



GOEDOC - Dokumenten- und Publikationsserver der Georg-August-Universität Göttingen

2013

Hans Michael Heinig

Die „Göttinger“ Wissenschaft vom Staatskirchenrecht 1945-1969

Von der Koordinationslehre zu freien Kirchen unter dem Grundgesetz

GÖTTINGER E-PAPERS ZU RELIGION UND RECHT (GöPRR)

Nr. 6

Heinig, Hans Michael:

Die „Göttinger“ Wissenschaft vom Staatskirchenrecht 1945-1969 : von der Koordinationslehre zu freien Kirchen unter dem Grundgesetz

Göttingen : GOEDOC, Dokumenten- und Publikationsserver der Georg-August-Universität, 2013 (Göttinger E-Papers zu Religion und Recht 6)

Verfügbar:

PURL: <http://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl/?webdoc-3895>



Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Erschienen in der Reihe

Göttinger E-Papers zu Religion und Recht (GöPRR)

ISSN: 2194-2544

Herausgeber der Reihe

Prof. Dr. Hans Michael Heinig

Georg-August-Universität Göttingen
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Kirchen- und Staatskirchenrecht
Kirchenrechtliches Institut der Evangelischen Kirche in Deutschland, Göttingen

Abstract: Wissenschaft und Praxis des Staatskirchenrechts wandelten sich zwischen 1945 und 1969 in erheblicher Weise. Anfänglich stand das Rechtsgebiet ganz im Schatten historischer Erfahrungen. Das Religionsrecht wurde kirchenzentriert verstanden. Erst allmählich trat zur institutionellen Deutung eine grundrechtliche hinzu, die die Bedingungen religiös-weltanschaulicher Pluralität reflektiert. Die Entwicklung des Rechtsgebietes bildet die Sozial- und Mentalitätsgeschichte der frühen Bundesrepublik ab und ist Ausdruck gesellschaftlicher Modernisierung unter dem Grundgesetz. Der vorliegende Beitrag untersucht diese Entwicklung am Beispiel der Publikationen Göttinger Rechtswissenschaftler. Die Göttinger Fakultät prägte die Debatten der 1950er und 1960er Jahre maßgeblich mit. Rudolf Smend, Werner Weber, Arnold Köttgen und Konrad Hesse waren führende Vertreter in der Wissenschaft vom Staatskirchenrecht. Ihre Werkgeschichte führt von der Koordinationslehre zu freien Kirchen unter dem Grundgesetz.

Schlüsselwörter: Staatskirchenrecht, Religionsfreiheit, Bedeutungswandel, Koordinationslehre, Rudolf Smend, Konrad Hesse, Werner Weber, Arnold Köttgen

Die „Göttinger“ Wissenschaft vom Staatskirchenrecht 1945–1969: Von der Koordinationslehre zu freien Kirchen unter dem Grundgesetz

*Hans Michael Heinig, Göttingen**

I. Einleitung

Die Vortragsreihe, in deren Rahmen dieser Beitrag entstand, will Paradigmenwechsel in der Rechtswissenschaft zu identifizieren und die Rolle der Göttinger Fakultät an solchen Wendepunkten näher zu beleuchten. Das Rechtsdenken soll im Spiegel der Göttinger Rechtswissenschaft sachlich und biographisch betrachtet und einem breiten Publikum zugänglich gemacht werden.

Dieser Aufgabe will sich der folgende Beitrag für das Gebiet des Religionsrechts stellen. Die Ausführungen konzentrieren sich auf den Zeitraum zwischen 1945 und 1969. Diese Eingrenzung ist nicht willkürlich gewählt – und doch nicht zwingend. Die Göttinger Fakultät hat seit ihrer Gründung stets Akzente in Wissenschaft und Praxis des Kirchen- und Staatskirchenrechts gesetzt. Im 19. Jahrhundert prägten etwa *Emil Hermann* (1847-1868 in Göttingen), *Richard Dove* (1874-1885), *Otto Mejer* (1874-1885) und insbesondere *Paul Schoen* (1900-1941) die Göttinger Kirchenrechtswissenschaft.¹ Doch in keiner Zeit war die Fakultät so wirkmächtig wie in den frühen 1950er Jahren. Diese „Blütezeit“ des Göttinger Staatskirchenrechts soll aber nicht isoliert analysiert werden, sondern ihre Betrachtung in eine Darstellung der breiteren Entwicklungen des Rechtsgebietes eingebunden werden.

Dann bietet sich die Spanne von 1945 bis 1969 an, weil diese generell als zeithistorischer Deutungsraum der frühen Bundesrepublik gilt und zugleich durch zwei fachspezifische Zäsuren markiert wird: 1945 stellte sich eindringlich die Aufgabe, die im Nationalsozialismus gemachten Erfahrungen zu reflektieren und das Religionsrecht in mehr oder weniger starker Anknüpfung an die Weimarer Tradition neu zu ordnen (erster Wendepunkt). Die vor diesem Hintergrund in der Nachkriegszeit ausgebildeten Paradigmen wurden in den rechtswissenschaftlichen Debatten ab Mitte der 1960er Jahre zunehmend kritisch

* Vortrag vom 17. Januar 2013 in der Vortragsreihe der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen: Wendepunkte der Rechtswissenschaft. Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insb. Kirchen- und Staatskirchenrecht, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen und im Nebenamt Leiter des Kirchenrechtlichen Instituts der Evangelischen Kirche in Deutschland

¹ Vgl. *Rudolf Smend*, Zweihundert Jahre Göttinger Kirchenrechtswissenschaft, in: *Evangelisch-lutherische Kirchenzeitung* 10 (1956), S. 235-237.

hinterfragt (zweiter Wendepunkt). Dazu trugen die Beratungen auf der Staatsrechtslehretagung 1967 maßgeblich bei. Nach 1952 nahm sich die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer ein zweites Mal des Großthemas „Staat, Religion, Grundgesetz“ an und die Berichtersteller setzten erkennbar andere Akzente als fünfzehn Jahre zuvor. Zudem hatte das Bundesverfassungsgericht Mitte der 1960er Jahre in etlichen Verfahren Gelegenheit, zu religionsverfassungsrechtlichen Fragen Stellung zu nehmen – und prägte allmählich die deutsche Verfassungsrechtswissenschaft. „Verfassungsgerichtspositivismus“ nannte *Bernhard Schlink* später die starke Ausrichtung der Staatsrechtslehre an der Karlsruher Rechtsprechung, die auch das Religionsverfassungsrecht betrifft.² Cum grano salis kann man sagen, das Staatskirchenrecht des Grundgesetzes wurde Mitte/Ende der 1960er Jahre neu vermessen.

Die geschilderte Anlage des vorliegenden Beitrags, in die Rekonstruktion der Rechts- und Wissenschaftsgeschichte des Staatskirchenrechts der Nachkriegszeit den Göttinger Einflussnahmen ein besonderes Gewicht beizumessen, führt zu gewissen Verzerrungen: In den Vordergrund rücken a) die 1950er Jahre, b) Debattenbeiträge mit einer preußisch-protestantischen Imprägnierung und c) neben den Heldengestalten der damaligen Szene auch Autoren, die in Vergessenheit geraten sind. Vernachlässigt werden die 1960er Jahre, die Fachvertreter mit katholischem Hintergrund³ (etwa *Hans Peters*,⁴ *Alfred Albrecht*,⁵ *Paul Mikat*,⁶ *Ernst-Wolfgang Böckenförde*,⁷ *Alexander Hollerbach*⁸) und die aus Göttinger

² *Bernhard Schlink*, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *Der Staat* 28 (1989), S. 161-173 (163); siehe auch *Matthias Jestaedt*, Verfassungsgerichtspositivismus, in: Otto Depenheuer u.a. (Hrsg.), *Nomos und Ethos*, 2002, S. 183-228; *ders. u.a.*, *Das entgrenzte Gericht*, 2001.

³ Das Vorgehen hat aber auch Vorteile: Es zeichnet sich in einer solch partikular-detailliert angelegten Untersuchung ab, dass die „evangelische Koordinationslehre“ für sich steht, d.h. eine eigene theologiegeschichtliche und staatsrechtliche Tradition ausbildet, und nicht ein bloßer Annex zur katholischen Variante war.

⁴ Insb. *Hans Peters*, Die Gegenwartsfrage des Staatskirchenrechts, in: *VVDStRL* 11 (1954), S. 177-214 = in: *Helmut Quaritsch/Hermann Weber* (Hrsg.), *Staat und Kirchen in der Bundesrepublik*, 1967, S. 88-120.

⁵ *Alfred Albrecht*, *Koordination von Staat und Kirche in der Demokratie*, 1965.

⁶ Siehe für den Berichtszeitraum *Paul Mikat*, *Kirchen und Religionsgemeinschaften*, in: *Karl August Bittermann/Hans Carl Nipperdey/Ulrich Scheuner* (Hrsg.), *Die Grundrechte*, 1960, S. 111-243 = *ders.*, *Religionsrechtliche Schriften*, Band 1, 1974, S. 29-162; *ders.*, *Das Verhältnis von Kirche und Staat in der Bundesrepublik*, 1964 = *ders.*, *Religionsrechtliche Schriften*, Band 1, 1974, S. 163-180; *ders.*, *Gegenwartsaspekte im Verhältnis von Kirche und Staat in der Bundesrepublik Deutschland*, in: *Festschrift Audomar Scheuermann*, 1968, S. 79-97 = in: *ders.*, *Religionsrechtliche Schriften*, Band 1, 1974, S. 247-264.

⁷ *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Religionsfreiheit und öffentliches Schulgebet*, in: *DÖV* 1966, S. 30-38; in der Schnittfläche von Theologie und Verfassungstheorie auch *ders.*, *Das Ethos der modernen Demokratie und die Kirche*, in: *Hochland* 50 (1957/58), S. 4-19; = *ders.*, *Kirche und christlicher Glaube in den Herausforderungen der Zeit*, 2004, S. 9-26; *Religionsfreiheit als Aufgabe der Christen*, in: *Stimmen der Zeit* 176 (1965), S. 199-213 = *ders.*, *Kirche und christlicher Glaube in den Herausforderungen der Zeit*, 2004, S. 197-212; *ders.*, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in: *Festschrift Ernst Forsthoff*, 1967, S. 75-94 = *ders.*, *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, S. 92-114.

Sicht „auswärtigen“ Wortführer des Faches (etwa *Ulrich Scheuner*,⁹ *Johannes Heckel*,¹⁰ *Siegfried Grundmann*,¹¹ später *Martin Heckel*¹²) innerhalb des gewählten Berichtszeitraumes.¹³

II. Vorgeschichte: Kaiserreich – Weimar – Nationalsozialismus

Der rechtswissenschaftliche Diskurs über Religion und Politik, Kirchen und Staat in den 1950er Jahren stand im Zeichen vorhergehender Erfahrungen, die sich in das kollektive Gedächtnis des Faches einbrannten. Drei bzw. vier kirchenspezifische „Traumatisierungen“ sind zu nennen. Zum einen für die römisch-katholische Kirche der Kulturkampf Ende des 19. Jahrhunderts, für die evangelischen Kirchen das Ende des landesherrlichen Kirchenregiments 1919 und die mühsame Suche nach einem neuen Arrangement freier Trennung von Staat und Kirche in der Weimarer Zeit, der Kirchenkampf zwischen Bekennender Kirche und Deutschen Christen ab 1933 und schließlich für beide Kirchen die Hinwendung des Nationalsozialismus zu einer explizit christentums- und kirchenfeindlichen Politik in den frühen 1940er Jahren.

⁸ *Alexander Hollerbach*, Verträge zwischen Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland, 1965; *ders.* Das Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AÖR 92 (1967), S. 99-127; *ders.*, Die Kirchen (Fn. 68), S. 57-106; *ders.*, Die Kirchen als Körperschaften des öffentlichen Rechts, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 1 (1969), S. 46-67.

⁹ Insb. *Ulrich Scheuner*, Auflösung des Staatskirchenrechts, in: ZevKR 2 (1952/1953), S. 382-393 = *ders.*, Schriften zum Staatskirchenrecht, 1973, S. 85-98; *ders.*, Kirche und Staat in der neueren deutschen Entwicklung, in: ZevKR 7 (1959/1960), 225-273 = *ders.*, Schriften zum Staatskirchenrecht, 1973, S. 121-168; *ders.*, Auseinandersetzungen und Tendenzen im deutschen Staatskirchenrecht, in: DÖV 1966, S. 145-153 = *ders.*, Schriften zum Staatskirchenrecht, 1973, S. 193-214; *ders.*, Die Religionsfreiheit im Grundgesetz, in: DÖV 1967, 585-593 = in: *ders.*, Schriften zum Staatskirchenrecht, 1973, S. 33-54; *ders.*, Wandlungen im Staatskirchenrecht, in: Hans Kallenbach/Willi Schemel (Hrsg.), Staat und Kirche in der Bundesrepublik, 1968, S. 27-59.

¹⁰ Einflussreich insb. *Johannes Heckel*, Melanchthon und das heutige Staatskirchenrecht, in: Festschrift für Erich Kaufmann, 1950, S. 83-102 = in: *ders.*, Das blinde, undeutliche Wort „Kirche“, 1964, S. 307-327; *ders.*, Kirchengut und Staatsgewalt, in: Festschrift für Rudolf Smend, 1952, S. 103-143 = in: *ders.*, Das blinde, undeutliche Wort „Kirche“, 1964, S. 328-370.

¹¹ Insb. *Siegfried Grundmann*, Laizistische Tendenzen im deutschen Staatskirchenrecht, in: Festschrift für Hermann Kunst, 1967, S. 126-133 = in: *ders.*, Abhandlungen zum Kirchenrecht, 1969, S. 319-326.

¹² *Martin Heckel*, Zur Entwicklung des deutschen Staatskirchenrechts von der Reformation bis zur Schwelle der Weimarer Verfassung, in: ZevKR 12 (1966/1967), S. 1-39 = *ders.*, Gesammelte Schriften Band 1, 1989, S. 366-401; *ders.*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, in: VVDStRL 26 (1968), S. 5-56 = *ders.*, Gesammelte Schriften Band 1, 1989, S. 402-446; *ders.*, Staat, Kirche, Kunst, 1968.

¹³ Siehe im Überblick mit angemessener Berücksichtigung des gesamten Spektrums des Faches *Christoph Link*, Kirchliche Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 2010, S. 221-230; *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 4. Band, 2012, S. 337-345; *Christian Walter*, Religionsverfassungsrecht, 2006, S. 186-195; siehe auch *Martin Heckel*, Staat und Kirchen in der Bundesrepublik. Staatskirchenrechtliche Aufsätze 1950-1967, in: ZevKR 18 (1973), S. 22-61 = *ders.*, Gesammelte Schriften Band 1, 1989, S. 501-538.

1. Trauma Kulturkampf

Die Dramatik des Kulturkampfes ergab sich einerseits aus der Intensität der staatlichen Eingriffe in die Selbstorganisation des deutschen Katholizismus,¹⁴ andererseits aus seiner gesellschaftspolitischen Kontextualisierung: der Durchsetzung eines protestantisch-rationalistischen Staatsethos als nationaler Leitkultur zum Zwecke der „inneren Reichsgründung“.¹⁵ Aus der Zeit nahm der deutsche Katholizismus den Eindruck mit, dass die preußische Spielart des Konstitutionalismus Ende des 19. Jahrhunderts der Wucht staatlicher Religionspolitik wenig entgegenzusetzen hatte. Man traute dem Verfassungsrecht und auch den kulturprotestantisch geprägten politischen Eliten fortan nicht recht und setzte verstärkt auf rechtlichen Schutz durch Konkordate, mithin auf völkerrechtliche Übereinkommen zwischen dem Staat und dem Heiligen Stuhl.

2. Der lange Schatten des landesherrlichen Kirchenregiments

Kaum weniger einschneidend war für die evangelische Kirche das Ende des landesherrlichen Kirchenregiments.¹⁶ Dieses stand mit Grundeinsichten der Reformation eigentlich in Spannung; über das ganze 19. Jahrhundert gab es kirchlicherseits intensive Bestrebungen, die Kirchen- aus der Staatsverwaltung auszulagern und synodale Leitungselemente zu etablieren. Doch hatte sich der Protestantismus mental an die summeepiskopale Staatsnähe gewöhnt und sie auch immer wieder in unterschiedlichen Spielarten theologisch überhöht. Den überkommenen Verbindungen von Thron und Altar setzte die Weimarer Reichsverfassung 1919 mit dem schlichten Satz „Es besteht keine Staatskirche“ ein Ende. In der staatlichen Ministerialbürokratie wie in der kirchlichen Konsistorialverwaltung hatte sich aber ein vielschichtiges Instrumentarium staatlicher Einflussnahme und kirchlicher Staatsnähe eingeschliffen und es fiel beiden Seiten in der Rechtspraxis erkennbar schwer, davon zu lassen. Selbst die linksradikalen Revolutionsregierungen dachten 1918 nach der Abdankung der fürstlichen Landesherrn zunächst daran, die tradierten kirchenregimentlichen Befugnisse fortzuführen, um ihre kirchenpolitischen Vorstellungen besonders effizient zu implementieren.¹⁷

Nach 1919 stritt die Weimarer Staatsrechtslehre vehement über die Frage, ob mit der Staatskirche auch die staatliche Kirchenhoheit, das *ius circa sacra*, abgeschafft sei und ob die staatliche Rechtsaufsicht nicht das notwendige Korrelat zum öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus der Kirchen darstelle.¹⁸ Erst zum Ende der Weimarer Republik kam

¹⁴ Dokumentation bei *Ernst Rudolf Huber/Wolfgang Huber* (Hrsg.), *Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert*, Bd. 2, 1976, S. 460-928.

¹⁵ *Kurt Nowak*, *Geschichte des Christentums in Deutschland*, 1995, S. 149-165.

¹⁶ *Kurt Nowak*, *Evangelische Kirche und Weimarer Republik*, 2. Aufl. 1988.

¹⁷ *Ernst-Rudolf Huber/Wolfgang Huber*, *Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert*, 4. Band, 1988, S. 42-47.

¹⁸ Mit umfangreichen Nachweisen *Christoph Link*, *Staat und Kirche in der neueren deutschen Geschichte*, 2000, S. 107 f.

es nach der kirchenverfassungsrechtlichen Neuformierung des deutschen Protestantismus und dem Abschluss religionsverfassungsrechtlicher Verträge (insb. 1924 in Bayern, 1929 bzw. 1931 Preußen und 1932 in Baden)¹⁹ zu einer gewissen Konsolidierung.

3. NS-Religionspolitik und Kirchenkampf

Damit war es dann freilich unmittelbar nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten vorbei. Die Reichsregierung unter *Hitler* fuhr kirchenpolitisch 1933 eine Doppelstrategie. Mit dem Heiligen Stuhl wurde das Reichskonkordat vereinbart, das liberale Freiheitsgarantien aufnahm und zugleich den deutschen Katholizismus als potentiellen Opponenten politisch neutralisieren sollte;²⁰ für den Protestantismus dagegen suchte man mit der Gründung der Deutschen Evangelischen Kirche unter Leitung eines Reichsbischofs ein nationalsozialistisches Staatskirchentum zu etablieren.²¹ Das Reichskonkordat und das Gesetz über die Verfassung der Deutschen Evangelischen Kirche wurden bezeichnenderweise in der gleichen Kabinettsitzung (am 14. Juli 1933) verabschiedet.²²

Doch die völkisch-rassistische Umformung der evangelischen Kirchen stieß auf Widerstand. Prominenten Ausdruck fand er in der Barmer Theologischen Erklärung vom 31. Mai 1934. In einer Erklärung zur Rechtslage vom gleichen Tag wurde der Leitung der Reichskirche unter Berufung auf die Bekenntnisbindung des Kirchenrechts jede Legitimation abgesprochen – und mit dem bis dahin vorherrschenden positivistischen Kirchenrechtsverständnis gebrochen. Der Staat reagierte und erhöhte den Druck. Das Gesetz zur Sicherung der Deutschen Evangelischen Kirche vom 24. September 1935 schuf weitreichende Interventionsmöglichkeiten des Staates, von denen er durch 18 Durchführungsverordnungen Gebrauch machte. Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte wurde gekappt; die geistliche Kirchenleitung kujoniert, die kirchliche Finanzautonomie beseitigt. Gleichwohl scheiterte der Versuch nationalsozialistischer Gleichschaltung der evangelischen Kirche und so trat ab 1936 neben der schon im Reichskonkordat geforderten Entpolitisierung des kirchlichen Lebens zunehmend eine Strategie der „Entkonfessionalisierung des öffentlichen Lebens“ zu Tage.²³ Konfessionsschulen wurden bekämpft,

¹⁹ Das bayerische Konkordat und der bayerische Kirchenvertrag stammen jeweils aus dem Jahr 1924, die Vertragswerke in Baden aus dem Jahr 1932, das preußische Konkordat aus dem Jahr 1929, der preußische Kirchenvertrag aus dem Jahr 1931; Dokumentation bei *Ernst-Rudolf Huber/Wolfgang Huber*, Staat und Kirche (Fn. 17), S. 293 ff., 672 ff.

²⁰ Die Deutsche Zentrumspartei als politische Interessenvertretung des deutschen Katholizismus löste sich noch vor Verabschiedung des Reichskonkordats am 5. Juli 1933 selbst auf.

²¹ Im Überblick *Christoph Strohm*, Die Kirchen im Dritten Reich, 2011, S. 23 ff.; *Kurt Nowak*, Geschichte (Fn. 15), S. 251 ff., Dokumentation bei *Ernst-Rudolf Huber/Wolfgang Huber*, Staat und Kirche (Fn. 17), S. 827 ff.

²² *Werner Weber*, Die staatskirchenrechtliche Entwicklung des nationalsozialistischen Regimes in zeitgenössischer Betrachtung, in: ders., Staat und Kirche in der Gegenwart, 1978, S. 114-134 (114).

²³ *Werner Weber*, Entwicklung (Fn. 22), S. 119-123; *Konrad Hesse*, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts seit 1945, in: JöR n.F. 10 (1961), S. 3-122 (8); *Christoph Link*, Kirchliche Rechtsgeschichte (Fn. 13), S. 194-210.

Kirchenaustritte gefördert, kirchliche Privatschulen gingen der staatlichen Förderung verlustig, die kirchliche Wohlfahrtspflege geriet unter Gleichschaltungsdruck, Regimekritik in der öffentlichen Wortverkündigung wurde rigoros kriminalisiert. Der „Reichsgau Wartheland“ wurde ab 1941 dann zum Erprobungsfeld unverhohlener Kirchenrepression: Segregation der Kirchen entsprechend dem nationalsozialistischen Rassenwahn, Abschaffung des Körperschaftsstatus, der Kirchensteuer und des Religionsunterrichts, Auflösung aller Klöster und Stiftungen, Verbot kirchlicher Sozialarbeit, Mitgliedschaftsbe-gründung nur durch ausdrückliche Erklärung Volljähriger.²⁴

Weit schlimmer erging es freilich einigen kleineren Religionsgemeinschaften wie den Zeugen Jehovas und insbesondere den jüdischen Synagogengemeinden.²⁵ Letztere verloren jeden rechtlichen Freiheitsschutz.²⁶ Sie wurden erst ihres öffentlich-rechtlichen Status, dann ihres Vermögens und schließlich ihrer Mitglieder beraubt – durch Vertreibung, willkürliche Gewalt und schließlich den „Verwaltungsmassenmord“ (*Hannah Arendt*). Diese Form nationalsozialistischen Rechtsnihilismus kam erst mit der Kapitulation Deutschlands zu Ende.

III. Der Weg zum Grundgesetz: 1945-1949

Den Nachgeborenen fällt es schwer, sich den Zustand des Gemeinwesens der damaligen Zeit vorzustellen: Millionen Bürger durch das NS-Terrorregime ermordet und im Krieg umgekommen, weitere Millionen auf der Flucht oder vertrieben, große Teile der städtischen Infrastruktur zerstört, es mangelte an Wohnraum, an Nahrung und sonstiger Grundversorgung. Mit Kriegsende wurde der Umfang der Greuel-taten des Nationalsozialismus und damit das moralische Versagen Deutschlands auch dem Teil der Bevölkerung offenkundig, der vorher beide Augen verschlossen hielt.

1. Gesellschaftliche Wahrnehmung und Rolle der Kirchen 1945

In dieser Situation wurden die Kirchen Adressat unterschiedlichster Hoffnungen und Erwartungen. Sie waren bei Kriegsende organisatorisch handlungsfähig und standen hoch im Kurs.²⁷ Für breite Bevölkerungsgruppen erschienen die Theologumina des Christentums als hilfreiche Kontrastfolie, vor der die Erfahrungen des Zivilisationsbruchs und der

²⁴ *Paul Gürtler*, Nationalsozialismus und evangelische Kirche im Warthegau, 1958, insb. S. 260-264 (Dokumentation der Verordnung über religiöse Vereinigungen und Religionsgesellschaften im Reichsgau Wartheland vom 13. September 1941); *Kurt Nowak*, Geschichte (Fn. 15), S. 278-280.

²⁵ *Werner Weber*, Die kleineren Religionsgemeinschaften im Staatskirchenrecht des nationalsozialistischen Regimes, in: ders., Staat und Kirche in der Gegenwart, 1978, S. 226-240.

²⁶ *Michael Demel*, Gebrochene Normalität, 2011, S. 132-142.

²⁷ *Michael Stolleis*, Geschichte (Fn. 13), S. 337; *Christoph Möllers*, Das Grundgesetz, 2009, S. 27; ausführlich für den Protestantismus *Martin Greschat*, Die evangelische Christenheit und die deutsche Geschichte nach 1945, 2002; für beide kirchlichen Milieus *Kurt Nowak*, Geschichte (Fn. 15), S. 291-313.

nationalsozialistischen Ideologisierung aller Lebensbereiche gedeutet und verarbeitet werden können. Die Kirchen verbuchten moralischen Kredit, weil ein Teil des Widerstands christlich motiviert war und kirchlichen Schutz fand. Sie waren als einzige Großorganisation nicht gänzlich der nationalsozialistischen Gleichschaltungspolitik ausgeliefert und zudem stante pede international vernetzt – die katholische Kirche über die weltkirchliche Einbindung, die evangelische Kirche durch die Ökumene. Hierbei half das Bekenntnis des eigenen Versagens, etwa durch die Stuttgarter Schulderklärung vom Oktober 1945,²⁸ in der freilich die geistige Nähe zwischen völkischer Theologie und dem im Parteiprogramm der NSDAP enthaltenen Bekenntnis zum „positiven Christentum“ unerwähnt blieb und der Nationalsozialismus als Ausdruck des Säkularismus gedeutet wurde. Damit war der Grundton für die Kirchenpolitik und darüber hinaus der ethischen Selbstverständigung der frühen Bundesrepublik vorgegeben: Christliche Volkskirchen erschienen als Antidot zum säkularistischen Totalitarismus nazistischer wie bolschewistischer Couleur.

2. Religionspolitik der Alliierten

Der mit Kriegsende wachsende und von diesen auch reklamierte²⁹ gesellschaftspolitische Einfluss der Kirchen in Westdeutschland wurde durch die Religionspolitik der Alliierten gefördert. Diese hatten schon während des Krieges unter dem US-amerikanischen Einfluss formuliert, dass das Nachkriegsdeutschland religionsrechtlich „something like the Weimar Republic“ darstellen solle.³⁰ Die Alliierten sicherten im Potsdamer Abkommen zu, die Religionsfreiheit zu respektieren,³¹ Amerikaner, Briten und Franzosen ließen die Kirchen dann auch tatsächlich recht frei walten.

Der Kontrollrat erließ zeitnah Regelungen gegen religiöse Diskriminierungen und machte sich alsbald auch an die „Unrechtsbereinigung“:³² 1947 wurde das Gesetz über die Verfassung der Deutschen Evangelischen Kirche aufgehoben (nicht aber die Kirchenverfassung selbst, deren Schicksal zu einer innerkirchlichen Angelegenheit erklärt wurde).³³ Etwas später wurde das als Reaktion auf den Kirchenkampf erlassene Sicherungsgesetz

²⁸ Kurt Nowak, *Geschichte* (Fn. 15), S. 291-293; Martin Greschat, *Der Protestantismus in der Bundesrepublik Deutschland, 1945-2005*, 2011, S. 16-21.

²⁹ Siehe für die evangelische Kirche etwa das auf der Kirchenkonferenz von Treysa im August 1945 vorgelegte „Wort zur Verantwortung der Kirche für das öffentliche Leben“, dokumentiert in: Gerhard Besier u.a. (Hrsg.), *Der Kompromiss um Treysa*, 1995, S. 308-311.

³⁰ Marshall Knappen, zitiert nach Armin Boyens, *Die Kirchenpolitik der amerikanischen Besatzungsmacht in Deutschland von 1944-1946*, in: ders., *Kirchen in der Nachkriegszeit*, 1979, S. 7-99 (13). Für den Hinweis auf diese Aussage danke ich Viola Vogel.

³¹ Konrad Hesse, *Staatskirchenrecht* (Fn. 23), S. 9.

³² Überblick bei Konrad Hesse, *Staatskirchenrecht* (Fn. 23), S. 9 f.

³³ Arnold Köttgen, *Kirche im Spiegel deutscher Staatsverfassung der Nachkriegszeit*, in: Helmut Quaritsch/Hermann Weber, *Staat und Kirchen in der Bundesrepublik*, 1967, S. 79-87 (79).

nebst den auf seiner Grundlage beschlossenen Verordnungen und Erlassen nihilisiert. Die Fortgeltung des Reichskonkordats dagegen blieb zwischen den Alliierten umstritten. Die Frage sollte das deutsche Staatskirchenrecht noch viele Jahre beschäftigen.

3. Religionsbestimmungen in den vor 1949 verabschiedeten Landesverfassungen

„Something like the Weimar Republic“ war auch Leitspruch für die vor 1949 erlassenen Landesverfassungen: Man knüpfte an Art. 135 ff. WRV an, setzte aber auch erkennbar neue Akzente. Die Kirchen wurden neben Religionsgesellschaften genannt und damit ausdrücklich hervorgehoben. Man wollte sich so von den das Staatskirchenrecht des 19. Jahrhundert prägenden naturrechtlichen Korporatismuslehren distanzieren und auf das ekklesiologische Selbstverständnis der damaligen Zeit (spirituelle Heilsanstalt, nicht weltlicher Sozialverband) Rücksicht nehmen. Die Landesverfassungen betonten, weit über Weimar hinausgehend, die kirchliche Unabhängigkeit vom Staat im Sinne einer der rechtlichen Verfasstheit des Gemeinwesens vorgängigen Eigenheit und Selbständigkeit der Kirchen. Ebenso strich man die kirchliche Rolle im öffentlichen Leben, insbesondere in der Wohlfahrtspflege sowie in Bildung und Erziehung heraus.³⁴ Teilweise wurden ausgesprochene Pathosformeln bemüht, so etwa in Art. 29 der Verfassung von Württemberg-Baden, wo es hieß: „Die Bedeutung der Kirchen und der anerkannten Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften für die Bewahrung und Festigung der religiösen und sittlichen Grundlagen des menschlichen Lebens wird anerkannt.“ All dies schien den Beteiligten eine konsequente Lehre aus der nationalsozialistischen Kirchenpolitik zu sein.

Auch eine Fülle weiterer Detailregelungen reflektierten die Zeit nach 1933, so etwa wenn vor dem Hintergrund der illegalen Predigerseminare der Bekennenden Kirche die Freiheit zur Gründung kirchlicher Hochschulen und Ausbildungsstätten eigens hervorgehoben wird.³⁵

Im Gegensatz zu den Beratungen der Weimarer Reichsverfassung 1918/1919 waren die Verhandlungen zum landesverfassungsrechtlichen Status der Kirchen als solchem kaum konfliktbesetzt. Kontroversen entzündeten sich gemeinhin an der Schulorganisation und der Familienpolitik. Indirekt geriet damit auch das Reichskonkordat in den Focus, sicherte dieses doch den Fortbestand öffentlicher katholischer Bekenntnisschulen unter Rücksichtnahme auf das elterliche Bestimmungsrecht zu.³⁶ Die SPD präferierte verfassungspolitisch dagegen die Gemeinschaftsschule als öffentliche Regelschule.

³⁴ Konrad Hesse, Staatskirchenrecht (Fn. 23), S. 10-12.

³⁵ So etwa in Art. 42 Rh.-Pf.Verf.

³⁶ Vgl. Art. 23 Reichskonkordat.

4. Debatten und Entscheidungen im Parlamentarischen Rat

Bemühungen von CDU/CSU, Zentrum und Deutscher Partei, im Grundgesetz an die Landesverfassungsrechtlichen Entwicklungen anzuknüpfen und die Kirchen von anderen Religionsgemeinschaften durch eine Pathosformel zur Bedeutung der Kirchen für die sittlichen Grundlagen und durch die ausdrückliche Erwähnung der Kirchen neben den Religionsgesellschaften abzusetzen, scheiterten am Widerstand der SPD.³⁷ *Theodor Heuss* warnte vor der Komplexität der ganzen Materie und regte die Übernahme der Weimarer Bestimmungen an.³⁸ Diesen Vorschlag machte sich *Adolf Süsterhenn* zu Eigen. Der Rest war Redaktionsarbeit, bis es zum heutigen Art. 140 GG kam. Konfliktträchtiger war auch auf Bundesebene die Schulfrage und in diesem Zusammenhang die Frage der Bindungswirkung des Reichskonkordats. Dessen bundesverfassungsrechtliche Fortgeltung wurde (etwas versteckt) in Art. 123 II GG behandelt;³⁹ als Kompromiss in der Schulfrage kam Art. 7 GG zustande, der den konfessionellen Religionsunterricht garantiert, die Frage des elterlichen Bestimmungsrechts über den konfessionellen Charakter der öffentlichen Schulen aber der Kulturhoheit der Länder überlässt.

Mit diesem Ergebnis waren die beiden großen Kirchen nicht zufrieden; sie ließen zunächst Distanz zum Grundgesetz erkennen.⁴⁰ Aus den Reihen der katholischen Kirche hieß es, ohne Aufwertung des Elternrechts müsse man den Gläubigen die Ablehnung des Grundgesetzes empfehlen.⁴¹ Auch deshalb kam es damals nicht zu einer Volksabstimmung.⁴²

IV. Einfachgesetzliche Rechtsentwicklung und Vertragsstaatskirchenrecht

Die für die Verfassungsberatungen in Bund und Ländern charakteristische kirchenfreundliche Grundstimmung setzte sich in der einfachgesetzlichen Rechtsentwicklung der

³⁷ Näher zur Entstehungsgeschichte etwa *Karl-Hermann Kästner*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 140 Rdnr. 24-39 (Drittbearbeitung 2010).

³⁸ *Theodor Heuss*, Diskussionsbeitrag, in: Deutscher Bundestag/Bundearchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949 – Akten und Protokolle, Bd. 5/II, 1993, S. 636 f.

³⁹ *Hans Holtkotten*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand 159. Lieferung Dezember 2012, Art. 123, S. 1-3; *Thomas Giegerich*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Stand 66. Lieferung August 2012, Art. 123, Rn. 14-15; *Heinrich Amadeus Wolff*, in: v. Mangoldt/Klein/Stark (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 123, Rn. 42; *Rupert Stettner*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 123, Rn. 2.

⁴⁰ In der 1945 gegründeten EKD traten deutschlandpolitische Überlegungen hinzu; vgl. *Martin Greschat*, Der Protestantismus (Fn. 28), S. 18 f., 24 ff.

⁴¹ *Wolfgang Benz*, Auftrag Demokratie. Die Gründungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland und die Entstehung der DDR 1945-1949, 2009, S. 385-388.

⁴² *Christian Brommarius*, Das Grundgesetz. Eine Biographie, 2009, S. 192 f.

1950er Jahre fort.⁴³ Der sog. Kanzelparagraph, im Dritten Reich Instrument zur Verfolgung opponierender Pfarrer, wurde 1953 abgeschafft. Zugleich wurde das Seelsorgegeheimnis durch eine Exemption von der Anzeigepflicht nach § 138 StGB gestärkt (§ 139 II StGB). Bei der Einführung der Wehrpflicht 1956 wurden Geistliche befreit; Theologiestudierende konnten sich zurückstellen lassen. Dazu traten landesrechtliche Entbindungen von weiteren staatsbürgerlichen Pflichten. Das Versammlungsgesetz von 1953 sah für Prozessionen und Wallfahrten eine Exemption von bestimmten Verpflichtungen vor. Die Amortationsgesetze (Genehmigungsvorbehalte für Schenkungen an und Grunderwerb durch die Kirchen) wurden 1953 mit Art. 86 EGBGB aufgehoben. Die Stiftungsgesetze der Länder erlaubten den Kirchen eine eigene Stiftungsaufsicht. Im öffentlichen Dienstrecht wurde der kirchliche Dienst als öffentlicher Dienst anerkannt, zugleich aber von den einfachgesetzlichen Bindungen des Staates freigestellt. Bundes- und landesrechtlich wurden zahlreiche Abgabenbefreiungen und -vergünstigungen neu eingeführt bzw. bestätigt. Im öffentlich-rechtlichen Rundfunk wurden den Kirchen Mitwirkungsbefugnisse, insb. die Mitgliedschaft in Aufsichtsgremien, eingeräumt. Auch das Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften (1953), das Jugendwohlfahrtsrecht und das Bundesvertriebenengesetz (1953) sahen eine kirchliche Beteiligung an pluralistisch zusammengesetzten Gremien vor. 1961 trat die Berücksichtigung der kirchlichen Wohlfahrtspflege im Bundessozialhilfegesetz hinzu. Die Liste ließe sich noch länger fortsetzen. Für unseren Zweck sollte die Aufzählung genügen, um ein Gefühl für die einfachgesetzliche Rechtsentwicklung zu gewinnen.

Daneben sind die gesetzlichen Bestimmungen der Länder zu notieren, die der Umsetzung von Staatskirchenverträgen dienen. Die römisch-katholische Kirche geriet auf dem Gebiet des Vertragsrechts zunächst ins Hintertreffen, weil sie sich in der Frage der Fortgeltung des Reichskonkordats gegenüber den Ländern gleichsam festbiss. So wurde die evangelische Kirche Schrittmacher.⁴⁴ Maßstabsetzend wirkte der Loccumer Vertrag in Niedersachsen vom 19. März 1955,⁴⁵ dem weitere vergleichbare Verträge in anderen Bundesländern folgten. In der Präambel des Loccumer Vertrages wird der „Öffentlichkeitsauftrag der Kirche“ ausdrücklich staatlicherseits anerkannt und die Eigenständigkeit der Kirche (in Abgrenzung zu einer bloß vom Staat abgeleiteten Autonomie) betont. Neben der Bekräftigung und Ausgestaltung verfassungsrechtlicher Garantien wurden staatliche Aufsichts- und Mitwirkungsrechte beseitigt und, soweit zum Schutz des Rechtsver-

⁴³ Siehe zum Folgenden etwa *Joseph Listl*, Das Staatskirchenrecht in der Bundesrepublik Deutschland von 1949 bis 1963, in: Anton Rauscher (Hrsg.), Kirche und Staat in der Bundesrepublik Deutschland 1949-1963, 1979, S. 9-40 (23 ff.); *Konrad Hesse*, Staatskirchenrechts (Fn. 23), S. 35 ff.

⁴⁴ *Christoph Link*, Kirchliche Rechtsgeschichte (Fn. 13), S. 225 ff.

⁴⁵ Hierzu zeitnah etwa *Rudolf Smend*, Der Niedersächsische Kirchenvertrag und das heutige deutsche Staatskirchenrecht, in: JZ 1956, 50-53; *Ulrich Scheuner*, Die staatskirchenrechtliche Tragweite des niedersächsischen Kirchenvertrages von Kloster Loccum, in: ders., Schriften zum Staatskirchenrecht, 1973, S. 301-336.

kehrs geboten, durch Anzeigeverfahren ersetzt. Patronatsrechte des Landes wurden aufgehoben. Staatsleistungen wurden pauschaliert. Eigentums- und Nutzungsrechte an Gebäuden und Grundstücken wurden sortiert sowie Baulasten des Landes abgegolten.

V. Etappen der Rechtsprechung (insb. des Bundesverfassungsgerichts)

Das Bundesverfassungsgericht kam, ich erwähnte es eingangs bereits, erst relativ spät zum Zuge.⁴⁶ Lange Zeit setzte es keine maßgeblichen Impulse für die wissenschaftliche Diskussion. Theoriegeleitete Systematisierungen oder staatstheoretische und theologische Überlegungen zum Staat-Kirche-Verhältnis spielten in der Darstellung der Karlsruher Entscheidungen (Entscheidungsgründe) bis Ende der 1960er Jahre keine Rolle – im Prozess der Herstellung waren sie wohl präsent. Das damalige Schrifttum wurde selektiv rezipiert. Zitiert wurden vor allem Beiträge zu klar umgrenzten dogmatischen Fragen, etwa der Reichweite der Religionsfreiheit oder dem Wegfall der besonderen Kirchenhoheit des Staates.

Wichtige Etappen in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung waren insbesondere 1957 die Entscheidung zu den verfassungsrechtlichen Bindungswirkungen des Reichskonkordats im Verhältnis von Bund und Ländern,⁴⁷ 1960 eine erste Entscheidung zur Reichweite der Religionsfreiheit,⁴⁸ die 1968 dann entscheidend revidiert werden sollte,⁴⁹ sowie 1965 Entscheidungen zur Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde bei rein innerkirchlichen Rechtsakten,⁵⁰ zu Gleichbehandlungsansprüchen zwischen öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften,⁵¹ zur Gleichbehandlung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlich organisierten Religionsgesellschaften⁵² und schließlich zu kirchensteuerrechtlichen Fragen (genauer: der Reichweite des Gesetzesvorbehalts im Kirchensteuerrecht,⁵³ der Kirchensteuerpflicht juristischer Personen⁵⁴ und der Besteuerung bei glaubensverschiedenen Ehen⁵⁵).

Aus der Rechtsprechung des BGH sorgte vor allem eine Entscheidung aus dem Jahre 1961 für Aufmerksamkeit, die den Rechtsweg zu staatlichen Gerichten bei vermögensrechtlichen Auseinandersetzungen zwischen einem kirchlichen Amtsträger und seinem Dienstherrn ausschloss. Der BGH setzte damit freilich keinen eigenen Akzent, sondern

⁴⁶ Siehe auch *Alexander Hollerbach*, *Das Staatskirchenrecht* (Fn. 8), S. 99.

⁴⁷ BVerfGE 6, 309 ff.

⁴⁸ BVerfGE 12, 1 ff.

⁴⁹ BVerfGE 24, 236 ff.

⁵⁰ BVerfGE 18, 385 ff.

⁵¹ BVerfGE 19, 1 ff.

⁵² BVerfGE 19, 129 ff.

⁵³ BVerfGE 19, 253 ff.

⁵⁴ BVerfGE 19, 206 ff.

⁵⁵ BVerfGE 19, 226 ff. und 268 ff.

bezog, ohne große Begründung, Stellung zu einer Frage, die vorher bereits Gegenstand intensiver rechtswissenschaftlicher Diskussionen war.⁵⁶ Die Frage des staatlichen Rechtsschutzes in innerkirchlichen Angelegenheiten wirkte in den staatskirchenrechtlichen Grundsatzdebatten der 1950er Jahre katalysatorisch. Hier wurden Theoriefragen konkret und praktisch relevant.

Als Ausdruck eines „Stimmungsumschwungs“⁵⁷ breit rezipiert⁵⁸ und bis heute kanonisiert⁵⁹ ist schließlich eine Entscheidung des Hessischen Staatsgerichtshofs aus dem Jahre 1965 zu nennen, die das Schulgebet in öffentlichen Schulen für unzulässig erklärte.⁶⁰ 1979 entschied das Bundesverfassungsgericht die Frage dann bekanntlich anders.⁶¹ Doch diese Entscheidung liegt weit jenseits meines Berichtszeitraums.

Als Zwischenresümee will ich bis hierhin festhalten: Die rechtswissenschaftliche Annäherung an das Religionsrecht nach 1945 erfolgte

- wesentlich geprägt durch den vorhergehenden Erfahrungsraum des Kulturkampfes, der mit der Weimarer Reichsverfassung vollzogenen Trennung von Staat und Kirche und ihrer mühsamen Implementierung in der Rechtspraxis sowie den Eindrücken des Nationalsozialismus (rücksichtsloser und menschenverachtender Totalitarismus, das Ringen um Bekenntnistreue in der evangelischen Kirche ab 1933, die Entkonfessionalisierungspolitik ab Mitte der 1930er Jahre und die Dominanz der Parteikräfte, die für eine offene Kirchenfeindlichkeit eintraten, ab 1939/1940),
- eingedenk der verfassungsrechtlichen Fortentwicklung des Weimarer Religionsverfassungsrechts auf Länderebene vor 1949 und der Inkorporation der Weimarer Normen durch das Grundgesetz,
- einer Gesetzgebung, die einfachgesetzlich weitreichende Bestimmungen zur Freiheits effektivierung und zum öffentlichen Wirken der Kirchen erließ,

⁵⁶ Siehe aus der Fülle der Literatur insbesondere *Konrad Hesse*, Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, 1956; *Ulrich Scheuner*, Die Nachprüfung kirchlicher Rechtshandlungen durch staatliche Gerichte, in: ders., Schriften zum Staatskirchenrecht, 1983, S. 99-108; *Peter Häberle*, Kirchliche Gewalt als öffentliche und „mittelbar“ staatliche Gewalt, in: ZevKR 11 (1964/65), S. 395-403; im Überblick m.w.N. *Alexander Hollerbach*, Kirchen (Fn. 8), S. 70-76.

⁵⁷ *Axel von Campenhausen*, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 26 (1968), 137 f.

⁵⁸ *Ulrich Scheuner*, Auseinandersetzungen (Fn. 9), S. 208-214; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Religionsfreiheit und Schulgebet (Fn. 7), S. 30-38; *Günter Dürig*, Beten und Beten lassen, in: AÖR 91 (1966), S. 113-114; *Walter Hamel*, Die Bekenntnisfreiheit in der Schule, in: NJW 1966, 18-21.; *Klaus Obermayer*, Staatskirchenrecht im Wandel, in: DÖV 1967, 9-17 = in: Helmut Quaritsch/Hermann Weber (Hrsg.), Staat und Kirchen in der Bundesrepublik, 1967, S. 382-400 (399); *Friedrich von Zezschwitz*, Staatliche Neutralitätspflicht und Schulgebet, in: JZ 1966, 337-344 (342).

⁵⁹ Siehe *Michael Stolleis*, Geschichte (Fn. 13), S. 341 f.

⁶⁰ Hess. StGH, ESVGH 16, 1 ff.

⁶¹ BVerfGE 52, 223 ff.

– einer Rechtsprechung, die selbst wenig Impulse zur Theoriebildung setzte, sondern solche teils rezipierte (so der Bundesgerichtshof) oder sich weitgehend abstinenz zeigte und nüchtern den Grundrechten zur Durchsetzung verhalf (so letztlich das Bundesverfassungsgericht).⁶²

VI. Rechtswissenschaftliche Deutungen im Spiegel des Œuvres der an der Göttinger Fakultät tätigen oder aus ihr stammenden Rechtswissenschaftler

1. Die Wissenschaft vom Religionsverfassungsrecht: eine ideologisch eingefärbte Fachbrüderschaft?

Die Wissenschaft vom Staatskirchenrecht der frühen Bundesrepublik stand zu späterer Zeit unter Ideologieverdacht. Dem Vorwurf begegnet man bis heute. „Staatstheorie schlägt hier nicht selten in Weltanschauung um, wissenschaftliche Erkenntnis in ein Bekenntnis“, leitete *Christoph Möllers* 2008 sein Staatsrechtslehrerreferat ein.⁶³ Das ist schneidig formuliert und wird nicht wenigen plausibel erscheinen. Tatsächlich entsprechen Ideologierungsgrad, Methodenbewusstsein, Reflexionsniveau, Theorievermögen und Anwendungsorientierung des Religionsverfassungsrechts als rechtswissenschaftlicher Teildisziplin wohl so ungefähr dem in der deutschen Staatsrechtslehre der jeweiligen Zeit üblichen Stand.⁶⁴ Wer sich die religionsverfassungsrechtlichen Fachdebatten näher anschaut, entdeckt intensiv ausgetragene Kontroversen, auf variierende gesellschaftspolitische und mentalitätsgeschichtliche Kontexte reagierende Paradigmenwechsel, Generationenkonflikte, Zitierkartelle, Freundschaftsbünde und Schulenstreit, Distinktionsbemühungen in Form feinsinniger Nuancierungen und grobschlächtig ausgetragene Animositäten, das mit hohem Wissenschaftsethos ausgetragene Ringen um tiefere Einsichten und überzeugende Gründe für die eigene Positionsbestimmung, aber auch die argumentationsfreie Nobilitierung des eigenen wissenschaftlichen Ansatzes, indem andere Ansätze unter Ideologieverdacht gesetzt werden.

2. Phasenbildung – und was dabei vergessen wird

Geht man in die Details der Fachdebatten der Vergangenheit, wird aber auch die Unschärfe in den gängigen Bestimmungen der unterschiedlichen Phasen des Staatskirchenrechts sichtbar. Zieht man die rechtswissenschaftsgeschichtlichen Typisierungen heran, folgten auf die Koordinationslehre der unmittelbaren Nachkriegszeit eine „etatistische

⁶² Ein Ausreißer in dieser Perspektive der „Tabakbeschluss“, BVerfGE 12, 1 ff.

⁶³ *Christoph Möllers*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, in: VVDStRL 68 (2009), S. 47-93 (49).

⁶⁴ *Hans Michael Heinig*, Eigenwert des Religionsverfassungsrechts, in: Thomas Vesting/Stefan Koriath (Hrsg.), Der Eigenwert des Verfassungsrechts, 2011, S. 221-243 (222).

Gegenbewegung“ mit den Beiträgen von *Herbert Krüger*, *Helmut Quaritsch* und anderen⁶⁵ sowie eine laizistische Gegenbewegung mit *Erwin Fischers* Forderung nach einer strikteren Trennung von Staat und Kirche.⁶⁶ Ab Mitte der 1960er Jahre etablierte sich dann mit bahnbrechenden Beiträgen von *Konrad Hesse*,⁶⁷ *Alexander Hollerbach*⁶⁸ und *Martin Heckel*⁶⁹ sowie mit der umfangreicher werdenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein neuer „Mainstream“, der die Bedeutung der Religionsfreiheit betonte, das Religionsverfassungsrecht aber weiterhin auch institutionentheoretisch als kooperative Trennung von Staat und Kirche in den Blick nahm.⁷⁰ Tatsächlich aber waren schon die 1950er Jahre weit kontroverser als es gemeinhin den Nachgeborenen in Erinnerung ist. Das lässt sich gerade anhand der publizistischen Aktivitäten der Göttinger Fakultät anschaulich zeigen.

Dazu soll im Folgenden näher auf ausgewählte Arbeiten von *Rudolf Smend*, *Werner Weber*, *Arnold Köttgen* und *Konrad Hesse* eingegangen werden. Im Bereich von Staat und Kirche, Religion und Politik arbeiteten freilich noch weitere Göttinger Fakultätsmitglieder.⁷¹ So hatte sich *Gerhard Leibholz*, Schwager *Dietrich Bonhoeffers*, im englischen Exil

⁶⁵ *Herbert Krüger*, Rezension Konrad Hesse, Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, in: ZevKR 6 (1957/1958), 72-82 = in: Helmut Quaritsch/Hermann Weber (Hrsg.), Staat und Kirchen in der Bundesrepublik, 1967, S. 139-149; *ders.*, Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage 1966, S. 32-52 und passim; *Ernst-Werner Fuß*, Kirche und Staat unter dem Grundgesetz, in: DÖV 1961, 734-740 = in: Helmut Quaritsch/Hermann Weber (Hrsg.), Staat und Kirchen in der Bundesrepublik, 1967, S. 233-247; *Helmut Quaritsch*, Kirchen und Staat, in: Der Staat 1 (1962), S. 175-197 und S. 289-320 = in: *ders.*/Hermann Weber (Hrsg.), Staat und Kirchen in der Bundesrepublik, 1967, S. 265-310; *ders.*, Neues und Altes über das Verhältnis von Kirchen und Staat, in: Der Staat 5 (1966), 451-474 = in: *ders.*/Hermann Weber (Hrsg.), Staat und Kirchen in der Bundesrepublik, 1967, S. 358-381; *Reinhold Zippelius*, Kirche und Staat und die Einheit der Staatsgewalt, in: ZevKR 9 (1962/63), 42-68 = in: Helmut Quaritsch/Hermann Weber (Hrsg.), Staat und Kirchen in der Bundesrepublik, 1967, S. 311-333; *Klaus Obermayer*, Staatskirchenrecht (Fn. 58), S. 382-400; *Hermann Weber*, Die Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts im System des Grundgesetzes, 1966.

⁶⁶ *Erwin Fischer*, Trennung von Staat und Kirche – die Gefährdung der Religionsfreiheit in der Bundesrepublik, 1964.

⁶⁷ *Konrad Hesse*, Freie Kirche im demokratischen Gemeinwesen, in: ZevKR 11 (1964/65), S. 337-362 = Helmut Quaritsch/Hermann Weber (Hrsg.), Staat und Kirchen in der Bundesrepublik, 1967, S. 334-357.

⁶⁸ *Alexander Hollerbach*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, in: VVDStRL 26 (1968), S. 57-106.

⁶⁹ *Martin Heckel*, Kirchen (Fn. 12), S. 5-56.

⁷⁰ *Christian Walter*, Religionsverfassungsrecht, 2006, S. 188 ff.; größer noch etwa *Hans Michael Heinig*, Staatskirchenrecht nach 1945 und 25 Jahre Düsseldorfer Vertrag, in: KuR 2009, 196-206 (200 f.); *ders.*, Die Stellung der Kirche im rechtlichen Gefüge der Bundesrepublik Deutschland, in: Günter Frank/Volker Lepin/Thomas Seidel (Hrsg.), Staat, Religion, Bildung, 2011, S. 88-99 (91); sehr viel facettenreicher *Michael Stolleis*, Geschichte (Fn. 13), S. 337 ff..

⁷¹ Zudem traten Ende der 1960er Jahre mit Axel von Campenhausen und Ernst Gottfried Mahrenholz mit der Göttinger Fakultät eng verbundene Smend-Schüler publizistisch zum deutschen Staatskirchenrecht in Erscheinung (von Campenhausen hatte sich in seiner Göttinger Zeit bei Rudolf Smend auf kirchenrechtliche, schulrechtliche Fragen sowie das französische Religionsverfassungsrecht konzentriert); vgl. etwa *Axel von Campenhausen*, Urteilsanmerkung, in: ZevKR 11 [1964/1965], 183-187; *ders.*, Grundgesetz und Kirche, in: BayVBl. 1968, 221-225; *ders.*, Grenzprobleme staatlicher und kirchlicher Organisationsgewalt, in: ZevKR 14 (1968/1969), 278-296; *Ernst Gottfried Mahrenholz*, Die Kirchen in der Gesellschaft der Bundesrepublik, 1.

intensiv mit der politischen Rolle der Kirche und den Positionen der Bekennenden Kirche beschäftigt und dazu auch publiziert.⁷²

1962 kam mit *Ernst Rudolf Huber* zudem ein weiterer gestandener Fachmann in staatskirchenrechtlichen Fragen nach Göttingen;⁷³ in seiner Göttinger Zeit konzentrierte er sich auf verfassungsgeschichtliche Fragen und arbeitete zusammen mit seinem Sohn *Wolfgang Huber* u.a. an einer umfassenden Dokumentensammlung zu Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert.⁷⁴ In die staatskirchenrechtlichen Gegenwartsdebatten griffen weder *Leibholz* noch *Huber* ein – anders als *Rudolf Smend*.

3. Der protestantische Grandseigneur: *Rudolf Smend*

a) Person, Forschungsansatz, Wirkung

Smend war einer der führenden Köpfe der Weimarer Staatsrechtslehre und 1935 nicht ganz freiwillig nach Göttingen gekommen. Innerhalb der Fakultät ragte er wissenschaftlich wie hochschulpolitisch heraus. Er war erster Nachkriegsdekan und Universitätsrektor.⁷⁵ 1945 gründete er die Evangelische Kirche in Deutschland mit und wurde in den Rat der EKD berufen. In dieser Funktion regte er die Gründung einer Arbeitsstelle für die Identifizierung nationalsozialistischen Kirchenrechts an. Daraus entwickelte sich das Kirchenrechtliche Institut der EKD, das er bis 1969 leiten sollte.

1951 gründete er zusammen mit *Christhard Mahrenholz* und *Ernst Wolf* die Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht⁷⁶ und verfasste den Eröffnungsbeitrag „Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz“. Daraus stammt der sicherlich meistzitierte Satz des deutschen Staatskirchenrechts: „Aber wenn zwei Grundgesetze dasselbe sagen, so ist es

Aufl. 1969; dazu kritisch wiederum *Rudolf Smend*, Grundsätzliche Bemerkungen zum Korporationsstatus der Kirchen, in: *ZevKR* 16 (1971), 241-248. Auf von Campenhausen wie Mahrenholz wäre näher einzugehen, wenn man den Untersuchungszeitraum weiter fasst.

⁷² *Gerhard Leibholz*, National Socialism and the church, in: *Contemporary Review* 886 (1939), 475-484; *ders.*, Christianity Politics and Power 1942; *ders.*, Christianity and World Order in: Christian fellowship in wartime. Bulletin. No. 2 v. 15. Februar 1941, S. 5-9; *ders.*, Christianity, justice and modern society, in: The Christian News-Letter. Suppl. No. 162 v. 2. Dezember 1942; *ders.*, Politics and Law, 1965; *ders.*, Dietrich Bonhoeffer als ein Vermächtnis des 20. Juli, in: Herbert Schambeck (Hrsg.), Kirche und Staat – Festschrift für Fritz Eckert, 1976, S. 129-144; siehe auch *Eberhard Bethge/Ronald C. D. Jasper* (Hrsg.), An der Schwelle zum gespaltenen Europa : der Briefwechsel zwischen George Bell und Gerhard Leibholz 1939–1951, 1974.

⁷³ Siehe etwa *Ernst Rudolf Huber*, Die Garantie kirchlicher Vermögensrechte in der Weimarer Reichsverfassung, 1927; *ders.*, Verträge zwischen Staat und Kirche im Deutschen Reich, 1930.

⁷⁴ *Ernst Rudolf Huber/Wolfgang Huber*, Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert, 4 Bde. und Registerband, 1973-1995.

⁷⁵ Aufschlussreich zur Rolle Smends in der Fakultät *Eva Schumann*, Die Göttinger Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1933-1955, in: dies. (Hrsg.), Kontinuität und Zäsuren, 2008, S. 65-121.

⁷⁶ Zur Wirkungsgeschichte der Zeitschrift und der Rolle Smends auch *Michael Stolleis*, Fünzig Bände „Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht“, in: *ZevKR* 50 (2005), 165-183 (167-177).

nicht dasselbe“.⁷⁷ Der Verweis auf *Smends* Überlegungen bleibt bis heute die maßgebliche literarische Referenz, wenn es darum geht, der Inkorporationstechnik des Art. 140 GG und dem mit dem Bonner Grundgesetz verbundenen Paradigmenwechsel im Staatskirchenrecht nachzuspüren.

Schon vor 1945 hatte *Smend* sich gelegentlich zu Fragen von Staat und Kirche geäußert.⁷⁸ Nach 1945 widmete sich ein Großteil seines (freilich überschaubaren) Schrifttums dem Kirchen- und Staatskirchenrecht. Viele Beiträge sind kürzere Gelegenheitsschriften. Wer nur *Smends* kirchen- und staatskirchenrechtliche Abhandlungen liest, dem erschließt sich Einfluss und Bedeutung seiner Person nicht hinreichend. *Smends* Erfolg beruhte immer auch auf seinen Fähigkeiten als wissenschaftspolitischer Netzwerker und vor allem auch als akademischer Lehrer. Sein Seminar ist legendär; seine akademischen Schüler waren überaus erfolgreich, auch als Grenzgänger zur Praxis.⁷⁹ Sie adoptierten die *Smendsche* Verfassungstheorie und Grundrechtsdogmatik aus der Weimarer Zeit und passten sie den gewandelten gesellschaftlichen und verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der frühen Bundesrepublik an.⁸⁰ Dieser Prozess der Aneignung und Umschreibung erreichte auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und verstärkte sich dadurch noch einmal.⁸¹

Smend war kein Vielschreiber. Eine monographische Entfaltung der kirchen- und staatskirchenrechtlichen Großthemen fehlt, über die von ihm behandelten juristischen Einzelfragen ist die Zeit hinweggegangen und in den großen Linien ist manche seiner Aussagen nicht mehr ohne weiteres anschlussfähig, weil unsere Anschauung vom sozialen Leben und der Dynamik seiner kulturellen Einbettung und damit unser heutiges Staats- und Kirchenverständnis sich von dem *Smends* unterscheiden. Doch wer genauer hinschaut, entdeckt in vielen seiner kirchen- und staatskirchenrechtlichen Beiträge die für ihn typische „Art der Stoffbehandlung“, „die ihren Gegenstand von den geschichtlichen Wurzeln her entwickeln und zu durchdringen und die auf diese Weise die volle Anschauung der konkreten Realität zu gewinnen, die Kräfte und inneren Gesetzlichkeiten zu finden sucht,

⁷⁷ *Rudolf Smend*, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, in: ZevKR 1 (1951), 4-14 (4).

⁷⁸ Siehe etwa *Rudolf Smend*, Ein Wendepunkt in der evangelischen Kirchengeschichte. Der Kirchenvertrag vor dem Landtag, in: Deutsche Allgemeine Zeitung Nr. 253 vom 7. Juni 1931, S. 1-2; *ders.*, Protestantismus und Demokratie, in: *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl., 1994, S. 297-308; *ders.*, Noch einmal das Problem der „Reichskirche“, in: AÖR NF 24 (1934), 94-97; *ders.*, Patronatswesen, Grundherrschaft, Lehnswesen, in: Zeitschrift für niedersächsische Kirchengeschichte 43 (1938), 305-308.

⁷⁹ *Michael Stolleis*, Geschichte (Fn. 59), S. 52.

⁸⁰ Näher *Frieder Günther*, Denken vom Staat her, 2004; siehe auch *Oliver Lepsius*, Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre, in: Christoph Gusy (Hrsg.), Weimars langer Schatten. Weimar als Argument nach 1945, 2003, S. 354-394; *Stefan Koriath*, Rudolf Smend (1882-1975), in: Stefan Grundmann u.a. (Hrsg.), Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 583-604 (602 f.).

⁸¹ Nachweise zur Rechtsprechung bei *Axel von Campenhausen*, Rudolf Smend (1882-1975). Integration in zerrissener Zeit, in: *ders.*, Gesammelte Schriften, 1995, S. 480-495 (483-489).

die die Wirklichkeit des staatlichen [s.c. und kirchenrechtlichen] Lebens bestimmen und bewegen.⁸² Wie auf dem Feld des sonstigen Verfassungsrechts dürfte auch auf dem Gebiet des Kirchen- und Staatskirchenrechts *Smends* wissenschaftliche Wirkmacht weniger in den Einzeluntersuchungen als solchen als vielmehr in der Durchschlagskraft seiner (zuweilen implizit gehaltenen oder nur latent offengelegten) Grundannahmen und in der Anschlussfähigkeit zentraler Aussagen für variantenbildende Rezeptionsprozesse liegen.

b) Bedeutungswandel als Ausfluss eines gewandelten kirchlichen Selbstverständnisses

Smend gab für das Staatskirchenrecht der frühen Bundesrepublik den Takt vor, indem er vor der Folie seiner Weimarer Integrationslehre 1950/1951 einen „öffentlichen“ Status der Kirchen postuliert und sich sowohl vom liberal-rechtsstaatlichen wie vom etatistischen Traditionsgut des Religionsverfassungsrechts des 19. Jahrhunderts distanziert. Die von ihm angesonnene Neudeutung des von Weimar übernommenen Religionsverfassungsrechts begründet *Smend* freilich nicht mit dem durch das Grundgesetz veränderten Normkontext, sondern durch ein geschichtliches Narrativ. Dazu verklärt er gleichsam das bikonfessionelle Arrangement des Alten Reichs⁸³ und stellt sich zum liberal-rationalistischen Verfassungsdenken des 19. Jahrhunderts – und auch der Weimarer Reichsverfassung – in kritische Distanz. Die „liberale Ordnung zwischen Staat und Kirche ist die der inneren Fremdheit, ohne Beteiligung des Wesenskerns des einen oder anderen Partners“, heißt es bei ihm.⁸⁴ Damit habe das Dritte Reich „unwiderruflich und unübersehbar“ gebrochen. Nur habe das Bonner Grundgesetz dies nicht bemerkt.⁸⁵

Die aus den Erfahrungen des Kirchenkampfes gezogenen theologischen Grundeinsichten werden für *Smend* zum entscheidenden Argument, mit der Weimarer Staatskirchenrechtslehre Remedur zu machen. Denn in der „Notwehr gegen“ die „nationalsozialistische Kirchenpolitik ... mussten ... sich die Kirchen ... auf ihr letztes Wesen besinnen und dazu bekennen, mit endgültig grundlegender Wirkung für ihr künftiges Verhältnis zum Staat.“⁸⁶ Der „Rückzug der Kirche auf ihr eigenstes Wesen“⁸⁷ begründe aber zugleich mit dem „Öffentlichkeitsanspruch der Kirche“ eine „neue Nähe zum deutschen Staat“.⁸⁸ Die Kirche könne „sich nicht mehr mit der Maskierung des wahren Verhältnisses durch einen Wust von Privilegien und Belastungen, zusammengehalten höchstens durch den etwas rätselhaften Ehrentitel der ‚öffentlichen Korporation‘“, begnügen, „sondern sie muss

⁸² Konrad Hesse, In memoriam Rudolf Smend, in: ZevKR 20 (1975), 337-347 (339).

⁸³ Kritik bei Martin Heckel, Kirchen (Fn. 12), S. 405.

⁸⁴ Rudolf Smend, Staat und Kirche (Fn. 77), S. 7.

⁸⁵ So gleich zu Beginn seiner Überlegungen Rudolf Smend, Staat und Kirche (Fn. 77), S. 4.

⁸⁶ Rudolf Smend, Staat und Kirche (Fn. 77), S. 8.

⁸⁷ Rudolf Smend, Staat und Kirche (Fn. 77), S. 8.

⁸⁸ Rudolf Smend, Staat und Kirche (Fn. 77), S. 9; mit gleicher Stoßrichtung vorher schon ders., Deutsches evangelisches Kirchenrecht und Ökumene, in: Festschrift Otto Dibelius 1950, S. 179-187 (184-186).

grundsätzlich den konkreten Anspruch ... auf die Freiheit der Erfüllung ihrer konkreten Aufgaben als unabdingbar geltend machen.⁸⁹

Diesen Anspruch erkenne die Bundesrepublik mit der Inkorporation der Weimarer Religionsartikel in das Grundgesetz an. Entstehungsgeschichtlich sei Art. 140 GG zwar bloß ein Verlegenheitskompromiss. Doch sei „die Wiederherstellung des staatskirchenrechtlichen Friedens“ das entscheidende Ziel des Parlamentarischen Rates gewesen. Ein solcher Friedensschluss könne gerade nicht in einem Zurück nach Weimar liegen, sondern nur in der staatlichen Anerkennung der kirchlichen Lernerfahrungen aus dem Nationalsozialismus. *Smend* folgert daraus: Nach ihrem „objektiven Geltungsinhalt und Gewicht“ besagten die „wörtlich übernommenen Sätze der Weimarer Verfassung in der Welt der wirklichen Geltung unbeabsichtigt, aber unvermeidlich etwas anderes ..., als früher im Zusammenhang der Weimarer Verfassung.“⁹⁰ Deshalb seien auch die Einzelgewährleistungen im Vergleich zur „Zulassung“ des kirchlichen „Dienstes‘ an der Öffentlichkeit“ zweitrangig.

c) *Smend* als Gründungsvater der Koordinationslehre? Zu Öffentlichkeit und öffentlich-rechtlichem Körperschaftsstatus bei *Smend*

Smends Aufsatz zu „Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz“ wird häufig als Gründungsdokument der Koordinationslehre verstanden. Zwingend ist diese Einordnung nicht, betont *Smend* 1951 doch auch, dass „die grundsätzliche Gewährleistung kirchlicher Freiheitsrechte ... ihre gleichzeitige grundsätzliche Begrenzung durch die staatliche Souveränität“ erfordere.⁹¹

Vor allem *Smends* Verständnis von Öffentlichkeit spurt der Koordinationslehre den Weg.⁹² *Smends* dynamisch-prozesshaftes Verfassungsverständnis war nie etatistisch verengt, sondern auf die Integration sozial wirkmächtiger Entitäten in das Verfassungsleben angelegt. Diesen in Weimar entwickelten verfassungstheoretischen Ansatz spitzt *Smend* nach 1949 für das Staatskirchenrecht zu, indem er (rezeptionsgeschichtlich erfolgreich) in polemischer Abkehr vom „Formalismus und Positivismus des juristischen Denkens“ zwischen dem theologisch begründeten Öffentlichkeitsanspruch der Kirche und dem öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus eine Wechselbeziehung herstellt.⁹³ In dem Beitrag „Zur Gewährung der Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts

⁸⁹ *Rudolf Smend*, Staat und Kirche (Fn. 77), S. 9.

⁹⁰ *Rudolf Smend*, Staat und Kirche (Fn. 77), S. 11; ähnlich später *ders.*, Der Niedersächsische Kirchenvertrag und das heutige Staatskirchenrecht, in: JZ 1956, 50-53 (50, 52).

⁹¹ *Rudolf Smend*, Staat und Kirche (Fn. 77), S. 12.

⁹² Siehe zu diesem Verständnis auch *Rudolf Smend*, Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit, in: *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, S. 462-474.

⁹³ *Rudolf Smend*, Staat und Kirche (Fn.77), S. 13.

an Religionsgesellschaften gemäß Art. 137 WRV“ führt *Smend* dies 1952/1953 näher aus. Der öffentlich-rechtliche Körperschaftsstatus sei weit mehr als die Summe der mit ihm verbundenen Einzelrechte und damit mehr als ein „Liquidationsrest vergangenen Staatskirchentums“. Er bringe vielmehr zum Ausdruck, dass die Kirchen Teil „der verfassungsmäßig bejahten und geschützten öffentlichen Ordnung des deutschen Gemeinwesens“ seien, mithin „zu seinem verfassungsmäßig bejahten sachlichen öffentlichen Gesamtstatus“ gehöre. Hierdurch würden die Kirchen nicht nur als „Träger der öffentlichen Gewalt“ anerkannt, sondern es werde zugleich öffentlich gewährleistet, dass hinter den rechtlichen Formen und Bezeichnungen „eine vom Staat anerkannte und in gewissem Sinne gewährleistete würdige, das sittliche Gesamtleben mittragende, Vertrauen verdienende Wirklichkeit vorhanden sei“.⁹⁴

Daraus zieht *Smend* dann auch Rückschlüsse auf die Verleihungsvoraussetzungen. Über den Wortlaut des Art. 137 V 2 WRV hinaus sei eine „Anerkennungswürdigkeit“ zu verlangen. Dem paritätischen Grundgedanken der Norm sucht *Smend* nach Kräften entgegenzuwirken: „Häufig, wohl in der Regel, wird die Gleichstellung mit den großen Kirchen in jeder Hinsicht ... unangemessen und untunlich sein“, weil die kleineren Religionsgesellschaften des geforderten „qualitativen Gesamtzustandes“ entbehrten.⁹⁵ *Smend* warnt vor einer „großzügigen Verleihungspraxis“, auch wegen der „Rückwirkung auf die älteren Inhaber staatskirchenrechtlicher Vorzugslagen“.⁹⁶ Aus der verfassungsrechtlichen „Gewährleistung einer religions- und kirchenpolizeilich guten Gesamtordnung“ resultiere letztlich ein Mitspracherecht der altkorporierten Gemeinschaften in Verleihungsfragen, das Erfordernis „intensiver Staatsaufsicht“⁹⁷ sowie eines gewissen Konkurrenzschutzes etwa in Fragen der Amtsbezeichnungen oder der Selbstbezeichnung als Kirche.⁹⁸

⁹⁴ *Rudolf Smend*, Zur Gewährung der Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts an Religionsgesellschaften gemäß Art. 137 WRV, in: *ZevKR* 2 (1952/1953), S. 374-381 (376). In seinen Überlegungen knüpft er mehrfach explizit an bei *Konrad Müller*, Die Gewährung der Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts an Religionsgesellschaften gemäß Art. 137 V Satz 2 WRV, in: *ZevKR* 2 (1952/53), S. 139-168.

⁹⁵ *Rudolf Smend*, Zur Gewährung (Fn. 94), S. 378. Diese ausgesprochen paritätisskeptische Sichtweise wie überhaupt seine Deutung des Verfassungsrechts vor der Folie der historischen Erfahrung des Kirchenkampfes sah *Smend* später durch die Anerkennung des Öffentlichkeitsauftrags der Kirche und der weiteren Grundsatzbestimmungen des Loccumer Vertrages bestätigt; *ders.*, Der Niedersächsische Kirchenvertrag (Fn.90), S. 52 f.; mit der These von der Inkompatibilität von Kirchen und anderen Religionsgesellschaften lehnt sich *Smend* an Arbeiten von *Johannes Heckel* an; vgl. *Johannes Heckel*, Melanchthon (Fn. 10), S. 307-327; *ders.*, Kirchengut (Fn. 10), S. 328-370.

⁹⁶ *Rudolf Smend*, Zur Gewährung (Fn. 94), S. 379.

⁹⁷ *Rudolf Smend*, Zur Gewährung (Fn. 94), S. 379; *Smend* sah darin keinen Widerspruch zu seinen Überlegungen zum Ende staatlicher Kirchengewalt, weil er die Forderung nach einer staatlichen Aufsicht über die kleineren öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften aus der Garantiefunktion des Staates für die öffentliche Wertordnung und nicht souveränitätstheoretisch begründet. Die Kirchen mit ihrer behördlichen Organisationsstruktur und eigenem Aufsichtswesen dagegen bedürften zur Wahrung ihrer öffentlichen Funktion keiner staatlichen Aufsicht.

⁹⁸ *Rudolf Smend*, Zur Gewährung (Fn. 94), S. 378-388.

d) Zwischenbeobachtung zur Wirkungsgeschichte

Liest man *Smends* staatskirchenrechtliche Abhandlungen heute, wird die Ambivalenz seines Wirkens offensichtlich: Höchst erfolgreich etablierte er Standards für ein materielles, die historische Gewordenheit reflektierendes und zugleich wirklichkeitsoffenes Verfassungsverständnis. Diesem Anliegen weiß sich die theoretisch informierte Wissenschaft vom Religionsverfassungsrecht bis heute verpflichtet. Zugleich ist nicht zu übersehen, dass *Smend* den öffentlich-rechtlichen Status der Kirchen übersteigert und eine unangemessen paritätskritische Grundhaltung einnimmt. Weil *Smend* wirkungsgeschichtlich mit dieser Stoßrichtung ausgesprochen erfolgreich war, hat ausgerechnet er, der Vertreter der Integrationslehre, dazu beigetragen, dass die Integrationspotentiale des Weimarer Religionsverfassungsrechts in späteren Zeiten forciert religiöser Pluralisierung und Säkularisierung lange unterschätzt wurden. Fernwirkungen sind bis in die Debatten um die Vergabe des Körperschaftsstatus an die Zeugen Jehovas oder um die gleichberechtigte Teilhabe des Islam am religionsverfassungsrechtlichen Status quo zu beobachten.

Widerspruch erfuhr *Smend* jedoch zunächst in den 1950er Jahren nicht wegen der überschießenden Tendenz ins Institutionelle und der damit einhergehenden Vernachlässigung des Grundrechts der Religionsfreiheit, sondern aus dem etatistischen Lager. Akzentuiert vorgetragen wurde diese (unter dem Eindruck westdeutscher Teilstaatlichkeit melancholisch-kulturkritisch eingefärbte) Position von zwei Göttinger Kollegen *Smends*: *Arnold Köttgen* und *Werner Weber*.

4. Der in Vergessenheit geratene *Smend*-Nachfolger: *Arnold Köttgen*

Arnold Köttgen kam 1952 als Nachfolger *Rudolf Smends* nach Göttingen. Während des Krieges war er u.a. als Regierungsvizepräsident im Bezirk Kattowitz, in dem das Konzentrationslager Auschwitz belegen war, als Verwaltungsjurist tätig. Ab 1949 fungierte er als Verfassungsjurist im Bundesinnenministerium.⁹⁹ In den 1960er Jahren trat *Köttgen* auf dem Gebiet des Staatskirchenrechts mit einer langen Abhandlung zu „Soziale Arbeit in Kirche, Staat und Gesellschaft“ in Erscheinung,¹⁰⁰ vorher, Anfang der 1950er Jahre mit einem Beitrag unter dem Titel „Kirche im Spiegel deutscher Staatsverfassung der Nachkriegszeit“.¹⁰¹

Darin streicht er Gemeinsamkeiten mit *Smend* heraus, markiert jedoch auch Differenzen. Übereinstimmungen bestehen etwa in der Abneigung gegenüber dem juristischen Posi-

⁹⁹ *Eva Schumann*, Die Göttinger Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät (Fn. 75), S. 86 Fn. 78.

¹⁰⁰ *Arnold Köttgen*, Soziale Arbeit in Kirche, Staat und Gesellschaft, in: *ZevKR* 11 (1964/65), S. 225-280.

¹⁰¹ *Arnold Köttgen*, Kirche im Spiegel deutscher Staatsverfassung der Nachkriegszeit, in: *DVBl.* 1952, 485-488 = in: *Helmut Quaritsch/Hermann Weber* (Hrsg.), *Staat und Kirchen in der Bundesrepublik*, 1967, S. 79-87.

tivismus¹⁰² und der Distanz zum Verfassungsdenken des Liberalismus.¹⁰³ Zugleich hält *Köttgen Smend* entgegen, dass die staatskirchenrechtlichen Grundpositionen nicht einfach dem kirchlich-ekklesiologischen Selbstverständnis und den theologischen Begriffsbildungen folgen könnten. Entscheidend sei die staatliche Verfassungsordnung mit ihren säkularen Rechtsbegriffen.¹⁰⁴ Gerade deshalb sei, so *Köttgen*, vor den Folgen der „Erschütterung deutschen Staatsbewusstseins“ zu warnen.¹⁰⁵ Denn die den Kirchen gemeinsame „antilibérale Deutung des Staatskirchenrechts“ könne nur dann staatliches Verständnis finden, wenn der Staat „sich selbst als der Kirche insofern strukturverwandte Ordnung der Ämter begreift.“¹⁰⁶ Dies bedinge ein Staatsverständnis, das nicht interessen-, sondern verantwortungsorientiert aufgestellt ist, ein Staatsverständnis, nach dem der Staat – „und er allein“ – die bleibende Verantwortung für die „Verwirklichung an naturgegebener Einheit des Raumes ausgerichteter Lebensnotwendigkeiten“ trägt.¹⁰⁷

In solchen staatstheoretischen Assoziationen sucht *Köttgen* etwas verschurbelt sein Unbehagen an dem koordinationsrechtlichen Denken seiner Zeit zum Ausdruck zu bringen. Eine durchaus denkverwandte, aber in Stil und Gehalt doch ungleich lesenswertere Kritik am Modell der Gleichordnung von Staat und Kirchen übt *Werner Weber* in seinem 1952 gehaltenen Staatsrechtslehrerreferat.

5. Schweren Herzens: *Werner Webers* Abschied von der staatlichen Kirchenhoheit

a) Notizen zur Person

Weber kam 1949 an die Georgia Augusta. Der Schüler *Carl Schmitts* war 1945 wegen seiner NS-Vergangenheit seines Leipziger Lehrstuhls enthoben worden.¹⁰⁸ Er war, ebenso wie *Johannes Heckel* und *Ernst Forsthoff* Mitglied des Ausschusses für Religionsrecht der nationalsozialistischen Akademie für Deutsches Recht.¹⁰⁹ *Weber* hatte sich bereits in Weimar intensiv mit religionsrechtlichen Fragen beschäftigt und diese Neigung zeitlebens gepflegt.¹¹⁰ In der frühen Bundesrepublik wurde er neben *Ernst Forsthoff* einer der

¹⁰² *Arnold Köttgen*, Kirche (Fn. 101), S. 87 („natürlich“ mit einer Polemik gegen Hans Kelsen).

¹⁰³ *Arnold Köttgen*, Kirche (Fn. 101), S. 85 f.

¹⁰⁴ *Arnold Köttgen*, Kirche (Fn. 101), S. 82

¹⁰⁵ *Arnold Köttgen*, Kirche (Fn. 101), S. 80.

¹⁰⁶ *Arnold Köttgen*, Kirche (Fn. 101), S. 86 f.

¹⁰⁷ *Arnold Köttgen*, Kirche (Fn. 101), S. 87.

¹⁰⁸ Dazu *Martin Otto*, Werner Weber – ein Opfer politischer Säuberung nach 1945, in: *SächsVBl.* 2004, 201-205; *Christian Stark*, Erinnerung an Werner Weber (geb. 1904), in: *DÖV* 2004, 996-1000.

¹⁰⁹ Zu diesem Ausschuss *Jörg Winter*, Die Wissenschaft vom Staatskirchenrecht im Dritten Reich, 1979, S. 67-173; die Protokolle der Ausschussarbeit sind dokumentiert in *Werner Schubert* (Hrsg.), Akademie für Deutsches Recht – Ausschuss für Religionsrecht, 2003.

¹¹⁰ *Werner Weber*, Die politische Klausel in den Konkordaten, 1939/1966; *ders.* Die Ablösung von Staatsleistungen an Religionsgesellschaften, 1948; *ders.*, Die Konfessionalität der Lehrerbildung in rechtlicher Be-

führenden Verwaltungsrechtler und war als solcher ein vielgefragter Gutachter und Berater.¹¹¹ Ähnlich wie andere Vertreter der *Schmitt*-Schule konnte *Weber* mit dem Staat des Grundgesetzes anfänglich wenig anfangen.¹¹² Er beklagte in seinem 1951 erstmals erschienen „Spannungen und Kräfte im Westdeutschen Verfassungssystem“ den „Einbruch politischer Stände in die Demokratie“.¹¹³ Die Bundesrepublik schien ihm als eine Wiederverkehr des Ständestaates. Vor dieser Folie deutete *Weber* in den 1950er Jahren auch das Staatskirchenrecht.

b) Kirchen im bundesrepublikanischen Ständestaat

Weber kannte die preußische Kulturverwaltung und die von ihr in Anspruch genommene Kirchenhoheit aus eigener Anschauung. Mit der „Erschütterung des Staates“,¹¹⁴ dem Wegfall „der aus der Überlieferung lebende(n) Staatlichkeit monarchischen Ursprungs“¹¹⁵ – gemeint ist der Nationalsozialismus – sei die Grundlage für die staatliche Domestizierung der Kirchen entfallen. „Man wird in keinem Ministerium des Bundesgebietes einen Amtsträger mehr finden, der die schwierigen Zusammenhänge des Staatskirchenrechts auch nur intellektuell beherrscht, noch weniger solche, die die Position des Staates gegenüber den Kirchen aus sicherer Vertrautheit mit dem Werden und Wesen der staatskirchenrechtlichen Institutionen zu wahren wissen.“¹¹⁶ Deshalb hätten die Kirchen bei der „Umwertung der staatskirchenrechtlichen Beziehungen“ leichtes Spiel gehabt. Hinzu komme eine schwache Bundeskompetenz, so dass der Bund gegenüber den Kirchen „mehr oder weniger auf die Pflege von Beziehungen diplomatischen Stils zwischen Gleichgeordneten angewiesen“ sei.¹¹⁷

Weber beschreibt die verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Änderungen gegenüber Weimar und beklagt den „radikalen Abbau der staatlichen Finanz- und Vermögensaufsicht“ sowie die Inkompetenz und das Desinteresse bei der Ausübung verbliebener Aufsichts- und Kontrollrechte. Resigniert fügt *Weber* sich: Die Entwicklung sei „nicht nur das Ergebnis eines Verfallsprozesses“, sondern auch Ausdruck dafür, dass „die Probleme der Stellung der Kirche im Staat nicht mehr von den *jura circa sacra* her zu erfassen sind.“¹¹⁸

trachtung, 1965; seine wesentlichen Aufsätze zum Thema in *ders.*, Staat und Kirche in der Gegenwart, 1978.

¹¹¹ *Michael Stolleis*, Geschichte (Fn. 13), S. 53.

¹¹² Siehe zu Forsthoff etwa *Florian Meinel*, Der Jurist in der industriellen Gesellschaft, 2011, insb. S. 347-352.

¹¹³ *Werner Weber*, Spannungen und Kräfte im Westdeutschen Verfassungssystem, 1951, S. 57.

¹¹⁴ *Werner Weber*, Die Gegenwartsfrage des Staatskirchenrechts, in: *ders.*, Staat und Kirche in der Gegenwart, 1978, S. 163-186 (163).

¹¹⁵ *Werner Weber*, Gegenwartsfrage (Fn. 114), S. 168.

¹¹⁶ *Werner Weber*, Gegenwartsfrage (Fn. 114), S. 169.

¹¹⁷ *Werner Weber*, Gegenwartsfrage (Fn. 114), S. 171.

¹¹⁸ *Werner Weber*, Gegenwartsfrage (Fn. 114), S. 179.

Die staatskirchenrechtliche Gegenwartslage zeichne sich dadurch aus, dass die Kirchen „aus den historischen Bindungen an die Reste der staatlichen Kirchenhoheit entlassen und trotzdem stärker als bisher in die öffentliche Ordnung des politischen Gemeinwesens hineingezogen wurden.“¹¹⁹ Der öffentlich-rechtliche Körperschaftsstatus ist ihm „Bestätigung des hoheitlichen Individualstatus, der konkreten öffentlichen Gerechtsame ..., die den Kirchen aus der historischen Überlieferung eignen“, daneben aber auch „Meistbegünstigungsklausel“, so dass den Kirchen „alle Aktivrechte – ohne die Pflichten – zustehen, die im Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung beheimateten Körperschaften des öffentlichen Rechts eingeräumt sind. Von diesem umfassenden Gesamtstatus aus dringt der Aktionsbereich der Kirchen auf breiter Front in weitere Territorien der öffentlichen Lebensordnung vor.“¹²⁰ *Webers* Parallelen zum militärischen Sprachgebrauch springen ins Auge: Die Kirchen hätten „eine eigene kirchliche Hochschulfähigkeit okkupiert.“¹²¹

Eindrücklich beschreibt er ihre gesellschaftliche Stellung im Privatschulwesen, die „Einflussnahme auf den Rundfunk“, die Teilhabe am bildungs-, kultur- und sozialstaatlichen Ausschuss- und Beiratswesen etc. *Weber* zieht daraus den Schluss, dass man der Gegenwartslage mit den rechtlichen Begriffen der Weimarer Verfassung nicht Herr werde: „Der Versuch des Art. 137 WRV, die geschichtliche Bedeutung der beiden großen christlichen Kirchen durch den nivellierenden Allgemeinbegriff ‚Religionsgesellschaften‘ ... zu neutralisieren, ist verbraucht.“¹²² Zwischen Kirchen und anderen öffentlichen Religionsgemeinschaften sei durch die landesverfassungsrechtliche Entwicklung wieder ein klarer Trennungsstrich gezogen.¹²³

Freilich hat diese Entwicklung nach *Weber* für Staat wie Kirche ihren Preis: Der Staat mutiere in der Bundesrepublik zu einem politischen Gemeinwesen, in dem die öffentliche Ordnung aufgegliedert sei, zu einer Art Ständestaat. Die Kirchen wiederum sähen sich gerade „als öffentliche Institutionen aus eigenem, nicht verliehenem, abgezweigtem oder konzidiertem Recht“ in Konkurrenz zu und Verantwortung mit anderen „Ständen“ wie Parteien, Gewerkschaften und anderen Einflussgruppen und gerieten als Träger der Verantwortung für das politische Gemeinwesen auch in Abhängigkeit von diesem.¹²⁴ Ob diese Entwicklung „der Erfüllung eines kirchlichen Verständnisses vom Wesen der Kir-

¹¹⁹ *Werner Weber*, Gegenwartslage (Fn. 114), S. 180.

¹²⁰ *Werner Weber*, Gegenwartslage (Fn. 114), S. 180 f.

¹²¹ *Werner Weber*, Gegenwartslage (Fn. 114), S. 181; dazu auch *ders.*, Der gegenwärtige Status der theologischen Fakultäten und Hochschulen, in: *ders.*, Staat und Kirche in der Gegenwart, 1978, S. 93-113; *ders.*, Rechtsfragen der kirchlichen Hochschulen, ebenda, S. 135-153.

¹²² *Werner Weber*, Gegenwartslage (Fn. 114), S. 182.

¹²³ *Werner Weber*, Gegenwartslage (Fn. 114), S. 182.

¹²⁴ *Werner Weber*, Gegenwartslage (Fn. 114), S. 184.

che“ dient, lässt *Weber* mit süffisantem Unterton dahinstehen. Von einem „Staatskirchenrecht“ könne man jedenfalls kaum noch sprechen.¹²⁵

c) Wirkungen und Anknüpfungen

Webers Staatsrechtslehrevortrag lohnt sich auch heute noch zu lesen, wie übrigens auch so manche andere Schrift zum Staatskirchenrecht aus seiner Feder. Er dokumentiert die Trauerarbeit desjenigen, der der altpreußischen Ordnung viel abgewinnen konnte. Den Paradigmenwechsel der 1950er Jahre konnte *Weber* nicht leugnen und nicht ignorieren. Also steigerte er ihn durch die Beschreibung staatstheoretischer und auch ekklesiologischer Konsequenzen ins Extreme.¹²⁶ Gerade damit schuf er Raum für verfassungsrechtliche wie theologische Kritik an der Koordinationslehre der damaligen Zeit.

Wirkmächtiger Widerspruch zur Lehre von der Kirche als staatsanaloger Ordnungsmacht sollte sich in der Rechtswissenschaft ab Ende der 1950er Jahre denn auch entlang souveränitätstheoretischer Paradigmen formieren. *Herbert Krüger* und *Helmut Quaritsch*¹²⁷ stehen für entsprechende etatistische Revirements, auf die sich *Weber* selbst freilich später nie positiv bezog.

Daneben besteht aber subkutan auch noch ein zweiter Wirkungsstrang. Ausgerechnet der religionsverfassungsrechtliche Meisterschüler *Rudolf Smends* und Hauptvertreter einer evangelischen Spielart der Koordinationslehre, *Konrad Hesse*, sollte in den 1960er Jahren in versteckter und mittelbarer Weise an *Weber* anknüpfen, dessen theologische Skepsis gegenüber dem Öffentlichkeitsanspruch der Kirche aufnehmen und zugleich, anders als *Weber*, ohne Phantomschmerzen über den Verlust des Obrigkeitsstaates die Einbettung der Kirchen in den gesellschaftlichen Pluralismus verfassungstheoretisch höchst produktiv bearbeiten.

6. Von der Koordinationslehre zur freien Kirche im demokratischen Staat: *Konrad Hesse*

a) Zur Person

Hesses Göttinger Zeit war da freilich schon zu Ende. 1956 wurde *Hesse* nach Freiburg berufen, wo er bis zur Emeritierung lehrte; 1975-1987 war er Richter des Bundesverfas-

¹²⁵ *Werner Weber*, *Gegenwartslage* (Fn. 114), S. 186.

¹²⁶ Aufschlussreich für die Wahrnehmung der *Weberschen* Aussagen die Diskussion auf der Staatsrechtslehrtagung, *VVDStRL* 11 (1954), S. 214-260. *Ulrich Scheuner* attackierte ihn scharf für sein Staatsverständnis und den vermeintlich mangelnden Sinn für die Gegenwartslage der Kirchen (S. 225-229 – siehe auch *ders.*, *Auflösung* [Fn. 9], S. 90-94), *Rudolf Smend* widerspricht im Ton zurückhaltender (S. 238-241), *Wolfgang Abendroth* pflichtet zu Teilen bei (S. 247-249), während *Gerhard Leibholz* den Vergleich der demokratischen Verfassungsordnung des Grundgesetzes mit dem Ständestaat zurückweist (S. 249-251).

¹²⁷ Siehe Nachweise Fn. 65.

sungsgerichts. *Hesse* studierte nach dem Krieg in Göttingen, wurde 1950 mit einer von *Smend* betreuten Arbeit promoviert; von 1952 bis 1956 fungierte er als Referent im Kirchenrechtlichen Institut. 1955 habilitierte er sich mit einer Arbeit zum staatlichen Gerichtsschutz in innerkirchlichen Angelegenheiten.¹²⁸

b) Die koordinationsrechtliche Phase

Da hatte er sich als Verfechter eines koordinationsrechtlichen Ansatzes bereits einen Namen gemacht und *Smends* Thesen zum Körperschaftsstatus weiterentwickelt. Die Kirchen hätten sich von der Kirchenhoheit emanzipiert und seien zu Trägern „der Verantwortung für das soziale Ganze“,¹²⁹ zu öffentlichen Ordnungsmächten neben dem Staat geworden, mit eigener, vom Staat anerkannter, aber nicht von diesem abgeleiteter öffentlicher Gewalt, schreibt *Hesse* in der Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht 1953/1954. Die Stellung der kleineren Religionsgemeinschaften sei damit nicht vergleichbar. Sie seien, anders als die Kirchen, keine souveränen, außerstaatlichen Verbände. „Ihre Gewalt ist für das staatliche Recht nicht eigene Gewalt, sondern Verbandsgewalt, wie jede andere.“¹³⁰ Auch als öffentlich-rechtliche Körperschaften seien sie kein anerkannter „Bestandteil der verfassungsmäßig bejahten guten öffentlichen Ordnung“.¹³¹ Die von *Hesse* wahrgenommene Abstufung zwischen Kirchen, anderen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlich organisierten Religionsgemeinschaften schlägt auch auf sein Verständnis des Art. 137 III WRV durch: Für die Kirchen greife die Schranke des für alle geltenden Gesetzes kraft kirchlicher Anerkennung durch den öffentlichen Kooperationsstatus als „Ausdruck loyaler Partnerschaft“.¹³² Andere Religionsgemeinschaften seien dagegen subordiniert. Auch die Religionsfreiheit gebiete keine schematische Parität; Art. 4 II GG sei auf „die Kultusausübung beschränkt“ und von der Grenzziehung des Art. 137 III und V WRV streng zu unterscheiden.¹³³

Diese koordinationsrechtlichen Thesen variiert und expliziert *Hesse* 1955/1956 in seiner Habilitationsschrift¹³⁴ sowie in einem Beitrag zur Bedeutung der Kirchengutsgarantie in Art. 137 II WRV für das Bauplanungsrecht.¹³⁵ In einem Bericht über die „Entwicklung des Staatskirchenrechts seit 1945“ für das Jahrbuch für Öffentliches Recht 1961 formuliert

¹²⁸ *Konrad Hesse*, Rechtsschutz (Fn. 56).

¹²⁹ *Konrad Hesse*, Schematische Parität der Religionsgesellschaften nach dem Bonner Grundgesetz?, in: ZevKR 3 (1953/54), 188-200 = in: ders., Ausgewählte Schriften, 1984, S. 475-487 (477).

¹³⁰ *Konrad Hesse*, Schematische Parität (Fn. 129), S. 479.

¹³¹ *Konrad Hesse*, Schematische Parität (Fn. 129), S. 480.

¹³² *Konrad Hesse*, Schematische Parität (Fn. 129), S. 482.

¹³³ *Konrad Hesse*, Schematische Parität (Fn. 129), S. 483.

¹³⁴ *Konrad Hesse*, Rechtsschutz (Fn. 56), insb. S. 64-82.

¹³⁵ *Konrad Hesse*, Das neue Bauplanungsrecht und die Kirchen, in: ZevKR 5 (1956), 62-67 = in: ders., Ausgewählte Schriften, 1984, S. 488-501.

Hesse dann schon erkennbar zurückhaltender. An der Lehre vom Funktionswandel der Weimarer Religionsnormen hält er fest. Doch wird der Bedeutungswandel nun enger am normativen Material der Verfassung und des Vertragsrechts entfaltet.¹³⁶

c) Freie Kirche im demokratischen Gemeinwesen

Gegenüber seinen früheren Arbeiten deutlich anders akzentuiert fällt dann wenige Jahre später *Hesses* Referat zu „Freie Kirche im demokratischen Gemeinwesen“ auf der Kirchenrechtslehrertagung 1965 aus. *Hesse* revidiert seine koordinationsrechtlichen Grundpositionen und leitet damit einen grundlegenden Wandel im staatskirchenrechtlichen Denken seiner Zeit ein. *Alexander Hollerbach* und *Martin Heckel* folgten dem von ihm vorgezeichneten Weg wenig später auf der Staatsrechtslehrertagung 1967. Der koordinationsrechtliche Überschwang fand damit sein Ende. An die Stelle des Paradigmas der ranggleichen Ordnungsmächte trat in bewusster Betonung des Moments der Unter- und Einordnung in die freiheitliche Verfassungsordnung, aber unter fortbestehender Fokussierung des Forschungsinteresses auf die beiden Großkirchen das Modell der „Kirchen unter dem Grundgesetz“.

Wie *Smend* 1951 setzt *Hesse* 1965 bei einer kirchlichen Introspektion an: Die Kirchen pflegten eine ungute Fremdheit gegenüber dem demokratischen Staat und seinem Recht. Zugleich litten sie an einem inneren Substanzverlust durch Prozesse der Entkirchlichung, d.h. Mitgliederschwund durch Austritte und Autoritätsverlust bei den Mitgliedern durch religiöse Individualisierung. Scharf kritisiert er das dualistische Rechtsverständnis im evangelischen Kirchenrecht, das zur Entfremdung beigetragen habe und in letzter Konsequenz den öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus in Frage stelle.¹³⁷ Er folgert aus seinen kirchensoziologischen Beobachtungen: „Das für die gegenwärtige Lage kennzeichnende Ausmaß institutioneller Sicherung, die umfassende Beteiligung der verfaßten Kirchen an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und ihr politischer Einfluß, Inhalt und Ausdruck jener Partnerschaft, müssen fragwürdig werden, wenn der Position äußerer Stärke keine solche innerer Stärke entspricht, wenn die geistliche Kraft und Ausstrahlungswirkung der Kirchen im Mißverhältnis steht zu jener – rechtlich oder nur faktisch – umfassenden Sicherung, Wirkung und Einflußnahme“.¹³⁸ Je schwächer die Kirche innerlich werde, je mehr Mitglieder sie verliere, je mehr das kirchlich gebundene Milieu abbröckele, desto mehr suche die Kirche Kompensation und Einflussicherung „durch staatskirchenrechtliche Institutionalisierung“.¹³⁹

¹³⁶ *Konrad Hesse*, Staatskirchenrecht (Fn. 23), S. 22-35.

¹³⁷ *Konrad Hesse*, Freie Kirche (Fn. 67), S. 337 f..

¹³⁸ *Konrad Hesse*, Freie Kirche (Fn. 67), S. 340.

¹³⁹ *Konrad Hesse*, Freie Kirche (Fn. 67), S. 342.

Wenn man bedenkt, welche religionsverfassungsrechtlichen Positionen *Konrad Hesse* wenige Jahre zuvor noch mit Nachdruck vertreten hat, sind das bemerkenswerte Aussagen. Mancher Zuhörer mag sich denken, dass sie bis heute ihre Wirkung nicht verfehlen und von bleibender Aktualität sind.

Welche Schlussfolgerungen zieht *Hesse* aber aus dieser Analyse? Er warnt sowohl vor einem Rückzug in eine kirchliche Parallelgesellschaft als auch vor einem bedingungslosen Festklammern an rechtlich gesicherten Einflussmöglichkeiten, die nicht mehr mit Substanz gefüllt werden können. Um der Entfremdung von Staat und Kirche entgegenzuwirken, müsse die Unabhängigkeit der Kirchen neu gedacht werden: nicht räumlich in Sphären und Grenzziehungen, sondern als Zuordnungen in einer „auf dem Pluralismus der modernen Gesellschaft beruhenden Demokratie“¹⁴⁰ – nicht im isolierten Gegenüber, sondern innerhalb einer „verfassungsmäßigen Gesamtordnung“.¹⁴¹ Staat und Kirche erwiesen sich „als Ausformungen menschlichen Wirkens in der einen Welt, mit unterschiedlicher Rechtfertigung, unterschiedlichen Aufgaben und unterschiedlichen Mitteln, aber doch von denselben Menschen getragen und darum existenziell aufeinander bezogen.“¹⁴² Die Eigenständigkeit der Kirche vom Staat sei zu reformulieren als freie „Kirche im demokratischen Gemeinwesen“¹⁴³. Das habe auch religionsverfassungsrechtliche Konsequenzen: Konstitutiv für das Verhältnis des Gemeinwesens zu Glaube und Bekenntnis sei die Religionsfreiheit. Die Religionsfreiheit begründe ein religiös und weltanschaulich neutrales Gemeinwesen, das offen für das religiöse und kirchliche Leben „als Aktualisierung personaler Freiheit“ sei.¹⁴⁴ Die individuelle Dimension der Religionsfreiheit rückt so in den Vordergrund, auch als Legitimationsgrund korporativer Gewährleistungen, ebenso der Neutralitätstopos, auch in Absetzung von einer rein etatistischen oder laizistischen Neutralitätskonzeption. Mit dem Körperschaftsstatus weiß *Hesse* nichts rechtes mehr anzufangen: Ein „notwendiger Zusammenhang zwischen Öffentlichkeitsauftrag, öffentlicher Bedeutung und öffentlichrechtlicher Stellung“ bestehe nicht, so *Hesse* in Abgrenzung von seinem früheren Schrifttum.¹⁴⁵ Schließlich nimmt *Hesse* auch den Öffentlichkeitsauftrag der Kirche kritisch in den Blick: Der religiöse Bürger bringe seine Positionen legitimerweise in das „freie Spiel der Kräfte des demokratischen Gemeinwesens“ ein.¹⁴⁶ Die Kirche jedoch könne sich nicht auf einen besonderen Rechtsstatus zur Einflussnahme auf das Gemeinwesen berufen. Glaube und Verkündigung würden durch die Verfassung in ihrer Besonderheit geschützt – weil der geistliche Auftrag der

¹⁴⁰ *Konrad Hesse*, Freie Kirche (Fn. 67), S. 344.

¹⁴¹ *Konrad Hesse*, Freie Kirche (Fn. 67), S. 349.

¹⁴² *Konrad Hesse*, Freie Kirche (Fn. 67), S. 345.

¹⁴³ *Konrad Hesse*, Freie Kirche (Fn. 67), S. 346.

¹⁴⁴ *Konrad Hesse*, Freie Kirche (Fn. 67), S. 350.

¹⁴⁵ *Konrad Hesse*, Freie Kirche (Fn. 67), S. 353.

¹⁴⁶ *Konrad Hesse*, Freie Kirche (Fn. 67), S. 354.

Kirche nicht von dieser Welt sei. Im weltlich-politischen Bereich könne sich die Kirche dagegen nicht auf ihren spezifischen verfassungsrechtlichen Status berufen. Sie agiere dann nur neben den Parteien und Verbänden, als eine unter vielen intermediären Gruppen. Deshalb könne sie kein besonderes Wächteramt für sich reklamieren. „Die staatskirchenrechtliche Ordnung der Gegenwart begründet keine Dyarchie ursprünglicher Gewalten im weltlich-politischen Bereich.“¹⁴⁷

d) Wirkungen: Wissenschaftlicher Wegweiser – Mahner der Kirche

Hesses „Freie Kirche im demokratischen Gemeinwesen“ gilt nicht von ungefähr als „Klassiker“. Er leitet einen grundlegenden Paradigmenwechsel ein und initiiert die Abkehr des staatskirchenrechtlichen Mainstreams von der Koordinationslehre. Die Topoi der Religionsfreiheit und Neutralität rücken fortan in das Zentrum der Debatte. Gleichzeitig liefert *Hesse* eine luzide Deutung von religionssoziologischen und kirchenpolitischen Entwicklungen, die Mitte der 1960er Jahre gerade begannen, sich abzuzeichnen. Ganz nebenbei gibt er schließlich die Empfehlung an die Kirche, sich auf ihren geistlichen Auftrag zu besinnen und der Versuchung zu widerstehen, sich in politischen Kleinteiligkeiten zu verstricken – ein Rat, der im das Gemeinde- und Funktionärsmilieu prägenden Linksprotestantismus der 1970er und 1980er Jahre unbeachtet blieb und bis heute im Schwung synodaler Meinungsstärke gerne ignoriert wird (man lese nur die Themenpalette, zu der sich Synoden durch Resolutionen und Beschlüsse – ohne Sachverstand und theologische Substanz – zu äußern bemüht fühlen). Wie schrieb *Hesse* – fast schon prophetisch: Der Weg der verstärkten Einflussnahme auf das politische Gemeinwesen müsse „in die Gefahr des Steckenbleibens in Tagesfragen, einer Identifizierung mit politischen Richtungen, zur Gefährdung der Glaubwürdigkeit und zum Verlust der geistlichen Mitte der Kirche führen“. An seinem Ende steht „bestenfalls eine glanzvolle Fassade, hinter der sich ein öde gewordenes Haus verbirgt“.¹⁴⁸ *Friedrich Wilhelm Graf*, ein ebenso kritischer wie polemisch begabter Beobachter des kirchlichen Geschehens unserer Tage, hätte diesen Befund nicht deutlicher zum Ausdruck bringen können.¹⁴⁹

VII. Resümee

Verlassen wir aber lieber die kirchliche Selbstbespiegelung und kommen zum Schluss. Was lehrt uns nun die Tour d’horizont durch das Staatskirchenrecht der letzten hundertfünfzig Jahre und die intensivere Betrachtung der bundesrepublikanischen Nachkriegszeit? Hierzu fünf Thesen als Ausblick:

¹⁴⁷ *Konrad Hesse*, *Freie Kirche* (Fn. 67), S. 355.

¹⁴⁸ *Konrad Hesse*, *Freie Kirche* (Fn. 67), S. 343.

¹⁴⁹ *Friedrich Wilhelm Graf*, *Kirchendämmerung*, 2. Aufl. 2011.

1. Die staatskirchenrechtliche Entwicklung nach 1945 ist ohne ihre lange Vorgeschichte kaum zu verstehen. Im Normbestand und in seiner Deutung lagern sich unterschiedliche historische Erfahrungen ein, die lange nachklingen. Das Religionsrecht zeichnet sich durch eine hohe Pfadabhängigkeit aus und hat hierdurch Anteil am religionskulturellen Gedächtnis unserer Gesellschaft.
2. Von heute aus betrachtet, mit dem zeitlichen Abstand, den divergierenden historischen Referenzen und den veränderten normativen Präferenzen, erscheinen uns die Spitzensätze der Koordinationslehre als überaus befremdlich. Doch das vorherrschende wissenschaftsgeschichtliche Forschungsinteresse sollte nicht darin bestehen, sich der heutigen akademischen Superiorität zu vergewissern, sondern darin, zu verstehen, welche rechtswissenschaftlichen Debatten wann warum durch wen begannen – und an ein Ende kamen.
3. Der Paradigmenwechsel im Staatskirchenrecht Ende der 1940er, Anfang der 1950er Jahre war vom Erleben des Nationalsozialismus geprägt: Vordergründig von der Kirchenpolitik des Dritten Reiches, hintergründig von der Barbarei unvorstellbarer Staatsverbrechen und der Erosion der rechtsmoralischen und zivilisatorischen Standards.
4. Die Rekonstruktion des Erlebten fiel freilich einseitig aus; die geschichtspolitisch blinden Flecke der frühen Bundesrepublik prägten auch den religionsrechtlichen Diskurs. Wie sonst ist zu erklären, dass *Smend* und *Hesse* zur Rechtsstellung kleinerer Religionsgemeinschaften Positionen vertraten, deren diskriminierender Charakter schon damals bei etwas mehr historischer Sensibilität erkennbar war. Auch in der Struktur des Denkens, in der Soziologie der wissenschaftlichen Paradigmen, in der Figuration der Begriffe fügte sich das Staatskirchenrecht in die von *Götz Aly* immer wieder analysierte Neigung der frühen Bundesrepublik zu einer Art säkularisiertem, d.h. seines rassistisch-völkisch-weltanschaulichen Charakters entkleideten Nationalsozialismus.¹⁵⁰ Vordergründig dominiert im Staatskirchenrecht der 1950er Jahre eine Rhetorik des Neuanfangs, des Bruchs, hinter dem sich aber bemerkenswerte Kontinuitäten verstecken – etwa die polemische Frontstellung gegen den juristischen Positivismus. Dass das nationalsozialistische Rechtsdenken antipositivistisch war, wurde teils nicht reflektiert (*Smend*), teils bewusst übergangen (*Köttgen*).¹⁵¹ Hellsichtig ist auch die Frage *Wilhelm Merks* auf der Staatsrechtslehrtagung 1952, ob nicht die Koordinationslehre die Doktrin von der besonderen öffentlich-rechtlichen Stellung der NSDAP unter veränderten Vorzeichen fortsetze.¹⁵²

¹⁵⁰ Zuletzt *Götz Aly*, *Unser Kampf* 1968, 2008.

¹⁵¹ Siehe zur Tradition des Antipositivismus, „geadelt“ durch die Radbruchschen Thesen, insb. *Manfred Walthers*, *Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im „Dritten Reich“ wehrlos gemacht?*, in: Ralf Dreier/Wolfgang Sellert (Hrsg.), *Recht und Justiz im „Dritten Reich“*, 1989, S. 323-354.

¹⁵² *Wilhelm Merk*, *Diskussionsbeitrag*, in: *VVDStRL* 11 (1954), S. 232-235 (234).

5. Im staatskirchenrechtlichen Schrifttum der 1950er Jahre scheint aber auch die Verunsicherung über die Zukunft staatlicher Ordnungsformationen durch. Vor diesem Hintergrund erscheint der zweite Paradigmenwechsel im bundesrepublikanischen Staatskirchenrecht Mitte der 1960er Jahre als Ausdruck einer gewissen Konsolidierung der Bundesrepublik. Er reagiert sensibel auf den Neugewinn demokratischer Kultur und reflektiert Prozesse gesellschaftlicher Liberalisierung, die in den Folgejahren noch deutlich an Dynamik gewinnen sollten. Folgerichtig wies nicht die etatistische Repristinisierung staatlicher Souveränitätsanmutungen, sondern die freiheitlich-demokratische Verfassungstheorie *Konrad Hesses* die Richtung, in die sich das Staatskirchenrecht der 1970er Jahre hin entwickeln sollte. *Hesses* Verfassungslehre wiederum war maßgeblich durch *Smends* Verfassungstheorie inspiriert. So entwickelte sich das Religionsrecht nach dem Abschied von der reinen Koordinationslehre gleichsam mit *Smend* über *Smend* hinaus. Oder anders ausgedrückt: In der zeitgenössischen Wissenschaft vom Religionsverfassungsrecht lebt die *Smendsche* Verfassungstheorie fort, nicht aber „sein“ Staatskirchenrecht.