

**Stellungnahme zu den Anträgen der
Fraktion der FDP (Lt-Drs. 18/1258)
und
der Fraktion der PIRATEN (Lt-Drs. 18/2174)**

Für die Einladung zur Würdigung der genannten Anträge darf ich mich bedanken und im Einzelnen Folgendes ausführen:

A. Vorbemerkung – Kontext der Anträge

Die Fassung des Antrags der FDP-Fraktion unter der dem Titel „Kirchenstaatsverträge evaluieren – Auftrag des Grundgesetzes erfüllen“ ist für mich nicht hinreichend klar und auch die Debatte in der 43. Sitzung der 18. WP des Schleswig-Holsteinischen Landtags am 12. Dezember 2013 (Plenarprotokoll S. 3498-3509) sowie der in dieser Sitzung angenommene Antrag Lt-Drs. 18/1411 erwecken den Eindruck, dass eine hinreichend trennscharfe Wahrnehmung und Behandlung der verschiedensten Aspekte des Verhältnisses von Staat und Religion zwingend geboten ist, wenn man über Grundsatz- und Detailspekte der deutschen Ordnungskonfiguration von Staat und Religion adäquat diskutieren möchte.

Da es immer wieder – vor- und hintergründig um Staatskirchenverträge (bzw. religionsverfassungsrechtliche Verträge) und deren Sinn sowie Bedeutung geht, darf ich grundsätzlich auf den beigefügten Beitrag Konkordate und Kirchenverträge, § 132, in: H. Kube u.a. (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts. Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2013, 1437-1446, verweisen, der eine kurze und prägnante Verortung des Vertragsinstruments im religionspolitischen Kontext vornimmt.

Im Übrigen drehen sich die beiden Anträge, die nachfolgend ausschließlich zu würdigen sein werden, vor allem um die Problematik der sog. Staatsleistungen.

B. Zu den Anträgen der FDP und der PIRATEN

a) Staatsleistungen und Ablösung allgemein

Wie mit den althergebrachten, verfassungsrechtlich durch Art. 140 GG/138 Abs. 1 WRV abgesicherten Staatsleistungen zu verfahren ist, ist durch diese Verfassungsbestimmung ebenso vorgegeben wie durch die Staatskirchenverträge, die das Bundesland Schleswig-Holstein geschlossen hat. Dass über die Staatsleistungen – gerade auch in Schleswig-

Holstein¹ – immer wieder diskutiert wurde, ist weder eine Spezialität dieses Bundeslandes noch ein exklusives Problem dieser staatlichen Leistungsverpflichtungen.

b) Ablösungsziel

Dass beide Anträge die Ablösung der historisch begründeten Staatsleistungen intendieren, ist ihr gutes Recht, zumal die Verfassung selbst in Art. 140 GG/138 Abs. 1 WRV einen Ablösungsauftrag formuliert. Dass weder der Reichs- oder Bundesgesetzgeber das erforderliche Grundsatzgesetz realisierte, ist sicherlich u.a. dem Verlauf der Geschichte des 20. Jh. geschuldet. Der kürzlich publizierte Referentenentwurf aus dem Jahr 1924 konnte angesichts der situativen Gegebenheiten der Weimarer Republik nicht weiter verfolgt werden. Es ist zudem in Erinnerung zu rufen, dass aber schon damals maßgebende Juristen immer wieder darauf verwiesen, dass der verfassungsrechtliche Entflechtungsauftrag kein leichtes Unterfangen werde angesichts der Komplexität und Kompliziertheit der Rechts- und Sachmaterie.

Dass bei dem erforderlichen Willen zur Problemlösung (und der Bereitstellung entsprechender Finanzmittel), aber durchaus auch solche oder vergleichbare Probleme zu lösen sind, hat die hessische Rahmenvereinbarung zur Ablösung der (kommunalen) Kirchenbaulasten vom 17. Dezember 2003 gezeigt. Zwar lagen dieser Vereinbarung keine herkömmlichen Staatsleistungen zugrunde, aber ein vielleicht noch schwierigeres Problem der sog. kommunalen Bau- und Unterhaltungsverpflichtungen an kirchlichen Gebäuden. Es hat sich hierbei – wie auch in anderen Vorgängen (z.B. im Freistaat Bayern) gezeigt, dass die Kirchen nicht nur gesprächs-, sondern auch kompromissbereit sind. Ein konkreter Erfolg hängt aber nicht zuletzt davon ab, dass ggf. vernünftige Ablöseangebote unterbreitet werden. Dies ist, da die Staatsleistungsempfänger nach weit überwiegender Auffassung keinen Anspruch auf Ablösung haben, insofern eine konkrete „Vorleistungspflicht“ des Staates (des Bundeslandes), der ernsthaft an einer Flurbereinigung, einer adäquaten Lösung der Problematik dieses Sachgebiets interessiert ist.

Ob und inwieweit die beiden Anträge ggf. mehr als Symbolpolitik sind (oder sein können), hängt von verschiedenen Faktoren ab, die nachfolgend kurz „anthematisiert“ werden sollen.

c) Was ist Ablösung

Im Recht der Staatsleistungen wird unter Ablösung in der Regel eine einseitige Aufhebung einer staatlichen Leistungsverpflichtung gegen Entschädigung oder genauer gegen Hingabe einer bestimmten Geldsumme oder Sachleistung an Erfüllung statt verstanden. Einem einseitigen Akt des Gesetzgebers, der meint, durch einen Federstrich den Rechtsgrund und die darauf beruhenden Leistungsverpflichtungen in ein juristisches Nichts befördern zu können, ist ein verfassungsrechtlicher Riegel vorgeschoben. Stattdessen ist zu beachten,

¹ Exemplarisch siehe – neben den diversen Vorstößen des Landesrechnungshofes - den Beitrag von Lothar Francke, Zum Verhältnis von Staat und Kirche in Schleswig-Holstein, SchIHA 2010, 257-260.

dass zwei rechtliche Vorgänge zu differenzieren sind: einerseits die Aufhebung des bisherigen Leistungsgrundes, andererseits die Begründung einer Ausgleichspflicht.

Zu beachten ist zudem, dass es ggf. zur Ablösung staatskirchenvertragsrechtliche Bindungen gibt, vgl. hier insbesondere Art. 18 Abs. 2 Satz 2 EvglKV und wortgleich dieselbe Regelung in Art. 19 Abs. 2 Satz 2 KathKV SH.

Wie eine den Rechtsgrund der Leistungsverpflichtung betreffende Ablösung zu berechnen ist, dafür gibt es verschiedenste Parameter; die diskutierten Faktoren bewegen sich grob dargestellt um das 18, 6fache (vgl. § 13 Abs. 2 Bewertungsgesetz) oder das 25fache bis zum 40fachen. Die Ablösung darf durchaus in Raten erbracht werden und muss nicht allein in der Hingabe von Geldzahlungen erfolgen, sondern kann auch in der Übertragung von Immobilien, Staatswald o.ä. bestehen.

Es sei ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sehr prominente Staatsrechtler die Rechtsauffassung vertreten, dass die vertraglichen Novationen der altrechtlich begründeten Staatsleistungen bereits als Ablösung zu werten sind.²

Schließlich kann es de iure nicht einfach bloß um irgendwelche Verrechnungsvorgänge bereits erfolgter Zahlungen mit der vorzunehmenden abschließenden, die Staatsleistungsverpflichtung dann beendenden Ausgleichspflichten gehen. Staatsleistungen sind keine Tilgung von Darlehen o.ä. Ablösungen wiederkehrender Leistungsverpflichtungen sind juristisch etwas völlig anderes.

d) Bundesgesetzliche Grundlage

Die einzelnen Rechtsfragen sind in dem Beitrag von Jens Reisinger, ‚Die Grundsätze hierfür stellt das Reich auf‘ – Zum Bundesgrundsatzgesetz gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 1 Satz 2 WRV, in: ZevKR 58 (2013), 280-313, dort auch auf S. 303 ff. die Dokumentation des erwähnten Referentenentwurfs aus dem Jahr 1924), grundlegend und zusammenfassend dargestellt. Hierauf sei verwiesen.

e) Organisationsanregungen und Gesetzesappell an den Bund

Da es keine Beschränkung der Gegenstände gibt, mit denen sich ein Landtag befassen darf, zumal wenn es wie bei der Ablösungsproblematik auch um Länderinteressen geht, kann sowohl die Einrichtung eines speziellen Gremiums beim Bundesminister der Finanzen angeregt als auch vom Bundesgesetzgeber die Verabschiedung eines Bundesgrundsatzgesetzes i.S. des Art. 140 GG/138 Abs. 1 WRV verlangt werden.

² Josef Isensee, Gut aufgehoben, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23. Dezember 2013 ; ders., Diskussionsbeitrag in: Essener Gespräche zum Thema von Staat und Kirche 47 Bd. (2013), S. 41 f. (konkret S. 42).

Ob dies politisch sinnvoll ist oder bloß ein symbolischer Akt, muss aus rechtswissenschaftlicher Sicht nicht weiter kommentiert werden, sondern ist eine rechtspolitische Frage.

f) Reduktion der Staatsleistungen

Dass die Staatsleistungen dynamisiert sind und nicht bloß vom Land zu zahlende Nominalwerte betreffen, ist aus rechtsstaatlichen Gründen zwingend erforderlich, da ansonsten eine stillschweigende Enteignung stattfindet. Über Reduktionen des Staatsleistungsvolumens verhandeln zu wollen, ist das gute Recht des Landes als Vertragspartner der Kirchen. Diese Reduktionen können aber nicht einseitig exekutiert werden, sondern hierfür bedarf es des Konsenses der Vertragsparteien.

C. Gesamtwürdigung

Die genannten Anträge vermögen intentional kaum die Komplexität und Kompliziertheit der Staatsleistungsproblematik in den Griff zu bekommen. Gleichwohl wäre es nicht unbedingt rechts- oder verfassungswidrig, sie zu verabschieden. Ein Originalitäts- oder Kreativitätspreis (hinsichtlich guter, wohlverstandener Lösungen einer politischen Herausforderung) im Rahmen eines fiktiven Wettbewerbs um den besten politischen Landtagsantrag wäre damit aus meiner Sicht aber nicht zu gewinnen. Manche politischen Herausforderungen bedürfen eben doch mehr als ein paar bloß fordernde Sätze.

Ansgar Hense

Übersicht

A. Normalität vertraglicher Beziehungen zwischen Staat und Religion	Rn. 1 – 4
B. Dauer und Wandel des Vertragsinstruments im Staatskirchenrecht	5 – 19
I. Leitgedanke scheidung-friedliche Verständigung zwischen Staat und Religion	5 – 10
II. Regelungsmaterien und „allgemeines“ Staatskirchenvertragsrecht	11 – 15
1. Vertragsarten und -funktionen	11 – 13
2. Rechtsnatur, Rang und Bindungswirkung	14 – 15
III. Hinweise auf aktuelle Herausforderungen des Staatskirchenvertragsrechts	16 – 19
C. Ausblickendes	20
D. Bibliographie	20

A. Normalität vertraglicher Beziehungen zwischen Staat und Religion

Verträge zwischen Staat und Religion gehören heute zur verbreiteten Ordnungskonfiguration von Staat und Religion und werden grundsätzlich unter dem Oberbegriff Staatskirchenverträge zusammengefasst. Gerade die Verträge mit dem Heiligen Stuhl, die häufig als Konkordate bezeichnet werden und als klassische Form vertraglicher Beziehungen zwischen Staat und Religion gelten, können auf eine lange Geschichte zurückblicken¹ und gehören zum festen Bestandteil des *ius publicum ecclesiasticum*². Der Heilige Stuhl als „global player“ unterhält mit vielen Staaten der Welt vertragliche Beziehungen³ und erweist mit c. 3 CIC dem Völker-

1 Grundlegende Orientierung bei Alexander Hollerbach, Artikel „Konkordat“, in: *StL* 7/III (1987), Sp. 620–625; Joseph List, Artikel „Konkordat“, in: *LrHK* Bd. VI, 1997, Sp. 263–268. Sehr aufschlussreich die jüngst erschienene Monographie von Roland Minnerath, *L'égilise catholique face aux états. Deux siècles de pratique concordataire 1801–2010*, 2012. Der Terminus Konkordate ist aber nicht allein katholischen Vereinbarungen vorbehalten, sondern fand auch im Schweizer Rechtskreis etwa für inerkatonale Vereinbarungen Verwendung. Vgl. dazu Fritz Fleiner/Zaccaria Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1949, S. 160 ff.; Hanspeter Kehrli, Interkantonales Konkordatsrecht, 1969.

2 Ausführlich zu den „*principia iuridica relationum conventionalium*“ Alphridus Ottaviani, *Compendium Juris Publici Ecclesiastici*, Editio Quinta, 1964, Tz. 251 ff. (= S. 433 ff.).

3 Hierzu die soziologische Untersuchung Stefan Nocke, *Die Kirche der Weltgesellschaft. Das II. Vatikanische Konzil und die Globalisierung des Katholizismus*, 2010.

4 Dokumentiert in: Lothar Schöppe (Hg.), *Konkordate seit 1800*, 1964; ders., *Neue Konkordate und konkordatarie Vereinbarungen*, 1970; José T. Martín de Agar, *Raccolta di concordati – 1950–1999*, 2000; ders., *I concordati del 2000*, 2001. Zur globalen „Konkordatsgeographie“ siehe Alexander Hollerbach, *Die neue Entwicklung des Konkordatsrechts*, in: *JöR* 17 (1968), S. 117–163; sowie die Fortschreibung ders., *Aspekte der neueren Entwicklung des Konkordatsrechts*, Verfassung im Diskurs der Welt: Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag, hg. von A. Blankenagel u. a., 2004, S. 821–839. Bilanzierend Stefan Mücke (Hg.), *Das Recht der Staatskirchenverträge. Colloquium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Alexander Hollerbach*, 2007. Umfassendes Résumé auch bei Minnerath (N 1).

vertragsrecht eine universalkirchenrechtliche Referenz. Das katholische Kirchenrecht verzichtet zwar auf einen absoluten Vorrang gegenüber dem Vertragsrecht,⁵ jedoch ist das Konkordatsrecht auch durch die kodikarischen Vorgaben geprägt.⁶ Kodex und Konkordate sind wechselseitig aufeinander bezogene und abgestimmte Rechtsquellen.

2 Das föderal sehr dichte, nahezu flächendeckend gewobene Netz von Staatskirchenverträgen in der Bundesrepublik Deutschland ist im weitesten Vergleich besonders eindrucksvoll.⁷ Das deutsche Staatskirchenvertragsrecht erstreckt sich aber nicht nur auf die beiden großen Kirchen, sondern umfasst auch Verträge mit anderen, kleineren Religionsgemeinschaften, zu denen insbesondere die Verträge mit den jüdischen Religionsgemeinschaften zählen.

3 Dass dem vertraglichen Zusammenwirken zwischen Staat und Religion in der Bundesrepublik Deutschland ein besonderer Stellenwert zugemessen wird, zeigt sich etwa an den aktuellen Bestrebungen in der Freien und Hansestadt Hamburg, mit muslimischen Gruppierungen einen Vertrag zu schließen.⁸ Kommt derartigen Verträgen damit eine statusvermittelnde Funktion zu, wie sich bereits aus anderen europäischen Ländern – wie z. B. Italien – bekannt ist, in denen zwischen Religionsgemeinschaften „mit“ und „ohne“ Vertrag unterschieden wird? Besitzen solche Verträge zwischen Staat und Religion eine ähnliche Funktion, wie sie auch dem Körperschaftsstatus eigen ist, dem der Jubilar eine grundlegende Abhandlung gewidmet hat?⁹ Bemerkenswert ist, dass der Vertrag als Regulierungsinstrument der Beziehungen zwischen Staat und Religion in der Bundesrepublik Deutschland gegenwärtig gleichsam in eine neue Phase tritt, indem sich etwa das Bundesland Hamburg anschickt, mit muslimischen Organisationen vertragliche Vereinbarungen einzugehen.¹⁰ Durch dieses Vorgehen wird letztlich auch die Wertschätzung für die Rechtsform des Vertrages im Verhältnis von Staat und Religion dokumentiert. Konsequenterweise stellt sich dann nicht nur die terminologische Frage, ob die Bezeichnung Staatskirchenvertragsrecht weiterhin adäquat ist oder nicht vielmehr korrekterweise z. B. durch religions(verfassungs)rechtliche Verträge ersetzt

5 Zur intertemporalen Kollisionsregel „Konkordat geht vor Kodex“ *Hollerbach* (N 1), Sp. 620 (624). Näher *Hübner Socha*, MKCIC (47. Lfg. Februar 2012), can. 3 Rn. 1 ff.

6 *Christian Hermes*, Konkordate im vereinigten Deutschland, 2009, S. 635.

7 Rechtswissenschaftlicher „Klassiker“ *Alexander Hollerbach*, Verträge zwischen Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland, 1965; *ders.*, Die vertragsrechtlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: *HöBStKirchR* I, 1994, S. 253–287. Sie ferner *Hans-Ulrich Anke*, Die Neubestimmung des Staat-Kirche-Verhältnisses in den neuen Ländern durch Staatskirchenverträge: Zu den Möglichkeiten und Grenzen des staatskirchenvertraglichen Gestaltungsinstruments, 2000; sowie eingehender Rechtsvergleich zwischen den Konkordaten bei *Hermes* (N 6).

8 Vgl. Edgar S. Haase, Senatgespräche mit Muslimen vor Abschluss, *DIE WELT* vom 29.06.2012, S. 33. Siehe auch Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, Drucks. 20/603 und 20/2779.

9 Zu letzterem siehe *Paul Kirchhof*, Die Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts, in: *HöBStKirchR* I, 1994, S. 651–687; und aus neuerer Zeit ferner *Stefan Magen*, Körperschaftsstatus und Religionsfreiheit: Zur Bedeutung des Art. 137 Abs. 5 WRV im Kontext des Grundgesetzes, 2004; *Hans Michael Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften: Studien zur Rechtsstellung der nach Art. 137 Abs. 5 WRV korporierten Religionsgesellschaften in Deutschland und in der Europäischen Union, 2003.

10 Zum Fragenkreis siehe näher *Angsar Hense*, Staatsverträge mit Muslimen – eine juristische Unmöglichkeit?, in: *MüchK* (N 4), S. 115–173.

werden sollte,¹¹ sondern auch das Problem: muss der Staat aus Gleichheitsgründen mit allen Religionen vertragliche Beziehungen unterhalten oder darf er differenzieren?

4 Wenn sich mit der vorstehend benannten Tendenz vielleicht abzeichnet, dass das Vertragsinstrument zwischen Staat und Religion auch in der Phase zunehmender religiöser Pluralisierung legitim ist und sich mit muslimischen Verträgen vielleicht eine „vierte Generation des Vertragsstaatskirchenrechts“ am Horizont auftaucht¹², so ist dieser Sektor gleichwohl ab und an sehr prinzipiellen Einwänden ausgesetzt. Einige Literaturstimmen gehen dezidiert davon aus, dass vertraglichen Absprachen im Verhältnis von Staat und Religion unnötig seien¹³ und statt dessen Rechtsstellungsgesetze o.ä. treten sollten.¹⁴ Hinter diesem Einwand lugt dann die Annahme hervor, dass nur das etatistische Konzept hierarchisch geprägten Rechts den Ansprüchen wohlverständlicher Ordnung entsprechen kann; eine einseitige Annahme, die etwa im Landesverfassungsrecht keine Stütze findet. Art. 50 HessLV geht davon aus, dass gesetzliches und vertragliche Ordnung im Verhältnis von Staat und Religion gleichermaßen angemessen ist.

B. Dauer und Wandel des Vertragsinstruments im Staatskirchenrecht

I. Leitgedanke schieflich-friedliche Verständigung zwischen Staat und Religion

Dass Staatskirchenverträge ein sachangemessenes Instrument sind, die komplexen und komplizierten Beziehungen zwischen Staat und Religion auszutarieren, ist in der Bundesrepublik Deutschland anerkannt. Die drei Generationen von Staatskirchenverträgen,¹⁵ die das geltende Staatskirchenvertragsrecht der Bundesrepublik Deutschland konstituieren, strafen die Aussage Lügen, dass das Zeitalter der Kirchenverträge passé sei.¹⁶ Die dritte Generation von Staatskirchenverträgen in der Bundesrepublik nach 1990 führte geradezu zu einer neuen Epoche.¹⁷ Die neueren Staatskirchenverträge zeigen das Potential des Vertragsinstruments, sich veränder-

11 So *Christian Welter*, Religionsverfassungsrecht 2006, S. 601; dezidiert auch *Peter Umrath*, Religionsverfassungsrecht, 2012, Rn. 328 f.

12 *Michael Germann*, Die Staatskirchenverträge der Neuen Bundesländer: Eine dritte Generation im Vertragsstaatskirchenrecht, in: *MüchK* (N 4), S. 91 (113).

13 *Gerhard Czermak*, Artikel „Verträge zwischen Staat und Religionsgemeinschaften“, in: *ders.*, Religion und Weltanschauung in Gesellschaft und Recht. Ein Lexikon für Wissenschaft und Praxis, 2009, S. 381 (383).

14 *Ludwig Renck*, Rechtsstellungsgesetze für Bekenntnisgemeinschaften, in: *ZRP* 2006, S. 87 ff.

15 *Germann* (N 12), S. 91 (92–98 und passim).

16 „Le temps des concordats est passé“, so *Alain Boyer*, *Le droit des religions en France*, 1993, S. 70 Fn. 1.

17 *Hollerbach*, Aspekte (N 4), S. 821 (830). Ebenso *Germann* (N 12), S. 91 (98 ff.).

ten Zeitläuften anzupassen und neuen Rechtsmaterien gegenüber zu öffnen.¹⁸ Sie sind ein Beleg für den balancierenden Ausgleich von Kontinuität und Innovation.¹⁹

6 Der Staatskirchenvertrag ist die angemessene Form, das Verhältnis von Staat und Religion zu regeln, weil im Vertrag unterscheidende Distanz wie kooperierende Verständigung gleichermaßen zum Tragen kommen. Insofern sind Konkordate, Staatskirchenverträge oder religionsverfassungsrechtliche Verträge in hohem Maße kompatibel mit dem religiös-weltanschaulich neutralen Staat, der nicht nur indifferent religiös farbenblind sein will, sondern auf freiheitliche Art und Weise, d. h. sensibel und hellichtig, die religiöse Sphäre in den Sektor des Öffentlichen integrieren will. Es gibt bei aller Unterscheidung von Staat und Religion keinen Grundsatz, dass der Staat nicht mit Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften paktieren darf. Damit feiert nicht die alte Koordinationstheorie fröhliche Urständ, sondern es wird dem Umstand Rechnung getragen, dass es sachadäquat ist, wenn der Staat im Allgemeinen wie im Besonderen seinen religiös-weltanschaulichen Kompetenzmangel (Alexander Hollerbach) dadurch ausgleicht, dass er auf die Ausbildung einer vertragsrechtlichen Ordnung setzt, um Staat und Religion gleichmäßig betreffende Sach- und Rechtsfragen innerhalb des verfassungsrechtlich vorgegebenen zu regeln.²⁰ Gerade der Staat, der sich einer fördernden Neutralität verpflichtet weiß und damit einer Exklusion des Sektors Religion eine Absage erteilt, ist in besonderem Maße an einer koordinierenden Zuordnung nicht nur, aber auch der Staat und Religion gemeinsam betreffenden Angelegenheiten interessiert.²¹ Geprägt ist das Vertragsrecht durch seinen Freiheitsbezug.²² Das Vertragsrecht intendiert eine funktionsgerechte Verbindung und Koordination an der Naht- und Begegnungsstelle zwischen dem Kirchen- bzw. Religionsrecht und der staatlichen Rechtsordnung. Die Praxis kontraktualer Religionspolitik in Deutschland zielt auf einen Ausgleich von staatlicher Kompetenz und religiöser Freiheit.

7 Das Staatskirchenvertragsrecht ist auch ein Beleg dafür, dass sich Religion nicht allein im Individuellen erschöpft. Religion basiert auch in Bezug auf den Staat sowohl im Individuellen als auch im Institutionell-Organisatorischen und wäre nur unterkomplex erfasst, wenn die Dimension Gemeinschaftsbezug von Religion ausgeblendet würde. Mit einem methodischen Individualismus lässt sich das Phänomen Religion nicht völlig erfassen. Die Verträge zwischen Staat und Religion zeigen auch dies deutlich.

8 Die Kontraktualisierung des Verhältnisses von Staat und Religion erfolgt darüber hinaus in der Regel nicht ohne den Gesetzgeber. Als staatsvertragsrechtliche Abmachung bedürfen diese Staat-Religion-Kontrakte der gesetzgeberischen Transfor-

18 Siehe etwa zur Materie Datenschutz Art. 19 des Hamburger Vertrags mit dem Heiligen Stuhl/Art. 15 des Evangelischen Hamburger Kirchenvertrags. Zu beiden Verträgen näher *Klaus David*, Über die Hamburger Kirchenverträge, in: *ISR* 56 (2008), S. 159–191; zum evangelischen Vertrag vor allem *Elizabeth Chownice*, Ein Staatskirchenvertrag für Hamburg, in: *ZevKR* 54 (2009), S. 445–464.

19 Dazu für die katholischen Staatskirchenverträge eingehend *Hermes* (N 6), insb. S. 636 ff.

20 Vgl. *Stefan Koriath*, Konkordate und Kirchenverträge im System des deutschen Staatskirchenrechts, in: *AFKR* 177 (2008), S. 394 (insb. S. 407–409); siehe auch *Stefan Mückl*, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: *HSR* VII, 2009, § 159 Rn. 40f.

21 Vgl. *Unruh* (N 11) Rn. 343.

22 Näher *Germann* (N 12), S. 91 (105 ff.).

mation, so dass der demokratisch legitimierte Gesetzgeber das „letzte Wort“ hat.²³ In den Staatskirchenverträgen politisch so etwas wie einen Arkanbereich zu erblicken, trifft demnach nicht zu.

Schließlich ist das kooperativ-kontraktuelle Zusammenwirken des Staates mit nicht-staatlichen Akteuren keine verfassungsstaatliche Anomalie.²⁴ Der Staat will auf die Interaktion mit gesellschaftlichen Kräften nicht verzichten. Insofern ist die Kooperation des Staates mit gesellschaftlichen Akteuren kein Privileg der Kirchen oder anderer Religionsgemeinschaften. Der auf konsensuales Zusammenwirken angelegte „kooperative Staat“ und die Kontraktualisierung der Politik²⁵ zeigte sich deutlich etwa am sog. Atomkonsens²⁶. Auch für andere Sektoren des Öffentlichen Rechts wird tendenziell ein „partieller Wandel vom normierenden zum praktierenden Staat“ (Michael Kloepfer) konstatiert,²⁷ wenngleich für das Verwaltungsrecht offen bleiben kann, ob die Entwicklung eines Verwaltungskooperationsrechts zutreffend ist.²⁸ Da z. B. das Phänomen normprägender und normersetzender Absprachen des Staates mit gesellschaftlichen Akteuren neueren Datums ist,²⁹ ist dem Staatskirchenvertragsrecht bei den „Vorspielen“ eines vertraglichen Zusammenwirkens von Staat und Gesellschaft gleichsam eine „Vorreiter-Rolle“ zuzumessen.³⁰

10 Die funktionalen Besonderheiten der Staatskirchenverträge hat Hans Ulrich Anke in einer vielbeachteten Typologie neu umschrieben und dabei vier funktionale Grundaspekte herausgearbeitet:³¹ Um rechtliche Positionen abzusichern, besitzen Staatskirchenverträge eine Absicherungs- bzw. Perpetuierungsfunktion.³² Daneben sind die Verträge Ausdruck einer Kooperationsfunktion, die das Zusammenwirken von Staat und Religion erleichtern und strukturieren soll.³³ Weiterhin treten die Förder- und die Verpflichtungsfunktion.³⁴ Durch die Verträge kann eine über die allgemeinen Gesetze vorgespurte staatliche Förderverpflichtung hinausgehende Leistungsverpflichtung des Staates festgeschrieben werden und zudem soll neben einer solchen Begünstigung *vice versa* auch das für die Kirchen/Religionsgemein-

23 Näher zum „Transformations-Argument“ und weiteren Aspekten *Unruh* (N 11) Rn. 348 f. Dass dabei nicht, was von Kritikern der Staatskirchenverträge bemängelt wird, einzelne Vertragsbestimmungen zum Abstimmungsgegenstand gemacht werden können, liegt in der Eigenart der Rechtmaterie; auch bei anderen Staatsverträgen oder völkerrechtlichen Verträgen ist dies nicht möglich.

24 Dazu und zum Recht der Staatskirchenverträge z. B. § 159 Rn. 41. Siehe auch die grundlegende Arbeit von *Florian Becker*, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2005, der sich – etwas versteckt – auch dem Recht der Staatskirchenverträge zuwendet (S. 184–230); dazu auch die Rezension von *Hermann Weber*, in: *ZevKR* 54 (2009), S. 109 (110–112).

25 Vgl. *Christian Lohsen*, Kontraktuelle Politik. Politische Vergesellschaftung am Beispiel der Luftreinhal-

tung in Deutschland, Frankreich, Großbritannien und den USA, 2003.

26 Zur Kontextualisierung des Atomkonsenses im Rahmen des „kooperativen Rechts“ näher *Rainer Schröder*, Verwaltungsdogmatik im Wandel, 2007, S. 194 ff. Auch *Becker* (N 24), S. 230 ff.

27 Vgl. *Martin Schulte*, Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, S. 44 f. und passim.

28 *Gunnar Folke Schuppert*, Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts. Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership, Rechts- und verwaltungswissenschaftliches Gutachten erstellt im Auftrag des Bundesministeriums des Inneren, Juni 2001.

29 Grundlegendes dazu bei *Lothar Michael*, Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat. Normprägende und normersetzende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, Berlin 2002.

30 Nicht in allen Einzelheiten, aber dem Grunde nach dürfte die formulierte Avantgarde-These nicht ganz fernliegend sein.

31 *Anke* (N 7), S. 64–404. Ihm folgend *Unruh* (N 11), Rn. 344.

32 *Anke* (N 7), S. 68–217.

33 *Anke* (N 7), S. 218–315.

34 *Anke* (N 7), S. 316–352 sowie S. 353–404.

schaften Verpflichtende näher konkretisiert werden, mit dem sie sich auf staatliche Belange und Interessen ausrichten müssen. Dieser Aspekt kommt gerade bei den Hamburger Verträgen mit muslimischen Verbänden zum Tragen, die auf allgemeine Rechtstreue und Anerkennung grundgesetzlicher Wertvorstellungen verpflichtend werden sollen.

II. Regelungsmaterien und „allgemeines“ Staatskirchenvertragsrecht

1. Vertragsarten und -funktionen

11 Den vertraglichen Absprachen obliegt die konkretisierende Regulierung der Materien, die Staat und Religion betreffen. Grundsätzlich wird zwischen kodifikatorischen bzw. Statusverträgen und Spezialverträgen unterschieden.³⁵ Während Spezialverträge lediglich einzelne Materien betreffen, zielen die kodifikatorischen Verträge auf eine umfassende und abschließende Regelung der Vertragsbeziehungen ab, ohne dass dies aber spätere Modifikationen ausschließt.

12 Die mannigfaltigen Themenbereiche, die zum Gegenstand umfassender vertraglicher Absprachen zwischen Staat und Religion gemacht werden können, lassen sich aneinanderreihend numerisch auflisten³⁶ oder typologisieren. Vier Gruppen von typischen Regelungsinhalten lassen sich vor allem herausarbeiten³⁷: (1) fixierende Wiederholung verfassungsrechtlicher Gewährleistungen (Religionsfreiheit, Selbstbestimmungsrecht, Amtsbesetzungsrecht), (2) Regelung des Zusammenwirkens von Staat und Religionsgemeinschaften bei den sog. gemeinsamen Angelegenheiten (res mixtae) wie Schul- und Hochschulwesen oder der Anstaltsseelsorge, (3) Regelung staatlicher Leistungsverpflichtungen, was die Novation der überkommenen Staatsleistungen ebenso betreffen kann wie die Repräsentation der Religionen in Rundfunkgremien u. a. sowie (4) allgemeine Verfahrensregelungen, was nicht nur die herkömmliche Freundschaftsklausel umfasst, sondern sich auch auf eine institutionalisierte Kooperation von Staat und Religion erstreckt. Dies schließt insbesondere die Pflicht des Staates ein, über religionsrelevante gesetzgeberische Vorhaben rechtzeitig zu unterrichten.

13 Die neueren Staatskirchenverträge haben, was staatliche Mitwirkungsrechte bei der Bestellung kirchlicher Amtsriträge anbelangt (politische Klausel, Treueid) zu einer gewissen „Flurbereinigung“ und zu einem Zurücktreten staatlicher Ingerenzen bei kirchlichen Angelegenheiten geführt.³⁸

³⁵ *Höllerbach* (N 7), *HdbStKR* I, S. 253 (285); siehe auch *Unruh* (N 11), Rn. 345.

³⁶ Zu einer solchen Aufzählung *Joseph Lisi*, *Konkordate aus der Sicht des Heiligen Stuhls*, in: ders., *Kirche im freiheitlichen Staat*, Halbbd. I, 1996, S. 522 (541–543).

³⁷ *Unruh* (N 11) Rn. 346. Anders *Mücket* (N 20) § 159 Rn. 37, der sechs komplexe typischer Vertragsinhalte unterscheidet.

³⁸ *Mücket* (N 20), § 159 Rn. 38; näher auch *Hermes* (N 6), S. 636 ff.

2. Rechtsnatur, Rang und Bindungswirkung

Bei der Einordnung der Staatskirchenverträge bzw. religionsverfassungsrechtlichen Verträge in die Ordnung der Rechtsquellen war lange Zeit die Bestimmung ihrer Rechtsnatur ein Diskussionsklassiker, ohne dass damit im Einzelnen oder im Grundsätzlichen unüberwindliche Schwierigkeiten verbunden wären.³⁹ Verträge mit dem Heiligen Stuhl gelten wegen dessen Völkerrechtssubjektivität als völkerrechtliche Verträge, während die Staatsverträge mit den evangelischen Landeskirchen oder anderen Religionsgemeinschaften als Staatsverträge bzw. staatsrechtliche Verträge qualifiziert werden. Weitergehend abgelehnt wird a priori die Qualifikation als Verwaltungsvertrag i. S. §§ 54 ff. VwVfG.

15 Intensiver diskutiert wird in der jüngsten Zeit immer wieder die Bindungswirkung der Verträge zwischen Staat und Religion. Galt über lange Zeit der Grundsatz, dass der Staat durch spätere Rechtsetzungen zwar nicht vertragsbrüchig werden dürfe, dies wegen seiner Souveränität aber könne⁴⁰, so vergrößert sich aktuell die Zahl derjenigen, die diese Unterscheidung zwischen rechtlichem Können und Dürfen rechtsgrundsätzlich in Frage stellen.⁴¹ Ob ein vertragswidriges Gesetz nichtig⁴² ist oder das Problem durch eine Güterabwägung zu lösen ist, bei der nur überwiegende Gemeinwohlbelange die grundsätzliche Bindungswirkung von Staatskirchenverträgen zurücktreten lassen⁴³, oder ob dies lediglich in dem Sinne zu prozeduralisieren ist, dass einvernehmliche vertragliche Anpassungspflichten ausgelöst werden⁴⁴ oder der Staat sich vorher z. B. durch Kündigung aus seiner vertraglichen Bindung lösen muss⁴⁵, ist gegenwärtig eine offene Frage.⁴⁶ Deutlich ist aber die Tendenz, dass die Staatskirchenverträge aus rechtsstaatlichen und verfassungsrechtlichen Gründen keine *quantité négligeable* sind. Sie dirigieren Gesetzgebung und Verwaltung und es gilt der Grundsatz: *pacta sunt servanda*.

III. Hinweise auf aktuelle Herausforderungen des Staatskirchenvertragsrechts

Der Pfad der vertraglichen Beziehungen insbesondere zwischen Staat und Kirchen hat sich nicht nur grundsätzlichen bewährt, sondern bewegt sich auch in ruhigen Bahnen. Gleichwohl gibt es verschiedene Probleme und Herausforderungen. Dies betrifft z. B. Einzelpunkte wie die Nichtdynamisierung der Staatsleistungen im

³⁹ Nähere Darstellung dazu bei *Unruh* (N 11), Rn. 355–360.

⁴⁰ Vgl. *BVerfGE* 6, 309 (363); 41, 88 (120 f.); siehe auch *Ulrich Scheuner*, *Kirchenverträge in ihrem Verhältnis zu Staatsgesetz und Staatsverfassung*, in: ders., *Schriften zum Staatskirchenrecht*, 1973, S. 355 (368–372).

⁴¹ Siehe dazu *Stefan Mücket*, in: *Frauff/Höfing* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum GG*, Art. 140 (33. Erg.-Lfg. 2011) Art. 140 Rn. 61. Ferner *Anke* (N 7), S. 161 ff., 184 ff., 205 ff.; *Becker* (N 24), S. 217 ff., 224 ff., 749.

⁴² So (früher) *Höllerbach*, *Verträge* (N 7), S. 159 f. Die Nichtigkeit wohl nicht ausschließend *Mücket* (N 41), ebenso *Katia Schier*, *Die Bestandkraft staatskirchenrechtlicher Verträge*, 2009, S. 142 ff., 147.

⁴³ Vgl. *Unruh* (N 11), Rn. 367.

⁴⁴ *Klaus Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IV/2 (2011), S. 1383 f.; ebenso *Mücket* (N 20) § 159 Rn. 46.

⁴⁵ Deutlich *Becker* (N 24), S. 749.

⁴⁶ Sehr differenziert zum denkbaren Reaktionsrepertoire *Unruh* (N 11), Rn. 367.

Brandenburger katholischen Kirchenvertrag. Das Problemfeld Staatsleistungen wurde mit dem Freistaat Bayern hinsichtlich der Leistungsverpflichtungen an die Domkapitel erst jüngst ein wenig entschärft.⁴⁷ Nicht wenige sehen gerade in die Staatskirchenverträgen das Instrumentarium, um die Staatsleistungsproblematik auch zukünftig zu lösen. Darüber hinaus werden die Verträge immer wieder situativ angepasst; die Sistierung der katholisch-theologischen Fakultäten Bamberg und Passau im Jahr 2007 erfolgte auch im Vertragswege.

17 Gerade neuere Staatskirchenverträge sind hinsichtlich ihres Gestaltungs- und Konkretisierungspotentials keineswegs ausgeschöpft. Wenn etwa der Hamburger Vertrag mit dem Heiligen Stuhl vorsieht, dass durch Vereinbarung der Kirche Aufgaben der Denkmalpflege übertragen werden können (Art. 14 Abs. 3), so harrt diese Option für die Schaffung einer „regulierten Selbstregulierung“ in einem für kirchliche Belangen sehr sensiblen Materie noch der Konkretisierung.

18 Bei allem grundsätzlich guten Zusammenwirken zwischen Staat und Religion auf vielen Feldern, kommt es hier und da doch einmal zu Problemen, was die hinreichende Unterrichtung über Gesetzesvorhaben anbelangt. Problematisch ist dies, weil die meisten Staatskirchenverträge diesen Punkt ausdrücklich regeln.

19 Die größte Herausforderung wird aber sicherlich die bereits ange deutete vierte Generation von Vereinbarungen zwischen Staat und Religion sein. Neben den aktuellen Hamburger Bestrebungen, einerseits mit den Aleviten und andererseits mit dem DITB-Landesverband Hamburg, dem SCHURA-Rat der islamischen Gemeinschaften in Hamburg und dem Verband der Islamischen Kulturzentren einen Vertrag zu schließen,⁴⁸ hört man immer wieder auch davon, dass Justizverwaltungen bestrebt sind, mit muslimischen Akteuren, die in der „Gefängnisseelsorge“ aktiv sind, Rahmenvereinbarungen zu schließen, die aber – wohl – über Vertragsentwürfe bis jetzt nicht hinausgelangt sind bzw. deren offizieller Vertragsschluss jedenfalls nicht publik wurde. Welche Entwicklungsrichtung die Pluralisierung des Feldes kontraktuelle Religionspolitik nehmen wird, lässt sich nicht vollends vorhersehen. Zu viele Sach- und Rechtsfragen – handelt es sich bei den muslimischen Akteuren überhaupt um Religionsgesellschaften⁴⁹ oder gibt es hinreichende An-

47 Durch den Vertrag zwischen dem Freistaat Bayern und den bayerischen (Erz-) Diözesen, den (erz-) bischöflichen Stühlen und den Metropolitan-/Domkapiteln vom 5. November 2009 sowie dem Notizenwechsel vom 29. November und 10. Dezember 2009 zwischen der Apostolischen Nuntiat und dem Ministerpräsidenten des Freistaats Bayern sind die Leistungsverpflichtungen nach Art. 10 § 1 lit. e des bayerischen Konkordats abgelöst worden. Näher dazu *Bernad Demmermark*, Staatsleistungen an die Domkapitel in Bayern, in: AfKR 178 (2009), S. 483 (500 f.).

48 Beide Verträge sind mehr oder minder Adaptionen der herkömmlichen Staatskirchenverträge auf muslimische Akteure. Sie umfassen Regelungen zur Glaubensfreiheit und Rechtsstellung, zu islamischen Feiertagen, zum Bildungs- und Hochschulwesen einschließlich des Religionsunterrichts genauso wie Bemühenszusagen des Landes zum Rundfunkwesen (Einsatz für zukünftige Vertretung in gruppenpluralen Aufsichtsgremien etc.).

49 Hamburg geht nach wissenschaftlicher Begutachtung davon aus, dass die muslimischen Akteure, Religionsgemeinschaften/-gesellschaften im Rechtssinn sind, § 132a SchulG NRW, der unter dem nicht zutreffenden Etikett „Islamischer Religionsunterricht“ ein entsprechendes Schulfach im Bundesland Nordrhein-Westfalen einführt, schreibt demgegenüber letztlich sogar gesetzlich fest, dass die muslimischen Gruppierungen noch nicht als Religionsgesellschaft qualifiziert werden können, weshalb eine Sonderkonstruktion erforderlich ist, um die muslimischen Schülerinnen und Schüler in dem Fach Islamische Religion „beschulen“ zu können.

haltspunkte für ein Konzept Seelsorge⁵⁰ in der islamischen Theologie – sind wissenschaftlich wie praktisch noch nicht ausreichend geklärt. Tendenziell sollen die Verträge wohl auch Disziplinierungscharakter haben und fordern die Beachtung „Gemeinsamer Wertegrundlagen“ ein.

C. Ausblickendes

Das Recht der Staatskirchenverträge bzw. der religionsverfassungsrechtlichen Verträge ist law in action und steht in der Bundesrepublik Deutschland vor einem nicht unerheblichen „Pluralisierungssprung“, der hinsichtlich des Vertragsabschlusses⁵¹ eine Herausforderung an Erkennen und Beurteilen⁵² sein wird. Auf einer metajuristischen Ebene bemerkenswert ist, dass die Leitidee, das Verhältnis von Staat und Religion vertraglich zu ordnen, heute nicht mehr einfach durch den Hinweis auf das umstrittene Reichskonkordat von 1933⁵³ desavouiert werden kann. Ob und inwieweit die vertragliche Beziehungen von Staat und Religion auch unter Europäisierungsdruk geraten,⁵⁴ bleibt ebenso abzuwarten wie die vielleicht zunehmende Sensibilisierung der EU für die kontraktuelle Religionspolitik.⁵⁵ Würden Konkordate nach katholischer Doktrin früher meistens geschlossen, um Wunden der Kirche zu heilen und neuen Gefahrenlagen prophylaktisch zu begegnen,⁵⁶ so gelten sie im kooperativen Verfassungsstaat als genuines Mittel, den Sachbereich von Staat und Religion adäquat auszutariieren und zu regeln. Vertragliche Beziehungen sind ein Beleg dafür, dass die Unterscheidung zwischen Staat und Religion ernst genommen und dass dieses Verhältnis „proaktiv“ freiheitsunterstützend gestaltet wird.⁵⁷

50 Die Hamburger Verträge sprechen insofern konsequent nicht von „islamischer Seelsorge“, sondern neutraler bloß von „religiöser Betreuung“ in öffentlichen Einrichtungen. Siehe auch *Eberhard Hauschildt/Bilient Ucar*, Islamische Seelsorge in Deutschland im Aufbruch, in: *Pastoraltheologie* 99 (2010), S. 256–263. Früher wurde allgemein davon ausgegangen, dass es nach muslimischem Selbstverständnis keine Form pastoral-seelsorgerlicher Betreuung gibt. So etwa *Susanne Eick-Wildgans*, Anstaltsseelsorge, 1993, S. 115.

51 Dazu *Urruh* (N 11), Rn. 351–354.

52 Zu diesen Herausforderungen des Gleichheitsgebots *Paul Kirchhoff*, Allgemeiner Gleichheitssatz, in: *HSIR* VIII, 2010, § 181, Rn. 1 ff.

53 Grundlegende, nichterne Analyse zur Scholde-Repen-Kontrorse von *Hubert Wolf*, Reichskonkordat für Ermächtigungsgesetz, in: *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte* 60 (2012), S. 169–200.

54 Dazu *Peter M. Huber*, Konkordate und Kirchenverträge unter Europäisierungsdruk, in: *AfKR* 177 (2008), S. 411–446.

55 Als Anzeichen dafür, dass die EU (völkerrechtliche) Konkordate in den Blick bekommt siehe exemplarisch Art. 63 der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000, ABl. 2003 L 338, S. 1.

56 Berthini: *Alaphridus Ottaviani*, *Institutiones Iuris Publici Ecclesiastici*, Vol. II: *Ecclesia et Status*, Editio Quarta, 1960, Tz. 370 (= S. 267): „Ex dictis evidenter constat Concordate plerumque ad vulnera Ecclesiae medenda, gravioraque mala vitanda inita fuisse: historia Concordatorum, historia dolorum Ecclesiae“.

57 Zu Recht spricht *Ulrich Stutz* von der „vertragsgesicherten autonomen Trennungskirche“ (gleichnamiger Artikel in: *Forschungen und Fortschritte* 7 (1931), S. 69).

D. Bibliographie

- Anke, *Hans-Ulrich*, Die Neubestimmung des Staat-Kirche-Verhältnisses in den neuen Ländern durch Staatskirchenverträge: Zu den Möglichkeiten und Grenzen des staatskirchenvertragsrechtlichen Gestaltungsinstruments, 2000.
- Hermes, *Christian*, Konkordate im vereinigten Deutschland, 2009.
- Hollerbach, *Alexander*, Verträge zwischen Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland, 1965.
- ders., Die vertragsrechtlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: HdbStKirchR I, 21994, S. 253–287.
- Minnerath, *Roland*, L'église catholique face aux états. Deux siècles de pratique concordataire 1801–2010, 2012.
- Mückl, *Stefan* (Hg.), Das Recht der Staatskirchenverträge. Colloquium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Alexander Hollerbach, 2007.

Sonderdruck aus:

Leitgedanken des Rechts

Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von

Hanno Kube
 Rudolf Mellinghoff
 Gerd Morgenthaler
 Ulrich Palm
 Thomas Puhl
 Christian Seiler



C. F. Müller