarrer, das ist das forum interum. Zur Kenntnis nehmen müssen wir aber den soziologischen Befund. Jetzt müssen wir mit Begriffen der Soziologie arbeiten: nämlich, ob die Religionsgemeinschaft eine Sekundär- oder eine Primärbeziehung ist. — Ich bin der Meinung, daß es sich um eine Primärbeziehung handelt, etwa wie der Nachbarschaftsverband oder der Familienverband. Bei allen diesen soziologischen Primärbeziehungen stoßen wir auf ein Phänomen unserer Verfassung, daß nicht nur im Sinne eines Bereichsdenkens ausgegrenzt wird, sondern daß zwar ausgrenzend freigestellt wird, aber auch positiv freigesetzt wird, ja, sogar gefördert wird. Mir kommt es vor, wenn Sie im Staatskirchenrecht auf der Trennungsbasis argumentieren, als wollten Sie das Familienrecht — und es ist eine Konzeption, aber m. E. eine falsche — vom Scheidungsrecht her positivieren und angehen. Insgesamt zeigt sich, daß diese Hinwendung, diese Freisetzung, diese Förderung, von der Herr Scheuner sprach, keineswegs nur ein den Kirchen zukommendes Privileg ist, sondern sich nachweisen läßt an den verschiedensten Stellen des

Grundgesetzes und daß es nur eine Frage der Intensität und des graduellen Unterschiedes ist, wie weit diese Skala von der Freisetzung zu etwas — in der Tat, „Freiheit zu", Herr Böckenförde — bis zur Förderung, bis zur platten materiellen, finanziellen Förderung reicht.

Zippelius: Darf ich noch einmal eingehen, auf die grundsätzliche Gegenüberstellung eines „Schrankendenkens" einerseits und eines Denkens in der Kategorie inhaltlich bestimmter Freiheit andererseits. Mir scheint in dieser Gegenüberstellung doch eine zu starke Simplifizierung zu liegen, die der Konvergenz jener Begriffe zu wenig gerecht wird. So lassen sich etwa — um diese Konvergenz an einem Beispiel aufzuzeigen — Abgrenzensfragen zwischen negativer und positiver Religionsfreiheit immer nur durch Abwägungen lösen, die den Inhalt dieser Freiheiten voll in Rechnung stellen, insbesondere auch die Frage, ob und in welchem Grade diese Freiheiten nur an der Peripherie oder aber in ihrem Kernbereich angetastet werden. Die inhaltlichen Fragen spiegeln sich also unmittelbar in der Schrankenproblematik wider. Ich darf das an zwei geläufigen Beispielen verdeutlichen: Wo die positive Freiheit des einen nur am Rande berührt wird, wie im Falle des Schulgebets, mag die ihr widerstreitende negative Freiheit des anderen den Vorrang verdienen. Ein Gegenbeispiel böte der Gefängnisgottesdienst. Hier hat vielleicht der einzelne Strafgefangene ein Interesse daran, nicht durch die Veranstaltung eines Gottesdienstes in die Situation gedrängt zu werden, seine Ungläubigkeit zu offenbaren; dieses Interesse würde aber nicht den Vorzug verdienen vor dem schwerwiegenden Interesse der Mitgefangenen daran, überhaupt eine Gelegenheit zu einem gemeinschaftlichen Gottesdienst zu erhalten. Kurz, das Abgrenzungsschema läge hier in einer Art religionsfreiheitlicher Stufentheorie, an der sich besonders augenfällig zeigt, daß sich die Schrankenproblematik und die Inhaltsfragen unlösbar ineinander verschlingen.

Bachof: Wir sollten damit diesen Teil der Diskussion abschließen und nun zunächst zum R e c h t s s c h u t z übergehen.

Evers: Die Frage nach dem Rechtsschutz liegt in dem Spannungsfeld zwischen zwei Prinzipien, die schon in der Weimarer Verfassung angelegt waren: das Prinzip Rechtsschutz und das Prinzip Eigenständigkeit. Die Prinzipien hatten in der Weimarer Zeit noch nicht ihre innere Problematik enthüllt, weil sie beide nicht voll verwirklicht waren. Ich denke an das Stichwort „hinkende Kirchentrennung" und das Stichwort

„Enumerationsprinzip" im Verwaltungsgerichtsverfahren. Heute haben wir beide Prinzipien voll verwirklicht, oder wir streben nach ihrer vollen Verwirklichung. Da zeigt sich, daß sich diese beiden Prinzipien in einigen Punkten nicht mehr miteinander vereinbaren lassen. Es zeigt sich weiter, daß die Frage mit der Zauberformel von dem für alle geltenden Gesetz nicht zu lösen ist, auch wenn wir anstelle der bekannten Zauberformeln eine andere Zauberformel setzen, etwa das unbedingt Notwendige, wie es heute morgen Herr Hollerbach angedeutet hat. Johannes Heckel hatte ja auch eine Zauberformel entwickelt, und Sie, Herr Heckel, haben heute diese Formel zu Recht noch einmal zum Durchdenken gegeben. Es ging bei Johannes Heckel um die veritas des Gesetzes als Geltungsvoraussetzung des für alle geltenden Gesetzes; es wurde mithin damals schon die Bindung des Gesetzgebers an ein Wertsystem gefordert — eine Forderung an die Verfassungsinterpretation, die uns heute geläufig ist und für die wir heute andere Lösungsmöglichkeiten gefunden haben. Hier liegt eine sehr interessante Parallele zur Interpretation des Art. 5, eine Parallele, die nicht zufällig ist, denn wir verdanken die Impulse zur Interpretation des Rechts der Meinungsfreiheit der Untersuchung aus der Weimarer Zeit durch Herrn Smend. Den Forderungen nach einer wertbezogenen Interpretation versucht man heute mit Abwägungen gerecht zu werden, wenn wir auch die zu verwendenden Gewichte noch nicht recht kennen.

Aber auch das Prinzip des Rechtsschutzes scheint mir kein absolutes Prinzip zu sein, das der Abwägung völlig unzugänglich wäre. Dem Staat ist nicht unbedingt aufgegeben, Rechtsschutz zu gewährleisten, außer dem Fall des Art. 19 Abs. 4. Und dieser Fall ist beim Rechtsschutz, etwa für die Kirchendiener, nicht einschlägig. Daß solch eine Abwägung problematisch ist, daß eine solche Abwägung insbesondere nicht nur die Rechtssicherheit gefährdet, sondern auch ständig in Versuchung führt, zwischen Rechtspolitik und verfassungsrechtlicher Interpretation hin- und herzuschwanken, das scheint mir heute morgen auch wieder einmal spürbar geworden zu sein. Hier möchte ich Herrn Hesse beipflichten: wir stehen immer in dieser Versuchung. Aber wenn uns die Interpretation durch Abwägung aufgegeben ist, dann meine ich, ist nicht mehr mit ganzer Sicherheit zu sagen, daß der Staat den Kirchenbeamten unbedingt Rechtsschutz gewähren müsse. Eine solche Abwägung müßte zunächst einmal die Realitäten ins Auge fassen; diese aber zeigen uns sehr deutlich, daß sich die Kirchendiener, aus welchen Gründen auch immer, und das mögen aus laizistischem Verständnis heraus recht befremdliche Gründe sein, im

großen und ganzen in der Entscheidung der Kirche aufgehoben fühlen und nicht das Bedürfnis spüren zu klagen, geschweige denn auch effektiv das Bedürfnis hätten, einen vollstreckbaren Titel in die Hand zu bekommen, wie man ihn gegen einen säumigen Schuldner braucht. Dann weiter muß man bei einer solchen Abwägung berücksichtigen die Problematik der Abgrenzung von statusrechtlichen oder dienstrechtlichen Entscheidungen und vermögensrechtlichen Konsequenzen, für die die Rechtsprechung des Staates allein zur Verfügung stehen könnte. Diese Abgrenzung hatte im Beamtenrecht der früheren Zeit eine große Rolle gespielt, mit ihr kann man solche Probleme zwar entscheiden, aber nie einer befriedigenden Lösung zuführen. Ferner wird zu berücksichtigen sein, daß der Staat bei näherer Betrachtung für die Gewährung des Rechtsschutzes eine Fülle unterschiedlicher Gestaltungen von sehr unterschiedlicher Effektivität entwickelt, z. B. die Schiedsgerichtsbarkeit, z. B. aber auch die Verkürzung des materiellen Rechts. Denken Sie an die Möglichkeiten nach BGB, die Ansprüche aus Auftragsrecht oder aus Dienstrecht bis zur Grenze der Willkür so zu verkürzen, daß auch ein formal ausgebauter Rechtsschutz uninteressant wird. Denken Sie ferner daran, daß z. B. das Kündigungsschutzrecht für die Angestellten der höheren Dienste nicht durchgreift. Wenn man all dies bei der Abwägung mit in Rechnung stellt, wird man wahrscheinlich nicht mehr die Sicherheit haben, die Entscheidungen des BVerwG und des BGH als gänzlich unmöglich zu bezeichnen. Jedenfalls gibt die Interpretation des § 135 Beamtenrechtsrahmengesetz durch das BVerwG und den BGH der Kirche eine größere Freiheit, ihre Probleme sachgerecht nach ihrem Selbstverständnis zu ordnen. Allerdings schließen diese Entscheidungen nicht aus, daß der Gesetzgeber, wenn er die Notwendigkeit dafür verspürt, bei der Abwägung zu einem anderen Ergebnis kommt und unter Wahrung der Eigenständigkeit der Kirche den Kirchenbeamten und Pfarrern wieder durch zwingendes Recht einen Rechtsschutz zur Verfügung stellt.

Scheuner: Die Ausführung von Herrn Evers veranlaßt mich doch zu einer kurzen Erwiderung. Ich kann seinen Darlegungen, deren Ernst ich durchaus aufnehme, nicht folgen. Die entscheidende Stelle für den staatlichen Rechtsschutz des kirchlichen Amtsträgers liegt nicht in Art. 137 III. Sie liegt vielmehr in Art. 135 I und in Art. 92. Sie brauchen nur die Deutsche Bundesakte von 1815 aufzuschlagen; dort findet sich, daß die bürgerlichen Rechte jedes Bürgers vom Staate ohne Rücksicht auf seine Religion geschützt werden. Und damit übernimmt der Staat die Verpflichtung, jemand, der in eines anderen

Dienste tritt, in seinen rechtlichen und vor allem vermögensrechtlichen Ansprüchen vor seinen Gerichten zu schützen. Das ist der einfache Tatbestand. Es ist verfassungsrechtlich unmöglich, was das Bundesverwaltungsgericht und der Bundesgerichtshof entschieden haben. Dasselbe läßt sich aus Art. 92 ableiten. Wenn wir von einem umfassenden staatlichen Anspruch auf Rechtspflege ausgehen, muß das vermögenswerte Recht des Bürgers geschützt sein. Durchaus haben Sie recht, daß die Abgrenzung vermögensrechtlich im Beamtenrecht heute fraglicher ist, daß man also auch im kirchlichen Recht sich fragen könnte, ob etwa der Urlaubsanspruch eines Pfarrers vor einem Staatsgericht durchgesetzt werden könnte. Das ist eine Frage untergeordneter Bedeutung. Sicher kann nicht durchgesetzt werden der Anspruch eines Jesuiten, nicht den Befehl seines Oberen, eine andere Stelle zu übernehmen, erfüllen zu brauchen. Sicher kann nicht durchgesetzt werden der Anspruch eines Mönches, sich mit dem 8-Stunden-Tag zu begnügen. Ich glaube, wenn man die Fälle praktisch und klar sieht, kommt man auch zu einem brauchbaren Ergebnis.

Hollerbach: Herr Evers, so sehr ich heute morgen die These vorgetragen habe, so sehr habe ich auch immer wieder gewisse kritische Fragen an mich selbst, genau an diesem Punkt. Ich sehe sehr wohl, daß dieses Spannungsverhältnis zwischen Eigenständigkeit und Rechtsschutz- oder Justizgewährungspflicht des Staates außerordentlich schwierig ist. Ich wollte jetzt nicht mich näher darauf einlassen, sondern nur eines sagen. Die Formel, die ich heute morgen versucht habe, für das für alle geltende Gesetz hier in die Debatte zu werfen, ist nicht als Zauberformel gedacht. Im Grunde sollte sie nur dazu dienen, ein wenig näher an das entscheidende Problem hinzuführen. Es geht nämlich um das Problem des sinnvollen Zusammenlebens von Staat und Kirche, und zwar — und nun darf ich die Begriffe von Herrn Smend aufgreifen — unter Wahrung der beiderseitigen Berufsaufgaben. Es muß also einerseits freie kirchliche Verkündigung gewährleistet sein, auf der anderen Seite hat der Staat das, was ich „Gemeinwohlverantwortung" nenne, wobei ich in der Tat dem Staat eine Mitverantwortung für das Temporale nach wie vor zuerkenne, bei allen Schwierigkeiten, die es dann im einzelnen noch zu lösen gibt.

Kaiser: Darf ich hierzu noch einen Gedanken beitragen? Der Staat kann sich nicht von der Aufgabe entbinden, rechtsstaatliche Ansprüche an die Ausgestaltung des Verfahrens bei der Ausübung der den Kirchen eigenen öffentlichen Gewalt zu

stellen. In diesem Punkt folge ich nicht nur der Kritik, die von Herrn Hollerbach und von Herrn Scheuner an der Rechtsprechung des BGH und des BVerwG geübt worden ist, sondern ich würde auch dem von Herrn Hollerbach besprochenen Urteil des VGH Baden-Württemberg eher zustimmen. Ich meine, daß der Staat rechtsstaatliche Ansprüche nicht nur im Hinblick auf die Ausgestaltung des Verfahrens vor kirchlichen Gerichten, sondern auch der kirchlichen Verwaltung zu stellen hat.

Quaritsch: Weil für eine „herrschende Meinung" manchmal die Stimmen gezählt werden, möchte ich es nicht unterlassen, Herrn Hollerbach und Herrn Scheuner zuzustimmen. Worauf soll aber diese staatliche Gerichtsbarkeit normativ gestützt werden? Ich schlage vor, Art. 92 GG zur Begründung eines staatlichen Rechtsprechungsmonopols heranzuziehen. Art. 92 wäre einzuschränken zugunsten der Kirche mit Hilfe des Art. 4, etwa in bezug auf ihre Lehrzuchtverfahren. Dort, wo es um die wahre und reine Lehre geht, sind die staatlichen Gerichte nicht zuständig, aber außerhalb des Bereichs von Art. 4 müssen die staatlichen Gerichte zum Zuge kommen, genauso wie sie bei den Standesgerichtsbarkeiten anderer Körperschaften des öffentlichen Rechts zuständig sind, und sei es auch nur in zweiter oder letzter Instanz.

Bachof: Es geht Herrn Hollerbach dabei natürlich um das Verhältnis von Art. 137 III WRV zu Art. 92 GG!

Hollerbach: Eben dies wollte ich als Feststellung in die Debatte werfen.

Herr Quaritsch, es geht hier wiederum um den Versuch eines Ausgleichs, nämlich zwischen Art. 92 einerseits und Art. 137 Abs. 3 andererseits. So würde ich das Problem „ansiedeln", ohne jetzt die weiteren Konsequenzen daraus zu diskutieren.

Pirson: Ich habe dieselbe Frage wie Herr Quaritsch: Wie kommt man zu einer Norm für die Beurteilung dieser Dienstverhältnisse vor weltlichen Gerichten? Darin liegt ja die eigentliche Schwierigkeit, und das ist auch wohl der Grund, weshalb die staatlichen Gerichte sich der Rechtsprechung entziehen. Sie können nicht das gesamte innerkirchliche Dienstrecht anwenden; denn erstens fehlt es wohl an einer Ermächtigung für die Kirchen; sie wäre nur sehr schwierig nachzuweisen; dagegen sprechen dann insbesondere die von Herrn Scheuner dargelegten Gründe. Kirchliche Normen über bestimmte Rechtsverhältnisse, beispielsweise über Vermögensfähigkeit der Or-

densgeistlichen, sind nicht anwendbar; andere Normen offensichtlich, z. B. die Vergütungsansprüche für Dienste sollen anwendbar sein. Welches sind jetzt die rechtsstaatlichen Ansprüche eines kirchlichen Bediensteten, die vor einem weltlichen Gericht klagbar sind? Das ist die innere Schwierigkeit, zu der Sie Stellung nehmen müssen, nachdem Sie das Thema angeschnitten haben.

Böckenförde: Ich möchte Herrn Hollerbach nachdrücklich beitreten in seiner Kritik an den beiden Urteilen. Im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen den inneren Angelegenheiten, die einer Kontrolle durch staatliche Gerichte entzogen sein müssen, und den äußeren Angelegenheiten, wo der Bürger nicht rechtsschutzlos gelassen werden darf vom Staat, möchte ich die Formel zur Diskussion stellen, innerhalb dessen, was wir etwas global als Kirchenrecht bezeichnen, zu unterscheiden zwischen geistlicher Ordnung, die den Kult und Fragen des Glaubens und Sakramentes betrifft, und einem weltlichen Recht innerhalb des Kirchenrechts, wozu etwa das Dienstrecht der kirchlichen Bediensteten und Amtsträger gehört. Von daher könnte man die Scheidung vornehmen, und ich würde demgemäß auch differenzieren hinsichtlich des Anspruchs auf rechtsanwaltliche Vertretung. Wenn der Kirchendiener sich mit seiner kirchlichen Obrigkeit auseinandersetzt um äußere Rechtsfragen, etwa vermögensrechtlicher Art, dann kann er sich durch Rechtsanwälte vertreten lassen. Wenn es aber um ein Gespräch über die Frage geht, ob ihm die Ordination entzogen werden soll, so ist das eine geistliche Angelegenheit; da kann die Kirchenleitung darauf bestehen, unmittelbar mit ihm zu sprechen. Vielleicht kann diese Unterscheidung etwas zur Klärung beitragen; wieweit sie auch andere Zweifelsfragen klärt, vermag ich im Augenblick nicht zu überschauen.

Zacher: Auch ich sehe mit Herrn Pirson und wohl auch mit Herrn Böckenförde das Problem mehr auf der materiellen Seite. Aber ich würde gerade im Gegensatz zu Herrn Pirson sagen: Nicht die Schwierigkeit, das materielle Recht anzuwenden, schafft uns Bedenken bei der Begründung der Zuständigkeit staatlicher Gerichte; sondern umgekehrt ist der Sinn der Zuständigkeit staatlicher Gerichte gerade darin zu sehen, daß das materielle kirchliche Recht sich bewährt in seiner Bindung an das „allgemeine Gesetz". Ich würde noch weiter gehen als Herr Kaiser eben, als er sagte, das Verfahrensrecht müßte rechtsstaatlich ausgestaltet werden. Ich würde sagen, das ganze Recht, auch das materielle Recht, muß rechts- und sozialstaatlich — vor allem auch sozialstaatlich — ausgestaltet werden.

Es ist ja kein Zufall, daß die Diskussion sich immer wieder am Dienstrecht entzündet. Innerhalb des Dienstrechts müssen wir freilich — darin treffe ich mich wohl mit Herrn Böckenförde — eine große Spannweite feststellen und respektieren. Der unmittelbare kultische Dienst steht ganz in der Autonomie. Aber das Dienstverhältnis irgendwelcher Sekretärinnen und Krankenschwestern im kirchlichen Dienst oder das Dienstverhältnis selbst von Organisten, Küstern usw. ist ja schon wieder viel weiter weg von diesem engsten Bereich als etwa der Status eines katholischen Priesters. Ich möchte sagen: Wenn die staatliche Gerichtsbarkeit gefordert wird, dann gerade deshalb, weil es die einzige Möglichkeit ist, um die innerkirchliche Rechtsordnung noch zu kontrollieren. Nachdem man sich der staatlichen Aufsicht über die Kirchen — zu Recht — begeben hat, gibt es nur noch diese streitentscheidende Kontrolle über die innerkirchliche Rechtsordnung.

Herzog: Ich möchte mich dem anschließen, was Herr Böckenförde zu dieser Frage ausgeführt hat. Mit Sicherheit müßten sich die staatlichen Gerichte der Entscheidung dogmatischer Fragen enthalten. Außerdem möchte ich aber noch ganz kurz in Erinnerung bringen, was Herr Scheuner im Hinblick auf die Nichtjustitiabilität irgendwelcher untergeordneter Urlaubsansprüche angemerkt hat. Fast möchte ich meinen, daß hier der alte Grundsatz „minima non curat praetor" anklingt oder — eine moderne Parallele — so etwas Ähnliches wie die Unterscheidung von Grund- und Betriebsverhältnis im Besonderen Gewaltverhältnis. Ich möchte zu bedenken geben, daß man auch in dieser Richtung weiterdenken sollte.

Dürig: Ich mache nur darauf aufmerksam, daß „Dienstverhältnis" und „Vermögensrecht" keine geeigneten Kriterien sind. Sie kommen etwa bei Ordensgeistlichen mit dem Armutsgelübde und bei der geistlichen Verpflichtung, sich eben nicht an den 8-Stunden-Tag zu halten usw., damit nicht weiter.

Bachof: Wir kommen nun zu den Fragen des Vertragsrechts.

Rudolf: Ich möchte zu den Thesen von Herrn Hollerbach über den Rang des Vertragsrechts und die Nichtanwendung der lex-posterior-Regel Stellung nehmen — Thesen, die ja für die Praxis bedeutsam werden und bei jedem neuen Konkordats- oder Kirchenvertragsschluß immer wieder die Gemüter bewegen. Zunächst ist festzuhalten, daß Konkordate keine völkerrechtlichen Verträge sind, daß also die Regeln des Bundesrechts

und auch des Landesrechts, die für völkerrechtliche Verträge gelten, nicht unmittelbar auf Verträge mit den Kirchen anzuwenden sind. Gleichwohl meine ich, daß — rechtstheoretisch gesehen — Parallelen zwischen völkerrechtlichen Verträgen und kirchenrechtlichen Verträgen bestehen. Dies gilt vor allem für die Frage nach der Wirkung des innerstaatlichen Anwendungsbefehls, übrigens auch des innerkirchlichen Anwendungsbefehls. Wir können hier die Frage offen lassen, ob die Vollzugslehre oder die Transformationstheorie den Gegebenheiten besser genügt — m. E. genügt die Vollzugslehre n i c h t, da es nicht nur darauf ankommt, zu sagen, „ita ius esto", sondern man muß auch fragen, „quid ius"? Auf jeden Fall wird der Rang der Norm durch einen innerstaatlichen bzw. innerkirchlichen Anwendungsbefehl bestimmt. Nun sagt Herr Hollerbach, daß der Rang von kirchenrechtlichen Verträgen auf der Ebene der Verfassung liege. Für völkerrechtliche Verträge bestimmt aber weder das Bundes- noch das Landesrecht irgendetwas derartiges, sondern nur die allgemeinen Regeln des Völkerrechts haben einen höheren Rang als die Gesetze — so im Bundesrecht Art. 25, und die meisten Landesverfassungen sagen das auch. Hinsichtlich des Vertragsvölkerrechts bestimmt Art. 59 Abs. 2 GG, daß hier der innerstaatliche Anwendungsbefehl bei bestimmten Verträgen durch ein G e s e t z, ein einfaches Gesetz erteilt werden soll. Nun vermag ich nicht ganz einzusehen, wieso das bei den kirchenrechtlichen Verträgen anders sein soll. Wenn ein innerstaatlicher Normrang gegeben ist, dann meine ich, daß auch die von Herrn Hollerbach als Minderheitsmeinung apostrophierte Ansicht von Herrn Quaritsch richtig ist, daß hier die lex-posterior-Regel gelten muß. Denn eine Garantiefunktion des Zustimmungsgesetzes gibt es nicht; sie würde es übrigens auch nicht geben, wenn die Verträge auf der Ebene der Verfassung lägen; denn mit Hilfe einer Verfassungsänderung könnte man ja die Verträge dann ebenfalls überrollen. Diese Garantiefunktion fehlt gewiß nur im innerstaatlichen bzw. im innerkirchlichen Recht, nicht im vertragsrechtlichen. Im vertragsrechtlichen Bereich ist natürlich jede Verletzung des Vertrages ein rechtlich verbotener Vertragsbruch. Wir kommen also hier zu einer Relativität der Rechtsbeziehungen, einmal im vertraglichen und zum anderen im innerstaatlichen bzw. innerkirchlichen Bereich. Das alles gilt natürlich unter der Voraussetzung, daß wir nicht von einer streng monistischen Einheit des rechtlichen Weltbildes ausgehen, die ich persönlich für eine zwar schöne, aber immer noch unrealistische Vision halte. Diese Relativität der Rechtsbeziehungen ist in der Praxis allerdings nicht sehr bedeutsam, weil die vertragsrechtliche

Bindung, die sich innerstaatlich als eine politische Bindung auswirkt, auch innerstaatlich überwiegend respektiert wird.

Quaritsch: Nur kurz zu den von Herrn Hollerbach aufgestellten Thesen 4 und 5. Kirchenvertrag oder Konkordat können natürlich nicht „auf der Ebene der Verfassung liegen". Der Vertragsgesetzgeber wird nicht als Verfassungsgesetzgeber tätig, sonst würde der Vertrag als eine verbotene Verfassungsdurchbrechung anzusehen sein. Das ist vielleicht eine „formalistische" Betrachtung, aber sie hat den Vorzug, richtig zu sein. Weiterhin: jenseits strikt positivistisch-dogmatischer Erörterungen ist der Sinn der Derogationswirkung der lex posterior zu klären. Dazu ein Beispiel. Würde erstens in Deutschland zu Beginn des 16. Jahrhunderts ein Konkordat mit dem Inhalt gegolten haben, das die Katholische Kirche 1953 mit Spanien abgeschlossen hat; würde zweitens die Auffassung von Herrn Hollerbach richtig sein, daß ein staatliches Gesetz nicht den Vertrag tangiert und eine vertragswidrig erlassene lex posterior rechtlich unwirksam ist, und zwar nicht nur vertragsrechtlich, sondern nach Leitsatz 5 auch allgemein-rechtlich; und würden drittens diese Maximen befolgt worden sein — dann hätte Europa auf die Religionsfreiheit bis zum Vatikanum II warten müssen. Ich frage mich allerdings, ob sich die Konzilsväter dann zu ihren Toleranz-Erklärungen veranlaßt gesehen hätten. Man muß in diesen Fragen doch auf das 16. und 17. Jahrhundert zurückgreifen; schließlich pflegen auch die Theologen die Erkenntnisse ihrer geistigen Väter nicht zu verschmähen. Bodin, Hobbes und andere Staatsdenker haben die Antwort auf die Fragen des modernen Staates gegeben; im 18. Jahrhundert trat hinzu die Freiheit des Individuums und im 19. und 20. Jahrhundert die pluralistische Gesellschaft. Je mehr sich aber Individualfreiheit und pluralistische Gesellschaft ausbreiten, desto notwendiger wird die im 16. und 17. Jahrhundert begründete innere Souveränität des Staates.

Kaiser: Ich möchte nicht die von mir literarisch vertretene These verteidigen, daß die Konkordate völkerrechtlichen Charakter haben; ich möchte mich andererseits aber doch auch nicht unbeeindruckt zeigen von der Kühnheit, mit der Herr Hollerbach von den Formen des Abschlusses der Verträge von Staat und Kirche, namentlich der Konkordate, völlig abstrahiert.

Was die Auffassung angeht, die Konkordate stünden auf der Ebene der Verfassung, kann ich mich nach Herrn Quaritsch sehr kurz fassen. Ich frage mich, wie gelangen denn die Staatsverträge auf diese Ebene? Sie könnten doch wohl nur

dort angesiedelt werden, wenn sie als Ausfluß der verfassungsgebenden Gewalt angesehen werden könnten. Dieses aber wiederum hätte zur Voraussetzung, daß die Kirchen als Institutionen an der verfassunggebenden Gewalt partizipieren — was ganz im Widerspruch stünde zu der überlieferten Auffassung vom „pouvoir constituant", der sich ja doch aus den prinzipiell gleichen Rechten aller Staatsbürger konstituiert.

Partsch: Wenn Herr Rudolf meint, die Schwäche der Vollzugslehre liege darin, daß sie das Phänomen des Inhalts der für vollziehbar erklärten Norm nicht zufriedenstellend bewältige, so muß ich dem entgegenhalten, daß ich die Hauptschwäche der Transformationslehre darin sehe, daß sie die Einheit des international gesetzten Rechts national zerstückelt. Zweitens: Herr Rudolf hat es hier so dargestellt, als gäbe es eine völlige Parallele zwischen Rangordnung von Rechtsnormen im innerstaatlichen und im innerkirchlichen Bereich. Das scheint mir sehr zweifelhaft zu sein.

Bachof: Wir kommen zu den S c h u l f r a g e n.

Oppermann: Ich möchte eigentlich nur eine gewisse Akzentverschiebung, Herr Hollerbach, vornehmen, bei Ihren Thesen E 3, E 4. Sie hatten bei der Behandlung „Gemeinschaftsschule" auf der einen Seite, „Öffentliche Bekenntnisschule" auf der anderen sich etwa in folgender Richtung bewegt: zunächst die Behandlung der Öffentlichen Bekenntnisschule relativ positiv, und dann rangen Sie sich gewissermaßen zum Schluß durch zu dem Satz: auch die Gemeinschaftsschule ist als Regelschule noch zumutbar. Ich weiß nicht, ob man hier die Dinge nicht umgekehrt sehen muß. An der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Gemeinschaftsschule als Regelschule bestehen doch eigentlich keine ernsthaften Bedenken. Soweit wird man die negative Religionsfreiheit aus Art. 4 GG sicherlich gehen lassen können. Die Grundfrage scheint doch eher zu sein: Wie weit ist die Öffentliche Bekenntnisschule verfassungsrechtlich zulässig, eben wegen des darin liegenden besonderen Engagements des Staates für eine bestimmte Bekenntnisform? Die Öffentliche Bekenntnisschule stellt auf jeden Fall die Ausnahmeform, von der Verfassung her gesehen, dar, und es ergibt sich die Frage nach der Rechtfertigung dieser Ausnahmeerscheinung. Ich bin persönlich der Auffassung, daß diese Rechtfertigung möglich ist. Für die einfache Gesetzesebene und auch die im engeren Sinne positiv-rechtliche Auslegung der Verfassung hat das der Aufsatz von Hans Heckel in der DÖV 1953 mit bis heute noch weithin gültigen Argumenten zum Aus-

druck gebracht, siehe etwa die ausdrückliche Erwähnung in Art. 7 Abs. 5 GG. Aber auch wenn man in eine vertiefte Grundrechtsauslegung hineingeht, ist diese Rechtfertigung durchaus denkbar. Ich würde da allerdings nicht so sehr den Akzent, wie Sie es getan haben, auf die positive Religionsfreiheit in Art. 4 legen, also auf die staatskirchenrechtliche Legitimation, sondern die mehr weltlich-demokratische in Art. 6 aus dem Elternrecht heranziehen. Etwa mit dem Grundgedanken: wenn sich tatsächlich genügend Eltern finden und dieser Elternwille sich in deutlich erkennbaren, nicht manipulierten Formen zugunsten einer bestimmten Erziehung äußert, ergeben sich schon von der weltlichen Seite aus Art. 6 genügend Argumente dafür, daß der Staat diesem Elternwillen verfassungsrechtlich legitimerweise die entsprechenden Schulformen zur Verfügung stellen darf. Ob er es unbedingt muß, ist eine Frage, über die man schon eher wieder streiten kann. Insofern würde ich letztlich im Ergebnis wohl von Ihren Thesen nicht so weit entfernt sein, aber das Regel-Ausnahme-Verhältnis doch genau umgekehrt sehen wie Sie.

Badura: Im Unterschied zu der Tagung in Marburg scheint es bei der heutigen Tagung so zu sein, daß bei beiden Referenten die Rolle des Staates verhältnismäßig niedrig angesetzt worden ist. Beide Referenten haben im wesentlichen versucht, die Verfassung in einer Weise auszulegen, die die Rolle der Kirchen und ihre Befugnisse möglichst weitgehend erscheinen läßt. Das gilt besonders für den Bereich des Schulrechts. Herr Oppermann hat eben die Frage aufgeworfen, ob die Bekenntnisschule verfassungsmäßig sei. Herr Hollerbach hat unter E 3 sogar die These aufgestellt, daß „von Art. 4 GG her nach wie vor" — wobei ich nicht weiß, worauf sich diese Zeitangabe bezieht — die Zulassung öffentlicher Bekenntnisschulen gefordert werden könne. Natürlich ist Art. 4 nicht nur eine Garantie der p e r s ö n l i c h e n Religionsfreiheit. Ich könnte mir aber nicht gut vorstellen, daß man aus diesem liberalen Grundrecht eine institutionelle Garantie der Art machen könnte, daß nun auch bestimmte Gestaltungen des staatlichen Schulwesens sich aus diesem liberal ausgrenzenden Grundrecht ergeben könnten.

Das Grundgesetz enthält auch den Art. 7, der in seinem Absatz 1 davon spricht, daß das gesamte Schulwesen unter der Aufsicht des Staates steht, und diese Vorschrift bedeutet, daß es in der Bundesrepublik zumindest ein beschränktes Schulmonopol des Staates gibt. Das staatliche Schulmonopol kann möglicherweise kommißhaft mißbraucht oder jedenfalls schlecht angewandt werden. Es besagt aber immerhin, daß es keine Ansprüche der Religionsgesellschaften und der Kirchen im Hin-

blick auf die Gestaltung der Schule im einzelnen geben kann. Ich glaube auch nicht, daß man so weit gehen könnte — wie es ja die augenblickliche Linie der katholischen Schulpolitik zu sein scheint —, wenigstens einen allgemeinen Anspruch auf Privatschulen und noch dazu staatlich subventionierte Privatschulen anzunehmen.

Das staatliche Schulwesen und das staatliche Schulmonopol, die der Art. 7 Abs. 1 für die Bundesrepublik zwingend vorschreibt, sind eine Errungenschaft aus Auseinandersetzungen, die der Geschichte angehören, die aber nicht ohne weiteres preisgegeben werden dürften. Es gehört sogar zum Wesen gerade des demokratischen Staates, daß er das Schulwesen in seiner Hand hat und daß er versucht, seine positive Staatsvorstellung auch über das Schulwesen zu verwirklichen. Die Referenten haben mehrfach den Pluralismus angerufen. Der Pluralismus ist ein Teil der demokratischen Doktrin. Die Referenten haben den Pluralismus aber benutzt, um ihn zugunsten der Kirche in gewisser Weise gegen die radikaleren Vorstellungen von Demokratie zu wenden. Herr Heckel hat wohl nicht ohne ein bißchen Kritik davon gesprochen, daß die Kirchen mit Hilfe der liberalen Freiheiten eine Art sekundäres Quasi-Staatskirchenrecht um sich herum aufgebaut haben. Mit Hilfe des Pluralismus hingegen wird in enorm weitreichender Weise der Versuch gemacht, die demokratische Staatsidee gegen den demokratischen Staat zu wenden und seine Einheit in gewissem Umfang preiszugeben. Der demokratische Staat ist nicht nur, wie Herr Heckel sagte, eine Art Rahmen, in dem sich die verschiedenen gesellschaftlichen Tendenzen und Vorstellungen realisieren können. Der Staat hat, wie ich glaube, nicht nur eine solche negative Bedeutung, sondern der Staat — der die Gesellschaft selbst ist in ihrer politischen Organisation — besitzt auch gewisse positive Inhalte, und diese Inhalte sind nicht nur mit Hilfe eines pluralistischen Kräfteparallelogramms auszufüllen.

Besonders die von Herrn Hollerbach vorgetragenen Thesen zum Schulrecht, und unter diesen wieder gerade die These E 3, spiegeln seine Stellungnahme zu der allgemeinen Fragestellung des Verhältnisses von Staat und Kirche wider. Durch diese Annahmen könnten sowohl die Regelung des Art. 7 GG als auch gewisse Grundpositionen gefährdet werden, die im Verlauf der Geschichte erkämpft worden sind und im demokratischen Verfassungsstaat Wirklichkeit gefunden haben.

von der Heydte: Drei kurze Bemerkungen: Erstens:

Wir sind dabei, den Begriff der „Verfassung" in verhängnisvoller Weise auch im Bundesstaat als ein unteilbares Gan-

zes zu verstehen. Wir können nicht von „der Verfassung" schlechthin sprechen, sondern müssen klar die Verfassung des Bundes und die Landesverfassungen voneinander trennen. Die Schulangelegenheiten sind weitestgehend nicht im Grundgesetz, sondern in den Landesverfassungen geregelt. Wenn vorhin Herr Hesse gesagt hat, daß das Grundgesetz die Möglichkeit zu einer ganzen Reihe von verschiedenen, rechtlich gleichwertigen schul- und kirchenpolitischen Konzeptionen eröffnet, so gilt dies nicht in gleichem Maße für die Mehrzahl der Landesverfassungen. Wenn wir von „Schule" sprechen und im Zusammenhang damit von dem, was „die Verfassung" über die Schule vorschreibt, dann sollten wir klarer, als dies bisher geschehen ist, zwischen den sehr dürftigen Aussagen des Grundgesetzes und den teilweise allzu ins einzelne gehenden Aussagen der Landesverfassungen unterscheiden.

Die zweite Bemerkung: Ich wehre mich mit aller Entschiedenheit gegen die Auffassung, daß Art 7 GG eine Art Schulmonopol begründe. Das Schulaufsichtsrecht ist kein Schulmonopol. Das Schulmonopol besteht in dem ausschließlichen Recht, Schulen zu errichten. Dieses Recht hat nach dem Grundgesetz der Staat weder als Bund noch als Land. Ich glaube auch nicht, daß dieses Schulmonopol irgendwie demokratisch ist. Das Schulmonopol, das tatsächlich in der Mehrzahl der deutschen Länder noch besteht, hat seinen Ursprung in höchst undemokratischen Zeitläufen der deutschen Geschichte.

Schließlich ein dritter Hinweis: Eine für das gesamte Bundesgebiet gleichermaßen geltende Aussage über das Verhältnis Staat—Kirche auf dem Gebiet des Schulwesens ist wegen der Verschiedenheit der Landesverfassungen einfach nicht möglich. Ich erinnere nur an den Unterschied zwischen Bremen und Bayern. Das Grundgesetz setzt einen großen Rahmen für die Landesverfassungen: Doch in diesem Rahmen sind die Länder frei, ihre eigene Schulpolitik zu treiben, auch, soweit dies das Verhältnis von Staat und Kirche berührt.

Vogel: Nur eine Fußnote: Herr Hollerbach hat beiläufig bemerkt, daß nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nunmehr wohl die Kirchensteuer — in ihrer jetzigen modifizierten Form — als verfassungsrechtlich unproblematisch betrachtet werden könne. Dagegen möchte ich doch noch kurz Widerspruch anmelden, schon um zu verhindern, daß jene Bemerkung künftig als „allgemeine Meinung" zitiert wird. Mir scheint, in der Kirchensteuer steckt noch eine Fülle von verfassungsrechtlichen Problemen: Sie ergeben sich, kurz ange-

deutet, daraus, daß unser Kirchensteuerrecht an die Höhe der Einkommensteuer anknüpft, damit aber an eine Steuer, deren Bemessungsgrundlagen und Tarif heute in erheblichem Umfang Aufgaben der Wirtschaftslenkung und der Vermögensumverteilung dienen. Die Bedenken hiergegen halte ich, wie gesagt, nicht nur für gesetzespolitische, sondern für verfassungsrechtliche Bedenken. Aber im Hinblick auf die fortgeschrittene Zeit darf ich für den Augenblick vielleicht darauf verzichten, diese These im einzelnen näher zu begründen.

Bachof: Wenn ich Herrn Hollerbach richtig verstanden habe, hat er wohl weniger die gegenwärtige Ausgestaltung unseres Kirchensteuerrechts als vielmehr die Kirchensteuer als Institution für verfassungsrechtlich unbedenklich erklärt.

Hollerbach: Ja, auf der anderen Seite bin ich für den kritischen Hinweis von Herrn Vogel sehr dankbar.

Bachof: Damit sind wir am Ende der Diskussion angelangt, und ich darf nun die Herren Referenten um ihr Schlußwort bitten.

Hollerbach (Schlußwort): Ich möchte zunächst versuchen, auf einige Voten einzugehen und darf vielleicht von hintenher auffädeln. Die Voten zur Schulfrage. Hier bin ich wohl ein Opfer mancher verkürzender Redeweisen in meinem Referat geworden. Einmal, glaube ich, deutlich die Rolle des Staates auch im Schulwesen betont zu haben, Herr Badura; ich glaube auch nicht, in den anderen Punkten die Rolle des Staates allzusehr niedrig gehalten zu haben. Ich habe ausdrücklich betont, daß das Schulproblem nicht nur von Art. 4 her entschieden werden kann, sondern habe die ganze Artikelreihe ausdrücklich zitiert, habe dann freilich gewissermaßen ausgespart und habe versucht, im Rahmen dieses staatskirchenrechtlichen Referats die Sache unter dem Gesichtspunkt des Art. 4 durchzuspielen; ich habe auch einmal den Begriff der Retortenlösung oder Laboratoriumslösung gebraucht, habe also insoweit von Art. 3, 6 usw. abstrahiert. Ähnliches gilt für das von Herrn von der Heydte mit Recht angesprochene Verhältnis von Grundgesetz und Landesverfassungen. Ich bin mir sehr wohl dessen bewußt, daß manches sehr genau zu trennen ist, freilich müssen wir auch ebenso sorgfältig prüfen, ob nicht doch das Grundgesetz einen bestimmten Rahmen absteckt. Hier, das wäre gleich eine Antwort auf die Frage, die von Herrn Oppermann gestellt worden ist, hier würde ich allerdings glauben, daß das

Grundgesetz sich der Rangentscheidung zwischen Gemeinschaftsschule und Bekenntnisschule bewußt enthält, daß diese Rangentscheidung in der Tat dem Landesgesetzgeber obliegt. Und was im speziellen die positiven Inhalte anlangt, die der Staat auch gegenüber dem Schulwesen zur Geltung zu bringen hat, so glaube ich sehr wohl, deutlich gesagt zu haben, daß der Staat einen eigenständigen Erziehungsauftrag hat, daß seine Aufgabe der sozialen Integration schon in der Schule beginnt; nur kam es mir darauf an, hier gewisse Grenzen aufzuzeigen und diesen Auftrag in den Rahmen der freiheitlichen Gesamtordnung zu stellen — ich bin mir freilich sehr wohl bewußt, daß hier die größten Schwierigkeiten liegen, und insofern ist der Terminus von Herrn Oppermann, daß ich mich durchgerungen hätte, in der Tat nicht fehl am Platze. Freilich im speziellen Zusammenhang, in dem Sie dieses Wort gebraucht haben, war es etwas fehl am Platze, weil ich unter dem Titel „Welches ist die richtige Ausgleichsschule" in der Tat die Gemeinschaftsschule nicht nur mit einem Seufzer bejaht habe. Eine Frage in diesem Zusammenhang, die auch von Herrn Oppermann gestellt worden ist: Selbstverständlich dürfen Art. 4 und Art. 6 nicht auseinandergerissen werden. Der Anspruch, der im Art. 4 materialiter steckt, muß via Art. 6 effektiv gemacht werden. So würde ich das Verhältnis sehen.

Ganz schwierig sind natürlich die Vertragsprobleme, und ich gestehe hier gerne, daß ich nach wie vor trotz der heute vorgetragenen Thesen an diesen Fragen herumlaboriere. Ich möchte nur ein Mißverständnis versuchen auszuräumen. Ich habe mich in der Tat mit meiner These C 4 („auf der Ebene der Verfassung") mißverständlich ausgedrückt. Das ist im Grunde polemisch gedacht gegen die „Ebene der Verwaltung". Das spielt ja doch immer wieder auch in der Diskussion eine Rolle, hat jedenfalls früher eine Rolle gespielt und wirkt gelegentlich zumindest unterschwellig mit, daß es bei den Verträgen mit den Kirchen um Verträge gehe mit Körperschaften des öffentlichen Rechts im Staate, also um Verträge, die auf die Ebene der Verwaltung gehören. Was die Frage der völkerrechtlichen Qualifikation anbelangt, so habe ich versucht, auch hier die Bedenken, die ich mir selbst entgegenhalte, klar zum Ausdruck zu bringen, und möchte glauben, daß man in der Tat für die konkrete Rechtspraxis in der Bundesrepublik in Anbetracht der insoweit herrschenden und gewohnheitsrechtlich verfestigten Meinung von dem völkerrechtlichen Charakter der Konkordate ausgehen muß. Freilich würde ich doch nach wie vor meinen, daß von einer sachlichen Betrachtungsweise her, gerade im Rahmen der Verfassung, eine andere Auffassung

geboten wäre. Jedenfalls aber darf die völkerrechtliche Qualifikation m. E. nicht dazu führen, nun etwa Rangverschiedenheiten gegenüber den evangelischen Kirchenverträgen oder auch gegenüber Verträgen mit Bischöfen oder der Bischofskonferenz herbeizuführen. Bezüglich der Grundfrage: lex-posterior-Regel bzw. Verhältnis von Vertrag und Gesetz, möchte ich mich in diesem kurzen Schlußwort nur darauf beschränken, zu betonen, daß auch hier meine Aussage in der These C 5 der Versuch war, von der Sache her, von der besonderen Funktion der Staatskirchenverträge her, für eine Nichtanwendung der lex-posterior-Regel zu plädieren, ohne daß ich der Meinung wäre, dies könne nun als strictum ius für unsere gegenwärtige Ordnung behauptet werden. Ich habe auch einschränkend im Referat ausdrücklich gesagt, es bedürfe jedenfalls insoweit einer klaren rangbestimmenden Norm.

Ich möchte nur noch einen Gesichtspunkt aufgreifen, der vielleicht das entscheidende Anliegen noch einmal zum Ausdruck bringt. Herr Scheuner hat ganz zu Anfang den Begriff „ecclesia in re publica" in die Debatte geworfen. Ich möchte nun in der Tat meinen, daß dies, wenn man überhaupt auf solche Formeln Wert legt, eine entscheidende Formel ist. Es geht darum, die Kirche als Lebensverband in einem Gemeinwesen zu konstituieren, wobei freilich alles darauf ankommt, wie man diese res publica versteht. Diese res publica ist unsere konkrete Verfassungsordnung, die von ganz bestimmten Prinzipien ausgeht. Sie ist aber kein Neutrum, sondern eine lebendige Wirkeinheit.

Heckel (Schlußwort): Die Diskussion hat uns die Offenheit der staatskirchenrechtlichen Fronten gezeigt. Gerade um die Auflockerung der sehr verkarsteten Frontlinien aber ist es mir gegangen.

Und darum erstens vor allem zu der Äußerung von unserem verehrten Herrn Smend, die zu Anfang dieser Diskussion fiel: Es geht um das Verhältnis jener Trennungstendenzen zu den anderen Strömungen, die auf die Berücksichtigung der Kirchenfreiheit im öffentlichen Leben bedacht sind. Daß hier ein Hauptproblem der Auslegung von Art. 137 WV/140 GG hinter allen äußeren technischen Fragen liegt — das uns nochmal eindrücklich gesagt zu haben, das verpflichtet uns Herrn Smend. Für die Zukunft unserer Disziplin wird viel davon abhängen, daß man zwischen beiden Grundgedanken eine innere Beziehung findet. Denn daß die alten Frontstellungen des 19. Jahrhunderts und auch des Jahres 1919 verklungen sind, dessen bin ich gerade nach dem Ergebnis dieser Diskussion gewiß.

Ein zweites noch: Das eigentlich Entscheidende des Staatskirchenrechts heute sind nicht die Fragen der überkommenen staatskirchenrechtlichen Institutionen, die Einzelheiten der staatskirchenrechtlichen Verbürgungen und Privilegien, der kirchlichen Ämter- und Vermögensfreiheit, des Kirchensteuerrechts und dergleichen. Sondern es geht vor allem um die Ordnung des öffentlichen Lebens, die Ordnung der Gesellschaft durch den Staat. Um die Frage, in welchem Geist er diese Gesellschaft ordnen soll, ob er dies heute noch in einer geschlossenen Weise laizistisch oder konfessionalistisch tun kann. Oder ob er nicht mehr Freiheit, mehr Wahlmöglichkeiten geben sollte und ob das nicht der Verfassung im Lichte der Freiheitsgarantie des Glaubens und der Religionsgemeinschaften besser entspricht.

Ein drittes: Ich habe sehr stark, und das möchte ich doch wegen Herrn Baduras Äußerung betonen, die Ordnungsaufgabe des Staates in den Vordergrund gerückt. Wenn Sie den Zusammenhang der gegenwärtig umlaufenden staatskirchenrechtlichen Thesen betrachten, so ist es von Bedeutung, daß man abrückt von der Koordinationslehre und von allen generellen und speziellen Subsidiaritätswünschen: Daß man die Aufgaben des Staates bekräftigt und seine Kulturkompetenzen und seine Sozialordnungskompetenzen hervorhebt. Auf diesem Boden stehe ich sehr wohl und deshalb habe ich das alte Wort des Bischofs Optatus von Mileve aus dem 4. Jahrhundert „ecclesia est in re publica" immer gerne gemocht.

Zum vierten: Aber damit geht ja nun die Frage eigentlich erst an, in welcher Weise diese Ordnung zu geschehen hat. Und hier stößt eben der Staat auf die Überlagerung der beiden Bereiche, der kirchlichen Tätigkeit — deren Freiheit die Verfassung garantiert — und der staatlichen Ordnungstätigkeit in der Gesellschaft. Eine Überlagerung, die man mit äußeren Bereichsabscheidungen, auch das meine ich als Ergebnis dieser Diskussion zu sehen, nicht bewältigen können wird.

Und wenn nun so der Staat auch in den kirchlich qualifizierten Bereichen — gerade entgegen den zu weit gespannten Subsidiaritätstendenzen — durch die Ordnungsgewalt seiner Schrankengesetzgebung nach Art. 137 III WV/140 GG tätig sein muß, dann ist nun fünftens die Frage, w i e er das tut. Und da meine ich allerdings, daß man sich von den Fronten des 19. Jahrhunderts, von seiner etatistischen Tendenz der Kirchenbeschränkung lösen müßte, und daß man den Gehalt der Kirchenfreiheit bei der Regelung der Spezialfragen voll mit in Rechnung stellen muß: Daß hier dem Gesetzgeber eine Abwägung aufgenötigt ist, darüber hat sich ja wohl Einigkeit her-

ausgestellt. Es hat hier auch keine der Diskussionsäußerungen irgendeine der bis heute noch umlaufenden formalen Schrankengesetztheorien (Reflexgesetze oder Vereinsgesetze oder für jedermann geltende Gesetze) verfochten. Daß diese Abwägung nicht im Allgemeinen hängen bleiben darf, wie Herr Hesse richtig sagt, das habe ich auch in meinem Referat herauszustellen versucht. Ich glaube eben, daß man sich bei der speziellen Ausgestaltung der Schrankengesetze den Sachprinzipien der zu regelnden Spezialmaterien öffnen muß. Hierbei darf aber der Wert der Kirchenfreiheit nicht einfach unter den Tisch fallen, wie das nach vielen bisher vertretenen Schrankendefinitionen in der Tat geschieht. Es geht vielmehr darum, eine Freiheitslösung zu finden, aber weder einseitig im kirchenfreundlichen noch einseitig im kirchenfeindlichen Sinn. Sondern eine Freiheitslösung, die dem Zusammentreffen und der Ambivalenz dieser Freiheitsgarantien gerecht wird: Der individuellen Religionsfreiheit und der institutionellen Religionsgesellschaftsfreiheit, der positiven Religionsfreiheit und der negativen Religionsfreiheit. Also unter Würdigung des positiven Gehalts der Religionsgesellschaftsfreiheit und auch unter Würdigung der negativen, beschränkenden Aspekte, die in der Tat bei der Schrankenregelung der Religionsgesellschaftsfreiheitsgarantie seit alters bestehen und auf die der Staat nicht verzichten kann. Diese Frage nach der Freiheit wird eines der großen Themen der Zukunft sein, wenn uns nicht alles täuscht, und sie stellt sich in der Tat konkret bei der Regelung der einzelnen Sachgebiete der Gesellschaft, die der Staat nun einmal zu regeln hat und wobei er sich auch nicht minimalisieren lassen kann. Dazu drängt ja der Zwang der Sozialverhältnisse in unserem Industrie- und Massenstaat.