

Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht

Herausgegeben von

Axel Frhr. v. Campenhausen · Joachim E. Christoph
Michael Germann · Hans Michael Heinig · Jan Hermelink
Karl-Hermann Kästner · Christoph Link · Thorsten Moos
Arno Schilberg · Peter Unruh · Hinnerk Wißmann

Claus Dieter Classen

Laizität und Religionsfreiheit in Frankreich

Matthias Jestaedt

Religiöses Elternrecht und staatlicher Erziehungsauftrag –
Konkurrenz der Relationierungsmuster

Diana zu Hohenlohe

Ablösung der Staatsleistungen an die Kirchen:
Der unerfüllte Verfassungsauftrag des Art. 138
Abs. 1 WRV i. V. m. Art. 140 GG

Traugott Jähnichen

Vom Leistungsträger im Sozialstaat zum Wettbewerber
auf dem Sozialmarkt – Diakonie unter veränderten
wohlfahrtsstaatlichen Bedingungen



Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht

62. Band 2. Heft

Abhandlungen

- Claus Dieter Classen*, Professor in Greifswald
Laizität und Religionsfreiheit in Frankreich 111
- Matthias Jestaedt*, Professor in Freiburg
Religiöses Elternrecht und staatlicher Erziehungsauftrag –
Konkurrenz der Relationierungsmuster 152
- Diana zu Hohenlobe*, Privatdozentin in Frankfurt
Ablösung der Staatsleistungen an die Kirchen: Der unerfüllte
Verfassungsauftrag des Art. 138 Abs. 1 WRV i. V. m. Art. 140 GG . . . 178
- Traugott Jähnichen*, Professor in Bochum
Vom Leistungsträger im Sozialstaat zum Wettbewerber auf dem
Sozialmarkt – Diakonie unter veränderten wohlfahrtsstaatlichen
Bedingungen 197

Literatur

- Gaedke, Jürgen: Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts,
bearbeitet von Torsten F. *Barthel*. 11. Auflage.
Köln: Carl Heymanns Verlag. 2016. 971 S.
Referent: *Arne Ziekow* 211

ABHANDLUNGEN

Laizität und Religionsfreiheit in Frankreich

Claus Dieter Classen

I.

Einführung

Der französische Staat ist seinem Selbstverständnis nach ein laizistischer Staat. Bereits in Art. 1 der Verfassung (Constitution française, CF), einer in gewisser Weise dem deutschen Art. 20 GG vergleichbaren Grundsatzbestimmung der französischen Verfassung, wird dies ausdrücklich betont. Für einen deutschen Juristen verbindet sich mit diesem Stichwort nicht nur der Gedanke einer Trennung von Staat und Kirche, sondern auch die Vorstellung einer Zurückdrängung des Religiösen aus der Öffentlichkeit. Die in den letzten Jahren zum Thema „religiöse Bekleidung“ geführten Diskussionen – zunächst mit Blick auf die Schulen, dann die Burka und jüngst den Burkini – haben dieses Bild noch einmal nachdrücklich verstärkt.

Weitere Bestätigung findet dieser Eindruck in der Tatsache, dass sich eine Garantie der Religionsfreiheit ähnlich der des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG im französischen Verfassungsrecht jedenfalls nicht in ausdrücklicher Form findet.¹ Nur ansatzweise besteht nämlich eine entsprechende Gewährleistung in der heute in Verfassungsrang stehenden Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789. Nach deren Art. 10 darf niemand „wegen seiner Anschauungen, selbst religiöser Natur, belästigt werden, solange ihre Äußerung nicht die durch das Gesetz begründete öffentliche Ordnung stört.“ Die eher unscheinbare Formulierung dieses Artikels geht wohl auf den Wunsch der katholischen Kirche zurück, die im Jahre 1789 durchaus Probleme hatte mit der Anerkennung der Religionsfreiheit für alle.²

¹ Dazu J.-M. Woehrling, *La liberté de religion est-elle reconnue en droit constitutionnel français?*, in: *Droit et religion en Europe, études en l'honneur de Francis Messner*, 2014, S. 561 (562); F. Messner/P.-H. Prélot/J.-M. Woehrling, *Droit français des religions*, 2. Aufl. 2013, Rn. 1085 ff.

² Y. Gaudemet, *La laïcité, forme française de la liberté religieuse*, RDP 2015, 329 (330 f.).

Spätere Verfassungstexte enthielten dann zwar ausdrücklich Garantien der Religionsfreiheit,³ doch weil die aktuelle Verfassung aus dem Jahre 1958 im Wesentlichen keine eigenen Grundrechte enthält, sondern nur auf ältere Texte wie die genannte Erklärung verweist, hat sich diese Fortentwicklung des französischen Rechts nicht bis heute erhalten.

Bei näherer Betrachtung erweisen sich die Dinge allerdings komplexer. Zunächst kann man das Prinzip der Laizität – nicht des Laizismus – nicht auf die klare Trennung von Staat und Religion reduzieren. Vielmehr wird es in Frankreich nicht selten auch als wichtiger Baustein der Garantie der Religionsfreiheit angesehen.⁴ Kernelemente der Laizität sind danach Religionsfreiheit und staatliche Neutralität.⁵ Beides steht in einem unmittelbaren Zusammenhang, denn die staatliche Neutralität soll gerade auch die – positive wie negative – Religionsfreiheit der Bürger sowie deren Gleichbehandlung sichern.⁶ In Frankreich wird also das Religionsverfassungsrecht im Ausgangspunkt heute von ähnlichen Prinzipien wie in Deutschland geprägt; das Verständnis von Neutralität differiert allerdings, wie im Einzelnen zu zeigen ist, deutlich.

Vor allem aber ist ähnlich wie in Deutschland das heutige Religionsrecht in Frankreich die Frucht einer längeren Geschichte.⁷ Nach Wiedererrichtung der (III.) Republik nach 1870 und damit zeitlich parallel zum Kulturkampf in Deutschland kam es zu heftigen Auseinandersetzungen um die damals vom napoleonischen Konkordat aus dem Jahre 1802 geprägte Rolle der Kirche in Staat und Gesellschaft, die vor allem, aber nicht nur um das Thema Schule kreisten. Mit dem Schulgesetz vom 28.3.1882 wurden insbesondere die religiöse Aufsicht über die staatlichen Schulen sowie der Religionsunterricht an diesen abgeschafft.

Zentral ist heute vor allem das nach jahrzehntelangen Diskussionen verabschiedete, noch heute nicht nur in Kraft befindliche, sondern sogar für das Verhältnis von Staat und Religion allgemein als fundamental angesehene⁸ Gesetz vom 9.12.1905. In diesem kommt allerdings das Wort „laïcité“ gar

³ Als Freiheit zur Ausübung eines „culte“ garantiert in den Verfassungen von 1791 (Titel 1 Abs. 2, 2. Anstrich) und 1793 (Art. 7), als Bekenntnisfreiheit 1814 wie 1830 (jeweils Art. 5) sowie 1848 (7) und als Kultusfreiheit 1815 (Art. 62).

⁴ In diesem Sinne *Gaudemet* (Fn. 2), S. 330 f.; ähnlich bereits *J. Rivero*, La notion juridique de la laïcité, D. chr. 1949, S. 137 f.; *J. M. Sawé*, Laïcité et République, [http://www.conseil-etat.fr/content/download/78780/735617/version/1/file/2016-12-06 - La %C3%AFcit%C3%A9 et R%C3%A9publique.pdf](http://www.conseil-etat.fr/content/download/78780/735617/version/1/file/2016-12-06_-_La_%C3%AFcit%C3%A9_et_R%C3%A9publique.pdf) [20.12.2016], S. 4, 7; a.A. aber *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1000.

⁵ *S. Hennette-Vauchez/D. Roman*, Droits de l'homme et libertés fondamentales, 2. Aufl. 2015, Rn. 574; *J. Robert*, La liberté de religion, de Pensée et de croyance, in: *R. Cabrillac* (Hg.), Libertés et droits fondamentaux, 2015, Rn. 556 ff.

⁶ *H. Pena-Ruiz*, Qu'est-ce que la laïcité?, 2003, S. 25; *E. Dockès*, Liberté, laïcité, Baby loup, Dr. soc. 2013, 388 (390 ff.).

⁷ Zur historischen Entwicklung *M. Philip-Gay*, Droit de la laïcité, 2016, S. 26 ff.

⁸ Dazu *Hennette-Vauchez/Roman* (Fn. 5), Rn. 68 ff.

nicht vor; seinem Titel nach ist es der „Trennung von Staat und Kirche“ gewidmet, und in seinem Artikel 1 wird die „liberté de conscience“ und damit die Religionsfreiheit garantiert.⁹ Daher spricht viel dafür, dass ein besonders antireligiöser Akzent entgegen manchen ursprünglichen Intentionen im Gesetzgebungsverfahren nicht dem eigentlichen Anliegen des letztendlich beschlossenen Gesetzes entsprach.¹⁰

Allerdings waren damit die Konflikte um das Thema Religion nicht beendet. So weigerte sich die katholische Kirche, die in diesem Gesetz vorgesehenen Kultvereine zu bilden, die an sich auch die während der französischen Revolution verstaatlichten Kirchengebäude übernehmen sollten – eine Auseinandersetzung, die erst nach mehreren Gesetzesnovellen eine Lösung fand, aber bis heute Konsequenzen für die Regelungen zum Thema „Finanzierung der Kirchengebäude“ (dazu unter IV.3.) hat. Und umgekehrt gab es in der ersten Zeit nach dem Inkrafttreten des Gesetzes nicht selten Streitigkeiten um die von verschiedenen Bürgermeistern ausgesprochenen Verbote religiöser Prozessionen. Die Verwaltungsrechtsprechung hat hier allerdings regelmäßig zugunsten der Religionsgemeinschaften entschieden.¹¹

Heute hingegen spielen die damaligen Auseinandersetzungen praktisch keine Rolle mehr.¹² Die katholische Kirche hat sich ebenso wie andere christliche und jüdische Gemeinschaften mittlerweile gut mit dem jeweiligen religionsrechtlichen Status quo arrangiert. Vielmehr bestimmt heute in Frankreich – insoweit ähnlich wie in Deutschland – der 1905 noch kaum in Frankreich vertretene Islam viele der juristischen Streitfragen; das zeigen schon die eingangs erwähnten Diskussionen um die religiöse Kleidung, die sich vor allem an bei Musliminnen üblichen Phänomenen festmacht. Der zentrale Grund hier ist allerdings nicht wie in Deutschland die fehlende rechtliche Verfasstheit dieser Religionsgemeinschaft, die bei uns im stark auf Kooperation zwischen Staat und Religionsgemeinschaften angelegten Religionsrecht Probleme bereitet.

⁹ *Henette-Vauchez/Roman* (Fn. 5), Rn. 570.

¹⁰ Siehe auch *Messner/Prélot/Woëhring* (Fn. 1), Rn. 460; *J. Sayah*, La laïcité réaffirmée: la loi du 15 mars 2004, RDP 2006, 915 (921). Im ursprünglichen Gesetzentwurf war allerdings in der Tat ein Verbot religiöser, für alle wahrnehmbarer Feiern auf öffentlichen Straßen enthalten gewesen; siehe *C. Benelbaz*, Le principe de laïcité en droit public français, 2011, S. 406; *F. Dieu*, L'espace public et la laïcité, RDP 2013, S. 566 (571). Zur damaligen Diskussion auch *Sauvé* (Fn. 4), S. 3 f.

¹¹ Eine Entscheidungsübersicht gibt *R. Berthon*, Le régime des cortèges et des manifestations, Diss. iur. Paris 1938, S. 186 ff. Ferner *Sauvé* (Fn. 4), S. 5 f.; *C. Walter*, Religionsverfassungsrecht, 2006, S. 167 f.

¹² Dazu *A. v. Campenhausen*, Die Entstehung des französischen Modells der *laïcité* und seine Modifikationen, in: I. Dingel/C. Tietz (Hg.), Kirche und Staat in Frankreich, Deutschland und den USA, 2012, S. 65 (71); *R. Schwartz*, La jurisprudence de la loi de 1905, in: P. Weil (Hg.), Politiques de la laïcité au XX siècle, 2007, S. 147 (160 ff.); *Benelbaz* (Fn. 10), S. 407 ff.; *Dieu* (Fn. 10), S. 571.

Jenseits des Rheins wird vielmehr heute wie damals immer wieder über die Bedeutung der Religion im öffentlichen Leben gestritten. Dass der Islam diese Auseinandersetzungen auslöst, liegt daran, dass sich dessen Angehörige in stärkerem Maße als die Angehörigen anderer Religionen auch im Alltag auf religiöse Vorschriften berufen, um bestimmte spezifische Verhaltensweisen, etwa bei Bekleidung und Ernährung, zu rechtfertigen. Etliche dieser Diskussionen haben dann mit einfachgesetzlichen Regelungen geendet, die in Deutschland so schwer vorstellbar wären wie das weitgehende Verbot religiöser Zeichen für Schüler, das generelle Burka-Verbot in der Öffentlichkeit oder auch die Strandverbote für Burkinis.

Nachfolgend soll nun zunächst dargestellt werden, wie sich das französische Religionsrecht in seinen verfassungsrechtlichen Grundlagen und seinen einfachrechtlichen Ausprägungen entwickelt hat, um zu sehen, ob und wenn ja welche Unterschiede sich bei der Bewältigung der soeben angesprochenen Herausforderungen ergeben. Formal wird dabei ein weiterer Unterschied zwischen Deutschland und Frankreich deutlich: Dort spielt die Verfassungsrechtsprechung kaum eine Rolle; zentral sind die Fachgerichte. Zugleich wird dargestellt, dass wie schon angedeutet die politische Diskussion über die Rolle von Religion im öffentlichen Leben häufig in anderen Bahnen geführt wird als der juristische Diskurs, und wie sich dies auf juristische Regelungen auswirkt.

II.

Grundlagen

1. Normative Grundlagen

Betrachtet man das französische Verfassungsrecht im Einzelnen, so wird die in Art. 1 CF enthaltene, bereits erwähnte Festlegung auf den Laizismus durch zwei weitere Aussagen ergänzt, nämlich zum einen durch besondere Gleichheitssätze, die insbesondere auch die Ungleichbehandlung aus Gründen der Religion verbieten, zum anderen durch das Gebot, dass die Republik alle Glaubensrichtungen respektiere.¹³ Zudem wird der bereits angesprochene Art. 10 der Erklärung von 1789 weit verstanden und erfasst insbesondere auch den religiösen Kultus.¹⁴ Abschnitt 5 der gleichfalls heute noch geltenden Präambel der Verfassung von 1946 greift die vorgenannte Aussage zur religiösen Äußerungsfreiheit speziell für den Bereich des Arbeitsrechts auf und untersagt jede Benachteiligung im Arbeitsverhältnis, die sich auf Meinungen oder Glaubensüberzeugungen des Betroffenen stützt. 1977 hat

¹³ Im Sinne positiver Neutralität verstanden bei *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1037 f.

¹⁴ CC, 2010–613 DC vom 7.10.2010, Rn. 5.

der Verfassungsrat zudem als grundlegendes, durch die Gesetze der Republik anerkanntes Prinzip¹⁵ die Gewissensfreiheit anerkennt.¹⁶

Was hingegen fehlt, ist eine explizite Garantie auch der Religionsausübung.¹⁷ Diese findet sich nur in unterverfassungsrechtlichen Normen. Zu nennen ist zum einen Art. 1 des bereits erwähnten Gesetzes aus dem Jahre 1905, zum anderen Art. 9 EMRK. Der zweitgenannten Norm kommt im französischen Religionsrecht anders als in Deutschland eine zentrale Bedeutung zu,¹⁸ weil sie zum einen wie alle völkerrechtlichen Verträge in Frankreich nach Art. 55 CF im Rang über den Gesetzen steht¹⁹ und zum anderen durch eine umfangreiche Rechtsprechung des EGMR ausgeformt wurde.²⁰ Demgegenüber gibt es zum offenen Begriff der „laïcité“ bisher kaum Verfassungsrechtsprechung, und so ist dessen Gehalt in den konkreten Einzelheiten doch recht umstritten.²¹

2. Die Rechtsprechung des Conseil constitutionnel

Der Conseil constitutionnel, das französische Verfassungsgericht, war bisher nur selten mit Fragen des Religionsrechts befasst, und selbst wenn dies geschah, spielte die Laizität dabei nicht immer eine Rolle. Hierfür gibt es mehrere Gründe. Zentral ist der Umstand, dass im Bereich der Grundrechte die Kompetenz des Verfassungsrates auf eine Normenkontrolle beschränkt ist. Bis zur entsprechenden Reform des Verfassungsprozessrechts in den Jahren 2008/2010 und der damals eingeführten „QPC“, der „question prioritaire de constitutionnalité“, einer Art konkreter Nor-

¹⁵ Zu dieser, in der (heute noch in Verfassungsrang stehenden) Präambel der Verfassung von 1946 verankerten Verfassungsrechtsquelle siehe C. D. *Classen*, in: H.-J. Sonnenberger/C. D. *Classen* (Hg.), *Einführung in das französische Recht*, 4. Aufl. 2012, Nr. 10.

¹⁶ CC, 77–87 DC vom 23.11.1977, Rn. 5.

¹⁷ *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 973

¹⁸ Siehe auch die Stellungnahme (avis) des Conseil d'État zur Laïcité für den Défenseur des droits vom 19.12.2013; abrufbar unter: <http://www.defenseurdesdroits.fr/fr/publications/etudes/application-du-principe-de-neutralite-religieuse-dans-les-services-publics-etude> [20.12.2016], S. 12 f. *Sauvé* (Fn. 4), S. 7 betont deren weitgehende Parallelität zum französischen Recht.

¹⁹ Zur Durchsetzung dieses Rangs durch die Fachgerichtsbarkeit siehe für die Cour de Cassation das Urteil vom 24.5.1975 (Jacques Vabre), für den Conseil d'État die Entscheidung 108243 vom 20.10.1989 (Nicolo).

²⁰ Darstellungen bei C. *Walter*, *Religions- und Gewissensfreiheit*, in: O. Dörr/R. Grote/T. Maruhn, *EMRK/GG Konkordanzkommentar*, 2. Aufl. 2013, § 17; C. *Grabenwarter/K. Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6. Aufl. 2016, § 22 Rn. 107 ff.

²¹ Von einem „mystère“ und einer „définition introuvable“ spricht J. *Morange*, Le „mystère“ de la laïcité française, RDP 2013, S. 506 (507 und 509); von einem „schillernden Charakter“ des Grundsatzes *Walter* (Fn. 11), S. 174; zur Offenheit des Begriffes auch *Sauvé* (Fn. 4), J. *Brau*, *Controverses autour de la loi du 15 mars 2004: laïcité, constitutionnalité et conventionnalité*, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes1/BRAU.pdf> [20.12.2016], S. 1.

menkontrolle, konnte diese zudem nur vor Verkündung eines Gesetzes und allein durch bestimmte Verfassungsorgane bzw. Teile von diesen ausgelöst werden. Damit können faktisch bis heute nur spezifisch religionsrechtlich ausgerichtete Regelungen am Maßstab der Religionsfreiheit verfassungsgerichtlich überprüft werden.

Eine, wie die deutsche und die europäische Erfahrung zeigt, durchaus zentrale Konfliktsituation²² kann demgegenüber praktisch nie zum Verfassungsrat kommen: Der Konflikt zwischen den Anforderungen eines allgemeinen Gesetzes einerseits und der Religionsfreiheit andererseits, der daraus resultiert, dass Religion nicht selten Anforderungen nicht allein an den Kultus im engeren Sinne, sondern an das gesamte Leben stellt.²³ Die durch diesen Aspekt der Religionsfreiheit, der durch Art. 9 EMRK und 10 GRC und das dort ausdrücklich garantierte „Praktizieren von Riten und Gebräuchen“ ausdrücklich geschützt wird, ausgelösten Konflikte sind aber regelmäßig nicht durch Erklärung von Gesetzen als verfassungswidrig zu bewältigen, sondern durch einzelfallbezogene religionsfreiheitskonforme Auslegungen oder Ausnahmen. Diese Probleme aber lassen sich im Grundsatz nicht durch eine Normenkontrolle bewältigen. Vor Einführung der QPC konnten sich Einzelne sogar überhaupt nur an den EGMR wenden, wenn sie ihre Religionsfreiheit durch den Gesetzgeber – oder auch Fachgerichte – verletzt sahen.

Explizit wird die Laizität in fünf Entscheidungen des Verfassungsrates erwähnt. Zwei von ihnen enthalten allgemeine Aussagen zum Inhalt des Prinzips. Diese setzen zudem tendenziell gegenläufige Akzente.

a) Zurückhaltendes Verständnis 2004 in der Entscheidung zum Europäischen Verfassungsvertrag

Die erste Entscheidung des Verfassungsrates, in der die Laizität in allgemeiner Form behandelt wurde, betrifft den europäischen Verfassungsvertrag.²⁴ In dieser befasst sich der Rat unter anderem mit der Frage des europäischen Grundrechtsschutzes. Ähnlich wie rund zehn Jahre später das BVerfG²⁵ beschäftigt den Conseil nicht zuletzt die Frage, ob ein ausgreifender europäischer Grundrechtsschutz nationale Zuständigkeiten oder nationalen Grundrechtsschutz beeinträchtigen könnte. Er betont daher deutlich auch die Grenzen der Anwendbarkeit der europäischen Grundrechte.²⁶

²² Siehe beispielhaft aus der deutschen Verfassungsrechtsprechung BVerfGE 24, 236; 32, 98; zum EGMR, Urt. 27417/95 v. 27.6.2000 (*Cha'are Shalom ve Tsedek*), § 73.

²³ Dazu etwa *Classen*, Religionsrecht, 2. Aufl. 2015, Rn. 149 ff.

²⁴ Entscheidung 2004–505 DC vom 19.11.2004.

²⁵ BVerfGE 133, 277 (316); 135, 155 (231).

²⁶ Entscheidung 2004–505 DC (Fn. 24), Rn. 15.

Nachdem im parlamentarischen Ratifizierungsverfahren besondere verfassungsrechtliche Zweifel wegen der französischen Laizität gerade mit Blick auf die heute in Art. 10 GRC garantierte Religionsfreiheit geäußert wurden,²⁷ setzt sich der Conseil in diesem Rahmen speziell mit dieser Garantie auseinander. Dabei betont er die in der Charta ausdrücklich verankerte Notwendigkeit (heute Art. 52 Abs. 3 GRC), diese in Übereinstimmung mit Art. 9 der EMRK zu interpretieren. Zum Verständnis dieser Garantie verweist er auf die ständige Rechtsprechung des EGMR, insbesondere die Entscheidung Leyla Şahin²⁸, die den Staaten jeweils einen großen Gestaltungsspielraum in diesem Bereich eingeräumt habe. Der EGMR habe somit diesen ermöglicht, nationalen Verfassungsstraditionen unter Einschluss der Laizität Rechnung zu tragen.²⁹

Zum Inhalt der Religionsfreiheit wird an gleicher Stelle ausdrücklich nur negativ ausgeführt, dass diese verbiete, dass sich irgendjemand auf seine religiösen Überzeugungen beruft, um sich den allgemeinen Bestimmungen zu entziehen, die die Beziehung zwischen der öffentlichen Gewalt und dem einzelnen Bürger bestimmen. Damit wird zugleich unterstrichen, dass das Prinzip für die Beziehungen zwischen den Bürgern unmittelbar keine Auswirkungen hat.³⁰ Bemerkenswert ist zudem, dass der Verfassungsrat besonders die Notwendigkeit betont, die Kultusfreiheit mit dem Prinzip der Laizität in Ausgleich zu bringen. Dies macht nur Sinn, wenn beide Grundsätze zumindest tendenziell als Gegensatz verstanden werden. Im Lichte des zuvor erwähnten inhaltlichen Verständnisses der Laizität ist das aber auch konsequent: Das „forum internum“ der Religionsfreiheit wirft im modernen Verfassungsstaat ohnehin praktisch keine Konflikte auf. Anderes hingegen gilt wie bereits erwähnt für das „forum externum“.

Weiterhin betont der Rat, dass die Grundrechte, die sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, im Einklang mit diesen Überlieferungen auszulegen sind.³¹ Aus diesem Grund seien die einschlägigen Grundrechte mit dem aus Art. 1 bis 3 CF herzuleitenden Verbot vereinbar, bestimmten, durch Herkunft, Kultur, Sprache oder Glauben definierten Gruppen kollektive Rechte zuzuerkennen.

In der Literatur wird allerdings zum Teil betont, dass die Aussage des Verfassungsrates zur Religionsfreiheit mit Vorsicht zu genießen ist. Sie stellt danach keinen Freibrief für beliebige Regelungen dar, sondern setzt voraus, dass die als verbindlich anzusehende Regelung mit der Religionsfreiheit zu vereinbaren sei. Allerdings wende sich der Verfassungsrat gegen Bestrebun-

²⁷ Dazu *Woehrling* (Fn. 1), S. 564.

²⁸ EGMR (GK), 44774/98 vom 10.11.2005.

²⁹ Entscheidung 2004–505 DC (Fn. 24), Rn. 18.

³⁰ CE, avis (Fn. 18), S. 14; siehe auch *Miaille*, *La laïcité*, 2. Aufl. 2014, S. 78.

³¹ Entscheidung 2004–505 DC (Fn. 24), Rn. 16.

gen einiger Gruppen, sich von der Gesellschaft abzusondern und für sich eigene Regeln zu entwickeln, und weise dem allgemeinen Gesetz in diesem Kontext eine besondere Bedeutung zu.³²

b) Religionsfreundlichere Definition 2013 in der Entscheidung zu Elsass-Lothringen

Im Jahre 2013 musste sich der Verfassungsrat erneut mit der Laizität befassen. Es ging um das bis heute in Elsass-Lothringen geltende besondere Regime des Verhältnisses von Staat und Kirche.³³ Diese Gelegenheit hat der Rat genutzt für eine erstmalige umfassende Definition dessen, was er unter Laizität versteht.³⁴ Diese meine zunächst die Neutralität des Staates. Außerdem erkenne die Republik keinen Kult an. Das bedeute insbesondere³⁵ den Respekt aller Glaubensrichtungen und die Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz ohne Unterscheidung nach der Religion. Weiterhin garantiere die Republik die freie Ausübung des Kultes. Zudem bezahle der Staat keine Beschäftigten eines Kultes.³⁶ Schließlich gehöre zur Laizität die Gleichheit der Bürger ohne Unterscheidung nach ihrer Religion.

Mit all diesen Aussagen wird nichts Neues formuliert. Vielmehr greift der Rat schlicht die zentralen Aussagen auf, die sich bereits in Art. 1 und 2 des bereits erwähnten Gesetzes vom 9.12.1905 finden, das so in gewisser Weise konstitutionalisiert wird.³⁷ Allerdings gibt es insoweit eine beachtliche Ausnahme: 1905 wurde – bis heute geltendes einfaches Gesetzesrecht – nicht nur die erwähnte Bezahlung der Beschäftigten verboten, sondern außerdem, daneben, jede (sonstige) finanzielle Förderung.³⁸ Der Umstand, dass so alle grundlegenden Elemente des Gesetzes aus dem Jahre 1905 mit einer Ausnahme vom Verfassungsrat aufgegriffen wurden, ist sicherlich kein Zufall.³⁹ Mit anderen Worten: Verfassungsrechtlich besteht kein Verbot einer finanziellen Zuwendung an Religionsgemeinschaften,⁴⁰ solange nur die Neutralität

³² *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1060 ff.; dazu auch *O. Dord*, *L'affirmation du principe constitutionnel de laïcité*, in : *Mélanges Michel Troper*, 2006, S. 407 (414); vgl. zur Gruppenbildung auch schon CC, 99–412 DC vom 15.6.1999, Rn. 6, 10 f. (bezogen auf die als verfassungswidrig qualifizierte Charta der Regional- und Minderheitssprachen).

³³ Darstellung bei *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1991 ff.

³⁴ Entscheidung 2012–297 QPC vom 21.2.2013, Rn. 5.

³⁵ Die Definition ist also nicht abschließend; dazu *E. Forey*, note, *AJDA* 2013, 1108 (1110).

³⁶ „ne salaire aucun culte“.

³⁷ *Morange* (Fn. 21), S. 516.

³⁸ Kritisch zu dieser Unterscheidung *J.-M. Woehrling*, *Le droit local alsace-mosellan des cultes après les récentes décisions du Conseil constitutionnel*, *RDP* 2013, S. 532 (559).

³⁹ Dazu *Forey* (Fn. 35), S. 1110.

⁴⁰ *Gaudemet* (Fn. 2), S. 336; *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1002, 2180 ff.; *Forey* (Fn. 35), S. 1110; *M. Comte-Perrier*, Note, *RFDA* 2013, 342 (343 f.); siehe auch

tät – praktisch also die Gleichheit – beachtet wird. Ähnlich hatte im Übrigen bereits zuvor der Staatsrat judiziert.⁴¹ Trotzdem ist diese im Ergebnis eher begrenzte Konkretisierungsleistung des Verfassungsrates mit dem Argument kritisiert worden, dass der Verfassungsrat sich damit darüber hinweggesetzt habe, dass der Verfassungsgeber zweimal – 1946 und 1958 – das Laizitätsprinzip zwar postuliert, aber eben nicht konkretisiert habe.⁴²

Daneben verdient inhaltlich dreierlei Beachtung. Zunächst qualifiziert der Rat die „laïcité“ ausdrücklich als Teil der „Rechte und Freiheiten“ der Verfassung.⁴³ Ferner wird hier anders als im Jahre 2004 der freie Kult ausdrücklich als Bestandteil der Laizität angesehen. Und schließlich wird das schon in der Entscheidung zum Verfassungsvertrag angesprochene Gebot der Gleichheit der Bürger ohne Unterscheidung nach ihrer Religion dieses Mal nicht mit dem erwähnten Hinweis darauf verbunden, dass die Religionsausübung die allgemeinen Gesetze nicht in Frage stellen dürfe. Diese ausführliche und neue Akzente setzende Befassung des Verfassungsrates mit dem Verständnis von Laizität ist umso bemerkenswerter, als all diese Überlegungen nicht entscheidungserheblich waren. Dass nämlich das in Rede stehende Regime an sich inhaltlich zumindest im entscheidungserheblichen Punkt mit Art. 1 der französischen Verfassung nicht vereinbar ist, dürfte auch ohne nähere Definition erkennbar gewesen sein.

Konkret gibt es in Elsass-Lothringen eine ausgesprochen enge Kooperation von Staat und Kirche. Diese äußert sich etwa in der bis heute fortbestehenden Existenz theologischer Fakultäten an der Universität Straßburg und eines entsprechenden Instituts an der Universität Lothringen⁴⁴, der staatlichen Besoldung von Geistlichen sowie (formalen) Mitentscheidungsrechten des Staates bei Vergabe bestimmter kirchlicher Ämter.⁴⁵ Historische Erklärung dieser Rechtslage ist der Umstand, dass bei Inkraftsetzung der noch heute insoweit zentralen Gesetze zu Beginn des 20. Jahrhunderts Elsass-Lothringen nicht zu Frankreich gehörte. Um dessen Reintegration nach Frankreich nach 1919 nicht zu erschweren, wurde der – im Übrigen auch von Deutschland 1871 nicht grundlegend in Frage gestellte – Zustand

nachf. Fn.; a.A. O. *Schrameck*, *Laïcité, Neutralité et pluralisme*, Mélanges Robert 1998, S. 195 (196 ff.).

⁴¹ CE, 265560 vom 16.3.2005 (in einem das Überseegebiet Polynesien betreffenden Fall, wo zwar die Verfassung, nicht aber das Gesetz aus dem Jahre 1905 gilt); ebenso *Jean-Pierre Machelon*, „La République ne subventionne aucun culte“, in: Mélanges Jean Gicquel, 2008, S. 353; *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1020, 2246; für (nur) die Zulässigkeit punktueller Ausnahmen *Benelbaz* (Fn. 10), S. 503; *Dord* (Fn. 32), S. 416.

⁴² *Morange* (Fn. 21), S. 516.

⁴³ Dazu *Hennette-Vauchez/Roman* (Fn. 5), Rn. 571. Ohne diese Qualifikation wäre die entsprechende QPC unzulässig gewesen.

⁴⁴ Speziell dazu auch CE, 354199 vom 15.12.2011.

⁴⁵ Siehe insgesamt dazu *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 3315 ff.

belassen, der im Kern auf den Anfang des 19. Jahrhunderts zurückgeht und im Verhältnis zur katholischen Kirche durch ein Konkordat mit dem Vatikan und auch im Übrigen durch dem deutschen Betrachter durchaus vertraute kooperative Beziehungen bestimmt wird.

Dieses Sonderregime wurde nun – auch für manche französische Beobachter überraschend – für verfassungsmäßig erklärt. Dabei unternahm der Conseil nicht einmal ansatzweise den Versuch, dieses Regime mit seiner erwähnten Definition in Einklang zu bringen. Sein zentrales Argument war vielmehr, dass der Verfassungsgeber der Jahre 1946 und 1958 ersichtlich dieses – durch historische Umstände legitimierte⁴⁶ – Regime nicht habe in Frage stellen wollen. Der Verfassungsrat geht also davon aus, dass die einschlägige verfassungsrechtliche Vorgabe insoweit mit einer immanenten Ausnahme verbunden sei.⁴⁷ Konsequenz dieser historischen Legitimation ist allerdings, dass neueren Entwicklungen nicht Rechnung getragen werden kann – die Etablierung etwa auch einer islamisch-theologischen Fakultät an der Universität Straßburg wäre also nicht möglich.⁴⁸

c) Entscheidungen zum Bildungssystem

Zwei weitere Entscheidungen des Verfassungsrates betreffen den in den Einzelheiten unten näher erläuterten Bildungsbereich (IV.2.). Hier besteht eine spezifische verfassungsrechtliche Regel. Die ebenso wie die bereits erwähnte Erklärung von 1789 heute noch geltende Präambel der Verfassung des Jahres 1946 betont, dass die Organisation eines öffentlichen, kostenfreien und „laizistischen“ Bildungswesens eine staatliche Aufgabe ist. Daneben gibt es ein durch die Unterrichtsfreiheit, also das Recht, Privatschulen zu betreiben und zu besuchen, verfassungsrechtlich gleichfalls anerkanntes⁴⁹ Privatschulwesen. Zur im Grundsatz seit 1959 bestehenden und später noch im Einzelnen erläuterten staatlichen Finanzierung dieser Schulen erklärte der Verfassungsrat, dass diese zwar nicht prinzipiell unzulässig sei, dass aber doch der Gesetzgeber selbst objektive und rationale Kriterien formulieren und die Förderungen abhängig machen müsse vom Beitrag dieser Schulen zur Erfüllung der staatlichen Aufgabe der Versorgung der Schüler mit Unterricht. Dies hatte der Gesetzgeber nur im zweiten Fall getan.⁵⁰

⁴⁶ Dazu näher *Woehrling* (Fn. 38), S. 535 ff., der auf die Rolle der Geistlichen in der Zeit zwischen 1870 und 1919 sowie zwischen 1940 und 1945 verweist.

⁴⁷ *Forey* (Fn. 35), S. 1110. Ferner allgemein zur Verfassungsmäßigkeit dieses lokalen Rechts CC, 2011–157 QPC vom 5.8.2011, insbesondere Rn. 4, und dazu *Woehrling* (Fn. 38), S. 547. Auch insoweit aber ist eine historische Legitimation abweichenden Rechts erforderlich.

⁴⁸ *Dord* (Fn. 32), S. 418; *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1991.

⁴⁹ CC, 77–87 DC vom 23.11.1977; dazu *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 3206.

⁵⁰ Dazu bei Fn. 175.

d) Die Entscheidung zum Burka-Verbot

Bemerkenswert ist schließlich, dass in einer weiteren Entscheidung des Conseil constitutionnel, die man, wenn man das zu Beginn angesprochene traditionelle deutsche Bild von Laizismus vor Augen hat, als dessen Ausdruck begreifen könnte, dieser überhaupt keine Rolle spielt. Es geht um die Entscheidung vom 7. Oktober 2010 zum kurz zuvor vom Gesetzgeber beschlossenen Verbot der Ganzkörperverhüllung im öffentlichen Raum. Dieses wird mit auch für französische Verhältnisse sehr knapper Begründung als verfassungsmäßig angesehen. Nicht einmal näher problematisiert wird dabei, in welches Freiheitsrecht eingegriffen wird. Zur Rechtfertigung verweist der Verfassungsrat auf die Erwägungen des Gesetzgebers. Dieser hatte die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit sowie die Absicherung der minimalen Anforderungen eines Zusammenlebens in der Gesellschaft angeführt. Daneben war der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass sich Frauen, die ihr Gesicht freiwillig oder unfreiwillig verhüllen, in einer Situation der Ausschließung und der Abwertung befinden, die offenkundig unvereinbar sei mit den verfassungsrechtlichen Prinzipien der Freiheit und der Gleichheit. Angesichts der Tatsache, dass zugleich nur begrenzte Sanktionen ausgesprochen werden, sieht der Verfassungsrat die Regelung insgesamt als angemessenen Ausgleich zwischen den Anforderungen des „ordre public“ und der Gewährleistung verfassungsrechtlicher Rechte an.⁵¹ Der EGMR hat das Gesetz später auch gebilligt, war aber deutlich zurückhaltender bei der Annahme von Rechtfertigungsgründen (dazu bei III.1.a).

Eine Einschränkung macht der Verfassungsrat nur insofern, als das genannte Verbot keine Geltung beanspruchen darf für öffentlich zugängliche religiöse Zeremonien. Zur Begründung verweist er auf Art. 10 der Erklärung von 1789. Deren Inhalt wird allgemein mit dem in dieser Entscheidung zum ersten Mal in seiner Rechtsprechung verwendeten Stichwort „Religionsfreiheit“ umschrieben.⁵² Ersichtlich wird diese also, anders als der nur auf religiöse Überzeugungen abstellende Wortlaut erlauben würde, nicht allein auf das Forum internum beschränkt.⁵³ Unklar bleibt allerdings, ob der Verfassungsrat die Religionsfreiheit nur in diesem Kontext oder generell als einschlägiges Grundrecht angesehen hat. Und in der Literatur

⁵¹ Entscheidung 2010–613 DC, insbesondere Rn. 5; zustimmend *Philip-Gay* (Fn. 7), S. 165 ff.; *F. Saint-Bonnet*, *La citoyenneté, fondement pour la loi anti-burqa*, *Jus Politicum* Nr. 7 (2012). Kritisch dazu etwa *P. Wachsmann*, *Libertés publiques*, 7. Aufl. 2013, S. 715 f.; *A. Gaillet*, *La loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public et les limites du contrôle pratiqué par le Conseil constitutionnel*, in: *Société, droit et religion* 2011, S. 47 (58 ff.); *O. Cayla*, *Dissimulation du visage dans l'espace public*, *D.* 2011, 1166; zurückhaltend auch *Hennette-Vaucheze/Roman* (Fn. 5), 599 f.; *P. Gervier*, *L'interdiction de dissimulation du visage dans l'espace public*, *AJDA* 2014, 1866 (1869).

⁵² Ebd., Rn. 5 („liberté religieuse“).

⁵³ Vgl. auch *Hennette-Vaucheze/Roman* (Fn. 5), Rn. 571, 566.

wird diese Entscheidung, auch wenn in ihr die Laizität wie erwähnt formal nicht vorkommt, doch als Zeichen von deren Sicherung im öffentlichen Raum angesehen.⁵⁴ Dies stünde dann allerdings im Gegensatz zur eingangs erwähnten Judikatur des Staatsrates zum Prozessionsrecht.

3. Vergleich

Vergleicht man französische und deutsche Prinzipien miteinander, so stellt man zunächst formal die geringe Dichte verfassungsrechtlicher Aussagen fest: über sehr allgemeine Prinzipien geht die französische Verfassungsrechtsprechung nicht hinaus. Inhaltlich sind hingegen die zentralen Grundsätze der religiösen Freiheit und der staatlichen Neutralität im Kern in ähnlicher Form gewährleistet. Akzentunterschiede sind insofern zu erkennen, als in Frankreich das Gebot der Gleichheit und das damit verbundene Verbot der Differenzierung aus religiösen Gründen stärker unterstrichen wird als in Deutschland und umgekehrt das gerade insoweit Fragen aufwerfende Leben nach religiösen Vorschriften in Deutschland weitgehend unstrittig von Art. 4 GG erfasst, in Frankreich demgegenüber jedenfalls nicht explizit von der Rechtsprechung des Verfassungsrates erwähnt wird. Einen eindeutigen Unterschied gibt es insoweit, als in Frankreich eine staatliche Finanzierung des Personals der Religionsgemeinschaften ausgeschlossen wird. Zudem spielen Aspekte der positiven Neutralität, die in Deutschland von zentraler Bedeutung sind, in Frankreich keine Rolle.

III.

Die Religionsfreiheit

1. Zum Leben nach religiösen Vorschriften

Soweit es nicht um den Staat und damit dessen Neutralität geht, wird das Religionsrecht in Frankreich wie in Deutschland von der Religionsfreiheit bestimmt. Mit der zu jeder Religion gehörenden Vorstellung von der Welt als eines Sinnganzen verbinden sich nun regelmäßig auch bestimmte Verhaltensweisen im alltäglichen Leben, die durch Art. 9 EMRK auch ausdrücklich geschützt sind. Konflikträchtig haben sich insoweit in Frankreich – wie in Deutschland – vor allem Regeln über die Bekleidung und über die Ernährung erwiesen. Diese werden nachfolgend zunächst im allgemeinen Kontext erörtert. Probleme, die im Arbeitsrecht bestehen, werden gesondert behandelt (bei 2.). Soweit es um die damit verbundenen Probleme im Rahmen öffentlicher Einrichtungen geht, sind schon im Ausgangspunkt andere Gesichtspunkte zu beachten (unter IV.1.).

⁵⁴ So *Dieu* (Fn. 10), S. 588.

a) Zur Bekleidung

Es gehört zum Wesen menschlicher Freiheit, sich zu kleiden, wie man wünscht. Dies gilt zunächst einmal unabhängig von der Religion. Von daher werfen religiöse Kleidungs Vorschriften als solche in einem freiheitlichen Staat per se kein Problem auf. Gewisse Grenzen dieser Kleidungs freiheit hat man jedoch in Frankreich mit dem bereits erwähnten Burka-Verbot gezogen. Dieses wurde wie dargestellt nach innerstaatlichem Recht mit der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, dem Schutz der Rechte der Betroffenen sowie den Mindestnotwendigkeiten eines gesellschaftlichen Lebens und der damit verbundenen Kommunikationsbereitschaft gerechtfertigt. Dem hat sich der EGMR im Ergebnis angeschlossen. Allerdings hat er allein das zuletzt genannte Argument als tragfähig akzeptiert.⁵⁵ Und auch das ist zweifelhaft, wird damit doch implizit ein „Recht auf Kommunikation mit anderen“ anerkannt, das nicht nur neu ist, sondern auch in der Sache kaum überzeugt.⁵⁶

Im Übrigen hat der Staatsrat im Kontext des Einbürgerungsrechts implizit eine kritische Würdigung der Vollverschleierung vorgenommen. Er hat diese nämlich als eine extreme, mit den Werten der französischen Gemeinschaft, insbesondere der Gleichberechtigung der Geschlechter unvereinbare Form der Religionsausübung angesehen, die als Beleg für mangelnde Integration anzusehen sei und deswegen einer Einbürgerung der Betroffenen bzw. ihres Partners entgegenstehe.⁵⁷

Schließlich haben etliche Gemeinden im Sommer 2016 Verfügungen erlassen, die das Betreten kommunaler Strände oder auch Badeanstalten in einer Bekleidung verbieten, die den guten Sitten oder der Laizität widersprechen oder im Widerspruch zu den Geboten der Hygiene und der Sicherheit stehen. Ersichtlich gemeint war vor allem der „Burkini“, eine badetaugliche Ganzkörperbekleidung, die aber das Gesicht frei lässt. In Eilverfahren hat das tribunal administratif von Nizza eine entsprechende Regelung für zulässig erklärt. Dabei wurde insbesondere angenommen, dass mit diesem Kleidungsstück ostentativ eine religiöse Überzeugung zum Ausdruck gebracht werde, die als Ausdruck religiösen Fundamentalismus angesehen werden könne, was gerade nach den verschiedenen Attentaten – in Nizza am 14.7.2016, in St. Étienne-du-Rouvray am 26.7.2016 – als Provokation angesehen werden könne; in jedem Fall aber sei in einem laizistischen Staat der Strand nicht der richtige Platz, um religiöse Auffassungen zu verkünden.⁵⁸

⁵⁵ EGMR, 43835/11 vom 1.7.2014 (S.A.S.), zum letzten Punkt Rn. 153 ff.

⁵⁶ Kritisch daher *Gervier* (Fn. 51), S. 1871 ff.; *Dieu* (Fn. 10), S. 583.

⁵⁷ CE, 286798 vom 27.6.2008; 365587 vom 27.11.2013; kritisch zur Begründung *Woehrling* (Fn. 1), S. 573 f.; *Hennette-Vauchez/Roman* (Fn. 5), Rn. 597.

⁵⁸ Entscheidung 1603508 und 1603523 vom 22.8.2016, Rn. 15 f.; dem i.E. zustimmend R. *Letteron*, Le „Burkini“ bafoue le droit des femmes, *Le Monde* vom 19.8.2016.

Demgegenüber hat der Conseil d'État anders entschieden. Dabei hat er darauf hingewiesen, dass bisher keine Fälle bekannt geworden seien, in denen es zur Störung der öffentlichen Ordnung gekommen sei. Auch könnten nur hinreichend gewichtige Gründe Kleidungs Vorschriften rechtfertigen wie der Zugang zum Strand, die Sicherheit der Badenden sowie Hygiene und Anstand am Strand. Daher stelle die Maßnahme eine schwerwiegende und offensichtlich rechtswidrige Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit, der Gewissensfreiheit und der persönlichen Freiheit dar.⁵⁹ Die Laizität also solche rechtfertigt danach die Maßnahme nicht. Das ist auch plausibel, denn nach herkömmlichen Verständnis begründet die Laizität Verpflichtungen im Grundsatz nur für den Staat. Daher kann es also eigentlich bei Privatpersonen Kleidung, die im Widerspruch zu Laizität steht, gar nicht geben. Ohnehin verwundert die Interpretation, die das Verwaltungsgericht für das Verhalten Burkini tragender Frauen gefunden hat: Diese wollen nicht ihre Religion manifestieren oder gar für sie werben, sondern sich schlicht vor Blicken schützen, denen sie sich aus religiösen Gründen nicht ausgesetzt sehen wollen. Es geht also schlicht um das Leben nach religiösen Vorschriften.

In einem etwa später entschiedenen Fall, in dem eine solche Anordnung ergangen war, nachdem es an einem Strand zu tätlichen Auseinandersetzungen gekommen war, die ihren Ausgangspunkt im Kontext Burkini tragender Frauen hatten, hat das Verwaltungsgericht Bastia trotzdem ein Verbot eines solchen Kleidungsstückes akzeptiert; dies hätte wohl auch vor dem Conseil d'État Bestand gehabt.⁶⁰

b) Ernährung

Auch mit Blick auf die Ernährung ist jeder Mensch grundsätzlich frei, so dass religiöse Vorschriften als solche zunächst einmal ebenso wenig ein Problem aufwerfen. Konflikte kann man sich allerdings vorstellen mit Blick auf das Schächten. Dieses ist nämlich europaweit und damit auch in Frankreich und Deutschland aus Gründen des Tierschutzes grundsätzlich verboten. Personen, die aus religiösen Gründen nur Fleisch geschächteter Tiere essen möchten, haben dann Probleme, sich dieses zu beschaffen. Daher bestehen in beiden Staaten Sonderregeln für diesen Personenkreis. So wird nicht nur der Tierschutz partiell zurückgedrängt, sondern es werden durch die Reli-

⁵⁹ Entscheidung 402742 und 402777 vom 26.8.2016 (Ligue de droits de l'homme u. a.).

⁶⁰ Entscheidung 1600975 des VG Bastia vom 6.9.2016 (Ligue de droits de l'homme). Siehe ferner den Hinweis des Conseil d'État auf das begrenzte Gewicht eines Zwischenfalls in einer anderen Gemeinde, der dort – vergeblich – ein solches Verbot rechtfertigen sollte: CE 403578 vom 25.9.2016, Rn. 6, und dazu auch *Sauvé* (Fn. 4), S. 12 f.

gionsfreiheit gerechtfertigte Sonderregeln geschaffen⁶¹ mit der Folge, dass ein allgemeines Gesetz insoweit nur mit Ausnahmen gilt. Es zeigt sich also, dass ein Grundprinzip der Laizität – keine Sonderregelung aus religiösen Gründen – hier seine Grenzen findet. Allerdings bedarf die Zulassung einer Ausnahme vom Schächtverbot wie in Deutschland auch verfahrensrechtlicher Ergänzungen. Diese werden im Kontext des Organisationsrechts (nachfolgend bei 3.) angesprochen.

2. Arbeitsrecht

a) Private Arbeitgeber

Grundsätzlich, das ergibt sich schon aus dem Verfassungsrecht, genießt ein Arbeitnehmer auch im Arbeitsverhältnis den Schutz der Religionsfreiheit.⁶² Das einfache Recht enthält hierzu ausführliche Regelungen, die im Kern sogar schon vor Erlass der Diskriminierungen aus religiösen Gründen verbietenden EU-Richtlinie 2000/78 bestanden. Danach darf ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern keine deren persönliche Freiheit einschränkende Vorgaben machen, die nicht durch die Anforderungen der Tätigkeit im Rahmen der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt sind (Art. L 1121–1 sowie speziell zu internen Betriebsvorschriften Art. 1321–3 Nr. 2 Code du travail, C. trav.), oder diese gar aus religiösen Gründen diskriminieren (Art. L 1132–1 C. trav.), soweit dies nicht durch Anforderungen der konkret wahrzunehmenden Tätigkeit im Rahmen der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt ist (Art. L 1133–1 C. trav.). Das auch in Frankreich bestehende Direktionsrecht des Arbeitgebers legitimiert also für sich genommen nicht die Begründung entsprechender Anforderungen; dieser muss sich insoweit „indifférent“ verhalten.⁶³ Vielmehr sind spezifische Anforderungen erforderlich. Ein allgemeines Verbot politischer Diskussionen im Betrieb etwa ist daher unzulässig.⁶⁴

Umgekehrt liefert aber auch die Religionsfreiheit einem Arbeitnehmer regelmäßig keinen Grund, eine bestimmte Tätigkeit etwa wegen ihrer Unvereinbarkeit mit religiösen Vorgaben abzulehnen; auch zeitliche Wün-

⁶¹ Siehe zu Einzelheiten Art. R 214–70 ff. Code rural; dazu *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1267; zur früheren, sachlich identischen Rechtslage *V. Wick*, Die Trennung von Staat und Kirche, 2007, S. 171 ff. Zur Rechtfertigung durch die Religionsfreiheit CE, 361441 vom 5.7.2013, Rn. 5.

⁶² Dazu umfassend *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1824 ff.; *Y. Chauvy*, Travail et religion sous le rapport tempéré de la neutralité, *Gaz Pal* 1998, 2, doctrine, S. 1525 ff.

⁶³ *J. Mouly*, La liberté d'expression religieuse dans l'entreprise, *D* 2013, 963 (S. 966 f.); *C. Mathieu*, Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise, *RDT* 2012, 17 (18 f.).

⁶⁴ CE, 64296 vom 25.1.1989.

sche wie Gebetspausen usw. bedürfen der Billigung des Arbeitgebers.⁶⁵ Kraft gesetzlicher Sonderregelung haben allerdings Ärzte und Hebammen das Recht, die Mitwirkung an einem Schwangerschaftsabbruch abzulehnen.⁶⁶

Konfliktträchtig ist gelegentlich⁶⁷ im privaten Arbeitsverhältnis das Thema Bekleidung. Probleme entstehen konkret dort, wo der Arbeitgeber entweder bestimmte Kleidungen vorschreibt und religiöse Zeichen damit nicht vereinbar erscheinen, oder aus bestimmten Gründen zumindest gewisse Bekleidungen ausschließt. Grundsätzlich zulässig sind Vorgaben, soweit sie etwa aus Gründen der Arbeitssicherheit oder der Hygiene gerechtfertigt sind.⁶⁸ Gebilligt wurde auch die Entlassung verschleierter Verkäuferinnen in einem Modengeschäft.⁶⁹ Ohne hinreichenden Sachgrund hingegen sind Vorgaben unzulässig.

Ein Fall hat vor wenigen Jahren erhebliche Diskussionen in der Öffentlichkeit ausgelöst und einmal mehr die Differenz zwischen juristischer und – noch näher zu betrachtender (V.) – politischer Betrachtung von Religion und Laizität deutlich gemacht.⁷⁰ Es ging um eine Kinderkrippe („Baby loup“), die allen ihren Arbeitnehmern für ihre Tätigkeit „philosophische, politische und konfessionelle Neutralität“ vorgegeben hatte. Als eine muslimische Erzieherin einen Schleier tragen wollte, wurde ihr daher gekündigt. Diese von den unteren Instanzen mit Hinweis auf den notwendigen Schutz der Kinder gebilligte Entscheidung⁷¹ wurde von einer arbeitsrechtlichen Kammer der Cour de cassation zunächst aufgehoben, weil eine private Krippe den Arbeitnehmern nicht den ihnen zustehenden gesetzlichen Schutz

⁶⁵ C. Cass, Dr. soc. 1998, 614 mit Anm. *J. Savatier* (zu einem islamischen Verkäufer, der in eine Fleischabteilung versetzt worden war, sich aber erst zwei Jahre später gewehrt hat).

⁶⁶ Art. L 2212–8 und 2213–2 C. santé publique; ferner die entsprechende Regelung zur Sterilisation in Art. L 2123–1 dieses code; dazu *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1743. Siehe ferner den Journalisten durch Art. L 7112–5 C. trav. gewährten Schutz für den Fall eines Wechsels des Eigentümers oder der politischen Ausrichtung einer Zeitung in der Form eines Abfindungsanspruches auch bei Kündigung durch den Journalisten.

⁶⁷ Insgesamt sind solche Konflikte offenbar selten, so jedenfalls *Mathieu* (Fn. 63), S. 17.

⁶⁸ *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1864. Zur Pflicht des Arbeitgebers, Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten, siehe Art. L 4121–1 ff. C. trav.

⁶⁹ Cour d’appel de St. Denis de la Réunion, D 1998, 546; allgemein in diesem Sinne *Benelbaz* (Fn. 10), S. 352; dazu auch *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1873 mit dem Hinweis, dass diese Grundsätze nicht gelten, wenn die Arbeitnehmerin schon bei der Einstellung verschleiert aufgetreten ist.

⁷⁰ Dargestellt bei *P. Adam*, *Baby loup: Horizons et défense d’une jurisprudence anathème*, RDT 2013, 385 (386); *Dockès* (Fn. 6), S. 389.

⁷¹ Cour d’appel de Versailles vom 27.10.2011. Die Vorinstanz hatte sogar einen zur Geltung der Neutralitätspflicht führenden *servic public* angenommen (Arbeitsgericht von Mantes-la-Jolie vom 13.12.2010); siehe *C. Brice-Delajou*, *La laïcité et l’accueil de la petite enfance dans les structures de droit privé*, RDP 2012, S. 1586 (1596 Fn. 22 mit ausführlicher Diskussion der Frage S. 1594 ff.: dagegen spreche jedoch die mangelnde Kontrolle durch den Staat). Zu den Kriterien im Einzelnen unter IV. 1.

entziehen könne und die erwähnte kleidungsmäßige Vorgabe der Krippe zu allgemein und unbestimmt sei.⁷² Das Berufungsgericht, an das der Fall zurückverwiesen wurde, qualifizierte dann die Krippe als (laizistischen) Tendenzbetrieb und billigte die Kündigung erneut.⁷³ Dies hielt nur im Ergebnis der Nachprüfung durch die Cour de cassation stand. Als Argument wurde allein der Hinweis auf die geringe Größe der Krippe akzeptiert, weil deswegen alle Mitarbeiter – 18 an der Zahl – mit den zu schützenden Kindern in Kontakt kommen könnten.⁷⁴

Verworfen wurde dagegen die Qualifikation als Tendenzbetrieb. Die Gründe sind einfach. Zunächst kann man darüber streiten, ob die Laizität im hier bedeutsamen Sinne überhaupt eine Tendenz darstellt und nicht allein vielmehr im Fehlen einer solchen besteht.⁷⁵ Die Krippe wollte ja nicht Laizität propagieren, sondern Kinder erziehen. Vor allem aber soll danach die Laizität wie erwähnt die religiöse Neutralität des Staates garantieren und auf diesem Weg den Bürger schützen. Sie kann daher – eigentlich – im privaten Bereich keine Rolle spielen.⁷⁶

b) Religiöse Arbeitgeber

Besonderheiten bestehen bei religiösen Arbeitgebern. Im Vergleich zu Deutschland ist dabei allerdings zweierlei zu beachten. Zum einen wurde die Kirche in Frankreich Ende des 19./Anfang des 20. Jahrhunderts aus dem Krankenhausbereich weit stärker als in Deutschland zurückgedrängt.⁷⁷ Daher treten die in Deutschland durchaus häufigeren Konflikte um die religionsgemeinschaftlichen Anforderungen an Arbeitnehmer eher selten auf. Zum anderen hat die im Antidiskriminierungsrecht der Union enthaltene Option, für diese besondere Freiräume vorzusehen (Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78), im französischen Recht keine Umsetzung gefunden.⁷⁸

⁷² C. cass. soc. 19.3.2013.

⁷³ Cour d'appel de Paris 27.11.2013.

⁷⁴ C. cass. ass. plén. 612 (13–28.369) vom 25.6.2014. Kritisch *J. Mouly, L'affaire Baby-Loup devant l'Assemblée plénière*, Dr. soc. 2014, 811 (815 ff.); *M. Hunter-Henin, Religion, Children and Employment. The Baby loup case: ICLQ 2015, 717 (726 ff.)*; zuvor bereits kritisch *Adam (Fn. 70)*, 393.

⁷⁵ So *G. Auzero/E. Dockès, Droit du travail*, 30. Aufl. 2016, Rn. 681; siehe auch *Brice-Delajou (Fn. 71)*, S. 1591 ff.; *Messner/Prélot/Woehrling (Fn. 1)*, Rn. 1036 mit Hinweis darauf, dass nach Art. 1 CF Laizität Respekt aller Glaubensrichtungen bedeutet. Anders aber der im Verfahren vor der Cour de cassation tätige Generalanwalt *B. Aldigé, Le champ d'application de la laïcité*, D. 2013, 956 (959); *Morange (Fn. 21)*, S. 530; ferner im Kontext der EMRK EGMR, 30814/06 vom 18.3.2011 (Lautsi), § 58.

⁷⁶ *Mouly (Fn. 74)*, S. 964 ff.; allgemein auch *Messner/Prélot/Woehrling (Fn. 1)*, Rn. 1003; offener *Mathieu (Fn. 63)*, S. 22; anders *Benelbaz (Fn. 10)*, S. 360 f.; *Brice-Delajou (Fn. 71)*, S. 1588.

⁷⁷ Dazu *C. Chevandier, Laïciser les hôpitaux*, in: *Weil (Fn. 12)*, S. 373 ff.

⁷⁸ CE, avis (Fn. 18), S. 20; *Aldigé (Fn. 75)*, S. 957. Da die EU-RL 2000/78 nach Art. 8 nur einen Mindeststandard begründet, dürfte daran auch das jüngst ergangene EuGH-

Stattdessen kommen – aber offenbar selten, denn es gibt nur wenig Rechtsprechung – die für Tendenzbetriebe im Allgemeinen⁷⁹ anerkannten Grundsätze zum Tragen. Diese Rechtskategorie ist seit den fünfziger Jahren in Frankreich in der Diskussion und, soweit es um religiöse Arbeitgeber geht, auch menschenrechtlich geboten. Sie wird allerdings deutlich enger verstanden als in Deutschland. Dies betrifft auch den hier jenseits des Religiösen nicht relevanten Anwendungsbereich, der jüngst von der Cour de cassation nur auf politische und philosophische Überzeugungen bezogen wurde.⁸⁰ Konsequenz ist einmal, dass bei der Einstellung einer Person die Religion ein zulässiges Eignungskriterium darstellt, soweit entsprechende tätigkeitsbezogene Anforderungen bestehen.⁸¹ Vor allem aber sind die Regeln bei Kündigungen strenger. Voraussetzung ist zunächst ein tendenzwidriges Verhalten; entsprechende Überzeugungen allein reichen also nicht.⁸² Zudem muss dieses tätigkeitsbezogenen Charakter aufweisen und auch eine Störung im Unternehmen auslösen. Schließlich unterliegen alle getroffenen Maßnahmen, auch eine Kündigung, dem Gebot der Verhältnismäßigkeit.⁸³ Damit ist die französische Rechtsprechung strenger als der EGMR und gewährt den Arbeitnehmern mehr Freiraum. Dies wird zum Teil mit Hinweis auf Art. 53 EMRK gerechtfertigt. Dass so zugleich die Freiheitsrechte des – religiösen – Arbeitgebers zurückgedrängt werden, wird gesehen, doch werden diese einschließliche einer entsprechenden Entscheidung des EGMR⁸⁴ als zu weitgehend abgelehnt.⁸⁵ Immerhin ist eine Kündigung einer an einer religiösen Schule tätigen Lehrerin, die nach einer Scheidung erneut geheiratet hat, von der Rechtsprechung akzeptiert worden.⁸⁶

Urteil vom 14.3.2017 Rs. C-157/14 (G4S Secure Resolutions, ECLI:EU:C:2017:203, Rn. 35 ff.) nichts ändern.

⁷⁹ Allgemein dazu P. *Waquet*, *Loyauté du salarié dans les entreprises de Tendance*, *GazPal* 1996, 1427 ff.; *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1882 ff.

⁸⁰ C. cass. (Fn. 72).

⁸¹ C. cass. soc 84–43.243 vom 20.11.1986, Dr. soc 1987, 375 = RTDC 1987, 571.

⁸² Siehe *Waquet* (Fn. 79), S. 1430, mit Hinweis darauf, dass nach Art. 9 Abs. 2 EMRK Schranken der Religionsfreiheit (hier: des Arbeitnehmers) nur bezogen auf das Verhalten möglich sind.

⁸³ Dazu C. cass soc, 90–42626 vom 17.4.1991 (Painseq), *Gaz.Pal.* 1991.jurispr. 474 mit Anm. O. *Echappé* zur Unzulässigkeit der Entlassung eines homosexuellen Sakristeiheifers, dessen Orientierung durch eine Indiskretion bekannt geworden war; dazu auch *Wick* (Fn. 61), S. 147; allgemein *Auzero/Dockès* (Fn. 75), Rn. 701; E. *Peskine/C. Wolmark*, *Droit du travail*, 10. Aufl. 2016, Rn. 627; *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1900 ff.; kritisch J.-P. *Marguénard/J. Mouly*, *Les droit de l'homme salarié de l'entreprise identitaire*, D 2011, 1637 (1638) mit Hinweis auf die mehr Freiheit für den Arbeitgeber fordernden EGMR-Urteile *Obst*, *Schüth* und *Siebenhaar* 1638 (dazu noch bei Fn. 102).

⁸⁴ EGMR, 2330/09 vom 31.1.2012 (*Sindicatul „Păstorul cel Bun“*).

⁸⁵ *Auzero/Dockès* (Fn. 75), Rn. 701; kritisch *Marguénard/Mouly* (Fn. 83).

⁸⁶ C. cass. ass. plén., 76–41211 vom 19.5.1978, D. 1978, 541, mit der Annahme, dass die religiöse Überzeugung Vertragsbestandteil gewesen sei; kritisch die note von P. *Ardant*, der in Übereinstimmung mit dem in der Sache vor der Cour de cassation plädierenden Generalanwalt darauf hinweist, dass eine solche Entscheidung eine Öffent-

3. Organisationsrecht

Zu den Prinzipien der französischen Laizität gehört es wie erwähnt, dass der Staat keine Religionsgemeinschaften anerkennt. Dabei ist zunächst zu präzisieren, dass es bei Erlass des entsprechenden Gesetzes im Jahre 1905 vor allem um die Beseitigung des damals bestehenden Phänomens der anerkannten Religionsgemeinschaften ging. Nun sollte also keiner Religionsgemeinschaft mehr eine besondere Rolle zuerkannt werden dürfen.⁸⁷ Es ging und geht also weder darum, das Phänomen der Religion als solcher zu ignorieren,⁸⁸ noch um ein Verbot, Religionsgemeinschaften im Rahmen des Rechts zur Kenntnis zu nehmen oder auch ggf. mit ihnen Verträge zu schließen.⁸⁹ Dass es trotzdem den besonderen Status der „association cultuelle“ als allein auf die Pflege einer Religion ausgerichteten Vereinigung begründet, ist in der mit diesem Status verbundenen steuerlichen Begünstigung begründet, die eine entsprechende Begrenzung der Zwecksetzung notwendig macht.⁹⁰ Die Praxis ist allerdings vom EGMR – mit Blick auf die Zeugen Jehovas – als diskriminierend angesehen worden.⁹¹

Das in anderem Kontext bereits angesprochene Schächten zeigt allerdings, dass auch im Übrigen die Anerkennung bestimmter Religionsgemeinschaften durchaus vorgesehen ist. Die dort bestehenden, bereits erwähnten Sonderregelungen (siehe oben unter 1. b) sind nämlich an verfahrensrechtliche Bedingungen geknüpft. Es dürfen nämlich im Regelfall nur solche Organisationen Schächtungen durchführen, die vom zuständigen Ministerium entsprechend anerkannt worden sind.⁹² Insoweit ist hier also – wenn auch nur bezogen auf eine bestimmte Funktion, nicht bezogen auf die Religionsausübung insgesamt – durchaus eine besondere Form der Anerkennung vorgesehen.

Bemerkenswert ist weiterhin, dass sich verschiedene französische Innenminister darum bemüht haben, verschiedene islamische Organisationen in Frankreich zu veranlassen, sich zu einem Dachverband zusammenzuschlie-

lichkeit des Vorfalles, einen Skandal an der Schule vorausgesetzt hätte (ebd., S. 552); dazu auch Wick (Fn. 61), S. 147. Siehe ferner C. soc., 84–43243 vom 20.11.1986, JCP 1987 II 20198 zur Entlassung einer Krankenschwester nach ihrer Scheidung; dazu auch Messner/Prélot/Woehrling (Fn. 1), Rn. 1900.

⁸⁷ Dazu und zum historischen Hintergrund Woehrling (Fn. 1), S. 560 ff.

⁸⁸ Gaudemet (Fn. 2), S. 335; Sauvé (Fn. 4), S. 5, 7, auch zu durch das Gesetz des Jahres 1905 begründete Handlungspflichten des Staates.

⁸⁹ Dazu noch bei Fn. 193.

⁹⁰ Messner/Prélot/Woehrling (Fn. 1), Rn. 1933 ff.; Wick (Fn. 61), S. 46; Walter (Fn. 11), S. 220.

⁹¹ EGMR, 8916/05 vom 5.7.2012; dazu Hennette-Vauchez/Roman (Fn. 5), Rn. 605. Zur vorausgegangenen Judikatur in Frankreich Wick (Fn. 61), S. 109 ff.

⁹² Siehe zu Einzelheiten Art. R 214–75 Code rural; zu Nachweisen dazu siehe oben Fn. 61.

ßen.⁹³ Hintergrund ist die dort wie in Deutschland bestehende Situation, dass es im Islam anders als im christlichen Bereich nicht eine dominierende, die meisten Gläubigen zusammenfassende Religionsgemeinschaft gibt, sondern eine ganze Reihe von sehr unterschiedlichen Organisationen. Allerdings ist das staatliche Verhalten insoweit rein informell. Offiziell wurde ein privatrechtlicher Dachverband verschiedener privater Organisationen geschaffen. Mittlerweile hat man sich auch von den ursprünglich wohl nicht unerheblich vom Innenministerium entworfenen Strukturen entfernt. So ist die ursprüngliche Regelung, dass der Pariser Moschee insoweit eine besondere Bedeutung zukommt, seit einigen Jahren in den entsprechenden Statuten nicht mehr enthalten. Vielmehr bemüht man sich tatsächlich um eine gewisse Repräsentativität.⁹⁴ Dass dem Staat die Organisation des Islam nicht gleichgültig ist, zeigen aber etwa im August 2016 bekannt gewordene Bemühungen der Regierung, den früheren Innenminister *Chevènement* an die Spitze einer 2005 zur Sicherung der Finanzierung des Islam geschaffenen Stiftung zu stellen.⁹⁵

4. Vergleich

In beiden Rechtsordnungen ist die Religionsfreiheit anerkannt. Divergenzen bestehen aber zunächst beim Freiheitsverständnis, das – nicht nur in diesem Kontext – in Frankreich objektiver ausfällt als in Deutschland. Nur bei einer solchen Prämisse kann man etwa das Tragen der Burka auch als Freiheitsverstoß ansehen, selbst wenn dies freiwillig erfolgt.⁹⁶ In Deutschland ist eine entsprechende Argumentation vereinzelt geblieben.⁹⁷ Dass der EGMR wie erwähnt dieses Argument explizit abgelehnt hat, verwundert daher nicht. In Deutschland bestehen bzw. sind vorstellbar nur bereichsspezifische Verbote, insbesondere für alle Beteiligten in Schule⁹⁸ und Hochschule sowie vor Gericht, außerdem als Führerinnen von Kraftfahrzeugen.

Ein zentraler Unterschied zeigt sich jedoch vor allem, soweit es um die Stellung von Gemeinschaften geht. Ein über Ableitungen aus der Religionsfreiheit hinausgehendes Selbstverwaltungsrecht der Religionsgemeinschaften gibt es anders als in Deutschland mit Art. 137 Abs. 3 WRV nicht. Dies zeigt sich etwa im Arbeitsrecht. Dort wird den Religionsgemeinschaften

⁹³ Zur Entwicklung *Benelbaz* (Fn. 10), S. 463 f.; *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 652 ff.; vgl. auch *Wick* (Fn. 61), S. 157 ff.

⁹⁴ Zu alledem *Robert*, in: *Cabrillac* (Fn. 5), Rn. 591; zu Zweifeln mit Blick auf die *laïcité* *Robert*, ebd., Rn. 594.

⁹⁵ *Le Monde* vom 5.8.2016.

⁹⁶ Dazu *Sayah* (Fn. 10), S. 927, der insoweit auf das von der Stellungnahme des Staatsrates abweichende Verständnis des Verfassungsrates hinweist: Zeichen nicht der Freiheit, sondern einer Einschließung.

⁹⁷ So aber *F. Hufen*, *Staatsrecht II*, 5. Aufl. 2016, § 10 Rn. 174 mit Nachweisen der Gegenauffassung.

⁹⁸ Der VGH München, NVwZ 2014, 1109, leitet aus dem geltenden Recht ein Verbot der Vollverschleierung ab.

im Vergleich zu den Rechten der Arbeitnehmer nur ein geringeres Gewicht eingeräumt. Das liegt zum einen an der generellen Aufgeschlossenheit des französischen Rechts gegenüber einer (materiellen) Drittwirkung der Grundrechte,⁹⁹ die bezogen auf die religiöse Überzeugungen einbeziehende Meinungsfreiheit sogar explizit in der Präambel der Verfassung von 1946 anerkannt ist. Zum anderen werden insgesamt die Belange von Religionsgemeinschaften im Konflikt mit anderen Rechtsgütern geringer als in Deutschland gewichtet.¹⁰⁰ Dies zeigt auch ein vorliegend nicht näher erläutertes Beispiel: Kirchengeläut ist nicht generell (im Rahmen der durch den gebotenen Schallschutz gezogenen Grenzen) zulässig, sondern nur dort, wo eine entsprechende Tradition besteht.¹⁰¹ Die gleiche Zurückhaltung gegenüber besonderen Gruppenbildungen zeigt sich im Umgang mit Bekleidungs Vorschriften, praktisch vor allem solchen muslimischer Art. Im Gegensatz zu anderen Vorgaben für ein Leben nach religiösen Vorschriften führen sie dazu, dass eine Person sofort auch öffentlich als Angehöriger einer bestimmten Religion identifizierbar wird, und das stellt offenbar ein Problem dar.

Bemerkenswert ist weiterhin die damit verbundene unterschiedliche Wahrnehmung von EMRK und EGMR-Rechtsprechung zum religionsgemeinschaftlichen Arbeitsrecht. Das BVerfG hat bekanntlich die Entscheidungen *Obst* und *Siebenhaar* als Bestätigung seiner Rechtsprechung aufgefasst und den Fall *Schüth*, in dem als einziger der zahlreichen Entscheidungen des EGMR zum religiös mit determinierten Arbeitsrecht dem Arbeitnehmer Recht gegeben wurde, als allein durch die Besonderheiten des Falles geprägte Entscheidung begriffen.¹⁰² Demgegenüber wurde letzterer vom Conseil d'État in seiner einschlägigen Stellungnahme als Zeichen der notwendigen Güterabwägung verstanden¹⁰³ und in der französischen Literatur zum Teil sogar als einziger zitiert.¹⁰⁴

Mit Blick auf das Organisationsrecht bestehen aus deutscher Perspektive keine prinzipiellen Besonderheiten. Zwar könnte man auf den ersten Blick annehmen, dass der Umstand, dass es einen Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts gibt, insoweit den Religionsgemeinschaften eine

⁹⁹ Dazu *Hennette-Vauchez/Roman* (Fn. 5), Rn. 14, 193; *O. Beaud*, Kommentar zum Beitrag von Christoph Gusy über die Grundrechtsbindung Privater, in: J. Masing u. a. (Hg.), *Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa*, 2015, S. 113 ff.; *C. D. Classen*, *Französischer Einfluss auf die Grundrechtsentwicklung in Deutschland*, in *HStR IX*, 3. Aufl. 2011, § 187 Rn. 19, 49.

¹⁰⁰ Vgl. auch *Woehrling* (Fn. 1), S. 572 ff.

¹⁰¹ Art. 27 des Gesetzes von 1905 und dazu Art. 50 f. des Dekrets vom 16.3.1906; dazu etwa CE, 374601 vom 14.10.2015; dazu *Philip-Gay* (Fn. 7), S. 169; *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1373 ff.; *Sauvé* (Fn. 4), S. 6.

¹⁰² Siehe EGMR, 425/03 (*Obst*) sowie 1620/03 (*Schüth*), beide vom 23.9.2010, sowie 18136/02 vom 3.2.2011 (*Siebenhaar*), und dazu BVerfGE 137, 273 (328).

¹⁰³ CE, avis (Fn. 18), S. 20.

¹⁰⁴ So bei *Mathieu* (Fn. 63), S. 19 f.

Sonderstellung einräumt. Tatsächlich aber ist dies allenfalls begrenzt der Fall. Historisch war die Rolle dieses Status zwar ausgesprochen unklar.¹⁰⁵ Mittlerweile ist aber anerkannt, dass dieser vor allem auch als Instrument der Grundrechtsverwirklichung anzusehen ist. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass eine solche Vereinigung von den Vorgaben des staatlichen Vereinsrechts befreit ist. Diese sind nämlich in einem zentralen Punkt unpassend, weil sie auf eine Legitimation durch die Mitglieder abstellen.¹⁰⁶ Demgegenüber ist eine Religionsgemeinschaft vom Selbstverständnis her nicht durch ihre Mitglieder, sondern durch den Bezug auf ein höheres Wesen verfasst. Dies ist im Rahmen einer Körperschaft des öffentlichen Rechts leichter möglich.

Grundlegende Unterschiede bestehen von daher insoweit nicht. In der Praxis wird zumindest dank der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁰⁷ die auch menschenrechtlich fundierte Forderung, dass alle Religionsgemeinschaften einen fairen Zugang zu diesem Status haben müssen, umgesetzt. Allerdings führt der Status auch zu einer gewissen Sonderstellung der Religionsgemeinschaften im weltlichen Recht. Strukturell bedeutsam ist insoweit aber wohl nur das Kirchensteuerrecht, das aber nicht einmal ansatzweise dazu führt, dass der Staat inhaltlich und nicht nur verwaltungsmäßig mit Religionsgemeinschaften kooperieren muss. Insoweit ist auch dieser Status mit Blick auf das Verhältnis von Staat und Kirche nur begrenzt bedeutsam.

IV.

Die Neutralität des Staates

Mit Blick auf den Staat bedeutet Laizität Neutralität. Dabei ist die Säkularität des modernen Staats, will er „Heimstatt aller Bürger“ sein,¹⁰⁸ unverzichtbar.¹⁰⁹ Eine Identifikation des Staates mit einer Religionsgemeinschaft darf es nicht geben.¹¹⁰ Doch ist damit noch nicht viel ausgesagt. Wie auch aus der deutschen Diskussion bekannt,¹¹¹ handelt es sich bei der Neutralität

¹⁰⁵ Dazu etwa G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Nachdruck der 14. Aufl. 1933, 1960, Art. 137 Rn. 8 ff.; H.M. Heimig, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, 2003, S. 93 ff.

¹⁰⁶ Zu den damit verbundenen Problemen BVerfGE 83, 341 ff. (Bahá'í).

¹⁰⁷ BVerfGE 102, 370; 139, 321.

¹⁰⁸ BVerfGE 19, 206 (216); ähnlich EGMR, 41340/98 u.a. vom 31.7.2001, Refah Partisi und dazu J.F. Flauss, Laïcité et Convention européenne des droits de l'homme RDP 2004, 317 (318).

¹⁰⁹ Siehe für Deutschland W. Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 42 ff.; für Frankreich P. Jan, La laïcité à l'école, RDP 2004, S. 301 (302); G. Koubi, Vers une déconstruction du principe de laïcité, ebd., S. 325 (328).

¹¹⁰ BVerfG 93, 1 (17).

¹¹¹ Zu den verschiedenen Facetten ausführlich K. Schlaich, Neutralität als verfas-

um einen ausgesprochen offenen Begriff – sie kann ebenso in eher kritischer Distanz wie in die Religionsfreiheit der Bürger fördernder Art praktiziert werden. Daher kommt gerade hier der Ausformung im Einzelnen eine zentrale Bedeutung für das Verständnis zu.

1. Probleme im service public im Allgemeinen

a) Definition

Im Bereich der staatlichen Dienstleistungen, genauer, des „service public“, ist allgemein anerkannt, dass sich der Staat neutral verhalten muss und die Nutzer ihre individuellen Freiheitsrechte genießen können, soweit sie nicht in Konflikt geraten mit nutzungsbedingten Beschränkungen. Ein solcher service ist, sofern der Gesetzgeber nicht eine einschlägige positive oder negative Qualifikation vorgenommen hat, nicht einfach durch die formale Zuordnung zum Staat gekennzeichnet, sondern im Grundsatz anzunehmen, wenn eine Tätigkeit im öffentlichen Interesse ausgeübt wird und diese einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zugeordnet ist. Das heißt nicht, dass die Körperschaft die Tätigkeit selbst ausführen muss; eine mit einer entsprechenden Überwachung verbundene Beauftragung eines Privaten durch den Staat oder eine Gemeinde reicht ggf. auch, eine an Bedingungen geknüpfte finanzielle Unterstützung hingegen nicht.¹¹² Besteht ein solcher service public, sind die daraus resultierenden Verpflichtungen auch unabhängig davon zu erfüllen, ob der konkrete Arbeitgeber eines Beschäftigten der Staat selbst oder eine juristische Person des Privatrechts ist.¹¹³

b) Rechte und Pflichten der Beschäftigten im service public

Hinsichtlich des service public ist zunächst anerkannt, dass sich die dort Beschäftigten auf Grundrechte berufen können.¹¹⁴ So steht ihnen – einschließlich der Beamtenschaft, insoweit also anders als in Deutschland – auch das Streikrecht zu.¹¹⁵ Dementsprechend liefern religiöse Überzeugungen¹¹⁶

sungsrechtliches Prinzip, 1972. Aus jüngerer Zeit siehe etwa *H. M. Heinig*, Verschärfung der oder Abschied von der Neutralität, JZ 2009, S. 1136 ff., mit Entgegnung von *S. Huster*, JZ 2010, S. 354, und Schlusswort von *Heinig*, JZ 2010, S. 357 ff.

¹¹² Grundlegend CE, 264541 vom 22.2.2007 (APREI); zu den Einzelheiten der Definition und der Abgrenzung siehe CE, avis (Fn. 18), S. 22 ff.; ferner *Classen*, in: *Sonnenberger/Classen* (Fn. 15), Nr. 66 ff.

¹¹³ C. cass. soc., 12–11.690 vom 19.3.2013 (SPAM de Seine-Saint-Denis).

¹¹⁴ CE, avis (Fn. 18), S. 15. Speziell zur Religionsfreiheit siehe Art. 6 des Gesetzes 83–634 vom 13.7.1983.

¹¹⁵ CE, 01645 vom 7.7.1950 (Dehaene). Grundlage ist die in der Präambel der Verfassung von 1946 enthaltene, allen Arbeitnehmern zukommende entsprechende Garantie.

¹¹⁶ CE, 23277 vom 16.6.1982. Dies gilt auch für Personen im Priesterstatus: avis des Conseil 309354 vom 21.9.1972 in Abweichung der Entscheidung vom 10.5.1912

ebenso wenig wie politische Ansichten¹¹⁷ ein Argument, jemandem die Tätigkeit im Staatsdienst zu verweigern oder ihn schlecht zu beurteilen. Die Religionszugehörigkeit darf nicht einmal in den Personalakten vermerkt werden.¹¹⁸ Auch ist Beamten, sofern dies nicht konkret mit dienstlichen Belangen kollidiert, die Teilnahme an religiösen Feiern möglich zu machen.¹¹⁹ Das im Kontext des privaten Arbeitsrechts erwähnte Recht des medizinischen Krankenhauspersonals, die Mitwirkung an Abtreibungen zu verweigern, gilt auch hier. In diesen Fällen geht es allerdings ähnlich wie beim Streikrecht schlicht darum, dass Beschäftigte ihre Tätigkeit überhaupt nicht erbringen.

Demgegenüber dürfen im Rahmen der dienstlichen Tätigkeit die persönlichen, auch religiösen Überzeugungen der Beschäftigten nicht deutlich werden. Grund hierfür ist das zentral insbesondere im Gleichheitssatz verankerte Prinzip der – nicht auf religiöse Aspekte beschränkten und daher insoweit über die Laizität hinausgehenden – staatlichen Neutralität.¹²⁰ Dieses Verbot gilt ganz generell, für alle Beschäftigten, und insbesondere unabhängig davon, ob dieser Beschäftigte in Kontakt mit Nutzern des service tritt oder nicht; erst auf der Sanktionsebene kann dieser Gesichtspunkt Beachtung finden.¹²¹ In einem Rundschreiben der zuständigen Ministerin vom 15.3.2017 wird dies noch einmal ausdrücklich festgehalten. Daraus wird insbesondere ein generelles Verbot für Beschäftigte abgeleitet, in irgendeiner Weise im Rahmen der Tätigkeit religiöse Überzeugungen zu erkennen zu geben.

Ein praktisches Beispiel bildet vor allem die Bekleidung. Allen Beschäftigten, die in einem service public arbeiten, also nicht nur dem an staatlichen Schulen tätigen Personal,¹²² sondern etwa auch Beschäftigten einer privatrechtlich organisierten, aber einen service public erbringenden Krankenkasse¹²³ ist das Tragen religiöser Kleidung oder sonstiger Zeichen untersagt. Erst recht darf keine Glaubenswerbung betrieben werden.¹²⁴ Eine Aus-

(Abbé Bouteyre). Auch eine Ausbildung an privaten – und das heißt nicht selten: religiösen – Einrichtungen hindert nicht per se eine Tätigkeit im Staatsdienst; *Schwartz* (Fn. 12), S. 165 ff.

¹¹⁷ Dazu etwa CE, Ass., 07423 vom 13.3.1953 (Teissier); Ass., 28238 vom 28.5.1954 (Barel).

¹¹⁸ Art. 18 des Gesetzes 83–634 (Fn. 114).

¹¹⁹ CE, 125893 vom 12.2.1997; Cour d'appel administrative de Paris 67791 vom 3.6.1988.; CE, avis (Fn. 18), S. 15 f.; *Schwartz* (Fn. 12), S. 170; *Sauvé* (Fn. 4), S. 9.

¹²⁰ Dazu CE, avis (Fn. 18), S. 14.

¹²¹ Ausdrücklich CE, avis 217017 vom 3.5.2000 (Mlle Marteaux) = RFDA 2001, 151, und dazu die Schlusssanträge von R. *Schwartz*, L'expression des opinions religieuses des agents publics en service, ebd., S. 146; C. cass., 19.3.2013 (CPAM); *Adam* (Fn. 70), S. 389; kritisch *Dockès* (Fn. 6), S. 393; *Woehrling* (Fn. 1), S. 574; ausdrücklich für einen service public, der durch Private ausgeführt wird, auch *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1025.

¹²² CE, avis 217017 vom 3.5.2000; siehe schon vorherige Fn.

¹²³ C. cass., 12–11.690 vom 19.3.2013 (CPAM).

¹²⁴ CE, 311633 vom 19.2.2009.

nahme besteht nur, soweit die jeweilige Tätigkeit zulässigerweise gerade in der Erbringung religiöser Dienstleistungen besteht, wie dies bei den nachfolgend anzusprechenden staatlichen Seelsorgern in geschlossenen Einrichtungen der Fall ist.

c) Religiöse Seelsorge in staatlichen Einrichtungen

Dass Menschen, die sich in geschlossenen Einrichtungen wie Krankenhäusern, Gefängnissen oder Ähnlichen befinden, religiöser Seelsorge bedürfen, ist auch in Frankreich anerkannt. Das Gesetz aus dem Jahre 1905 gestattet daher ausdrücklich die staatliche Finanzierung einer solchen Seelsorge in „öffentlichen Einrichtungen wie Schulen, Hospizen, Gefängnissen und ähnlichen Einrichtungen“; die Aufzählung ist also ersichtlich nicht abschließend. Dabei wird die Seelsorge regelmäßig von den betreffenden Religionsgemeinschaften organisiert. Das betreffende Personal kann aber nur mit Zustimmung der staatlichen Einrichtung tätig werden.¹²⁵ In der Armee haben die betreffenden Personen sogar einen Doppelstatus, werden also auch Armeeingehörige.¹²⁶ Soweit die jeweiligen Personen bezahlt werden,¹²⁷ übernimmt die Kosten in der Regel der Staat. Treten Konflikte zwischen einer Person und ihrer Religionsgemeinschaft auf, muss die Bestellung wieder aufgehoben werden.¹²⁸ Der Staat darf seine Zustimmung nur aus weltlichen Gründen widerrufen.¹²⁹ Allerdings darf im Rahmen der Seelsorge keine Werbung für eine Religion gemacht werden.¹³⁰

Ohnehin wird damit nicht die Religionsgemeinschaft als solche finanziert, sondern eine Dienstleistung, die, wie Art. 2 des Gesetzes 1905 ausdrücklich hervorhebt, im Interesse der einzelnen Bürger angeboten wird. Bei einem solchen Verständnis des genannten Finanzierungsgebotes liegt von daher schon bereits im Ansatz kein Konflikt mit der staatlichen Neutralität vor.¹³¹ Dagegen schreibt das Gesetz diese Seelsorge nicht ausdrücklich vor,

¹²⁵ Siehe zur Gefängnisseelsorge Art. R 57–9–4f. und D 439 ff. des C. proc. pénale sowie *Philip-Gay* (Fn. 7), S. 153; zur Krankenhausseelsorge CE, avis (Fn. 18), S. 17 mit Hinweis auf die einschlägigen Rundschreiben des Premierministers.

¹²⁶ Dekret 2008–1524 vom 30.9.2008; dazu *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1221.

¹²⁷ Nach Angaben von *M. Sirinelli*, *L'agrément d'aumôniers des Témoins de Jéhova au sein des établissements pénitentiaires*, AJDA 2011, 2121 (2122) werden nur ca. ein Drittel der Seelsorger bezahlt.

¹²⁸ *G. Bedouelle/J.-P. Costa*, *Les laïcités à la française*, 1998, S. 115 mit Hinweis auf CE, 119947 vom 27.5.1994 (Bourges), zur Militärseelsorge; vgl. auch CE, 13567 vom 17.10.1980, AJDA 1981, 256 (Sieur Pont), zur Krankenhausseelsorge.

¹²⁹ *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1222.

¹³⁰ CE, avis (Fn. 18), S. 18.

¹³¹ *Bedouelle/Costa* (Fn. 128), S. 114 ff.; *v. Campenhausen* (Fn. 12), S. 79; *Rivero* (Fn. 4), S. 138, ferner mit dem Hinweis darauf, dass der Staatsrat 1949 die mit Hinweis auf die Laizität begründete Abschaffung einer Schulseelsorge für rechtswidrig erklärt hat (ebd., S. 139 mit Hinweis auf CE vom 1.4.1949 (Chaveneau u.a.); in der

doch ergeben sich Verpflichtungen zum Teil aus bereichsspezifischen Regelungen.¹³² Diese müssen dann auch bei geringer Nachfrage erfüllt werden.¹³³ Im Übrigen kann sich die Einrichtung einer Seelsorge als erforderlich erweisen, um die gesetzlich verankerte Möglichkeit der Ausübung der Religionsfreiheit zu schaffen.¹³⁴ Ggf. müssen dann auch Räume zur Verfügung gestellt werden.¹³⁵ So kann man die Regelungen als Ausdruck einer – gerade im Vergleich zu Deutschland aber sicher eng begrenzten – positiven Neutralität des Staates ansehen.¹³⁶ Der Schulbereich wird im dortigen Kontext erörtert (2. b).

Im Vergleich zu Deutschland besteht ein Unterschied nur insofern, als hier stärker als in Frankreich auch unmittelbar staatliches Personal im Rahmen solcher Seelsorgeraufgaben tätig wird. Die Frage, ob diese Konstruktion auch tatsächlich mit Art. 140 GG i. V. m. 137 Abs. 1, 141 WRV vereinbar ist, ist jedoch durchaus umstritten.¹³⁷ Grundsätzliche Unterschiede sind insoweit nicht erkennbar.

d) Rechte und Pflichten der Nutzer

Nutzer eines service public können im Gegensatz zum dort beschäftigten Personal regelmäßig ihre persönlichen und damit auch ihre religiösen Überzeugungen kundtun, solange der Betrieb des service dadurch nicht beeinträchtigt wird. Probleme können auftreten, wenn die Religionsfreiheit der Nutzer besondere Dienstleistungen erfordert. Ein regelmäßig in diesem Kontext diskutiertes Thema bildet die Versorgung mit Essen in staatlichen Anstalten wie Gefängnissen. Spezifische rechtliche Regelungen gibt es nicht. Die Rechtsprechung bemüht sich um tragfähige Kompromisse zwischen der Sicherung des Grundrechts der Religionsfreiheit¹³⁸ und den im Einzelfall bestehenden Grenzen staatlicher Leistungsfähigkeit.¹³⁹

Entscheidung ging es allerdings um ein Internat, *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 3108). Tendenziell anders die Einschätzung bei *Schwartz* (Fn. 12.), S. 171 f.: „Ausnahme“; *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 2273.

¹³² Für den Strafvollzug Art. R 57–9–3, R 57–9–6 Code proc. pénale.

¹³³ CE, 351115 vom 16.10.2013 zu den Zeugen Jehovas; dazu *Hennette-Vauchez/Roman* (Fn. 5), Rn. 579; *Sirinelli* (Fn. 127), S. 2121 ff.

¹³⁴ Siehe zu psychisch Kranken Art. L 3211–3 Nr. 8 c. santé publique; ferner CE, 28.1.1955 (Aubrun u. a.).

¹³⁵ *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1219.

¹³⁶ *Robert*, in Cabrillac (Fn. 5), Rn. 561.

¹³⁷ Kritisch etwa *Classen* (Fn. 23), Rn. 567 ff.; *S. Koriath*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 141 Rn. 17; *P. Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 403 ff.

¹³⁸ Siehe dazu in diesem Kontext EGMR, 18429/06 vom 7.12.2010 (Jacobski).

¹³⁹ CE, 375724 vom 25.2.2015 sowie 377145 vom 16.7.2014; dazu *Philip-Gay* (Fn. 7), S. 219 ff.; *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1265 ff.; *Benelbaz* (Fn. 10), S. 449 ff.; eine besondere Zurückhaltung in der Judikatur nehmen *Hennette-Vauchez/Roman* (Fn. 5), Rn. 579, wahr. Umgekehrt wurde eine Entscheidung der Stadt Orange, in ihren Schulen am Freitag nur fleischloses Essen anzubieten, im Gegensatz zur klägerischen Auffassung, die eine unzulässige Bevorzugung christlicher Schüler sah, nicht

e) Dienstleistungen im Bereich des Rundfunks

Für den Bereich des Rundfunks sieht Art. 56 des Rundfunkgesetzes¹⁴⁰ vor, dass im Rahmen von France Télévisions, der Dachgesellschaft der öffentlich-rechtlichen Sender, jeweils am Sonntagvormittag religiöse Sendungen ausgestrahlt werden, die den wichtigsten, in Frankreich praktizierten Religionen gewidmet sind.¹⁴¹ Mit Blick auf die nicht-christlichen Religionen kann man diese Festlegung des Zeitpunkts als erstaunlich ansehen.¹⁴² Nicht-religiöse Organisationen haben – ohne, dass dies als Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz anzusehen ist – keinen Anspruch.¹⁴³ Die Sendungen werden unter der Verantwortung der jeweiligen Religionsgemeinschaft aufgenommen und beziehen sich auf Gottesdienste oder religiöse Kommentare. Die Kosten der Aufnahme werden im Grundsatz von den Religionsgemeinschaften getragen, die Kosten der Sendung vom Sender. Im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle des Gesetzes wurde gerade auch die genannte Bestimmung mit Hinweis auf den Pluralismus nicht beanstandet.¹⁴⁴ Das ist auch nicht verwunderlich, denn in den Medien kann der traditionell, auch in Deutschland für den Staat geltende Neutralitätsgrundsatz nicht durch Schweigen, sondern nur dadurch gewährleistet werden, dass die unterschiedlichen Positionen zu Wort kommen, und dazu gehören eben auch religiöse Überzeugungen.¹⁴⁵

2. Schule und Hochschule

Wie in Deutschland bildet auch in Frankreich der Bereich der Schule ein Feld wichtiger religionsrechtlicher Auseinandersetzungen. Deutlich stärker als in Deutschland sind diese aber regelmäßig auch mit intensiven und

als unzulässige Diskriminierung aus religiösen Gründen angesehen: CE, 251161 vom 25.10.2002.

¹⁴⁰ Konkret gibt es entsprechende Sendungen für Katholiken seit 1949, für Protestanten seit 1955, für Juden seit 1962, für 1965 für Orthodoxe, seit 1983 für Muslime und seit 1997 für Buddhisten; siehe *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1319; *Miaille* (Fn. 30), S. 197.

¹⁴¹ Gesetz 86–1067 vom 30.9.1986. Präzisierungen finden sich im Lastenheft, Dekret 2009–796 vom 23.9.2009, Art. 17. Zu den konkreten Zeiten *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1323; zu Streitigkeiten innerhalb der Religionsgemeinschaften siehe eine Entscheidung des tribunal administratif de Paris vom 2.6.2006. Ähnliche Regelungen bestehen für das Radio (Dekret vom 13.11.1987, Art. 18).

¹⁴² Kritisch, vor allem mit Blick auf den Islam, *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1326. Trotzdem erfreuen sich gerade diese Sendungen offenbar steigender Nachfrage; *D. Begboura*, *Fait religieux et télévision – l'exemple de l'islam*, in: B. Gaudet/A. Mouchtouris (Hg.), *Laïcité et religions à l'aube du vingt-et-unième siècle*, 2010, S. 101 (102).

¹⁴³ CE, 17651 vom 1.10.1980 (Union des athées), Rec. S. 117. Zustimmend *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1327.

¹⁴⁴ CC, 86–217 DC vom 18.9.1986, Rn. 13 und 16.

¹⁴⁵ *Benelbaz* (Fn. 10), S. 460; ebenso zustimmend *Dord* (Fn. 32), S. 411; anders, die Regelung als Ausnahme betrachtend *Miaille* (Fn. 30), S. 196 ff.

zum Teil kontroversen Diskussionen in der Öffentlichkeit verbunden. Dass gerade hier dem staatlichen Personal das Tragen religiöser Bekleidung untersagt ist,¹⁴⁶ kann daher nicht überraschen.

a) Religiöse Betätigung von Schülern im staatlichen Schulwesen

Aus den allgemeinen, für den service public geltenden Grundsätzen ergibt sich, dass sich Schüler an staatlichen Schulen als Nutzer einer öffentlichen Einrichtung auf ihre Grundrechte berufen können. Schranken ergeben sich aus den Regeln, die zur Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Nutzung durch alle erforderlich sind; so darf etwa der Schulfrieden nicht gestört werden.¹⁴⁷ Daher dürfen Schüler etwa dem Unterricht fernbleiben, um an religiösen Feiern teilnehmen zu können, solange dies mit schulischen Belangen vereinbar ist.¹⁴⁸ Ohnehin entfaltet sich hier die Religionsfreiheit unmittelbar außerhalb der Schule.

Über religiös motivierte Bekleidung von Schülern, vor allem von Schülerinnen, ist es allerdings in den letzten 25 Jahren zu erheblichen Auseinandersetzungen gekommen. Anders als in Deutschland¹⁴⁹ stehen also nicht die Lehrerinnen, sondern die Schülerinnen im Mittelpunkt der juristischen Diskussionen. Die im Jahre 1989 ergangene Entscheidung eines Schulleiters, das Tragen eines Schleiers durch Schülerinnen in der Schule zu verbieten, veranlassten den Conseil d'État, das oberste Verwaltungsgericht und zugleich, historisch gesehen, zunächst das traditionsreiche Beratungsorgan der Regierung,¹⁵⁰ zu einer ausführlichen Stellungnahme zum Thema.¹⁵¹ In dieser wurden die oben genannten Prinzipien bei Tragen des Schleiers – Verbot für Lehrer, grundsätzliche Freiheit für Schüler – noch einmal ausdrücklich betont. Schranken wurden insbesondere dort gesehen, wo im konkreten Fall die Erfüllung des Schulauftrages gefährdet erschien. Dies galt insbesondere für Verhaltensweisen wie die Ausübung von Druck, Provokationen oder das Betreiben von Propaganda, die Beeinträchtigung der Würde oder die Freiheit von Schülern oder Ähnliches.

¹⁴⁶ Siehe oben Fn. 122.

¹⁴⁷ CE, avis (Fn. 18), S. 30.

¹⁴⁸ CE, 125148 vom 14.4.1995; dazu *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1283, 3090; *Wick* (Fn. 61), S. 65 f.

¹⁴⁹ Dazu BVerfGE 108, 242; 138, 296, und dazu aus französischer Sicht *A. Gaillet*, *Port du voile par les enseignants des écoles publiques: retour à Karlsruhe*, AJDA 2015, 1401.

¹⁵⁰ Zu diesem *Classen* (Fn. 15), Nr. 71; *W. Müller*, *Der Conseil d'Etat*, AöR 117 (1992), S. 337 ff.; *S. Liebler*, *Der Conseil d'État in Frankreich – zu Vergangenheit und Gegenwart des französischen Staatsrates*, Verwaltungsarchiv 2010, S. 1 ff.

¹⁵¹ Stellungnahme 346.893 vom 27.11.1989, abgedruckt etwa in *Y. Gaudemet* u. a. (Hg.), *Les grands avis du Conseil d'État*, 32. Aufl. 2008, Nr. 17, S. 197 ff.

Rechtsfrieden hat diese Stellungnahme und die sich daran anschließende Rechtsprechung¹⁵² allerdings nicht geschaffen. Probleme gab es in zweierlei Hinsicht: Zum einen wurden die dem Tragen von Schleiern gesetzten Grenzen nicht überall akzeptiert. Zum anderen wurde der Schleier vielfach als Zeichen der Absonderung, der Infragestellung der Gleichheit der Bürger gesehen.¹⁵³ Klarheit schuf dann ein vom Parlament im Jahre 2004 mit breiter Mehrheit verabschiedetes Gesetz, das im Vergleich zur vorherigen Rechtslage deutlich strenger ausfiel, im Rahmen der vorherigen rechtlichen Prüfung (Art. 39 Abs. 2 CF) bemerkenswerterweise vom Conseil d'État jedoch nicht beanstandet worden war.¹⁵⁴ Konkret verbietet Art. 141–5–1 des Code de l'éducation (C. édu.) Schülern generell das Tragen aller deutlich wahrnehmbaren religiösen Zeichen in der Schule, fordert also keine Gefährdung des Schulfriedens im konkreten Fall.¹⁵⁵ Sanktionen gegen Betroffene dürfen allerdings erst nach einem Dialog der Schulleitung mit diesen ergriffen werden.¹⁵⁶ Zu einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung ist es bisher nicht gekommen. Im Lichte der nachfolgend, 2004 ergangenen Entscheidung des Verfassungsrates zum europäischen Verfassungsvertrag ist es aber wohl als verfassungsmäßig anzusehen.¹⁵⁷ Vom EGMR wurde die entsprechende Praxis gebilligt,¹⁵⁸ von der Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen – im Fall eines Angehörigen der Sikh – allerdings nicht.¹⁵⁹ Bemerkenswerte Nebenfolge: Da das Gesetz nicht für Privatschulen gilt, drängen in der Folge Angehörige von Religionsgemeinschaften wie der Sikhs, denen eine bestimmte Kleidung durch ihre Religion vorgeschrieben ist, auf die – vorrangig katholischen – Privatschulen.¹⁶⁰

¹⁵² Darstellung der Entwicklung bei *Schwartz* (Fn. 12), S. 176 ff.; *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 3080 ff.; *Wick* (Fn. 61), S. 62 ff.; *Walter* (Fn. 11), S. 169 ff.; *Benelbaz* (Fn. 10), S. 305 f. speziell zum Sportunterricht.

¹⁵³ Dazu *Jan* (Fn. 109), S. 303 f.

¹⁵⁴ Dazu *Schwartz* (Fn. 12), S. 175 ff. mit Hinweis auf die zwischenzeitliche Billigung solcher Verbote durch den EGMR sowie die Notwendigkeit, muslimische Mädchen vor entsprechendem Erwartungsdruck zu schützen; dazu auch *Benelbaz* (Fn. 10), S. 316; *Brau* (Fn. 21), S. 5; *Brice-Delajoux* (Fn. 71), S. 1587; kritisch *Robert*, in *Cabrillac* (Fn. 5), Rn. 581; *ders.*, *Cacophonie*, RDP 2004, 309 ff. Siehe auch die später ergangene Entscheidung des CE, 269077 vom 8.10.2004 = RFDA 2004, 977.

¹⁵⁵ Art. L 141–5–1 C. édu. Konkret muss die Religionszugehörigkeit durch das Zeichen „ostensiblement“ zum Ausdruck gebracht werden. Es muss also nicht wie nach dem vorher maßgeblichen avis des Staatsrates (Fn. 151) einen Akt von Druck, Provokation, Prosyletismus oder Propaganda bilden, aber es reicht auch nicht die schlichte Sichtbarkeit, sondern es muss schon auffällig sein; dazu *Benelbaz* (Fn. 10), S. 300, 317 ff.; *Sayah* (Fn. 10), S. 945 ff.

¹⁵⁶ Dazu etwa CE, 366749 vom 19.3.2013.

¹⁵⁷ *Brau* (Fn. 21), S. 8 mit Hinweis auf die in Fn. 24 zitierte Entscheidung.

¹⁵⁸ EGMR, 31645/04 vom 4.12.2008 (Kervanci/Frankreich), §§ 68 ff.

¹⁵⁹ Beschwerde 1852/2008 (Bikramjit Singh/Frankreich); dazu *Hennette-Vauchez/Roman* (Fn. 5), Rn. 593.

¹⁶⁰ *B. Poucet*, L'application de la loi Debré, in: *Weil* (Fn. 12), S. 505 (527).

Ergänzend ist zweierlei zu betonen. Zum einen fallen Eltern nicht unter das Gesetz, auch wenn sie etwa Kinder zur Schule bringen oder Schulausflüge begleiten. Bei letzteren oder bei sonstigen Schulveranstaltungen können begleitende Eltern aber gebeten werden, auf entsprechende Zeichen zu verzichten;¹⁶¹ selbst entsprechende verpflichtende Vorgaben in der Schulordnung werden von der Rechtsprechung gebilligt.¹⁶² Zum anderen gilt das Gesetz nicht für Studenten bzw. Hochschulen; erstere sind also frei, einen Schleier zu tragen.¹⁶³ Das zeigt, dass es hier nicht um die Sicherung der Neutralität des Staates geht, sondern um den Schutz der – noch erziehungsbedürftigen – Schülerinnen.¹⁶⁴

b) Religionsgemeinschaftliche Unterweisung an staatlichen Schulen

Staatlichen Religionsunterricht gibt es in Frankreich nicht. Stattdessen kommen im Ausgangspunkt die für die Seelsorge in staatlichen Einrichtungen geltenden Grundsätze auch hier zum Tragen.¹⁶⁵ Diese schließt Religionsunterricht ein. Im Einzelnen¹⁶⁶ wird zumindest an den staatlichen Grundschulen ein Tag pro Woche freigehalten, um so auf Verantwortung der Eltern religiöse Unterweisung außerhalb der Schule zu ermöglichen; an diesen Schulen gibt es dann keine solche „Seelsorge“. Konkret verteilt sich der Unterricht auf viereinhalb Tage, nämlich auf Montag bis Freitag, davon am Mittwoch nur halbtags (Art. D 521–10 C. édu.).

An den sonstigen Schultypen muss an Internaten und kann an den anderen Schulen auf Antrag der Eltern ein von der jeweiligen Religionsgemeinschaft zu erteilender, von der Schulverwaltung zu genehmigender, freiwillig zu besuchender Religionsunterricht vorgesehen werden. Dieser wird bei Internaten in den Schulräumen erteilt, bei den anderen Schulen nur, wenn Sicherheit oder Gesundheit der Schüler dies rechtfertigen. Für die Finanzierung sind zunächst die Eltern verantwortlich. Nach Art. 2 des Gesetzes aus dem Jahre 1905 kann der Staat sie übernehmen. Die Praxis ist offenbar uneinheitlich.¹⁶⁷

¹⁶¹ CE, avis (Fn. 18), S. 34.

¹⁶² Tribunal administratif de Montreuil, 22.11.2011, 1012015; zustimmend *Philip-Gay* (Fn. 7), S. 217; abl. *Hennette-Vauchez/Roman* (Fn. 5), Rn. 594; *Woehrling* (Fn. 1), S. 575 ff.; *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1024. Der Staatsrat hält in seinem avis (nur) entsprechende Ratschläge für möglich.

¹⁶³ Siehe auch zur Meinungsfreiheit der Studenten Art. L 811–1 c. édu 26.6.1996; *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 3263.

¹⁶⁴ Dazu schon in Fn. 154.

¹⁶⁵ Dazu *Schwartz* (Fn. 12), S. 172.

¹⁶⁶ Zu Einzelheiten siehe Art. L 141 ff. sowie Art. R 141 ff. C. édu.

¹⁶⁷ *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 3111 f.; CE 7.3.1969, D 1969, J., S. 279; dazu *A. Texier*, *Les aumôniers de l'enseignement secondaire: incertitudes d'une institution*, RDP 1984, 105 ff.; *Wick* (Fn. 61), S. 52.

c) Privatschulen und ihre Finanzierung

In Frankreich spielen Privatschulen eine große Rolle. Viele von ihnen werden von der katholischen Kirche, mittlerweile aber immer mehr auch von muslimischen Organisationen getragen. Daher sind die einschlägigen Regeln auch für das Verhältnis von Staat und Religion von grundlegender Bedeutung. Die eingangs erwähnte Entscheidung des Verfassungsrates zur Gewissensfreiheit aus dem Jahre 1977 betraf die Privatschulen, deren Existenz auf der Grundlage der Unterrichtsfreiheit auch verfassungsrechtlich anerkannt wurde.¹⁶⁸ Zugleich aber wurde die Gewissensfreiheit der Lehrer betont, die diese jedoch nicht von der Pflicht zur Beachtung der besonderen Eigenheiten von Privatschulen entbinde.¹⁶⁹

1959 wurde durch Gesetz eine Finanzierung der Privatschulen eingeführt.¹⁷⁰ 1984 hat die damalige Regierung einen Anlauf unternommen, in Erfüllung von Wahlversprechen ein umfassendes öffentliches, laizistisches Schulwesen zu schaffen, doch ist dieses Vorhaben an öffentlichen Protesten gescheitert. Damit wird bis heute unterschieden zwischen normalen Schulen, den Schulen, die mit dem Staat einen „einfachen Vertrag“ schließen (Art. 442–12 C. édu.) und solchen, die einen Vertrag schließen, der sie dem öffentlichen Schulwesen assoziiert, d. h., die in etwa deutschen Ersatzschulen vergleichbar sind (dazu Art. 442–5 ff. C. édu.). Dieser Status begründet die Pflicht zur Beachtung staatlicher Vorgaben und impliziert Finanzierung und Kontrollmöglichkeiten des Staates.

Ein solcher Assoziationsvertrag setzt ein entsprechendes anerkanntes schulisches Bedürfnis voraus und hat zur Folge, dass der Unterricht am staatlichen Lehrplan auszurichten ist und die Lehrkräfte – seit 2005¹⁷¹ – beim Staat angestellt werden. Ihren „caractère propre“, ihre spezifische Eigenart, dürfen diese Schulen aber trotzdem behalten; die entsprechende einfachgesetzliche Aussage des Jahres 1959 – heute Art. L 442–1 C. édu. – besitzt nach der erwähnten Entscheidung des Verfassungsrates aus dem Jahre 1977, die man auch als implizite Bestätigung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes sehen kann,¹⁷² eine verfassungsrechtliche Verankerung. Die Entscheidung über den caractère propre schließt die über das Tragen religiöser Symbole bei Lehrern und Schülern ein.¹⁷³

¹⁶⁸ CC, 77–87 DC vom 23.11.1977, Rn. 3; *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 3206.

¹⁶⁹ CC, ebd., Rn. 5; auch dazu *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 3206.

¹⁷⁰ Zur „loi Debré“ *Poucet* (Fn. 160), S. 505 ff.

¹⁷¹ Gesetz 2005–5 vom 5.1.2005, das Art. L 442–5 C. édu. in die heutige Fassung gebracht hat; dazu *Poucet* (Fn. 160), S. 528 ff. sowie zur Verfassungsmäßigkeit CC, 2013–322 QPC vom 14.6.2013. Der jeweilige Direktor der Schule bleibt weiterhin beim Schulträger beschäftigt.

¹⁷² So *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 2014.

¹⁷³ *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 3234.

Der Conseil constitutionnel hat sich wie erwähnt zweimal mit den damit verbundenen Finanzierungsfragen befasst. In der ersten Entscheidung aus dem Jahre 1993 wurden gesetzliche Regelungen deswegen für verfassungswidrig erklärt, weil sie nach Auffassung des Verfassungsrats keine hinreichend präzisen Angaben zu den konkreten Rahmenbedingungen und Grenzen dieser Finanzierung vorsahen mit der Folge, dass Privatschulen unzulässigerweise sogar stärker unterstützt werden konnten als vergleichbare staatliche Schulen. Außerdem monierte der Rat, dass das Gleichheitsprinzip nicht mehr gewährleistet sei. Dieses fordere nämlich nicht zuletzt, dass – unabhängig von der verfassungsrechtlichen Garantie der Selbstverwaltung der Gebietskörperschaften nach Art. 72 CF – die Rahmenbedingungen der Grundrechtsausübungen im Kern vergleichbar sein müssten. Deswegen müsse der Staat selbst die maßgeblichen Rahmenbedingungen für die Förderung von Privatschulen festlegen und dürfe diese nicht den kommunalen Körperschaften überlassen.¹⁷⁴

In einer weiteren Entscheidung aus dem Jahre 2009 betont der Verfassungsrat nur, dass das Prinzip der Laizität den Gesetzgeber nicht grundsätzlich hindere, auch Privatschulen zu unterstützen. Entscheidend sei nur, aber immerhin, dass er sich dabei auf objektive und rationale Kriterien stützt und die Förderungen abhängig macht von ihrem Beitrag zur Erfüllung der staatlichen Aufgabe der Versorgung der Schüler mit Unterricht. Das sah der Rat in dem nunmehr von ihm zu beurteilenden Gesetz als gewährleistet an.¹⁷⁵

d) Hochschulen

Theologische Fakultäten gibt es in Frankreich nicht, sieht man einmal von den erwähnten Sonderfällen in Elsass-Lothringen ab. Und dass für Studenten das Verbot des Tragens religiöser Zeichen nicht gilt, wurde gleichfalls schon angesprochen. Zu erwähnen bleibt, dass über eine verstärkte Einrichtung islamwissenschaftlicher Professuren an staatlichen Hochschulen diskutiert wird, um so den Rückgriff der Moscheen auf ausländische Imame zu verringern; ob dies tatsächlich geschieht und dann auch Erfolg hat, bleibt abzuwarten.

3. Staatliche Leistungen

Weiterhin darf der Staat nach dem Gesetz von 1905 Religionsgemeinschaften als solche nicht finanzieren. Um die Reichweite dieses Verbotes gab und gibt es zahlreiche verwaltungsrechtliche Streitigkeiten mit der Folge einer umfangreichen Rechtsprechung. Als Kläger treten hier häufig pri-

¹⁷⁴ Entscheidung 93–329 DC vom 13.1.1994, insbesondere Rn. 27 ff.

¹⁷⁵ Entscheidung 2009–591 DC vom 22.10.2009, Rn. 6.

vate Organisationen auf, die sich auf die Laizität, genauer, ihr Verständnis derselben, berufen; angesichts offener verwaltungsprozessualer Regeln zur Verbandsklage ist dies recht problemlos möglich. Dies hat in Kombination mit mehreren spezialgesetzlichen Regelungen zu einer komplexen Rechtslage geführt. Bei allen Problemen der Abgrenzung im Einzelfall kann man jedoch eine Grundregel festhalten: In keinem Fall gibt es eine direkte Unterstützung für die Religionsgemeinschaft als solche.¹⁷⁶

Konkret gilt das Finanzierungsverbot nicht nur für Religionsvereinigungen im technischen Sinne („associations culturelles“), sondern auch für sonstige Organisationen, die auch die Religionsausübung fördern, etwa bei gemischter Zielsetzung.¹⁷⁷ Daher dürfen etwa staatliche Stellen Kosten für religiöse Feiern selbst dann nicht übernehmen, wenn diese aus besonderem Anlass stattfinden und die Unterstützung auch im rein weltlichen Bereich Vorteile aufweist, etwa Touristen anzieht.¹⁷⁸ Anderes gilt für ein ganz konkretes, rein weltliches Vorhaben, wenn eine klare Trennung zum religiösen Kult gewährleistet ist.¹⁷⁹ Dies schließt die Befugnis einer Gemeinde ein, aus kulturellen Gründen eine Orgel zu kaufen und sie dann an einem beliebigen, auch religiösen Ort aufzustellen, vorausgesetzt, dass die Nutzung nach den Regeln der Gemeinde erfolgt und, soweit die religiöse Gemeinschaft die Orgel nutzt, diese angemessen an den Kosten beteiligt wird, also keine Unterstützung erfährt.¹⁸⁰ Auch darf eine Gemeinde – gegen Kostenerstattung – aus Anlass eines islamischen Festes vorübergehend eine besondere Schlachtstelle schaffen.¹⁸¹ Allgemein vorgesehene staatliche Leistungen, die keinen religiösen Zwecken dienen, dürfen zudem nicht im Einzelfall mit dem Argument versagt werden, dass der Empfänger eine Religionsgemeinschaft ist.¹⁸²

Auch wenn man dieses Finanzierungsverbot als Verlängerung des Grundsatzes der Nichtanerkennung von Religionsgemeinschaften ansehen

¹⁷⁶ *Wachsmann* (Fn. 51), S. 711; *M. le Roux*, Urteilsanmerkung, AJDA 2013, 1530 ff.; *Schwartz* (Fn. 12), S. 153; *Comte-Perrier* (Fn. 40), S. 346 ff.

¹⁷⁷ CE, 94455 vom 9.10.1992; dazu *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 225 f.

¹⁷⁸ CE, 347049 vom 15.2.2013, 1529 mit Anm. *le Roux* (Fn. 176), S. 1530 ff.; zustimmend *Morange* (Fn. 21), S. 525 ff.

¹⁷⁹ CE 308817 vom 19.7.2011.

¹⁸⁰ CE, 308544 vom 19.7.2011. Ausführlich und im Ergebnis zustimmend *H. Boualili*, L'orgue d'église: instrument de culte ou instrument de musique?, RDP 2012, 1523 ff. Anders die Vorinstanzen mit dem Argument, dass die geplante Aufstellung in einer Kirche eine religiöse Zwecksetzung bedeute, weil die Nutzung der Kirche im Kern von der Religionsgemeinschaft bestimmt werde und damit eine Religionsgemeinschaft unterstützt werde: tribunal administratif de Nantes, AJDA 2006, 1386; zustimmend note *P. Hougron*, gebilligt von CAA Nantes, AJDA 2007, 2086 mit kritischer note von *Vincent Gaboriau*; zustimmend hingegen auch *Benelbaz* (Fn. 10), S. 488.

¹⁸¹ CE, 309161 vom 19.7.2011. Zur Begründung ist anzuführen, dass so nicht nur die Religionsfreiheit, sondern auch die öffentliche Ordnung und Gesundheit gesichert wird.

¹⁸² C,E 344284, 344378 und 344379 vom 26.11.2012. Konkret ging es um umweltfördernde Maßnahmen im Baubereich.

kann,¹⁸³ kommt ihm jedoch wie erwähnt als solchem kein Verfassungsrang zu. Daher gibt es einfachgesetzlich zahlreiche Sonderregeln, die nach mancher Einschätzung mittlerweile das Grundprinzip des Finanzierungsverbotes in Frage stellen.¹⁸⁴ Hinsichtlich der Nutzung von Gebäuden enthielt schon das Gesetz von 1905 spezifische Bestimmungen, weil sich damals fast alle Kirchen seit der Revolutionszeit in staatlicher Hand befanden. Danach erfolgt deren Unterhalt auch weiterhin aus staatlichen Mitteln.¹⁸⁵ Zugleich aber darf die jeweilige Religionsgemeinschaft diese Gebäude – wie vor 1905 – im Grundsatz kostenfrei und ohne Einmischung des Staates nutzen.¹⁸⁶ Einzige Bedingung: die in ihnen abgehaltenen Veranstaltungen müssen frei zugänglich sein.¹⁸⁷

Die damit verbundene faktische Diskriminierung anderer Religionsgemeinschaften¹⁸⁸ wurde bereits früh gesehen und war Anlass für den Staat, Religionsgemeinschaften im Bereich der Errichtung und des Unterhalts religiöser Kultstätten eine gewisse Unterstützung zukommen zu lassen. So wurde bereits 1920 – mit einem besonderen Gesetz – die Grundlage für die Finanzierung eines Moscheebaus in Paris gelegt.¹⁸⁹ Die Praxis im Weiteren war sicherlich schwankend; die jüngere Rechtsprechung ist, vor allem seit mehreren Urteilen des Staatsrats vom 18.7.2011, im Vergleich zur früheren Judikatur eher großzügig.¹⁹⁰ Mittlerweile sind Unterstützungsleistungen im Bereich von Gebäuden insbesondere in zwei Formen anerkannt. Nach aus-

¹⁸³ So *Comte-Perrier* (Fn. 40), S. 343.

¹⁸⁴ *Benelbaz* (Fn. 10), S. 491: „... ruinet le principe de la non-subvention“; vgl. auch *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 2240 f.: Heute könne man nicht mehr von einem Verbot, sondern nur von einer Begrenzung der Finanzierung von Religionsgemeinschaften sprechen. Ähnlich spricht *H. Pauliat* von einer flexibleren Interpretation (La priorité de l'affectation culturelle remise en question, RDP 2012, S. 1573 (1574)) und *M.-L. Gély* von einem erhaltenen, aber labilen Gleichgewicht („préservé“ bzw. „fragile“, La question du financement des lieux du culte par les collectivités territoriales, RDP 2012, S. 1554 (1568 ff.)).

¹⁸⁵ Dazu der 1908 eingefügte Titel IV des Gesetzes; zu Einzelheiten näher *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 2432 ff.

¹⁸⁶ Dazu CE, 284307 vom 25.8.2005; dazu *Wachsmann* (Fn. 51), S. 710; *Schwartz* (Fn. 12), S. 159 ff.; *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1341 ff., 1347 ff. Anderes gilt nur für völlig getrennt zugängliche und mit der religiösen Zwecksetzung in keinem Zusammenhang stehende Gebäudeteile; zum Dach der Kirche von Les Saintes Maries de la mer CE, 340648 vom 20.6.2012; siehe dazu auch *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 2427; kritisch und den Ausnahmecharakter der Entscheidung auch im Vergleich zu anderen betonend *Pauliat* (Fn. 184), S. 1577 ff.

¹⁸⁷ Dies gilt auch für religiöse Hochzeiten; *Philip-Gay* (Fn. 7), S. 162.

¹⁸⁸ Dazu *Robert*, in: *Cabrillac* (Fn. 5), Rn. 589 ff.; *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 1055, 2455 f.; *Sauvé* (Fn. 4), S. 8 („le culte musulman est objectivement défavorisé“); tendenziell auch *Hennette-Vauchez/Roman* (Fn. 5), Rn. 579; v. *Campenhause*n (Fn. 12), S. 78; kritisch zum Argument *Benelbaz* (Fn. 10), S. 491 f.

¹⁸⁹ Dazu *Messner/Prélot/Woehrling* (Fn. 1), Rn. 2279; angeblich wurden nur nicht für den Kult genutzte Gebäudeteile staatlich finanziert.

¹⁹⁰ Insoweit also überholt die Darstellung bei *Wick* (Fn. 61), S. 127 ff. Dazu auch *Sauvé* (Fn. 4), S. 11 f.

drücklicher gesetzlicher Regelung ist es zulässig, dass eine Gebietskörperschaft in Erbpacht einer Religionsgemeinschaft, aber auch anderen Organisationen mit gemeinnütziger Zielsetzung wie Sportvereinen ein Grundstück zur Verfügung stellt zur Errichtung eines Gebäudes, vorausgesetzt, dieses ist dann öffentlich zugänglich.¹⁹¹ Dabei impliziert die gesetzliche Regelung über die zulässigen Zwecke, dass die Erbpacht in rein symbolischer Höhe festgesetzt werden darf.¹⁹²

Außerdem akzeptiert die Rechtsprechung, dass an einem bereits errichteten Gebäude, an dessen Erhalt wegen seiner kulturellen Ausstrahlung oder seiner Bedeutung für die touristische oder wirtschaftliche Entwicklung ein öffentliches Interesse besteht, Renovierungsmaßnahmen oder Maßnahmen zur Verbesserung der Zugänglichkeit öffentlich finanziert werden, wenn gewährleistet ist, dass diese Leistungen exklusiv dem Gebäude zukommen, also die Religionsgemeinschaft als solche davon nicht profitiert; zur Sicherung dieser Zweckbindung darf auch ein (verwaltungsrechtlicher) Vertrag geschlossen werden.¹⁹³ Ferner darf auch religiösen Organisationen für die Erbringungen von Leistungen im Rahmen eines *service public* (zur Definition siehe oben bei IV. 1. a) eine Unterstützung etwa zur Errichtung eines Gebäudes zgedacht werden.¹⁹⁴ Voraussetzung ist aber eine hinreichend klare Trennung von religiösen und weltlichen Gebäudeteilen. Schließlich darf eine kommunale Körperschaft im Rahmen eines Kooperationsabkommens auch zur Renovierung einer Kirche im Ausland beitragen.¹⁹⁵

Konsequenz dieser Restriktionen ist eine nicht unerhebliche Finanznot vieler islamischer Organisationen. Diese werden daher nicht selten durch ausländische Staaten unterstützt. Dies wiederum löst – verstärkt in letzter Zeit – Sorgen aus, wie sie gegenüber dem entsprechenden Phänomen auch in Deutschland bestehen. Vor diesem Hintergrund jüngst vom Premierminister öffentlich angestellte Überlegungen, dass sich der Staat stärker im Sinne einer positiven Laizität engagieren, sich etwa mehr um die Finanzierung von Moscheen, aber auch die Ausbildung von Imamen kümmern sollte, wurden vom Staatspräsidenten allerdings umgehend verworfen.

¹⁹¹ Art. L 1311–2 CGCT. Dazu auch CE, 313518 vom 19.7.2011; *Messner/Prélot/Wehring* (Fn. 1), Rn. 2278, 2460 f.

¹⁹² CE, 320796 vom 19.7.2011. Zur früheren, zurückhaltenderen Rechtsprechung der Untergerichte siehe kritisch, auch mit Hinweis auf eine facettenreiche Praxis, *Machelon* (Fn. 41), S. 341 ff.

¹⁹³ CE, 308817 vom 19.7.2011. Konkret ging es um die Errichtung eines Fahrstuhls zu einer schwer zugänglichen Kirche in Lyon (La Fourvière).

¹⁹⁴ Zur Unterstützung einer katholischen Universität mit staatlichen anerkannten Studiengängen bei Errichtung eines neuen Gebäudes CE, 342666 vom 20.6.2012.

¹⁹⁵ CE, 368342 vom 16.2.2016.

4. Zusammenfassung und Vergleich

Insgesamt wird die religiöse Neutralität des Staates als Element der Laizität in Frankreich zwar stark von den Gerichten ausgeformt. Der Verfassungsrechtsprechung kommt aber bis heute anders als in Deutschland eine allenfalls marginale Bedeutung zu; es dominiert die Judikatur des Conseil d'État. In der Sache wird die Laizität heute von den Gerichten ganz überwiegend nicht mehr als Abwehrhaltung verstanden, sondern als offen gegenüber den Religionen – statt einer früher zum Teil praktizierten „laïcité combative“ herrscht in der Rechtsprechung die „laïcité tolérante“ vor.¹⁹⁶ Allerdings wird auch diese, also die Neutralität, anders als in Deutschland nicht von einer den Religionsgemeinschaften tendenziell freundlich zugewandten Haltung bestimmt, sondern wirklich von einer eher zurückhaltenden Position.

Die Förderung von Religion oder gar die Vornahme religiöser Handlungen durch den Staat¹⁹⁷ scheidet demnach aus. Zulässig sind hingegen Maßnahmen, die die Religionsfreiheit der Bürger sichern sollen. Diese Grenzen der Religionsförderung zeigen sich insbesondere beim grundsätzlich bestehenden Verbot finanzieller Zuwendungen an solche Gemeinschaften. Demgegenüber sind zulässig religionsgemeinschaftlich organisierte, aber staatlich finanzierte Seelsorge für Menschen, die sich in geschlossenen Einrichtungen befinden und daher, wie auch in Deutschland anerkannt, in besonderem Maße des Zuspruchs bedürfen, ebenso wie religiöse Fernseh- und Rundfunksendungen. Und auch das Regime der Gebäudefinanzierung macht deutlich, dass es vor allem darum geht, unabhängig von den Belangen der Religionsgemeinschaften als solchen bestehende Bedürfnisse von Gläubigen zu befriedigen.¹⁹⁸

Damit offenbaren sich mit Blick auf das Neutralitätsverständnis in beiden Ländern erkennbare Unterschiede. Zwar ist in beiden Ländern dem Staat eine Identifikation mit einer Religionsgemeinschaft untersagt, wie sie

¹⁹⁶ *Sayah* (Fn. 10), S. 916; *Y. Vilain*, in: N. Marsch/Vilain/M. Wendel (Hg.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, 2015, § 3 Rn. 47.

¹⁹⁷ Ein weiteres Beispiel für die Schwierigkeiten der Abgrenzung im Einzelfall bilden die zahlreichen Streitigkeiten um das Aufstellen von Weihnachtskrippen durch Gemeinden. Für zulässig wurde dies erachtet mit dem Argument, dass es eine entsprechende weltliche Tradition gebe, vom Tribunal administratif de Montpellier, 1405626 vom 19.12.2014, mit Kritik bei *Philip-Gay* (Fn. 7), S. 148 f.; für unzulässig erachtet vom Tribunal administratif de Nantes, 1211647, vom 14.11.2014; dazu auch *Hennette-Vauchez/Roman* (Fn. 5), Rn. 582. Differenzierend jüngst der Staatsrat (395122 sowie 395223, jeweils vom 9.11.2016); dazu *Sauvé* (Fn. 4), S. 13; *J. Morange*, note, RFDA 2017, 127 ff. Wie schwer die Abgrenzung sein kann, zeigt ein Urteil des tribunal administratif de Rennes vom 30.4.2015, das die Aufstellung einer Papststatue für zulässig, die eines Kreuzes für unzulässig erklärte.

¹⁹⁸ Dazu *Gély* (Fn. 184), S. 1564.

in einem modernen Staat ohnehin kaum vorstellbar ist.¹⁹⁹ Hinsichtlich der Frage der positiven Ausgestaltung der Neutralität hingegen bestehen deutliche Divergenzen. Dies zeigt sich insbesondere an der Frage von Kooperationen. So sind zwar in beiden Staaten vertragliche Regelungen möglich. Während diese aber in Frankreich ggf. auf verwaltungsrechtlicher Ebene angesiedelt sind, so formal die Unterordnung der Religionsgemeinschaften unter den Staat deutlich machen und inhaltlich auf Sicherung der staatlich gesetzten Grenzen öffentlicher Finanzierung von Religion ausgerichtet sind,²⁰⁰ werden in Deutschland zentrale Fragen durch staatsrechtlich zu qualifizierende Verträge geregelt, und diese Rechtsform soll die verfassungsrechtlich geforderte Rücksichtnahme des Staates auf das jeweilige religionsgemeinschaftliche Selbstverständnis sicherstellen.²⁰¹

Dabei kann auch an einen im Kontext der Religionsfreiheit bereits angesprochenen Gesichtspunkt angeknüpft werden, die Zurückhaltung gegenüber Gruppenbildungen. Diese können weitere Unterschiede erklären, die im Kontext von Bekleidungs- und Speisevorschriften deutlich werden. Dies zeigen die Diskussionen um religiöse Bekleidung staatlicher Bediensteter. Zwar besteht im Ausgangspunkt Einigkeit über die Grundrechtsträgerschaft der Beschäftigten im öffentlichen Dienst und die staatliche Neutralität. Mit Blick auf die dienstliche Tätigkeit gilt in gleicher Weise, dass der Lehrer im Unterricht nicht indoktrinierend wirken darf, und soweit es um die grundrechtlich motivierte Verweigerung des Dienstes geht, ist die Stellung der Beschäftigten in Frankreich sogar stärker.

Mit Blick auf das persönliche Verhalten im Dienst wird der Ausgleich jedoch anders vorgenommen. Bei religiöser Kleidung oder sonstigen Zeichen besteht der zentrale Unterschied darin, dass im Ausgangspunkt in Deutschland die Zurechnung an den Beschäftigten erfolgt, diese nicht automatisch dem Staat zugerechnet werden. Grund hierfür ist die Annahme, dass für alle Beteiligten erkennbar ist, dass das entsprechende Symbol vom Beschäftigten verantwortet wird²⁰² – was gerade bei nichtchristlichen Symbolen oder Kleidungen kaum zu bestreiten sein dürfte. Wie bekannt, war allerdings die erste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die sich mit Fragen des Kopftuches befasst hat, gerade in diesem Punkt umstritten.²⁰³

¹⁹⁹ Dazu aus deutscher Perspektive *Böckenförde* (Fn. 109); aus französischer Perspektive *Jan* (Fn. 109), S. 302; *Koubi* (Fn. 109), S. 328.

²⁰⁰ Siehe *Conseil d'État* (Fn. 193).

²⁰¹ Dazu näher *Classen* (Fn. 23), Rn. 72. Zum Vergleich ähnlich die Einschätzung bei *Vilain* (Fn. 196), Rn. 49 ff.

²⁰² BVerfGE 138, 296 Rn. 112.

²⁰³ BVerfGE 108, 282, Sondervotum Jentsch, Di Fabio und Mellinghoff, insbesondere S. 325 ff.

Hinzu kommt: Der Umstand, dass ein Schüler mit einem solchen Zeichen konfrontiert wird, ist angesichts der staatlichen Schulpflicht einerseits und der staatlichen Entscheidung über den Einsatz der jeweiligen Lehrer andererseits im Ergebnis natürlich doch auch dem Staat zuzurechnen. In Frankreich geht man jedoch weiter und verbietet religiöse Kleidung auch dort, wo nicht einmal im Ansatz eine Erkennbarkeit nach außen besteht.

Die Abwehr von abstrakt angenommenen Gefahren für den Schulfrieden hat immerhin in Deutschland zunächst einmal eine ganze Reihe von Bundesländern mit Blick auf Lehrer zu Maßnahmen veranlasst, die den französischen Regeln ähneln, auch wenn diese zum einen nicht so weit gingen und zum anderen dann vom BVerfG für verfassungswidrig erklärt wurden.²⁰⁴ Für Schüler hingegen wird insoweit in Deutschland kein Problem gesehen. Schwierigkeiten bekam jedoch ein Schüler, der die vom Islam vorgeschriebenen täglichen Gebete zwar in den Pausen, aber doch auf dem Schulgelände vornehmen wollte. Hier hat das Bundesverwaltungsgericht letztlich eine der französischen Situation ähnliche Entscheidung getroffen, als wegen der im Fall angenommenen konkreten Gefahren für den Schulfrieden dieses Gebet verboten wurde.²⁰⁵ Trotzdem bleibt – in beiden Ländern – die Frage, ob die Schule gerade in einer Demokratie nicht auch ein Ort sein sollte, in dem das Zusammenleben von Menschen mit unterschiedlicher Lebenseinstellung geübt werden sollte.²⁰⁶ Und die Diskussionen um die Speisevorschriften in öffentlichen Einrichtungen werfen wieder die Frage auf, ob nicht eine als problematisch angesehene Gruppenbildung befördert wird.

Schließlich bestehen in beiden Ländern Sorgen mit Blick auf die Finanzierung bzw. sonstigen Beziehungen einiger Moscheen und bestimmter islamischer Prediger zu ausländischen Stellen. Hier eine neutrale, weder Weltkirchen wie die katholische Kirche noch „harmlose“ ausländische Staatskirchen wie die dänische „Volkskerke“ ohne ausreichenden Grund behindernde Regelungen zu finden, dürfte aber schwierig sein.

V.

Die laïcité in der öffentlichen Diskussion

Wie variantenreich das Laizitätsprinzip im Einzelnen in Frankreich verstanden wird, macht schließlich vor allem die öffentliche Diskussion deutlich. Diese verläuft ersichtlich vielfach in anderen Bahnen als der juristische

²⁰⁴ BVerfGE 138, 296 ff.

²⁰⁵ BVerwG, JZ 2012, 358 ff.

²⁰⁶ Zu Frankreich Jan (Fn. 109), S. 302f.; zu Deutschland C. Enders, Urteilsanmerkung, JZ 2012, 363; H.M. Heinig, Religionsfreiheit auf dem Prüfstand: Wieviel Religion trägt die Schule?, KuR 2013 8 (19).

Diskurs.²⁰⁷ Hier spielt der Gedanke, dass Religion eine Privatangelegenheit sei, die im öffentlichen Leben keinen Platz habe, und eine damit verbundene Zurückdrängung des Religiösen aus dem öffentlichen Raum bis heute eine nicht unerhebliche Rolle.²⁰⁸ Beispiele liefern zunächst die öffentlichen Reaktionen auf bestimmte Gerichtsurteile. So wurden die Entscheidungen, die das Tragen des Schleiers in der Krippe Baby loup gestatteten, gerade auch in der Öffentlichkeit recht kritisch aufgenommen; im Senat, der zweiten Parlamentskammer, wurde sogar in erster Lesung ein Gesetzentwurf beschlossen, der ein entsprechendes Verbot legitimieren sollte.²⁰⁹ Erstaunlich ist daran, dass dabei auch immer wieder auf das Gesetz von 1905 Bezug genommen wird, das, wie eingangs erwähnt, für ein solches Verständnis von *laïcité* bei genauer Betrachtung gerade keinen Anhaltspunkt liefert.

Auch in Sachen Verschleierung von Schülerinnen ist erst Ruhe eingekehrt, nachdem der Gesetzgeber in Abweichung von der Rechtsprechung des Staates ein vollständiges Verbot ausgesprochen hat. Mittlerweile wird sogar weitergehend gefragt, ob nicht auch Eltern zumindest dann, wenn sie in Kontakt mit der Schule treten wie beim Bringen und Abholen der Kinder oder wenn sie begleitende Funktionen etwa im Rahmen von Schulausflügen übernehmen, gleichfalls dem Schleierverbot unterworfen werden müssten. Politisch wird auch diskutiert, ob die bisherige Praxis der Berücksichtigung religiöser Speisevorschriften bei Schulspeisungen wirklich aufrechterhalten werden sollte. Praktisch geht es hier nahezu ausschließlich um den bislang zum Teil praktizierten Verzicht auf Schweinefleisch. Ferner kann auf die Diskussion hingewiesen werden, die zum Verbot der Ganzkörperverschleierung geführt hat. Und die kommunalen Burkini-Verbote haben in der Öffentlichkeit gleichfalls überwiegend Zustimmung erhalten – der Premierminister hielt sie für richtig, der frühere Staatspräsident und erneuter Kandidat für das Präsidentenamt, Nicolas Sarkozy, forderte nun sogar ein entsprechendes landesweites Gesetz.²¹⁰

Ein weiteres Beispiel für die geschilderte Abweichung des politischen vom juristischen Diskurs, das sogar deutlich macht, dass die Diskussion um die Laizität selbst in Fachkreisen recht weitgehende Forderungen hat entstehen lassen, zeigt die im Jahre 2000 im europäischen Grundrechtekonvent geführte Diskussion um die Präambel der Grundrechtecharta. Wünschen, hier auch eine Referenz auf das „religiöse Erbe“ aufzunehmen, hielten Ver-

²⁰⁷ Wachsmann (Fn. 51), S. 714 f.; Messner/Prélot/Woehrling (Fn. 1), Rn. 998; ebenso schon im Jahre 1949 Rivero (Fn. 4), S. 137.

²⁰⁸ Dazu Sayab (Fn. 10), S. 917 ff.; Gaudemet (Fn. 2) S. 329; Roland Mimmerath, Die französische *laïcité*. eine französische Besonderheit oder ein Modell für Europa?, in: Dingel/Tietz (Fn. 12), S. 89 ff. (90).

²⁰⁹ Dazu Morange (Fn. 21), S. 530; Dieu (Fn. 10), S. 586.

²¹⁰ Zur politischen Diskussion siehe die Darstellung in der SZ vom 25.8.2016.

treter Frankreichs das Verfassungsprinzip der Laizität entgegen.²¹¹ Am Ende wurde dieser Hinweis – methodisch problematisch – nur in der deutschen Sprachfassung verankert.²¹² In die Präambel zum Verfassungsvertrag, die sich insoweit auch später im Vertrag von Lissabon wiederfindet, wurde dann jedoch ein der deutschen Fassung der Charta-Präambel ähnelnder Hinweis aufgenommen („schöpfend aus dem kulturellen, religiösen und humanistischen Erbe Europas“), der vom Verfassungsrat in seiner bereits erwähnten Entscheidung nicht problematisiert wurde. Immerhin unterscheidet sich diese Formulierung vom Text der Grundrechtecharta dadurch, dass dort das gesamte Erbe als – auch – religiös bezeichnet wurde, hier hingegen die verschiedenen „Erbmassen“ nebeneinander stehen.²¹³

VI.

Gesamtvergleich

In den grundsätzlichen Ausgangspunkten – Religionsfreiheit und staatliche Neutralität – weist das Religionsrecht in Deutschland und in Frankreich auf den ersten Blick Gemeinsamkeiten auf. Unterschiede zeigen sich aber zunächst in rechtsformaler Hinsicht. In Deutschland wird vieles vor allem von der Rechtsprechung des BVerfG bestimmt; das zeigt etwa das religionsgemeinschaftliche Arbeitsrecht oder der Umgang mit Kopftüchern im öffentlichen Dienst. In Frankreich wird zwar das zentrale Stichwort – Garantie der *république laïque* – an prominenter Stelle in der Verfassung erwähnt. Ausgeformt aber wird es durch die Fachgerichte, nicht den Verfassungsrat.

In der Sache werden Divergenzen vor allem bei der Neutralität deutlich. Hier überwiegt im Vergleich zu Deutschland²¹⁴ eine stärker distanzierte Haltung; der positive Aspekt von Neutralität im Sinne einer Förderung spielt eine geringere Rolle. Nichtsdestoweniger sind Fördermaßnahmen vor allem zulässig, wenn es um die Belange von einzelnen Gläubigen geht; nur die Förderung von Religionsgemeinschaften als Förderung von Religion ist praktisch ausgeschlossen. Insgesamt erweist sich die Laizität so nicht als prinzipiell Religiosität ablehnendes Phänomen.

Allerdings zeigen sich auch bei der Religionsfreiheit wichtige Unterschiede. Diese ist in Frankreich zwar durchaus anerkannt. In Konfliktfällen wird ihr aber nicht immer das gleiche Gewicht wie in Deutschland zuge-

²¹¹ J.-M. Woehrling, in: Messner/Prélot/Woehrling (Fn. 1), Rn. 868; Benelbaz (Fn. 10), S. 192 ff.

²¹² Dazu M. Holoubek/G. Lienbacher, in: dies. (Hg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2014, Präambel, Rn. 5.

²¹³ Darauf verweist Benelbaz (Fn. 10), S. 197 ff.

²¹⁴ Jüngst etwa BVerfGE 138, 296 Rn. 110.

standen. Unterschiede zeigen sich vor allem beim Umgang mit Gemeinschaften. Der kollektiven Religionsfreiheit wird im Konflikt mit anderen Gemeinschaften eine vergleichsweise geringe Bedeutung zuerkannt; ein eigenständiges Selbstverwaltungsrecht der Religionsgemeinschaften gibt es gar nicht. Offenbar bestimmt die Sorge vor als problematisch angesehener Gruppenbildung innerhalb der „grande nation“²¹⁵ manche juristischen und politischen Diskussionen. Das hat, wie die Themen Kleidung und Speisen zeigen, zum Teil auch nachteilige Auswirkungen auf den Umgang mit der individuellen Religionsfreiheit. Allerdings ist Religiosität wesensmäßig mit einer gewissen Gruppenbildung verbunden.²¹⁶ Hier zeigt sich vielleicht ein Erbe der französischen Revolution, die in ihrer einflussreichen Menschenrechtserklärung kollektiv wahrzunehmende Rechte wie Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit – heute allerdings gewährleistet²¹⁷ – generell nicht kannte.²¹⁸

Hinter beiden Aspekten des Religionsrechts steht die Frage, wie der Staat individuelle Freiheit und gesellschaftliche Integration am besten miteinander verbinden kann. In Frankreich dominiert der Gedanke, dass die französische Nation insgesamt den zentralen Integrationsfaktor bilden soll mit der Folge, dass andere denkbare Gruppen möglichst wenig erkennbar sein sollen. Gerade die jüngsten Entwicklungen aber legen die Frage nahe, ob und inwieweit es sich hier noch wirklich um ein zukunftsfähiges Konzept handelt, ob die teils faktisch, teils rechtlich eben doch jedenfalls teilweise bewirkte Zurückdrängung der Religion nicht mit Blick auf Menschen, denen Religion besonders wichtig ist, gerade eine desintegrierende Wirkung entfalten kann. Dies muss die Zukunft erweisen.

²¹⁵ Zu diesen Problemen siehe ganz unabhängig von der Religionsfreiheit die instruktiven Darstellungen von C. Grewe, Die Einheit des Staates: zwischen Unteilbarkeit und Pluralismus, in: dies./Christoph Gusy (Hg.), Französisches Staatsdenken, 2002, S. 51 ff., sowie C. M. Herrera, Bericht: Staatliche Einheit und politischer Pluralismus, ebd., S. 158, und dazu den Kommentar von H.-E. Folz, ebd., S. 174 ff.

²¹⁶ Zur Gruppenbildung als Phänomen gerade der Religionsfreiheit siehe *Classes* (Fn. 23), Rn. 89 ff.

²¹⁷ Zur Versammlungsfreiheit siehe vor allem CC, 71–44 DC vom 16.7.1971.

²¹⁸ Zur Rechtfertigung des Verbots der Vollverschleierung mit Hinweis auf revolutionäre Traditionen siehe *Saint-Bonnet* (Fn. 51).

Religiöses Elternrecht und staatlicher Erziehungsauftrag

Konkurrenz der Relationierungsmuster*

Matthias Jestaedt

Nachdem mir im vergangenen Jahr der Bahnstreik einen Strich durch meine (Anreise-)Rechnung gemacht hat, freue ich mich, dass *Michael Heinig* seine letztjährige Einladung liebenswürdigerweise aufrechterhalten hat und ich heute zu Ihnen sprechen darf.

Das mir zugedachte Thema ist, soweit es den Titel betrifft, dasselbe geblieben. Zu „Religiöses Elternrecht und staatlicher Erziehungsauftrag“ hätte ich schon letztes Jahr vortragen sollen und dürfen. Und doch haben sich Inhalt und Duktus dessen, was ich präsentieren möchte, wenigstens partiell verschoben. Diese Verschiebung verdankt sich dem Umstand, dass ich gerne meine letztjährige Abwesenheit in der Weise produktiv wenden möchte, dass ich – zumindest im ersten Teil meiner Überlegungen – den Faden Ihres letztjährigen Gesprächs aufzunehmen und weiterzuspinnen gedenke. Dies geschieht dadurch, dass ich die bei der letzten Kirchenrechtslehrertagung von *Frauke Brosius-Gersdorf* vorgestellte neue Konzeption des Verhältnisses von religiös-weltanschaulichem Elternrecht und staatlichem Schul- und Wächteramt¹ meinerseits einer kritischen Analyse unterziehe. Insgesamt verlagern sich dadurch meine Ausführungen auf das Terrain der Schule; es geht also nur am Rande um die religiöse Erziehungskonkurrenz von Eltern und Staat *außerhalb* dessen, was Schule ist, sondern primär um die Verhältnisbestimmung „in“ der Schule.

I.

Unruhe auf vordem verfassungsdogmatisch befriedetem Terrain

Dabei ist es mir weniger darum zu tun, pro Homeschooling oder contra Homeschooling Partei zu ergreifen. Wenn mir hier eine Nebenbemerkung gestattet sei: Die zu starke Fokussierung auf eine – gewiss nicht unwich-

* Der Beitrag gibt im Wesentlichen den um Anmerkungen ergänzten Vortrag wieder, den Verf. auf der Kirchenrechtslehrertagung am 29. April 2016 in Halle/Saale gehalten hat.

¹ *F. Brosius-Gersdorf*, Religiös-weltanschauliches Elternrecht versus staatliches Schul- und Wächtermandat – eine Vermessung am Beispiel von Homeschooling, *ZevKR* 61 (2016), S. 141–161.

tige – Einzelfrage kann nur allzu leicht zu einer unangemessenen, da perspektivenverzerrenden Herangehensweise auf allgemeiner Ebene führen. Man sagt: Hard cases make bad law.² Ähnliches gilt für das Verhältnis von dogmatischen Sonderkonstellationen zu dogmatischen Systemstrukturen. Doch mag das zunächst auf sich beruhen.

Das Konzept von *Frauke Brosius-Gersdorf* erscheint mir vielmehr deswegen unter dem Aspekt meiner recht allgemeinen Fragestellung von besonderer Bedeutung zu sein, weil es *eine* von zwei Deutungsvarianten darstellt, die, nicht zuletzt angeregt durch die jüngste Rechtsprechung des 6. Senats des BVerwG in Sachen „Gebet im Schulflur“, „Burkini“ und „Krabat“,³ in den letzten zwei bis drei Jahren gegen die bisherige, auf der ständigen Rechtsprechung des BVerfG beruhende Verhältnisbestimmung von elterlichem und schulischem Erziehungsmandat gewendet wird.

Damit ist der Gedankengang meines Vortrags im Wesentlichen skizziert: In einem ersten Schritt beschäftigen wir uns mit den Thesen von *Frauke Brosius-Gersdorf* zum Verhältnis von religiösem Elternrecht und staatlichem Schulmandat (sogleich III.). In einem nächsten Schritt werden wir die zweite Alternativkonzeption, die von ihren Protagonisten als Abschtichungsmodell gekennzeichnet wird, daraufhin untersuchen, ob es den Anspruch, die überzeugendere Alternative zu dem von ihr kritisierten, noch vorherrschenden Abwägungs- oder Konkordanzmodell zu sein, einzulösen vermag (nachfolgend IV.). In einem letzten Schritt möchte ich gerne den Fokus ein wenig weiten und einen Vorschlag unterbreiten, wonach die gesuchte Verhältnisbestimmung davon profitiert, dass Konfliktkonstellationen, die sich just unter dem Aspekt der Beteiligung des Staates unterscheiden, nicht einer einheitlich-differenzierungsfreien Betrachtung unterworfen werden (unten V.).

² Berühmt in der Fassung des Dissenting von *O. Wendell Holmes, Jr.*, in: *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197, 400 (1904): „Great cases like hard cases make bad law. For great cases are called great, not by reason of their real importance in shaping the law of the future, but because of some accident of immediate overwhelming interest which appeals to the feelings and distorts the judgment.“

³ BVerwG, Urteil vom 30.11.2011 – 6 C 20/10 –, BVerwGE 141, 223 ff. – „Schulgebet“; Urteil vom 11.09.2013 – 6 C 25/12 –, BVerwGE 147, 362 ff. – „Burkini“; Urteil vom 11.09.2013 – 6 C 12/12 –, NVwZ 2014, 237 ff. – „Krabat“. – Die gegen das „Burkini“-Urteil des BVerwG eingereichte Verfassungsbeschwerde ist mittlerweile von der 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen worden: Beschluss vom 08.11.2016 – 1 BvR 3237/13.

II.

Das tradierte Abwägungsmodell

Bevor ich mich den Thesen von *Frauke Brosius-Gersdorf* zuwende, dürfte es aber angezeigt sein, einige wenige Worte zu dem noch in Rechtsprechung – namentlich jener des BVerfG – und Lehre vorherrschenden Inbezugsetzungsmodell zu sagen, welches, wie gesagt, als Abwägungs- oder auch Konkordanzmodell charakterisiert wird.

Die Frage, welche Rolle die religiös-weltanschaulich imprägnierten Erziehungs- und Pflegewünsche der Eltern in der Schule – oder, neutraler: in Bezug auf die Schule – spielen sollten und welche Ingerenzrechte umgekehrt dem Staat in Gestalt der Schule in Bezug auf den Gesamterziehungsplan der Eltern namentlich unter religiös-weltanschaulichen Auspizien zukommen sollte, war ebenso ausdrücklich wie ausführlich Gegenstand der Verfassungsberatungen sowohl in der Weimarer Verfassungsgebenden Versammlung⁴ als auch im Parlamentarischen Rat.⁵ Man kann sogar noch offensiver formulieren: Sowohl 1919 als auch 1948/49 markierte die Doppelfrage von religiösem Elternrecht und staatlichem Schulmandat einen der die Gesamtstimmung dominierenden Streitpunkte in den Verfassungsberatungen. Es wäre ein Lohnendes, den Gang und das Ergebnis der Beratungen im Parlamentarischen Rat hier im Einzelnen nachzuzeichnen – und damit zu erklären, wie es zu den beiden involvierten Verfassungsbestimmungen von Art. 6 – insonderheit Absatz 2 – und Art. 7 – insonderheit Absatz 1 – gekommen ist.⁶ Doch das würde den gegebenen Rahmen deutlich sprengen und uns den Raum nehmen, die beiden aktuellen Alternativvorschläge angemessen zu würdigen. Ich überspringe also die entstehungsgeschichtliche Dimension und referiere im Telegrammstil den bis dato als herrschend geltenden Zugriff auf die Relationierung von religiösem Elternrecht und staatlichem Schulmandat.

Das Grundgesetz bestimmt den sachlich-gegenständlichen Bereich von elterlicher und schulischer Erziehung weder strikt alternativ noch überschneidungsfrei. Vielmehr erachtet es die „Bildung der einen Persönlichkeit des Kindes“ als die „gemeinsame Erziehungsaufgabe von Eltern und Schule“, die diese „in einem sinnvoll aufeinander bezogenen Zusammenwirken zu erfüllen“ haben.⁷ Die Wendung von der gemeinsamen Erziehungsaufgabe ist zunächst nur ein griffig-plakatives Kürzel für ein komple-

⁴ Dazu mit Nachw. *M. Jestaedt*, Schule und außerschulische Bildung, in: HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 156, Rn. 13–20, bes. 14 f.

⁵ Näher dargestellt bei *Jestaedt*, Schule (Anm. 5), § 156, Rn. 4–12.

⁶ Dazu Ansätze bei *Jestaedt*, in: W. Kahl/C. Waldhoff/C. Walter (Hg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 181. Aktualisierung Oktober 2016, Art. 6 Abs. 2 und 3 (Bearb.-Stand: 75. Aktualisierung Dezember 1995), Rn. 1 f., 3 f.

⁷ Wendungen BVerfGE 34, 165 (183) – „Hessische Förderstufe“; 47, 46 (74) – „Sexualkunde“; ähnlich BVerfGE 59, 360 (379) – „Schülerberater“.

xes normatives Ganzes, welches das Problem gegenläufiger Bildungs- und Erziehungsabsichten zwar formuliert, aber nicht wirklich löst.⁸ Verfassungsdogmatisch vollzieht sich im Kollisionsfall die Inbezugsetzung von Elternverantwortung auf der einen und Schulverantwortung auf der anderen Seite dergestalt, dass zur Herstellung praktischer Konkordanz das staatliche Bildungs- und Erziehungsmandat als verfassungsimmanente Grundrechtsschranke der Elternverantwortung behandelt wird. Abwägungsleitend können dabei insbesondere folgende Aspekte herangezogen werden:⁹ Der Staat hat in Ausübung seines sektoral, nämlich auf die Schule beschränkten Erziehungsmandates die Verantwortung der Eltern für den Gesamtplan der Kindeserziehung zu achten;¹⁰ er hat für die Vielfalt der Anschauungen in Erziehungsfragen so weit offen zu sein, wie es sich noch mit einem geordneten staatlichen Schulehalten verträgt;¹¹ die Grundanlage staatlichen Schulehaltens in organisatorischer, pädagogischer und didaktischer Hinsicht steht umgekehrt grundsätzlich nicht zur Disposition der Elternverantwortung;¹² das in der Abwägung zu berücksichtigende Gewicht von Eltern- und Schulverantwortung bestimmt sich wesentlich anhand der Intensität, mit welcher es in concreto beeinträchtigt wird; schließlich kann, im Sinne einer Argumentationslastregel, auch darauf abgestellt werden, ob es sich um eine Frage des familiären Binnenbereiches oder der Vermittlung von Religion oder Weltanschauung handelt oder aber um eine solche, bei der der Bildungsaspekt den Erziehungsaspekt deutlich überwiegt.

III.

Eine „Neujustierung“ von Schulbegriff und Schulmandat

1. Die Doppeltthese – und die Folgen für das Homeschooling

Eine – in ihren Konsequenzen weitreichende, um nicht zu sagen: radikale, jedenfalls weit über die Frage der Zulässigkeit von Homeschooling hinausreichende, wenn auch, wenn nicht alles täuscht: exakt auf sie zugeschnittene, ja von ihr inspirierte – „Neujustierung“¹³ des Verhältnisses von Elternmandat und Schulmandat hat auf der letztjährigen Kirchenrechtslehrertagung *Frauke Brosius-Gersdorf* vorgestellt. Im Kern sind es zwei

⁸ In diesem Sinne bereits *Jestaedt*, in: BK (Anm. 7), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 340 ff.

⁹ Dazu *Jestaedt*, in: BK (Anm. 7), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 344.

¹⁰ Vgl. richtungweisend BVerfGE 34, 165 (183) – „Hessische Förderstufe“; 47, 46 (75) – „Sexualkunde“.

¹¹ Vgl. BVerfGE 34, 165 (183) – „Hessische Förderstufe“.

¹² Vgl. BVerfGE 34, 165 (184) – „Hessische Förderstufe“; 45, 400 (415) – „Gymnasiale Oberstufe“; 96, 288 (303) – „Integrative Beschulung“.

¹³ *Brosius-Gersdorf*, *Religiös-weltanschauliches Elternrecht* (Anm. 2), S. 151 ff. Dazu, teils ergänzend, s. auch *dies.*, in: H. Dreier (Hg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7, Rn. 24–28, 31–40, 71–73.

ineinandergreifende Thesen, die die Verhältnisbestimmung grundstürzend gegenüber der bisherigen Konzeption verändern.

Zum einen wird ein dem unzweifelhaften schulischen Bildungsmandat gegenüber grundsätzlich gleichrangiges Erziehungsmandat der Schule entgegen der ganz herrschenden, von BVerfG, BVerwG und Oberverwaltungsgerichten gleichermaßen getragenen Meinung in Abrede gestellt; der dem Staat im Schulsektor zukommende Erziehungsauftrag sei strikt bildungsauftrags*akzessorisch* zu verstehen: „nur als Mittel zur Erfüllung der Bildungsaufgabe, etwa zur Vermittlung von Disziplin, Rücksichtnahme und Toleranz im Unterricht, oder begleitend zur schulischen Bildung“. ¹⁴ In aller Klarheit: „Ein eigenständiges Erziehungsmandat des Staates in der Schule, das unabhängig von Bildungsangeboten zum Tragen kommt, lässt sich aus Art. 7 Abs. 1 GG nicht ableiten.“ ¹⁵ Das bedeutet: Die staatliche Schule kann jenseits ihres eng verstandenen, da die Erziehung ja nicht mitumfassenden Bildungsauftrags erzieherische Belange von vornherein nicht gegen den grundrechtlich unteretzten elterlichen Willen verfolgen; einer Herstellung praktischer Konkordanz bedarf es insoweit nicht.

Zum anderen – und gewissermaßen in Konsequenz des auf Bildungsvermittlung reduzierten Schulmandats – wird der Begriff des „Schulwesens“ in Art. 7 Abs. 1 GG einer Bedeutungsverschiebung, die in eine fundamentale Bedeutungsausweitung mündet, unterzogen: An die Stelle des bisherigen institutionellen – *Frauke Brosius-Gersdorf* spricht von einem „organisatorisch-formalen“ ¹⁶ – Schulverständnis tritt ein „funktionaler“ Schulbegriff. ¹⁷ Das klingt dann so: „Im Lichte des schulischen Bildungsauftrags des Staates umfasst Schule jede Form der Vermittlung von Wissen und Fähigkeiten [...], die geeignet und erforderlich ist, um Kinder zu selbstbestimmten und verantwortungsbewussten, in die soziale Gemeinschaft integrierten Bürgern zu entwickeln und ihre Teilhabe an Ausbildung, Studium und Beruf sicherzustellen.“ ¹⁸ Auf eine Formel gebracht ist damit Schule überall dort, wo kindesadressierte Bildungsvermittlung stattfindet. Die Pointe dieser Deutung: „Schule“ setzt danach eine Kollektivunterrichtung in einer eigens dafür vorgesehenen, vom Lehrer- und Schüler-Wechsel grundsätzlich unabhängig funktionierenden pädagogischen Einrichtung gerade *nicht* voraus. ¹⁹ Schule kann in der Konsequenz dessen auch in der pädagogisch atomisierten Zweier-Beziehung einem Bildungsvermittler („Lehrer“) und einem Kind („Schüler“) gefunden werden.

¹⁴ *Brosius-Gersdorf*, Religiös-weltanschauliches Elternrecht (Anm. 2), S. 151.

¹⁵ *Brosius-Gersdorf*, Religiös-weltanschauliches Elternrecht (Anm. 2), S. 151.

¹⁶ *Brosius-Gersdorf*, Religiös-weltanschauliches Elternrecht (Anm. 2), S. 152, 154.

¹⁷ *Brosius-Gersdorf*, Religiös-weltanschauliches Elternrecht (Anm. 2), S. 153, 155.

¹⁸ *Brosius-Gersdorf*, Religiös-weltanschauliches Elternrecht (Anm. 2), S. 153.

¹⁹ Vgl. *Brosius-Gersdorf*, Religiös-weltanschauliches Elternrecht (Anm. 2), S. 153.

Die Konsequenzen der doppelten „Neujustierung von Art. 7 Abs. 1 GG“ für das Homeschooling liegen auf der Hand: Die landesrechtlich angeordnete, grundsätzlich jedes Kind (und dessen Erziehungsberechtigte) treffende Schulbesuchspflicht und das ihr korrelierende grundsätzlich flächendeckende Verbot des Homeschooling lassen sich nicht aufrechterhalten. Vielmehr muss der Staat, will er Homeschooling verbieten, im Einzelfall den Nachweis führen, dass Hausunterricht entweder schlechtere Bildungsergebnisse als herkömmlicher Schulunterricht oder aber Gefahren für die soziale Integration des Kindes zeitigt.²⁰

2. Exklusiver Bildungsbezug des staatlichen Schulmandats

Was nun bietet *Frauke Brosius-Gersdorf* zur Begründung ihrer Doppelthese an? Die Begründungslast für die reduktionistische, nämlich um den eigenständigen Erziehungsaspekt verkürzte Deutung des staatlichen Schulmandats tragen zwei Argumente: Zum einen „grammatikalisch-systematische Erwägungen“,²¹ zum anderen die Sorge, dass, erkannte man dem Staat auch ein eigenständiges schulisches Erziehungsmandat zu, das Erziehungsrecht der Eltern ausgehöhlt zu werden drohte.²² Beide Begründungsansätze können indes, wie ich meine, nicht überzeugen, tut man sich doch schwer damit, den Eindruck zu vermeiden, dass jeweils eine *petitio principii* mit im Spiel ist.

Dass die in Art. 7 GG vorkommenden Begriffe „Unterricht“, „Lehrkraft“, „Lehrer“, „Lehrziele“, „Lehrkräfte“ und „Unterrichtsverwaltung“ exklusiv bildungsbezogen seien,²³ dürfte nur jene überzeugen, die Schule als – wenigstens auf primärer Ebene – exklusiv bildungsbezogene Einrichtung sehen; damit ist der logische Zirkel freilich bereits geschlossen. Überdies spricht Art. 7 GG auch vom „pädagogischen Interesse“ – soll dieses auch um den eigenständigen erzieherischen Gehalt gekürzt werden? Kurzum: Ohne eine auch und gerade die historische Dimension berücksichtigende Kontextualisierung des Normtextes lässt sich eine solche starke These zur Semantik nicht plausibilisieren. – Auch der zweite Erwägungsgrund erweist sich als nicht belastbarer, ist er doch, bei Lichte besehen, ebenfalls nichts weiter als eine Behauptung: Denn wie weit der Staat im

²⁰ *Brosius-Gersdorf*, Religiös-weltanschauliches Elternrecht (Anm. 2), S. 155–160.

²¹ *Brosius-Gersdorf*, Religiös-weltanschauliches Elternrecht (Anm. 2), S. 151.

²² Vgl. *Brosius-Gersdorf*, Religiös-weltanschauliches Elternrecht (Anm. 2), S. 151 f. – Die Rechtslage dürfte demgegenüber eher das OLG Nürnberg treffen, wenn es feststellt: „Nach herrschender Rechtsprechung stellt die beharrliche Weigerung der Eltern, ein Kind trotz bestehender Schulpflicht zur Schule gehen zu lassen, einen Missbrauch elterlicher Sorge dar, der regelmäßig die Entziehung der elterlichen Sorge in Teilbereichen nach §§ 1666, 1666 a BGB rechtfertigt (BGH FamRZ 2008, 45 ff.; BayObLGZ 1983, 232 ff.)“ (OLG Nürnberg, Urteil vom 15.09.2015, – 9 UF 542/15 –, juris-Rn. 13).

²³ *Brosius-Gersdorf*, Religiös-weltanschauliches Elternrecht (Anm. 2), S. 151.

Bereich der Schule dem grundrechtsbewehrten Erziehungsrecht der Eltern ein eigenes Erziehungsmandat entgegensetzen kann, kann ja gerade nicht einseitig aus der Reichweite des Elternrechts abgeleitet werden, sondern, wenn und soweit das staatliche Erziehungsmandat in der Schule reicht, erst aus deren Inbezugsetzung. Darüber hinaus stärken die zur Illustrierung angeführten Beispiele nicht die These, sondern schwächen sie, operieren sie doch mit unzutreffenden Zuschreibungen: So könnte der Staat durchaus nicht flächendeckend eine „im frühkindlichen Bereich“ ansetzende obligatorische Kollektiverziehung „unabhängig von Bildungsangeboten“ anordnen;²⁴ weder das Schulmandat noch das Wächteramt in herkömmlicher Lesart tragen eine derart exzessive Vorverlagerung von Schule.²⁵ Und auch – zweites Beispiel – eine „Verpflichtung zur Inanspruchnahme kollektiver Freizeitaktivitäten“ wäre keineswegs ohne weiteres (wenn überhaupt) bei Zugrundelegung des herrschenden Verständnisses des staatlichen Schulmandats legitimiert.²⁶

Dass die vorgebrachten Gründe nicht tragen, ist das eine; erschwerend tritt hinzu, dass die reduktionistische Interpretation des staatlichen Schulmandats gemäß Art. 7 Abs. 1 GG auf ganz grundsätzliche Bedenken trifft, deren drei wichtigste ich hier wenigstens kurz nennen möchte: Das erste Bedenken formuliert *Frauke Brosius-Gersdorf* – wohl unbewusst – selbst, wenn sie die Funktion des Schulwesens bestimmt, nämlich – neben der Sicherstellung der „Teilhabe an Ausbildung, Studium und Beruf“²⁷ – die Entwicklung von „Kinder[n] zu selbstbestimmten und verantwortungsbewussten, in die soziale Gemeinschaft integrierten Bürgern“.²⁸ Was aber ist die planmäßige Steuerung und Begleitung dieser Entwicklung von „Kinder[n] zu selbstbestimmten und verantwortungsbewussten, in die soziale Gemeinschaft integrierten Bürgern“ anderes als das, was herkömmlich unter Erziehung verstanden wird?²⁹ Mit dem – für sich betrachtet einseitig intellektualistischen – Konzept von Bildung und Bildungsvermittlung allein, welches die Pädagogik um das pädagogische Proprium erleichtert, wird man hier nicht weit kommen.

Das zweite Bedenken: Die von *Frauke Brosius-Gersdorf* vorgeschlagene Deutung des staatlichen Schulmandats ist irritierend ahistorisch, man mag

²⁴ So aber *Brosius-Gersdorf*, Religiös-weltanschauliches Elternrecht (Anm. 2), S. 151f.

²⁵ Zu diesbezüglichen Vorverlagerungsstrategien *Jestaedt*, Schule (Anm. 5), § 156, Rn. 89, 100, 104.

²⁶ So jedoch *Brosius-Gersdorf*, Religiös-weltanschauliches Elternrecht (Anm. 2), S. 152.

²⁷ *Brosius-Gersdorf*, Religiös-weltanschauliches Elternrecht (Anm. 2), S. 53.

²⁸ *Brosius-Gersdorf*, Religiös-weltanschauliches Elternrecht (Anm. 2), S. 153.

²⁹ Vgl. stellvertretend *W. Höfling*, Elternrecht, in: HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 155, Rn. 17f.; *M. Burgi*, Elterliches Erziehungsrecht, in: HGR IV, 2011, § 109, Rn. 23 ff., bes. 26.

auch formulieren: geschichtsvergessen. Wird der Staat in der Schule auf ein quasi reines, nur mit wenigen bildungsvermittlungsmöglichkeiten Erziehungseinsprengseln angereichertes Bildungsmandat reduziert, sind nämlich die bereits kurz erwähnten Streitigkeiten bei den Beratungen sowohl der Weimarer Reichsverfassung von 1919 als auch des Bonner Grundgesetzes von 1949³⁰ nicht mehr verständlich – das ist ein umso kurioseres Ergebnis, als die Bestimmungen von Art. 6 Abs. 2 (und 3) einer- und Art. 7 GG andererseits just Ausdruck und Folge der Kompromissfindung in den Verfassungsberatungen im Parlamentarischen Rat sind.³¹

Das dritte Bedenken reflektiert das besondere bundesstaatliche Kolorit der schulbezogenen Verfassungsbestimmungen: Denn die von *Frauke Brosius-Gersdorf* vorgeschlagene Gleichsetzung von Schulmandat mit Bildungsmandat würde weite Passagen der geltenden (Landes-)Schulgesetze und der geltenden landesverfassungsrechtlichen Schulbestimmungen, allen voran die in 12 von 16 Landesverfassungen enthaltenen Erziehungsziele,³² unverständlich, im schlimmsten Falle bundesverfassungswidrig werden lassen – von der Schulpraxis ganz zu schweigen. Dabei ist unter dem Grundgesetz die Weimarer Verteilung der Schulregelungsmacht auf Verfassungsebene absichtsvoll umgekehrt worden: Während die WRV einen eigenen, sieben Artikel umfassenden Abschnitt zu „Bildung und Schule“ (Art. 143–149) vorsah und die Weimarer Landesverfassungen sich überwiegend eigener Regelungen enthielten, kam Art. 7 GG nur als ein das Elternrecht in Art. 6 Abs. 2 GG abfedernder und relativierender Kompromissartikel ins Grundgesetz; demgegenüber enthalten sämtliche Landesverfassungen unter dem Grundgesetz bis auf jene Hamburgs mehr oder minder ausgreifende Schulbestimmungen, die unter anderem auch Erziehungsziele regeln.³³ Mit anderen Worten: Die einseitig bildungsfixierte Deutung des grundgesetzlichen Schulmandats muss, um überzeugen zu können, Antwort geben können auf die Gretchen-Frage, wie sie's mit der bundesstaatlichen Aufteilung des Schulverfassungsrechts auf Bund – Ausnahme – und Länder – Regel –

³⁰ Dazu vorstehend bei und in Anm. 5 und 6.

³¹ Vgl. *Jestaedt*, Schule (Anm. 5), § 156, Rn. 4 ff., bes. 6 und 12.

³² Vgl. Art. 12 Abs. 1 Verf. Baden-Württemberg; Art. 131 Verf. Bayern; Art. 28 Verf. Brandenburg; Art. 26 Verf. Bremen; Art. 56 Abs. 4 Verf. Hessen; Art. 15 Abs. 4 Verf. Mecklenburg-Vorpommern; Art. 7 Verf. Nordrhein-Westfalen; Art. 33 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 26 Abs. 1 S. 1, Art. 30 Verf. Saarland; Art. 101 Abs. 1 Verf. Sachsen; Art. 27 Abs. 1 Verf. Sachsen-Anhalt; Art. 22 Abs. 1 Verf. Thüringen.

³³ Vgl. Art. 11–19 Verf. Baden-Württemberg; Art. 128–137 Verf. Bayern; Art. 20–21 Verf. Berlin; Art. 28–30 Verf. Brandenburg; Art. 26–33 Verf. Bremen; Art. 56–59, 61 Verf. Hessen; Art. 8, 15, 16 Verf. Mecklenburg-Vorpommern; Art. 4 Verf. Niedersachsen; Art. 6–15, 89 Verf. Nordrhein-Westfalen; Art. 27–31, 33–36 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 26–30 Verf. Saarland; Art. 29, 101–106 Verf. Sachsen; Art. 25–29 Verf. Sachsen-Anhalt; Art. 12 Verf. Schleswig-Holstein; Art. 20–26 Verf. Thüringen. Zu den Regelungsfeldern und -themen des Landesverfassungsrechts in Sachen Schule *Jestaedt*, Schule (Anm. 5), § 156, Rn. 30 ff.

hält.³⁴ Die landesverfassungsrechtlichen Regeln schlicht auszublenden, ist jedenfalls keine Antwort.

3. Funktionsbasierte Weitung des Schulbegriffs

Damit komme ich zum zweiten Baustein, dem von *Frauke Brosius-Gersdorf* propagierten „funktionalen“ Schulbegriff. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Ihm kann ich als Deutungsangebot, welches den Anspruch erhebt, mit Art. 7 Abs. 1 GG geltendes Verfassungsrecht auszulegen, nicht mehr abgewinnen als dem auf Bildungsvermittlung reduzierten Schulmandat. Auch hier wollen wir zweischrittig vorgehen: Zunächst wird nach den zur Begründung angeführten Erwägungen gefragt, um sodann weitere, für oder gegen die funktionalistische Deutung sprechende Gründe zu eruieren.

Schon beim ersten Schritt freilich steht der Leser vor einem Dilemma: Denn der angebotene Beleg für die funktionalistische Ausweitungsthese besteht in dem – für sich nicht zu bestreitenden – Hinweis, dass die Vermittlung von Bildung auch ohne „organisatorisch-formale Elemente wie einen Unterricht ‚an fester Stätte‘, ‚in überlieferten Formen‘ oder eine Kollektivbeschulung“³⁵ möglich sei. Darum – um die bloße Denkmöglichkeit – geht es aber gar nicht; möglich und vorstellbar ist vieles. *Frauke Brosius-Gersdorf* muss für ihre These jedoch, will sie damit geltendes Verfassungsrecht abbilden, den Positivierungsnachweis erbringen, dass nämlich im Kontext des Grundgesetzes nicht das traditionelle,³⁶ sondern das von ihr propagierte neue Verständnis das in die Kontingenz positiven Verfassungsrechts überführte ist. Dazu findet sich aber kein Wort; der Einwand der Ahistorizität kann folglich auch dieser These nicht erspart werden. Mutatis mutandis gilt hier das zuvor Gesagte:³⁷ Wer das institutionelle Element aus dem grundgesetzlichen Schulbegriff herauslöst, macht das (sowohl 1919 als auch) 1948/49 ausgetragene Ringen um den Einfluss der Eltern in der Schule ex post interpretatione unverständlich und zertrennt den eigentümlichen Sinnzusammenhang von Elternrecht und Schulmandat. Schließlich muss eine funktionalistische Interpretation des Schulbegriffs in Art. 7 Abs. 1 erklären, wie dazu die doch offensichtlich institutionell gebundenen Schulbegriffe in Art. 7 Abs. 2–5 GG passen.³⁸ – Und auch hier darf der Verweis

³⁴ Zur spezifischen Landesprägung des Schulverfassungsrechts als eines der besonderen Kennzeichen des bundesdeutschen Verfassungsrechtssystems: *Jestaedt*, Schule (Anm. 5), § 156, Rn. 21 ff., bes. 23 f.

³⁵ So *Brosius-Gersdorf*, Religiös-weltanschauliches Elternrecht (Anm. 2), S. 153.

³⁶ Dazu stellvertretend *Jestaedt*, Schule (Anm. 5), § 156, Rn. 36 f.

³⁷ Vgl. oben 2. bei Anm. 31 und 32.

³⁸ Mustergültig namentlich die Begründung des OVG Bremen, Urteil vom 03.02.2009, – 1 A 21/07 –, juris-Rn. 36 f. (Hervorhebungen im Original): „Der Auffassung der Kläger, Schulpflicht im Sinne des Art. 30 Abs. 1 BremLV könne auch so verstanden werden, dass ihr ohne den Besuch einer Schule durch häuslichen Unterricht genügt

auf die Ebene des Landesverfassungsrechts – und, dazu vorgängig, auf die bereits angesprochene Verteilung der Schulregelungsmacht auf Bundes- und Landesverfassung – nicht fehlen: Denn mit Ausnahme der Hamburgischen Verfassung, die als reines Organisationsstatut (auch) von schulrechtlichen Festlegungen absieht, sowie der Landesverfassungen von Berlin, Rheinland-Pfalz und dem Saarland statuieren alle (übrigen zwölf) Landesverfassungen eine Schul(besuchs)pflcht,³⁹ die, wie ihre Vorgängervorschrift in Art. 145 WRV,⁴⁰ nicht nur als ein Indiz unter mehreren für ein institutionelles Schulverständnis fungiert, sondern zugleich ein grundsätzliches Verbot des Homeschooling statuiert. In Anbetracht dessen das – im Gegensatz zur WRV – Fehlen der Schulpflicht im Grundgesetz als Argument gegen das herkömmliche, institutionelle Schulverständnis zu wenden, ist, gelinde gesagt, eine um die bundesstaatliche Perspektive verkürzte Grundgesetz-

werden könne, steht schon die verwandte Begrifflichkeit entgegen. Danach kann von ‚Schulpflicht‘ nicht die Rede sein, wenn sie nicht den Besuch einer Schule verlangt, sondern auch zu Hause im Familienkreis erfüllt werden kann (vgl. ähnlich für das dortige Landesrecht: VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 18.06.2002 – 9 S 2441/01 – NVwZ-RR 2003, 561 [562]). Gegen die Auffassung der Kläger spricht vor allem aber die historische Entwicklung: Art. 30 Abs. 1 BremLV ist textidentisch mit Art. 145 Satz 1 der Verfassung des Deutschen Reiches (Weimarer Reichsverfassung – WRV) vom 11.08.1919 und knüpft ersichtlich an diese Bestimmung an, mit der die Schulpflicht erstmals verfassungsrechtlichen Rang erhielt. Soweit vorausgegangene Verfassungen überhaupt Rechte und Pflichten in Bezug auf das Bildungswesen enthielten, sahen sie lediglich eine Unterrichtspflicht vor. So bestimmten § 155 Abs. 2 der Verfassung des deutschen Reiches (‚Paulskirchen-Verfassung‘) vom 28.03.1849, dass Eltern ihre Kinder ‚nicht ohne den Unterricht lassen (dürften), welcher für die unteren Volksschulen vorgeschrieben‘ war. Art. 21 der revidierten Verfassung für den Preußischen Staat vom 31.01.1850 enthielt eine gleich lautende Regelung. Von dieser bloßen Unterrichtspflicht setzte sich die Weimarer Reichsverfassung durch die Einführung einer Schulbesuchspflicht ab. Damit war eine ‚wesentliche Neuerung‘ gewollt ([G.] *Anschütz*, ‚Die Verfassung des Deutschen Reichs, [14. Aufl.] 1933, S. 674), die durch die weiteren Vorschriften über ‚eine für alle gemeinsame Grundschule‘ (Art. 146 Abs. 1 Satz 2 WRV) als ‚Einheitsschule im sozialen Sinne‘ (*Anschütz*, a.a.O., S. 679 f.) und die Aufhebung privater Vorschulen (Art. 147 Abs. 3 WRV) ergänzt wurde. Ziel dieser Regelungen war, die Kinder sämtlicher Klassen und Schichten zu einem gemeinsamen Unterricht zusammenzuführen, um die verschiedenen sozialen Bevölkerungsgruppen unter eine gemeinsame Bildungsidee zu bringen und gleiche Bildungschancen für alle Kinder herzustellen. Eine Abwendung von diesen Regelungen, die zu Recht zu den ‚Grundlagen der Demokratie‘ gezählt worden sind (VGH Baden-Württemberg, a.a.O., S. 563), stand beim Erlass der Landesverfassungen nach 1945 nicht zur Diskussion.“

³⁹ Im Einzelnen handelt es sich um: Art. 14 Abs. 1 Verf. Baden-Württemberg; Art. 129 Abs. 1 Verf. Bayern; Art. 30 Abs. 1 Verf. Brandenburg; Art. 30 Abs. 1 Verf. Bremen; Art. 56 Abs. 1 Satz 1 Verf. Hessen; Art. 15 Abs. 1 Satz 2 Verf. Mecklenburg-Vorpommern; Art. 4 Abs. 2 Satz 1 Verf. Niedersachsen; Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Verf. Nordrhein-Westfalen; Art. 102 Abs. 1 Satz 2 Verf. Sachsen; Art. 25 Abs. 2 Verf. Sachsen-Anhalt; Art. 12 Abs. 1 Verf. Schleswig-Holstein; Art. 23 Abs. 1 Verf. Thüringen. Sämtliche Länder sehen auf Gesetzesebene, d.h. in ihren Schulgesetzen, Schul(besuchs)pflchten vor.

⁴⁰ Art. 145 Sätze 1 und 2 WRV: „Es besteht allgemeine Schulpflicht. Ihrer Erfüllung dient grundsätzlich die Volksschule mit mindestens acht Schuljahren und die anschließende Fortbildungsschule bis zum vollendeten achtzehnten Lebensjahre.“

Deutung.⁴¹ – Bei diesen wenigen Bemerkungen muss ich es sein Bewenden haben lassen.

4. Zwischenergebnis

Als erstes Teilergebnis unserer Untersuchungen zur Tragfähigkeit der zwei jüngst in den Diskurs eingeführten Alternativkonzepte zum vorherrschenden Konkordanzmodell können wir festhalten: Die von *Frauke Brosius-Gersdorf* propagierte „Neujustierung“ des Verhältnisses von religiös-weltanschaulichem Elternrecht und staatlichem Schulmandat zueinander kann nicht überzeugen, und zwar sowohl hinsichtlich der reduktionistischen These eines auf Bildung beschränkten Schulmandats des Staates als auch hinsichtlich der expansionistischen These, dass Schule überall dort sei, wo Kindesbildung stattfindet. Dass beide Thesen passgenau zur Rechtfertigung des Homeschooling – und damit zur Realisierung eines offenbar gesellschaftspolitisch angestrebten Zustandes – beitragen, erübrigt nicht deren lege artis erfolgende Begründung. Lassen Sie’s mich polemisch wenden: Vielleicht hat ja das Unterbewusstsein *Frauke Brosius-Gersdorf* die Feder geführt, als sie als Untertitel ihrer Ausführung wählte: „eine *Vermessung* am Beispiel von Homeschooling“.⁴² Denn in der Tat scheint mir sowohl das Schulmandat des Staates als auch der Schulbegriff des Art. 7 GG nicht richtig gemessen, in diesem Sinne: *ver*-messen worden zu sein.

IV.

Ein neutralitätsbasiertes Abschichtungsmodell

Wenden wir uns damit dem zweiten Alternativmodell zu, welches einerseits zwar ein alter Bekannter ist,⁴³ andererseits aber doch in neuer Gestalt daherkommt. Es handelt sich um das sog. Abschichtungsmodell, welches

⁴¹ Dies bestätigt auch die Rechtsprechung zu den entsprechenden Schul(besuchs)pflicht-Vorschriften auf Landesebene; ein sprechendes Beispiel aus der neueren Judikatur bietet die Entscheidung des OVG Münster vom 19. Januar 2015: „Das SchulG NRW ermöglicht es demnach nicht, dem Wunsch von Eltern zu entsprechen, ihr Kind ausschließlich zu Hause selbst zu unterrichten, zu erziehen und zu bilden und dafür gegebenenfalls die Unterstützung einer privaten Fernschulorganisation in Anspruch zu nehmen (Homeschooling). *Ein solcher häuslicher Privatunterricht ist kein Unterricht durch den Besuch einer Schule*, durch den allein ein Schulpflichtiger nach § 34 Abs. 2 Satz 2 SchulG NRW seine Schulpflicht erfüllen kann.“ (OVG Münster, Beschluss vom 19. Januar 2015 – 19 A 2031/13 –, juris-Rn. 7 – Hervorhebung nicht im Original). Dort findet sich auch die – nicht nur für das nordrhein-westfälische – Landesrecht maßgebliche Definition von Schulen als „Bildungsstätten, die unabhängig vom Wechsel der Lehrkräfte sowie der Schülerinnen und Schüler nach Lehrplänen Unterricht in mehreren Fächern erteilen“ (a. a. O., juris-Rn. 4).

⁴² *Brosius-Gersdorf*, Religiös-weltanschauliches Elternrecht (Anm. 2), S. 141.

⁴³ Das Modell einer „Bereichsabgrenzung“, welches „Art. 7 I als *lex specialis* zu Art. 6 II 1“ interpretiere, aber „keinen Rückfall in das strenge Separationsmodell der

seit den Judikaten des BVerwG in Sachen „Burkini“ und „Krabat“ aus dem Jahre 2013 neuen Auftrieb erhalten hat; in der Leipziger Rechtsprechung wird gar der bedeutsamste Fürsprecher für eine Ersetzung des Kollisionslösungsmusters „Herstellung praktischer Konkordanz“⁴⁴ durch „abwägungsfreie Abschichtung“ erblickt.⁴⁵

1. Die neuere Judikatur des BVerwG als Katalysator

Lassen Sie uns daher einen – notgedrungen sehr knappen – Blick auf die einschlägigen Passagen der beiden insoweit darstellungs- und sogar wortidentischen Urteile des 6. Senats in Sachen „Burkini“ und „Krabat“ werfen.

Obzwar das BVerwG auch in den beiden Urteilen vom 11.09.2013 – der ständigen Rechtsprechung des BVerfG folgend⁴⁶ – elterliches Erziehungsrecht in religiöses und staatliches Bestimmungsrecht im Schulwesen als gleichrangig, durch Herstellung praktischer Konkordanz in concreto in Ausgleich zu bringende Verfassungspositionen betrachtet und behandelt,⁴⁷ erregt es doch besondere Aufmerksamkeit dadurch, dass es, „wechselseitige Relativierungen beider Verfassungspositionen“ bereits „auf abstrakt-genereller Ebene“ für geboten erachtet.⁴⁸ Die „allgemeine Maßgabe“, die der 6. Senat daraus ableitet, lautet, „dass elterliche Anschauungen über die Beachtlichkeit bestimmter religiöser Verhaltensgebote für ihre Kinder von Seiten der Schule zwar nicht als prinzipiell unbeachtlich behandelt werden dürfen, die Eltern wegen solcher Anschauungen eine Unterrichtsbefreiung ihres Kindes aber nur in Ausnahmefällen beanspruchen können“.⁴⁹ Aus

Weimarer Zeit“ bedeute, bei A. *Schmitt-Kammler*, in: M. Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 7, Rn. 35–37 (zitierte Wendungen: Rn. 36 und 37). Auch *Schmitt-Kammler* kritisiert das „Kooperations-“ oder „Konkordanzmodell“ deswegen, weil es „im Ergebnis keine klaren Entscheidungsanhaltspunkte [liefere], vielmehr in diffuse Abwägungs- und ‚Konkordanz‘-Prozeduren [münde] und die Beteiligten mit wohlklingenden, aber wenig operationablen Anforderungen [...] [zurücklasse]“ (a. a. O., Rn. 35). Wortidentische Fortschreibung in Folgeauflagen: *Schmitt-Kammler/M. Thiel*, in: Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 7, Rn. 35–37; *Thiel*, in: Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 7, Rn. 35–37. Weitere Nachweise zu älteren Stimmen zugunsten einer Separationsthese: S. *Krampen-Lietzke*, Der Dispens vom Schulunterricht aus religiösen Gründen, 2013, S. 110 f.

⁴⁴ Grundlegend K. *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 72.

⁴⁵ S. *Huster*, Endlich: Abschichtung statt Abwägung. Neues zum Verhältnis von schulischem Erziehungsauftrag und elterlichem Erziehungsrecht, DÖV 2014, S. 860 ff.

⁴⁶ Siehe BVerfGE 34, 165 (182) – „Hessische Förderstufe“; 41, 29 (50 f.) – „Christliche Gemeinschaftsschule“; 47, 46 (74) – „Sexualkunde“; 52, 223 (236) – „Schulgebet“; 59, 360 (379) – „Schülerberater“; 93, 1 (21) – „Kruzifix“.

⁴⁷ Vgl. BVerwGE 147, 362, Rn. 10 ff. – „Burkini“; BVerwG, NVwZ 2014, 237, Rn. 18 ff. – „Krabat“.

⁴⁸ BVerwGE 147, 362, Rn. 12 – „Burkini“; BVerwG, NVwZ 2014, 237, Rn. 20 – „Krabat“.

⁴⁹ BVerwGE 147, 362, Rn. 12 – „Burkini“; BVerwG, NVwZ 2014, 237, Rn. 20 – „Krabat“.

der detaillierten Argumentation greife ich zwei zentrale Begründungssätze heraus. Zum einen: „Die verfassungsrechtlich anerkannte Bildungs- und Integrationsfunktion der Schule würde nur unvollkommen Wirksamkeit erlangen, müsste der Staat die Schul- und Unterrichtsgestaltung auf den kleinsten gemeinsamen Nenner der Vorstellungen der Beteiligten ausrichten“.⁵⁰ Und zum anderen: „Ist die staatliche Pflicht zur Rücksichtnahme auf religiöse Belange aus Gründen der Praktikabilität und insbesondere auch aufgrund der Integrationsfunktion der Schule im Prinzip begrenzt, so folgt hieraus für alle Eltern, dass sie in einem bestimmten Umfang Beeinträchtigungen religiöser Erziehungsvorstellungen als typische, von der Verfassung von vornherein einberechnete Begleiterscheinung des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags und der seiner Umsetzung dienenden Schulpflicht hinzunehmen haben, d.h. nicht über das Recht verfügen, ihnen beliebig auszuweichen.“⁵¹

2. „Endlich: Abschichtung statt Abwägung“

Unter dem Titel „Endlich: Abschichtung statt Abwägung“ hat *Stefan Huster* 2014 das eindringlichste Plädoyer wider das noch herrschende Konkordanz- und für das Abschichtungsmodell gehalten.⁵² Ausgehend von einem eigenständigen Erziehungsauftrag der öffentlichen Schule – bereits insoweit in klarem Kontrast zu dem soeben erörterten Vorschlag von *Frauке Brosius-Gersdorf*⁵³ – sieht er den Schlüssel zur Inbezugsetzung von schulischem und elterlichem Erziehungsmandat, genauer: zur Bestimmung der Reichweite legitimer schulischer Erziehung, im Verfassungsprinzip der (Begründungs-)Neutralität.⁵⁴ Gerechtfertigt sei schulische Erziehung nämlich nur, soweit sie sich auf neutrale, also nicht eine bestimmte religiös-weltanschauliche Position zur verbindlichen Grundlage erhebende Weise rechtfertigen lasse. In diesem Rahmen gelte aber: „Soweit sich die staatliche Schule innerhalb ihres [ich ergänze: neutral begründeten, nicht notwendigerweise neutral wirkenden; MJ] Auftrags hält, ist das Elternrecht nicht berührt; es liegt – in der Terminologie der Grundrechtsdogmatik – kein Eingriff in das Elternrecht vor.“⁵⁵ Damit meint *Stefan Huster* zu einer eindeutigen und sinnvollen Abschichtung der Erziehungsbefugnisse zwischen

⁵⁰ BVerwGE 147, 362, Rn. 13 – „Burkini“; BVerwG, NVwZ 2014, 237, Rn. 21 – „Krabat“.

⁵¹ BVerwGE 147, 362, Rn. 17 – „Burkini“; BVerwG, NVwZ 2014, 237, Rn. 25 – „Krabat“.

⁵² *Huster*, Abschichtung (Anm. 46), S. 860–866.

⁵³ Vorstehend II.2.

⁵⁴ *Huster*, Abschichtung (Anm. 46), S. 863 u. ö.

⁵⁵ *Huster*, Abschichtung (Anm. 46), S. 863.

Eltern einer- und öffentlicher Schule andererseits zu gelangen.⁵⁶ Das Elternrecht wird damit zwar nicht vollständig aus der Schule verdrängt; es wird jedoch nur noch auf zwei Wegen relevant: zum einen, soweit die Schule bei Zustimmung sämtlicher Eltern „über ihren neutral begründbaren Erziehungsauftrag hinausgehen will“,⁵⁷ und zum anderen, um mithilfe von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG die Einhaltung des Neutralitätsprinzips einzufordern.⁵⁸ Als grundrechtliches Ventil für „unzumutbare Identitätsbeeinträchtigungen im Einzelfall“ stehe die Gewissensfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1 GG bereit.⁵⁹

Dem BVerwG attestiert *Stefan Huster*, einem „Selbstmissverständnis“ aufgefressen zu sein,⁶⁰ sozusagen Scheu vor der eigenen Courage gehabt zu haben. Denn in der Sache – wenn auch nicht in der Terminologie – vertrete dieses „nun ersichtlich ein Abschichtungsmodell auf der Grundlage des Prinzips der Begründungsneutralität“⁶¹ – also die *Hustersche* Konzeption. Das mag zunächst auf sich beruhen und uns später beschäftigen.⁶² Zuvor gilt es, die Begründung zu inspizieren, die *Stefan Huster* für seine Abschichtungsthese vorträgt.

3. Begründung aus den Schwächen des Abwägungsmodells

Im Wesentlichen sind es zwei Schwächen, die *Stefan Huster* dem Abwägungs- oder Konkordanzmodell zur Last legt und von denen er meint, dass sie das Abschichtungsmodell vermeide. Erstens bringe der Gleichordnungsgedanke „unweigerlich Koordinierungs- und Abwägungsgebote mit sich [...], die weder der Schule noch den Eltern mit hinreichender Deutlichkeit Maßstäbe an die Hand geben“.⁶³ Neben dem Mangel an Maßstabklarheit führe das Abwägungsmodell, zweitens, „zu einer Bestimmung des Verhältnisses der konkurrierenden Erziehungsbefugnisse, die schwerlich überzeugen kann“.⁶⁴ Dafür verantwortlich macht er den „der sachlichen Problematik“ unangemessenen „dogmatischen Grundansatz“, dass nämlich „die elterlichen Erziehungsvorstellungen [sc. in der Schule; MJ] grundsätzlich immer in Rechnung zu stellen seien“.⁶⁵ Denn dies vertrage sich „nur schwer

⁵⁶ Vgl. *Huster*, Abschichtung (Anm. 46), S. 863–866. Auf dessen Linie auch *F. Hanschmann*, Grundlagen, Reichweite und Grenzen des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrages. Ganztagschule, Bildungsstandards und selbständige Schule als Herausforderungen für das Verfassungs- und Schulrecht, i.E. (2017), unter Zweiter Teil, III.4., bes. c)–e).

⁵⁷ *Huster*, Abschichtung (Anm. 46), S. 863.

⁵⁸ Vgl. *Huster*, Abschichtung (Anm. 46), S. 863 f.

⁵⁹ *Huster*, Abschichtung (Anm. 46), S. 865.

⁶⁰ *Huster*, Abschichtung (Anm. 46), S. 865.

⁶¹ *Huster*, Abschichtung (Anm. 46), S. 865.

⁶² Dazu nachfolgend III.5.

⁶³ *Huster*, Abschichtung (Anm. 46), S. 862.

⁶⁴ *Huster*, Abschichtung (Anm. 46), S. 862.

⁶⁵ *Huster*, Abschichtung (Anm. 46), S. 862.

mit der weithin geteilten Ansicht, dass in der öffentlichen Schule bestimmte Inhalte [...] ganz unabhängig davon vermittelt werden dürfen, ob sie mit den Vorstellungen der betroffenen Eltern übereinstimmen.“⁶⁶ Dass dabei dann keine Abwägung (sondern – ergänze – eine Abschichtung) stattfindet, sei „schon daran ersichtlich, dass dieses Ergebnis unabhängig davon ist, wie viele Eltern diesen Einwand erheben“ und wie stark die öffentliche Schule insoweit die elterlichen Erziehungsvorstellungen unterlaufe.⁶⁷ Das Elternrecht sei „zu weit und der staatliche Erziehungsauftrag entsprechend zu eng gefasst“, „wenn alle Erziehungsziele der öffentlichen Schule unter den Vorbehalt gestellt werden, dass sie mit den jeweiligen Erziehungsvorstellungen der Eltern übereinstimmen“.⁶⁸

Zunächst einmal will ich meine Sympathie für das Abschichtungsmodell, welches für eine Tatbestands- oder Schutzbereichslösung plädiert – der Schutzbereich des Elternrechts ist gar nicht erst eröffnet, sodass sich mangels Grundrechtseingriff eine Eingriffsrechtfertigung erübrigt –, nicht verhehlen. Denn es verspricht mit seiner Alles-oder-Nichts-Logik Einfachheit und Klarheit, Transparenz und Orientierungssicherheit, indes das Abwägungs- oder Konkordanzmodell als eine Schranken- oder auch Rechtfertigungs-Lösung den einzelfallfokussierten Abwägungs- und Relationierungs-, Bewertungs- und Relativierungsprozeduren nicht entkommen kann. Doch leider trägt der Schein und wird das Versprechen nicht eingelöst. In einer Kurzversion ließe sich auf die dem Abwägungsmodell zur Last gelegten Schwächen wie folgt replizieren: Die erste Schwäche, nämlich den Mangel an klaren und einfach zu handhabenden Maßstäben, vermag auch das Abschichtungsmodell nicht zu eliminieren – es sei denn, dass man ihm eine radikale, viel weitergehende Probleme auslösende Lesart gäbe. Und die zweite Schwäche beruht m.E. auf einem Missverständnis des Abwägungsmodells oder, noch weitergehend, auf einem Missverständnis der generellen Wirkweise von Individualgrundrechten; ihre – in des Wortes doppeltem Sinne – Neutralisierung würde aus einem Scheinproblem ein echtes machen.

4. Grundrechtsdogmatische Fragen an das Abschichtungsmodell

In einer – im hier gegebenen Rahmen möglichen – Langversion würde ich sechs Fragezeichen hinter das von *Stefan Huster* propagierte neutralitätsbasierte oder -zentrierte Abschichtungsmodell setzen:

(1) Erstens ist die für *Stefan Husters* Konzeption zentrale Vorstellung, dass, soweit nur der Staat sich im Rahmen seines Schulmandats begrün-

⁶⁶ *Huster*, Abschichtung (Anm. 46), S. 862.

⁶⁷ *Huster*, Abschichtung (Anm. 46), S. 862.

⁶⁸ *Huster*, Abschichtung (Anm. 46), S. 862.

dungsneutral verhalte, ein Grundrechtseingriff ausscheide, grundrechtsdogmatisch ein Solitär. Zwar kennt die Grundrechtsdogmatik in einzelnen Konstellationen durchaus einen schutzbereichsrelevanten Vorbehalt: Als solche sind insbesondere der Friedlichkeitsvorbehalt in Art. 8 Abs. 1 GG („friedlich und ohne Waffen“) und der Kindeswohlvorbehalt in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG zu nennen. Unfriedliche „Versammlungen“ genießen nicht den Schutz der Versammlungsfreiheit;⁶⁹ und kindeswohlgefährdend oder -verletzend handelnde Eltern bewegen sich außerhalb des Schutzbereichs von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG.⁷⁰ Doch um eine solche Konstellation geht es hier nicht, denn der Vorbehalt gilt nicht der Art und Weise des Verhaltens des Grundrechtsträgers, sondern, genau umgekehrt, einer vom Verhalten des Grundrechtsberechtigten unabhängigen Eigenschaft des Verhaltens des Grundrechtsverpflichteten. Unter Zugrundelegung der *Husterschen* Konzeption läse sich der Schutzbereich der Elternverantwortung gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG wie folgt: „Pflege und Erziehung der Kinder sind *vorbehaltlich begründungsneutraler schulischer Erziehungseinwirkungen* das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht.“

(2) In engem Zusammenhang damit steht ein zweites Bedenken: *Stefan Huster* entwickelt seine Abschtungslösung einseitig vom staatlichen Schulmandat, also von Art. 7 Abs. 1 GG, her. Wirken soll sie aber „zulasten“ des Elterngrundrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 und der Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG, näherhin „in“ deren Schutzbereichen. Wie ist dies grundrechtsdogmatisch zu erklären? Der naheliegende Verweis auf eine Spezialitätsrelation wird zu berücksichtigen haben, dass es anders als bei sonstigen Spezialitätsverhältnissen im Grundrechts-Bereich (Grundrechtskonkurrenzen)⁷¹ hier nicht darum geht, (i) dass sich der identische Grundrechtsberechtigte nur alternativ auf die eine oder aber die andere Grundrechtsgewährleistung berufen kann (Konkurrenz der personellen Gewährleistungsbereiche), oder darum, (ii) dass ein bestimmtes Verhalten entweder durch die eine oder aber durch die andere Grundrechtsnorm geschützt ist (Konkurrenz der sachlichen Gewährleistungsbereiche), sondern darum, dass über eine Spezialvorschrift, die nur den Staat adressiert, die Einschlägigkeit eines Grundrechts völlig ausgeschlossen werden soll. Auch das ist meines Wissens einzigartig in der Grundrechtsdogmatik – und daher in besonderer Weise rechtfertigungsbedürftig.

⁶⁹ Stellvertretend dazu: *M. Kloepfer*, Versammlungsfreiheit, in: HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 164, Rn. 57 ff.; *W. Hoffmann-Riem*, Versammlungsfreiheit, in: HGR IV, 2011, § 106, Rn. 53 ff. Aus der Rechtsprechung des BVerfG: BVerfGE 73, 206 (248 f.) – „Mutlangen“.

⁷⁰ Pars pro toto: *Jestaedt*, in: BK (Anm. 7), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 37 f., 42 ff.; *Höfling*, Elternrecht (Anm. 30), § 155, Rn. 46 ff., bes. 49.

⁷¹ Dazu *W. Berg*, Grundrechtskonkurrenzen, in: HGR III, 2009, § 71, Rn. 1 ff., bes. Rn. 1 und 27 ff.

(3) Drittens fragt sich, wie die Vorstellung, der Staat müsse sich nur neutral verhalten, um – von der Gewissensfreiheit einmal abgesehen – einen Grundrechts-Eingriff auszuschließen, sich in die Freiheitslogik der Individualgrundrechte einfügt. Denn die (Begründungs-)Neutralität mag zwar als allgemeine, objektivverfassungsrechtliche Leitlinie staatlichen Handelns angesehen werden,⁷² sie fungiert deswegen aber lange noch nicht als grundrechtlicher Freibrief für den Staat. Das lässt sich etwa am Beispiel des Eides vor Gericht sehr schön zeigen:⁷³ Der Staat mag mit der Pflicht zur Eidesleistung überhaupt keinerlei religiös-weltanschauliche Wahrheiten verfolgen, also nach eigener Absicht begründungsneutral handeln, das hindert den Einzelnen aber nicht daran, hierin eine in seine Bekenntnisfreiheit eingreifende staatliche Anordnung zu erblicken – denn grundrechtlich zählt eben nicht nur *eine* (nämlich die staatliche) Perspektive. Greifen wir noch ein zweites Beispiel heraus: Seit der „Wunsiedel“-Entscheidung⁷⁴ fordert das BVerfG für ein „allgemeines Gesetz“ gemäß Art. 5 Abs. 2 GG Meinungsneutralität ein.⁷⁵ Damit ist indes nur der *erste* Schritt des Rechtfertigungsprozesses gegangen. Darüber hinaus muss das allgemeine Gesetz – und nebenbei: auch dessen Anwendungsakt in concreto – noch geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein.⁷⁶ Über die Eingriffsschwelle ist man damit natürlich bereits lange hinweg. – Diese beiden Beispiele lassen sich in zwei Erkenntnissen verallgemeinern: Verhalten, welches der Staat neutral zu begründen vermag, kann zum einen von Grundrechtsträgern durchaus als nicht-neutral, als schutzbereichsverkürzend, also eingreifend gedeutet werden. Und auf der anderen Seite spielt das Neutralitätsprinzip im Rahmen der Rechtfertigung „lediglich“ eine negative, ausgrenzende Rolle: Der Staat darf nicht mit dem Prinzip der Begründungsneutralität kollidierende Zwecke verfolgen. Neutralität ist folglich nur ein notwendiger, aber nicht immer hinreichender Ausweis eines legitimen Eingriffszweckes; als solcher fungiert das Neutralitätsprinzip indes nur auf der ersten Stufe des vierstufigen Eingriffsrechtfertigungsprozesses.

(4) Viertens muss daran erinnert werden, dass das bei *Stefan Huster* allesentscheidende Neutralitätsprinzip selbst keinen verfassungstextlichen Sitz im Grundgesetz besitzt, sondern zunächst einmal nichts weiter ist als die zusammenfassende Abkürzung einer sich in einer Mehrzahl ausdrücklicher

⁷² Einen Versuch habe ich selbst unternommen: *Jestaedt*, Das Kreuz unter dem Grundgesetz. Möglichkeiten und Grenzen für die Anbringung von Kreuzen in Unterrichtsräumen staatlicher Pflichtschulen, in: *Journal für Rechtspolitik* 3 (1995), 237 (244 ff.); vgl. ergänzend *M. Morlok*, in: *Dreier* (Hg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 4, Rn. 161 ff.

⁷³ Exemplarisch insoweit BVerfGE 33, 23 (26 ff., 28 ff.) – „Zeugeneid“.

⁷⁴ BVerfGE 124, 300 ff. – „Wunsiedel“.

⁷⁵ Richtungweisend BVerfGE 124, 300 (322 ff.) – „Wunsiedel“.

⁷⁶ Vgl. BVerfGE 124, 300 (331 ff.) – „Wunsiedel“.

Verfassungsbestimmungen findenden *idée directrice*.⁷⁷ Man kann das auch anders formulieren: Der normative Eigenstand des Neutralitätsprinzips ist allererst zu begründen und keineswegs fraglos vorauszusetzen. Dabei wird sichtbar, dass Neutralität kein voraussetzungsloses, sondern, im Gegenteil, ein ausgesprochen voraussetzungsreiches und insoweit durch seinen (jeweiligen) Kontext bedingtes Konzept ist. Denn die Verfassungsbestimmungen, aus denen sich die grundgesetzliche Neutralität speist, sind ihrerseits in einen stark werthaltigen, weltanschaulich keineswegs neutralen Rahmen eingebunden. Anders gewendet: Menschenwürde, Geschlechtergleichheit, aber auch das demokratische Prinzip, sind Werte, bei denen der Staat Partei, ja „wehrhaft“ und keineswegs neutral ist. Erst wenn dieser „Wertesockel“ gewährleistet ist, lässt der Staat sich auf die (Begründungs-)Neutralität ein. Mit der Neutralität *allein* lässt sich folglich kein (grundgesetzlicher) Staat machen.

(5) Fünftens verlagert das Absichtungsmodell in der *Husterschen* Lesart sämtliche Abgrenzungsarbeit (von der Gewissensfreiheit für Extremfälle einmal abgesehen, dazu sogleich [6]) auf die konkrete Bestimmung dessen, was das Neutralitätsprinzip erheischt. Das ist zunächst einmal nur eine Problemverschiebung, keine – gar per se schon überzeugendere – Problemlösung. Denn nun richten sich sämtliche Fragen auf das Neutralitätsprinzip. Wie aber kann diesem summativen Verfassungsgrundsatz⁷⁸ ohne Einzelfall(be)wertungen, -abgrenzungen und -abwägungen entnommen werden, was in concreto die grundgesetzliche Neutralität erheischt? Das führt *Stefan Huster* leider nicht vor.⁷⁹ Entkommt man also durch den Rekurs auf die Begründungsneutralität wirklich der Abwägungsnotwendigkeit?

(6) Und schließlich sechstens: Das so dezidiert und hermetisch daher kommende Modell kommt nicht aus ohne ein Ventil für Ausnahmekonstellationen „unzumutbarer Identitätsbeeinträchtigungen“.⁸⁰ In diesen Einzelfällen behilft sich *Stefan Huster* durch Rückgriff auf die Gewissensfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1 2. Alt. GG. Dass damit ein vernünftiges Ergebnis erzielt wird – ohne allgemein wirkende Einschränkungen des Schulmandats wird durch Dispens in concreto einer unzumutbaren Identitätsbeeinträchtigung vor-

⁷⁷ Vgl. nur *S. Muckel*, Schutz von Religion und Weltanschauung, in: HGR IV, 2011, § 96, Rn. 28 ff., bes. 29 f.

⁷⁸ Zur Entgegensetzung von summativem und integralem Verfassungsprinzip richtungweisend *E. Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 26, Rn. 7 ff.

⁷⁹ In der Sache findet sich nicht mehr als der – ausgesprochen konkretisierungsfähige und -bedürftige – Satz: „Solange sich der Staat innerhalb seines Erziehungsauftrages hält – und dies heißt: *Seine Maßnahmen auf neutrale Weise begründen kann* –, ist es Sache der Vertreter der unterschiedlichen politischen, religiös-weltanschaulichen und ethischen Überzeugungen, sich mit den Wirkungen dieser Maßnahmen zu arrangieren“ (*Huster*, Abschichtung [Anm. 46], S. 863 – Hervorhebung nicht im Original).

⁸⁰ *Huster*, Abschichtung (Anm. 46), S. 865.

gebeugt –, sei sofort zugestanden. Probleme stellen sich aber ein, wenn nach der grundrechtsdogmatischen Konstruktion gefragt wird. Ausdrücklich – und ich meine: zu Recht – lehnt *Stefan Huster* eine Kopplung von Eingriff und Beeinträchtigungsschwelle für das Elternrecht und die Glaubensfreiheit ab.⁸¹ Gleichwohl soll die Gewissensfreiheit hier als „Auffang“-Grundrecht zur Verfügung stehen. Das scheint mir nicht recht zusammenzupassen: Die Gewissensfreiheit, die den Einzelnen davor schützt, in seiner personalen Identität gebrochen zu werden, setzt – anders als es die „Auffang“-Semantik insinuiert – nicht etwa niederschwellig an, sondern aktualisiert sich, ganz im Gegenteil, erst bei einer ausgesprochen hohen Beeinträchtigungsintensität;⁸² das Elternrecht und die Glaubensfreiheit entfalten bereits bei deutlich geringerer Intensität staatlicher Ingerenz ihre Schutzwirkung. Hinzutritt, dass nicht recht verständlich wird, warum das – begründungsneutral ausgeübte – staatliche Schulmandat zwar den Schutzbereich von elterlichem Erziehungsrecht und Religionsfreiheit thematisch nicht berühren soll, dafür aber die Gewissensfreiheit, die mit dem Schwestergrundrecht der Religionsfreiheit den verfassungstextlichen Sitz teilt. Anders gewendet: Warum gilt das neutralitätsbasierte Spezialitätsverhältnis nur zugunsten von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 und Art. 4 Abs. 1 1. und 3. Alt. sowie Abs. 2 GG, nicht aber für Art. 4 Abs. 1 2. Alt. GG?

Was auf den ersten Blick verführerisch prägnant und stringent zu sein scheint, entpuppt sich auf den zweiten Blick doch in verstörendem Maße als grundrechtsdogmatisch zu kurz gesprungen.

5. Ein „Selbstmissverständnis des Bundesverwaltungsgerichts“?

Damit ist das Abschichtungsmodell indes noch nicht erledigt. Wir erinnern uns: *Stefan Huster* hatte just das BVerwG in seinen beiden 2013er Urteilen dafür in Anspruch genommen, „nun ersichtlich ein Abschichtungsmodell auf der Grundlage des Prinzips der Begründungsneutralität“⁸³ zu vertreten. Können also die Ausführungen des 6. Senats eine argumentative Ausfallbürgschaft für das Abschichtungsmodell übernehmen?

Die Antwort kann knapp ausfallen, ist doch der Befund eindeutig: Nein, sie können es nicht. Ganz im Gegenteil. Das BVerwG unterlässt es nicht nur, „ein Abschichtungsmodell auf der Grundlage des Prinzips der Begründungsneutralität“ zu propagieren, sondern es spricht sich sogar ausdrücklich und unmissverständlich dagegen aus, wenn es formuliert: „Die Verfassung geht *nicht* davon aus, dass der Staat im Sinne eines Modells weitgehender kom-

⁸¹ Vgl. *Huster*, Abschichtung (Anm. 46), S. 865.

⁸² Dazu stellvertretend *M. Herdegen*, Gewissensfreiheit, in: HGR IV, 2011, § 98, Rn. 8, 12, 19 ff.; das betont auch *Huster*, Abschichtung (Anm. 46), S. 865 m. Nachw. in Anm. 23.

⁸³ *Huster*, Abschichtung (Anm. 46), S. 865.

petenzieller Abschichtung im schulischen Bereich jeglicher Verpflichtung durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 GG ledig wäre, solange er nur das Neutralitäts- und Toleranzgebot beachtet“.⁸⁴ Pointiert: Die Beachtung des Neutralitätsgebots durch den Staat reicht für sich genommen nicht hin, um allen Grundrechtsansprüchen zu genügen. Damit widerspricht der 6. Senat diametral und explizit der die *Hustersche* Konzeption tragenden These, dass die Beachtung der Begründungsneutralität Grundrechtseingriffe a limine ausschließe. Dass *Stefan Huster* das BVerwG mit den Sätzen referiert: „Ein Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht oder die Glaubensfreiheit der Schüler liegt also insoweit gar nicht vor; dementsprechend bedürfe es auch keiner Abwägung“⁸⁵, wirft für mich ein Rätsel auf, bestätigt der Senat doch gleich zu Beginn seiner Grundrechtsprüfung expressis verbis, dass „die Schule mit der Ablehnung des Befreiungsantrags in den Schutzbereich dieses Grundrechts [sc. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG; MJ] *eingegriffen*“ habe.⁸⁶ Überhaupt ist die gesamte Begründung völlig schulmäßig und transparent im grundrechtsdogmatischen Dreischrittschema „Schutzbereich–Eingriff–Rechtfertigung“ aufgebaut: Den Ausführungen zum Schutzbereich und zum Eingriff – unter 1. („Burkini“) bzw. a („Krabat“)⁸⁷ – folgen jene zur Eingriffsrechtfertigung – unter 2. („Burkini“) bzw. b („Krabat“)⁸⁸; letztere unterteilen sich in die Herstellung praktischer Konkordanz auf „abstrakt-genereller Ebene“ – unter a („Burkini“) bzw. aa („Krabat“)⁸⁹ –, auf konkret-individueller Ebene – unter b („Burkini“) bzw. bb („Krabat“)⁹⁰ – sowie die Anwendung der herausgearbeiteten Maßstäbe auf den konkreten Fall, d.h. die Subsumtion – unter c („Burkini“) bzw. cc („Krabat“)⁹¹.

Die *Hustersche* Lektüre des „Krabat“- und des „Burkini“-Urteils kann ich mir einstweilen nur dadurch erklären, dass er das Konkordanz- oder Abwägungsmodell in der Weise begreift, dass auf dessen Grundlage sämtliche Kollisionslagen zwischen elterlichem Erziehungsrecht und schulischem Erziehungsmandat notwendigerweise strukturell gleichartig und gleichgewichtig seien – mit der Folge, dass letzteres stets auch im Ergebnis unter

⁸⁴ BVerwGE 147, 362, Rn. 15 – „Burkini“; BVerwG, NVwZ 2014, 237, Rn. 23 – „Krabat“ – Hervorhebung nicht im Original.

⁸⁵ *Huster*, Abschichtung (Anm. 46), S. 864 mit Fußn. 17.

⁸⁶ BVerwGE 147, 362, Rn. 7 – „Burkini“; BVerwG, NVwZ 2014, 237, Rn. 12 – „Krabat“ – Hervorhebung nicht im Original.

⁸⁷ BVerwGE 147, 362, Rn. 7–9 – „Burkini“; BVerwG, NVwZ 2014, 237, Rn. 12–17 – „Krabat“.

⁸⁸ BVerwGE 147, 362, Rn. 10–31 – „Burkini“; BVerwG, NVwZ 2014, 237, Rn. 18–34 – „Krabat“.

⁸⁹ BVerwGE 147, 362, Rn. 11–17 – „Burkini“; BVerwG, NVwZ 2014, 237, Rn. 19–25 – „Krabat“.

⁹⁰ BVerwGE 147, 362, Rn. 18–22 – „Burkini“; BVerwG, NVwZ 2014, 237, Rn. 26–30 – „Krabat“.

⁹¹ BVerwGE 147, 362, Rn. 23–31 – „Burkini“; BVerwG, NVwZ 2014, 237, Rn. 31–34 – „Krabat“.

dem Vorbehalt des ersteren stehe. Das indes wäre ein grundlegendes Missverständnis sowohl des Konkordanzmodells als auch der prima facie-Struktur der Freiheitsgarantien in Verbindung mit dem die Abwägung steuernden Verhältnismäßigkeitsprinzip. Herstellung praktischer Konkordanz bedeutet nicht zwangsläufig, dass in jeder Kollisionslage stets beide kollidierenden Rechtspositionen sich wechselseitig beschränken und damit partiell zurücktreten; sie kann und wird häufig in eine eindeutige, sprich: die eine Position zur Geltung bringende und die andere Position verdrängende Präferenzrelation führen. Das BVerwG führt dies in extenso vor – und weicht dabei keineswegs von seiner oder des BVerfG bisheriger Judikatur ab. Man könnte sogar zuspitzen: Soweit das Elternrecht verfassungsimmanent deswegen zurückgedrängt wird, weil andernfalls staatliches Schulehalten und damit die Erfüllung der schulischen Bildungs- und Integrationsfunktion strukturell nicht mehr möglich ist, ist ein der Abwägung nicht mehr zugänglicher Punkt erreicht: die Funktionsfähigkeit des Verfassungsauftrags aus Art. 7 Abs. 1 GG.

Mit der in den beiden Urteilen vom 11.09.2013 erstmals formulierten Absichtung der Herstellung praktischer Konkordanz „auf abstrakt-genereller“ und auf konkret-individueller Ebene betritt der Senat zwar terminologisches Neuland; in der Sache und in der Struktur entspricht diese Absichtung aber durchaus der traditionellen Linie der Zuordnung von elterlichem Erziehungsrecht und staatlichem Schulmandat in der Karlsruher wie Leipziger Judikatur.⁹² Denn auch bislang strukturierten abwägungsleitende Kriterien mittlerer Reichweite die Herstellung praktischer Konkordanz, operierten die Gerichte mit Obersätzen mittlerer Abstraktionshöhe und haben das BVerfG wie das BVerwG, wenn überhaupt, im Ergebnis stets nur punktuelle Rücksichtnahmen auf mit dem Schulmandat kollidierende Elterninteressen eingefordert oder sanktioniert.⁹³ Dass sich im Laufe der letzten beiden Jahrzehnte die Gewichtungen der in Rede stehenden Verfassungsgüter, dass sich insbesondere die Wertschätzung der schulischen Integrationsfunktion in Zeiten größerer sozialer Fliehkräfte verändert haben,⁹⁴ sei dabei nicht gelegnet – hat aber mit der Grundstruktur der Kollisions-

⁹² Dem entspricht es, dass der 6. Senat weder im „Burkini“- noch im „Krabat“-Urteil sich von seiner oder der Karlsruher Judikatur absetzt, sondern, ganz im Gegenteil, die Kontinuität betont.

⁹³ Dazu s. auch vorstehend II. bei und nach Anm. 10.

⁹⁴ Der Vergleich der beiden Entscheidungen zur Frage der Befreiung eines muslimischen Mädchens vom koedukativ erteilten Schwimmunterricht aus den Jahren 1993 und 2013 – BVerwGE 94, 82 ff. einer- und BVerwGE 147, 362 ff. andererseits –, macht dies besonders sinnfällig. Die nicht zuletzt durch die Rechtsprechung des BVerwG seit rund einem Jahrzehnt promovierte Betonung des Integrationsmandats der staatlichen Schule (vgl. BVerwGE 147, 362, Rn. 13 – „Burkini“; BVerwG, NVwZ 2014, 237, Rn. 21 – „Krabat“, je m.w.N.; ergänzend dazu *Jestaedt*, Schule [Anm. 5], § 156, Rn. 44) wirkt in der Tendenz auf eine deutlich restriktivere Befreiungspraxis hin.

lösung, also dem Kollisionslösungsmuster, zwischen religiösem Elternrecht und staatlichem Erziehungsauftrag nichts zu tun. Wie *ergebnisoffen* das vom BVerwG in den beiden Urteilen wortidentisch propagierte Kollisionslösungsmuster ist, belegt eindrücklich *Michael Heinig*, der in einem Beitrag die These entfaltet, dass der „Burkini“-Fall vom 6. Senat im Ergebnis richtig und der „Krabat“-Fall im Ergebnis falsch entschieden worden sei.⁹⁵ Das kann man auch anders formulieren: Alles (oder vorsichtiger: nahezu alles), was *Stefan Huster* mit seinem Absichtungsmodell im Ergebnis erreichen möchte, lässt sich auch – allerdings grundrechtsdogmatisch ohne die ange deuteten Fragezeichen – auf der Grundlage des Abwägungsmodells erreichen. Damit sei zugleich gesagt, dass der Disput über das richtige „Modell“ nicht zu viel Ressourcen binden sollte, darf die rechtspraktische Tragweite der Entscheidung für eines der beiden Modelle für den outcome des Falles doch nicht überschätzt werden.

Die beiden Alternativmodelle stehen, das ist das Fazit unserer Überlegungen, sowohl sub specie grundrechtsdogmatischer Fundierung als auch in puncto Komplexitätsverarbeitungskapazität – teils sogar – deutlich hinter dem Abwägungs- oder Konkordanzmodell zurück. Die Aufmerksamkeit sollte sich demzufolge darauf richten, auf *dessen* Basis die bisherigen Bemühungen fortzusetzen, über den Einzelfall hinausweisende Argumentationslasten und -gewichte herauszupräparieren, um so den dialektischen Rechtfertigungsprozess transparenter, rationaler und kalkulierbarer zu machen.

V.

Elternrechtsbezogene Konfliktkonstellationen in der Schule

Dabei ist im Sinne eines stimmigen Gesamtkonzeptes im Auge zu behalten – und auch hier erweist sich die vermeintliche Schwäche des Abwägungsmodells als dessen Stärke –, dass das elterliche Erziehungsrecht Kollisionslagen „in der Schule“ nicht nur in unmittelbarer und exklusiver Konfrontation mit dem staatlichen Schulmandat begegnet. Daneben tritt vielmehr eine Reihe anderer Konfliktkonstellationen, in denen sich die staatliche Rolle nicht auf Art. 7 Abs. 1 GG beschränkt oder sich auch gar nicht aus Art. 7 Abs. 1 GG herleitet. Das kann ich hier nicht mehr im Einzelnen ausführen, will Ihnen aber zum Schluss meiner Ausführungen wenigstens eine grobe Skizze dessen geben, was ich meine.

Nach Regelungszweck und -gegenstand staatlicher Einwirkung lassen sich wenigstens fünf Konfliktkonstellationen unterscheiden. Sie differieren zum einen danach, ob die staatliche Maßnahme, auf die die Geltendma-

⁹⁵ Vgl. *H. M. Heinig*, Religionsfreiheit im Schul- und Migrationsrecht, ZevKR 61 (2016), S. 202 (209 ff., bes. 212–214).

chung von Grundrechtsansprüchen reagiert, ihrerseits intentional auf die Regelung religiös-weltanschaulicher Fragen gerichtet ist oder nicht (dazu 1.). In der erstgenannten Variante ist weiter danach zu unterscheiden, ob der Staat bloß als neutraler Dritter im Konflikt gegenläufiger religiös-weltanschaulicher Ansprüche auftritt (dazu 2. und 3.) oder aber als motu proprio tätige und interessierte Partei in Religions- und Weltanschauungsfragen. Schließlich kann in dieser letzten Gruppe differenziert werden danach, ob eine Identifikation mit den Wahrheitsansprüchen einer Religion oder Weltanschauung gegeben ist (dazu 5.) oder nicht (dazu 4.).

Die fünf Konstellationen lassen sich zum anderen danach unterscheiden, ob der Staat religiös-weltanschaulich konnotierter Grundrechtsausübung in der Schule Platz einräumt oder aber selbst religiös-weltanschauliche Aspekte in die Schule hineinträgt. Im Falle der Zulassung religiös-weltanschaulicher Grundrechtswahrnehmung stehen zwei verfassungsrechtliche Maßgaben im Vordergrund: zum einen die Wahrung der Grundrechte der Beteiligten sowie zum anderen die Wahrung des sogenannten Schulfriedens als – wie das BVerwG treffend formuliert – ein „Zustand der Konfliktfreiheit und -bewältigung [...], der den ordnungsgemäßen Unterrichtsablauf ermöglicht, damit der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag verwirklicht werden kann“.⁹⁶

1. Konstellation „Schwimmunterricht“

Der Staat trifft eine schulische Maßnahme, die ihrer Regelungsintention und ihrem Regelungsgegenstand nach an sich religionsneutral ist wie z.B. die Einrichtung von Sexualekunde- oder von koedukativ erteiltem Sportunterricht, die Ansetzung einer Klassenfahrt oder, noch viel allgemeiner, die Etablierung einer Schulbesuchspflicht und deren zeitliche Erstreckung auf die reguläre Arbeitswoche von Montag bis Freitag.⁹⁷ Eltern oder Kinder

⁹⁶ So richtungweisend BVerwGE 141, 223, Rn. 41 – „Schulgebet“.

⁹⁷ Zum Sexualekundeunterricht: BVerfGE 47, 46 (76 f.) – „Sexualekunde“; zu Schulpflicht und Sabbatheiligung: BVerwGE 42, 128 (129 ff.) – „Sabbatheiligung“; zur Befreiung vom koedukativen Sportunterricht: BVerwGE 94, 82 (83 ff.) – „Koedukativer Sportunterricht“; BVerwGE 147, 362 ff. – „Burkini“; zur Befreiung von einer als Unterrichtsmaßnahme ausgestalteten Vorführung eines Spielfilms: BVerwG, NVwZ 2014, 237 – „Krabat“; zur Befreiung von einer Klassenfahrt: OVG Bremen, 1 A 275/10, Urt. vom 19.11.2013, NordÖR 2014, 92 ff.; zu religiös motivierten Verstößen gegen die Schulbesuchspflicht: BVerfG (1. Senat, 3. Kammer), Beschluss vom 21.07.2009 – 1 BvR 1358/09 –, NJW 2009, S. 3151 ff.; zum Homeschooling: BayVGH, Beschluss vom 11.11.2008 – 7 CS 08.1237 –, KirchE 52, 226 ff.; BayVGH, Beschluss vom 12.04.2010 – 7 ZB 09.2369 –, bes. juris-Rn. 7 („Das Elternrecht kommt innerhalb der Schulpflicht zur Entfaltung, kann sich aber grundsätzlich nicht gegen die Schulpflicht durchsetzen. Es vermittelt weder einen Anspruch auf Befreiung von der Schulpflicht aus weltanschaulich-religiösen Gründen noch darauf, im Schulunterricht von Lerninhalten verschont zu bleiben, die mit eigenen Überzeugungen im Widerspruch stehen.“); OVG Münster, Beschluss vom 19. Januar 2015 – 19 A 2031/13 –.

sehen sich jedoch aufgrund unbedingt verpflichtender Glaubensvorschriften daran gehindert, der schulischen Verpflichtung nachzukommen. Hierbei handelt es sich um jene Konfliktlage, über die wir – am Beispiel von „Kra-bat“ und „Burkini“ – die ganze Zeit gesprochen haben.

2. Konstellation „Schulgebet“

Das Tun des Staates selbst gewinnt religiös-weltanschauliche Bezüge dadurch, dass er im Rahmen des schulischen Sonderstatusverhältnisses der äußerlich in Erscheinung tretenden Religionsausübung von Schülern Entfaltungsraum bietet. Dies kann zum einen dadurch geschehen, dass er allen Schülern samt deren Lehrern einen kollektiven Entfaltungsraum am Rande des Unterrichtsgeschehens zur Verfügung stellt (Schulgebet im lehrerbetreuten Klassenverband).⁹⁸ Zum anderen kann der Staat auch einzelnen Schülern gestatten, außerhalb des Unterrichtsgeschehens ihre Religion in sichtbarer Weise auszuüben (Schulgebet Einzelner außerhalb des Klassenverbandes).⁹⁹ Die Zulässigkeit des Schulgebets im Klassenverband unter Einschluss der Lehrkraft ist davon abhängig, dass der religiöse Bekenntnisakt vor oder nach, jedenfalls außerhalb des allgemeinen Schulunterrichts auf der Basis völliger Freiwilligkeit stattfindet und der Staat ausschließlich organisatorische Hilfe leistet (sogenannte „Grundrechtsofferte“¹⁰⁰). Widerspricht ein Schüler (oder dessen Eltern) der Abhaltung des Schulgebets, so ist dessen Grundrecht auf Bekenntnisfreiheit nur dann nicht verletzt, wenn er frei und ohne Zwang über die Teilnahme entscheiden kann und eine zumutbare Ausweichmöglichkeit besteht.¹⁰¹ Beim Schulgebet Einzelner außerhalb des Klassenverbandes spielt die Wahrung des Schulfriedens – als die Chiffre für ein störungsfreies Schulehalten im Sinne von Art. 7 Abs. 1 GG – in concreto die ausschlaggebende Rolle; in der Zulassungsentscheidung dürfte ein Eingriff in die Grundrechte anderer Schüler nicht zu erblicken sein, und der (zu bejahende) Eingriff in das Elternrecht dürfte im Verhältnis zu dem in Art. 7 Abs. 1 GG wurzelnden Schulfrieden kaum je ins Gewicht fallen.¹⁰²

3. Konstellation „Kopftuch der Lehrerin“

Einen Sonderfall religiös-weltanschaulicher Grundrechtsbetätigung in der Schule markiert das Tragen sichtbarer religiös-weltanschaulicher Sym-

⁹⁸ Dazu BVerfGE 52, 223 (235 ff.) – „Schulgebet“.

⁹⁹ Dazu BVerfGE 141, 223, Rn. 16 ff., 25 ff., bes. 34 ff. und 41 ff. – „Schulgebet“.

¹⁰⁰ Zu Begriff und Sache: *J. Isensee*, Verfassung als Erziehungsprogramm?, in: *W. Brüggemann/Isensee/L. T. Lemper/D. Löwisch*, Wertbezogene Erziehung: Auf der Suche nach pädagogischer Erneuerung, 1983, S. 22 (35).

¹⁰¹ Grundlegend: BVerfGE 52, 223 (235–253) – „Schulgebet“.

¹⁰² Eingehend BVerfGE 141, 223, Rn. 25 ff., insbes. 41–61 – „Schulgebet“.

bole oder Kleidungsstücke durch Lehrkräfte. Den insoweit bekanntesten Streitfall stellt das Kopftuch der muslimischen Lehrerin dar. Zwar handelt es sich nicht sensu stricto um ein – als religiöse Parteinahme per se verfassungsrechtlich unzulässiges – „staatliches“ Kopftuch; die Lehrkraft trägt es vielmehr als Ausdruck ihrer als Privatperson (sic) grundrechtlich geschützten Glaubensüberzeugung.¹⁰³ Gleichwohl tritt die Lehrkraft im Schulgeschehen den Schülern (und deren Eltern) als Organwalterin der grundrechtsgebundenen Staatsgewalt gegenüber. Voraussetzung dafür, dass der Staat der Lehrkraft die Grundrechtsausübung im Amt nicht verbieten muss, ist, dass die Religionsbekundung auf das „passive“ Tragen eines Kleidungs- oder Schmuckstückes beschränkt ist und der für die Funktionsfähigkeit staatlichen Schulehaltens erforderliche Schulfrieden dadurch in concreto nicht gefährdet wird. Mag es auch angezeigt sein, Zweifel am tatsächlichen Vorliegen der vorgenannten Bedingungen zulasten der Amtsträgerin gehen zu lassen,¹⁰⁴ so lässt sich, wie der Erste Senat des BVerfG in seinem Kopftuch-Beschluss vom 27.01.2015 nunmehr festgestellt hat, eine einzelfallblinde, allein auf die abstrakte Gefährlichkeit der betreffenden Glaubensbekundung für den Schulfrieden abstellende Regelung vor dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht rechtfertigen.¹⁰⁵

4. Konstellation „Christliche Gemeinschaftsschule“

Der Staat identifiziert sich durch die Etablierung der „christlichen Gemeinschaftsschule“ mit christlichem Gedankengut. Eine Identifikation mit Glaubenswahrheiten gleichwelcher Provenienz ist dem Staat des Grundgesetzes zwar mit Rücksicht auf dessen religiös-weltanschauliche Neutralität schlechthin untersagt. Die Einführung christlicher Bezüge bei der Gestaltung der öffentlichen Pflichtschule ist aber dann nicht von Grundgesetzes wegen verboten und bewegt sich im Rahmen des staatlichen Schulmandats nach Art. 7 Abs. 1 GG, wenn und soweit die Schulform jeden Anspruch auf die Verbindlichkeit christlicher Glaubensinhalte meidet und das Erziehungsziel – außerhalb des Religionsunterrichts – nicht christlich-konfessionell fixiert ist, sondern das Christentum lediglich als prägenden abendländischen Kultur- und Bildungsfaktor in Bezug nimmt.¹⁰⁶ Dagegen

¹⁰³ So auch BVerfGE 108, 282 (297, 298 ff., bes. 305 f.) – „Kopftuch I“; 138, 296 (336 f. Rn. 104) – „Kopftuch II“.

¹⁰⁴ Auf die Asymmetrie der Grundrechtssituation von Lehrkraft einerseits sowie Schüler und dessen Eltern andererseits macht mit Recht die abweichende Meinung der Richter Hans-Joachim Jensch, Udo Di Fabio und Rudolf Mellinghoff, BVerfGE 108, 282, 314 ff., aufmerksam.

¹⁰⁵ BVerfGE 138, 296 (296 [LS 2], 335 ff. Rn. 101 ff.) – „Kopftuch II“.

¹⁰⁶ Vgl. BVerfGE 93, 1 (22) – „Kruzifix“.

können die Eltern ihr Recht auf religiöse Kindererziehung im Ergebnis nicht mit Erfolg in Stellung bringen.¹⁰⁷

5. Konstellation „Religionsunterricht“

Die umfassendste Form der Identifikation mit einer Religion oder Weltanschauung stellt der als ordentliches Lehrfach in der öffentlichen Schule nach Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG abzuhaltende, bekenntnisgebundene Religionsunterricht dar. Freilich verantwortet hier der Staat „lediglich“, dass der Unterricht in Übereinstimmung mit den regulären pädagogischen und didaktischen Standards stattfindet, und just nicht die bekenntnisgebundenen Inhalte des Religionsunterrichts, die gemäß Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG allein von den Religionsgemeinschaften zu verantworten sind.¹⁰⁸ Die staatliche Schule macht sich hier Sinndeutungs- und Wertevermittlungsangebote grundrechtsberechtigter Intermediärgewalten, der Religionsgemeinschaften, zunutze, die sie selbst nicht unterbreiten dürfte und deren Annahme sie in die freie Entscheidung des Einzelnen stellt (vgl. Art. 7 Abs. 2 GG, ergänzend Art. 7 Abs. 3 S. 3 GG).

VI.

Fazit

Das herkömmliche Konzept der Relationierung von elterlichem Erziehungs- und staatlichem Schulmandat zeigt nach alledem drei zentrale Vorzüge gegenüber den beiden Alternativentwürfen der letzten Jahre: Es reflektiert, erstens, die nur durch eine historische Kontextualisierung zu erfassende Replikstruktur der in Rede stehenden Verfassungsbestimmungen – Art. 6 Abs. 2 einer- und Art. 7 Abs. 1 GG andererseits –, es fügt sich, zweitens, nahtlos in die sonst vom BVerfG entfaltete Grundrechtsdogmatik ein und es ist, schließlich drittens, hinreichend sensibel und flexibel für die passgenaue Antwort auf die Vielzahl der unter der Fragestellung „religiöses Elternrecht und staatlicher Erziehungsauftrag“ zusammengefassten Konfliktkonstellationen, kurz: es ist seinen Gegenentwürfen auch in puncto Komplexitätsverarbeitung mehr oder minder deutlich überlegen. Das bedeutet selbstredend nicht, dass es nicht seinerseits noch der Optimierung zugänglich wäre.

¹⁰⁷ Eingehend BVerfGE 41, 29 (44–53, 60–64), 65 (77–79), 88 (106–108) – „Christliche Gemeinschaftsschule“; 93, 1 (21–24, bes. 22 f.) – „Kruzifix“.

¹⁰⁸ Dazu stellvertretend *W. Loschelder*, Schulische Grundrechte und Privatschulfreiheit, in: HGR IV, 2011, § 110, Rn. 56 ff. mit Nachw.

Ablösung der Staatsleistungen an die Kirchen: Der unerfüllte Verfassungsauftrag des Art. 138 Abs. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG

*Diana zu Hohenlohe**

I.

Einführung

Im Februar 2015 hat das Erzbistum Köln erstmals eine detaillierte und vollständige Bilanz vorgelegt, die den Standards für große Kapitalgesellschaften entspricht. Danach beläuft sich das Vermögen des Bistums auf rund 3,35 Milliarden Euro. Ein Großteil dieses Betrages, in dessen Kalkulation viele eher niedrig angesetzte Einzelpositionen eingeflossen sind, entfällt auf Wertpapiere und Immobilien. Das Eigenkapital liegt bei fast 2,5 Milliarden Euro.¹ Noch günstiger fällt die im September 2015 veröffentlichte Bilanz des Erzbistums Paderborn aus. Das Bistum verfügt über ein Vermögen von rund vier Milliarden Euro, das sich im Wesentlichen aus Kapitalanlagen zusammensetzt. Das Eigenkapital hat einen Umfang von 3,4 Milliarden Euro, wovon 2,6 Milliarden Euro Rücklagen sind.²

Angesichts solcher Zahlen erscheinen die in den meisten Bundesländern³ erfolgenden Finanzzuweisungen des Staates an die Kirchen zur Bestreitung ihres Unterhalts kaum noch vertretbar. Vielmehr rückt ein seit fast einhundert Jahren bestehender und immer noch unerfüllter Verfassungsauftrag in

* Dr. iur., LL.M., Privatdozentin an der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Der Beitrag geht zurück auf die Antrittsvorlesung, die Verf. am 18.11.2015 im Rahmen ihres Habilitationsverfahrens gehalten hat.

¹ *Stefan Kaiser*, Immobilien, Aktien, Beteiligungen: Erzbistum Köln legt Milliardenvermögen offen, Spiegel online v. 18.2.2015, abgerufen am selben Tag unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/kirche-erzbistum-koeln-legt-vermoegen-offen-a-1018989.html>.

² *Stefan Kaiser*, Vermögen der Bistümer: Reich, noch reicher – Paderborn, Spiegel online v. 29.9.2015, abgerufen am selben Tag unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/erzbistum-paderborn-vermoegen-von-vier-milliarden-euro-a-1055141.html>; *Daniel Deckers*, Erzbistum Paderborn ist reicher als Köln, F.A.Z. Nr. 227 v. 30.9.2015, S. 1; siehe auch *Albert Schäffer*, Erzbistum München legt Vermögen offen, F.A.Z. Nr. 142 v. 21.6.2016, S. 1; *ders.*, Nicht reich, sondern leistungsfähig. Das Erzbistum München und Freising legt sein Vermögen offen, ebd., S. 4; *Norbert Feldhoff*, Wie reich ist die Kirche in Deutschland?, StDZ 232 (2014), 657 ff.; *Daniel Deckers*, Nachhaltige Kirche, F.A.Z. Nr. 142 v. 21.6.2016, S. 8; *ders.*, Mehr Erträge aus Kirchensteuer für Erzbistum Köln, F.A.Z. Nr. 42 v. 19.2.2016; *Jan Grossarth*, Kirchen setzen Speck für magere Jahre an, F.A.Z. Nr. 114 v. 19.5.2015, S. 16; *ders.*, Kirchen erwarten wieder Rekorderlöse, F.A.Z. Nr. 24 v. 29.1.2016, S. 22.

³ Vgl. *Michael Droege*, Staatsleistungen an Religionsgemeinschaften im säkularen Kultur- und Sozialstaat, 2004, S. 548 f.

das Blickfeld. Gemäß Art. 138 Abs. 1 Satz 1 WRV, der über Art. 140 GG in das Grundgesetz inkorporiert worden ist, sind die auf Gesetz, Vertrag oder besonderen Rechtstiteln beruhenden Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften durch die Landesgesetzgebung abzulösen. Das Ablösungsgebot ist auf die vermögensrechtliche Entflechtung von Staat und Kirchen gerichtet;⁴ Staat und Kirchen sollen in finanzieller Hinsicht voneinander getrennt werden,⁵ gerade was historisch überkommene Verbindlichkeiten anbelangt.⁶

Im Folgenden soll das verfassungsrechtliche Ablösungsgebot näher beleuchtet werden. Dabei gilt es insbesondere, auf den Begriff der Staatsleistungen und auf denjenigen der Ablösung einzugehen sowie über die Bedingungen und Modalitäten nachzudenken, unter denen eine Ablösung erfolgen kann. Am Ende soll ein Vorschlag unterbreitet werden, wie diejenigen Bundesländer, welche Staatsleistungen an die Kirchen und an sonstige

⁴ BVerfG (Kammer), NVwZ 2001, 318; *Hans Ulrich Anke*, Die Neubestimmung des Staat-Kirche-Verhältnisses in den neuen Ländern durch Staatskirchenverträge. Zu den Möglichkeiten und Grenzen des Staatskirchenvertraglichen Gestaltungsinstruments, 2000, S. 297; *Axel v. Campenhausen/Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht. Eine systematische Darstellung des Religionsverfassungsrechts in Deutschland und in Europa, 4. Aufl., 2006, S. 281; *Axel v. Campenhausen/Peter Unruh*, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 6. Aufl., 2010, Art. 138 WRV Rn. 3; *Michael Germann*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl., 2013, Art. 140 Rn. 120; *Ansgar Hense*, Akzeptanz von Staatsleistungen im Wandel – die Diskussion um die Notwendigkeit und Möglichkeit einer Ablösung, in: Karlies Abmeier (Hrsg.), Geld, Gott und Glaubwürdigkeit, 2016, S. 258 (261 und 263); *Stefan Koriath*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Losebl., Stand: Dezember 2015, Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 1; *Stefan Magen*, in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens (Hrsg.), Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Bd. 2, 2002, Art. 140 Rn. 125; *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 3, 2. Aufl., 2008, Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 13; *Jens Reisinger*, „Die Grundsätze hierfür stellt das Reich auf“ – Zum Grundsätzegesetz gem. Art. 140 GG i. V.m. Art. 138 Abs. 1 S. 2 WRV, ZevKR 58 (2013), 280 (281); siehe bereits RGZ 125, 186 (190); *Carl Israël*, Reich – Staat – Kirche. Zwei Studien zu den kirchenrechtlichen Bestimmungen der Reichsverfassung, 1926, S. 18 ff.; *ders.*, Geschichte des Reichskirchenrechts, dargestellt auf Grund der stenographischen Berichte über die Verhandlungen der Verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung in Weimar, 1922, S. 26 f. und 55; *Ludwig Richter*, Kirche und Schule in den Beratungen der Weimarer Nationalversammlung, 1996, S. 346 f.

⁵ *Ute Mager*, in: Ingo v. Münch/Philipp Kunig (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 6. Aufl., Bd. 2, 2012, Art. 140 Rn. 69; *Heinrich Amadeus Wolff*, Ablösung der Staatsleistungen an die Kirche, ZRP 2003, 12 f.; siehe auch *ders.*, Die Struktur des Grundsätzegesetzes zur Ablösung der Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften (Art. 138 Abs. 1 S. 2 WRV/Art. 140 GG), in: Michael Brenner/Peter M. Huber/Markus Möstl (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, 2004, S. 839 ff.

⁶ Vgl. *Michael Germann*, Entwicklungstendenzen im Verhältnis von Staat und Kirche unter dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, öarr 2014, 41 (66); *Karl-Hermann Kästner*, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Losebl., Stand: April 2016, Art. 140 Rn. 571.

Religionsgemeinschaften gewähren, vorgehen sollten, um ihrer verfassungsrechtlichen Verpflichtung nachzukommen.

II.

Begriff der Staatsleistungen

Der Begriff der Staatsleistungen erschließt sich aus dem Kontext des historischen Gefüges staatskirchenrechtlicher Beziehungen, das der Weimarer Verfassungsgeber vorgefunden hat,⁷ und dem systematischen Zusammenhang mit dem Ablösungsgebot.⁸ Die Staatsleistungen an die Kirchen waren wesentlich, wenngleich nicht ausschließlich⁹ zum Ausgleich für die Säkularisierung von Kirchengut entstanden,¹⁰ zumal für eine solche während der Zeit der Reformation,¹¹ durch den Westfälischen Frieden oder durch den Reichsdeputationshauptschluss von 1803.¹² Der Staat hatte sich kirchliches Vermögen und geistliches Territorium angeeignet, im Gegenzug aber die Verantwortung für die finanzielle Ausstattung der Kirchen übernommen.¹³

⁷ Vgl. RGZ 111, 134 (143 ff.); *Werner Weber*, Die Ablösung der Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften, 1948, S. 47 f.

⁸ *v. Campenhausen/Unruh* (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 4; *Morlok* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 15; näher *Josef Isensee*, Staatsleistungen an die Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: Joseph Listl/Dietrich Pirson (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts, Bd. 1, 2. Aufl., 1994, S. 1009 (1018 ff.); *Peter Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 3. Aufl., 2015, Rn. 514.

⁹ Vgl. BVerfG (Kammer), NVwZ 2001, 318; *Ansgar Hense*, Eine Frage von untergeordneter Bedeutung. Was sich hinter den Staatsleistungen an die Kirche verbirgt, Herder Korrespondenz 2010, 562 (563); *Stefan Muckel*, in: Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Losebl., Stand: Februar 2016, Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 4 m. Fn. 10; *Heinrich de Wall*, Die Fortwirkung der Säkularisation im heutigen Staatskirchenrecht, in: Heiner Marré/Dieter Schümmelfeder/Burkhard Kämper (Hrsg.), Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 38 (2004), 53 (63 ff.).

¹⁰ *Kästner* (Fn. 6), Art. 140 Rn. 576; *Korloth* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 4; *Isensee* (Fn. 8), S. 1009 (1010 ff.); *Unruh* (o. Fn. 8), Rn. 509.

¹¹ *Lothar Francke*, Zum Verhältnis von Staat und Kirche in Schleswig-Holstein, SchlHA 2010, 257 (259).

¹² Vgl. *Gerhard Czermak*, Die Ablösung der historischen Staatsleistungen an die Kirchen, DÖV 2004, 110 (111); *Drooge* (Fn. 3), S. 156 ff.; *ders.*, Vom Beruf unserer Zeit für ein Neues Loccum. Staatsleistungen an Religionsgemeinschaften in Niedersachsen, NdsVBl. 2012, 1 (2 f.); *Godehard Josef Ebers*, Staat und Kirche im neuen Deutschland, 1930, S. 218 ff.; *Dirk Ehlers*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl., 2014, Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 2; *de Wall* (Fn. 9), S. 53 (63 ff.); *ders.*, Church Tax, Subsidies and State Aid – Church Funding in Germany, in: Francis Messner (Hrsg.), Public Funding of Religions in Europe, 2015, S. 109 (116); *Hans Maier*, Was war Säkularisation und wie lief sie ab? Der Reichsdeputationshauptschluss von 1803 und die Folgen, in: Marré/Schümmelfeder/Kämper (Fn. 9), S. 7 ff.; *Morlok* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 2; siehe auch *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/2, 2011, S. 1327.

¹³ BVerwG, NVwZ 1996, 786; *Isensee* (Fn. 8), S. 1009 (1010 ff.); *Korloth* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 4; *Muckel* (Fn. 9), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 1; *Jochen Rozek*, Der unerfüllte Verfassungsauftrag – Die Ablösung der Staatsleistungen an die

Insofern sind die Staatsleistungen im Schrifttum dahingehend beschrieben worden, dass sie Geld- oder Naturalleistungen¹⁴ sind, die „der Staat aufgrund von Rechtspflichten, die vor dem Jahre 1919 begründet worden sind, den Kirchen und Religionsgemeinschaften zur Bestreitung ihrer Unterhaltsbedürfnisse erbringt“¹⁵.

Daran anknüpfend lassen sich drei Merkmale benennen, welche die Staatsleistungen an die Kirchen im Sinne des Art. 138 Abs. 1 WRV auszeichnen:¹⁶ Erstens muss es sich um vermögenswerte Leistungen des Staates handeln, denn nur solche sind einer Ablösung zugänglich.¹⁷ Zweitens sind die Staatsleistungen auf Dauer angelegte und wiederkehrende Leistungen zur Bestreitung des kirchlichen Unterhalts.¹⁸ Anderenfalls käme nicht eine Ablösung, sondern lediglich eine Erfüllung der Leistungspflicht in Betracht.¹⁹ Schließlich muss ein historischer Konnex mit den vorkonstitutionellen, vor 1919 begründeten Beziehungen zwischen Staat und Kirchen erkennbar sein.²⁰

Kirchen, in: Thomas Holzner/Hannes Ludyga (Hrsg.), *Entwicklungstendenzen des Staatskirchen- und Religionsverfassungsrechts. Ausgewählte begrifflich-systematische, historische, gegenwartbezogene und biographische Beiträge*, 2013, S. 421 (423).

¹⁴ Vgl. *Czermak* (Fn. 12), DÖV 2004, 110 (111); *Eblers* (Fn. 12), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 3; *Hense* (Fn. 9), 562 (563); *Isensee* (Fn. 8), S. 1009 (1022f.); *Kästner* (Fn. 6), Art. 140 Rn. 584; *Korioth* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 5; *Muckel* (Fn. 9), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 1 und 4; *Stern* (Fn. 12), S. 1330f.; *Weber* (Fn. 7), S. 54 ff.

¹⁵ *Isensee* (Fn. 8), S. 1009; vgl. *Ebers* (Fn. 12), S. 219f. und 225f.

¹⁶ Vgl. *v. Campenhausen/Unruh* (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 4; *Droege* (Fn. 3), S. 177 ff. und 189; *Peter Unruh*, *Staatsleistungen*, in: Hans Michael Heinig/Hendrik Munsonius (Hrsg.), *100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht*, 2. Aufl., 2015, S. 274.

¹⁷ *Kästner* (Fn. 6), Art. 140 Rn. 577; *Magen* (Fn. 4), Art. 140 Rn. 125; *Morlok* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 15; *Unruh* (o. Fn. 8), Rn. 514; *Volker Zündorf*, *Die Ablösung der Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften unter dem Grundgesetz*, 1967, S. 34 ff.

¹⁸ BVerwG, NVwZ 1996, 786 m. Bespr. von *Hermann Weber*, *Verfassungsunmittelbare Gewährleistung der Gerichtsgebührenfreiheit der Kirchen? – BVerwG, NVwZ 1996, 786 und 787, JuS 1997, 113 ff.*; ferner *Hense* (Fn. 4), S. 257 (259); *Kästner* (Fn. 6), Art. 140 Rn. 577; *Korioth* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 5; *Rainer Mainusch*, *Die öffentlichen Sachen der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften. Begründung und Konsequenzen ihres verfassungsrechtlichen Status*, 1995, S. 225; *Morlok* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 15; *Muckel* (Fn. 9), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 4.

¹⁹ *v. Campenhausen/Unruh* (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 4; *Ernst Rudolf Huber*, *Die Garantie der kirchlichen Vermögensrechte in der Weimarer Verfassung. Zwei Abhandlungen zum Problem der Auseinandersetzung von Staat und Kirche*, 1927, S. 59.

²⁰ *v. Campenhausen/de Wall* (Fn. 4), S. 282; *v. Campenhausen/Unruh* (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 4; *Hense* (Fn. 4), S. 257, 260; *Huber* (Fn. 19), S. 96 ff.; *Christoph Link*, *Rechtsprobleme kommunaler Kultusbaukosten*, ÖAKR 39 (1990), 205 (210); *Morlok* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 15; *Ulrich Scheuner*, *Der Bestand staatlicher und kommunaler Leistungspflichten an die Kirchen (Art. 138 Abs. 2 WRV)*, in: *Heribert Heinemann/Horst Herrmann/Paul Mikat* (Hrsg.), *Diaconia et ius. Festgabe für Heinrich Flatten zum 65. Geburtstag dargebracht von seinen Freunden und Schülern*, 1973, S. 381 (388 f.); *Unruh* (o. Fn. 8), Rn. 514.

Hingegen ist ein auf die Staatsleistungen bezogener subjektiver Rechtsanspruch der Religionsgemeinschaften nicht Voraussetzung.²¹ Ebenfalls kommt es nicht darauf an, „ob die leistungsbegründende Rechtsvorschrift durch das Bewusstsein motiviert ist, eine Rechtspflicht zu erfüllen, oder ob sie die Leistung aus Liberalität, aus Gründen der Billigkeit oder des Ausgleichs oder im Hinblick auf die vom Staat anerkannte öffentliche Rechtsstellung der Kirchen und zur Förderung ihrer Aufgaben festgesetzt hat“²².

Keine Staatsleistungen im Sinne des Art. 138 Abs. 1 WRV sind fiskalische Verpflichtungen des Staates;²³ als Staatsleistungen scheiden Leistungen aus, die der Staat nicht als Träger hoheitlicher Befugnisse erbringt, sondern die ihn wie einen beliebigen anderen betreffen.²⁴ Von den Staatsleistungen zu unterscheiden sind auch Subventionen und sonstige Leistungen, die den Religionsgemeinschaften für eine konkrete Aufgabenwahrnehmung im Bereich der gemeinsamen Angelegenheiten (*res mixtae*), beispielsweise Privatschulen, kirchliche Krankenhäuser, Denkmalpflege und Religionsunterricht, gewährt werden.²⁵ Solche Leistungen haben ihren Legitimationsgrund nicht in der Vergangenheit. Sie sollen insbesondere keinen Ausgleich für die Verstaatlichung von kirchlichem Vermögen im Zuge der Säkularisation darstellen. Vielmehr dienen sie gegenwärtigen Belangen des Gemeinwohls.²⁶

Angesichts ihrer lange zurückliegenden Begründung weisen die Staatsleistungen im Sinne des Art. 138 Abs. 1 WRV einen nicht geringen Variantenreichtum auf, was eine Systematisierung erschwert.²⁷ Nach dem Verwendungszweck lassen sich Leistungen für den Bedarf der allgemeinen kirchlichen Verwaltung,²⁸ Leistungen für die Ausbildung, Besoldung und Versorgung von Geistlichen und von anderem kirchlichen Personal sowie sonstige Aufwendungen, etwa zur Deckung des Bedarfs von Kirchengemeinden oder kirchlichen Stiftungen, unterscheiden.²⁹ Darüber hinaus werden Staatsleistungen für den Bau und die Unterhaltung sowie für die Moder-

²¹ RGZ 111, 134 (144f.); v. Campenhausen/de Wall (Fn. 4), S. 283; v. Campenhausen/Unruh (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 4; Huber (Fn. 19), S. 58 und 93; Kästner (Fn. 6), Art. 140 Rn. 577 und 588; Weber (Fn. 7), S. 72; siehe auch Israel, Geschichte (Fn. 4), S. 33f.

²² Weber (Fn. 7), S. 72; vgl. RGZ 111, 134 (145); Isensee (Fn. 8), S. 1009 (1026f.).

²³ v. Campenhausen/Unruh (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 4; Isensee (Fn. 8), S. 1009 (1018); Kästner (Fn. 6), Art. 140 Rn. 578; Zündorf (Fn. 17), S. 45ff.

²⁴ v. Campenhausen/Unruh (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 4.

²⁵ v. Campenhausen/de Wall (Fn. 4), S. 282f.; Germann (Fn. 4), Art. 140 Rn. 122.3; Kästner (Fn. 6), Art. 140 Rn. 580f.; Koriath (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 6; Rozek (Fn. 13), S. 421 (422f.); de Wall (Fn. 9), S. 53 (71f.).

²⁶ Kästner (Fn. 6), Art. 140 Rn. 580; Volker Knöppel, Aktuelle Überlegungen zum Ablösegebot der Staatsleistungen nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 1 WRV, ZevKR 58 (2013), 188 (190); Koriath (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 6; Unruh (o. Fn. 8), Rn. 515; ders. (Fn. 16), S. 274f.

²⁷ Kästner (Fn. 6), Art. 140 Rn. 584.

²⁸ v. Campenhausen/Unruh (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 5.

²⁹ Kästner (Fn. 6), Art. 140 Rn. 584.

nisierung und die Wiedererrichtung von kirchlichen Gebäuden erbracht.³⁰ Das Beispiel der Kirchenbaulast zeigt, dass die Staatsleistungen nicht immer Betragsleistungen sind, bei denen die Leistungsverpflichtung nach Gegenstand, Umfang und Fälligkeit objektiv feststeht. Vielmehr existieren auch Staatsleistungen in Form von Bedarfsleistungen, bei denen sich die Leistungspflicht nach dem zu aktualisierenden jeweiligen Bedarf der Kirche oder Kirchengemeinde richtet.³¹

Dieser Umstand führt neben der Vielzahl von Einzelpositionen, der nicht immer völlig klaren Begründung für eine historische Zahlungsverpflichtung, der häufig anzutreffenden Zusammenfassung von Leistungen verschiedenen rechtlichen Charakters zu einer staatlichen Gesamtzahlung³² sowie den zwar zunehmend in Geldleistungen umgewandelten, aber teilweise noch fortbestehenden Naturalleistungen,³³ zumal in Gestalt der Bereitstellung von Räumlichkeiten für den Gottesdienst,³⁴ dazu, dass der Gesamtumfang der heutzutage in Deutschland gewährten Staatsleistungen nur schwer exakt zu beziffern ist.³⁵ Nach Berechnungen und Schätzungen im Schrifttum soll der Betrag bei jährlich etwa 500 Mio. Euro liegen.³⁶

Die Staatsleistungen im Sinne des Art. 138 Abs. 1 WRV können auf jeder anerkannten Rechtsgrundlage beruhen.³⁷ Unter den in der Vorschrift genannten Rechtstiteln steht das Gesetz an erster Stelle. Der Begriff umfasst

³⁰ v. *Campenhausen/Unruh* (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 5; siehe *Thomas Lindner*, Baulasten an kirchlichen Gebäuden. Staatliche und kommunale Leistungspflichten für den Kirchenbau, 1995, S. 195 ff.

³¹ v. *Campenhausen/Unruh* (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 5; *Knöppel* (Fn. 26), *ZevKR* 58 (2013), 188 (189); *Muckel* (Fn. 9), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 4; siehe auch *Werner J. Schmitt*, Zur Rechtslage der staatlichen Kirchenbaulasten, unter besonderer Berücksichtigung der Bauverpflichtungen des Landes Nordrhein-Westfalen zugunsten katholischer Kirchengemeinden, *AfkKR* 152 (1983), 503 (511 ff.); *Nikolaus Wiesenberger*, Kirchenbaulasten politischer Gemeinden und Wohnheitsrecht. Nach heutigem Staatskirchenrecht exemplarisch dargestellt für das Hochstift Paderborn, 1981, S. 31 ff. Zu sog. negativen Staatsleistungen etwa *Hans-Jochen Brauns*, Staatsleistungen an die Kirchen und ihre Ablösung. Inhalt – Grenzen – Aktualität, 1970, S. 55 ff.; *Droege* (Fn. 3), S. 194 ff.; *Kästner* (Fn. 6), Art. 140 Rn. 585 ff.; *Unruh* (Fn. 8), Rn. 519.

³² Vgl. *Christian Sailer*, Die staatliche Finanzierung der Kirchen und das Grundgesetz, *ZRP* 2001, 80 (83).

³³ *Kästner* (Fn. 6), Art. 140 Rn. 584; siehe auch oben Fn. 14.

³⁴ Vgl. *Mainusch* (Fn. 18), S. 224 ff.

³⁵ Vgl. *Droege* (Fn. 3), S. 89 ff. und 113; ferner *Kästner* (Fn. 6), Art. 140 Rn. 582; *Korioth* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 5; *Muckel* (Fn. 9), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 6.

³⁶ Vgl. *Gerhard Czermak*, Religions- und Weltanschauungsrecht, 2008, Rn. 355; *de Wall* (Fn. 9), S. 53 (74 ff.); *Droege* (Fn. 3), S. 548 f.; *Ehlers* (Fn. 12), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 5 Fn. 31; *Francke* (Fn. 11), *SchlHA* 2010, 257 (258); *Carsten Frerk*, *Violettbuch Kirchenfinanzen. Wie der Staat die Kirchen finanziert*, 2010, S. 77 f.; *Hense* (Fn. 9), *Herder Korrespondenz* 2010, 562; *Knöppel* (Fn. 26), *ZevKR* 58 (2013), 188 (193).

³⁷ v. *Campenhausen/de Wall* (Fn. 4), S. 283; v. *Campenhausen/Unruh* (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 6; *Kästner* (Fn. 6), Art. 140 Rn. 588; vgl. *Isensee* (Fn. 8), S. 1009 (1026 ff.); *Thomas Pieter Wehdeking*, Die Kirchengutzgarantien und die Bestimmungen

alle Arten staatlicher, einschließlich kommunaler Normen unabhängig von der Form ihrer Entstehung bis hin zu Gewohnheitsrecht,³⁸ das sich als rechtlich begründetes Herkommen³⁹ und örtlich begrenzte Observanz darstellt.⁴⁰ Ausgenommen ist jedoch das Haushaltsgesetz, weil es lediglich im staatlichen Innenverhältnis zwischen Exekutive und Legislative wirkt.⁴¹ Allerdings kann ein periodisch im Haushaltsplan wiederkehrender Ansatz die Vermutung rechtfertigen, dass eine anderweitig begründete Leistungspflicht besteht.⁴²

Als praktisch bedeutsamster Unterfall der besonderen Rechtstitel⁴³ wird in der Aufzählung des Art. 138 Abs. 1 WRV an zweiter Stelle der Vertrag ausdrücklich genannt. In Konkordaten und Staatskirchenverträgen sowie in privatrechtlichen Abmachungen sind zahlreiche Staatsleistungen vereinbart.⁴⁴ Hinzuweisen ist zum Beispiel auf die Regelungen in Art. IV des Bayerischen Konkordats von 1817 über die staatliche Dotation für (Erz-) Bischöfe und Domkapitel, an die Art. 10 des späteren Konkordats von 1924 angeknüpft hat.⁴⁵

Daneben kommt eine Vielzahl anderer, territorial entwickelter Rechtsformen in Betracht. Dazu zählen rechtskräftige Entscheidungen, landesherrliche Privilegien, einseitige Verfügungen (Dekrete und Erlasse), Anerkennnisse und Stiftungen⁴⁶ sowie, soweit es sich nicht um das schon dem Gesetzesbegriff unterfallende Gewohnheitsrecht im engeren Sinne handelt,⁴⁷ ungeschriebene Quellen, wie die als rechtsverbindlich akzeptierte beständige Übung und die unvordenkliche Verjährung.⁴⁸

über Leistungen der öffentlichen Hand an die Religionsgesellschaften im Verfassungsrecht des Bundes und der Länder, 1971, S. 117 ff.

³⁸ Muckel (Fn. 9), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 8; Unruh (Fn. 8), Rn. 521.

³⁹ Weber (Fn. 7), S. 70 f.; vgl. Kästner (Fn. 6), Art. 140 Rn. 591; Morlok (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 16.

⁴⁰ Kästner (Fn. 6), Art. 140 Rn. 589; Wehdeking (Fn. 37), S. 117.

⁴¹ Isensee (Fn. 8), S. 1009 (1028); Morlok (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 16; Unruh (Fn. 8), Rn. 521; Weber (Fn. 7), S. 68; siehe bereits Israel (Fn. 21), S. 55.

⁴² Kästner (Fn. 6), Art. 140 Rn. 589; vgl. Isensee (Fn. 8), S. 1009 (1028); Rudolf Smend, Zum Rechtscharakter Bayerischer Dotationsleistungen, in: ders., Kirchenrechtliche Gutachten in den Jahren 1946–1969, 1972, S. 235 (236 f.).

⁴³ v. Campenhausen/Unruh (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 7.

⁴⁴ Muckel (Fn. 9), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 9.

⁴⁵ Vgl. Thomas Forstner, Priester in Zeiten des Umbruchs. Identität und Lebenswelt des katholischen Pfarrklerus in Oberbayern 1918 bis 1945, 2014, S. 325 f. Fn. 122; Winfried Müller, Staatsleistungen an die katholische Kirche in Bayern, in: Erwin Gatz (Hrsg.), Geschichte des kirchlichen Lebens in den deutschsprachigen Ländern seit dem Ende des 18. Jahrhunderts, Bd. 6, 2000, S. 108 (114 f.); Hermann-Joseph Busley, Konkordate von 1817 und 1924, in: Hildebrand Troll (Hrsg.), Kirche in Bayern. Verhältnis zu Herrschaft und Staat im Wandel der Jahrhunderte, 1984, S. 180 ff. und 241 ff.; Ebers (Fn. 12), S. 230; Huber (Fn. 19), S. 103 ff.

⁴⁶ v. Campenhausen/Unruh (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 7.

⁴⁷ Siehe oben bei Fn. 38.

⁴⁸ Kästner (Fn. 6), Art. 140 Rn. 590; Muckel (Fn. 9), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 10; Weber (Fn. 7), S. 82 ff.

Hingegen findet die in der Literatur bisweilen vertretene Annahme, dass eine langwährende stetige Leistungspraxis im Zweifel auf einer Leistungsverpflichtung des Staates zugunsten der Kirche (*in dubio pro ecclesia*) beruht,⁴⁹ keine Grundlage im geltenden Recht. Insbesondere ist der bloße historische Legitimationszusammenhang nicht dazu geeignet, für Staatsleistungen einen Rechtstitel zu generieren.⁵⁰

Träger der Staatsleistungen sind in erster Linie die Länder.⁵¹ Deshalb ist es folgerichtig, dass der verfassungsrechtliche Ablösungsauftrag an die Landesgesetzgebung ergeht. Originäre Leistungsverpflichtungen des Reiches, die unter dem Grundgesetz auf den Bund übergegangen sind, fallen nicht in den Anwendungsbereich des Art. 138 Abs. 1 WRV.⁵² Allerdings kommt eine Ablösungsverpflichtung für Leistungen des Bundes dann in Betracht, wenn dieser durch nachträgliche Kompetenzverschiebung Träger einer Staatsleistung geworden ist, die ursprünglich einem Land oblag.⁵³

Umstritten ist, ob auch Leistungen der Kommunen zu den Staatsleistungen im Sinne des Art. 138 Abs. 1 WRV zu rechnen sind. Nach der vorherrschenden Auffassung in der Weimarer Republik waren die Leistungen der Kommunen an die Religionsgemeinschaften nicht in den Anwendungsbereich der Verfassungsvorschrift einzubeziehen,⁵⁴ weil Städte und Gemeinden nicht als Träger staatlicher Gewalt angesehen wurden.⁵⁵ Darauf aufbauend bringen einige Stimmen in der Literatur unter der Geltung des Grundgesetzes im Wesentlichen drei Argumente gegen die Einbeziehung der kommunalen Leistungen vor:⁵⁶ Erstens zeigten die Beratungen im Parlamentarischen Rat, dass gerade im Hinblick auf diesen Gesichtspunkt eine Kontinuität zu der Weimarer Rechtslage gewollt gewesen sei.

⁴⁹ Vgl. *Isensee* (Fn. 8), S. 1009 (1028).

⁵⁰ *Kästner* (Fn. 6), Art. 140 Rn. 591; vgl. *Huber* (Fn. 19), S. 65 und 70 ff.; *Brauns* (Fn. 31), S. 16 f.; *Sailer* (Fn. 32), ZRP 2001, 80 (83); *Unruh* (Fn. 8), Rn. 520; *ders.* (Fn. 16), S. 274 (275).

⁵¹ BVerwG, NVwZ 1996, 787; *Kästner* (Fn. 6), Art. 140 Rn. 592; *Unruh* (Fn. 16), S. 274 (276).

⁵² BVerfG (Kammer), NVwZ 2001, 318; *v. Campenhausen/Unruh* (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 10; *Ehlers* (Fn. 12), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 3; *Korioth* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 7 Fn. 7; *Rozeck* (Fn. 13), S. 421 (423 f.).

⁵³ *v. Campenhausen/Unruh* (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 10; *Isensee* (Fn. 8), S. 1009 (1030); *Korioth* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 7; *Unruh* (Fn. 16), S. 274 (276).

⁵⁴ Vgl. *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl., 1933, Art. 138 Anm. 4 (S. 653).

⁵⁵ Siehe etwa RGZ 113, 349 (397); 125, 186 (189).

⁵⁶ *Droege* (Fn. 3), S. 185 ff.; vgl. BVerwGE 28, 179 (180 ff.); *Brauns* (Fn. 31), S. 56 f.; *Ehlers* (Fn. 12), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 3; *Alexander Hollerbach*, Der verfassungsrechtliche Schutz kirchlicher Organisationen, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 2. Aufl., 2001, § 139 Rn. 61; *Knöppel* (Fn. 26), ZevKR 58 (2013), 188 (189); *Lindner* (Fn. 30), S. 196 ff.; *Magen* (Fn. 4), Art. 140 Rn. 126; *Scheuner* (Fn. 20), S. 381 (387); *Wehdeking* (Fn. 37), S. 112; *Wiesenberger* (Fn. 31), S. 162 ff.; siehe auch *v. Campenhausen/Unruh* (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 10.

Zweitens sei Art. 138 Abs. 1 WRV nicht unterschiedslos der Verwirklichung des Gedankens der Trennung von Staat und Religionsgemeinschaften auf vermögensrechtlichem Gebiet verpflichtet. Stattdessen differenziere die Vorschrift, indem sie nur bestimmte Staatsleistungen, die zu einem bestimmten Zeitpunkt bestanden und die sich als rechtsbegründet im Sinne eines Beruhens auf Gesetz, Vertrag oder sonstigen besonderen Rechtstiteln darstellen, dem Ablösungsgebot unterwerfe.⁵⁷ Sie treffe eine auf die Länder beschränkte sektorale Regelung, die einer erweiterten Auslegung nicht zugänglich sei.

Schließlich habe Art. 138 Abs. 1 WRV nicht primär die Funktion, einen umfassenden und effektiven Bestandsschutz für Leistungen der öffentlichen Hand an Religionsgemeinschaften zu schaffen. Vielmehr erteile die Vorschrift für gewisse staatliche Leistungen einen Ablösungsauftrag, der auf Abwicklung von sekundären vermögensrechtlichen Säkularisationsfolgen abziele. Der Ablösungsauftrag sei mithin nach seinem Gegenstand und seiner Reichweite begrenzt. Zugleich markiere er eine Ausnahme zu den ansonsten fortbestehenden Formen der Kooperation zwischen dem Staat und den Religionsgemeinschaften. Dies verlange ebenfalls danach, den Aussagegehalt des Art. 138 Abs. 1 WRV eng zu interpretieren.

Die vorgebrachten Argumente sind jedoch nicht überzeugend. Vorzugswürdig ist, die kommunalen Leistungen an die Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften in den Anwendungsbereich des Art. 138 Abs. 1 WRV einzubeziehen.⁵⁸ Da die Vorschrift durch Inkorporation vollgültiger Bestandteil des Grundgesetzes geworden ist, muss sie teleologisch und systematisch nach dessen Verständnis ausgelegt werden.⁵⁹ In teleologischer Hinsicht ist anzumerken, dass die Intention der vermögensrechtlichen Trennung von Staat und Religionsgemeinschaften auch gegenüber den Kommunen greift.⁶⁰

⁵⁷ *Wiesenberger* (Fn. 31), S. 164 f.; *Lindner* (Fn. 30), S. 198.

⁵⁸ Siehe auch *Peter Axer*, Die Steuervergünstigungen für die Kirchen im Staat des Grundgesetzes, AfKR 156 (1987), 460 (469); *Hartmut Böttcher*, Baulast an Kirchengebäuden, in: Joseph Listl/Dietrich Pirson (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts, Bd. 2, 2. Aufl., 1995, S. 19 (39 f. und 43); *v. Campenhausen/de Wall* (Fn. 4), S. 283; *v. Campenhausen/Unruh* (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 10; *Germann* (Fn. 4), Art. 140 Rn. 122.6; *Isensee* (Fn. 8), S. 1009 (1031 ff.); *Korioth* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 7; *Thomas Lindner*, Verfassungsrechtliche Aspekte kommunaler Kirchenbaulasten, in: Heinrich de Wall/Michael Germann (Hrsg.), Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung, Festschrift für Christoph Link zum siebzigsten Geburtstag, 2003, S. 317 (323 f.); *Link* (Fn. 20), ÖAKR 39 (1990), 205 (208 f.); *Hanns-Rudolf Lipphardt*, Negative Staatsleistungen und Ablösungsvorbehalt, DVBl. 1975, 410 (414); *Mainusch* (Fn. 18), S. 225 f.; *Morlok* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 18; *Reisgies* (Fn. 4), ZevKR 58 (2013), 280 (297); *Unruh* (o. Fn. 8), Rn. 525; *Zündorf* (Fn. 17), S. 50 f.

⁵⁹ *Muckel* (Fn. 9), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 14.

⁶⁰ *v. Campenhausen/Unruh* (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 10.

Was die Systematik anbelangt, ist festzustellen, dass die Kommunen im zweigliedrigen Bundesstaat des Grundgesetzes staatsorganisationsrechtlich den Ländern zuzuordnen sind und sich als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung qualifizieren lassen.⁶¹ Die Gesetzgebung der Länder kann daher die Kommunen erreichen und ihnen die Ablösung ihrer Leistungen an die Religionsgemeinschaften vorgeben.⁶² Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass einige Landesverfassungen Regelungen über Staatsleistungen enthalten, welche die Leistungen der Kommunen ausdrücklich einbeziehen.⁶³

III.

Begriff, Umfang und Modalitäten der Ablösung

Mit dem Begriff der Ablösung ist nach einhelliger Auffassung die einseitige Aufhebung des Leistungsgrundes gegen Entschädigung gemeint.⁶⁴ Umstritten ist allerdings, ob die Entschädigung lediglich in angemessenem Umfang zu erfolgen hat oder ob voller Wertersatz zu leisten ist. Die wohl überwiegende Ansicht geht von der Geltung des Äquivalenzprinzips aus.⁶⁵ Danach muss die Ablösung dem ökonomischen Wert der Staatsleistung im Zeitpunkt ihrer Aufhebung entsprechen. Die Ablösung wird insofern als Leistung an Erfüllung statt angesehen.⁶⁶

Zur Begründung wird zum einen ein genetisches Argument dahingehend vorgebracht, dass in der Weimarer Nationalversammlung bei der Erarbei-

⁶¹ Kästner (Fn. 6), Art. 140 Rn. 593; Muckel (Fn. 9), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 14; vgl. BVerfGE 8, 122 (132); 86, 148 (215); Martin Burgi, Kommunalrecht, 5. Aufl., 2015, § 2 Rn. 3; Horst Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl., 2006, Art. 28 Rn. 95; Andreas Engels/Daniel Krausnick, Kommunalrecht, 2015, § 3 Rn. 1; Michael Nierhaus, in: Sachs (Fn. 12), Art. 28 Rn. 34; Hans Christian Röhl, Kommunalrecht, in: Friedrich Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2013, Kap. 1 Rn. 16.

⁶² Vgl. v. Campenhausen/Unruh (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 10.

⁶³ Siehe Art. 145 BayVerf; Art. 21 Verf NRW.

⁶⁴ BVerfG (Kammer), NVwZ 2001, 318; Axer (Fn. 58), AfKR 156 (1987), 460 (467); v. Campenhausen/Unruh (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 11; Claus Dieter Classen, Religionsrecht, 2. Aufl., 2015, Rn. 607; Ehlers (Fn. 12), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 4; Germann (Fn. 4), Art. 140 Rn. 121; Hense (Fn. 4), S. 257 (262); Huber (Fn. 19), S. 59; Mager (Fn. 5), Art. 140 Rn. 73; Morlok (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 20; Muckel (Fn. 9), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 16; Rozek (Fn. 13), S. 421 (424f.); Stern (Fn. 12), S. 1328; Unruh (Fn. 8), Rn. 526; Wehdeking (Fn. 37), S. 120f.; siehe bereits Anschütz (Fn. 54), Art. 138 Anm. 3 (S. 651).

⁶⁵ Germann (Fn. 4), Art. 140 Rn. 124.1; Huber (Fn. 19), S. 60; Isensee (Fn. 8), S. 1009 (1035); Bernd Jeand'Heur/Stefan Koriotoh, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, Rn. 350; Kästner (Fn. 6), Art. 140 Rn. 600; Knöppel (Fn. 26), ZevKR 58 (2013), 188 (197); Stern (Fn. 12), S. 1328.

⁶⁶ Axer (Fn. 58), AfKR 156 (1987), 460 (467); v. Campenhausen/Unruh (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 12; Huber (Fn. 19), S. 60; Isensee (Fn. 8), S. 1009 (1035); Wehdeking (Fn. 37), S. 121.

tion des Art. 138 Abs. 1 WRV Einigkeit darüber bestanden habe, dass den betroffenen Religionsgemeinschaften durch die Ablösung kein wirtschaftlicher Schaden entstehen solle. Zum anderen wird teleologisch argumentiert, dass die Ablösung „die Beziehungen zwischen Staat und Kirche entflechten, nicht aber den Vermögensstand der Kirche schmälern und somit eine verkappte Säkularisation bemänteln“ solle.⁶⁷ Sie müsse folglich so gestaltet werden, dass sie sich für die Kirche als ein wirtschaftlich neutraler Vorgang darstellt.⁶⁸

Demgegenüber geht die Gegenauffassung zutreffend davon aus, dass eine angemessene Entschädigung zu leisten ist, die hinter dem vollen Wertersatz zurückbleiben kann.⁶⁹ Maßgeblich ist eine Abwägung zwischen den Interessen der Allgemeinheit und denjenigen der betroffenen Religionsgemeinschaft. Diese Abwägung kann und wird zwar in der Regel ergeben, dass ein voller Wertersatz zu leisten ist; im Einzelfall ist jedoch auch eine geringere Entschädigung denkbar.⁷⁰

Für diese Auffassung spricht zunächst, dass der Entstehungsgeschichte des Art. 138 Abs. 1 WRV gerade nicht, wie dies behauptet wird, zu entnehmen ist, dass den von der Ablösung betroffenen Religionsgemeinschaften kein wirtschaftlicher Schaden entstehen sollte. Konsens bestand allein darüber, dass sie durch die Ablösung nicht in ihrer Lebensfähigkeit beeinträchtigt werden sollten.⁷¹ Das lässt die Möglichkeit offen, bei der Entschädigungssumme hinter dem vollen Wertersatz zurückzubleiben.

Ferner ist anzuführen, dass dem historischen Verfassungsgeber die der Ablösung vergleichbaren Entschädigungsvorgänge im Zuge der Entfeudalisierung der Gesellschaft und der Durchsetzung der Gewerbefreiheit im 19. Jahrhundert noch deutlich vor Augen standen und als Vorbild dienten.⁷² Die damaligen Entschädigungen waren ebenfalls nicht auf einen vollen Wertersatz, sondern auf eine angemessene finanzielle Kompensation gerichtet.

Schließlich ist auf Art. 15 GG hinzuweisen, der mit der Sozialisierung von Eigentum eine vergleichbare Konstellation regelt. Art. 15 Satz 2 GG

⁶⁷ Weber (Fn. 7), S. 39.

⁶⁸ Germann (Fn. 4), Art. 140 Rn. 120; Isensee (Fn. 8), S. 1009 (1016 und 1035 f.); Kästner (Fn. 6), Art. 140 Rn. 597 und 600.

⁶⁹ Czermak (Fn. 36), Rn. 362; Droege (Fn. 3), S. 210 ff.; Ehlers (Fn. 12), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 4; Hans D. Jarass, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 14. Aufl., 2016, Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 2; Magen (Fn. 4), Art. 140 Rn. 127; Ulrich Preuß, in: Erhard Denninger/Wolfgang Hoffmann-Riem/Hans-Peter Schneider/Ekkehart Stein (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Alternativkommentar), 3. Aufl., Losebl., Stand: August 2002, Art. 140 Rn. 61; Rozek (Fn. 13), S. 421 (425); Unruh (Fn. 8), Rn. 527.

⁷⁰ Vgl. Droege (Fn. 3), S. 210 und 217 f.; Unruh (o. Fn. 8), Rn. 527.

⁷¹ v. Campenhausen/Unruh (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 12.

⁷² Siehe dazu Droege (Fn. 3), S. 211 ff.

verweist für die Entschädigung auf Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG, der anordnet, dass diese unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Betroffenen zu bestimmen ist. Insofern liegt nahe, für die Ablösung der Staatsleistungen denselben Maßstab zugrunde zu legen.⁷³

Die Streiffrage darf allerdings nicht über die tatsächlichen Probleme hinwegtäuschen, die sich bei der Berechnung einer Entschädigung ergeben.⁷⁴ Die Schwierigkeit besteht darin, wie der Wert einer grundsätzlich unbefristeten Leistung in einem begrenzten Zeitraum und damit auch in einer begrenzten Höhe veranschlagt, also eine Dauerleistung in eine feste Entschädigungssumme umgerechnet werden kann.⁷⁵

Im Schrifttum wird teilweise die Ansicht vertreten, dass als Ablösung auch die Festsetzung einer dauernden Rente auf der Grundlage der zu berechnenden Ablösungssumme in Betracht komme.⁷⁶ Dem ist jedoch zu widersprechen, obgleich ein solches Vorgehen das bisherige System der Staatsleistungen transparenter machen würde.⁷⁷ Zum einen ist der Begriff in der historischen Entstehungsperspektive im Sinne einer einmaligen und endgültigen Beseitigung der Leistungsverpflichtung des Staates gegenüber den Religionsgemeinschaften verstanden worden. Zum anderen lässt sich eine dauerhafte, unbefristete Fortsetzung der vermögensrechtlichen Verbindung von Staat und Religionsgemeinschaften nicht mit dem Trennungsgebot, das Art. 138 Abs. 1 WRV zugrunde liegt, vereinbaren.⁷⁸

Stattdessen besteht eine Möglichkeit der Ablösung darin, dass mit marktüblichen Berechnungsmethoden ein Kapitalstock festgelegt und den betroffenen Religionsgemeinschaften zur Verfügung gestellt wird, aus dem diese den Betrag, der den bisherigen staatlichen Leistungen entspricht, selbst erwirtschaften können.⁷⁹ Insofern würde die Ablösung eine spiegelbildliche

⁷³ Vgl. *Mager* (Fn. 5), Art. 140 Rn. 73; *Preuß* (Fn. 69), Art. 140 Rn. 61; a. A. *Reisgies* (Fn. 4), ZevKR 58 (2013), 280 (298 f.).

⁷⁴ Vgl. *Korioth* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 11; *Morlok* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 24.

⁷⁵ *Muckel* (Fn. 9), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 16.

⁷⁶ Siehe etwa *Hollerbach* (Fn. 56), § 139 Rn. 59; *Isensee* (Fn. 8), S. 1009 (1036 f.); aus dem älteren Schrifttum *Paul Mikat*, Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: Karl August Bettermann/Hans Carl Nipperdey/Ulrich Scheuner (Hrsg.), *Die Grundrechte*, Bd. IV/1, 1960, S. 228; *Weber* (Fn. 7), S. 41 ff.; *Wehdeking* (Fn. 37), S. 121.

⁷⁷ Vgl. *Classen* (Fn. 64), Rn. 607; *Germann* (Fn. 4), Art. 140 Rn. 124.3; *Jeand'Heur/Korioth* (Fn. 65), Rn. 350; *Korioth* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 11; *Morlok* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 24; *Muckel* (Fn. 9), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 17.

⁷⁸ v. *Campenhausen/Unruh* (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 13; *Classen* (Fn. 64), Rn. 607; *Huber* (Fn. 19), S. 60; *Korioth* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 11; *Morlok* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 24; *Preuß* (Fn. 69), Art. 140 Rn. 62; *Rozek* (Fn. 13), S. 421, 426.

⁷⁹ *Morlok* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 24; *Muckel* (Fn. 9), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 16; vgl. *Felix Hammer*, Ablösung der Staatsleistungen an die Kirche, ZRP 2003, 298; für einen deutlich niedrigeren Ansatz etwa *Classen* (Fn. 64), Rn. 607; *Czermak* (Fn. 36), Rn. 362; *ders.* (Fn. 12), DÖV 2004, 110 (115); *Johannes Wasmuth*, Verfassungsrechtliche Grenzen der institutionellen Kooperation von Staat und Religions-

Funktion zu den historischen Säkularisierungsmaßnahmen darstellen, deren wirtschaftliche Folgen zumindest mit einem Teil der Staatsleistungen ausgeglichen werden sollten.⁸⁰

In der Literatur wird als grober Anhaltspunkt vorgeschlagen, den Kapitalstock durch Multiplikation der Jahresleistung mit dem Faktor 25 zu bestimmen, wobei dies mit der Annahme eines Zinsfußes in Höhe von vier Prozent begründet wird.⁸¹ Dass der Zinssatz annähernd realistisch ist, zeigen die vorgelegten Bilanzen der Bistümer Köln und Paderborn. So warf etwa das Wertpapierdepot des Erzbistums Köln 2013 trotz der allgemeinen Niedrigzinsphase 3,3 Prozent Rendite ab.⁸²

Zuzugeben ist, dass die vollständige Ablösung der Staatsleistungen mittels Zahlung eines Einmalbetrags die staatlichen Haushalte überfordern kann.⁸³ Art. 138 Abs. 1 WRV schreibt jedoch nach der herrschenden Meinung im Schrifttum nicht vor, dass die Ablösung in einem Akt zu erfolgen hat. Vielmehr lässt die Verfassungsvorschrift auch zu, dass die fix berechnete Ablösungssumme durch festgelegte Raten auf der Grundlage eines Tilgungsplans gezahlt wird.⁸⁴

Hilfreich dürfte bei einem solchen Vorgehen sein, den haushaltspolitischen Zusammenhang zwischen dem aufzubringenden Ablösekapital und der dafür, soweit keine anderen Mittel zur Verfügung stehen, nötigen Kreditaufnahme in den Blick zu nehmen. Eine Ablösungsregelung müsste die fortlaufende Jahresleistung als einen Zins auf das Ablösekapital begreifen und um einen fiskalisch noch tragbaren Tilgungsanteil aufstocken. Bei einer

gesellschaften, in: Carl-Eugen Eberle/Martin Ibler/Dieter Lorenz (Hrsg.), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart*. Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag, 2002, S. 607 (627 f.).

⁸⁰ Siehe oben bei Fn. 10.

⁸¹ *Germann* (Fn. 4), Art. 140 Rn. 124.3; *Muckel* (Fn. 9), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 16; *Unruh* (Fn. 16), S. 274 (276); siehe in diesem Zusammenhang auch *Knöppel* (Fn. 26), *ZevKR* 58 (2013), 188 (198); zur Ablösung von Dauerleistungen mit dem 18,6-fachen des Jahreswertes bei Zugrundelegung eines Zinssatzes von 5,5 Prozent nach § 13 Abs. 2 Bewertungsgesetz *de Wall* (Fn. 9), S. 53 (76); nicht adäquat erscheint insofern der Vorschlag in dem Entwurf der Abgeordneten *Raju Sharma, Jan Korte, Petra Pau, Jens Petermann, Frank Tempel, Halina Wawzyniak* und der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz über die Grundsätze zur Ablösung der Staatsleistungen an Religionsgesellschaften v. 29.2.2012, BT-Drucks. 17/8791, S. 3, wonach lediglich eine einmalige Entschädigungszahlung in Höhe des zehnfachen des bisherigen Jahresbetrags gewährt werden sollte.

⁸² *Kaiser* (Fn. 1).

⁸³ Vgl. *Anke* (Fn. 4), 298; *Knöppel* (Fn. 26), *ZevKR* 58 (2013), 188 (195); *Gerhard Robbers*, Förderung der Kirchen durch den Staat, in: *Listl/Pirson* (Fn. 8), S. 867 (875).

⁸⁴ v. *Campenhausen/Unruh* (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 13; *Droege* (Fn. 3), S. 224; *Ehlers* (Fn. 12), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 4; *Jeand'Heur/Korioth* (Fn. 65), Rn. 350; *Kästner* (Fn. 6), Art. 140 Rn. 601; *Korioth* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 11; *Magen* (Fn. 4), Art. 140 Rn. 127; *Muckel* (Fn. 9), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 17; *Preuß* (Fn. 69), Art. 140 Rn. 62; *Unruh* (Fn. 8), Rn. 528; *ders.* (Fn. 16), S. 274 (277); a. A. *Brauns* (Fn. 31), S. 88 ff., insbesondere S. 90: Ablösung als „notwendig einmaliger Akt“; *Huber* (Fn. 19), S. 59 f.

entsprechend erhöhten Jahresgesamtzahlung würde jährlich der Zinsanteil zurückgehen und der Tilgungsanteil steigen.

Ferner kommt eine vollständige Integration der Staatsleistungen in die Staatsschuldenverwaltung in Betracht mit der Folge, dass die Tilgung der Konjunktur angepasst und in die politischen Finanzierungsprioritäten eingeordnet würde. So könnten die Staatsleistungen zum Beispiel durch festverzinsliche, handelbare Staatsanleihen abgelöst werden. Insgesamt erscheint es der Erfüllung des Verfassungsgebots aus Art. 138 Abs. 1 WRV förderlich, den Ablösungsauftrag als Teil des Staatsschuldenproblems zu begreifen und ihn im gleichen Horizont einer Bewältigung zuzuführen.⁸⁵

Schließlich ist der Hinweis angebracht, dass die Staatsleistungen nicht zwingend vollständig unmittelbar durch eine Geldzahlung oder durch mit einem Geldbetrag gehandelte Wertpapiere abgelöst werden müssen. In Betracht kommt zum einen auch eine Mischfinanzierung, die neben einer Geldleistung Grundstücke und Gebäude einschließt.⁸⁶ Insofern könnten den Kirchen beispielsweise bisher im Staatseigentum stehende Wälder und landwirtschaftlich genutzte Flächen übereignet werden. In diesem Zusammenhang könnte auch eine dauerhafte Lösung für Kirchengebäude gefunden werden, die früher als Hofkirchen und Hofkapellen genutzt worden und nach dem Untergang der Monarchie dem Staat zugefallen sind.

Zum anderen könnte ein Teil der Ablössungssumme in ein zeitlich befristetes spezielles Konjunkturprogramm zur Restaurierung baufälliger Gotteshäuser eingebracht werden.⁸⁷ Eine solche Maßnahme ließe sich mit kulturstaatlichen Erwägungen stützen⁸⁸ und würde sogar in Staaten mit einem stärkeren Trennungskonzept, wie in Frankreich oder den Vereinigten Staaten von Amerika, nach einer allerdings nicht unumstrittenen Auffassung für zulässig erachtet.⁸⁹

⁸⁵ *Germann* (Fn. 6), öarr 2014, 41 (69); siehe auch *Matthias Kamann*, EKD-Synode befeuert Debatte über Kirchenfinanzen, *Die Welt* v. 12.11.2013, abgerufen am 13.8.2016 unter <http://www.welt.de/121820731>.

⁸⁶ Vgl. *Huber* (Fn. 19), S. 59; *Magen* (Fn. 4), Art. 140 Rn. 127; *Mikat* (Fn. 76), S. 228.

⁸⁷ Vgl. *Axel Vulpius*, Der Evangelische Kirchenvertrag Sachsen-Anhalt unter besonderer Berücksichtigung der Nihil-obstat-Frage, *JöR* n.F. 43 (1995), 327 (339).

⁸⁸ Vgl. *Morlok* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 22.

⁸⁹ Vgl. *Volker Wick*, Die Trennung von Staat und Kirche. Jüngere Entwicklungen in Frankreich im Vergleich zum deutschen Kooperationsmodell, 2007, S. 121 ff.; *Christian Walter*, Religionsverfassungsrecht in vergleichender und internationaler Perspektive, 2006, S. 179 ff.; *Andie Ross*, Historic Preservation: First Amendment Considerations, 2004; *Ira C. Lupu/Robert W. Tuttle*, Historic Preservation Grants to Houses of Worship: A Case Study in the Survival of Separationism, *Boston College Law Review* 43 (2002), 1139 ff.; *Walter Dellinger*, Constitutionality of Awarding Historic Preservation Grants to Religious Properties, 1995.

IV.

Erfordernis einer Grundsatzgesetzgebung des Bundes

Gemäß Art. 138 Abs. 1 Satz 2 WRV stellt das Reich, unter der Geltung des Grundgesetzes also der Bundesgesetzgeber, die Grundsätze für die Ablösung der Staatsleistungen durch Landesgesetz auf.⁹⁰ Dogmatisch handelt es sich dabei um eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes.⁹¹ Dafür spricht zunächst der Wortlaut der Vorschrift, der keine Anhaltspunkte für die Erforderlichkeit einer Beteiligung oder für eventuelle Eigenkompetenzen der Länder enthält.

Darüber hinaus lässt sich mit dem entstehungsgeschichtlichen Verständnis der Vorschrift argumentieren. Das Reich wurde 1919 bewusst und gewollt als neutraler Dritter zur Grundsatzgesetzgebung eingesetzt, damit sich die ablösungswilligen Länder nicht allein nach den von ihnen selbst gesetzten Maßstäben ihrer Leistungsverpflichtungen gegenüber den Kirchen entledigen konnten und können. Schließlich geht der Sinn und Zweck der Zuweisung der Grundsatzgesetzgebung an das Reich bzw. den Bund dahin, dass die gesamtstaatliche Ebene durch die Vorgabe von Grundsätzen die Einheitlichkeit und Neutralität der landesgesetzlichen Ablösungsgesetzgebung gewährleistet.⁹²

Vor diesem Hintergrund geht die herrschende Meinung davon aus, dass die bisher fehlende Grundsatzgesetzgebung des Bundes eine umfassende Sperrwirkung gegenüber einer Ablösung der Staatsleistungen durch die Länder entfaltet,⁹³ zumal bereits die nicht in das Grundgesetz inkorpo-

⁹⁰ Näher zum notwendigen Inhalt und zur notwendigen Struktur eines Grundsatzgesetzes des Bundes zur Ablösung der Staatsleistungen *Wolff*, in: FS für Badura (Fn. 5), S. 839 (844 ff.); ferner *Reisgies* (Fn. 4), ZevKR 58 (2013), 280 (288 ff.).

⁹¹ *v. Campenhausen/Unruh* (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 14; *Kästner* (Fn. 6), Art. 140 Rn. 603; *Muckel* (Fn. 9), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 19; *Unruh* (o. Fn. 8), Rn. 530; vgl. *Korioth* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 9; a. A. *Droege* (Fn. 3), S. 235 f.; *Reisgies* (Fn. 4), ZevKR 58 (2013), 280 (285 ff.); *Rozeck* (Fn. 13), S. 421 (427).

⁹² *v. Campenhausen/Unruh* (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 14 f.; *Knöppel* (Fn. 26), ZevKR 58 (2013), 188 (193 f.); vgl. *v. Campenhausen/de Wall* (Fn. 4), S. 285; *Isensee* (Fn. 8), S. 1009 (1039 f.); *Kästner* (Fn. 6), Art. 140 Rn. 604; *Reisgies* (Fn. 4), ZevKR 58 (2013), 280 (282); *Wehdeking* (Fn. 37), S. 123.

⁹³ *Droege* (Fn. 3), S. 234 f. und 238 ff.; *Hense* (Fn. 4), S. 257, 262; *Konrad Hesse*, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts seit 1945, JöR n.F. 10 (1961), 3 (59); *Hollerbach* (Fn. 56), § 139 Rn. 57 f.; *Jarass* (Fn. 69), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 2; *Magen* (Fn. 4), Art. 140 Rn. 128; *Morlok* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 25; *Muckel* (Fn. 9), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 19; *Reisgies* (Fn. 4), ZevKR 58 (2013), 280 (283 f.); *Rozeck* (Fn. 13), S. 421 (428 f.); *Unruh* (Fn. 8), Rn. 532; *ders.* (Fn. 16), S. 274 (276); siehe auch *Hammer* (Fn. 79), ZRP 2003, 298; ferner bereits *Huber* (Fn. 19), S. 95, 99 ff. und 106; a. A. *Brauns* (Fn. 31), S. 128 f.; *Preuß* (Fn. 69), Art. 140 Rn. 65; *Ralph Weber*, Städtische Patronate in den neuen Bundesländern und ihre rechtliche Verbindlichkeit, dargestellt am Beispiel der Hansestadt Rostock, in: Wilfried Erbguth/Friedrich Müller/Volker Neumann (Hrsg.), Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch. Gedächtnisschrift für Bernd Jeand'Heur, 1999, S. 281 (296); *Wolff* (Fn. 90), S. 839 (848 ff.); *ders.* (Fn. 5), ZRP 2003, 12 ff.

rierte, aber schon zur Weimarer Zeit nur als deklaratorisch verstandene⁹⁴ Vorschrift des Art. 173 WRV besagt hatte, dass die bisherigen auf Gesetz, Vertrag oder besonderen Rechtstiteln beruhenden Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften bis zum Erlass eines Reichsgesetzes bestehen bleiben. Die Länder dürften mithin ohne Grundsatzgesetzgebung des Bundes keine Ablösungsgesetze erlassen.⁹⁵

Teilweise wird sogar angenommen, dass die einvernehmliche Beendigung der Staatsleistungen durch Vertrag zwischen einem Land und einer Religionsgemeinschaft nicht zulässig sei. Die notwendig jeder landesrechtlichen Ablösung vorhergehende Grundsatzgesetzgebung des Bundes sei nicht disponibel.⁹⁶ Sie sei vielmehr „aus entstehungsgeschichtlichen, teleologischen und logischen Gründen aufgrund ihrer verfassungsnotwendigen Konkretisierungs- und Koordinierungsfunktion unverzichtbar“.⁹⁷

Dem ist jedoch zu widersprechen. Zunächst meint die Ablösung im Sinne des Art. 138 Abs. 1 WRV, wie dargelegt,⁹⁸ nur die einseitige Aufhebung der staatlichen Leistungsverpflichtung. Die Verfassungsbestimmung sieht vor, dass eine solche Aufhebung durch die Landesgesetzgebung erfolgen muss; ein hoheitlicher Akt, der im Rang unter dem Gesetz steht, genügt nicht. Dies zeigt nicht nur, dass auch bei belastenden Maßnahmen gegenüber den Religionsgemeinschaften der Vorbehalt des Gesetzes gilt, sondern ist auch Ausdruck des Respekts vor den Kirchen und ihrer historisch fundierten Stellung in der Gesellschaft. Umgekehrt findet die Verpflichtung zur Ablösung der Staatsleistungen durch Landesgesetz keine Anwendung auf eine Beendigung der Finanzbeziehungen zwischen Staat und Religionsgemeinschaften, die von beiden Seiten getragen wird.

Darüber hinaus ist in teleologischer Perspektive zu berücksichtigen, dass mit dem Erfordernis eines Grundsatzgesetzes des Reiches bzw. Bundes nicht zuletzt die Intention verbunden ist, die Religionsgemeinschaften vor

⁹⁴ Vgl. RGZ 128, Anhang S. 15 (35); BVerwG, NVwZ 1996, 786; *Anschütz* (Fn. 54), Art. 138 Anm. 3 (S. 651 f.) und Art. 173 Anm. 1 (S. 755 f.); *Israël* (Fn. 21), S. 47 f., 55 und 60; *Droege* (Fn. 3), S. 234; *Hollerbach* (Fn. 56), § 139 Rn. 58; *Link* (Fn. 20), ÖAKR 39 (1990), 205 (210); *Magen* (Fn. 4), Art. 140 Rn. 129 Fn. 403; *Unruh* (Fn. 8), Rn. 534; *de Wall* (Fn. 9), S. 53, 73 f.; a. A. *Huber* (Fn. 19), S. 95 f.

⁹⁵ v. *Campenhausen/Unruh* (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 15; *Germann* (Fn. 4), Art. 140 Rn. 124; *Isensee* (Fn. 8), S. 1009 (1049 f.); *Kästner* (Fn. 6), Art. 140 Rn. 602; *Korioth* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 9; *Mager* (Fn. 5), Art. 140 Rn. 74; *Muckel* (Fn. 9), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 19; *Stern* (Fn. 12), S. 1327 und 1332; *Weber* (Fn. 93), S. 281 (296).

⁹⁶ *Droege* (Fn. 3), S. 243; vgl. *Huber* (Fn. 19), S. 99 f.; *Preuß* (Fn. 69), Art. 140 Rn. 64; *Wehdeking* (Fn. 37), S. 123 f.

⁹⁷ v. *Campenhausen/Unruh* (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 16; siehe auch *Jeand'Heur/Korioth* (Fn. 65), Rn. 350; *Rozeck* (Fn. 13), S. 421 (429); *Sailer* (Fn. 32), ZRP 2001, 80 (83 f.); *Unruh* (Fn. 8), Rn. 533; *ders.* (Fn. 16), S. 274 (276).

⁹⁸ Siehe oben bei Fn. 64.

einer Übervorteilung durch die Länder zu schützen.⁹⁹ Bei einer einvernehmlichen Regelung hat die jeweilige Religionsgemeinschaft jedoch die Möglichkeit selbst darauf zu achten, dass das Land keine Regelung durchsetzt, die einseitig an seinen Eigeninteressen orientiert ist. Insofern bedarf es des Reiches bzw. Bundes als einer neutralen Instanz, die über einen gerechten Ausgleich wacht, nicht.¹⁰⁰

Folglich können die Länder mit den Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften vertragliche Vereinbarungen über die Beendigung von Staatsleistungen treffen, ohne durch ein fehlendes Grundsatzgesetz des Bundes daran gehindert zu sein.¹⁰¹ In den Ländern Brandenburg und Nordrhein-Westfalen ist eine Ablösung der Staatsleistungen an die Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften durch Vertrag sogar verfassungsrechtlich vorgesehen.¹⁰²

Tatsächlich dürfte dieser Weg mittlerweile einer einseitigen Ablösung durch Landesgesetz vorzuziehen sein, denn Art. 18 Abs. 1 des Reichskonkordats von 1933, das unter dem Grundgesetz fortgilt,¹⁰³ bestimmt nicht zuletzt mit Blick auf die Ablösungsgesetzgebung, dass vor dem Erlass einer Reichs- bzw. Bundesregelung das freundschaftliche Einvernehmen mit der römisch-katholischen Kirche herzustellen ist. Aus Gründen der Parität muss dieses Einvernehmen auch mit anderen betroffenen Religionsgemeinschaften erreicht werden.¹⁰⁴

Insgesamt ergibt sich für die Länder aus Art. 138 Abs. 1 WRV die Pflicht, ihre Staatsleistungen an die Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften gegen Entschädigung zu beenden. Diese Pflicht besteht auch ohne Vorliegen eines Bundesgesetzes, das die Grundsätze der Ablösung regelt. Insofern trifft die im Schrifttum vertretene Auffassung, dass die Entscheidung über die Ablösung letztlich der politischen Opportunität unterliegt,¹⁰⁵ nicht zu.¹⁰⁶ Verfassungsaufträge sind auch dann zu beachten, wenn ihre Nichterfüllung

⁹⁹ Vgl. *Isensee* (Fn. 8), S. 1009 (1039 f.).

¹⁰⁰ Vgl. *Mikat* (Fn. 76), S. 229; *Reisgies* (Fn. 4), ZevKR 58 (2013), 280 (284).

¹⁰¹ *Ehlers* (Fn. 12), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 4; *Germann* (Fn. 4), Art. 140 Rn. 125; *ders.* (Fn. 6), öarr 2014, 41 (67); *Isensee* (Fn. 8), S. 1009 (1050); *Jeand'Heur/Korioth* (Fn. 65), Rn. 350; *Kästner* (Fn. 6), Art. 140 Rn. 602 und 604; *Magen* (Fn. 4), Art. 140 Rn. 129; *Mager* (Fn. 5), Art. 140 Rn. 74.

¹⁰² Art. 37 Abs. 2 LVerf Brandenburg; Art. 21 Verf NRW.

¹⁰³ BVerfGE 6, 309 (330 ff. und 338).

¹⁰⁴ *Axer* (Fn. 58), AfkKR 156 (1987), 460 (468); *v. Campenhausen/Unruh* (Fn. 4), Art. 138 WRV Rn. 14; *v. Campenhausen/de Wall* (Fn. 4), S. 285 f.; *Isensee* (Fn. 8), S. 1009 (1042); *Jeand'Heur/Korioth* (Fn. 65), Rn. 350; *Kästner* (Fn. 6), Art. 140 Rn. 605; *Korioth* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 9; *Muckel* (Fn. 9), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 9; *Scheuner* (Fn. 20), S. 381 (389); *Weber* (Fn. 7), S. 35 und 45 f.

¹⁰⁵ *Jeand'Heur/Korioth* (Fn. 65), Rn. 350; *Kästner* (Fn. 6), Art. 140 Rn. 604; *Korioth* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 10; *Muckel* (Fn. 9), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 20.

¹⁰⁶ *Germann* (Fn. 4), Art. 140 Rn. 125.1.

nicht sanktionsbewehrt¹⁰⁷ und ihre Erfüllung teuer¹⁰⁸ und politisch nicht opportun¹⁰⁹ ist.

V.

Fazit

Nach allem sind die Länder aufgefordert, den an sie gerichteten Verfassungsauftrag des Art. 138 Abs. 1 WRV nicht länger zu ignorieren, sondern ernst zu nehmen und Schritte in Richtung seiner Erfüllung zu gehen. Dies gilt umso mehr, als die Zahlung von Unterhaltsleistungen an die Kirchen aufgrund von Rechtstiteln, die teilweise hunderte Jahre alt sind, angesichts der fortschreitenden Distanzierung von den Kirchen, die sich in der Zahl der Kirchengaustritte manifestiert, der zunehmenden religiösen Pluralisierung und auch Individualisierung von Religion nicht mehr zeitgemäß erscheint.

Der säkulare, religiös neutrale Staat muss seine Finanzbeziehungen zu den Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften, die aus einer Epoche mitgeführt worden sind, in der er sich selbst anders verstanden hat, beenden, wenn er weiterhin Heimstatt für alle Bürger, auch für seine neuen sein möchte. Die Heimstatt meint einen Fluchtpunkt der Identität und der Identifizierung mit den in Staat und Gesellschaft gelebten Werten. Sie kann für viele nicht entstehen und bestehen, wenn der Staat eine Nähe zu einzelnen Religionsgemeinschaften einnimmt, die nur noch historisch zu erklären ist und sich heutzutage unter Paritätsgesichtspunkten schwer begründen lässt.

Zuletzt könnten auch die Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften, die bislang Staatsleistungen erhalten haben, von deren Ablösung profitieren. Zum einen würden sie Planungssicherheit für die Zukunft erhalten. Sie bekämen eine Summe, mit der sie eigenständig wirtschaften sowie den in den nächsten Jahren auf ihre Haushalte zusteuernden erheblichen Anstieg der Pensions- und Beihilfebelasten¹¹⁰ meistern könnten. Sie müssten nicht mehr befürchten, dass sie trotz der Verfassungsgarantie des Art. 140 GG i. V. m. Art. 138 Abs. 1 WRV aufgrund einer möglicherweise weiter zunehmenden Kirchenfeindlichkeit in Politik und Gesellschaft irgendwann mit Nichts in den Händen zurückgelassen oder mit beinahe Nichts abgepeist werden.¹¹¹

¹⁰⁷ Vgl. *Droege* (Fn. 12), NdsVBl. 2012, 1 (4); *Germann* (Fn. 4), Art. 140 Rn. 125.1; *Korioth* (Fn. 4), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 10; *Muckel* (Fn. 9), Art. 140/Art. 138 WRV Rn. 20.

¹⁰⁸ Vgl. *Kästner* (Fn. 6), Art. 140 Rn. 574; *Unruh* (Fn. 16), S. 274 (277).

¹⁰⁹ Vgl. *Germann* (Fn. 6), öarr 2014, 41 (68f.).

¹¹⁰ Vgl. *Kamann* (Fn. 85).

¹¹¹ Vgl. bereits *Israël* (Fn. 21), S. 35; zu einem entsprechenden Vorstoß etwa *Czermak* (Fn. 12), DÖV 2004, 110 (115).

Zum anderen könnte mit der Entflechtung der Finanzbeziehungen zum Staat langfristig ein Reputationsgewinn für die Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften einhergehen. Die Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften müssten sich nicht mehr mit Blick auf ihre historische überkommene Stellung rechtfertigen. Vielmehr wäre klargestellt, dass sie die weitere Unterstützung, die sie vom Staat erhalten, mit Blick auf ihr Engagement für das Gemeinwohl verdienen. Eine solche Klarstellung wiederum könnte andere Religionsgemeinschaften, insbesondere auch diejenigen, welche stark von Zuwanderung aus dem Ausland geprägt sind, dazu motivieren, ebenfalls Aktivitäten zu entfalten, die im öffentlichen Interesse sind. Das hätte dann eine integrierende Wirkung, die sowohl dem Staat als auch der Gesellschaft insgesamt zugute käme.

Vom Leistungsträger im Sozialstaat zum Wettbewerber auf dem Sozialmarkt – Diakonie unter veränderten wohlfahrtsstaatlichen Bedingungen*

Traugott Jähnichen

I.

Einleitung

Der Begriff „Diakonie“ ist seit rund 50 Jahren zu einer prägnanten Marke christlich motivierter Hilfe für Menschen in Notlagen geworden. In der Tradition der Inneren Mission und des kirchlichen Hilfswerks hat die Diakonie geeignete Institutionen und Infrastrukturen geschaffen, um das Helfen auf Dauer zu stellen, zu professionalisieren und an neue Rahmenbedingungen und Bedarfslagen anzupassen. Dazu gehört auch, die begrenzten Ressourcen, die für die Hilfe zur Verfügung stehen, möglichst effizient einzusetzen, also eine Ökonomie des Helfens zu entwickeln. Dieser Aspekt ist insbesondere seit den 1990er Jahren unter veränderten wohlfahrtsstaatlichen Bedingungen in den Fokus diakoniewissenschaftlicher Diskurse gerückt worden.

Diakonisches Handeln bewegt sich somit unter zunehmend komplizierteren Bedingungen, die sich anhand eines Spannungsfeldes von vier Dimensionen beschreiben lassen: Es ist das Spannungsfeld von christlicher bzw. evangelischer Tradition und Identität, sozialarbeitsbezogener Fachlichkeit und Professionalität, ökonomischer Effizienz und Effektivität sowie einer gegenwärtig zunehmenden religiösen und weltanschaulichen Pluralität. Diese Dimensionen sind nicht ohne weiteres zu einem harmonischen Viereck zu ordnen, sondern eher im Sinn eines sich ständig verschiebenden Kräfte-Parallelogramms zu verstehen, auf dessen Seiten einerseits mit unterschiedlicher Massivität Kräfte von außen einwirken (politische und ökonomische Rahmenbedingungen, gesellschaftliche Entwicklungen u. a.) und das andererseits von innen bewusst gestaltet und geformt werden kann.

In dem folgenden Beitrag soll insbesondere die Spannung zwischen evangelischer Tradition und sozialer Fachlichkeit einerseits sowie den veränderten ökonomischen Bedingungen andererseits thematisiert werden. Dass diese Spannung unmittelbare Auswirkungen auf die Arbeitsrechts-

* Der Beitrag geht auf einen Vortrag zurück, den der Verfasser auf der Kirchenjuristentagung der EKD, 13.–16. Juni 2016 in Villigst gehalten hat.

setzung hat, ist evident. Seit dem Ende der 1990er Jahre ist die Konflikthaftigkeit der Arbeitsrechtssetzung im kirchlich-diakonischen Bereich deutlich angestiegen, was schließlich zu einem grundsätzlicheren Urteil des Bundesarbeitsgerichts im November 2012 geführt hat. Dieses Urteil respektiert explizit das kirchliche Leitbild der Dienstgemeinschaft und damit die eigenständige Gestaltung der kirchlich-diakonischen Arbeitsbeziehungen in einer sozialstaatskonformen Weise, weshalb dies im Rahmen einer angemessenen Zusammenarbeit mit den Gewerkschaften zu geschehen habe. Vor diesem Hintergrund diskutieren seither viele Landeskirchen und diakonischen Verbände, ob und inwiefern das kirchliche Arbeitsrecht zu reformieren ist.

II.

Die ökonomischen Modernisierungsprozesse der Diakonie seit den 1990er Jahren

1. Neuorientierungen der konfessionellen Wohlfahrtsverbände seit den 1970er Jahren

Die Zeit der 1970er Jahre wird im Rückblick als das „goldene Zeitalter“ des bundesdeutschen Sozialstaates bezeichnet, da in dieser Zeit erhebliche Ausweitungen und Verbesserungen der sozialen Arbeit in finanzieller wie in fachlicher Hinsicht erfolgt sind. Es kam insbesondere zu einer deutlichen Aufwertung sozialer Berufe auf Grund einer veränderten, oft akademisch orientierten Qualifizierung, einer entsprechenden Anhebung der Entgeltstrukturen und damit verbunden zu erheblichen Ansehensgewinnen der Beschäftigten. Dies führte zu einem enormen Anstieg der Beschäftigtenzahlen: In der Diakonie stieg die Zahl der Mitarbeitenden zwischen 1956 und 1967 trotz einer deutlichen Ausweitung der Tätigkeitsbereiche und großer Bedarfe vor allem im Bereich der Jugendhilfe lediglich von 86.626 auf 116.957, um sich dann zwischen 1970 und 1982 von 124.992 auf 243.320 Mitarbeitende nahezu zu verdoppeln. Seit 1982 ist die Zahl der hauptamtlichen Mitarbeitenden bis zur Gegenwart noch einmal um rund 200.000 gestiegen. Ein wesentlicher Aspekt dieser Zunahme ist in der Integration bzw. dem Neuaufbau diakonischer Einrichtungen in den neuen Bundesländern zu verorten.

Durch diese in den 1970er Jahren einsetzenden Entwicklungen ist es zu einer stark veränderten Mitarbeitendenstruktur gekommen: In der Diakonie arbeiten kaum noch Angehörige von Diakonissenmutterhäusern oder anderer religiöser Gemeinschaften, die große Mehrzahl sind an Hochschulen ausgebildete hauptamtliche Mitarbeitende mit einer sozialreligiösen Motivstruktur, wobei sich seit dem letzten Jahrzehnt die religiöse Dimen-

sion der sozialen Hilfemotivation zunehmend zu verflüchtigen scheint.¹ Der Wandel von einer traditionellen, eher auf den Gottesdienst zentrierten Glaubenspraxis hin zu einer „Sozialreligion“² des christlichen Glaubens mit einem stark innerweltlichen Sozialaktivismus findet einen bedeutsamen Resonanzraum einerseits in den Kirchen selbst wie andererseits in den Verbänden und Einrichtungen von Diakonie und Caritas. Fachlichkeit und Christlichkeit werden in diesem Zusammenhang zumeist so einander zugeordnet, dass die Fachlichkeit im Selbstverständnis der Akteure eine immer wichtigere Bedeutung erhält und die Christlichkeit eher in der Motivation der Akteure verortet oder allgemein als sozialreligiöser Impuls des mitmenschlichen Helfens verstanden wird.

Im Kontext der starken Ausweitung der sozialen Dienste in den 1970er Jahren verbunden mit der skizzierten Erhöhung der Mitarbeitendenzahlen kam es durch eine auskömmliche Gestaltung des Kostendeckungsprinzips zu einer angemessenen Finanzierung der sozialen Arbeit, indem in der Regel die notwendigen, wesentlich vom benötigten Personal her aufgeschlüsselten Kosten durch die Sozialversicherungsträger oder durch das Land oder die Kommunen erstattet wurden. Verbunden mit einer der Ausbildung angemessenen Entlohnung stieg die Attraktivität sozialer Berufe stark an. Dadurch wurde eine nahezu nahtlose – nicht zuletzt finanzielle – Integration der Diakonie wie der anderen Verbände der freien Wohlfahrtspflege in das bundesdeutsche Sozialsystem, die sich das Feld weithin im Sinn einer klientelbezogenen Arbeitsteilung nach konfessioneller bzw. milieubestimmter Zugehörigkeit aufteilten, vollzogen. Diese trotz einzelner Konflikte komfortable Situation der Verbände der freien Wohlfahrtspflege geriet angesichts sich zuspitzender Finanzierungsschwierigkeiten seitens der öffentlichen Hand und der Sozialversicherungsträger nach und nach unter einen erheblichen Veränderungsdruck.

2. Die veränderten ökonomischen Rahmenbedingungen diakonischen Handelns

Die sich bereits in den 1980er Jahren mit ersten sog. Kostendämpfungsmaßnahmen im Gesundheitswesen abzeichnende Aufgabe einer ökonomischen Modernisierung diakonischen Handelns ist seit den 1990er Jahren durch politische Vorgaben notwendig geworden. Seither ist die Finanzie-

¹ Leider gibt es keine aktuellen Studien zur Motivation und religiösen Einstellung diakonischer Mitarbeitender. Vgl. aber entsprechende Hinweise in der qualitativ angelegten Studie von M. Dürr, „Dienstgemeinschaft sagt mir nichts.“ Glaubenseinstellungen, Motivationen und Mobilisierungspotenziale diakonisch Beschäftigter (Entwürfe zur christlichen Gesellschaftswissenschaft 33), Münster 2016.

² Vgl. F. Fürstenberg, Die Zukunft der Sozialreligion und ihre Organisationsformen, in: Gabriel (Hg.), Herausforderungen kirchlicher Wohlfahrtsverbände, Berlin 2001, S. 49–59.

rung umgestellt worden von einer Inputsteuerung durch die Bezahlung von Aufgaben hin zu einer Outputsteuerung durch Kontrakte und Zielvereinbarungen mit Leistungsindikatoren und vorgegebenen Budgets.³ An die Stelle des Kostendeckungsprinzips sind durch die Einführung von Budgets und Fallpauschalen, durch Leistungskomplexe in der Pflege oder durch Fachleistungsstunden in der Kinder- und Jugendhilfe prospektive Finanzierungsinstrumente entwickelt worden. Die Ergebnisse werden kontrolliert durch hohe Anforderungen an Transparenz (Dokumentation) und an das Qualitätsmanagement in den Einrichtungen.

Damit ist es zu einer Etablierung eines „Quasi-Marktes“⁴ für soziale Dienstleistungen gekommen, wodurch nicht zuletzt das wirtschaftliche Risiko in stärkerer Weise auf die Anbieter sozialer Leistungen übertragen worden ist. Durch die damit einhergehende Pluralisierung der Trägerstruktur hat sich in einigen Bereichen des Sozial- und Gesundheitswesens – speziell in den Bereichen der Krankenhäuser sowie der Einrichtungen der Pflegedienste und der Altenhilfe – eine Wettbewerbssituation mit privatwirtschaftlich-profitorientierten Unternehmen entwickelt. Seit rund 15 Jahren lässt sich in diesen Bereichen eine deutliche Verschiebung in der Trägerstruktur feststellen, indem der Anteil der privatwirtschaftlichen Träger steigt und derjenige der freigemeinnützigen sinkt.

Die Wettbewerbssituation erzwingt eine ökonomische Modernisierung auch der Diakonie, wie sie sich insbesondere in tiefgreifenden Veränderungen der Organisationsformen niederschlägt. Vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen hat zuletzt die EKD-Synode im Jahr 2013 nachdrücklich von dem „enormen Kostendruck ... (, der) ... auf den Einrichtungen“⁵ lastet, gesprochen.

Auf der Ebene der unternehmerischen Diakonie und vieler Einrichtungen ist es zu einer zunehmenden Verbetriebswirtschaftlichung der Organisationen gekommen. Typisch ist dabei die verstärkte Ausbildung expansiver Großstrukturen, die verschiedene Dienstleistungen oder die Beschaffungsaufgaben zentralisiert und damit kostengünstiger abwickelt. Auf diesem Weg ist es vielen Einrichtungen gelungen, insbesondere auf Grund der neu gewonnenen Größenvorteile und durch andere Synergie-Effekte, wie insbesondere die Zusammenlegungen von Verwaltungen und anderen zentralen Diensten, kostengünstiger zu arbeiten. Ein weiteres, schon seit längerer Zeit etabliertes Element der organisatorischen Neustrukturierung ist das Outsourcen von bestimmten einfachen Servicediensten, was durch die

³ Vgl. U. Becker (Hg), *Perspektiven der Diakonie im gesellschaftlichen Wandel*, Neukirchen-Vluyn 2011, S. 80f, 85 f.

⁴ Vgl. J. Le Grand, *Quasi-Markets and Social Policy*, in: *The Economic Journal* 101 (1991), S. 1256–1267.

⁵ Beschluss der Synode der EKD vom 13.11.2013.

Vermarktlichung dieser Leistungen im Vergleich zur traditionellen Eingliederung in die eigene Organisationsstruktur ebenfalls Kostenvorteile mit sich bringt. Als weitere Beispiele sind die Konzentration auf bestimmte „lohnende“ Betätigungsfelder, die Selektion lukrativer „Fälle“, Formen der Arbeitsverdichtung und schließlich der Wechsel der Führungseliten hin zu Managern und Betriebswirten zu nennen.

Mit diesen organisatorischen Veränderungen sind auf der anderen Seite aber auch neue Herausforderungen zu bewältigen. Der Trend zu Großstrukturen kann in eine Spannung zu der angestrebten Nähe zu den Klienten oder auch zu regionalen Besonderheiten treten. Problematisch sind vor allem aber verschiedene unerwünschte Folgen der ökonomischen Modernisierung, die von der verdeckten Rationierung⁶ und der wirtschaftlichen Risikoselektion in einer „Auswahl-Diakonie“⁷ über eine erlös- und nicht bedürfnisorientierte Versorgung – im Krankenhaus etwa in Form maximierter Diagnostik und minimierter Behandlungszeiten mit entsprechenden Drehtüreffekten – reichen können.

Ferner gehen diese Transformationen bisweilen mit einer weiteren Enttraditionalisierung der Leitungsstrukturen einher, wobei nicht allein von den traditionellen, sich vereinzelt noch durchhaltenden sozialpatriarchalischen Gesten Abschied genommen wurde, sondern auch die grundlegenden symbolischen Deutungen des eigenen Handelns an den Rand gedrängt worden sind. So ist in einigen Einrichtungen der genuin theologische Einfluss auf die Gestaltung der Leitungsstrukturen zugunsten des Managementwissens deutlich zurückgegangen. Die etwa von *Alfred Jäger* eingeforderte „theologische Achse“⁸ als wesentlicher Antrieb der diakonischen Unternehmenslenkung ist vielfach durch Kalküle einer ökonomisch bestimmten Wettbewerbsorientierung verdrängt worden.

Diese Strategien sind häufig Gegenstand kontroverser Debatten sowohl in kirchlichen wie auch in diakonischen Gremien. Befürworter einer ökonomisch geprägten Modernisierung der Diakonie kritisieren diesbezüglich den moralisch hoch aufgeladenen „Streit um mögliche Spannungen zwischen religiöser Norm und ökonomischer Rationalität.“⁹ Demgegenüber werden die neuen, betriebswirtschaftlich orientierten Steuerungsinstrumente von vielen Akteuren in den Einrichtungen als Ausdruck einer zunehmenden „Vermarktlichung“ des Sozialen kritisiert, die in einer Spannung zu den fachlichen Standards gesehen werden und dem eigenen, zumeist

⁶ Vgl. *C. Fuchs*, Rationalisierung, Rationierung und Priorisierung – was ist gemeint?, in: *Deutsches Ärzteblatt* 106 (12) (2009), A 554–557.

⁷ Vgl. *H. Haslinger*, Diakonie. Grundlagen für die soziale Arbeit der Kirche, Paderborn 2009, S. 146 ff.

⁸ Vgl. *A. Jäger*, Diakonische Unternehmenspolitik, Gütersloh 1991, S. 33–42.

⁹ *F. W. Graf*, Kirchendämmerung. Wie die Kirchen unser Vertrauen verspielen, München 2012, S. 160.

sozialreligiös geprägten Selbstverständnis widersprechen.¹⁰ Somit könnten bestimmte Formen der Ökonomisierung zu einer Deprofessionalisierung und Demotivierung der Mitarbeitenden führen.

3. Spannungen zwischen dem Berufsethos der Diakonie-Mitarbeitenden und den ökonomisch bedingten Veränderungsprozessen

Die skizzierten Umbruchprozesse in der Diakonie sind in besonderer Weise von den Mitarbeitenden in ihrer alltäglichen Arbeit zu bewältigen. Viele fragen, ob auf Grund der neuen ökonomischen Steuerungsmodelle der diakonische Kern des eigenen Arbeitsfeldes gefährdet ist, etwa wenn in der Zuwendung zu den anbefohlenen Menschen das Zeitmanagement derart strukturiert wird, dass die notwendige Zeit für eine angemessene Pflege, geschweige denn für eine persönliche oder seelsorgliche Zuwendung, nicht eingeplant ist. In der Regel bauen Pflegende und Gepflegte, zumindest wenn die Kontakte nicht sehr kurzfristig sind, ein persönliches Vertrauensverhältnis auf. Man betont, dass man sich schätzt oder sogar mag und legt Wert auf eine Stabilisierung der Beziehungen. Gleichzeitig besteht ein professionelles Dienstleistungsverhältnis, um Verpflichtungen zu begrenzen und eine zu starke Betonung der persönlichen Seite zu reduzieren, denn für den Pflegenden ist die Beziehung primär durch den Beruf konstituiert und dient nicht zuletzt dem eigenen Lebensunterhalt. Insofern gehören Mehrfachkodierungen¹¹ stets zur Logik helfender Berufe. Wenn allerdings die Warenförmigkeit der Hilfe dazu führen sollte, dass die Hilfe so weit versachlicht wird, dass die Beteiligten sich als Personen aus dem Blick verlieren, dann werden die Eigenlogik des Helfens und damit insbesondere die Nächstenliebe verdrängt. Diese Gefahr sollte zumindest im Sinn einer möglichen Bedrohung diakonischen Handelns als kritisches Wahrnehmungsmuster präsent sein, damit solche Tendenzen in diakonischen Tätigkeitsfeldern vermieden werden können.

Eine empirische Studie der Universität Bremen¹² zeigt diese Spannungen zwischen dem sozialen Berufsethos der Mitarbeitenden und den neuen Managementstrategien exemplarisch auf. So haben Pflege-Mitarbeitende in Ergänzung zu den objektivier- und dokumentierbaren Seiten ihres pro-

¹⁰ Vgl. u. a. I. Hübner, Diakonie und Ökonomisierung, in: Diakonie Jahrbuch 2002, Stuttgart 2002, S. 64–68; S. Fleßa, Arme habt ihr allezeit! Ein Plädoyer für eine armutsorientierte Diakonie, Göttingen 2003.

¹¹ Vgl. T. Moos, Ökonomisierung der Nächstenliebe. Was hat die Diakonie auf dem sozialen Markt verloren?, in: ZEE 61 (2017), S. 26–39.

¹² Die Studie ist von Christel Kumbruck, Nicole Bornheim und Eva Senghaas-Knobloch erstellt worden. Grundlegende Ergebnisse werden diskutiert in dem Beitrag E. Senghaas-Knobloch/C. Kumbruck, Das Ethos fürsorglicher (Pflege)Praxis in der modernen Dienstleistungsgesellschaft, in: Jahrbuch Sozialer Protestantismus 2. Von der Barmherzigkeit zum „Sozialmarkt“?, Gütersloh 2008, S. 88–110.

fessionellen Handelns die intensive Wahrnehmung der Patienten, ihre eigene Haltung ihnen gegenüber, die kommunikativen Anteile der Pflege sowie kleinere „Allerwärtsarbeiten“ als wesentlich für einen guten Umgang in der Pflege bezeichnet, wenngleich diese Leistungen in der Ausbildung und im Blick auf ökonomische Berechnungen eher als sekundär gelten oder gar nicht bewertet werden. Zwar lehnen die Pflegekräfte die neuen Anforderungen des Qualitätsmanagements und der Dokumentationen nicht einfach ab, aber sie kritisieren ein einseitig medizinorientiertes Pflegeverständnis, das in ihrer Wahrnehmung eine funktionalistische Reduktion bedeutet. Stattdessen betonen sie eine schwer in Messzahlen auszudrückende empathische Dimension ihres beruflichen Güteanspruchs, die auf Grund der rigiden Zeitvorgaben zunehmend als irrelevant oder sogar überflüssig betrachtet wird.¹³ Diese Situation erzeugt häufig das Gefühl, dem eigenen beruflichen Selbstbild wie den notwendigen Erfordernissen nicht gerecht zu werden, was von den Betroffenen als belastend erlebt wird.

Zusammenfassend kann die Prägung des Berufsethos der Mitarbeitenden in Pflegeberufen allgemein und speziell in der Diakonie dahingehend beschrieben werden, dass sie stark von persönlich geprägten, normativen Einstellungen bestimmt sind. Diese Grundhaltung gerät gegenwärtig in eine von den Betroffenen häufig als konfliktreich erfahrene Spannung zu dem zunehmend durch die ökonomischen Rahmendaten veränderten Berufsalltag.

III.

Herausforderungen für diakonische Unternehmens- und Leitungsverantwortung

1. Die Aufgabe der Profilierung einer spezifisch diakonischen Organisationskultur im Horizont des Leitbildes der Dienstgemeinschaft

Die skizzierten Herausforderungen einer auf Sozialmärkten aktiven Diakonie sind wesentlich auf der Ebene einer profilierten diakonischen Organisationskultur aufzunehmen. Dazu gehört, deutlich zu machen, dass „Effizienz und Nächstenliebe ... im Sinn des christlichen Glaubens keine Gegensätze“¹⁴ sind. Vielmehr ist rational und kontrolliert mit den Ressourcen umzugehen, um einen optimalen Mitteleinsatz und eine hohe Qualität zu garantieren. Dabei wird es darauf ankommen, dass die ökonomischen Aspekte letztlich eine dienende Funktion zur Verbesserung des Hilfehan-

¹³ Vgl. E. Senghaas-Knobloch/C. Kumbruck (Anm. 12), insbes. S. 99 ff.

¹⁴ G. Wegner, Ent-täuschte Begeisterung, Diakonie-/Sozialstationen im Spannungsfeld christlicher Nächstenliebe und sozialpolitischer Entwicklungen, in: Jahrbuch Sozialer Protestantismus 2, Gütersloh 2008, S. 119.

delns einnehmen, keinesfalls aber – was nach den empirischen Erkenntnissen zumindest teilweise der Fall zu sein scheint – eine einschränkende Bedingung des Berufsethos darstellen.

Als theologisch relevanter Kern dieser Herausforderung lässt sich die Frage identifizieren, wie eine hoch diversifizierte und professionalisierte, zudem unterschiedlich besoldete Arbeiterschaft sich als eine dem Zweck des Helfens dienende „Dienstgemeinschaft“ verstehen kann. Eine Studie zu den Arbeitsbedingungen in konfessionellen Krankenhäusern zeigt eine interessante „Neuentdeckung“¹⁵ des Begriffs der Dienstgemeinschaft auf, indem Mitarbeitende den Begriff im Blick auf die konkreten betrieblichen Arbeitsverhältnisse positiv aufgenommen und z.T. kritisch gegen die Praxis ihrer Dienstgeber gewendet haben, die ihrerseits z.T. für eine „Entideologisierung“ und damit faktisch für eine Entschärfung der normativen Ansprüche der Dienstgemeinschaft plädiert haben.¹⁶ Bei aller Vorsicht solcher Befunde auf Grund einer diesbezüglich recht unsicheren Datenlage ist davon auszugehen, dass das Leitbild der Dienstgemeinschaft bei den Mitarbeitenden nicht immer bekannt und mit vielen Unschärfen assoziiert wird, es jedoch prinzipiell anschlussfähig für die Deutung des Arbeitens in den Bereichen von Diakonie und Kirche zu sein scheint. Auch wenn eine gewisse Skepsis gegenüber dem individuellen Sinnerleben in Organisationen bestehen mag,¹⁷ so ist dieses doch ein unverzichtbarer Bezugspunkt im Kontext des Hilfehandelns, für das die Diakonie steht.

Das Konzept der Dienstgemeinschaft sollte sich somit nicht, wie weithin in der Vergangenheit geschehen, auf eine Legitimationsformel zur Sicherung der eigenen Identität reduzieren, um die Besonderheiten des kirchlichen Arbeitsrechts im Sinn eines Abgrenzungsprinzips zu anderen Arbeitsverhältnissen juristisch anschlussfähig zu beschreiben, sondern muss wesentlich in der beruflichen Praxis erlebbar sein. Insofern sind die ökonomischen Modernisierungsprozesse mit dem Leitbild der Dienstgemeinschaft und den damit verbundenen Ansprüchen einer kooperativen Mitarbeiterführung und einer Ermöglichung von Partizipation der Mitarbeitenden durch die Einbringung eigener Gestaltungs- und Ablaufvorschläge in der täglichen Arbeit zu harmonisieren. Dazu können relativ banale Dinge wie gemeinsam erarbeitete Dienstpläne gehören, mit denen viele Einrichtungen gute Erfahrungen machen.¹⁸ Der Einsatz und das Engagement der Mitarbeitenden hängen zudem wesentlich von einer guten Kommunikation der Anforderungen ab, welche transparent und nachvollziehbar gestaltet sein müssen.

¹⁵ T. Jakobi, *Konfessionelle Mitbestimmungspolitik. Arbeitsbeziehungen bei Caritas und Diakonie am Beispiel des Krankenhausesektors*, Berlin 2007, S. 199.

¹⁶ Vgl. T. Jakobi, *Konfessionelle Mitbestimmungspolitik*, S. 200 f.

¹⁷ Vgl. N. Luhmann, *Funktion der Religion*, Frankfurt/M. 1976, S. 143 f.

¹⁸ Vgl. E. Senghaas-Knobloch/Ch. Kumbrock (Anm. 12), S. 103.

Gleichzeitig haben Mitarbeitende ein Anrecht auf Einbeziehung und eine bestmögliche Förderung ihrer Professionalität. Wenn sich Leitungshandeln auf die bloße Kontrolle von Regeln und Routinen beschränkt, wird es ihm kaum gelingen, „mittragendes und mitdenkendes Engagement“¹⁹ hervorzurufen.

Vor diesem Hintergrund lässt sich auf der Ebene eines Leitbildes, welches zum Selbstverständnis einer Organisation wesentlich beiträgt, die diakonische Identität im Sinn eines normativ zu verstehenden Konzeptes von Dienstgemeinschaft gut beschreiben. Dies ist jedoch nur dann plausibel und theologisch zu legitimieren, wenn dies eine ethisch begründete Selbstbindung der Dienstgeber impliziert, die sich für vorbildliche Arbeitsbedingungen und eine angemessene Gestaltung der Arbeitsverhältnisse verantwortlich zeigen. Nur unter dieser Voraussetzung ist es plausibel, den Begriff auch im Sinn eines Abgrenzungsprinzips zu verwenden, um die Besonderheiten des Arbeitens im Bereich der Diakonie herauszustellen. Diese Leitperspektive muss seit dem BAG-Urteil von 2012 eine angemessene Einbeziehung der Gewerkschaften beinhalten, was sich in der Konsequenz der EKD-Synode vom November 2013 entweder durch veränderte Regelungen im Rahmen des Dritten Weges oder durch kirchengemäße Varianten von Tarifverträgen realisieren lässt.

2. Personalwirtschaftliche Instrumente und ihre Vereinbarkeit mit dem Leitbild der Dienstgemeinschaft und dem Dritten Weg

Als scharfer Widerspruch zu einer der Dienstgemeinschaft entsprechenden Organisationskultur werden neuere personalwirtschaftliche Instrumente, wie z. B. das Outsourcen von Leistungen oder die Verlagerung eines Teils der Aufgaben auf Leiharbeitsfirmen empfunden. Eine Studie des Diakonischen Werkes der EKD zu den Arbeitsverhältnissen vom September 2012 hat speziell die Situation verschiedener sog. atypischer Beschäftigungsverhältnisse in den Blick genommen.²⁰ Der Bereich der Zeitarbeit spielt in der Diakonie eine deutlich untergeordnete Rolle, da nur ein sehr geringer Anteil der Träger das Instrument der Zeitarbeit länger als zwölf Monate einsetzt. Insofern kann Zeitarbeit im Bereich diakonischer Arbeitsverhältnisse, zumal hier in der Regel kollektivrechtliche Verträge Anwendung finden, als ein personalwirtschaftliches Instrument zur Steigerung der Flexibilisierung des Einsatzes von Arbeitskraft angesehen und im Grund-

¹⁹ M. Ebertz, Herausforderungen und Perspektiven der organisierten Diakonie und Caritas (Vortrag auf der Tagung der „Top Ten Diakonischer Arbeit“ Juni 2009 in Algertshausen), in: Einblicke. Journal der Katholischen Hochschule für Sozialwesen Berlin, WiSe 2009, S. 20.

²⁰ Die Studie ist im Internet einsehbar unter: http://www.diakonie.de/media/120924-Arbeit_Diakonie.pdf [18.10.2016].

satz legitimiert werden. Allerdings sind in Randbereichen, wo Zeitarbeit länger als zwölf Monate eingesetzt wird, sowie dort, wo vereinzelt einzelvertragliche Regelungen vorherrschen, kritische Anfragen an die jeweilige Praxis zu richten. Hier ist Zeitarbeit weniger als Flexibilisierungsinstrument, sondern ggf. als Maßnahme zur Verdrängung regulärer Arbeitsverhältnisse auch in der Diakonie zu bewerten. Eine solche Anwendung von Zeitarbeit konterkariert den normativen Anspruch der Dienstgemeinschaft und steht deutlich im Widerspruch zum Selbstverständnis kirchlich-diakonischer Arbeitsbedingungen.

Die Praxis des Outsourcings durch die Gründung von besonderen Service-GmbHs oder Tochtergesellschaften ist bei der Diakonie insgesamt zwar recht gering ausgeprägt (8,6 % der Träger haben Ausgliederungen vorgenommen), nichtsdestotrotz bedeutet auch diese Praxis eine Infragestellung der Konzeption der Dienstgemeinschaft. Faktisch wird durch dieses personalwirtschaftliche Instrument die Dienstgemeinschaft der diakonischen Mitarbeitenden im Sinn einer einheitlichen Ausrichtung an ein gemeinsames Leitbild aufgehoben. Dies gilt in besonderer Weise für und die Hälfte der in solchen GmbHs Beschäftigten, die nicht nach Kirchentarifen, sondern den Tarifen der jeweiligen Branchen bezahlt werden. Dies ist mit dem Gedanken der Dienstgemeinschaft nicht vereinbar und stellt damit auch den Dritten Weg in Frage, weil nunmehr „die Arbeits- und Lohnbedingungen für einen beachtlichen Kreis in der Kirche tätiger Arbeitnehmer außerhalb des dritten Weges festgelegt werden“²¹, indem andere Rechtsformen und entsprechend andere Arbeitsrechtsregelungen gelten. Wenn aus ökonomischen Gründen diese Praxis unaufgebbar sein sollte, müsste dies – auch wenn die Anzahl der Fälle unter 10 % liegt – im Blick auf das vorherrschende Verständnis der Dienstgemeinschaft weitreichende Folgen haben. Zumindest ist zu fragen, ob die Praxis des Outsourcings nicht ebenso sehr die traditionelle Vorstellung von Dienstgemeinschaft konterkariert wie etwa ein Streik, den die insgesamt relativ wenigen Beschäftigten der Diakonie, die bei *verdi* organisiert sind, als ihr Recht einfordern. Wenn wirtschaftliche Erfordernisse die ideelle „Gemeinschaft“ der in Diakonie und Kirche Beschäftigten *de facto* durch den Einsatz personalwirtschaftlicher Instrumente in Frage stellen oder gar aufheben, ist kaum zu begründen, warum nicht auch die Beschäftigten in der Diakonie auf allgemein übliche und weithin bewährte Mittel der Arbeitsrechtssetzung zurückgreifen dürfen.

Ein deutlich positives Merkmal des kirchlichen Arbeitsrechtes und somit des Dritten Weges bzw. des damit vorausgesetzten Leitbildes der Dienstgemeinschaft ist die vergleichsweise sehr hohe Tarifbindung im Bereich

²¹ H. M. Heinig, Dienstgemeinschaft und Leiharbeit – Kirchenrechtliche Probleme eines komplexen Rechtsbegriffs, in: ZevKR 54 (2009), S. 57.

kirchlicher und diakonischer Arbeitsverhältnisse. Wenn die o.g. Diakoniestudie feststellt, dass in 2635 von 2728 befragten diakonischen Trägern kirchlich-diakonisches Arbeitsrecht Anwendung findet, ist dies ein im Gesamtvergleich der deutschen Wirtschaft sehr hoher Wert. Allerdings müsste das Selbstverständnis einer Dienstgemeinschaft letztlich überall die Anwendung des kirchlich-diakonischen Arbeitsrechts nach sich ziehen. Zudem ist hier kritisch anzufragen, inwieweit durch die große Auswahl von diakonischen Tarifen, zwischen denen die Träger wählen können, faktisch eine „weiche Form“ des Unterlaufens der Tarifbindung stattfindet. Wenn diakonische Einrichtungen etwa in Niedersachsen diakonische Tarife aus den neuen Bundesländern zumindest zeitweise übernommen haben, ist zwar formal die Tarifbindung gewährt, faktisch wird durch diese Wahl der Tarife der für das jeweilige Bundesland geltende Standard tendenziell unterschritten. Insofern gehört es zu den Regelungsnotwendigkeiten im Bereich diakonischer Arbeitsverhältnisse, das bisher zu große „Fenster“ der Auswahl von Arbeitsrechtsregelungen, auf die legitim zurückgegriffen werden kann, deutlich zu verkleinern. Andernfalls wird die grundsätzlich positiv zu würdigende hohe Tarifbindung in diesem Bereich faktisch konterkariert.

Ein weiteres personalwirtschaftliches Instrument, das in der Studie des DW jedoch kaum aufgegriffen wird, ist das Problem der Ausweitung von Mini- und Midijobs. In den Bereichen der personennahen Dienstleistungsbereiche „Handel“ oder „Gastronomie“ ist deutlich festzustellen, dass durch die Ausweitung dieser Arbeitsverhältnisse in einem nicht unbeträchtlichen Maße traditionelle sozialversicherungspflichtige Vollerwerbsarbeitsplätze verdrängt worden sind. Diese wichtige Facette des sogenannten Niedriglohnbereichs, der z.T. durchaus problematische Ausmaße annimmt und, da durch Mini- oder Midijobs vielen Beschäftigten traditionelle Rechte von Arbeitnehmern, z. B. Urlaubszeiten, verweigert werden, nach neuen Gestaltungen verlangt, müsste seitens der Diakonie genauer untersucht werden, um die Qualität kirchlich-diakonischer Arbeitsverhältnisse angemessener einschätzen zu können.

Resümierend lässt sich festhalten, dass die Vereinbarkeit des Leitbildes der Dienstgemeinschaft mit den Erfordernissen ökonomischer Modernisierung gegenwärtig wohl die größte Herausforderung für diakonisches Leitungshandeln darstellt. Zwar müssen seit der EKD-Synode von 2011 diakonische Unternehmen, die „Missstände wie outsourcing mit Lohnsenkungen, ersetzende Leiharbeit und nicht hinnehmbare Niedriglöhne“²² praktizieren oder dulden, mit dem Ausschluss aus der Mitgliedschaft im Diakonischen Werk rechnen. Allerdings sind wohl die ökonomischen Spielräume zur Umsetzung dieses Beschlusses genauer zu prüfen. Darüber hinaus

²² EKD-Pressemitteilung 288/2011.

fehlt nach wie vor eine breite öffentliche Debatte über den gesellschaftlichen Status sozialen Hilfehandelns. Die diskutierten ökonomischen Rahmenbedingungen sind politisch gesetzt und daher auch politisch gestaltbar. Es gilt, sich politisch angesichts der systematischen Unterbewertung der „Wertschöpfung durch die Pflege gegenüber der Sachgutwirtschaft“²³ für eine gesellschaftliche Aufwertung dieses immer wichtiger werdenden Feldes moderner Dienstleistungsgesellschaften einzusetzen.

Die aktuellen politischen Entwicklungen sind diesbezüglich jedoch zwiespältig. Die Einführung des Mindestlohns ist eine sinnvolle Untergrenze, die in den sozialen Berufen bei privaten Trägern vor allem bestimmte Hilfsaufgaben betrifft, jedoch in der Diakonie so gut wie gar nicht greifen musste. Nach wie vor bestehen deutliche Unterschiede in der Vergütung zwischen kommunalen, freien und privaten Trägern. Insofern ist zu prüfen, ob und wie die Schaffung eines allgemeinen Flächentarifvertrages „Soziale Dienste“, wie es die EKD-Denkschrift „Solidarität und Selbstbestimmung in der Arbeitswelt“ als sinnvolle Option aufzeigt,²⁴ umgesetzt werden kann. Auf diese Weise könnte eine für alle Träger gültige Rahmenordnung geschaffen werden, um den Kostensenkungswettbewerb, der zu Lasten der Beschäftigten wie der Klienten geht, einzuschränken. Das Ziel muss sein, auskömmlich bezahlte, verlässliche und menschenwürdige Bedingungen in der Sorgearbeit allgemein wie insbesondere in der diakonischen Arbeit zu sichern.

3. Die Relevanz der Kommunikation christlicher Symbolisierungen sozialen Hilfehandelns

Nach der Zeit der zunehmenden Ökonomisierung der Rahmenbedingungen diakonischen Handelns ist die Suche nach tragenden Modellen einer diakonischen Organisationskultur offensichtlich ein noch unabgeschlossener Prozess, in dem nicht zuletzt die christlichen Sinndeutungen sozialen Hilfehandelns eine neue Relevanz gewinnen können. Nur wer die Motivation und spezifische Bedeutung des eigenen Tuns überzeugend kommunizieren kann, hat die Möglichkeit, die durchaus drohende Dominanz des ökonomischen Kalküls zu überwinden. Dabei kommt insbesondere den traditionellen christlichen Symbolen der Nächstenliebe, der Barmherzigkeit und der Gotteskindschaft aller Menschen eine zentrale Bedeutung zu. Die großen diakonischen Narrative, wie das Gleichnis vom barmherzigen Samariter, können wesentlich dazu beitragen, ungeachtet der vielschichtigen

²³ Wegner (Anm. 14), S. 122.

²⁴ Vgl. Solidarität und Selbstbestimmung in der Arbeitswelt. Eine Denkschrift des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland zu Arbeit, Sozialpartnerschaft und Gewerkschaften, Gütersloh 2015, Kap. 5.

rechtlichen, fachlichen und ökonomischen Anforderungen die „Einheit des Helfens sowie die personale Ganzheit derer, die helfen, und derer, die Hilfe empfangen, präsent [zu] halten. Wo diese Symbole lebendig gehalten sind, tragen sie dazu bei, dass die Einheit des Helfens erfahrbar bleibt.“²⁵

Dementsprechend kommt es in diakonischen Einrichtungen darauf an, diese Symbole lebendig zu kommunizieren, und dies durch eine entsprechende Organisationskultur zu pflegen. Damit sind natürlich die Folgeprobleme ökonomischer Rationalisierung nicht gelöst, aber es besteht die Chance, sie angemessen zu thematisieren. Die theologischen Deutungen des Hilfehandelns, die Motivationen der Mitarbeitenden und die rechtlich wie ökonomisch gesetzten Rahmenbedingungen des Handelns, die durchaus in Spannungen geraten können, sind im Horizont der christlichen Symbolisierungen zu erörtern. Dabei sind etwa die Beschwerden von Mitarbeitenden, dieses oder jenes passe nicht in ein diakonisches Unternehmen,²⁶ konstruktiv aufzunehmen und zu bearbeiten, damit die theologischen Deutungen nicht zum bloßen religiösen Überbau einer nach ggf. ökonomischer Logik sich vollziehenden Praxis werden. Diakonisches Hilfehandeln benötigt symbolische Deutungen seiner Motivationen und Intentionen. Spannungen zur erlebten Praxis sind insofern ein gutes Zeichen dafür, dass die normativen Ansprüche des christlichen Glaubens ernst genommen werden.

Darüber hinaus ist zu prüfen, wie der Trend zur „Spiritualität“, der speziell in vielen Gesundheitsberufen gegenwärtig eine große Rolle spielt, durch die Erinnerung an die Traditionen einer evangelischen Spiritualität für die diakonische Praxis fruchtbar gemacht werden kann. Die in diesem Feld kommunizierte Suche nach der Einheit der medizinischen, der pflegerischen, der sozialen und der seelsorgerlichen Dimensionen des Hilfehandelns kann nicht zuletzt für die Entwicklung eines besonderen Profils diakonischer Einrichtungen wegweisend sein.

IV.

Ausblick

Die Bewältigung der Herausforderungen der Ökonomisierung ist ein allgemeines Problem der Wohlfahrtspflege. Die Kirchen und ihre Diakonie haben hier eine besondere Chance, denn sie stehen in einer Tradition prägnanter Symbole der Sinndeutung des sozialen Hilfehandelns. Dies ermöglicht eine grundlegende Orientierung auch im Umgang mit den

²⁵ Moos (Anm. 11), S. 38.

²⁶ Zur Situation der Pflege in diakonischen Unternehmen vgl. H. Lubatsch, Führung macht den Unterschied: Arbeitsbedingungen diakonischer Pflege im Krankenhaus (SI Konkret 5, 5), Berlin/Münster 2012.

ökonomischen Anforderungen und ggf. eine Zurückweisung bestimmter Zumutungen.

Eine rein marktförmig ausgerichtete Diakonie wäre von anderen Anbietern sozialer Hilfe nicht unterscheidbar und kaum zukunftsfähig. Dementsprechend ist gerade angesichts der ökonomischen Modernisierung das spezifisch evangelische Profil der Diakonie herauszustellen, nicht zuletzt um gegenüber den Klienten und der Öffentlichkeit deren Besonderheiten deutlich zu machen. Dies gebietet durchaus auch ein ökonomisches Rationalitätskalkül, weil ein klares und spezifisches Profil ein Wettbewerbsvorteil sein kann. Vor allem aber ist es eine unmittelbare Konsequenz des theologischen Auftrags der Diakonie, sich als „Wesens- und Lebensäußerung“²⁷ der Kirche zu verstehen. Diese Zielsetzung ist eine Querschnittsaufgabe, die durch eine diakonische Organisationskultur – traditionell ausgedrückt: durch den „Geist eines Hauses“ – gestützt werden kann und sowohl im Leitungs- wie im konkreten Hilfehandeln ihren Ausdruck finden muss. Ein Rückzug der Diakonie aus bestimmten Sozialmärkten wäre demgegenüber ein fatales Signal. Vielmehr gilt es, exemplarisch gute bzw. vom eigenen Anspruch her exzellente Muster sozialen Hilfehandeln in der Diakonie zu entwickeln und sich öffentlich für eine sozialpolitische Nachhaltigkeit solcher Modelle zu engagieren.

²⁷ So erstmals formuliert in Art. 1 Abs. 1 Grundordnung der EKD vom 13.7.1948.

LITERATUR

Gaedke, Jürgen: Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, bearbeitet von Torsten F. *Barthel*. 11. Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2016. 971 S.

Es gilt die Neuerscheinung eines Klassikers anzuzeigen. Der „*Gaedke*“ ist in nunmehr 11. Auflage, neubearbeitet von Rechtsanwalt *Torsten F. Barthel*, erschienen. Der Umfang ist gegenüber der Voraufgabe mit nunmehr 971 Seiten nochmals angewachsen, davon entfallen mehr als die Hälfte, nämlich knapp 530 Seiten, auf eine umfangreiche Rechtsquellensammlung.

Der von *Barthel* umfassend aktualisierte redaktionelle Teil gliedert sich nach allgemeinen einleitenden Betrachtungen zur Geschichte und Gegenwart in die fünf Hauptteile „Der Friedhof“, „Die Bestattung“, „Die Grabstelle“, „Die Feuerbestattung“ und „Bestattungsgewerbe und gewerbliche Betätigung auf Friedhöfen“, die in jeweils ihrem Umfang nach sehr unterschiedliche Kapitel unterteilt sind. Jedem Kapitel sind ausführliche Literaturnachweise vorangestellt, sowie bei weiter untergliederten Kapiteln eine Gliederungsübersicht.

Das Druckbild ist übersichtlich und gut lesbar. Randnummern ermöglichen in Verbindung mit dem umfangreichen und sorgfältigen Stichwortverzeichnis das schnelle Auffinden der interessierenden Textpassagen, wobei für künftige Auflagen angesichts des in sich geschlossenen Charakters des Handbuchs überlegt werden sollte, ob im Interesse noch größerer Übersichtlichkeit und besserer Zitierfähigkeit statt der je Kapitel neu beginnenden Randnummern nicht einer Durchnummerierung der Vorzug gegeben werden sollte. Die Hervorhebung der Hauptfundstellen zu den einzelnen Stichwörtern im Stichwortverzeichnis würde dessen Nutzerfreundlichkeit ebenfalls noch steigern. Ein ausführliches Inhaltsverzeichnis, das hinsichtlich der abgedruckten Rechtsquellen deren Sammlung nochmals vorangestellt ist, ein Abkürzungs- und ein (allerdings sehr knappes) kapitelübergreifend zitierte Literatur umfassendes und auf die den Kapiteln jeweils vorangestellten Nachweise verweisendes Literaturverzeichnis runden das Werk ab.

Die Darstellung bezieht sich grundsätzlich sowohl auf kommunale wie kirchliche Friedhöfe. Sorgfältig und konsequent werden aber wo immer nötig, die Besonderheiten für Friedhöfe in kirchlicher Trägerschaft herausgearbeitet. Diese werden als „eigene Angelegenheiten“ der Kirche angesehen (S. 46), auch wenn die Benutzung eines kirchlichen Friedhofs an anderer Stelle dem Bereich der „gemeinsamen Angelegenheiten“ zugerechnet wird (S. 29).

Überblicksmäßig werden im Kapitel 1 „Begriff und Rechtsstellung“ die Formen möglicher Friedhofsträgerschaft dargestellt (S. 18 f.). Als kirchlich-kommunaler Friedhof wird die Übertragung der Verwaltung kommunaler Friedhöfe auf kirchliche Träger definiert (S. 18). Das umgekehrte und insbesondere im Osten

Deutschlands vielfach praktizierte Modell der Übertragung kirchlicher Friedhofsträgerschaft auf die Kommune bei Belassung des Grundeigentums bei der kirchlichen Körperschaft wird erst später (S. 90) und dort eher beiläufig erwähnt. Die Kooperationen öffentlich-rechtlicher Träger mit privatrechtlichen Bewirtschaftern und Vermarktern („Friedwald“) werden an unterschiedlichen Stellen abgehandelt, und zwar einmal im Zusammenhang mit den Bestattungsarten (S. 169), zum anderen in rechtlicher Hinsicht bei den Ausführungen zur Anlegung von Friedhöfen (S. 57f.). Und auch die Problematik der Bereitstellung von Bestattungsflächen für Angehörige nicht christlicher, insbesondere muslimischer, Religionsgemeinschaften wird zwar im Zusammenhang mit den Rechten an der Grabstelle dargestellt (S. 264ff.), im Kontext der Trägerschaftsformen verbleibt es aber bei einem Verweis auf die Beileihungsmöglichkeiten nach dem staatlichen Recht (S. 19)¹. Im Interesse besserer Auffindbarkeit systematisch im Zusammenhang stehender Ausführungen wäre die Einfügung von mehr Querverweisen hilfreich.

Nach komprimierten, aber dennoch grundlegenden Ausführungen zu Rechtsstellung und Eigentum folgen im Kapitel 2 ausführliche und eine Fülle von Detailproblemen ansprechende Darstellungen zu „Anlegung, Unterhaltung und Schließung“ (S. 40–88). Als zentrale Voraussetzung für die Anlegung neuer Friedhöfe wird ein hierfür bestehendes Bedürfnis angesehen. Ein solches sei jedenfalls dann nicht gegeben, wenn andere als öffentliche Interessen für die Anlegung eines Friedhofs bestimmend seien. Andererseits könne nach der Rechtsprechung ein Bedürfnis aber auch dann bestehen, wenn der quantitative Bestattungsbedarf örtlich bereits anderweitig abgedeckt sei, der neue Friedhof aber andere Formen der Bestattung (Bestattungswald) anbiete (S. 49). Die in dieser Gleichstellung eines tatsächlichen oder vermuteten gesellschaftlichen Bedürfnisses mit den öffentlichen Interessen liegende Aufweichung des Bedürfnisbegriffes wird nicht weiter problematisiert. Dabei stehen bei dieser Auslegung nicht mehr die Aufgaben der Daseinsvorsorge zur Bereitstellung ausreichender ortsnaher Bestattungspätze im Vordergrund, sondern vielfach wirtschaftliche Interessen einzelner Kommunen und privater Kooperationspartner, ohne dass es zu einer hinreichenden Güterabwägung mit den Interessen anderer, die Bestattungsgrundversorgung gewährleistender kirchlicher oder kommunaler Träger kommt.

Ob die auf fast 20 Seiten folgenden Ausführungen zu Planung und Ausbau von Friedhöfen noch in allen Einzelheiten notwendig und zeitgemäß sind, sollte *Barthel* bei Folgeauflagen überprüfen. Mag es für die Darstellung von Grundzügen der Platzbedarfsberechnung (S. 69ff.) noch eine Berechtigung geben, wirken Aussagen wie „Der Zugang zum Friedhof muss richtig geführt und ausgebildet sein

¹ Dass es dabei z. B. nach den angeführten Regelungen des Gesetzes über die landeseigenen und nichtlandeseigenen Friedhöfe Berlins (Friedhofsgesetz) vom 1. November 1995 (GVBl. S. 707), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 4. Februar 2016 (GVBl. S. 26, 55) für den eigenständigen Betrieb eines Friedhofs durch eine beliehene Gemeinschaft einer vertraglichen Übertragung von Verwaltung und Organisation von einem öffentlich-rechtlichen Träger auf die Gemeinschaft bedarf, wobei das Friedhofsgrundstück beim übertragenden Friedhofsträger verbleibt (§ 3 Abs. 3 Friedhofsgesetz), der deshalb auch eine Art Garantstellung beim Ausfall des Beliehenen übernimmt, bleibt unerwähnt.

und soll dem Ernst und der Würde der Anlage entsprechen“ (S. 74) etwas aus der Zeit gefallen.

Als hilfreich für viele Friedhofsträger werden sich die Ausführungen zu Grabpatenschaften (S. 80 f.) erweisen, die vorangehenden Darlegungen zum Denkmalschutz historischer Friedhöfe lassen allerdings die damit einhergehenden Probleme des finanziellen Mehraufwandes für den Friedhofsträger, der sich gebührenkalkulatorisch nicht abbilden lässt und daher gerade kirchliche Friedhofsträger trifft, die keine Möglichkeit der finanziellen Quersubventionierung haben, außer Betracht.

Angesichts zurückgehenden Friedhofsflächenbedarfs von großer praktischer Relevanz sind die Darlegungen zu Schließung und Entwidmung von Friedhöfen (S. 82 ff.). Deren Unterschiede und ihre jeweiligen Voraussetzungen werden deutlich herausgearbeitet. Zumindest irritierend ist allerdings die Aussage, bei der Schließung handle es sich um einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 Satz 1 VwVfG, weshalb die Schließung mit Widerspruch und Anfechtungsklage angreifbar sei (S. 85 f.). Dies einmal, weil die Schließung kurz zuvor als Allgemeinverfügung gemäß § 35 S. 2 VwVfG bezeichnet worden ist (S. 83), zum anderen, weil unklar bleibt, woraus sich Widerspruchs- und Klagebefugnis ergeben sollen, wenn dem einzelnen Friedhofsnutzer ein Rechtsanspruch auf Erhalt eines Friedhofs nicht zustehen soll (S. 85).

Eine Fülle praktischer Fragestellungen behandelt das 3. Kapitel zur „Verwaltung, Finanzierung und Aufsicht“. Die thematische Bandbreite reicht von Fragen des „Ein-Euro-Jobbers“ über die Ausschreibungspflicht bei der Vergabe hoheitlicher Bestattungsaufgaben an private Unternehmer bis zu Versicherungsfragen (S. 89–96). Ausführlich wird anschließend auf die Friedhofsordnung eingegangen (S. 97 ff.), ihre Rechtsnatur und ihr möglicher Regelungsinhalt erläutert. Zur Beschränkung der Regelungsbefugnis bei kirchlichen Monopolfriedhöfen wird die Auffassung vertreten, dass sich deren Benutzungsbedingungen weitgehend nach den Maßstäben kommunaler Friedhöfe richten – worin diese bestehen, ergibt sich allerdings erst aus dem der Grabgestaltung und Grabpflege gewidmeten Kapitel 12, auch hier wäre ein Querverweis hilfreich. Ein Monopolfriedhof soll dabei angesichts kommunaler Gebietsreformen nicht nur vorliegen, wenn es sich um den einzigen Friedhof auf dem Gemeindegebiet handelt sondern schon dann, wenn sich andere Friedhöfe nicht in zumutbarer Entfernung befinden oder eine starke Bindung der Bürger an ihren Heimatfriedhof besteht (S. 105 u. 263). In der Tat ist das Abstellen auf das Gemeindegebiet angesichts der Bildung von Großkommunen kaum mehr ein allein taugliches Kriterium, um den Monopolcharakter eines Friedhofs zu bestimmen. Der Begriff der Zumutbarkeit, den schon der Gesetzgeber herangezogen hat², ist allerdings hochgradig unbestimmt und für den kirchlichen Friedhofsträger angesichts der mit dem Monopolcharakter einhergehenden Einschränkungen seiner Gestaltungsfreiheit mit erheblichen Unsicherheiten befrachtet.

² Vgl. § 4 Abs. 1 des Sächsischen Gesetzes über das Friedhofs-, Leichen- und Bestattungswesen (Sächsisches Bestattungsgesetz – SächsBestG) vom 8. Juli 1994 (GVBl. S. 1321), zuletzt geändert durch Gesetz vom 13. Dezember 2012 (GVBl. S. 725).

Zutreffend wird im Abschnitt „Verkehrssicherungspflicht, Haftung“ darauf hingewiesen, dass die Betreiber von Bestattungswäldern durch die Eröffnung eines gesteigerten Verkehrs erhöhten Verkehrssicherungspflichten unterliegen und sich nicht auf waldtypische Gefahren berufen können (S. 115).

In großer Eindringlichkeit werden unter der Überschrift „Finanzierung des Friedhofs, Haushalt“ angesichts geänderten Bestattungsverhaltens zunächst die Grenzen der Einhaltung des gebührenrechtlichen Kostendeckungsprinzips beschrieben. Zutreffend wird die Verlagerung der Finanzierung des Grünanteils des Friedhofs, also seiner allgemeinen Naherholungsfunktion, in den allgemeinen Haushalt der Kommunen als gebührenrechtlich zwingend angesehen, da es sich insofern um kalkulatorisch nicht berücksichtigungsfähige anstaltsfremde Kosten handle (S. 124). Eine solche Verlagerung ist für kommunale Friedhofsträger allerdings haushaltsrechtlich ungleich einfacher zu bewerkstelligen, als für konfessionelle Träger. Denn die Unterhaltung öffentlicher Grün- und Parkanlagen zählt – anders als für kommunale Rechtsträger – nicht zum kirchlichen Auftrag, weshalb kirchliche Rechtsvorschriften vielfach ein Verbot der Verwendung von allgemeinen Kirchensteuermitteln für Friedhofszwecke oder eine Beschränkung auf die Aufnahme innerkirchlicher Darlehen vorsehen³. Deshalb ist die Aussage, es gebe eine – nicht näher spezifizierte – Verpflichtung des kirchlichen Rechtsträgers, bei besonderen einmaligen Aufwendungen des Friedhofs für diese einzustehen, zumindest in dieser Allgemeinheit problematisch. Die aus der unterschiedlichen Ausgangslage resultierende Wettbewerbsverzerrung zwischen konfessionellen und kommunalen Trägern ist durchaus von Relevanz. Nicht von ungefähr gibt es z. B. im Schlussprotokoll zu Art. 23 Ev. Kirchenvertrag Berlin⁴ die Zusage des Landes „im Rahmen der Umsetzung des Friedhofsentwicklungsplans Zuweisungen aus dem Landeshaushalt für das Unterhalten landeseigener Friedhofsflächen entbehrlich (zu) machen“ – ein allerdings bis heute uneingelöstes Versprechen. Für kirchliche Monopolfriedhöfe wird eine staatliche Unterstützungspflicht konstatiert, da die Kirche insoweit auch kommunale Pflichtaufgaben erfülle – eine in dieser Prägnanz ebenso richtige wie begrüßenswerte, aber noch nicht allgemein akzeptierte Aussage (S. 125 f.). Auch für diese Fragestellung ist im Übrigen die oben besprochene Ausweitung des Monopolbegriffs von erheblicher Bedeutung. Verdienstvoll ist die sich anschließende Zusammenstellung der Rechtsgrundlagen für staatliche Unterstützungsleistungen und ihre unterschiedlichen Voraussetzungen in den verschiedenen Bundesländern (S. 126).

Fragen des Friedhofsgebührenrechts sind in der Praxis von enormer Relevanz. Das Handbuch bietet einen guten Überblick über die wesentlichen gebührenrechtlichen Grundsätze und ermöglicht durch zahlreiche Verweise auf Literatur und Rechtsprechung eine weitergehende Beschäftigung mit der Thematik (S. 128–143). Wenn allerdings in Fällen des Verzichts auf das Nutzungsrecht ein Rück-

³ Vgl. z. B. § 11 Abs. 2 der Richtlinie für Friedhöfe in kirchlicher Trägerschaft in der NELK vom 13. Juli 2007 (GVOBl. S. 162), zuletzt geändert durch Verwaltungsvorschrift vom 22. März 2016 (KABl. S. 182); § 42 Abs. 2 des Kirchengesetzes über die evangelischen Friedhöfe (Friedhofsgesetz – FhG ev.) (der EKBO) vom 29. Oktober 2016 (KABl. S. 183).

⁴ Vom 20. Februar 2006 (KABl. S. 150; GVBl. S. 715).

zahlungsanspruch des bisherigen Nutzungsberechtigten verneint und es in das Belieben des Friedhofsträgers gestellt wird, ob er einen Teil der Gebühr zurück erstattet, wird nicht hinreichend deutlich, dass mindestens ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über eine anteilige Rückzahlung besteht, der sich zu einer (anteiligen) Zahlungsverpflichtung verdichten kann, insbesondere, wenn die Grabstätte nachbelegt werden kann und erst ein geringer Teil des Nutzungsrechts abgelaufen war⁵.

Das Kapitel schließt mit fundierten Überblicken zu den Themen „Friedhof und Steuerrecht“, „Aufsicht über das Friedhofswesen“, „Datenschutz und neue Medien“ und „Öffentlichkeitsarbeit“.

Die folgenden, den Teil II des Werkes bildenden Kapitel 4 bis 9 beleuchten Probleme der Bestattung aus allen nur denkbaren Blickwinkeln. Eingangs des 4. Kapitels werden Bestattungs- und Friedhofszwang erläutert und in engen Zusammenhang gestellt, dabei wird klar für Rechtmäßigkeit und Angemessenheit des Friedhofszwangs Position bezogen (S. 163 f.). Alternative „Bestattungsformen“ wie Diamant- oder Weltraumbestattung werden ebenso wenig ausgespart wie die Problematik der Plastination von Leichen (S. 170 ff.). Hier wie an anderer Stelle zeigt sich die Stärke des Werkes: kein Problemkreis bleibt unerwähnt, neueste Entwicklung werden aufgegriffen und kompetent eingeordnet.

Umfassend widmet sich das 5. Kapitel sodann in 6 Unterabschnitten Fragen der Bestattungspflicht und der Bestattungskosten (S. 174–210). Ihrer Praxisrelevanz angemessen werden Sozial- und ordnungsbehördliche Bestattung ausführlich und mit umfangreichen Literatur- und Rechtsprechungsnachweisen sowie Hinweisen auf landesrechtliche Ausführungsvorschriften dargestellt (S. 191 ff.).

Dass es sich um ein Handbuch nicht nur des Friedhofs- sondern auch des Bestattungsrechts handelt zeigt sich in den Kapiteln 6 bis 8 (S. 211–239), die sich mit Fragen der Leichenbehandlung und -beförderung beschäftigen. Für Friedhofsträger am ehesten von Relevanz sind hierbei die Ausführungen zur Sargpflicht und Leichenaufbewahrung (S. 223 ff.). Kernbereiche ihrer Zuständigkeit sind hingegen von den Darlegungen in Kapitel 9 zur Bestattung betroffen. Nach der Erläuterung des Begriffs des „ehrlichen Begräbnisses“ und seiner fortdauernden Bedeutung bis heute (S. 240 f.), werden insbesondere die verschiedenen Formen von Bestattung und Trauerfeier dargestellt und dabei mit großer Klarheit die Unterschiede zwischen weltlicher und kirchlicher Bestattung und Trauerfeier und die Einschränkungen, denen weltliche Bestattungen auf kirchlichen Friedhöfen unterliegen, benannt. (S. 244 f.). Hier wäre vielleicht künftig noch das – mindestens im Osten Deutschlands vorhandene – Problem anzusprechen, das sich insbesondere im ländlichen Raum dann ergibt, wenn im Dorf keine gesonderte Trauerfeierhalle vorhanden ist und somit gesellschaftlicher Druck auf der Kirchengemeinde lastet, die Kirche auch für weltliche Trauerfeiern zu öffnen⁶.

⁵ Vgl. OVG Schleswig-Holstein, Urt. v. 10.08.2009 – 2 LB 8/09 – (n.V.).

⁶ Vgl. zu möglichen Lösungsansätzen z.B. § 19 Abs. 6 FhG ev. (der EKBO); Handreichung der Kirchenleitung „Kirchen – Häuser Gottes für die Menschen“, Berlin 2006, S. 31 f., abzurufen unter <http://kirchenbau.ekbo.de/downloads/materialien-zur-nutzung-von-kirchen.html>

Die den Teil III eröffnenden Kapitel 10 und 11 beschäftigen sich mit der Grabstelle (S. 248–284). Einen Schwerpunkt bilden dabei Erläuterungen zum Bestattungsanspruch, der sowohl für kommunale als auch konfessionelle Friedhöfe betrachtet wird. In diesem Zusammenhang werden auch die Besonderheiten muslimischer Bestattungen erläutert (S. 264 ff.). Bei den Erläuterungen zu den Rechten an Reihen- und Wahlgräbern stehen Fragen des Nutzungsrechts an Wahlgrabstätten entsprechend ihrer praktischen Relevanz im Mittelpunkt der Darstellung. Demgegenüber sind die Ausführungen zu Urnengemeinschaftsgrabstätten, entgegen deren praktischer Bedeutung⁷, sehr kurz gefasst. Bei den Grabstättenarten finden sie nicht viel mehr als bloße Erwähnung (S. 252), auch wer dem (hier vorhandenen) Verweis auf die Darlegungen an anderer Stelle (S. 367 f.) folgt, erhält dort nicht viel mehr als beschreibende Erläuterungen. Dabei stellen sich hier durchaus spezifische Fragen, beispielsweise, ob und wenn ja welche Rechte an einem Grab auf einer Urnengemeinschaftsgrabstätte begründet werden, insbesondere, ob es sich insoweit um die Vergabe eingeschränkter Nutzungsrechte oder um Ansprüche spezifischer Art handelt oder ob Ausbettungen aus derartigen Grabstätten wegen der damit verbundenen Störung der Totenruhe benachbarter Urnen besonderen Anforderungen unterliegen.

Gestaltungsfragen und den Möglichkeiten und Grenzen des Friedhofsträgers zu deren Steuerung sind die Kapitel 12 und 13 gewidmet, zunächst der Grabstätte und deren Bepflanzung (S. 285–295), dann in großer Ausführlichkeit des Grabmals (S. 296–322). Vorbildlich ist die Darstellung der unterschiedlichen Ansätze zum Verbot von Grabsteinen aus ausbeuterischer Kinderarbeit und deren Bewertung durch die Rechtsprechung (S. 301 ff.), bei der auch die ungelöste Problematik von Nachweis und Kontrolle hinreichend Raum findet. Bei der – zeitweise etwas überhitzten – Diskussion über die Frage der Zulässigkeit von QR-Codes auf Grabsteinen wird zur Gelassenheit geraten: weder bestünde die Möglichkeit eines generellen Verbotes noch die Notwendigkeit, die Inhalte zu kontrollieren (S. 312), allenfalls sei die Einholung einer Erklärung der Nutzungsberechtigten ratsam, für die Inhalte allein verantwortlich zu sein. Daraus spricht – bei aller juristischen Substanz – gesunder Pragmatismus und wohltuende Praxisnähe. Aktualität beweist der „Gaedke“ auch bei der Darstellung der Vorschriften zum „Schutz des Grabes und der Totenruhe“ im 14. Kapitel, wenn er auf die jüngere Diskussion über die Wegnahme von Zahngold Verstorbener eingeht (S. 327).

In einer mobiler werdenden Gesellschaft stoßen die Friedhofsträger bei Wahrnehmung ihrer Garantenstellung für die Wahrung der Totenruhe zunehmend auf Verständnisschwierigkeiten. Dass ein Verstorbener nach der deutschen Rechtsordnung kein in der Verfügungsgewalt seiner Hinterbliebenen stehendes Objekt ist, das entsprechend der eigenen Lebensplanung nach Belieben „umgesetzt“ werden kann, macht das 15. Kapitel mit der gebotenen Klarheit deutlich (S. 331 ff.). Für die knappe Aussage, dass Umbettungen aus einem Reihengrab in ein anderes unzulässig seien (S. 338), hätte man sich allerdings eine Begründung gewünscht.

⁷ In Berlin lag der Anteil der Bestattungen auf Urnengemeinschaftsgrabstätten 2014 bei nahezu 44 %, vgl. http://www.stadtentwicklung.berlin.de/umwelt/stadtgruen/friedhoeft_begraebnisstaetten/downloads/uebersicht_verstorbene.pdf, abgerufen am 25.11.2016.

Im Ergebnis bedenkenswert, in der Begründung aber diskussionswürdig ist die Auffassung, nach der nach Ablauf der Ruhefrist bei einer Umbettung keine Störung der Totenruhe vorliege und deshalb eine Genehmigung des Friedhofsträgers nicht erforderlich sei (S. 338 f.). Wenn die Leiche verwest (wie lautet dann aber die Begründung bei Aschen?) und die Mindestruhefrist abgelaufen sei, liege keine bestattungspflichtige Leiche mehr vor, wohl müsse aber der Verbleib der auszugrabenden Reste in pietätvoller Weise gesichert sein, was nur auf einem Friedhof möglich sei. Bei der darin liegenden Aufhebung der an anderer Stelle beschriebenen engen Verbindung von Bestattungs- und Friedhofszwang (S. 162) bleibt aber offen, warum für die Verwahrung der Überreste ein Benutzungszwang einer öffentlichen Einrichtung bestehen bleiben soll, deren Widmungszweck, nämlich die Bestattung von Leichen (S. 22), nicht mehr erreicht werden kann. Das Ergebnis dürfte sich wohl widerspruchsfreier als Gewichtigsverschiebung im Rahmen der Güterabwägung zwischen Totenruhe und Umbettungszweck finden lassen, da dann von einer Fortwirkung von Friedhofs- und Bestattungszwang (und auch dem Erfordernis einer formellen Genehmigung, wenn auch unter erleichterten materiellen Voraussetzungen) ausgegangen werden kann.

Mit einem Überblick über die Gräber von Krieg und Gewaltherrschaft beschließt das Kapitel 16 den Teil III. Aus kirchlicher Sicht interessant wäre hierbei noch ein Hinweis auf die erst auf Anregung der Kirchen aufgenommene Beschränkung des Ausschlusses neuer Anträge auf Ruhrechtsentschädigung auf Gebietskörperschaften in § 3 Abs. 2 Gräbergesetz⁸ gewesen. Denn anders als diese können kirchliche Friedhofsträger als Grundrechtsträger nach wie vor neue Anträge stellen, was insbesondere im Osten Deutschlands durchaus von Belang ist, da hier noch immer nicht alle Kriegsgräberstätten erfasst sind.

Die den IV. Teil bildenden Kapitel 17 bis 20 erläutern die Feuerbestattung. Nach einer interessanten geschichtlichen Einordnung im 17. Kapitel (S. 348–354) werden im folgenden Kapitel die Voraussetzungen der und die Anforderungen an die Einäscherung dargestellt (S. 364–374), während Kapitel 20 sich den Feuerbestattungsanlagen widmet (S. 375–384) und dabei insbesondere verschiedene Betreibermodelle darstellt (S. 375 ff.). Das dazwischen liegende Kapitel 19 beschreibt die Beisetzung der Aschereste. Dabei wird zunächst nachvollziehbar begründet, warum die Geltung des Bestattungs- und Friedhofszwanges auch für Aschereste rechtlich geboten und zulässig ist, jedenfalls soweit und solange Befreiungsmöglichkeiten im Einzelfall bestehen (S. 365). Die vielfachen Varianten der Aschebeisetzung werden im Anschluss beschrieben und rechtlich eingeordnet (S. 367 ff.). Die hier erneut unter Beweis gestellte Aktualität des Werkes lässt es bei den Ausführungen zum kirchlichen Verständnis der Feuerbestattung leider vermissen. Die Aussage, dass es Pfarrerrinnen und Pfarrer kirchlicherseits anheimgestellt sei, bei Feuerbestattungen in Amtstracht mitzuwirken, diese dazu aber

⁸ Gesetz über die Erhaltung der Gräber der Opfer von Krieg und Gewaltherrschaft (Gräbergesetz) i. d. F. der Bekanntmachung vom 16. Januar 2012 (BGBl. I S. 98), zuletzt geändert durch Art. 9 des Gesetzes vom 23. Juli 2013 (BGBl. I S. 2586). Zu den Gründen vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der BRReg., BT-Drs. 17/6207, S. 6.

nicht verpflichtet seien, stammt dann doch aus anderen Zeiten und findet auch in der als Beleg herangezogenen Lebensordnung der VELKD keine Stütze mehr⁹.

Eingangs des den redaktionellen Teil abschließenden V. Teils beschreibt das 21. Kapitel die Anforderungen an das Bestattungsgewerbe (S. 386–395), bevor in den letzten drei Kapiteln 22–24 unter unterschiedlichen Gesichtspunkten das Thema der Gewerbeausübung auf Friedhöfen beleuchtet wird. Die Aufstellung von Zulassungsvoraussetzungen für gewerbliche Tätigkeiten wird nur insoweit für rechtmäßig erachtet, als anderenfalls eine Gefährdung des Anstaltszwecks droht (S. 399). Bezüglich der Anforderungen der EU-Dienstleistungsrichtlinie wird für das Modell der repressiven Kontrolle geworben, also des Verbotes der weiteren Gewerbeausübung bei Fehlverhalten (S. 405). Zur Frage der Benutzungspflicht für Bestattungseinrichtungen wird deren Zulässigkeit zwar für außerhalb des Friedhofs sich vollziehende Tätigkeiten klar verneint (S. 411), für innerhalb des Friedhofs stattfindende Tätigkeiten hingegen dem Grundsatz nach anerkannt, allerdings mit deutlicher Skepsis, was die Bandbreite möglicher Tätigkeiten betrifft (S. 414).

Entsprechend dem Grundansatz weitgehender Gewerbefreiheit wird in dem den Friedhofsgärtner*innen gewidmeten Kapitel 24 für Grabpflegearbeiten praktisch ein Vorbehalt zugunsten gewerblicher Friedhofsgärtner konstatiert. Wenn ausgeführt wird, dass kommunale Friedhofsträger auf dem Gebiet der Friedhofsgärtner*innen keine eigene gewerbliche Tätigkeit ausüben sollen (S. 420), ist das allerdings mehr ein Programmrats denn Ergebnis rechtlicher Anforderungen. Dass die öffentliche Hand am Wettbewerb teilnehmen darf, dürfte unstrittig und grundsätzlich unproblematisch sein. Problematisch sind erst – durch die Einfügung von § 2b UStG¹⁰ zukünftig allerdings stark eingeschränkte – steuerliche Privilegierungen und mögliches wettbewerbswidriges Verhalten. Für kirchliche Friedhofsträger wird zwar grundsätzlich ein weiterer Handlungsspielraum gesehen, ein Selbstvorbehalt des Friedhofsträgers wird aber als unzulässig abgelehnt, da der Anstaltszweck diesen nicht erfordere (S. 421 f.). Diese Auffassung entspricht nicht der – allerdings erst nach Redaktionsschluss des Werkes ergangenen und das in Fußnote 9 auf S. 422 zitierte, aber nicht näher analysierte Urteil des OVG Berlin vom 23.03.1995 – 5 B 4.93 – bestätigenden – jüngeren Rechtsprechung¹¹. Danach folgt aus dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht die Befugnis, sich im legitimen Eigeninteresse Aufgaben selbst vorzubehalten und gewerblich tätigen Dritten den Zugang zu der Einrichtung zu versagen¹². Dabei wird die Verlässlichkeit und Kalkulierbarkeit der Einnahmeerzielung für die Erhaltung der Friedhofsgestaltung außerhalb der Grabstätten entgegen der Auffassung des Handbuchs ausdrücklich

⁹ Vgl. Abschnitt B.3. der Leitlinien kirchlichen Lebens der VELKD 2002, ABL. VELKD Bd. VII Stück 16, S. 195.

¹⁰ Eingefügt durch Art. 12 des Steueränderungsgesetzes 2015 vom 2. November 2015 (BGBl. I S. 1834).

¹¹ VG Berlin, Urt. v. 07.10.2015 – 21 K 146.15 –, juris. Das Urteil zitiert auch wesentliche Teile des un veröffentlichten OVG Urteils vom 23.03.1995: VG Berlin, a. a. O., zit. n. juris, Rn. 44–53. Die Entscheidung des VG Berlin ist durch Beschluss des OVG Berlin-Brandenburg vom 20.10.2016 – 12 N 81.15 –, juris, zwischenzeitlich bestätigt worden.

¹² OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.10.2016, zit. n. juris, Rn. 5.

als legitimer Effekt einer Monopolisierung bezeichnet¹³. Dass kirchliche – anders als kommunale – Friedhöfe, wie dargestellt, nicht über die Möglichkeit der Querfinanzierung für den Grünanteil verfügen, vermag dem finanziellen Aspekt des Selbstvorbehaltes zusätzliche Legitimität zu verleihen.

Die folgende, in 6 Anhänge aufgegliederte Rechtsquellensammlung vereint zunächst auf knapp 420 Seiten das einschlägige staatliche Recht. Hier wäre es für den Gebrauch sicherlich hilfreich, wenn in den Kopfzeilen der Seiten das jeweils abgedruckte Gesetz benannt würde.

Das im Anhang 2 auf 49 Seiten komprimierte kirchliche Recht ist – wie bereits in den Voraufgaben – nur teilweise abgedruckt, überwiegend aber lediglich aufgeführt, leider nicht immer mit den amtlichen Fundstellen. Nach welchem System Rechtstexte abgedruckt oder lediglich aufgeführt wurden, erschließt sich nicht vollständig. Auch redaktionell besteht hier einiger Überarbeitungsbedarf. Dies beginnt schon in der Inhaltsübersicht (S. XVIII und 430), in der unter dem Gliederungspunkt „A. Römisch-katholische Kirche“ unter II. unvermutet die „Richtlinien für Friedhöfe in kirchlicher Trägerschaft in der Nordelbischen Ev.-Luth. Kirche“ verzeichnet werden. Diese scheinen für das evangelische Friedhofswesen von besonderer Bedeutung zu sein, sind sie doch gleich mehrfach abgedruckt (S. 857 ff. und 887 ff.) und zusätzlich auf S. 871 noch aufgeführt. Auch sonst sind einige Ungereimtheiten zu vermerken. So lebt auf S. 870 zwar die Evangelische Kirche in Berlin-Brandenburg mit ihren Rechtstexten fort, die mit ihr bereits seit dem Jahr 2004 zur EKBO vereinte frühere Ev. Kirche der schlesischen Oberlausitz findet sich mit ihren – zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses des Handbuchs noch in Geltung befindlichen – Normen hingegen nicht wieder. Auch die Ev.-Luth. Kirche Mecklenburgs lebt fort, während die Nordkirche das Licht der Welt noch nicht erblickt hat. Dafür kann sich die (frühere) Mecklenburgische Kirche darüber freuen, dass unter ihrer Überschrift auch die Rechtstexte der Mitteldeutschen Kirche eine Heimat gefunden haben. Welcher Landeskirche hingegen die auf S. 853 ff. abgedruckte „Rechtsverordnung über die Verwaltung kirchlicher Friedhöfe“ zuzuordnen ist, erschließt sich zunächst nicht, da sie als Überschrift lediglich die „Evangelische Kirche in Deutschland“ zugeordnet bekommen hat. Aufklärung verschafft ein Blick auf die S. 883 ff., denn dort ist der Rechtstext nochmals und diesmal korrekt der Hannoverschen Landeskirche zugeordnet, abgedruckt. Hier hätte ein sorgfältiges Lektorat doch einiges bewirken können.

In den Anhängen 3–6 (S. 901–954) sind Mustersatzungen des Deutschen Städtetages und des Städte- und Gemeindebundes, die Unfallverhütungsvorschrift Friedhöfe und Krematorien und die „Beschlüsse der Königlich wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen vom 1.11.1890 betr. Projekte für Anlage und Erweiterung von Begräbnisplätzen und Entwürfe von Begräbnisplatz-Ordnungen“ abgedruckt. Nicht nur Zweifel an der praktische Relevanz der Letzteren und die redaktionellen Ungenauigkeiten lassen die Frage entstehen, ob in Zeiten der jederzeitigen Recherchierbarkeit von Rechtstexten im Internet ein so umfangreicher Anhang in einem gebundenen Druckwerk, das naturgemäß nicht die

¹³ VG Berlin, a. a. O., zit. n. juris, Rn. 52, unter Bezugnahme auf das Urteil des OVG Berlin vom 23.03.1995.

aktuellsten Gesetzesfassungen aufweisen kann, noch zeitangemessen ist. Vielleicht sollte man es bei einer Neuauflage bei einer Aufführung der Rechtstexte mit Fundstelle belassen, so dass der Nutzer sich einen Überblick über den vorhandenen Normenbestand verschaffen kann und die Abbildung der Rechtstexte der bei Jurion erhältlichen online-Version des Handbuchs vorbehalten.

Klassiker drohen mitunter zu verstauben. Diese Gefahr besteht beim „Gaedke“ nicht. *Barthel* ist es dank seiner profunden Kenntnis der Materie gelungen, alle aktuellen Entwicklungen aufzugreifen und sachkundig einzuordnen. Es ist daher nach wie vor kaum ein Problem vorstellbar, zu dem das Werk nicht zumindest einen fundierten Einstieg vermittelt. *Barthel* hat damit die Stärken des Werkes nicht nur bewahrt, sondern weiter ausgebaut. Es wird die Aufgabe der nachfolgenden Auflagen sein, an mancher Stelle inhaltliche und gelegentlich auch sprachliche Bereinigungen vorzunehmen, um den behutsam eingeschlagen Weg der Modernisierung fortzusetzen. Dann wird der „Gaedke“ nicht nur seine Stellung als Klassiker, sondern ebenso die ihm auch in der 11. Auflage zukommende Rolle als führendes und für alle mit dem Friedhofs- und Bestattungsrecht Befassten unentbehrliches Arbeitsmittel bewahren und ausbauen können. Dies ist nicht nur dem verdienstvollen Bearbeiter *Torsten F. Barthel* und dem Verlag, sondern auch allen Nutzern des Handbuchs zu wünschen.

Arne Ziekow