

Forschungsstelle für Völkerrecht  
und ausländisches öffentliches Recht der Universität Hamburg

VARIA IURIS PUBLICI

Band 46

# Schule und Religion

Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates  
und die Verbreitung religiösen Gedankenguts mit Hilfe des Schulwesens  
in den Vereinigten Staaten von Amerika und in Deutschland

von  
Dr. Wolfgang Keim

Zweite, ergänzte Auflage

Hamburg 1969  
In Kommission beim Alfred Metzner Verlag,  
Frankfurt/Main und Berlin

**Alle Rechte vorbehalten**

**© Forschungsstelle für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht  
der Universität Hamburg 1969**

**In Kommission beim Alfred Metzner Verlag, Frankfurt/Main und Berlin  
Printed in Germany**

**Gesamtherstellung: J. F. Zeller KG, Buch- und Offsetdruckerei, Zeven**

## **Vorwort zur zweiten Auflage**

Jahrelang schien es, als ob Lehre und Rechtsprechung übereingekommen seien, daß das Staatskirchenrecht mit der Formel von der „notwendigen Koordination von Staat und Kirche“ ein für allemal gekennzeichnet werden könne. Dem entsprach im schulischen Bereich die feste Etablierung der Bekenntnisschule und die Bewahrung des bestehenden Zustandes in mehreren Bundesländern. Erstmals wurde im Jahre 1965 im Saarland die Verbreitung der Bekenntnisschule eingeschränkt. In Niedersachsen war im Jahre 1966 die Schulfrage der zentrale Verhandlungs- und Streitpunkt des Konkordats mit dem Vatikan. Bayern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Waden-Württemberg haben im Jahre 1968 aus der Erkenntnis, daß das bisher vorhandene Schulwesen wegen seiner Aufsplitterung in zahlreiche kleine konfessionelle Schulen den Anforderungen einer modernen Leistungsgesellschaft nicht mehr genüge, Schritte unternommen, um pädagogisch effektivere größere Schuleinheiten schaffen zu können. Überall wurde dabei die Bekenntnisschule in unterschiedlichem Maße durch die sogenannte christliche Gemeinschaftsschule verdrängt. Daraus ergab sich für die Neubearbeitung die Notwendigkeit, die rechtliche Problematik dieser Schulart stärker als bisher in die Betrachtung einzubeziehen.

Den politischen Vorgängen entsprach das wachsende Interesse, das die Wissenschaft dem Staatskirchenrecht und dem Schulrecht in den letzten Jahren entgegengebracht hat, und die Zahl der Prozesse, die religiös-weltanschauliche Probleme zum Gegenstand haben. Insbesondere in den Jahren 1967 und 1968 wurden zahlreiche Schriften und Urteile zum Staatskirchenrecht und zur religiös-weltanschaulichen Problematik der Schule veröffentlicht. Bei der Überarbeitung des gesamten Buches, insbesondere hinsichtlich der grundsätzlichen Neutralität des Staates, der Privatschulfinanzierung und des Schulgebotes, wurde hierauf eingegangen. Nachdem der Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika im Jahre 1968 die Popularklage im Bereich des 1. Amendments zugelassen hat, ergaben sich auch im ersten Teil der Arbeit Ergänzungen.

Besonderen Dank schulde ich meiner Mutter, die mich bereits bei der ersten Auflage vielfältig unterstützt hat, und Herrn Prof. Dr. Herbert Krüger, der den Druck dieser Arbeit überhaupt erst ermöglicht hat.

Literatur und Rechtsprechung wurden bis Ende April 1969 berücksichtigt.

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> . . . . .	13
1. Ursache und Umfang der Problematik . . . . .	13
2. Gang der Untersuchung . . . . .	15
<b>Erster Teil: Schule und Religion in den Vereinigten Staaten von Amerika</b>	17
<b>1. Abschnitt: Die allgemeinen Grundlagen</b> . . . . .	17
I. Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Einzelstaaten . . . . .	17
II. Die Formulierung des Prinzips der Trennung von Staat und Kirche durch den Supreme Court in der Entscheidung <i>Everson v. Board of Education</i> : „no aid to religion“ . . . . .	18
III. Kritik am Supreme Court — „Preferred Status Doctrine“ . . . . .	19
1. Eine neue Erfindung des Supreme Court? . . . . .	20
2. Die Ratifikation des 1. Amendments in Virginia . . . . .	21
3. Die religiöse Grundhaltung der Amerikaner . . . . .	21
4. Die Ansicht Madisons und Jeffersons . . . . .	22
5. Abgelehnte Vorschläge zum 1. Amendment . . . . .	23
6. Verfassungspraxis . . . . .	24
IV. Das Festhalten des Supreme Court an dem Prinzip der Trennung von Staat und Kirche und der staatlichen Neutralität . . . . .	25
V. Materieellrechtliche Begründung für die Auslegung der „Establishment Clause“ durch den Supreme Court . . . . .	28
1. Wortinterpretation . . . . .	28
2. Systematische Begründung . . . . .	29
3. Staatliche Neutralität in religiös-weltanschaulichen Fragen . . . . .	29
4. Die Verwirklichung der Religionsfreiheit . . . . .	30
VI. Die Ausdehnung der Anwendung des 1. Amendments auf die Einzelstaaten . . . . .	32
VII. Das Trennungs- und Neutralitätsprinzip: Seine Auswirkungen auf das Verhältnis von Staat und Kirche und seine Problematik bei der Anwendung auf den schulischen Bereich . . . . .	34
<b>2. Abschnitt: Die Anwendung des Verfassungsprinzips auf das Schulrecht</b>	37
I. Die Abgrenzung der öffentlichen und privaten Schule . . . . .	37
II. Die öffentliche Schule . . . . .	38
1. Religionsunterricht an öffentlichen Schulen . . . . .	38
a) Abgrenzung zur Religionskunde . . . . .	38
b) Die praktische Durchführung des Religionsunterrichts . . . . .	39
c) Die Entscheidung <i>McCullum v. Board of Education</i> . . . . .	40
d) Die Begrenzung der Entscheidung <i>McCullum v. Board of Education</i> durch die Entscheidung <i>Zorach v. Clausen</i> . . . . .	41
e) Die relevanten Merkmale staatlicher Hilfe . . . . .	42

2. Verteilung von Bibeln und anderer religiöser Literatur in öffentlichen Schulen . . . . .	43
3. Gebete, Choräle und Bibellesungen in öffentlichen Schulen . . . . .	44
a) Die Entscheidung Engel v. Vital — das Sprechen von Gebeten . . . . .	44
b) Die Entscheidung School District v. Schempp — das Lesen von Bibelversen . . . . .	45
4. Zusammenfassung . . . . .	47
III. Private konfessionelle Schulen . . . . .	48
1. Privatschulfreiheit und staatliche Überwachung . . . . .	48
2. Finanzielle Unterstützung privater kirchlicher Schulen . . . . .	49
a) Einleitung und Problematik . . . . .	49
b) „The Child Benefit Theory“ . . . . .	51
aa) Lehrbücher für Privatschulen . . . . .	51
bb) Schulbusbeförderung auf öffentliche Kosten — Everson v. Board of Education . . . . .	52
cc) Die relevanten Abgrenzungskriterien von verfassungsmäßiger und verfassungswidriger Hilfe . . . . .	53
dd) Die Verpflichtung zur Erstreckung staatlicher Hilfsmaßnahmen auf private Schulen . . . . .	56
3. Die verschiedenen staatlichen Hilfsmaßnahmen für private Schulen . . . . .	57
a) „Across the board grant“ . . . . .	57
aa) Doppelte Besteuerung der Eltern . . . . .	57
bb) Erziehungsmonopol und Ausschluß der Religionsfreiheit . . . . .	58
cc) „Precedents“ und Ergebnis . . . . .	58
b) „Across the board loans“ . . . . .	61
c) Bezahlung von Schulgeld für alle Schüler . . . . .	61
d) Andere Formen der Unterstützung . . . . .	61
e) Eingliederung von Privatschulen in das öffentliche Schulsystem . . . . .	63
Zusammenfassung . . . . .	64
<b>Zweiter Teil: Schule und Religion in Deutschland . . . . .</b>	<b>65</b>
1. Abschnitt: Die geschichtliche Entwicklung der Schule . . . . .	65
1. Erziehung und Bildung im Mittelalter . . . . .	65
2. Das Zeitalter der Reformation und des Absolutismus . . . . .	66
3. Vom Allgemeinen Landrecht bis zur Weimarer Verfassung . . . . .	69
4. „Bildung und Schule“ in der Weimarer Reichsverfassung . . . . .	74
5. Das Schulrecht im Dritten Reich . . . . .	77
6. Staatlicher Neubeginn nach 1945 . . . . .	77
a) Das Schulwesen der Deutschen Demokratischen Republik . . . . .	78
b) Die Elternrechts- und Schulrechtsdebatte im Parlamentarischen Rat . . . . .	79
2. Abschnitt: Die tatsächlichen Gegebenheiten der Gegenwart . . . . .	85
1. Die Schularten . . . . .	85
a) Die Bekenntnisschule . . . . .	86
b) Die Gemeinschaftsschule . . . . .	88
aa) Die Gemeinschaftsschule . . . . .	88
bb) Die christliche Gemeinschaftsschule . . . . .	90
cc) Die bekenntnisfreie Gemeinschaftsschule . . . . .	92
c) Die Weltanschauungsschule . . . . .	92
2. Die Schulsysteme der Länder . . . . .	93

3. Die Haltung der Kirchen gegenüber der religiös-weltanschaulichen Ausgestaltung des Schulwesens . . . . .	94
a) Die katholische Auffassung . . . . .	94
b) Die evangelische Auffassung . . . . .	97
<b>3. Abschnitt: Die rechtlichen Grundlagen der Erziehung . . . . .</b>	<b>100</b>
<b>I. Das Erziehungsrecht der Eltern . . . . .</b>	<b>100</b>
1. Rechtscharakter und Bedeutung des Artikels 6 Absatz II GG . . . . .	100
2. Inhalt des Elternrechts . . . . .	102
3. Die Wacht der staatlichen Gemeinschaft über die elterliche Erziehung . . . . .	103
<b>II. Das staatliche Erziehungsrecht . . . . .</b>	<b>104</b>
1. Staatliche Schulaufsicht . . . . .	104
a) Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern . . . . .	104
b) Inhalt der Schulaufsicht . . . . .	105
aa) Historische Entwicklung des Schulaufsichtsbegriffes . . . . .	105
bb) Schulaufsichtsbegriff in Artikel 7 Absatz I GG . . . . .	106
cc) Die Ansicht Peters' zum Schulaufsichtsbegriff — Kritik an der historischen Interpretation . . . . .	107
dd) Zusammenfassung . . . . .	108
2. Rechtscharakter des Artikels 7 Absatz I GG und staatliches Erziehungsrecht . . . . .	109
3. Die aus der Schulherrschaft des Staates sich ergebende verfassungsrechtliche Fragestellung . . . . .	109
<b>4. Abschnitt: Die Möglichkeit einer grundsätzlichen Lösung des konfessionellen Schulproblems . . . . .</b>	<b>110</b>
1. Der Versuch einer grundsätzlichen Lösung . . . . .	110
2. Geschichtliche Entwicklung der Neutralität des Staates: Zum Umfang der notwendigen Erörterungen . . . . .	112
<b>5. Abschnitt: Die Rechtsgrundlagen der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates . . . . .</b>	<b>114</b>
<b>I. Die Religionsfreiheit . . . . .</b>	<b>114</b>
1. Der Glauben . . . . .	114
2. Das Bekenntnis . . . . .	116
3. Die Freiheit von Glauben und Bekenntnis . . . . .	116
4. Die Gleichheit . . . . .	117
5. Weitere Normierungen der Religionsfreiheit im Grundgesetz . . . . .	119
<b>II. Die Gewissensfreiheit . . . . .</b>	<b>119</b>
1. Die Auslegung der Gewissensfreiheit in der Weimarer Republik . . . . .	119
2. Die Fortentwicklung der herrschenden Lehre der Weimarer Republik . . . . .	120
3. Das Schutzgut der Gewissensfreiheit . . . . .	120
a) Entstehungsgeschichte . . . . .	120
b) Der Zusammenhang mit Artikel 4 Absatz III GG . . . . .	121
c) Zusammenfassung: Schutz des ethischen Gewissens . . . . .	122
4. Die Gewissensfreiheit als Schutz des forum internum . . . . .	123
5. Die Gewissensfreiheit als Bekenntnisfreiheit . . . . .	124
6. Die Gewissensfreiheit als Entscheidungsfreiheit . . . . .	125

III. Die Grundrechte als objektive Prinzipien der verfassungsmäßigen Ordnung . . . . .	126
IV. Die Folgerung für das Grundrecht der Religionsfreiheit: Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates . . . . .	127
1. Toleranz . . . . .	127
2. Die Unzulässigkeit des Fragens nach Religion und Weltanschauung . . . . .	128
3. Die Gleichbehandlung und Freiheit aller Bürger . . . . .	128
4. Die Indifferenz des Staates in religiös-weltanschaulichen Fragen . . . . .	131
V. Die Folgerung für das Grundrecht der Gewissensfreiheit . . . . .	132
6. Abschnitt: Das Verhältnis von Staat und Kirche . . . . .	133
I. Das Staatskirchenrecht im Grundgesetz . . . . .	133
1. Die formal-organisatorische Trennung von Staat und Kirche . . . . .	133
2. Die Neutralitäts- und Paritätserklärung des Staates gegenüber allen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften in Artikel 137 Absatz I WRV . . . . .	134
3. Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen . . . . .	135
a) Inhaltliche Abgrenzung des Selbstbestimmungsrechts . . . . .	135
b) Die Schranken des Selbstbestimmungsrechts in den für alle geltenden Gesetzen . . . . .	136
aa) Die herrschende Lehre über die Schranken des Selbstbestimmungsrechts . . . . .	137
bb) Kritik an der herrschenden Lehre und eigene Ansicht . . . . .	138
c) Die Bedeutung des Artikels 137 Absatz III WRV . . . . .	140
4. Die Religionsgesellschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts . . . . .	141
a) Der öffentliche Status der Kirchen . . . . .	142
b) Der Staat als Schützer und Förderer der Religionsgesellschaften . . . . .	143
c) Die Kirchen als Mitträger und Mitgestalter der öffentlichen Ordnung . . . . .	143
II. Zusammenfassung . . . . .	144
1. Das staatskirchenrechtliche System der Bundesrepublik . . . . .	144
2. Die Bedeutung des Verhältnisses von Staat und Kirche für die Ausgestaltung des Schulwesens und Ausblick . . . . .	147
7. Abschnitt: Die Durchbrechung des Neutralitätsprinzips im Schulwesen . . . . .	148
I. Der Religionsunterricht . . . . .	148
1. Die Entscheidung des Grundgesetzes für den staatlichen Religionsunterricht . . . . .	148
2. Was ist Religionsunterricht? . . . . .	149
3. Der Religionsunterricht als ordentliches Lehrfach . . . . .	149
4. Die Regelung des Artikels 7 Absatz II GG . . . . .	150
5. Mitwirkungsrechte der Religionsgemeinschaften . . . . .	152
6. Ausnahmen von der Pflicht zur Erteilung von Religionsunterricht . . . . .	155
7. Bedeutung des Artikels 7 Absatz III Satz 1 und 2 GG für das Verhältnis von Staat und Kirche . . . . .	157
II. Die Zulässigkeit der Errichtung und Darbietung von öffentlichen Bekenntnis-, Weltanschauungs- und christlichen Gemeinschaftsschulen . . . . .	157



1. Die Durchbrechung der staatlichen Neutralität durch die Ausgestaltung des Schulwesens . . . . .	157
2. Die Zulässigkeit dieser Durchbrechung der Neutralität . . . . .	159
a) Die Bekenntnis- und Weltanschauungsschule . . . . .	159
b) Die christliche Gemeinschaftsschule . . . . .	162
c) Das Ergebnis der Entstehungsgeschichte . . . . .	163
8. Abschnitt: Schulbesuchspflicht und Schulorganisationsrecht . . . . .	163
I. Einleitung . . . . .	163
II. Der Einfluß des Elternrechts auf die religiös-weltanschauliche Gestaltung der Schule . . . . .	165
1. Die Entscheidung des historischen Gesetzgebers . . . . .	165
2. Der Primat des Elternwillens—katholische Naturrechtsauffassung . . . . .	166
3. Der Primat des Staates . . . . .	167
4. Die Nebenordnung von Elternrecht und staatlichem Erziehungsrecht im schulischen Bereich . . . . .	169
5. Die Abgrenzung der beiden Erziehungsrechte und die Einschränkung des elterlichen Erziehungsrechtes . . . . .	169
6. Fleigs Ansicht zur Bedeutung des Elternrechts . . . . .	171
7. Kritik an Fleigs Ansicht . . . . .	172
8. Zusammenfassung . . . . .	173
III. Einfluß der Religions- und Gewissensfreiheit auf die religiös-weltanschauliche Gestaltung der Schule . . . . .	174
1. Einleitung . . . . .	174
2. Die Gewissensfreiheit der Eltern in Erziehungsfragen . . . . .	174
3. Die Gewissensbelastung der Eltern durch die Schulpflicht . . . . .	175
4. Die Religions- und Gewissensfreiheit der Kinder . . . . .	177
5. Anwendbarkeit der Gewissensfreiheit auf das Schulorganisationsrecht . . . . .	177
6. Die Erzwingbarkeit des Besuches einer Bekenntnis- oder Weltanschauungsschule . . . . .	180
7. Die Erzwingbarkeit des Besuches einer Gemeinschaftsschule . . . . .	184
8. Folgerungen für das staatliche Schulorganisationsrecht . . . . .	188
a) Die Verpflichtung zur Darbietung von Gemeinschaftsschulen . . . . .	188
b) Die Verpflichtung zur Darbietung von Bekenntnisschulen . . . . .	190
c) Grenzen der Verpflichtung zur Darbietung von Bekenntnisschulen . . . . .	190
d) Zusammenfassung . . . . .	196
9. Die Zulässigkeit religiöser Übungen in der Schule . . . . .	197
9. Abschnitt: Das private Schulwesen . . . . .	203
1. Die Privatschulfreiheit als Ausfluß des Elternrechts und der Religions- und Gewissensfreiheit . . . . .	203
2. Der Umfang der Gewährleistung der Privatschule . . . . .	205
a) Errichtungsbedingungen für Ergänzungsschulen . . . . .	206
b) Errichtungsbedingungen für alle Ersatzschulen . . . . .	207
c) Die zusätzlichen Voraussetzungen für die Errichtung privater Volksschulen . . . . .	208
3. Die Stellung der Privatschulen im Schulsystem . . . . .	210
4. Die Subventionierung der Privatschule . . . . .	214
10. Abschnitt: Die Wahl der Schulart . . . . .	217

11. Abschnitt: Die Rechtsstellung der Lehrer und Lehramtsbewerber . . . . .	221
I. Einleitung und allgemeiner Grundsatz des öffentlichen Dienstes . . . . .	221
II. Das Recht des Lehrers und Lehramtsbewerbers, Religionsunterricht nicht erteilen zu müssen . . . . .	223
III. Der Einfluß religiös-weltanschaulicher Momente auf die Rechts- stellung der Lehrer und Lehramtsbewerber . . . . .	225
1. Die Bekenntnisschule . . . . .	225
a) Die Übereinstimmung in der religiös-weltanschaulichen Grund- haltung als Einstellungs- und Beförderungsbedingung . . . . .	225
b) Die Änderung in der religiös-weltanschaulichen Grundhaltung des Lehrers . . . . .	227
c) „Eignung“ des Lehrers und Lehramtsbewerbers . . . . .	228
2. Die christliche Gemeinschaftsschule . . . . .	229
3. Die Gemeinschaftsschule . . . . .	230
IV. Die Lehrerausbildung . . . . .	230
1. Die Regelung der Länder . . . . .	230
2. Die Zulässigkeit der konfessionellen Lehrerausbildung . . . . .	231
3. Die Zulassungsvoraussetzungen zu einer konfessionellen Lehrer- ausbildungsstätte . . . . .	232
<b>Dritter Teil: Zusammenfassende und vergleichende Schlußbetrachtung . . . . .</b>	<b>235</b>
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	241
Literaturverzeichnis . . . . .	243

# Einleitung

## 1. Ursache und Umfang der Problematik

Der junge Mensch bedarf der Fürsorge und Anleitung der Erwachsenen. Neben die körperliche Fürsorge, die zunächst das Hauptanliegen der Erzieher ist, tritt mit dem fortschreitenden Alter die geistige Formung des Kindes als gleichermaßen bedeutsames und wichtiges Moment der Entwicklung des jungen Menschen. Das Kind nimmt Anregungen seiner Umwelt auf und entwickelt so seine eigene Persönlichkeit. Seit langem ist anerkannt, daß die Einflüsse, denen der Mensch in jungen Jahren ausgesetzt ist, die wichtigsten sind, die ihn in seiner geistigen Existenz prägen. Die Entwicklung des Kindes zu steuern und in die rechten Bahnen zu lenken, ist die Aufgabe der Erziehung. Unter Erziehung versteht man die formende und bildende Einwirkung auf den Charakter und die Veranlagung des Kindes, durch welche die im Menschen schlummernden Anlagen und Möglichkeiten des Geistes und des Körpers herausgebildet werden. Jeder junge Mensch bedarf der Erziehung, um seine Fähigkeiten und Möglichkeiten zu verwirklichen. Die Erziehung im jugendlichen Alter stellt einen entscheidenden Prozeß innerhalb des menschlichen Lebens dar, weil durch sie die Ausformung der Persönlichkeit ermöglicht und das Fundament für den weiteren Lebensweg gelegt wird.

Die ersten und zunächst „maß“-gebenden Erzieher sind in der Regel die Erzeuger des Kindes, die Eltern. Im Elternhaus erfährt das Kind die erste körperliche und geistige Pflege, hier lernt es die Grundvoraussetzungen des menschlichen Lebens und die Sprache und damit wesentliche Momente menschlichen Fühlens und Denkens. Die Eltern erziehen dabei ihre Kinder — bewußt oder unbewußt — nach ihren Vorstellungen vom Leben, und zwar durch ihre bewußte elterliche Führung und durch die Einwirkung der gesamten Atmosphäre des familiären Elternhauses.

Neben die Eltern treten als Erziehungsfaktoren Freunde, Vereine und die Kirchen und Religionsgemeinschaften. Das natürliche Bestreben des Menschen, als richtig und wahr erkannte Gedanken und Überzeugungen über den Augenblick und über die persönliche Existenz hinaus zu bewahren und für deren Verbreitung zu sorgen, muß gerade bei den Kirchen und Religionsgemeinschaften, denen es, ihrem als göttlichen Befehl verstandenen Auftrag der Verbreitung der Lehre folgend, um die Verwirklichung einer ihren Vorstellungen entsprechenden Haltung des einzelnen und einer entsprechenden gesellschaftlichen Gesamtordnung zu tun ist, dazu führen, daß sie versuchen, auf den noch jungen, bildungsfähigen Menschen Einfluß zu gewinnen.

In der komplexen Situation der modernen hochzivilisierten Gesellschaft tritt der Staat als weiterer Erziehungsfaktor auf. Die Schule nimmt im Rahmen der Erziehung der Kinder und Jugendlichen heute eine bedeutende Stellung ein, da der Staat durch den staatlichen Schulzwang den Schulbesuch obligatorisch vorgeschrieben hat. Von der Vollendung des 6. Lebensjahres bis zur Vollendung des 14. oder 15. Lebensjahres oder noch länger, d. h. für neun, zehn oder noch mehr Jahre, wird der Jugendliche in der Regel fünf oder sechs Tage in der Woche dem erzieherischen Bemühen der Schule überantwortet. Hier verwirklicht der Staat ein unverzichtbares Erziehungsinteresse. Es gründet sich darauf, daß die staatliche Gemeinschaft von ihren Bürgern eine gewisse Bildung und Ausbildung erwarten muß, um Bestand zu haben und ihre Bedeutung in der Gemeinschaft der Völker zu erhalten. Diese Schulbildung erfolgt heute grundsätzlich mit Billigung der Eltern, da diese

erkannt haben, daß sie nicht in der Lage sind, dem Kind die Bildung und Ausbildung zu vermitteln, die es für seinen weiteren Lebensweg braucht, und da die Erziehung in und durch die Gemeinschaft ein wesentliches Moment für die geistige Formung des jungen Menschen bedeutet. Die Schule aber ist heute keine Anstalt mehr, die lediglich nützliche Kenntnisse vermittelt, sondern ihrer historischen Entwicklung und ihrer pädagogischen Zielsetzung nach auch Bildungsschule, die dem Jugendlichen geistige, ethische und kulturelle Werte vermitteln und ihm dadurch bei seiner Entwicklung zur ausgereiften Persönlichkeit behilflich sein will<sup>1</sup>.

Angesichts der Bedeutung der Erziehung im jugendlichen Alter für die geistige Prägung des Menschen einerseits und der Bedeutung der schulischen Erziehung andererseits ist es nicht verwunderlich, daß die Vertreter der verschiedenen Geisteshaltungen bemüht waren und sind, Einfluß auf die Gestaltung der schulischen Arbeit zu nehmen und ihre Vorstellungen von Erziehung und dem zu vermittelnden geistigen Gut verwirklicht zu sehen, zumal die Nutzung des staatlichen Schulzwanges eine einfache und bequeme Möglichkeit bietet, jeden Menschen in entscheidend wichtigen Jahren seines Lebens einer geistigen Schulung zu unterwerfen, die für den weiteren Lebensweg von grundlegender Bedeutung ist. Der Griff nach der Schule wird daher von vielen Seiten versucht. Die Erfahrungen der Vergangenheit und der Gegenwart lehren, daß gerade die Schule als wichtiges Instrument totaler Herrschaftsformen und geistiger Ausrichtungen benutzt wurde und wird. Die Anhänger eines religiös bestimmten Weltbildes — allen voran die Kirchen, unter ihnen wiederum die katholische Kirche — erheben vielfach Anspruch auf die Gestaltung der Schule in ihrem Sinne, mit der Begründung, daß die religiöse Haltung das wichtigste geistige Prinzip des Lebens sei, dem sich alle Erziehung unterzuordnen habe. Aus dieser religiösen Haltung wird daher gefolgert, daß die Schule nicht nur Religionsunterricht zu erteilen habe, sondern eine klare, einheitliche, geschlossene Erziehung im Geiste eines Bekenntnisses gewährleisten müsse. Dem wird — neben praktischen Erwägungen — entgegengehalten, daß durch eine gemeinsame Erziehung aller Kinder in einer Schule, die wegen der Zusammenfassung der Kinder verschiedener Glaubenshaltungen und Weltanschauungen notwendigerweise religiös-weltanschaulich neutral sein müsse, der Gedanke der Toleranz verwirklicht werde, wenn die Kinder verschiedener geistiger Herkunft lernten, miteinander zu leben<sup>2</sup> und daß nur die Gemeinschaftsschule den jungen Menschen als Staatsbürger erziehen könne, weil nur sie die Schüler als Staatsbürger zusammenführe<sup>3</sup>. So stehen sich die Forderungen nach der Bekenntnisschule einerseits und der Gemeinschaftsschule andererseits gegenüber. Zu dieser Auseinandersetzung über die grundsätzliche Gestaltung der schulischen Arbeit kommt als weiteres Problem religiös-weltanschaulicher Erziehung die Frage nach der Möglichkeit und Ausgestaltung des schulischen Religionsunterrichtes hinzu. Hier handelt es sich vor allem darum, ob und wie weit der Religionsunterricht vom Staat oder von den Religionsgemeinschaften durchgeführt werden darf und muß.

Es kann im Rahmen dieser Arbeit nicht darum gehen, welche geistige Haltung der Schule die pädagogisch oder religiös-weltanschaulich beste ist und welche Schule vom Standpunkt eines Weltbildes aus die erstrebenswerte ist. Hier kann nur die Frage untersucht werden, wie weit der Staat in seinem Schulsystem gewisse Vorstellungen über die geistige Ausgestaltung der schulischen Arbeit verwirklichen darf und wie weit der Staat durch das Institut der Schule — sei es private oder öffentliche — bei der Verwirklichung der Vorstellungen religiös-weltanschaulicher

<sup>1</sup> Vgl. unten S. 85 ff. und 160.

<sup>2</sup> Vgl. Kern, Staat und Kirche, S. 135.

<sup>3</sup> Krüger, Staatslehre, S. 228 f.

Bekanntnisse helfen darf. Dabei werden einerseits die Rechte der Erziehungsfaktoren von Verfassungsrang, der Eltern und des Staates, voneinander abzugrenzen und andererseits herauszuarbeiten sein, wie weit die Kirchen zu Recht erzieherische Einflüsse auf die schulische Arbeit geltend machen können.

## **2. Der Gang der Untersuchung**

Bevor die schulrechtlichen Verhältnisse in Deutschland untersucht werden, wird am Beispiel des Schulrechts der Vereinigten Staaten von Amerika dargestellt werden, wie ein konsequent religiös-weltanschaulich neutraler Staat die rechtlichen Probleme, die sich aus der notwendigen Bezogenheit der schulischen Erziehung auf geistige Werte ergeben, gelöst hat. Dabei wird, der Rechtsprechung des Supreme Court der Vereinigten Staaten folgend, von der allgemeinen Haltung des Staates religiösen Fragen gegenüber ausgegangen und im Anschluß daran die besonderen Auswirkungen dieser Haltung auf die Schulen dargestellt werden.

Diesem Aufbau wird die Untersuchung der deutschen Rechtslage im Prinzip folgen. Voraussetzung für die Betrachtung der deutschen Rechtslage ist ein geschichtlicher Rückblick, der gerade wegen der historischen Verwurzelung der Schule für eine verfassungsmäßige Auslegung und zu einem vollen Verständnis der gegenwärtigen Schulrechtslage notwendig ist. Dem wird die Darstellung der tatsächlichen Gegebenheiten der Gegenwart folgen, zu denen auch die Positionen der vor allem interessierten Kirchen gehört. Nach einer Darstellung der grundsätzlichen Stellung der Erziehungsberechtigten folgt die Erörterung über die Haltung des modernen deutschen Staates gegenüber Fragen der Religion und Weltanschauung. Vom 7. Abschnitt ab werden dann die speziellen Probleme des Schulrechts untersucht werden, wobei die mit der schulischen Erziehung zusammenhängenden Fragen der rechtlichen Stellung der Lehrer und Lehramtsbewerber und deren Ausbildung eingeschlossen werden.

Im dritten Teil der Arbeit werden auf Grund einer vergleichenden Betrachtung die allgemeinen Lehren zusammengefaßt.



## Erster Teil:

# Schule und Religion in den Vereinigten Staaten von Amerika

## 1. Abschnitt: Die allgemeinen Grundlagen

### I. Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Einzelstaaten

Nach dem obersten Grundsatz der bundesstaatlichen Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika übt der Bund nur die ihm ausdrücklich übertragenen Zuständigkeiten aus. Alle anderen Zuständigkeiten stehen den Einzelstaaten originär und aus eigenem Recht zu. Dieser föderalistische Grundsatz, der sich bereits aus dem Prinzip des Föderalismus und der speziellen Aufzählung der Zuständigkeiten des Bundes in der Verfassung der Vereinigten Staaten ergibt, ist in dem 10. Amendment ausdrücklich betont. Die Kompetenz der Staaten umfaßt demgemäß alles, was die Bundesverfassung nicht dem Bund als Zuständigkeit zuschreibt oder den Staaten ausdrücklich untersagt<sup>4</sup>.

Die gesamte Gesetzgebung und Verwaltung des Schul- und Erziehungswesens ist ausschließliche Sache der Einzelstaaten<sup>5</sup>. Der Bund hat keine Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz, wenn auch finanzielle Hilfe und sonstige Förderung für das Schul- und Erziehungswesen unter der „Welfare Clause“ des Artikels 1, Section 8, Clause 1 als verfassungsmäßig angesehen werden<sup>6</sup>. Dem Bund ist es allerdings unbenommen, die Verwendung der Bundeszuschüsse zu bestimmen und die Einhaltung der Verwendungsbestimmungen zu kontrollieren.

Wenn trotz dieser einzelstaatlichen Zuständigkeit zur Regelung des Schulwesens festgestellt werden kann, daß sich die Schulsysteme der einzelnen Staaten weitgehend angeglichen haben, so zeigt dies zunächst die einigende Wirkung der starken Bevölkerungsfuktuation und gemeinsamen Zugehörigkeit zu dem Gesamtstaat. Wenn daneben zu beobachten ist, daß die Schulsysteme der Staaten in allen Fragen, die von religiös-weltanschaulicher Bedeutung sind, eine Konformität erreicht haben — oder in Bälde erreichen werden —, so ist diese Entwicklung zunächst wiederum politischen Kräften, neuerdings aber vor allem der Rechtsprechung des Supreme Court der Vereinigten Staaten zuzuschreiben, der seit 1938<sup>7</sup> die Einzelstaaten zwingt, ihr Schul- und Erziehungswesen mit der Bundesverfassung in Einklang zu bringen<sup>8</sup>. Hierdurch wird zwar die Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz der Staaten nicht berührt. Allerdings wird die schon oft wiederholte Feststellung bestätigt, daß in jeder bundesrechtlichen Ordnung, die dem Bundesrecht Vorrang vor dem Landesrecht einräumt, die Bundesgrundrechte eine gewisse unitarische, die Ganzheit der staatlichen Ordnung konstituierende Funktion ausüben, die sich vor allem verwirklicht, wenn — wie in Amerika — eine Revisionsinstanz des Bundes mit starker richterlicher Prüfungszuständigkeit und eine Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes bestehen und eine Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht auch gegen Hoheitsakte der Landesgewalt — und selbst gegen Entscheidungen der Obersten Landesgerichte — zugelassen ist<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Loewenstein, S. 79.

<sup>5</sup> Reuter, S. 7; Mark, S. 7; Loewenstein, S. 82.

<sup>6</sup> Marke, S. 11 und 89.

<sup>7</sup> *Missouri ex rel. Gaines v. Canada* 305 U.S. 337 (1938); der Fall betrifft das Hochschulwesen, und zwar die Zulassung eines Negers zu einer Universität Missouris.

<sup>8</sup> Diese Tatsache hat *Justice Jackson* in *McCullum v. Board of Education* 33 U.S. 203 (1948) veranlaßt, den Supreme Court als einen „super board of education for every school district in the nation“ zu bezeichnen.

<sup>9</sup> Vgl. zur Zuständigkeit des Supreme Court: Loewenstein, S. 418 ff.

Die Bestimmungen der Verfassung der Vereinigten Staaten, die der Supreme Court zur Begründung mehrerer Entscheidungen über die religiös-weltanschaulichen Aspekte der schulischen Erziehung herangezogen hat, sind Klauseln des 1. und des 14. Amendments. In dem 1. Amendment, das sich als einzige Bestimmung in der gesamten Verfassung der Vereinigten Staaten — in negativer Form — mit Religion und Religionsgemeinschaften befaßt und das bereits ein Jahr nach Annahme der Verfassung, nämlich am 25. September 1789, vom Kongreß den ursprünglichen Verfassungsbestimmungen hinzugefügt wurde und am 15. Dezember 1791 in Kraft trat, heißt es:

“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibit the free exercise thereof . . .”<sup>10</sup>

Das 14. Amendment, das vom Kongreß nach dem Bürgerkrieg am 16. Juni 1866 verabschiedet, am 13. Juli 1866 von der vorgeschriebenen Mehrheit der Staaten angenommen und damit in Kraft getreten war, schreibt in dem für die Schulrechtsfragen wichtigen Satz 2 der Section 1 vor:

“No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; . . .”<sup>11</sup>

Da im Bereich der religiös-weltanschaulich bedeutsamen Fragen im Schulrecht vor allem die Entscheidungen des Supreme Court zu einer Vereinheitlichung des Schulrechts geführt haben, wird die Untersuchung über die amerikanische Verfassungslage der Methode des Supreme Court folgen und ebenso von der allgemeinen Auslegung der Verfassungsnormen ausgehen, um deren Auswirkungen auf das Schulrecht anzuschließen.

## II. Die Formulierung des Prinzips der Trennung von Staat und Kirche durch den Supreme Court in der Entscheidung *Everson v. Board of Education*: „no aid to religion“.

Nachdem der Supreme Court zum ersten Male 1878 beiläufig ausgesprochen hatte, daß das 1. Amendment eine Mauer der Trennung von Staat und Kirche errichtet habe („A wall of separation between Church and State“), indem er den Brief Jeffersons vom 1. Januar 1802 an die Baptistengemeinde in Danbury zitierte und dies als autoritative Erklärung der Bedeutung der „Establishment Clause“ des 1. Amendments bezeichnete<sup>12</sup>, dient ihm die Formulierung Jeffersons seit 1947 in einer Reihe von Fällen zur Bestimmung der Bedeutung des 1. Amendments über das Verhältnis von Staat und Kirche und das Verhältnis des Staates zu religiösen Anliegen überhaupt. Mit *Everson v. Board of Education*<sup>13</sup> beginnt die Reihe von Fällen, die sich mit dem Verhältnis von Staat und Kirche grundsätzlich auseinandersetzen. Die entscheidenden Formulierungen, die dem Supreme Court auch weiterhin als Grundlage seiner Entscheidungen dienen, lauten:

“Neither a state nor the Federal Government can set up a church. Neither can pass laws which aid one religion, aid all religions, or prefer one religion

<sup>10</sup> Übersetzung von Günther Franz, Staatsverfassungen, 1950: „Der Kongreß soll kein Gesetz erlassen, das eine Einrichtung einer Religion zum Gegenstand hat oder deren freie Ausübung beschränkt . . .“ Übersetzung von Ernst v. Hippel, Vom Wesen der Demokratie, 1947, S. 22: „Der Kongreß darf kein Gesetz erlassen, das sich auf die religiösen Einrichtungen bezieht oder die freie Ausübung der Religion hindert . . .“ Es müßte wohl heißen (Übersetzungsvorschlag): „Der Kongreß soll kein Gesetz erlassen, das sich auf religiöse Überzeugungen und Einrichtungen bezieht oder die freie Ausübung der Religion beschränkt . . .“

<sup>11</sup> Übersetzung von Günther Franz, a. a. O.: „Kein Staat soll Gesetze erlassen oder ausführen, welche die Vorrechte oder Freiheiten von Bürgern der Vereinigten Staaten verkürzen; und kein Staat soll jemandem das Leben, die Freiheit oder das Eigentum nehmen, es sei denn durch ordentliches Gerichtsverfahren nach Recht und Gesetz . . .“

<sup>12</sup> In: *Reynolds v. United States* 89 U.S. 145, 164 (1878).

<sup>13</sup> 330 U.S. 1 (1947).



over another. Neither can force nor influence a person to go to or remain away from church against his will or force him to profess a belief or disbelief in any religion. No person can be punished for entertaining or professing religious beliefs or disbeliefs, for church attendance or nonattendance. No tax in any amount, large or small, can be levied to support any religious activities or institutions, whatever they may be called, or whatever form they may adopt to teach or practice religion. Neither a state nor the Federal Government can, openly or secretly, participate in the affairs of any religious organization or group and 'vice versa.' In the words of Jefferson, the clause against establishment of religion by law was intended to erect 'a wall of separation between church and State.' "

und:

"That Amendment requires the state to be neutral in its relations with groups of religious believers and non-believers; it does not require the state to be their adversary."

In diesen grundsätzlichen Ausführungen waren sich alle neun Richter einig, wenn auch nicht hinsichtlich deren Anwendung auf die Frage, ob die Erstattung von Kosten, die die Eltern für den Transport ihrer Kinder auf öffentlichen Autobussen zu kirchlichen Privatschulen aufzuwenden hatten, aus staatlichen Mitteln erlaubt sei oder nicht.

Die Gründe des Obersten Gerichtshofes für diese Interpretation der „Establishment Clause“ liegen einerseits in historischen Überlegungen: In Europa und in der Kolonialzeit Amerikas sei eine staatlich anerkannte und geförderte Kirche („established church“) üblich gewesen, die die Unterdrückung und Verfolgung Anders- oder Nichtgläubiger mit sich gebracht habe. Dieses Übel habe das 1. Amendment ausschließen wollen, wobei der Kampf um die Befreiung von der Staatskirche in Virginia die ausschlaggebende und beispielhafte Rolle gespielt habe. Daher seien die Meinungen Jeffersons und Madisons für die Interpretation heranzuziehen, da diese als Führer des Kampfes nicht nur in Virginia, sondern überhaupt in Amerika anzusehen seien<sup>14</sup>. Diese aber hätten die Meinung vertreten, daß der Staat keine Gesetzgebungsbefugnis auf dem Gebiet des Verhältnisses von Kirche und Staat habe und daß beide Institutionen getrennt voneinander ihre gesellschaftlichen Aufgaben erfüllen sollten. Außerdem ergebe sich aus dem Wortlaut des 1. Amendments („respecting“), daß die „Establishment Clause“ eine breite Interpretation verlange, wie sie der Supreme Court auch für andere Bestimmungen des 1. Amendments gegeben habe. Daher sei das 1. Amendment nicht nur bestimmt, gegen die Errichtung einer Staatskirche zu schützen, sondern verbiete jede Förderung religiöser Belange und Einrichtungen und jedes Gesetz, das Religion betreffe.

### III. Kritik am Supreme Court — „Preferred Status Doctrine“

Diese Entscheidung hat heftige Kritik hervorgerufen. Eine Auseinandersetzung hiermit könnte sich angesichts des Festhaltens des Supreme Court an den Grundsätzen der Entscheidung *Everson v. Board of Education*<sup>15</sup> erübrigen, wenn nicht bis heute Angriffe der Kritiker anhielten<sup>16</sup>. Es ist daher die den Supreme Court kritisierende Gegenmeinung darzustellen. Der Streit um das Prinzip der Trennung hat insofern praktische Bedeutung, als es darum geht, ob der Staat den kirchlichen Privatschulen Hilfe zukommen lassen darf und wie weit religiöse Tätigkeit

<sup>14</sup> So bereits *Watson v. Jones* 13 Wall. 670 (1872); *Reynolds v. United States* 98 U.S. 145, 164 (1878); *Davis v. Beason* 133 U.S. 333, 342 (1890).

<sup>15</sup> Vgl. unten S. 25 ff.

<sup>16</sup> *NCWC*, S. 412—414; *Corwin*, *Constitution*, S. 192.

in öffentlichen Schulen gestattet ist. Während die Meinung des Supreme Court beides in gewissem Grade ausschließt, ergäbe sich nach der Gegenmeinung zwanglos, daß beides in gewissem Umfang erlaubt ist.

Die Thesen der Gegenmeinung, die als „Preferred Status Doctrine“ bezeichnet wird, lassen sich in vier Sätzen zusammenfassen:

- a) Das 1. Amendment verlangt keine Neutralität des Staates gegenüber Gläubigen und Nichtgläubigen.
- b) Die „Establishment Clause“ sollte auf praktische Art das Problem der Vielheit der Kirchen lösen. „Religion as such is not excluded from the legitimate concerns of government but quite the contrary.“<sup>17</sup> „Government has an interest in religion as such.“<sup>18</sup>
- c) Daher: „In a word, what the 'establishment of religion' clause of the 1st Amendment does, and all it does, is to forbid Congress to give any religious faith, sect, or denomination a preferred status.“<sup>19</sup>
- d) Daher könne die Regierung sehr wohl Religion in jeder Form unterstützen, so lange eine Art der Verteilung gefunden werde, die alle Religionen gleichmäßig fördere.

Die Argumente der Kritiker richten sich vor allem gegen die historische Interpretation des Supreme Court<sup>20</sup>. Sie lassen sich in einigen Punkten zusammenfassen:

### 1. Eine neue Erfindung des Supreme Court?

Gegen die Ansicht des Supreme Court wird vorgebracht, seine Interpretation sei eine neue Erfindung. Frühere Interpreten hätten dem 1. Amendment lediglich das Verbot der bevorzugten Behandlung entnommen, wofür als Beweis Justice Story zitiert wird, der 1833 schrieb<sup>21</sup>:

„... the general, if not the universal sentiment was, that Christianity ought to receive encouragement from the state, so far as it was not incompatible with the private rights of conscience, and the freedom of religious worship. An attempt to level all religions, and to make it a matter of state policy to hold all in utter indifference, would have created universal indignation.“

Ebenfalls wird auf Cooley verwiesen, der im Jahre 1898 schrieb<sup>22</sup>:

“By establishment of religion is meant the setting up or recognition of a state church or at least the conferring upon a church of special favors and advantages which are denied to others. It was never intended by the Constitution that the government should be prohibited from recognizing religion . . . where it might be done without drawing any individual distinction between different religious beliefs, organizations, or sects.“

Der Hinweis auf Cooley erscheint allerdings fraglich, da er nicht nur bereits nach der Entscheidung des Reynold-Falles schrieb, ohne diesen zu erwähnen, sondern

<sup>17</sup> Corwin, Constitution, S. 189.

<sup>18</sup> Corwin, a. a. O., S. 192.

<sup>19</sup> Corwin, The Supreme Court, S. 9 und 20; O'Neill, S. 56 und 109.

<sup>20</sup> Die historische Beweisführung des Supreme Court ist vor allem angegriffen worden von: O'Neill, S. 48 ff.; Corwin, U.S. Constitution, S. 758; ders., Constitution, S. 192; ders., The Supreme Court, S. 9 ff.; Meiklejohn, S. 69 f.; Antieau, S. 372 ff.; Fahy, S. 79 ff.; in neuerer Zeit: NCWC, S. 412–415. Die historische Debatte beherrschte zunächst die Auseinandersetzung in der Literatur. Heute ist diese Frage sehr in den Hintergrund getreten, nachdem der Supreme Court an seiner ursprünglichen Interpretation festgehalten hat, so daß hier nur ein kurzer Überblick über die Argumente gegeben zu werden braucht. Vgl. auch Bayer, Das Prinzip der Trennung von Staat und Kirche als Problem der neueren Rechtsprechung des U.S. Supreme Court, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 1964, S. 201–235.

<sup>21</sup> Story, Commentaries on the Constitution of the United States (1883), § 1868; vgl. NCWC, S. 412; Corwin, U.S. Constitution, S. 759.

<sup>22</sup> Cooley, Principles of Constitutional Law, 3. Aufl., 1898, S. 224 f.; vgl. Corwin, U.S. Constitution, S. 759.

auch für verfassungswidrig hielt „... compulsory support by taxation or otherwise of religious instruction“. Von Cooley<sup>23</sup> stammt schließlich auch der Satz:

“Not only is no denomination to be favored at the expense of the rest, but all support of religious instruction must be entirely voluntary.“

Aus dem 19. Jahrhundert lassen sich ebenso gewichtige Stimmen anführen, die für die Trennung von Staat und Kirche und Staat und religiösen Anliegen eintraten<sup>24</sup>. Angeführt sei hier nur eine Äußerung Madisons, die aus der Zeit stammt, als er Präsident der Vereinigten Staaten war (1809—1817)<sup>25</sup>: “Strongly guarded ... is the separation between Religion and Government in the Constitution of the United States.“ Die vom Supreme Court herangezogene Äußerung Jeffersons stammt übrigens ebenfalls aus der Zeit der Präsidentschaft (1801—1809.)

Es kann daher keine Rede davon sein, daß es sich um eine neue Erfindung des Supreme Court handelt. Zwar hat der Supreme Court bis zum Jahre 1887 keinerlei Entscheidung im Sinne der jetzigen Interpretation erlassen. Dies aber erklärt sich daraus, daß bis dahin keine Fälle vor den Obersten Gerichtshof gekommen waren, die eine grundlegende Interpretation der „Establishment Clause“ verlangten. Es erfolgte daher auch keine Entscheidung im Sinne der „Preferred Status Doctrine“. Die Entscheidungen, in denen der Supreme Court zum 1. Amendment Stellung zu nehmen hatte, betrafen allermeist die Auslegung der „Free Exercise Clause“<sup>26</sup> und stellen, soweit sie die „Establishment Clause“ betreffen<sup>27</sup>, keinen Gegensatz zu der heutigen Interpretation dar<sup>28</sup>.

## 2. Die Ratifikation des 1. Amendments in Virginia

Acht Senatoren der Virginia Convention, die über die Annahme der Bill of Rights zu entscheiden hatte, stimmten ausdrücklich gegen die Annahme des 1. Amendments, weil es den Kongreß nicht daran hindere, Steuergelder für die Unterstützung religiöser Zwecke auszugeben<sup>29</sup>. Doch ergibt sich nichts dafür, daß die Mehrheit der Virginia Convention, die die Annahme schließlich durchsetzte, nicht gerade der Meinung war, daß das 1. Amendment dies ebenfalls ausschliesse<sup>30</sup>.

## 3. Die religiöse Grundhaltung der Amerikaner

Die Amerikaner seien — so sagt man<sup>31</sup> — stets wohlgesinnt gegenüber religiösen Anliegen gewesen. Daher hätten die Verfasser der Bill of Rights nicht beabsichtigt, religiösen Gruppen die Unterstützung der Regierung zu entziehen. Doch leidet dieses Argument daran, daß es einseitig von der religiösen Grundhaltung auf die Absicht der Verfassungsschöpfer schließt, daß die Regierung religiöse Anliegen solle unterstützen können. Diese Folgerung kann weder für die Zeit um 1800 gelten, als sich im übrigen auch in Amerika aufklärerische Gedanken verbreitet hatten, noch für später, weil dem die in Amerika weitverbreitete Überzeugung gegenübersteht, daß religiöse Gedanken und Organisationen am besten gedeihen, wenn sie sich nicht der staatlichen Hilfe in irgendeiner Form bedienen. “Religion flourishes in greater purity without than with aid of government,“ schrieb James Madison im Jahre 1822 an Edward Livingston<sup>32</sup>, und gab hiermit einer weitverbreiteten Überzeugung Ausdruck. Dementsprechend beginnt die „Virginia

<sup>23</sup> Cooley, *Constitutional Limitations*, 1883, S. 567.

<sup>24</sup> Vgl. Pfeffer, S. IX und S. 138; Pfeffer, in *Uni. of Ch. L. Rev.*, Bd. 19, S. 11 ff.; Bewersdorf, S. 48.

<sup>25</sup> Madison, James, *Detached Memorandum*, zitiert nach Pfeffer, in: *Uni. of Chicago L. Rev.*, Bd. 19, S. 12.

<sup>26</sup> Z. B. *Davis v. Beason* 133 U.S. 333 (1890); *Church of the Holy Trinity v. United States* 143 U.S. 457 (1892).

<sup>27</sup> *Bradfield v. Roberts* 175 U.S. 291 (1899); *Reuben Quick Bear v. Leupp* 210 U.S. 50 (1907); *Cochran v. Board of Education* 281 U.S. 370 (1930).

<sup>28</sup> Vgl. unten S. 58 f.

<sup>29</sup> Corwin, *The Supreme Court*, S. 12; Fahy, S. 80.

<sup>30</sup> Pfeffer, in: *Uni. of Ch. L. Rev.*, Bd. 19, S. 21.

<sup>31</sup> O'Neill, S. 85; NCWC, S. 412.

<sup>32</sup> Zitiert nach Pfeffer, S. 147.

Statute of Religious Liberty", die Thomas Jefferson im Jahre 1779 verfaßt hatte, mit den Worten<sup>33</sup>:

"Well aware . . . That Almighty God hath created the mind free, and manifested his supreme will that free it shall remain by making it altogether insusceptible of restraint; That all attempts to influence it by temporal punishment, or burthens, or by civil incapacitations, tend only to beget habits of hypocrisy and meanness, and are a departure from the plan of the holy author of our religion, who being lord both of body and mind, yet chose not to propagate it by coercion on either, as was in his Almighty power to do, but to extend it by influence on reason alone."

Dementsprechend hat der Supreme Court stets betont, daß das amerikanische Volk ein religiöses Volk sei<sup>34</sup>. Die Trennung von Staat und Kirche ist daher nicht Ausfluß einer religionsfeindlichen, sondern einer religiösen Haltung<sup>35</sup>.

#### 4. Die Ansichten Madisons und Jeffersons

Der Supreme Court stützt seine Auslegung des 1. Amendments im wesentlichen auf die Anschauungen Madisons. Madison aber — so behaupten die Kritiker des Supreme Court — habe das Trennungsprinzip nicht so wie jener verstanden, wie sich bereits aus den Protokollen über die Debatte um das 1. Amendment im Kongreß ergebe, wo es heißt, "Madison said, he comprehended the meaning of the words to be, that Congress should not establish a religion . . ."<sup>36</sup> Diese Worte aber sind so auslegungsbedürftig wie die Worte der Verfassung. Die wahre Ansicht Madisons läßt sich aus seinen gesamten Schriften und Äußerungen entnehmen. In einer gründlichen Untersuchung hat Moehlman dargelegt, daß Madison sein ganzes Leben lang für die Trennung des Staates von der Kirche und von religiösen Überzeugungen zum Wohle beider Seiten eingetreten ist. Zitiert seien hier nur die Sätze: "There is not a shadow of right in the general government to intermeddle with religion"; und: "This subject is, for the honour of America, perfectly free and unshackled. This government has no jurisdiction over it."<sup>37</sup>

Lediglich O'Neill und Corwin<sup>38</sup> wenden ein, daß der Supreme Court sich zu Unrecht auf die von Madison für den Kampf für die Trennung von Staat und Kirche in Virginia geschriebene „Memorial and Remonstrance against Religious Assessments“ aus dem Jahre 1785<sup>39</sup> stütze, da diese Schrift eher für die „Preferred Status Doctrine“ als für die Auslegung des Supreme Court spreche. Die Artikel 1 bis 9 und 11 zeigen allerdings deutlich, daß Madison sich mit der „Remonstrance“ nicht gegen das Gesetz Virginias wandte, das die staatliche Bezahlung „christlicher Lehrer“ vorsah<sup>40</sup>, weil er damit die nichtchristlichen Religionen benachteiligt sah<sup>41</sup>, sondern weil er der Meinung war, daß die zivilen Institutionen überhaupt keine Gesetzgebungsbefugnis in religiösen Dingen hätten und Religion am besten gedeihe, wenn der Staat sich davon fern halte.

Weiter wird vorgetragen, daß die Rolle, die Madison in Virginia gespielt habe, keinen Aufschluß über seine Haltung gegenüber der Bundesverfassung gebe, die

<sup>33</sup> Abgedruckt bei McGrath, S. 387.

<sup>34</sup> *Zorach v. Clausen* 343 U.S. 306, 313 (1952): "We are a religious people whose institutions presuppose a Supreme Being"; so bereits *Davis v. Beason* 133 U.S. 333 (1889); und *Church of the Holy Trinity v. United States* 143 U.S. 457 (1892): "This is a religious people . . . This is a religious nation." So auch *School District v. Schempp* 83 S. Cr. 1566 und 1575 (1963).

<sup>35</sup> *J. Frankfurter in McCollum v. Board of Education* 333 U.S. 203 (1948); *J. Rutledge in Everson v. Board of Education* 330 U.S. 1 (1947).

<sup>36</sup> *I Annals of Congress*, S. 729—731, vgl. Fahy, S. 79.

<sup>37</sup> Vgl. Moehlmann, S. 342 f.

<sup>38</sup> O'Neill, S. 103 und S. 194; Corwin, *The Supreme Court*, S. 10.

<sup>39</sup> Abgedruckt bei McGrath, S. 380 ff., und als Anhang zu *J. Rutledge in Everson v. Board of Education* 330 U.S. 1, 63—72.

<sup>40</sup> "A Bill Establishing a Provision for Teachers of the Christian Religion", abgedruckt als Anhang zu *J. Rutledge, a. a. O.*, S. 72—74.

<sup>41</sup> Vgl. Anmerkung 38.

wenige Jahre nach dem Kampf für die Trennung von Staat und Religion in Virginia abgefaßt wurde<sup>42</sup>. Doch gibt es keinen Grund, daß Madison seine Anschauung in den vier Jahren geändert haben sollte, die zwischen dem Kampf gegen das erwähnte Gesetz in Virginia und der Abfassung des 1. Amendments liegen, zumal Äußerungen und Handlungen Madisons späterer Jahre, u. a. aus seiner Präsidentenzeit, dieselbe Haltung wie in früheren Jahren in Virginia widerspiegeln.

Nicht bestritten ist, daß Madison eine führende Rolle bei der Formulierung der Verfassung gespielt hat, auch wenn sein Vorschlag zum 1. Amendment nicht wörtlich übernommen wurde<sup>43</sup>. Der Supreme Court ist daher zutreffend in seiner historischen Interpretation von der Ansicht Madisons ausgegangen.

Jefferson und Madison hatten zusammen in Virginia für die Trennung von Staat und Kirche gekämpft und beide standen in engem Briefverkehr während der Schaffung des 1. Amendments, da Jefferson selber an der Abfassung nicht beteiligt war, weil er Botschafter am französischen Hof war. Der Supreme Court hat daher ebenfalls zu Recht Jeffersons Ansicht zur Interpretation des 1. Amendments herangezogen. Daß Jefferson die Ansicht Madisons geteilt habe, wird allerdings häufig damit bestritten<sup>44</sup>, daß Jefferson, als er Rektor der Universität von Virginia war, im Jahre 1824 eine Aufforderung an alle Religionsgemeinschaften erlassen hat, Religionsschulen und Kirchen bei dem oder innerhalb des Universitätsgeländes zu errichten. Die Studenten dieser privaten Religionsschulen sollten ordentliche Studenten der Universität sein, wenn sie zugleich noch in einer der Fakultäten eingeschrieben seien. Wenn daraus Schlüsse auf die Haltung Jeffersons gezogen werden, so wird allerdings übersehen, daß Jeffersons Plan für das gesamte Erziehungswesen ausdrücklich Religionsunterricht von den allgemeinen Volksschulen ausschloß und daß die Studenten nur dann ordentliche Studenten der Universität sein sollten, wenn sie auch dort eingeschrieben seien und sich in erster Linie den Bestimmungen der Universität unterwürfen. Der Staat sollte diese Religionsschulen nicht unterhalten. Nach allem kann diese Episode nichts daran ändern, daß Jefferson für das Prinzip eintrat, das er am 1. Januar 1802 nach Beratung mit seinem Rechtsanwalt in dem Brief an die Baptistengemeinde in Danbury zum Ausdruck brachte und das der Supreme Court in *Reynold v. United States*<sup>45</sup> und später in *Everson v. Board of Education*<sup>46</sup> zur Charakterisierung des Verhältnisses von Staat und Kirche heranzog.

## 5. Abgelehnte Vorschläge zum 1. Amendment

Die Anhänger der Kritik am Supreme Court wenden ein, daß die abgelehnten Vorschläge, die im Kongreß behandelt wurden, insofern aufschlußreich seien, als sie lediglich davon sprachen, daß keine religiösen Lehren verkündet werden sollten oder keine nationale Religion errichtet werden sollte. Doch weist Pfeffer<sup>47</sup> mit Recht darauf hin, daß diese Fassungen ebenso auslegungsbedürftig sind wie die schließlich angenommene. Außerdem wurden verschiedene Vorschläge gemacht, die ganz klar sagen, „on the subject of religion“ solle keine Gesetzgebung erfolgen<sup>48</sup>. Entscheidend ist aber, daß alle diese Fassungen eben gerade nicht angenommen wurden. Es erscheint daher unmöglich, aus den abgelehnten Fassungen auf die Bedeutung des 1. Amendments zu schließen<sup>48a</sup>.

<sup>42</sup> Fahy, S. 79.

<sup>43</sup> O'Neill, S. 87.

<sup>44</sup> O'Neill, S. 77; Corwin, *The Supreme Court*, S. 13.

<sup>45</sup> 98 U.S. 145, 164 (1878).

<sup>46</sup> 330 U.S. 1 (1947).

<sup>47</sup> Pfeffer, S. 145.

<sup>48</sup> So der Vorschlag von Charles Pinkney: "The legislature of the United States shall pass no law on the subject of religion" — bei Pfeffer, in: *Unit of Ch. L. Rev.*, Bd. 19, S. 18. So aus Samuel Livermore für New Hampshire: "Congress shall make no laws touching religion." — *I Annals of Congress* 731 (1789), bei Pfeffer, a. a. O.

<sup>48a</sup> So auch Bewersdorf, S. 61—65; dort auch Einzelheiten zur Entstehungsgeschichte.

## 6. Verfassungspraxis

Schließlich wird eine ganze Anzahl von Praktiken angeführt, die zur Zeit der Annahme der Verfassung bereits geübt oder später eingeführt wurden und die zeigen sollen, daß die Förderung religiöser Anliegen und Organisationen möglich sei, weil dies Beispiele der Förderung der Religion seien, die stets geübt worden seien. Aus allen diesen Beispielen ergäbe sich, daß die Trennung von Staat und Kirche gerade nicht und nie gemeint gewesen sei, sondern lediglich das Verbot der bevorzugten Behandlung irgendeiner Religion. Es handelt sich hierbei um Praktiken, die von Parlament oder Verwaltung eingeführt und vom Supreme Court nicht überprüft worden sind. Angeführt werden vor allem das Vorhandensein von Pfarrern im Kongreß und in der Armee, die Erscheinungspflicht der Kadetten im Gottesdienst der Kriegsakademien von West Point und Annapolis, Proklamationen des „Thanksgiving Day“ durch den Präsidenten, die Inschrift auf den Münzen („In God we trust“) und die Steuerfreiheit der Kirchen für ihre Gebäude. Wenn dies rechtswidrig sei, so hätten der Präsident und der Kongreß ihren Eid, die Verfassung zu wahren, vielfach gebrochen. Da das nicht anzunehmen sei, müßte diese Praxis verfassungsmäßig sein und die Trennung von Staat und Kirche nicht das Verfassungsprinzip sein.

Diese Argumentation, deren sich der Supreme Court in der Entscheidung *Zorach v. Clausen*<sup>49</sup>, *J. Reed* in seiner „dissenting opinion“ in der Sache *Everson v. Board of Education* und *J. Steward* in seiner „dissenting opinion“ in der Sache *Engel v. Vital*<sup>50</sup> bedienten, um bestimmte Praktiken im Bereich der Erziehung für verfassungsmäßig zu erklären, stößt allerdings auf Bedenken, soweit es um das prinzipielle Verhältnis von Staat und Kirche und Staat und Religion geht. Vor allem kann dem zugrundeliegenden Gedanken nicht zugestimmt werden, daß Parlament und Verwaltung die Verfassung nicht brächen oder wenigstens nicht falsch interpretierten. Die große Zahl der für verfassungswidrig erklärten Gesetze spricht eine beredte Sprache. Häufig verlangt die politische Wirklichkeit ein Verhalten, das mit der Verfassung nicht in Einklang zu bringen ist, das aber nicht beanstandet wird, weil sich niemand findet, der dagegen angeht. So liegt die Sache im Falle der Pfarrer des Kongresses<sup>51</sup>. Ebenso ist die zwangsweise Teilnahme an Gottesdiensten nicht deshalb verfassungsmäßig, weil bisher niemand dagegen Klage erhoben hat.

Eine wesentliche Schwierigkeit auf dem Weg zur gerichtlichen Nachprüfung dieser Praktiken lag bisher in dem geltenden Verfahrensrecht. In vielen einzelstaatlichen Gerichten und in den Bundesgerichten hatte niemand das Recht, die Verfassungswidrigkeit einer Maßnahme geltend zu machen, nur weil er Bürger und Steuerzahler dieses Staates ist („no legal standing“). Zur Begründung hierfür hatte *J. Sutherland* in der Entscheidung *Frothingham v. Mellon*<sup>52</sup> ausgeführt, daß „the interest in the money of the Treasury... is comparatively minute and indeterminable, and the effect upon future taxation of any payment out of the (Treasury's) funds, so remote fluctuating and uncertain, that no basis is afforded for any appeal to the preventive powers of a court of equity“. Mit seiner Entscheidung vom 10. 6. 1968 in Sachen *Flast v. Cohen*<sup>53</sup> hat der Supreme Court der Vereinigten Staaten diese ständige Rechtsprechung modifiziert und die Klage eines Bürgers zugelassen, der sein sachliches Interesse an der Entscheidung lediglich aus seiner Steuerzahlungspflicht herleiten konnte; verlangt wird ledig-

<sup>49</sup> 343 U.S. 306 (1952).

<sup>50</sup> 370 U.S. 421 (1962).

<sup>51</sup> Vgl. *J. Douglas* in *Engel v. Vital* 370 U.S. 441, Anmerkung 6 (1962).

<sup>52</sup> 262 U.S. 447 (1923). Ebenso war der Supreme Court daran gehindert, eine Klage zu entscheiden, die von einem einzelstaatlichen Gericht zu ihm kam, wenn der Kläger lediglich Steuerzahler war und kein besonderes Interesse an der Entscheidung darlegen konnte; *Doremus v. Board of Education* 342 U.S. 429 (1952). Eine eingehende Darstellung der Zulässigkeit der Klage bis zum 10. Juni 1968 findet sich bei *Sutherland*, in: *Harvard L. Rev.*, Bd. 62 (1949), S. 1326—1335.

lich, daß das angegriffene Gesetz gegen eine Verfassungsnorm verstoßen könnte, die gegen die „congressional taxing and spending power“ geschaffen worden sei; dies gelte jedenfalls für die „free exercise“- und die „establishment“-Klauseln des 1. Amendments.

Einige der angeführten Praktiken aber lassen sich sehr wohl selbst unter dem vom Supreme Court vertretenen Trennungsprinzip aufrechterhalten. Armeepfarrer sind notwendig, um die Freiheit der Religionsausübung zu ermöglichen. Der von seinem Wohnsitz versetzte, zwangsverpflichtete Soldat wird mehr als notwendig in seiner freien Religionsausübung beeinträchtigt, wenn die Regierung nicht zum Ausgleich der Einschränkung der Freiheit des Soldaten die Möglichkeit zur Teilnahme an Gottesdiensten eröffnet, solange dies möglich ist<sup>54</sup>. So könnte auch die Steuerfreiheit der Kirchen unter Umständen durch die „Free Exercise Clause“ gerechtfertigt sein<sup>55</sup>. Da die Verfassung im übrigen nicht vorschreibt — oder besser: verbietet —, daß die Regierung nachteilige Maßnahmen gegen Religionsgemeinschaften ergreift<sup>56</sup>, erscheint es möglich, die Steuerfreiheit der Religionsgemeinschaften unter dem Gesichtspunkt zu rechtfertigen, daß diese wie auch andere Grundstückseigentümer zu den gemeinnützigen („non-profit“) Organisationen gehören, denen unter dem Gesichtspunkt der Gemeinnützigkeit die Steuerfreiheit bewilligt wird<sup>57</sup>.

Einige Dinge, wie z. B. die Inschrift auf den Münzen, sind so unbedeutend, daß sie kaum zur Stützung der „Preferred Status Doctrine“ herangezogen werden können.

Es läßt sich somit zusammenfassend sagen, daß sich die vom Gericht nicht nachgeprüften und vielfach nicht nachprüfaren Praktiken nicht zur Kritik an dem vom Supreme Court herausgearbeiteten Verfassungsprinzip heranziehen lassen.

#### IV. Das Festhalten des Supreme Court an dem Prinzip der Trennung von Staat und Kirche und der staatlichen Neutralität

Alle diese historischen Argumente wurden dem Supreme Court, ein Jahr nachdem er das Trennungs- und Neutralitätsprinzip in der Entscheidung *Everson v. Board of Education* förmlich statuiert hatte, vorgelegt, als in der Sache *McCollum v. Board of Education*<sup>58</sup> zu entscheiden war, um zu erreichen, daß er von seinem Prinzip abrücke und die Entscheidung in *Everson v. Board of Education* hinsichtlich des Prinzips revidiere. Die Antwort des Supreme Court, dargelegt durch J. Black, ist kurz und deutlich: „After giving full consideration to the arguments presented we are unable to accept either of these contentions.“ In *McCollum v. Board of Education* wird die oben wiedergegebene Passage aus *Everson v. Board of Education* wörtlich zitiert und die Auslegung der „Establishment Clause“ bestätigt. Selbst J. Reed, der als einziger der neun Richter den historischen Argumenten der Gegenmeinung gegenüber aufgeschlossen ist, kritisiert das Prinzip der Trennung von Staat und Kirche und das daraus abgeleitete Prinzip des „no aid to religion“ nicht, wenn er auch in der praktischen Anwendung von der Meinung der übrigen acht Richter abweicht<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> *Flast v. Cohen* 36 U.S. Law Week, S. 4601—4616; die Entscheidung beschränkt sich auf die Fragen der Zulässigkeit der Klage; der Sache nach geht es um den Elementary-Secondary Education Act 1965; vgl. unten S. 50.

<sup>55</sup> Pfeffer, S. 151; HEW, S. 372; J. Goldberg in *School District v. Schempp* 374 U.S. 203 (1963); Katz, in: U. Ch. L. Rev., Bd. 20, S. 429—433.

<sup>56</sup> Pfeffer, S. 151; vgl. Gianella in: *Harvard L. Rev.*, Bd. 81, S. 544—554.

<sup>57</sup> *Everson v. Board of Education* 330 U.S. 1 (1947).

<sup>58</sup> So HEW, S. 367.

<sup>59</sup> 333 U.S. 203 (1948).

<sup>59</sup> J. Reed: „I agree that they cannot 'aid' all or any religion or prefer 'one over another.'“ J. Reed sah in der zu entscheidenden Frage des privaten Religionsunterrichtes an staatlichen Schulen allerdings keine verfassungswidrige „Hilfe“, da diese Praxis der Tradition Amerikas entspreche.

Chief Justice Warren, der die Mehrheitsentscheidung begründet, zitiert 1960 in der Sache *McGowan v. Maryland*<sup>60</sup> die oben wiedergegebenen Sätze aus dem *Everson-Fall*, und 1961 bekräftigt der Supreme Court in der Entscheidung *Torcaso v. Watkins*<sup>61</sup> das Prinzip, daß der Staat auch nicht allen Religionen helfen darf und daß die Trennung von Staat und Kirche und religiösen Überzeugungen, wie sie im *Everson-Fall* ausgesprochen sei, geltendes Verfassungsrecht sei.

Lediglich die Entscheidung *Zorach v. Clausen*<sup>62</sup> scheint aus der Reihe dieser Entscheidungen herauszufallen. Der Supreme Court unterließ es, die oben wiedergegebenen Sätze zu wiederholen oder sinngemäß darauf hinzuweisen. Zwar bestehe nicht der geringste Zweifel, so sagt J. Douglas für den Supreme Court, daß Kirche und Staat getrennt sein müßten, auch gelte die Entscheidung des *McCullum-Falles* weiter. Doch gelte dies nicht in jeder Hinsicht. Daher sei angesichts der geübten Praxis von Gebeten im Kongreß und bei Eröffnung der Sitzung des Supreme Court, von Steuerfreiheit für Kirchen und ähnlichem mehr und angesichts der Tatsache, daß das amerikanische Volk ein religiöses Volk sei, dessen Institutionen ein höheres Wesen voraussetzten, anzunehmen, daß privater Religionsunterricht durch Zusammenarbeit des Staates mit den Vertretern der Religionsgemeinschaften durchgeführt werden dürfe. Daher sei das zur Entscheidung stehende „released time“-Programm nicht verfassungswidrig<sup>63</sup>.

Alle diese Argumente gegen die Trennung von Staat und Kirche waren in der Entscheidung *McCollum v. Board of Education* bereits verworfen worden. Das Zurückweichen des Supreme Court kann nicht mit neuen Erkenntnissen, sondern lediglich mit persönlichen Veränderungen und dem vierjährigen Prozeß der Kritik an der *McCollum-Entscheidung* erklärt werden<sup>64</sup>. Die Entscheidung hätte ebenso lauten können, wenn das Prinzip der Trennung und staatlichen Neutralität bestätigt worden wäre, da die Unterscheidung der „released time“-Programme zwischen dem *McCollum-* und dem *Zorach-Fall* eine sachlich legitime ist<sup>65</sup>. Außerdem muß zugegeben werden, daß sich J. Frankfurters Hoffnung, der Supreme Court werde das Prinzip wieder voll anerkennen, erfüllt hat. So wird sowohl in der Sache *McGowan v. Maryland*<sup>66</sup> wie auch in der Sache *Torcaso v. Watkins* ausdrücklich bestätigt, daß die *Everson-Entscheidung* weitergelte und daß der Staat keiner Religion gegenüber Nichtgläubigen helfen dürfe, wobei in beiden Entscheidungen auf die oben auf S. 18 f. zitierten Sätze aus *Everson v. Board of Education* zurückgegriffen wird. Gebracht hat die Entscheidung *Zorach v. Clausen* sicherlich eine nähere Bestimmung, wann „aid“ vorliegt und wann der Staat lediglich religiös duldsam ist, nicht aber kann angesichts der späteren Entscheidungen und der Bezugnahme auf die Entscheidung *Everson v. Board of Education* gefolgert werden, daß das Trennungs- und Neutralitätsprinzip und die grundlegende Interpretation des 1. Amendments beseitigt worden sind<sup>67</sup>. Die beiden neuesten Entscheidungen des Supreme Court, nämlich *Engel v. Vital*<sup>68</sup> und *School District v. Schempp*<sup>69</sup>, haben das eindeutig bestätigt und dabei herausgestellt, daß die „Establishment Clause“ nicht nur fühlbare finanzielle Unterstützung und staatliche Bevorzugung einer oder mehrerer religiöser Gruppen, sondern jede staatliche Unterstützung religiöser Anliegen, Gedanken und Einrichtungen verbie-

<sup>60</sup> 366 U.S. 420 (1961); dieser Fall betrifft die Gültigkeit von Feiertagsgesetzen, die den Sonntag als Tag der Arbeitsruhe vorschreiben. Deren Gültigkeit wurde bestätigt. Vgl. unten S. 35.

<sup>61</sup> 367 U.S. 488 (1961); dieser Fall betrifft die Zulässigkeit eines Eides für einzustellende Staatsangestellte, der das Bekenntnis zu Gott enthielt. Dies wurde für nichtig erklärt.

<sup>62</sup> 343 U.S. 306 (1952).

<sup>63</sup> Vgl. unten S. 41 f.

<sup>64</sup> Pfeffer, S. 156.

<sup>65</sup> *Dumbauld*, S. 110, Anm. 25; vgl. unten S. 42 f.

<sup>66</sup> 366 U.S. 420 (1961).

<sup>67</sup> So auch HEW, S. 363.

<sup>68</sup> 370 U.S. 421 (1962).

<sup>69</sup> 374 U.S. 203 (1963) = 83 S.Ct. 1560 ff.



tet<sup>70</sup>. "It is apparent now that the establishment clause goes farther and requires not only that one denomination shall not be preferred over another, but also that religion itself shall not be preferred over irreligion."<sup>71</sup>

Freilich bedeutet diese vom Supreme Court geforderte Trennung von Staat und Kirche nicht, daß alle Beziehungspunkte zwischen Staat und Kirche und religiös bedeutungsvollen Gedanken unterbunden werden. Dies ist schon deshalb nicht möglich, weil es dieselben Menschen sind, die einerseits kirchlichen Organisationen verbunden sind und religiöse Überzeugungen vertreten und andererseits der staatlichen Rechtsordnung unterworfen sind. Möglich ist dies auch deswegen nicht, weil die westliche Kultur auf den geistigen Gegebenheiten der christlichen Tradition aufbaut. Es kann sich daher nur darum handeln, daß der Staat religiösen Überzeugungen und Organisationen keine Hilfe leistet, so daß das spezifisch religiöse Gedankengut und die Glaubenshaltungen verbreitet und bestärkt werden. Der Staat soll nicht als Hilfe in der missionarischen Arbeit der Kirche in Anspruch genommen werden können. Nicht aber können sich staatliche Einrichtungen fern von allen bedeutsamen Gedanken und Traditionen halten, die sich auf dem geschichtlichen Hintergrund des Christentums entwickelt haben. Nachdem die Entscheidung Engel v. Vital, in der das Sprechen eines Gebetes in der öffentlichen Schule für verfassungswidrig erklärt worden war, erheblichen Protest in Amerika ausgelöst hatte<sup>72</sup>, legte der Supreme Court ein Jahr später in der Sache School District v. Schempp<sup>73</sup> besondere Betonung auf die Feststellung, daß das Prinzip der Trennung von Staat und Kirche niemals absolute Trennung bedeuten könne, sondern daß der Staat in gewissen Bereichen Berührungspunkte mit religiös bedeutsamen Gedanken habe und haben müsse, ohne daß die Entscheidung von diesen Überlegungen getragen wurde (obiter dictum). In diesem Fall wird sorgfältig unterschieden zwischen Religionskunde und religiösen Übungen<sup>74</sup>. Da das erstere nicht der Unterstützung einer religiösen Überzeugung diene, sei es auch nicht verfassungswidrig. Die zu entscheidende Frage, ob das Lesen von Bibeltexten und das Aufsagen des „Vaterunser“ am Beginn jeden Schultages verfassungswidrig sei, entschied der Supreme Court in Übereinstimmung mit den vorhergehenden Fällen als verfassungswidrige Hilfe, da die angefochtene Praxis nur der Verbreitung religiöser Anliegen und Gedanken diene und der Staat daher seine Mittel für Zwecke einsetze, die zu fördern ihm von Verfassungen wegen untersagt sei<sup>75</sup>. Was die „Establishment Clause“ verbietet, ist lediglich „the utilization of the power, prestige and money of the state to promote one religion over another (including the promotion of religion in general over irreligion)<sup>76</sup>. "The First Amendment does not say that in every and all respect there shall be a separation of Church and State. Rather it studiously defines the manner, the specific ways, in which there shall be no concert or union or dependency of one on the other," schrieb J. Douglas für den Supreme Court bereits in der Entscheidung Zorach v. Clausen<sup>77</sup>. Diese Tatsache wurde bestätigt in der Entscheidung School District v. Schempp<sup>78</sup>. Die Trennung von Staat und Kirche kann nicht absolut sein und braucht es nicht zu sein<sup>79</sup>. Verfassungswidrig ist lediglich die Unter-

<sup>70</sup> "This court has rejected unequivocally the contention that the establishment clause forbids only governmental preference of one religion over another"; School District v. Schempp 374 U.S. 203, 216 (1963). In Engel v. Vital 370 U.S. 421 (1962) wird nicht ein vorhergehender Fall angeführt; Pfeiffer, in: Rutgers L. Rev. 1962, S. 743, sieht darin „the implicit assumption that the meaning of the no establishment clause is now so well settled and known that even a decent respect to 'stare decisis' did not require a citation of judicial authorities".

<sup>71</sup> Casad, Ecumenical Movement, in: Kansas L. Rev. 1964, S. 423.

<sup>72</sup> Casad, in: Kansas L. Rev. 1964, S. 408.

<sup>73</sup> 374 U.S. 203, (1963).

<sup>74</sup> Vgl. unten S. 38.

<sup>75</sup> Ein weiterer Fall der Berührung von Staat und Kirche wird unten in der Anm. 124 behandelt.

<sup>76</sup> Casad, in: Kansas L. Rev. 1964, S. 411.

<sup>77</sup> 343 U.S. 306, 313 f. (1952).

<sup>78</sup> 374 U.S. 203 (1963).

<sup>79</sup> Casad, in: Kansas Law Rev. 1964, S. 410; NCWC, S. 424.

stützung religiöser Anliegen und Überzeugungen („religion“) — die Unterstützung von „Frömmigkeit“ —, sei es, daß diese persönlich, individuell, sei es, daß sie durch Religionsgemeinschaften vertreten werden, wobei sich die allgemeine Förderung der Religionsgemeinschaften bereits dadurch verbietet, daß diese wegen der religiösen Anliegen der einzelnen bestehen, so daß eine Förderung der Gemeinschaft in der Regel bereits eine Förderung religiöser Anliegen bedeutet.

### V. Materiellrechtliche Begründung für die Auslegung der „Establishment Clause“ durch den Supreme Court

Argumentiert der Supreme Court — zutreffend — vor allem auf der Grundlage historischer Entwicklungen und durch Auslegung des Willens des historischen Gesetzgebers, um zu seiner Interpretation zu gelangen, so kann doch nicht verkannt werden, daß weitere wichtige Gründe die Ansicht des Supreme Court stützen, die vom Supreme Court gelegentlich benutzt werden und eine Rechtfertigung seiner Interpretation der „Establishment Clause“ bilden.

Die historische Debatte kann im übrigen nicht ganz befriedigend sein, da sich nicht mit Sicherheit feststellen läßt, was die Abgeordneten im Kongreß und in den einzelstaatlichen beschlußfassenden Körpern bewogen hat, als sie den Bill of Rights zustimmten<sup>80</sup>. Auch sind heute Fälle zu entscheiden, an die die Schöpfer der Verfassung nicht gedacht haben. Die Verfassung aber muß auf die Bedingungen angewandt werden, die zur Zeit der Auslegung herrschen<sup>81</sup>. Der gesamte Erziehungsbereich z. B., auf dem die Auseinandersetzung um die Bedeutung der „Establishment Clause“ heute vor allem stattfindet, lag außerhalb der Vorstellungsmöglichkeiten der Schöpfer der Bill of Rights, da weder öffentliche Schulen eine große Rolle spielten, noch daran gedacht war, daß der Bund überhaupt — und sei es auch nur dessen Gerichtsbarkeit — mit diesem Gebiet beschäftigt werde. So wichtig und aufschlußreich daher die historische Untersuchung sein mag, sie führt nicht daran vorbei, daß eine Auslegung des Wortlautes einerseits und des Sinnzusammenhangs andererseits notwendig ist.

#### 1. Wortinterpretation

Gegen die Interpretation des Supreme Court wird zunächst eingewandt, daß der Ausdruck „establishment“ eine wohldefinierte Bedeutung habe, die O’Neill so ausdrückt<sup>82</sup>: „A single church or religion, enjoying formal, legal, official monopolistic privilege through a union with the Government of the State.“ Einer Prüfung der historischen Bedeutung dieses Wortes kann diese Definition allerdings nicht standhalten. Dieses Wort wurde um 1800 in einer wesentlich häufigeren und breiteren Art und Weise gebraucht, wie Pfeffer<sup>83</sup> an Hand einer großen Zahl von Beispielen überzeugend nachweist. Man wird daher dem Wort gerecht mit der Übersetzung „Einrichtung“. Hinzu kommt, daß während der Debatte im Kongreß und unmittelbar nach der Annahme dieser Bestimmung in Amerika „establishment of religion“ und „religious establishment“ synonym verwandt wurden; „religious establishment“ aber ist ein anderes Wort für „church“ und bedeutet lediglich „Religionsgemeinschaft“.

Doch selbst wenn man O’Neills Definition folgt, bleibt bestehen, daß es in der Verfassung heißt „respecting an establishment of religion“. Der Streit zentrali-

<sup>80</sup> Katz, in: *Uni. of Ch. L. Rev.*, Bd. 20, S. 433.

<sup>81</sup> Sullivan, S. 111; Gianella, in: *Harvard L. Rev.*, Bd. 80, S. 1383 f., und Bd. 81, S. 514 f.; J. Brennan, in: *School District v. Schempp* 374 U.S. 203 (1963).

<sup>82</sup> O’Neill, S. 204; ebenso Fahy, S. 80.

<sup>83</sup> Pfeffer, S. 139–142.

siert sich somit um das Wort „respecting“<sup>84</sup>. Dieses Wort aber bedeutet nicht nur, wie Corwin<sup>85</sup> es auslegen möchte, ein Gesetz „favoring“ oder „disfavoring“, so daß lediglich verboten werden sollte, eine Staatskirche zu begünstigen oder zu benachteiligen, sondern bedeutet „betreffend“, „zum Gegenstand habend“ oder „sich beziehend auf“. Daher ist nicht nur die Errichtung einer Staatskirche, sondern alles, was auf dem Wege dahin geschehen kann, alles, was die Errichtung einer Staatskirche betrifft, verboten. Hier soll den Anfängen gewehrt werden<sup>86</sup>. Denn ist erst einmal anerkannt und praktiziert, daß alle Religionsgemeinschaften förderungswürdig sind, wird sich nicht nur möglicherweise ein Kampf der Religionsgemeinschaften untereinander um die Verteilung der staatlichen Hilfsmittel entwickeln, sondern im Endergebnis möglicherweise auch die Kirche, die am erfolgreichsten um die Mittel gekämpft hat, oder die auf andere Art und Weise eine dominierende Stellung im Staate erlangt hat, die einmal allen gleichmäßig gewährte Hilfe lediglich zu ihrem Vorteil ausnutzen, um schließlich möglicherweise praktisch als einzige Nutznießerin der staatlichen Hilfsmaßnahmen aus dem Kampf hervorzugehen.

„The ‘wholesome neutrality’ of which this court’s cases speak, thus stems from a recognition of the teaching of history that powerful sects or groups might bring about a fusion of government and religious functions or a concert or dependency of one upon the other to the end that official support of the State or Federal Government would be placed behind the tenets of one or all orthodoxies. This the Establishment Clause prohibits.“<sup>87</sup>

Daher erscheint es nach allem nicht mehr als berechtigt, daß der Supreme Court in der Entscheidung *McGowan v. Maryland*<sup>88</sup> alle Angriffe auf das Trennungs- und Neutralitätsprinzip mit dem Hinweis auf das Wort „respecting“ zurückgewiesen hat. Eine staatliche Hilfsmaßnahme „betrifft“ eine religiöse Einrichtung bereits, wenn alle Religionsgemeinschaften und alle Religionen gefördert werden.

## 2. Systematische Begründung

Zu bedenken ist weiterhin die Bedeutung, die den Bill of Rights im Verfassungssystem zukommt, um die Bedeutung des 1. Amendments zu erkennen. Diese sind lediglich restriktive Bestimmungen, die keinerlei Machtbefugnisse verleihen<sup>89</sup>. Wird der „Preferred Status Doctrine“ gefolgt, so führt das dahin, daß die Bundesregierung auf Grund des 1. Amendments die Ermächtigung hat, Religion und Kirchen zu fördern. Daher spricht die Systematik der Verfassung dafür, daß die Bundesregierung der Religion keine Förderung angedeihen lassen darf. Läßt sich die Förderung der Schulen mit der „Welfare Clause“ rechtfertigen, so geht das hinsichtlich religiöser Anliegen nicht, da sich die Verfassung nur im 1. Amendment — und hier erschöpfend — mit religiösen Belangen befaßt.

## 3. Staatliche Neutralität in religiös-weltanschaulichen Fragen

Das „no aid to religion“-Prinzip ergibt sich aus einer weiteren Überlegung. Wenn der Staat neutral im Verhältnis von Gläubigen und Nichtgläubigen sein soll, so kann dies nur durch eine gleichmäßige Förderung aller religiös-weltanschaulichen Anliegen oder der gleichmäßigen Unterlassung aller Förderung geschehen, da jede Förderung spezieller Anliegen eine Durchbrechung der Neutralität zugunsten einer speziellen Religion oder Weltanschauung ist. Es ist aber praktisch unmög-

<sup>84</sup> Corwin, *The Supreme Court*, S. 12.

<sup>85</sup> Corwin, a. a. O.

<sup>86</sup> Dies wird besonders betont in *Engel v. Vital* 370 U.S. 421, 436 (1962).

<sup>87</sup> *School District v. Schempp* 374 U.S. 203, 222 (1963).

<sup>88</sup> 366 U.S. 420 (1961).

<sup>89</sup> Vgl. *The Federalist* Nr. 84; Pfeiffer, S. 155; Dumbauld, S. 105.

lich für den Staat, Nicht- oder Unglauben zu fördern. Der Staat begäbe sich damit auf das Gebiet einer quasi-religiösen oder gar antireligiösen Tätigkeit, die nicht nur nicht praktiziert werden kann, sondern auch auf einhellige Ablehnung aller in Amerika stoßen würde. Die Förderung von Nicht- oder Unglauben wäre aber notwendigerweise eingeschlossen, wenn der Staat alle Überzeugungen religiös-weltanschaulicher Art fördern soll. Daher ergibt sich für den Staat aus dem Gebot der Neutralität das Verbot der Förderung religiöser Belange.

Die Frage ist dann allerdings, ob der Staat neutral sein muß nicht nur zwischen den verschiedenen Religionen, sondern auch zwischen Gläubigen und Nichtgläubigen, zwischen religiöser Haltung und religiöser Gleichgültigkeit oder Feindschaft. Dies wird vereinzelt in der Literatur bestritten<sup>90</sup>. Der Supreme Court hat sich bereits in der Sache *Everson v. Board of Education* zu dieser Neutralität bekannt, in der Sache *Zorach v. Clausen* dagegen lediglich geschrieben: "The government must be neutral when it comes to competition between sects," und zugleich betont, daß die Bevorzugung derjenigen, die glauben, vor denjenigen, die nicht glauben, nicht gestattet sei, und in allen späteren Entscheidungen sein Bekenntnis zur staatlichen Neutralität in religiös-weltanschaulichen Fragen erneut bekräftigt<sup>91</sup>. Würde man diese Neutralität ablehnen, so hätte der Staat die Möglichkeit, von sich aus zu bestimmen, welche der menschlichen Vereinigungen religiöse Gruppen sind und welche nicht. Damit aber würde der Staat von sich aus einer Vielzahl von Religionsgemeinschaften seine Autorisierung gewähren, da sie in seinen Augen religiöse Gruppen sind. Der Staat würde sich damit die Bestimmung dessen anmaßen, was Religion ist. Auf die Schwierigkeit zu sagen, ob Deisten, Theosophen, Humanisten oder streitbare Atheisten Religionsgruppen sind oder nicht, sei nur hingewiesen. Die Autorisierung durch den Staat aber wird zu Recht allgemein abgelehnt, läßt sich doch aus der Geschichte Amerikas entnehmen, daß der Staat keine Autorisierung einer oder mehrerer Gruppen geben sollte, und daß der Staat nicht berechtigt sein sollte, zu sagen, was religiöse Gruppen sind und was nicht<sup>92</sup>. Im übrigen würde die abweichende Ansicht Parsons und Meiklejohn dazu führen, daß die Freiheitsbestimmung des 1. Amendments nicht für Nichtgläubige gilt, da auch dort lediglich auf „Religion“ Bezug genommen wird. Dies wird auch gelegentlich behauptet<sup>93</sup>. Zwar ist die Frage, ob der Schutz der „Free Exercise Clause“ sich auch auf Nichtgläubige erstreckt, vom Supreme Court bisher noch nicht ausdrücklich entschieden worden. Doch ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung zu den anderen Freiheitsbestimmungen des 1. Amendments, die z. B. nicht nur die freie Meinungsäußerung, sondern auch den Schutz des Schweigens umschließt, daß die Freiheit zu glauben und die Freiheit nicht zu glauben durch das 1. Amendment geschützt sind<sup>94</sup>. Man wird daher Neutralität des Staates gegenüber Gläubigen und Nichtgläubigen, gegenüber religiöser und weltanschaulicher Überzeugung und Gleichgültigkeit verlangen müssen. Daraus ergibt sich, daß der Staat keiner Religion helfen darf, was der Supreme Court mit dem Ausdruck „wall of separation between state and church“ zum Ausdruck bringt.

#### 4. Die Verwirklichung der Religionsfreiheit

Die wichtigste Begründung des Neutralitätsprinzipes allerdings hat der Supreme Court bereits in *Everson v. Board of Education* im Gewande historischer Argumente<sup>95</sup> gegeben, sich im Laufe der Entwicklung der Rechtsprechung immer wieder

<sup>90</sup> Vgl. *School District v. Schempp* 374 U.S. 203, 216 (1963); *Casad, Ecumenical Movement*, in: *Kansas L. Rev.* 1964, S. 423, zitiert oben in Anm. 71.

<sup>91</sup> Vgl. „*Memorial and Remonstrance*“ bei McGrath, S. 380 ff.; *West Virginia State Board of Education v. Barnette* 319 U.S. 624 (1943).

<sup>92</sup> Meiklejohn, S. 70; Parsons, S. 79.

<sup>93</sup> Vgl. *Bustyn v. Wilson* 343 U.S. 495 (1952); Pfeffer, S. 498 f.; Bayer, in: *ZaöRV* 1964, S. 228; Bewersdorf, S. 101; Gianella, in: *Harvard L. Rev.*, Bd. 80, S. 1424—1431.

<sup>94</sup> So z. B. Rutledge, in: *Everson v. Board of Education* 330 U.S. 1, 40: "State aid was no less obnoxious or

hierzu bekannt und auch deren systematische Bedeutung herausgestellt<sup>96</sup>. Die Begründung für die Auslegung des Supreme Court liegt in dem Zusammenhang zwischen der „Free Exercise Clause“ und der „Establishment Clause“. Beide Klauseln befassen sich an und für sich mit verschiedenen Arten der staatlichen Beschäftigung mit religiösen Dingen. Während die „Free Exercise Clause“ staatlichen Zwang in religiösen Dingen verhindern will, verlangt die „Establishment Clause“ nicht, daß staatlicher Zwang vorliegt, um bereits ein staatliches Handeln für verfassungswidrig anzusehen, wenn eine kirchliche oder religiöse Überzeugung gefördert wird. Aber — so sagt der Supreme Court<sup>97</sup> — „when the power, prestige and financial support of the government is placed behind a particular religious belief, the indirect coercive pressure is plain. But the purposes underlying the Establishment Clause go much further than that. Its first and most immediate purpose rested on the belief that a union of government and religion tends to destroy government and to degrade religion . . . Another purpose of the Establishment Clause rested upon an awareness of the historical fact that governmentally established religions and religious persecutions go hand in hand.“

Um der Freiheit der Religion willen darf sich der Staat mit religiösen Dingen nicht befassen. Weil einerseits jede staatliche Unterstützung religiöser Belange einen — wenn auch nur mittelbaren — Zwang enthält und weil andererseits die Erfahrungen der Geschichte lehren, daß staatliche Unterstützung religiöser Belange mit der Verfolgung religiös Andersdenkender Hand in Hand zu gehen pflegen, muß die „Establishment Clause“ so ausgelegt werden, daß dem Staat die Beschäftigung mit Religion und Kirche als solchen eo ipso untersagt ist, er also auch religiöse Belange nicht fördern darf. Bates<sup>98</sup> weist in seiner Untersuchung über die Religionsfreiheit auf den Zusammenhang zwischen der religiösen Freiheit und Verwirklichung der Trennung von Staat und Kirche, wenn er schreibt: „Wo die höchsten Interessen und tiefsten Gefühle der Menschheit in Frage kommen, ist die Unterdrückung der Gewissensfreiheit und der auf dasselbe ausgeübte Zwang besonders geeignet, die Bewegungsfreiheit der Menschheit zu begrenzen, sie in eine bestimmte Richtung zu drängen und ihren Persönlichkeitswert zu vernichten. Solch schädlicher Zwang ist im allgemeinen die Folge der Verbindung der Staatsmacht mit einer Religion, die ihrerseits nach dem Obrigkeitsprinzip organisiert ist“; die Trennung von Staat und Kirche solle diesem Übel begegnen, wobei Trennung bedeute, daß die Beziehungspunkte zwischen der Kirche und dem Staat auf ein Minimum reduziert und die Kirchen anderen privaten Vereinigungen gleichgestellt würden; „im allgemeinen“ — so betont Bates noch einmal — „kann behauptet werden, daß die Trennung mit religiöser Freiheit Hand in Hand geht“. Wenn Fahy schreibt<sup>99</sup>: „Such an establishment by act of Congress would necessarily interfere with religious freedom,“<sup>100</sup> so deutet auch er auf den Zusammenhang zwischen der Interpretation der „Establishment Clause“ durch den Supreme Court und der Bedeutung der „Free Exercise Clause“. J. Frankfurter schließlich weist ebenfalls auf diesen Zusammenhang zwischen Religionsfreiheit und „Establishment Clause“ hin, wenn er schreibt<sup>101</sup>:

“Within the discriminatory phraseology of the First Amendment distinction

---

destructive to freedom and to religion itself than other forms of state interference. ‘Establishment’ and ‘free Exercise’ were correlative and coextensive ideas, representing only different facts of the single great and fundamental freedom.” So auch J. Frankfurter in *McGowan v. Maryland* 366 U.S. 420, 460 f. (1960), vgl. S. 31 f. im Text der Arbeit.

<sup>96</sup> Vgl. besonders *Engel v. Vital* 370 U.S. 421 (1962); *School District v. Schempp* 83 S. Ct. 1571 (1963).

<sup>97</sup> In *Engel v. Vital* 370 U.S. 421, 431 (1962).

<sup>98</sup> Bates, *Glaubensfreiheit*, S. 560.

<sup>99</sup> Fahy, S. 78.

<sup>100</sup> Fahy, S. 79: “It is indeed probable that the second clause would have been construed to prevent Congress from passing any law respecting an establishment of religion even had the first clause been omitted.” Ebenso Katz, S. 435: “The rule forbidding affirmative aid to religion might easily have been similarly derived as implicit in the liberty of disbelief.”

<sup>101</sup> In *McGowan v. Maryland* 366 U.S. 420, 463 (1961).

has been drawn between cases raising 'establishment' and 'free exercise' questions. Any attempt to formulate a brightline distinction is bound to founder. In view of the competition among religious creeds, whatever 'establishes' one sect disadvantages another, and vice versa."

und<sup>102</sup>:

"The extension of civil government support to religion in a manner which made the two in some degree interdependent, and thus threatens the freedom of each."

und<sup>103</sup>:

"In an important sense, the constitutional prohibition of religious establishment is a provision of more comprehensive availability than the guarantee of free exercise, in so far as both give content to the prohibited fusion of church and state."

Die Freiheit der Religionsausübung und die Freiheit, seine religiöse Überzeugung selbständig und unabhängig von staatlicher Beeinflussung finden zu können, umschließt die Freiheit von staatlich geförderten Religionsgemeinschaften und religiösen Überzeugungen in irgendeiner Form. Dies aber war das Anliegen der Schöpfer des 1. Amendments. Da die Unterstützung einer Glaubensrichtung oder eines Glaubens überhaupt eine Benachteiligung anderer bestehender Glaubensüberzeugungen und der Nichtgläubigen bedeutet, und da die Förderung religiöser Überzeugung durch den Staat die Tendenz zur religiösen Intoleranz in sich schließt, deren Anfängen gewehrt werden sollte, mußte der Supreme Court das 1. Amendment so auslegen, wie er es getan hat. Die „Establishment Clause“ kann daher nicht so ausgelegt werden, daß die Freiheit der Religionsausübung behindert wird, da beide Klauseln des 1. Amendments lediglich demselben Zweck dienen<sup>104</sup>.

Durch bloße Abstinenz des Staates von religiösen Dingen wird die Freiheit in der Regel nicht behindert. Die Abgrenzung zwischen dem „no aid“-Prinzip einerseits und der Freiheit der Religionsausübung andererseits kann allerdings im Einzelfall schwierig sein<sup>105</sup>. Immerhin erfordert die „Establishment Clause“, selbst wenn die Freiheit der Religionsausübung und der freien Gewinnung der eigenen religiösen Überzeugung letztlich hinter der Auslegung des Supreme Court steht, von der staatlichen Gewalt nicht nur, daß kein Zwang in religiösen Belangen ausgeübt wird, sondern verbietet bereits jede Förderung und Unterstützung, selbst wenn kein direkter oder indirekter Zwang ausgeübt wird<sup>106</sup>.

## VI. Die Ausdehnung der Anwendung des 1. Amendments auf die Einzelstaaten

All diese Überlegungen hatten bis zum Jahre 1866 nur Gültigkeit für die Bundesregierung. Zur Zeit der Annahme der Bill of Rights war das Verhältnis der Einzelstaaten zu den Religionsgemeinschaften und zu religiösen Belangen lediglich durch ihre eigenen Verfassungen bestimmt. Mit der Ausnahme von Virginia und Rhode Island, wo sowohl Trennung von Staat und Kirche, wie auch Religionsfreiheit bestand, verlangten alle übrigen der 13 Staaten bei Gründung der Vereinigten Staaten von ihren Bürgern ein religiöses Bekenntnis in irgendeiner Form, wobei sieben Staaten eine Staatskirche hatten<sup>107</sup>. Diese Bestimmungen der

<sup>102</sup> A. a. O., S. 465.

<sup>103</sup> A. a. O., S. 467.

<sup>104</sup> Katz, in: *Uni. of Ch. L. Rev.*, Bd. 20, S. 428; Hieraus erklärt sich die Zulässigkeit von Armeepfarrern und Anstaltsgeistlichen und die Zulässigkeit der Errichtung von Kirchen an staatlichen Waisenhäusern, da die Möglichkeit der Kinder, religiöse Unterweisung zu erhalten, andernfalls gefährdet wäre; *Dunn v. Chicago Industrial Schools* 280 Illinois 613 (1917); J. Brennan in *School District v. Schempp*, a. a. O.

<sup>105</sup> Vgl. unten S. 40 ff.; zur Zulässigkeit von Religionsunterricht an öffentlichen Schulen: „Establishment“ oder „Free Exercise“?

<sup>106</sup> Pfeffer, in: *Rutgers L. Rev.*, Bd. 16, S. 750; vgl. auch Bewersdorf, S. 105—123 und S. 146—150.

<sup>107</sup> New Hampshire, Connecticut, New Jersey, Georgia, North und South Carolina und Massachusetts; vgl. Engel v. Vital 370 U.S. 428, Anm. 10 (1962).

einzelstaatlichen Verfassungen wurden durch das 1. Amendment nicht berührt, sondern nur der Bund, von diesem allerdings sämtliche Gewalten<sup>108</sup>. Es ist daher weder verwunderlich, daß Massachusetts die „Congretional Church“ als Staatskirche bis 1833 beibehielt, noch daß den Supreme Court keine Prozesse aus dem Gebiet der „Establishment Clause“ erreichten.

Als das 14. Amendment am 23. Juli 1868 der Verfassung hinzugefügt wurde, erhob sich die Frage, ob die Bestimmungen des 14. Amendments die Freiheitsbestimmungen des 1. Amendments einschlossen und damit für die Staaten verbindlich machten. Dies wurde zunächst in ständiger Rechtsprechung abgelehnt. Noch 1922 meinte der Supreme Court, daß das 1. Amendment nicht für die Staaten verbindliche Normen aufstelle<sup>109</sup>. Als sich jedoch in den zwanziger Jahren dieses Jahrhunderts einige Staaten schwerer Einbrüche in die bundesrechtlich geschützte Sphäre des 1. Amendments schuldig machten, schritt der Supreme Court ein und erklärte im Jahre 1925 den Cheek-Fall des Jahres 1922 für nicht entscheidend in dieser Frage und verwarf die Folgerungen jenes Falles. In der Entscheidung *Gitlow v. New York*<sup>110</sup> führte J. Sanford aus:

“For the present purpose we may and do assume that freedom of speech and of the press—which are protected by the First Amendment from abridgement by Congress—are among the fundamental personal rights and ‘liberties’ protected by the due process clause of the Fourteenth Amendment from impairment by the States.”

Zwei Jahre später wurde dieses dictum bestätigt und ein einzelstaatliches Gesetz auf der Grundlage der „Freedom of Speech Clause“ für verfassungswidrig erklärt<sup>111</sup>. 1934 wurde dann vom Supreme Court die „Free Exercise Clause“ des 1. Amendments als eine Bestimmung angesehen, die unter den Freiheitsrechten sei, die durch die „due process-clause“ des 14. Amendments gegen Eingriffe der Einzelstaaten geschützt sei, ohne daß allerdings die staatliche Regelung als Verletzung des 1. Amendments angesehen wurde<sup>112</sup>. In der Entscheidung *Cantwell v. Connecticut*<sup>113</sup> wurde dann zum ersten Mal die „Free Exercise Clause“ des 1. Amendments zum Schutze eines Bürgers gegen Maßnahmen der Staaten angewandt, wobei hier bereits angedeutet wurde, daß auch die „Establishment Clause“ in das 14. Amendment integriert sei. Die Entscheidung *Everson v. Board of Education*<sup>114</sup> brachte dann das Anerkenntnis, daß auch die „Establishment Clause“ auf die Einzelstaaten anzuwenden sei. Dies wurde in ständiger Rechtsprechung bestätigt<sup>115</sup>.

Diese Entscheidungen korrigieren insofern den sogenannten *Slaughter House Case*<sup>116</sup>, als dort mit einer 5:4-Mehrheit abgelehnt wurde, die Bill of Rights mit Hilfe der „Immunity and Privilege Clause“ des 14. Amendments auf die Staaten anzuwenden, obwohl die Debatte im Kongreß und die Vorgeschichte des 14. Amendments zeigen, daß der Kongreß beabsichtigt hatte, die einzelstaatliche Gewalt durch die ersten acht Amendments zu binden<sup>117</sup>. Insofern ist es auch gerechtfertigt, daß der Supreme Court in Entscheidungen, die das 1. Amend-

<sup>108</sup> *Dumbauld*, S. 104; *Pfeffer*, S. 116 t., für die Gerichtsbarkeit vgl. *Erie Railroad Co. v. Thompson* 304 U.S. 64 (1938); vgl. *Barron v. Baltimore* 7 Pet 243, 247 (1833); hierzu und zu dem folgenden vgl. auch *Bewersdorf*, S. 10—16.

<sup>109</sup> *Prudential Insurance Co. v. Cheek* 259 U.S. 530, 543 (1922).

<sup>110</sup> 286 U.S. 652, 666 (1925).

<sup>111</sup> *Fiske v. Kansas* 274 U.S. 350 (1927).

<sup>112</sup> *Hamilton v. Regents of the University of California* 293 U.S. 245 (1934).

<sup>113</sup> 310 U.S. 296 (1940).

<sup>114</sup> 330 U.S. 1 (1947).

<sup>115</sup> So zuletzt in *School District v. Schempp* 374 U.S. 203 (1963).

<sup>116</sup> *Butcher's Benevolent Association v. Crescent City Live-Stock Landing and Slaughter-House Co.* 16 Wallace 36 (1873); vgl. *Corwin*, U.S. Constitution, S. 965: “The privileges and immunities clause of the Fourteenth Amendment enjoys the distinction of having been rendered a practical nullity by a single decision of the Supreme Court . . .”

<sup>117</sup> *Pfeffer*, S. 127—130.

ment betreffen, in ständiger Rechtsprechung lediglich von den Freiheitsrechten des 1. Amendments spricht, ohne der Zusatzbestimmung, daß die Freiheitsrechte nicht ohne „due process of law“ entzogen werden dürfen, Bedeutung zu schenken.

Somit könnte die Frage ob der Begriff „liberty“ des 14. Amendments auch die Trennung von Staat und Kirche einschließt, mit dem Hinweis auf die ständige Rechtsprechung beendet werden, wenn sich nicht gewichtige Gegenstimmen erhoben hätten<sup>118</sup>, mit denen eine kurze Auseinandersetzung geboten erscheint. Corwin sagt: „So far as the Fourteenth Amendment is concerned, States are entirely free to establish religions, provided they do not deprive anybody of religious liberty. It is only liberty the Fourteenth Amendment protects ...“ Einzuwenden gegen diese an dem Wortlaut ausgerichtete Auslegung ist zunächst die Entstehungsgeschichte des 1. Amendments. Es gab nicht einen Vorschlag, der nicht beide Bestimmungen, nämlich eine „Establishment Clause“ und eine „Free Exercise Clause“, enthielt. Den Verfassern waren beide Bestimmungen gleich wichtig. Und in der Tat schien dem Kongreß die Freiheit der Religionsausübung nicht gesichert, ohne daß dem Staat die Gesetzesbefugnis auf dem Gebiet der Religion völlig entzogen war. „Establishment Clause“ und „Free Exercise Clause“ sollten demselben Ziel dienen<sup>119</sup>. Ist dem aber so, so ist es nicht mehr als gerechtfertigt, die Trennung von Staat und Kirche als „The First Freedom“ zu bezeichnen<sup>120</sup>, die ebenfalls von dem 14. Amendment umschlossen ist. Der Supreme Court hat damit „Congress“ und „State“ gleichgesetzt. Dies ist es, was das 14. Amendment bezweckte. Somit müssen Bund und Einzelstaaten ihre Maßnahmen nach den Erfordernissen des 1. Amendments richten. Was der Bundesregierung durch die „Establishment Clause“ verboten ist, ist somit auch den Staaten untersagt. Weitergehende Bindungen der Staaten auf Grund ihrer Verfassungen sind damit allerdings nicht berührt<sup>121</sup>. In dieser Arbeit werden allerdings nur die bundesrechtlichen Bindungen der Staaten untersucht.

## VII. Das Trennungs- und Neutralitätsprinzip: Seine Auswirkungen auf das Verhältnis von Staat und Kirche und seine Problematik bei der Anwendung auf den schullischen Bereich

Die amerikanische Verfassung schreibt somit ein strenges System der konsequenten Trennung von Staat und Kirche vor. Hier findet sich verwirklicht, was bereits Kahl<sup>122</sup> als bezeichnend für das Trennungssystem herausgearbeitet hat: Den geschichtlichen Sonderbegriff der Kirche gibt es nicht, alle religiösen Vereinigungen sind gleichermaßen Religionsgesellschaften (churches, sects); es gibt keine öffentlich-rechtliche Sonderstellung der kirchlichen Behörden, Beamten und Anstalten; es gibt keine Staatshilfe, also keinen Kultusetat, keinen staatlichen Verwaltungszwang zu Diensten kirchlicher Regierungsfunktionen und kein staatliches Kirchensteuerwesen, die Kirchen sind grundsätzlich von jeder organischen Beteiligung an Aufgaben der Staatspflege ausgeschlossen; es gibt keine spezifische Kirchengesetzgebung; die volle Freiheit der eigenständigen und unabhängigen Verwaltung und Organisation ist verwirklicht, Eingriffe des Staates in die Organisations- und Verwaltungsfreiheit der Kirchen würde nicht nur gegen die „Establishment Clause“ sondern auch gegen die „Free Exercise Clause“ verstoßen<sup>123</sup>; das kirchliche Recht bleibt auch ohne staatliche Anerkennung als autonomes Recht bestehen, das der Staat sich nicht anmaßt, zu regulieren und zu ordnen;

<sup>118</sup> Corwin, The Supreme Court, S. 9; Meiklejohn, S. 70.

<sup>119</sup> Vgl. oben S. 30 ff.

<sup>120</sup> Konvitz, S. 44.

<sup>121</sup> HEW, S. 355.

<sup>122</sup> Kahl, Aphorismen, S. 7 ff. und 14 ff.

<sup>123</sup> Vgl. Casad, Ecumenical Movement, in: Kansas L. Rev. 1964, S. 422.



dieses Recht bleibt allerdings auf der Ebene des bürgerlichen Rechts; auf dieser Ebene regelt die Religionsgemeinschaft ihre vermögensrechtlichen Verhältnisse<sup>124</sup>, und jede Berührung zwischen Staat und Kirche vollzieht sich auf der Ebene des bürgerlichen Rechts; die Rechtsform der Religionsgemeinschaft regelt sich nach den im bürgerlichen Recht vorgesehenen Möglichkeiten; die Hoheit des Staates gegenüber den Religionsgemeinschaften ist die der allgemeinen Vereinshoheit, und nach Vereinsrecht bestimmen sich Voraussetzung und Maß der Rechtsfähigkeit; die Sonntagsruhe wird nicht als Heiligung des Sonntages, sondern als Tag der Arbeitsruhe aus sozialen Gründen verstanden<sup>125</sup>.

All diesen Ausformungen des Trennungsprinzips liegt der Gedanke des „no aid to religion“ und der Gedanke der Neutralität des Staates gegenüber Gläubigen und Nichtgläubigen aller Richtungen zugrunde. Weil der Staat der Religion keine Förderung angeeignet lassen darf, wird der Sonntag lediglich als Tag der Arbeitsruhe gerechtfertigt und wird eine staatliche finanzielle Hilfe grundsätzlich abgelehnt. Daß diese praktizierte Trennung für die Kirchen außerordentliche Vorteile und Wirkungsmöglichkeiten gebracht hat, zeigt die Entwicklung der auf freiwilligem Beitritt beruhende Mitgliedschaft der Religionsgemeinschaften. Während 1790 nur schätzungsweise 4 Prozent aller Amerikaner einer Kirche angehörten, und

<sup>124</sup> Unvermeidlich ist allerdings, daß die staatliche Gerichtsbarkeit mit religiösen Fragen in Berührung kommt, sobald vermögenswerte Rechte berührt sind. Die Gerichte können und müssen Streitigkeiten der Religionsgemeinschaften untereinander und der Mitglieder religiöser Organisationen über das Vermögen der Religionsgemeinschaft entscheiden; Casad, *Ecumenical Movement*, in: *Kansas L. Rev.* 1964, S. 432. Der grundlegende Fall ist *Watson v. Jones* 80 U.S. (13 Wallace) 679 (1871). Die Zuständigkeit der Gerichte wird folgendermaßen begründet: „Religious organizations come before us in the same attitude as other voluntary associations for benevolent or charitable purposes, and their right of property, or of contract, are equally under the protection of the law, and the actions of their members subject to its restraint.“ Der Supreme Court lehnt es allerdings ab, über theologisch bedeutsame Fragen zu entscheiden, einschließlich Fragen der Kirchengründung und der Pflichten der Mitglieder. Das innerkirchliche Recht wird nicht angetastet.

Der Supreme Court unterscheidet drei verschiedene Gruppen vermögensrechtlicher Streitigkeiten:

a) Streitigkeiten um Vermögen, das durch den Spender durch ausdrückliche Bestimmung für einen bestimmten Zweck bestimmt ist (trust). Hier bemüht sich das Gericht, den Stiftungszweck aufrechtzuerhalten, so daß das Recht dem zugesprochen wird, der diesen Zweck verwirklicht.

b) Streitigkeiten innerhalb einer alleinstehenden, unabhängigen Gemeinde oder Religionsgemeinschaft. Hier richtet sich die Entscheidung danach, welcher Gruppe innerhalb der gespaltenen Religionsgemeinschaft nach dem Gesetz, das sich diese selbst gegeben hat, d. h. in der Regel nach dem Mehrheitsprinzip oder der Entscheidung des nach dem kirchlichen Recht zuständigen Gremiums oder Führers, das Recht zusteht, solange nicht die unter a) angeführte Regel eingreift. Immerhin sagt der Supreme Court: „There being no such trust imposed the property when purchased or given, the court will not imply one for the purpose of expelling from its use those who by regular succession and order constitute the church because they may have changed in some respect their views of religious truths.“ An dieser Einschränkung: „in some respect“ haben manche einzelstaatliche Gerichtshöfe angeknüpft und das Eigentum denjenigen Gruppen zuerkannt, die dem alten Glauben treu blieben, auch wenn sie eine Minderheit darstellten. Manche Gerichte haben die Regel a) auf sämtliche Vermögen angewandt und dadurch dasselbe Ergebnis erzielt; vgl. Casad, a. a. O., S. 439 und 443–449; und damit über theologische Fragen entschieden, um den Status quo aufrechtzuerhalten; vgl. Casad, a. a. O., S. 452 ff.

c) Streitigkeiten innerhalb einer Gemeinde, die Mitglied einer größeren religiösen Gemeinschaft ist. Hier sagt der Supreme Court: „In this class of case we think the rule of action which should govern the civil courts, founded in a broad and sound view of the relation of church and state under our system of law, . . . is, that whenever the question of discipline, or of faith or ecclesiastical rule, custom, or law decided by the highest of these church judicatories to which the matter has been carried, the legal tribunal must accept such decision as final, and binding on them, in their application to the case before them.“ Somit vermeidet das Gericht zu entscheiden, welche Partei berechtigt ist. Diese Frage wird für die staatlichen Gerichte verbindlich durch die zuständige kirchliche Stelle entschieden. Immerhin ist zu beachten, daß a) und b) lediglich obiter dictum waren. Diese Entscheidung wurde in ihren drei Formen bestätigt durch *Kedroff v. Saint Nicholas Cathedral* 344 U.S. 94 (1952) und *Kreshik v. Saint Nicholas Cathedral* 363 U.S. 190 (1960). Auch diese Fälle behandelten Streitigkeiten der unter c) aufgeführten Art. Vgl. Casad, a. a. O., S. 456 f.

Der Supreme Court vermeidet auf diese Weise die Entscheidung religiöser Fragen, indem er an Außenlichkeiten (Mehrheitsprinzip — Fall b) oder dem vorgegebenen bürgerlichen (Fall a) oder kirchlichem Recht (Fall c) anknüpft. Der Supreme Court versucht auf diesem Wege seinen stets wiederholten Feststellungen, daß die staatlichen Gerichte keine Zuständigkeit zur Entscheidung religiöser Fragen haben, Rechnung zu tragen. Allerdings läßt sich auf diesem Wege nicht verhindern, daß die Gerichte tatsächlich das „no aid“ Prinzip nicht beachten können. „A judicial decree or judgment in favor of the religious institution can aid the exercise of religion; a decree or judgment against the institution can inhibit the exercise of religion“; Casad, a. a. O., S. 433. Hier aber gilt die zutreffende Feststellung Casads, a. a. O., S. 434: „These questions of the Herrschaft über vermögenswerte Rechte im Streitfall zwischen verschiedenen theologischen Parteien) are really religious questions. They become legal questions only when the law determines that it will support one side or the other. Perhaps the court must decide these cases one way or the other in order to preserve the rule of law. But it would seem that in doing so they have perhaps unwittingly approached the limits of constitutionality. In every such case where the schism is precipitated by ideological differences, the court, by giving exclusive control of the properties to one group, takes sides in a religious dispute—a result which seems contrary to the first amendment.“ Trennung von Staat und Kirche kann eben Berührung der beiden Ordnungsmächte nicht ausschließen.

<sup>125</sup> *McGowan v. Maryland* 366 U.S. 420 (1961).

1800 ungefähr 6,8 Prozent, sind heute über 50 Prozent aller Amerikaner eingeschriebene Mitglieder einer Religionsgemeinschaft<sup>126</sup>, und Religionsgemeinschaften und religiöse Gedanken spielen im Leben Amerikas eine erhebliche Rolle. So zeigt sich auch an der praktischen Auswirkung, daß in Amerika das Trennungsprinzip aus dem Gedanken der religiösen Freiheit und einer religiösen Grundhaltung heraus bejaht wird.

Die Schwierigkeit der Anwendung dieses „no aid to religion“-Prinzips beginnt erst da, wo sich die Förderung legitimer staatlicher Zwecke und Aufgaben mit der Förderung religiöser Belange überschneidet, wo die Verwendung öffentlicher Mittel zugleich einem öffentlichen Zweck und der Unterstützung religiöser Einrichtungen dient. Gerade im Schulrecht ist diese Überschneidung von Bedeutung. Daß Erziehung einem grundlegenden, legitimen öffentlichem Zweck dient, den die Staaten auf Grund ihrer „police power“ und der Bund auf Grund der „Welfare Clause“ des Artikel 1, Section 8, Satz 1, fördern und mit finanziellen Mitteln unterstützen dürfen, ist ganz unstrittig<sup>127</sup>.

Daß die staatliche schulische Erziehung nicht für Zwecke benutzt werden darf, die eindeutig religiöse Belange einzelner Kirchen sind, ist — auch ohne daß es einer Supreme Court Entscheidung bedurfte — selbstverständliches Prinzip der amerikanischen Schulpraxis, da hierdurch der Staat einzelnen Religionsgemeinschaften oder gewissen religiösen Überzeugungen dienen würde. So ist es selbstverständlich, daß der Staat keine Bekenntnisschule, d. h. Schulen, die vom Geist eines religiösen Bekenntnisses durchdrungen und geformt sind, oder auch nur allgemein christlich bestimmte Schulen unterhalten darf. Die staatlich durchgeführte Erziehung betrifft die Vorbereitung und Ausbildung für gesellschaftliche und berufliche Fähigkeiten und die Erziehung zu gewissen grundlegenden Werten, die sämtliche Bürger bejahen oder doch von Verfassungen wegen bejahen sollten. Ebenso besteht Übereinstimmung darüber, daß der Staat durch seine eigenen Lehrer keinen Religionsunterricht erteilen darf, eine Praxis, die bereits seit vielen, vielen Jahren untersagt ist. In all diesen Fällen wäre der Zweck der staatlichen Maßnahmen die direkte Förderung einer Religion oder einer Überzeugung, die über den erlaubten Zweck der staatlichen Förderung pädagogischer Notwendigkeiten hinausgeht und ein zusätzliches Element religiöser Art zu der weltlichen Erziehung hinzufügt.

Die Schwierigkeit beginnt einerseits da, wo die Verfolgung des legitimen öffentlichen Zweckes, hier der Förderung pädagogischer Anliegen, zugleich den Nebeneffekt hat, religiösen Einrichtungen und Vereinigungen zu helfen. Dies ist die Problematik, die die Förderung des privaten (kirchlichen) Schulwesens hervorruft, und dies war das Problem, dem sich der Supreme Court in der Sache *Everson v. Board of Education* gegenüber sah, wo über die staatliche Finanzierung von Transportmitteln für Schüler kirchlicher Schulen zu entscheiden war. Dies ist allgemein die Problematik der verschiedenen Formen der Subvention von Privatschulen. Hier geht es um die Frage, ob die Verfolgung des legitimen öffentlichen Zweckes der Erziehung auch dann zulässig ist, wenn hierdurch den privaten kirchlichen Erziehungseinrichtungen geholfen wird, oder mit anderen Worten: ob der Zweck die Mittel rechtfertigt und wann die Mittel so sehr der Förderung religiöser Belange dienen, daß die Verfolgung des legitimen öffentlichen Zweckes unter Umständen ausgeschlossen ist.

Die Schwierigkeit liegt andererseits in der Abgrenzung dessen, was als Hilfe des Staates angesehen werden muß und was als bloßes Dulden der freien Religions-

<sup>126</sup> Moehlmann, S. 345. Im Jahre 1962 waren 64 Prozent der Bevölkerung Mitglieder einer Kirche. Nur 3 Prozent bekannten sich zu keinem Glauben; *School District v. Schempp* 83 S. Ct. 1560, 1566 (1963).

<sup>127</sup> Vgl. *Codran v. Louisiana Board of Education* 281 U.S. 370 (1930); *Everson v. Board of Education* 330 U.S. 1 (1947); *Brown v. Board of Education* 347 U.S. 483, 493 (1954).

ausübung anzusehen ist. Daß jede Hilfe verfassungswidrig ist, wurde mehrfach betont. Daß die „Establishment Clause“ andererseits nicht dazu benutzt werden darf, um die freie religiöse Betätigung zu verhindern, hat der Supreme Court wiederholt ausgesprochen, da in einem solchen Fall ein Verstoß gegen die „Free Exercise Clause“ vorliegen würde<sup>128</sup>. Dies ist die Problematik, die die Frage des privaten Religionsunterrichtes an staatlichen Schulen hervorruft.

Daß beide Problemkreise erhebliche Schwierigkeiten aufwerfen, zeigt nicht nur die lebhaft diskutierte Diskussion in der Wissenschaft, sondern auch die Tatsache, daß keine der Entscheidungen des Supreme Court, die sich mit dem Gebiet des Schulrechts befaßt, einstimmig gefällt wurde. Hier gerade zeigt sich, daß J. Frankfurter zu Recht schrieb<sup>128a</sup>:

“The mere formulation of a relevant Constitutional principle is the beginning of the solution of a problem, not its answer . . . But agreement, in the abstract, that the First Amendment was designed to erect ‘a wall of separation between church and State’, does not preclude a clash of views as to what the wall separates.”

## 2. Abschnitt: Die Anwendung des Verfassungsprinzips auf das Schulrecht

### I. Die Abgrenzung der öffentlichen und privaten Schule

Im folgenden wird zu untersuchen sein, wie sich das Neutralitätsprinzip im Bereich der Schule auswirkt. Der Supreme Court hatte im Bereich des Schulrechts Probleme zu entscheiden, an die die Schöpfer der Verfassung nicht gedacht haben. Das 1. Amendment war bei seiner Schaffung lediglich auf die Bundesregierung anwendbar und es war nicht vorgesehen, daß die Bundesregierung sich auf dem Schulgebiet fördernd oder regulierend betätigen sollte. Bei der Untersuchung der Rechtslage brauchen keine Unterschiede zwischen dem Bund und den Einzelstaaten gemacht zu werden, da das 14. Amendment das 1. Amendment inkorporiert hat und außerdem die „Due Process Clause“ des 5. Amendments dieselbe Wirkung auf die Bundesregierung hat wie das 14. Amendment auf die Staaten, soweit ein weitergehender Schutz durch die „Due Process Clause“ zu erwägen ist<sup>129</sup>.

Zwei Bereiche können unterschieden werden, auf denen die Spannung zwischen Staat und Kirche im Erziehungswesen sich abspielen:

- a) das Recht der privaten, religiös orientierten, konfessionellen Schulen,
- b) das Recht der öffentlichen Schulen.

In beiden Bereichen geht es um die Frage, wie weit der staatliche und der kirchliche Erziehungsanspruch verwirklicht werden kann und wie weit der Staat den Religionsgemeinschaften bei deren erzieherischen Bemühungen helfen darf<sup>130</sup>.

Die Unterscheidung von privaten und öffentlichen Schulen ergibt sich aus der verschiedenen Schulherrschaft und -finanzierung.

Träger und Verwalter der öffentlichen Schule ist die Gemeinde, die vom Staat beaufsichtigt, unterstützt und gelenkt wird<sup>131</sup>; die Schule wird aus öffentlichen Mitteln unterhalten.

<sup>128</sup> Vgl. oben S. 30 ff.

<sup>128a</sup> J. Frankfurter, in: *McCullum v. Board of Education* 333 U.S. 203 (1948).

<sup>129</sup> *Farrington v. Tokushige* 273 U.S. 284 (1927).

<sup>130</sup> J. Rutledge in *Everson v. Board of Education* 330 U.S. 1, 62 f. (1947): “Two great drives are constantly in motion to abridge, in the name of education, the complete division of religion and civil authority which our forefathers made. One is to introduce religious education and observance into public schools. The other, to obtain public funds for the aid and support of various private religious schools.”

<sup>131</sup> Die Schulorganisation ist in jedem Staat besonders geregelt. Gemeinden und Staat teilen sich in die Aufgabe der Schulerziehung.

Träger und Verwalter der privaten Schule ist der betreffende Rechtsträger nicht-staatlicher Art. Die Schule unterliegt einer gewissen staatlichen Kontrolle, die allerdings beschränkt ist. Die schulische Arbeit wird durch den privaten Schulträger bestimmt. Die Finanzierung erfolgt durch private Mittel. Wie weit der Staat helfen darf, ist Zentralpunkt des Verfassungsstreites.

## II. Die öffentliche Schule

Angesichts der weitgehend säkularisierten Erziehung in öffentlichen Schulen und dem Fehlen — und verfassungsmäßigem Verbot — staatlicher Bekenntnisschulen, kann es sich im amerikanischen Schulrecht nur noch um einige bestimmte Praktiken handeln, die von religiös-weltanschaulicher Bedeutung sind. Anzuführen sind hier die Fragen des Religionsunterrichtes an öffentlichen Schulen, die Frage der Verteilung von Bibeln und sonstiger religiöser Literatur in öffentlichen Schulen und die Praxis, in die schulische Arbeit das Sprechen von Gebeten, das Singen von Chorälen und das Lesen von Bibeltexten einzubeziehen.

### 1. Religionsunterricht an öffentlichen Schulen

#### a) Abgrenzung zur Religionskunde

Zu unterscheiden vom Religionsunterricht ist die sogenannte Religionskunde, oder, um die Unterscheidung zu gebrauchen, deren sich J. Brennan und J. Goldberg in *School District v. Schempp*<sup>132</sup> bedienen: „the teaching of religion“ und „the teaching about religion“. Der Unterschied liegt darin, daß es Ziel des Religionsunterrichtes ist, das Kind zu religiösem Glauben und zu einer religiösen Grundhaltung zu erziehen, und daß dieser die Schüler von der Wahrheit der Lehre zu überzeugen und die religiösen Werte zu Wertentscheidungen des einzelnen zu machen sucht, ob der Schüler die Lehre insgesamt versteht oder nicht. Das Ziel der Religionskunde dagegen ist die Vermittlung von Wissen über die Religionen und Kirchen und deren geschichtliche, gesellschaftliche und kulturpolitische Rolle.

Daß Religionskunde, durch staatliche Lehrer an öffentlichen Schulen erteilt, auf kein verfassungsmäßiges Hindernis stößt, da die Verfassung keinesfalls Nichtwissen der Schüler vorschreibt und hierin weder Hilfe für religiöse Überzeugung („Frömmigkeit“) noch Organisationen zu erblicken ist, hat der Supreme Court in *School District v. Schempp* ausdrücklich betont<sup>133</sup>. Ja, J. Clark erklärt, für den Supreme Court sprechend:

“It might well be said that one's education is not complete without a study of comparative religion or the history of religion and its relationship to the advancement of civilization. It certainly may be said that the Bible is worthy of study for its literary and historic qualities. Nothing we have said here indicates that such study of the Bible or of religion, when objectively as part of a secular program of education, may not be effected consistent with the First Amendment.”

Daß die schulische Arbeit sich von der Behandlung von Themen, die von religiös-weltanschaulicher Bedeutung sind, nicht fernhalten kann, ist damit vom Supreme Court ausdrücklich anerkannt und als verfassungsmäßig bezeichnet. Ein derartiger auf das intellektuelle Erkennen der religiös-philosophischen Gedanken gerichteter Unterricht, der sich durch das Bemühen um objektive Darlegung auszeichnet, wird allerdings in den Schulen Amerikas bisher nicht erteilt<sup>134 135</sup>.

<sup>132</sup> 374 U.S. 203 (1963).

<sup>133</sup> So bereits Pfeffer, S. 309; *School Distr. v. Schempp* 83 S. Ct. 1573.

<sup>134</sup> Es ist allerdings — wie Casad, in: *Kansas L. Rev.* 1964, S. 412, zutreffend ausführt — nicht denkbar, daß Schülern in unteren Klassen der Volksschule ein derartiger Unterricht erteilt wird, da in diesem Alter die

## b) Die praktische Durchführung des Religionsunterrichts

Unzweifelhaft ist heute, daß Religionsunterricht an öffentlichen Schulen von aus öffentlichen Mitteln bezahlten Lehrkräften nicht erteilt werden darf<sup>136</sup>. Da somit die Gefahr gegeben ist, daß die Kinder auf Grund der Gleichgültigkeit der Eltern oder auf Grund organisatorischer Schwierigkeiten ohne religiöse Unterweisung bleiben, machte im Jahre 1905 Dr. George U. Werner auf der Interfaith Conference on Federation in New York den Vorschlag, daß die Schulen, da sie die Zeit des Kindes unangemessen allein in Anspruch nähmen, den Religionsgemeinschaften das Recht einräumen müßten, die Kinder während der „Schulzeit“ zu unterrichten. Die Schule sei nur eine der Erziehungseinrichtungen. Die Bücherei, der Spielplatz, das Elternhaus und die Kirchen erfüllten gemeinsam die Erziehungsaufgabe. Die Kinder sollten daher auch den Religionsgemeinschaften für einige Zeit von den Schulen überlassen werden. Sie sollten aus der Schule „entlassen“ („released“) werden. Die Kirche trage dann für diese Zeit die alleinige Verantwortung<sup>137</sup>.

Erstmalig wurde 1914 in Gary, Indiana, ein derartiges Programm verwirklicht, das in den Vereinigten Staaten in ähnlicher Form weitverbreiteten Anklang fand und in vielen Staaten übernommen wurde. 1947 nahmen ungefähr zwei Millionen Kinder in 2000 Gemeinden daran teil<sup>138</sup>. Es wird geschätzt, daß in ca. 46 Staaten Religionsunterricht in dieser oder ähnlicher Form erteilt wurde<sup>139</sup>.

Die „released time“-Programme der Staaten wurden allerdings zunächst sehr verschieden gestaltet. Einige Gemeinden schlossen den gesamten Schulbetrieb an einem Tag der Woche vorzeitig, so daß alle Schüler machen konnten, was sie oder ihre Eltern für gut hielten. Diese Gestaltung wird auch als „dismissed time program“ bezeichnet. Die Schulverwaltung ermöglicht hier den Religionsunterricht lediglich durch vorzeitiges Schließen des Unterrichtsbetriebes für alle Schüler. Daneben gab es das eigentliche „released time program“, bei dem diejenigen Schüler, die nicht am Religionsunterricht teilnahmen, in der Schule mit anderen Aufgaben beschäftigt wurden, während die anderen Schüler entlassen wurden, um Religionsunterricht von den Lehrern der Religionsgemeinschaften zu erhalten. Die Schule benachrichtigte unter Umständen die Eltern durch Formulare und riet unter Umständen zur Teilnahme, oder sie transportierte die Kinder mit den üblichen Schulbussen zu den Plätzen des Unterrichts, oder sie übergab die Kinder an den Schultüren den entsprechenden Religionslehrern, oder die Schule überwachte die Anwesenheit beim Religionsunterricht und bestrafte unter Umständen für unentschuldigtes Fehlen. Diese Möglichkeiten wurden in verschiedenen Kombinationen angewandt<sup>140</sup>. Außerdem kam es vor, daß einige Gemeinden den Religionsunterricht im Schulgebäude nach Religionsbekenntnissen getrennt durch die Lehrer der Religionsgemeinschaften stattfinden ließen, wobei nicht teilnehmende Kinder anderweitig beschäftigt wurden. Bei all diesen Programmen erfolgte der Unterricht durch Lehrer, die zwar nicht vom Staat bezahlt, aber zum Unterricht zugelassen wurden.

---

intellektuelle Fähigkeit nicht so entwickelt ist, daß religiöse Gedanken kritisch und vom Verstand her aufgenommen werden. In diesem Alter wird der dargebotene Unterrichtsstoff als richtig und verbindlich hingenommen, so daß jede Beschäftigung mit religiösen Gedanken zu einer Förderung einer religiösen Haltung und damit zu einer verfassungswidrigen Hilfe wird.

<sup>135</sup> Die amerikanischen Universitäten rechtfertigen zutreffend ihre bestehenden theologischen Fakultäten auf der Grundlage dieser Überlegungen, da der Besuch dieses Unterrichts (a) frei — auch von mittelbarem Zwang — ist, (b) nicht religiöse Übungen, sondern intellektuellem Lehren dienen und (c) nicht Identifizierung des einzelnen mit den dargebotenen Gedanken, sondern intellektuelles Verstehen zu vermitteln suchen; vgl. Casad, a. a. O., S. 411 f. Heute lehren 98 Prozent aller Universitäten Fächer, die mit religiösen Gedanken zu tun haben; vgl. Casad, a. a. O., S. 406; zur Unterstützung der kirchlichen Hochschulen vgl. auch Gianella, in: Harvard L. Rev., Bd. 81, S. 581—590.

<sup>136</sup> Vgl. oben S. 36; bestätigt in *Zorach v. Clausen* 342 U.S. 203 (1952).

<sup>137</sup> Vgl. *J. Frankfurter in McCollum v. Board of Education* 333 U.S. 203 (1948).

<sup>138</sup> *J. Frankfurter in McCollum v. Board of Education*; vgl. Pfeffer, S. 316.

<sup>139</sup> Newman, S. 5.

<sup>140</sup> Newman, S. 5.

Zwei Arten von derartigen Programmen waren bisher vom Supreme Court auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Das erstere in der Entscheidung *McCullum v. Board of Education*<sup>141</sup> wurde für verfassungswidrig, das zweite in der Entscheidung *Zorach v. Clausen*<sup>142</sup> für verfassungsmäßig erklärt. Eine Gegenüberstellung der beiden Fälle zeigt, wie der Supreme Court diese abgrenzt und was der Supreme Court als unerlaubte staatliche religiöse Tätigkeit und Förderung religiöser Belange im öffentlichen Erziehungswesen ansieht.

### c) Die Entscheidung *McCullum v. Board of Education*

In der Entscheidung *McCullum v. Board of Education*<sup>143</sup>, dem Plan der Stadt Champaign in Illinois, wurde der Unterricht im Schulgebäude erteilt. Die Schüler wurden nach Glaubensbekenntnissen getrennt und der Unterricht durch die privaten Lehrer von Lehrern der Schule überwacht und für unbedenklich erklärt. In der Schule wurde Propaganda für die Teilnahme gemacht und Registrierungskarten ausgeteilt. Die Anwesenheit wurde überwacht. Kinder, die nicht teilnahmen, wurden anderweitig beschäftigt.

Hier erklärt der Supreme Court, daß diese Merkmale des Programmes eine Hilfe des Staates für die Religionsgemeinschaften darstellten, die dem „no aid to religion“-Prinzip widersprächen. Dabei erschien es zunächst nicht vollkommen klar, ob die Tatsache, daß das Schulgebäude für diesen Zweck benutzt wurde, oder ob die anderen Merkmale des Programmes zu der Verfassungswidrigkeit führten. So argumentierten Sullivan und Taylor<sup>144</sup> gegen diese Entscheidung, daß der Supreme Court in der Sache *Saia v. New York*<sup>145</sup> entschieden habe, daß jedermann das Recht habe, einen öffentlichen Park für die Verbreitung religiöser Gedanken zu benutzen ohne Hinderung seitens staatlicher Behörden. Das müsse ebenso für die öffentlichen Schulgebäude gelten. Doch wird dabei zweierlei übersehen. Erstens hat der Supreme Court stets die Aufgabe, zwischen der Freiheit der Religionsausübung und dem Verbot der Hilfe abzuwägen. In der Schule besteht im Gegensatz zur freiwilligen Benutzung des Parkes die Pflicht zu erscheinen. In der Schule kann sich niemand durch bloßes Weggehen dem Zwang, religiöse Lehren anhören zu müssen, entziehen, sondern muß sich unter Leitung der Schule von den übrigen Schülern absondern lassen. Es besteht in der Schule ein indirekter Zwang für die Schüler, sich derartigen Lehren auszusetzen<sup>146</sup>. Der Staat aber kann seine Mittel selbst für einen derartigen mittelbaren Zwang nicht zur Verfügung stellen. Zweitens und vor allem aber ergibt sich aus den letzten Stützen der Entscheidung, daß die Benutzung des Schulgebäudes nicht allein das entscheidende Moment ist, sondern die verfassungswidrige Hilfe bereits in den gesamten anderen Merkmalen zu finden ist. Diese letzten Sätze, von J. Black für die Mehrheit der Richter geschrieben, lauten:

“Pupils compelled by legal duty to go to school for secular education are released in part from their legal duty upon the condition that they attend the religious classes. Here not only are the State’s tax-supported public school buildings used for the dissipation of religious doctrines. The State also affords sectarian groups an invaluable aid in that it helps to provide pupils for their religious classes through use of the State’s compulsory public school machinery. This is not separation of Church and State.”<sup>147</sup>

<sup>141</sup> 333 U.S. 203 (1948).

<sup>142</sup> 343 U.S. 306 (1952).

<sup>143</sup> 333 U.S. 203 (1948).

<sup>144</sup> Sullivan, S. 108; Taylor, S. 278.

<sup>145</sup> 334 U.S. 558 (1948), bestätigt durch *Kunz v. New York* 340 U.S. 290 (1951) und *Niemotko und Kelly v. Maryland* 340 U.S. 268 (1951).

<sup>146</sup> Dies war hier auch tatsächlich der Fall, da das Kind der Kläger von seinen Kameraden „geschnitten“ und „gehänselt“ wurde, weil es am Religionsunterricht nicht teilnahm, sondern während dieser Zeit auf dem Flur saß, ohne daß der Supreme Court sein Verbot hierauf stützte.

<sup>147</sup> Diese Auslegung wurde von J. Black in *Zorach v. Clausen* 343 U.S. 306 (1952) bestätigt.

Kritisiert wurde diese Entscheidung vor allem vom prinzipiellen Standpunkt, der im 1. Abschnitt behandelt wurde. Daneben aber wurde eingewandt, daß der Supreme Court die Kinder ihrer Religionsfreiheit beraube. Die Eltern hätten das verfassungsmäßig garantierte Recht, ihre Kinder in Privatschulen zu schicken<sup>148</sup>. Da einige Eltern die finanzielle Last nicht tragen könnten, würde ihnen und dem Kind das Recht, Religionsunterricht zu erhalten, das in der Privatschulfreiheit enthalten ist, genommen<sup>149</sup>. Oder mit anderen Worten: Wenn es gegen die Religionsfreiheit verstoße, den Besuch privater kirchlicher Schulen zu verbieten, so sei es schon gerade verfassungswidrig, den wöchentlichen Besuch von einer Stunde Religionsunterricht zu unterbinden, zumal finanzielle Schwierigkeiten die Verwirklichung dieses Rechtes ausschlossen. Dieses Argument verkennt allerdings, daß die Freiheit der Religionsausübung nicht dadurch beeinträchtigt wird, daß die Kinder eine Stunde mehr oder weniger in der Schule verbringen müssen. Es bleibt jedem unbenommen, nach Schluß seiner Religion beliebig nachzugehen. Aus der Garantie der Religionsfreiheit und der Privatschulfreiheit ergibt sich für den Staat keine Pflicht, die religiösen Anliegen der einzelnen zu unterstützen und für die religiöse Kindererziehung zu sorgen. Eine derartige Pflicht des Staates ergibt sich weder aus dem Recht der Eltern, die religiöse Kindererziehung zu bestimmen, noch aus dem Recht der Kinder, eine religiöse Haltung und Überzeugung gewinnen zu können.

Weiter argumentieren Sullivan und O'Neill<sup>150</sup> gegen die Entscheidung des Supreme Court, daß der Staat ja bereits insofern den religiösen Erziehungsanstalten Hilfe leiste, als er es ermögliche, die gesetzliche Schulpflicht in privaten Schulen zu erfüllen. Daher dürfe entweder der Staat überhaupt keine Zwangsmittel einsetzen, um die Schulpflicht auch in privaten Schulen zu erzwingen, oder aber die Hilfe für ein „Released Time Program“ sei nach dem Grundsatz der Privatschulfreiheit ebenfalls erlaubt. Da die erstere Möglichkeit ausgeschlossen sei, sei auch die staatliche Hilfe für einen privaten Religionsunterricht zu billigen. Der Staat aber — und das wird hier übersehen — erzwingt die Schulpflicht nicht durch die Zulässigkeit von Privatschulen. Der Staat muß lediglich die Möglichkeit offenhalten, daß ein Schüler freiwillig eine Privatschule aufsuchen darf. Erzwingen kann er deren Besuch nicht. Bei mangelndem Schulbesuch kann er lediglich den Besuch einer öffentlichen Schule erzwingen. Daher kann aus der Tatsache, daß die Kinder ihre Schulpflicht in einer Privatschule erfüllen dürfen, nicht auf die Zulässigkeit des „released time“-Programmes geschlossen werden.

#### **d) Die Begrenzung der Entscheidung McCollum v. Board of Education durch die Entscheidung Zorach v. Clausen**

Die Folge des McCollum-Falles war zunächst allgemeine Verwirrung. Unsicherheit schuf vor allem die Frage, ob damit praktisch sämtliche „Released Time“-Programme verboten waren, oder nur dieses eine bestimmte, bei dem neben der sonstigen Hilfe auch noch das Schulgebäude benutzt wurde. Die Mehrheitsbegründung J. Blacks schien mit hinreichender Deutlichkeit für die erstere Auffassung zu sprechen. J. Frankfurter aber hatte in einer gesonderten „concurring opinion“, der J. Jackson, J. Rutledge und J. Burton zugestimmt hatten, geschrieben: „We do not now attempt to weigh in the Constitutional scale every separate detail or various combination of factors which may establish a valid 'released time program.'“ Da J. Reed es überhaupt abgelehnt hatte, in einem

<sup>148</sup> Pierce v. Society of Sisters of the Holy Names 268 U.S. 510 (1925).

<sup>149</sup> Dieser Argumentation bediente sich J. Steward in School District v. Schempp 33 S. Ct. 1560, 1619 (1963), der das Lesen von Bibeltexten zum Zweck religiöser Andacht in öffentlichen Schulen für verfassungsmäßig hielt. J. Steward blieb mit dieser Ansicht allerdings allein.

<sup>150</sup> O'Neill, S. 232; Sullivan, S. 109.

derartigen Programm eine verfassungswidrige Hilfe des Staates an die Religionsgemeinschaften zu sehen, wurde vielfach angenommen, daß die Mehrheit des Gerichtshofes ein anderes Programm für zulässig erachte.

Diese Überlegungen wurden vier Jahre später durch die Entscheidung *Zorach v. Clausen*<sup>151</sup> bestätigt. Hier bestand die einzige Tätigkeit der Schule in New York darin, daß sie diejenigen Schüler 30 Minuten eher beurlaubte, die eine Religionsschule aufsuchten. Der Rest der Schüler wurde anderweitig in der Schule beschäftigt. Es erfolgte keine Propagierung, keine Überwachung des Unterrichtes und keine Bestrafung für Fernbleiben, wenn auch Anwesenheitslisten von den Religionslehrern zu führen waren. Auch wurde der Unterricht außerhalb des Schulgebäudes in Räumen der Religionsgemeinschaften erteilt.

Die Begründung, die J. Douglas für die Mehrheit von sechs Richtern gab, die den Religionsunterricht auf dieser Grundlage für verfassungsmäßig erklärte, stützt sich vor allem auf die Betonung, daß der Staat hier nicht mehr tue, als seine Schultüren für die Teilnehmer am Religionsunterricht zu schließen. Wie auch für andere private Aktivitäten, könne auch für religiöse, private Zwecke die Schule ihren Betrieb schließen. Der Staat brauche nicht feindlich gegenüber den Kirchen zu sein, da das amerikanische Volk ein religiöses Volk sei. Daher dürfe der Staat sein nichtreligiöses Unterrichtsprogramm so gestalten, daß ein privater religiöser Unterricht möglich sei. Dies sei keine verfassungswidrige Hilfe<sup>152</sup>.

Lediglich drei Richter, nämlich J. Black, J. Frankfurter und J. Jackson, sahen keinen Unterschied gegenüber der Sache *McCollum v. Board of Education*. Auch hier würde im Ergebnis die staatliche Schule dafür benutzt, den Religionsgemeinschaften die Schüler zuzuführen.

#### e) Die relevanten Merkmale staatlicher Hilfe

Der Vergleich der beiden Fälle zeigt, daß die aktive Teilnahme der staatlichen Schule an dem Religionsunterricht und der religiösen Tätigkeit der Religionsgemeinschaften in der Entscheidung *McCollum v. Board of Education* das entscheidende Moment der Verfassungswidrigkeit ist<sup>153</sup>. In beiden Fällen handelt es sich um religiöse Anliegen, die der Staat nicht unterstützen darf. Während aber einerseits eine aktive Betätigung der Schulverwaltung vorlag, handelt es sich in der Sache *Zorach v. Clausen* lediglich um die Ermöglichung des Religionsunterrichtes ohne aktives Tun. Solange der Staat sein Schulprogramm so gestaltet, daß es nicht mit privaten religiösen Aktivitäten kollidiert („accomodate their schedule“), er sich aber von aller aktiven positiven Förderung und Teilnahme an dem religiösen Erziehungsprogramm der Religionsgemeinschaften fernhält, liegt keine verfassungswidrige Hilfe vor. Insofern ist es zwar berechtigt, zu sagen, daß die Entscheidung *McCollum v. Board of Education* mit seinem scheinbar breiten Verbot des „Released Time Program“ begrenzt worden ist, doch kann der Unterscheidung zwischen aktiver Teilnahme einerseits und dem bloßen Schließen der Türen andererseits die Berechtigung nicht abgesprochen werden. Zwar wird von Pfeffer<sup>154</sup> eingewandt, daß der Staat ja insoweit indirekte Hilfe leiste, als er diejenigen, die keinen Religionsunterricht erhalten wollen, in der Schule halte und daher seine Türen gar nicht schließe. Daher sei die Argumentation auf eine Fiktion gebaut<sup>155</sup>. Der Supreme Court stellt allerdings nur darauf ab, daß die Türen für die Teilnehmer am Religionsunterricht geschlossen werden.

<sup>151</sup> 343 U.S. 306 (1952).

<sup>152</sup> So bereits *Lewis v. Spaulding* 85 New York S. 2d 682 (1948).

<sup>153</sup> *Dumbauld*, S. 109; HEW, S. 358.

<sup>154</sup> Pfeffer, S. 373.

<sup>155</sup> So auch J. Frankfurter in *Zorach v. Clausen*, a. a. O.



Er übergeht diesen Einwand und grenzt lediglich nach der Art der Beteiligung des Staates ab, da nicht einzusehen sei, daß eine Feindschaft den religiösen Gruppen gegenüber durch den Staat praktiziert werden solle. Der Zorach-Fall hat somit eine nähere Bestimmung dessen gebracht, was verfassungswidrige Hilfe ist, was wohl zu einer Einschränkung, nicht aber zu einer Aufhebung des Prinzips der staatlichen Neutralität führt.

Anders ist die Rechtslage, wenn durch ein derartiges Programm direkt oder indirekt Zwang auf die Schüler ausgeübt wird, an dem Religionsunterricht teilzunehmen. Dies wurde in der Sache Zorach v. Clausen nicht festgestellt. Der indirekte Zwang, der darin liegen könnte, daß die einen zum Religionsunterricht gehen, während die anderen weiterhin in der Schule beschäftigt werden, wurde nicht als verfassungswidrig angesehen.

Im Hinblick auf die mannigfaltigen Formen der verschiedenen Programme läßt sich nicht mit Sicherheit sagen, welche als verfassungswidrig und welche als verfassungsgemäß anzusehen sind. Stets aber wird die positive, aktive Teilnahme der Schule, z. B. durch Propagierung des Religionsunterrichtes oder durch Zurverfügungstellung des Gebäudes, zur Verfassungswidrigkeit führen, während das passive Dulden, sei es in Form eines „Dismissed Time“-Programmes, sei es in Form des in der Sache Zorach v. Clausen behandelten „Released Time“-Programmes, solange rechtmäßig ist, wie keinerlei Zwang zur Teilnahme in dem jeweiligen Programm enthalten ist.

## 2. Verteilung von Bibeln und anderer religiöser Literatur in öffentlichen Schulen

Ungefähr im Jahre 1950 begann die „Gideons Society“, Bibeln in den öffentlichen Schulen kostenlos an die Schüler zu verteilen. Es handelte sich dabei um die King James Bibel, die weder für Katholiken noch für Juden annehmbar ist. Die Praxis in den einzelnen Staaten variierte. Einige Staaten lehnten die Verteilung ab<sup>156</sup>. Einige Staaten dagegen erlaubten die Verteilung der Bibeln, wobei gewöhnlich eine Bestellkarte für die Eltern an die Schüler verteilt wurde. Zunächst kam im Jahre 1952 diese Praxis vor den Supreme Court von New Mexico<sup>157</sup>, der die Verteilung durch „injunction“ als verfassungswidrig verbot, da die Schule durch aktive Teilnahme an der Verteilung gegen das Prinzip der Trennung von Staat und Kirche verstoße. Diese Entscheidung wurde bereits nach der Entscheidung Zorach v. Clausen gefällt. Mit Recht hielt das Gericht die Entscheidung Zorach v. Clausen nicht für ausschlaggebend, da hier über das passive Dulden der Entlassung zum Religionsunterricht hinausgegangen werde.

Dieselbe Praxis wurde ein Jahr später in New Jersey Gegenstand eines Prozesses vor dem Supreme Court of New Jersey, der sie ebenfalls als verfassungswidrig verbot<sup>158</sup>. Hier allerdings stützte sich das Gericht vor allem auf die Tatsache, daß die King James Bibel für viele Religionsgemeinschaften nicht annehmbar sei. Der Staat sei daher nicht neutral im Verhältnis der Religionsgemeinschaften untereinander. Er helfe durch die Verteilung der Bestellkarten und durch die Ermöglichung der Verteilung durch das Schulsystem einseitig denjenigen protestantischen Kirchen, die die King James Bibel akzeptierten. Daher gehe dies über die Praxis des Zorach-Falles hinaus.

Diese beiden Entscheidungen machen deutlich, daß es verfassungswidrig ist, wenn die Schule dazu benutzt wird, konfessionelles oder überhaupt religiöses Lesematerial an die Schüler zu verteilen, um Glaubenshaltungen und religiöse Überzeugungen zu fördern und zu verbreiten.

<sup>156</sup> So in Nevada und in Detroit, Illinois.

<sup>157</sup> Miller v. Cooper 56 N.M. 355 (1952).

<sup>158</sup> Tudor v. Board of Education of Rutherford 14 N. J. 31 (1953).

Andererseits kann allerdings nicht verlangt werden, daß die Schulen keine Bibeln in ihren Bibliotheken halten, da die Bibel als Werk der Literatur und Religionsgeschichte für die objektive Erarbeitung der Geistesgeschichte Verwendung finden kann<sup>159</sup>. Auch hier gilt, daß die Verfassung nicht verlangt, daß die Schüler mit diesem Lesematerial nicht in Berührung kommen dürfen. Auch diese Praxis rechtfertigt sich aus dem Dictum in der Entscheidung *School District v. Schempp*<sup>160</sup>.

### 3. Gebete, Choräle und Bibellesungen in öffentlichen Schulen

In sehr vielen Staaten war es üblich, daß entweder zu Beginn oder Ende des Schuljahres, bei feierlichen Anlässen oder zu Beginn jeden Schultages aus dem Alten oder Neuen Testament einige Verse vorgelesen wurden. Dies wurde in der großen Mehrzahl der Staaten mit oder ohne gesetzliche Grundlage durchgeführt. Gesetze der Staaten, die derartige Verlesungen von Bibeltexten vorschreiben, sind mit Ausnahme von Massachusetts im 20. Jahrhundert verabschiedet worden. In allen Staaten wurde stets Befreiung derjenigen Schüler gestattet, deren Eltern dies verlangten, da kein Kind gegen den Willen der Eltern gezwungen werden kann, sich Bibeltexte anzuhören und damit unter Umständen religiös beeinflussen zu lassen. In den meisten Fällen, die vor Gericht kamen, war das Verlesen von Bibeltexten verbunden mit dem Singen von Chorälen und dem Rezitieren von Gebeten. Dabei wurde zumeist das „Vaterunser“ benutzt, häufig aber auch ein Text, der in Zusammenarbeit mit den Religionsgemeinschaften von der Schulverwaltung ausgearbeitet wurde.

#### a) Die Entscheidung *Engel v. Vital* — das Sprechen von Gebeten

Der Supreme Court hatte sich zunächst mit dem Sprechen von Gebeten zu befassen. In der Sache *Engel v. Vital*<sup>161</sup> hatte der Oberste Gerichtshof zu entscheiden, ob das Gebet, mit dem in New York täglich die schulische Arbeit eröffnet wurde, verfassungsmäßig sei. Die Schulverwaltung hatte sich mit Zustimmung der meisten protestantischen und der katholischen Kirche, aber gegen die Äußerungen der jüdischen Gemeinde und einiger protestantischer Religionsgemeinschaften ein Gebet ausgedacht, das als wahrhaft überkonfessionell gelten sollte: „Almighty God, we acknowledge our dependence upon Thee, and we beg Thy blessing upon us, our parents, our teachers, and our country.“ Der Supreme Court stützte sein Verbot dieses Gebetes auf folgende Gründe:

1. „... we think that the constitutional prohibition against laws respecting an establishment of religion must at least mean that in this country it is no part of the business of government to compose official prayers for any group of the American people to recite as a part of a religious program carried on by government.“ Die Gebete sollten gerade nicht durch die Regierung vorgeschrieben werden, wie es in England und in Amerika vor der Revolution üblich war. Daher wurde das 1. Amendment angenommen. Der Staat sollte sich gerade von rein religiösen Tätigkeiten fernhalten; diese sollten dem Volk überlassen bleiben.

2. „When the power, prestige and financial support of government is placed behind a particular belief, the indirect coercive pressure upon religious minorities to conform to the prevailing officially approved religion is plain.“

Der indirekte Zwang und das Verbot der Beschäftigung des Staates mit religiösen Dingen sind die ausschlaggebenden Gründe für die Entscheidung. Der Staat muß neutral sein im Verhältnis von Gläubigen und Nichtgläubigen und muß sich daher aller religiösen Tätigkeit enthalten, um nicht Religion gegenüber Nichtglauben zu fördern.

<sup>159</sup> *Evans v. Selma Union High School Board* 193 California 54 (1924).

<sup>160</sup> Vgl. oben S. 38.

<sup>161</sup> 370 U.S. 421 (1962).

J. Douglas schrieb eine „concurring opinion“, in der er allgemein darauf abstellt, daß der Staat keine religiöse Aktivität bezahlen dürfe, ganz gleich wie gering die darauf verwendete Summe Geldes sei, da das 1. Amendment den Staat zu einer Neutralität zwischen Gläubigen und Nichtgläubigen und damit in religiös-weltanschaulichen Dingen überhaupt verpflichte, die nur durch Enthaltensamkeit erfüllt werden könne. Lediglich J. Steward stimmte in dieser Entscheidung gegen das Verbot, da sich die Beteiligung des Staates in den gewohnten Grenzen der religiösen Tätigkeit des Staates halte, so daß die Tradition diese Praxis sanktioniere.

Unmittelbar nach der Veröffentlichung dieser Entscheidung Ende Juni 1962 erhob sich ein Sturm des Protestes in Amerika, der in dem Verlangen nach einer Verfassungsänderung gipfelte<sup>162</sup>. Diese Entscheidung folgt allerdings konsequent den vorangegangenen Entscheidungen, die das Prinzip der Trennung von Staat und Kirche und das Trennungsprinzip zur Grundlage des Staates gegenüber religiösen Anliegen erklärt hatten. Daß Gebete der religiösen Erziehung und der Verbreitung und Bekräftigung einer religiösen Haltung dienen, also einen religiösen Zweck verfolgen, wird auch von J. Reed nicht bestritten. Nicht nur, daß öffentlich sanktionierte Gebete eine Hilfe gegenüber religiösen Anliegen durch aktives Tun des Staates darstellen, insofern über das in Zorach erlaubte Maß der staatlichen Beteiligung hinausgehen und all die Merkmale aufweisen, die in der Sache *McCullum v. Board of Education* zur Verfassungswidrigkeit des „Released Time“-Programmes geführt hatten<sup>163</sup>, sondern auch, daß das Neutralitätsprinzip verletzt ist, wenn der Staat eine religiöse Haltung durch sein Tun hervorrufen will — und zwar auch dann, wenn niemand zur Teilnahme gezwungen ist — und daß die Regierung keine religiösen Übungen selber erfinden und in seinen Institutionen praktizieren darf, sind Gründe, die die Entscheidung tragen.

Die zunächst offengebliebene Frage, ob sämtliche Gebete oder nur die vom Staat selber verfaßten und empfohlenen Gebete verboten sind, entschied der Supreme Court ein Jahr später in der Sache *School District v. Schempp*<sup>164</sup>. Das Aufsagen des „Vaterunser“ in öffentlichen Schulen wurde dort ebenfalls als verfassungswidrig verboten.

Das Sprechen von Gebeten ganz gleich welcher Art bei Feierlichkeiten oder zu Beginn oder Ende der schulischen Arbeit ist keinesfalls als objektive wissenschaftliche Beschäftigung mit religiösen Gedanken anzusehen. In all den Fällen der religiösen Übung wird zusätzlich zu der weltlichen Erziehung ein religiöses Moment in die schulische Erziehung eingeführt; das aber untersagt das 1. Amendment der öffentlichen Gewalt. Die säkularisierte öffentliche Schule zu erhalten, bzw. zu schaffen, ist das erklärte Ziel des Supreme Court<sup>165</sup>, um das Miteinanderleben von Gläubigen und Nichtgläubigen und den Anhängern der verschiedenen Glaubensrichtungen zu ermöglichen. Das Sprechen von Gebeten widerspricht diesem Ziel.

Die vor der Sache *Engel v. Vital* in den staatlichen Gerichten entschiedenen Fälle<sup>166</sup>, die diese Praxis aufrechterhalten hatten, sind nicht mehr in Übereinstimmung mit der Verfassung.

#### **b) Die Entscheidung *School District v. Schempp* — Das Lesen von Bibelversen**

Eng zusammenhängend mit dem Sprechen von Gebeten ist die Lesung von Bibeltexten in der Schule. Zu unterscheiden ist hier das Lesen von Bibeltexten zum

<sup>162</sup> Casad, in: *Kansas L. Rev.* 1964, S. 408; Pfeiffer, in: *Rutgers L. Rev.* 1962, S. 735; *U.S. News & World Report* vom 9. Juli 1962.

<sup>163</sup> So auch Casad, in: *Kansas L. Rev.* 1964, S. 408.

<sup>164</sup> 374 U.S. 203 = 83 S. Ct. 1560 (1963).

<sup>165</sup> *J. Frankfurter in McCollum v. Board of Education* 333 U.S. 203 (1948).

<sup>166</sup> *Spiller v. Inhabitants of Woburn* 94 Massachusetts 127 (1866); *Billard v. Board of Education of Topika* 69 Kansas 53 (1904); *Doremus v. Board of Education* 5 New Jersey 435 (1950).

Zweck einer Religionskunde, die die Schüler mit dem geistigen Erbe objektiv bekannt machen will, und das Lesen von Bibelversen für religiöse, erbauliche Zwecke am Anfang oder Ende jedes Schultages oder zur weihevollen Gestaltung von Schulfesten. Die Verfassungsmäßigkeit der ersteren Art bedarf auch hier keiner näheren Begründung, zumal sie durch das Dictum in der Entscheidung *School District v. Schempp* bestätigt wurde<sup>167</sup>. Das Lesen der Bibel ist notwendiger Bestandteil einer Religionskunde.

Die Verfassungsmäßigkeit der zweiten Art war heftig umstritten. Die Praxis in den einzelnen Staaten variierte darin, ob Kommentare gegeben wurden oder nicht. In den meisten Schulen beschränkte sich die Bibelverlesung auf den reinen Text, wobei teils das Neue teils das Alte Testament verlesen wurde. Daß die Frage der Bibellesung eine bedeutsame Frage gewesen ist, sei nur angemerkt. Vor allem Protestanten traten dafür ein, während Katholiken und Juden fast stets gegen die Verlesung von Bibeltexten eintraten, weil meist die King James Bibel benutzt wurde<sup>168</sup>.

Die einzelstaatlichen Gerichte, die über die Verfassungsmäßigkeit zu entscheiden hatten, haben in der Mehrzahl diese Praxis sanktioniert, da das Bibellesen keine konfessionelle Tätigkeit und die Teilnahme freiwillig sei, und weil die entsprechenden Staatsverfassungen lediglich Neutralität gegenüber den Religionsgemeinschaften, nicht aber gegenüber der Religion als solcher vorschreibe<sup>169</sup>. Nur eine Minderheit hat die Verfassungsmäßigkeit verneint<sup>170</sup>. Abgestellt wurde in diesen Entscheidungen auf den weltlichen Charakter des Staates, der sich nicht an religiösen Aktivitäten beteiligen dürfe.

In der Sache *Doremus v. Board of Education*<sup>171</sup> kam diese Frage zum ersten Mal vor den Supreme Court. Eine materielle Entscheidung scheiterte jedoch an prozessualen Fragen. Im Jahre 1963 wurde die Frage der Zulässigkeit des Lesens von Bibeltexten aus religiös-erbaulichen Gründen dann vom Supreme Court entschieden. In der Sache *School District v. Schempp*<sup>172</sup> hatte der Supreme Court über die Verfassungsmäßigkeit des Lesens von zehn Bibelversen zu Beginn jeden Schultages zu entscheiden. Die Verse wurden ohne Kommentar verlesen. Schüler, die nicht teilnehmen oder zuhören wollten, wurden auf Antrag der Eltern befreit. J. Clark, der die Entscheidung des Supreme Court begründete, stellte zunächst noch einmal sämtliche Entscheidungen des Supreme Court zusammen, die sich mit der Auslegung der „Establishment Clause“ und ihrer Anwendung auf das Schulrecht befassen, und bekräftigte noch einmal das Neutralitäts- und Trennungsprinzip und das aus diesen abgeleitete Prinzip: „no aid to religion“. Jede staatliche Maßnahme, die den Zweck und den primären Erfolg der Hilfe für religiöse Anliegen habe, sei verfassungswidrig. Da das Lesen von Bibeltexten ohne Erläuterung zu Beginn des Schultages nur religiösen und nicht der objektiven Darlegung geistesgeschichtlicher Zusammenhänge diene, sei das Lesen von Bibeltexten verfassungswidrig. J. Douglas schrieb eine „concurring opinion“, in der betont wird,

<sup>167</sup> Vgl. oben S. 38.

<sup>168</sup> So auch in *Doremus v. Board of Education* 324 U.S. 429 (1952) und in *School District v. Schempp* 374 U.S. 203 (1963).

<sup>169</sup> *Donahoe v. Richards* 38 Maine 376 (1845); *Spiller v. Inhabitants of Woburn* 94 Massachusetts 127 (1866); *Moore v. Monroe* 64 Iowa 367 (1884); *North v. University of Illinois* 137 Ill. 296 (1891); *Pfeiffer v. Board of Education* 118 Michigan 560 (1898); *Hackett v. Brooksville Graded High School District* 120 Kentucky 608 (1905); *Billard v. Board of Education of Topeka* 69 Kansas 53 (1904); *Church v. Bullock* 104 Texas 1 (1908); *Wilkerson v. City of Rome* 152 Georgia 762 (1922); *People ex rel. Vollmar v. Stanley* 81 Colorado 397 (1927); *Kaplan v. Independent School District* 171 Minnesota 142 (1927); *Lewis v. Board of Education* 157 Misc. 520 = 285 New York 164 (1935); *Doremus v. Board of Education* 5 New Jersey 435 (1950).

<sup>170</sup> *Bibellesungen, an der alle Schüler teilnehmen müssen: People ex rel. Ring v. Board of Education* 245 Illinois 334 (1910); *State ex rel. Freeman v. Scheve* 65 Nebraska 853 (1902); *State ex rel. Finger v. Weedmann* 55 South Dakota 343 (1929);

*Freiwillige Bibellesungen: State ex rel. Weiss v. District Board* 76 Wisconsin 177 (1890); *Herald v. Parish Board of Education* 136 Louisiana 1034 (1915); *Schempp v. School District of Abington* 177 Federal Supp. 398 (1959) und 201 Federal Supp. 815 (1962).

<sup>171</sup> 343 U.S. 429 (1952).

<sup>172</sup> *School District v. Schempp* 374 U.S. 203 = 83 S. Ct. 1560 (1963).

daß Religion Privatsache sei und daß der Staat keine religiöse Übung finanzieren dürfe. J. Brennan schrieb ebenfalls eine „concurring opinion“, in der die Gründe des Supreme Court näher ausgeführt werden und betont wird, daß durch den Ausschluß religiöser Übungen von der öffentlichen Schule die freie Religionsübung nicht behindert werde. J. Goldberg betont in einer weiteren „concurring opinion“, daß wohl „teaching of religion“, nicht aber „teaching about religion“ verfassungswidrig sei. Lediglich J. Steward schrieb eine „dissenting opinion“, in der die Verfassungsmäßigkeit des Lesens von Bibeltexten damit begründet wird, daß die Freiheit der Gläubigen, eine religiöse Erziehung zu erhalten, beeinträchtigt sei und der Staat daher seine Neutralität zugunsten einer „establishment of a religion of secularism, or at the least, as government support of the beliefs of those who think that religious exercise should be conducted only in private“ aufgeben sei. Die Privatschulfreiheit sei keine Lösung, da häufig die finanziellen Mittel fehlten. Zwang aber läge hier nicht vor, so daß auch die „Free Exercise Clause“ nicht zu einer Verfassungswidrigkeit führen könne.

#### 4. Zusammenfassung

Die Rechtsprechung des Supreme Court läßt somit die klare einheitliche Linie erkennen, daß öffentliche Schulen frei von jeder religiösen Unterweisung und Beeinflussung sein müssen. Weltliche Erziehung ist die einzig legitime staatliche Aufgabe, wobei allerdings nicht verkannt wird, daß auch religiös-weltanschaulich bedeutsame Themen als Element der Allgemeinbildung in der Arbeit der Schule ihren Platz haben. Die Behandlung religiöser Themen kann im Bereich der Schule nur die einer objektiven Darstellung der verschiedenen Religionen, deren Geschichte und deren kultureller Bedeutung sein<sup>173</sup>. Daher ist jeder Religionsunterricht an staatlichen Schulen und jede Förderung religiöser Unterweisung, die dem Ziel der Beeinflussung dient, untersagt<sup>174</sup>, ohne daß der Staat allerdings eine Feindschaft gegenüber den Religionsgemeinschaften an den Tag zu legen braucht, so daß die staatlichen Schulen diejenigen Schüler entlassen dürfen, die außerhalb des Schulgebäudes an privatem Religionsunterricht teilnehmen wollen<sup>175</sup>. Das Rezitieren von Gebeten, das Singen von Chorälen, die einzig dem Zweck religiöser Erbauung und Beeinflussung dienen können, und das Lesen von Bibeltexten zu demselben Zweck ist verfassungswidrig und daher von allen öffentlichen Schulen der Vereinigten Staaten ausgeschlossen<sup>176</sup>.

Diese säkularisierte Schule entspricht freilich nicht den Vorstellungen vieler Bürger und vor allem nicht der Vorstellung der katholischen Kirche. Der Staat aber hat keinen Anteil an der Vorstellung dieser Bürger und Gruppen. Da die Eltern somit von Staats wegen nur eine Erziehung für ihre Kinder erhalten können, die frei von religiöser Beeinflussung ist, dies aber gerade ihren Vorstellungen nach das wichtigste Element der schulischen Erziehung sein mag, bleibt nur der Ausweg, daß der Staat private Schulen zuläßt, deren Besuch als Erfüllung der staatlichen Schulpflicht gilt, und deren religiös-weltanschauliche Ausgestaltung den privaten Schulträgern überläßt. Wie weit dies in Amerika möglich und verwirklicht ist, muß daher im folgenden dargestellt werden.

<sup>173</sup> School District v. Schempp 374 U.S. 203 (1963).

<sup>174</sup> McCollum v. Board of Education 333 U.S. 203 (1948).

<sup>175</sup> Zorach v. Clausen 343 U.S. 306 (1952).

<sup>176</sup> Engel v. Vital 370 U.S. 421 (1962) und School District v. Schempp 374 U.S. 203 (1963).

### III. Private konfessionelle Schulen

Das zweite Gebiet, auf dem Staat und Kirche im Bereich der Erziehung in Berührung kommen, ist das der privaten Schulen. Für die Frage dieses Themas interessieren nur diejenigen Privatschulen, die von einer kirchlichen Organisation unterhalten und geleitet werden, die konfessionellen Privatschulen, die allerdings die überwiegende Mehrheit aller Privatschulen in Amerika darstellen. Derartige Schulen sind in Amerika weit verbreitet. In katholischen Volksschulen waren 1960 4 401 824 Schüler eingeschrieben, während weitere 885 406 Schüler katholische Oberschulen besuchten, so daß 12,6 Prozent aller Schüler in katholischen Schulen erzogen wurden<sup>177</sup>. Der Umfang privater protestantischer Schulen ist nicht bekannt. Die Schätzungen schwanken zwischen 150 000 und 300 000 Schülern. Die Schätzungen für jüdische Schulen lauten auf höchstens 9000 Schüler<sup>178</sup>. Allgemein wird angenommen, daß 90 Prozent aller konfessionellen Privatschulen solche der katholischen Kirche sind<sup>179</sup>.

#### 1. Privatschulfreiheit und staatliche Überwachung

Daß die Freiheit, Privatschulen zu errichten und zu unterhalten, deren Bestand gegen Bundes- und Staateneingriff gesichert ist, wurde bereits im Jahre 1925 in der Sache *Pierce v. Society of the Holy Names of Jesus and Maria*<sup>180</sup> vom Supreme Court entschieden. Dabei ist es unerheblich, ob der Bestand der Privatschulen direkt durch ein Verbot oder indirekt durch die Begründung eines Benutzungszwanges der öffentlichen Schulen für alle Schüler bedroht wird. Im *Pierce-Fall* handelte es sich um ein staatliches Gesetz, das alle Jugendlichen in Oregon vom 8. bis zum 16. Lebensjahr verpflichtete, die öffentlichen Schulen zu besuchen. Die Entscheidung des Supreme Court, durch die dieses Gesetz für nichtig erklärt wurde, stützt sich auf den Schutz des ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetriebes als Eigentum durch das 14. Amendment, da 1925 noch nicht die Anwendung des 1. Amendments auf die Staaten anerkannt war. Daneben betont die Entscheidung das Recht der Eltern, die Erziehung ihrer Kinder weitgehend selber zu bestimmen, ein Recht, das mit der Pflicht zur Erziehung verbunden sei, und das vom Staat nicht ohne Grund verletzt werden dürfe, da Kinder nicht alleinig die Geschöpfe des Staates seien. Ein Grund für die Einschränkung sei nicht ersichtlich, da dieser nur in einem Übel liegen könne, das der Staat beseitigen dürfe. Dies ist heute feststehendes Verfassungsrecht.

Nicht berührt werden allerdings die Rechte des Staates, gewisse Anforderungen an die Qualität der Schule, deren Lehrplan und an die Qualität der Lehrer zu stellen. Insofern hat der Staat das Recht, die privaten Schulen zu beaufsichtigen und Mindestanforderungen an den Unterrichtsbetrieb zu stellen. Daß diese Ermächtigung allerdings nicht willkürlich dazu benutzt werden kann, um der privaten Schule einen bestimmten Lehrplan weitgehend vorzuschreiben, und nur dazu benutzt werden darf, um Mißstände zu beseitigen, ergibt sich aus der Entscheidung *Meyer v. Nebraska*<sup>181</sup>, die zwei Jahre vor dem *Pierce-Fall* gefällt wurde. Zur Entscheidung stand die Frage, ob ein Staat es vorschreiben kann, daß Englisch die einzige Unterrichtssprache sein, und daß Deutschunterricht an allen Schulen nicht vor der 9. Klasse erteilt werden dürfe. Der Supreme Court entschied, daß kein Staat den Privatschulbetrieb daran hindern dürfe, neben dem vom Staat

<sup>177</sup> NCWC, S. 407; HEW, S. 387: Ungefähr 37 551 000 Jugendliche besuchten 1961 öffentliche Schulen. 6 752 000 Jugendliche besuchten Privatschulen, d. h. 15,2 Prozent aller Schüler. Davon sind die oben angegebenen 4 401 824 Schüler Besucher katholischer Schulen, d. h. ca. 80 Prozent.

<sup>178</sup> Pfeffer, S. 424.

<sup>179</sup> McCluskey, in: *Current History* 1961, Heft 240, S. 70, Fußnote 1.

<sup>180</sup> 268 U.S. 510 (1925).

<sup>181</sup> 262 U.S. 390 (1923); ebenso *Bartels und Bohning v. Iowa* 262 U.S. 404 (1925).

vorgeschriebenen Lehrplan weitere Fächer zu lehren, wenn der Unterricht nicht einen Mißstand darstelle, den der Staat als schädlich für die öffentliche Sicherheit und Ordnung und das Wohlergehen des Staates und seiner Bürger beseitigen dürfe. Die Prüfung der Notwendigkeit einer Regelung, die in die Freiheit der Schule und der Eltern eingreife, und einer etwaigen Willkür der Mittel aber obliege den Gerichten. Und schließlich: "Mere knowledge of the German language cannot reasonably be regarded as harmful." Daher sei das verfassungsmäßige Recht der Lehrer, ihren Beruf auszuüben, das Recht der Eltern, die Erziehung ihrer Kinder zu bestimmen, und das Recht der Kinder, Kenntnisse zu erwerben, ohne Rechtfertigung behindert.

Der Schutz der Privatschule wurde schließlich vervollständigt durch die Entscheidung *Farrington v. Tokushige*<sup>192</sup>. Hier war Klage dagegen erhoben worden, daß der Gouverneur von Hawaii, das zu dieser Zeit sogenanntes Bundesterritorium war, d. h. unmittelbar dem Bund unterstand, ein Bundesgesetz durchführte, das detaillierte Vorschriften über den Lehrplan und die Darbietung des Lehrstoffes, über die Anstellung von Lehrern und die Benutzung von Lehrbüchern enthielt und eine enge Kontrolle durch Regierungsbeamte vorsah. Dieses Gesetz richtete sich gegen die japanischen Privatschulen auf Hawaii. Es sollte dazu beitragen, die Assimilierung der japanischen Bevölkerung zu beschleunigen. Dies, so sagt der Supreme Court, beraube die Eltern der Möglichkeit, die Erziehung für ihre Kinder zu wählen, und die Unternehmer der Möglichkeit, ihren Betrieb einigermaßen frei zu führen. Auch sei keine Notlage ersichtlich, die einen derartigen schweren Eingriff in die Freiheit der Bürger rechtfertigen könne.

Jedes staatliche Schulmonopol ist somit ausgeschlossen<sup>193</sup>. Private Schulen haben volle Errichtungsfreiheit, und zwar Schulen jeder Art. Der Staat kann allerdings solche Erfordernisse für die Privatschulen aufstellen, die für einen geordneten Lehrbetrieb erforderlich erscheinen, und für die Erziehung des Kindes als notwendig erachtet werden, solange die Privatschulen durch besondere, in den öffentlichen Schulen nicht geforderte Einrichtungen nicht diskriminiert werden. Von den Privatschulen kann somit eine Gleichwertigkeit, keinesfalls eine Gleichartigkeit verlangt werden. Dabei hat der Gesetzgeber weitgehend die Befugnis zu bestimmen, was er als erforderliches Erziehungsminimum ansieht. Beschränkungen des Lehrstoffes an privaten Schulen, der über das staatlich geforderte Minimum hinausgeht und zusätzliches Wissen vermittelt, ist nur möglich, wenn ein Mißstand beseitigt werden soll. Dabei ist gerichtlicher Kontrolle unterworfen, ob eine Notwendigkeit zur Regulierung besteht.

Gleichfalls unbestritten ist das Recht des Staates, Privatschulen daraufhin zu überwachen, ob die gesetzlichen Erfordernisse eingehalten werden. Daß der Religionsunterricht nicht überwacht werden darf, ergibt sich aus dem Prinzip der Trennung von Staat und Kirche und dem Recht auf freie Religionsausübung<sup>194</sup>.

## 2. Finanzielle Unterstützung privater kirchlicher Schulen

### a) Einleitung und Problematik

Obwohl in Amerika ein beträchtlicher Teil der Jugend in privaten Schulen erzogen wird, die bisher finanzielle Unterstützung durch die Staaten und den Bund nur in sehr begrenztem Umfang erhalten, ist auch in Amerika die Zukunft der Privatschule mehr und mehr davon abhängig, daß der Staat Mittel bereitstellt, um den privaten Erziehungsträgern die schulische Arbeit auch weiterhin zu ermöglichen. Die verfassungsmäßige Zulässigkeit derartiger staatlicher Hilfe ist lebhaft umstritten. Besonders der Bund als der finanziell stärkste Partner wird mehr und mehr um Hilfe für das staatliche Schulwesen bemüht und von

<sup>192</sup> 273 U.S. 284 (1927).

<sup>193</sup> McCluskey, in: *Current History* 1961, Heft 240, S. 72 f.; NCWC, S. 426—431.

<sup>194</sup> Pfeffer, S. 432.

den Privatschulen um Unterstützung gebeten. Seit 1803<sup>185</sup> gibt es bundesstaatliche Hilfsmaßnahmen für Erziehungsaufgaben. Dabei spielte zunächst vor allem die Vergabe von Land als Einkommensgrundlage für Schulen die entscheidende Rolle<sup>186</sup>. Der Morrill-Act aus dem Jahre 1862 bedeutet einen Wechsel in der Politik der Bundesregierung insofern, als die allgemeinen Unterstützungsmaßnahmen zu Gunsten bestimmter Erziehungsaufgaben, wie z. B. der Förderung von landwirtschaftlichen Versuchs- und Lehranstalten oder der kostenlosen Verteilung von Mittagessen an Schüler, aufgegeben wurden. Auch heute gibt es eine große Zahl verschiedener spezieller Hilfsprogramme für bestimmte Erziehungsaufgaben, die allerdings häufig private Schulen nicht einschließen und deren Wirksamkeit begrenzt ist. Versuche, allgemeine Hilfsmaßnahmen des Bundes für staatliche und private Schulen einzuführen, scheiterten jedoch trotz der bereits im 19. Jahrhundert beginnenden Versuche von Mitgliedern des Kongresses und der amerikanischen Regierung an den widerstreitenden Interessengruppen. Abgesehen davon, daß vielfach grundsätzlich jede Beteiligung des Bundes an der Erziehung abgelehnt wurde, konnte vor allem darüber keine Einigung erzielt werden, ob bundesstaatliche Hilfe nur an Schulen, die Neger und Weiße gleichermaßen aufnahmen, oder auch an Schulen, die sich der Integration verschlossen, und ob bundesstaatliche Hilfe auch an private Schulen oder lediglich an öffentliche Schulen geleistet werden sollte. Die Versuche der Kennedy-Regierung aus den Jahren 1961 und 1962 scheiterten ebenso wie vorherige Versuche an diesen Problemen. Erst der Johnson-Regierung gelang es mit dem „Elementary-Secondary Education Act of 1965“<sup>187</sup> eine breitgestreute, wirksame finanzielle Beteiligung des Bundes an den Kosten der Schulerziehung durchzusetzen. Das Gesetz sieht die Zahlung von Zuschüssen an die Staaten vor, die die Gelder an ihre Schulbezirke verteilen, die diese für die Erziehung aller Kinder ihres Bezirkes verwenden müssen. Außerdem sind Gelder für die Anschaffung von Büchern und Lehrmaterialien, die auch von Privatschulen benutzt werden können, und die Errichtung von gemeinsamen Erziehungseinrichtungen vorgesehen. Ergänzt wird dieses Gesetz durch den „Higher Education Act of 1965“, der unter anderem Gelder für Stipendien und Büchereien im Hochschulbereich vorsieht.

Die grundlegende verfassungsrechtliche Schwierigkeit aller bundesstaatlichen und auch einzelstaatlichen Unterstützungsmaßnahmen im Bereich der Erziehung liegt in der Frage nach der Zulässigkeit staatlicher Unterstützung privater konfessioneller Schulen. Der Gesetzgeber sieht sich auf diesem Gebiet einer weitgehend ungeklärten Verfassungslage gegenüber, da sich nur wenige Entscheidungen des Supreme Court mit der Subvention und mit sonstigen Hilfsmaßnahmen zugunsten privater Schulen befassen<sup>188</sup>. Die Frage der Zulässigkeit derartiger staatlicher Förderungsmaßnahmen muß daher auf Grund der allgemeinen Rechtsprechung des Supreme Court zur „Establishment Clause“ entschieden werden. Erst dadurch, daß der Supreme Court dem Steuerzahler in dieser seiner Eigenschaft im Jahre 1968 die Klagemöglichkeit gegen Gesetze eingeräumt hat, die das 1. Amendment berühren<sup>189</sup>, ist die Möglichkeit eröffnet, auch die hier anstehenden Fragen gerichtlich zu überprüfen; es ist damit zu rechnen, daß nunmehr im Bereich der Schulfinanzierung grundlegende Entscheidungen des Supreme Court ergehen werden<sup>190</sup>.

<sup>185</sup> Dem Jahr, in dem Ohio als Staat in den Bund aufgenommen wurde.

<sup>186</sup> „Land-Lease-Colleges“.

<sup>187</sup> 79 Stat. 27, 20 U.S. C. §§ 241 a et seq., 821 et seq. (Supp. 1966); abgedruckt auch in: Federal Role in Education, Congressional Quarterly Service 1965, S. 34 ff.; die Klage vor den Bundesgerichten zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit dieses Gesetzes wurde vom Supreme Court zugelassen, vgl. oben S. 24.

<sup>188</sup> Bradfield v. Roberts 175 U.S. (1899); Cochran v. Board of Education 281 U.S. 370 (1930) und Everson v. Board of Education 330 U.S. 1 (1947) befassen sich mit derartigen Maßnahmen. Die beiden ersten Fälle befassen sich nicht mit dem 1. Amendment; sie sind daher zweifelhafte „precedents“ — so auch HEW, S. 359, Anm. 4.

<sup>189</sup> Vgl. Anm. 187 und oben S. 24.

<sup>190</sup> Die Feststellung in der ersten Auflage dieses Buches, es sei kaum mit einer Entscheidung des Supreme Court zu rechnen, ist durch dessen neue Rechtsprechung überholt.



Die Problematik dieses staatlichen Handelns ergibt sich aus der Überschneidung verschiedener Verfassungsprinzipien: Einerseits ist es ohne Zweifel zulässig, daß der Staat weltliche Erziehung, das heißt die praktische Vorbereitung für gesellschaftliche und berufliche Fähigkeiten, fördern darf. Tut der Staat dies, so muß er alle Kinder gleichermaßen daran beteiligen und sie gleichbehandeln<sup>191</sup>, oder wie J. Black für den Supreme Court in *Everson v. Board of Education*<sup>192</sup> schreibt:

“(The State) cannot hamper its citizens in the free exercise of their own religion. Consequently, it cannot exclude individual Catholics, Lutherans, Mohammedans, Baptists, Jews, Non-believers, Methodists, Presbyterians, or the members of any other faith, because of their faith or lack of it, from receiving the benefit of public welfare legislation.”

Außerdem darf der Staat niemanden zwingen, die staatliche Schulpflicht in öffentlichen Schulen zu erfüllen, da die Privatschulfreiheit garantiert ist. Andererseits ergibt sich aus dem „no aid“-Prinzip, daß der Staat keine Erziehung fördern darf, die religiöse Anliegen zum Ziel hat.

Die private Schule erfüllt nun einerseits eine Aufgabe, die auch staatliche Schulen erfüllen, da sie ja den staatlichen Anforderungen an ihre Gleichwertigkeit entsprechen muß. Andererseits wird die private Schule ja gerade errichtet, um eine religiös gebundene Erziehung zu ermöglichen. Der Staat muß somit einerseits anerkennen, daß diese Schulen Teil des gesamten Erziehungswesens sind und daß in ihnen die staatliche Schulpflicht erfüllt werden darf, und kann andererseits keine Einrichtung aktiv fördern, die religiösen Belangen dient<sup>193</sup>, ohne jedoch daran gehindert zu sein, allgemeine Wohlfahrtsmaßnahmen durchzuführen, zu denen im allgemeinen die schulische Erziehung zählt.

## b) „The Child Benefit Theory“

### aa) Lehrbücher für Privatschulen

Diese Problematik wurde zunächst in einigen einzelstaatlichen Gerichtshöfen an Hand spezieller staatlicher Hilfsmaßnahmen behandelt. In einigen Staaten<sup>194</sup> werden Schulbücher, die lediglich weltliche Fächer behandeln wie Mathematik, Naturwissenschaft oder Fremdsprachen, an sämtliche Schüler, also auch an solche, die religiös gebundene private Schulen besuchen, kostenlos verteilt. Die Obersten Gerichtshöfe von New York, Oregon und New Mexico haben diese Praxis für gegen die Verfassung ihrer Staaten, die ebenfalls das „no aid“-Prinzip enthalten, verstoßend erklärt<sup>195</sup>. Die von den beklagten Staaten zur Verteidigung vorgebrachte Unterscheidung von direkter und indirekter Hilfe wurde für unbeachtlich erklärt, da in jedem Fall Hilfe an die religiösen Privatschulen geleistet werde.

1929 wurde dieselbe Praxis in Louisiana vor dem Obersten Gerichtshof jenes Staates Gegenstand eines Prozesses<sup>196</sup>. Der Supreme Court von Louisiana nahm einen gegenteiligen Standpunkt ein und hielt diese Praxis aufrecht, da durch die kostenlose Verteilung von Büchern einerseits Erziehung als solche gefördert werde und daher durch die „police power“ des Staates gedeckt sei, und andererseits nicht die Schulen, sondern die Kinder die Nutznießer dieser Gesetzgebung seien, weshalb nicht gegen das „no aid“-Prinzip verstoßen sei.

Diese Art der Argumentation wird als „child benefit“-Theorie bezeichnet.

<sup>191</sup> HEW, S. 357.

<sup>192</sup> 330 U.S. 1 (1947).

<sup>193</sup> Vgl. oben S. 18 f.

<sup>194</sup> In Mississippi, Louisiana, Oregon, West Virginia und New Mexico.

<sup>195</sup> *Smith v. Donahoe* 195 New York Supp. 175 (1922); *Jud v. Board of Education* 278 New York Supp. 100 (1933); *Dickman v. School District* 62c 223 Oregon 347 (1961); *Zeller v. Huff* 55 New Mexico 501 (1951).

<sup>196</sup> *Cochran v. Louisiana* 168 La. 1030 (1929); ebenso für Mississippi: *Chance v. Mississippi State* 190 Miss. 453 (1941).

Der Fall aus Louisiana kam ein Jahr später vor den Supreme Court<sup>197</sup>, der sich die Argumentation des Gerichtshofes von Louisiana zu eigen machte. Auch hier heißt es: "The schools, however, are not beneficiaries of these appropriations . . . The schoolchildren and the state alone are beneficiaries . . ." Immerhin war im Jahre 1930 noch nicht anerkannt, daß die „Establishment Clause“ auch auf die Einzelstaaten anzuwenden sei. Zu entscheiden hatte der Supreme Court daher nur darüber, ob hier Geld für private Zwecke, das heißt für private Schulen, und damit für nicht-staatliche Zwecke aufgewandt wurde, wodurch ein Steuerzahler seines Eigentums ohne „due process of law“ (14. Amendment) beraubt worden wäre. Festgestellt wird in der Entscheidung somit lediglich, daß die Verteilung von Lehrbüchern an Schüler einen öffentlichen Zweck erfüllt, da die Erziehung, nicht aber die Privatschulen selber gefördert wird. Der Schule werde nicht geholfen, da sie diese Kosten sowieso nicht bezahle. Die Schule spare daher nichts und erhalte nichts.

Der Supreme Court prüft einen Fall lediglich auf seine Rechtfertigung im Hinblick auf die Bundesverfassung, weshalb die Obersten Gerichte von New Mexico und New Jersey noch nach ihrer eigenen Verfassung die Anerkennung der „child benefit“-Theorie ablehnen konnten<sup>198</sup>. Lediglich der Supreme Court von Mississippi folgte der Rechtsprechung von Louisiana<sup>199</sup>. 1938 bestätigte der Oberste Gerichtshof von New York die Entscheidung aus dem Jahre 1922, die die „child benefit“-Theorie verworfen hatte<sup>200</sup>.

#### bb) Schulbusbeförderung auf öffentliche Kosten — *Everson v. Board of Education*

Nachdem sich die Ansicht, daß das 14. Amendment gewisse Freiheitsrechte auf die Staaten zur Anwendung bringe, durchgesetzt hatte, kam eine ähnliche Frage wie in *Cochran v. Louisiana* im Jahre 1948 vor den Supreme Court. In der Sache *Everson v. Board of Education*<sup>201</sup>, war die Frage zu entscheiden, ob die Bundesverfassung es zuläßt, daß der Staat Steuergelder benutzt, um den Eltern die Kosten für die Beförderung der Kinder zur Schule zu ersetzen.

Der Transport in offiziellen Schulbussen oder mit normalen Linienbussen auf Kosten des Staates hat sich in Amerika in den letzten 35 Jahren in vielen Gegenden durchgesetzt. Die großen Entfernungen und die Gefahren des Verkehrs machten es notwendig, die Schuleinrichtung durch ein Transportsystem zu ergänzen. Für die Eltern der Kinder, die private Schulen besuchen, ergab sich damit eine weitere finanzielle Last, und bald erhob sich die Forderung, daß der Staat diese Kosten übernehmen solle. Während aber die Verteilung von Lehrbüchern an Privatschüler nur in wenigen Staaten erfolgte, übernahmen eine ganze Reihe von Staaten diese Kosten, da man für die Sicherheit der Schüler allgemein sorgen wollte. 1953 hatten 18 Staaten eine derartige gesetzliche Kostenübernahme eingeführt<sup>202</sup>. Auch hatten die Gerichtshöfe der Staaten hier häufig weniger Schwierigkeiten, dies zu billigen. Zwar hielt auch hier eine Mehrzahl der staatlichen Gerichte die Erstattung der Transportkosten zu Privatschulen für verfassungswidrig<sup>203</sup>, da gegen das „no aid“-Prinzip verstoßen sei, doch gab es eine beachtliche Minderheit von staatlichen Gerichten, die diese Praxis für verfassungsmäßig hielten<sup>204</sup>.

<sup>197</sup> *Cochran v. Louisiana* 281 U.S. 370 (1929).

<sup>198</sup> *Zeller v. Huff* 55 New Mexico 501 (1951); *Dickman v. School District* 62c 223 Oregon 347 (1961).

<sup>199</sup> *Chance v. Mississippi State* 190 Miss. 453 (1941).

<sup>200</sup> *Judd v. Board of Education* 278 New York Supp. 100 (1938).

<sup>201</sup> 330 U.S. 1 (1947).

<sup>202</sup> *Pfeffer*, S. 470.

<sup>203</sup> *State ex rel. Traub v. Brown* 36 Delaware 181 (1934); *Gurney v. Ferguson* 190 Oklahoma 254 (1941); *Judd v. Board of Education* 278 New York 200 (1938); *Mitchell v. Consolidated School District 17 Washington* 2 d 267 (1943); *Visser v. Nooksack Valley School District* 33 Wash. 2 d 699 (1949); *Zeller v. Huff* 55 New Mexico 501 (1951); *Silver Lake School District v. Parker* 238 Iowa 984 (1947).

<sup>204</sup> *Bowker v. Baker* 73 California App. 2 d 653 (1946); *Nichols v. Henry* 301 Kentucky 434 (1945); *Board of Education v. Wheat* 174 Maryland 314 (1938); *Everson v. Board of Education* 133 New Jersey 350 (1946).

Der Everson-Fall aus dem Jahre 1947 brachte nun nicht nur die von allen Richtern gebilligte grundlegende Interpretation des 1. Amendments, sondern außerdem mit der knappen Mehrheit von 5:4 die Anerkennung der „child benefit“-Theorie. Die Argumentation lautet folgendermaßen: Die Bezahlung der Transportkosten diene dem öffentlichen Zwecke, für die Sicherheit der Kinder auf dem Schulweg zu sorgen. Diese Praxis sei daher die gleiche wie die Gewährung von staatlichem Polizei- und Feuerwehrschatz und die öffentliche Abfallbeseitigung. Die Schule erhalte keine Hilfe, da sie keinerlei Gelder bekäme und lediglich die Eltern ihrer Belastung enthoben würden. Damit helfe der Staat nicht den Privatschulen, das heißt einer religiösen Institution, sondern dem Kind. Daher werde die Mauer der Trennung zwischen Staat und Kirche nicht durchbrochen. Der Supreme Court erkennt allerdings, daß damit mittelbar („incidentally“) auch der Schule geholfen wird, da anderenfalls Eltern unter Umständen ihre Kinder in eine öffentliche Schule schicken würden. Doch, so sagt der Supreme Court, der Staat brauche den Religionsgemeinschaften gegenüber nicht feindlich zu sein. Daher brauche er die Schüler von einer öffentlichen Leistung nicht auszuschließen, die nur entfernt mit der religiösen Tätigkeit der Schule zu tun habe — „so separate and indisputably marked off from the religious function“ —, nur weil diese Kinder, der Entscheidung der Eltern folgend, private Schulen besuchten.

Der Supreme Court sagt damit, daß Maßnahmen des Staates so lange rechters sind und nicht gegen das Trennungsprinzip verstoßen, wie sie dem Wohle des Kindes dienen und der Schule lediglich inzident, indirekt zu Gute kommen.

Dabei muß beachtet werden, daß mit dieser indirekten, inzident geschehenden Hilfe Unterstützung eines Teils der eigentlichen Erziehungsaufgabe gemeint ist. Denn mit der Bezahlung von Schulbüchern und dem Transport zur Schule ist der Staat über die reinen Wohlfahrtsmaßnahmen, die nicht mit der Erziehung verbunden sind, hinausgegangen. Mittagessen, Zahnpflege oder ärztliche Betreuung sind nutzbringend, ob das Kind zur Schule geht oder nicht. Anders steht es mit den in den Entscheidungen Cochran v. Louisiana und Everson v. Board of Education für rechtmäßig erklärten Praktiken. Die Notwendigkeit einer Unterstützung ergibt sich erst daraus, daß das Kind zur Schule geht und den Eltern die finanziellen Lasten der Privatschule zu groß werden. Schulbücher und Busse sind Teil der gesamten Einrichtung, die für eine schulische Erziehung notwendig ist. An diese Überlegungen knüpften auch die vier Richter an<sup>205</sup>, die die Bezahlung der Schulbuskosten für verfassungswidrig hielten. So führt J. Rutledge<sup>206</sup> aus:

“Transportation, where it is needed, is as essential to education as any other element; it is impossible to select so indispensable an item from the composite of the total cost, or characterize it as not aiding, contributing to, promoting or sustaining the propagation of belief which is the very end of all to bring about.”

### cc) Die relevanten Abgrenzungskriterien von verfassungsmäßiger und verfassungswidriger Hilfe

Mit dem Anerkenntnis, daß Hilfe an die Schulen für deren erzieherische Aufgabe nicht stets verfassungswidrig ist, ergibt sich das Problem der Abgrenzung von verfassungswidriger und verfassungsmäßiger Hilfe. Der Supreme Court vergleicht die im Fall Everson v. Board of Education für verfassungsmäßig erklärte

<sup>205</sup> J. Jackson, J. Frankfurter, J. Rutledge, J. Burton.

<sup>206</sup> J. Rutledge in Everson v. Board of Education, 2. a. O., S. 47 f.

Maßnahme mit anderen staatlichen Wohlfahrtsleistungen, wie z. B. Feuerwehr- und Polizeischutz, Abfallbeseitigung oder Straßenanschluß. Daß diese aufgeführten Leistungen verfassungsrechtlich zulässig sind, kann nicht bezweifelt werden, da hier der Staat eine Leistung erbringt, die der Schule nicht zukommt, weil sie eine konfessionelle Einrichtung ist, sondern weil sie wie jeder andere Grundstückseigentümer am allgemeinen Rechtsverkehr teilnimmt und damit gleichermaßen Anspruch auf allgemein gewährte staatliche Leistungen hat<sup>207</sup>. Der Staat darf religiöse Anliegen als solche nicht fördern. Wenn er dagegen Maßnahmen ergreift, die mehr oder weniger zufällig („incidentally“) zugleich im Interesse einer Religionsgemeinschaft liegen, so bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Das 1. Amendment soll nur den Staat daran hindern, Maßnahmen zu ergreifen, die auf die Förderung religiöser Belange gerichtet sind. Aus diesem Grund sind Gesetze, die den Sonntag zum staatlichen Ruhetag erklären, verfassungsmäßig, weil sie primär einem legitimen öffentlichen Zweck zu dienen bestimmt sind und nur nebenbei auch den Religionsgemeinschaften ermöglichen, ihre Zwecke zu verfolgen<sup>208</sup>. Auf den Zweck des Gesetzes ist somit abzustellen<sup>209</sup>. Der Zweck eines Gesetzes ist allerdings nicht derjenige, den der historische Gesetzgeber erreichen will.

“To ask what interest, what objective, legislation serves, of course, is not to psychoanalyze its legislators but to examine its necessary effects of what they have enacted. If the primary end achieved by a form of government regulation is the affirmation or promotion of religious doctrine—primary, in the sense that all secular ends which it purportedly serves are derivative from, not wholly independent of, the advancement of religion—the regulation is beyond the power of the state.”<sup>210</sup>

Da die staatliche Förderung von privatem Religionsunterricht<sup>211</sup>, das Sprechen von Gebeten und das Lesen von Bibeltexten in öffentlichen Schulen<sup>212</sup> den Zweck hatte, eine religiöse Überzeugung in den Kindern anzulegen, wurde sie für verfassungswidrig erklärt, unabhängig davon, ob mit diesen Praktiken weltliche Zwecke — wie z. B. die Verbesserung der Schuldisziplin — erreicht werden sollten und wurden. Die Klassifizierung der Bezahlung der Schulbuskosten als eine staatliche Maßnahme wie auch sonstige Leistungen reinen Wohlfahrtscharakters ist das entscheidende Moment der McCollum-Entscheidung. Weil der Schultransport nicht primär auf die Förderung religiöser Belange, sondern vor allem und zuerst der Förderung der Sicherheit der Kinder dient, wurde er für verfassungsmäßig erklärt<sup>213</sup>. Die Teilung des Supreme Court in ein Stimmenverhältnis von 5:4 zeigt die Schwierigkeit der Bestimmung des Zweckes eines Gesetzes.

Daraus ergibt sich die Frage, ob der Staat stets dann, wenn eine Maßnahme als in Verfolgung eines legitimen öffentlichen Zweckes anzusehen ist, verfassungsmäßig handelt, oder mit anderen Worten: ob eine Unterstützung der privaten konfessionellen Schulen stets dann zulässig ist, wenn der legitime öffentliche Zweck der Förderung der Ausbildung der Kinder gefördert wird, oder: ob das Ziel die Mittel sanktioniert.

<sup>207</sup> HEW, S. 366.

<sup>208</sup> McGowan v. Maryland 366 U.S. 420 (1961).

<sup>209</sup> So auch School District v. Schempp (J. Clark) 83 S. Ct. 1560, 1571 (1963): “The test may be stated as follows: what are the purpose and the primary effect of the enactment? If either is the advancement or inhibition of religion then the enactment exceeds the scope of legislative power as circumscribed by the Constitution. That is to say to withstand the stricture of the Establishment Clause there must be a secular legislative purpose and a primary effect that neither advances nor inhibits religion. Everson v. Board of Education, supra; McGowan v. Maryland, supra.”

<sup>210</sup> J. Frankfurter in McGowan v. Maryland 366 U.S. 420, 466 (1960).

<sup>211</sup> McCollum v. Board of Education 33 U.S. 203 (1948).

<sup>212</sup> Engel v. Vital 370 U.S. 421 (1962); School District v. Schempp 374 U.S. 203 (1963).

<sup>213</sup> HEW, S. 366; J. Frankfurter in McGowan v. Maryland, a. a. O., S. 467.

Dies kann angesichts des Umstandes, daß der Supreme Court bereits in der Entscheidung *Everson v. Board of Education* und in seiner späteren Rechtsprechung stets betont hat, daß der Staat religiöse Einrichtungen und religiöse Überzeugungen nicht fördern kann, nicht angenommen werden<sup>214</sup>. Die Schwierigkeit liegt somit in der Abgrenzung dessen, was — obwohl es in Verfolgung des legitimen öffentlichen Zweckes der Förderung erzieherischer Belange erfolgt — als zulässig und was nicht als zulässig anzusehen ist, oder mit anderen Worten: wann der ebenfalls eintretende Erfolg der Förderung religiöser Belange nur mehr oder weniger zufällig („incidentally“) und unabhängig von dem hauptsächlich bezweckten Erfolg der Förderung erzieherischer Belange („wholly independent of the advancement of religion“) erreicht wird, und wann das nicht der Fall ist. Der Staat darf für die Sicherheit, die Gesundheit und auch für die Erziehung der Jugend sorgen und kann dies auf verschiedenem Wege tun. Wenn ein staatliches Gesetz einerseits bezweckt, der allgemeinen weltlichen Erziehung zu helfen, und dabei andererseits den Erfolg hat, daß zugleich und unvermeidlich auch die religiöse Funktion der Schule gefördert wird, so hat das Gesetz eben auch den Zweck, der religiösen Funktion zu helfen, womit es verfassungswidrig wird<sup>215</sup>.

Der Supreme Court legte sowohl in der Entscheidung *Cochran v. Board of Education* wie auch in der Entscheidung *Everson v. Board of Education* besondere Betonung darauf, ob die Schule Zuwendungen erhalte oder die Eltern. Im *Cochran*-Fall wurde die Verfassungsmäßigkeit bejaht, weil nicht die Schule, sondern die Eltern für Kosten, die sie für die Erziehung aufwenden, entschädigt werden und nicht die Schulen. Ebenso wird in *Everson v. Board of Education* betont: „The State contributes no money to the School.“ Es kann allerdings schwerlich damit gemeint sein, daß der Supreme Court darauf abstellen will, ob die Eltern oder die Schule Empfänger des Geldes sind, da damit an die rein formale und zufällige Ausgestaltung des Schulgeldes angeknüpft würde<sup>216</sup>. Wenn mit dieser Abgrenzung dagegen gemeint sein sollte, daß es nur darauf ankäme, wer materiell die Kosten der Erziehung konkret zu tragen hat und durch die staatliche Maßnahme erspart, so würde auch insoweit an mehr oder weniger zufällige Äußerlichkeiten angeknüpft werden<sup>217</sup>. Es ist nun einmal so, daß in beiden vom Supreme Court entschiedenen Fällen Teilkosten der schulischen Erziehung für nichtreligiöse Zwecke vom Staat übernommen wurden. Insoweit läßt sich auch nicht zwischen Kosten, die der Schulunterhalt notwendigerweise mit sich bringt und daher von der Schule zu tragen sind und vom Staat nicht ersetzt werden können, und Kosten, die zusätzlich zu den notwendigen Schulunterhaltskosten von den Eltern aufgebracht werden und daher vom Staat ersetzt werden können, unterscheiden. Eine Unterscheidung in Haupt- und Nebenkosten ist unmöglich, da die Schule als Einheit mit all ihren Einrichtungen erst dem Zweck dienen kann, für den sie unterhalten wird.

Die Abgrenzung muß nach allem auf der Ebene erfolgen, die der Supreme Court in der Entscheidung *Everson v. Board of Education* andeutet, nämlich danach, wie eng die geförderte Tätigkeit erzieherischen Charakters mit dem religiösen Zweck

<sup>214</sup> So auch HEW, S. 366: „The end cannot always justify the means. And where the means employed result in fact in support of religious instruction, the constitutional judgement cannot be avoided.“ So auch J. Brennan in *School District v. Schempp* 83 S. Ct. 1560, 1602 (1963): „The limited province of the courts is to determine whether the means which the educators have chosen to achieve legitimate pedagogical ends infringe the constitutional freedoms of the First Amendment . . . To the extent that only religious materials will serve this purpose, it seems to me that the purpose as well as the means is so plainly religious that the exercise is necessarily forbidden by the Establishment Clause. The fact that purely secular benefits may eventually result does not seem to me to justify the exercise, for similar indirect nonreligious benefits could no doubt have been claimed for the released time program in *McCullum*.“

<sup>215</sup> Cushman, in: *Northwestern Uni. L. Rev.* Bd. 45, S. 348: „The Constitution, according to the Court does not forbid all aid, to religious institutions. They may receive fire and police protection. What the Constitution forbids is aid to the religious function, and the Court in the *Everson* case divided over the question whether this function was in fact being aided.“

<sup>216</sup> So auch HEW, S. 371.

<sup>217</sup> So aber Pfeffer, S. 447, der die Entscheidung des *Everson*-Falles gerade aus diesem Gesichtspunkt kritisiert.

der privaten Schule verbunden ist und wie weit die staatliche Maßnahme gerade den religiösen Zweck der Erziehung fördert. Hier lassen sich von vornherein solche Maßnahmen als verfassungsmäßig qualifizieren, die nur sehr entfernt mit der religiösen Funktion der Schule zu tun haben, wie die in Amerika übliche kostenlose Verteilung von Milch und Mittagessen und ein freier medizinischer Dienst. Der Supreme Court sieht auf derselben Ebene den Transport der Kinder zur Schule („so separate an indisputably marked off from the religious function“), sieht allerdings hier die äußerste Grenze des verfassungsmäßig Zulässigen erreicht („... though it approaches the verge of [the State's constitutional power]“). Auf Grund dieser Überlegungen wird unter Umständen die kostenlose Verteilung religiös indifferenter, weltlicher Lehrbücher zu rechtfertigen sein<sup>218</sup>. „The crucial question then becomes separating the permissible from the prohibited, the educational function from the religious one.“<sup>219</sup> Dies läßt sich nur von Fall zu Fall entscheiden<sup>220</sup>. „Unavoidably we are dealing here with matters of degree.“<sup>221</sup> Bei Untersuchung einzelner Fälle wird allerdings der vom Supreme Court betonte Gesichtspunkt<sup>222</sup>, daß die Schulen eigene Mittel auf Grund der staatlichen Hilfe für ihre religiöse Funktion ersparen, nicht außer Betracht bleiben dürfen, da auch hierdurch unmittelbar der Schule als religiöser Einrichtung geholfen wird.

#### dd) Die Verpflichtung zur Erstreckung staatlicher Hilfsmaßnahmen auf private Schulen

Eine Folge dieser Rechtsprechung, die bereits in einem Fall vor den Supreme Court gekommen war, der allerdings vor der Entscheidung von dem Kläger zurückgezogen wurde<sup>223</sup>, ist die Notwendigkeit, staatliche Mittel, die für die Wohlfahrt der Schüler ausgegeben werden, nicht nur auf alle Kinder erstrecken zu können, sondern erstrecken zu müssen, da der Staat gerade die Gläubigen auf Grund deren religiöser Überzeugung diskriminieren würde, wenn er sie deshalb von einer allgemeinen Wohlfahrtsmaßnahme ausschließt, weil sie ihrem Gewissen folgend eine Privatschule benutzen. J. Black erkannte diese Konsequenz in der Sache *Everson v. Board of Education* und fügte daher der Feststellung, daß der Staat individuelle Katholiken, Lutheraner usw. nicht wegen ihres Glaubens oder Nichtglaubens von dem Empfang von Vorteilen einer Wohlfahrtsmaßnahme ausschließen dürfe, den Satz hinzu:

„While we do not mean to intimate that a state could not provide transportation only to children attending public schools, we must be careful, in protecting the citizens of New Jersey against state-established churches, to be sure that we do not inadvertently prohibit New Jersey from extending its general state law benefits to all its citizens without regard to their religious belief.“

Wie der Supreme Court in einem entsprechenden Fall entscheiden wird, ist daher ungeklärt. Der oben zitierte Satz ist lediglich ein obiter dictum. Andererseits schließt die Tatsache, daß lediglich fünf der neun Richter die „child benefit“-Theorie in *Everson v. Board of Education* billigten, es nicht aus, daß zumindest in dieser Frage der Supreme Court das obiter dictum angesichts des von allen Richtern gebilligten Grundsatzes der Trennung von Staat und Kirche zum Verfas-

<sup>218</sup> *Cochran v. Louisiana* 281 U.S. 370 (1930); hier war die Reichweite des 1. Amendments noch nicht zu entscheiden, da dessen Anwendung auf die Staaten noch nicht anerkannt war.

<sup>219</sup> HEW, S. 368.

<sup>220</sup> Vgl. unten unter 3., S. 57 ff., und Gianella, in: *Harvard L. Rev.*, Bd. 81, S. 576 f.

<sup>221</sup> HEW, S. 368 f.

<sup>222</sup> So besonders auch Pfeffer, S. 447.

<sup>223</sup> *Connel v. Kenett Township Board of School Directors* 356 Pennsylvania 585(1947); die Klage wurde abgewiesen.

sungsrecht erhebt. Konsequenz wäre es allerdings, wenn der Staat die Wohlfahrtsmaßnahmen gleichmäßig verteilen müßte, da der Staat gerade nicht nach religiösen Aspekten diskriminieren darf<sup>224</sup>.

### 3. Die verschiedenen staatlichen Hilfsmaßnahmen für private Schulen

Als Formen, die eine Hilfe für das private Erziehungswesen annehmen könnten, sind denkbar:

- a) Zuschüsse an die Schulen als solche ohne bestimmte Zweckbindung („across the board grant“),
- b) Darlehen an die Schulen als solche ohne bestimmte Zweckbindung („across the board loan“),
- c) Schulgeldzahlung für alle Schüler, sei es an die Schule oder an die Eltern, sei es teilweise, sei es in voller Höhe,
- d) Zuschüsse und Darlehen an die Schulen für bestimmte nichtreligiöse Zwecke.

Zu untersuchen ist hier die Frage — die bisher alle derartigen Subventionen politisch zum Scheitern verurteilt hat —, wie weit derartige Maßnahmen nach der Bundesverfassung rechtlich zulässig sind. Ausgegangen wird in dieser Untersuchung von den unter a) aufgeführten direkten Zuschüssen, da diese das klarste und stärkste Mittel der Finanzierung von Privatschulen sind, um dann die anderen Formen anzuschließen.

#### a) „Across the board grant“

Hier handelt es sich um Zuschüsse, die ohne für einen bestimmten Zweck gebunden zu sein, an die Schulen zur Förderung des allgemeinen Schulbetriebes verteilt werden. Die Verteilung könnte sich etwa nach der Anzahl der Schüler oder der Bedürftigkeit der Schule richten. Es kann sich dabei lediglich um Zuschüsse handeln, nicht um die volle Übernahme der Kosten, da die Schule andernfalls ihren Charakter als Privatschule verlieren würde und weil die Erteilung von Religionsunterricht, der in den Privatschulen Unterrichtsfach ist, auf jeden Fall nicht vom Staat finanziert werden kann<sup>225</sup>.

Von den Befürwortern jeder Form der staatlichen Hilfe für Privatschulen werden eine Reihe von Argumenten vorgebracht, die zunächst im einzelnen untersucht werden.

#### aa) Doppelte Besteuerung der Eltern

Die Eltern der Privatschüler müssen nicht nur für das öffentliche Schulwesen aufkommen, sondern auch für die Erziehung ihrer eigenen Kinder in Privatschulen, die ihr Gewissen ihnen vorschreiben mag<sup>226</sup>. Daher könnten die Eltern erwarten, daß der Staat ihnen diese doppelte Belastung erleichtere. Doch stellt Pfeffer<sup>227</sup> zutreffend fest, daß die Besteuerung für schulische Zwecke unabhängig davon geschieht, ob jemand Kinder hat oder nicht, da die Gemeinschaft als solche ein Interesse an der Erziehung hat, so daß die „doppelte Besteuerung“ die Eltern nicht in ihrer Eigenschaft als Eltern trifft, sondern weil sie wie andere auch als Steuerzahler der Gemeinschaft für die Erziehung des Nachwuchses an öffentlichen Schulen verantwortlich sind. Ob die Eltern daneben ein besonderes Interesse an einer besonderen Erziehung haben, betrifft die staatliche Gemeinschaft

<sup>224</sup> Ebenso Pfeffer, S. 477; Gianella, in: Harvard L. Rev., Bd. 81, S. 518, 530.

<sup>225</sup> So auch NCWC, S. 435.

<sup>226</sup> McCluskey, in: Current History 1961, Heft 240, S. 74.

<sup>227</sup> Pfeffer, in: Current History 1961, Heft 240, S. 81.

als solche nicht. Das öffentliche Interesse reicht nur so weit, daß alle Kinder eine Erziehung in einer Schule erhalten, die in der öffentlichen Schule ermöglicht wird. Im übrigen würde die Befolgung dieses Argumentes das Ende der Trennung von Staat und Kirche bedeuten, da mit diesem Argument jede Kirche die Bezahlung großer Teile ihrer freiwillig selbst übernommenen sozialen und erzieherischen Aufgaben verlangen könnte.

### **bb) Erziehungsmonopol und Ausschluß der Religionsfreiheit**

In den Entscheidungen Meyer v. Nebraska, Farrington v. Tokushige und Pierce v. Society of Sisters hat der Supreme Court das Recht, eine private Schule zu unterhalten und zu benutzen und die Schulpflicht dort zu erfüllen, für verfassungsmäßig garantiert erklärt. Die Aufwendung großer Geldsummen durch den Staat für öffentliche Schulen allein würde aber — so wird argumentiert — praktisch dieses Wahlrecht der Eltern zwischen der öffentlichen und der privaten Schule beseitigen, da die privaten Schulen im Ergebnis ihre Konkurrenzfähigkeit verlieren würden<sup>228</sup>. Daher würde die Nichtgewährung von Hilfe auch an private Schulen gegen das 5. Amendment wie im Falle Farrington v. Tokushige und gegen das 1. Amendment (unter Umständen in Verbindung mit dem 14. Amendment) verstoßen, da praktisch die Privatschulfreiheit beseitigt würde.

Allerdings ist es zweierlei, ob ein Bürger das Recht hat, seine Religionsfreiheit und seine Freiheit der Schulwahl ungehindert vom Staate auszuüben, und ob er einen Anspruch darauf hat, daß der Staat ihm die finanziellen Mittel zur Verfügung stellt, die er für die Ausübung dieser Rechte für erforderlich hält. Aus den Freiheitsrechten des 1. und 5. Amendments ergibt sich kein subjektiv öffentliches Recht oder eine Verpflichtung des Staates auf Gewährung von Steuermitteln. Dies wird auch von dem NCWC-Memorandum eingeräumt, wenn es diese Frage auch von einer Verfassungsfrage zu einer Frage der geeigneten Politik degradiert<sup>229</sup>.

### **cc) „Precedents“ und Ergebnis**

Vor allem aber werden verschiedene Entscheidungen des Supreme Court herangezogen, die als „Precedents“ die Möglichkeit der Teilnahme der konfessionellen Privatschulen an staatlicher Hilfe ergeben sollen.

Die beiden ältesten Entscheidungen, in denen der Supreme Court sich mit Zahlungen des Bundes an religiöse Institutionen zu befassen hatte, sind Bradfield v. Roberts<sup>230</sup> und Reuben Quick Bear v. Leup<sup>231</sup>. Im Bradfield-Fall war über die Zuwendung von Steuermitteln an ein Krankenhaus zu entscheiden, das von katholischen Nonnen und weitgehend unter der Aufsicht der katholischen Kirche betrieben wurde. Da der Supreme Court die Zuwendung für die Behandlung von Armen angesichts der Behauptung, daß damit das 1. Amendment verletzt werde, aufrechterhalten habe, müsse gefolgert werden, daß der Supreme Court es billige, wenn Steuermittel an religiöse Institutionen fließen, solange diese für die Erfüllung einer legitimen öffentlichen Aufgabe entschädigt würden. Erziehung von Kindern aber sei ebenso wie die Behandlung von Kranken die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe<sup>232</sup>.

Diese Auslegung des Bradfield-Falles aber übersieht, daß beinahe die gesamte Entscheidung des Supreme Court darin besteht nachzuweisen, daß dieses Kran-

<sup>228</sup> NCWC, S. 432 und 454; McCluskey, in: Current History 1961, Heft 240, S. 72 f.; weitere Literatur in: HEW, S. 388 f.

<sup>229</sup> NCWC, S. 454; vgl. Pfeffer, in: Current History, Heft 240, S. 79, wo diese Frage für andere Freiheitsrechte untersucht wird.

<sup>230</sup> 175 U. S. 291 (1899).

<sup>231</sup> 210 U. S. 50 (1907).

<sup>232</sup> NCWC, S. 415 f.; Antieau, S. 372.



kenhaus keine religiöse Institution, sondern eine rein weltliche juristische Person (Corporation) sei. Die Tatsache, daß Nonnen Mitglieder der Korporation seien und daß die katholische Kirche Einfluß übe, ändere nichts an dem weltlichen Charakter dieses Krankenhauses, da dieses nach lediglich staatlichen Grundsätzen inkorporiert sei, so daß lediglich die Satzung der Korporation den Charakter des Krankenhauses bestimmen könne. Dieser Fall ist daher für die Entscheidung der Rechtmäßigkeit von direkten, ungebundenen Zuschüssen unergiebig. Er kann weder zur Ablehnung noch zur Begründung der Rechtmäßigkeit derartiger staatlicher Maßnahmen herangezogen werden, zumal Schulen nicht inkorporiert sind.

Ebenso verhält es sich mit der Entscheidung *Quick Bear v. Leup*. Dort waren Gelder aus einem sogenannten „Trust Fund“ zum Bau einer katholischen Schule von der Bundesregierung verwandt worden. Der „Trust Fund“ bestand aus Geldern, die den Indianern im Laufe von Friedensverhandlungen zugestanden waren, aber von der Bundesregierung verwaltet wurden. Dort, so sagt der Supreme Court, würden nicht Steuergelder, sondern Gelder, die den Indianern gehörten, verwandt. Die Verfassung aber könne nicht dazu dienen, die Indianer daran zu hindern, ihr eigenes Geld nach ihrem Gutdünken auszugeben<sup>233</sup>.

Besonders umstritten ist allerdings die Folgerung, die aus den neueren Entscheidungen *Cochran v. Louisiana*, *Everson v. Board of Education*, *McCullum v. Board of Education* und *Zorach v. Clausen* für die Zulässigkeit der generellen Unterstützung privater Konfessionsschulen zu ziehen ist. Argumentiert wird von den Befürwortern staatlicher Hilfe<sup>234</sup>, daß die Entscheidung *Cochran v. Louisiana* das Anerkenntnis gebracht habe, daß die Vermittlung von nichtreligiösem Wissen die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben und daher förderungswürdig sei. Ebenso habe die Entscheidung *Everson v. Board of Education* zugelassen, daß den Bürgern Hilfe zur Erlangung einer Erziehung gewährt werde. Dies sei nicht „aid to religion“ oder „financing of religious groups“ oder „support of the religious function“. Anerkannt sei durch diese beiden Entscheidungen, daß die Regierung alle öffentlichen Wohlfahrtsaspekte der Erziehung unterstützen dürfe<sup>235</sup>. Die Begrenzung dieser allgemeinen Wohlfahrtsmaßnahmen sei in der Entscheidung *Everson v. Board of Education* nur mit dem Satz behandelt worden: „No tax in any amount, large or small, can be levied to support any religious activities or institutions, whatever they may be called, or whatever form they may adopt to teach or practice religion.“ Dieser Satz sei so auszulegen, daß Unterstützung der Lehre oder Praktik von religiösen Anliegen („religious activities“, „teach of practice religion“) und von religiösen Institutionen als solchen ausgeschlossen sei. Daher sei durch die Entscheidung *Cochran v. Louisiana* und *Everson v. Board of Education* nicht verboten, daß Geld an die Schulen als solche, die auch Erziehungsaufgaben nichtreligiöser Art durchführen, gegeben werde<sup>236</sup>. „Government may not support a religion or church, as such, but so long as its program confers directly and substantially a benefit to citizens education, that program is constitutionally unobjectionable, although benefit is at the same time incidentally conferred upon a religion or a church.“<sup>237</sup> Die Entscheidung *McCullum v. Board of Education* habe nicht über die Entscheidung *Everson v. Board of Education* hinaus eine Zusammenarbeit von Staat und Kirche verboten, da auch dort nur von der Finanzierung religiöser Gruppen gesprochen werde, hier aber nicht religiöse Gruppen, sondern die Erziehung eines Bürgers finanziert

<sup>233</sup> So auch NCWC, S. 422, Anm. 59: „*Quick Bear v. Leup* is not in point.“

<sup>234</sup> NCWC, S. 417 ff.; McCluskey, in: *Current History* 1961, Heft 240, S. 70; Katz, in: *Uni. of Ch. L. Rev.*, Bd. 20, S. 440.

<sup>235</sup> NCWC, S. 419.

<sup>236</sup> NCWC, S. 419—421.

<sup>237</sup> NCWC, S. 422.

<sup>238</sup> NCWC, S. 424 f.

werde<sup>238</sup>. Die Entscheidung *Zorach v. Clausen* habe schließlich klargestellt, daß nicht jede Zusammenarbeit von Staat und Kirche verboten sei<sup>239</sup>.

Ohne Zweifel ist anerkannt, daß Kinder durch öffentliche Wohlfahrtsmaßnahmen auch dann begünstigt werden können, wenn sie kirchliche Schulen aufsuchen. Doch übersieht die weitere Beweisführung des NCWC-Memorandums, daß in allen Entscheidungen des Supreme Court, die die Auslegung des 1. Amendments betreffen, Begrenzungen für die staatlichen Wohlfahrtsmaßnahmen enthalten sind, die die direkte, nicht zweckgebundene Förderung der privaten Schulen ausschließen. In den Entscheidungen *Cochran v. Louisiana* und *Everson v. Board of Education* wird darauf abgestellt, daß die Schulen gerade nicht die Begünstigten sind, sondern die Kinder; lediglich indirekt könne sich eine Förderung der Schule ergeben. Wird nun direkte Hilfe an die Schule geleistet, ist das Verhältnis gerade umgekehrt. Die Nutznießer sind zunächst die Schulen und dann indirekt die Schüler. Grundlage der Beweisführung des NCWC-Memorandums ist, daß sich die religiöse und weltliche Erziehung in den privaten kirchlichen Schulen trennen läßt, ist die Annahme, daß man religiöse und nichtreligiöse Fächer streng trennen könne und die Förderung nichtreligiöser Fächer nicht auch eine Förderung des religiösen Zieles der Schule darstelle. Entscheidend gegen die Argumentation des NCWC-Memorandums spricht der Charakter der kirchlichen Schulen, wie J. Jackson ihn in seiner „dissenting opinion“ in *Everson v. Board of Education* dargestellt hat. Wie sich aus dem kanonischen Recht<sup>240</sup> und den stets wiederholten Äußerungen katholischer Kirchenfürsten entnehmen läßt, können die Fächer wohl unterschieden, nicht aber getrennt werden. Die gesamte Erziehung in den konfessionellen Schulen erfolgt für den Zweck der Erziehung der Schüler in christlichem (katholischem) Geist<sup>241</sup>. Daher müssen die in der Entscheidung *Everson v. Board of Education* enthaltenen Worte, daß keine Institution, die Religion lehrt oder praktiziert, unterstützt werden darf, das ausschlaggebende Moment für die Entscheidung sein, wenn der Schule selbst direkte Hilfe zuteil wird. Die Aufteilung in Finanzierung religiöser Gruppen einerseits und die Bezahlung der Erziehung der Kinder andererseits, die in der Argumentation der Befürworter staatlicher Hilfe enthalten ist, kann nicht daran vorbeiführen, daß in dem Augenblick religiöse Gruppen finanziert werden, in dem die Schule als solche direkt gefördert wird. Hinzu kommt, daß Subventionen in Form der „across the board grants“ es ausschließen, daß garantiert wird, daß die Gelder auch lediglich für nichtreligiöse Zwecke verwandt werden. Zwar wird der Unterricht in weltlichen Fächern auch davon profitieren, ebenso aber auch der religiöse Teil der Erziehung. Andererseits ermöglicht ein Zuschuß der Schule die Benutzung ihrer eigenen Mittel für andere, unter Umständen religiöse Zwecke. Damit aber würde die Regierung im Ergebnis direkt die Verbreitung religiöser Gedanken fördern, und zwar nicht nur mehr oder weniger zufällig („incidentally“), sondern direkt und als primären Erfolg ihrer Maßnahme, womit sie gegen das „no aid to religion“-Prinzip verstieße<sup>242</sup>.

Die Entscheidung *Zorach v. Clausen* brachte insofern keine Änderung dieser Rechtslage, als dort keine direkte aktive Teilnahme des Staates an der Verbreitung religiöser Gedanken zur Debatte stand. Auch dort wird im übrigen wiederholt: „Government may not finance religious groups.“<sup>243</sup>

Nach allem muß die Gewährung von direkten, ungebundenen Zuschüssen an kirchliche Privatschulen als verfassungswidrig angesehen werden, weil das Prin-

<sup>238</sup> NCWC, S. 426.

<sup>239</sup> CIC can. 1215—1224.

<sup>240</sup> Vgl. unten S. 86 ff.; Konvitz, S. 59; Gianella, in: *Harvard L. Rev.*, Bd. 81, S. 573 f.

<sup>242</sup> So auch HEW, S. 351 und S. 373.

<sup>243</sup> Ebenso HEW, S. 358.

zip der Trennung von Staat und Kirche durchbrochen werden würde, wenn „across the board grants“ gewährt werden würden<sup>244</sup>.

#### b) „Across the board loans“

Zu prüfen ist als nächstes, ob die Gewährung von Darlehen an Schulen als solche, die nicht für einen bestimmten Zweck gebunden sind, verfassungsmäßig ist. Wird ein Darlehen zinsverbilligt oder zu sonstigen Bedingungen gewährt, die günstiger als die normalen Kreditmöglichkeiten sind, so liegt bereits hierin die direkte verfassungswidrige Hilfe, die der Gewährung von Zuschüssen entspricht. Fraglich ist, ob dasselbe gilt, wenn Darlehen gegeben werden, die keinerlei wirtschaftliche Vergünstigung enthalten. Die positive direkte Hilfe liegt allerdings bereits in der Tatsache, daß überhaupt ein Darlehen ermöglicht wird. Das HEW-Memorandum<sup>245</sup> zieht im übrigen zutreffend die Parallele zu dem in der Sache *McCollum v. Board of Education* gegebenen Fall, daß Schulräume für religiöse Zwecke zur Verfügung gestellt werden, so daß *McCollum v. Board of Education* unmittelbar als „precedent“ herangezogen wird. Dort wurde der Schulraum unentgeltlich, aber auch ohne daß dem Staat Kosten erwachsen, zur Verfügung gestellt. Dies wurde — zusammen mit anderen Merkmalen — als verfassungswidrige Hilfe angesehen. Dasselbe muß auch hier gelten.

#### c) Die Bezahlung von Schulgeld für alle Schüler

Die Bezahlung von Schulgeld für alle Schüler, sei es zum großen oder kleinen Teil, ist gleichfalls verfassungswidrig, „since they accomplish by indirection what grants do directly“<sup>246</sup>. Im übrigen haben zwei einzelstaatliche Gerichtshöfe, die der *Everson*-Entscheidung folgten, die Bezahlung von Schulgeld für sämtliche Schüler für verfassungswidrig erklärt<sup>247</sup>.

#### d) Andere Formen der Unterstützung

Zwischen den in den Entscheidungen *Cochran v. Louisiana* und *Everson v. Board of Education* behandelten und für verfassungsmäßig erklärten Fällen der Unterstützung von Privatschulen und den für verfassungswidrig zu haltenden behandelten drei Formen liegt eine große Zahl verschiedener anderer möglicher Maßnahmen, die die finanzielle Last des Privatschulunterhalts erleichtern.

Zu nennen sind hier die verfassungsmäßig zulässigen reinen Wohlfahrtsmaßnahmen, die den Schülern der Privatschulen unabhängig davon zugute kommen, ob sie eine Schule besuchen oder nicht, wie z. B. kostenlose Mittagessen auf Grund des National Lunch Act oder verbilligte Milchverteilung durch die Commodity Credit Corporation des Agricultural Departments der USA oder ärztliche und zahnärztliche Betreuung der Schüler. Diese Maßnahmen liegen auf dem reinen Wohlfahrtsgebiet und sind von der Erziehung durch die Schule unabhängig. Kein Staat darf Kinder davon ausschließen, weil die Eltern, ihrem Gewissen folgend, Privatschulen vorziehen<sup>248</sup>.

Daneben gibt es eine Reihe von staatlichen Hilfsmaßnahmen für pädagogische Zwecke. Es handelt sich dabei erstens um Steuermittel, die für einen bestimmten nichtreligiösen Zweck bestimmt („earmarked“) sind und an die Schulen verteilt werden, und zweitens um staatliche Mittel, die an die Schüler verteilt werden, damit diese studieren und lernen können, wo es ihnen beliebt.

<sup>244</sup> Ebenso Pfeffer, *Liberties*, S. 45; ders., in: *Current History* 1961, Heft 240, S. 77 f.; HEW, S. 351; Konvitz, S. 59.

<sup>245</sup> HEW, S. 352.

<sup>246</sup> HEW, S. 352.

<sup>247</sup> *Almond v. Day* 197 Virginia 419; *Swart v. Burlington Town School District* 167 A 2d 514 (Supreme Court of Vermont, 1961); vgl. HEW, S. 352.

<sup>248</sup> Pfeffer, S. 447.

Beispiel aus der Bundesgesetzgebung für die zweite Art von staatlicher Unterstützung ist die inzwischen ausgelaufene sogenannte „G. I.-Bill“, nach der Kriegsverpflichtete und deren Waisenkinder vom Bund Schulgeld erhielten, das sie verwenden konnten, wie und wo sie wollten. Darlehen an bedürftige Studenten und Forschungsstipendien, die in großer Zahl von den verschiedenen Ministerien zur Verfügung gestellt werden, sind weitere Beispiele. Gegen eine derartige Praxis läßt sich auf Grund der „child benefit“-Theorie kaum ein verfassungsrechtliches Bedenken erheben<sup>249</sup>. Die Mittel dienen dem öffentlichen Zweck der Erziehung der Schüler und sind von der religiösen Funktion der Schule getrennt. Daß unter Umständen eine direkte Verrechnung vom Staat an die Schulen erfolgt, ändert nichts daran, daß der Nutznießer der einzelne Schüler ist und nur mittelbar der Schule insofern geholfen wird, als unter Umständen die Zahl der Schüler sich erhöht, was in der Entscheidung *Everson v. Board of Education* ausdrücklich als verfassungsmäßig bezeichnet wurde. Vom Standpunkt des Staates aus ist diese indirekte Förderung der privaten Schulen mehr oder weniger zufällig, da die Wahl der Ausbildungsstätte bei den Eltern oder den Schülern liegt. Die Grenze liegt hier lediglich in der Bezahlung von Schulgeld für alle Schüler.

Beispiele der ersten Art sind Darlehen zum Kauf von Ausrüstungsgegenständen für Mathematik, Naturwissenschaften und Fremdsprachenunterricht<sup>250</sup> oder die Gewährung von Darlehen zum Bau von Studentenheimen durch die „Housing and Home Agency“ des Bundes. Diese zweite Art ist es gerade, die die Kritiker des *Everson-Falles* anführen als Zeichen dafür, daß die Trennung von Staat und Kirche durch die Anerkennung der „child benefit“-Theorie gefährdet sei, wenn sie nicht sogar bereits aufgehoben oder durchbrochen sei. Wie J. Rutledge in seiner „dissenting opinion“ in der Entscheidung *Everson v. Board of Education* ausführt, sei es nicht einzusehen, daß der Staat nicht auch für die Reparatur oder gar den Ersatz einsturzfährdeter Wände oder die Bezahlung von Lehrern, die nichtreligiöse Fächer unterrichten, solle aufkommen können, wenn er bereits den Transport der Kinder zur Schule bezahlen könne. Es bestehe keine Grenze zwischen der Bezahlung von Transportkosten und anderen Kosten der Schule. Und Pfeffer<sup>251</sup> behauptet:

“When the *Everson* decision is coupled with the *Cochran* decision they lead logically to the conclusion that a state may, notwithstanding the First Amendment finance practically every aspect of parochial education, with the exception of such comparatively minor items as the proportionate salaries of teachers while they teach the catechism and the cost of holy fonts and junior missals.”

McCluskey<sup>252</sup>, der staatliche Hilfe in jeder Form bejaht, behauptet ebenfalls, daß auf diesem Wege die Lehrer bezahlt und die Gebäude der Privatschulen unterhalten werden könnten. Das NCWC-Memorandum schließlich zieht aus der Diskussion der *Everson*-, *Cochran*- und *Bradfield*-Fälle die Folgerung, daß die Regierung Erziehung als öffentliche Aufgabe unterstützen dürfe, also auch in dieser zweckgebundenen Form, selbst wenn die Erziehung in einer privaten Konfessionsschule stattfände<sup>253</sup>.

Bei diesen Formen staatlicher Unterstützung gilt das oben unter 2, b, cc Ausgeführte. Es kommt somit darauf an, ob die gewährte Hilfsmaßnahme der religiösen Funktion der privaten Schule dient, oder ob ihre Berührung zu religiösen Fächern

<sup>249</sup> So auch J. Douglas, in: *Engel v. Vital* 370 U.S. 421 (1962).

<sup>250</sup> Zum Beispiel durch den „National Defense Education Act“ und den „Elementary-Secondary Education Act of 1965“.

<sup>251</sup> Pfeffer, S. 476.

<sup>252</sup> McCluskey, in: *Current History* 1961, Heft 240, S. 76.

<sup>253</sup> NCWC, S. 419 und 422.

so „remote and unavoidable“<sup>254</sup> ist und ob durch staatliche Subventionen eigene Gelder der Privatschule für religiöse Zwecke frei werden. Da Darlehen stets zurückgezahlt werden müssen und diese Darlehen für weltliche Zwecke gegeben werden; bezahlt der Staat keine Verbreitung religiöser Anliegen, so daß keine verfassungsmäßigen Bedenken gegen die bestehenden Formen der Darlehensgewährung für bestimmte nichtreligiöse Zwecke bestehen<sup>255</sup>. Die Folgerungen Pfeffers dagegen erscheinen nicht als gerechtfertigt, da häufig sowohl eigene Mittel der Privatschulen für religiöse Zwecke frei werden, wie auch in vielen Fällen die Verbindung zu dem religiösen Lehrstoff so eng ist, daß die Unterstützungsmäßnahme eine Förderung der religiösen Institution der privaten konfessionellen Schulen bedeuten würde. So liegt es im Fall der Bezahlung von Lehrergehältern und von Schulgebäudekosten. Der Supreme Court sah die Bezahlung der Transportkosten zur Schule als äußerste Grenze des verfassungsmäßigen Zulässigen an. Hieran wird der Gesetzgeber sich orientieren müssen.

#### e) Eingliederung von Privatschulen in das öffentliche Schulsystem

In ungefähr 340 Gemeinden Amerikas hatte die katholische Kirche im Jahre 1937 eine besondere Art, Steuermittel für den Unterhalt ihrer Schule zu erhalten, durchgesetzt, welcher nach einer Stadt in Minnesota „Faribault plan“ genannt wird<sup>256</sup>. Die Schulen wurden an die staatliche Schulverwaltung vermietet. Der Mietvertrag lief für jeweils ein Jahr. Dieselben Lehrer wurden beibehalten und vom Staat bezahlt. Examina wurden vom Staat abgenommen. Schulbücher durften nur benutzt werden, wenn die Kirche ihrer Verwendung zugestimmt hatte. Ebenso wurde der Religionsunterricht beibehalten, der am Anfang oder Ende des Schultages erteilt wurde. Die Schulen wurden als öffentliche Schulen bezeichnet.

Der Verstoß einer derartigen Regelung gegen die Bundesverfassung ergibt sich aus folgenden Überlegungen: Handelt es sich tatsächlich um öffentliche Schulen, so darf kein Religionsunterricht erteilt werden, und die Kirche hätte kein Recht, die Art der Schulbücher und die Anstellung der Lehrer mitzubestimmen, da die Kirche dies nach ihren religiösen Gesichtspunkten tut und der Staat somit der Verbreitung religiöser Gedanken in der Schule Vorschub leisten würde. In Wahrheit aber werden hier private Schulen mit dem Namen der öffentlichen Schule versehen, da die Kirche weitgehend die Kontrolle behält. Dann aber ist die finanzielle Zuwendung an die Schule als solche in der Form der Miete und der Bezahlung der Lehrer, unabhängig davon, ob sie Religionsunterricht erteilen oder nicht, rechtswidrig.

Dementsprechend haben einzelstaatliche Gerichtshöfe diese Praxis für verfassungswidrig erklärt<sup>257</sup>.

<sup>254</sup> HEW, S. 376.

<sup>255</sup> So auch HEW, S. 376; das Problem derartiger Darlehen wird allerdings sein zu sichern, daß lediglich nichtreligiöse Funktionen der privaten Schulen gefördert werden, da religiöse und nichtreligiöse Fächer erst zusammen die Einheit der schulischen Erziehung begründen.

<sup>256</sup> Pfeiffer, S. 447 ff.

<sup>257</sup> Harfst v. Hoegan 349 Missouri 808 (1942); Knowlton v. Baumhover 182 Iowa 691 (1918); Williams v. Board of Trustees 173 Kentucky 708 (1917); Zeller v. Huff 55 New Mexico 501 (1951); Berghorn v. Reorganized School District No. 8 Circuit Court, Franklin County Missouri, No. 1291 (1952); Wright v. School District 151 Kansas 485 (1940).

## Zusammenfassung

Die Untersuchung des amerikanischen Verfassungsrechts hat gezeigt, daß im Verhältnis des Staates zu den Religionsgemeinschaften und religiös-weltanschaulichen Überzeugungen und Anliegen das Prinzip der unbedingten staatlichen Neutralität und Trennung gilt. Der Staat ist nicht berechtigt, „Religion“ als persönliches Anliegen oder in der organisierten Form einer Religionsgemeinschaft zu unterstützen, da er neutral nicht nur im Verhältnis der verschiedenen Glaubensrichtungen untereinander, sondern auch gegenüber Nichtgläubigen sein muß. Daraus ergibt sich, daß der Staat keine Steuermittel für religiöse Zwecke und zur Förderung religiöser Vereinigungen, in welcher Form sie auch immer auftreten mögen, verwenden darf. Das führt einerseits dazu, daß die öffentlichen Schulen einen streng weltlichen Charakter aufweisen müssen, und andererseits dazu, daß die privaten kirchlichen Schulen ohne staatliche Subvention auskommen müssen.

Zu beachten ist allerdings, daß dieses Trennungsprinzip Ausfluß einer religiösen Haltung ist und von dem Grundsatz ausgeht, daß der Staat religiösen Anliegen gegenüber zwar neutral, nicht aber feindlich sein darf. Aus diesem Grundsatz heraus ist der Staat nicht gehindert, den Stundenplan in den öffentlichen Schulen so einzurichten, daß private religiöse Tätigkeiten außerhalb der Schulen möglich sind, so lange keine aktive positive Förderung durch den Staat damit verbunden ist. Daraus ergibt sich weiter die Einschränkung des „no aid to religion“-Prinzips der Art, daß es nicht als Hilfe an religiöse Institutionen angesehen wird, wenn der Staat lediglich seinen Bürgern hilft, eine nichtreligiöse, weltliche Erziehung zu erhalten, und zwar auch in kirchlichen Privatschulen, so lange der konfessionellen Funktion der konfessionellen Privatschule nicht geholfen wird. Damit ist die Mauer der Trennung zwischen Staat und Kirche zwar nicht so „hoch und undurchdringlich“, wie J. Black in der Entscheidung *Everson v. Board of Education* es glaubte, zumal auch der Supreme Court anerkennt, daß Trennung zwischen Staat und Kirche nicht bedeuten kann, daß die staatliche Institution der Schule ohne Bezugnahme auf religiös-weltanschaulich bedeutsames Geistesgut arbeiten kann und daß eine Berührung zwischen Staat und Kirche ausgeschlossen ist. Doch wird das Hauptanliegen der „Establishment Clause“, staatliche Unterstützung und staatliche Hilfsmaßnahmen für das als höchstpersönlich angesehene Anliegen der Religion und die Benutzung religiöser Gedanken für weltliche Zwecke zu unterbinden<sup>253</sup>, weitgehend verwirklicht.

---

<sup>253</sup> J. Brennan in *School District v. Schempp* 83 S. Ct. 1560, 1576 (1963).

## 2. Teil:

# Schule und Religion in Deutschland

### 1. Abschnitt: Die geschichtliche Entwicklung der Schule

Die amerikanische Rechtslage beruht auf dem revolutionären Akt der Erklärung der Unabhängigkeit von England und der dadurch ermöglichten Verfassungsgebung. In die Vereinigten Staaten von Amerika waren im Laufe der Jahrhunderte vor allem Menschen eingewandert, die in Europa weder wirtschaftlich noch geistig mit der bestehenden Ordnung einverstanden waren und in Amerika einen Neubeginn ihrer persönlichen Existenz verwirklichen wollten. Die amerikanische Erklärung der Unabhängigkeit vom 4. Juli 1776 war daher die logische Folge einer Entwicklung, die sich aus dem Bestreben nach Neugestaltung der persönlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse ergeben mußte. Mit der politischen Ordnung war zu dieser Zeit die kirchliche Ordnung untrennbar verbunden. Das System der Staatskirchen („established Churches“) mußte daher mit der überkommenen politischen Ordnung abgeworfen werden. Die amerikanische Revolution war eine Revolution gegen staatliche und kirchliche Vorherrschaft und Beherrschung des einzelnen.

In Deutschland dagegen ist die geschichtliche Entwicklung nicht durch eine grundlegende, erfolgreiche Revolution mit einem entscheidenden Neubeginn, sondern durch Evolution, durch gescheiterte und durch im Kompromiß verwässerte Revolutionen bestimmt. Deutschland konnte und wollte sich von dem politischen und geistigen Erbe nicht durch einen radikalen Schnitt befreien, sondern mußte Schritt für Schritt eine neue Ordnung finden. Die Schule, in der Neuzeit stets Mittelpunkt der Bemühungen um die Weitergabe des bestehenden geistigen Erbes, mußte daher unter dem Einfluß der bestehenden geistigen und politischen Strömungen stehen. Einerseits werden sich in ihr die geschichtlichen Entwicklungen widerspiegeln und andererseits ist die heutige Lage des Schulrechts in Deutschland ohne die geschichtliche Entwicklung nicht voll verständlich.

### 1. Erziehung und Bildung bis zur Reformation

Im römischen Reich bedienten sich die Christen des vorhandenen Schulsystems. Selbst nach dem Toleranzedikt von Mailand (313 n. Chr.) und nach der Erhebung des Christentums zur Staatsreligion unter Konstantin dem Großen (324—337) schickten weiterhin christliche Eltern ihre Kinder in die allgemeinen Schulen, die den Anhängern der verschiedenen Religionen offenstanden und vermittelten das religiöse Gedankengut und Brauchtum im Hause und in der kirchlichen Glaubensgemeinschaft<sup>259</sup>.

Das Bildungs- und Erziehungswesen in Deutschland war dagegen von seinen Anfängen unter Karl dem Großen an bis zum Beginn des 12. Jahrhunderts fast ausschließlich mit der Kirche als alleinigem Bildungsträger verbunden. Stifts-, Kloster- und Domschulen nahmen sich nicht nur des künftigen Nachwuchses der Kirche, sondern auch der Knaben aus dem Adel und allmählich auch aus dem bürgerlichen Patriziat an, um sie in den elementaren Fächern des Schreibens, Lesens und Rechnens sowie in den sieben freien Künsten zu unterrichten. Die staatliche Organisation erhob keinerlei Erziehungsanspruch. Die geistliche Autorität war unangefochten alleiniger Erziehungsträger, zumal die weltliche Macht

<sup>259</sup> v. d. Driesch-Esterhues, S. 120, 123.

sich im wesentlichen als Schützerin des abendländischen Christentums verstand und daher selbst, wenn sie Bildungsaufgaben zu ihrem Wirkungskreis gezählt hätte, es doch nur als Anwalt der Kompetenzverteilung des kanonischen Rechts hätte tun können<sup>260</sup>. Gegensätze zwischen Kirche, Eltern und Staat tauchten dementsprechend nicht auf. Die Einheit der Erziehung war gegeben durch die universal-christliche Bildung, die von der Kirche vermittelt wurde.

Mit dem Aufkommen und Blühen des Ritterstandes entwickelte sich daneben für die Angehörigen des Ritterstandes die Form der ritterlichen Bildung und Erziehung im Kreis der Familie, und zwar meist einer anderen. Das Erziehungsideal war begründet in dem Standesideal, nämlich in der Dreiheit von Gottesdienst, Herrendienst und Frauendienst, und die Tugenden, die der Ritter zu diesem dreifachen Dienst benötigte, waren Frömmigkeit, Waffentüchtigkeit und Höflichkeit.

Die gegen Ende des 13. Jahrhunderts im Zuge der Entwicklung der Städte aufkommenden Stadtschulen brachten hierin keinen grundlegenden Wandel. Der Rat der Stadt trat hier als Schulgründer und Schulherr auf. Aber abgesehen davon, daß die Lehrer dieser Schulen meist Geistliche waren, beruhte auch diese Erziehung, die von der Muttersprache ausgehend bis zu den Anfängen des Lateinischen unterrichten sollte, gemäß dem mittelalterlichen Weltbild in der christlichen Lehre. Ein wesentlicher Unterschied zwischen den fortbestehenden kirchlichen Schulen bestand nicht<sup>261</sup>. Auch diese Schulen sollten keinen staatlichen Erziehungsanspruch verwirklichen, da ihr Besuch freiwillig war und nur bestimmten Kreisen offenstand.

Daneben entstanden die Lehreinrichtungen der Zünfte, die Zunftschulen, die die Ausbildung und Erziehung der Lehrlinge im Kreise der Familie des Meisters ergänzten und dazu bestimmt waren, den zukünftigen Meistern die erforderliche Unterweisung in der „Christenlehre“ zu geben.

In allen Bildungs- und Erziehungseinrichtungen des Mittelalters war Kernstück der Bemühungen die religiöse Erziehung, die auf ein Leben nach christlicher Lehre hinzielte. Bildung und Erziehung waren durchformt und durchdrungen vom Christentum, das das ganze Leben gestaltete; Erziehungsziel und Bildungsgut waren von der Kirche im Anschluß an die Antike überliefert. Die öffentliche Gewalt erhob keinerlei Erziehungsrechte, sie überließ die Ausbildung der Jugend den Eltern und der Kirche.

## 2. Das Zeitalter der Reformation und des Absolutismus

Das 16. Jahrhundert brachte zunächst einen Rückschlag des Bildungswesens, denn überall da, wo die Reformation die kirchliche Ordnung auflöste, schwand mit der kirchlichen Autorität, die bisher Trägerin der Schulen gewesen war, auch der geordnete Schulbetrieb, der bereits im Mittelalter dazu geführt hatte, daß weite Volkskreise eine schulische Erziehung erhalten hatten. Zahlreiche städtische Schulen schlossen in den Wirren der Zeit — oft auch wegen der religiösen Auseinandersetzungen.

Mit dem Sendschreiben „An die Bürgermeister und Ratsherren der deutschen Städte, daß sie christliche Schulen halten und aufrichten sollen“ (1524) trat Luther diesem Verfall mit einem Schulprogramm entgegen, das durch seine religiös-ethische Begründung zu starker Wirkung gelangte und die Grundlage der evangelischen Erziehungslehre und des modernen Erziehungssystems legen sollte. Luther geht von dem natürlichen Erziehungsrecht der Eltern aus, weshalb Erziehung und Bildung der Kinder Pflicht und Recht der Eltern seien. Da aber Eltern

<sup>260</sup> Fischer, S. 205.

<sup>261</sup> v. d. Driesch-Esterhues, S. 183.



aus Ungeschick, aus bösem Willen oder aus tatsächlicher Unmöglichkeit ihre Aufgabe nicht stets erfüllten, müsse die Obrigkeit hilfsweise und ergänzend eingreifen<sup>262</sup>. Aber neben dieser von den Eltern abgeleiteten Erziehungstätigkeit wird der Erziehungsanspruch und die Erziehungspflicht des Staates von Luther unmittelbar aus der Regierungspflicht und dem Auftrag der Obrigkeit, für das Wohl des Ganzen zu sorgen, abgeleitet. So wurde die Schulgründung zur sittlichen Pflicht der staatlichen Gemeinschaft. Folgerichtig befürwortete Luther in der Schrift „Ein Sermon oder Predigt, daß man solle die Kinder zur Schule halten“ (1530) einen staatlichen Schulzwang<sup>263</sup>. Unmißverständlich machte Luther allerdings klar, daß Schulen von christlichem Geist durchdrungen sein und der Religionsunterricht im Mittelpunkt stehen müsse, wenn er schreibt: „Die Schule muß die nächste bei der Kirche sein. Wo die Heilige Schrift nicht regiert, da rate ich niemand, daß er sein Kind hintue.“<sup>264</sup>

Das Volksschulwesen erfuhr durch die Reformation keine Umgestaltung. Auch weiterhin bestanden die Deutschschulen und Schreibschulen in den Städten und die Küsterschulen auf dem Lande. Diese Schulen wurden auch weiterhin von den Kirchen getragen. Der Staat nahm sich zwar der Schulen an, sah sie aber nicht als ihm unterstellte Einrichtungen, sondern als Organ der Kirche an und regelte die Schulangelegenheiten bezeichnenderweise durch die Kirchenordnungen<sup>265</sup>. Selbst im Westfälischen Frieden (1648) wurden die Schulen noch als „annexum ecclesiae“ angesehen<sup>266</sup>. Daneben entstanden auf Grund Melanctons Bemühungen im protestantischen Deutschland zahlreiche Lateinschulen aus einer Synthese von Reformation und Humanismus, die im wesentlichen an die vorreformatorischen Lateinschulen anknüpften. Christliche Frömmigkeit und klassische Beredsamkeit waren ihr Erziehungsziel. Im katholischen Teil Deutschlands gründeten die wiedererstandenen Lehrorden und die Kirche, die vom Staat beauftragt und gefördert wurden, neue Schulen<sup>267</sup>.

Erst im 17. Jahrhundert nahm der Staat Erziehungs- und Bildungsaufgaben für sich in Anspruch und bildete ein öffentliches Schulwesen mit Unterrichts- und Schulzwang aus, ein System, das durch die Reformation geistig vorbereitet war. Die staatskirchenrechtliche Entwicklung, die eine Kirchengliederung der protestantischen Kirchen in die staatliche Organisation mit sich brachte, führte zu einer Einverleibung der bisher als Einrichtungen der Kirchen angesehenen Schulen in die staatliche Organisation. Nicht nur als oberstes Kirchenregiment, sondern auch als höchste weltliche Macht nahm der Staat das Recht in Anspruch, die Erziehung und Bildung seiner unmündigen Untertanen sicherzustellen, die Eltern zu verpflichten, die Kinder einer geregelten Schulbildung zuzuführen, selber Schulen zu gründen und zu unterhalten und alle bestehenden Erziehungseinrichtungen zu genehmigen und zu überwachen. Zu einer akuten Auseinandersetzung zwischen Staat, Kirche und Eltern kam es freilich nicht, da der souveräne Staat sich zunächst weitgehend der kirchlichen Schulorganisation bedienen mußte — unter staatlicher Aufsicht —, sei es aus Mangel an finanziellen Mitteln, sei es aus klugem Kompromiß mit den alten Erziehungseinrichtungen<sup>268</sup>. Der Geist, der diese Schulen bestimmte und der durch Anordnungen des Landesherrn vorgeschrieben wurde, war der einer religiösen, ethischen und spezifisch staatlichen Haltung. Der Staat verstand sich als Herr und Schützer der Kirche und hatte sich die Förderung des christlichen Glaubens zu eigen gemacht, ein Gedanke, der sich

<sup>262</sup> Holstein, in: AöR, Bd. 12 (1927), S. 208.

<sup>263</sup> v. d. Driesch-Esterhues, S. 230.

<sup>264</sup> Zit. nach v. d. Driesch-Esterhues, S. 233.

<sup>265</sup> Vgl. „Kirchen-Ordnung in Churfürstenthum der Marken zu Brandenburg, wie man sich beide mit der Leer und Ceremonien halten sol. von 1540“, Mylius I, Spalte 6 ff., besonders Spalte 246.

<sup>266</sup> v. d. Driesch-Esterhues, S. 239.

<sup>267</sup> Heckel, PschR., S. 14.

<sup>268</sup> Fischer, S. 210.

vor allem in der Schule auswirken mußte. Probleme in bezug auf verschiedene Bekenntnisse der Schüler traten wegen der weitgehenden religiösen Geschlossenheit der einzelnen Gebiete nicht auf.

Je mehr sich die staatliche Macht in der Epoche des Absolutismus festigte, um so mehr wurden die Schulen „Veranstaltungen des Staates“. Am 28. September 1717 wurde von Friedrich Wilhelm I. in Preußen die „Verordnung, daß die Eltern ihre Kinder zur Schule, und die Prediger die Catechisationes, halten sollen“, erlassen<sup>269</sup>. Die Eltern wurden unter Androhung von Strafe angehalten, ihre Kinder in die Schule zu schicken. Die Begründung für diese Maßnahme gibt die Einleitung der Verordnung, in der es zur Aufgabe des Staates erklärt wird, dem „höchst verderblichen Übel“ der Unwissenheit beim Lesen, Schreiben und Rechnen und bei den Heil und Seligkeit dienenden Angelegenheit abzuhelpfen. Da aber auch jetzt noch keine Möglichkeit gegeben war, allen Kindern die als notwendig erkannte Bildung zukommen zu lassen, da die Gründung von Schulen noch der Initiative der Gemeinden und der Privatinitiative überlassen blieb, beschränkte diese Verordnung den Schulzwang auf Orte „wo Schulen seyn“. Der fortschreitende Ausbau des öffentlichen Schulwesens schloß die Beteiligung der Kirchen an der Kindererziehung in den Schulen nicht aus. Es gelang zwar dem absoluten Staat, die Kirchen endgültig seiner Autorität zu unterstellen und sie dadurch zu einem der Schule in gewissem Sinne nebengeordneten Erziehungsträger für seine Untertanen im staatlichen Rahmen herabzudrücken<sup>270</sup>. Die Lehren der Kirchen auf ethischem und religiösem Gebiet bildeten aber die Grundlage der gesamten Schulerziehung.

Die vorhandene Entwicklung des Schulwesens wurde in Preußen durch das General-Landschul-Reglement vom 12. August 1763<sup>271</sup> durch König Friedrich II. zusammengefaßt, an das sich das Land-Schul-Reglement für die Römisch-Katholischen in Schlesien und der Grafschaft Glatz anschloß. Auch hier wurde zunächst in der Einleitung die Notwendigkeit staatlicher Schulbildung damit begründet, daß der „den Christen unanständigen“ Unwissenheit begegnet werden müsse und daß geschickte Untertanen herangebildet werden müßten. Dementsprechend wurde angeordnet, daß alle, denen die Erziehung der Jugend obläge, die Kinder vom 5. bis zum 13. und 14. Lebensjahr in die Schule schicken müßten. Die weit-aus größte Zahl der Wochenstunden wurde der religiösen Unterweisung vorbehalten<sup>272</sup>, wie überhaupt die Schulen dieser Zeit vom Geist des jeweiligen Bekenntnisses durchformt waren. Die Gründe für diese Betonung der religiösen Unterweisung durch Friedrich den Großen, der fest auf dem Boden der Aufklärung stand und der vom Religionsunterricht behauptete, „er beschäftige sich nur damit, Vorurteile und Irrtümer dem zarten Gehirn der Jugend einzuprägen“<sup>273</sup>, sind darin zu sehen, daß dieser zugleich durch eine Toleranz ausgezeichnet war, die es ihm erlaubte zu schreiben: „Es ist eine Vergewaltigung, wenn man den Vätern die Freiheit nimmt, ihre Kinder nach ihrem Willen zu erziehen; es ist eine Vergewaltigung, wenn man Kinder in die Schule der natürlichen Religion schickt, während die Väter wollen, daß sie katholisch werden, wie sie selber.“<sup>274</sup> Diese Entwicklung, die in Preußen typisch und richtungsweisend für ganz Deutschland war, vollzog sich mehr oder weniger schnell in allen Ländern Deutschlands. Ziel der Erziehung war überall die Heranbildung tüchtiger Untertanen auf der Grundlage des religiösen Bekenntnisses der Bevölkerung.

<sup>269</sup> Mylius I, Spalte 527.

<sup>270</sup> Fischer, S. 212.

<sup>271</sup> Mylius II, Spalte 265.

<sup>272</sup> v. d. Driesch-Esterhues, S. 382; vgl. Mylius II, Spalte 274 ff.

<sup>273</sup> Zit. nach v. d. Driesch-Esterhues, S. 382.

<sup>274</sup> „Abhandlung über die Vorurteile“, Werke Friedrichs des Großen, hrsg. v. Berthold Volz, Berlin 1912, Bd. 7, S. 242.

Die Praxis des Privatunterrichts und die Errichtung von Privatschulen blieb daneben unberührt, so daß es möglich war, die damals vertretenen Gedanken der Aufklärung auch im pädagogischen Bereiche zu verwirklichen<sup>275</sup>.

### 3. Vom Allgemeinen Landrecht bis zur Weimarer Verfassung

Die erste umfangreiche und grundlegende Regelung des ganzen Bildungswesens enthielt das ALR im Teil II Titel 12, das die aufgezeigte Entwicklung zusammenfaßte und sowohl den absolutistischen Ideen wie auch aufgeklärten, konstitutionell-rechtsstaatlichen Gedanken huldigte. Die Schule wurde nun ausdrücklich als „Veranstaltung des Staates“ bezeichnet (§ 1 II 12 ALR), womit zum Ausdruck gebracht wurde, daß alle Schulen — öffentliche wie private — der Genehmigung, Beaufsichtigung und Leitung des Staates unterlagen<sup>276</sup>. Auch weiterhin wurde die private Erziehung trotz des staatlichen Schulzwanges gestattet. Wenn daher § 43 II 12 ALR sagt: „Jeder Einwohner, welcher den nötigen Unterricht für seine Kinder in seinem Hause nicht besorgen kann oder will, ist schuldig, dieselben nach zurückgelegtem fünftem Jahr zur Schule zu schicken“, so ist damit keine allgemeine Schulpflicht, sondern lediglich ein Unterrichtszwang festgelegt. Diese Begrenzung des staatlichen Erziehungsinteresses war schon deshalb nötig, weil auch jetzt noch mangels ausreichender Lehrer und öffentlicher Schulen eine allgemeine Schulpflicht nicht zu verwirklichen war. Demgemäß wurden in den §§ 3 bis 8 Privatschulen zugelassen, die allerdings bestimmte Auflagen zu erfüllen hatten, die so streng waren, daß die Errichtung „unter Verbotsgesetz mit Erlaubnisvorbehalt“ stand<sup>277</sup>. Der Vorrang der öffentlichen Schulerziehung, der im 18. Jahrhundert sich herauszubilden begann, hatte damit seine gesetzliche Verankerung erfahren.

Die öffentlichen Schulen waren ohne Rücksicht auf die Konfessionen zugänglich (§ 10 II 12 ALR). Die Möglichkeit einer Simultanschule wurde damit im öffentlichen Schulwesen eröffnet. Da aber an Orten, wo wegen verschiedener Bekenntnisse mehrere Schulen errichtet waren, jeder Einwohner nur zur Unterhaltung des Schullehrers seiner Konfession verpflichtet war (§ 30 II 12 ALR), bestanden in der Regel Bekenntnisschulen und gehörten Simultanschulen in Preußen zu den Seltenheiten<sup>278</sup>, obwohl das ALR weder Bekenntnis- noch Gemeinschaftsschulen vorschrieb.

Immerhin war der Religionsunterricht an öffentlichen Schulen Pflichtfach für alle Kinder. Schüler, die einem anderen Bekenntnis als dem angehörten, welches in der Schule gelehrt wurde, konnten zu dem Unterricht der anderen Konfession nicht angehalten werden (§ 11 II 12 ALR). In der preussischen Schulverwaltung galt allerdings der Grundsatz, daß kein Kind ohne religiöse Unterweisung aufwachsen dürfe, weil für alle Schüler ein gleichmäßiger Unterricht zu erteilen sei, der auch die religiöse Schulung einschließe. Die Verwaltung hielt sich daher für berechtigt, Kinder von Eltern, die keiner der beiden christlichen Hauptkonfessionen oder dem Judentum angehörten — „Dissidentenkinder“ —, zum Besuch des Religionsunterrichts der von ihnen besuchten öffentlichen Schule zu zwingen<sup>279</sup>.

<sup>275</sup> Beispielhaft ist die von Basedow in Dessau im Jahre 1774 eröffnete „Normalschule“, „Philanthropin“ genannt, in der er seine in den Schriften: „Vorstellung an Menschenfreunde und vermögende Männer über Schulen, Studien und ihren Einfluß in der öffentlichen Wohlfahrt“ (1768), „Methodenbuch für Väter und Mütter der Familien und Völker“ (1770) und „Elementarbuch“ (1774) geäußerten Ansichten zu verwirklichen suchte. Danach wurde die Staatsschule als „Menschheitsbeglückungsanstalt“ verstanden, in welcher „der Unterricht von der Art sein (mußte), daß bei Gelegenheit der weltlichen Wissenschaft von den Lehrern und in den Schulbüchern keine Voraussetzungen von der Falschheit oder Wahrheit einer der unter den zusammenwohnenden Religionen vorkäme, viel weniger eine Feindschaft gegen irgendeine bezeugt würde“ — zitiert nach v. d. Driesch-Esterhues, S. 352. — In dieser Zeit, die sich von der Erziehung die Lösung der sozialen, ethischen und wirtschaftlichen Probleme erhoffte, wurde erstmals der Gedanke einer konfessionsfreien Erziehung gedacht, beschrieben und weit verbreitet. Ein entscheidender Einfluß auf die Gestaltung des öffentlichen Schulwesens und der Privatschulen blieb diesem Gedanken allerdings zunächst verwehrt.

<sup>276</sup> Anschütz, Preuß. Verf., S. 413.

<sup>277</sup> Anschütz, a. a. O., S. 395.

<sup>278</sup> Anschütz, a. a. O., S. 443; Stein, Elternrecht, S. 5; Kern, Staat und Kirche, S. 131.

<sup>279</sup> Anschütz, Preuß. Verf., S. 338, 233 ff.

Insgesamt läßt die Regelung des ALR das Festhalten an der alten Idee erkennen, daß der Staat für das geistliche Wohl seiner Bürger verantwortlich sei. Dem Elternrecht wurde hier zwar insofern entsprochen, als private Erziehung gestattet blieb. In religiös-weltanschaulicher Hinsicht aber fühlte sich der Staat zu weitgehenden Reglementierungen und Eingriffen berechtigt, da er sich den Kirchen nach wie vor verpflichtet fühlte und der „Thron“ dem „Altar“ Dienste leistete, zumal erwartet wurde, daß die dem Staat untergeordnete Kirche bereits dadurch dem „Thron“ Dienste leistete, daß ihre Lehren geeignet seien mitzuwirken, Ruhe und Ordnung im Staate aufrechtzuerhalten. Diese Situation im Schulrecht ist daher zu erklären aus dem eigennützigen Interesse des Staates an der Kirche, nicht mehr — wie etwa im Mittelalter — aus religiösen Motiven und der Einheit des Weltbildes, eine Situation, wie sie im wesentlichen während des ganzen 19. Jahrhunderts in Preußen und vielen Teilen Deutschlands bestehen bleiben sollte.

Die Erklärung der Menschenrechte in der französischen Revolution und deren Auswirkungen, die aufkommenden liberalen Erziehungsvorstellungen und die später auftretenden „sozialistischen“ Vorstellungen führten zu einer Erschütterung der Grundlagen des absolutistischen Erziehungswesens und zu einer „labilen Koexistenz zwischen Staat, Kirche und Eltern“<sup>280</sup>. Die Auseinandersetzungen zwischen liberaler, konservativer, lutherischer und katholischer Schulpolitik beherrschten das 19. Jahrhundert. Die liberale Erziehungspolitik huldigte einem rationalistischen Fortschrittsglauben und forderte grundsätzliche Freiheit der Erziehung von Staat und Kirche, eine Forderung, die hinsichtlich der Freiheit von kirchlichem Einfluß von sozialistischen Wortführern aufgegriffen wurde. Die konservative Haltung sah im Bunde mit der politischen und religiösen Romantik und der spekulativen Philosophie die öffentliche Erziehung als eine durch Religion und Staatsgesetz auferlegte heilige und notwendige Verpflichtung des Staates an<sup>281</sup>. Die katholische Kirche kämpfte für die konfessionelle Schule, die nach der religiösen Überzeugung der Eltern einzurichten sei, da die Eltern die Grundpfeiler der Erziehung überhaupt seien, ein Verlangen, das auch von der evangelischen Kirche und konservativen Kreisen unterstützt wurde.

Ausfluß der liberalen Haltung war das Schulreglement für Schlesien und die Grafschaft Glatz aus dem Jahre 1801, das die Möglichkeit der Simultanschule vorsah und in seiner Ziffer 7 vorschrieb:

„Zu Lesebüchern sollen solche gewählt werden, die nichts von den Unterscheidungslehren der einen oder anderen Religion enthalten. Desgleichen müssen sich alle Kinder zu dem gemeinschaftlichen Gebet oder Gesang bei dem Anfang oder Ende vereinigen, wie solches hergebracht ist, doch muß dieses Gebet oder Gesang nichts einseitiges einer Religionspartei haben.“<sup>282</sup>

Im Herzogtum Nassau wurde aus derselben Geisteshaltung der Aufklärung, die den Einfluß der Kirchen verdrängen wollte, darüber hinausgegangen und durch Edikt vom 24. März 1817 die Simultanschule als Regelschule angeordnet. Die Elementarschule stand danach jedermann ohne Ansehen von Geschlecht, Religion, Stand oder künftiger Bestimmung offen. Die Lehrer sollten von verschiedenen Konfessionen genommen werden, wo gemischte Konfessionen bestanden und mehrere Lehrer notwendig waren<sup>283</sup>.

Im übrigen Preußen aber blieb es bei der vorwiegend bestehenden Konfessionsschule.

<sup>280</sup> Stein, Elternrecht, S. 5.

<sup>281</sup> Stein, Elternrecht, S. 6.

<sup>282</sup> Zit. nach Maurer, S. 16.

<sup>283</sup> Vgl. Anschütz, Preuß. Verf., S. 441.

Der Einfluß der Kirchen blieb hier, obwohl die Schulen als Veranstaltungen des Staates galten und damit der staatlichen Aufsicht und Direktion unterstellt waren, weitgehend erhalten. Die Geistlichkeit wurde an der Aufsicht beteiligt, indem vorgeschrieben wurde, daß die Gerichtsbarkeit jedes Ortes bei der „Direktion“ der Schule die Geistlichkeit zuziehen soll und die unmittelbare Aufsicht über die Schule von der Obrigkeit und dem Ortsgeistlichen gemeinsam zu handhaben sei (§§ 12 ff. II 12 ALR). In Ausübung der Organisationsgewalt des Staates wurde den Geistlichen der Hauptkonfessionen Sitz und Stimme in der städtischen Schuldeputation eingeräumt und wurde der Ortsgeistliche zum regelmäßigen Vorsitzenden des ländlichen Schulvorstandes bestellt. Auf Brauch und Tradition beruhte daneben, daß die Ämter des Ortsschulinspektors und in der Regel auch des Kreisschulinspektors ausschließlich Geistlichen im Nebenamt übertragen wurden<sup>284</sup>. Kirche und Staat waren eng miteinander verbunden, was sich gerade hier im Schulbereich besonders stark auswirkte.

Die verschiedenen Anschauungen über die Rolle der Schule kamen in der Frankfurter Nationalversammlung deutlich zum Ausdruck. Die verschiedenen Meinungen charakterisiert anschaulich die Klage des Abgeordneten Gustav v. Rümelin (Tübingen):

„Auf die Frage: Wer soll für den Unterricht sorgen? gibt man vier Antworten. Die einen sagen: die Eltern; und das ist der Standpunkt der völligen Unterrichtsfreiheit mit den trostlosen Folgen, die wir z. B. in England sehen. Da besteht die Freiheit, die Kinder zu unterrichten, in der Freiheit, sie nicht zu unterrichten. Der zweite Standpunkt ist: die Schule gehört den Gemeinden; und wenn man das streng durchführt, so heißt das: man gibt die Schule entweder der Unwissenheit oder der Geistlichkeit in die Hände. Der dritte Standpunkt ist: die Schule gehört der Kirche. Das ist der Standpunkt der vergangenen Jahrhunderte, aus dem wir heraus wollen. Der vierte Standpunkt ist: die Schule gehört dem Staate; das ist der Standpunkt des Polizeistaates.“<sup>285</sup>

Das Ergebnis der Auseinandersetzungen in der Frankfurter Nationalversammlung war ein Kompromiß, der die wichtige Frage der religiösen Erziehung und des Rechts der Kirchen der einzelstaatlichen Gesetzgebung überlassen mußte und daher über den konfessionellen Charakter der Schule und über den Religionsunterricht keine Bestimmung enthalten konnte. Die Schule wurde der Oberaufsicht des Staates unterstellt (§ 153). Der Staat sollte durch öffentliche Schulen für die Bildung der Jugend „genügend“ sorgen (§ 155), d. h. es wurde der Vorrang des öffentlichen Schulwesens gesichert vor dem privaten, dem im übrigen freie Entfaltung gesichert wurde (§ 154). Eine allgemeine Schulpflicht wurde nicht eingeführt, sondern lediglich vorgesehen, daß die Eltern die Kinder nicht ohne den Unterricht lassen dürfen, welcher für die Volksschulen vorgesehen ist (§ 156).

Nachdem die in der Nationalversammlung versuchte Einigung Deutschlands und damit die Verfassung von 1849 gescheitert und das Frankfurter Parlament aufgelöst waren, blieben lediglich die Ideen der 1848er Revolution bestehen, die sich auch in der Preußischen Verfassung von 1850 in abgeschwächter und abgewandelter Form erhielten. Der Versuch der Reichsverfassung von 1849, eine Trennung von Staat und Kirche durchzuführen (RV § 147)<sup>286</sup>, wurde in der neuen preußischen Verfassung nur in der Form verwirklicht, daß die alte staatliche Kirchenhoheit zu Gunsten einer Selbstverwaltung der Kirchen eingeschränkt

<sup>284</sup> Anschütz, Preuß. Verf., S. 440.

<sup>285</sup> Zit. nach Stein, Elternrecht, S. 8.

<sup>286</sup> Vgl. unten S. 113.

wurde (Art. 15 Preuß. Verf.)<sup>287</sup>. Der Staat unternahm die ersten Schritte, um sich von den Kirchen zu trennen, ohne aber den Landeskirchen die ihnen zustehende, feierlich verbriefte Stellung — d. h. ihre Vorrechte vor anderen Religionsgesellschaften — zu beeinträchtigen<sup>288</sup> und ohne die staatliche Aufsicht über die Religionsgesellschaften preiszugeben, die vermittels allgemeiner und besonderer Gesetze ausgeübt wurde<sup>289</sup>.

War man bei Schaffung der Verfassung von 1850 auch bereit, in der Befreiung der Kirchen vom Staat voranzuschreiten, „so war man, vielleicht gerade deshalb, um so fester entschlossen, mit der Kirche nicht auch noch die Schule zu ‚befreien‘, das heißt, sie aus der Hand des Staates in die der Kirche zu geben“<sup>290</sup>. Weder der Liberalismus noch die Staatsregierung waren bereit und genötigt, der katholischen Auffassung über das richtige Verhältnis von Kirche und Schule Zugeständnisse zu machen.

Die Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 schloß sich in wesentlichen Punkten dem Entwurf der Reichsverfassung von 1849 an, die sie sich teils sogar wörtlich zum Vorbild nahm. § 156 RV fand sich wieder in Artikel 21 Absatz II, so daß auch in Preußen keine Schulpflicht, sondern lediglich ein Unterrichtszwang vorgesehen war, da nirgendwo vorgeschrieben wurde, daß die Kinder den Unterricht, „welcher für die öffentlichen Volksschulen vorgeschrieben ist“ (Art. 21 Abs. II), nicht auf andere Weise als durch den Besuch der öffentlichen Schule erhalten konnten. Der Privatunterricht und die Privatschule wurden gewährleistet und lediglich an den Nachweis der sittlichen, wissenschaftlichen und technischen Befähigung geknüpft (Art. 22). Der Vorrang der öffentlichen Schulbildung wurde auch hier in wörtlicher Übernahme des § 155 RV von 1849 betont, wie auch hier die Bestimmung, daß für die Bildung der Jugend durch öffentliche Schulen genügend gesorgt werden soll (Art. 21 Abs. I) die Artikel über das Schulwesen einleitet<sup>291</sup>. Ohne Vorbild in der Reichsverfassung war lediglich Artikel 24 der Preußischen Verfassung, der die religiös-weltanschauliche Seite der Schulerziehung dadurch regelte, daß er vorschreibt:

(I) „Bei der Einrichtung der öffentlichen Volksschule sind die konfessionellen Verhältnisse möglichst zu berücksichtigen.“

(II) „Den religiösen Unterricht in der Volksschule leiten die betreffenden Religionsgesellschaften.“

Bei der Aufnahme dieses Artikels ging man davon aus, daß Religionsunterricht als obligatorisches Fach beizubehalten sei, und hat dabei an zweierlei gedacht: daran, daß die Volksschulen regelmäßig als Konfessionsschulen einzurichten seien, wie es praktisch bereits der Fall war, und zweitens daran, daß den Kirchen ein irgendwie gearteter Einfluß nicht nur auf den Religionsunterricht — auf diesen aber auf Grund ihrer überlegenen Sachkenntnis besonders —, sondern auch auf die inneren Schulangelegenheiten überhaupt erhalten bleiben würde, wie er bereits bestand, ohne daß dadurch die staatliche Schulaufsicht berührt werden würde<sup>292</sup>.

Immerhin enthielt die Preußische Verfassung von 1850 eine bloße Direktive für den Gesetzgeber, da die Verfassungsbestimmungen über die Schule durch Artikel 112 bis zur Schaffung eines Gesetzes suspendiert blieben. Dieses Gesetz kam hinsichtlich der staatlichen Schulaufsicht (Art. 23 Abs. I) erst durch das „Gesetz betreffend der Beaufsichtigung des Unterrichts- und Erziehungswesens“ vom

<sup>287</sup> Anschütz, Preuß. Verf., S. 286.

<sup>288</sup> Anschütz, a. a. O., S. 284.

<sup>289</sup> Anschütz, a. a. O., S. 293 f.

<sup>290</sup> Anschütz, a. a. O., S. 365.

<sup>291</sup> Anschütz, a. a. O., S. 381.

<sup>292</sup> Anschütz, a. a. O., S. 438 f.

11. März 1872, das die staatliche Schulaufsicht betonte, um dieses Prinzip gegen die vor allem von katholischer Seite begehrte Mitwirkung zu verteidigen, ohne daß allerdings die Organisation dieser Aufsicht näher geregelt wurde; im ganzen blieb das Recht der Schulaufsicht so, wie es der Verfassungsgeber von 1850 vorgefunden hatte, einschließlich der Möglichkeit, Geistlichen staatliche Aufsichtämter als Nebenamt zu übertragen<sup>293</sup>. Die Suspension der Bestimmung über die religiöse Ausgestaltung des Schulwesens (Art. 24 Abs. I) wurde durch das Volksschulunterhaltungsgesetz (VUG) vom 28. Juli 1906 beendet.

Bis zu dieser gesetzlichen Regelung verblieb es in allen Landesteilen bei der bestehenden gesetzlichen Regelung, die sich für die älteren Teile Preußens aus dem ALR und dem Schulreglement für Schlesien und die Grafschaft Glatz ergab, die für die Landesteile Hannover und Schleswig-Holstein (dort durch das Gesetz über das christliche Volksschulwesen vom 26. Mai 1845, hier durch die Schulordnung vom 28. August 1814) die Konfessionsschule und für das ehemalige Herzogtum Nassau die Simultanschule vorschrieb. Bestehen blieb ebenfalls der obligatorische Religionsunterricht, dessen Durchführung durch Ministererlaß vom 16. August 1892 auf neue befestigt wurde.

Bei Schaffung des VUG sah sich der Gesetzgeber der Schwierigkeit gegenüber, einerseits den Gesetzesbefehl des Artikel 24 Absatz I der Verfassung zu verwirklichen und bei der Einrichtung der öffentlichen Schulen „möglichst“ die konfessionellen Verhältnisse zu berücksichtigen, und andererseits auf die bestehenden Simultanschulgebiete Rücksicht zu nehmen<sup>294</sup>. Schließlich kam nach langwierigen Auseinandersetzungen, bei denen die verschiedenen schulpolitischen Vorstellungen aufeinanderstießen, ein Schulkompromiß zustande. Nach § 33 VUG waren die öffentlichen Volksschulen in der Regel so einzurichten, daß der Unterricht evangelischer Kinder durch evangelische Lehrkräfte und katholischer Kinder durch katholische Lehrkräfte zu erteilen war. Nach § 36 Absatz I und III konnten in Schulverbänden, in denen Volksschulen nur eines Bekenntnisses bestanden, auch solche eines anderen Bekenntnisses errichtet werden, wenn die Zahl der Schüler des entsprechenden Bekenntnisses eine bestimmte Höhe erreichte. Die Konfessionsschule blieb damit die Regelschule, und zwar nach § 40 VUG auch für jüdische Volksteile<sup>295</sup>. Das VUG setzte dabei voraus, daß Schüler eines bestimmten Bekenntnisses auch die Schule eines anderen Bekenntnisses besuchen müssen. Das Erfordernis der entsprechenden Bekenntniszugehörigkeit der Lehrer war allerdings nach § 41 VUG durchbrochen für den technischen Unterricht (Zeichnen, Turnen, Handarbeit, Handfertigkeit, Hauswirtschaft).

Die Regel der Bekenntnisschule wurde durch die Ausnahme des § 36 Absatz I VUG durchbrochen, nach dem die bestehenden Schulen, an denen nach ihrer besonderen Verfassung katholische und evangelische Lehrer anzustellen waren, auch in Zukunft fortbestehen sollten, und daß in einem Schulverband, in dem derartige Schulen bestanden, neue Schulen nur als Simultanschulen gegründet werden durften. Damit war das Simultanschulprinzip an Orten, wo es vor Inkrafttreten des VUG bestand, grundsätzlich „vor Beeinträchtigungen, auch vor der Konkurrenz konfessioneller Schulen, geschützt“<sup>296</sup>. Nach § 36 Absatz IV VUG konnten „aus besonderen Gründen“ auch Simultanschulen in Konfessions-

<sup>293</sup> Anschütz, Preuß. Verf., S. 406, 400.

<sup>294</sup> Zwischen 1850 und 1892 wurden sechs Regierungsentwürfe ausgearbeitet: v. Ladenberg (1850), v. Bethmann Hollweg (1859), v. Mühlner (1868), Falk (1875–81), v. Goßler (1890), Graf Zedlitz (1892).

Sie alle sahen die Konfessionsschule als Regelschule vor; während einige die Simultanschule dort vorsahen, wo die Angehörigen der Kirchen es wünschten, sahen andere nur die Bewahrung der bestehenden Simultanschulgebiete vor (so noch v. Zedlitz).

Das VUG lehnt sich am engsten an den Entwurf v. Goßler an; vgl. Anschütz, Preuß. Verf., S. 443 f.

<sup>295</sup> Anschütz, Preuß. Verf., S. 445. Im VUG wurden die Ausdrücke „Simultanschule“ und „Konfessionsschule“ vermieden und durch die formalen Kennzeichen umschrieben. Ausgangspunkt für die religiöse Gliederung war für das ganze Gesetz die Religionszugehörigkeit der Lehrer.

<sup>296</sup> Anschütz, a. a. O., S. 446.

schulgebieten errichtet werden. Als besondere Gründe kamen allerdings nicht religiöse Motive in Betracht, da das gerade dem Sinn des VUG widersprochen hätte<sup>297</sup>. Aus derartigen Schulen, die nach § 36 Absatz IV als Simultanschulen errichtet waren, war auf Antrag einer bestimmten Zahl von Eltern eine entsprechende Konfessionsschule auszugliedern, wenn eine gewisse Zahl von Schülern eines Bekenntnisses vorhanden war. Damit wurde in bescheidenem Umfang der Wille der Erziehungsberechtigten bei der Ausgestaltung des öffentlichen Schulwesens berücksichtigt.

Wie in Preußen waren auch in vielen anderen Staaten Deutschlands die Kirchen in der Regel dadurch an der Schulaufsicht beteiligt, daß Geistlichen staatliche Ämter der Schulaufsicht als Nebenamt übertragen wurden. So war in Bayern die Aufsicht über den Religionsunterricht den Kirchen übertragen; er wurde nach geistlicher Anordnung, unter kirchlicher Überwachung und regelmäßig durch Geistliche erteilt<sup>298</sup>; daneben waren die Distrikts-, Lokal- und Stadtschulinspektoren in der Regel Geistliche<sup>299</sup>.

#### 4. „Bildung und Schule“ in der Weimarer Reichsverfassung

Während weder die Verfassung des Norddeutschen Bundes von 1867 noch die Reichsverfassung von 1871 Grundrechtsabschnitte oder Bestimmungen über das Schulwesen enthalten hatten, so daß die Materie des Schulrechts den einzelnen Ländern überlassen war, stellte die Weimarer Reichsverfassung erstmals Grundsätze über das Schulwesen auf, die für ganz Deutschland einheitlich gelten sollten.

Die Schöpfer der WRV sahen sich vor dieselben Probleme gestellt, die bereits während des 19. Jahrhunderts die Auseinandersetzung um das Schulwesen beherrscht hatten, ob nämlich die öffentliche Schule nach Bekenntnissen getrennt oder für alle oder doch mehrere Bekenntnisse gemeinsam zu errichten seien, ob und wie der Religionsunterricht in den öffentlichen Schulen durchzuführen sei, und ob und wie der Einfluß der Kirchen gesichert oder ausgeschaltet sein sollte. Auf der einen Seite stand der Simultanschulgedanke mit seiner grundsätzlichen Forderung nach Zusammenfassung der Kinder in Schulen ohne Rücksicht auf ihr Bekenntnis, in der Aufklärung entstanden, vom liberalen Gedankengut aufgenommen, später von der um 1870 aufkommenden „Einheitsschulbewegung“<sup>300</sup> und den liberalen und sozialistischen Parteien vertreten. Auf der anderen Seite stand die von der katholischen, aber auch von der evangelischen Kirche<sup>301</sup> vertretene und von den positiv-kirchlichen Kreisen unterstützte Auffassung, daß die Schule auf der religiösen Erziehung und der alten Tendenz bekenntnismäßiger Absonderung beruhen müsse. Hinzu kam die Schwierigkeit, daß die Schulsysteme der einzelnen Länder sich verschieden entwickelt hatten. Während Preußen, Bayern, Württemberg, Oldenburg, Lippe und die beiden Mecklenburgs mehr oder weniger streng von der Konfessionsschule ausgingen, kannten Sachsen, Baden, Hessen, Thüringen, Anhalt, Schaumburg-Lippe und die drei Hansestädte grundsätzlich nur Simultanschulen, die meist christliche Simultanschulen, die für die Angehörigen der beiden großen christlichen Kirchen bestimmt, aber in einigen Ländern auch allgemeine Simultanschulen waren, die für Angehörige aller Bekenntnisse und Weltanschauungen bestimmt waren<sup>302</sup>.

<sup>297</sup> Anschütz, a. a. O., S. 446.

<sup>298</sup> Vgl. Piloty, S. 17 ff., 24, 52 f.

<sup>299</sup> Vgl. Piloty, S. 92, 108 f.; 138, 145, 159 f., 152; 171.

<sup>300</sup> Von der Einheitsschulbewegung wurden verschiedene schulpolitische Forderungen erhoben, so u. a. auch die Forderung nach der Simultanschule und — nicht durchgängig — die Kritik an kirchlichem Einfluß, der im äußeren Aufbau (geistliche Schulaufsicht) und in der inneren Schularbeit (Religionsunterricht) zur Geltung kommend als dem staatlichen Schulsystem wesensfremd abgelehnt wurde; vgl. Landé, S. 72 f., und Nitzschke, S. 31 ff.

<sup>301</sup> Kittel, in: Die Sammlung 1954, S. 429.

<sup>302</sup> Zu den letzteren Gebieten können Sachsen, Thüringen und die drei Hansestädte Bremen, Hamburg und Lübeck gerechnet werden. Die gegebene Einteilung folgt Landé, S. 93, Anm. 299—302. Statistische Angaben bei Helmreich, S. 185 ff.: die große Mehrheit der Schüler Deutschlands besucht Konfessionsschulen



Die ersten Entwürfe für die neue Reichsverfassung beschränkten sich auf einige allgemeine Sätze. Alle großen schulpolitischen Streitfragen — Konfessionsschule, Privatschule, Religionsunterricht, Verhältnis von Schule und Kirche überhaupt, Lehrerbildung usw. — blieben unerwähnt, sie sollten wie bisher dem Landesrecht überlassen bleiben<sup>303</sup>. Dieser Standpunkt beherrschte die 1. Lesung im Plenum der Nationalversammlung<sup>304</sup>.

Im Laufe der Verhandlungen der Nationalversammlung setzte sich allerdings die Überzeugung durch, daß das Schulrecht eine eingehende Regelung erfahren müsse, da alle Seiten ihren Forderungen nicht ausreichend Platz eingeräumt sahen. Damit wurden die weiteren Verhandlungen „gekennzeichnet durch die plötzliche Verquickung der Schulfrage mit der großen Politik“<sup>305</sup>. In vertraulichen Verhandlungen zwischen den beiden Regierungsparteien, Sozialdemokraten und Zentrum, kam der erste Weimarer Schulkompromiß zustande, der von der grundsätzlichen Gleichberechtigung dreier Schularten ausging, der Bekenntnisschule, der Simultanschule und der hier ganz neu erstmals eingeführten „bekenntnisfreien (weltlichen) Schule“ als Schule ohne Religionsunterricht. Die Erziehungsberechtigten wurden als entscheidender Faktor eingeführt. Die Teilnahme am Religionsunterricht wurde von der ausdrücklichen Erklärung der Erziehungsberechtigten abhängig gemacht<sup>306</sup>.

Nachdem die Schulartikel der allgemeinen politischen Auseinandersetzung ausgesetzt waren, „waren es wohl wieder Gründe politischer Dynamik“<sup>307</sup>, die dazu führten, diese Lösung abzuändern und unter Heranziehung der Demokratischen Partei die Schulrechtsartikel abzuändern und den sogenannten 2. Weimarer Schulkompromiß zu schließen, durch den der Gemeinschaftsschule eine Vorrangstellung eingeräumt wurde. Diesen zweiten Kompromiß nahm das Plenum in der 3. Lesung ohne wesentliche Änderung an<sup>308</sup>.

Mit den beiden ersten Artikeln, die in dem Abschnitt „Bildung und Schule“ die Bestimmungen über das Schulwesen einleiten, wurde die deutsche Schultradition fortgeführt. „Für die Bildung der Jugend ist durch öffentliche Anstalten zu sorgen“, bestimmte Artikel 143 Absatz I WRV, womit der Vorrang des öffentlichen Schulwesens betont wurde. Nach Artikel 144 WRV stand das gesamte Schulwesen unter der Aufsicht des Staates. Zugleich wurde die letzte Form der geistlichen Schulaufsicht, die Aufsicht durch Geistliche, die diese im Nebenamt im staatlichen Auftrag ausübten<sup>309</sup>, durch Artikel 144 Satz 2 WRV beseitigt.

Mit der Anordnung der allgemeinen Schulpflicht in Artikel 145 WRV knüpfte die Weimarer Reichsverfassung an die Rechtslage in süddeutschen Ländern an<sup>310</sup> und ging insofern über die in Preußen bestehende Unterrichtspflicht hinaus. Mit der Zulassung privater Schulen in Artikel 147 WRV, die als Ersatz für entsprechende öffentliche Schulen dienen sollten, wurde dem Bedürfnis der Eltern, eine bestimmte religiös-weltanschauliche Erziehung durchführen zu lassen, so öffentliche Schulen diese nicht geben können, entgegengekommen.

Der Religionsunterricht blieb ordentliches Lehrfach an allen Schulen mit Ausnahme der bekenntnisfreien (weltlichen) Schulen. Seine Erteilung blieb allerdings nunmehr der Willenserklärung der Lehrer überlassen, und die Erziehungsberechtigten bestimmten über die Teilnahme (Art. 149 WRV). In Artikel 146 sah die Weimarer Reichsverfassung eine Gliederung der Volksschulen nach religiös-

<sup>303</sup> Landé, S. 30.

<sup>304</sup> Vgl. Sten. Bericht der Nationalversammlung Band 326, S. 376—496 B; Landé, S. 30 f.

<sup>305</sup> Landé, S. 39.

<sup>306</sup> Landé, S. 43.

<sup>307</sup> Landé, S. 44; vgl. Nitzschke, S. 62 ff.

<sup>308</sup> Landé, S. 47.

<sup>309</sup> Vgl. oben S. 71 und S. 74.

<sup>310</sup> Mayer, in: DVBl 1955, S. 584.

weltanschaulichen Gesichtspunkten vor. Die Grundschule sollte danach für alle gemeinsam sein (Art. 146 Abs. I) und — wie sich aus dem Gegensatz zu Artikel 146 Absatz II WRV ergibt — eine Simultanschule sein, die nicht religiös oder auch nur allgemein christlich durchformt sein sollte<sup>311</sup>. Nach Artikel 146 Absatz II WRV sollten indes auf Antrag von Erziehungsberechtigten Volksschulen ihres Bekenntnisses oder ihrer Weltanschauung innerhalb der Gemeinden errichtet werden, soweit hierdurch ein geordneter Schulbetrieb nicht beeinträchtigt wurde.

Diese Bestimmungen des Artikels 146 WRV sind allerdings niemals aktuelles Recht geworden. Gemäß Artikel 146 Absatz II Satz 3 und Artikel 174 Satz 1 WRV sollte die bestehende Rechtslage erhalten bleiben, bis ein Reichsgesetz, das die Simultanschulgebiete besonders berücksichtigt, die Einzelheiten geregelt hätte. Ein solches Gesetz ist nicht zustande gekommen. In der Zeit von 1919 bis 1928 scheiterten zehn — teilweise nicht veröffentlichte — Entwürfe eines Reichsgesetzes an den divergierenden weltanschaulichen Haltungen der Parteien, die sich über die Auslegung der Verfassungsvorschriften nicht einigen konnten. Schwierigkeiten ergaben sich aus der Auslegung des Artikels 146 WRV. Aus dem geltenden Text wurde vereinzelt die grundsätzliche Gleichbehandlung aller Schularten (Gleichstellungstheorie) herausgelesen, während die meisten eine Vorzugsstellung der Simultanschule begründet sahen (Regelschultheorie). Die Regelschultheorie wurde wiederum in zwei Formen vertreten, als bedingte (formelle) und als strenge (inhaltliche) Regelschultheorie.

Während die erstere die Bevorzugung der Simultanschule lediglich darin sah, daß es zu ihrer Entstehung keines Antrages bedurfte, sah die strenge Regelschultheorie die Vorzugsstellung der Simultanschule darin, daß in jeder Gemeinde eine simultane öffentliche Volksschule vorhanden sein müsse und Antragschulen nur neben ihr, niemals an ihrer Stelle zulässig seien<sup>312</sup>.

Streitig war außerdem, was unter einem „geordneten Schulbetrieb“ zu verstehen sei, d. h. ob auch ungegliederte oder wenig gegliederte Volksschulen diesem Erfordernis entsprächen.

Zu diesen sich aus der Auslegung des Artikels 146 WRV ergebenden Streitfragen kam die Schwierigkeit, die Bedeutung des in Artikel 120 WRV erstmals verankerten Elternrechts zu erfassen. Die katholische Kirche und ihr folgend vor allem Hodes beriefen sich auf den Wortlaut und vertraten die Ansicht, daß das „natürliche Recht der Eltern“ in Artikel 120 WRV im Sinne der Naturrechtslehre zu verstehen sei<sup>313</sup> und daher die gesamte, also auch die schulische Erziehung umfasse, so daß der Elternwille bei der religiös-weltanschaulichen Ausgestaltung des Schulwesens zu beachten sei<sup>314</sup>. Dem trat die überwiegende Meinung der juristischen Kommentare entgegen, die in Artikel 120 WRV weder ein Naturrecht im Sinne der thomistischen Naturrechtsauffassung garantiert, sondern lediglich zum Ausdruck gebracht sah, daß das Elternrecht nicht vom Staat verliehen sei<sup>315</sup>, noch eine Einwirkung des Elternrechts im Schulbereich zugestand<sup>316</sup>, da Artikel 120 WRV und die Schulrechtsartikel nicht in einem Verhältnis der Über- oder Unterordnung, sondern der Nebenordnung zueinander stünden. Die Erziehungsberechtigten hatten nach dieser Ansicht im schulischen Bereich nur die Rechte, die ihnen die Artikel 143 ff. WRV zubilligten. „Darüber hinaus gibt ihnen Artikel 120 nicht das geringste Recht auf dem Schulgebiet . . .“<sup>317</sup> So sehr

<sup>311</sup> Huber, in: AöR, Bd. 22, S. 101.

<sup>312</sup> Vgl. Landé, S. 112—119.

<sup>313</sup> Hodes, S. 48.

<sup>314</sup> Hodes, S. 19 ff.; vgl. im einzelnen Nitzschke, S. 76—101 und 265 f.; der Kampf um die Bekenntnisschule wurde vor allem einerseits von der katholischen Kirche und deren Organisationen und andererseits vom Deutschen Lehrerverein mit seinen Gliedvereinen getragen.

<sup>315</sup> Anschütz, WRV, Art. 120, Anm. 2, S. 562; Holstein, in: AöR, Bd. 12 (1927), S. 195 ff.

<sup>316</sup> Landé, S. 51 f.; Holstein, in: AöR, Bd. 12 (1927), S. 215 ff.

<sup>317</sup> Landé, S. 52.

die gefundene Regelung der Weimarer Reichsverfassung von dem Willen zur Toleranz getragen war, an der Auseinandersetzung über die religiös-weltanschauliche Ausgestaltung der Volksschule scheiterten alle Entwürfe für ein Reichsgesetz, so daß die bestehende Rechtslage erhalten blieb und auch gegen Veränderungen durch die Länder geschützt war.

### 5. Das Schulrecht im Dritten Reich

Erst das Dritte Reich brachte eine Änderung der Schulverhältnisse. Zunächst wurde 1933 mit der katholischen Kirche ein Reichskonkordat abgeschlossen, das sich auch mit der Schule befaßte. Nach Artikel 23 blieb „die Beibehaltung und Neuerrichtung katholischer Bekenntnisschulen gewährleistet“. Weiter hieß es dort: „In allen Gemeinden, in denen Eltern oder sonstige Erziehungsberechtigte es beantragen, werden katholische Volksschulen errichtet werden, wenn die Zahl der Schüler einen nach Maßgabe der staatlichen Vorschriften geordneten Schulbetrieb durchführbar erscheinen läßt.“ Und in Artikel 24 hieß es, daß an katholischen Volksschulen nur solche Lehrer angestellt werden sollten, „die der katholischen Kirche angehören und die Gewähr bieten, den besonderen Erfordernissen des katholischen Bekenntnisses zu entsprechen“. Dazu bestimmte das Schlußprotokoll, daß, soweit Privatanstalten in der Lage sind, den allgemeinen Anforderungen für die Ausbildung von Lehrern und Lehrerinnen zu entsprechen, bei ihrer Zulassung auch bestehende Anstalten der Orden und Kongregationen entsprechend berücksichtigt würden.

Hitler war allerdings keineswegs bereit, das Konkordat, dessen Durchführung die bestehenden Konfessionsschulen gesichert und zur Errichtung weiterer Konfessionsschulen geführt hätte, zu erfüllen. Der Nationalsozialismus erkannte grundsätzlich nur dem Staat das Erziehungsrecht und die Erziehungsmacht zu<sup>319</sup>. Dem entsprechend wurde das Privatschulwesen systematisch ausgeschaltet, private Schulen enteignet und nur subsidiär geduldet, wo öffentliche Schulen fehlten oder wo besondere Erziehungsaufgaben sozialpädagogischer oder berufsbildender Art zugestanden wurden. Erstrebt wurde eine Schule, die bereit und fähig war, als Instrument der Weltanschauung der herrschenden Partei zu dienen<sup>319</sup>. Die religiöse Erziehung wurde demgemäß aus der Schule verdrängt. Vielfach wurde auch der Religionsunterricht durch einen ausgesprochen nationalsozialistischen Weltanschauungsunterricht ersetzt<sup>320</sup>. Die Hitlerjugend erhielt im Laufe der Jahre erzieherische Bedeutung, die das Elternrecht zurückdrängte<sup>321</sup>. Somit wurden hier die Unterscheidungen zwischen Konfessions- und Simultanschulen zugunsten einer weltanschaulichen Einheitsschule weitgehend aufgehoben<sup>322</sup>.

### 6. Staatlicher Neubeginn nach 1945

Mit dem Zusammenbruch des Dritten Reiches sahen sich daher zunächst die Länder und mit Neuschaffung überregionaler staatlicher Einheiten die Verfassungsgeber sowohl Ost- als auch Westdeutschlands von neuem vor die Aufgabe gestellt, die Rechte und Ansprüche des Staates, der Eltern und der Kirchen im schulischen Bereich voneinander abzugrenzen und zu berücksichtigen.

<sup>319</sup> Heckel, PSchR, S. 17.

<sup>320</sup> Peters, Elternrecht, S. 406.

<sup>321</sup> Kern, Staat und Kirche, S. 133.

<sup>322</sup> Bezeichnend ist § 2 des „Reichsgesetzes über die Hitlerjugend“ v. 1936 — RGBl. I, S. 993: „Die gesamte deutsche Jugend ist außer im Elternhaus und in der Schule in der Hitlerjugend . . . im Geist des Nationalsozialismus zu erziehen.“

<sup>322</sup> Weber, in: VVDStrL, Bd. 11, S. 163.

### a) Das Schulwesen der Deutschen Demokratischen Republik

Bereits in der Verfassung der DDR vom 7. Oktober 1949 wurde die Tradition des Dritten Reiches insofern fortgesetzt und vervollständigt, als das religiöse Moment in der Erziehung konsequent ausgeschaltet wurde. Unterschiede zwischen Bekenntnis-, Gemeinschafts- und bekenntnisfreien Schulen wurden nicht gemacht. Artikel 40 („Religionsunterricht ist Angelegenheit der Religionsgemeinschaften“) und Artikel 44 („Das Recht der Kirche auf Erteilung von Religionsunterricht in den Räumen der Schule wird gewährleistet“) brachten unmißverständlich zum Ausdruck, daß der Religionsunterricht eine rein kirchliche Angelegenheit sein sollte, wobei diese Bestimmungen praktisch dazu führten, daß häufig kein Religionsunterricht erteilt wurde.

Das Erziehungsrecht der Eltern wurde in Artikel 31 garantiert. Die Eltern sollten gemäß Artikel 37 Absatz III an der schulischen Erziehung durch Elternbeiräte beteiligt sein.

Die Verfassungswirklichkeit freilich ist über diese Bestimmungen hinweggegangen. Das Selbstverständnis dieses Staates, der sich als „sozialistischer Staat“ und „Volksdemokratie“ versteht, ist ein anderes als das der westlichen bürgerlichen Demokratie. Hier geht es nicht um die Freiheit des einzelnen, sondern um die Verwirklichung der Gemeinschaft als sozialistische Gesellschaft, die sich in der Entwicklung zum Kommunismus befindet. Die Schule hat in dieser Entwicklung zum Kommunismus die wichtige Funktion, die jungen Menschen auch geistig für die „neue Gesellschaftsordnung“ zu erziehen. Die Schule wird damit als eine ausschließlich mit der herrschenden Weltanschauung erfüllte, als Instrument der herrschenden Partei mit einem bestimmten politischen und geistigen Wertesystem arbeitende Veranstaltung des Staates gedacht, die private Schulen neben sich und andere als die offizielle Weltanschauung in sich nicht dulden kann und nicht duldet. Die Eltern haben daher auch nicht das Recht, ihre eigenen religiös-weltanschaulichen oder pädagogischen Vorstellungen in der Schule durchzusetzen, sondern sollen durch den Elternbeirat die Schule bei der Heranbildung und Erziehung der Schüler zu allseitig entwickelten Persönlichkeiten und staatsbewußten Bürgern der DDR, bei der Verbesserung der Lernergebnisse, bei der weiteren Entwicklung der Jugendorganisationen der SED und bei der Entwicklung der pädagogischen Propaganda unterstützen<sup>323</sup>. So hat sich hier eine Schulordnung entwickelt, die nicht den Eltern und Kindern um ihrer selbst und ihrer „geistigen Mündigkeit“ willen zu dienen bestimmt ist, sondern Instrument der herrschenden Partei und ihrer weltanschaulichen Vorstellung ist, die dem einzelnen nur die Freiheit läßt, die von der herrschenden Partei gefundene Wahrheit noch einmal zu finden und sich mit der Partei zu identifizieren.

In konsequenter Fortsetzung dieser Grundsätze enthält die Verfassung der DDR vom 8. April 1968<sup>324</sup> keine Bestimmungen über den Religionsunterricht. In Artikel 25 heißt es dementsprechend: „Das einheitliche sozialistische Bildungssystem gewährleistet jedem Bürger eine kontinuierliche sozialistische Erziehung, Bildung und Weiterbildung.“ Zu dem Erziehungsrecht der Eltern wird in Artikel 38 gesagt, daß die Eltern zugleich die vornehmste Pflicht haben, „ihre Kinder zu gesunden und lebensfrohen, tüchtigen und allseitig gebildeten Menschen, zu staatsbewußten Bürgern zu erziehen“.

<sup>323</sup> Verordnung über die Aufgaben und die Arbeit der Elternbeiräte an allgemeinbildenden Schulen vom 10. 4. 1955 — GVBl. DDR S. 689.

<sup>324</sup> GBl. DDR 1968, I, S. 205.

## b) Die Elternrechts- und Schulrechtsdebatte im Parlamentarischen Rat

Als am 1. September 1948 der Parlamentarische Rat in Bonn zusammentrat, um den drei westlichen Besatzungszonen ein Grundgesetz für eine gemeinsame staatliche Neugründung zu geben, sahen sich die 45 Landesvertreter denselben Problemen gegenüber, mit denen bereits die Nationalversammlung im Jahre 1919 und der Gesetzgeber im 19. Jahrhundert zu ringen hatten. Der Umstand, daß von den Abgeordneten je 27 der CDU/CSU und der SPD, 5 der FDP und je 2 dem Zentrum, der DP und der KPD angehörten und damit die weltanschaulichen und politischen Kräfte sich etwa die Waage hielten, hat gerade in dem Fragenkreis Elternrecht — Schule — Kirche eine Einigung sehr erschwert<sup>325</sup> und auch hier zu einer Kompromißlösung gedrängt.

### aa) Erste Verhandlungen

Der Entwurf von Herrenchiemsee befaßte sich mit Elternrecht und Schule überhaupt nicht, da diese Materie den Ländern überlassen bleiben sollte. In der 1. Lesung des Grundgesetzentwurfes wurde in der 2. und 3. Sitzung des Plenums am 8. und 9. September 1948 (vor Bildung der Ausschüsse) erstmals die Forderung nach Berücksichtigung des Elternrechts, und zwar gerade in seiner besonderen Bedeutung, die religiös-sittliche Erziehung des Kindes zu bestimmen, von den Abgeordneten Dr. Süsterhenn (CDU)<sup>326</sup> und Brockmann (Zentrum)<sup>327</sup> erhoben. Beide Abgeordneten betonten, daß hier ein natürliches Recht der Eltern verwirklicht werden müsse, nach dem die Erziehung nicht Aufgabe des Staates, sondern einzig und allein der Eltern sei. Das Erziehungsrecht der Eltern sei dem Recht aller anderen Erziehungsberechtigten voranzustellen.

Gegen diese Forderung wandte sich der Abgeordnete Dr. Heuß (FDP)<sup>328</sup>. Infolge der großen Flüchtlingsbewegung gebe es überall konfessionelle Minderheiten. Durch die Verankerung dieses Elternrechts entstehe die Gefahr, daß „überall konfessionelle Minderheits-Zwergschulen“ gegründet werden müßten und damit die Eingliederung der Flüchtlinge erschwert werde: Überhaupt dürfe der Grundrechtskatalog keine Schulrechtsbestimmungen enthalten, da die Weimarer Reichsverfassung gezeigt habe, daß eine einheitliche Regelung von Verfassungen wegen nicht verwirklicht werden könne.

In der 6. Plenarsitzung am 20. Oktober 1948 forderte die Abgeordnete Wessel (Zentrum)<sup>329</sup>, daß zu der Freiheit des Glaubens, des Gewissens und der Überzeugung auch das Recht gehören müsse, daß die Eltern bestimmen könnten, in welcher Schulart und nach welchen religiösen Grundsätzen ihre Kinder erzogen werden sollten.

Am 23. November 1948 brachte dann in der 24. Sitzung des Grundsatzausschusses die CDU/CSU-Fraktion durch den Abgeordneten Dr. Süsterhenn folgenden Antrag über „Elternrecht und Erziehung“ ein<sup>330</sup>:

Abs. 1: „Pflege und Erziehung der eigenen Kinder ist das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Dieses Recht ist auch bei Bestimmung des religiös-weltanschaulichen Charakters der Schulen und durch Sicherung der Unterrichtsfreiheit zu wahren. Die Herausnahme von Kindern aus der Familie gegen den Willen der Erziehungsberechtigten ist nur auf gesetzlicher Grundlage möglich, wenn durch ein Versagen der Er-

<sup>325</sup> v. Mangoldt, Kommentar, S. 9.

<sup>326</sup> Stenobericht, S. 19 f.

<sup>327</sup> Stenobericht, S. 55.

<sup>328</sup> Stenobericht, S. 45.

<sup>329</sup> Stenobericht, S. 82.

<sup>330</sup> Drucks. Nr. 302.

ziehungsberechtigten die Gefahr der Verwahrlosung der Kinder gegeben ist.“  
 Abs. 2: „Unbeschadet des Rechts der Eltern, ihre Kinder vom Religionsunterricht abzumelden, ist der Religionsunterricht schulplanmäßiges Lehrfach in allen Schulen. Er wird nach den Grundsätzen der Kirche in ihrem Auftrag und unter ihrer Aufsicht erteilt.“

Dieser Antrag lag den Debatten in der 24. und 29. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 23. November und 4. Dezember 1948 zugrunde. Die Diskussion drehte sich zunächst darum, ob der Antrag im Rahmen des Grundrechtskatalogs verwirklicht werden könne, weil — wie die Abgeordneten der SPD meinten<sup>331</sup> — keine vollkommene Verfassung geschaffen werden sollte und daher eine Beschränkung auf die klassischen Grundrechte erforderlich sei. Weiterer Punkt der Verhandlung wurde allerdings hier bereits die Frage nach der bekenntnismäßigen Ausgestaltung der Schule. Im übrigen vertraten die Sprecher der SPD, unterstützt von dem Abgeordneten Dr. Heuß (FDP), die Ansicht, daß diese Regelung in die Landesgesetzgebung eingreife und einzelne Länder zu Verfassungsänderungen zwingen. Dr. Süsterhenn (CDU) betonte demgegenüber zur Unterstützung des Antrages seiner Fraktion, daß dieser Minimalgrundsatz für das ganze Bundesgebiet erstrebt werden müsse. Dies Problem sei grundsätzlicher Art, bei dem kein Kompromiß möglich sei. Die Gesamthaltung zur Verfassung sei von der Verwirklichung des Elternrechts in dem beantragten Sinne abhängig. Eine Einigung konnte nicht erzielt werden. Der Antrag wurde ohne Stellungnahme an den Hauptausschuß überwiesen.

#### **bb) Die erste Lesung im Hauptausschuß**

Der Antrag der CDU/CSU-Fraktion war Beratungsgrundlage in der 1. Lesung des Hauptausschusses in der 21. Sitzung vom 7. Dezember 1948<sup>332</sup>. Hier kam es zu leidenschaftlichen Debatten, wobei die Frage: Konfessions- oder Simultanschule das hauptsächlichste Problem war.

Zur Begründung des Antrages betonte die Abgeordnete Dr. Weber (CDU)<sup>333</sup>, daß das Elternrecht sich nicht auf den häuslichen Bereich der Familie, sondern auch auf die religiös-weltanschauliche Ausgestaltung der Schule erstrecken müsse und daß der Staat seine Machtbefugnisse überschreite, wenn er die Bestimmung des Charakters der Schule vornehme, während der Abgeordnete Dr. Süsterhenn (CDU)<sup>334</sup> sich vor allem auf die Gewissensfreiheit der Eltern berief. Entschieden verteidigte die Abgeordnete Wessel (Zentrum)<sup>335</sup> den Antrag. Das Elternrecht stehe als natürliches Recht vor jedem staatlichen oder kirchlichen Recht. Unter den drei Erziehungsfaktoren: Familie, Staat und Kirche stehe die Familie an erster Stelle.

Der Abgeordnete Dr. Heuß (FDP)<sup>336</sup> dagegen wies auf die Kulturautonomie der Länder hin.

Es entstände die Gefahr, daß auch die höhere Schule weltanschaulich getrennt werde. Das Elternrecht sei eine liberal-pädagogische Erfindung des 19. Jahrhunderts, die sich gegen eine „staatliche Verwaltung des pädagogischen Betriebes“ gerichtet habe. Die Schule sei eine „Veranstaltung der Gesellschaft“. Nicht die Eltern hätten sie geschaffen. Die religiöse Unterweisung sei nicht bestritten, aber als Folge der Zeit des Nationalsozialismus und der Entwicklung, die vorher ein-

<sup>331</sup> Dr. Eberhard, Dr. Bergstraesser, Dr. Menzel.

<sup>332</sup> HA-Steno, S. 245 ff.

<sup>333</sup> HA-Steno, S. 245.

<sup>334</sup> HA-Steno, S. 253.

<sup>335</sup> HA-Steno, S. 245 f.

<sup>336</sup> HA-Steno, S. 246 ff.

gesetzt habe, seien die Konfessionen einander näher gekommen. Dies dürfe durch die Konfessionalisierung der Schule nicht gefährdet werden. Hinzu käme der Gesichtspunkt, daß die Gefahr der Zwergschulen und der Isolierung der Flüchtlinge beschworen werde. Die entscheidende Ablehnung der Konfessionsschule stand im Mittelpunkt der Ausführungen der Sprecher der SPD. Sowohl der Abgeordnete Dr. Bergstraesser<sup>337</sup> wie die Abgeordneten Zimmermann und Schönfelder<sup>338</sup> legten besondere Betonung auf den Gesichtspunkt der Toleranz, der nur in der Simultanschule zu verwirklichen sei. Außerdem habe die Bekenntnisschule häufig einen „sozialen Beigeschmack“. Schließlich bestünden in einigen Ländern Simultanschulen, so daß der CDU/CSU-Antrag in die Rechte der Länder eingreife. Der Abgeordnete Schönfelder erhob außerdem Bedenken gegen Absatz II Satz 2 des Antrages, der die Erteilung von Religionsunterricht regeln sollte.

In der Abstimmung, die satzweise erfolgte, wurde Absatz I Satz 2 mit elf gegen zehn Stimmen abgelehnt, während die restlichen Bestimmungen angenommen wurden<sup>339</sup>.

Dr. Süsterhenn (CDU) stellte daraufhin in derselben Sitzung folgenden Antrag<sup>340</sup>: „Die Gewissensfreiheit der Eltern hinsichtlich der religiös-weltanschaulichen Erziehung ihrer Kinder darf auch durch die Gestaltung des Schulwesens nicht beeinträchtigt werden.“

Auch dieser Antrag wurde mit elf gegen zehn Stimmen abgelehnt.

### cc) Formulierungen des Allgemeinen Redaktionsausschusses und des Grundsatzausschusses

Der Allgemeine Redaktionsausschuß schlug anschließend einige Umformulierungen vor<sup>341</sup>. Der Grundsatzausschuß, der sich als nächster mit der Regelung über „Elternrecht und Erziehung“ zu befassen hatte, macht in seiner Sitzung vom 11. Januar 1949 weder den Vorschlag des allgemeinen Redaktionsausschusses noch die Fassung der 1. Lesung des Hauptausschusses zur Grundlage seiner Beratungen, sondern verhandelte über den Änderungsvorschlag des Abgeordneten Dr. v. Mangoldt (CDU)<sup>342</sup>, den dieser nach Verbesserungsvorschlägen des Deutschen Sprachvereins ausgearbeitet hatte.

Während Absatz 1 in der von Dr. v. Mangoldt vorgeschlagenen Fassung angenommen wurde, entschied sich der Grundsatzausschuß für die Fassung der 1. Lesung des Hauptausschusses<sup>343</sup>.

### dd) Erneute Verhandlungen im Hauptausschuß

In der 43. Sitzung vom 18. Januar 1949 wurde Artikel 7b in 2. Lesung vom Hauptausschuß beraten<sup>344</sup>. Ausgangspunkt war die Fassung des Grundsatzausschusses. Die Debatte entwickelte sich wiederum hauptsächlich um die religiös-weltanschauliche Gestaltung der Schule. Die CDU/CSU, das Zentrum und die DP brachten einen Antrag ein, der das Elternrecht im Schulbereich in religiös-weltanschaulicher Hinsicht berücksichtigte<sup>345</sup>. Zur Unterstützung ihres Antrages wiederholten die Sprecher der drei Fraktionen<sup>346</sup> dieselben Argumente wie vorher.

<sup>337</sup> HA-Steno, S. 249.

<sup>338</sup> HA-Steno, S. 252.

<sup>339</sup> HA-Steno, S. 254.

<sup>340</sup> HA-Steno, S. 254.

<sup>341</sup> Drucks. Nr. 370, vom 13./16. 12. 1948; Parlamentarischer Rat, Entwürfe, S. 85.

<sup>342</sup> Drucks. Nr. 493.

<sup>343</sup> Vgl. oben S. 78 f.

<sup>344</sup> HA-Steno, S. 555 ff.

<sup>345</sup> HA-Steno, S. 556.

<sup>346</sup> Dr. Weber (CDU), HA-Steno, S. 556, Pfeifer (CDU), HA-Steno, S. 564, Dr. Fecht (CDU), HA-Steno, S. 556, Brockmann (Zentrum), a. a. O., S. 560, Seebohm (DP), a. a. O., S. 562.

Die Abgeordneten der SPD<sup>347</sup> lehnten den Antrag wiederum entschieden ab. Die beantragte Bestimmung sei eine Vorschrift der Intoleranz. Man werde gar nicht in der Lage sein, für alle Eltern eine Schule zu schaffen, die ihren Wünschen entspreche. Eine Majorität der Eltern würde bestimmen, in welche Art von Schule auch die minoritären Kinder zu gehen hätten, womit das erstrebte „Naturrecht“ gar nicht verwirklicht wäre. Man käme daher nicht daran vorbei, daß eine überindividuelle Autorität die Schulart bestimme. Man werde den Erfordernissen der Toleranz nur dadurch am meisten gerecht, daß man die Schule so einrichte, daß möglichst wenig weltanschaulich Spezifisches gelehrt werde.

Ablehnend äußerte sich auch der Sprecher der FDP, Dr. Heuß<sup>348</sup>.

Zum zweiten wichtigen Punkt der Debatte wurde die Gestaltung der Bestimmungen über den Religionsunterricht. Die Sprecher der FDP und SPD kritisierten die Formulierung des in 1. Lesung angenommenen CDU/CSU-Antrages, da die Frage der Schulaufsicht „verunklart“ sei. Es bestehe die Sorge, daß die geistliche Schulaufsicht — wenn auch in einem begrenzten Umfang — wieder entstehe. Außerdem werde hierdurch die Verwirklichung der weltlichen Schule ausgeschlossen. Schließlich würden die Länder vergewaltigt, die keinen Religionsunterricht in allen oder einigen Schulen durchführten.

Die Abstimmung zeigte, daß nach wie vor keine Verständigung zwischen den Parteien möglich war. Der Antrag der CDU/CSU, des Zentrums und der DP wurde mit elf gegen zehn Stimmen abgelehnt. Der Absatz II erhielt mit zwölf gegen acht Stimmen die von dem Abgeordneten Dr. Heuß vorgeschlagene Fassung. Außerdem wurden Bestimmungen über die Privatschule aufgenommen<sup>349</sup>.

Nachdem die Bestrebungen, wenigstens die wichtigsten Bestimmungen des Grundgesetzes mit großer Mehrheit zu verabschieden, nicht verwirklicht werden konnten und mehrere wichtige Artikel, darunter auch die Bestimmungen über Elternrecht und Schule, nur mit knapper Mehrheit angenommen waren, wurde zur Klärung der Streitfragen ein interfraktioneller „Fünferausschuß“ eingesetzt<sup>350</sup>. Dieser ordnete den unveränderten Absatz über das Elternrecht in den Artikel 7a über Ehe und Familie ein. Dafür wurde Artikel 7b um einen neuen Absatz I mit der Bestimmung über die staatliche Schulaufsicht und weitere Bestimmungen über private Schulen ergänzt. Dadurch erhielten die Artikel 7a und b Fassungen, die den später angenommenen und jetzt geltenden Bestimmungen weitgehend entsprachen<sup>351</sup>.

Außerdem wurde ein weiterer Artikel über den Religionsunterricht vorgeschlagen (Art. 149a)<sup>352</sup>:

„Soweit am 1. Januar 1949 in einem Land eine von der Vorschrift des Artikels 7b Absatz 2 abweichende landesgesetzliche Regelung in Kraft war, kann es bei dieser Regelung verbleiben.“

Diese Fassung der Artikel 7a und b lag dem Hauptausschuß in der 3. Lesung in der 47. Sitzung vom 8. Februar 1949 zur Beratung vor<sup>353</sup>. Eine Aussprache erfolgte nicht. Die Fraktionen der CDU/CSU, des Zentrums und der DP ließen lediglich durch den Abgeordneten Dr. Süsterhenn (CDU) eine gemeinsame Erklärung abgeben<sup>354</sup>. Danach sei das Elternrecht ein gottgegebenes Naturrecht, das sich auch auf den Bereich der Schule erstrecke. Die Schule müsse daher in ihrem religiös-

<sup>347</sup> Schönfelder, HA-Steno, S. 555, Ehlers, a. a. O., S. 556, Dr. Bergstrasser, a. a. O., S. 558, Maier, a. a. O., S. 562, Dr. Schmid, a. a. O., S. 566.

<sup>348</sup> HA-Steno, S. 557.

<sup>349</sup> Vgl. Parlamentarischer Rat, Entwürfe, S. 43.

<sup>350</sup> v. Mangoldt, Kommentar, S. 14.

<sup>351</sup> Vgl. Parlamentarischer Rat, Entwürfe, S. 174.

<sup>352</sup> Parlamentarischer Rat, Entwürfe, S. 194; gemeint war Art. 7b Abs. 3 des Vorschlages des Fünferausschusses.

<sup>353</sup> HA-Steno, S. 615.

<sup>354</sup> HA-Steno, S. 615.



weltanschaulichen Charakter so bestimmt sein, wie es der Gewissensentscheidung der Eltern entspräche. Die Fraktionen verlangten daher, daß „der Staat bei der religiös-weltanschaulichen Gestaltung des Schulwesens dem Elternwillen Rechnung trägt und es den Eltern ermöglicht, ihre Kinder je nach ihrer persönlichen Gewissensentscheidung in bekenntnismäßigen, simultanen oder weltlichen Schulen erziehen und unterrichten zu lassen“. Zwar bestehe jetzt keine Möglichkeit, diese Forderung durchzusetzen, da nach den Grundsätzen der Demokratie die Mehrheit entscheide, aber er erkläre, daß „wir mit allen rechtlich zulässigen Mitteln den Kampf um die Verwirklichung dieses Rechts fortführen werden“.

Der vom Fünferausschuß vorgeschlagene Entwurf wurde vom Hauptausschuß in 3. Lesung gegen drei Stimmen bei einer Stimmenthaltung angenommen<sup>355</sup>.

In der 51. Sitzung vom 11. Februar 1949 wurde vom Hauptausschuß in der 3. Lesung der vom Fünferausschuß vorgeschlagene Artikel 149a („Bremer Klausel“) mit zwölf gegen sechs Stimmen angenommen<sup>356</sup>. Umstritten war hier lediglich, ob sich diese Bestimmung nur auf Bremen oder auch auf sonstige Länder erstrecke. Während die CDU für beschränkte Geltung eintrat, bestanden die SPD und FDP entschieden auf der Geltung auch für andere Länder.

Nachdem der Allgemeine Redaktionsausschuß einige kleinere Änderungen und die Ergänzung des Artikels 7a Absatz II durch den Zusatz: „Über Ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft“ vorgeschlagen hatte<sup>357</sup>, beriet der Hauptausschuß in 4. Lesung in seiner 57. Sitzung am 5. Mai 1949 über die Artikel 7a und b<sup>358</sup>. Artikel 7a wurde einstimmig angenommen. Die Fraktionen der CDU/CSU, der DP und des Zentrums versuchten noch einmal einen Antrag durchzusetzen, der zum Ziel hatte, den Eltern die Bestimmung der Volksschulart zuzugestehen:

„Bei der religiös-weltanschaulichen Gestaltung des Schulwesens ist dem Willen der Erziehungsberechtigten Rechnung zu tragen.“

Dieser Antrag wurde — ohne Aussprache — mit elf gegen zehn Stimmen abgelehnt. Ebenso erging es ähnlichen Anträgen.

Die Streichung der „Bremer Klausel“, von dem Abgeordneten Dr. Seebohm (DP) beantragt, wurde in derselben Sitzung mit zehn gegen acht Stimmen abgelehnt. Dieser Artikel erhielt allerdings auf Antrag der Abgeordneten Dr. Zinn (SPD) und Dr. Dehler (FDP) die vom Allgemeinen Redaktionsausschuß vorgeschlagene heute geltende Formulierung<sup>359</sup>.

Angenommen wurde ein Änderungsantrag des Abgeordneten Dr. Zinn (SPD), nach dem die Errichtung von privaten Volksschulen als Gemeinschafts-, Bekenntnis- oder Weltanschauungsschulen von dem Antrag der Erziehungsberechtigten abhängig sein sollte<sup>360</sup>.

## ee) Beratungen im Plenum

Am 6. Mai 1949 wurde auf der 9. Sitzung des Plenums die 2. Lesung des Grundgesetzentwurfes durchgeführt. Artikel 6 (früher Art. 7a) wurde angenommen, ohne daß über das Elternrecht beraten wurde<sup>361</sup>. Zu Artikel 7 (früher Art. 7b) lag lediglich ein Abänderungsantrag des Abgeordneten Dr. Seebohm (DP) zu Absatz II vor, der die Gestaltung des Religionsunterrichts betraf und lautete:

<sup>355</sup> HA-Steno, S. 615; Parlamentarischer Rat, Entwürfe, S. 197 f.

<sup>356</sup> HA-Steno, S. 683 f.

<sup>357</sup> Parlamentarischer Rat, Entwürfe, S. 197 f.

<sup>358</sup> HA-Steno, S. 759.

<sup>359</sup> Drucks. Nr. 840; Parlamentarischer Rat, Entwürfe, S. 139; HA-Steno, S. 761.

<sup>360</sup> HA-Steno, S. 761.

<sup>361</sup> Stenobericht, S. 177.

„Er wird unbeschadet des staatlichen Aufsichtsrechtes nach den Grundsätzen und Lehren der Religionsgemeinschaften erteilt.“

Dieser Antrag wurde abgelehnt. Artikel 7 wurde in der vom Hauptausschuß vorgeschlagenen Formulierung ohne Aussprache angenommen<sup>362</sup>. Ebenso wurde Artikel 142 (früher Art. 149a — „Bremer Klausel“) angenommen, nachdem zuvor der Abgeordnete Dr. v. Brentano (CDU) als Berichterstatter folgende „Erläuterung“ abgegeben hatte<sup>363</sup>:

„Unter einer landesrechtlichen Regelung in einem Lande im Sinne dieses Artikels ist nicht nur eine einheitliche Regelung zu verstehen, sondern es kann sich auch um eine differenzierte Regelung handeln. Im Wege der Landesregelung kann nach diesem Artikel der Religionsunterricht auch dort, wo er am 1. Januar 1949 nicht ordentliches Lehrfach war, zum ordentlichen Lehrfach erklärt werden. Diese so getroffene Regelung kann im Wege der Landesgesetzgebung wieder geändert werden.“

In der auf der 10. Plenarsitzung am 8. Mai 1949 durchgeführten 3. Lesung nahmen die Sprecher aller Parteien noch einmal Stellung zu den Fragen des Elternrechts und der Schule<sup>364</sup>.

Der Abgeordnete Dr. Menzel (SPD)<sup>365</sup> sah in Artikel 6 Absatz II den Eltern alles zugestanden, worauf sie füglich Anspruch hätten. Die SPD hätte es zwar gerne gesehen, wenn das friedliche Zusammenleben der Konfessionen auch in der Schule erreicht worden wäre, zumal damit das Entstehen von Zwergschulen verhindert worden wäre. Die allgemeine und gemeinschaftliche Schule biete unendlich mehr eine günstige und ausreichende Voraussetzung für die Wiedergewinnung auch einer geistigen Einheit als die konfessionell oder national isolierte Schule. Dieser große Wurf sei nicht gelungen. Nun müßten die Länder zuständig sein für Fragen des Schulsystems.

Die zweite Sprecherin der SPD, Frau Nadig<sup>366</sup>, sah in den Rechten der Allgemeinheit eine klare Grenze des Elternrechts. Frei von konfessionellen Bindungen wäre durch eine gemeinsame Erziehung zu einer echten religiösen Persönlichkeits-erziehung zu kommen. Man müsse endlich einmal einen jahrhundertelangen Zwiespalt in Deutschland überwinden. Der Abgeordnete Dr. Heuß (FDP)<sup>367</sup> führte aus, daß eine Lücke im Denken vorliege, wenn den Eltern das spezifische Recht, den Charakter der Schule zu bestimmen, gegeben würde. Die Schule sei eine Veranstaltung des Staates. Darin habe gerade der größte Beitrag Deutschlands für die Bildungsgeschichte der ganzen Welt bestanden, der bereits auf Martin Luthers Sendschreiben an die Bürgermeister zurückgehe. Durch den konfessionellen Mischprozeß sei die Frage des sogenannten Elternrechts zu einem „Problem nationalpolitischer Tragik“ geworden.

Der Abgeordnete Renner (KPD)<sup>368</sup> sah in Artikel 6 Absatz II alles enthalten, was man als Recht der Eltern gegenüber den Kindern ansprechen könne. Die Abgeordnete Frau Wessel (Zentrum)<sup>369</sup> betonte noch einmal, daß für sie das Elternrecht vor jedem Staats- und Kirchenrecht stehe. Dieses Recht sei für alle Eltern gleichermaßen gefordert worden, so daß nicht die Forderung nach irgendeiner bestimmten Schulform erhoben worden sei. Diese Ausführungen wurden von dem Abgeordneten Brockmann (Zentrum)<sup>370</sup> unterstützt.

<sup>362</sup> Stenobericht, S. 178.

<sup>363</sup> Stenobericht, S. 192.

<sup>364</sup> Stenobericht, S. 197 ff., 205 ff.

<sup>365</sup> Stenobericht, S. 205.

<sup>366</sup> Stenobericht, S. 226.

<sup>367</sup> Stenobericht, S. 206, 208 f.

<sup>368</sup> Stenobericht, S. 225.

<sup>369</sup> Stenobericht, S. 213.

<sup>370</sup> Stenobericht, S. 224.

Der Abgeordnete Dr. Finck (CDU)<sup>371</sup> bedauerte, daß die sogenannte Bremer Klausel aufgenommen worden sei. Für das Elternrecht aber als ein von Gott gegebenes elementares demokratisches Recht, das der Staatsomnipotenz entgegengestellt werde, werde die CDU unentwegt weiterkämpfen. Es handele sich insoweit gar nicht um Fragen der konfessionellen Trennung, da dieses Recht von beiden Konfessionen gefordert worden sei. Es gehe hier um die Frage, ob jeder sich die Schule wählen könne, die er für richtig halte.

Die Debatten, die sich besonders an der Frage des Elternrechts als einem Recht zur Bestimmung des Charakters und der Art der Schule entzündet hatten, fanden durch die Schlußabstimmung ein Ende, durch die das Grundgesetz mit 53 gegen 12 Stimmen angenommen wurde<sup>372</sup>. Die Debatten hatten sich hauptsächlich auf den Fragenkreis: Bekenntnis- oder Simultanschule und hinsichtlich des Religionsunterrichtes auf die Frage der Mitwirkung der Kirchen konzentriert. Eine einheitliche Lösung wurde für die innere Ausgestaltung der Schularbeit nicht gefunden, obwohl der Parlamentarische Rat die Probleme, die bereits die Weimarer Reichsverfassung beherrscht hatten, voll erkannt hatte, so daß den Ländern aufgegeben blieb, das Schulrecht in religiös-weltanschaulicher Hinsicht zu regeln. Wie dies geschehen ist und welche grundgesetzlichen Bestimmungen bei der Regelung dieser Materie in religiös-weltanschaulicher Hinsicht zu beachten sind, ist Gegenstand der folgenden Untersuchung.

## 2. Abschnitt: Die tatsächlichen Gegebenheiten der Gegenwart

### 1. Die Schularten

Das Grundgesetz kennt im Gegensatz zur Weimarer Reichsverfassung keine ausdrückliche Regelung der Schularten und deren Verhältnis zueinander. Es erwähnt lediglich in Artikel 7 Absatz III und V im Zusammenhang mit der Erteilung von Religionsunterricht und dem Privatschulwesen die überkommenen Begriffe: „Bekenntnisschule“, „Gemeinschaftsschule“ und „Weltanschauungsschule“ und erwähnt die bekenntnisfreie Schule, ohne ausdrücklich zu sagen, was darunter zu verstehen ist und unter welchen Voraussetzungen die Länder die verschiedenen Schularten verwirklichen müssen oder dürfen. Die Ausgestaltung des Schulwesens wurde den Ländern überlassen, die insoweit an die grundgesetzlichen Bestimmungen gebunden sind, insbesondere zunächst an Artikel 7, der wenige Grundsätze des Schulrechts enthält. Die Regelung ist in den einzelnen Ländern sehr verschieden ausgefallen, wobei je nach der konfessionellen und weltanschaulichen Struktur und Tradition der Länder das religiöse Moment in der Erziehung größere oder geringere Beachtung findet. Unterscheiden lassen sich folgende Schularten:

#### 1. Die Gemeinschaftsschule (Simultanschule). Diese ist entweder

- a) eine auf allgemein christlicher Grundlage beruhende christliche Gemeinschaftsschule, oder
- b) eine bekenntnisfreie (weltliche) Gemeinschaftsschule, die der christlichen Grundlage entbehrt und in der kein staatlicher Religionsunterricht erteilt wird, oder
- c) eine Mischform, die schlicht als Gemeinschaftsschule bezeichnet wird und nicht allein auf christlicher Grundlage beruht, in der aber staatlicher Religionsunterricht erteilt wird.

#### 2. Die Bekenntnisschule (Konfessionsschule)

#### 3. Die Weltanschauungsschule.

<sup>371</sup> Stenobericht, S. 221.

<sup>372</sup> Stenobericht, S. 238.

### a) Die Bekenntnisschule

Unter dem Begriff der Bekenntnisschule kann zweierlei verstanden werden. Die Bekenntnisschule kann einmal dadurch bestimmt sein, daß Lehrer und Schüler einem bestimmten religiösen Bekenntnis angehören. Dies ist die sogenannte „formelle Konfessionsschule“. Die äußere (formelle) Zugehörigkeit zu einem bestimmten Bekenntnis ist das allein ausschlaggebende Organisationsprinzip.

Das wesentliche der Bekenntnisschule, wie sie heute besteht, ist allerdings nicht dieses formelle, sondern ein materielles Moment. Sie ist eine Schule, in der „der gesamte Unterricht und die Erziehung dem Geiste dieses Bekenntnisses entspricht“<sup>373</sup>. So verstehen auch die geltenden Länderverfassungen und Ländergesetze den Begriff, soweit sie Bekenntnisschulen kennen<sup>374</sup>. Das entscheidende Merkmal dieser Bekenntnisschule im materiellen Sinne ist die bekenntnismäßige Grundhaltung der gesamten Schulerziehung<sup>375</sup>.

Es fragt sich, wie sich diese Grundhaltung in der schulischen Arbeit auswirkt. Für eine rechtliche Begriffsbestimmung ist es nicht einfach, den Gehalt und das Ausmaß der unterrichtlichen Grundhaltung anzugeben, insbesondere beim Blick auf einzelne Schulfächer. Obwohl eine kasuistische Beschreibung Gefahr läuft, unvollständig zu sein und auf Abwege zu führen, soll versucht werden, die Auswirkung einer derartigen alle Fächer durchziehenden Grundhaltung näher darzulegen.

Zunächst ist die Einbeziehung des liturgischen Bestandes der entsprechenden Kirche in die Schule wesensgemäß. Gebete, Schulandachten, gemeinsame Schulgottesdienste, Marienferien im Mai, Madonnenbilder und „Herrgottswinkel“, kurz das religiöse Brauchtum und die Beachtung der religiösen Gedenktage sind kennzeichnend<sup>376</sup>. Weiterhin ist die Bestimmung der Schule für Lehrer und Schüler, die zu demselben Bekenntnis gehören, d. h. die Ausgestaltung der Schule auch als „formelle Bekenntnisschule“ Merkmal und Ausfluß der Grundhaltung der Schule<sup>377</sup>. Dabei ändert die Teilnahme einzelner Lehrer und Schüler, die nicht zu dem entsprechenden Bekenntnis gehören, den Charakter der Schule nicht. Als entscheidendes Merkmal aber ist die inhaltliche Gestaltung des Unterrichts anzusehen<sup>378</sup>. Lehrplan, Lehrbücher<sup>379</sup> und Erziehungsziel oder Erziehungsgedanke müssen mit dem Bekenntnis übereinstimmen. Negativ läßt sich dies zunächst dahin abgrenzen, „daß den Schülern nicht in der Religionsstunde eine Art christliche Weltanschauung, in der Biologiestunde biologischer Materialismus, in der Geschichtsstunde historischer Relativismus, in der Deutschstunde ein säkularisierter Humanismus und anderes dieser Art dargeboten“ werden<sup>380</sup>. Ebenso hat Pius XI. dies in der Encyclica „Divinus Illius Magistri“ ausgedrückt: „In dieser mit der Kirche und mit der christlichen Familie einträchtig arbeitenden Schule wird es nicht vorkommen, daß zum offenen Schaden der Erziehung in den einzelnen Fächern dem widersprochen wird, was die Schüler im Religionsunterricht lernen.“<sup>381</sup> Positiv hat Heuser dies für die katholische Schule formuliert<sup>382</sup>. Entscheidend für die katholische Schule ist, daß sie sich ausrichtet an der katno-

<sup>373</sup> BVerfG 6, 309, 339.

<sup>374</sup> Vgl. Art. 12 Abs. II Verf. NRW, Art. 29 Abs. II Verf. Rh.-Pf., Art. 27 Verf. Saarland; vgl. unten S. 94.

<sup>375</sup> Allgemeine Ansicht, statt aller v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. VII, 3, S. 298.

<sup>376</sup> Peters, Elternrecht, S. 409; Heuser, S. 34, 107: „Dienst am sakramentalen und religiösen Brauchtum“.

<sup>377</sup> Huber, in: AöR, Bd. 22, S. 100.

<sup>378</sup> Zinn-Stein, Art. 56, Anm. 12b, S. 287.

<sup>379</sup> Zur Realisierung dieses Merkmals speziell für Schulbücher vgl. Walter Görnitz, „Die Welt“ vom 14. 12. 1963 — „Geistige Welt“, Blatt 1: „Beide Werke zeigen einen Trend zur Beschreibung der Geschichte aus katholischer Sicht“; vgl. auch „Der Spiegel“ 1965, Nr. 20, 12. Mai 1965, S. 50, Lesebücher für den Deutschunterricht.

<sup>380</sup> Thielicke, Kirche und Öffentlichkeit, S. 119.

<sup>381</sup> Pius XI., S. 71.

<sup>382</sup> Gleiches gilt sinngemäß für die evangelische Bekenntnisschule. Es ist freilich schwer, eine gleichartige positive Stellungnahme aus dem Bereich der evangelischen Erzieher zu finden, da die evangelische Kirche ablehnend oder gleichgültig zur Bekenntnisschule steht. Doch ergibt sich aus der negativen Formulierung Thielickes — vgl. oben im Text — gleiches für die evangelische Bekenntnisschule. Als Missionsschule gedacht (Thielicke, § 1883),

lischen Kirche<sup>383</sup>. In einer derartigen katholischen Schule ist es unerlässlich, daß sich das Schulleben an dem „Geiste Jesu“ ausrichte<sup>384</sup>. Daher kann die katholische Schule es nicht zulassen, „wenn sie es dem katholischen Teil ihrer Zöglinge nur anheimstellte, sich von der Kirche im Glaubensleben führen und formen zu lassen, während sie es dem nichtkatholischen Teil ihrer Zöglinge genauso anheimgäbe, im Religiösen die Lenkung durch ihre jeweilige Religionsgemeinschaft in Anspruch zu nehmen“<sup>385</sup>. „Die Religionslehre (— im Gegensatz zur Religionskunde verstanden, also als Vermittlung einer religiösen Haltung —) ist in der katholischen Schule dementsprechend nicht ein abgegrenztes Unterrichtsfach, sondern das alles tragende und durchdringende Unterrichtsprinzip.“<sup>386</sup> Daraus folgt: „Auch gerade im sogenannten profanen Unterricht oder Schulleben erschließt die katholische Schule Einsichten des Glaubens und schenkt religiöse Erlebnisse.“<sup>387</sup> Geiger<sup>388</sup> hat dies allgemein für die Bekenntnisschule zutreffend so formuliert: „In der Konfessionsschule steht als zentrale, die ganze schulische Arbeit durchdringende, erzieherische und geistige Kraft die Fülle der Kirche, ihre Lehre, ihr Glaube, ihre Sakramente, ihre Geschichte und ihr Wirken.“ Die Bekenntnisschule hat nach allem insofern eine echte Missionsaufgabe, als sie die Schüler des entsprechenden Bekenntnisses zum rechten Christsein zu erziehen hat, wobei die Missionsaufgabe in allen Fächern, in dem gesamten Wirken der Erzieher, also auch in den „profanen“ Unterrichtsfächern wie Erdkunde, Geschichte usw. zum Ausdruck kommen muß, weil die Durchschlagskraft der Missionsaufgabe desto stärker ist, je mehr sie nicht nur im Religionsunterricht verwirklicht wird<sup>389</sup>. Es kann daher gesagt werden, daß die Bekenntnisschule in allen Fächern der Verbreitung und Festigung des Bekenntnisses zu dienen bestimmt ist, also eine echt religiöse, kirchentreue<sup>390</sup> Grundanschauung zum Fundament ihrer Erziehungsarbeit und ihres Erziehungszieles macht und zum Fundament des Handelns der Schüler machen will.

Dies erscheint — wenigstens für die katholischen Bekenntnisschulen — schon deshalb als richtig, weil andernfalls, d. h. wenn die Schule nicht diese Aufgabe hätte, der Kampf der katholischen Kirche für die Konfessionsschule nicht verständlich wäre. Die Gemeinschaftsschule, die sich antireligiöser Lehren zu enthalten hat und in der Religionsunterricht erteilt wird, ist der katholischen Kirche nicht ausreichend. Deren Benutzung ist den Schülern und Eltern bei Verwirkung von Kirchenstrafe verboten<sup>391</sup>. Weil der Schule nach katholischer Auffassung eine besondere Bedeutung zukommt, da sie junge, noch bildungsfähige Menschen erfaßt, kämpfte und kämpft die katholische Kirche für Schulen ihres Bekenntnisses. „It (sc. die katholische Kirche) relies on early and undelible indoctrination in the faith and order of the church by the word and example of persons consecrated to the task. . . Catholic Education is the rock on which the whole structure rests,“ schrieb Justice Jackson<sup>392</sup> in richtiger Erkenntnis der katholischen Schulpolitik. Dies zu verwirklichen, wird auch in den staatlichen Bekenntnisschulen versucht<sup>393</sup>.

getragen von einer echt christlichen „Lehrergemeinde“, vermittelt sie christliches Gedankengut und religiöse Haltung, um den Kindern das „unbegreifliche Wunder“ des Glaubens zu ermöglichen (Hammelsbeck, *Ev. Lehre von der Erziehung*, S. 146).

<sup>383</sup> Heuser, S. 7 und 89.

<sup>384</sup> A. a. O., S. 53.

<sup>385</sup> A. a. O., S. 8.

<sup>386</sup> A. a. O., S. 111.

<sup>387</sup> Heuser, S. 11; vgl. auch Leo XIII., *Encyclica „Milantis Ecclesiae“*, in: Pius XI., S. 66/67: „Es ist nicht bloß notwendig, daß der Jugend zu bestimmten Stunden Religionsunterricht erteilt wird, sondern daß auch der ganze übrige Unterricht vom Wohlgeruch religiösen christlichen Sinnes durchflutet wird.“

<sup>388</sup> Geiger, *Schule und Staat*, S. 37.

<sup>389</sup> Heuser, S. 170.

<sup>390</sup> Pöggeler, S. 17: „So wie nur dort von ‚katholischer Erziehung‘ die Rede sein kann, wo die Erziehung auf katholische Existenzverwirklichung, d. h. konkret auf die Gliedschaft im *corpus Christi mysticum*, der Kirche, zielt, kann Ziel der katholischen Erziehung nur der Mensch sein, der diese Gliedschaft in der Kirche Christi erreicht hat.“

<sup>391</sup> Vgl. CIC can. 1374; Pius XI., S. 67.

<sup>392</sup> J. Jackson in *Everson v. Board of Education* 330 U.S. 1 ff.

<sup>393</sup> Pöggeler, S. 29: „Der Geltungsbereich des katholischen Erziehungszieles beschränkt sich nicht auf ‚innerkirch-

Bekenntnisschulen sind nicht nur Schulen, die der evangelischen oder katholischen Konfession verpflichtet sind, wenn auch fast durchweg diese beiden Konfessionen angesprochen sind<sup>394</sup>. In § 20 SchOG Nordrhein-Westfalen werden auch Schulen anderer Religionsgemeinschaften als Bekenntnisschulen bezeichnet. Schulen anderer christlicher Konfessionen sind nur sehr vereinzelt<sup>395</sup>. Es erscheint aber, obwohl sich hinsichtlich anderer christlicher Konfessionen noch keine feststehende Praxis herausgebildet hat, nicht gerechtfertigt, derartige Schulen als Weltanschauungsschulen zu bezeichnen, da sich wesensmäßig Weltanschauung und Religion ausschließen<sup>396</sup>, für derartige Schulen aber religiöse Gedanken tragend sind. Historisch gesehen gab es nur evangelische, katholische und jüdische Bekenntnisschulen. Die Bevölkerung setzte sich aber auch beinahe zu 100 Prozent aus Anhängern dieser Religionen, bzw. Konfessionen zusammen. Da sich dies ändert und ändern kann, ist es nicht ausgeschlossen, daß auch Mitglieder anderer Religionsgemeinschaften ihre eigenen (unter Umständen privaten) Schulen errichten.

## b) Die Gemeinschaftsschule

Der Bekenntnisschule stehen alle Formen der Gemeinschaftsschule insofern gegenüber, als dies Schulen sind, „in denen der Unterricht von Lehrern verschiedener Bekenntnisse für Schüler aller Bekenntnisse erteilt wird“<sup>397</sup>. Das Grundgesetz, die Länderverfassungen und die Schulgesetze der Länder kennen die Gemeinschaftsschule in verschiedener Ausgestaltung: die Gemeinschaftsschule ohne nähere Kennzeichnung, die christliche Gemeinschaftsschule und die bekenntnisfreie Gemeinschaftsschule. Über die Abgrenzung dieser verschiedenen Typen herrscht weitgehend Unklarheit, zumal nirgends gesetzlich präzise bestimmt wird, wie sich diese verschiedene Charakterisierung in der schulischen Arbeit auswirkt.

### aa) Die Gemeinschaftsschule

Da in vielen Teilen Deutschlands die Bekenntnisschule die ältere Form der Volksschule war, wird die Gemeinschaftsschule zunächst negativ als bekenntnismäßig nicht gebundene Schule verstanden. Diese Schule ist nicht dem christlichen Gedankengut alleine verpflichtet, sondern — wodurch sie positiv gekennzeichnet ist — dem den Christen und Nichtchristen gemeinsamen Gedankengut des westlich-abendländischen Kultur- und Bildungsgut. Sie ist insofern ihrem Charakter nach religiös und weltanschaulich indifferent, als das religiöse Element oder weltanschauliche Erklärung in den weltlichen Unterrichtsfächern keine Rolle spielen. Sie bleibt dem religiösen Element in der Erziehung dadurch verbunden, daß in ihr nach Konfessionen getrennter Religionsunterricht erteilt wird, der jedoch keinen Einfluß auf die Gestaltung anderer Fächer hat; sie ist daher keine bekenntnisfreie Schule. Der konfessionelle Religionsunterricht ist hier ein Lehrfach unter anderen und hat mit dem Gesamtcharakter der Schule nichts zu tun<sup>397a</sup>.

liche' Erziehungsveranstaltungen, sondern gilt überall dort, wo der katholische Christ Erziehung aus der Kraft seines Glaubens vollzieht — an sich wie an anderen Glaubensgenossen“; Mleinek, S. 280; „Die katholische Schule hat deshalb — auch als Staatsschule — immer eine Bindung an das Elternhaus und an die Kirche.“

<sup>394</sup> So aber Peters, Elternrecht, S. 409; Maurer, S. 87.

<sup>395</sup> In Rheinland-Pfalz besteht eine Neupostolische Schule.

<sup>396</sup> Vgl. unten S. 92.

<sup>397</sup> Peters, Elternrecht, S. 408.

<sup>397a</sup> Huber, in: AöR, Bd. 22 (1932), S. 101; Deuschle, S. 51; Heckel-Seipp, 2. Aufl. (1960), S. 45; Feuchte-Dallinger, in: DöV 1967, S. 370; Obermayer, Rechtsgutachten, S. 43, Anm. 111; Toews, S. 59; Scheuner, Rechtsgutachten, S. 12; SrGH Hessen, NJW 1966, S. 31, 35; Hofmann, in: DVBl 1967, S. 439, der diese Schule als formell christliche Gemeinschaftsschule bezeichnet, weil Religionsunterricht erteilt wird. A. A. Stein, in: NJW 1950, S. 659; ihm folgend v. Mangold-Klein, Art. 7, Anm. VII, 3, S. 298; Pitzer, in: NJW 1966, S. 31; Heckel-Seipp, 3. Aufl. (1965), S. 49; Dürig, Kath.PSch in Bremen, S. 30, 35 und 54, die aus der Verteilung von Religionsunterricht folgern, daß die Gemeinschaftsschule eine christliche Gemeinschaftsschule ist. Damit wird jedoch eine der Schultradition nicht entsprechende Begriffsverwirrung herbeigeführt. „Demnach

Wenn diese Schule als „wissenschaftliche Simultanschule“ bezeichnet wird<sup>398</sup>, so begünstigt dies deshalb Mißdeutungen, weil der Unterricht in der Volksschule nicht nur der Vermittlung wissenschaftlicher Erkenntnisse, sondern auch der Erziehung dient. Insofern kann nicht davon gesprochen werden, daß eine derartige Schule frei von allen „weltanschaulichen“ Bindungen ist, da Erziehung kein Selbstzweck ist, der sein Ziel in sich selber trägt. Der Staat aber zieht sich in einer derartigen Schule auf das Gemeinsame zwischen Christen und Nichtchristen zurück<sup>398a</sup>. „Dieses Ausgleichsverfahren wird sich im allgemeinen auf so etwas wie Naturrechts-Vorstellungen, insbesondere auf die Menschenrechte gründen“<sup>399</sup>. Daneben wird allgemeine staatsbürgerliche Gesinnung als Ziel und Basis der Schule in Betracht kommen. So beschreibt z. B. Artikel 148 Absatz 1 der Weimarer Reichsverfassung als Ziel der schulischen Arbeit: „In allen Schulen ist sittliche Bildung, staatsbürgerliche Gesinnung, persönliche und berufliche Tüchtigkeit im Geiste des deutschen Volkstums und der Völkerversöhnung zu erstreben.“

Die Gemeinschaftsschule ist damit weder durch einen Trend zur sittlichen Indifferenz noch gar durch einen irgendwie gearteten Atheismus gekennzeichnet, da sie weder sittliche Werte zu vernachlässigen braucht, noch gar atheistiche Anschauungen verbreiten darf. Sie geht aus von der Tatsache, daß es „ein reiches Maß sachlich feststehender Tatsachen, allgemein anerkannte Grundsätze der Sitte und der Sittlichkeit und eine ebensolche Anerkennung höchster Werte und erhabener Güter des menschlichen Bewußtseins“ gibt<sup>399a</sup>. Grundlage der Gemeinschaftsschule ist jene menschliche Ethik, die genuin abendländisch-christlich ist und die dem Glauben nicht nur nicht widerspricht, sondern von ihm gefordert wird<sup>400</sup>, die dem Grundgesetz zugrunde liegt und die von Verfassungen wegen von allen anerkannt werden sollte. Insofern kann nicht verkannt werden, daß die sittlichen Werte, die auch in der Gemeinschaftsschule zum Tragen kommen, aus der christlichen Überlieferung herrühren. In der Gemeinschaftsschule werden damit christliche Kultur- und Bildungswerte ebenso als Grundlage herangezogen wie die echten positiven sittlichen Werte der Aufklärung und des Humanismus. Das christliche Gedankengut hat in der Schule so weit seinen Platz, als es Christen und Nichtchristen verbindet. Es aus der Schule auszuschließen, widerspräche deutscher Kulturtradition und würde die Gegebenheiten des schulischen Lebens in sein Gegenteil verkehren. Die Gemeinschaftsschule ist in diesem Sinne nicht religionsfeindlich sondern im Gegenteil „tolerant und von einer Christen und Nichtchristen verbindenden Liberalität der Haltung geprägt“<sup>400a</sup>, sie ist „eine Gemeinschaftsschule mit einem christlichen Element“, in der „das Christentum und seine Konfessionen . . ., aber auch die anderen geistlichen Mächte, die sich historisch und gegenwärtig als Mächte legitimieren“<sup>401</sup> ihren Platz haben. Die Schule hat insofern die Aufgabe, die wichtigsten geistigen Einflüsse der Gesellschaft also auch christliches Gedankengut, als neutraler Vermittler weiterzugeben, ohne eine absolute Wahrheit zu propagieren.

---

wären mit Ausnahme von Berlin und Bremen alle nicht bekenntnisfreien Schulen „christliche Gemeinschaftsschulen“ – ein Befund, der mancherorts (z. B. in Hamburg) sicher mit Erstaunen zur Kenntnis genommen würde“, Obermayer, a. a. O.

<sup>398</sup> Scheuner, in: DöV 1966, S. 147, unter Bezugnahme auf Eduard Spranger, „Die wissenschaftlichen Grundlagen der Schulverfassungslehre und Schulpolitik“, Pr.AKW Phil. — Hist.Kl. 1927, Nr. 3, Neudruck Klinkhardt Pädagogische Quellentexte, Bad Heilbronn (1963), S. 58 ff.

<sup>398a</sup> Geiger, Schule und Staat, S. 37; vgl. Thielicke, § 1734.

<sup>399</sup> Thielicke, § 1735.

<sup>399a</sup> Heppes, S. 61; ähnlich Obermayer, Rechtsgutachten, S. 23: „am ethischen Standard des Grundgesetzes orientiert.“

<sup>400</sup> Arndt, Schule und Staat, S. 80; v. Campenhausen, S. 196.

<sup>400a</sup> v. Campenhausen, S. 195.

<sup>401</sup> v. Campenhausen, in: ZevKR, Bd. 14 (1968), S. 39; ähnlich E. Stein, in: RdJ 1967, S. 31. Insofern ist es berechtigt, aber nicht sachdienlich — vgl. oben Anm. 397a — die Schule als „moderne christliche Gemeinschaftsschule“ oder als „moderne christliche Gemeinschaftsschule im weiteren Sinne“ zu bezeichnen, wie v. Campenhausen, S. 196, es tut.

Auch in dieser Schule wird der Lehrer naturgemäß und unvermeidlich immer wieder mit der religiösen Überzeugung der sie besuchenden Kinder konfrontiert sein und sich vor Fragen gestellt finden, die sich nur aus der persönlichen Überzeugung in aller Konsequenz beantworten lassen. Insofern ist der Lehrer der Gemeinschaftsschule jedoch aufgerufen, seine Antworten so zu formulieren, daß damit keine Erziehung zum Glauben oder Unglauben verbunden ist, eine schwere Aufgabe, die das persönliche Geschick des Lehrers genauso fordert wie die Gestaltung des Unterrichts insgesamt. Von sich aus wird diese Schule „in Glaubensangelegenheiten nicht einer ‚absoluten‘ Wahrheit folgen, sondern die Frage nach dieser Wahrheit, die jeden Menschen bedrängt und mit der Transzendenz konfrontiert, in den Vordergrund stellen“<sup>401a</sup>. Wichtigster Grundsatz der Schulerziehung ist damit, daß die außerhalb der Schule vermittelten religiösen Werte, die den in der Schule vermittelten sittlichen Werten nicht widersprechen, durch die schulische Arbeit nicht negiert werden.

Insofern ist diese Schule einerseits religiös-weltanschaulich neutral, als der Unterricht nicht dem spezifisch christlichen Gedankengut, sondern dem den Christen und Nichtchristen gemeinsamen Gedankengut des abendländischen Kulturkreises verbunden ist. Andererseits wird die schulische Erziehung so zu einer Ergänzung der außerschulischen Erziehungsfaktoren, ohne den Kindern (außer im Religionsunterricht) dieselben absoluten Wahrheiten religiöser oder weltanschaulicher Prägung zu vermitteln.

Angesichts dieses Befundes ist es zumindest irreführend, wenn Peters<sup>401b</sup> behauptet: „Die Gemeinschaftsschule baut ebenso wie die beiden anderen Schularten (sc. die Bekenntnis- und Weltanschauungsschule) auf bestimmten weltanschaulichen Voraussetzungen auf, sie ist kein minus, sondern ein aliud ihnen gegenüber.“ Die Gemeinschaftsschule baut auf Werten auf, die abendländischer und damit auch christlicher Tradition entsprechen, verzichtet jedoch auf die religiös bestimmte Begründung für diese Werte und auf die Hinführung der Kinder zu religiösen Erkenntnissen. Sie ist insoweit ein echtes Minus. Sie lehrt nichts, was mit den religiösen Wahrheiten in Widerspruch steht und ist insofern kein „aliud“<sup>401c</sup>.

## bb) Die christliche Gemeinschaftsschule

Sehr viel schwieriger ist es, den Begriff der „christlichen Gemeinschaftsschule“ näher zu erfassen, der in die Verfassungen und Schulgesetze mehrerer Länder nach 1945 Eingang gefunden hat.

Die christliche Gemeinschaftsschule ist eine Schule, die auf allgemein christlicher Grundlage beruht. Das Gepräge dieser Schule wird vom Christentum unabhängig von einem bestimmten Bekenntnis bestimmt. Da sich der christliche Glaube jedoch in verschiedenen Konfessionen ausgeprägt hat, die in manchen Fragen des Glaubens nicht übereinstimmen, gibt es den christlichen Glauben nicht, da „Glauben“ gewisse Glaubenssätze voraussetzt, über die sich die Konfessionen in manchen Punkten nicht einig sind.

Aus der Charakterisierung der Schule als „christlich“ ergibt sich zunächst das negative Kriterium, daß keiner Konfession zuwider unterrichtet werden darf und daß damit nichts gelehrt wird, was spezifisch religiöses Gedankengut einer Kirche ist, da diese Schule gerade keine Bekenntnisschule ist. Die Missionierung zugunsten eines bestimmten Bekenntnisses ist ausgeschlossen<sup>402</sup>. Die spe-

<sup>401a</sup> Obermayer, Rechtsgutachten, S. 23; ähnlich Rambow, S. 169.

<sup>401b</sup> Peters, Elternrecht, S. 409; so auch Hollerbach, in: VVDStRL, Bd. 26, S. 98.

<sup>401c</sup> So auch v. Campenhausen, S. 182.

<sup>402</sup> Vgl. Obermayer, in: BayVBl 1967, S. 306.



zifischen Glaubenswahrheiten der Konfessionen müssen außer Betracht bleiben. Die christliche Gemeinschaftsschule vermittelt insofern das christlich-abendländische Gedankengut ebenso wie die allgemeine Gemeinschaftsschule und wie die Schule eines Bekenntnisses, ohne jedoch an die bekenntnismäßigen Glaubenthesen der Konfessionen vorstoßen zu können. Wenn die gesetzlichen Bestimmungen einzelner Länder<sup>402a</sup> angesichts der konfessionellen Trennung bestimmt haben, daß die christliche Gemeinschaftsschule die Kinder auf der Grundlage christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte zu erziehen habe, so ist dies als Abgrenzungskriterium gegenüber der Gemeinschaftsschule unergiebig, da auch die Gemeinschaftsschule christliches Bildungsgut und christliche Kulturwerte in ihre Erziehungsarbeit einbezieht. Die christliche Schule dieser Prägung ist eine „Schule der Berücksichtigung des christlichen Elements innerhalb des kulturellen Erbes“<sup>402b</sup>, und als solche nichts anderes als eine Gemeinschaftsschule, die lediglich zur Verdeutlichung der überkommenen Werte einen anderen Namen trägt, ohne doch der Sache nach verschieden zu sein. Wenn darüber hinaus in einer derartigen Schule bekenntnismäßig nicht gebundene Lehrer nicht benachteiligt werden dürfen<sup>403</sup>, so wird deutlich, daß es sich vor allem um die Vermittlung des christlich-abendländischen Kulturguts handelt, daß hier also kein wesensmäßiger Unterschied zur allgemeinen Gemeinschaftsschule besteht, zumal kaum anzunehmen ist, daß geistige Einflüsse anderer Herkunft von der Schule ausgeschlossen sein sollen<sup>403a</sup>.

Damit ist jedoch das Wesen der christlichen Gemeinschaftsschule nicht in allen Fällen ausgeschöpft. Das Epitheton „christlich“ zeigt außerdem unter Umständen als Abgrenzungskriterium gegenüber der allgemeinen Gemeinschaftsschule an, daß hier der Staat die gemeinsamen Vorstellungen der christlichen Kirchen als normative Basis der Erziehung sucht. Zu dieser gemeinsamen Vorstellung gehört nicht nur die auch Christen und Nichtchristen verbindenden ethischen Werte, sondern auch die Vorstellung von der Gebundenheit des menschlichen Lebens an ein göttliches Wesen, an eine den menschlichen Bereich überhöhende Transzendenz. Das Element der göttlichen Bedingtheit des menschlichen Lebens kommt in einer derartigen Erziehung, die eine echte christliche Gemeinschaftsschule vermitteln soll, zum Tragen. In dieser Schule „wird die christlich geprägte Wirklichkeit und Überlieferung unserer Welt in allen Unterrichtsgebieten einbezogen, kommt die christliche Sinndeutung von Leben und Sein zur Sprache und wird das gemeinsame Leben in der Schule aus christlicher Verantwortung gestaltet“<sup>404</sup>. „Vor allem wissen sich katholische und evangelische Erzieher für ihre Erziehungsarbeit verantwortlich vor Gott“<sup>404a</sup> in dieser Schule und wirken aus einem den christlichen Kirchen gemeinsamen Leitbild, das Heufeld aus katholischer Sicht so beschreibt: „Für den evangelischen wie für den katholischen Christen beruht alle Erziehung in einer auf der Offenbarung gründenden Anthropologie, in der Sicht des Menschen als Bild und Gleichnis Gottes, der berufen ist, als der neue Mensch in der verkündeten Schöpfung Gottes in der Anteilnahme am göttlichen Leben sein Menschsein voll auszuleben“<sup>404a</sup>. In diesem Sinne ist die echte christliche Gemeinschaftsschule eine Schule, in der „nicht nur der Religionsunter-

<sup>402a</sup> So § 9 Abs. III SchOG Saarland vom 5. 5. 1965; Art. 12 Abs. VI Verf. NRW; Art. 16 Abs. 1 Verf. Bad.-Württ.

<sup>402b</sup> Scheuner, Rechtsgutachten, S. 25.

<sup>403</sup> So Art. 16 Abs. 2 Satz 2 Verf. Bad.-Württ. — vgl. VGH Mannheim, Urt. vom 14. 6. 1967, DVBl 1968, S. 454; § 7 SchG Nds.: „... unbeschadet der Art. 3 Abs. III und 33 Abs. II und III des Grundgesetzes ...“.

Vgl. unten S. 213.

<sup>403a</sup> Deuschle, S. 80 f.; das dürfte Peters, Elternrecht, S. 409, veranlaßt haben, keinen Unterschied zwischen der allgemeinen und der christlichen Gemeinschaftsschule zu machen. Fischer, Bekenntnisschule, S. 28: „Schlußfolgerung ... daß es sich bei der christlichen Gemeinschaftsschule tatsächlich um eine echte Gemeinschaftsschule handelt, bei der die Aufnahme der Schüler und die Anstellung der Lehrer ohne Ansehen des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses erfolgt und in der eine Trennung der Schüler nach Bekenntnissen nur im Religionsunterricht stattfindet. Die Bezeichnung als christliche Schule ist lediglich als Konzession an den Zeitgeist zu bewerten.“

<sup>404</sup> Hofmann, in: DVBl 1967, S. 440.

<sup>404a</sup> Heufeld, in: Una Sancta 1965, S. 229.

richt sondern die ganze Erziehung und der Unterricht auf der Grundlage des christlichen Glaubens und der christlichen Überlieferung erfolgen<sup>405</sup>, die „im Sinne christlicher Gesinnungsbildung und bekenntnisnaher Impulse“<sup>405a</sup> wirkt. Die echte christliche Gemeinschaftsschule ist damit missionierende Schule<sup>406</sup>. Zu einer derartigen Schule gehört es wesensmäßig, religiöse Übungen (Andachten, Gebete) in die Schularbeit einzubeziehen, die sich jedoch innerhalb des den christlichen Konfessionen Gemeinsamen zu halten haben.

### cc) Die bekenntnisfreie Gemeinschaftsschule

Auf jede religiöse Bindung überhaupt ist in der bekenntnisfreien Schule, die auch als „weltliche“ Schule bezeichnet wird, verzichtet, gleichviel ob sie auf einer bestimmten weltanschaulichen Grundlage beruht oder nicht. Es erfolgt daher in ihr nicht nur wie in der Gemeinschaftsschule der Unterricht in den weltlichen Fächern unabhängig von Religionen und Konfessionen, sondern es wird auch kein Religionsunterricht erteilt. Somit ist auch die im folgenden darzustellende Weltanschauungsschule eine bekenntnisfreie Schule. Doch ist es verfehlt, daraus den Schluß zu ziehen, daß bekenntnisfreie Schulen stets Weltanschauungsschulen sind<sup>407</sup>. Denn es spricht nichts dafür, daß der Begriff „Weltanschauung“ im Grundgesetz in einem anderen Sinne als dem herkömmlichen gebraucht worden ist. Weltanschauung steht im Gegensatz zur Religion, für die die „religio“, die Rückbindung an ein göttliches Wesen, notwendig ist, und „bedeutet irgendeine von positiver Religion freie oder auch irreligiöse (— oder gar antireligiöse —), auf philosophischer Grundlage beruhende Lehre über die Stellung des Menschen, den Sinn des Daseins und den Zusammenhang des Weltganzen“<sup>408</sup>. Die bekenntnisfreie Schule kann Weltanschauungsschule sein, muß es aber nicht, da eine Schule auch dann bekenntnisfrei ist, wenn sie sich nicht zu einer weltanschaulichen Lehre, sondern zu den gemeinsamen Bildungsgütern bekennt und kein Religionsunterricht erteilt wird.

### c) Die Weltanschauungsschule

Die Weltanschauungsschule ist eine Schule, in der „eine bestimmte Weltanschauung, die kein religiöses Bekenntnis ist, das Gepräge der Schule bestimmt“<sup>409</sup>, und zwar eine Weltanschauung, wie sie oben charakterisiert worden ist, wie z. B. in den anthroposophischen oder marxistischen Schulen. Für diese Schulen gilt das oben für die Bekenntnisschule Gesagte entsprechend. Obwohl sie einen ihrem weltanschaulichen Bekenntnis entsprechenden dogmengebundenen Unterricht erteilt und sie daher — streng genommen — eigentlich keine bekenntnisfreie, sondern eine Bekenntnisschule ist, fällt sie doch nicht unter den Begriff der Bekenntnisschule, sondern unter den der „bekenntnisfreien“ Schule, da sich das Wort „Bekenntnis“ im Schulrecht nur auf religiöse Bekenntnisse bezieht.

<sup>405</sup> Bad. StGH, Urt. vom 23. 1. 1950, DVBl 1950, S. 275, = ZevKR, Bd. 1, S. 334.

<sup>405a</sup> Toews, S. 59.

<sup>406</sup> Obermayer, Rechtsgutachten, S. 24.

<sup>407</sup> So aber — Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. VII, 3, S. 298; Maurer, S. 87; Peters, Elternrecht, S. 410: Weltanschauungsschulen: „Auch bekenntnis- und religionsfreie Schulen fallen hierunter“; richtig aber S. 416: „Andere weltanschaulich gebundene Schulen (z. B. anthroposophische) fallen unter die bekenntnisfreien . . .“; ob Peters diese Gleichsetzung von Weltanschauungsschule und bekenntnisfreier Schule tatsächlich meint, erscheint fraglich: Wenn er zutreffend auf S. 417 feststellt, daß es eine Umgehung des Art. 7 Abs. III GG bedeute, wenn „jede Schule von Staat oder Gemeinde durch Beseitigung des Religionsunterrichtes automatisch zur bekenntnisfreien würde“ — vgl. hierzu unten S. 157 —, so zeigt dies, daß für ihn bekenntnisfreie Schulen alle Schulen ohne Religionsunterricht sind; damit aber entleert Peters den Begriff der Weltanschauungsschule. Wie hier: Heckel, PSchR, S. 91; Heckel-Seipp, S. 49; Hamann, Art. 7, Anm. B 6; Wolff, II, S. 291 f.; Polewsky, S. 63.

<sup>408</sup> Zinn-Stein, vor Art. 48, S. 243.

<sup>409</sup> Maunz, Staatsrecht, S. 119; ebenso Heckel-Seipp, S. 49; Heckel, PSchR, S. 291; Peters, Elternrecht, S. 410; Wolff, II, S. 291; Wernicke, BK, Art. 7, Anm. II, 3 c; Hamann, Art. 7, Anm. B 17; Landé, S. 124; Zinn-Stein, Art. 56, Anm. 12 b, S. 287; a. A. v. Mangoldt-Klein, Art. 7, III, 3, S. 298; vgl. Anm. 407.

## 2. Die Schulsysteme der Länder

Die verschiedenen Länder haben, ihrer verschiedenen konfessionellen Zusammensetzung entsprechend und ihrer Tradition folgend, ihr Schulsystem in religiös-weltanschaulicher Hinsicht verschieden ausgestaltet:

Die Mittel- und Höheren Schulen sind in allen Ländern konfessionell nicht gegliedert, sondern weltanschaulich nicht gebundene Gemeinschaftsschulen, außer im Saarland, wo Mittel- und Höhere Schulen christliche Gemeinschaftsschulen sind, und in dem niedersächsischen Verwaltungsbezirk Oldenburg, wo es nur Konfessionsschulen gibt. Außerdem bestehen vereinzelt stiftungsgemäß konfessionell gebundene Gymnasien, deren Charakter seit alters her bestimmt ist.

Für die Volksschulen haben die Länder folgende Regelungen getroffen:

In Baden-Württemberg bestehen christliche Gemeinschaftsschulen<sup>410</sup>.

In Bayern sind die Volksschulen christliche Gemeinschaftsschulen, wobei Schüler in bekenntnismäßig einheitlich zusammengesetzten Klassen nach den Grundsätzen des betreffenden Bekenntnisses erzogen werden, wenn entweder nur eine derartige Klasse besteht, oder wenn bei Parallelklassen die Eltern einer einheitlichen Zusammensetzung zugestimmt haben<sup>411</sup>.

In Berlin bestehen Gemeinschaftsschulen, in denen kein staatlicher Religionsunterricht erteilt wird. Dessen Erteilung ist Sache der Kirchen und Religionsgemeinschaften, wobei der Staat dadurch behilflich ist, daß er Räume bereitstellt und Lehrer für den Religionsunterricht freistellt. Die Kirchen beauftragen die Religionslehrer selber<sup>412</sup>.

In Bremen bestehen Gemeinschaftsschulen, in denen bekenntnismäßig nicht gebundener Unterricht in biblischer Geschichte auf allgemein christlicher Grundlage erteilt wird. Die Religionsgemeinschaften können daneben Religionsunterricht außerhalb der Schulzeit erteilen<sup>413</sup>.

In Hamburg gibt es lediglich Gemeinschaftsschulen<sup>414</sup>.

In Hessen bestehen gleichfalls nur Gemeinschaftsschulen<sup>415</sup>.

In Niedersachsen sind die öffentlichen Schulen „grundsätzlich christliche Schulen“, in denen die Schüler „auf der Grundlage des Christentums, des abendländischen

<sup>410</sup> Art. 15 Verf. Bad.-Württ. i. d. F. vom 8. 2. 1967. Mit dem verfassungsändernden Gesetz vom 8. 2. 1967 — GBl. Bad.-Württ., S. 7 — wurden die in Südwürttemberg-Hohenzollern als Bekenntnisschulen eingerichteten öffentlichen Schulen abgeschafft. Dort bestanden bis dahin Bekenntnis- und christliche Gemeinschaftsschulen nach Wahl der Eltern, wobei die Mehrheit der Eltern die Schulart bestimmten, Art. 114 Verf. Württ.-Hzl. Die am 31. 3. 1966 bestehenden öffentlichen Bekenntnisschulen können als private Bekenntnisschulen weitergeführt werden, wenn sich ein Rechtssträger findet — wobei Gemeinden, Gemeindeverbände und Zweckverbände als Träger in Frage kommen — mindestens eine Gemeinschaftsschule vorhanden ist, die Erziehungsberechtigten einer gewissen Mindestzahl von Kindern die private Schule wählen und der Besuch einer ausreichenden Zahl von Kindern diese Schule besucht. Im übrigen Baden-Württemberg bestanden auch bis zur Verfassungsänderung nur christliche Gemeinschaftsschulen, wobei fraglich ist, ob diese Schulen als echte christliche Gemeinschaftsschulen anzusehen sind, da bekenntnismäßig nicht gebundene Lehrer nicht benachteiligt werden dürfen; vgl. oben S. 91 und unten S. 229.

Zur Schule in Baden-Württemberg vgl. Deuschle, S. 75; F. Müller, in: DVBl 1968, S. 98; Feuchte-Dallinger, in: DVV 1967, S. 371; Scheuner, Rechtsgutachten, Bad. StGH, Urte. vom 23. 1. 1950, DVBl 1950, S. 275 = ZeVKKr, Bd. 1, S. 324; VGH Mannheim, Urteil vom 14. 2. 1967, DVBl 1967, S. 462 = NJW 1967, S. 1193; Urteil vom 14. 6. 1967, DVBl 1968, S. 225. Zum Religionsunterricht in Baden-Württemberg vgl. außerdem Rumpf, in: DOV 1968, S. 14; v. Campenhausen, S. 157 ff.; v. Drygalski, S. 112 ff.; Schmoedel, S. 205—219.

<sup>411</sup> Art. 135 Verf. Bayern i. d. F. vom 22. 7. 1968, Art. 7—9, 18 VoSchG i. d. F. vom 13. 12. 1968 — GVBl, S. 402. Zur Schule in Bayern vgl. E. Fischer, Verfassungswidrigkeit im neuen bayerischen Volksschulgesetz, in: Vorgänge 1969, S. 83 f.; G. Hirschauer, in: Vorgänge 1968, S. 124; v. Campenhausen, in: ZeVKKr, Bd. 14, S. 35 f.; BayVerfGH Ent. vom 20. 3. 1967, BayVBl 1967, S. 308 = DVBl 1967, S. 455 = DOV 1967, S. 306; Ent. vom 14. 7. 1967, DVBl 1967, S. 733 = DOV 1967, S. 635. Bis zu dem VoSchG vom 13. 12. 1968 hatte in Bayern die Bekenntnisschule Vorrang; sie war Regelschule. Gemeinschaftsschulen wurden nur in bekenntnismäßig gemischten Gemeinden auf Antrag und nach Zweidrittel-Mehrheitsentscheidung der Eltern errichtet; VoSchG vom 17. 11. 1966 — GVBl, S. 402; vgl. hierzu: H. Meyer, Kommentar zum VoSchG (1967); Obermayer, Rechtsgutachten, S. 16—21; Rust, in: BayVBl 1967, S. 44—49; und die zitierten Entscheidungen des BayVerfGH.

<sup>412</sup> SchG vom 26. 6. 1948 i. d. F. vom 7. 8. 1961, §§ 1 und 13.

<sup>413</sup> Art. 32 Verf. Bremen; SchG i. d. F. vom 1. 6. 1967 — GVBl, S. 65; vgl. unten Anm. 833.

<sup>414</sup> SchG vom 16. 4. 1957 §§ 8 und 10.

<sup>415</sup> Art. 56 Abs. II Verf. Hessen; vgl. StGH Hessen, NJW 1966, S. 31. A. A. Zinn-Stein, Art. 56, 8, S. 282; christliche Gemeinschaftsschule, mit der unzutreffenden Begründung, es werde auch Religionsunterricht erteilt und die christlichen Kulturgüter würden den Kindern näher gebracht. Dies übernimmt (ungeprüft) Böckenförde, in: DOV 1966, S. 36; und Deuschle, S. 77. Vgl. unten S. 197 ff.

Kulturgutes und des deutschen Bildungserbes zu selbständig denkenden und verantwortungsbewußt handelnden Bürgern eines demokratischen und sozialen Rechtsstaates zu bilden und zu erziehen" sind. Daneben werden auf Antrag der Erziehungsberechtigten Bekenntnisschulen eingerichtet, wenn genügend Schüler für diese angemeldet werden und der ordentliche Lehrbetrieb mindestens einer Gemeinschaftsschule in dem Schulbezirk gesichert ist. Im Verwaltungsbezirk Oldenburg bestehen nur Bekenntnisschulen<sup>418</sup>.

In Nordrhein-Westfalen sind die Grundschulen (Klasse 1 bis 4) Bekenntnis-, Gemeinschafts- oder Weltanschauungsschulen, und zwar grundsätzlich gleichberechtigt nach Wahl der Erziehungsberechtigten; den Anforderungen an einen geordneten Schulbetrieb ist entsprochen, wenn sie einzügig ausgestaltet sind. Hauptschulen (Klasse 5 bis 8 bzw. 9) werden als Gemeinschaftsschulen errichtet, bestehende Hauptschulen in Gemeinschaftsschulen umgewandelt, wenn die Erziehungsberechtigten, die ein Drittel der Kinder vertreten, dies beantragen; neben den gemeinschaftlichen Hauptschulen werden Bekenntnisschulen errichtet, wenn eine Gemeinschaftsschule für die übrigen Kinder in zumutbarer Weise erreichbar ist und die Schule mindestens zweizügig errichtet werden kann<sup>417</sup>.

In Rheinland-Pfalz werden Grundschulen (Klasse 1 bis 4) und Hauptschulen (Klasse 5 bis 8 bzw. 9) als Bekenntnis- und christliche Gemeinschaftsschule nach der im Gesetz für diese beiden Schulen verschieden festgelegten Mehrheitsentscheidung der Erziehungsberechtigten errichtet<sup>418</sup>.

Im Saarland sind als Volksschulen Bekenntnisschulen oder christliche Gemeinschaftsschulen vorgesehen<sup>419</sup>.

In Schleswig-Holstein gibt es nur Gemeinschaftsschulen<sup>420</sup>.

Die Bekenntnisschule hat somit vor allem in Süd- und Westdeutschland Bedeutung erlangt, während im norddeutschen Raum vor allem die (christliche) Gemeinschaftsschule zu finden ist. Diese Gestaltung des Schulsystems entspricht weitgehend der konfessionellen Gliederung der Bevölkerung der Bundesrepublik Deutschland, die dadurch gekennzeichnet werden kann, daß vor allem in Süddeutschland die katholische Kirche und in Norddeutschland die evangelische Kirche stärker vertreten ist. Im Schulsystem wirken sich die Haltung und Forderungen der großen Kirchen gegenüber der Gestaltung der Schule aus, die im folgenden aufgezeigt wird.

### 3. Die Haltung der Kirchen gegenüber der religiös-weltanschaulichen Ausgestaltung des Schulwesens

#### a) Die katholische Auffassung

Die katholische Auffassung über das Schulwesen geht von der Abgrenzung der Rechte der Erziehungsberechtigten im Anschluß an Thomas von Aquin und

<sup>418</sup> SchG vom 14. 9. 1954 i. d. F. vom 27. 6. 1966 — GVBl, S. 127, §§ 2, 3, 8—15, 31. Vgl. zur Schule in Niedersachsen: v. Campenhausen, S. 203; „In Niedersachsen erlaubt das Schulgesetz in besonders gelungener Weise die Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse für die Ausrichtung der Schule. Gemischte, indifferente, betont christlich geprägte, weniger oder überwiegend konfessionell homogene und reine Bekenntnisschulen sind in einer Weise nebeneinandergestellt, daß unwahrfahfte Situation und Grundrechtsverletzung ausgeschlossen ... sind.“; ders., in: ZevKR, Bd. 14, S. 41—43; Feuchte-Dallinger, in: DOV 1967, S. 372; Konrad Müller, „Das niedersächsische Modell der christlichen Gemeinschaftsschule“, in: Die neue Gesellschaft 1966, S. 339—355; Scheuner, in: DOV 1966, S. 147; „... ist offen für alle weltanschaulichen Richtungen; aber nimmt in seiner Ausgestaltung auf die christliche Überlieferung der deutschen Bildung und Gesittung Bezug ...“; Toews; W. Weber, in: RdJ 1965, S. 1—9; „Die niedersächsische Schule vor und nach dem Konkordat“ (Dokumentation), hrsg. v. d. Nieders. Landeszentrale für Politische Bildung, Hannover 1965.

<sup>417</sup> Art. 12, Verf. NRW i. d. F. vom 5. 3. 1968; SchoG vom 8. 4. 1952 i. d. F. vom 5. 3. 1968 — GVBl, S. 36 —, §§ 16—28. Vgl. zur Schule in NRW: E. Fischer, „Neuer Schulartikel in Nordrhein-Westfalen“, in: Vorgänge 1968, S. 81 f.

<sup>418</sup> Art. 29, Verf. Rh.-Pf.; GHS SchG vom 9. 5. 1968 — GVBl, S. 73 —, §§ 15—28.

<sup>419</sup> Art. 27 Abs. III Verf. Saarland i. d. F. vom 12. Mai 1965 (Amtsbl., S. 413), Schulorganisationsgesetz vom 5. 5. 1965 (Amtsbl., S. 385), §§ 9, 12, 19; dieses Gesetz ist am 1. 7. 1965 in Kraft getreten. Bis dahin waren im Saarland nur Bekenntnisschulen vorgesehen und errichtet (Art. 27 Abs. II Verf. alte Fassg.). Vgl. unten Anm. 985a.

<sup>420</sup> Art. 6 Abs. III Landessatzung.

Aristoteles<sup>421</sup> aus. Danach ist die Familie und die häusliche Gemeinschaft die natürliche Grundform des menschlichen Zusammenlebens, aus der sich in logischer und genetischer Form die staatliche Ordnung aufbaut, ohne daß die Familie Erziehungsrechte gegenüber dem Staat aufgibt<sup>422</sup>. Aus der naturhaft gegebenen Familie wird das natürliche Ursprungsverhältnis zwischen Kindern und Eltern abgeleitet. Den Eltern ist die Erziehungsaufgabe als gottgegebenes Naturrecht zugewiesen, das die Eltern nicht an die staatliche Gemeinschaft abgegeben haben und das als gottgegebenes Recht notwendigerweise den Vorrang vor jedem staatlichen Recht hat. Mit den Worten: „Die Familie hat somit unmittelbar vom Schöpfer den Auftrag und daher das Recht, ihre Nachkommen zu erziehen, ein unveräußerliches Recht, weil unzertrennbar verbunden mit der strengen Verpflichtung, ein Recht, das jedwedem Recht der Volksgemeinschaft und des Staates vorausgeht, und darum ein unverletzbares Recht gegenüber jeglicher irdischen Macht“ hat Pius XI. diesen Standpunkt der katholischen Kirche in Anknüpfung an vorhergehende Äußerungen klar herausgestellt<sup>423</sup>.

Dem Staat wird demgegenüber zwar ein eigenes Erziehungsrecht zugebilligt, da er die Aufgabe hat, für das diesseitige Gemeinwohl zu sorgen. Dieses staatliche Erziehungsrecht aber hat nur subsidiären Charakter. Es kommt dem Staat nach katholischer Naturrechtsauffassung lediglich das nachgeordnete Recht zu, darüber zu wachen, daß der Nachwuchs tatsächlich eine Erziehung erhält, also lediglich einen gewissen Lernzwang auszuüben<sup>424</sup>. Wenn der Staat die Erziehung selber in die Hand nimmt, so nur, weil die Eltern diese Aufgabe nicht allein bewältigen können. Die Schule ist daher lediglich eine Hilfsanstalt der Familie zur besseren Ausübung der Erziehung. Diese Subsidiarität des staatlichen Erziehungsanspruchs besagt daher für das Verhältnis von Elternrecht und Schule nach katholischer Auffassung: „unbeschadet der von der Kirche durchaus anerkannten staatlichen Zuständigkeit auf dem Gebiet der Erziehung darf der Staat nur unterstützend und fördernd tätig sein; er hat den Primat des Elternrechts zu achten. Der Staat wirkt nur im Namen der Eltern als deren Stellvertreter, bleibt also an deren Erziehungsgewalt gebunden“<sup>425</sup>.

Andererseits ist dieses natürliche, gottgegebene Erziehungsrecht der Eltern nach katholischer Auffassung mit der Pflicht verbunden, sowohl für die religiöse und moralische, wie auch für die körperliche und staatsbürgerliche Erziehung der Nachkommenschaft und für das zeitliche Wohlergehen zu sorgen<sup>426</sup>.

Auf Grund ihres Lehr- und Hirtenamtes, und zwar auf Grund der beiden Rechtstitel „überragende Vorzugsstellung“, nach dem der Kirche die höchste Lehrgewalt kraft göttlichen Auftrages verliehen ist (Matth. 28, 18—20), und „übernatürliche Mutterschaft“, nach dem die Kirche „die Seelen zum göttlichen Gnadenleben gebiert, ernährt und erzieht“<sup>427</sup>, macht die katholische Kirche es den Eltern zur Pflicht, daß sie ihre Kinder nach Weisung der Kirche erziehen. Die Kirche leitet aus diesen beiden Rechtstiteln, d. h. auf Grund ihrer übernatürlichen Ordnung, ein eigenes Erziehungsrecht ab, das dem elterlichen Erziehungsrecht übergeordnet ist. „Das eigenständige elterliche Erziehungsrecht wird damit kirchlich über-

<sup>421</sup> Aristoteles, vgl. Nik. Ethik VI, II, 15; Tho. v. Aquin, Suppl. Summae Theologica III, qu. 41 Art. 1; vgl. Pius XI., S. 26/27; vgl. zum Folgenden „Erklärung über die christliche Erziehung“, Erklärung des Zweiten Vatikanischen Konzils vom 28. Oktober 1965, wo die Haltung der katholischen Kirche zu wesentlichen Fragen der Erziehung neu formuliert wurde; Pöggeler, Streitfragen, S. 19—56; v. Campenhausen, S. 115—128; Erlinghagen in sämtlichen Schriften.

<sup>422</sup> Holstein, in: AöR, Bd. 12, S. 198.

<sup>423</sup> Pius XI., in: „Divinus Illius Magistri“, S. 26/27; vgl. auch Leo XIII., „Sapientiae Christianae“ vom 10. 1. 1890; Pius X., in: „Casti connubii“ vom 31. 12. 1930.

<sup>424</sup> Holstein, in AöR, Bd. 12, S. 198.

<sup>425</sup> Maurer, S. 61; vgl. Stein, Elternrecht, S. 28; Holstein, a. a. O. Das Subsidiaritätsprinzip wird von neuem betont in der „Erklärung über die Erziehung“ des Zweiten Vatikanischen Konzils, vgl. Ausgabe deutsch-latein, eingeleitet von F. Pöggeler, Trier 1966, S. 39 und 43.

<sup>426</sup> CIC can. 1113; vgl. Pius XI., S. 26/27 ff.

<sup>427</sup> Pius XI., S. 14/15.

hört und legitimiert.<sup>428</sup> Daher ist das staatliche Erziehungsrecht subsidiär sowohl dem Recht der Eltern als auch dem der Kirche gegenüber. Das Staatsrecht bricht sich hier an dem Erziehungsprimat der Kirche und dem Naturrecht der Eltern<sup>429</sup>.

Daraus ergibt sich, daß die katholische Kirche ein unmittelbares Erziehungsrecht über die Eltern insofern geltend macht, als sie den Eltern die Pflicht auferlegt, die Kinder im Geiste der katholischen Kirche zu erziehen oder erziehen zu lassen. Die Eltern kommen nur in diesem Fall nach katholischer Auffassung der Verantwortung vor Gott für das Seelenheil der Kinder nach. Da die Kirche als „corpus Christi“ den Willen Gottes verkörpert, macht die katholische Kirche es ihren Gläubigen zur gewissenmäßigen Pflicht, dem göttlichen Auftrag der Kirche zu folgen. Die Gläubigen verstoßen bei Nichtbeachtung nach katholischer Auffassung gegen göttliches Recht, wenn sie ihre Kinder nicht unter Mitwirkung der Kirche im Geiste der Kirche erziehen und erziehen lassen.

Da sich aber nach katholischer Auffassung religiöse und sittliche Erziehung von der übrigen Erziehung nicht trennen lassen, da die religiöse Erziehung das wichtigste Moment der Erziehung ist und die gesamte Erziehung daher einen konfessionell-religiösen Charakter tragen und sich nach der Glaubens- und Sittenlehre der katholischen Kirche ausrichten muß, ergibt sich für die Eltern die strenge Pflicht, ihre Kinder nur in solche Schulen zu schicken, die in Übereinstimmung mit der Lehre der katholischen Kirche erziehen. Derartige Schulen aber können nur Schulen sein, die nur für katholische Kinder zur Verfügung stehen, die dem katholischen Bekenntnis verpflichtet sind und „unter Leitung und mütterlicher Aufsicht der Kirche vom christlichen Geist beherrscht“ werden, nicht aber sogenannte gemischte Schulen<sup>430</sup>.

Daraus ergibt sich für katholische Eltern die Pflicht und das Recht, vom Staat die Errichtung von Schulen zu verlangen, die in Übereinstimmung mit den Lehren der katholischen Kirche gestaltet sind, also katholische Bekenntnisschulen. Aus dem Vorrang des Elternrechts gegenüber dem staatlichen Erziehungsanspruch in allen Erziehungsbereichen fließt die religiös-weltanschauliche Gliederung der Schule<sup>431</sup>.

Außerdem verlangt die katholische Kirche nicht nur von den Eltern, sondern auch vom Staat die Anerkennung ihres übergeordneten Auftrages. Daher fordert die katholische Kirche kraft ihres göttlichen Auftrages und in Ausübung ihres Wächteramtes über das Elternrecht, daß der Staat für die katholischen Kinder katholische Bekenntnisschulen errichtet. Da das staatliche Erziehungsrecht nur subsidiär ist, ergibt sich, daß „der Staat im Bereich der Erziehung das Recht oder besser die Pflicht (hat), in seiner Gesetzgebung das dargetane ältere Recht der Familie auf die christliche Erziehung der Nachkommenschaft zu schützen und folgerichtig das übernatürliche Recht der Kirche auf eine solche christliche Erziehung zu achten“<sup>432</sup>.

Die Forderung nach katholischen Bekenntnisschulen ist von der katholischen Kirche immer wieder erhoben worden<sup>433</sup>.

<sup>428</sup> Stein, Elternrecht, S. 28.

<sup>429</sup> Stein, a. a. O., S. 28.

<sup>430</sup> Vgl. CIC can 1374; Pius XI., S. 64/65 ff.; vgl. auch „Erklärung über die Erziehung“, a. a. O., S. 49; Eichmann-Mörsdorf, S. 399.

<sup>431</sup> Dieser Anspruch wird als „konfessionelles Elternrecht“ bezeichnet, wie überhaupt in der Schulpolitik das Elternrecht vielfach und gerade von Seiten der katholischen Kirche lediglich in dieser eingegrenzten Bedeutung, als Anspruch auf die Bestimmung des konfessionellen Charakters der Schule verstanden wird. „Elternrecht wird hier gleichgesetzt mit der Verwirklichung konfessioneller Schulerziehung“ (Heckel-Seip, S. 279).

<sup>432</sup> Pius XI., S. 34/35; vgl. Eichmann-Mörsdorf, S. 399.

<sup>433</sup> Vgl. Leo XIII., in Alloc. „Summi Pontificatus“ vom 29. 8. 1880, Rdschr. „Quod multum“ vom 22. 8. 1886, Schreiben „Officio sancissimo“ vom 23. 12. 1887; Pius XI., a. a. O., S. 64/65; Stellungnahme der deutschen Bischöfe zur Schulfrage, 7. September 1954; die „Erklärung über die Erziehung“ enthält die Forderung nach

## b) Die evangelische Auffassung

Die evangelischen Kirchen machen im allgemeinen keinen Anspruch wie die katholische Kirche geltend. Es gibt in den evangelischen Kirchen keine einheitliche Haltung gegenüber einer konfessionellen Schulordnung.

Grundsätzlich gibt es auch keine unbedingte Bindung der Eltern an die Beschlüsse und Forderung der Kirche im schulpolitischen Bereich.

Auch in den evangelischen Kirchen geht die Erörterung des Schulproblems vom Elternrecht aus. So stellt Thieliicke die Frage, wer seinen Erziehungsanspruch an wen delegiert habe, der Staat seine Erziehungsrechte an die Eltern oder die Eltern an den Staat. Die Antwort lautet: „Es besteht kein Zweifel, daß für Luther alle Erziehung letztlich nur von der elterlichen Autorität abgeleitet wird.“<sup>434</sup> Und zwar bestehe ein Autoritätsgefälle derart, daß an der Spitze der Hierarchie Gott selbst stehe, daß dann die Person-Autorität der Eltern und erst aus diesen beiden die Autorität des Staates abgeleitet sei. Die Begründung für diese Stufung liege darin, daß die Ehe „vor Gott ein heiliger und wohlgefälliger Stand, daß sie von Gott eingesetzt und durch sein Wort bestätigt sei“<sup>435</sup>. Während die Ordnung des Staates zu der postlapsarischen Notordnung, zum Reich zur Linken gehöre, habe der Ehestand dieses gebrochene Verhältnis zu Gott nicht. Die Ehe gehe auf einen unmittelbaren Gottesbefehl an die noch heile Welt zurück und sei als einzige nicht nachträglich durch den Zustand einer heillos gewordenen Welt provoziert. Das, was so über die Schöpfungsqualität der Ehe festgestellt sei, gelte singgemäß auch für die Schöpfungsqualität der elterlichen Autorität und das in ihr angelegte Über- und Unterordnungsverhältnis, das jedem Erziehungsvorgang konstitutiv zugrunde liege.

Die Ordnung der Welt baue sich somit „von unten her“, aus der durch Eltern und Kinder gebildeten Lebenszelle auf<sup>436</sup>. Der Schwerpunkt aller Erziehungsautorität läge somit in der Familie, der gegenüber nur „ein Minimum an Staatlichkeit“ zur Geltung kommen könne. „Der Staat ist deshalb seinem Wesen nach nur instrumentaler Vollstrecker, nicht aber Auftraggeber und erst recht nicht Sinngerber“<sup>437</sup>. Die Eltern hätten die Verantwortung für das Erziehungsziel, und es gehöre zu den Grunderfordernissen jeder geordneten Erziehung, daß Schule und Elternhaus nicht gegeneinander arbeiteten. Daher stehe den Eltern das Verfügungsrecht über die ihnen geeignet erscheinende Schulart zu<sup>438 439</sup>.

Diese theoretischen Überlegungen könnten allerdings so lange nicht mehr als eine „leere Akklamation“ sein, wie die Eltern nicht das seien, als was sie jener lutherischen Ethik gelten: nämlich Christen. Die Eltern träten in Erscheinung nur „als ein nicht zu eigener Willensbildung befähigter, steuerloser, allenfalls klerikalen und sonstigen Einflüsterungen offener Bestandteil des Gesamtvolkes“<sup>440</sup>. Von

---

der Freiheit der elterlichen Wahl der Schule, die die Verpflichtung des Staates nach sich ziehe, die öffentlichen Mittel so auszugeben, daß die Eltern für ihre Kinder die Schule nach ihrem Gewissen wirklich frei wählen können (a. a. O., S. 43). Da zugleich die Eltern an ihre Pflicht gemahnt werden, ihre Kinder nur katholischen Schulen anzuvertrauen (a. a. O., S. 49), enthält die „Erklärung“ zugleich die Forderung nach staatlichen oder staatlich finanzierten Bekenntnisschulen. Vgl. v. Campenhausen, S. 115—128, mit weiterem Nachweis.

<sup>434</sup> Thieliicke, § 1793.

<sup>435</sup> Thieliicke, § 1805.

<sup>436</sup> Thieliicke, § 1822.

<sup>437</sup> Thieliicke, § 1854.

<sup>438</sup> Thieliicke, § 1862.

<sup>439</sup> Mit diesen Überlegungen setzt sich Thieliicke allerdings in Widerspruch zu Holstein, in: A5R, Bd. 12, S. 207/208, der ein originäres Erziehungsrecht des Staates anerkennt, das er ideengeschichtlich auf Luther zurückführt. Danach sei weder das staatliche Erziehungsrecht von den Eltern, noch das elterliche Erziehungsrecht vom staatlichen Erziehungsrecht abgeleitet. Luther habe zwar die thomistische Auffassung von der Urordnung der Familie, wie die katholische Kirche sie noch heute vertritt, auch beibehalten, daneben aber — und das sei das Neue an Luthers Auffassung gewesen — dem Staat deswegen ein originäres eigenes Erziehungsrecht zugesprochen, weil der Staat sich selbst zu erhalten und für das Wohlergehen der Bürger zu sorgen habe. Thieliicke bejaht zwar das „berechtigzte Interesse“ des Staates an der Erziehung aus diesen Gründen, leitet aber das staatliche Erziehungsrecht — wie gezeigt wurde — von dem elterlichen ab, um so seine These vom Minimum der Staatlichkeit und dem „pädagogischen Maximum“ (§ 1862) als dem Primat des elterlichen Erziehungsrechts zu begründen.

<sup>440</sup> Thieliicke, § 1864.

einer echten christlichen Elternschaft könne heute in einer weitgehend säkularisierten Welt keine Rede sein. Die Kirche mache sich daher einer Lüge schuldig, wenn sie auf Grund von statistischem Material etwa die Einrichtung von Konfessionsschulen erreichen wolle. Daher ergebe sich negativ, daß das christliche Elternrecht nicht formalrechtlich in dem Sinne vertreten werden könne, daß man christliche Schulen oder Konfessionsschulen für den statistisch zu ermittelnden sogenannten „christlichen“ Bevölkerungsteil fordern könne, da dies in einer entsprechenden Schulpolitik „zur Heuchelei, Gewissensfraktion und Fassadenchristentum führe“<sup>441</sup>. Positiv ergebe sich daraus allerdings für die Kirche die Aufgabe, sich in ihrer Verkündigung die jungen Eltern besonders angelegen sein zu lassen. „Es darf keine Schaffung von Ordnung — weder von Schul- noch auch von Kirchenordnungen — geben, die von oben herab, z. B. auf dem Vertrags- und behördlichen Verhandlungswege konstituiert sind. Sondern es dürfen nur Ordnungen erstellt werden, die von unten her gewachsen, allerdings auch in ihrem Wachsen von oben her angeregt und gefördert sind“<sup>442</sup>. Die Kirche müsse sich daher darauf konzentrieren, den allein ehrlichen und theologisch sachgemäßen Weg von der Gemeinde aus zu wählen, d. h. daß das Zustandekommen und Wahrnehmen des Elternrechts von der Elterngemeinde auszugehen habe. Die Kirche könne sich daher im Augenblick das Recht erkämpfen, Modell- und Musterschulen zu errichten. Eine generelle Forderung nach Konfessionsschulen könne die Kirche nicht erheben, da sich diese im Augenblick noch gar nicht „bebauen und besiedeln“ ließen, weder mit Lehrern noch mit Kindern christlicher Eltern. Auch der Gedanke, Konfessionsschulen zu errichten, um zu missionieren, lassen sich nicht verwirklichen, da noch nicht einmal eine echte christliche Lehrgemeinde gegeben sei. Möglich sei daher für die Kirche nur, sich die Chance für die Errichtung christlicher Schulen und für den christlichen Einfluß in anderen Schulen gesetzlich und vertraglich zu sichern, um dann diese zu verwirklichen, wenn einmal eine echte Gemeinde besteht. Die Kirche müsse in der Gemeinde beginnen. „Und nur indem die Gemeinde zuerst nach dem Reiche Gottes trachtet, wird ihr alles andere — auch die christliche Schule — ‚zufallen‘. Will sie aber das, was sie nur in Gestalt des ‚Zufallens‘ haben kann, als Hauptsache erstreben, so wird sie machtpolitisch und klerikal, wird sie also eine Kirche der Lüge.“<sup>443</sup>

Die Eltern sollen demnach ihr Erziehungsrecht selbständig als Glieder christlicher Gemeinden in Verantwortung vor Gott ausüben. Die Kirche hat die Aufgabe, die Elterngemeinde zu bilden und aufzuklären.

Als ausgesprochener Gegner staatlich statuerter Konfessionsschulen muß Hammelsbeck angesehen werden. Zwar kann es und soll es nach seiner Vorstellung echte evangelische Schulen geben, doch könnten diese nur dort gegeben sein, wo echte Konfessionalität die echte Weltlichkeit in allen Fächern durchdringe. Eine ganzheitliche Durchdringung aller Fächer widerspreche aber echter Konfessionalität und damit echter christlicher Weltlichkeit. Das Ergebnis einer derartigen Erziehung könne nur eine „Weltanschauungsschule“ sein. Das aber sei das schlimmste Wort in diesem Zusammenhang<sup>444</sup>. Die echte Konfessionalität habe nichts mit einer Konfessionalisierung oder Verchristlichung der Welt zu tun. Die Konfessionalisierung könne sich nur als „Protest gegen den ‚katholischen‘ Übergreif nach einem ‚christlichen‘ Staat, nach ‚christlicher‘ Kultur, nach konfessioneller Schule und Erziehung“ ausformen<sup>445</sup>. Die echte Konfessionalität da-

<sup>441</sup> Thielicke, § 1876.

<sup>442</sup> Thielicke, § 1877.

<sup>443</sup> Thielicke, § 1896.

<sup>444</sup> Hammelsbeck, in: Die Sammlung 1951, S. 138/139. Vgl. zur ev. Schuldoktrin auch v. Campenhausen, S. 129—141, und Niemeier, Streitfragen, S. 57—92.

<sup>445</sup> Hammelsbeck, a. a. O., S. 135.



gegen sei das „Ja und Amen“ des Menschen zu Gottes Bestimmung. Diese echte Konfessionalität bestehe in der Gemeinde, „die das übersäkulare Evangelium in Verkündigung, Lehre und Sakrament hütet“<sup>446</sup>. Aus dieser echten Konfessionalität fließe auch die Mitverantwortung für Schule und Erziehung. Aber: „Die Kirche muß, wenn sie wirklich in der Nachfolge ihres Herrn der Welt helfen will, auf jede Machtstellung verzichten.“<sup>447</sup> Daraus folge, daß die Kirche nicht rechtmäßig evangelische Bekenntnisschulen fordern könne. „Heute — im Zeitalter fortgeschrittener Säkularisation — wirkt die elternrechtliche Forderung nach christlichen und konfessionellen Schulen machtpolitisch. Es ist unterhalb der Würde und Wahrhaftigkeit, solche elternrechtliche Forderung auf eine statistische Zugehörigkeit zur Volkskirche stützen zu wollen... Die höchste Freiheit, die es gibt, nämlich die des Glaubens an Christus, darf niemandem zum Zwang werden.“<sup>448</sup> Die echte Konfessionalität, die aus der Freiheit eines Christen fließe, verbiete es der Kirche, mit Hilfe eines weltlichen Geschäfts von Erziehung und Schule Menschen oder Ordnungen „christlich“ zu machen, zu konfessionalisieren<sup>449</sup>. Außerdem ergebe sich aus der Konfessionsschule eine weitere Aufspaltung des Volkes, da neben den evangelischen und katholischen Schulen notwendigerweise als dritte „Bekenntnisschule“ die nichtchristliche Schulform auftauche. Die Kirche aber dürfe nicht von sich aus Volk und Welt preisgeben<sup>450</sup>. Die Lösung könne daher nur die echte christliche Simultanschule sein. Christen in die Gemeinschaftsschule, müsse die Parole sein, um eine echte Gewinnung der Lehrer und Schüler zu erreichen<sup>451</sup>. Die Schaffung einer echt christlichen Unterrichtung könne nur auf dem Weg über die verantwortungsbewußte Gemeinde gehen, denn diese allein trage geistig eine solche Schule<sup>452</sup>. Nur auf der Basis einer echten Gemeinde gebe es außerdem evangelische Lehrer. Die Wiedererlangung eines echten Vertrauens zwischen der Kirche und einer aufgeschlossenen Lehrerschaft sei notwendig<sup>453</sup>. Lediglich Religionsunterricht müsse gewährleistet sein. Es sei als einziges ein konfessionelles Fach und gehöre zum kirchlichen Lehrdienst<sup>454</sup>.

Die Stellung der Landeskirchen zu dem Problem der Konfessionsschule ist nicht einheitlich. Während die Hannoversche Landessynode in einer Stellungnahme zum niedersächsischen Schulgesetz am 18. Juni 1954 feststellte, daß die evangelische Bekenntnisschule ein unaufgebbares, wesentliches Anliegen der Landessynode sei, trat die Synode der hannoverschen Landeskirche und ihr Bischof Hanns Lilje im Jahre 1965 für die Gemeinschaftsschule ein<sup>455</sup>. Ebenso sprach sich der vom 21. bis zum 24. August 1954 in Frankfurt/Main tagende Bruderrat der evangelischen Kirche gegen die Bekenntnis- und für die Simultanschule aus: „Unter den gegebenen Verhältnissen ist jedoch als allgemeine Schulform die christliche Simultanschule mit einem Religionsunterricht zu fordern, der gemäß dem Bekenntnis der Kirche und in deren Auftrag erteilt wird.“ Die evangelische Kirche in Hessen und Nassau trat entschieden in einer Stellungnahme zum rheinischen Schulkampf am 17. Februar 1953 für die Simultanschule ein. Zu den wenigen Befürwortern der Bekenntnisschule in den evangelischen Kirchenleitungen zählt der bayrische Landesbischof Hermann Ditzelfinger<sup>456</sup>.

<sup>446</sup> Hammelsbeck, a. a. O., S. 136.

<sup>447</sup> Hammelsbeck, in: Die Sammlung 1947, S. 396.

<sup>448</sup> Hammelsbeck, zitiert nach: Thielicke, § 1867, ohne Quellenangabe. Zwang aber läge bereits vor — wie Thielicke, a. a. O., anmerkt —, wenn die Kinder aller Leute, die lediglich nominell Christen sind, in christliche Schulen gesteckt würden. Außerdem müsse sich die Kirche schützend vor das Gewissen der Ungläubigen stellen, wenn der Glaube nicht zur christlichen Ideologie degenerieren und zum Schibboleth der Heuchelei werden solle (Thielicke § 1968).

<sup>449</sup> Hammelsbeck, in: Die Sammlung 1951, S. 139.

<sup>450</sup> Hammelsbeck, in: Die Sammlung 1947, S. 396.

<sup>451</sup> Hammelsbeck, a. a. O., S. 397.

<sup>452</sup> Hammelsbeck, Die evangelische Lehre von der Erziehung, S. 144.

<sup>453</sup> Hammelsbeck, in: Die Sammlung 1945/46, S. 384.

<sup>454</sup> Hammelsbeck, in: Die Sammlung 1951, S. 139.

<sup>455</sup> „Der Spiegel“ Nr. 24 vom 9. 6. 1965, S. 37; „Die Welt“ vom 4. Juni 1965, S. 2.

<sup>456</sup> „Der Spiegel“ Nr. 20 vom 12. 5. 1965, S. 54.

Als überwiegend läßt sich daher die Ablehnung der Bekenntnisschule in der evangelischen Theologie und in den Landeskirchen und eine Bejahung der Gemeinschaftsschule feststellen. Aber selbst wo in der evangelischen Kirche die Forderung nach der Bekenntnisschule erhoben wurde, wurde stets zugleich betont, daß weder für Eltern noch für Lehrer ein Gewissenszwang entstehen dürfe, so daß die Bekenntnisschule stets nur als Möglichkeit neben der Gemeinschaftsschule gedacht wird<sup>457</sup>.

### **Anhang**

Die verschiedenen Standpunkte der Kirchen finden keine entsprechende Gliederung in den Parteien. Die SPD forderte bereits im Eisenacher Programm von 1896 die „Trennung der Schule von der Kirche“. Nach dem zweiten Weltkrieg blieb die SPD bei der Forderung nach christlichen Gemeinschaftsschulen. Nachdem bereits im Dortmunder SPD-Aktionsprogramm von 1952 die konfessionelle Erziehung zur „Angelegenheit der Eltern und Religionsgemeinschaften“ erklärt worden war, blieb das Godesberger Programm von 1959 dabei, daß die Jugend an Schulen und Hochschulen gemeinsam ohne Unterschied der Konfessionen erzogen werden müsse. Auf dem Deutschlandtreffen der SPD im Jahre 1963 in Hamburg setzte sich dagegen Dr. Dr. Gustav Heinemann, Mitglied des SPD-Parteivorstandes, für die Errichtung von Bekenntnisschulen ein (vgl. „Der Spiegel“ vom 11. September 1963, S. 21 f.). Ebenso sprach sich bereits am 17./18. Januar 1959 Dr. Adolf Arndt auf der von der Katholischen Akademie in Bayern in München veranstalteten Tagung zum Thema „Schule und Staat“ dafür aus, daß Bekenntnisschulen Raum gegeben werden solle, allerdings erst, nachdem, gemessen an einem hohen Standard für den geordneten Schulbetrieb, eine Gemeinschaftsschule an jedem Ort bestehe (vgl. Arndt, Schule und Staat, S. 87).

In der CDU/CSU sind die Ansichten geteilt. In Hessen versicherte der katholische Landesvorsitzende Dr. Fay vor den letzten Landtagswahlen, daß die CDU in Hessen für die Gemeinschaftsschule eintrete. Ebenso sprach sich der verstorbene schleswig-holsteinische Kultusminister Edo Osterloh entschieden für die Beibehaltung der Gemeinschaftsschule in Schleswig-Holstein aus. Dagegen tritt die CDU/CSU in anderen Ländern, so z. B. in Bayern, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz, entschieden für die Errichtung und Unterhaltung von Bekenntnisschulen ein (vgl. Arndt, Schule und Staat, S. 88), eine Haltung, die erst in den Jahren 1967 und 1968 teilweise zugunsten der christlichen Gemeinschaftsschule modifiziert wurde, als die Notwendigkeit zur Schaffung größerer Schuleinheiten unabweislich wurde.

### **3. Abschnitt: Die rechtlichen Grundlagen der Erziehung**

#### **I. Das Erziehungsrecht der Eltern**

##### **1. Rechtscharakter und Bedeutung des Artikels 6 Absatz II GG**

Artikel 6 Absatz II GG, der das elterliche Erziehungsrecht zum Inhalt hat, lautet: „Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.“

Mit dieser Formulierung knüpft das Grundgesetz an die Formulierung von Artikel 120 der Weimarer Reichsverfassung an.

Daß Artikel 6 Absatz II GG als echtes Grundrecht aufzufassen ist, das den Eltern ein Abwehrrecht gegen die staatliche Gewalt gewährt, zeigt sich bereits

<sup>457</sup> Kittel, in: Die Sammlung 1954, S. 429 f.

an dem Wortlaut, da von einem „Recht der Eltern“ gesprochen wird. Wenn Artikel 6 Absatz II GG von einem „natürlichen Recht“ spricht, so hat der Verfassungsgeber ein übriges getan, um die Grundrechtsqualität des Elternrechts klarzustellen, indem er Artikel 6 Absatz II GG unter allen Grundrechten die schärfste grundrechtliche Charakterisierung gegeben hat. Außerdem zeigt der Zusammenhang von Absatz II und III des Artikels 6 GG, daß das elterliche Erziehungsrecht Grundrechtsqualität hat, da der Staat nur bei außerordentlichen Gefahren für die weitere Entwicklung des Kindes in die Rechte der Familie eingreifen und die Kinder von der Familie trennen darf. Da Absatz III als Ausnahmevorschrift anzusehen ist, haben die Eltern im übrigen ein Recht auf Freiheit von staatlicher Einmischung in Erziehungsangelegenheiten.

Die Grundrechtsqualität des Artikels 6 Absatz II im Sinne eines unmittelbar geltenden subjektiven öffentlichen Rechts, und zwar eines Menschenrechts im Sinne der Grundrechtssubjektivität und Grundrechtsqualität, hat erstmals v. Mangoldt<sup>458</sup> erkannt, womit eine entschiedene Abkehr von der unter der Weimarer Reichsverfassung herrschenden Lehre erreicht wurde, die das Elternrecht lediglich als Einrichtungsgarantie verstand. Diese Ansicht hat sich heute allgemein durchgesetzt<sup>459</sup>. Das Bundesverfassungsgericht<sup>460</sup> hat sich zunächst in vorsichtiger Weise dieser Ansicht angeschlossen: Neben seiner Bedeutung als Richtlinie gewährte Artikel 6 Absatz II GG „jedenfalls zugleich ein Abwehrrecht gegen unzulässige Eingriffe des Staates in das elterliche Erziehungsrecht und binde insoweit auch die Gerichte als unmittelbares Recht“. Mit seiner Entscheidung vom 29. 7. 1968<sup>460a</sup> hat das Bundesverfassungsgericht dann endgültig anerkannt, daß Artikel 6 Abs. II GG ein Grundrecht im klassischen Sinne sei, das den Eltern ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe gewähre, soweit diese nicht durch das „Wächteramt“ des Absatz II Satz 2 gedeckt seien.

Dem Elternrecht des Artikels 6 Absatz II kommt somit neben seiner auch weiterhin bestehenden Bedeutung als *Einrichtungsgarantie* und *Auslegungsregel*<sup>461</sup> Grundrechtsqualität als eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Erziehung der Kinder zu.

Wenn das Grundgesetz von einem „natürlichen Recht“ der Eltern spricht, so ist damit auf das naturgegebene Verhältnis des Kindes zu seinen Erzeugern hingewiesen. Aus der vom Staat unantastbaren und unabhängigen Gemeinschaft der Familie (Art. 6 Abs. I GG) fließt auch die natürliche Beziehung der Eltern zu dem Kind. Die Erziehung des Kindes, das naturgegeben wegen seiner körperlichen und geistigen Unfähigkeit in den ersten Lebensjahren ohne die Sorge und Pflege der Eltern nicht leben könnte, ist den Eltern übertragen und aufgegeben, da es nie einen Menschen ohne Eltern geben kann und die elterliche Liebe „ein unersetzliches und naturgegebenes Erziehungsgut (ist), das selbst Erziehungsmängel im Einzelfall zu überbrücken vermag“<sup>462</sup>. Die Natürlichkeit des Elternrechts ist begründet „auf der biologischen, sittlichen und religiösen Ordnung der Familie“<sup>463</sup> und nicht auf der Gegebenheit der staatlichen Gemeinschaft. Der Verfassungsgeber hat somit zum Ausdruck gebracht, daß er an die vorrechtliche Gegebenheit der Familie anknüpft, daß das elterliche Erziehungsrecht in seiner „Eigenständigkeit und Ursprünglichkeit“<sup>464</sup> als einem nicht

<sup>458</sup> v. Mangoldt, Kommentar, Art. 6, Anm. 3, S. 72.

<sup>459</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 6, Anm. IV, 2, S. 270 f.; Wernicke, BK, Art. 6, Anm. II, 2c; Hamann, Art. 6, Anm. B 5; Peters Elternrecht, S. 374 f.; Stein, Elternrecht, S. 36; Mayer, in: DVBl 1955, S. 582; BVerwG VerwRspr 10, S. 138 ff.; Bayr. VerfGH, VerwRspr 6, S. 641; ders., DOV 1956, S. 762; OVG Hmb, VerwRspr 6, S. 654 ff.; Hess. StGH, Staatsanzeiger für das Land Hessen 1958, S. 313 f.

<sup>460</sup> BVerfG 4, 52, 57.

<sup>460a</sup> BVerfG, Urt. vom 29. 7. 1968, NJW 1968, S. 2233.

<sup>461</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 6, Anm. IV., S. 271; BVerfG, NJW 1968, S. 2233.

<sup>462</sup> Maurer, S. 43.

<sup>463</sup> Stein, Elternrecht, S. 37.

<sup>464</sup> Wernicke, BK, Art. 6, Anm. II, 2a.

vom Staat verliehenen Recht den Erziehungsfaktoren Staat und Kirche vorgeordnet ist<sup>465</sup>, und daß es die Eltern und nicht der Staat sind, die die Erziehung des Kindes in der Hand haben und positiv die Lebensrichtung ihres Kindes durch Erziehung zu bestimmen versuchen. Dem Staat kommt demgegenüber im Rahmen des Artikels 6 GG lediglich eine nachgeordnete und unterstützende Erziehungsfunktion nach Maßgabe der Bestimmungen der Absätze II Satz 2 und III zu, nicht aber ein eigenständiges, gleichberechtigtes Recht an der Gesamterziehung der Kinder<sup>466 467</sup>.

## 2. Inhalt des Elternrechts

Im Gegensatz zu Artikel 120 WRV, der das elterliche Erziehungsrecht inhaltlich umschrieb, verzichtete Artikel 6 Absatz II GG auf eine nähere Bestimmung des Erziehungsrechtes, sondern sagt lediglich, daß die „Erziehung“ und „Pflege“ des Kindes das „natürliche Recht der Eltern und die ihnen zuvörderst ihnen obliegende Pflicht“ sind.

Pflege und Erziehung sind der Kern der sogenannten Personensorge für das Kind, die mit der Minderjährigkeit des Kindes endet. Bestimmungen über den Inhalt der Erziehung finden sich in mehreren Länderverfassungen<sup>468</sup>. Danach umfaßt die Erziehung der Kinder die Sorge für die leibliche, seelische, geistige, sittliche und religiöse Entwicklung und die gesellschaftliche Tüchtigkeit des Kindes. Die Eltern und nicht andere Menschen oder gar der Staat sind es, die primär dazu berechtigt und verpflichtet sind, dem Kind sowohl die körperliche wie auch diese im weiteren Sinne geistige Pflege angedeihen zu lassen, die es zu seiner Entwicklung benötigt. Die geistigen Werte, an denen ihr Kind seine Persönlichkeit formen soll, werden von den Eltern ebenso bestimmt, wie sie für das leibliche Wohl sorgen, da beides für das Werden des Menschen gleichermaßen von Bedeutung ist. Die Eltern bestimmen daher zunächst die Ziele und Mittel der Erziehung nach ihren Vorstellungen, bestimmen die menschlichen, ethischen und religiösen Werte, an denen das Kind sich formen soll, und nicht der Staat<sup>469</sup>. Artikel 6 Absatz II GG enthält daher die Freiheit der Eltern, Religion und religiöse Erziehung ihrer Kinder zu bestimmen<sup>470</sup>.

Dieses Erziehungsrecht der Eltern beschränkt sich im Gegensatz zur schulischen Erziehung nicht auf einen bestimmten Bereich und beginnt nicht erst mit einem bestimmten Alter, sondern umfaßt die gesamte Lenkung und Leitung der Entwicklung des Kindes, ohne daß damit allerdings bereits etwas über den Umfang eines eventuellen schulischen Erziehungsrechtes des Staates oder der Eltern ausgesagt ist und ohne daß damit bereits das Verhältnis von Elternrecht und Schulrecht bestimmt wäre<sup>471</sup>. Die Frage, ob das Elternrecht des Artikels 6 Absatz II GG auch Rechte gegenüber den organisatorischen Veranstaltungen des Staates, insbesondere gegenüber der Schulerziehung, enthält, muß daher zunächst offen bleiben, bis das staatliche erzieherische Wirken dargestellt ist. Hinzuweisen ist hier lediglich auf den Umfang der im Rahmen des Artikels 6 Absatz II GG fraglichen Rechtspositionen der Eltern gegenüber der Schule. Es

<sup>465</sup> Wernicke, a. a. O.; v. Mangoldt-Klein, Art. 6, Anm. IV, 3, S. 273, Peters, Elternrecht, S. 373; Hamann, Art. 6, Anm. B 5.

<sup>466</sup> Vgl. Wernicke, a. a. O.; v. Mangoldt-Klein, Art. 6, Anm. IV, 3, S. 273; Peters, Elternrecht, S. 379.

<sup>467</sup> Angesichts dieser überragenden Stellung, die das Grundgesetz den Eltern in Erziehungsfragen einräumt, und angesichts der Tatsache, daß Art. 6 Abs. II GG auf die vorstaatliche Gegebenheit der familiären Bande zwischen Eltern und Kind hinweist, bleibt es gleichgültig, ob das Elternrecht als „Naturrecht“ oder nur als „natürliches Recht“ angesehen wird. An der Bedeutung des Art. 6 Abs. II GG wird dadurch nichts geändert; Peters, Elternrecht, S. 373, Anm. 15; vgl. zur katholischen Naturrechtsauffassung unten S. 166 f.

<sup>468</sup> Verf. Baden-Württ. Art. 12, Verf. Bayern Art. 126, Verf. Bremen Art. 23, Verf. Hessen Art. 55, Verf. Rh.-Pf. Art. 25.

<sup>469</sup> Peters, Elternrecht, S. 382.

<sup>470</sup> Peters, Elternrecht, S. 391.

<sup>471</sup> Vgl. unten S. 165 ff.

handelt sich erstens um das sogenannte „konfessionelle Elternrecht“, das den Eltern das Recht gewähren soll, die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht und den Bekenntnischarakter der Volksschule bestimmen zu können. Dieses Recht wird vielfach als Kern des Elternrechts angesehen<sup>472</sup>. Es handelt sich aber nur um einen Teil des allgemeinen Erziehungsrechtes der Eltern<sup>473</sup>. Soweit die Bestimmungen oder Wahl der Grundform der Schule betroffen ist, geht es um das Recht der Eltern auf Errichtung von konfessionell bestimmten Schulen. Die zweite fragliche Auswirkung des Elternrechts ist der Inhalt von Artikel 6 Absatz II GG hinsichtlich der Rechte in der Schule. Hier handelt es sich um das sogenannte „pädagogische Elternrecht“<sup>474</sup>, d. h. um die gestaltende Mitwirkung und Mitbeteiligung der Eltern im Schulwesen ohne unmittelbare Berücksichtigung des konfessionell-weltanschaulichen Elements. Die Darstellung des pädagogischen Elternrechts kann im Rahmen dieser Arbeit unterbleiben, da hier lediglich die weltanschaulich-religiösen Probleme des Schulrechts untersucht werden<sup>475</sup>. Auf die Problematik des sogenannten konfessionellen Elternrechts kann erst nach Darstellung der staatlichen Rechte an der Erziehung der Kinder eingegangen werden, da insofern gerade das Zusammenwirken von Staat und Eltern problematisch ist.

Die erzieherische Tätigkeit des Staates findet ihre verfassungsrechtliche Behandlung in Artikel 6 Absatz II GG Satz 2, Absatz III und in Artikel 7 GG, die im folgenden zu untersuchen sind.

### 3. Die Wacht der staatlichen Gemeinschaft über die elterliche Erziehung

Über die Erziehung der Kinder durch die Eltern „wacht“ nach Artikel 6 Absatz II Satz 2 GG die staatliche Gemeinschaft. Die Betätigung der elterlichen Erziehung ist damit nicht unbeschränkt oder im Fall von Mißbrauch geschützt. Die Formulierung „staatliche Gemeinschaft“ enthält als Adressaten der Überwachungsfunktion die öffentliche Gewalt, das Staatswesen.

Das Wort „Wache“ deutet auf eine im wesentlichen passive Funktion des Staates bei der Gesamterziehung durch die Eltern. Die staatliche Überwachung erlaubt es dem Staat nicht, in die elterliche Erziehung einzugreifen, solange eine geregelte Erziehung vorhanden ist, da insoweit das elterliche Erziehungsrecht vorrangig zur Geltung kommt. Sobald allerdings der Staat einen Mißbrauch feststellt, verwandelt sich die passive Überwachungsfunktion in eine aktive Tätigkeit, die erzieherische Mißbräuche korrigieren kann. Die Wache des Staates stellt daher zugleich die rechtsstaatliche Ermächtigung dar, sowohl pflichtvergessene Eltern durch staatliche Maßnahmen auf ihre Erziehungspflichten hinzuweisen und sie dazu anzuhalten<sup>476</sup>, wie auch gewisse Anforderungen an die Erziehung der Kinder durch die Eltern aufzustellen, deren Nichterfüllung sich als Mißbrauch des Erziehungsrechtes darstellt<sup>477</sup>. Als Beispiel einer derartigen durch Artikel 6 Absatz II Satz 2 GG legitimierten erzieherischen Maßnahme ist § 1666 BGB anzusehen<sup>478</sup>. Grundsätzlich aber hat der Staat kein Recht, sich Pflege und Erziehung der Kinder anzumaßen und das Recht der Eltern selbst auszuüben<sup>479</sup>, sich das elterliche Erziehungsrecht unterzuordnen und nach seinen Vorstellungen auszurichten, da andernfalls das Erziehungsrecht der Eltern ausgehöhlt werden

<sup>472</sup> Fleig, Elternrecht, S. 8 f.

<sup>473</sup> Stein, Elternrecht, S. 42.

<sup>474</sup> So Stein, Elternrecht, S. 13.

<sup>475</sup> Insofern sei verwiesen auf die Darstellung bei Stein, Elternrecht, S. 44 ff.; Heckel-Seipp, S. 348—353; v. Campenhausen, S. 34—54; Raimund Wimmer, „Das pädagogische Elternrecht“, in: DVBl 1967, S. 809—816.

<sup>476</sup> Peters, Elternrecht, S. 390.

<sup>477</sup> Fleig, Elternrecht, S. 12.

<sup>478</sup> BVerfG 4, 52, 57; v. Mangoldt-Klein, Art. 6, Anm. IV, 5c, S. 274 f.

<sup>479</sup> Wernicke, BK, Art. 6, Anm. II, 2d; Hamann, Art. 6, Anm. B 6; Fleig, a. a. O., S. 12.

würde und es „leerliefe“<sup>480</sup>. Dem Staat steht auf Grund dieser Vorschrift jedenfalls kein eigenes Erziehungsrecht zu<sup>481</sup>. Dies ergibt sich deutlich aus der Formulierung: „Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft“. Der abweichenden Ansicht von Anschütz<sup>482</sup>, nach der dem Staat mittels seiner Wächterrolle der Anspruch zustehe, das Elternrecht „nicht sowohl zu überwachen, als zu gestalten, Inhalt und Schranken durch seine Gesetze zu bestimmen“, hat sich Klein<sup>483</sup> angeschlossen. Danach ergäben sich heute ebenfalls Inhalt und Schranken nicht nur des Rechts der Eltern, sondern auch und vor allem der darüber gesetzten staatlichen Überwachungsbefugnisse aus den Gesetzen. Dem kann aus den oben ausgeführten Gründen nicht gefolgt werden. Die Eltern müssen auf Grund des Artikel 6 Absatz II Satz 2 GG lediglich gewisse Grenzen im Rahmen der gesellschaftlichen Ordnung und Sitte einhalten, die allerdings einen weiten Rahmen stecken und vor allem die geistige Lenkung über das Kind weitgehend den Eltern überlassen, ohne daß der Staat in das Erziehungsrecht eingreifen darf<sup>484</sup>. Dem Bundesverfassungsgericht ist daher zuzustimmen, wenn es schreibt<sup>485</sup>: „Er (sc. der Staat) darf in ihr erzieherisches Ermessen nur eingreifen, soweit sein Wächteramt dies rechtfertigt, also jedenfalls dann nicht, wenn kein legitimes öffentliches Interesse an der Erziehung den Eingriff gebietet.“ Gerade auf dem entscheidenden Gebiet, nämlich dem der geistigen Lenkung des Kindes, kann es dem Staat nur gestattet sein, Mißbräuche zu verhindern, wie z. B. die Erziehung der Kinder zu Verbrechern oder Verfassungsfeinden. „Gerade die Ausrichtung auf ein staatlich gebotenes oder ausdrücklich anerkanntes Erziehungsziel darf nicht gefordert werden; der Vielfalt menschlicher Individualität soll Rechnung getragen werden können, weil nur das der Auffassung von westlicher Freiheit entspricht und weil nach Meinung des Grundgesetzes nur auf diesem Wege ein Mensch zur selbstverantwortlichen, sich freiwillig in die Gemeinschaft eingliedernden Persönlichkeit erzogen werden kann.“<sup>486</sup>

Ein allgemeiner Gesetzesvorbehalt kann nach allem in Artikel 6 Absatz II Satz 2 GG nicht gesehen werden<sup>487</sup>.

## II. Das staatliche Erziehungsrecht

Außer den Eltern tritt in starkem Maße der Staat als Erziehungsfaktor mit seinem staatlichen Schulwesen in Erscheinung. Grundgesetzliche Behandlung hat das Schulwesen in Artikel 7 GG erfahren, dessen Absatz I die grundsätzliche Rechtfertigung des staatlichen Erziehungsanspruches auf schulischem Gebiet enthält, in dem es heißt:

„Das gesamte Schulwesen steht unter der Aufsicht des Staates.“

### 1. Die staatliche Schulaufsicht

#### a) Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern

Nach Artikel 30 GG ist die Ausübung der staatlichen Befugnisse den Ländern übertragen, soweit das Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zuläßt. Da für die Ausübung staatlicher Befugnisse zum Eingriff in die Freiheit privater

<sup>480</sup> Stein, Elternrecht, S. 39.

<sup>481</sup> Mayer, in: DVBl 1955, S. 583.

<sup>482</sup> Anschütz, WRV, Art. 120, Anm. 1, S. 561 f.

<sup>483</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 6, Anm. IV, 5c, S. 274.

<sup>484</sup> Maurer, S. 49.

<sup>485</sup> BVerfG 4, 52; ebenso BVerfG, NJW 1958, S. 865.

<sup>486</sup> Peters, Elternrecht, S. 382 f.

<sup>487</sup> So auch Peters, Elternrecht, S. 382 f.; Wernicke, BK, Art. 6, Anm. II, 2d; Stein, Elternrecht, S. 39; Maurer, S. 49; dasselbe Ergebnis erzielt Hamann — Art. 6, Anm. B 5 —, wenn er in Art. 6 Abs. II Satz 2 einen Gesetzesvorbehalt sieht, der seinerseits dadurch eingeschränkt sei, daß dem Gesetzgeber nur eine „Überwachung“, nicht eine völlige Übernahme der Erziehung in seine Hände gestattet sei. Vgl. BVerfG 4, 52 und BVerfG NJW 1958, 865, wo streng darauf geachtet wird, daß Art. 6 Abs. II Satz 2 GG lediglich die Überwachung des Staates, nicht aber einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt enthält.

Rechtssubjekte ein förmliches Gesetz notwendig ist und Artikel 70 GG die Gesetzgebungskompetenz im Kulturbereich den Ländern überträgt, ist dem Bund im Bereich des Schulwesens jede Tätigkeit der in Artikel 7 Absatz I GG genannten Art durch Bundesorgane verwehrt. Schulgesetzgebung und Schulverwaltung sind dem Bund entzogen. Dementsprechend können unter „Staat“ in Artikel 7 Absatz I GG nur die Länder verstanden werden.

## b) Inhalt der Schulaufsicht

### aa) Historische Entwicklung des Schulaufsichtsbegriffes

Artikel 7 Absatz I GG übernimmt wörtlich den ersten Halbsatz des Satzes 1 des Artikels 144 WRV. Weder in Artikel 7 GG noch in Artikel 144 WRV findet sich eine Bestimmung dessen, was unter dem Aufsichtsrecht der Länder über das gesamte Schulwesen zu verstehen ist. Der Grundsatz der Schulaufsicht ist nur geschichtlich zu verstehen, da die staatliche Schulaufsicht nicht erst durch Artikel 144 WRV geschaffen wurde, sondern bereits seit mehr als 100 Jahren bestand, als die Weimarer Reichsverfassung geschaffen wurde.

Bereits im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 hieß es in

§ 1 II 12: „Schulen . . . sind Veranstaltungen des Staates . . .“

§ 9 II 12: „Alle öffentlichen Schul- und Erziehungsanstalten stehen unter der Aufsicht des Staates, und müssen sich den Prüfungen und Visitationen desselben zu allen Zeiten unterwerfen.“

§ 12 II 12: „Gemeine Schulen . . . stehen unter der Direktion der Gerichtsobrigkeit eines jeden Ortes . . .“

Im Laufe der Rechtsentwicklung erfuhren diese Bestimmungen eine nähere Ausgestaltung. § 1 II 12 ALR wurde bedeutsam als negative Abgrenzungsbestimmung gegenüber der kirchlichen (geistlichen) Schulaufsicht. Nur der Staat sollte die Aufsicht haben. Der Aufsichtsbegriff des § 9 II 12 ALR erfuhr eine Erweiterung dahingehend, daß auch die umfangreiche staatliche verwaltende und leitende Tätigkeit der Schulen durch den Staat darunter verstanden wurde. Dieser erweiterte Schulaufsichtsbegriff wurde später in Artikel 20 der Verfassung von 1848 und in Artikel 23 der preußischen Verfassung von 1850 wiederum verwandt. Ebenfalls in späteren schulgesetzlichen Regelungen in Preußen wurde die Bezeichnung „Schulaufsicht“ in diesem erweiterten Sinne verwendet. Anschütz konnte daher im Jahre 1912 zusammenfassend sagen<sup>489</sup>, daß in Preußen als „Schulaufsicht“ „das dem Staat über die Schulen ausschließlich zustehende administrative Bestimmungsrecht“, „der Inbegriff verschiedenartiger, teils unmittelbar verwaltender Funktionen: Befugnisse zur Vornahme von Maßregeln informativer, kontrollierender, instruierender, organisatorischer Natur, zum Erlaß von individuellen und generellen Geboten und Verboten“ bezeichnet wurde.

In anderen deutschen Staaten hatte sich die Schulaufsicht ebenso entwickelt. So stellte Piloty für das bayrische Schulwesen im Jahre 1911 fest<sup>490</sup>, daß „die Schulaufsicht in ihrem ganzen Umfang eine Aufgabe des Staates“ sei; diese Aufsicht erstreckte sich „auf die Erfüllung der Schulpflicht nach allen Richtungen hin“ und manche sich geltend „gegenüber allen an dieser Pflicht als Gebende und Empfangende beteiligten Personen“, und zwar im Hinblick auf die öffentlichen und privaten Schulen. „Die Volksschule ist damit im Gegensatz zu einer früheren Ordnung in ihrem ganzen öffentlichen Umfang Staatsanstalt geworden. Zur Anstalt Schule gehören nicht nur der Schulraum, das Schulvermögen, die Besucher und Lehrer, der Plan und seine unmittelbare Ausführung, es gehören

<sup>488</sup> Anschütz, Preuß. Verf., S. 417; ebenso RG 53, 184; 80, 344; 84, 32; PreußOVG 58, 191; 66, 264; 72, 239.

<sup>489</sup> Piloty, S. 5 f.; vgl. auch Anschütz, Preuß. Verf., S. 412 f.; auch in Bayern und Baden stehe das Bestimmungsrecht über die Volksschule nach jeder denkbaren Richtung dem Staate zu.

dazu auch die Sorge für Aufbringung des Schulbedarfs und die gesamte Schulaufsicht, deren Subjekt der Staat ist. Man kann diese rechtliche Stellung des Staates zur Volksschule mit demselben Recht als Schulhoheit bezeichnen.“ Die Schulhoheit mache sich in Gesetzgebung, Rechtspflege und Verwaltung geltend, wobei in der Schulverwaltung, die nach Anordnung des Staates geschehe, pflegende und polizeiliche, allgemein anordnende Tätigkeit, insbesondere Organisation und Aufsicht im engeren Sinne begriffen seien.

Die Gesamtheit der dem Staat an der Schule und über die Schule zustehenden Rechte wird nach alter preußischer und außerpreußischer Verwaltungspraxis als Schulaufsicht bezeichnet<sup>490</sup>.

Die Schulaufsicht war das Mittel, um das Schulwesen der staatlichen Hoheit zu unterwerfen, das zugleich den Ausschluß aller anderen, und insbesondere der Kirchen, von der Leitung, Organisation und Beaufsichtigung im engeren Sinne der öffentlichen Schulen bedeutete<sup>491</sup>.

Als die Weimarer Reichsverfassung den Begriff der Schulaufsicht zu Reichsrecht erhob, gab sie keine eigene Definition, sondern setzte die Bedeutung dieses Begriffes als bekannt voraus. Sie übernahm daher den historisch gewachsenen Begriff. Gewohnheitsrechtlich umfaßte die Schulaufsicht die volle Organisationsgewalt des Staates über die Schulen, wie sie durch den oben wiedergegebenen Satz von Anschütz beschrieben wurde. Der Begriff „Aufsicht“ hatte daher für den Bereich des Schulwesens seine von der sonstigen Definition der Aufsicht als einer Kontroll- und Überwachungsfunktion abweichende Bedeutung behalten. Die Bedeutung des Artikels 144 WRV bestand somit lediglich darin, daß er den Schulaufsichtsbegriff zu Reichsrecht erhob<sup>492</sup>.

Diese historische Definition war während der Weimarer Republik in Lehre und Rechtsprechung allgemein anerkannt. So bestimmte Anschütz<sup>493</sup> den Schulaufsichtsbegriff wiederum als „das dem Staat ausschließlich zustehende administrative Bestimmungsrecht über die Schule“, das er ebenso wie für die preußische Verfassung näher bestimmte. Landé schließlich schrieb<sup>494</sup>: „Die Schule ist Staatsache, nicht private, nicht kirchliche, nicht Selbstverwaltungs-, nicht sonst jemandes Sache.“ Das Reichsgericht schloß sich ebenfalls dieser Ansicht an<sup>495</sup>: Die Schulaufsicht sei nicht Aufsicht im gewöhnlichen Sinne, sondern die weitgehende Führung und Leitung der Verwaltung des Schulwesens.

## bb) Schulaufsichtsbegriff in Artikel 7 Absatz I GG

Wenn Artikel 7 Absatz I GG wörtlich die Regelung der Weimarer Reichsverfassung übernommen hat, so fragt es sich, ob damit derselbe weite Aufsichtsbegriff wie in der früheren Zeit zu gelten hat.

Die Entstehungsgeschichte bietet keinen Anhaltspunkt, etwas Gegenteiliges anzunehmen. Erst in der 47. Sitzung des Hauptausschusses erschien im Entwurf die Schulaufsicht als Artikel 7b Absatz I auf Vorschlag des Fünferausschusses<sup>496</sup>. Der Allgemeine Redaktionsausschuß, der Hauptausschuß und das Plenum ließen diese Bestimmung ohne Diskussion bestehen. Die Tatsache, daß die Schulaufsicht ohne weitere Aussprache zum Bestandteil des Grundgesetzes wurde — disku-

<sup>490</sup> Vgl. Anschütz, Preuß. Verf., S. 414.

<sup>491</sup> Über die Beteiligung der Kirchen an der staatlichen Schulaufsicht, die bis 1918 bestehen blieb, vgl. oben S. 71 und S. 74.

<sup>492</sup> Landé, S. 62.

<sup>493</sup> Anschütz, WRV, Art. 144, Anm. 1, S. 672.

<sup>494</sup> Landé, S. 64.

a. A. Heckel, PSchR, Anm. 3a, S. 206 f., ohne überzeugende Begründung: Art. 7 Abs. I GG stehe im Grundrechtsabschnitt.

<sup>495</sup> RG 87, 194; 128, 220; 135, 14.

<sup>496</sup> HA-Steno, S. 615.



tiert wurde lediglich die staatliche Aufsicht über den Religionsunterricht<sup>497</sup> —, zeigt, daß im Parlamentarischen Rat eine so gefestigte Vorstellung von Inhalt und Bedeutung der Schulaufsicht bestand, daß eine Erörterung als überflüssig angesehen wurde.

In Schrifttum und Rechtsprechung hat sich dementsprechend weitgehend die Auffassung durchgesetzt, Artikel 7 Absatz I GG sei als inhaltsgleich mit Artikel 144 WRV anzusehen. So führt Wernicke<sup>498</sup> aus, der Begriff der Schulaufsicht sei weit auszulegen und entspreche der Weimarer Regelung. v. Mangoldt-Klein<sup>499</sup> folgern aus der wörtlichen Übernahme des Artikels 144 WRV, daß sich an dem bisherigen Rechtszustand nichts geändert habe. Auch das Bundesverwaltungsgericht<sup>500</sup> führt aus, daß der in Artikel 7 Absatz I GG verwendete Ausdruck der Schulaufsicht unter Berücksichtigung seiner historischen Entwicklung auszulegen sei, da kein Anhaltspunkt dafür vorläge, daß dieser Begriff unter der Herrschaft des Grundgesetzes einen anderen Inhalt erhalten habe als zur Zeit der Weimarer Verfassung. Daher seien unter der Schulaufsicht nicht nur Aufsichtsrechte im engeren Sinne, sondern „der Inbegriff der staatlichen Herrschaft über die Schule, nämlich die Gesamtheit der staatlichen Befugnisse zur Organisation, Planung, Leitung und Beaufsichtigung des Schulwesens zu verstehen“.

Demgegenüber sehen Zinn-Stein<sup>501</sup> in Artikel 7 Absatz I GG nur die Hoheitsrechte auf dem Gebiet der inneren Schulangelegenheiten geregelt. Hinsichtlich der äußeren Schulangelegenheiten dagegen habe der Staat lediglich die allgemeine Staatsaufsicht, nicht aber die besondere Schulaufsicht, über die Unterhaltsträger der Schulen<sup>502</sup>. Zu den inneren Schulangelegenheiten gehöre „alles, was sich auf das innere Leben der Schule: Erziehung und Unterricht, Lehrplan und Methode, Schulzucht und Schulbesuch sowie auf die dienstrechtlichen Verhältnisse der Lehrer bezieht“; die äußeren Schulangelegenheiten seien „die Einrichtung und Tätigkeit, welche die Vorbedingungen und Mittel für das innere Schulleben schaffen. Hierzu gehört vor allem: Schulunterhalt und Schulfinanzierung sowie die Sorge um das Schulgebäude, die Schuleinrichtung usw.“.

Soweit sie sich zur Rechtfertigung ihrer Ansicht auf die historische Bedeutung des Begriffes der Schulaufsicht stützen, muß ihnen entgegengehalten werden, daß die Schulaufsicht gerade „das dem Staat ausschließlich zustehende administrative Bestimmungsrecht über die Schule“, beinhaltet, also die inneren und äußeren Schulangelegenheiten umfaßt<sup>503</sup>.

### cc) Die Ansicht Peters' zum Schulaufsichtsbegriff — Kritik an der historischen Interpretation

Der herrschenden Lehre tritt Peters<sup>504</sup> entgegen, der ein umfassendes Organisationsrecht des Staates, d. h. der Länder, ablehnt und unter der Aufsicht des Artikels 7 Absatz I GG lediglich „soviel wie Kontrolle, Überwachung“ versteht. Der Begriff „Aufsicht“ sei ein Rechtsbegriff, der in der Rechtsordnung festliege, auch in anderen Grundgesetzbestimmungen<sup>505</sup> vorkomme und dort stets

<sup>497</sup> Vgl. oben S. 81 und S. 82.

<sup>498</sup> Wernicke, BK, Art. 7, Anm. II, 1a.

<sup>499</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. III, 3, 2. 281 f.; ebenso: Giese, GG, Art. 7, Anm. 1; Maunz, Staatsrecht, S. 116 f.; Heckel, PSchR, S. 316, Anm. 70; Heckel, in: DOV 1950, S. 3.

<sup>500</sup> BVerwG 6, 101; ebenso: BVerwG, DOV 1964, S. 635 = MDR 1964, S. 623; BVerwG 21, 289; OVG Lüneburg, OVG 9, 436; OVG Münster, OVG 8, 290 ff.; 10, 117; OVG Koblenz, DVBl 55, S. 502; LVG Düsseldorf, DVBl 59, S. 145; Bayr. VerfGH n. F. Bd. 4, II, S. 252; VGH Mannheim, DVBl 1963, S. 117.

<sup>501</sup> Zinn-Stein, Art. 56, Anm. 3, S. 278 f.

<sup>502</sup> Gemeinden, Gemeindeverbände, Privatrechtssubjekte, Kirchen.

<sup>503</sup> Widersprüchlich v. Mangoldt-Klein, die sich in Art. 7, Anm. III, 3, auf Anschütz berufen und sich damit der herrschenden Lehre anschließen und in Art. 7, Anm. III, 4, die Schulaufsicht auf die inneren Schulangelegenheiten beschränken. Soweit Zinn-Stein sich auf Wernicke berufen, gehen sie fehl, da Wernicke sagt: „Der hier als bekannt vorausgesetzte Begriff der Schulaufsicht ist weit auszulegen und entspricht der Weimarer Regelung“; insoweit kritisch auch Peters, Elternrechte, S. 413, Anm. 145. Wie hier auch Polewsky, S. 40.

<sup>504</sup> Peters, Elternrecht, S. 410; ders., in: Die höhere Schule als Gemeindeeinrichtung, Städtetag 1952, S. 99; so auch Fuß, in: VVDStRL, Bd. 23, S. 206—215.

<sup>505</sup> Art. 84 Abs. III, 93 Abs. I Nr. 3 GG.

lediglich Kontrolle und Überwachung bedeute. Wenn aber derselbe Begriff in einem Gesetz mehrfach verwendet werde, so sei er auch gleich auszulegen, d. h. nicht als Fachaufsicht, sondern als Aufsicht im technischen Sinne, die einen selbständig Handelnden voraussetze.

Dem ist allerdings entgegenzuhalten, daß lediglich terminologische Gründe nicht ausreichend sein können, um einen historisch gewachsenen Begriff, über dessen geschichtlich überkommene Bedeutung man sich bei der Schaffung des Grundgesetzes angesichts der allgemeinen Übereinstimmung von Lehre und Rechtsprechung während der Weimarer Zeit im klaren war, neu zu interpretieren. Die Wiederaufnahme desselben Begriffes in das Grundgesetz, den bereits die Weimarer Reichsverfassung verwendete, zeigt die Absicht der Schöpfer des Grundgesetzes, an der umfassenden staatlichen Herrschaft im Verhältnis zu den Schulträgern nichts zu ändern. Ob unter der Herrschaft des Grundgesetzes die Organisationshoheit des Staates sich an anderen Maßstäben als zur Zeit der Weimarer Reichsverfassung zu orientieren hat oder nicht, ist damit noch nicht entschieden, da die staatliche Organisationshoheit, die in Artikel 7 Absatz I GG enthalten ist, unter Umständen an andere rechtliche Maßstäbe gebunden ist als zur Zeit der Weimarer Republik<sup>506</sup>.

#### dd) Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich daher sagen, daß Artikel 7 Absatz I GG den Staat „zum alleinigen Schulherren erklärt“<sup>507</sup>, indem er „das dem Staat ausschließlich zustehende administrative Bestimmungsrecht über die Schule“<sup>508</sup> gewährt, das „die gestaltende, verwaltende, steuernde und kontrollierende Ordnungstätigkeit des Staates dem gesamten Schulwesen gegenüber“<sup>509</sup> enthält.

Die oben<sup>510</sup> aufgezeigte Unterscheidung von inneren und äußeren Schulangelegenheiten ist hinsichtlich der Schulaufsicht allerdings insofern von Bedeutung, als dem Staat hinsichtlich der inneren Angelegenheiten die unmittelbare Leitung und Verwaltung zusteht, während die äußeren Schulangelegenheiten in der Regel den Gemeinden übertragen sind, die insoweit der staatlichen Aufsicht im engeren Sinne unterliegen. Auch heute noch gilt daher der von Anschütz geprägte Satz<sup>511</sup>: „Die Gemeinde baut als Trägerin der äußeren Schulverwaltung der Schule das Haus, Herr im Haus aber ist der Staat.“

Da somit der Staat es ist und nicht die Gemeinden oder sonst irgend jemand, der die oben dargestellte Schulaufsicht ausübt, ist es auch der Staat, der den geistigen Gehalt der Schule, d. h. das Gedankengut, an dem die Schule auszurichten ist, und den Bekenntnischarakter der Schule, wie er sich in Erziehungsziel, Lehrplan, Lehrmethode und Lehrbüchern zeigt, festlegt<sup>512</sup>. Fraglich bleibt lediglich, ob der Staat bei Ausübung dieser Schulhoheit an Rechte anderer gebunden ist und ob es im Grundgesetz Normen gibt, die das staatliche Bestimmungsrecht inhaltlich bindet und festlegt.

<sup>506</sup> Peters geht es um eine stärkere gemeindliche Selbstverwaltung in der Schule gegenüber dem Staat, nicht um die Frage, wie weit die bestehende Organisationsbefugnis des Staates oder der Gemeinden an Grundrechtsbestimmungen gebunden ist. Diese verschiedenen Fragenkreise — einerseits die Frage nach dem Schulherren und andererseits die Frage, in welcher Weise die Schulherrschaft ausgeübt werden kann oder muß — werden von Maurer — S. 57 f. — nicht ausreichend getrennt, wenn er sich u. a. auf Peters beruft, um eine neuzeitliche Betrachtung von Elternrecht und Staatsrecht zu fordern. Ausführlich gegen Peters v. Campenhausen, S. 95—108, mit weiteren Nachweisen.

<sup>507</sup> Wernicke, BK, Art. 7, Anm. II, 1a; v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. III, 2, S. 281.

<sup>508</sup> Anschütz, WRV, Art. 144, Anm. 1, S. 672; v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. III, 2, S. 281.

<sup>509</sup> Heckel, PSchR, Anm. 70, S. 316.

<sup>510</sup> Vgl. oben S. 104.

<sup>511</sup> Anschütz, Preuß. Verf., S. 412.

<sup>512</sup> BVerwG 6, 101; Maunz, Staatsrecht, S. 117; vgl. unten S. 165 f.

## 2. Rechtscharakter des Artikels 7 Absatz I GG und staatliches Erziehungsrecht

Wenn Artikel 7 Absatz I GG den Staat zum alleinigen Schulherren macht, so bedeutet diese historisch verwurzelte Rechtsposition, daß dem Staat eine Erziehungsfunktion übertragen bleibt, die unabhängig von dem elterlichen Erziehungsrecht besteht. Während dem Staat Eingriffe in die familiäre Erziehung nur im Rahmen des Artikels 6 GG gestattet sind, der Staat daher insofern auch nur eine subsidiäre Erziehungsfunktion wahrnehmen kann<sup>513</sup>, nimmt der Staat in der schulischen Erziehung für sich ein eigenes Recht in Anspruch, da der Erziehungsbereich der Schule die Fähigkeit der Familie übersteigt und der Staat hier die notwendigen Interessen der Gesamtheit an der ausreichenden Ausbildung und Vorbereitung für den weiteren Lebensweg der Kinder in geschichtlich gewordener Eigenständigkeit wahrzunehmen hat. Diese Eigenständigkeit des staatlich-schulischen Erziehungsanspruches wird deutlich an der Trennung, die Familie und Elternrecht einerseits und Schulerziehung andererseits in Artikel 6 und 7 GG erfahren haben, die zeigt, daß die Schule nicht primär aus dem Gesichtspunkt des Elternrechts, sondern aus dem einer staatlichen Einrichtung gesehen werden muß. „Das Erziehungsrecht des Staates ist darum nicht aus dem Elternrecht abzuleiten, sondern eigenständig.“<sup>514</sup> Dieses staatliche Erziehungsrecht ist allerdings kein natürliches, sondern ein auf der positiven Rechtsordnung der staatlichen Gemeinschaft beruhendes Recht<sup>515</sup>.

Aus der Tatsache, daß Artikel 7 lediglich das Schulrecht behandelt, ergibt sich von vornherein die enge Begrenzung des staatlichen Erziehungsanspruches auf die mit der Schule zusammenhängende Erziehung. Das Erziehungsrecht des Staates setzt daher erst mit dem schulpflichtigen Alter ein und beschränkt sich auf die der Schule immanenten Erziehungszwecke<sup>516</sup>.

Dieses staatliche Erziehungsrecht ist durch Artikel 7 Absatz I GG als Einrichtung garantiert. Ein Grundrecht wird hier nicht gewährt<sup>517</sup>. Die Erklärung dafür, daß hier „eigenartigerweise“ im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes die Einrichtungsgarantie des Artikels 7 Absatz I GG enthalten ist, obwohl das Grundgesetz sonst nicht zu den wichtigsten gesellschaftlichen Problemen Stellung genommen hat<sup>518</sup>, liegt darin, daß man im Parlamentarischen Rat, in dem gerade das Verhältnis von Elternrecht und Schule ein besonders strittiges Thema war, gewisse Grundpositionen der Eltern und Lehrer einerseits und des Staates andererseits voneinander abgrenzen wollte. Zu Recht weist Maurer<sup>519</sup> im übrigen darauf hin, daß die Schule in der Verfassung behandelt werden mußte, weil andernfalls nur die elterlichen Erziehungsträger im Grundgesetz erwähnt wären, ohne daß eine verfassungsrechtliche Grundlage für eine schulische Einschränkung des Elternrechts gegeben wäre.

## 3. Die aus der Schulherrschaft des Staates sich ergebende verfassungsrechtliche Fragestellung

Wenn der Staat somit der alleinige Schulherr ist, so liegt die Durchführung der schulischen Erziehung in seiner Zuständigkeit. Der Staat ist es daher auch, der

<sup>513</sup> Hamann, Art. 6, Anm. B 5; Wernicke, BK, Art. 6, Anm. II, 2a; Peters, Elternrecht, S. 379 und 405.

<sup>514</sup> Maurer, S. 63; ebenso Peters, Elternrecht, S. 386 und S. 405; v. Mangoldt-Klein, Art. 6, Anm. IV, 2b, S. 274; Wernicke, BK, Art. 7, Anm. II, 1a; abzulehnen ist daher auch die Verknüpfung von Art. 6 Abs. II und Art. 7 GG in der Weise, daß Art. 7 GG eine verfassungsrechtliche Konkretisierung eines Gesetzesvorbehaltes in Art. 6 Abs. II Satz 2 GG darstellt, wie Hamann — Art. 6, Anm. B 5 — behauptet, da — abgesehen von der Tatsache, daß Art. 6 Abs. II Satz 2 GG nicht als allgemeiner Gesetzesvorbehalt anzusehen ist — dadurch die Eigenständigkeit der schulischen Erziehung in Art. 7 GG gegenüber dem Erziehungsrecht der Eltern in Frage gestellt würde. Außerdem bedeutet diese Verbindung, daß Art. 6 Abs. II Satz 2 GG zu einem aktiven Erziehungsrecht umgeformt wird, was dem Wortlaut nicht gerecht wird.

<sup>516</sup> BVerwG 5 153; v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. II, 2, S. 279; Heckel-Seipp, 277.

<sup>517</sup> Wernicke, BK, Art. 6, Anm. II, 2a; Stein, Elternrecht, S. 41; OVG Rh.-Pf., NJW 1954, S. 1463.

<sup>518</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. II, 6, S. 280; Peters, Elternrecht, S. 403; Hamann, Art. 7, Anm. A 2;

<sup>519</sup> Peters, Elternrecht, S. 401.

<sup>520</sup> Maurer, S. 55.

einer Schule ein bestimmtes geistiges Prinzip zugrunde legt und damit ein wesentliches Moment der inneren Schulangelegenheit bestimmt. Der allen Bürgern gemeinsame Staat führt daher die Schulbildung im Sinne eines bestimmten Bekenntnisses oder einer bestimmten Weltanschauung durch, wenn er eine Schule als Bekenntnisschule oder als Weltanschauungsschule errichtet und unterhält. Im Gegensatz zur Weimarer Reichsverfassung regelt das Grundgesetz die bekenntnismäßige Gestaltung des öffentlichen Schulwesens nicht mehr ausdrücklich, so daß den Ländern die Gestaltung der Schule übertragen ist. Hieraus ergibt sich die Frage, ob der Verfassungsgeber das Schulrecht der Gesetzgebung und Verwaltung der Länder zu deren freier, lediglich ihren demokratischen Einrichtungen verpflichteter Gestaltung überlassen hat, ob tatsächlich „für die religiöse und weltanschauliche Gestaltung der öffentlichen Schule keine grundgesetzlichen Vorschriften bestehen“<sup>520</sup>, oder ob die Länder an grundrechtliche Bestimmungen und verfassungsrechtliche Prinzipien der staatlichen Ordnung gebunden sind. Dies ist Gegenstand der folgenden Untersuchung.

#### **4. Abschnitt: Die Möglichkeit einer grundsätzlichen Lösung des konfessionellen Schulproblems**

##### **1. Der Versuch einer grundsätzlichen Lösung**

Eine grundsätzliche Lösung der Frage nach der religiös-weltanschaulichen Ausgestaltung des Schulwesens — heute nach wie vor einer der wichtigsten politischen und rechtlichen Probleme des Schulrechts — wäre zu erreichen, wenn es dem heutigen modernen Staat grundsätzlich verboten wäre, seine staatlichen Mittel zu dem Zweck einzusetzen, religiöse Gedanken zu verbreiten, d. h. wenn es dem Staat verboten wäre, konfessionelle oder auch nur allgemein christliche Gedanken zu seinen eigenen zu machen, sich mit diesem Gedankengut zu identifizieren, wenn der Staat — mit anderen Worten — konsequent religiös-weltanschaulich neutral wäre. Es geht dabei zunächst nur um die Frage, ob es dem Staat des Grundgesetzes auf Grund der Entscheidung des Verfassungsgebers grundsätzlich verboten ist, Bekenntnisschulen, christliche Gemeinschaftsschulen oder Weltanschauungsschulen zu errichten und zu unterhalten. Unberücksichtigt bleiben zunächst Erörterungen, unter welchen besonderen Bedingungen derartige Schulen unter Umständen möglich und rechtlich zulässig sind. Auch scheidet aus der Erörterung zunächst die Frage aus, wieweit der Staat Zwangsmittel zum Besuch einer derartigen Schule einsetzen darf. Ausgangspunkt der Untersuchung ist die Frage, ob der Staat für ein Bekenntnis oder eine Weltanschauung eine besondere Schule zur Verfügung stellen darf, um es den Eltern zu überlassen, eine derartige Schule zu benutzen. Es wird zunächst das grundsätzliche Recht zur Errichtung und Darbietung derartiger Schulen ohne Beachtung des Schulzwanges untersucht<sup>521</sup>.

Sowohl von den Vereinigten Staaten von Amerika wie von der Bundesrepublik Deutschland wird behauptet, daß sie religiös-weltanschaulich neutral seien. Im amerikanischen Recht wird daraus die Folgerung gezogen, daß der Staat seine Mittel nicht zur Verbreitung religiösen Gedankengutes einsetzen dürfe und daher keine religiös durchformte Schule unterhalten oder sonstwie mittels seines Schulsystems religiöse Propaganda treiben dürfe, ohne daß die Frage der Schulpflicht und des staatlichen Zwanges aufgeworfen zu werden braucht. Ob der

<sup>520</sup> So Peters, Elternrecht, S. 443.

<sup>521</sup> Mayer, in: DVBl 1955, S. 583, weist zu Recht darauf hin, daß unterschieden werden muß zwischen dem Recht des Staates, Schulen zu schaffen und zu unterhalten, und dem Recht, die Benutzung dieser Schulen zu erzwingen.

Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität auch für Deutschland gilt und dieselbe Bedeutung hat und ob dieselben Folgerungen für das Schulwesen abzuleiten sind, bedarf der Untersuchung.

Dieser Weg einer der amerikanischen Rechtslage entsprechenden grundsätzlichen Lösung ist bisher nur von Herbert Krüger<sup>522</sup> besprochen worden. Seine Gedankengänge sind hier nachzuzeichnen:

Die Bundesrepublik sei kein Weltanschauungsstaat, sondern ein freiheitlicher Staat. Artikel 3 Absatz III GG spräche dem Glauben sowie den religiösen und politischen Anschauungen jede staatliche Relevanz ab. Dies sei in Artikel 33 Absatz III GG für die staatsbürgerlichen Rechte konkretisiert, wobei weder Vor- noch Nachteile auf Grund des Glaubens gewährt werden dürften. Was in Artikel 3 Absatz III GG negativ ausgedrückt sei, sage Artikel 4 Absatz I GG positiv. In einem freiheitlichen Staat stehe es daher jedem Bürger offen, ohne Eingriffe des Staates jede, auch die noch nicht gefundene Wahrheit selbständig finden zu dürfen. „Vom Staat her gesehen bedeutet diese Freiheit, daß der Staat vom Bekenntnis seiner Bürger keine Kenntnis (Art. 136 II WRV!) nehmen, geschweige denn es zum Motiv seiner allgemeinen oder besonderen Entschließungen machen“ dürfe<sup>523</sup>. Der freiheitliche Staat habe für religiöse und weltanschauliche Belange seiner Bürger kein Organ. Schulen könnten daher nur einem Telos dienen, das alle Bürger bejahen oder wenigstens von Verfassungen wegen bejahen sollten. Die konfessionellen Bekenntnisse aber gehörten jedenfalls nicht dazu. Die Richtigkeit dieser These zeige sich auch daran, daß der Staat private (konfessionelle) Schulen zugelassen habe und deren Besuch als Erfüllung staatlicher Schulpflicht gelten lasse. Damit zeige der Staat, daß er Bekenntnisschulen als unvereinbar mit seinem Wesen als freiheitlicher Staat ansehe. Außerdem ergebe sich aus dem Gesichtspunkt des grundsätzlichen Verhältnisses von Staat und Kirche dasselbe Ergebnis. Die Bekenntnisschulen seien ein Relikt aus der Zeit, da die Kirche sich des Staates bediente und umgekehrt. Der „Thron“ leistete dem „Altar“ Dienste, damit der „Altar“ zur Festigung des „Thrones“ beitrage (Art. 24 Preußische Verfassung von 1850; Anschütz, Preuß. Verf., S. 431 ff.). Dieses eigennützige Verhältnis von Staat und Kirche sei heute entfallen. Weiterhin ergebe sich aus der Tatsache, daß die Dienstbarkeit der Kirche für den Staat und das hierfür geschaffene Instrumentarium (der Aufsicht usw.) entfallen sei, was auch vom Staat anerkannt werde, daß auch die Dienstbarkeit des Staates für die Kirchen nicht mehr bestehe<sup>524 525</sup>.

Diese Überlegungen Krügers zeigen ebenso wie die Erkenntnis der Untersuchung über das amerikanische Verfassungsrecht, daß die Auseinandersetzung über die Frage der religiös-weltanschaulichen Ausgestaltung des Schulwesens, d. h. über die Zulässigkeit von staatlicher Bekenntnis- und Weltanschauungsschulen, mit einer Erörterung über das Verhältnis des Staates zur Religion beginnen muß.

<sup>522</sup> Krüger, Rechtsgutachten, S. 1054 und 1082 ff.

<sup>523</sup> Krüger, Rechtsgutachten, S. 1083.

<sup>524</sup> Krüger stützt seine ablehnende Haltung gegenüber der Bekenntnisschule allerdings außerdem auf die mit der staatlichen Schule verbundene Schulpflicht, jedenfalls als Obrigkeit dürfe der Staat niemals die Verpflichtung zur Förderung religiöser Belange oder weltanschaulicher Anliegen übernehmen. Daher könne der Staat als freiheitlicher Staat „niemals die Ableistung der Schulpflicht in einer Konfessionsschule verlangen“ (a. a. O., S. 1085). Auch die Privatschulfreiheit zeige, daß „niemand unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Schulpflicht gezwungen werden darf, eine Bekenntnisschule besuchen zu müssen, und zwar womöglich eines ihm fremden Bekenntnisses“ (a. a. O., S. 1086). Diese weitergehende Argumentation bleibt zunächst außer Betracht, da es hier zunächst um das Recht des Staates zur Schulunterhaltung geht. Auf die Frage des Schulzwanges und der sich daraus ergebenden Problematik wird anschließend im 8. Abschnitt auf S. 163 ff. eingegangen werden.

<sup>525</sup> Diese Ausführungen können nicht damit widerlegt werden, daß man — wie Becker, in: FamRZ 1961, S. 607, Anm. 48 — auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes im sogenannten Konkordatsurteil — BVerfG 6, 339 ff. — verweist, wo das Bundesverfassungsgericht die Bekenntnisschule auch dann mit Art. 4 Abs. 1 GG für vereinbar erklärt hat, wenn Kinder anderer Bekenntnisse diese besuchen müssen. Das Bundesverfassungsgericht ist auf Krügers Argumente nicht eingegangen. Vgl. zur Kritik an diesem Urteil unten S. 173 ff.

## 2. Geschichtliche Entwicklung der Neutralität des Staates: zum Umfang der notwendigen Erörterungen

Solange in Deutschland das System des Kirchenstaatstums bestand, wie es im Mittelalter der Zwei-Schwerter-Lehre<sup>526</sup> und dem Universalepiskopat des 11. bis 14. Jahrhunderts zugrunde lag und wie es z. B. noch lange Zeit in der Form der geistlichen Fürstentümer<sup>527</sup> verwirklicht war, und wie es Augustin theoretisch in der „Civitas Dei“ dargelegt hatte, und solange dann anschließend das System des Staatskirchentums bestand, in dem der Kirche lediglich eine staatliche Funktion zukam, tauchte das Problem der Gestaltung von Schulen überhaupt nicht auf. Beide Systeme sind auf die Vorstellung von der Einheit von Staat und Kirche gegründet. Der Unterschied der beiden Systeme lag lediglich in der Verschiedenheit des Schwerpunktes der Gewalt. Während im Kirchenstaatstum, dem sogenannten hierokratischen, theokratischen oder Papalsystem, der Staat religiösen Zwecken diente, daher von der Kirche gelenkt wurde und die Kirche den weltlichen Arm des Staates benutzte, um einen „christlichen Staat“ auf Erden zu errichten, war im System des Staatskirchentums die Kirche vom Staat eingeschlossen und umklammert. Hier fühlte der Staat sich verantwortlich für das geistige und geistliche Wohl seiner Bürger, und der Staat bestimmte entsprechend, was seinen Bürgern zu denken frommte<sup>528</sup>. Andererseits wies der Staat den Kirchen auch die Erfüllung von staatlichen Aufgaben zu, wie die Führung von Standesregistern, die Gerichtsbarkeit in Ehesachen und auch das Schulwesen oder wenigstens die Schulaufsicht<sup>529</sup>. Solange diese Einheit bestand, identifizierte sich der Staat in der einen oder anderen Form mit dem geistlichen Auftrag der Kirche.

Problematisch wurde die Frage des geistigen Gehaltes des Staates erst mit dem Entstehen des Dualismus von Staat und Kirche, d. h. damit, daß Staat und Kirche nicht mehr identisch waren<sup>530</sup>. Dieses Verhältnis begann sich in Deutschland unter dem Einfluß der Aufklärung und dem Wachsen der Staaten, die nun auch Bürger verschiedener Konfessionen in ihren Grenzen vereinigten, zu entwickeln, also in Preußen etwa mit der Erwerbung Schlesiens durch Friedrich den Großen, vor allem aber seit dem Reichsdeputationshauptschluß von 1803. „Um die Wende des 18./19. Jahrhunderts wird der konfessionell geschlossene Staat vom interkonfessionell-paritätischen Staat abgelöst, bedingt einerseits durch den Sieg des Gedankens der Glaubens- und Gewissensfreiheit, andererseits durch die tiefgehenden politischen Veränderungen.“<sup>531</sup> Immer stärker erhoben sich die Forderungen, die Bereiche von Staat und Kirche zu trennen, d. h. den Kirchen Unabhängigkeit vom Staat zu gewähren, ihre Aufgaben als eigene, nicht-staatliche anzuerkennen und dem Staat lediglich die Aufsicht wie über alle anderen Verbände im Staatsleben zu belassen. Andererseits ergab sich damit gleichzeitig die Forderung, den Einfluß der Kirchen auf den Staat zu beseitigen. Beide Forderungen erwachsen „aus der individuellen Idee der Gewissens- und Religionsfreiheit und der steigenden Erkenntnis, daß wie das geistige, so erst recht das religiöse Leben mit staatlichem Zwang unvereinbar sei“<sup>532</sup>. Das politische Schlagwort dieser Bewegung hatte Cavour im italienischen Freiheits- und Einigungskampf geprägt: «Chiesa libera in stato libero».

<sup>526</sup> Die Herrschaftsgewalt des Papstes ist unmittelbar von Gott abgeleitet, der dem Papst das weltliche und geistliche Schwert gegeben hat. Das weltliche Schwert ist vom Papst an den Kaiser verliehen, des Kaisers Macht ist von der päpstlichen Macht abgeleitet. „Hiernach ist die Kirche der die ganze Erde umfassende Universalstaat“ (Kern, Staat und Kirche, S. 21). So vor allem unter den Päpsten Gregor VII. (1073—1085) und Innocenz III. (1198—1216), und in der „Bulla Unam Sanctam“ des Papstes Bonifaz VIII. (1294—1303).

<sup>527</sup> Erzbischof Köln, die gefürteste Probstei Ellwangen, der Deutsche Orden, die Klöster zu Weingarten, Zwiefalten u. a. m.; der Staat Calvins.

<sup>528</sup> „Kurz und gut, es herrschte Bevormundung der Kirche durch den Staat bis zur letzten Konsequenz“; Günther Heckel, S. 27.

<sup>529</sup> Kern, Staat und Kirche, S. 9.

<sup>530</sup> Hiermit wird das Verhältnis von Staat und Kirche „problematisch“, d. h. mit der Säkularisation des Staates; Smend, in: ZevKR, Bd. 1, S. 6; Heckel, Johannes, Kirchengut und Staatsgewalt, S. 116 f.

<sup>531</sup> Ebers, S. 10.

<sup>532</sup> Ebers, S. 26.

Den entscheidenden Anstoß in diese Richtung brachte das Jahr 1848<sup>533</sup>. Die Paulskirche hatte die radikale Trennung von Staat und Kirche erstrebt, sie hatte die Kirchen zu Vereinen des Privatrechts degradieren wollen, jede Bevorzugung einer Religionsgemeinschaft abgelehnt, dem Staatskirchentum eine Absage erteilt und volle Gewissensfreiheit und Religionsfreiheit proklamiert<sup>534</sup>. Die Revolution von 1848 scheiterte, die Gedanken aber blieben fruchtbar und führten im Laufe der nächsten Jahre zu einem neuen Verhältnis des Staates zu den Kirchen und zur Religion. Die wesentlichen Schutzbestimmungen der individuellen Freiheitsrechte wurden in die neu geschaffenen Verfassungen übernommen. Außerdem wurden die Konfessionen hinsichtlich der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte ihrer Anhänger gleichgestellt<sup>535</sup>. Es entwickelte sich im Laufe der nächsten Jahre, was als System der Staatskirchenhoheit bezeichnet wird<sup>536</sup>. Es bedeutete die Entlassung der Kirchen aus der Stellung der Staatsanstalt und die gesetzliche Anerkennung, daß die Kirchen eigene Angelegenheiten wahrnehmen, die nicht staatliche sind und daß Staat und Kirche keine Einheit, sondern zwei wesensverschiedene gesellschaftliche Ordnungsfaktoren sind. Die Grundlagen dieses Systems bildeten drei Begriffe: 1. Selbstverwaltung der eigenen Angelegenheiten (darauf beruhte das Anerkenntnis der Eigenständigkeit), 2. Imparität, d. h. Bevorzugung der christlichen Kirchen dergestalt, daß sie offizielle Landeskirchen und daher Körperschaften des öffentlichen Rechts waren, die mit Privilegien ausgestattet und in den Bereich des staatlichen öffentlichen Rechts erhoben waren, und 3. besondere Staatsaufsicht über die Kirchen, die weiter als die allgemeine Vereinsaufsicht ging. Dieses System war deutlich ein Weniger gegenüber den Forderungen der Paulskirche. Es beruhte auf dem Bemühen, den Kirchen eine besondere Stellung im öffentlichen Leben zu reservieren und ihre geschichtlich gewordene privilegierte Stellung als Institution von öffentlicher Bedeutung zu erhalten.

Soweit der geistige Gehalt des Staates betroffen ist, so war unter diesem System die Imparität das entscheidende Merkmal. Der Staat gewährte teilweise noch bis ins 20. Jahrhundert hinein ein verschiedenes Maß der Religionsübung<sup>537</sup>. Vor allem aber erhob er die großen Kirchen zu privilegierten Landeskirchen mit zahlreichen Sonderrechten. „Der Staat identifizierte sich zwar nicht mehr mit einer der Kirchen, aber er hielt doch an den christlichen Grundlagen für die Auffassung und Betätigung seiner Zwecke fest. Er wollte, wenn auch nicht mehr konfessionell, so doch christlich bleiben. Deshalb legte er seinen Einrichtungen die christliche Anschauung zugrunde<sup>538</sup>, machte die kirchlichen Sonn- und Feiertage zu staatlichen, sorgte für Militär- und Anstaltsseelsorge, kannte die Volksschule nur als Bekenntnisschule und Zwangsanstalt. Hierdurch, wie durch die konfessionelle Mittelschule und den Religionsunterricht als Pflichtfach an den simultanen höheren Schulen, wollte er mit geringen Ausnahmen allen Kindern das christliche Bildungsgut vermitteln und die Erziehung in einer der christlichen Konfessionen zuteil werden lassen.“<sup>539</sup>

<sup>533</sup> Ebers, S. 28.

<sup>534</sup> §§ 14–17 des Art. V der Frankfurter Verfassung von 1849.

<sup>535</sup> Vgl. Art. 12 der Preußischen Verfassung von 1850.

<sup>536</sup> Kahl, in: Handbuch der Politik, S. 131 f.; Günther Heckel, S. 27, und Scheffler, S. 19, sehen das System der Staatskirchenhoheit bereits im ALR verwirklicht; wie hier Ebers, S. 15, der im ALR noch den Polizeistaat sieht, in dem die drei Landeskirchen Staatsanstalten sind.

<sup>537</sup> So die beiden Mecklenburgs: Öffentliche Religionsausübung wurde nur für die protestantischen Landeskirchen zugelassen.

<sup>538</sup> Art. 14 der Preußischen Verfassung von 1850: „Die christliche Religion wird bei denjenigen Einrichtungen des Staates, welche mit der Religionsausübung im Zusammenhang stehen, unbeschadet der in Art. 12 gewährleisteten Religionsfreiheit zum Grunde gelegt.“

<sup>539</sup> Ebers, S. 64.

Dieser kurze geschichtliche Rückblick hat gezeigt, daß die Frage des religiös-weltanschaulichen Gehaltes des Staates ohne einen Blick auf das Verhältnis des Staates zu den Kirchen und Religionsgemeinschaften nicht voll erkannt werden kann und dieses einbeziehen muß, um eine befriedigende Darstellung geben zu können. Daß dem so sein muß, ergibt sich auch schon aus der Tatsache, daß dem Staat das Phänomen „Religion“ in zweifacher Form gegenübertritt, und zwar nicht nur in den Individuen, sondern auch in den Organisationen der religiös oder weltanschaulich gebundenen Individuen. Beide Erscheinungsformen sind eng miteinander verbunden, da die religiöse Haltung der Bürger in gemeinsamer Organisation der Gleichgesinnten zum Ausdruck kommt und dort erst ihre volle Entfaltung erlebt und da andererseits die Organisation, d. h. die Kirchen und Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsgemeinschaften — wenn sie erst einmal entstanden sind — ein Eigenleben führen und sowohl Einfluß auf die Haltung der einzelnen nehmen, wie auch durch das Maß ihrer Verbindung mit dem Staat die freie Religionsausübung und freie Entscheidung des einzelnen beeinflussen und beeinträchtigen können und unter Umständen Entscheidungen der staatlichen Gewalt beeinflussen und motivieren können. Im übrigen gilt generell, daß Maßnahmen des Staates gegenüber den Kirchen und Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften notwendigerweise deren Anhänger betreffen, und zwar begünstigende und benachteiligende Maßnahmen.

Der heutige Staat des Grundgesetzes und bereits der der Weimarer Reichsverfassung gehen allerdings nicht von der Identifizierung von Staat und Religion aus. Allgemein wird angenommen, daß der moderne Staat weltanschaulich-religiös neutral sei. Wie weit diese Neutralität reicht und ob sie konsequent durchgeführt ist, wird Gegenstand der folgenden Untersuchung sein, wobei sowohl die zum Schutze des einzelnen ins Grundgesetz aufgenommenen Bestimmungen über die religiöse Freiheit wie auch die Bestimmungen über das Verhältnis von Staat und Kirche einer Darstellung bedürfen.

## 5. Abschnitt: Die Rechtsgrundlagen der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates

Die als allgemeine Menschenrechte ausgestalteten Grundrechte des Artikels 4 Absatz I GG garantieren die Unverletzlichkeit des Glaubens, des Gewissens und des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses. Es handelt sich in Artikel 4 Absatz I GG um ein „Menschenrecht im Sinne der Grundrechtssubjektivität und der Grundrechtsqualität“<sup>540</sup>, d. h. Artikel 4 Absatz I GG gewährt als klassisches Freiheitsrecht ein subjektiv-öffentliches Recht mit dem Charakter eines negativen Statusrechts.

### I. Die Religionsfreiheit

#### 1. Der Glauben

Geschützt ist zunächst der „Glauben“. „Unter Glauben versteht man die innere Überzeugung des Menschen von Gott und Jenseits.“<sup>541</sup> Es handelt sich somit hinsichtlich der Glaubensfreiheit um das „subjektive Gottverhältnis“<sup>542</sup> und die Vorstellung des Menschen von der göttlichen Weltordnung<sup>543</sup>. Da der moderne Staat nicht mehr ein Staat ist, der seine Rechtsbegriffe aus überlieferter christ-

<sup>540</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 4, Anm. II, 4, S. 216.

<sup>541</sup> Maunz, Staatsrecht, S. 99.

<sup>542</sup> Dürig, Grundrechte und Zivilrecht, S. 161, Anm. 6.

<sup>543</sup> Vgl. v. Mangoldt-Klein, Art. 4, Anm. III, 1, S. 218; Maunz, Staatsrecht, S. 99; Wernicke, BK, Art. Anm. II, 1b; Zinn-Stein, S. 125; Hamann, Art. 4, Anm. B 3.



lich-religiöser Sicht gewinnen kann und er sich deshalb sowohl in Artikel 4 Absatz I GG wie auch in Artikel 140 GG in Verbindung mit Artikel 137 Absatz VII WRV zur Gleichheit des religiösen mit dem weltanschaulichen (dem „philosophisch geglaubten“) Bekenntnis bekannt hat, bedeutet die Freiheit des Glaubens den Schutz des Glaubens schlechthin, d. h. auch des religionsfeindlichen Glaubens und der religionsfreien Vorstellung von der Weltordnung<sup>544</sup>. Zur Glaubensfreiheit gehört die positive und die negative Seite des Glaubens. Die abweichende Ansicht Hamels<sup>545</sup>, wonach das Grundrecht der Glaubensfreiheit nicht das Leugnen jeden Glaubens umschließen soll, da man nur „an“ etwas glauben könne, mag zwar im theologisch-philosophischen Sinne richtig sein, vermag aber hinsichtlich des Schutzes des Artikels 4 Absatz I GG nicht zu überzeugen. Skeptizismus, Agnostizismus und Nihilismus sind als negative Überzeugung von der göttlichen Weltordnung ebenso durch Artikel 4 GG geschützt wie streng katholische oder protestantische Glaubenshaltungen. Der Staat, der lediglich die Bürger schützt, die an etwas glauben, bewertet bereits die Überzeugung des einzelnen nach ihrem Inhalt. Das aber gerade ist dem Staat durch die Glaubensfreiheit untersagt<sup>546</sup>. Wenn Freiheit in Dingen des Glaubens bedeutet, daß der einzelne frei von staatlicher Beeinflussung in der Lage sein soll, sich selber zu einem Glauben durchzuringen oder auch nicht durchzuringen<sup>547</sup>, so ist auch derjenige geschützt, der sich (noch) nicht zu einem Glauben durchgerungen hat. Glaubensfreiheit mag zwar gewährt sein, weil der Staat in dem Glauben des einzelnen ein positives Element der „Grundlagen einer Gemeinschaft und des Staates“ sieht<sup>548</sup>, unmöglich aber kann sich ein Wert oder Gemeinschaftsgut derartig vergeistigter Art, wie die Religion es darstellt, positiv für die Gemeinschaft entfalten, wenn das „Ob“ des Glaubens nicht ebenso frei gewählt werden kann wie sein Inhalt. Da der Staat somit das „Ob“ des Glaubens nicht soll beeinflussen können, umfaßt Artikel 4 Absatz I GG auch den Schutz des den Glauben Leugnenden.

Die so verstandene Glaubensfreiheit besteht zunächst in dem absoluten Persönlichkeitsrecht des Menschen auf seine religiöse Intimsphäre, das *forum internum*, ein Recht, das jedes Eindringen in den Bereich der eigenen glaubensmäßigen Überzeugung ausschließt. Aus dem Schutz des *forum internum* „als einer Bestimmung zum Schutz der individuellen Nichteinmischungssphäre“<sup>549</sup> fließt das Recht, seine eigene Glaubensüberzeugung zu verschweigen (negative Bekenntnisfreiheit). Dieses Recht zum Schweigen ist wegen seiner besonderen Bedeutung, die auch historisch zunächst der Glaubensfreiheit Name und Sinn gegeben hat<sup>550</sup>, in Artikel 140 GG in Verbindung mit Artikel 136 Absatz III Satz 1 WRV noch einmal ausdrücklich anerkannt und verbürgt. Es handelt sich um eine wesensmäßige Spezifikation, die sich unmittelbar aus Artikel 4 Absatz I GG ebenso herleiten ließe<sup>551</sup>. Dieses Recht ist unbedingt und nicht einschränkbar, da die Verpflichtung zur Offenbarung der eigenen religiösen Überzeugung stets den Wesensgehalt des Grundrechts der Glaubensfreiheit antasten würde<sup>552</sup>.

<sup>544</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 4, Anm. II, 2, S. 216, und III, 1, S. 218; Rambow, S. 113; StGH Hessen, NJW 1966, S. 31; vgl. auch die in Anm. 543 Genannten; so bereits Mirbt, S. 328; Anschütz, WRV, Art. 135, Anm. 4, S. 619.

<sup>545</sup> Hamel, S. 64; ebenso Scholler, Gewissensfreiheit, S. 195 f.

<sup>546</sup> BVerfG, NJW 1961, S. 211; Krüger, Staatslehre, S. 546.

<sup>547</sup> Vgl. unten S. 116 f.

<sup>548</sup> So Hamel, S. 64.

<sup>549</sup> Wernicke, BK, Art. 4, Anm. II, 1c.

<sup>550</sup> Hamel, S. 58.

<sup>551</sup> Hamel, S. 58; Maunz, Staatsrecht, S. 99; Wernicke, BK, Art. 4, Anm. II, 1c; v. Mangoldt-Klein, Art. 4, Anm. II, 8, S. 218; „deklaratorisch und erläuternd“; BVerfG 12, 1 = NJW 1961, S. 211.

<sup>552</sup> Hamel, S. 58; v. Mangoldt-Klein, Art. 4, Anm. III, 1, S. 219; Hamann, Art. 4, Anm. B 2 und 3; StGH Hessen, NJW 1966, S. 31; ebenso Anschütz, WRV, Art. 136, Anm. 4, S. 625; Mirbt, S. 338.

## 2. Das Bekenntnis

Die hauptsächlichliche Aktualisierung erfährt die Glaubensfreiheit allerdings durch die ebenfalls in Artikel 4 Absatz I GG positivierete religiöse und weltanschauliche Bekenntnisfreiheit, d. h. der Freiheit der nach außen tretenden Erscheinung des Glaubens. „Unter Bekenntnis versteht man die Kundgabe seines Glaubens . . . sowie von einzelnen Entscheidungen, die auf Grund des Glaubens . . . getroffen worden sind, an die Umwelt.“<sup>553</sup>

„Der Glaube drängt zum Bekenntnis“<sup>554</sup>, wie überhaupt der Glaube durch die Mitteilung Inhalt und Gestalt erhält<sup>555</sup>. Der nicht bekannte Glaube verkümmert ebenso, wie andere rein theoretisch menschliche Erwägungen ohne praktische Konsequenzen dem Verfall und der Unverbindlichkeit preisgegeben sind. Der verbindliche Glaube fordert daher das Bekenntnis. Das Bundesverwaltungsgericht sagt daher zu Recht<sup>556</sup>: „Die Bekenntnisfreiheit ist ein Ausfluß der Glaubensfreiheit.“ Glaubens- und Bekenntnisfreiheit stehen somit in einer unlösbaren Verbindung, wie ja auch während der Zeit der Weimarer Republik stets angenommen wurde, daß die Glaubens- auch die Bekenntnisfreiheit umschließt. Das Haben und Fürwahrhalten (confiteri) und das Äußern und Aussprechen (profiteri) einer Glaubensüberzeugung sind zwei Formen desselben existenziellen menschlichen Bedürfnisses, dessen Verwirklichung unter dem Schutz des Artikels 4 Absatz I GG steht. Der Glaube ist daher, richtig verstanden, nicht lediglich ein innermenschlicher Vorgang, der sich dem Zugriff der öffentlichen Gewalt entzieht, sondern — da nach den heutigen philosophischen und psychologischen Erkenntnissen eine Scheidung des Menschen in innere und äußere Sphäre unmöglich ist, worauf Hamel<sup>557</sup> unter Berufung auf Theodor Litt und C. G. Jung hinweist — wesensmäßig „bekannter Glaube“. Glaubens- und Bekenntnisfreiheit sind daher ein einheitliches Grundrecht, das sich nur einheitlich interpretieren und unter den Namen Religions- und Weltanschauungsfreiheit zusammenfassen läßt.

## 3. Die Freiheit von Glauben und Bekenntnis

Glauben und Bekenntnis sind frei. Die Freiheit des einzelnen besteht „in der durch keine äußeren Nachteile beschränkten individuellen Freiheit, eine bestimmte Überzeugung von Gott (oder einer Gottheit) und einer göttlichen Weltordnung zu besitzen, die Überzeugung zu ändern oder überhaupt auf eine positive religiöse Überzeugung zu verzichten (Glaubensfreiheit) . . . Die Bekenntnisfreiheit enthält weiter das Recht der Glaubensbetätigung, d. h. seine religiöse Überzeugung ohne äußere Nachteile zu äußern, näherhin durch Wort und Tat zu bekennen oder auch zu verschweigen, sowie das Recht, seine Konfessionszugehörigkeit zu bestimmen, die Freiheit, der Religionsgesellschaft seines Glaubens anzugehören, aus ihr auszutreten, zu einer anderen oder auch zu keiner anderen überzutreten.“<sup>558</sup> Die gleichen Rechte können hinsichtlich einer weltanschaulichen Überzeugung geltend gemacht werden. Darüber hinaus aber enthält die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit auch im psychologischen Sinne die Freiheit, seine Überzeugung frei von staatlicher Beeinflussung bilden zu können, da der Staat nicht erst die vorhandene Glaubensüberzeugung zu respektieren hat, sondern auch den Bürgern überlassen muß, „ohne Eingriffe des Staates eine noch nicht gefundene Wahrheit selbständig finden zu dürfen“<sup>559</sup>. Aus dem Schutz

<sup>553</sup> Maunz, Staatsrecht, S. 99.

<sup>554</sup> Blomeyer, in: JZ 1954, S. 309.

<sup>555</sup> Hamel, S. 38.

<sup>556</sup> BVerwG 7, 189 ff., 195.

<sup>557</sup> Hamel, S. 38.

<sup>558</sup> Ebers, S. 151.

<sup>559</sup> Krüger, Rechtsgutachten, S. 1083; ebenso Mirbt, S. 323; Wernicke, BK, Art. 4, Anm. II, 1c.

auch der „negativen Religionsfreiheit“ und der Freiheit, überhaupt auf eine positive religiöse Überzeugung oder deren Bekenntnis zu verzichten, folgt das Recht des einzelnen, sich unter Berufung auf Artikel 4 Absatz I GG jeder zum religiösen Bereich gehörenden Handlung zu entziehen, ohne eine entgegenstehende Glaubensüberzeugung zu haben oder zu bekennen<sup>559a</sup>.

Die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit schützt daher die religiösen und weltanschaulichen Vorstellungen und deren Zustandekommen vor jedem staatlichen Zwang, auch jedem mittelbaren oder faktischen, d. h. auch vor rechtlichen Nachteilen jeder Art: „Die Rechtslage der Person darf um des Glaubens . . . und Bekenntnisses willen nicht beeinträchtigt werden.“<sup>560</sup> Die Beeinträchtigung kann dabei in Eingriffen in die Rechtssphäre des einzelnen durch Handlungen jeglicher Art liegen, auch wenn lediglich schutzwürdige Interessen um der Religion willen verletzt werden. Die Beeinträchtigung kann in der Benachteiligung oder Bevorzugung bestehen, da auch die Bevorzugung die Benachteiligung anderer enthält. Der Sinn der Freiheit der Religion im Sinne eines Differenzierungs- und Diskriminierungsverbotes ergibt sich im übrigen aus Artikel 3 Absatz III GG, der im folgenden interpretiert werden muß.

#### 4. Die Gleichheit

Artikel 3 GG gewährt dem einzelnen ein subjektiv-öffentliches Recht gegen den Staat auf Rechtsgleichheit, und zwar enthält er verfassungsrechtliche Gebote und Verbote, die dem einzelnen ein Grundrecht auf Rechtsgleichheit in Form eines negativen Statusrechts gewähren<sup>561</sup>. „Es ist in allen Fällen darauf gerichtet, daß der den einzelnen treffende Akt der öffentlichen Gewalt nicht diejenigen Anforderungen verletzt, die an sein Zustandekommen im Wege der Gesetzgebung, der Verwaltung oder der Rechtsprechung zu stellen sind.“<sup>562</sup> „In der Regel verbindet sich die Rüge dieser formellen Verletzung mit der Behauptung, der Gleichheitssatz sei im materiellen Sinne unbeachtet geblieben, der einzelne also in seinem materiellen subjektiven öffentlichen Recht auf Gleichbehandlung beeinträchtigt worden.“<sup>563</sup>

Artikel 3 GG, dessen Struktur „keineswegs aus einem Guß“ ist<sup>564</sup>, enthält in seinem Absatz I den allgemeinen Gleichheitssatz, der einen zweifachen Inhalt hat: „Er verbietet die Ungleichbehandlung gleicher oder im wesentlichen gleicher Tatbestände, und er gebietet die Ungleichbehandlung ungleicher oder im wesentlichen ungleicher Tatbestände.“<sup>565</sup> Wenn Art. 3 Absatz III GG in negativer Formulierung verbietet, daß irgend jemand („niemand“) wegen der dort aufgeführten naturgegebenen, geschichtlich oder in freier Entscheidung begründeten menschlichen Verschiedenheiten benachteiligt oder bevorzugt werden darf, so schließt er an Absatz I insofern an, als er Ausführungsbestimmungen zu Absatz I bringt<sup>566</sup>. Artikel 3 Absatz III GG enthält Merkmale, die für die Inhaltsbestimmung des Gleichheitssatzes insofern von Bedeutung sind, als er für die Frage, ob mehrere Sachverhalte wesentlich gleich oder ungleich sind, ausdrücklich eine Beachtung dieser Merkmale ausschließt. Absatz III enthält somit eine Konkretisierung und Spezialisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes, indem er die dort genannten Merkmale vom Standpunkt der rechtlichen Gleichheit aus für unbeachtlich erklärt und absolute Differenzierungsverbote enthält<sup>567</sup>.

<sup>559a</sup> So auch Rambow, S. 114.

<sup>560</sup> Hamel, S. 65.

<sup>561</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 3, Anm. II, 5, S. 195; Ipsen, S. 126.

<sup>562</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 3, Anm. II, 5, S. 195; vgl. Ipsen, S. 128.

<sup>563</sup> Ipsen, S. 129; ebenso Hamann, Art. 3, Anm. A 2; v. Mangoldt-Klein, a. a. O.

<sup>564</sup> Ipsen, S. 138.

<sup>565</sup> Hamann, Art. 3, Anm. B 4; vgl. BVerfG 2, 118; 2, 340; 3, 377; Bay. VerfGH VBl 1959, 190.

<sup>566</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 3, Anm. II, 3, S. 192 f.

<sup>567</sup> Hamann, Art. 3, Anm. B 4; v. Mangoldt-Klein, Art. 3, Anm. V, 1, S. 208; Ipsen, S. 159; Beulke, in: ZevKR, Bd. 6, S. 135.

Artikel 3 Absatz III GG verbietet eine Differenzierung wegen des „Glaubens“ und der „religiösen Anschauung“. Der Begriff des Glaubens bedeutet auch hier zunächst die innermenschliche Überzeugung, umfaßt aber ebenso wie bereits in Artikel 135 WRV das Bekenntnis, da der Glaube sich im Bekenntnis verwirklicht<sup>568</sup> und das Bekenntnis vor allem als Grundlage eines gewissen äußeren Verhaltens Anlaß zu Differenzierungen sein kann. Bekenntnis und Glaube sind auch hier als religiöse, areligiöse, antireligiöse und weltanschauliche zu verstehen, da der Staat seine Begriffe für alle Rechtsgenossen gleich zu gewinnen hat und auch in anderen Bestimmungen des Grundgesetzes die Gleichstellung der verschiedensten Glaubenshaltungen erfolgt ist<sup>569</sup>. Der Begriff der „religiösen Anschauung“ ist mit dem Glauben so eng verbunden, daß „nur von einem pleonastischen Gebrauch der beiden Ausdrücke gesprochen werden kann“<sup>570</sup>. Der Wortlaut läßt es allerdings als gerechtfertigt erscheinen, ihn auf die Meinungen und Vorstellungen im Bereich der Religion zu beschränken<sup>571</sup>. Geschützt ist somit in Artikel 3 Absatz III GG dasselbe Rechtsgut wie in Artikel 4 Absatz I GG.

Benachteiligungen und Bevorzugungen im Sinne des Artikels 3 Absatz III GG sind Grade rechtlichen Betroffenseins im Wege der Rechtsetzung, Verwaltung und Rechtsprechung, die dann vorliegen, wenn „der Betroffene durch sie in seinem schutzwürdigen Interesse verletzt wird“<sup>572</sup>, und die im Vergleich mit anderen Nichtbetroffenen im konkreten Fall zu ermitteln sind<sup>573</sup>. Dabei verdeutlicht das Wort „wegen“, daß die öffentliche Gewalt gerade im Hinblick auf die rechtlich irrelevanten Merkmale des Artikels 3 Absatz III GG eine Differenzierung vorgenommen haben muß, daß diese Merkmale ursächlich für die Benachteiligung oder Bevorzugung gewesen sein müssen. Entscheidend ist somit nicht die Effektivität, sondern die Intention und sachliche Motivation der Sonderbehandlung. Die Differenzierung ist unzulässig, wenn die Handlung der öffentlichen Gewalt final auf die persönlichen Merkmale des Glaubens und der religiösen Anschauung abgestellt ist<sup>574</sup>.

Da der allgemeine Gleichheitssatz des Artikels 3 Absatz I GG subsidiär neben dem speziellen Gleichheitssatz zur Anwendung kommt<sup>575</sup>, hat Absatz III „danach die Bedeutung einer Mindestsicherung gegen unzulässige Differenzierungen nach der Art ihrer Motivierung“<sup>576</sup>.

Wenn Artikel 3 Absatz III GG ein Grundrecht enthält und Artikel 1 Absatz III GG alle drei staatlichen Gewalten an die Beachtung der Grundrechte bindet, so wendet sich Artikel 3 Absatz III GG mit seinem Differenzierungsverbot auch an alle drei Gewalten des Staates. Es „besteht begründete Übereinstimmung aller darin, daß die Absätze II und III in der Tat (auch) den Gesetzgeber ‚binden‘, indem sie ihm in justizabler und meßbarer Weise verbieten, seinen Normen bevorzugende oder benachteiligende Differenzierungen zugrunde zu legen, die ihren Grund und Maßstab in den dort genannten persönlichen Merkmalen des Geschlechts, der Abstammung, der Rasse usw. haben“<sup>577</sup>.

Wenn Artikel 3 Absatz III GG dasselbe Rechtsgut, die Religionsfreiheit, schützt und eine Differenzierung wegen des Glaubens und Bekenntnisses verbietet, so schützt es die Freiheit desselben Rechtsgutes wie Artikel 4 Absatz I GG,

<sup>568</sup> Vgl. oben S. 116.

<sup>569</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 3, Anm. V, 2b, S. 211; Ipsen, S. 146; Wernicke, BK, Art. 3, Anm. II, 3b.

<sup>570</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 3, Anm. V, 2b, S. 211.

<sup>571</sup> Wernicke, a. a. O.; v. Mangoldt-Klein, a. a. O.

<sup>572</sup> Ipsen, S. 159; zustimmend v. Mangoldt-Klein, Art. 3, Anm. V, 3, S. 211.

<sup>573</sup> Ipsen, S. 159 f.; v. Mangoldt-Klein, a. a. O.; Hamann, Art. 3, Anm. B 13b.

<sup>574</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 3, Anm. V, 3c, S. 212; Hamann, Art. 3, Anm. B 13a; Ipsen, S. 180, Anm. 226; Beulke, in: ZevKR, Bd. 6, S. 138; BVerfG 2, 286, und NJW 53, S. 1059.

<sup>575</sup> Ipsen, S. 190; v. Mangoldt-Klein, Art. 3, Anm. III, 3, S. 202.

<sup>576</sup> Ipsen, S. 145.

<sup>577</sup> Ipsen, S. 155.

indem es die von staatlichen Nachteilen freie Religionsausübung und das von staatlichen Nachteilen freie Bekenntnis ermöglicht. Wenigstens insofern ist daher Artikel 3 Absatz III GG „Emanation und Instrument zur Verwirklichung des allgemeinen Freiheitsrechtes und seiner Spezifikationen im Rahmen ihrer Gesetzesvorbehalte“<sup>578</sup>. Artikel 3 Absatz III GG stellt sich somit als Folgerung aus dem Grundrecht der Religionsfreiheit dar<sup>579</sup>. Außerdem zeigt sich, daß Artikel 3 Absatz III GG negativ formuliert, was Artikel 4 Absatz I GG bereits in seiner positiven Fassung zum Inhalt hat<sup>580</sup>.

## 5. Weitere Normierungen der Religionsfreiheit im Grundrecht

Die für alle Rechtsgebiete geltenden Grundrechte der Artikel 3 Absatz III und 4 Absatz I GG erfahren Legalinterpretationen durch die Sondernormen des Artikels 33 Absatz II und III und des Artikels 140 GG in Verbindung mit Artikel 136 Absatz I und II WRV. Wenn Artikel 33 Absatz III sagt, daß der Genuß bürgerlicher und staatsbürgerlicher Rechte unabhängig von dem religiösen Bekenntnis sind, und Artikel 136 Absatz I und II WRV diesen Grundsatz wiederholen<sup>581</sup>, so besagt dies nicht mehr, als bereits die Exegese der Artikel 4 und 3 GG ergeben hat: „Die Rechtslage der Person darf um des Glaubens . . . und des Bekenntnisses willen nicht beeinträchtigt werden.“<sup>582</sup> Wenn Artikel 33 Absatz II und III GG den Zugang zu öffentlichen Ämtern lediglich von der Eignung, Befähigung und sachlichen Leistung abhängig macht, der Zugang aber unabhängig von dem religiösen Bekenntnis ist, so erfahren die Artikel 4 und 3 GG auf einem Sondergebiet eine Konkretisierung, ohne daß inhaltlich Neues gesagt wird<sup>583</sup>. Artikel 33 Absatz III Satz 2 GG kehrt schließlich den Sinn der Religionsfreiheit, frei von rechtlichen Nachteilen sich zu seinem Glauben bekennen zu können, noch einmal ausdrücklich hervor. Auch diese Vorschrift stellt lediglich eine Verdeutlichung und Spezifikation der in Artikel 3 Absatz III und 4 Absatz I GG enthaltenen Religionsfreiheit dar.

## II. Die Gewissensfreiheit

Herrscht hinsichtlich der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit weitgehende Übereinstimmung in der Lehre und Rechtsprechung, so ist die Bedeutung der Gewissensfreiheit, die Artikel 4 Absatz I GG ebenfalls garantiert, umstritten.

### 1. Die Auslegung der Gewissensfreiheit in der Weimarer Republik

Gewissensfreiheit war historisch ursprünglich auf die Freiheit im religiösen Leben des Menschen bezogen. Sie enthielt die Forderung, daß der einzelne ungehindert von staatlichem Zwang den Glaubensforderungen seiner Kirche nachkommen könne. Die Weimarer Reichsverfassung folgte dieser Linie, indem sie die Gewissensfreiheit im 2. Hauptteil im 3. Abschnitt zum Bereich der Normen bezüglich Religionen und Religionsfreiheit zählte. Die Beschränkung der Gewissensfreiheit auf die religiöse Sphäre, auf die Haltung des Menschen zu Gott und seine religiös bestimmte Betätigung innerhalb und außerhalb der Kirchen war daher

<sup>578</sup> Ipsen, S. 126; ebenso Wernicke, BK, Art. 4, Anm. II, 1c; „Schon im letzten Absatz des Gleichheitsartikels ist die religiöse Freiheit kurz gestreift“; Hamel, S. 93: „Nicht nur Art. 3 auch Art. 4 gebietet, die Bekenntnisse gleich zu behandeln . . .; vgl. zum allgemeinen Verhältnis von Freiheit und Gleichheit: Krüger, Staatslehre, S. 530 ff.

<sup>579</sup> Geiger, Staat und Gewissen, S. 11. Dies gilt auch historisch insofern, als Art. 3 Abs. III GG, bedingt durch die Erfahrungen des 3. Reiches, erstmals in einem Gleichheitsartikel die Religionsfreiheit aufnimmt; vgl. zur Geschichte der Grundrechte: Krüger, Staatslehre, S. 529 ff., besonders S. 533.

<sup>580</sup> Krüger, Rechtsgutachten, S. 1083.

<sup>581</sup> Hamel, S. 65; v. Mangoldt-Klein, Art. 4, Anm. II, 8, S. 217 f.; Wernicke, BK, Art. 4, Anm. II, 1a, und Art. 3, Anm. II, 3b; Beulke, in: ZevKR, Bd. 6, S. 137; der Ausdruck „beschränkt“ in Art. 136 Abs. 1 WRV gehört zu der Problematik der Schranken der Religionsfreiheit, die hier nicht zu untersuchen sind.

<sup>582</sup> Hamel, S. 65; ebenso v. Mangoldt-Klein, Art. 4, Anm. II, 8, S. 217 f.; Wernicke, BK, Art. 4, Anm. II, 1a, und Art. 3, Anm. II, 3b; Ipsen, S. 193; Ule, Öffentliches Dienstrecht, S. 626 und 630.

<sup>583</sup> Vgl. unten S. 221 ff.

auch während der Zeit der Weimarer Reichsverfassung weitaus herrschend. Anschütz<sup>584</sup> konnte daher ohne weiteres unter dem Oberbegriff der Religionsfreiheit, die nach seinen Ausführungen die Glaubens- und Gewissensfreiheit („Bekenntnisfreiheit“ genannt), die Freiheit der Religionsübung oder Kultusfreiheit und die Freiheit zum Zusammenschluß zu Religionsgemeinschaften (religiöse Assoziationsfreiheit) umfaßt, zusammenfassend schreiben: „Die im ersten Satz gewährleistete Glaubens- und Gewissensfreiheit ist gleichbedeutend mit Bekenntnisfreiheit: der Freiheit, einen beliebigen religiösen Glauben zu haben oder auch keinen zu haben.“<sup>585</sup>

## 2. Die Fortwirkung der herrschenden Lehre der Weimarer Republik

Diese restriktive Interpretation der Gewissensfreiheit<sup>586</sup> hat auch nach Schaffung des Grundgesetzes Anhänger gefunden. Nach Dürig<sup>587</sup> geht es in Artikel 4 Absatz I GG „insgesamt (übrigens auch in Absatz III) um das subjektive Gottverhältnis und die subjektive Bindung an das ewige Sittengesetz, die dann in der Außenwelt entweder im subjektiven religiösen oder weltanschaulichen ‚Bekenntnis‘ (Art. 4 Abs. I) oder objektiviert als Religion, als Kult, als Lehre, als Weltanschauungsgemeinschaft usw. an den Tag treten. Nur Entscheidungen in derartigen Bekenntnisdingen (religiöser oder moralbezogener weltanschaulicher Art) sind auch Gewissensentscheidungen im Sinne des Artikels 4.“ Auch Hamels Interpretation des Artikels 4 Absatz I GG bewegt sich auf dieser Linie der restriktiven Interpretation des Artikels 4 Absatz I GG, wenn er sagt<sup>588</sup>: „Bekenntnisfreiheit ist die Freiheit, Glaubensentscheidungen und Glaubensverpflichtungen ohne weltlichen Zwang nach dem Gewissen zu bestimmen“, ohne eine Differenzierung zwischen Glauben und Gewissen vorzunehmen.

## 3. Das Schutzgut der Gewissensfreiheit

Diese restriktive Interpretation wird allerdings heute nur noch vereinzelt vertreten. Die Entstehungsgeschichte des Artikels 4<sup>589</sup> zeigt, daß der Verfassungsgeber auf die alteingeführte Terminologie des Glaubens, Gewissens und Bekenntnisses zwar nicht hat verzichten wollen<sup>590</sup>, daß aber andererseits die alten Begriffe durchaus nicht dasselbe zu bedeuten haben. Wenn zwei Verfassungen dasselbe sagen, so ist es eben nicht dasselbe<sup>591</sup>.

### a) Die Entstehungsgeschichte

Der Verfassungsentwurf von Herrenchiemsee sah als Artikel 6 die Formulierung vor: „Glaube, Gewissen und Überzeugung sind frei.“<sup>592</sup> Der Entwurf brachte zum Ausdruck, daß im Glauben, Gewissen und der Überzeugung die inneren sittlichen Akte der Menschen und seine religiöse und moralische Selbstbestimmung garantiert seien<sup>593</sup>. Der Verfassungsentwurf wollte durch diese Formulierung, wie in den

<sup>584</sup> Anschütz, WRV, Art. 135, Anm. 4, S. 619.

<sup>585</sup> Ebenso Mirbt, S. 322 f.; Ebers geht bereits einen Schritt weiter, indem er die „persönliche Religionsfreiheit, die Bekenntnisfreiheit“ auch die Freiheit, „sein sittliches Verhalten nach seiner Überzeugung einzurichten (Gewissensfreiheit)“ umfassen läßt; Ebers, S. 150 f.; damit ist ein erster Schritt auf die Eigenständigkeit der Gewissensfreiheit hin getan, die auch in der sozialen Wirklichkeit Beachtung finden und nicht lediglich ein interner Vorgang sein soll. Diesen Weg geht konsequent Giese, WRV, Art. 135, Anm. 1, S. 286, weiter, der zwischen Glaubens- und Gewissensfreiheit unterscheidet; Gewissensfreiheit ist für Giese die Freiheit, seinem sittlichen Gewissen gemäß zu handeln; vgl. unten S. 125 f.

<sup>586</sup> Scholler, S. 125.

<sup>587</sup> Dürig, Grundrechte und Zivilrecht, S. 161, Anm. 6.

<sup>588</sup> Hamel, in: ZGeStW, Bd. 109, S. 70.

<sup>589</sup> Vgl. Scholler, S. 110–115.

<sup>590</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 4, Anm. III, 1, S. 218.

<sup>591</sup> Smend, in: ZevKR, Bd. 1, S. 4.

<sup>592</sup> Verfassungsausschuß der Ministerpräsidenten an der ersten Konferenz der westlichen Besatzungszonen; Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. 8. 1948, S. 62.

<sup>593</sup> Scholler, S. 111.

Ausschußsitzungen des Parlamentarischen Rates immer wieder betont wurde<sup>584</sup>, auch die moralische Freiheit des Menschen garantieren, weil der Schutz des Glaubens und Gewissens nicht ausreiche. Es kann angenommen werden, daß diese Argumentation, deren sich die Abgeordneten Weber und v. Mangoldt bedienten, durch die Interpretation, die Artikel 135 der Weimarer Reichsverfassung erfahren hatte, bestimmt war.

In der 8. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 7. Oktober 1958 kritisierte R. Thoma den Schutz von Glauben, Gewissen und Überzeugung, weil es sich hierbei um rein innerliche und deshalb rechtlich unangreifbare Phänomene handle und daher die Formulierung rechtlich Belangloses aussage. Er schlug vor, lediglich das nach außen dringende religiöse und weltanschauliche Bekenntnis unter verfassungsrechtlichen Schutz zu stellen. Der Allgemeine Redaktionsausschuß, dem diese Formulierung zugeleitet wurde, kam dann zu einem Kompromiß, der die überkommenen Begriffe der Weimarer Zeit wiederaufnahm und die Bekenntnisfreiheit garantierte: „Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich.“ Damit war die ausdrückliche Erwähnung der Überzeugung, die die moralische Entscheidung des Menschen schützen sollte, zwar gefallen, daß sich inhaltlich etwas geändert haben sollte, ist aber nicht anzunehmen. Zwar entsprach diese Formulierung nicht mehr der Vorstellung v. Mangoldts und Webers, die glaubten, die moralische Entscheidungsfreiheit des Menschen durch die Garantie der Überzeugung schützen zu müssen, da Glaube und Gewissen nicht ausreichten, für eine inhaltliche Beschränkung ergibt sich aber aus den Protokollen nichts<sup>585</sup>. Hinzu kommt die Tatsache, daß das Recht zur Kriegsdienstverweigerung mit der Waffe aus Gewissensgründen gewährt werden sollte. Die Formulierung dieses Absatzes war als Realisierung des Gedankens, daß nicht nur das religiöse, sondern auch das ethische Gewissen geschützt werden sollte, gedacht, wie die Ausführungen der Abgeordneten Frau Nadig (SPD), die in der 27. Sitzung des Grundsatzausschusses am 30. November 1948 einen entsprechenden Antrag einbrachte, und des Abgeordneten Eberhard (SPD) zeigen<sup>586</sup>. „Dadurch wurde mit Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, daß nicht nur der religiöse Glaube einiger Sekten, sondern jede ethisch fundierte Anschauung und jede Weltanschauung unter dem Schutz dieses Grundrechtes stehen.“<sup>587</sup>

#### b) Der Zusammenhang mit Artikel 4 Absatz III GG

Zeigt somit die Entstehungsgeschichte des Artikels 4 GG bereits, daß die restriktive Interpretation der Gewissensfreiheit auf den religiösen Bereich unhaltbar ist, so müssen auch in systematischer Hinsicht Bedenken durchschlagen, die zwingen, den Gewissensschutz auf mehr als nur das religiöse Gewissen zu beziehen.

Artikel 4 Absatz III GG nimmt den Gewissensbegriff des Absatzes I wieder auf und gewährt demjenigen, der aus Gewissensgründen den Kriegsdienst mit der Waffe ablehnt, das Recht der Kriegsdienstverweigerung. Da Verfassungsbegriffe für alle Rechtsgenossen gleich zu interpretieren sind und der heutige Staat seine Rechtsbegriffe nicht aus der Vorstellung bestimmter einzelner Glaubens- oder Weltanschauungsrichtungen, sondern aus der allen Bürgern gemeinsamen Vorstellung, den gemeinsamen fundamenta fidei, zu gewinnen hat, ist der Gewissens-

<sup>584</sup> So die Abgeordneten v. Mangoldt (CDU) und Weber (CDU) in der 8. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 7. 10. 1948; vgl. Jahrbuch des öffentlichen Rechts 1951, S. 73.

<sup>585</sup> So auch Scholler, S. 114.

<sup>586</sup> Vgl. Jahrbuch des öffentlichen Rechts 1951, S. 76 und 78.

<sup>587</sup> Scholler, S. 115.

begriff so zu interpretieren, daß nicht nur die Anhänger bestimmter religiöser Sekten, sondern alle Rechtsgenossen in den Genuß des Grundrechts kommen können. Der Gewissensbegriff bedarf daher einer Definition, die in einem Staat von Menschen der verschiedensten weltanschaulichen Haltungen allen Bürgern erlaubt, zum Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung Zugang zu haben, wenn ihr Gewissen ihnen die Verweigerung vorschreibt. Gewissen ist daher — wie im übrigen auch die Entstehungsgeschichte zeigt — im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauches zu verstehen<sup>598</sup>. Gewissen in diesem Sinne ist ein lediglich empirisch erfahrbares Phänomen<sup>599</sup>, „dessen Forderungen und Mahnungen und Warnungen für den Menschen unmittelbar evidente Gebote unbedingten Sollens sind“<sup>600</sup>. Wesentlich ist für den Gewissensbegriff lediglich, daß er auf den Kategorien „Gut“ und „Böse“ beruht. Gewissensgründe, die zur Verweigerung des Kriegsdienstes berechtigen, sind daher auch — wie das Bundesverfassungsgericht zu Recht annimmt<sup>601</sup> — rein gefühlsmäßig empfundene Gut-Böse-Entscheidungen neben religiös oder weltanschaulich fundierten. Das Bundesverfassungsgericht definiert daher zu Recht<sup>602</sup>: „Als eine Gewissensentscheidung ist somit jede ernsthafte sittliche, d. h. an den Kategorien von ‚Gut‘ und ‚Böse‘ orientierte Entscheidung anzusehen, die der einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so daß er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte.“

Artikel 4 Absatz III GG ist aber nicht ein selbständiges Grundrecht, sondern die Folgerung aus dem Sinngelalt des Grundrechts der Gewissensfreiheit, bezogen auf eine besonders elementare Entscheidung des einzelnen, wie allgemein anerkannt ist<sup>603</sup>. Schützt daher Artikel 4 Absatz III — unbestrittenermaßen — das seelisch erfahrbare Phänomen des sittlichen Gewissens, so schützt auch die Gewissensfreiheit des Artikels 4 Absatz I GG dasselbe Rechtsgut, da Artikel 4 Absatz III GG lediglich eine Folgerung und keine Erweiterung hinsichtlich des geschützten Rechtsgutes oder kein selbständiges Grundrecht ist.

Wenn Artikel 4 Absatz I GG nicht mehr unter anderen Vorschriften über Religion und Religionsgemeinschaften, sondern unter anderen Normen, die das Verhältnis Staat-Bürger normieren, steht, so hat der Verfassungsgeber ein übriges getan, um zu verdeutlichen, daß die Gewissensfreiheit nicht dasselbe wie die Glaubensfreiheit ist, worauf R. Smend und Süsterhenn-Schäfer zu Recht hingewiesen haben<sup>604</sup>.

### c) Zusammenfassung: Schutz des ethischen Gewissens

Die Gewissensfreiheit bezieht sich somit auf die Entscheidung des einzelnen, die kategorischen Befehlscharakter hat und auf den Kategorien Gut und Böse beruht<sup>605</sup>. Die Gewissensfreiheit ist damit ein der Glaubensfreiheit gegenüber eigenständiges Grundrecht<sup>606</sup>. Dabei ist allerdings die Entscheidung zum Glauben eine

<sup>598</sup> BVerfG, NJW 1961, S. 355.

<sup>599</sup> Geiger, Staat und Gewissen, S. 22.

<sup>600</sup> BVerfG, a. a. O.

<sup>601</sup> BVerfG, a. a. O.; ebenso BVerwG, NJW 1962, 1763; BVerwG, MDR 1960, S. 1039.

<sup>602</sup> BVerfG, a. a. O.

<sup>603</sup> Vgl. v. Mangoldt-Klein, Art. 4, Anm. IV, 4, S. 226; Wernicke, BK, Art. 4, Anm. II, 3a; Geiger, Staat und Gewissen, S. 19; Arndt, in: NJW 1957, S. 361; BVerfG, a. a. O.; weitere Literatur bei v. Mangoldt-Klein, a. a. O.

<sup>604</sup> Smend, in: ZevKR, Bd. 1, S. 4; Süsterhenn-Schäfer, Art. 8, Anm. 2, S. 102 f. So auch Scheuner, in: DVV 1967, S. 588: „Man wird daher im Rahmen der Interpretation des Art. 4 GG deutlicher zwischen dem eigentlichen Bereich der Religionsfreiheit und diesem weiteren ... Bereich der Gewissensfreiheit unterscheiden müssen, zumal die letztere auch ersichtlich geistig auf einem speziellen, vorwiegend wohl kantisch geprägten Boden sittlicher Autonomie erwachsen ist.“

<sup>605</sup> So auch v. Mangoldt-Klein, Art. 4, Anm. III, 1, S. 218, und Art. 4, Anm. IV, 12, S. 229; Wernicke, BK, Art. 4, Anm. II, 1b; Hamann, Art. 4, Anm. B 2; Arndt, in: NJW 1957, S. 361; Küchenhoff, Staat und Gewissen S. 66 f.; Blomeyer, in: JZ 1954, S. 309; Bosch und Habscheid, in: JZ 1954, S. 213; Scholler, S. 114; Zinn-Stein, S. 125; abzulehnen ist Hildegart Krügers Gewissensbegriff, — in: RdA 1954, S. 372 — wonach sich die Gewissensentscheidung von anderen Entscheidungen lediglich durch die Unmittelbarkeit, mit der sie getroffen wird, unterscheidet; es fehlt jeder Hinweis auf das innerlich erfahrbare Sittengesetz.

<sup>606</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 4, Anm. IV, 12, S. 226; Arndt, Schule und Staat, S. 85.



Entscheidung, die in dem einzelnen menschlichen Gewissen vollzogen wird, so daß Bates<sup>607</sup> schreiben kann: „Demnach ist das Gewissen auch der Brennpunkt der Glaubensfreiheit, und Gewissensfreiheit ist so sehr die Grundlage derselben, daß die Begriffe oft auch gleichbedeutend verwendet werden.“ Andererseits besteht auch zwischen der Glaubens- und Gewissensfreiheit insofern eine Wechselbeziehung, als das Gewissen des einzelnen von religiösen Momenten bestimmt sein kann. Da sich aber für die religiöse Überzeugung der Begriff der Glaubensfreiheit eingebürgert hat und der Verfassungsgeber die herkömmlichen Begriffe hat übernehmen wollen, besteht auch kein Bedürfnis, von der hier gegebenen Unterscheidung abzuweichen. Die Glaubensfreiheit ist im Grundgesetz besonders garantiert, weil der Begriff der Gewissensfreiheit ein säkularisierter ist<sup>608</sup>.

Das Gewissen in Artikel 4 Absatz I GG ist daher in der Lebenswirklichkeit unserer Kultur „eine — theonome oder autonome — letzte, personelle, unteilbare Instanz, die zu einem bestimmten Menschen als einem Ganzen in der Einmaligkeit seines Daseins spricht, daß er böse handelt und seine Würde einbüßt, sich verliert, falls er nicht auf sein Gewissen hört“<sup>609</sup>.

Gewissenskonflikte, in denen der Mensch zu einer Entscheidung nach den Kategorien Gut und Böse aufgerufen ist, gibt es auf allen Gebieten des Lebens. Mit dem Fortfall der Begrenzung auf das religiöse Gewissen ist dies besonders deutlich geworden. Es sind daher auch „Gewissensentscheidungen für den in der Welt lebenden Menschen in Dingen des sozialen, wirtschaftlichen, geistigen, politischen, öffentlichen Lebens“ in Artikel 4 Absatz I GG unter verfassungsrechtlichen Schutz gestellt<sup>610</sup>. Artikel 4 Absatz III GG betrifft lediglich ein besonderes Gebiet des öffentlichen Lebens, ohne andere Gebiete auszuschließen, in denen der Mensch zu Gewissensentscheidungen aufgerufen ist.

#### 4. Die Gewissensfreiheit als Schutz des *forum internum*

Die Gewissensfreiheit erfährt nun in der Lehre dadurch wiederum eine restriktive Auslegung, daß das Gewissen lediglich als ein *actus fori interni*, also des unzulänglichen Bereiches des inneren Menschen aufgefaßt wird. So zählt Wernicke<sup>611</sup> das Gewissen als „sittliches Bewußtsein des Menschen“ zum „unzugänglichen Bereich des inneren Menschen“, das nur insoweit rechtlichen Schutzes fähig sei, als es sich um die nach außen wirkenden Vorgänge des religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnisses handle. „Für die Freiheit des Glaubens und des Gewissens ist dieser Schutz — wegen der Zugehörigkeit der Vorgänge zum ‚forum internum‘ des Menschen — nur von untergeordneter Bedeutung. Das Hauptgewicht liegt vielmehr in dem Schutz der nach außen in Erscheinung tretenden Vorgänge.“<sup>612</sup>

Diese Auslegung geht zurück auf die Zeit der Weimarer Reichsverfassung. Durch die Interpretation der Gewissens-(und Glaubens-)Freiheit als Schutz des *forum internum* wird der Vorwurf deutlich, daß die Freiheit des Gewissens selbst ein rechtlich unbedeutendes Grundrecht sei, das den Namen eines Grundrechtes eigentlich gar nicht verdiene, daß es im Grunde genommen rechtlich irrelevant sei. Die Gewissensfreiheit wird zur Gedankenfreiheit in Gewissenssachen<sup>613</sup>. Nun war zwar die Gedankenfreiheit auf Grund eines Antrages von W. Kahl aus

<sup>607</sup> Bates, Glaubensfreiheit, S. 445; ebenso Hamel, S. 50: „Das Gewissen schließt den Glauben, die Gewissensfreiheit die Glaubensfreiheit ein.“

<sup>608</sup> Hamel, S. 47.

<sup>609</sup> Arndt, in: NJW 1957, S. 361.

<sup>610</sup> Geiger, Staat und Gewissen, S. 17; Hamann, Art. 4, Anm. B 2.

<sup>611</sup> Wernicke, BK, Art. 4, Anm. II, 1b.

<sup>612</sup> Wernicke, a. a. O., 1c.

<sup>613</sup> Scholler, S. 117.

dem Entwurf zur Weimarer Reichsverfassung gestrichen worden<sup>614</sup>, da sie zum forum internum gehöre und daher immer frei sei, und R. Thoma hatte im Grundsatzausschuß des Parlamentarischen Rates den Standpunkt Kahls noch radikaler vertreten und beantragt, auch die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Grundgesetz nicht zu erwähnen, da nur das offene Bekenntnis des Schutzes bedürfe<sup>615</sup>. Man war sich aber einig, daß die Freiheit des Gewissens in Artikel 4 Absatz I GG etwas Neues sein sollte, das auch die freie sittliche Überzeugung und deren Vertretenkönnen in der Welt schützen sollte<sup>616</sup>.

Zwar ist der Ruf des Gewissens ein zunächst innerer menschlicher Vorgang, der insoweit auch der Regelung, wenn auch nicht der staatlichen Beeinflussung unzugänglich ist. Die Freiheit des Gewissens aber „besteht, damit der Mensch die absoluten geistlichen und geistigen Werte — Gottes Gebot, die Wahrheit, das Gute, die Gerechtigkeit — gemäß der Erkenntnis seines Gewissens praktisch vollziehen kann“<sup>617</sup>. „Das sittliche Gewissen (drängt) zum sittlichen Leben.“<sup>618</sup> Das Gewissen, das lediglich für sich Entscheidungen treffen darf, ohne sie auch in der Welt verwirklichen zu können, muß ebenso verkümmern wie der Glaube, der nicht bekannt werden darf. Beliebige Eingriffe in die Freiheit, sich seiner sittlichen Überzeugung gemäß verhalten zu können, führen zu Gewissenskonflikten, die den Menschen zerbrechen können. Es gilt daher im Verhältnis von Gewissen als innerlich erfahrbarem Phänomen zu der Verwirklichung der Gewissensentscheidung in der Welt dasselbe, was oben<sup>619</sup> bereits für die Glaubensfreiheit im Verhältnis zur Bekenntnisfreiheit gesagt wurde. Das Gewissen ist wesensmäßig gelebtes Gewissen. Gelänge es aber nicht, der Gewissensfreiheit eine größere Bedeutung beizumessen als lediglich den Schutz des „unzugänglichen Bereiches des inneren Menschen“, so wäre es in der Tat besser — wie Scholler<sup>620</sup> schreibt — es als ein „Petrefakt verfassungsgeschichtlicher Steinzeit“ aus der Verfassungsurkunde zu streichen, anstatt es, wie einst Kahl und jüngst R. Thoma auf dem Wege der Interpretation zur Bedeutungslosigkeit zu degradieren.

Die Lösung Schollers widerspricht allerdings diesem Sinngehalt des Gewissens ebenso wie die auch von ihm bekämpfte Lehre vom Schutz des forum internums. Wenn Scholler in der Gewissensfreiheit den Schutz der Intimsphäre sieht und alle Handlungen, die über diesen Bereich hinausgehen, „als Entfaltung der Persönlichkeit, als Meinungsäußerung usw.“ behandelt<sup>621</sup>, so verkennt auch er, daß dem Gewissen des einzelnen wenig gedient ist, wenn es sich in seinen inneren Bereich zurückzuziehen, sich aber nicht in der Welt verwirklichen kann.

## 5. Die Gewissensfreiheit als Bekenntnisfreiheit

Aus der richtigen Erkenntnis heraus, daß „verfassungsmäßig gesichert werden soll das Recht, sich . . . seinem sittlichen Gewissen gemäß zu verhalten“, hat Klein<sup>622</sup> wie einst Mirbt die Gewissensfreiheit (und die Glaubensfreiheit) der Bekenntnisfreiheit gleichgestellt. v. Mangoldt-Klein verwickeln sich allerdings insofern in Widersprüche, als sie das Grundrecht der Gewissensfreiheit als eigenständiges Grundrecht ansehen<sup>623</sup> und zugeben, daß die Freiheit des Gewissens etwas durchaus Verschiedenes von der Bekenntnisfreiheit ist<sup>624</sup>. Auch bedürfte die Ge-

<sup>614</sup> Plenarverhandlung, stenographischer Bericht, S. 1646 f.; vgl. Mirbt, S. 328, Anm. 8.

<sup>615</sup> Vgl. oben S. 121; JöR 1951, S. 52.

<sup>616</sup> Scholler, S. 119.

<sup>617</sup> Hamel, S. 52.

<sup>618</sup> Blomeyer, in: JZ 1954, S. 309.

<sup>619</sup> Vgl. oben S. 116.

<sup>620</sup> Scholler, S. 119.

<sup>621</sup> Scholler, S. 206.

<sup>622</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 4, Anm. III, 1, S. 218.

<sup>623</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 4, Anm. VI, 12, S. 226.

<sup>624</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 4, Anm. III, 1, S. 218.

wissensfreiheit keiner eigenen Definition, die v. Mangoldt-Klein in dem Bewußtsein des Menschen von der verpflichtenden Kraft des Sittengesetzes sehen, wenn sie doch in der Bekenntnisfreiheit aufgeht. Maunz definiert dementsprechend<sup>625</sup>: „Unter Bekenntnis versteht man die Kundgabe seines Glaubens oder Gewissens sowie von einzelnen Entscheidungen, die auf Grund des Glaubens oder Gewissens getroffen worden sind, an die Umwelt.“ Dieser Ansicht folgt auch Hamel<sup>626</sup>: Die Bekenntnisfreiheit habe den äußeren Bereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit aufgesogen; „alle Gewissensentscheidungen, die ein Bekenntnis, d. h. Vollziehung durch praktisches Verhalten fordern, sind Inhalt der Bekenntnisfreiheit“. Gemeinsam ist all diesen Interpretationen, daß sie die als rein innerlichen Vorgang angesehenen Gewissensentscheidung durch die Bekenntnisfreiheit rechtlich aktualisieren wollen, der Gewissensfreiheit selber aber keine Freiheit der Betätigung gewähren.

Artikel 4 Absatz I GG schützt neben der Glaubens- und Gewissensfreiheit die religiöse und weltanschauliche Bekenntnisfreiheit. Die religiöse und weltanschauliche Bekenntnisfreiheit ist—wie oben gezeigt wurde—bestimmt, die äußere Entfaltung des Glaubens zu schützen. Die weltanschauliche Bekenntnisfreiheit hätte nach dieser Ansicht die Aufgabe, auch die Gewissensentscheidung, d. h. die auch nur ethisch fundierte als absolut bindend empfundene Entscheidung des einzelnen in ihrer äußeren Betätigung zu schützen. Weltanschauung und ethische Entscheidung des einzelnen in einer bestimmten Situation können aber durchaus verschieden sein. Die weltanschauliche Bekenntnisfreiheit kann zwar ebenso wie die Vereinigung zu Weltanschauungsgemeinschaften Ausfluß einer ethischen Entscheidung sein<sup>627</sup>, sie deckt aber nicht alle auf Grund einer Gewissensprüfung gefallenen Entscheidungen. Der Begriff der Bekenntnisfreiheit des Artikels 4 Absatz I GG umfaßt zwar jede Äußerung und jedes Verhalten, das die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion oder Weltanschauung kenntlich machen will<sup>628</sup>, nicht aber jedes ethisch fundierte Verhalten. Wenn das Bundesverfassungsgericht z. B. die Weigerung, Kriegsdienst mit der Waffe zu leisten, auch dann als Gewissensentscheidung respektiert, wenn sie auf lediglich gefühlsmäßigen Gründen beruht, so zeigt sich deutlich, daß Weltanschauung und Gewissensentscheidung zwei rechtlich verschiedene Dinge sind<sup>629</sup>. Im übrigen widerspricht es dem Sprachgebrauch, in der religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisfreiheit das Recht zu erblicken, seinem sittlichen Gewissen gemäß zu leben<sup>630</sup>.

## 6. Die Gewissensfreiheit als Entscheidungsfreiheit

Konstruktiv richtiger erscheint daher der Weg, das Recht, sich seinem sittlichen Gewissen gemäß verhalten zu können, in der Gewissensfreiheit selber garantiert zu sehen<sup>631</sup>. So definieren Zinn-Stein<sup>632</sup> die Gewissensfreiheit als das Recht, „nach dem sittlichen Bewußtsein sich zu entscheiden und zu handeln“. Und Hamann schreibt<sup>633</sup>: „Wenn Artikel 4 I GG auch die Gewissensfreiheit garantiert, dann sind damit die Gewissensentscheidungen unter Verfassungsschutz gestellt.“

<sup>625</sup> Maunz, Staatsrecht, S. 99.

<sup>626</sup> Hamel, S. 61.

<sup>627</sup> Scholler, S. 114.

<sup>628</sup> BVerfG, NJW 1961, S. 211; BVerwG 7, 189, 194; Hamann, Art. 4, Anm. B 3.

<sup>629</sup> So auch Bosch und Habscheid, in: JZ 1954, S. 213.

<sup>630</sup> Scholler, S. 120.

<sup>631</sup> Arndt, Schule und Staat, S. 86, sieht in der Gewissensfreiheit lediglich das Recht auf ein Unterlassen. Das Gewissen aber gebietet und verbietet. Die Gewissensfreiheit kann daher nicht auf ein Unterlassen beschränkt sein.

<sup>632</sup> Zinn-Stein, S. 125, Art. 9, Anm. 2.

<sup>633</sup> Hamann, Art. 4, Anm. B 2.

Da dem Begriff des Gewissens die äußere Betätigung bereits wesensmäßig immanent ist<sup>634</sup>, bedarf es heute ebensowenig einer besonderen Formulierung, um die äußere Betätigung des Gewissens zu schützen, wie es während der Zeit der Weimarer Reichsverfassung selbstverständlich war, daß die Glaubensfreiheit die Bekenntnisfreiheit umfaßte<sup>635</sup>.

Da aber die Gewissensfreiheit nicht mehr auf das subjektive Gottverhältnis beschränkt ist, sind „auch Gewissensentscheidungen für den in der Welt lebenden Menschen in Dingen des sozialen, wirtschaftlichen, geistigen, politischen, öffentlichen Lebens“ gegen Verletzungen geschützt<sup>636</sup>.

Wenn somit die Freiheit der Gewissensentscheidung durch Artikel 4 Absatz I GG geschützt ist, so ist der Mensch ebenso wie im Falle der Religionsfreiheit gegen Eingriffe des Staates in seine freie gewissensmäßige Überzeugung, Überzeugungsbildung und Betätigung geschützt. Er darf weder wegen seiner Gewissenshaltung benachteiligt noch bevorzugt werden. Ebenso wie die Bekenntnisfreiheit aber kann auch die Gewissensentscheidung in den Bereich der staatlich geordneten Gemeinschaft hineinwirken. Ob und wieweit der Gewissensentscheidung daher Schranken errichtet werden können, kann vorläufig offen bleiben<sup>637</sup>, da hier lediglich das grundsätzliche Problem behandelt wird. Insofern besagt die Gewissensfreiheit für den einzelnen wenigstens dem Grundsatz nach, daß der Gewissenskonflikt zwischen staatlicher Pflicht und gewissensbedingter Entscheidung zugunsten des einzelmenschlichen Gewissens entschieden ist<sup>638</sup>.

### III. Die Grundrechte als objektive Prinzipien der verfassungsmäßigen Ordnung

Artikel 4 Absatz I GG garantiert die dargelegten Freiheiten in der Form der klassischen Grundrechte, die ein Frei-Sein von staatlicher Regulierung zum Inhalt haben, als negative Statusrechte des einzelnen Bürgers, die eine Abwehr des fehlsam tätigen Staates erlauben<sup>639</sup>.

Nach dem von R. Smend<sup>640</sup> begründeten Verständnis der Grundrechte sind die Freiheitsrechte allerdings nicht beschränkt auf ihre Funktion als Abwehrrechte, sondern zugleich Legitimationsgrundlage und Ordnungsprinzipien des Staates. Die Grundrechte geben dem Verfassungsleben sachlichen Inhalt und stellen die Sachgehalte heraus, in denen das betreffende Volk von Verfassungen wegen einig sein will und soll, und in der sachlichen Verwirklichung der in den Grundrechten zum Ausdruck kommenden Wertordnung findet das staatliche Leben seine Einigkeit. Das Selbstverständnis des Staates wird realisiert und ausgedrückt in den Vorschriften, die nicht lediglich die Form, sondern den Gehalt des Staates bestimmen, also vor allem in den Grundrechten. Das subjektive Recht des einzelnen auf Freiheit seines Handelns, das in den Grundrechten verbürgt ist, ist daher nicht nur Ausfluß und abgeleitete Berechtigung der objektiven Rechtsnorm<sup>641</sup>, sondern Ausdruck des Wertsystems des Grundgesetzes<sup>642</sup>. Die Grundrechte sind daher „nicht nur subjektive Individualrechte, sondern auch objektive Prinzipien der verfassungsmäßigen Ordnung“<sup>643</sup>. Das Grundgesetz selber bringt dies deut-

<sup>634</sup> Vgl. oben S. 124.

<sup>635</sup> So auch Zinn-Stein, a. a. O.; Hamann, a. a. O.; Geiger, Staat und Gewissen, S. 17 f.; Fleig, Elternrecht, S. 33; so bereits Giese, WRV, Art. 135, Anm. 1, S. 102; vgl. oben Anm. 585; vgl. OLG Stuttgart, NJW 1963, S. 776.

<sup>636</sup> Geiger, Staat und Gewissen, S. 17 f.; ebenso Hamann, Art. 4, Anm. B 2.

<sup>637</sup> Vgl. unten S. 185 f.; ob die Behauptung Geigers; Staat und Gewissen, S. 26, daß eine „Beschränkung durch die positive Rechtsordnung schlechthin und absolut unzulässig“ sei, richtig ist, muß daher vorläufig offen bleiben.

<sup>638</sup> Hamel, S. 61.

<sup>639</sup> Krüger, Staatslehre, S. 536 f.

<sup>640</sup> Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 163 f.; ders., in: VVDStRL, Bd. 4 (1928), S. 45 f.

<sup>641</sup> Nipperdey, S. 746.

<sup>642</sup> Holtkotten, BK, Art. 140, Anm. II, 2.

<sup>643</sup> Hesse, Rechtsschutz, S. 98; zustimmend Krüger, in: ZevKR, Bd. 6, S. 75, Anm. 8; ebenso Hamann, Vorbemer-

lich zum Ausdruck, wenn es in der Präambel davon spricht, daß „dem staatlichen Leben . . . eine neue Ordnung“ gegeben werden solle, wenn es sich in Artikel 1 Absatz II GG zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten „als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft“ bekennt, wenn es die vollziehende Gewalt, die Rechtsprechung und die Gesetzgebung an die Grundrechte bindet und wenn es sich zum sozialen Rechtsstaat bekennt (Art. 20 Abs. I und Art. 28 Abs. I GG). „Diese, sich in einzelnen (allerdings nicht in allen, z. B. scheidet Art. 17 GG hier aus) Grundrechten (vor allem Art. 1—6, 9, 12, 14 GG) manifestierenden Wertentscheidungen stellen Primärnormen dar, zu denen die einzelnen Grundrechtsverbürgungen im Verhältnis sie garantierender nur verfassungsrechtlicher Sekundärnormen stehen.“<sup>644</sup> Ebenso sieht Klein<sup>645</sup> „in allen Grundrechtsbestimmungen“ Grundsatznormen, die er dahingehend definiert, daß sie Grundsätze des Staatslebens sind, die „gleichzeitig objektive Rechtssätze des Verfassungsrechts und oberste Rechtssätze von Rechtsgebieten außerhalb des Verfassungsrechts oder der gesamten Rechtsordnung“ sind. Derartige Grundsatznormen gibt es für einzelne Teilgebiete der Rechtsordnung, wie z. B. in Artikel 12 und 14 GG. Es gibt aber auch Grundsatznormen, die die gesamte Rechtsordnung erfassen, wie z. B. Artikel 1 Absatz I, Artikel 3<sup>646</sup> und Artikel 4<sup>647</sup>. Die subjektiven Rechte des einzelnen lassen sich somit als objektive Normen des Staatslebens verstehen, die ein staatliches Vollziehen der Entscheidung des Verfassungsgebers erfordern und verlangen, daß der Staat sich in seinem Handeln in Rechtsetzung, Verwaltung und Rechtsprechung an diesen objektiven Normen orientiert und sie verwirklicht, weil in ihnen das Selbstverständnis des modernen Staates zum Ausdruck kommt<sup>648</sup>.

#### IV. Die Folgerung für das Grundrecht der Religionsfreiheit: die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates

##### 1. Toleranz

Zu einfach macht man es sich, wenn man — wie Scheuner<sup>649</sup> — in dem Recht auf Freiheit der Religion und Weltanschauung das objektive Prinzip der religiösen und weltanschaulichen Toleranz ausgesprochen sieht. Denn — wie Maunz<sup>650</sup> zu Recht ausführt — Toleranz bedeutet lediglich „das Hinnehmen von Auffassungen und Entscheidungen, vor allem religiöser, weltanschaulicher, philosophischer oder politischer Art, und zwar in der Weise, daß wir der Person, die die Auffassung vertritt oder die Entscheidung gefällt hat, die gleiche Achtung entgegenbringen, als wenn sie anders gedacht oder gehandelt hätte“.

Wenn auch zuzugeben ist, daß der Toleranzgedanke in Artikel 4 Absatz I GG enthalten ist<sup>651</sup>, so besagt er doch wenig über das Verhältnis des Staates zur Religion, zu religiösen und weltanschaulichen Fragen. Die Frage, die im amerikanischen Verfassungsrecht im Vordergrund der Auseinandersetzung steht, die Frage nach der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates, ist damit nicht

kung zu Grundrechte I, 1, S. 60, und I, 7, S. 61; ebenso Scheuner, Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, S. 93: „... enthalten neben dem individuellen Freiheitsrecht zugleich die Festlegung eines objektiven Rechtssatzes . . .“; ebenso Arndt, in: NJW 1957, S. 361; ebenso Smend, a. a. O.

<sup>644</sup> Hamann, Vorbemerkung zu Grundrechten I, 3, S. 61, unter Berufung auf Geiger, Grundrechte in der Rechtsordnung (1960), S. 33 ff.

<sup>645</sup> v. Mangoldt-Klein, Vorbem. A, VI, 4 und 4a, S. 87 f.; ebenso Nipperdey, S. 784, unter Einschränkung auf „manche Grundrechte“; Art. 4 Abs. I enthält unstrittig eine derartige Grundsatznorm, ebenso Art. 3 GG.

<sup>646</sup> v. Mangoldt-Klein, a. a. O., S. 88.

<sup>647</sup> Scheuner, Die institutionellen Garantien, S. 93.

<sup>648</sup> Zur Bedeutung der Grundrechte als Integrationsfaktoren und Faktoren der Staatshervorbringung vgl. Krüger, Staatslehre, S. 539 ff. Danach haben die Grundrechte neben ihrer Bedeutung als Wertentscheidungen diejenige zu zeigen, daß der Staat als Garant der Freiheit in Sicherheit mitgedacht ist, als Spender nationaler Gefühle zu dienen und einen Raum der Gesellschaft zu konstituieren.

<sup>649</sup> Scheuner, Die institutionellen Garantien, S. 93.

<sup>650</sup> Maunz, Toleranz und Parität, S. 5.

<sup>651</sup> Vgl. Maunz, a. a. O., S. 4 ff.

beantwortet. Ungeklärt bleibt z. B., ob die Neutralitätsgedanken oder die „preferred status doctrine“, wie sie im amerikanischen Recht entwickelt worden sind, auf den deutschen Staat anzuwenden sind.

## 2. Die Unzulässigkeit des Fragens nach Religion und Weltanschauung

Eine Beantwortung der hier aufgeworfenen Frage nach dem geistigen Gehalt des Staates, nach dem Selbstverständnis des Staates in religiös-weltanschaulicher Sicht, läßt sich nur aus dem über die Religionsfreiheit Gesagten gewinnen.

Gezeigt war, daß der einzelne aus Artikel 4 Absatz I GG das absolute Recht hat, über seinen Glauben oder seine Weltanschauung zu schweigen, und daß dieses Schweigerecht in Artikel 140 GG in Verbindung mit Artikel 136 WRV eine zusätzliche Legalinterpretation erfahren hat. Während der Zeit der Weimarer Reichsverfassung leitete Anschütz<sup>652</sup> aus diesem Recht und aus dem Gegensatz zwischen Satz 1 und Satz 2 des Artikels 136 Absatz II WRV das unbedingte Verbot ab, Fragen nach der Einstellung des einzelnen über Religion und Weltanschauung zu stellen, während Mirbt und Ebers<sup>653</sup> derartige Fragen in zwei Ausnahmefällen zuließen, ohne dafür eine nähere Begründung zu geben: im Fall des § 1779 Absatz II BGB und im Fall eines Religionsverbrechens. Im Anschluß an Mirbt will Hamel<sup>654</sup> ebenfalls derartige Fragen zulassen, „wenn sie sachlich gerechtfertigt sind, insbesondere die Rechtsstellung des Befragten oder einer anderen Person davon abhängt“. Da aber — wie Hamel selber zugibt — Nachteile irgendwelcher Art aus dem Schweigen auf derartige Fragen nicht erwachsen und Vorteile nicht gewährt werden dürfen, da diese zugleich Nachteile für andere enthalten würden, erscheint es auch nicht möglich, daß die Rechtsstellung des einzelnen oder einer anderen Person davon abhängen kann. Auch kann § 1779 Absatz II BGB diese Frage nicht rechtfertigen, weil der Staat selbst dann nicht für eine religiöse Erziehung des Mündels sorgen kann, wenn er einen Vormund bestellt, der demselben Bekenntnis angehört. Das Vormundschaftsgericht kann nur an der äußeren Bekenntniszugehörigkeit anknüpfen. Hinsichtlich der Religionsverbrechen schließlich ist es ebenfalls ausgeschlossen, daß irgendwelche Folgen aus der Nichtbeantwortung gezogen werden können. Die Frage nach der religiösen oder weltanschaulichen Haltung ist daher ebenfalls nicht sachgerecht. Es besteht kein Bedürfnis, derartige Fragen zuzulassen und dem Staat auf diesem Wege doch die — wenn auch nur eventuelle — Möglichkeit der Erforschung des geschützten forum internum zu erlauben. Der Gegensatz zwischen Satz 1 und 2 des Artikels 136 Absatz II WRV und das absolute Schweigerecht erlauben daher den Schluß, daß derartige Fragen nicht zulässig sind<sup>655</sup>. Etwas anderes gilt freilich für die Frage nach der Zugehörigkeit zu einer Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft; derartige Fragen sind im Rahmen des Artikels 136 Absatz III Satz 2 WRV zugelassen.

## 3. Die Gleichbehandlung und Freiheit aller Bürger

Die Freiheit des Glaubens und Bekenntnisses besteht — wie gezeigt wurde — in dem subjektiven Recht des einzelnen, unabhängig von staatlicher Beeinflussung seinen Glauben zu finden, zu haben und zu bekennen. Wenn der Staat sich als ein Staat versteht, in dem jedem Bürger dieses Recht gewährt ist, so bedeutet dies von seiten des Staates her, daß er auch keine mittelbaren oder psychologischen Mittel einsetzt, um den einzelnen in seiner Glaubenshaltung, der Ge-

<sup>652</sup> Anschütz, WRV, Art. 136, Anm. 4, S. 626.

<sup>653</sup> Mirbt, S. 338; Ebers, S. 153.

<sup>654</sup> Hamel, S. 54.

<sup>655</sup> So wohl auch Wernicke, BK, Art. 4, Anm. II, 1c.

winnung seines Glaubens oder des Bekenntnisses zu irritieren. „Die Freiheit ist, religiös gefaßt, der Verzicht des Staates, irgendwie in das Verhältnis des einzelnen zu Gott zu greifen, weder fordernd, bittend, nahelegend noch derart, daß die Gewinnung eines Glaubens, der durch kirchliche Zugehörigkeit geboten sein, und gar nach der Gestaltung des Rechtssystems einer Religionsgemeinschaft rechtlichen Charakter angenommen haben mag, unter staatlich-rechtliche Ordnung gestellt wird.“<sup>656</sup> Dem Recht des einzelnen, unabhängig von seinem Glauben gleichbehandelt zu werden, entspricht die Pflicht des Staates, sich in seinen Entscheidungen von Glauben und Bekenntnis seiner Bürger nicht motivieren und leiten zu lassen. Wenn Artikel 3 Absatz III GG ausdrücklich eine Differenzierung „wegen“ des religiös-weltanschaulichen Bekenntnisses verbietet, so kommt damit deutlich zum Ausdruck, daß das religiös-weltanschauliche Moment für die staatliche Entscheidung irrelevant sein muß. Die Irrelevanz des Glaubens wird im übrigen in dem Verbot deutlich, Fragen nach der religiösen oder weltanschaulichen Haltung zu stellen. Weil den Staat dies nicht „interessieren“ darf, darf er auch gar nicht erst danach fragen. Die Freiheit des einzelnen, seinen Glauben selbständig finden zu dürfen und selbst gegen Maßnahmen des Staates geschützt zu sein, wenn er sich zu einem Glauben nicht durchgerungen hat und einer skeptischen, agnostischen oder nihilistischen Haltung anhängt, bedeutet daher vom Staat her gesehen, „daß der Staat vom Bekenntnis seiner Bürger keine Kenntnis (Artikel 136 II WRV) nehmen, geschweige denn es zum Motiv seiner allgemeinen oder besonderen Entschlüssen machen darf“<sup>657</sup>. Der Staat, der Glaubende und Nichtglaubende gleich und unabhängig von ihrer Überzeugung behandeln muß, darf auf den Glauben seiner Bürger nicht sehen, ja er darf danach gar nicht erst fragen, um gar nicht erst in die Versuchung zu geraten, doch unterschiedliche Folgen daran zu knüpfen. Die Einigkeit des Volkes, die in den Grundrechten zum Ausdruck kommt, bezieht sich, da eine sachliche Einigung unmöglich ist, auf die Übereinstimmung, daß im Bereich der Religion keine Einigung möglich und daher dem Staat jede Beschäftigung mit religiösen Fragen verwehrt ist<sup>658</sup>.

Wenn der Staat Gläubige und Nichtgläubige gleich behandeln muß, um den Schutz des Artikels 4 Absatz I GG zu verwirklichen, so bedeutet dies, daß der Staat seine Mittel weder zum Vorteil eines bestimmten Glaubens, noch zum Vorteil aller Glaubenshaltungen einsetzen darf, wie oben bei Behandlung der amerikanischen Rechtslage bereits gezeigt wurde. Insofern besteht zwischen der Gleichbehandlung aller Staatsbürger im amerikanischen und deutschen Verfassungsrecht kein Unterschied. Das deutsche Verfassungsrecht bekennt sich daher ebenso wie das amerikanische für das Neutralitätsprinzip und gegen die „preferred status doctrine“<sup>659</sup>. „Es ist jedenfalls die Idee unserer Verfassung, daß die Religion des einzelnen vom Standpunkt des Staates aus kein eine Differenzierung rechtfertigender unterschiedlicher Sachverhalt ist.“<sup>660</sup> Das Grundgesetz bekennt sich damit zu einer Staatsform, für die Religion und Weltanschauung rechtlich unbedeutend sind. „Das obrigkeitliche Amt ist religiös neutral.“<sup>661</sup> Der Staat dieser Art differenziert nicht nach Bekenntnissen. „Er hat für all dies kein Organ.“<sup>662</sup>

Aus der Neutralität des Staates lassen sich allgemeine Folgerungen für das Verhältnis des Staates zur Religion ziehen:

<sup>656</sup> Mirbt, S. 328.

<sup>657</sup> Krüger, Rechtsgutachten, S. 1083.

<sup>658</sup> Krüger, Staatslehre, S. 541.

<sup>659</sup> Damit zeigt sich, daß die Vermutung Fahys — vgl. oben S. 31 —, daß das Neutralitätsprinzip auch aus der „Freedom of religion clause“ in Amerika abgeleitet worden wäre, wenn es die „Establishment Clause“ nicht gegeben hätte, begründet ist. Ob dieser Satz auch für das Verhältnis Staat—Kirche gilt, wird im 6. Abschnitt auf S. 133 ff. behandelt; vgl. besonders S. 144 ff., da Art. 140 GG unter Umständen eine Spezialnorm darstellt.

<sup>660</sup> Beulke, in: ZevKR, Bd. 6, S. 142.

<sup>661</sup> Hamel, S. 54.

<sup>662</sup> Krüger, Rechtsgutachten, S. 1054.

a) „Der Verfassungssatz besagt, daß sich der Staat in seiner Verfassung nicht mit der Lehre eines kirchlichen Bekenntnisses oder mit den Forderungen einer Weltanschauung identifiziert.“<sup>663</sup> Aber nicht nur in der Verfassung, sondern ganz allgemein gilt das Verbot der Identifizierung. Nicht nur wäre daher eine Wiederholung des Artikels 14 der Preußischen Verfassung von 1850 ausgeschlossen, sondern auch im Gesetzeswege oder durch Verwaltungshandeln wäre ähnliches nicht möglich. Der Staat muß offen sein in seiner gesamten Rechtsordnung für jede Glaubensüberzeugung und weltanschauliche Überzeugung, „weil er sich nicht für eine und damit gegen die übrigen entscheiden kann“<sup>664</sup>. In diesem offenen Staat muß es jedem Bürger möglich sein, auf gesellschaftlicher, wirtschaftlicher, politischer und geistiger Ebene die Möglichkeit zu haben, seinen Glauben und seine Überzeugung so gut wie möglich zu vertreten und zur Geltung zu bringen, ohne daß eine noch so starke gesellschaftliche Stellung eines Bekenntnisses jemals die Staatsorganisation beherrschen, durchdringen oder sonstwie für seine Zwecke einsetzen kann.

Die Identifizierung kann durch die verschiedensten Handlungen erfolgen, durch die der Staat zu erkennen gibt, daß er eine bestimmte Religion oder Weltanschauung für richtig hält. Die folgenden Punkte sind Ausfluß dieses Identifizierungsverbotes.

b) Der Grundsatz der Neutralität verbietet „auch den Einsatz der Staatsmacht für ein bestimmtes Bekenntnis, da er stets eine Benachteiligung anderer Bekenntnisse einschließt“<sup>665</sup>. Jeder Einsatz von Staatsmitteln für ein bestimmtes Bekenntnis bedeutet eine Identifizierung des Staates, und zwar auch dann, wenn ein Weg gefunden würde, alle Bekenntnisse gleichberechtigt („paritätisch“) zu bedenken, da immer noch die bekenntnisfreien Bürger benachteiligt würden<sup>666</sup>. Aber abgesehen von dem Gesichtspunkt der Benachteiligung ergibt sich, daß der Staat durch Einsatz seiner Mittel zu verstehen gibt, daß er das Bekenntnis für förderungswürdig hält, daß er sich also dazu „bekennt“. Da der Staat aber dafür kein Organ hat, kann er auch ein bestimmtes Bekenntnis nicht unterstützen. Es gilt daher sowohl der Satz Krügers<sup>667</sup>: „Dem Staat der Geistesfreiheit (ist) die Übernahme einer Verpflichtung zur Förderung religiöser oder weltanschaulicher Belange durch Einsatz seiner Zwangsgewalt deswegen unmöglich, weil er sich mit derlei Dingen jedenfalls als Obrigkeit von vornherein nicht befassen darf“, wie auch der Satz, daß der Einsatz jeglicher staatlicher Mittel für ein Bekenntnis dem religiös-weltanschaulich neutralen Staat verwehrt ist, da er damit stets die anderen Bekenntnisse, d. h. deren Anhänger, oder die bekenntnisfreien Bürger benachteiligen oder sie in der Gewinnung ihrer religiös-weltanschaulichen Haltung zumindest mittelbar beeinflussen würde<sup>668</sup>.

c) Der Staat darf daher weiter seinen Institutionen kein bestimmtes Bekenntnis oder eine bestimmte Weltanschauung zugrunde legen, denn stets verläßt der Staat damit den Boden der Gleichbehandlung von Bekennenden und Nicht-Bekennenden. Der Staat darf seine Einrichtungen grundsätzlich nicht nach religiösen oder weltanschaulichen Gesichtspunkten organisieren, da er für diese Dinge eben kein Organ hat. Hieraus ergibt sich weiter, daß der Staat „als Zulassungsbedingungen zu seinen Anstalten und Einrichtungen (Schulen, Universitäten, Prüfungen) ... nicht das eben genannte Moment (sc. die religiöse Haltung oder das Bekenntnis) setzen“ darf<sup>669</sup>.

<sup>663</sup> Geiger, Schule und Staat, S. 35; vgl. Hamel, S. 54; Anschütz, in: Thoma-Anschütz, S. 675; Krüger, Staatslehre, S. 542.

<sup>664</sup> Geiger, Schule und Staat, S. 35 f.

<sup>665</sup> Hamel, S. 54.

<sup>666</sup> Vgl. oben S. 29 f. zur Auseinandersetzung über die „preferred status doctrine“.

<sup>667</sup> Krüger, Rechtsgutachten, S. 1054.

<sup>668</sup> Vgl. Krüger, Staatslehre, S. 36; v. Zezschwitz, in: JZ 1966, S. 340, Anm. 17 und 21; Link, in: BayVBl 1966, S. 301.

<sup>669</sup> Mirbt, S. 333.



d) Freilich besagt dieser Satz auch, daß der Staat nicht religionsfeindlich ist. Im Staat besteht daher volle Religions- und Weltanschauungsfreiheit. Die religiöse Neutralität dient daher ebenso dem Schutz und Vorteil der religiös gebundenen Bürger<sup>670</sup>.

#### 4. Die Indifferenz des Staates in religiös-weltanschaulichen Fragen

Nun ist freilich nicht zu verkennen, daß das Grundgesetz bemüht ist, eine Ordnung des staatlichen Gemeinwesens zu begründen, von der das Bundesverfassungsgericht<sup>671</sup> zutreffend sagt, daß sie keine wertneutrale, sondern eine objektive Wertordnung sein solle, die Ausdruck einer gut, gerecht, freiheitlich und sozial geordneten Gesellschaft ist. Ohne daß hier versucht werden kann festzustellen, zu welchen Werten sich das Grundgesetz — vornehmlich in dem Abschnitt über die Grundrechte — im einzelnen bekennt, läßt sich feststellen, daß das Grundgesetz sich zu gewissen sachlichen und sittlich fundierten Werten bekannt hat (Art. 1 Abs. II GG), in denen der Staat „das Gemeinsame als tragende normative Basis“<sup>672</sup> einer staatlichen Ordnung sucht. Diese Werte stellen allerdings lediglich ein „normatives Existenzminimum“ dar, „das dem säkularen Staat gerade noch eben zur Verfügung steht“<sup>673</sup>. Der Staat sucht hier das Gemeinsame der verschiedenen Weltanschauungen als „positive, das Leben tragende und das Zusammenleben geistig untermauernde Ideen“<sup>674</sup>. Zu diesen Ideen aber gehört die heute notwendigerweise verschiedene sachliche Vorstellung der einzelnen und der verschiedenen Verbände über Religion und Weltanschauung nicht, wie deutlich in dem Bekenntnis des Staates zur Religions- und Weltanschauungsfreiheit zum Ausdruck kommt. Gegenüber religiösen Vorstellungen ist der Staat neutral, d. h. gleichgültig oder indifferent<sup>675</sup>.

<sup>670</sup> Vgl. zur Bedeutung der Neutralität für die Freiheit der Bürger: Krüger, Staatslehre, S. 181.

<sup>671</sup> BVerfG 7, 198, 205.

<sup>672</sup> Thielicke, § 1734.

<sup>673</sup> Thielicke, § 1736.

<sup>674</sup> Thielicke, § 1731.

<sup>675</sup> Vgl. Krüger, Staatslehre, S. 179; so auch Jacobi, in: ZevKR, Bd. 1, S. 114, der zutreffend religiöse Neutralität gleich Indifferenz setzt; v. Zezschwitz, in: JZ 1966, S. 339, Anm. 15 und 17; Fischer, in: Vorgänge 1967, S. 301 ff. A. A. Hamel, S. 93 f.: Die Gleichheit der Bekenntnisse führe nicht zur Indifferenz des Staates: „wenn man unter der Bekenntnisfreiheit . . . auch die Freiheit zum Nichtbekenntnis, zum Leugnen versteht, so werden um der Gleichheit willen alle Bekenntnisse auf den Bereich des allgemeinen bürgerlichen Rechts beschränkt. Die Kirchen stehen alsdann dem Privatmann gleich; ihren Auftrag, durch Wort und Zeichen in alle Bereiche des öffentlichen Lebens — besonders bei der Wahrung der materia mixta — zu wirken, können sie nicht erfüllen, weil der Glaubenslose einen solchen Auftrag nicht kennt und nach seinem Mangel an Bekenntnis die Freiheit aller Bekenntnisse um der Gleichheit willen bestimmt wird.“ Ähnlich Scheuner, in: DOV 1966, S. 146: „Es wurde die Meinung vertreten, . . . (daß) der Staat weltanschaulich nicht gebunden sei und sich nicht mit einer Religion identifizieren dürfe . . . In dem Satz des Art. 137 Abs. 1 WRV: „Es besteht keine Staatskirche“ (wird) nur die privilegierte Stellung einer Religion als bevorzugter und rechtlich hervorgehobener Staatsreligion untersagt.“ Feuchte-Dallinger, in: DOV 1967, S. 365: „Die Neutralität ist vielmehr zu verstehen als Verbot der Bevorzugung einer bestimmten Religion in dem Sinne, daß eine privilegierte Stellung als bevorzugter und rechtlich hervorgehobener Staatsreligion untersagt, keineswegs aber jede institutionelle Verbindung von Staat und Kirche abgewiesen wird . . . Die Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts im Urteil vom 14. 12. 1965 (BVerfGE 19, 206, 216) sprechen dafür, daß nur die no preference-These, nicht die wall of separation-These gemeint ist.“ So auch Scheuner, Rechtsgutachten, S. 4045; trotz der Erkenntnis (S. 42): „Die Neutralität . . . (meint) überhaupt Ablehnung der Identifizierung des Staates mit einem bestimmten Bekenntnis, und Enthaltung von einer Bevorzugung eines Bekenntnisses oder einer religiösen Haltung überhaupt, der Staat hat einen säkularen Charakter gewonnen“, wird aus den staatskirchenrechtlichen Normen und der darin enthaltenen Kooperationsmöglichkeit von Staat und Kirche (vgl. unten S. 129–143) geschlossen, daß der Staat religionsfördernde Tätigkeit enthalten dürfe, sofern sie nur paritätisch erfolge und keine Bevorzugung einer religiösen oder weltanschaulichen Richtung bewirke. Diese Autoren verkennen, daß sich aus Art. 140 GG keine Rückschlüsse auf den Charakter des Staates zulassen, da dort lediglich das Verhältnis Staat—Kirche geregelt ist. Klammert man von diesen Ausführungen die staatskirchenrechtlichen Erwägungen aus, so führt das umgekehrt zur staatlichen Indifferenz, weil diese nur deshalb gelehnet wird, weil die Religionsgemeinschaften eine besondere Stellung gegenüber dem Staat innehaben. Wie sich das Staatskirchenrecht zu der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates verhält, wird Gegenstand des folgenden Abschnittes sein. Die oben zitierte abweichende Ansicht übersieht, daß die Unterstützung kirchlicher Tätigkeit in keiner Weise mit unmittelbarer staatlicher Förderung religiösen Denkens der Bürger zu vergleichen ist und auch eine nur teilweise Identifizierung staatlicher Institutionen aus dem Verhältnis Staat—Kirche nicht folgt. In dieser hier vertretenen Sicht liegt keine „Vorordnung der Grundrechte vor die staatskirchenpolitischen Artikel 136 ff. WRV in Verbindung mit Art. 140 GG“ (so v. Campenhause, in: BayVBl. 1968, S. 223), sondern die Erkenntnis, daß das Verhältnis Staat—Kirche von der eigenen, auf den Bürger bezogenen staatlichen Aktivität trennbar ist und getrennt werden muß, da nur die Grundrechte das Verhältnis Staat—Bürger und die für den Bürger bestimmten staatlichen Einrichtungen bestimmen. Unterstützung kirchlicher Aktivität und Verbreitung religiös-weltanschaulichen Gedankengutes durch staatliche Einrichtungen ist zweierlei; das erstere findet seine Regelung primär in Art. 140 GG, ohne daß damit gelehnet werden soll, daß dessen Interpretation durch die Grundrechte beeinflußt sein kann; für

Der Staat ist zwar nicht indifferent gegenüber sittlichen Werten überhaupt, da ein in diesem Sinne indifferenten Staat „in Chaos und Barbarei ausbrechen müßte“<sup>676</sup>. Indifferent ist der Staat aber gegenüber allen Vorstellungen über das Bestehen einer göttlichen Weltordnung, gegenüber allen spezifischen Glaubenshaltungen und Weltanschauungen, die über die normative Basis, die religiös gebundene und nicht gebundene Bürger noch verbindet, hinausgehen, selbst wenn die in den religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen für den Bestand des Staates nicht wertlos sind und der Staat daher den Religionen und Weltanschauungen volle Entfaltungsfreiheit gewährt. Im Bereich der Religion besteht die Wertordnung des Grundgesetzes und das Bekenntnis des Staates gerade darin, daß er sich zu dem sittlichen Wert bekennt, von Staats wegen keine Kenntnis von der Religion zu nehmen, Toleranz zu üben und religiöse Fragen und Anliegen den Bürgern zu deren eigener Entscheidung und Betätigung zu überlassen.

### V. Die Folgerung für das Grundrecht der Gewissensfreiheit

Läßt sich somit aus der Religions- und Weltanschauungsfreiheit der Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates ableiten, so erscheint es fraglich, ob ähnliches für das Grundrecht der Gewissensfreiheit möglich ist. Wenn die Gewissensfreiheit grundsätzlich dem einzel-menschlichen Gewissen den Vorrang vor der staatlichen Pflicht läßt (allerdings im Rahmen noch zu besprechender Grenzen)<sup>677</sup>, so kann der Staat — außer im Fall des Artikels 4 Absatz III GG, der ausdrücklich auf dem Gebiet des Kriegsdienstes mit der Waffe ein ausnahmsloses Vorrecht des Gewissens statuiert — nicht auf die Gewissensentscheidungen der einzelnen Bürger in demselben Maße von vornherein und generell Rücksicht nehmen, wie er die religiöse und weltanschauliche Freiheit durch seine Indifferenz beachten kann, da andernfalls Anarchie und Auflösung der staatlichen Ordnung drohen. Die staatlichen Vorschriften, die die verschiedenen Gebiete, auf denen es zu Gewissenskonflikten kommen kann, regulieren und regulieren müssen, können im konkreten Fall von dem Gewissen des einzelnen Pflichten fordern, die wohl der Mehrheit als richtig erscheinen, den einzelnen — und darauf stellt die Gewissensfreiheit ab, da sie ein individuell-subjektives Grundrecht darstellt<sup>678</sup> — aber in einen Gewissenskonflikt stürzen, in dem die Frage jedesmal neu entschieden werden muß, ob der einzelne seinem Gewissen folgen kann oder ob er den staatlichen Gesetzen gehorchen muß<sup>679</sup>. Immerhin zeigt das Bekenntnis des Staates zur Gewissensfreiheit, daß der Staat die Einigkeit der Bürger verwirklichen muß, das Gewissen nicht zu fordern<sup>680</sup>, daß „zur Gesetzgebungsthematik eines sich nichtidentifizierenden Staates prinzipiell Fragen nicht gehören, die den Gewissensbereich berühren“<sup>681</sup>.

---

das letztere gilt aufgrund der Grundrechte der oben entwickelte Grundsatz der staatlichen Neutralität als Prinzip der religiösen Indifferenz des Staates, das durch den speziellen, nur das Staatskirchenrecht regelnden Art. 140 GG in Verbindung mit den Art. 137, 138, 141 WRV nicht beeinflusst wird (insofern a. A. Scheuner, in: VVDStRL, Bd. 26, S. 110 — Diskussionsbeitrag —, ohne daß dies dort konkretisiert wird). Der Staat, der „den Glauben oder Unglauben seiner Bürger nicht bewerten darf“ (BVerfGE 12, S. 1 ff. = NJW 1961, S. 211), kann nur so eingerichtet sein und handeln, daß er von religiös-weltanschaulichen Fragen keine Kenntnis nimmt, sobald seine eigenen Einrichtungen und das Verhältnis Staat—Bürger betroffen sind, daß er also indifferent ist. Hierin liegt per se keine materielle Bereichsscheidung, sondern eine institutionelle Trennung — vgl. unten S. 133 und S. 144 ff. Die Formulierung des BVerfG (E 19, 206, 216 = NJW 1966, S. 147: „Das Grundgesetz legt durch Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3 sowie durch Art. 136 Abs. 1 und 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV in Verbindung mit Art. 140 GG dem Staat als Heimstätte aller Staatsbürger ohne Ansehen der Person weltanschaulich-religiöse Neutralität auf. Es verwehrt die Einführung staatskirchen-rechtlicher Rechtsformen und untersagt auch die Privilegierung bestimmter Bekenntnisse“, spricht für die hier vertretene Ansicht. Das BVerfG zitiert offensichtlich bewußt nicht die Bestimmungen des Staatskirchenrechts.

Unrichtig Hofmann, in: FamRZ 1965, S. 62: „Der Staat ist nicht generell zu religiöser Neutralität, wohl aber zu konfessioneller Neutralität verpflichtet, d. h. er darf keine Konfession einseitig bevorzugen oder benachteiligen.“

<sup>676</sup> Arndt, Schule und Staat, S. 75; vgl. auch Rambow, S. 109 ff.

<sup>677</sup> Vgl. unten S. 185 f.

<sup>678</sup> Hamann, Art. 4, Anm. B 2; Geiger, Staat und Gewissen, S. 25; Küchenhoff, S. 65 f. und 90 f.

<sup>679</sup> So auch Geiger, a. a. O.; vgl. Krüger, Staatslehre, S. 964 f.

<sup>680</sup> Arndt, in: NJW 1957, S. 361.

<sup>681</sup> Krüger, Staatslehre, S. 282.

## 6. Abschnitt: Das Verhältnis von Staat und Kirche

Der zweite Bereich, der für das Verhältnis des Staates zur Religion von Bedeutung ist, ist die Regelung des Verhältnisses von Staat und Kirche, das Staatskirchenrecht. Dies ist im Grundgesetz in Artikel 140 enthalten, der die Artikel 137 ff. WRV in das Grundgesetz inkorporiert und sie damit zu einem Bestandteil des Grundgesetzes gemacht hat<sup>682</sup>.

Waren die Bestimmungen über das Verhältnis von Staat und Kirche bereits bei der Beratung zur Weimarer Reichsverfassung durch einen Kompromiß zustande gekommen<sup>683</sup>, so erfolgte die Inkorporation der Artikel 137 ff. WRV in das Grundgesetz wiederum durch einen Kompromiß, der wegen der gegensätzlichen kirchenpolitischen Vorstellung und der Schwierigkeit einer Neuformulierung notwendig wurde<sup>684</sup>. Allerdings darf trotz der Gesetzestechnik der Inkorporation nicht übersehen werden, daß es sich lediglich um einzelne Bestimmungen der Weimarer Reichsverfassung handelt, die zum Bestandteil einer neuen Verfassung geworden sind, die insgesamt eine „neue“, eigene Auslegung erfordert. Die Artikel 137 ff. WRV sind daher aus dem Gesamtzusammenhang der grundgesetzlichen Ordnung selbst zu bestimmen<sup>685</sup>.

Im Rahmen dieser Arbeit ist es nicht möglich, die grundsätzlichen Fragen und erst recht nicht die heftig umstrittenen Spezialfragen des Staatskirchenrechts erschöpfend zu klären. Das staatskirchenrechtliche System des Grundgesetzes interessiert hier vielmehr nur insoweit, als es um die Frage geht, ob der Staat religiös-weltanschaulich neutral ist, oder ob das Verhältnis des Staates zu den Kirchen eine andere Haltung als die der strengen Neutralität zeigt, so daß auf Einzelheiten hier nur insoweit eingegangen zu werden braucht, als sie für das grundsätzliche Verhältnis von Staat und Kirche von Bedeutung sind.

### I. Das Staatskirchenrecht im Grundgesetz

#### 1. Die formal-organisatorische Trennung von Staat und Kirche

Die erste grundlegende Bestimmung des Staatskirchenrechts enthält Artikel 137 Absatz I WRV, der lautet: „Es besteht keine Staatskirche.“ Hieraus ergibt sich, daß eine Verbindung zwischen Staat und Kirche, die „Staatskirche“, beseitigt und für die Zukunft verboten sein soll. Dabei war bereits zur Zeit der Weimarer Reichsverfassung die Lehre einhellig der Meinung, daß hiermit zunächst die Abschaffung „einer bestimmten engen Verbindung zwischen Staat und Kirche, wie sie bei der evangelischen Landeskirche bislang vorhanden war“<sup>686</sup>, d. h. das sogenannte Summepiskopat gemeint war. Mit Artikel 137 Absatz I WRV wird daher das Verbot jeder institutionellen Verbindung von Staat und Kirche ausgesprochen<sup>687</sup>.

Die Aufnahme dieser Bestimmung in das Grundgesetz hat insoweit keine Änderung gebracht. Das Verbot der institutionellen Verbindung besagt, daß kirchliche Angelegenheiten nicht durch staatliche Organe wahrgenommen werden

<sup>682</sup> BVerfG, NJW 1966, S. 147; vgl. zur Gesetzestechnik: Schlieff, S. 124 ff., Scheffler, S. 102 ff.

<sup>683</sup> Kern, Staat und Kirche, S. 57; zur Entstehungsgeschichte: Scheffler, S. 52 ff.

<sup>684</sup> Vgl. zur Entstehungsgeschichte von Art. 140 GG: BVerfG, NJW 1966, S. 147; Scheffler, S. 69–78; Schlieff, S. 65–97.

<sup>685</sup> BVerfG, NJW 1966, S. 147; offengelassen in BVerfG 6, 309, 343; für eine „Neuinterpretation“ hat sich die Lehre nach dem zweiten Weltkrieg fast einhellig ausgesprochen; vgl. bei Schlieff, S. 98, Anm. 402. Die Begründungen hierfür weichen allerdings stark voneinander ab. Gegen die Begründung, daß die Veränderung des tatsächlichen Verhältnisses von Staat und Kirche nach 1945 eine Änderung der Rechtslage bewirkt oder verdeutlicht habe — so vor allem Holtkotten, BK, Art. 140, Anm. II, 2, und Hesse, Rechtsschutz, S. 28–35 —, mit überzeugenden Gründen: Schlieff, S. 137 ff.; Scheffler, S. 121–141. Nach Scheffler, S. 101–141, soll der bisherige Rechtszustand aufrechterhalten sein.

<sup>686</sup> So der Berichterstatter Dr. Mausbach, Stenobericht, Bd. I, S. 328, Nationalversammlung, 1644 c; G. Heckel, S. 36.

<sup>687</sup> Anshütz, WRV, Art. 137, Anm. I, S. 631.

dürfen, daß Kirchenorgane nicht durch staatliche Beamte und nicht durch den Staat besetzt werden dürfen und daß staatliche und kirchliche Organisationen nicht miteinander verflochten sein dürfen<sup>688</sup>.

## 2. Die Neutralitäts- und Paritätserklärung des Staates gegenüber allen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften in Artikel 137 Absatz I WRV

Während der Zeit der Weimarer Republik wurde Artikel 137 Absatz I WRV weiterhin dahin ausgelegt, daß durch Abschaffung der bevorzugten Stellung der Kirchen als Landeskirchen, durch den einheitlichen Gebrauch des Wortes „Religionsgemeinschaften“ für alle religiösen Gemeinschaften und durch die Gleichstellung anderer Religionsgesellschaften und sogar der Weltanschauungsgemeinschaften mit den großen Kirchen durch Artikel 137 Absatz V und VII WRV eine Neutralitäts- und Paritätserklärung gegenüber allen Religionen und Weltanschauungen und gegenüber den sie tragenden Körperschaften verfolgt sei.

Ob diese Auslegung heute noch zutreffend ist, ist streitig. Während Schlieff<sup>689</sup> diese behauptet, kann diese Auslegung nach Hesse und Köttgen<sup>690</sup> keinen Bestand mehr haben. Schlieff meint, daß die Ausgestaltung des Grundgesetzes zu der Verfassung eines wertbetonten, sachlich und weltanschaulich fundierten Staates dem nicht entgegenstünde. Die Paritätserklärung sei nicht als Nivellierungsbefehl oder als staatliche Indifferenz aufzufassen, sondern erlaube, daß nach dem Grundsatz der (allgemeinen) Gleichbehandlung der wesensmäßige Unterschied der Religionsgesellschaften beachtet werde. Die Erklärung der religiösen Neutralität besage „nicht mehr und nicht weniger, als daß der Staat keine bestimmte Religion oder Weltanschauung seinen Einrichtungen zugrunde legt“<sup>691</sup>.

Allerdings legt das Grundgesetz dem Staat die Pflicht auf, alle Staatsbürger ohne Ansehen der Person und ohne Ansehen der religiös-weltanschaulichen Haltung gleich zu behandeln. Daraus folgt grundsätzlich auch eine Gleichbehandlungspflicht gegenüber allen Religionsgesellschaften, wie sinnfällig in der Gleichstellung von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften in Artikel 140 GG in Verbindung mit Artikel 137 Absatz VII WRV zum Ausdruck kommt, ohne daß damit aber Differenzierungen ausgeschlossen sind, die ihren Grund nicht in religiös-weltanschaulichen Gesichtspunkten, sondern in der tatsächlichen Verschiedenheit der einzelnen Religionsgesellschaften haben<sup>692</sup>. Damit ist aber lediglich eines der oben aufgezeigten Konsequenzen und Merkmale der religiös-weltanschaulichen Neutralität erfaßt. Insoweit kann lediglich von dem Grundsatz der Gleichbehandlung oder einer Paritätserklärung des Grundgesetzes gesprochen werden. Mit diesem Ergebnis ist daher das Problem der Neutralität des Staates nicht ausgeschöpft.

Ob Artikel 137 Absatz I WRV eine echte Neutralitätserklärung enthält, kann nicht ohne eine Erörterung der gesamten staatskirchenrechtlichen Bestimmungen gesagt werden. Denn auch Artikel 137 Absatz I WRV muß im Zusammenhang mit den folgenden Bestimmungen gesehen werden. Eine Stellungnahme ist daher hier noch nicht möglich<sup>693</sup>.

<sup>688</sup> Jacobi, in: ZevKR, Bd. 1, S. 122; Hesse, Rechtsschutz, S. 65; Scheffler, S. 107; Schlieff, S. 148 ff.

<sup>689</sup> Schlieff, S. 153 f.

<sup>690</sup> Hesse, in: ZevKR, Bd. 3, S. 188; ders., Rechtsschutz, S. 65; Köttgen, in: DVBl 1952, S. 487.

<sup>691</sup> Schlieff, S. 153.

<sup>692</sup> Vgl. BVerfG, NJW 1965, S. 1427; 1965, S. 2339;; 1966, S. 147; Der Grund einer Differenzierung muß im Hinblick auf die Eigenart des konkreten Sachverhalts vertretbar sein und die Art der Differenzierung darf nicht sachfremd sein. Das BVerfG, NJW 1965, S. 1427, lehnt zutreffend als sachlichen Grund einer Differenzierung ab, die „Tradition“, das „Eigenständigkeitsbewußtsein der großen Kirchen und die ihm entsprechende Anerkennung ihrer originären Rechtsgewalt durch den Staat“, den „Abschluß von Konkordaten und Kirchenverträgen“ oder auch nur die Größe der Kirchen in dem dortigen Fall anzuerkennen. So auch Quaritsch, in: Der Staat 1962, S. 196; Hamel, S. 93 ff.; OVG Berlin, ZevKR 3, S. 201 ff. A. A., d. h. für eine weitgehende Differenzierung: J. Heckel, S. 108 f.; Smeend, in: ZevKR, Bd. 2, S. 378; Hesse, in: ZevKR, Bd. 3, S. 188 ff.; ders., Rechtsschutz, S. 79 f.; Mikat, S. 167 f.; Beulke, in: ZevKR, Bd. 6, S. 143 f.

<sup>693</sup> Vgl. unten S. 144 ff.

### 3. Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen

Als zweite grundlegende Norm des Staatskirchenrechtes regelt Artikel 137 Absatz III WRV — „Das Kernstück der kirchenpolitischen Bestimmungen“<sup>694</sup> — das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen. Die Kirchen ordnen und verwalten danach innerhalb ihres Bereiches selbständig. Hierin liegt zunächst die Befugnis der Kirchen „ihre Angelegenheiten“ selbständig, d. h. unabhängig von staatlicher Einwirkung zu gestalten, d. h. das Verbot der Leitung (Regierung und Verwaltung) der Kirchen durch den Staat<sup>695</sup> und die Freiheit der Kirchen zu eigener Willensbildung und -betätigung, die unabhängig von jeder formellen oder materiellen Bestimmung, Beeinflussung oder Mitwirkung durch den Staat ist<sup>696</sup>.

Die Bedeutung des Artikels 137 Absatz III WRV liegt daneben in der Abgrenzung der kirchlichen Selbständigkeit und Selbstbestimmung durch die Worte „ihre Angelegenheiten“ und die Begrenzung der kirchlichen Selbständigkeit und Selbstbestimmung durch die Worte „innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes“.

#### a) Inhaltliche Abgrenzung des Selbstbestimmungsrechtes

Der Staat, der die formal-organisatorische Trennung durchgeführt hat, muß entsprechend dieser Trennung auch eine Scheidung der Materien nach sachlichen Momenten zugestehen, weil er andernfalls einen weitgehenden Einfluß und eine weitgehende Mitwirkung geltend machen würde, die praktisch zu einer „Entleerung“ der kirchlichen Selbstbestimmung führen könnten. Der Staat kann daher nicht von sich aus eigenmächtig festsetzen, was kirchliche Angelegenheiten sind. Ebensowenig kann die Abgrenzung danach erfolgen, was die Kirchen als ihre Angelegenheiten ansehen, da der Staat fähig sein muß, die Aufgaben zu erfüllen, die staatliche sind, auch wenn die Kirchen diese als ihre betrachten. Die Abgrenzung der eigenen Angelegenheiten muß vielmehr nach materiellen Momenten erfolgen. Die Zurechnung zu den staatlichen oder kirchlichen Angelegenheiten ergibt sich aus der Natur des jeweiligen Gegenstandes<sup>697</sup>. Entscheidendes Kriterium ist das mit dem Zusammenschluß der Kirche verfolgte Ziel der Pflege des entsprechenden Bekenntnisses. Daher „gehört zu den eigenen Angelegenheiten alles, was seinem Wesen nach in diese Sphäre fällt, diesem dient. Darunter fallen nicht nur rein religiöse Handlungen, sondern auch solche Akte, die, wie Erwerb und Verwaltung der hierzu erforderlichen finanziellen Mittel, nur die äußere Voraussetzung hierfür schaffen“<sup>698</sup>. Als „eigene Angelegenheiten“ kommen namentlich in Betracht: das geistliche Leben der Kirche, Verfassung und Organisation der Kirche, das kirchliche Mitgliedschaftsrecht und die Kirchengliederung, die Errichtung und Umgrenzung von kirchlichen Unterverbänden, das kirchliche Dienstrecht, insbesondere Vorbildung, Anstellung und Rechtsverhältnisse der Geistlichen und Kirchenbeamten, sowie die Errichtung und Verleihung aller Ämter (Art. 137 Abs. III Satz 2 WRV), das kirchliche Genossenschaftswesen, die kirchliche Gerichtsbarkeit, die kirchliche Vermögensverwaltung<sup>699</sup>.

Die Grenzen des Selbstbestimmungsrechtes liegen dort, „wo die Form kirchlicher Tätigkeit mit dem besonderen Seinsbestand der Kirche in keinerlei Zusammenhang stehen; hier nehmen die Kirchen keine weitgehendere Unabhängigkeit als

<sup>694</sup> Scheven, in: ZevKR, Bd. 4, S. 173.

<sup>695</sup> Smend, in: ZevKR, Bd. 2, S. 376 f.

<sup>696</sup> Ebers, S. 254.

<sup>697</sup> BVerfG 18, S. 358 = NJW 1965, S. 961; Hesse Rechtsschutz, S. 68; Mikat, S. 181 f.; Scheven, in: ZevKR, Bd. 4, S. 173; Schlieff, S. 224; Beulke, in: ZevKR, Bd. 6, S. 147; Ebers, S. 259; Anschütz, WRV, Art. 137, Anm. 4, S. 635. A. A. M. Heckel, in: VVDStRL, Bd. 26, S. 41; die Kirchen bestimmen den Umfang der eigenen Angelegenheiten — dagegen bereits Böchenförde, in: VVDStRL, Bd. 26, S. 124 (Diskussionsbeitrag).

<sup>698</sup> Ebers, S. 259.

<sup>699</sup> Ebers, S. 259 ff.; Beulke, in: ZevKR, Bd. 6, S. 148; Hesse, Rechtsschutz, S. 69; Mikat, S. 182 ff.; Scheffler, S. 193—196; Schlieff, S. 225.

andere Rechtssubjekte in Anspruch, und hier wäre eine solche Unabhängigkeit auch nicht durch ihre besondere Wesensart und ihre Aufgabe legitimiert. Grenzen liegen aber auch dort, wo ein Gegenstand zugleich staatliche Angelegenheit ist, wie insbesondere der Gottesdienst und die Seelsorge im Heer und in staatlichen öffentlichen Anstalten (Art. 141 WRV), der Unterricht an staatlich zugelassenen kirchlichen Privatschulen (Art. 7 Abs. 4 und 5 GG), der Religionsunterricht an staatlichen Schulen (Art. 7 Abs. 3 Satz 2 GG), die Errichtung und Verwaltung der theologischen Fakultäten und das Bestattungswesen auf kirchlichen Friedhöfen. Bei diesen ‚gemeinsamen Angelegenheiten‘ findet das kirchliche wie das staatliche Handeln seine Schranken an den Belangen des anderen Teiles. Jenseits dieser Schranken, die im einzelnen freilich oft schwer zu ziehen sein werden, endet das Recht zu ausschließlich eigener Ordnung und Verwaltung. An der beiderseitigen grundsätzlichen Unabhängigkeit wird dadurch nichts geändert.<sup>699a</sup> Soweit die Kirchen daher Aufgaben wahrnehmen, die nicht ihrer Selbstbestimmung unterliegen, sind sie innerstaatliche Verbände, die den staatlichen Rechten und Pflichten wie andere Verbände und Rechtssubjekte, die am allgemeinen Verkehr teilnehmen, unterliegen<sup>700</sup>. Ebenso wenig erstreckt sich das Selbstbestimmungsrecht auf die „staatlichen Angelegenheiten“ des Staatskirchenrechts. Diese sind, wie Ebers<sup>701</sup> es bereits formuliert hat, „umgekehrt jeder Mitwirkung und Beeinflussung seitens der Religionsgesellschaften entzogen . . ., auch wenn sie mittelbar deren Interessen berühren, weil die primäre Zweckbeziehung zum Staat entscheidend ist. Darum kann nur er die Bestimmung über den Erwerb der Rechtsfähigkeit, über den Inhalt der öffentlich-rechtlichen Körperschaftsrechte treffen, ferner über die Voraussetzungen für die Gewährung des Verwaltungszwanges und über die Voraussetzung und Inhalt des Besteuerungsrechtes; ihm obliegt weiter die Regelung des Rechtsverkehrs der Religionsgesellschaften und darum der Mindestanforderungen für eine der Verkehrssicherheit entsprechende Vertretung, ebenso der bürgerlichen Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen, endlich auch der Erlaß von Normen über den Austritt aus den Religionsgesellschaften und religiöse Kindererziehung, deren Regelung der Staat um des religiösen Friedens und der Gewissensfreiheit willen für sich beansprucht.“

### b) Die Schranken des Selbstbestimmungsrechts in dem für alle geltenden Gesetz

Soweit die Kirchen ihre eigenen Angelegenheiten wahrnehmen, sind sie nach Artikel 140 GG in Verbindung mit Artikel 137 Absatz III WRV an die Schranken „des für alle geltenden Gesetzes“ gebunden. Während der Zeit der Weimarer Reichsverfassung diente gerade dieser Satz dazu, die Kirchen als dem Staat untergeordnete, rein innerstaatliche Verbände aufzufassen, denen Autonomie und weitere Rechte und Privilegien verliehen seien<sup>702</sup>.

Auch heute ergibt sich aus der Existenz dieses Satzes die Streiffrage, ob aus diesem Passus ein Über- und Unterordnungsverhältnis abgeleitet werden kann. Während die überwiegende Meinung in Lehre und Rechtsprechung dies ablehnt<sup>703</sup>, nimmt auch heute noch ein Teil der Lehre an, daß „der moderne Staat nicht auf sein Erstgeburtsrecht der inneren Souveränität (verzichtet), kraft deren er eine allgemeine Hoheit über alle Individuen und alle Vereinigungen seines Gebietsbereiches innehat“<sup>704</sup>.

<sup>699a</sup> Hesse, Rechtsschutz, S. 69.

<sup>700</sup> Thieme, in: AGR, Bd. 80, S. 427; Beulke, in: ZevKR, Bd. 6, S. 145; Schlieff, S. 225; BGHZ 22, 398 ff.

<sup>701</sup> Ebers, S. 259 f.; ebenso Hesse, Rechtsschutz, S. 70; Mikar, S. 193; Schlieff, S. 227; Scheffler, S. 207.

<sup>702</sup> Anschütz, WRV, Art. 137, Anm. 4, S. 635; Ebers, S. 292 f. und 298; Preuß. OVG 82, 196.

<sup>703</sup> Hesse, S. 72 ff.; Schlieff, S. 257; Holtkotten, BK, Art. 140, Anm. II, 3; Maunz-Dürig, Art. 19, III, R.Nr. 39; BGH 22, 383; 34, 372; vgl. Scheffler, S. 25–30.

<sup>704</sup> Scheuner, in: ZevKR, Bd. 6, S. 10 und 25; ders., in: ZevKR, Bd. 7, S. 256; Scheven, in: ZevKR, Bd. 4, S. 167; Krüger, in: ZevKR, Bd. 6, S. 75 f.; Scheffler, S. 111 f., 211, Anm. 74; vgl. unten S. 144 f.

Bereits unter der Weimarer Reichsverfassung bestand Einigkeit darüber, daß das „für alle geltende Gesetz“ gleichbedeutend mit dem „für jedermann geltenden Gesetz“ ist<sup>705</sup>. Ein für jedermann geltendes Gesetz aber kann nur eines sein, das sich nicht speziell mit der Materie des entsprechenden Artikels befaßt, sondern bei der Regelung irgendeiner anderen Materie das entsprechende Recht miteinschränkt. Das für alle geltende Gesetz erweist sich somit als verfassungsmittelbare Vorbehaltsschranke, die zugunsten allgemeiner Gesetze aufgestellt ist<sup>706</sup>.

Fraglich ist allerdings, ob damit alle staatlichen Gesetze zur Anwendung auf die Kirchen kommen, oder ob angesichts der anerkannten Eigenständigkeit hier Einschränkungen gelten oder gar diese Bestimmung unverwendbar ist.

#### aa) Die herrschende Lehre über die Schranke des Selbstbestimmungsrechts

Die Ansichten in der Lehre und Rechtsprechung gehen weit auseinander. Während Holtkotten<sup>707</sup> diese Bestimmung des Artikels 137 Absatz III Satz 1 WRV als im Widerspruch zu der Eigenständigkeit und Ursprünglichkeit der kirchlichen Herrschaft stehend für „nunmehr unverwendbar“ erklärt, hält die herrschende Lehre an der Geltung des Passus „innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes“ unverändert fest und sieht in ihm sogar einen „Satz von entscheidender Bedeutung“<sup>708</sup>. Dieses allgemeine Gesetz soll dabei allerdings nicht jedes allgemeine Gesetz sein, sondern wird als für Artikel 137 Absatz III WRV besonders bestimmbar angesehen. Artikel 137 Absatz III WRV verfolge das Ziel, den Kirchen grundsätzlich das Recht zur Entfaltung ihres Eigenlebens zuzuerkennen. Eine Einschränkung der kirchlichen Freiheit sei lediglich insoweit möglich und erforderlich, als eine Nichtanwendung zu einer Gefährdung der staatlichen Gemeinschaftsordnung führen würde, da die Kirchen innerhalb der staatlichen Gemeinschaft stünden<sup>709</sup> und der Staat machtvollen Gruppen innerhalb seiner Grenzen nicht volle Selbständigkeit einräumen könne, ohne die Gewähr zu haben, daß das Ganze nicht durch die Selbständigkeit Schaden erleide. Von diesen Überlegungen ausgehend, schreibt der Bundesgerichtshof<sup>710</sup>, den Ausführungen der überwiegend vertretenen Ansicht in der Lehre folgend<sup>711</sup>: „Mit der Garantierung der Autonomie der Kirchen hat der Staat ihre Eigenständigkeit und grundsätzliche Unabhängigkeit vom Staat und damit die Befugnis der Kirchen, ihre eigenen Angelegenheiten selbständig und eigenverantwortlich zu regeln, anerkannt. Diese Autonomie ist nicht grenzenlos und absolut; sie findet u. a. vom Verfassungsrecht des Staates her angesichts dessen, daß die Kirchen als Gemeinschaften in der ‚Welt‘ stehen und ihre Maßnahmen mit ihrer Wirkung sich nicht immer auf den innerkirchlichen Bereich erstrecken, sondern darüberhinausgreifen und auch auf den staatlich gesellschaftlichen Bereich ausstrahlen können, insoweit ihre Schranken ‚an dem für alle geltenden Gesetz‘ (Art. 137 Abs. 3 WRV). Mit diesem ‚für alle geltenden Gesetz‘ ist nicht jede staatliche Vorschrift gemeint, die mit dem Anspruch auf Allgemeinverbindlichkeit auftritt, sondern es ist darunter, um eine Formulierung von Heckel (Verwaltungsarchiv, Bd. 37 [1932], S. 282) zu verwenden, ‚jedes für die Gesamtnation als politische,

<sup>705</sup> Anschütz, WRV, Art. 137, Anm. 5, S. 636; Ebers, S. 292; so auch heute: Schlieff, S. 252 ff.; Scheffler, S. 112, 216.

<sup>706</sup> Vgl. v. Mangoldt-Klein, Vorbem. B XV, 3, vor: Die Grundrechte, S. 129.

<sup>707</sup> Holtkotten, BK, Art. 140, Anm. II, 3.

<sup>708</sup> Hesse, Rechtsschutz, S. 72; vgl. Anm. 711.

<sup>709</sup> Scheven, in: ZevKR, Bd. 4, S. 175.

<sup>710</sup> BGH 22, 387; ebenso BGH 34, 372; BSG DOV 1962, 786; VG Hannover, NJW 1963, S. 2338.

<sup>711</sup> Hesse, Rechtsschutz, S. 71 f.; ders., in: ZevKR, Bd. 5, S. 73 f.; Hamann, Art. 140, Anm. 7; Scheuner, in: ZevKR, Bd. 3, 357; Smend, in: ZevKR, Bd. 1, S. 12; Thieme, in: AöR, Bd. 80, 447; Beulke, in: ZevKR, Bd. 6, S. 132; Scheven, in: ZevKR, Bd. 4, S. 173, und weitere Literatur bei Mikat, S. 178, Anm. 288; unklar Schlieff, S. 232 ff., der einerseits dem BGH zustimmt und andererseits in rein innerkirchlichen Angelegenheiten Holtkotten zustimmt.

Kultur- und Rechtsgemeinschaft unentbehrliche Gesetz, aber auch nur ein solches Gesetz' zu verstehen. Das bedeutet, daß heute alle, aber auch nur diejenigen Normen, die sich als Ausprägung und Regelung grundsätzlicher, für unseren sozialen Rechtsstaat unabdingbaren Postulate darstellen, die kirchliche Autonomie 'einengen'. Das sind aber Sätze, die entweder jedes Recht, auch das kirchliche Recht mit Notwendigkeit enthält oder die vom kirchlichen Recht stillschweigend oder ausdrücklich bejaht und in bezug genommen werden."

## bb) Kritik an der herrschenden Lehre und eigene Ansicht

Diese Bestimmung der Schranken des Selbstbestimmungsrechts erscheint allerdings nicht nur wegen „der Unbestimmtheit dieses Maßstabes und des letzten Zieles seiner Anwendung“<sup>712</sup>, sondern auch wegen des Mangels an Unterscheidung und Unterteilung der kirchlichen Tätigkeit nicht als brauchbar. Die bloße Tatsache, daß die Kirchen „auch in der ‚Welt‘ stehen und ihre Maßnahmen mit ihrer Wirkung sich nicht immer auf den innerkirchlichen Bereich erstrecken“, reicht nicht aus, um alle Maßnahmen der Kirchen an einem staatlichen Gesetz zu messen. Zutreffend schreibt Mikat<sup>713</sup>: „Einerseits wäre etwa der Eingriff des Staates in das kirchliche Dogma unter keinen Umständen mit dem Selbstbestimmungsrecht der Kirchen vereinbar, andererseits unterliegen die Kirchen auch dort, wo ein Gesetz nicht unbedingt für die Gesamtnation unentbehrlich ist, dem staatlichen Gesetz, etwa polizeilichen Vorschriften.“

Notwendig ist daher eine Klassifizierung der kirchlichen ordnenden und verwaltenden Tätigkeit, die in Ausübung des Selbstbestimmungsrechtes erfolgt.

Zunächst gibt es Tätigkeiten der Kirchen, die lediglich Wirkungen im innerkirchlichen Bereich und nur gegenüber Mitgliedern entfalten, ohne Bezug auf eine vom Staat geregelte Materie zu nehmen. In diesen Bereich gehört die innere Organisation der Kirche, das Dogma, die kirchenrechtliche Stellung der Mitglieder und die Verfassungs- und Gesetzgebung der Kirchen für ihren Bereich, soweit nicht Materien geregelt werden, die über den internen Bereich hinausgreifen. Wenn der Staat den Kirchen die Selbstbestimmung zugesteht, so kann er nicht in diesem Bereich seine eigenen staatlichen Gesetze zur Geltung bringen wollen, „wenn immer die Lehre von der ursprünglichen Hoheitsgewalt der Kirche zutreffen“<sup>714</sup> und die Unabhängigkeit der kirchlichen Gewalt gesichert sein soll. Da auf diesem Gebiet eine staatlich geregelte Materie nicht unmittelbar berührt wird, ist kein Grund ersichtlich, daß der Staat eingreifen kann und darf. „Deshalb sind insoweit die Kirchen im Rahmen ihrer Selbstbestimmung an ‚das für alle geltende Gesetz‘ im Sinne des Artikels 140 GG in Verbindung mit Artikel 137 Absatz III WRV nicht gebunden.“<sup>715</sup>

<sup>712</sup> Krüger, in: ZevKR, Bd. 6, S. 74; ebenso Mikat, S. 177, Anm. 287: „Zum anderen erkennt Heckel („Kirchliche Autonomie und staatliches Stiftungsrecht in den Kirchengemeinden der Evangelisch-Lutherischen Landeskirchen in Bayern r. d. Rh.“, Korrespondenzblatt für die Ev.-Luth. Geistlichen in Bayern, 57. Jg. [1932], S. 415) selbst, daß es bei dem „für alle geltenden Gesetz“ um eine „sinnvariierende Formel“ sich handelt, die bei jedem anderen kirchenpolitischen System anders interpretiert werden kann. Dieser Gefahr begegnet die Heckelsche Interpretation jedoch kaum in wirksamer Weise; denn was dem nationalen Interesse entspricht, ist unter den verschiedenen Auffassungen zu Staat und Nation in höchstem Maße variabel.“ Kritisch auch Scheffler, S. 217 ff.

<sup>713</sup> Mikat, S. 178.

<sup>714</sup> Mikat, S. 179.

<sup>715</sup> BVerfG 18, 385 = NJW 1965, S. 961; ebenso BGH 12, 323; Mikat, S. 176 f.; Schlieff, S. 255 f.; vgl. auch Scheuner, in: ZevKR, Bd. 3, S. 358; Scheven, in: ZevKR, Bd. 4, S. 176; Weber, in: NJW 1954, S. 1284 und 1767. Daher können auch die Grundrechte und insbesondere Art. 4 Abs. I GG in dem innerkirchlichen Bereich keine Geltung beanspruchen, wie allgemein anerkannt ist — vgl. v. Mangoldt-Klein, Art. 4, Anm. II, 7, S. 217; Wernicke, BK, Art. 4, Anm. II, 3c; Säcker, in: DVBl. 1969, S. 5 ff. —, obwohl es sich doch gerade hier um ein Gesetz handeln dürfte, das für die Gesamtnation unentbehrlich ist. Zu Recht weist Hesse, in: ZevKR, Bd. 5, S. 400 ff., darauf hin, daß die Entscheidung BGH 22, 383 nicht konsequent ist. Während eingangs die Kirchen an das für alle geltende Gesetz gebunden werden, wie es oben auf S. 134 dargestellt wurde, wird später eine Überprüfung „schlechthin“ ausgeschlossen. Meines Erachtens zieht Hesse allerdings den nicht vertretbaren Schluß, daß lediglich die vom BGH eingangs gegebene Auslegung richtig sei.



Dem Passus „innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes“ kommt vielmehr in einem anderen Zusammenhang Bedeutung zu, soweit die Kirchen ihre Angelegenheiten regeln. Maßnahmen der Kirchen haben meist Nebenwirkungen, die über den rein innerkirchlichen Bereich hinausgreifen, wie der Bundesgerichtshof<sup>716</sup> bereits festgestellt hat. Unterscheiden lassen sich solche innerkirchlichen, d. h. nur die Mitglieder betreffenden Maßnahmen, durch „die mittelbar als zufällige oder auch notwendige äußere Folge, die nicht als selbständige, sondern nur als Nebenwirkung . . . rein akzessorisch zugleich bürgerliche und staatsbürgerliche Verhältnisse mitbetroffen werden“<sup>717</sup>, und solche, die „nicht bloß als zufällige Folge, sondern selbständig Rückwirkungen auf die bürgerlichen und staatsbürgerlichen Verhältnisse äußern“<sup>718</sup>. Soweit die erste Gruppe betroffen ist, wie z. B. die Ausschließung aus der Religionsgesellschaft, bestimmen die Religionsgemeinschaften, was rechtens ist, und der Staat kann lediglich deklaratorisch feststellen, was die Kirchen bereits verbindlich entschieden haben<sup>719</sup>.

Dies gilt auch dann, wenn Rückwirkungen auf die Interessen der Mitglieder stattfinden, wie z. B. „den Verlust des Anspruches auf die Pfründe oder das Amtseinkommen oder bei einfachen Mitgliedern den Verlust des aktiven und passiven Wahlrechts, des Patronatrechts, oder eines Rechts mit Vermögenswert wie z. B. des Kirchenstuhlrechts“<sup>720</sup>. Hier wirkt sich noch immer die Eigenständigkeit der Kirchen aus. Die rein akzessorische Rückwirkung auf die Interessen ihrer Mitglieder begründet nicht das Recht des Staates, in die Selbstbestimmung der Kirchen einzugreifen<sup>721</sup>. So kann z. B. der Staat den Kirchen auch dann kein Mitglied aufdrängen oder eines Pfarrers Recht am Amt gegen den Willen der Religionsgemeinschaft feststellen, wenn vermögenswerte Rechte dabei auf dem Spiele stehen<sup>722</sup>.

Wenn dagegen eine Maßnahme eine selbständige Wirkung auf die durch staatliches Recht begründete Stellung eines Kirchenmitgliedes hat, wie z. B. bei Freiheitsentzug durch Einweisung eines Geistlichen in eine sogenannte „Demeriten-Anstalt“, Ehrverletzung eines Kirchenmitgliedes oder Vermögenseinbußen<sup>723</sup> durch kirchliches Handeln, so findet das kirchliche Handeln, auch wenn es sich auf innerkirchliches Recht stützt, seine Grenze in den für alle geltenden Gesetzen, und zwar an allen allgemeinen Gesetzen. Daher muß ein Kirchenmitglied die Möglichkeit haben, eine Schadensersatzklage gegen kirchliches rechtswidriges Handeln erheben zu können, und darum muß § 839 BGB / Artikel 34 GG auch auf die Kirchen analog angewandt werden<sup>724</sup>. Überhaupt gilt, daß innerkirchliche Handlungen, die Wirkungen auf bürgerliche oder öffentliche Rechtsverhältnisse haben, der staatlichen Rechtsordnung unterliegen. Dazu gehört die Frage der Rechtssubjektsqualität einer Religionsgesellschaft, da diese zum staatlich geregelten Bereich des Rechtsverkehrs gehört, wie auch die Durchsetzung kirchlicher Akte mit staatlichen Zwangsmitteln. „Entscheidend kommt es also darauf an, ob eine Maßnahme, die die Kirche innerhalb ihrer eigenen Angelegenheiten trifft, in ihrer praktischen Durchführung auch einen Aufgabenbereich des Staates

<sup>716</sup> BGH 22, 383.

<sup>717</sup> Ebers, S. 259.

<sup>718</sup> Ebers, S. 297.

<sup>719</sup> BGH 12, 321; 22, 387; Ebers, S. 259, Anm. 1; Zinn-Stein, Art. 49, Anm. 4b, S. 254.

<sup>720</sup> Ebers, S. 259, Anm. 1.

<sup>721</sup> Beulke, in: ZevKR, Bd. 6, S. 148; Ebers, S. 259; Mikat, S. 182; Schlieff, S. 238 f.

<sup>722</sup> Thieme, in: AGR, Bd. 80, S. 441 ff.; Schlieff, S. 239 f.; Peters, in: VVDStrL, Bd. 11, S. 189; OLG Schleswig, ZevKR, Bd. 4, S. 325; VG Berlin, ZevKR, Bd. 3, S. 412; VG Kassel, ZevKR, Bd. 1, S. 323; a. A. OVG Lüneburg, DVBl 1964, S. 1027.

<sup>723</sup> „Soweit es sich um schuldrechtliche Ansprüche oder Eigentumsverschiebungen handelt, sind Fragen angerührt, die das für alle geltende Gesetz auch heute noch der weltlichen, d. h. vom Staat verantworteten Rechtsordnung zuweist“ — Weber, in: NJW 1954, 1767.

<sup>724</sup> Vgl. zu dieser Frage Hesse, Rechtsschutz, S. 87, und Anm. 16 auf S. 87, wo auch die Lehre und Rechtsprechung der Weimarer Zeit zusammengestellt ist.

berührt. Dann und insoweit unterliegen sie der Geltung des auf diesem Gebiet für alle geltenden Gesetzes.“<sup>725</sup> Oder mit anderen Worten: die Selbstbestimmung der Kirchen findet ihre Grenze an den staatlichen Angelegenheiten und der vom Staat geregelten Seite der gemeinsamen Angelegenheiten. Wenn die Kirchen sich auf das vom Staat her bestimmte System der Rechtsbeziehungen und damit auf die staatliche Sphäre begeben, so unterliegen sie, da ihre Akte dann nicht mehr im innerkirchlichen Bereich verbleiben, den für alle geltenden Gesetzen. Dies wird bedeutsam, wenn die Kirchen als Rechtssubjekte in der staatlichen Rechtsordnung Rechte und Pflichten begründen und an dem staatlich geordneten allgemeinen Rechtsverkehr teilnehmen, wenn sie ihre Tätigkeit auf die staatlich geregelte Sphäre erstrecken und damit in Rechtsbeziehungen treten, die nicht nur ihr internes Verhältnis zu ihren Mitgliedern betreffen<sup>726</sup>.

Auch diese Tätigkeit geschieht in Ausübung ihres Selbstbestimmungsrechts<sup>727</sup>.

Andererseits aber kann auch hier die kirchliche Tätigkeit nur durch allgemeine Gesetze eingeschränkt sein<sup>728</sup>. Der Staat kann nicht durch Gesetze die Religionsgesellschaften in ihrer Tätigkeit besonderen Schranken hinsichtlich der Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr unterwerfen.

Damit sind die Kirchen aber für weite Bereiche ihrer Tätigkeit der staatlichen Rechtsordnung unterstellt. Mit diesem Passus in Artikel 137 Absatz III WRV „sollte gesagt werden, daß die Kirchen wie jedes andere Rechtssubjekt den allgemeinen Staatsgesetzen unterworfen sind, daß sie deren Übertretung nicht durch Berufung auf ihr Selbstbestimmungsrecht rechtfertigen können. So werden die allgemeinen und staatlichen Interessen auch den Religionsgesellschaften gegenüber sichergestellt.“<sup>729</sup> Damit aber erweist sich dieser Passus schließlich doch als ein Satz, der für eine sinnvolle Zusammenordnung von Staat und Kirche von Bedeutung ist.

### c) Die Bedeutung des Artikels 137 Absatz III WRV

Neben der inhaltlichen Abgrenzung des Selbstbestimmungsrechts und der Setzung seiner Grenzen enthält Artikel 137 Absatz III WRV das grundsätzliche Anerkenntnis der Unabhängigkeit und Selbständigkeit der Kirchen und ihrer Tätigkeit<sup>730</sup>. Hiermit erkennt der Staat die Kirchen als Institutionen an, die ihrem

<sup>725</sup> Mikat, S. 179; vgl. auch OVG Lüneburg, DVBl 1964, S. 1027.

<sup>726</sup> Vgl. BGH ZevKR, Bd. 2, S. 103; OLG Oldenburg, ZevKR, Bd. 1, S. 204; OLG Frankfurt, ZevKR, Bd. 1, S. 203; LAG Schleswig-Holstein, ZevKR, Bd. 1, S. 199. Das gleiche gilt, wenn die Kirchen gegenüber Nichtmitgliedern hoheitlich tätig werden, wie z. B. in der Friedhofsverwaltung. Hier ist die Kirche gleichfalls an die allgemeinen Gesetze gebunden, da „der Satz, daß die Autonomie eines öffentlich-rechtlichen Verbandes nur gegenüber den Verbandsmitgliedern wirkt, auch für die Kirche gelten“ dürfte — Thieme, in: AöR, Bd. 80, S. 437; vgl. auch OVG Lüneburg, DOV 1954, S. 695. Hier greift die Kirche über ihre internen Verhältnisse hinaus und kann sich daher nicht auf ihre unantastbare Selbstverwaltung berufen.

<sup>727</sup> Diesen „doppelten Bezugspunkt“ der kirchlichen Handlung, welche im weltlichen Bereich in rechtlich konstitutiver Weise hinausgreifen, hat Mikat, S. 179, anschaulich durch ein Beispiel verdeutlicht: Die Frage, ob ein Kirchenverband ein Verwaltungsgebäude errichten will oder nicht, ist eine Frage des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts; sobald es aber um die Ausführung dieses Vorhabens geht, begibt sich die Kirche auf das Gebiet baulicher Städteplanung, der Baupolizei usw., die der staatlichen Regelung wesensgemäß anvertraut ist. Ebenso ist z. B. die Frage, ob die Kirche ein Grundstück erwerben will oder nicht, eine rein innerkirchliche Entscheidung, die dem Selbstbestimmungsrecht unterliegt; die Form, Art und Wirksamkeit des Erwerbes richtet sich aber nach bürgerlichem Recht; vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1954, S. 1767, mit zustimmender Anmerkung von Weber. — So auch Mikat, S. 187/188.

Die besonderen Probleme, die sich aus dieser doppelten Bezogenheit für das kirchliche Dienstrecht ergeben, wo einerseits die Frage der innerkirchlichen Amterbesetzung und andererseits die vermögensrechtliche Stellung der Kirchenbeamten betroffen sind, hat Thieme, in: AöR, Bd. 80, S. 439 ff., eingehend untersucht. Dabei sei zwar keine Stauksklage, wohl aber eine Klage über vermögensrechtliche Ansprüche der Geistlichen von staatlichen Gerichten zu entscheiden. Ihm folgend Schließ, S. 240 f. A. A. Scheven, in: ZevKR, Bd. 4, S. 157, 184 ff.; vgl. auch Hesse, Rechtsschutz, S. 142 ff.; Scheffler, S. 238 ff.; Hollerbach, in: VVDStRL, Bd. 26, S. 70–76; H. Weber, in: NJW 1967, S. 1641 ff.; vgl. auch BGH, DVBl 1967, S. 727, und BVerwG, DVBl 1967, S. 729, mit zu Recht kritischer Anmerkung von v. Campenhausen. Hier kann nicht näher auf die Frage des Rechtsschutzes im kirchlichen Dienstrecht eingegangen werden.

<sup>728</sup> Mikat, S. 175; a. A. Anschütz, WRV, Art. 137, Anm. 4, S. 635. Aus diesem Grund wären Amortisationsgesetze, die heute aufgehoben sind — vgl. Kern, Staat und Kirche, S. 114 f. —, rechtswidrig, wenn sie lediglich die Religionsgesellschaften beschränken würden; Mikat, S. 189.

<sup>729</sup> Ebers, S. 294. So auch Quaritsch, in: Der Staat 1962, S. 299; H. Weber, in: JuS 1967, S. 440, mit weiterem Nachweis.

<sup>730</sup> Hesse, Rechtsschutz, S. 68.

Wesen nach unabhängig vom Staat und seiner Gewalt sind<sup>731</sup>. Unter dem Gesichtspunkt der religiös-weltanschaulichen Neutralität ist Artikel 137 Absatz III WRV insofern von Bedeutung, als in ihm Elemente der staatlichen Neutralität zu finden sind. Das Selbstbestimmungsrecht ist „in logischer Konsequenz auf dem Trennungsprinzip“<sup>732</sup> geschaffen worden; im Trennungsprinzip aber kommt in deutlichst möglicher Form die Neutralität des Staates zum Ausdruck, wie die Untersuchung der amerikanischen Rechtslage gezeigt hat. Wenn der Staat den Religionsgesellschaften das Selbstbestimmungsrecht überläßt und sich in deren innere Angelegenheiten nicht einmisch, so zeigt er damit lediglich sein Desinteresse an Fragen der Religion und deren Organisation im weltlichen Bereich, ohne aber die Wahrung der staatlichen Interessen aufzugeben zu haben.

#### 4. Die Religionsgesellschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts

Die dritte grundlegende Norm des Staatskirchenrechts ist in Artikel 137 Absatz V Satz 1 WRV enthalten, wonach die Religionsgesellschaften Körperschaften des öffentlichen Rechts bleiben, soweit sie solche bisher waren, d. h. daß sie Körperschaften des öffentlichen Rechts sind. Hierunter fallen vor allem die beiden großen Kirchen in Deutschland<sup>733</sup>.

In der heutigen Staatskirchenrechtslehre ist unstreitig<sup>734</sup>, daß die Kirchen nicht zu dem dem Bereich der sogenannten mittelbaren Staatsverwaltung angehörenden Körperschaften des öffentlichen Rechts zu rechnen sind, da sie eine Funktion innerhalb der Öffentlichkeit wahrnehmen, die wesensverschieden von der staatlichen ist. Ihr Wirkungskreis ist nicht Stück, sondern Gegenstück des staatlichen Wirkungskreises. Was freilich positiv mit Artikel 137 Absatz V WRV gesagt werden soll, ist seit 1919 umstritten<sup>735</sup>.

Durch die Anerkennung der Kirchen als Körperschaften des öffentlichen Rechts wird zunächst zum Ausdruck gebracht, daß der Staat die Kirchen als juristische Personen des öffentlichen Rechts begreift. Dadurch werden die Kirchen befähigt, als öffentlich-rechtliche Organisationserscheinungen in der staatlichen Rechtsordnung Subjekt von Rechtsbeziehungen öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Art zu sein, ohne daß sie „damit aber in den Staatsorganismus eingegliedert werden oder ihr Wirkungskreis als Teilstück des Staates“ erscheint<sup>736</sup>. Damit werden die Kirchen Träger hoheitlicher Gewalt. Die Anerkennung des Artikels 137 Absatz V Satz 1 WRV bedeutet insoweit die Gewährleistung der überkommenen öffentlich-rechtlichen Korporationsrechte, „die insgesamt die eigentümliche Rechtsstellung der Kirchen ausmachen“<sup>737</sup>. Danach läßt sich positiv feststellen, daß diese Rechtsstellung bedeutet, „nach öffentlichem Recht leben, Träger öffentlich-rechtlicher Befugnisse und Verpflichtungen sein, mit öffentlich-rechtlichen Organen (Behörden und Beamten) ausgestaltet sein, öffentliche Funktionen ausüben können gegenüber den Mitgliedern, obrigkeitliche Rechte (Disziplinalgewalt, Finanzgewalt) besitzen ...“<sup>738</sup>.

Neben dieser Anerkennung der Kirchen als spezifischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts liegt in Artikel 137 Absatz V WRV die Aussage, daß der Staat die Kirchen als Körperschaften, d. h. als auf der Mitgliedschaft beruhende

<sup>731</sup> BVerfG 18, 385 = NJW 1965, S. 961.

<sup>732</sup> Mikat, S. 171; so bereits Ebers, Religionsgesellschaften, S. 387; Scheffler, S. 59.

<sup>733</sup> Kirchliche Körperschaften sind die evangelischen Landeskirchen und die in Deutschland gelegenen Unterverbände der katholischen Kirche, nicht die katholische Kirche als solche; vgl. H. Weber, Religionsgemeinschaften, S. 105—108.

<sup>734</sup> Vgl. BVerfG 18, 385; Scheffler, S. 173 ff.; Schlieff, S. 175, mit Literaturnachweis.

<sup>735</sup> Vgl. zur Kontroverse in der Weimarer Republik: Schlieff, S. 38—64.

<sup>736</sup> Peters, in: VVDStrL, Bd. 11, S. 187; BGH 22, 388; BVerfG, NJW 1965, S. 961 und 2339.

<sup>737</sup> Zinn-Stein, Art. 51, Anm. 3, S. 261; BVerfG, NJW 1965, S. 2339.

<sup>738</sup> Süsterhenn-Schäfer, Art. 43, Anm. 2b, S. 206.

verbandsmäßige Organisationen begreift. Dies kommt darin zum Ausdruck, daß der Bestand der Organisation Kirche auf dem freiwilligen Verbleiben oder dem Austritt ihrer Mitglieder beruht<sup>739</sup>.

### a) Der öffentliche Status der Kirchen

Die von den Kirchen ausgeübte Gewalt ist allerdings keine staatliche Gewalt<sup>740</sup>, da die Unabhängigkeit der Kirchen (Art. 137 Abs. III WRV), die scharfe organisatorische Trennung von Staat und Kirche (Art. 137 Abs. 1 WRV), die Erkenntnis, daß die Kirchen grundsätzlich andere Aufgaben wahrnehmen, die nicht aus staatlicher Machtvollkommenheit abgezweigt sind und von den Kirchen selbständig und aus eigener Berechtigung geregelt werden, und die eminent öffentliche Stellung der Kirchen dazu führen, ihre Gewalt als eigenständige Gewalt anzusehen. Die Kirchen haben auf Grund ihrer anerkannten Stellung in der Öffentlichkeit und ihrer Bedeutung und Verantwortung für die gesamte gute Ordnung des Gemeinwesens einen öffentlichen Status, der in der mannigfachen Beteiligung der Kirchen an staatlichen Gremien, der Eigenständigkeit des kirchlichen Rechts und dem Abschluß von Kirchenverträgen und Konkordaten, kurz, in der tatsächlichen Lage zum Ausdruck kommt<sup>741</sup> und kirchlicherseits durch den sogenannten „Öffentlichkeitsanspruch“ der Kirchen seine Rechtfertigung erhält<sup>742</sup>. Den Kirchen steht daher ein öffentlicher Gesamtstatus zu. In der Erhebung der Kirchen zu Körperschaften des öffentlichen Rechts liegt die staatliche Anerkennung dieses öffentlichen Status.

Dabei muß freilich beachtet werden, daß das wesentliche Merkmal dieser Rechtslage für die staatliche Rechtsordnung die staatliche Anerkennung ist. Denn wie Staaten vergangener Zeiten und anderer Länder diese hoheitliche Stellung der Kirchen nicht anerkannt oder sich von den Kirchen radikal getrennt haben oder den Anspruch erhoben und verwirklicht haben, auch den kirchlichen Bereich durch staatliche Gesetzgebung und Verwaltung zu erfassen, so kann der Staat eben auch den Bereich der Kirchen aussparen und als eigenständigen, ursprünglichen Bereich anerkennen. „Zwar ist der Status der Kirchen kraft des ihnen und ihrem Wirken eigenen Öffentlichkeitscharakters wesensmäßig ein öffentlicher; aber in und gegenüber dem Staat und seiner Rechtsordnung setzt ihre öffentliche Stellung die Anerkennung des Staates voraus.“<sup>743</sup>

Mit der Anerkennung der öffentlichen Gewalt der Kirchen ist freilich der Begriff „öffentlich“ nicht mehr gleich „staatlich“<sup>744 745</sup>. Der Staat erkennt vielmehr an, daß es neben seinem staatlich-öffentlichen Bereich noch einen kirchlich-öffentlichen Bereich gibt, der ursprünglich neben seinem Bereich steht und den er nicht durch seine Gesetze regelt. Die öffentliche Gewalt der Kirchen ist durch den geistlichen Bezug von anderer Art und liegt auf einer anderen Ebene als

<sup>739</sup> Scheffler, S. 176; Schlieff, S. 185; H. Weber, Religionsgemeinschaften, S. 100—104.

<sup>740</sup> BVerfG 18, 385; Hamann, Art. 140, Anm. A 2; Dürig, in: Maunz-Dürig, Art. 19, III, RNr. 39; Hesse, in: ZevKR, Bd. 3, S. 191; Holtkotten, BK, Art. 140, Anm. II, 5; Scheven, in: ZevKR, Bd. 4, S. 167; Schlieff, S. 178 f.; Mikat, S. 161. Zweifeln Krüger, in: ZevKR, Bd. 6, S. 79. Scheffler, S. 158 f., 176: Die öffentliche Gewalt der Kirche ist nichtstaatliche Gewalt, die aber in ihrer Wirksamkeit und Durchsetzung vom Staat abhängig ist.

<sup>741</sup> Vgl. Hesse, Rechtsschutz, S. 36—63; Peters, in: VVDStrL, Bd. 11, S. 177 ff.; Scheffler, S. 82 ff.; Schlieff, S. 101—123; Weber, in: VVDStrL, Bd. 11, S. 153 ff.

<sup>742</sup> Vgl. zum „Öffentlichkeitsanspruch“: Scheffler, S. 169 ff.

<sup>743</sup> Hesse, Rechtsschutz, S. 67; zustimmend Scheuner, in: ZevKR, Bd. 7, S. 256, Anm. 89; ebenso Beulke, in: ZevKR, Bd. 6, S. 123; Dürig, in: Maunz-Dürig, Art. 19, III, RNr. 39; J. Heckel, Kirchengut und Staatsgewalt, S. 132; Scheffler, S. 164, 176 ff.; Schlieff, S. 182; Smend, in: ZevKR, Bd. 2, S. 376 f.; Thieme, in: AöR, Bd. 80, S. 426.

<sup>744</sup> OVG Berlin, ZevKR, Bd. 3, S. 201; Hesse, in: ZevKR, Bd. 3, S. 192; Holtkotten, BK, Art. 140, Anm. II, 3; Thieme, in: AöR, Bd. 80, S. 429 und 432.

<sup>745</sup> Zum Begriff „öffentlich“ vgl. vor allem: Scheffler, S. 142—160.

die staatliche Gewalt<sup>746</sup>. Es ist daher berechtigt, daß das kirchliche Dienstrecht neben dem staatlichen Dienstrecht und dem allgemeinen Arbeitsrecht steht<sup>747</sup> und daß Artikel 34 GG nicht unmittelbar anwendbar ist<sup>748</sup>.

## b) Der Staat als Schützer und Förderer der Religionsgemeinschaften

Von dem öffentlichen Status der Kirchen sind zu unterscheiden die von den Kirchen innegehabten Privilegien, die nicht Inhalt dieses Status, sondern lediglich Folge, nicht Essentiale sondern Akzidentiale der öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstellung sind<sup>749</sup>. Auch sie beruhen allerdings auf der besonderen Stellung der Kirche; erst die staatliche Anerkennung der öffentlich-rechtlichen Körperschaftsqualität bietet die Grundlage für die Innehabung dieser Privilegien. Sie bezeugen die besondere Bedeutung, die den Kirchen staatlicherseits zuerkannt wird.

Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang der Schutz des Kirchengutes in Artikel 138 Absatz II WRV, der treffend von Johannes Heckel<sup>750</sup> als „zweites Grundrecht der Kirchen“ bezeichnet wurde und der die Selbstbestimmung der kirchlichen Tätigkeit auch nach der materiellen Seite hin ergänzt<sup>751</sup>, und das zu den wichtigsten Privilegien der Kirchen zählende Besteuerungsrecht gegenüber ihren Mitgliedern nach Artikel 137 Absatz VI WRV, ein vom Staat verliehenes Hoheitsrecht<sup>752</sup>, das nicht bereits in der Selbstbestimmung des Artikels 137 Absatz III WRV enthalten ist. Hierzu zählt weiter das in Artikel 138 Absatz I WRV erwähnte Gebiet der Staatsleistungen, das den Staat nach wie vor in starkem Maße für die Kirchen verpflichtet<sup>753</sup>. Zu erwähnen sind außerdem der besondere strafrechtliche Schutz der Religionsgemeinschaften, die Befreiung der Geistlichen von öffentlichen Ämtern, von der Wehrpflicht und von der Zeugnis- und Auskunftspflicht und die aktiven und passiven Vollstreckungsprivilegien.

Gemeinsam ist allen diesen Privilegien, die hier keineswegs vollständig aufgeführt sind, daß der Staat seine (Macht-)Mittel, sein *bracchium saeculare* zum Wohle der Religionsgemeinschaften zur Verfügung stellt, daß er den Religionen Schutz („*advocatia*“) gewährt und ihnen bei Verbreitung ihrer Lehren Unterstützung leiht<sup>754</sup>, daß er sich als Schützer und Förderer der Religionsgemeinschaften begreift.

## c) Die Kirchen als Mitträger und Mitgestalter der öffentlichen Ordnung

Doch beschränkt sich die Erhebung der Kirchen zu Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht auf die Gewährung des *status publicus* und auf die Gewährung von Privilegien. Denn wie Smend<sup>755</sup> zutreffend hervorhebt: „Die Kategorien des Privilegienrechts einerseits, das Staatsrecht moderner öffentlicher Ordnung andererseits sind unvereinbar: eine moderne Verfassung duldet keine nur positiven, sondern lediglich grundsätzlich gerechtfertigte Rechte.“ Die einzelnen Privi-

<sup>746</sup> Thieme, in: AöR, Bd. 80, S. 429 und 432.

<sup>747</sup> BGH 18, 375; Holtkotten, BK, Arr. 131, Anm. II, 1b.

<sup>748</sup> Streitig; vgl. Ebers, S. 252 ff.; Hesse, Rechtsschutz, S. 85 ff. Hiermit steht in Zusammenhang die Frage nach dem Rechtsschutz gegen kirchliche Maßnahmen: Vgl. Hesse, Rechtsschutz, S. 92 ff.; Schlieff, S. 244, Anm. 835; Scheffler, S. 223 ff.

<sup>749</sup> Anschütz, WRV, Art. 137, Anm. 9, S. 646; Ebers, S. 182; Mikat, S. 155, 162, 165; Scheffler, S. 174, 177; Hesse, Rechtsschutz, S. 67.

<sup>750</sup> J. Heckel, Kirchengut und Staatsgewalt, S. 103.

<sup>751</sup> Vgl. J. Heckel, Kirchengut und Staatsgewalt, S. 103 ff.

<sup>752</sup> Vgl. BVerfG, NJW 1966, S. 101, 103, 147, 149; BVerwG 7, 189; Mikat, S. 230; Schlieff, S. 198 ff., mit Literaturnachweis.

<sup>753</sup> Da der Staat auf Grund positiver Verfassungsnorm berechtigt und verpflichtet ist, die Religionsgemeinschaften zu unterstützen, taucht die gesamte Problematik, die sich im amerikanischen Recht aus dem Trennungsprinzip ergibt, nicht auf.

<sup>754</sup> Krüger, Staatslehre, S. 561.

<sup>755</sup> Smend, in: ZevKR, Bd. 2, S. 376.

legien der Kirche erhalten Sinn und Rechtfertigung, „wenn sie nicht als Inhalt, sondern als Folge ihrer Körperschaftsstellung begriffen werden“<sup>756</sup>. Der status publicus der Kirchen aber enthält, um als grundsätzlich gerechtfertigter Status Geltung zu haben, die Anerkennung, daß die Kirchen Mitträger und Mitgestalter der öffentlichen Ordnung sind<sup>757</sup>. „Weil und soweit die Kirchen . . . zu der verfassungsmäßig bejahten guten öffentlichen Ordnung des deutschen Gemeinwesens gehören, darum werden sie als Mitträger dieses Gesamtstatus an ihrem Teil, d. h. als Körperschaften des öffentlichen Rechts anerkannt, und ihre bisherige staatskirchenrechtliche Rechtsstellung wird nun sozusagen in dies neue Statusrecht verschmolzen.“<sup>758</sup> Wenn auch die Kirchen neben dem vom Staat geregelten öffentlichen Bereich mit ihrer eigenen öffentlichen Gewalt stehen, so kommt doch in der Erhebung zu Körperschaften des öffentlichen Rechts zum Ausdruck, daß sie an der Gesamtheit der öffentlichen Ordnung Verantwortung mittragen. „Kraft der Verbindung ihres theologischen Öffentlichkeitsanspruches mit dem Status öffentlich-rechtlicher Institutionen hohen Ranges sind sie in verantwortliche Gliedschaft in das politische Gemeinwesen einbezogen.“<sup>759</sup> Insofern bedeutet die Erhebung zur Körperschaft des öffentlichen Rechts „in erster Linie die Aufgeschlossenheit des Staates gegenüber dem Wirken der Kirche, die „öffentliche Bestätigung ihres Wertes“<sup>760</sup>.

Daß andererseits mit dieser besonderen Stellung der Kirchen nicht zugleich eine besondere Staatsaufsicht gegeben ist, ist heute allgemein anerkannt. Sie ließe sich in keiner Weise rechtfertigen, auch nicht aus dem „Korrelat von Recht und Pflicht“. Es besteht lediglich die einfache Aufsicht, wie sie der Staat gegenüber anderen nichtstaatlichen Verbänden ausübt<sup>761</sup>.

## II. Zusammenfassung

### 1. Das staatskirchenrechtliche System der Bundesrepublik

Betrachtet man die staatskirchenrechtliche Situation der Bundesrepublik im Zusammenhang der verschiedenen Bestimmungen und der Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Kirche nach dem Krieg, so lassen sich bestimmte Grundlagen herausarbeiten, die das Verhältnis von Staat und Kirche bestimmen.

Die Kirchen sind endgültig aus der staatlichen Herrschaft entlassen. Der Fortfall der besonderen Staatsaufsicht, die Garantie der Selbstverwaltung ohne staatliche Bindung im innerkirchlichen Bereich und die Selbstbesinnung der Kirchen auf ihr eigenes Wesen haben zu einer Distanzierung der Kirchen vom Staat geführt. In ihren beiderseitigen originären Bereichen stehen sich Staat und Kirche heute gleichberechtigt und gleichwertig gegenüber<sup>762</sup>, ohne daß es allerdings gerechtfertigt erscheint, von einem völligen Verschwinden der Unterordnung der Kirchen unter die staatliche Souveränität zu sprechen<sup>763</sup>. Die Kirchen entfalten ihre Tätigkeit innerhalb der umfassenden Rechtsgemeinschaft des Staates. Wenn der Staat auch anerkennt, daß den Kirchen eine Beteiligung am öffentlichen Leben zusteht, wie sinnvoll in der Erhebung zur Körperschaft

<sup>756</sup> Hesse, Rechtsschutz, S. 67.

<sup>757</sup> Hesse, Rechtsschutz, S. 67; ders., in: ZevKR, Bd. 3, S. 190; Scheffler, S. 160—164, 177 f.; Smend, in: ZevKR, Bd. 2, S. 376; Thieme, in: AöR, Bd. 80, S. 426.

<sup>758</sup> Smend, in: ZevKR, Bd. 2, S. 376.

<sup>759</sup> Weber, in: VVDStRL, Bd. 11, S. 175.

<sup>760</sup> Mikat, S. 165, unter Zitierung von Smend, in: ZevKR, Bd. 2, S. 376; ebenso J. Heckel, Kirchengut und Staatsgewalt, S. 119; Link, in: BayVBl. 1966, S. 301.

<sup>761</sup> BVerfG 18, 385; BVerfG 6, 430, 435; v. Brentano, Aml. Bericht, S. 74; Krüger, in: ZevKR, Bd. 6, S. 72; Mikat, S. 163 ff.; Scheffler, S. 178 ff.; Schließ, S. 195 ff.

<sup>762</sup> Hamann, Art. 140, Anm. A 2; Holtkotten, BK, Art. 140, Anm. II, 5; Peters, in: VVDStRL, Bd. 11, S. 187 f.

<sup>763</sup> So aber BGHZ, Bd. 34, S. 372 = NJW 1961, S. 1116; Urt. vom 19. 9. 1966, DVBl. 1967, S. 727; Hesse, Rechtsschutz, S. 77. Weiterer Nachweis zur „Koordination von Staat und Kirche“ bei Quaritsch, in: Der Staat 1962, S. 176.

des öffentlichen Rechts zum Ausdruck kommt, und zugesteht, daß den Kirchen ein Bereich eigener, der staatlichen Regelung unzugänglicher Selbstbestimmung zusteht, deren Sinn darin besteht, daß die Religionsgesellschaften grundsätzlich eine vom Staat nicht erreichbare innere Unabhängigkeit und Eigenständigkeit haben, die sie wesentlich von sonstigen weltlichen Gruppen, Vereinen und Gesellschaften abhebt<sup>764</sup>, so verbleibt doch dem Staat die oberste Herrschaftsmacht auf seinem Staatsgebiet. Die früher gefürchtete Stellung der Kirchen als „Staat im Staat“<sup>765</sup> ist auch heute nicht gegeben. Durch die einseitige Setzung des „für alle geltenden Gesetzes“ sichert der Staat den Vorrang derjenigen Schranken, die er für alle Staatsbürger errichtet hat, die sich seiner Rechtsordnung bedienen. „Hier bringt der Staat die Vorstellung einer gewissen Überordnung zum Ausdruck, auf die er auch heute nicht verzichtet.“<sup>766</sup> Genausowenig wie der einzelne deswegen der staatlichen Souveränität entzogen ist, weil er eine Sphäre eigener, in den Grundrechten garantierter, staatlich nicht regulierbarer Tätigkeit entfalten kann, genausowenig ist die Kirche nur wegen ihres garantierten Selbstbestimmungsrechts der staatlichen Souveränität entzogen. Solange der Staat für die Ordnung des Gemeinwesens verantwortlich ist und solange äußere und innere Gefahren bestehen, muß der Staat in der Lage sein, durch die Setzung der für alle geltenden Gesetze eine Ordnung der Gesamtheit herbeizuführen, die auch die Kirchen dieser Regelung unterwirft, soweit diese sich mit ihrem der Welt zugewandten Teil der staatlichen Rechtsordnung bedienen und bedienen müssen, weil sie sich auf dem Gebiet staatlich geregelter Materie bewegen<sup>767</sup>, ohne daß damit eine Unterordnung unter die Staatshoheit in dem Sinne erfolgt, wie sie jahrhundertlang das Verhältnis von Staat und Kirche bestimmt hat. Lediglich wenn und soweit die Kirchen ihre Tätigkeit in Ausübung ihrer Selbstbestimmung im staatlichen und nicht nur in ihrem innerkirchlichen Bereich — zwei Gebiete, die nach ihrer materiellen Zweckbezogenheit abzugrenzen sind — entfalten, sind sie der staatlichen Rechtsordnung unterworfen und eingegliedert.

Doch bedeutet diese Verselbständigung der Kirchen keineswegs, daß aus dem Trennungsprinzip abzuleitende Vorstellungen auf das Verhältnis von Staat und Kirche anwendbar sind, wie bereits Werner Weber nachgewiesen hat<sup>768</sup>. Die Bundesrepublik ist kein laizisierter Staat, da dieser Vorstellung zugrunde liegt, daß die Kirchen auf die Ebene anderer privater Verbände herabgedrückt werden. Unter dem Grundgesetz aber haben die Kirchen praktisch und von Rechts wegen eine eminent öffentliche Stellung. Ihnen ist nicht nur die größtmögliche Freiheit des öffentlichen Wirkens sicher, sondern vor allem und zugleich die überragende Stellung als geistige und sittliche Macht im Volksleben erhalten. Da grundsätzlich gilt, daß eine moderne Verfassung „keine nur positiven, sondern lediglich grundsätzlich gerechtfertigte Rechte duldet“<sup>769</sup>, bedeutet die Erhebung der Kirchen zu Körperschaften des öffentlichen Rechts — wie Smend zutreffend festgestellt hat<sup>770</sup> — „nicht lediglich einen nur positiven Liquidationsrest vergangenen Staatskirchentums, sondern einen aus dem Wesen nunmehriger Verfassungsordnung heraus grundsätzlich gerechtfertigten und nur deshalb hier anerkannten Charakter. Weil und soweit die Kirchen und die ihnen irgendwie künftig gleichzustellenden Religionsgesellschaften zu der

<sup>764</sup> Schlieff, S. 239.

<sup>765</sup> Anschütz, WRV, Art. 137, Anm. 4, S. 635.

<sup>766</sup> Scheuner, in: ZevKR, Bd. 6, S. 10; so auch Scheffler, S. 178.

<sup>767</sup> Vgl. auch M. Heckel, in: VVDStRL, Bd. 26, S. 42; Hollerbach, in: VVDStRL, Bd. 26, S. 59 f., 102; Krüger, in: ZevKR, Bd. 6, S. 76; Obermayer, in: DÖV 1967, S. 12 ff.; Scheuner, in: ZevKR, Bd. 6, S. 10; ders., in: ZevKR, Bd. 7, S. 257; ders., in: DÖV 1966, S. 145, Anm. 4; Scheven, in: ZevKR, Bd. 4, S. 167; H. Weber, in: Religionsgemeinschaften, S. 35—40; ausführlich Quaritsch, in: Der Staat 1962, S. 175 ff.

<sup>768</sup> Weber, in: VVDStRL, Bd. 11, S. 169 f.; vgl. auch Krüger, Rechtsgutachten, S. 1087; Hesse, Rechtsschutz, S. 81.

<sup>769</sup> Smend, in: ZevKR, Bd. 2, S. 376.

<sup>770</sup> Vgl. Anmerkung 769.

verfassungsmäßig bejahten und geschützten guten öffentlichen Ordnung des deutschen Staatswesens gehören, zu seinem verfassungsmäßig bejahten sachlichen öffentlichen Gesamtstatus, darum werden sie als Mitträger dieses Gesamtstatus an ihrem Teil, d. h. als Körperschaften des öffentlichen Rechts anerkannt.“ Der Gesamtstatus der Körperschaft des öffentlichen Rechts bedeutet damit „nicht die Gewährung allerlei Vorteile, insbesondere auch die Anerkennung als Träger öffentlicher Gewalt, an die Adresse der so begünstigten Religionsgesellschaften, sondern zugleich eine öffentliche Bestätigung ihres Wertes, eine öffentliche Gewährleistung dafür, daß hinter ihren vom Staat anerkannten Formen und Bezeichnungen . . . eine vom Staat anerkannte und in gewissem Sinne gewährleistete würdige, das sittliche Gesamtleben mittragende, Vertrauen verdienende Wirklichkeit vorhanden sei. Insofern richtet sich die Anerkennung oder Verleihung der öffentlichen Korporationsrechte nicht nur als Statusmehrung an die damit beliehene Religionsgesellschaft, sondern zugleich als deren öffentliche Anerkennung, als eine Art Bekenntnis zu ihr und Gewährleistung für sie, auch an die Allgemeinheit.“<sup>771</sup>

Staat und Kirchen sind somit in ein neues Verhältnis getreten, in dem die Kirchen sich zwar endgültig vom Staat emanzipiert haben, in dem sie aber dem Staat nicht mehr als unterscheidbare kommensurable Größe begegnen, sondern in dem sie ein tragendes und wirkendes Glied der öffentlichen Gesamtordnung geworden sind<sup>772</sup>. Kann somit festgestellt werden, daß die Kirchen aus der staatlichen Bevormundung endgültig entlassen sind und weitgehende Freiheit der Kirche vom Staat besteht, so gilt der umgekehrte Satz, daß der Staat sich von den Kirchen freigemacht hat, heute weniger denn je. Die Kirchen haben alle Freiheit für die Ausübung ihrer Funktion erhalten, während der Staat sich nach wie vor als Schützer und Förderer der Religionsgemeinschaften versteht und ihnen bei der Erfüllung ihrer Aufgaben hilft. Darüber hinaus hat der Staat den Kirchen auch in Bereichen, die er selbst zu regeln und verwalten gesonnen ist, weil sie staatliche Angelegenheiten sind, eine Mitwirkung zugestanden, weil er in ihrer Tätigkeit einen positiven Beitrag zu der gesamten guten Ordnung erblickt. Man geht nicht fehl, wenn man von einer Hinwendung des Staates zu den Kirchen spricht. „Der Staat sieht nicht mehr primär seinen Gegensatz zur Kirche, die er als geschichtliche Realität duldet, sondern erblickt in ihr eine positive gesellschaftliche Kraft, deren Arbeit er begrüßt, ohne die Kirchen dabei einfach als eine ihm ein- oder gar untergeordnete ‚moralische Anstalt‘ im Sinne alter staatskirchenrechtlicher Vorstellungen zu behandeln.“<sup>773</sup> Angesichts dieser Rechtslage versagen auch Vorstellungen staatlicher Neutralität für das Verhältnis von Staat und Kirche, wie sie z. B. das amerikanische verfassungsrechtliche Denken beherrschen. Besagt der Grundsatz der Neutralität, daß der Staat gegenüber religiösen Werten indifferent ist, so gilt im Verhältnis Staat—Kirche dieser Grundsatz nicht. Der Staat, der „eine Art Bekenntnis“ zu den Kirchen und damit zu den von ihnen getragenen religiösen und ethischen Gedanken ablegt, der ihnen einen Status originärer öffentlicher Hoheit zugesteht, der die Kirchen mit Privilegien und Rechten ausstattet und sich als Schützer und Förderer der Kirchen betätigt, ist nicht gleichgültig gegenüber den Werten, die zumal die christlichen Konfessionen für das Gemeinwesen darstellen<sup>774</sup>. Zutreffend bemerkt Jacobi<sup>775</sup>: „Der Gedanke der Neutralität des

<sup>771</sup> Vgl. Anmerkung 769.

<sup>772</sup> Hesse, in: ZevKR, Bd. 5, S. 71.

<sup>773</sup> Peters, in: VVDScrL, Bd. 11, S. 191. So auch Mikat, S. 145: „Es ist nicht Trennung im Sinne der Weimarer Neutralität; denn der Staat steht trotz der Anlehnung an die Weimarer Bestimmungen den Kirchen, ja selbst den sonstigen Religionsgemeinschaften, nicht mehr fremd und gleichgültig gegenüber, vielmehr interessiert er sich für ihre Aufgaben und ihr Wirken in der Öffentlichkeit.“

<sup>774</sup> Geiger, Schule und Staat, S. 35.



Staates gegenüber allen Religionen und Weltanschauungen hätte in der Weimarer Verfassung — konsequent zu Ende gedacht — dazu führen müssen, daß alle Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften nur als private rechtsfähige oder nichtrechtsfähige Vereinigungen behandelt worden wären im Sinne einer klaren Trennung von Staat und Kirche.“ Die verstärkte positive Hinwendung des Staates zu den Kirchen läßt daher eine Neutralität heute weniger denn je als Merkmal des Verhältnisses von Staat und Kirche erscheinen, wenn auch der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften im Grundgesetz enthalten ist<sup>776</sup>.

Zutreffend ist die formale Charakterisierung Scheuners<sup>777</sup>: „Der Grundzug der von ihnen vorgezeichneten Stellung der Kirchen im Staat wird man als den Status einer öffentlich-rechtlich anerkannten Eigenständigkeit und freundschaftlichen Zusammenarbeit mit den Kirchen bezeichnen können.“ Inhaltlich erlangt diese Kennzeichnung Bedeutung durch die aufgezeigte Gesamtsituation.

## 2. Die Bedeutung des Verhältnisses von Staat und Kirche für die Ausgestaltung des Schulwesens und Ausblick

Diese Entwicklung betrifft allerdings nur das Verhältnis des Staates zu den Kirchen, nicht aber das Verhältnis des Staates zu den einzelnen Bürgern und sonstigen Verbänden, denen der Staat mit seinen Einrichtungen und Maßnahmen begegnet. Das Verhältnis Staat und Kirche einerseits und Staat—Bürger andererseits betrifft zwei deutlich scheidbare Rechtsgebiete, die zwar mittelbar verbunden sind, wie oben<sup>778</sup> bereits gezeigt wurde, die aber dennoch eine verschiedene rechtliche Beurteilung erlauben, dokumentiert durch das Verbot der Leitung und Verwaltung der Kirche durch den Staat und des Staates durch die Kirche. Sobald der Staat mit seinen Einrichtungen und Maßnahmen in Berührung mit seinen Bürgern und Verbündeten tritt, gilt das oben dargestellte Neutralitätsprinzip. Die Artikel 137 ff. der Weimarer Reichsverfassung enthalten eine spezielle Regelung für das Verhältnis von Staat und Kirchen. Die Schule aber ist, soweit sie öffentliche Schule ist, eine staatliche Einrichtung, die das Verhältnis Staat—Bürger betrifft.

Eine Verfassung aber ist nicht dazu bestimmt, ein Prinzip logisch durchzuführen, sondern soll der staatlichen Gemeinschaft eine Ordnung geben und einen Lebenssachverhalt regeln, zu dem im Bereich der Thematik dieser Arbeit auch die Forderung der katholischen und vereinzelt der evangelischen Kirche und der ihnen nahestehenden Politiker gehört, den Schulunterricht nach Konfessionen getrennt aus dem Geiste des Bekenntnisses zu gestalten. Thiemes Sätze<sup>779</sup>: „Es ist allerdings ein mehr als zweifelhaftes Unterfangen, im Staatskirchenrecht die Folgerichtigkeit des Normensystems als Begründung für eine Entscheidung heranzuziehen. Das Staatskirchenrecht ist fast ausschließlich durch historische Bedingtheit geprägt. Es ist der Niederschlag steter, oft mit Erbitterung geführter Machtkämpfe zwischen Staat und Kirche“, gelten für das Verhältnis Staat—Schule in gleicher Weise. Die Ausgestaltung der Schule in ihrem Sinne wurde von den Kirchen in oft hartem Ringen gefordert. Und auch das Schulrecht ist weitgehend durch historische Bedingtheit geprägt, die sich abseits der allgemeinen Entwicklung zum weltanschauungsneutralen Staat auf Grund ihrer Besonderheit — dem engen Bezug zu geistigen Werten — oft im zähen Festhalten an über-

<sup>776</sup> Jacobi, in: ZevKR, Bd. 1, S. 124.

<sup>777</sup> Vgl. oben S. 134; BVerfG, NJW 1965, S. 1427; NJW 1966, S. 147.

<sup>778</sup> ZevKR, Bd. 7, S. 267, ebenso bereits in ZevKR, Bd. 6, S. 23.

<sup>779</sup> Vgl. oben S. 114 und 131 f.

<sup>780</sup> Thieme, in: AöR, Bd. 80, S. 439.

kommenen Vorstellungen ausgewirkt haben. Folgt in den Vereinigten Staaten von Amerika die religiös-weltanschauliche Neutralität der Schule aus dem strengen Neutralitätsprinzip, das der Staat gegenüber Kirchen und Einzelbürgern zu verwirklichen sucht, obwohl der Supreme Court stets betont, daß die Amerikaner ein religiöses Volk seien<sup>780</sup>, so liegt es angesichts des grundlegend anderen Verhältnisses von Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland nahe, daß der Staat auch im Bereich der Gestaltung der Schule eine andere Haltung gegenüber der Forderung der Kirchen einnimmt, als sie aus der amerikanischen Rechtslage folgt und auch insofern dem Verlangen der Kirchen nachgiebiger gegenübersteht, als das strenge Neutralitätsprinzip es erlauben würde. Dies bietet sich um so mehr an, als sich das Verhältnis von Staat und Kirche seit jeher auf die Gestaltung des Schulwesens ausgewirkt oder seine Entsprechung in dieser gleichfalls geistigen Werten verhafteten Materie gefunden hat<sup>781</sup>, da die Gestaltung der Schule wenigstens für die katholische Kirche eine grundlegende Frage ist, die ihr Verhältnis zum Staat entscheidend mitbeeinflusst. Die Forderungen der Kirchen erstrecken sich — allerdings in verschiedenem Umfange bei der katholischen und der evangelischen Kirche<sup>782</sup> — auf zwei Punkte, die für die religiös-weltanschauliche Gestaltung des öffentlichen Schulunterrichtes von Bedeutung sind: 1. Die Erteilung von staatlichem Religionsunterricht in den öffentlichen Schulen und 2. die Ausgestaltung des öffentlichen Schulwesens nach religiösen Gesichtspunkten.

Beide Punkte werden im folgenden zu behandeln sein, wobei sich zu zeigen hat, wie weit der Staat entweder dem strengen Neutralitätsprinzip oder der durch das Staatskirchenrecht vorgezeichneten Linie des Nachgebens gegenüber den Kirchen folgt und folgen darf.

## **7. Abschnitt: Die Durchbrechung des Neutralitätsprinzipes im Schulwesen**

### **I. Der Religionsunterricht**

#### **1. Die Entscheidung des Grundgesetzes für den staatlichen Religionsunterricht**

Im Bereich des Schulrechts berühren sich die Interessen des Staates und der Kirchen an der Erziehung der Jugend zunächst in der Einrichtung des Religionsunterrichtes. Da Staat und Kirchen sich grundsätzlich selbständig gegenüberstehen, ist dies der eine der beiden Punkte auf dem Schulgebiet<sup>783</sup>, an dem die Kirchen den Anspruch erheben, daß ihr Gedankengut in der schulischen Erziehung Berücksichtigung findet und daß sie an der Gestaltung der Schule beteiligt werden, um einen wirksamen erzieherischen Einfluß auf die Jugend geltend machen zu können, auch wenn sie die öffentliche Schule und die allgemeine Schulpflicht anerkennen.

Es gibt grundsätzlich zwei Möglichkeiten, für die religiöse Erziehung durch Religionsunterricht zu sorgen. Entweder wird der Religionsunterricht der Staatsschule auferlegt oder er verbleibt Eltern und Kirchen zu eigener, unabhängiger, selbständiger Arbeit überlassen. Während die amerikanische Verfassung sich für die letzte Möglichkeit entschieden hat<sup>784</sup>, hat das Grundgesetz in Anknüpfung an die bereits vor der Weimarer Reichsverfassung überall in Deutschland bestehende und durch die Weimarer Reichsverfassung aufrechterhaltene Rechtslage sich für die erstere Lösung entschieden und in Artikel 7 Absatz III bestimmt:

<sup>780</sup> Vgl. oben S. 22.

<sup>781</sup> Vgl. oben S. 65 ff. und vor allem unten S. 235 ff.

<sup>782</sup> Vgl. im einzelnen oben S. 94 ff.

<sup>783</sup> Der andere ist derjenige der bekenntnismäßigen Ausgestaltung der Schule.

<sup>784</sup> Vgl. oben S. 36.

„Der Religionsunterricht ist in den öffentlichen Schulen mit Ausnahme der bekenntnisfreien Schulen ordentliches Lehrfach. Unbeschadet des staatlichen Aufsichtsrechtes wird der Religionsunterricht in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften erteilt.“

## 2. Was ist Religionsunterricht

Bereits unter der Weimarer Reichsverfassung bestand Einigkeit darüber, daß der Religionsunterricht inhaltlich „in konfessioneller Positivität und Gebundenheit“ zu erteilen war<sup>785</sup>, so daß es nicht so sehr auf die Bezeichnung im Schullehrplan als auf den Inhalt des Unterrichts ankam.

Für das Grundgesetz gilt das gleiche. Der Unterricht wird inhaltlich von den Lehren der entsprechenden Bekenntnisse bestimmt. Daher ist die Erteilung von Religionsunterricht nicht jegliche Art der Abhandlung von Religion, wie z. B. Religionskunde, die sich mit der objektiven Darlegung der Lehre über existierende Glaubenssätze oder mit vergleichender Religionswissenschaft befaßt, oder nur ein allgemeiner Sittlichkeitsunterricht, sondern die Vermittlung der positiven Glaubenssätze der betreffenden Religionsgemeinschaft und deren Religionsübung. Wesensgemäß dürfen die Glaubenssätze nicht als Gegenstand des Berichts, der Betrachtung oder der Kritik nur referierend vorgetragen, sondern müssen als geltender verbindlicher Normenbestand dargestellt werden, da nur dann die Grundsätze der Religionsgemeinschaften eingehalten sind. „Der Religionsunterricht darf also nicht historisierender oder relativierender Art im Sinne einer bloßen ‚Religionskunde‘ sein, sondern muß ein bekenntnisgebundener dogmatischer Unterricht sein, und zwar auch in dem Sinne, daß die Heilslehre und die sonstigen Glaubenssätze mit absolutem Geltungsanspruch vorgetragen werden.“<sup>786</sup> Der Religionsunterricht kann daher nur der einer jeweiligen Konfession sein. Der Inhalt eines Religionsbekenntnisses kann nicht vom Staat, sondern allein durch die Lehre der betreffenden Kirche bestimmt werden. Der Bekenntnisinhalt einer Konfession ist verbindlich für den Religionsunterricht.

## 3. Der Religionsunterricht als ordentliches Lehrfach

Dieser Religionsunterricht ist in öffentlichen Schulen „ordentliches Lehrfach“. Aus diesem Begriff ergibt sich einerseits, daß er ein abgegrenztes Fach ist, das andere Unterrichtsfächer nicht unmittelbar beeinflußt, und andererseits, daß er in dem Gesamtplan des Unterrichts einen Platz wie andere Fächer findet<sup>787</sup>. Zugleich ist damit ausgesprochen, daß der Religionsunterricht nicht den Religionsgesellschaften als eine private, eigenständige Angelegenheit überlassen<sup>788</sup>, sondern integrierender Bestandteil der Schulorganisation und Schularbeit ist. Der Staat kann die Erteilung des Religionsunterrichtes nicht freiwillig den Kirchen überlassen, wenn auch nichts entgegensteht, Geistlichen oder sonstigen Mitgliedern der Kirchen die Erteilung zu übertragen, die den Religionsunterricht dann in staatlichem Auftrag unter staatlicher Aufsicht erteilen<sup>789</sup>.

Durch die Erklärung des Religionsunterrichts zum ordentlichen Lehrfach ist ausgedrückt, daß der Staat zu seiner Erteilung verpflichtet ist, ohne daß damit irgend jemandem ein subjektives Recht darauf, daß er auch wirklich erteilt wird, zugestanden ist<sup>790</sup>. Für den Religionsunterricht besteht Lehrfachzwang, d. h.

<sup>785</sup> Anschütz, WRV, Art. 149, Anm. 4, S. 691; vgl. Landé, S. 200 f.

<sup>786</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. IV, 3, S. 284; vgl. Peters, Elternrecht, S. 417.

<sup>787</sup> Peters, Elternrecht, S. 413; Dürig, kath. PSch in Bremen, S. 55.

<sup>788</sup> Wie z. B. § 13 des SchG für Berlin ausdrücklich sagt.

<sup>789</sup> Hamann, Art. 7, Anm. B 8.

<sup>790</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. V, 1, S. 285; Peters, Elternrecht, S. 413; Barion, in: DUV 1966, S. 365 f.

der Staat muß die Unterrichtung ermöglichen; er ist Pflichtfach für den Lehrplan der Schule. Der öffentliche Schulträger ist daher zur Kostentragung und zur Bereitstellung der erforderlichen Einrichtungen und Lehrkräfte — die nur der Staat selber bestellen kann<sup>791</sup> — verpflichtet. Grenze dieser Verpflichtung ist lediglich das Erfordernis eines geordneten Schulbetriebes, so daß eine gewisse Mindestzahl von Schülern zur Voraussetzung der Erteilung gemacht werden kann<sup>792</sup>.

#### 4. Die Regelung des Artikels 7 Absatz II GG

Andererseits unterscheidet sich das ordentliche Lehrfach Religionsunterricht dadurch von anderen ordentlichen Lehrfächern, daß es weder für Lehrer noch für Kinder obligatorisch ist<sup>793</sup>. Gemäß Artikel 7 Absatz II GG bestimmen die Erziehungsberechtigten über die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht, denen hier trotz der positiven Formulierung des Grundrechts ein negatives Freiheitsrecht gewährt ist<sup>794</sup>, womit die Bestimmung der Teilnahme durch den Staat, die Kirche oder durch sonstige Dritte ausgeschlossen ist. Artikel 7 Absatz II GG soll verhindern, daß die Kinder gegen den Willen der Eltern zum Besuch des Religionsunterrichts angehalten werden und daß ihnen aus dem Fernbleiben ein rechtlicher Nachteil erwächst. Diese Regelung ist Ausfluß der Religions- und Gewissensfreiheit, die bereits oben Ausgeführtes für einen speziellen Fall konkretisiert<sup>795</sup>.

Umstritten ist hier lediglich, ob der Schutz der Eltern und Kinder auch dann gewährleistet ist, wenn die Kinder — wie es heute praktisch gehandhabt wird — sich von der Teilnahme am Religionsunterricht abmelden müssen, statt sich ausdrücklich anzumelden. Während in der vom Hauptausschuß in der 1. Lesung angenommenen Fassung eindeutig die Abmeldung vorgesehen war<sup>796</sup> und damit die Streitfrage nach der Abmeldung oder Anmeldung, die bereits unter der Weimarer Reichsverfassung bestand<sup>797</sup>, entschieden war, hat die auf Vorschlag der FDP-Fraktion in der 2. Lesung des Hauptausschusses angenommene und jetzt bestehende Fassung des Artikels 7 Absatz II GG die alte Streitfrage wiederum unentschieden gelassen.

Aber die nunmehr weniger eindeutige Formulierung zwingt keineswegs zu dem Schluß, daß das Grundgesetz zwingend die Anmeldung der Kinder zum Religionsunterricht vorschreibt und das geübte Verfahren der Abmeldung gegen Artikel 7 Absatz II GG verstößt<sup>798</sup>. Wenn Wernicke gerade aus der Entstehungsgeschichte eine Wiederaufnahme der herrschenden Lehre der Weimarer Reichsverfassung folgert, so muß ihm entgegengehalten werden, daß aus keiner Stelle der Protokolle des Parlamentarischen Rates hervorgeht, daß mit der Änderung der Formulierung auch eine inhaltliche Änderung vorgenommen werden sollte. Die Tatsache, daß über die neue Formulierung nicht im einzelnen diskutiert worden ist, läßt den Schluß als gerechtfertigt erscheinen, daß sachlich eine Änderung nicht gewollt war, daß man sich darüber einig war, daß auch die neue Formulierung die Zulässigkeit des Abmeldeverfahrens zum Ausdruck bringe, zumal dieses Verfahren in den Ländern bereits vor der Schaffung des Grundgesetzes praktiziert wurde.

<sup>791</sup> Peters, Elternrecht, S. 425.

<sup>792</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. V, 3, S. 286; Peters, Elternrecht, S. 413.

<sup>793</sup> Zur Rechtsstellung der Lehrer vgl. unten S. 223 f.

<sup>794</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. IV, 1, S. 283; Peters, Elternrecht, S. 425.

<sup>795</sup> Wernicke, BK, Art. 7, Anm. II, 2a; Zinn-Stein, Art. 58, Anm. 1, S. 292; vgl. Anm. 794.

<sup>796</sup> Parlamentarischer Rat, Entwürfe, S. 44. Die Fassung lautete: „Unbeschadet des Rechts der Eltern, ihre Kinder vom Religionsunterricht abzumelden, ist der Religionsunterricht ordentliches Lehrfach.“

<sup>797</sup> Die Lehre vertrat die Notwendigkeit der Anmeldung: vgl. Landé, S. 210 f.; Anschütz, WRV, Art. 149, Anm. 2, S. 690 f.

<sup>798</sup> So aber Wernicke, BK, Art. 7, Anm. II, 2 d; Rambow, S. 110, Anm. 52; v. Zezschwitz, in: JZ 1966, S. 343, Anm. 43; v. Drygalski, S. 78 f.

Für die Zulässigkeit des Abmeldeverfahrens spricht die Bestimmung des Religionsunterrichts zum ordentlichen Lehrfach. Ein ordentliches Lehrfach ist für den Schüler normalerweise Pflichtfach. Lediglich zur Wahrung der Religions- und Gewissensfreiheit wird dies Prinzip durchbrochen und den Erziehungsberechtigten die Möglichkeit gegeben, ihr Kind vom Religionsunterricht fernzuhalten. Den Eltern wird ein negatives Freiheitsrecht gewährt. Diesem Rechtscharakter des Artikels 7 Absatz II GG, der von der normalerweise mit dem Begriff des ordentlichen Lehrfachs verbundenen Besuchspflicht entbindet, entspricht die Auslegung des Wortes „bestimmen“ als der Ermöglichung der Abmeldung.

Wernickes weiteres Bedenken<sup>799</sup>, daß bereits in der Abmeldepflicht ein gewisses Maß an Zwang liege, wird nicht durch die Behauptung Peters<sup>800</sup> widerlegt, die Eltern hätten die volle Entscheidungsfreiheit, so daß das Abmeldeverfahren nichts mit Zwang zu tun habe. Die bloße Tatsache, daß an der Schule Religionsunterricht erteilt werde, zwingt die Eltern bzw. die Kinder, ihr Bekenntnis zu offenbaren, bringt sie also in eine Situation, in der sie bekennen müssen, ob die Teilnahme an einer religiös ausgerichteten Veranstaltung stattfinden soll oder nicht. Obwohl der Staat grundsätzlich niemanden in eine Situation bringen darf, in der er ein Bekenntnis ablegen muß<sup>800a</sup>, hat das Grundgesetz diese Zwangssituation im Hinblick auf den Religionsunterricht hingenommen, da die Teilnahme als solche freiwillig ist und da nur so an die Tradition der deutschen Schule angeknüpft werden konnte<sup>800b</sup>. Diese Zwangssituation ist jedoch bei der Abmeldung und bei der Anmeldung gleichermaßen gegeben, da die Schulverwaltung in jedem Fall auf einer zwar formlosen, aber klaren Entscheidung der Eltern bestehen können muß, um bloßes Fernbleiben der Kinder aus Gründen der Faulheit („Schwänzen“) zu verhindern<sup>800c</sup>. Der Zweck des Artikel 7 Absatz II, die Teilnahme am Religionsunterricht in die von staatlicher Beeinflussung freie Entscheidung der Eltern zu stellen, wird unabhängig von der Art des Verfahrens und in beiden Fällen gleichermaßen gewährleistet. Die Kontroverse zwischen den Anhängern des An- und des Abmeldeverfahrens spitzt sich damit auf die Frage zu, ob der Staat verpflichtet ist, bei der Einschulung oder zu Beginn jedes Schuljahres die Eltern auf ihr Wahlrecht hinzuweisen, wobei es im Hinblick auf den Zwang zur Offenbarung der Überzeugung gleichgültig ist, ob eine Anmeldung oder eine Abmeldung verlangt wird<sup>800d</sup>. Diese Verpflichtung ist zu verneinen. Das Grundgesetz hat dem Staat eine derartige Verpflichtung weder generell auferlegt, noch sie für den Religionsunterricht vorgesehen, da es davon ausgeht, daß die mündigen Bürger ihre Rechte wahrnehmen. Aus der bloßen Tatsache, daß heute die große Mehrheit der Schüler am Religionsunterricht teilnimmt, kann eine Beschränkung der Freiheit nicht gefolgert werden<sup>800e</sup>.

Dem Landesgesetzgeber und der Schulverwaltung ist daher nach allem überlassen, ob sie die Anmeldung zum Religionsunterricht fordern oder ob sie die Abmeldung vom Religionsunterricht vorschreiben wollen. Gegen die heute geübte Praxis, die Abmeldung zu verlangen, bestehen daher keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Eltern brauchen bei der heutigen Praxis ihr

<sup>799</sup> Wernicke, a. a. O.; so auch ausführlich jetzt v. Drygalski, S. 78 ff.

<sup>800</sup> Peters, Elternrecht, S. 414 f. So auch: v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. IV, S. 284; Maurer, S. 112 f.; Nebinger, Art. 39, Anm. 4, S. 162; Zinn-Stein, Art. 58, Anm. 2, S. 292.

<sup>800a</sup> Vgl. oben S. 115 mit weiteren Nachweisen.

<sup>800b</sup> Hier zeigt sich einmal mehr die praktische Bedeutung, die dem Neutralitätsprinzip des Staates — vgl. oben S. 128 ff. — im Hinblick auf die Freiheit des einzelnen zukommt. Der konsequent religiös-weltanschaulich neutrale Staat hätte, um die Freiheit des einzelnen gegenüber dem Staat zu wahren, auf den staatlichen Religionsunterricht verzichten müssen — vgl. oben S. 39–43 (USA) und unter S. 197 ff. (Schulgebiet).

<sup>800c</sup> Die Zulässigkeit, eine derartige Erklärung zu verlangen, wird auch v. Drygalski, S. 80, bejaht.

<sup>800d</sup> Schmöckel, S. 103, hält eine besondere Umfrage für unzulässig — ohne Begründung und zu Unrecht, Peters, Elternrecht, S. 415.

<sup>800e</sup> A. A. v. Drygalski, S. 78 f.

Kind nicht anzumelden, wenn sie eine Teilnahme am Religionsunterricht wünschen, sondern müssen eine Erklärung bei der betreffenden Schule abgeben, wenn sie ihr Kind vom Religionsunterricht fernhalten wollen.

## 5. Mitwirkungsrechte der Religionsgemeinschaften

a) Aus der Tatsache, daß der als ordentliches Lehrfach eingerichtete und damit zur staatlichen Aufgabe erklärte Religionsunterricht einerseits unter der Aufsicht des Staates steht, wie Artikel 7 Absatz III Satz 2 in Wiederholung von Artikel 149 Absatz I Satz 3 WRV ausdrücklich betont und damit zum Ausdruck bringt, daß die staatliche Schulaufsicht Artikels 7 Absatz I auch auf den Religionsunterricht erstreckt ist, und andererseits, daß der Religionsunterricht in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften zu erteilen ist<sup>801</sup>, ergibt sich die Problematik, ob und in welchem Umfang den Religionsgemeinschaften, d. h. praktisch den beiden großen Kirchen, da vor allem evangelischer und katholischer Religionsunterricht in Deutschland erteilt wird, Mitwirkungsrechte an der Gestaltung des Religionsunterrichtes zustehen.

b) Unbestritten ist, daß die seit langem beseitigte „geistliche Schulaufsicht“, d. h. die Ausübung der (fachtechnischen) Schulaufsicht durch Geistliche<sup>802</sup>, auch für den Religionsunterricht weiterhin ausgeschlossen bleibt<sup>803</sup>. Zu Recht ist ebenfalls unbestritten, daß es dem Landesgesetzgeber und der Schulverwaltung auf Grund der grundsätzlichen Kulturautonomie der Länder nicht verwehrt ist, die Religionsgesellschaften zur Bestimmung des Inhalts (Lehrstoffs) und der pädagogischen Gestaltung (Darbietung) des Religionsunterrichtes heranzuziehen, die Lehrpläne und Lehrbücher im Einvernehmen mit den Religionsgesellschaften zu bestimmen<sup>804</sup> sowie diese im Benehmen mit der staatlichen Schulaufsichtsbehörde den Religionsunterricht ihres Bekenntnisses besuchen und überprüfen und das Ergebnis zwecks Abstellung vorgefundener Mängel an die staatlichen Aufsichtsbehörden berichten zu lassen (visitatio)<sup>805 806</sup>. Ebenso ist unbestritten, daß die Landesgesetzgebung vorschreiben kann, daß der Religionsunterricht nur durch solche Lehrer erteilt werden darf, die von den Religionsgesellschaften dazu ermächtigt sind, die also entweder die für katholische Religionslehrer in can. 1328, 1381 § 3 CIC vorgeschriebene *missio canonica* oder die für evangelische Religionslehrer vorgeschriebene *vocatio* besitzen, um die Übereinstimmung des Unterrichts mit den Grundsätzen der Kirchen auch in personeller Hinsicht sicherzustellen<sup>807 808</sup>.

<sup>801</sup> Vgl. oben S. 149.

<sup>802</sup> Vgl. oben S. 75.

<sup>803</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. V, 4, S. 287; Peters, Elternrecht, S. 422.

<sup>804</sup> So Art. 14 Abs. II Verf. NRW; Art. 34 Verf. Rh.-Pf.; Erlaß des Hessischen Ministers für Kultus und Unterricht vom 14. 12. 1948, im Amtsblatt des Hess. Ministeriums für Kultus und Unterricht 1949, S. 42 unter II, 1; Art. 21 Reichskonkordat; Art. 29 Abs. I Verf. Saarl., § 22 SchG Saarland; § 5 SchG Nds.

<sup>805</sup> Die *visitatio* ist nicht etwa der alten geistlichen Schulaufsicht gleichzustellen. Die Aufsicht des Staates bleibt hier unberührt; vgl. Zinn-Stein, Art. 58, Anm. 3, S. 290.

<sup>806</sup> So Art. 39 Abs. II Verf. Württ.-Bad.; Art. 28 Abs. II Verf. Baden; Art. 115 Verf. Württ.-Hsl.; Art. 18 Verf. Bad.-Württ., wo ein Aufsichtsrat der Kirchen gewährt wird; Art. 26 VoSchG Bayern; Art. 14 Abs. II Verf. NRW; § 33 Abs. IV SchG NRW; Art. 34 Verf. Rh.-Pf., wo ein Mitaufsichtsrecht gewährt wird; §§ 70 Abs. II, 71 Abs. III SchG Rh.-Pf.; § 5 SchuG Nds, wo die *visitatio* staatlichen Schulaufsichtsbeamten übertragen ist; Art. 21 RK; Art. 29 Abs. I Verf., Saarland, § 23 SchG Saarland.

<sup>807</sup> So Art. 28 Abs. II Verf. Baden; Art. 39 Verf. Württ.-Bad.; Art. 115 Verf. Württ.-Hsl.; Art. 18 Verf. Baden-Württ.; Art. 136 Abs. IV Verf. Bayern; Art. 14 Abs. I Verf. NRW; Art. 34 Verf. Rh.-Pf.; ebenso der bereits aufgeführte Erlaß des Hess. Ministeriums für Kultus und Erziehung; § 21 Abs. SchG Saarland. Liegt eine derartige landesgesetzliche Regelung vor, so haben die Kirchen die Möglichkeit, durch Entzug der *missio canonica* bzw. der *vocatio* zu erreichen, daß ein Lehrer von der Erteilung des Religionsunterrichtes ausgeschlossen wird. Vgl. unten S. 212 ff.

<sup>808</sup> Die Möglichkeit dieser Mitbeteiligungen der Kirchen wird allgemein bejaht: v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. V, 4, S. 287 f.; Peters, Elternrecht, S. 423 ff.; Wernicke, BK, Art. 7, Anm. II, 3; Hamann, Art. 7, Anm. B 8; Zinn-Stein, Art. 58, Anm. 4, S. 291; Heckel, in: DOV 1950, S. 1 ff.; Kern, Staat und Kirche, S. 134; Geiger, Schule und Staat, S. 24; Maunz, Staat und Schule, S. 5.

Die katholische Kirche beansprucht alle diese Mitwirkungsrechte aus eigenem Recht. Nach can. 1381 CIC unterliegt die religiöse Unterweisung der katholischen Jugend in Schulen aller Art der Aufsicht und Leitung der Kirche. Die Ortsobherhirten haben das Recht und die Pflicht, darüber zu wachen, daß in den Schulen ihres Gebietes nichts gegen den Glauben oder die guten Sitten gelehrt wird oder geschieht; sie sollen die Lehrbücher

c) Fraglich ist lediglich, ob der Staat nach Artikel 7 GG verpflichtet ist, den Kirchen diese Mitwirkung zu gewähren, ob den Kirchen ein grundgesetzlich gesichertes Recht auf diese Mitwirkung zusteht. Wernicke<sup>800</sup> vertritt den Standpunkt, daß der Staat den Kirchen wohl das Recht der *visitatio* und der *missio canonica* bzw. *vocatio* zugestehen könne, es aber nicht müsse, weil — wie Wernicke in Übereinstimmung mit der bereits unter der Weimarer Reichsverfassung vertretenen Auffassung<sup>810</sup> ausführt, — auch für den Religionsunterricht staatliches, nicht kirchliches Recht maßgebend sei. Die Formulierung „unbeschadet des staatlichen Aufsichtsrechts“ in Artikel 7 Absatz III GG zeige, daß das alleinige Aufsichtsrecht des Staates unberührt sei. Außerdem hieße es in Artikel 7 Absatz III Satz 2 GG nicht: „in Übereinstimmung mit den Religionsgemeinschaften“, sondern nur: „in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften“. Die Formulierung des Artikels 7 Absatz III besage nur, wie der Unterricht zu erteilen sei, nicht aber wer ihn zu erteilen habe oder dürfe. Entsprechendes gelte für die *visitatio*.

Demgegenüber wird von Peters<sup>811</sup> die Ansicht vertreten, nur dazu bevollmächtigte Lehrer dürften Religionsunterricht erteilen, da andernfalls der Religionsunterricht formell nicht in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften erteilt würde. Als Mindestmaß kirchlicher Kontrolltätigkeit sei auch die *visitatio* durch Artikel 7 Absatz III Satz 2 GG gewährleistet. Den Kirchen müsse die Kontrolle zugestehen, da nur sie über die Innehaltung der Grundsätze wachen könnten. Andernfalls wäre die Bestimmung des Artikels 7 Absatz III Satz 2 nichts als toter Buchstabe.

d) Eine Klärung der Streitfrage ergibt sich zunächst aus der Entstehungsgeschichte des Artikels 7 Absatz III GG. Im Grundsatzausschuß brachte die CDU/CSU-Fraktion den Entwurf eines Artikels über „Elternrecht und Schule“ ein, dessen Absatz II Satz 2 lautete: „Er wird nach den Grundsätzen der Kirche in ihrem Auftrag und unter ihrer Aufsicht erteilt.“<sup>812</sup> Beabsichtigt war mit dieser Formulierung ein Kontrollrecht und das Erfordernis der *missio canonica* bzw. der *vocatio* für Religionslehrer im Grundgesetz zu verankern, wie die Sprecher der Fraktion unmißverständlich erklärten<sup>813</sup>. Nachdem im Grundsatzausschuß keine Einigung zustande gekommen war, brachte die CDU/CSU-Fraktion diesen Entwurf im Hauptausschuß ein, der dort mit elf gegen fünf Stimmen angenommen wurde, ohne daß über diese Formulierung diskutiert wurde. Erst in der 2. Lesung des Hauptausschusses wurde die Bestimmung „in ihrem Auftrag und unter ihrer Aufsicht“ beseitigt und eine von der FDP-Fraktion vorgeschlagene, der heutigen Formulierung entsprechende Fassung angenommen, wobei ausschlaggebend für die Umformulierung die Bedenken der SPD, FDP und KPD gegen die Beteiligung der Kirchen an der Gestaltung des Religionsunterrichtes waren<sup>814</sup>.

für den Religionsunterricht gutheißend, die Religionslehrer prüfen und ihnen die *missio canonica* erteilen; in dieser Hinsicht haben sie nach katholischem Kirchenrecht das *Visitationsrecht* in allen Schulen. Vgl. Eichmann-Mörsdorf, Bd. 2, S. 402.

<sup>800</sup> Wernicke, BK, Art. 7, Anm. II, 3e; ebenso v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. V, 4, S. 288: „Der Landesgesetzgebung ist hier freie Hand gelassen.“ v. Drygalski, S. 71 f., 88–91, 97, mit weiterem Nachweis.

<sup>810</sup> Landé, S. 198.

<sup>811</sup> Peters, Elternrecht, S. 423 ff.; so auch Dürig, Kath. PSch in Bremen, S. 56 (ohne Begründung); v. Campenhäusen, S. 149–159 f.; Deuschle, S. 140–157; Schmoedel, S. 133–174.

<sup>812</sup> Drucks. Nr. 302; vgl. oben S. 80.

<sup>813</sup> Vgl. HA-Steno, S. 561 f., 564.

<sup>814</sup> Der Abg. Dr. Heuß (FDP) — HA-Steno, S. 564 — glaubte allerdings, daß die *missio canonica* und die *vocatio* und die *visitatio* auch durch die neue Formulierung gewährleistet sei. Sowohl die SPD wie die KPD wandten sich entschieden gegen diese Auslegung. Bezeichnend ist der Zwischenruf des Abg. Dr. Bergstrasser (SPD) auf die Ausführungen des Abg. Brockmann (Zentrum) — HA-Steno, S. 561 —, der die *visitatio* und damit die Fassung der 1. Lesung verteidigte, da garantiert werden müsse, daß das Lehrgut der Kirchen auch wirklich an die Kinder herangebracht werde: „Die Frage ist nur, ob durch kirchliche oder staatliche Organe.“ Der Abg. Schönfelder (SPD) berief sich in derselben Sitzung — HA-Steno, S. 555 — ausdrücklich auf die Regelung in Hamburg. In Hamburg war ein Mitwirkungsrecht der Kirchen seit langem nicht mehr vorhanden. Vgl. auch die Ausführungen des Abg. Renner (KPD) — HA-Steno, S. 559.

Der Antrag der CDU/CSU-Fraktion hatte durch seine Formulierung die Mitwirkungsrechte der Kirchen grundgesetzlich verankern sollen. Dabei bezog sich die Bestimmung: „in ihrem Auftrag“ auf die kirchliche Bevollmächtigung und Beauftragung, d. h. also auf die *missio canonica* und die *vocatio*, und die Bestimmung „unter ihrer Aufsicht“ auf die *visitatio*. Die Tatsache, daß die von der CDU/CSU erstrebten Mitwirkungsrechte von der Mehrheit des Parlamentarischen Rates bei voller Erkenntnis der Sachlage ins Grundgesetz nicht aufgenommen wurden, sondern bewußt auf die Formulierung der Weimarer Reichsverfassung zurückgegriffen wurde, zeigt, daß in Artikel 7 Absatz III GG Mitwirkungsrechte der Kirchen nicht verankert werden sollten, sondern die Rechtslage der Weimarer Reichsverfassung aufrechterhalten werden sollte. Mit Recht meint Klein<sup>815</sup> daher, daß zur Durchführung des Artikels 7 Absatz III Satz 2 GG die gleichen Mittel wie unter der Weimarer Reichsverfassung gegeben seien. Das Recht zur *visitatio* und das Erfordernis der *missio canonica* bzw. der *vocatio* kannte die Weimarer Reichsverfassung aber nicht.

e) Weiter ist auf den Rechtscharakter des Artikels 7 Absatz III Satz 2 GG hinzuweisen. Artikel 7 GG gewährt in seinen Absätzen II, III Satz 3 und IV Satz 1 Grundrechte<sup>816</sup>.

Garantiert ist durch Absatz III Satz 1 GG die Einrichtung des Religionsunterrichtes und durch Absatz III Satz 2, daß der Religionsunterricht in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften erteilt wird. Einrichtungsgarantien aber sind Aussprüche der Verfassung, die auf eine Gewährleistung bestimmter Einrichtungen, nicht aber auf eine Gewährung individueller Rechte abzielen. Sie garantieren die Einrichtung in der Weise, daß sie diese als solche in der Verfassung verankern, ohne sie in allen Einzelheiten ihres Inhalts festzulegen<sup>817</sup>. In Artikel 7 Absatz III Satz 2 ist die Einrichtung des Religionsunterrichtes insofern durch eine materielle Vorschrift ergänzt, als daß dort gesagt wird, wie der Religionsunterricht zu erteilen ist. Dies wird auch von Peters<sup>818</sup> insoweit nicht bestritten. Da aber eine Einrichtungsgarantie kein subjektives Recht gewährt, kann hier ebensowenig wie in Artikel 7 Absatz III Satz 1 GG<sup>819</sup> ein subjektives Recht der Kirchen in Artikel 7 Absatz III Satz 2 GG gewährt worden sein, so daß den Kirchen auch aus diesem Grund ein Mitwirkungsrecht nicht zusteht.

f) Im übrigen bezieht sich Artikel 7 Absatz III Satz 2 GG auf die inhaltliche Gestaltung des Religionsunterrichtes, d. h. auf den dargebotenen Stoff und die Art und Weise der Darbietung. Dies war unter der Weimarer Reichsverfassung anerkannt<sup>820</sup>. Daß das Grundgesetz dies hat ändern wollen, ist nicht ersichtlich und angesichts der Entstehungsgeschichte nicht anzunehmen. In der Tat bestünde kein Unterschied zwischen der Formulierung „in Übereinstimmung mit den Religionsgemeinschaften“ und der in Artikel 7 Absatz III Satz 2 GG gewählten, wenn es tatsächlich darauf ankäme, daß die Kirchen jeder Beauftragung der Lehrer zur Erteilung von Religionsunterricht zustimmen müßten, da dann bereits die Einzelregelung und nicht nur die Grundsätze der Kirchen Beachtung finden würden. Durch eine derartige Regelung würde in die staatliche Schulaufsicht im fachtechnischen Sinne eingegriffen werden, da die Kirchen es wären, die einen Teil der Schulorganisation mitbestimmen würden. Das aber ist gerade durch Artikel 7 Absatz III Satz 2 GG nicht vorgesehen,

<sup>815</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. V, 4, S. 287.

<sup>816</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. II, 6, S. 280; Peters, Elternrecht, S. 403; a. A. nur Heckel, PSchR, S. 206/207, der ohne überzeugende Begründung in allen Sätzen Grundrechte verankert sieht.

<sup>817</sup> Maunz, Staatsrecht, S. 83.

<sup>818</sup> Peters, Elternrecht, S. 403.

<sup>819</sup> Vgl. oben Anm. 790.

<sup>820</sup> Landé, S. 196.



der die alleinige Schulaufsicht auch über den Religionsunterricht dem Staat vorbehält. Es ist daher den Kirchen nicht nur verwehrt, die Person des einzelnen Religionslehrers zu bestimmen — was unbestritten ist<sup>821</sup> —, sondern auch grundgesetzlich nicht gewährleistet, daß nur von den Kirchen bevollmächtigte Lehrer Religionsunterricht erteilen.

g) Ebenso ist im Fall der *visitatio* zu entscheiden. Zwar wird hier die staatliche Schulaufsicht nicht berührt. Sowohl die Qualität des Artikels 7 Absatz III als bloße Einrichtungsgarantie (oben unter e), wie auch die Entstehungsgeschichte (oben unter d) sprechen gegen ein derartiges Recht der Kirchen, da gerade die Verwirklichung der von der CDU/CSU-Fraktion erstrebten kirchlichen Aufsicht im Parlamentarischen Rat nicht durchgesetzt werden konnte<sup>822</sup>. Der Verpflichtung des Staates, den Religionsunterricht in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften zu erteilen, hat Artikel 7 Absatz III Satz 2 GG keinen Forderungsberechtigten gegenübergestellt. Die Regierung ist lediglich dem Parlament und der Öffentlichkeit gegenüber verpflichtet, nicht aber den Interessierten gegenüber, nämlich den Eltern und den Kirchen. Wenn Peters meint, die Kontrollbefugnis der Kirchen erwachse daraus, daß nur die Religionsgemeinschaften, nicht aber der Staat die Übereinstimmung mit den Grundsätzen der betreffenden Kirche feststellen und daher darüber wachen könne, so ist bereits diese Ausgangsbasis unrichtig. Artikel 7 Absatz III Satz 2 GG besagt lediglich, daß die Kirchen Grundsätze aufstellen, die der Staat einzuhalten hat. Der Staat kann an diesen Grundsätzen nichts ändern; er muß sie unbeesehen übernehmen. Ihre richtige Wiedergabe aber vermag auch der Staat sicherzustellen.<sup>822a</sup>

h) Für die Gestaltung der Lehrbücher und Lehrpläne ist die Streitfrage in derselben Weise zu entscheiden. Da Artikel 7 Absatz III Satz 2 GG den Kirchen kein subjektives Recht auf Mitwirkung gewährt, ist der Staat nicht verpflichtet, die Kirchen bei der Gestaltung von Lehrbüchern und Lehrplänen heranzuziehen. Er kann die Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften allerdings wie auf andere Weise so auch durch Verständigung mit den Kirchen sicherstellen — an ihr Einvernehmen ist er rechtlich nicht gebunden<sup>823</sup>.

## 6. Ausnahmen von der Pflicht zur Erteilung von Religionsunterricht

a) Die weitgehende Sicherung des Religionsunterrichts an öffentlichen Schulen ist zunächst dadurch durchbrochen, daß für bekenntnisfreie Schulen keine Pflicht zur Erteilung von Religionsunterricht besteht. Für den Begriff der bekenntnisfreien Schule kann auf das oben Gesagte<sup>824</sup> verwiesen werden. Bekennnisfrei ist eine Schule danach dann, wenn sie durch das von den christlichen Religionsgemeinschaften vertretene Christentum nicht geprägt ist und bestimmungsgemäß kein Religionsunterricht erteilt werden soll. Die Errichtung von öffentlichen bekenntnisfreien Schulen ist nur in Nordrhein-Westfalen in der Form der Weltanschauungsschule vorgesehen<sup>825</sup>, bisher aber nicht verwirklicht<sup>826</sup>.

<sup>821</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. II, 6, S. 280; Peters, Elternrecht, S. 425.

<sup>822</sup> Vgl. oben S. 153 f.

<sup>822a</sup> Das zeigt sich z. B. an Art. 7 des nds. Konkordats vom 26. 2. 1965, dem der § 5 SchG. Nds. entspricht, in dem auch die kath. Kirche zugestanden hat, daß der Religionsunterricht von kirchlicherseits beauftragten staatlichen Beamten überwacht wird, deren Eignung also anerkannt wird.

<sup>823</sup> Konsequenz wäre der religiös-weltanschaulich neutrale Staat allerdings, wenn er den Religionsunterricht den Kirchen vollständig überließe. Indem er nämlich anerkennt, daß die Ordnung der Glaubenslehre nicht seine Sache, sondern eine Angelegenheit der Kirchen ist, wäre es folgerichtig, wenn er den Schluß zöge, den aus der Glaubenslehre zu entwickelnden Religionsunterricht den Kirchen zu überlassen und ihn als wesentlichen Bestandteil der geistlichen Amtsführung gelten zu lassen, etwa wie es in Berlin — § 13 SchG Berlin — erfolgt ist; vgl. Pilocy, S. 19. Dem steht allerdings die positive Regelung des Art. 7 Abs. III GG entgegen.

<sup>824</sup> Vgl. oben S. 92.

<sup>825</sup> Art. 12 Verf. NRW.

<sup>826</sup> Vgl. Schulstatistik NRW.

b) Die Garantie des Religionsunterrichtes als ordentlichem Lehrfach erfährt vor allem durch die Vorschrift des Artikels 141 GG eine weitere Ausnahme, die von größerer Bedeutung ist als die unter a) aufgeführte. Danach findet Artikel 7 Absatz III Satz 1 GG keine Anwendung in einem Lande, in dem am 1. Januar 1949 eine andere landesrechtliche Regelung bestand. Dieses Klausel, bei deren Schaffung zuerst an die Verhältnisse im Lande Bremen gedacht war und die daher als „Bremer Klausel“ bezeichnet wird, ist vor allem für die Länder Bremen und Berlin von Bedeutung<sup>827</sup>. Außerdem gilt Artikel 141 GG für alle Länder und Landesteile, die für einzelne Schulzweige, z. B. für Berufsschulen, keine Erteilung von Religionsunterricht vorsahen<sup>828</sup>.

Die öffentliche Regelvolksschule der beiden Länder Bremen und Berlin ist allerdings keine bekenntnisfreie Schule<sup>829</sup>. Dem stehen sowohl Artikel 32 der Bremer Verfassung wie auch die §§ 1 und 13 des Schulgesetzes für Berlin entgegen, da auch in diesen Schulen christliche Gedanken Beachtung finden. In Bremen wird, wie es in Artikel 32 der Bremer Verfassung heißt, „bekenntnismäßig nicht gebundener Unterricht in Biblischer Geschichte auf allgemein christlicher Grundlage“ erteilt. Dieser Unterricht ist nicht, wie in neuerer Zeit von Spitta und Dürig<sup>830</sup> behauptet worden ist, „Gesinnungsunterricht“ auf „allgemein protestantischer Grundlage“. Weder die Entstehungsgeschichte noch der Sinn und der Wortlaut des Artikels 32 der Bremer Verfassung lassen eine derartige Interpretation zu. Der Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen hat in seinem Urteil vom 23. Oktober 1965<sup>831</sup> überzeugend dargelegt, daß die Entstehungsgeschichte eine derartige Folgerung nicht erlaubt. Der „Unterricht in Biblischer Geschichte“ ist vielmehr ein konfessionell indifferenter, nicht konfessioneller Unterricht, der der Wissensübermittlung in Biblischer Geschichte dient und daher kein Religionsunterricht, sondern ein Unterricht in Religionskunde ist<sup>832 833 834</sup>. In Berlin wird zwar kein staatlicher, wohl aber kirchlicher Religionsunterricht erteilt. In Bremen und in Berlin bestehen daher Gemeinschaftsschulen, nicht aber bekenntnisfreie Schulen.

Tritt in einer derartigen Schule ein anderer weltanschaulich gebundener oder orientierter Unterricht an die Stelle des Religionsunterrichtes, wie im Lande Bremen, so haben die Eltern in entsprechender Anwendung von Artikel 7 Absatz II GG das Recht, über die Teilnahme an diesem Unterricht zu bestimmen<sup>835</sup>.

<sup>827</sup> Art. 32 Verf. Bremen: „Die allgemein bildenden öffentlichen Schulen sind Gemeinschaftsschulen mit bekenntnismäßig nicht gebundenem Unterricht in Biblischer Geschichte auf allgemein christlicher Grundlage.“ §§ 13 ff. SchG Berlin.

<sup>828</sup> Gegen die Ansicht Peters' — Elternrecht, S. 421 — und Dürigs — kath. Pösch in Bremen, S. 54 —, daß für die Länder, die den Regelzustand des Art. 7 Abs. III GG übernehmen, das Privileg des Art. 141 GG konsumiert sei und die Länder dann an Art. 7 Abs. III GG gebunden seien, spricht der Wortlaut, der Sinn und die Entstehungsgeschichte. Daß die Länder, die unter die Regelung des Art. 141 GG fallen, Religionsunterricht einführen und wieder abschaffen können, hatte der Abg. Dr. v. Brentano als Berichterstatter im Plenum des Parlamentarischen Rates — Stenobericht, S. 192, vgl. oben S. 84 — festgestellt, ohne daß ihm widersprochen wurde. Nach dem Wortlaut ist keine Begrenzung des Privilegs vorgesehen, nach dem Art. 7 Abs. III Satz 1 GG keine Anwendung“ findet. Der Sinn der Vorschrift liegt gerade darin, die genannten Länder von der bundeseinheitlichen Regelung auszunehmen, d. h. ihnen volle Freiheit hinsichtlich des Religionsunterrichts zu geben. Wie hier auch Deuschle, S. 128.

<sup>829</sup> So aber: Mangoldt, in: AöR, Bd. 75, S. 286; ders., Kommentar, S. 644; Holzkotten, BK, Art. 141, Anm. II, 1a; Heckel in: DVV 1950, S. 4. Wie hier: StGH Bremen, NJW 1966, 36 = DVV 1965, S. 812; Maurer, S. 81.

<sup>830</sup> Spitta, Art. 32, S. 81 ff.; Dürig, kath. Pösch in Bremen, S. 23 f.

<sup>831</sup> StGH Bremen, NJW 1966, S. 36 = DVV 1965, S. 812.

<sup>832</sup> So auch Barion, in: DVV 1966, S. 362 und 364; Feuchte-Dallinger, in: DVV 1967, S. 370, Anm. 70.

<sup>833</sup> Die Bremer Schule ist nicht christliche Gemeinschaftsschule, da nicht der gesamte Unterricht auf christlicher Grundlage erteilt wird. Die Worte „auf allgemein christlicher Grundlage“ beziehen sich nur auf den Unterricht in Biblischer Geschichte! StGH Bremen, NJW 1966, S. 36 = DVV 1965, S. 812. Die Bremer Schule ist erst recht nicht, auch nicht „der Sache nach“, allgemein-evangelische Bekenntnisschule — so aber Dürig, kath. Pösch in Bremen, S. 30 f., 36 und 54 — oder „Gemeinschaftsschule der protestantischen Bekenntnisse“ — so Dürig, z. 4. O., S. 24 —, da weder der „Unterricht in Biblischer Geschichte“ evangelischer Religionsunterricht, noch der gesamte übrige Unterricht bekenntnismäßig durchformt ist; die Zitate Dürigs (a. a. O., S. 18—22) aus der Bürgerschaftsdebatte vom 8. November 1961 und aus den Lehrplänen und dem Lehrmaterial beziehen sich stets nur auf den Unterricht in Biblischer Geschichte.

<sup>834</sup> Fleig, Elternrecht, S. 41 f., wirft die Frage auf, ob Art. 141 GG eine verfassungswidrige Norm darstelle, weil ein Verstoß gegen die Gewissensfreiheit vorliege. Wenn in der Schule kein Religionsunterricht erteilt wird, so ist ein Verstoß gegen das Elternrecht oder gegen Art. 4 Abs. I GG nicht ersichtlich, da den Eltern stets die Möglichkeit bleibt, durch eigene Initiative für die religiöse Unterrichtung zu sorgen.

<sup>835</sup> Maurer, S. 117/118.

## 7. Bedeutung des Artikels 7 Absatz III Satz 1 und 2 GG für das Verhältnis von Staat und Kirche

Dadurch, daß der Staat den Religionsunterricht zum integrierenden Bestandteil seiner schulischen Erziehungsarbeit gemacht hat, ist ein ursprüngliches und ureigenes Anliegen der Kirchen auch zu einem staatlichen erklärt. Der Staat will eine ihrem Wesen nach kirchliche Funktion im Rahmen des staatlichen Unterrichtsorganismus wahrnehmen. Die religiöse Bildung und die religiöse Haltung aller Schüler gehört zum Ziel der Schule und ist ein nicht wegzudenkender Bestandteil der Schulerziehung und -arbeit<sup>836</sup>. Diese beiden im Grundgesetz zugelassenen Ausnahmen fallen demgegenüber nicht ins Gewicht. Während Artikel 141 GG nur für kleine Teile Deutschlands Bedeutung hat, ist die bekenntnisfreie öffentliche Schule überhaupt noch nicht realisiert. Im übrigen wäre es eine verfassungswidrige Umgehung des Artikels 7 Absatz III GG, wenn die Länder die bekenntnisfreie Schule als staatliche Regelschule einführen würden, indem sie entweder die bestehenden Gemeinschaftsschulen für Schulen erklären, in denen kein Religionsunterricht erteilt wird, oder die christlichen Gemeinschaftsschulen und Bekenntnisschulen in bekenntnisfreie Schulen umwandeln<sup>837</sup>. Das Grundgesetz geht davon aus, daß in der Regel Religionsunterricht zu erteilen ist und daß nur ausnahmsweise bekenntnisfreie Schulen bestehen.

Die öffentlichen Schulen sind damit an den Wirkungskreis der Kirchen herangeführt. Dies zeigt sich vor allem an der Gestaltung des Religionsunterrichts in zahlreichen Ländern. Obwohl sich aus Artikel 7 Absatz III GG kein Anspruch der Kirchen auf Mitwirkung an der Gestaltung des Religionsunterrichtes ableiten läßt, haben die Länderverfassungen und Ländergesetze weitgehend Artikel 7 Absatz III ergänzt und die Mitwirkung der Kirchen sichergestellt<sup>838</sup>. Damit ist der Religionsunterricht ausgesprochenermaßen in den Verantwortungsbereich der Kirchen gestellt, denen auf diesem Wege ein Einfluß auf die schulische Erziehung der Jugend eingeräumt ist. So haben sich Staat und Kirche im Religionsunterricht heute zu einer engen „Arbeitsgemeinschaft“ bereit gefunden, die in direktem Gegensatz zu der amerikanischen Verfassung und Schulverwaltungspraxis steht, und in der ein Gegeneinander- oder auch nur Nebeneinanderarbeiten von Staat und Kirche vermieden ist. Der Religionsunterricht ist eins der letzten Stücke, welches von der Verbindung von Staat und Kirche aus den Tagen Konstantins übriggeblieben ist.

## II. Die Zulässigkeit der Errichtung und Darbietung von öffentlichen Bekenntnis-, Weltanschauungs- und christlichen Gemeinschaftsschulen

### 1. Die Durchbrechung der staatlichen Neutralität durch die Ausgestaltung des Schulwesens

Der zweite Bereich im Rahmen des Schulrechts, auf dem die Interessen der Kirchen und des Staates aufeinanderstoßen, ist der der grundsätzlichen Durchformung der Schule von einer gewissen Geisteshaltung her. Wie oben<sup>839</sup> bereits gezeigt wurde, ist dies das Gebiet, auf dem vor allem die katholische, in

<sup>836</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. V, 2, S. 285/286. Zur kulturhistorischen, pädagogischen und theologischen Rechtfertigung dieser Integration vgl. v. Campenhausen, S. 146—149. Richtig v. Zezschwitz, in: JZ 1966, S. 342: „Da der Staat sachliche und persönliche Mittel für die Veranstaltung des Religionsunterrichts bereitstellt, und da er überhaupt nur durch Rechtsakte seiner Organverwalter wirksam wird, ist eine partielle in der Person des Organwalters stattfindende Identifikation des Staates mit absoluten Glaubenswerten nicht zu leugnen. Darin liegt die Systemwidrigkeit für die staatliche Neutralität.“ Damit ist jedoch nichts gegen die sachliche Rechtfertigung der Integration des Religionsunterrichts in die schulische Arbeit gesagt.

<sup>837</sup> So zutreffend Holzkotten, BK, Art. 141, Anm. II, 4; Peters, Elternrecht, 417.

<sup>838</sup> Vgl. oben S. 152. Selbst wo keine ausdrücklichen Bestimmungen über die Mitwirkung der Kirchen bestehen, findet heute eine enge Zusammenarbeit zwischen Schulverwaltung und Kirchen statt, die die Mitwirkung der Kirchen sicherstellt.

<sup>839</sup> Vgl. oben S. 94 ff.

geringerem Maße allerdings auch die evangelische Kirche die Forderung stellt, daß der Staat die Schulen im Geiste des Bekenntnisses ausgestaltet und das religiöse Moment zum tragenden Element der Schularbeit, vor allem in der Volksschule, überhaupt macht. Dieser Forderung ist in weiten Teilen Deutschlands nachgegeben worden.

Wenn der Staat religiös oder weltanschaulich gebundene Schulen errichtet, so gibt er seinen Institutionen eine betont weltanschaulich-religiöse Zweckrichtung, er übernimmt für diese Institution den geistigen Gehalt des entsprechenden Bekenntnisses und legt es dieser Institution zugrunde; der Staat identifiziert sich insofern mit diesem Bekenntnis und tritt aus seiner Indifferenz heraus<sup>840</sup>. Dies wird besonders deutlich im Fall der Bekenntnisschule, bei der eine bestimmte ausgeprägte Konfession zum Leitbild des staatlichen Handelns wird. Der Staat übernimmt hier die Vorstellungen einer Kirche und macht sie — wenigstens für die Institution der Schule — zu seinen eigenen. Entsprechendes gilt im Fall der öffentlichen Weltanschauungsschule. Das gleiche gilt aber auch im Fall der christlichen Gemeinschaftsschule, wenn auch in geringerem Maße<sup>841</sup>. Hier bekennt sich der Staat zu den gemeinsamen fundamenta beider Konfessionen, der evangelischen und der katholischen. Es erscheint allerdings nicht als zutreffend, wenn Maurer<sup>842</sup> ausführt, daß der Staat sich „zu einer Schule mit weltanschaulicher Prägung im Sinne eines überkonfessionellen Christentums bekennt und von sich aus die verschiedenen Bekenntnisse in einen Topf mengt“. Das wäre in der Tat die Schaffung eines neuen Bekenntnisses durch den Staat, was in einem freiheitlichen Staat weder rechtlich möglich noch praktisch versucht worden ist.

Nun wird geltend gemacht, daß der Staat ähnliches tue, wenn er die Schulen bekenntnismäßig neutral, d. h. als Gemeinschaftsschulen, ausgestaltet, da der Staat sich dann mit anderen Wertvorstellungen, „und sei es mit der Konfession der Konfessionslosen oder der Konfessionsfreien“ identifizierte<sup>843</sup>. Es kann zwar keine Frage sein, daß die heutige Schule nicht nur der Vermittlung von Lernstoff, sondern gleichzeitig der Erziehung dienen soll, die den Menschen in seiner Grundhaltung formt<sup>844</sup>. Doch besteht zwischen der Gemeinschaftsschule und einer religiös-weltanschaulich gebundenen Schule ein wesentlicher Unterschied. Während in der Bekenntnisschule oder in einer Weltanschauungsschule der Staat sich mit einem bestimmten Bekenntnis identifiziert und sein *bracchium saeculare* dazu leiht, die Kinder im Sinne der bestimmten Geisteshaltung zu erziehen, überläßt er in der Gemeinschaftsschule die Erziehung in einer religiös-weltanschaulich ausgeprägten Geisteshaltung den Eltern. Der Staat identifiziert sich daher nicht mit dem „Bekenntnis der Bekenntnislosen“, sondern überläßt die Frage des Bekenntnisses gerade dem Individuum, erzieht aber weder zu einem Bekenntnis noch zur Bekenntnislosigkeit<sup>845</sup>. Von einer Durchbrechung des Neutralitätsprinzipes kann daher nur im Fall der religiös oder weltanschaulich gebundenen Schule gesprochen werden.

<sup>840</sup> So auch Stein, *Elternrecht*, S. 29; v. Zezschwitz, in: JZ 1966, S. 341, Anm. 31 — vgl. auch oben Anm. 836. A. A. (ohne Begründung) Feuchte-Dallinger, in: DÖV 1967, S. 374.

<sup>841</sup> So auch Maurer, S. 83.

<sup>842</sup> Maurer, S. 83; seine weiteren Ausführungen auf S. 101 f. sprechen im übrigen gegen diese Behauptung. Wenn Maurer die überkonfessionelle christliche Gemeinschaftsschule als eine geringere Gewissensbelastung als die Konfessionsschule ansieht, so gesteht er damit ein, daß in der christlichen Gemeinschaftsschule eben zu keinem bestimmten Bekenntnis erzogen wird. Diese Schule kann nur eine geringere Gewissensbelastung sein, weil sie nicht gegen, sondern ohne die konfessionelle Komponente erzieht.

<sup>843</sup> Geiger, *Schule und Staat*, S. 38.

<sup>844</sup> Vgl. oben S. 13 f.; Heckel, *PSchR*, S. 224; Peters, *Elternrecht*, S. 405; Geiger, *Schule und Staat*, S. 15; so ausdrücklich Art. 131 Abs. 1 Verf. Bayern; vgl. auch Art. 56 Abs. IV Verf. Hessen; Art. 12 Abs. 1 Verf. Bad.-Württ.; Art. 26 Verf. Bremen; Art. 33 Verf. Rh.-Pf.

<sup>845</sup> Letzteres kann man nur in den Schulen der „DDR“ annehmen, vgl. oben S. 78.

## 2. Die Zulässigkeit dieser Durchbrechung der Neutralität

### a) Bekenntnis- und Weltanschauungsschulen

Es fragt sich nun, wie weit der Staat sich der Pflege eines bestimmten Bekenntnisses, einer Weltanschauung oder allgemein christlicher Gedanken mit seinen Institutionen annehmen darf, d. h. ob der Staat sich mit einer bestimmten Geisteshaltung im Schulrecht identifizieren darf.

Gezeigt war, daß der weltanschauungsneutrale Staat von den Dingen der Religion oder Weltanschauung keine Kenntnis nimmt, daß er dafür kein Organ hat, daß er sich mit religiösen Lehren nicht identifiziert. Sollte es daher im Grundgesetz keine positive Norm geben, die dem Staat den Unterhalt von religiös gebundenen oder bestimmten Schulen gestattet<sup>646</sup>, wäre die Verfassungsmäßigkeit der Errichtung derartiger öffentlicher Schulen — wie im amerikanischen Verfassungsrecht — in Frage gestellt.

Die Bekenntnisschule wird im Grundgesetz in zwei Absätzen des Artikels 7 GG erwähnt, und zwar zunächst mittelbar in Artikel 7 Absatz III Satz 1 GG insofern, als dort bekenntnisfreie öffentliche Schulen von der Erteilung des Religionsunterrichts befreit werden. Da der Gegensatz zur bekenntnisfreien Schule aber jede Schule ist, die nicht vollkommen auf eine religiöse Bindung verzichtet, muß sowohl die Bekenntnisschule als auch die christliche Gemeinschaftsschule und die Gemeinschaftsschule, in der Religionsunterricht erteilt wird, als nicht bekenntnisfrei angesehen werden<sup>647</sup>, so daß aus Artikel 7 Absatz III Satz 1 GG kein Schluß auf die Zulässigkeit der Bekenntnisschulen zu ziehen ist. Die Bekenntnisschule findet eine weitere Erwähnung im Zusammenhang mit der Freiheit, Privatschulen errichten zu dürfen, in Artikel 7 Absatz V GG. Der für die hier erörterte Frage wichtige Teil dieser Bestimmung lautet: „Eine private Volksschule ist nur zuzulassen, . . . auf Antrag von Erziehungsberechtigten, wenn sie als Gemeinschaftsschule, als Bekenntnis- oder Weltanschauungsschule errichtet werden soll und eine öffentliche Volksschule dieser Art in der Gemeinde nicht besteht.“ Artikel 7 Absatz V GG schließt gedanklich an Artikel 7 Absatz IV GG insofern an, als er das Recht, Privatschulen zu errichten, an bestimmte Voraussetzungen knüpft und über die allgemeinen Voraussetzungen der Sätze 2, 3 und 4 des Absatzes IV hinaus weitere, zusätzliche und erschöpfende Zulassungsbedingungen aufstellt<sup>648</sup>. Wenn Artikel 7 Absatz V GG das Recht, eine Bekenntnisschule oder Weltanschauungsschule als private Schule zu errichten, davon abhängig macht, daß eine Schule dieser Art in der Gemeinde nicht besteht, so setzt er voraus, daß der Staat derartige Schulen in den Gemeinden errichten kann, da andernfalls die Einschränkung des Absatzes V überflüssig wäre<sup>649</sup>. Keinesfalls ist es die Tendenz dieser Bestimmung, das Volksschulwesen in private Hände übergehen zu lassen. Der Staat geht vielmehr nach wie vor davon aus, daß dem öffentlichen Schulwesen ein Vorrang zukommt und daß die Jugend nach Möglichkeit in öffent-

<sup>646</sup> Die Frage der Erzwingbarkeit des Besuchs einer derartigen Schule ergibt sich erst im Anschluß an die Berechtigung zur Errichtung und Darbietung. Sie wird im folgenden zu untersuchen sein.

<sup>647</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. II, 3, S. 287; Heckel, in: DOV 1953, S. 593.

<sup>648</sup> Heckel, PSchR, S. 228; v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. VII, 1, S. 297; Wernicke, BK, Art. 7, Anm. II, 5; Zinn-Stein, Art. 61, Anm. 5, S. 304; vgl. unten S. 199 ff.

<sup>649</sup> So auch: v. Campenhausen, S. 173; Deuschle, S. 59; H. Heckel, in: DOV 1953, S. 593; Link, in: BayVBl. 1966, S. 304; Maunz, in: Maunz-Dürig, Art. 7, RNr. 46; Polewsky, S. 59; Obermayer, in: DOV 1967, S. 16; ders., in: Rechtsgutachten, S. 25; Scheuner, Rechtsgutachten, S. 14; E. Stein, in: RdJ 1967, S. 33; Toews, S. 70; H. Weber, in: JuS 1966, S. 443; BVerwG Urt. vom 13. 12. 1963, BVerwGE 17, 267 = MDR 1964, S. 441 = DVBl 1964, S. 279; BVerwG Urt. vom 17. 9. 1964, BVerwGE 19, 252, 259. A. A. H. Krüger, vgl. oben S. 111; Fischer, Bekenntnisschule, S. 30; ders., in: Vorgänge, S. 302; Art. 7, Abs. V GG gehe vom Bestehen öffentlicher Bekenntnisschulen aus, ohne über deren Verfassungsmäßigkeit eine Aussage zu treffen; der Grundsatz staatlicher Neutralität verbiete Bekenntnisschulen. Ähnlich wohl auch v. Zschschwitz, in: JZ 1966, S. 341, Anm. 34.

lichen Schulen zu erziehen ist<sup>850</sup>, und zwar auch in Bekenntnis- und Weltanschauungsschulen, wie sich aus der bloßen Existenz des Artikels 7 Absatz V GG entnehmen läßt.

Unter Bekenntnisschulen im Sinne des Artikels 7 Absatz V GG wird von der überwiegenden Meinung die Bekenntnisschule im materiellen Sinne verstanden<sup>851</sup>. Demgegenüber hat Redelsberger<sup>852</sup> behauptet, daß sich aus Artikel 7 Absatz V keine Schlußfolgerung auf die Zulässigkeit der Bekenntnisschulen ziehen lasse. Artikel 7 Absatz V GG habe lediglich die Bekenntnisschule im formellen Sinne im Auge gehabt, da weder im Zweiten Reich noch in der Weimarer Zeit der Begriff der materiellen Bekenntnisschule in Lehre und Praxis ein Rechtsbegriff gewesen sei und das Bonner Grundgesetz darin keine Änderung gebracht habe. Im Ergebnis kommt Redelsberger allerdings doch dazu, dem Staat die Errichtung von Bekenntnisschulen zu gestatten, wenn auch unter der Auflage, daß stets eine Gemeinschaftsschule vorhanden sei und die Eltern zustimmten. Er beruft sich dafür auf die Kulturautonomie der Länder<sup>853</sup>. Da aber die Kulturautonomie der Länder nur im Rahmen des Grundgesetzes ausgeübt werden kann, bedarf es hier doch noch einer Erörterung der Überlegungen Redelsbergers. Wenn Artikel 7 Absatz V GG tatsächlich nur Bekenntnisschulen im formellen Sinne im Auge hätte, so wäre es allerdings zweifelhaft, ob angesichts des Grundsatzes der staatlichen Neutralität Bekenntnisschulen im materiellen Sinne zulässig wären.

Redelsberger versucht nachzuweisen, daß die Weimarer Reichsverfassung nur Bekenntnisschulen im formellen Sinne gekannt hätte. Aber abgesehen davon, daß er im wesentlichen Autoren zitiert, die als Gegner der Bekenntnisschulen zu bezeichnen sind, so daß seine geschichtlichen Erörterungen nicht zu überzeugen vermögen<sup>854</sup>, kann das Problem nicht aus den unter dem Abschnitt „Bildung und Schule“ gegebenen Bestimmungen der Weimarer Reichsverfassung gelöst werden, da Artikel 174 WRV den Zustand der Schularten in den Ländern festlegte, bis ein Reichsgesetz ergangen war. Dieses Reichsgesetz ist nie ergangen. In den einzelnen Ländern aber bestanden Bekenntnisschulen im materiellen Sinne<sup>855</sup>. Daß das Preußische VUG lediglich nach formellen Gesichtspunkten abgrenzte, kann daran nichts ändern.

Auch während der Schaffung des Grundgesetzes war man sich darüber im klaren, daß es um Bekenntnisschulen im materiellen Sinne ging, als die CDU/CSU, das Zentrum und die DP diese Schulform im Grundgesetz als von den Eltern zu bestimmende durchsetzen wollten. Das schon deshalb, weil es den katholischen Parlamentariern nicht ausgereicht hätte, lediglich formelle Bekenntnisschulen zu haben, ohne ihre Kinder im Sinne ihres Bekenntnisses in der öffentlichen Schule erzogen zu sehen, wie die katholische Kirche es fordert. Weiter ergibt sich aus der Zulassung von Weltanschauungsschulen als öffentlichen Schulen, die ebenso wie Bekenntnisschulen in Artikel 7 Absatz V GG als öffentliche Schulen vorausgesetzt werden und damit erkennbar verfassungsmäßig zulässig sind, daß Bekenntnisschulen solche materiellen Gehalts sein können. Weltanschauungsschulen sind nämlich stets — auch unter der Wei-

<sup>850</sup> Vgl. unten S. 211 ff.

<sup>851</sup> Peters, Elternrecht, S. 410; v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. VII, 3, S. 298; Maunz, Staatsrecht, S. 118.

<sup>852</sup> Redelsberger, in: DOV 1954, S. 102 ff.

<sup>853</sup> Redelsberger schreibt: „Da die Gestaltung der öffentlichen Schule als Bekenntnis- oder Gemeinschafts- oder Weltanschauungsschulen den Ländern auf Grund ihrer Kulturautonomie überlassen ist, und eine ausdrückliche Beschränkung im Grundgesetz nicht vorgesehen ist, steht an sich nichts im Wege, daß die Länder Bekenntnisschulen im materiellen Sinne einrichten.“ — Daß das Problem nicht einfach mit dem Hinweis auf die Kulturautonomie gelöst werden kann, zeigen Krügers Ausführungen — vgl. oben S. 111 f. und die Überlegungen dieser Arbeit.

<sup>854</sup> So auch Heckel, in: DOV 1954, S. 144; Maurer, S. 85.

<sup>855</sup> Huber, in: AöR, Bd. 22, S. 100; vgl. für die bayerischen Schulen: Piloty, S. 15.

marer Reichsverfassung — solche Schulen gewesen, deren gesamter Unterricht auf der Grundlage einer bestimmten Weltanschauung ausgerichtet war. Was aber für die Weltanschauungsschulen recht ist, ist für die Bekenntnisschulen billig. Schließlich ergibt die Erwähnung der Bekenntnisschule im Zusammenhang mit der Privatschule, daß hier auch materielle Bekenntnisschulen für die öffentlichen Schulen gemeint sind. Ohne Zweifel dürfen Privatschulen an einem bestimmten Bekenntnis ausgerichtet sein. Wenn Artikel 7 Absatz V GG die Errichtung privater Schulen, die aus dem Bekenntnis materiell gestaltet sein dürfen, von dem Fehlen einer gleichartigen öffentlichen Volksschule abhängig macht, so muß es dem Staat auch gestattet sein, öffentliche Bekenntnisschulen materieller Art zu errichten, schon um die Errichtung derartiger Privatschulen verhindern zu können. Denn wenn auch kein Schulmonopol mehr besteht, so besteht doch nach wie vor der Vorrang der öffentlichen Schulen nach dem Grundgesetz<sup>556</sup>.

Aus Artikel 7 Absatz III Satz 2 GG schließt Redelsberger für die gegenwärtige Verfassungslage, daß lediglich der Religionsunterricht in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften erteilt werden dürfe, da andernfalls diese Bestimmung überflüssig wäre. Artikel 7 Absatz III Satz 2 GG aber schreibt lediglich ein Minimum von religiöser Bindung für alle Schulen (mit Ausnahme der bekenntnisfreien), also auch der Gemeinschaftsschulen, vor. Artikel 7 Absatz III Satz 2 GG steht daher einer weitergehenden Durchdringung der Schule mit dem Geist eines Bekenntnisses nicht entgegen<sup>557</sup>.

Redelsberger will weiter aus Artikel 7 Absatz III Satz 3 GG, wonach kein Lehrer gegen seinen Willen verpflichtet werden darf, Religionsunterricht zu erteilen, schließen, daß die Bekenntnisschule in Artikel 7 Absatz V GG lediglich im formellen Sinne zu verstehen ist. Es würde dem Sinn dieser Vorschrift widersprechen — so meint er —, wenn ein Lehrer zwar die Erteilung von Religionsunterricht ablehnen dürfe, aber gezwungen werden könne, den gesamten anderen Unterricht gegen seine Gewissensentscheidung im Geiste eines Bekenntnisses erteilen zu müssen. Dieser Überlegung ist zwar insofern zuzustimmen, als ein Lehrer in der Tat nicht zu einer bekenntnismäßigen Erteilung des Unterrichts gezwungen werden kann<sup>558</sup> — hiergegen schützt ihn Artikel 4 Absatz I GG, der insofern den Minimalenschutz des Artikels 7 Absatz III Satz 3 GG ergänzt. Aber gegen die Institution der materiellen Bekenntnisschule kann daraus nichts abgeleitet werden. Ein derartiger Lehrer ist dann eben ungeeignet für eine Bekenntnisschule<sup>559</sup> und kann versetzt werden, worin keine Benachteiligung im Sinne des Artikels 4 Absatz I GG gesehen werden kann, da jeder Beamte mit der Versetzung an eine gleichartige andere Stelle rechnen muß<sup>560</sup>. Gegen das Institut der Bekenntnisschule im materiellen Sinn läßt sich daraus nichts ableiten. Für den Staat entsteht lediglich das praktische Problem, Lehrer zu finden, die bereit sind, an einer Bekenntnisschule zu unterrichten.

Wenn somit das Grundgesetz in Artikel 7 Absatz V GG mittelbar anerkennt, daß der Staat Bekenntnisschulen im materiellen Sinn zu errichten und zu unterhalten berechtigt ist, so geschieht das unter Durchbrechung des Neutralitätsprinzipes, wie es in Artikel 3, 4, 33 und 140 GG zum Ausdruck gekommen ist. Da Artikel 7 Absatz V GG sich speziell mit der Frage der Schulordnung befaßt, ist er insofern als *lex specialis* gegenüber den genannten Grundrechtsartikeln anzusehen, als der Unterhalt von Bekenntnisschulen betroffen ist<sup>561</sup>.

<sup>556</sup> Vgl. unten S. 211 ff.

<sup>557</sup> So auch Maurer, S. 85.

<sup>558</sup> Vgl. unten S. 225 ff.

<sup>559</sup> Vgl. unten S. 225 ff.; so auch Maurer S. 85.

<sup>560</sup> Hamel, S. 73/74; BadStGH, DVBl 1950, S. 275; BayVGH, Bay. VBl 1958, S. 58; vgl. unten S. 225 ff.

<sup>561</sup> So auch Heckel, in: DOV 1953, S. 595/596.

Hier gilt das gleiche wie für die Weimarer Reichsverfassung: der Schulartikel steht neben den allgemeinen Vorschriften, die das Verhältnis Bürger—Staat normieren und das Selbstverständnis des modernen Staates ausmachen. Die Artikel 3, 4, 33 und 140 GG können daher nicht gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Bestehens von staatlichen Bekenntnisschulen überhaupt ins Feld geführt werden, da Artikel 7 Absatz V GG die Bekenntnisschulen institutionell garantiert<sup>862</sup>, ohne daß damit über die Voraussetzung ihrer Errichtung im einzelnen etwas ausgesagt wäre.

Die heutigen bundesrechtlichen Bestimmungen verbieten die Darbietung von öffentlichen Bekenntnisschulen jedenfalls nicht generell. Die Durchbrechung des Neutralitätsprinzips liegt in dem Einsatz von Staatsmitteln<sup>863</sup> für ein bestimmtes Bekenntnis, in der Identifizierung des Staates mit den Lehren des betreffenden Bekenntnisses und in der Verbreitung der Glaubenslehre mit seinen eigenen Institutionen<sup>864</sup>.

Was hier für die Zulässigkeit von Bekenntnisschulen gesagt wurde, gilt in gleicher Weise für die Zulässigkeit von Weltanschauungsschulen, die Artikel 7 Absatz V GG in einem Zuge mit der Bekenntnisschule nennt und sie daher ebenso als staatliche Schule voraussetzt. Die Gleichsetzung entspricht im übrigen der im Grundgesetz durchgängig durchgeführten Gleichsetzung von Glauben und Weltanschauung. Insofern durchbricht der Staat auch hier seine religiös-weltanschauliche Neutralität.

## b) Die christliche Gemeinschaftsschule

Die Zulässigkeit der Unterhaltung von christlichen Gemeinschaftsschulen ergibt sich daraus, daß diese gegenüber der Bekenntnisschule eine geringere Identifizierung des Staates mit dem geistigen Gehalt der Religion darstellt, da hier nur die den Konfessionen gemeinsamen fundamenta unterstützt werden. Wenn der Staat sich aber in dem starken Maß einer Bekenntnisschule für religiöse Belange einsetzen darf, so kann ex argumento a maiore ad minus geschlossen werden, daß er auch christliche Gemeinschaftsschulen unterhalten darf.

Der Begriff Gemeinschaftsschule des Artikels 7 Absatz V GG ist inhaltlich nicht näher festgelegt. Bereits bei der Schaffung des Grundgesetzes gab es sowohl allgemeine, als auch christliche Gemeinschaftsschulen. Die Freiheit der Länder, die Ausgestaltung der Schulen zu regeln, sollte nicht durch eine irgendwie geartete Typisierung festgelegt werden. In der „Gemeinschaftsschule“ des Artikels 7 Absatz V GG ist daher auch die christliche Gemeinschaftsschule enthalten, die so eine zusätzliche, grundgesetzliche Legitimierung erhält.

Stein<sup>865</sup> versucht, eine weitere Begründung für die Zulässigkeit von christlichen Gemeinschaftsschulen zu geben. Da Artikel 7 Absatz III GG die Erteilung von Religionsunterricht in allen Schulen außer den bekenntnisfreien, also auch in den Gemeinschaftsschulen, zur Pflicht gemacht habe, gehe das Grundgesetz

<sup>862</sup> Hamann, Art. 7, Anm. A 3. Dieselben Überlegungen liegen Landés Frage in: Thoma-Anschütz, S. 717, zugrunde: „Ob und inwieweit die Teilung des öffentlichen Unterrichtswesens in einzelne Schulkörper unter dem Gesichtspunkt möglicher Zusammenfassung von Lehrenden und Lernenden gleichen Bekenntnisses und der gleichen Weltanschauung zu geschehen hat oder ob dieser Gesichtspunkt für die Organisation von vornherein ausscheiden muß.“ Diese Frage beantwortet er dahin, daß Art. 146 WRV in Form eines Kompromisses diese Frage dahin entschieden habe, daß unter bestimmten Voraussetzungen auf Antrag der Erziehungsberechtigten auch Volksschulen eines Bekenntnisses zu errichten sind.

<sup>863</sup> Mittel der gewährenden Verwaltung, ob auch Zwangsmittel für Bekenntnisschulen eingesetzt werden dürfen, bedarf der besonderen Erörterung — vgl. unten S. 180 ff.

<sup>864</sup> Daher zu Recht Wolff, II, S. 346: „Unterricht und Erziehung sind in der BRD nicht nur fachlich, sondern — ungeachtet der Bekenntnisneutralität des Bundes und der Länder — auch weltanschaulich ausgerichtet“; ebenso Heckel-Seipp, S. 48.

<sup>865</sup> Stein, in: NJW 1950, S. 659.



von dem Begriff der Gemeinschaftsschule in dem bisher überlieferten Sinn der „christlichen Gemeinschaftsschule“ aus. An diesem Rechtszustand werde auch dadurch nichts geändert, daß einzelne Landesverfassungen ihre Schulen nicht mehr als „christlich“ bezeichneten. Diese Argumentation vermag allerdings nicht zu überzeugen. Denn es ist zweierlei, ob Religionsunterricht als ein Fach unter anderen Fächern erteilt wird, oder ob der gesamte Unterricht im Geiste des Christentums erteilt wird. Wie oben bereits ausgeführt wurde<sup>866</sup>, schreibt zwar Artikel 7 Absatz III GG vor, daß Religionsunterricht in der Gemeinschaftsschule zu erteilen ist, besagt aber nichts über deren sonstige innere Ausgestaltung. Die Gemeinschaftsschule braucht sich in der Gestaltung der übrigen Unterrichtsfächer von der bekenntnisfreien Schule durch nichts zu unterscheiden. Die christliche Gemeinschaftsschule aber ist gerade eine Schule, deren gesamter Unterrichtsbetrieb „christlich“ ist. Aus der Erteilung oder Nichterteilung von Religionsunterricht kann daher nicht auf den Charakter und damit auf die Zulässigkeit einer Schulart geschlossen werden.

### c) Das Ergebnis der Entstehungsgeschichte

Die Richtigkeit dieser unter a) und b) dargelegten These zeigt sich im übrigen an der Entstehungsgeschichte des Artikels 7 GG<sup>867</sup>. Zwar gelang es den Fraktionen der CDU/CSU, der DP und des Zentrums nicht, eine Bestimmung im Grundgesetz zu verankern, wonach der Wille der Erziehungsberechtigten für die religiös-weltanschauliche Ausgestaltung der Schule entscheidend sei. Ebenso wenig gelang es aber auch der SPD, eine Bestimmung im Parlamentarischen Rat durchzusetzen, die die Gemeinschaftsschule verbindlich für alle Länder vorschreibt. Die SPD brachte zwar keinen derartigen Antrag im Parlamentarischen Rat ein. Aus den Ausführungen der Sprecher der SPD<sup>868</sup> ergibt sich aber, daß sie eine derartige Lösung gerne gesehen hätte, angesichts der Mehrheitsverhältnisse im Parlamentarischen Rat aber keine Möglichkeit sah, eine derartige Bestimmung durchzusetzen.

## 8. Abschnitt: Schulbesuchspflicht und Schulorganisationsrecht

### I. Einleitung

Mit der grundsätzlichen Feststellung, daß der Staat religiös und weltanschaulich durchformte Schulen errichten und darbieten darf, ist das Problem der religiös-weltanschaulichen Schulorganisation allerdings noch nicht gelöst. Seine volle Bedeutung erlangt die Frage nach der Schulform erst dadurch, daß der moderne Staat nicht darauf verzichtet und auch nicht verzichten kann, seinen Bürgern eine Erziehung angedeihen zu lassen, ob die Eltern dies wollen oder nicht. Die allgemeine Schulpflicht, die das Mittel des Staates ist, um die Kinder in den Genuß der schulischen Erziehung und Ausbildung kommen zu lassen, auch wenn die Eltern der Schulerziehung ihrer Kinder gleichgültig oder ablehnend gegenüberstehen sollten und die Kinder noch nicht die nötige Einsichtsfähigkeit in die Notwendigkeit einer gründlichen Erziehung und Ausbildung haben, ist Ausdruck des Erziehungsinteresses des Staates<sup>869</sup>. Sie enthält für alle Jugendlichen, die in einem Bundesland ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, die Verpflichtung zu einem Mindestschul-

<sup>866</sup> Vgl. oben Anm. 397a.

<sup>867</sup> Vgl. oben S. 79 ff.

<sup>868</sup> Vgl. besonders die Ausführungen des Abg. Menzel (SPD), 3. Lesung Plenum, Stenobericht, S. 205; vgl. oben S. 83 ff.

<sup>869</sup> Die Verfassungsmäßigkeit der Schulpflicht ergibt sich aus Art. 7 Abs. I GG. Vgl. BVerwG 18, 40, 42; v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. VIII, S. 298; Wernicke, BK, Art. 7, Anm. II, 6; Heckel, in: DUV 1950, S. 2; Maurer, S. 124 f. A. A. nur Mayer, in: DVBl 1955, S. 581 ff. Insoweit ist Art. 6 Abs. II GG eingeschränkt; BayVerfGH Bd. 7, II, S. 9.

besuch im Rahmen der geltenden Schulgesetze. Die Schulpflicht wendet sich zunächst an die Schüler, denen sie den Schulbesuch vorschreibt. Daneben sind die Eltern oder sonstige Erziehungsberechtigte verpflichtet, die schulpflichtigen Kinder zur Schule anzumelden, sie in die Schule zu schicken und sie zum Schulbesuch anzuhalten<sup>870</sup>.

Durch diese Verpflichtung, die die Länder teils lediglich in Schulgesetzen, teils auch in ihren Verfassungen verankert haben<sup>871</sup>, kann es für die Eltern von Bedeutung werden, welche geistige Ausrichtung die Schule aufweist, da die Eltern ihre Kinder der erzieherischen Einwirkung der Schule nicht entziehen können. Die unbedingte Verpflichtung zum Schulbesuch gibt den Eltern nicht die Möglichkeit, ihr Kind lediglich in häuslicher Erziehung geistig zu formen und zu lenken. Die schulische Erziehung stellt heute einen stets zu dem elterlichen Erziehungseinfluß hinzutretenden Faktor dar, der auf das geistige Werden der Kinder Einfluß hat. Die heutige Schule bemüht sich dabei anerkanntermaßen<sup>872</sup> nicht nur um die Vermittlung von Wissen, sondern versucht den jungen Menschen zu „erziehen“. Die Schule, deren sich der Staat zur Erfüllung seines Erziehungsanspruches bedient, ist nach ihrer gesamten geschichtlichen Entwicklung nicht nur fachliche Unterrichtsanstalt, sondern Bildungsschule, die Charakter, Vorstellungsbild und geistige Haltung des Kindes mitbestimmt. Erziehung, wie sie auch in der Schule ausgeübt wird, läßt sich nur auf der Grundlage gewisser geistiger Werte durchführen. Die Schule hat insofern die Aufgabe, den Nachwuchs mit den überlieferten und lebendigen geistigen, ethischen und kulturellen Werten bekannt zu machen, die für das geistige Wachsen des Menschen zur eigenen Persönlichkeit von Bedeutung sein können. Ob die Schule diesem Anspruch tatsächlich gerecht wird, kann hier dahingestellt bleiben. Daß daneben auch religiöse Werte hinzutreten müssen, wird von vielen Seiten, von Pädagogen, von Eltern, die wünschen, daß ihre Kinder in demselben Geist wie sie aufwachsen, und vor allem von Seiten der Kirchen vorgetragen, da nur dann eine ganzheitliche Formung des Menschen in seiner Verantwortung vor Gott möglich sei. Für manche Eltern ist es ein echtes Anliegen, daß die Schule in Übereinstimmung mit ihren eigenen religiösen Gedanken erzieht, um so eine Einheitlichkeit von häuslicher und schulischer Erziehung zu erreichen oder — wie es gerade heute häufig der Fall ist — die im Hause mangelnde religiöse Erziehung durch eine entsprechende schulische Erziehung zu ersetzen oder wirksam zu ergänzen. Daraus wird vor allem auch von den Eltern unter Umständen gefordert, daß das Bildungsgut aus religiöser Sicht gelehrt wird und daß das religiöse Moment alle Fächer durchdringen muß. Eine Einigung über die zugrunde zu legenden Werte der Erziehung ist heute allerdings weniger denn je erreicht und angesichts der freiheitlichen Wertordnung des Grundgesetzes, die den weltanschaulichen und religiösen Pluralismus unserer Gesellschaft bejaht, auch nicht erreichbar oder unbedingt erstrebenswert.

<sup>870</sup> Vgl. OVG Lüneburg, DOV 1961, S. 793; Heckel-Seipp, S. 281 ff.

<sup>871</sup> Die Regelung der Schulpflicht findet sich in folgenden Bestimmungen:

Art. 14 Verf. Bad.-Württ.; Gesetz über Schuljahr und Schulpflicht in Baden-Württemberg vom 9. März 1953, §§ 2 bis 5;

Art. 129 Verf. Bayern; Gesetz über die Schulpflicht in Bayern vom 15. Januar 1952, §§ 1, 4, 6;

Schulgesetz Berlin vom 26. Juni 1948, §§ 7, 9;

Art. 30 Verf. Bremen; Gesetz über das Schulwesen der Freien Hansestadt Bremen vom 4. April 1949, §§ 7—12;

Schulgesetz Hamburg vom 25. Oktober 1949, §§ 2, 3, 5;

Art. 56 Abs. I Satz 1 Verf. Hessen; Gesetz über die Schulpflicht im Lande Hessen vom 27. Mai 1950, §§ 1, 2, 4, 5, 6, 7;

Schulgesetz Niedersachsen vom 14. September 1954, §§ 1, 25—28, 32;

Art. 8 Abs. II Verf. NRW; Erstes Gesetz zur Ordnung des Schulwesens vom 8. April 1952, § 2 Abs. II;

Art. 6 Abs. I Landessatzung Schleswig-Holstein; Gesetz über die Schulpflicht vom 5. Dezember 1955;

Schulpflichtgesetz von Rh.-Pf. vom 22. Dezember 1955, §§ 1—7.

<sup>872</sup> Vgl. Lexikon der Pädagogik: „Erziehungsschule“ (B. Gerlach), 1. Bd., Spalte 1071—1073; „Schule und Schulerziehung“ (E. Weniger), 4. Bd., Spalte 71—76; „Schule und Gesellschaft“ (E. Pöggeler), 5. Bd., Spalte 633—637; vgl. auch a. a. O., „Erziehender Unterricht“ (B. Gerlach), 1. Bd., Spalte 1022—1026; „Erziehung“ (F. X. Eggersdorfer), 1. Bd., Spalte 1031—1042.

Angesichts der Schulpflicht einerseits und der Tatsache, daß Erziehung an gewissen Grundwerten ausgerichtet ist, andererseits, ergibt sich vor allem die Frage, ob der Staat dazu verpflichtet ist, Rücksicht auf die Vorstellung der Eltern zu nehmen, ob der Staat angesichts der grundsätzlichen Berechtigung des Unterhalts von Bekenntnis- und Weltanschauungsschulen von dieser Möglichkeit Gebrauch machen muß, ob er davon nur im Rahmen grundgesetzlicher Bestimmungen Gebrauch machen darf oder ob den Ländern bei Ausgestaltung des religiös-weltanschaulichen Charakters der Schulen eine lediglich durch die parlamentarische Grundordnung (Art. 28 GG) beschränkte Freiheit der Ausgestaltung der Schulorganisation zusteht.

## II. Der Einfluß des Elternrechts auf die religiös-weltanschauliche Gestaltung der Schule

Denkbar ist zunächst, daß den Eltern auf Grund ihres in Artikel 6 Absatz I GG garantierten Elternrechts ein Wahlrecht hinsichtlich der religiös-weltanschaulichen Ausgestaltung der Schule derart zur Verfügung steht, daß sie vom Staat die Errichtung einer bestimmten Schulform verlangen können. Zu untersuchen ist daher, ob den Eltern ein subjektiv-öffentliches Recht auf Errichtung einer bestimmten konfessionell oder weltanschaulich durchformten Schule zusteht, d. h. ob den Eltern eine durchsetzbare Einflußmöglichkeit auf die Gestaltung der Schulorganisation in dieser speziellen, religiös-weltanschaulichen Hinsicht gewährt ist, ob den Eltern also das sogenannte „konfessionelle Elternrecht“ zusteht.

Das Grundgesetz enthält keine ausdrückliche und formelle Regelung eines weltanschaulich-konfessionellen Elternrechts und — im Gegensatz zur Weimarer Reichsverfassung — auch keine Regelung über die bekenntnismäßige Gliederung der Volksschulen. Das Elternrecht des Artikels 6 Absatz II GG müßte daher so beschaffen sein, daß es auf Grund seines Rechtscharakters und seiner Wirkung die Bestimmung der Grundschulform gewährleistet, d. h. die in Artikel 7 Absatz I GG enthaltene Organisationshoheit des Staates hinsichtlich der Schulform überhöht, durchdringt und bindet.

### 1. Die Entscheidung des historischen Gesetzgebers

In den Verhandlungen des Parlamentarischen Rats wurde in gemeinsamen Anträgen der CDU/CSU, der DP und des Zentrums immer wieder versucht, ein Recht der Eltern auf Bestimmung des religiös-weltanschaulichen Charakters der Schule mit einer entsprechenden Verpflichtung des Staates zu verankern. Diese Anträge wurden nach lebhaften Debatten, die zeigten, daß die Frage der Konfessions- oder Simultanschule das bedeutsamste politische Problem der Schulbestimmungen war, von einer aus FDP, SPD und KPD bestehenden Mehrheit stets abgelehnt<sup>873</sup>. Die Mehrheit wollte nicht die Zustimmung zu einem Recht geben, auf Grund dessen die Errichtung öffentlicher Bekenntnisschulen verlangt werden könnte. Als Ergebnis der Entstehungsgeschichte läßt sich daher eindeutig feststellen, daß das von der CDU/CSU, der DP und dem Zentrum geforderte Elternrecht „im Sinne der neuzeitlichen spezifischen Färbung mit Gewährung eines subjektiven Anspruchs auf Gestaltung der Schule“<sup>874</sup> nicht verwirklicht werden sollte.

Dieser aus der Entstehungsgeschichte entnommene Wille des historischen Gesetzgebers müßte allerdings, um rechtlich bedeutsam zu sein, in der Formulierung der Artikel 6 und 7 des Grundgesetzes zum Ausdruck gekommen sein. Aus der

<sup>873</sup> Vgl. oben S. 79 ff., HA-Steno, S. 555 ff., S. 760, und Stenobericht, S. 205 ff.

<sup>874</sup> Wernicke, BK, Art. 6, Anm. II, 2c.

Entstehungsgeschichte ist nichts darüber zu entnehmen, wie das Elternrecht sich grundsätzlich zu dem staatlich-schulischen Erziehungsrecht verhalten soll. Denkbar sind dabei grundsätzlich drei Möglichkeiten der Abgrenzung von Elternrecht und staatlichem Schulerziehungsrecht: 1. Entweder gilt der in der häuslichen Erziehung unbestrittene Primat der Eltern kraft ihres natürlichen Elternrechts auch gegenüber und in der staatlichen Schule mit der Folge, daß der Grundsatz „Elternrecht bricht Staatsrecht“ gilt, oder 2. das Elternrecht hat lediglich im häuslichen Bereich seine Bedeutung, so daß der Grundsatz „Staatsrecht bricht Elternrecht“ hinsichtlich der schulischen Erziehung gilt, oder 3. beide Erziehungsrechte bestehen nebeneinander und sind im schulischen Bereich im einzelnen voneinander abzugrenzen.

## 2. Der Primat des Elternwillens — katholische Naturrechtsauffassung

Die erste der drei Möglichkeiten, nach der das elterliche Erziehungsrecht dem Staat stets generell vorgeht, wird — wie oben<sup>874a</sup> gezeigt wurde — in der katholischen Naturrechtsauffassung vertreten. Dem Staat kommt hiernach grundsätzlich nur eine subsidiäre Erziehungsfunktion zu, die in der Unterstützung und Förderung der Kindererziehung durch die Eltern auch durch die staatliche Schulorganisation liegt. Der Staat hat daher den Primat des Elternwillens zu beachten. Die Schule wird als Ausfluß des Elternrechts und nicht als Verwirklichung des staatlichen Erziehungsinteresses verstanden. Die Konsequenz ist, daß die Eltern einen subjektiven Anspruch auf Mitgestaltung der Schule auch in ihrem bekenntnismäßigen Charakter haben.

Gegen diese Auslegung des Elternrechts spricht zunächst die Entstehungsgeschichte, die zeigt, daß den Eltern diese Konsequenz der katholischen Naturrechtslehre nicht gewährt werden sollte. Im Schrifttum wird daher zutreffend aus der Entstehungsgeschichte gefolgert, daß ebenso wie in der Weimarer Verfassung die Lehren und Forderungen der katholischen Kirche über Elternrecht und Erziehungswesen nicht verwirklicht worden sind<sup>875</sup>.

Abgesehen von der Entstehungsgeschichte ergibt sich aus der Stellung des einzelnen in der Gesellschaft, wie das Grundgesetz sie sieht, daß die katholische Naturrechtsauffassung nicht verwirklicht worden ist. Das Grundgesetz geht in der Frage, ob der Ordnung des Ganzen oder dem einzelnen der Vorrang gebührt, einen Mittelweg. Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten, souveränen Einzelwesens, sondern das des einzelnen als Persönlichkeit innerhalb der Gemeinschaft. Individuum und Gemeinschaft stehen sich nicht derart gegenüber, daß die Gemeinschaft nur subsidiäre Funktionen dann an sich ziehen darf, wenn der einzelne die Aufgaben nicht mehr zu lösen vermag, sondern der einzelne ist von vornherein als gemeinschaftsbezogen und -gebunden gedacht<sup>876</sup>. Der einzelne muß sich auf Grund dieser Einordnung auch von vornherein Grenzen seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die für die Förderung des Zusammenlebens in den Grenzen des Grundgesetzes notwendig sind, ohne daß deswegen der Eigenwert des Individuums berührt wird<sup>877</sup>. Die Grundvoraussetzung der katholischen Naturrechtsauffassung, nach der dem einzelnen der Primat vor der staatlichen Gemeinschaft zukommt, ist somit vom Grundgesetz nicht übernommen worden, so daß auch Artikel 6 Absatz II GG nicht die Naturrechtsauffassung zum Elternrecht verwirklicht hat. Selbst wenn der Wortlaut des Artikels 6 Absatz II GG sich mit der Formulierung einer

<sup>874a</sup> Vgl. oben S. 94.

<sup>875</sup> v. Mangoldt, Kommentar, Art. 6, Anm. 3, S. 72; v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. IV, 2, S. 279; Wernicke, BK, Art. 6, Anm. II, 2c; Maunz, Staatsrecht, S. 116; Stein, S. 37.

<sup>876</sup> BVerfG 4, 15, und NJW 1958, S. 856; Stein, Elternrecht, S. 15.

<sup>877</sup> Scheuner, in: ZevKR, Bd. 6, S. 10.

religiös bestimmten Lehre deckt, gilt daher, daß der Wortlaut des Verfassungstextes vom Standpunkt des Staates und nicht aus der Sicht einer bestimmten religiösen oder weltanschaulichen Lehre zu interpretieren ist<sup>878</sup>. In Artikel 6 Absatz II GG ist trotz des Wortlautes kein Naturrecht im Sinne der katholischen Kirche verwirklicht.

Wie die Trennung von Elternrecht und Schule in zwei Artikeln zeigt, sollte das Schulrecht nicht aus der elterlichen Rechtsstellung, sondern als Ausfluß der staatlichen Befugnis geregelt werden<sup>879</sup>. Dies entspricht im übrigen der historisch gewachsenen und notwendigen Verwurzelung der Schule im staatlichen Bereich, an der das Grundgesetz nicht hat rühren wollen. Der staatliche Erziehungsanspruch wird — wie seit langem — als selbständiger Anspruch des Staates verstanden, der seinen Niederschlag in dem Schulaufsichtsrecht des Artikels 7 Absatz I GG gefunden hat.

Diese Selbständigkeit und unabhängige Verwurzelung in der staatlichen Ordnung, wie sie geschichtlich in Deutschland entstanden ist, schließt die Annahme eines Subsidiaritätsverhältnisses zum Elternrecht aus. Der Staat wird mit seinen Schulen nicht nur für die Eltern unterstützend und fördernd tätig, sondern nimmt ein eigenständiges Interesse an der Erziehung wahr. „Das Erziehungsrecht des Staates ist darum nicht aus dem Elternrecht abzuleiten, sondern eigenständig.“<sup>880</sup> Das Subsidiaritätsprinzip, das im Rahmen des Artikels 6 Absatz II Satz 2 und Absatz III GG Bedeutung hat, gilt im Rahmen des Schulrechts nicht. Es kann daher nicht herangezogen werden, um einen Anspruch der Eltern auf die religiös-weltanschauliche Grundform der Schule aus Artikel 6 Absatz II GG zu rechtfertigen.

### 3. Der Primat des Staates

Andererseits ließe sich die Frage nach der Wahlmöglichkeit der Eltern hinsichtlich der religiös-weltanschaulichen Form der Schule eindeutig negativ beantworten, wenn der umgekehrte Satz „Schulrecht bricht Elternrecht“ gelten sollte, wenn also dem Elternrecht im Bereich der Schule außer in den im Grundgesetz ausdrücklich genannten Fällen keine Bedeutung zukäme.

In diese Richtung weist die Formulierung Wernickes: „Das in Artikel 6 Absatz II enthaltene elterliche Recht bezieht sich im wesentlichen auf den häuslichen Bereich der Familie.“<sup>881</sup> Konsequenter wird diese Ansicht von Klein vertreten<sup>882</sup>, der zu dem Ergebnis kommt, daß Artikel 6 Absatz II GG zu nicht mehr als zu einer bloßen „Verankerung“ der bereits bestehenden privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Kindschaftsrechte im Verfassungsrecht geschaffen sei, da Artikel 7 GG einem anderen Zweck als das elterliche Erziehungsrecht diene und dieses dem staatlichen Erziehungsrecht nicht beherrschend übergeordnet sei<sup>883</sup>, womit Klein im Ergebnis der staatlichen Schulhoheit Ausschließlichkeit im schulischen Bereich verleiht. Gegen eine Einwirkung des Elternrechts in den schulischen Bereich werden vor allem die Absätze II und V des Artikels 7 GG herangezogen. Artikel 6 Absatz II sei danach die Grundnorm, und Artikel 7 Absatz II und V GG seien Spezialnormen für den Bereich des Schulrechts. Aus der Regelung spezieller Fälle wird auf die Unanwendbarkeit des allgemeinen Elternrechts geschlossen<sup>884</sup>. Die Folge dieser Interpretation ist, daß dem Staat

<sup>878</sup> Maurer, S. 62.

<sup>879</sup> Peters, Elternrecht, S. 371 und 402.

<sup>880</sup> Maurer, S. 63.

<sup>881</sup> Wernicke, BK, Art. 6, Anm. II, 2c.

<sup>882</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 6, Anm. IV, 5d, S. 275.

<sup>883</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 6, Anm. IV, 5b, S. 274.

<sup>884</sup> So für die Weimarer Reichsverfassung: Holstein, in: AöR, Bd. 12, S. 217.

die Schulhoheit als „uneingeschränkte Organisationsgewalt“ oder „als volle und alleinige Bestimmungsgewalt des Staates in der Schule“ zusteht<sup>885</sup>.

Diese Auslegung des Elternrechts ist weder aus der Entstehungsgeschichte noch aus der Systematik des Grundgesetzes zu begründen. Die Beratungen des Parlamentarischen Rates zeigen lediglich, daß Artikel 6 Absatz II GG eine Abkehr von der im Dritten Reich geübten Praxis, die elterliche Erziehung durch die staatliche Gemeinschaftserziehung zu verdrängen, herbeiführen sollte und daß das Elternrecht keinen Einfluß auf die Gestaltung des bekenntnismäßigen Charakters der Schule gewähren sollte. Daß damit das Elternrecht vom Bereich der Schule verdrängt werden sollte, läßt sich aus den Protokollen des Parlamentarischen Rates nicht entnehmen.

Die Absätze II und V des Artikels 7 GG als spezielle, das allgemeine Elternrecht ausschließende Normen des Schulrechts zu interpretieren, verbietet die Bedeutung, die das Grundgesetz den Grundrechten beimißt. „Ein Grundrecht und Menschenrecht, wie es Artikel 6 Absatz II bedeutet, kann nicht durch Ausnahmeregelungen seine Wirkung verlieren und nur Geltung haben, wenn die Ausnahme nicht durchgreift.“<sup>886</sup> Eine derartige Interpretation des Elternrechts als eines auf den häuslichen Bereich beschränkten Rechts würde das Grundrecht angesichts der Bedeutung, die die schulische Erziehung hat, zu weitgehender Wirkungslosigkeit aushöhlen. Aus diesen Überlegungen heraus hat das Bundesverwaltungsgericht in der bedeutsamen Entscheidung vom 29. Juni 1957<sup>887</sup> anerkannt, daß das Elternrecht des Artikels 6 Absatz II GG zwar in der Abwehr staatlicher Eingriffe in den häuslichen Bereich seine hauptsächliche Bedeutung habe, aber daneben auch Ansprüche der Eltern gegenüber und in der Schule garantiere. „Die Gestaltung des deutschen Schulrechts, insbesondere die im Landesrecht verankerte Schulpflicht, bedeutet bereits einen derart starken Eingriff in den Bereich der Erziehung, daß ohnehin die geistige und haltungsmäßige Prägung der Kinder, die Entfaltung ihrer Persönlichkeit (Art. 2 des Grundgesetzes), zu einem ganz entscheidenden Teil außerhalb des Elternhauses bestimmt wird. Wenn daneben das elterliche Erziehungsrecht nicht praktisch verkümmern soll, gebietet sich eine Auslegung des Artikels 6 Absatz 2 des Grundgesetzes, die den Eltern ermöglicht, sich bei der Bestimmung der Lebensrichtung ihrer Kinder auch dem Staat gegenüber zu behaupten, und die sie mit entsprechenden Rechtsansprüchen ausstattet. Dies um so mehr, als in der gleichen Verfassungsvorschrift die Erziehung der Kinder auch als die ‚zuvörderst‘ den Eltern obliegende Pflicht bezeichnet ist.“ Überzeugender ist es daher, wenn Peters<sup>888</sup> aus der Existenz der Absätze II und V des Artikels 7 GG gerade umgekehrt den Schluß zieht, daß das Grundgesetz in den wenigen Punkten, in denen es überhaupt etwas über die Schule bestimmt, die Mitwirkung der Erziehungsberechtigten vorsieht, und damit zeigt, daß es die Eltern von der Mitgestaltung der Schule nicht ausschließen will.

Der Grundsatz „Schulrecht bricht Staatsrecht“ ist somit im Grundgesetz in dieser Allgemeinheit nicht anerkannt<sup>889</sup>.

<sup>885</sup> Anschütz, WRV, Art. 144, Anm. 1, S. 672.

<sup>886</sup> Maurer, S. 66.

<sup>887</sup> BVerwG 5, 153 = DVBl 1958, S. 99.

<sup>888</sup> Peters, Elternrecht, S. 385.

<sup>889</sup> So auch Stein, Elternrecht, S. 40; Heckel-Seipp, S. 278; Mayer, in: DVBl 1955, S. 584; Becker, in: FamRZ 1961, S. 106 f.; vgl. BVerfG, JZ 1955, S. 114; BVerwG 5, 153 — vgl. zu Anm. 887 —; OVG Hamburg, DVBl 1954, S. 516 ff.; dass., MDR 1958, 951; dass., DVBl 1960, S. 742 und 652.

#### 4. Die Nebenordnung von Elternrecht und staatlichem Erziehungsrecht im schulischen Bereich

Nach dieser grundsätzlichen Feststellung, daß weder das Elternrecht dem staatlich-schulischen Erziehungsrecht vorgeordnet ist, noch das staatlich-schulische Erziehungsrecht das Elternrecht verdrängt, bleibt nur als letzte Möglichkeit, daß Elternrecht und staatliches Schulerziehungsrecht grundsätzlich gleichgeordnet nebeneinander stehen. In diesem Sinne ist auch die Formulierung Wernickes<sup>890</sup> zu verstehen, wenn er schreibt: „Während in Artikel 6 II das elterliche Gesamterziehungsrecht herausgestellt ist, behandelt Artikel 7 die nicht dagegen, sondern daneben stehenden Erziehungsfaktoren: Staat und Kirche.“ Die Kritik v. Mangoldt-Kleins an dieser Formulierung<sup>891</sup>, wonach es erstens logisch unvollziehbar sei, sich „neben“ einem Gesamterziehungsrecht Teilerziehungsrechte vorzustellen, und wonach zweitens den Eltern deswegen kein „Gesamt“-Erziehungsrecht zustünde, weil ihnen das schulische „Teil“-Erziehungsrecht fehle, geht außer in terminologischer Hinsicht fehl. Was zutreffend damit zum Ausdruck gebracht wird, ist die Tatsache, daß im Bereich der Familie den Eltern zuvörderst (primär) die Bestimmung der Erziehung überlassen ist, während im Bereich der schulischen Erziehung Eltern und Staat Rechte haben. Klarer formuliert, aber dasselbe sagend, schreibt Heckel<sup>892</sup>: „Neben dem Elternrecht steht, ihm nach dem Grundgesetz gleichgeordnet, das legitime und ‚wurzeleigene‘ Recht der staatlichen Gemeinschaft auf Ausübung öffentlicher Schulerziehung . . . Das Recht der öffentlichen Schulerziehung stellt nicht wie das Elternrecht den Hauptbereich der Gesamterziehung dar, sondern einen auf die Schule beschränkten Teilbereich.“

Beide Bereiche der Erziehung, der häusliche und der schulische, lassen sich sehr wohl voneinander trennen, so daß beide Bereiche auch verschiedener Regelung unterliegen können. Im Bereich der schulischen Erziehung gilt jedenfalls, „daß das durch Artikel 7 GG grundsätzlich gesicherte Recht des Staates zur schulischen Erziehung der Kinder ein dem Elternrecht gleichgeordnetes Recht darstellt“<sup>893</sup>. Es besteht kein Über- oder Unterordnungsverhältnis eines der beiden Erziehungsträger, dies aber nicht, weil Artikel 7 GG einem anderen Zweck als Artikel 6 Absatz II GG dient — wie Klein behauptet<sup>894</sup> —, sondern weil weder die elterliche, noch die staatliche Rechtsstellung im Schulbereich den Rechten des anderen gegenüber subsidiär ist.

Diese Ansicht kann heute als in Rechtsprechung und Lehre herrschend angesehen werden<sup>895</sup>.

#### 5. Die Abgrenzung der beiden Erziehungsrechte und die Einschränkung des elterlichen Erziehungsrechtes

Diese Nebenordnung der beiden Erziehungsrechte verlangt nach einer Abgrenzung, um Konflikte entscheiden zu können. Diese läßt sich nur durch eine Besinnung auf die Funktion der Eltern und der Schule in der Erziehung der Kinder und Jugendlichen gewinnen.

<sup>890</sup> Wernicke, BK, Art. 7, Anm. II, 1a.

<sup>891</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. II, 1, S. 279.

<sup>892</sup> Heckel-Seipp, S. 277.

<sup>893</sup> BVerfG, DVBl 1959, S. 366; MDR 1964, S. 623.

<sup>894</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 6, Anm. IV, 5b, S. 274.

<sup>895</sup> Vgl. oben Anm. 889; außerdem Peters, Elternrecht, S. 385; Hamann, Art. 6, Anm. B 4; v. Campenhausen, S. 32; Maurer, S. 67; Maunz, Staat und Schule, S. 1; unentschieden Maunz, Staatsrecht, S. 116; unklar Wernicke, der einerseits — unter Art. 7, Anm. II, 1a — wie hier schreibt und andererseits die bei Anm. 881 angeführte Ausführung in Art. 6, Anm. II, 2c, macht.

Den Eltern steht auf Grund von Artikel 6 Absatz II GG das Recht zu, die Gestaltung des Lebensweges und die geistige Prägung der Kinder primär zu bestimmen. Daher muß es ihnen überlassen sein, die Auswahl der bestehenden Schulen und des Schulzweiges vorzunehmen, soweit mehrere Schulen zur Verfügung stehen und soweit nicht die Rechte anderer Schüler oder Eltern dem entgegenstehen<sup>896</sup>. Dieses Recht kann durch das staatliche Erziehungsrecht nicht ausgeschlossen werden, da das Elternrecht hier gerade seine besondere Bedeutung im Schulrecht erlangt.

Andererseits ist es der Staat, der die Schulorganisation zur Verfügung stellt und sie unterhält. Artikel 7 Absatz I GG gewährt dem Staat daher die Schulaufsicht, worunter — wie gezeigt wurde — die gestaltende, verwaltende, steuernde und kontrollierende Ordnungstätigkeit des Staates in bezug auf das gesamte Schulwesen zu verstehen ist. An dieser Befugnis will Artikel 6 Absatz II GG nichts ändern. Die Eltern müssen sich daher in organisatorischen Fragen dem hier zuständigen Staat beugen<sup>897</sup>. Der Staat ist es daher auch, der den Lehrplan und die Unterrichtsmethoden und all die Elemente, die zu den inneren und äußeren Schulangelegenheiten gehören, — unter Umständen unter Mitwirkung der Gemeinden hinsichtlich der äußeren Schulangelegenheiten — bestimmt. Wenn der Staat in Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben Schulen schafft, so liegt deren Gestaltung grundsätzlich bei ihm, ohne daß das Elternrecht die Möglichkeit gäbe, auf die Gestaltung einwirken zu können<sup>898</sup>. Die Entscheidung über den konfessionellen Charakter einer Schule stellt aber eine in den Bereich der staatlichen Schulorganisations- und Aufsichtsgewalt fallende organisatorische Regelung von inneren Schulangelegenheiten dar<sup>899</sup>.

Dem Vorrang des elterlichen Erziehungsrechts bei der Auswahl der Schule entspricht daher nicht ein Vorrang in der Schule. Ob den Eltern auf Grund der Tatsache, daß das Elternrecht auch Ansprüche gegen den Staat im schulischen Bereich gewährt, weitere Einzelrechte in bezug auf die Schulerziehung zustehen, kann im Rahmen dieser Arbeit außer Betracht bleiben<sup>900</sup>. Das Elternrecht des Artikels 6 Absatz II GG erfährt somit durch Artikel 7 Absatz I GG insoweit eine Einschränkung, als das elterliche Gesamt Erziehungsrecht grundsätzlich auch im Schulbereich gilt, organisatorische Fragen der Schule aber nicht umfaßt<sup>901 902</sup>.

Damit aber erweist sich, daß auch aus systematischen Gründen den Eltern keine grundgesetzlich gesicherte Möglichkeit in Artikel 6 Absatz II GG gegeben ist, eine bestimmte Schule ihres Bekenntnisses oder ihrer Weltanschauung verlangen zu können, da die Eltern damit gerade auf die organisatorische Frage der inneren Ausgestaltung des Schulwesens Einfluß nehmen möchten. Das Gesamterziehungsrecht der Eltern in Artikel 6 Absatz II GG bindet den Staat hinsichtlich des religiös-weltanschaulichen Charakters der Schule nicht.

<sup>896</sup> BVerwG 5, 153, und DVBl 1959, S. 366; OVG Hamb., DVBl 1953, S. 506; idem, DÖV 1956, S. 627; Maunz, Staatsrecht, S. 119; vgl. auch unten S. 217 ff.

<sup>897</sup> So auch Maurer, S. 71.

<sup>898</sup> Geiger, Schule und Staat, S. 41; Becker, in: FamRZ 1961, S. 107; Heckel-Seipp, S. 279; OVG Lüneburg, OVGE 1954, S. 463; OVG Rh.-Pf., NJW 1954, S. 1463; OVG Hamb., MDR 1958, S. 951; BVerwG 6, 101.

<sup>899</sup> BVerwG, DVBl 1958, S. 283 = DÖV 1958, S. 408; OVG Koblenz, DVBl 1955, S. 503; LVG Düsseldorf, DÖV 1953, S. 699.

<sup>900</sup> So erkennt das OVG Rh.-Pf., NJW 1954, S. 1463, ein Recht der Eltern an, zu überwachen, ob eine schulische Maßnahme sich im Rahmen des der Schule immanenten Erziehungszwecks hält. Das OVG Hamb., MDR 1958, S. 951, gewährt den Eltern einen Anspruch auf Einsicht in die Schülerberichte auf Grund des Art. 6 Abs. II GG; vgl. zum Umfang des Anspruches auf Auskunft über die Gründe des Mißlingens einer Prüfung BVerwG NJW 1965, S. 707. Vgl. allgemein Stein, Elternrecht, S. 45 ff.

<sup>901</sup> Peters, Elternrecht, S. 385 f.; Maurer, S. 72; OVG Rh.-Pf., NJW 1954, S. 1461; Bayr. VerfGH, VerwRspr 6, S. 641; VGH Mannheim, DVBl 1967, S. 312.

<sup>902</sup> Da das Grundgesetz nur gewisse Minimalrechte verwirklichen will und das Schulrecht der Gesetzgebung und Verwaltung der Länder zusteht, können die Länder auf dem Gebiet der Schule Mitwirkungs- und Mitspracherechte der Eltern einräumen, die über Art. 6 Abs. II GG hinausgehen — vgl. Stein, Elternrecht, S. 45 f.



## 6. Fleigs Ansicht zur Bedeutung des Elternrechts

Einen Versuch, Artikel 6 Absatz II GG dennoch als Grundlage für ein elterliches Wahlrecht der religiös-weltanschaulichen Grundform der Schule, dem der Staat im Rahmen des Möglichen nachkommen muß, zu interpretieren, hat Fleig<sup>903</sup> unternommen. Durch das Elternhaus und die Schule werde nicht nur Wissen vermittelt, sondern auch „erzogen“. Erziehung aber umgreife den ganzen Menschen, d. h. auch seine Verantwortung vor Gott. Sie sei daher ein Gewissensanliegen im engsten Sinne dieses Wortes und Wertes. Das Gewissensanliegen der Eltern, das durch Artikel 6 Absatz II GG geschützt sei, werde erfüllt durch die Freiheit der Entscheidung, ob das Kind am Religionsunterricht teilnehmen soll, und der Wahl der Grundform der Schule. Artikel 7 GG sei nicht geeignet, als *lex specialis* dieses aus Artikel 6 Absatz II GG fließende Recht der Eltern zu verkürzen. Das Grundgesetz schweige nämlich über die Regelung von Schulfragen, da diese den Ländern überlassen worden seien. Nur um die Freiheit der Gewissensentscheidung zu gewährleisten, regele das Grundgesetz einzelne Fragen, die von gewissenmäßiger Bedeutung für die Eltern, Kinder und Lehrer seien. Der Begriff „Aufsicht“ in Artikel 7 Absatz I GG sei unzureichend, die grundlegende Form der Schule festlegen zu können, da damit lediglich das Ende der geistlichen Schulaufsicht bekräftigt werden sollte<sup>904</sup> und sich die staatliche Aufsichtsbefugnis jedenfalls an dem Grundrecht des Artikels 6 Absatz II GG breche, wenn sie schon die Verwaltung der Schule umfasse. Wenn der Staat daher schon seinerseits zum Schulbesuch zwingt, so müsse er das Gewissensanliegen gemäß dem Elternwillen berücksichtigen und die gewissenmäßige Seite der Verwirklichung der Schulpflicht den Eltern zur Regelung überlassen. Aus einem Vergleich mit der Weimarer Reichsverfassung ergebe sich außerdem, daß die Wahl der Grundschulform im Grundgesetz durch Artikel 7 GG nicht ausgeschlossen, sondern bejaht sei. Nach Artikel 146 Absatz II WRV sei auf Antrag der Erziehungsberechtigten eine öffentliche Volksschule ihres Bekenntnisses oder ihrer Weltanschauung einzurichten, soweit eine Mindestzahl von Schülern vorhanden, d. h. soweit ein geordneter Schulbetrieb nicht beeinträchtigt sei. Privatschulen aber hätten auch dann zugelassen werden müssen, wenn eine Mindestzahl von Schülern nicht gegeben, selbst wenn ein geordneter Schulbetrieb also nicht möglich gewesen sei. Das Grundgesetz schweige hinsichtlich der Schülerzahl oder eines geordneten Schulbetriebes vollkommen. Das Grundgesetz wolle daher ebenso wie die Weimarer Reichsverfassung die Errichtung von Privatschulen selbst dann zulassen, wenn ein geordneter Schulbetrieb für eine öffentliche Schule nicht gewährleistet sei, um das natürliche Recht der Eltern auf die Wahl der Grundschulform in jedem Fall zu schützen. Wenn das Grundgesetz daher lediglich die Privatschulen behandle und über die Errichtung von öffentlichen Schulen bestimmter Konfessionen oder Weltanschauungen schweige, so bedeute dies nicht, daß der Elternwille auf die Sphäre der Privatschulen verwiesen sei, sondern besage „lediglich die Freiheit der Gründung einer privaten Volksschule, auch wenn der Zahl nach kein geordneter Schulbetrieb gewährleistet ist. Wenn aber das Grundgesetz zur unbedingten Rettung der Gewissensfreiheit keinen Einwand zuläßt, sondern sogar einen ‚ungeordneten Schulbetrieb‘ gestattet, um wieviel weniger liegt es in seinem Sinn, bei einem geordneten Schulbetrieb irgendwie die Gewissensfreiheit einzuschränken.“<sup>905</sup> Der Staat sei zwar der Verpflichtung zur Errichtung einer dem Elternwillen entsprechenden Schule enthoben, wenn kein geordneter Schulbetrieb gewährleistet sei, müsse

<sup>903</sup> Fleig, Elternrecht, S. 6—26.

<sup>904</sup> A. a. O., S. 17.

<sup>905</sup> A. a. O., S. 16.

den Elternwillen aber berücksichtigen, wenn dies der Fall sei. Hätte dies aus Artikel 6 Absatz II GG fließende Recht eingeschränkt werden sollen, so hätte es — entsprechend Artikel 141 GG für den Religionsunterricht — auch ausdrücklich gesagt werden müssen.

Artikel 7 GG ist somit nach Fleigs Ansicht nicht eine Vorschrift, die Artikel 6 Absatz II GG einschränkt, sondern eine Bestimmung, die selbst Außergewöhnliches, nämlich den ungeordneten privaten Schulbetrieb, zur Rettung der Gewissensfreiheit in der Erziehung gewährleisten soll.

### 7. Kritik an Fleigs Ansicht

Neben der Entstehungsgeschichte, die gerade zeigt, daß Artikel 6 Absatz II GG nicht das Recht zur Bestimmung der Schulart einschließen sollte, sprechen vor allem systematische Erwägungen gegen Fleigs Ansicht. Fleig geht zutreffend davon aus, daß die Erziehung der Kinder die gewissensmäßig bedingte Entscheidung der Teilnahme am Religionsunterricht und der religiösen Erziehung zum Inhalt hat<sup>906</sup> und daß die Absätze II, III, IV und V des Artikels 7 GG Grundrechte zum Inhalt haben, die dem Schutz der Gewissensfreiheit von Eltern, Kindern und Lehrern dienen. Insofern handelt es sich in den aufgeführten Grundrechtsbestimmungen um Konkretisierungen und Legalinterpretationen des Artikels 4 Absatz I GG<sup>907</sup>. Ebenfalls kann Fleig darin gefolgt werden, daß diese Absätze keine speziellen, das allgemeine Elternrecht des Artikels 6 Absatz II GG im Schulbereich ausschließende Normen sind, wie oben<sup>908</sup> bereits gezeigt wurde. Wenn Fleig allerdings daraus folgert, daß Artikel 7 GG generell lediglich den Schutz des Gewissens im Auge hat, so kann ihm darin nicht gefolgt werden. Die Interpretation von Artikel 7 Absatz I GG hat gezeigt, daß hier zugleich das Erziehungsrecht des Staates anerkannt ist, das nach überkommener Terminologie in dem Begriff der „Aufsicht“ enthalten ist. Dieses Erziehungsrecht hat sich zwar zunächst als Gegensatz zur geistlichen Schulaufsicht entwickelt, hat aber seine Bedeutung auch im Verhältnis zum Elternrecht, wie oben<sup>909</sup> gezeigt wurde. Zu dem staatlichen Erziehungsrecht gehört nach überkommener Auffassung die Regelung der inneren Schulanangelegenheiten, zu denen auch die Bestimmung der Grundschulform gehört.

Weiter kann Fleig insofern nicht gefolgt werden, als er in Artikel 7 Absatz V GG vor allem die Zulassung eines ungeordneten Privatschulbetriebes gewährleistet sieht. Artikel 7 Absatz V GG will die grundsätzliche Möglichkeit der Errichtung von Privatschulen garantieren, eine Sicherung, die angesichts der Praxis des Dritten Reiches und der Bestrebungen, für alle gemeinsame öffentliche Volksschulen zu erreichen<sup>910</sup>, durchaus nicht überflüssig ist. Das Hauptanliegen von Artikel 7 Absatz IV und V GG ist daher nicht die Sicherung auch eines ungeordneten Schulbetriebes, sondern die Sicherung von Privatschulen überhaupt. Ist aber Artikel 7 Absatz IV und V GG derart auszulegen, so kann auch die übrige Beweisführung Fleigs aus dem Vergleich mit der Weimarer Reichsverfassung nicht überzeugen.

Im übrigen muß Fleig entgegengehalten werden, daß die Regelung der Gewissensanliegen, die Artikel 7 GG enthält, lediglich ein Mindestmaß an Rechten sichern will und insofern also nur weniger umfangreiche Rechte, als die

<sup>906</sup> Vgl. oben S. 102 f.

<sup>907</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 4, Anm. III, 2, S. 219; Wernicke, BK, Art. 4, Anm. II, 1a; Peters, Elternrecht, S. 425; Hamel, S. 61 f.

<sup>908</sup> Vgl. oben S. 168 ff.

<sup>909</sup> Vgl. oben S. 168 ff.

<sup>910</sup> Die Forderung nach der einheitlichen öffentlichen Volksschule wurde im Rahmen der „Einheitsschulbewegung“ erhoben; das staatliche Schulmonopol wurde zur Voraussetzung dafür erklärt, daß die Schule ihrer staatlichen und nationalen Aufgabe gerecht werden könne; vgl. Landé, S. 73.

Wahl der Grundform der öffentlichen Schule es darstellt, nämlich lediglich die Bestimmung des Religionsunterrichtes und die Bestimmung der Grundform der privaten Schule gewährt. „Das weitergehende Recht wurde vom Grundgesetzgeber im Gegensatz zum weniger weitgehenden nicht genannt“<sup>911</sup>, und zwar bewußt nicht genannt, um die bestehenden Simultanschulgebiete erhalten zu können, und weil die das Grundgesetz gestaltenden politischen Kräfte eine weitergehende Bindung des Landesgesetzgebers für die bekenntnismäßige Gestaltung des Schulwesens überwiegend ablehnten<sup>912</sup>. Aus dem Erwähnen der weniger weitgehenden Rechte und dem Schweigen über das Wahlrecht der Eltern bei der Bestimmung der Grundform der Schule ist daher der Schluß zu ziehen, daß das Elternrecht gerade nicht die Bestimmung der Form der Schule umfassen sollte.

Schließlich spricht gegen Fleigs Ansicht, daß die Trennung der ursprünglich in einem Artikel vereinten Bestimmungen über das elterliche Erziehungsrecht und das Schulwesen zeigt, daß das Grundgesetz die Eigenständigkeit der Schule betont und diese primär vom Staat her und nicht als Ausfluß des Elternrechts regelt. Im Verlauf der Debatte im Parlamentarischen Rat über den Komplex Schule-Elternrecht erhielt Artikel 7 Absatz I GG mit dem „Aufsichtsrecht“ des Staates sein volles Eigengewicht, das zeigt, daß die Schule nicht nur formell, sondern auch materiell vom Elternrecht getrennt sein sollte<sup>913</sup>.

## 8. Zusammenfassung

Als Ergebnis läßt sich daher feststellen, daß der Staat nicht an den Elternwillen auf Grund des Artikels 6 Absatz II GG gebunden ist, soweit die Bestimmung der Grundform der Schule betroffen ist. Das Elternrecht findet insofern seine Grenze an der Organisationshoheit des Staates, die in Artikel 7 Absatz I GG niedergelegt ist und die Hoheit des Staates enthält, die geistigen Grundlagen der schulischen Arbeit und ihre Zielsetzung festzulegen. Aus der Grundrechtsnatur des Artikels 6 Absatz II GG läßt sich kein subjektiv-öffentliches Recht der Eltern auf Gestaltung der Schulform herleiten, da das Elternrecht in dem spezifischen Sinne des „konfessionellen Elternrechts“, als Einflußmöglichkeit auf die organisatorische Hoheit des Staates, im Grundgesetz nicht anerkannt ist.

Diese Auffassung hat sich auch in der Lehre und Rechtsprechung durchgesetzt<sup>914</sup>. So führt das Bundesverfassungsgericht im sogenannten Konkordatsurteil<sup>915</sup> aus, daß das Grundgesetz in Artikel 7 und 141 GG für die bekenntnismäßige Gestaltung des Schulwesens eine besondere sachliche Entscheidung gefällt habe, die es den Ländern überlasse, wie sie ihr Schulwesen bekenntnismäßig gestalten. Die Berücksichtigung des Willens der Erziehungsberechtigten sei bei der religiösen und weltanschaulichen Gestaltung der öffentlichen Schulen nicht sichergestellt. Artikel 7 GG stellt daher auch nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts eine Begrenzung des Elternrechts des Artikels 6 Absatz II GG für den Bereich der weltanschaulich-religiösen Gestaltung der Schule dar.

<sup>911</sup> Maurer, S. 91.

<sup>912</sup> BVerfG 6, 309, 356.

<sup>913</sup> Peters, Elternrecht, S. 371 und 402; v. Mangoldt, Kommentar, Art. 6, Anm. 3, S. 72; Wernicke, Art. 6, Anm. II, 2c.

<sup>914</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. II, 2, S. 279; Wernicke, BK, Art. 6, Anm. II, 2c; Maunz, Staatsrecht, S. 116; Hamann, Art. 7, Anm. A 3; Heckel-Seipp, S. 279; Maurer, S. 91.

<sup>915</sup> BVerfG 6, 309, 355.

### III. Einfluß der Religions- und Gewissensfreiheit auf die religiös-weltanschauliche Gestaltung der Schule

#### 1. Einleitung

Mit der Feststellung, daß das Schulorganisationsrecht der Länder in religiös-weltanschaulicher Hinsicht nicht durch Artikel 6 Absatz II GG beschränkt ist, ist die Frage nach der grundgesetzlichen Bindung der Länder allerdings noch nicht abschließend beantwortet. Da es um die religiös-weltanschauliche Gestaltung des Schulwesens geht, liegt es nahe, das Schulwesen an den Grundrechten des Artikels 4 Absatz I GG zu messen. Während oben festgestellt wurde, daß der Staat unter Durchbrechung des in Artikel 4 Absatz I GG enthaltenen Neutralitätsprinzipes Bekenntnis- und Weltanschauungsschulen unterhalten darf, muß die Frage nach dem Schulunterhalt in diesem Zusammenhang noch einmal untersucht werden, weil oben das Zwangselement der allgemeinen Schulpflicht außer Betracht gelassen wurde. Die Tatsache des Schulzwanges verlangt eine Überprüfung der Frage nach der Zulässigkeit der religiös und weltanschaulich nicht neutralen Schulen, wobei sich die Fragestellung dahin spezifizieren läßt, ob die Schulpflicht auch in Ansehung der Bekenntnis-, Weltanschauungs- und Gemeinschaftsschulen rechtmäßig durchgesetzt werden kann und ob sich aus einer möglichen Beschränkung Folgen für den Aufbau des Schulwesens ergeben.

#### 2. Die Gewissensfreiheit der Eltern in Erziehungsfragen

Gezeigt war oben bereits, daß Artikel 4 Absatz I GG, der die Unverletzlichkeit der Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses garantiert, die Freiheit enthält, frei von staatlichem Zwang seinen religiösen Glauben oder seine Weltanschauung zu wählen, zu finden und zu bekennen sowie sich seinem sittlichen Gewissen gemäß zu verhalten.

Erziehung ist wenigstens insofern für die Eltern gewissens- und religionsgebundene Pflicht und Recht, als es um die religiöse und weltanschauliche Haltung der Kinder geht. Für die Eltern bedeutet es eine eigene Entscheidung des Glaubens und Gewissens, wenn sie bestimmen, welche religiöse und weltanschauliche Grundhaltung und Überzeugung sie dem Kind auf den Lebensweg mitgeben wollen, da erst die eigene Bindung an Religion oder Weltanschauung und die verantwortliche Prüfung ihres Gewissens den Eltern ermöglicht, ihre Kinder zu einer entsprechenden Geisteshaltung erziehen zu wollen. Mit der individuellen Freiheit des Glaubens und Gewissens kann daher in Übereinstimmung mit der Auffassung von Wissenschaft und Praxis unter der Weimarer Reichsverfassung<sup>116</sup> die religiös-weltanschauliche Erziehungsfreiheit in Artikel 4 Absatz I GG als Grundrecht gewährleistet gelten, nach der die Eltern die Konfessionszugehörigkeit des Kindes und dessen religiös-weltanschauliche Erziehung bestimmen<sup>117</sup>. Solange daher den Eltern das Recht der Kindererziehung zusteht, kommt es ihnen auch zu, Umfang und Inhalt der religiösen Ausbildung zu bestimmen.

Die religiöse Bekenntnisfreiheit ist dabei nicht nur berührt, wenn die Eltern ihre Kinder frei von religiösen Gedanken erziehen lassen wollen, sondern auch dann, wenn sie ihre Kinder im Sinne ihres Bekenntnisses erziehen wollen, da Artikel 4 Absatz I GG nicht nur Dissidenten, sondern auch Gläubige schützt.

<sup>116</sup> Anschütz, WRV, Art. 135, Anm. 4, S. 619; Mirbt, S. 340; Ebers, S. 153.

<sup>117</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 4, Anm. III, 2, S. 219; Nebinger, Art. 10, Anm. 3, S. 31; Fleig, S. 8, 27 und 34; Maurer, S. 94; OVG Koblenz, DVBl 1957, S. 138; Peters, Elternrecht, S. 392. A. A. nur Scholler, S. 167 ff. — gegen ihn bereits Maurer, S. 95 ff.

Die erzieherische Glaubensfrage ist dabei für Eltern katholischen Bekenntnisses im Sinne des positiven Erfordernisses besonders stark ausgeprägt. Denn wie oben<sup>918</sup> bereits gezeigt wurde, verlangt die katholische Kirche auf Grund ihres Lehr- und Hirtenamtes grundsätzlich, daß die Kinder in dem Bekenntnis der katholischen Kirche erzogen werden, eine „strenge Pflicht“, die den Eltern auferlegt ist. „Die katholischen Eltern sind im Gewissen verpflichtet, diesen Auftrag Gottes zu erfüllen.“<sup>919</sup> Dabei wird nicht ein Recht der katholischen Kirche geschützt, sondern die Entscheidung der Eltern, die sich in Fragen des Gewissens und Glaubens von ihrer Kirche leiten lassen. Wo die Glaubenshaltung ihre Wurzel hat, ist für Artikel 4 Absatz I GG unbeachtlich. Im Fall der katholischen Eltern ist dies nur insofern offenbar, als deren glaubensmäßige Bindung in Erziehungsfragen durch die Bindung an die Kirche deutlich wird. Dieselbe Pflicht, nämlich „den Kindern die Wirklichkeit, Herrschaft und Liebe Gottes zu bezeugen und sie zum Glauben an das Evangelium zu führen, indem die Eltern ihnen dies durch Wort und durch ihr eigenes Leben bezeugen“<sup>920</sup>, obliegt im übrigen auch den evangelischen Eltern nach lutherisch-protestantischer Theologie<sup>921</sup>.

### 3. Die Gewissensbelastung der Eltern durch die Schulpflicht

Wenn der Staat die Eltern zwingt, ihre Kinder in Schulen zu schicken, die — wie heute allgemein anerkannt ist<sup>922</sup> — nicht nur Wissen vermitteln, sondern Charakter und Grundhaltung der Kinder durch Erziehung zu beeinflussen suchen, so kann die Grundform und das Erziehungsziel der Schule für die Eltern von gewissens- und glaubensmäßiger Bedeutung werden. Die Erziehung in der Schule kann für die Eltern deshalb eine Glaubens- und Wissensfrage sein, weil die Schule auf die Grundhaltung und das religiös-weltanschauliche Vorstellungsbild der Kinder entweder positiv einwirkt, wie im Fall der Bekenntnis- und Weltanschauungsschule oder aber diese Einwirkung in eine bestimmte Richtung unterläßt, wie in der Gemeinschaftsschule. Während im ersteren Fall die Einwirkung auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit und -entscheidung der Eltern evident ist, weil der Staat das Gewissen in der Form des elterlichen Erziehungsrechts berührt, wenn er in der Schule überhaupt eine religiöse Vorstellung vermittelt, bedarf sie im zweiten Fall der näheren Begründung. Im Fall der katholischen Eltern ergibt sich diese Beziehung von Einzelgewissen und Glauben einerseits und Schulform andererseits bereits unmittelbar aus der für die Eltern gewissensmäßig verpflichtenden lehramtlichen Weisung der Kirche, wonach die Eltern dem göttlichen Auftrag der Erziehung nur dann gerecht werden, wenn sie ihre Kinder in einer katholisch durchformten Schule unterrichten lassen. Aber ganz unabhängig von der lehramtlichen Weisung einer Kirche, die z. B. im Falle der evangelischen Eltern nicht besteht, denen aber die ganzheitliche Erziehung des Kindes im Sinne des Bekenntnisses ebenso ein echtes Glaubens- und Gewissensanliegen sein kann, läßt sich feststellen, daß die Erziehung der Kinder in einer religiös nicht durchformten, in den wissenschaftlichen Fächern religiösen Fragen gegenüber neutralen Schule deswegen eine Gewissensbelastung sein kann, weil ihr Gewissen ihnen vorschreibt, das Kind ganzheitlich in einem religiösen oder weltanschaulichen Geist erziehen zu lassen. Der Staat zwingt die Eltern durch

<sup>918</sup> Vgl. oben S. 94 ff.

<sup>919</sup> Geiger, Schule und Staat, S. 43. So auch: Deuschle, S. 70; Dürig, kath. PSch in Bremen, S. 43; Feuchte-Dallinger, in: DOV 1967, S. 366; Hamel, S. 67, 88; Hollerbach, in: VVDStrL, Bd. 26, S. 98; Peters, Elternrecht, S. 438; Scheuner, in: DOV 1967, S. 592.

<sup>920</sup> Joest, Elternrecht, S. 65.

<sup>921</sup> Joest, Elternrecht, S. 65; Thielicke, §§ 1772 und 1859.

<sup>922</sup> Vgl. oben Anm. 872.

die Erziehung der Kinder in einer Gemeinschaftsschule dazu, ihre Anschauungen über Erziehung in religiös-weltanschaulicher Hinsicht, die diesen Eltern von ihrem Gewissen vorgeschrieben ist, nicht verwirklichen zu können. Diese Gewissensbelastung der Eltern wird dadurch besonders deutlich, daß durch die Erziehung, die frei von religiösen Momenten erfolgt, die Gefahr besteht, daß das Kind sich von dem im Elternhaus vorgelebten und erwünschten Gedankengut abwendet. Die schulische Erziehung, die nicht in Übereinstimmung mit den Eltern geschieht, kann daher die Voraussetzung und Bedingung für eine Glaubensentfremdung sein, die das elterliche Gewissen belastet<sup>923</sup>.

Im übrigen weist Fleig<sup>924</sup> zu Recht darauf hin, daß das Grundgesetz die gewissensmäßige Bedeutung der Schulform anerkennt. Um der Gewissensfreiheit willen läßt das Grundgesetz in Artikel 7 Absatz V die private Volksschule zu. Damit hat das Grundgesetz, „indem es hinsichtlich der Grundform wenigstens im Bereich der Privatschule eine Regelung traf, den Charakter (sc. der Schule) als einer Gewissensfrage anerkannt“.

Schließlich muß darauf hingewiesen werden, daß das Grundgesetz die Bestimmung der Teilnahme der Kinder am Religionsunterricht den Eltern überläßt (Art. 7 Abs. II GG). Um der Gewissensfreiheit der Eltern willen gestattet es, daß diese bestimmen, ob das Kind im Religionsunterricht mit dem bekenntnismäßigen Gedankengut vertraut gemacht wird oder nicht. Sowohl das Teilnehmen wie auch das Nichtteilnehmen ist für die Eltern eine Glaubens- und Gewissensentscheidung. Wenn aber die Teilnahme am Religionsunterricht als Gewissensfrage anerkannt ist, so muß das gleiche für die ganzheitliche religiöse Unterrichtung in einer Schule gelten, da Religionsunterricht und ganzheitliche religiöse Erziehung lediglich verschiedene Grade der Intensität hinsichtlich der Vermittlung religiösen Gedankengutes sind, zwischen beiden also zunächst ein quantitativer und daraus folgend ein qualitativer Unterschied besteht.

Da somit die Schule „erzieht“, d. h. den ganzen Menschen in seiner charakterlichen und geistigen Haltung, die das religiös-weltanschauliche Vorstellungsbild des Kindes umfaßt, beeinflusst, bedeutet es für die Eltern, die ihre Kinder im religiösen Sinne erziehen lassen wollen, und für die Eltern, die das nicht wollen, gleichermaßen eine Gewissensfrage, welche Grundform die Schule aufweist, der sie ihre Kinder — auf Grund der allgemeinen Schulpflicht — anvertrauen müssen<sup>925</sup>. Die Weigerung der Eltern, ihre Kinder in eine Bekenntnis- oder Weltanschauungsschule zu schicken, kann ebenso wie die Weigerung, ihre Kinder in eine Gemeinschaftsschule zu schicken, auf Gewissensgründen beruhen<sup>926</sup>. Inwieweit diese Weigerung zu Recht erfolgen kann, muß im Folgenden untersucht werden.

<sup>923</sup> Peters, Elternrecht, S. 405: „Wenn ein Kind in bestimmter weltanschaulicher Richtung nach bestimmten bekenntnismäßigen Wertmaßstäben sechs Jahre lang ausschließlich von den Eltern erzogen ist und auch danach nicht aus der elterlichen Obhut ausscheidet, muß (!) eine nun eintretende, unter Umständen bewußt auf andere Anschauungen und Wertmaßstäbe ausgerichtet, vielleicht sogar die Ideale der bisherigen elterlichen Erziehung bewußt zurückdrängende Erziehung zu einem Bruch oder zumindest zu einer keinem Erzieher erwünschten Indifferenz des Zöglings führen.“ Peters deutet hier zu Recht eine Möglichkeit an. Wenn er dies aber als zwangsläufige Folge ansieht — „muß“ —, so dürfte damit die Wirksamkeit der schulischen Erziehung weit überschätzt sein. Wäre es so, wie Peters es beschreibt, hätte in den Simultanschulgebieten längst alles kirchliche Leben zum Ruhen kommen müssen!

<sup>924</sup> Fleig, S. 10.

<sup>925</sup> Fleig, S. 10; ebenso Deuschle, S. 70; Dürig, kath. PSch in Bremen, S. 43; Feuchte-Dallinger, in: DUV 1967, S. 366; Hamel, S. 62; Hollerbach, in: VVDStrL, Bd. 26, S. 98; Peters, Elternrecht, S. 438; Scheuner, in: DUV 1967, S. 592.

<sup>926</sup> So auch Hamel, S. 88 ff.; Maunz, Toleranz, S. 10; Geiger, Schule und Staat, S. 41—47; Krüger, Rechtsgutachten, S. 1085; Maurer, S. 98 ff.; Fleig, S. 8 ff. und S. 27 ff.

#### 4. Die Religions- und Gewissensfreiheit der Kinder

Neben dem Grundrecht der Eltern auf Beachtung ihrer Religions- und Gewissensfreiheit steht der grundrechtliche Schutz der Kinder durch Artikel 4 Absatz I GG. Daß auch Kinder Träger von Grundrechten sind, daß sie also „grundrechtsfähig“ sind, ist unbestritten, da Altersstufen oder sonstige effektive Voraussetzungen des natürlichen Ausübenkönnens keine Staffelung und Graduierung innerhalb der Grundrechtsfähigkeit natürlicher Personen erlauben<sup>927</sup>. Auch die Kinder dürfen deshalb von Verfassungen wegen erwarten, daß der Staat weder durch seine Gesetzgebung noch durch seine Verwaltung oder seine Gerichte ihre Freiheiten beeinträchtigt<sup>928</sup>. Erst wenn das aus dem Elternrecht fließende Recht, über die Entfaltung der Persönlichkeit des Kindes zu wachen und diese zu leiten und zu bestimmen, und die Grundrechte der Kinder kollidieren, taucht die unter der Bezeichnung „Grundrechtsmündigkeit“ aufgeworfene Problematik auf<sup>929</sup>. Erst im Kollisionsfall erhebt sich die Frage, ob und wieweit die Kinder der persönlichen Gewährleistungsschranke ihrer Grundrechte insoweit unterliegen, als die Berechtigung, Grundrechte selbständig auszuüben, durch das kollidierende Recht der Erziehungsberechtigten eingeschränkt ist. Diese Dialektik zwischen Elternrecht und Kindesgrundrecht kann und braucht hier nicht näher geklärt zu werden<sup>930</sup>. Entscheidend ist vielmehr, daß kein Grund ersichtlich ist, daß der zwangsweise Besuch einer bestimmten Schule, die gewissenmäßige und religiöse Anforderungen stellt, nicht auch das neben dem elterlichen Recht aus Artikel 4 Absatz I GG stehende Recht der Kinder auf Freiheit in religiösen und gewissenmäßigen Fragen beeinträchtigen können soll, solange die Eltern keine mit dem Willen der Kinder kollidierende Entscheidung gefällt haben<sup>931</sup>.

#### 5. Anwendbarkeit der Gewissens- und Religionsfreiheit auf das Schulorganisationsrecht

Nachdem somit gezeigt ist, daß der zwangsweise Besuch einer Schule zu einer glaubens- und gewissenmäßigen Belastung der Eltern und der Kinder führen kann, wäre die Anwendung des Artikels 4 Absatz I GG auf das Schulorganisationsrecht derart, daß die bestehende Schulorganisation an dem Erfordernis der Religions- und Gewissensfreiheit gemessen wird, ohne weiteres durchzuführen, wenn nicht die Anwendbarkeit des Artikels 4 Absatz I GG auf das Schulorganisationsrecht bestritten wäre. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts<sup>932</sup> enthält Artikel 7 GG „die verfassungsrechtlichen Beschränkungen des Landesgesetzgebers jedenfalls hinsichtlich der bekenntnismäßigen Gestaltung des Schulwesens vollständig“. Das Bundesverwaltungsgericht<sup>933</sup>, das zu Recht entschied, daß die Behandlung des Schulwesens in dem speziell mit dem Schulrecht befaßten Artikel 7 GG die Berufung auf andere Grundrechte (Sozialstaatlichkeit, Artikel 3, Artikel 6 Abs. II GG) nicht ausschliesse, läßt die Meinung des Bundesverfassungsgerichts unerörtert, ohne sich allerdings ausdrücklich zu dieser Auffassung zu bekennen. Diese Behauptung des Bundesverfassungsgerichts bedeutet, daß Artikel 7 GG so ausgelegt wird, daß er das Grundrecht des Artikels 4 Absatz I GG hinsichtlich der bekenntnismäßigen Gestaltung der Schule ausschließt<sup>934</sup>. Wenn das Bundesverfassungsgericht sich zur

<sup>927</sup> Maunz-Dürig, Art. 19, Anm. III, RNR. 17; StGH Hessen, NJW 1966, S. 31.

<sup>928</sup> Maunz-Dürig, Art. 19, Anm. III, RNR. 22.

<sup>929</sup> v. Mangoldt-Klein, Vorbem. B XV, 3c, S. 127; Maunz-Dürig, Art. 19, Anm. III, RNR. 20 ff.

<sup>930</sup> Vgl. v. Mangoldt-Klein, a. a. O.; Maunz-Dürig, a. a. O.

<sup>931</sup> So auch Maunz, Das Recht des Kindes und das Recht der Eltern, S. 187: „Die gleiche Freiheit (sc. die Gewissensfreiheit) bezieht sich aber auch auf das Gewissen des Kindes.“

<sup>932</sup> BVerfG 6, 339, 356.

<sup>933</sup> BVerwG 5, 153, 158.

<sup>934</sup> So auch Feuchte-Dallinger, in: DUV 1967, S. 366; Scheuner, in: DUV 1966, S. 146: „Art. 4 GG trägt nichts

Begründung seiner Meinung auf die Entstehungsgeschichte von Artikel 6 und 7 GG beruft, nach der die Länder in ihrer Zuständigkeit, schulpolitische Fragen zu regeln, nicht geschmäleret werden sollten, und daher der Wille der Erziehungsberechtigten lediglich bei der religiösen und weltanschaulichen Gestaltung der Privatschule zu berücksichtigen sei, so verallgemeinert und verkennt das Bundesverfassungsgericht in unzulässiger Weise die Vorgänge der Entstehungsgeschichte. Aus der Entstehungsgeschichte läßt sich zwar entnehmen, daß den Eltern im Rahmen des Artikels 6 Absatz II GG kein Recht auf die Bestimmung der Form der Schule gewährt werden sollte. Daß damit die Verletzung anderer Grundrechte ungerügt bleiben sollte und die Beachtung der Religions- und Gewissensfreiheit im Rahmen des Schulorganisationsrechts ausgeschlossen sein sollte, ist damit nicht gesagt. Die Länder sollten lediglich Freiheit gegenüber dem subjektiven Recht der Eltern auf Bestimmung der Grundform der Schule haben, nicht aber von den Fesseln der Grundrechte gelöst sein. Das Fragmentarische des Artikels 7 GG, der lediglich einzelne Fragen des Schulrechts regelt, läßt gerade den Schluß zu, daß andere Grundrechte auch im Rahmen des Schulwesens zur Geltung kommen können und müssen. Weil in der Weimarer Reichsverfassung die Bestimmungen über Schule und Bildung eine ins einzelne gehende Normierung des Schulwesens enthielten, konnte damals die herrschende Lehre<sup>335</sup> sagen, daß die Grundrechte keine dem Schulrecht übergeordneten Normen seien, die es erlaubten, sich auf die allgemeinen Normen zu berufen, so daß die Erziehungsberechtigten nur die Rechte hatten, die die Schulartikel ihnen gaben. Artikel 7 GG enthält heute nicht mehr eine derartige umfassende Regelung, sondern beschränkt sich neben dem Grundsatz des Absatzes I auf die Aufstellung von Normen für den Religionsunterricht, für das Privatschulwesen und das Verbot von Vorschulen. Von einer ausführlichen Regelung des Schulwesens kann hier nicht gesprochen werden, sondern nur von der Aufstellung einiger weniger Verfassungsgrundsätze. Das aber läßt die Anwendung anderer Grundrechte als notwendig erscheinen.

Auch aus der Spezialvorschrift des Artikels 7 Absatz II GG, die aus weltanschaulich-religiösen Gründen die Teilnahme am Religionsunterricht der freien Entscheidung der Erziehungsberechtigten überläßt, läßt sich auf eine Verdrängung der Glaubens- und Gewissensfreiheit im Schulrecht nicht schließen, weil hier lediglich ein Minimum an Gewissensfreiheit als Ausfluß des Artikels 4 Absatz I GG geregelt ist, so daß die allgemeine Freiheit des Artikels 4 Absatz I GG keine Begrenzung dadurch erfahren kann. Diese Vorschrift ist schon deshalb notwendig, weil auch in der Gemeinschaftsschule, die von vielen Eltern nicht als Gewissensbelastung angesehen wird, nach Artikel 7 Absatz III GG in der Regel Religionsunterricht zu erteilen ist, so daß den Eltern die Befreiung ihrer Kinder vom Religionsunterricht bleiben muß.

Dem Gewissensanliegen der Eltern, die ihrer Glaubenshaltung entsprechende Schulen für ihre Kinder wählen zu können, ist allerdings durch Artikel 7 Absatz V GG insofern entsprochen, als daß dort das Recht zur Errichtung privater Volksschulen garantiert ist, wenn eine entsprechende öffentliche Volksschule in der Gemeinde nicht besteht. Doch so bedeutsam dieses Recht auch sein mag, so gibt es doch keine Lösung für die gewissensmäßigen Belastungen der Eltern, da vor allem finanzielle Schwierigkeiten es praktisch unmöglich machen, die Errichtung und den Besuch von Privatschulen zu ermög-

zur Sache aus." Das Bundesverfassungsgericht prüft in demselben Urteil an anderer Stelle — auf S. 339 — dennoch, ob die Bekenntnisschule die Glaubens- und Gewissensfreiheit verletzt, setzt also an anderer Stelle voraus, daß Art. 4 Abs. I GG anwendbar ist; insofern ist das Urteil widersprüchlich; vgl. zur Auslegung von Art. 4 Abs. I GG im Zusammenhang mit der Schulorganisation unten S. 180 ff.

<sup>335</sup> Vgl. Landé, S. 51/52.



lichen. Dementsprechend besuchen auch nur ein kleiner Teil der Schüler, nämlich ca. 0,4 Prozent aller Volksschüler, private Volksschulen<sup>936</sup>. Bereits aus diesem Grund kann daher ein Verweis auf Artikel 7 Absatz V GG nicht zu einer Nichtanwendbarkeit des Artikels 4 Absatz I GG im Bereich des öffentlichen Schulwesens führen<sup>937</sup>. Vor allem spricht für die Anwendbarkeit des Artikels 4 Absatz I GG auf das öffentliche Schulwesen die Tatsache, daß in Artikel 7 Absatz V GG lediglich eine Ergänzung der Bekenntnisfreiheit enthalten ist, die nicht notwendigerweise in Artikel 4 Absatz I GG enthalten zu sein brauchte, wenn der Staat den glaubens- und gewissenbedingten Forderungen der Eltern nachgeben könnte. Der Staat entscheidet sich hier für ein weiteres Stück Freiheit, nicht aber gegen die Anwendbarkeit des Artikels 4 Absatz I GG auf das öffentliche Schulsystem. „Die Tendenz dieses Artikels ist es vielmehr, die Freiheit im Bereich des Schulwesens, wie es sich geschichtlich geworden vorfindet, da herzustellen, wo sie noch nicht besteht“<sup>938</sup>. Artikel 7 Absatz V GG besagt daher nichts über die Zulässigkeit von Zwangsmitteln im staatlichen Schulbereich, die sich lediglich nach Artikel 4 Absatz I GG beurteilen läßt. Aus Artikel 7 Absatz V GG läßt sich zwar das Recht des Staates zur Errichtung und zur Darbietung von Bekenntnisschulen und Weltanschauungsschulen herleiten, über die Zulässigkeit, die Schulpflicht durch den Besuch einer derartigen Schule zu erzwingen, läßt sich aus Artikel 7 Absatz V GG nichts entnehmen.

Außerdem gilt auch heute noch, daß — obwohl es kein staatliches Schulmonopol mehr gibt — das Grundgesetz den Primat der öffentlichen Schule statuiert, indem es „stillschweigend von der Voraussetzung (ausgeht), in erster Linie seien öffentliche Schulen anzustreben“<sup>939</sup>. Der Staat, der die Kinder nach Möglichkeit in von ihm unterhaltenen und geleiteten Schulen erziehen will, kann sich nicht der Bindung an die Grundrechte dadurch entziehen, daß er diejenigen Bürger, die mit der in den staatlichen Schulen vertretenen Geisteshaltung nicht einverstanden sind, auf private Einrichtungen verweist. Überhaupt erscheint es unmöglich, daß der Staat in der Lage sein sollte, für seine Institutionen ein so wichtiges Grundrecht wie Artikel 4 Absatz I GG dadurch auszuschließen, daß er den Eltern die Möglichkeit gibt, sich durch private Initiative der staatlichen Erfassung — hier durch die staatliche allgemeine Volksschule — zu entziehen. Die Grundrechtsordnung, die nach Artikel 1 Absatz III GG Gesetzgebung und vollziehende Gewalt unmittelbar bindet und die auch die Länder bindet, ist weder teilbar noch ablösbar<sup>940</sup>. Der Staat kann sich daher nicht der Grundrechtsbindung dadurch entziehen, daß er neben den staatlichen Institutionen private Einrichtungen zuläßt. Für die staatliche Einrichtung bleibt die Grundrechtsbindung stets bestehen, auch soweit Artikel 4 Absatz I GG betroffen ist.

Nach Artikel 1 Absatz III binden die Grundrechte auch die Landesgesetzgeber. Daß eine besondere Vorschrift, nämlich Artikel 7 GG, das Schulrecht zum Gegenstand hat, rechtfertigt nach allem nicht den Schluß, daß Artikel 4 Absatz I GG keine Anwendung auf das Schulorganisationsrecht findet. Das Schulorganisationsrecht muß daher, um allen Anforderungen des Grundgesetzes zu entsprechen, nicht nur den wenigen Grundsätzen des Artikels 7 entsprechen, sondern auch den Grundsatz der Religions- und Gewissensfreiheit beachten<sup>940a</sup>.

<sup>936</sup> So Heckel-Seipp, S. 66 (Zahlen des Jahres 1962).

<sup>937</sup> Maurer, S. 99.

<sup>938</sup> H. Krüger, Rechtsgutachten, S. 1086; ebenso Rambow, S. 48.

<sup>939</sup> Vgl. unten S. 211 ff.; vgl. v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. VI, S. 291; Geiger, Staat und Schule, S. 16 f.; Stein, in: NJW 1950, S. 658. Ebenso die Weimarer Reichsverfassung.

<sup>940</sup> BVerwG, NJW 1960, S. 122.

<sup>940a</sup> So auch Hamel, S. 62; Grundmann, in: Bay.VBl 1966, S. 38; Hollerbach, in: VVDStRL, Bd. 26, S. 94, 153; Maurer, S. 97; Obermayer, Rechtsgutachten, S. 11—15, 22, 25; Rambow, S. 124 ff.; E. Stein, in: RdJ 1967, S. 30. Vgl. auch unten Anm. 968.

## 6. Die Erzwingbarkeit des Besuches einer Bekenntnis- oder Weltanschauungsschule

Nachdem sich gezeigt hat, daß die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Artikels 4 Absatz I GG auch im Bereich des Schulorganisationsrechtes zur Anwendung gelangt und daß die Form der Schule für die Eltern und Kinder eine gewissensmäßige Belastung darstellen kann, wäre die Feststellung, daß der Staat, der die Kinder zum Besuch einer Bekenntnisschule zwingt, die nicht der Vorstellung der Eltern entspricht, die Gewissensfreiheit der Eltern verletzt, nur die logische Konsequenz. Praktisch wird dies vor allem, wenn eine bekenntnismäßige Minderheit zum Besuch der Schule einer bekenntnismäßigen Mehrheit gezwungen wird. Daß diese Praxis gegen Artikel 4 Absatz I GG verstößt, bedürfte keiner weiteren Begründung, wenn nicht das Bundesverfassungsgericht<sup>941</sup> im sogenannten Konkordatsprozeß einen gegenteiligen Standpunkt vertreten hätte. Das Bundesverfassungsgericht hatte beiläufig das Problem zu behandeln, wie zu entscheiden wäre, wenn in einem Ort nur eine Volksschule besteht, während die Wünsche der Erziehungsberechtigten hinsichtlich der Art der Schule auseinandergehen. Ausgangspunkt der Erörterung war allerdings die Feststellung, daß die Errichtung einer Bekenntnisschule gemäß den Wünschen der Erziehungsberechtigten nicht dem Grundrecht der Gewissensfreiheit widerspreche, so daß die Entscheidung auch den Fall betrifft, daß nur eine Bekenntnisschule an einem Ort besteht und die Wünsche der Erziehungsberechtigten auseinandergehen. Wenn die Minderheit — so führt das Bundesverfassungsgericht aus — zur Vermeidung unzumutbarer Schulwege auf die von ihnen gewünschte Schulart verzichten müßte — und damit die Bekenntnisschule eines fremden Bekenntnisses besuchen muß —, so sei nichts dagegen einzuwenden, da es nicht möglich sei, allen Eltern eine ihren Wünschen entsprechende Volksschule zur Verfügung zu stellen. Auf das eigentliche Problem der Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit geht das Bundesverfassungsgericht zwar nicht näher ein. Es stellt aber fest, daß hierin eine Beeinträchtigung der Gewissensfreiheit nicht erblickt werden könne.

Die Konsequenz dieser Ansicht ist, daß die religiöse Mehrheit die Minderheit überstimmen kann und diese zur Benutzung einer Schule zwingen kann, die deren Kinder im Geiste eines Bekenntnisses erzieht, die dem Elternhaus fremd ist, und damit entscheidet, daß einzelne Eltern und Kinder eine Gewissensverletzung hinnehmen müssen. Damit ist aber gerade das Anliegen des Artikels 4 Absatz I GG, die Glaubens- und Gewissensentscheidung des einzelnen unabhängig von der Mehrheitsentscheidung zu respektieren, aufgegeben. Die notwendigen und zulässigen Einschränkungen der Freiheitsrechte lassen sich nicht nach arithmetischen Gesichtspunkten treffen, sondern erfordern eine Wertung. „Die Mehrheit kann nicht das Gewissen überstimmen.“<sup>942</sup> Die Entscheidung über die religiös-weltanschauliche Gestaltung der Schule darf daher jedenfalls nicht nach arithmetischen Gesichtspunkten der Mehrheitsverhältnisse getroffen werden<sup>943</sup>. Der „leider nicht näher begründete Standpunkt des BVerfG erscheint daher unhaltbar“<sup>944</sup>.

<sup>941</sup> BVerfG 6, 309, 339.

<sup>942</sup> Maunz, Toleranz, S. 10; vgl. Krüger, Rechtsgutachten, S. 1085.

<sup>943</sup> Hamel, S. 89; so auch: v. Campenhausen, S. 179 f.; Deuschle, S. 71; Grundmann, in Bay.VBl 1966, S. 38; H. Heckel, in: RdJ 1965, S. 325; F. Müller, in: DVBl 1968, S. 99; Obermayer, Rechtsgutachten, S. 10 f.; Rambow, S. 149 f. Unzutreffend sind daher auch die Ausführungen Liermanns, in: Der Konkordatsprozeß, S. 773 — wonach die Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht verletzt werde, weil unter Umständen Tausende von Katholiken zur Gemeinschaftsschule gezwungen würden, während nur wenige Andersgläubige zur Bekenntnisschule gehen müßten; ebenso unzutreffend Hofmann, in: FamRZ 1965, S. 61, und in: DVBl 1967, S. 440; Rust, in: Bay.VBl. 1967, S. 47-49; Polewsky, S. 66; Da katholische Eltern ebenso in ihrem Gewissen verletzt sein könnten wie Eltern, die ihre Kinder nicht in einer Bekenntnisschule schicken wollten, müsse die Mehrheit der Eltern entscheiden, „anders ist das Problem nicht zu lösen“ (!). Hier wird mit wenigen Sätzen vor den Schwierigkeiten einer sachgerechten Lösung kapituliert und die Bedeutung des Art. 4 GG verkannt. Die zwangsweise religiöse Beeinflussung der Minderheit durch die Mehrheit will Art. 4 Abs. 1 GG gerade verhindern. Vgl. auch Anm. 986.

<sup>944</sup> Hamel, S. 89.

Es bleibt vielmehr festzustellen, daß die Tatsache, daß staatlicher Schulzwang eingesetzt wird, um die Kinder einer religiösen Minderheit im Geiste eines anderen Bekenntnisses zu erziehen, die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Artikels 4 Absatz I GG verletzt. Dies wird in der Literatur allgemein anerkannt<sup>945</sup>. Soweit in der Literatur abweichende Meinungen vertreten werden, vermögen sie nicht zu überzeugen. Becker<sup>946</sup> gibt für seine das Bundesverfassungsgericht billigende Ansicht überhaupt keine Begründung. Peters<sup>947</sup> sieht eine mögliche Verletzung der Bekenntnisfreiheit in der Schule überhaupt erst dann als gegeben, wenn die Kinder entgegen ihrem oder ihrer Eltern Willen zu aktiver Übung einer bestimmten Weltanschauung herangezogen werden und wenn der Unterricht in einer ihre religiösen Gefühle verletzenden Weise erteilt würde. Da aber in allen Schulen der Grundsatz der Toleranz herrsche, sei diese Gefahr praktisch ausgeschaltet<sup>947a</sup>. Demgegenüber muß betont werden, daß bereits der Zwang, seine Kinder der Beeinflussung durch die Lehren eines Bekenntnisses auszusetzen bzw. sich der Beeinflussung täglich über Jahre hinaus aussetzen zu müssen, eine Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit der Eltern und Kinder bedeutet. Erziehung wird in der Bekenntnisschule nicht dergestalt praktiziert, daß den Kindern die verschiedenen geistigen Möglichkeiten als objektive Gegebenheiten dargestellt werden, sondern gewisse Werte werden als richtig, grundlegend und verbindlich direkt und indirekt, offen und verdeckt den Kindern „beigebracht“, und zwar Werte, zu denen die entsprechenden Glaubensartikel der entsprechenden Kirche gehören. „Toleranz“ hat lediglich — worauf oben auf S. 127 bereits hingewiesen wurde — die Bedeutung, daß trotz der persönlichen Identifizierung mit einer bestimmten Überzeugung dem anderen die Achtung entgegengebracht wird, die Identifizierung mit seiner Überzeugung persönlich zu erlauben, und sich mit dem Andersgesinnten friedlich auseinanderzusetzen — sie bedeutet nicht den Verzicht auf die eigene Ansicht und deren Verbreitung<sup>947b</sup>. In einer Bekenntnisschule kann dies nur bedeuten, daß (entsprechend der Formulierung des Artikels 148 Absatz II WRV) in der Schule nichts vorgetragen werden darf, was die Kinder anderen Bekenntnisses dem Inhalt und der Form nach beleidigen oder verletzen kann, und daß keine direkten offenen Missionsversuche unternommen werden dürfen<sup>947c</sup>. Das Toleranzgebot schließt demzufolge nicht aus, daß die Kinder der Minderheit die Lehren der Mehrheit (jahrelang) mit anhören und sich entsprechend beeinflussen lassen müssen. Dies kann in einer Bekenntnisschule nicht vermieden werden, da die Schule andernfalls den Charakter einer Bekenntnisschule verlieren würde<sup>947d</sup>.

<sup>945</sup> Geiger, Staat und Gewissen, S. 15; Geiger, Schule und Staat, S. 45 f., widerspricht sich insofern nicht, als daß er zwar dem Urteil BVerfG 6, 309, zustimmt, aber den zugrunde liegenden Tatbestand dahin modifiziert, daß er nur dann öffentliche Bekenntnisschulen als in Übereinstimmung mit Art. 4 Abs. I GG erklärt, wenn sie „natürlich nicht als einzige ausschließliche Schulart, sondern neben der öffentlichen Schule simultanen oder religionsfreien Charakters, je nach Wunsch der Erziehungsberechtigten“ errichtet wird; das übersieht Maurer, S. 100, wenn er Geiger die Billigung des angelegenen Urteils vorwirft; Maunz, Rechtsgutachten, S. 788, der dies für so selbstverständlich hält, daß er keine weitere Begründung für nötig hält; Maunz, Toleranz, S. 10; Krüger, Rechtsgutachten, S. 1085; Maurer, S. 101; v. Campenhausen, S. 176, 178; Deuschle, S. 71; und die in Anm. 968 Aufgeführten.

<sup>946</sup> Becker, in: FamRZ 1961, S. 104.

<sup>947</sup> Peters, Rechtsgutachten, S. 661.

<sup>947a</sup> Toleranz als Lösung aller Probleme wird außerdem vertreten von: Feuchte-Dallinger, in: DÖV 1967, S. 366; Hofmann, in: DVBl 1967, S. 440; Hollerbach, in: VVDStRL, Bd. 26, S. 98; trotz ähnlicher Terminologie kann der Bayerische Verfassungsgerichtshof — vgl. unten Anm. 947d und unten Anm. 969e — nicht zu den Vertretern dieser Ansicht gezählt werden.

<sup>947b</sup> Vgl. Maunz, Toleranz, S. 5; Scheuner, in: DÖV 1966, S. 153; v. Zezschwitz, in: JZ 1966, S. 399, Anm. 15.

<sup>947c</sup> Vgl. Toews, S. 64 f.

<sup>947d</sup> Zu der Entscheidung des BayVerfGH vom 20. 3. 1967 vgl. unten Anm. 969e: unter dem Leitsatz „Toleranz“ wird dort in Wahrheit gefordert, daß die Bekenntnisschule soweit in eine (christliche) Gemeinschaftsschule umgewandelt wird, als religiöse Minderheiten am Unterricht teilnehmen müssen, daß „die Besonderheiten des Bekenntnisses der Mehrheit zurücktreten müssen zugunsten des den beiden Bekenntnissen Gemeinsamen“; zustimmend Scheuner in: DÖV 1967, S. 592. Damit wird der Begriff der Toleranz erweitert; die vom BayVerfGH aus Art. 4 GG gezogenen Folgerungen gehen über die Toleranz hinaus und bewirken eine Änderung des Schulcharakters.

Der Toleranzgedanke ist daher unbrauchbar, eine Lösung für das Problem der Verletzung des Gewissens der Eltern und der Kinder durch den zwangsweisen Besuch der Bekenntnisschule zu geben<sup>947e</sup>.

Es gilt vielmehr, daß unter keinen denkbaren Umständen ein Kind zum Besuch einer Bekenntnisschule gezwungen werden kann und die Eltern dazu verpflichtet werden können, ihre Kinder in eine derartige Schule zu schicken. Daß dieses Verbot unbedingt gilt, ergibt sich aus verschiedenen Überlegungen:

Zunächst ist auf Artikel 7 Absatz II GG hinzuweisen. Danach bestimmen die Erziehungsberechtigten, ob die Kinder am Religionsunterricht teilnehmen. Dieses Recht ist unbestritten nicht einschränkbar. Die religiös-weltanschauliche Beeinflussung durch den im Geiste des Bekenntnisses erteilten gesamten Unterricht ist aber wesentlich stärker und wirksamer, als wenn die geistige Beeinflussung der Kinder lediglich im Religionsunterricht erfolgt, weshalb die Bekenntnisschule ja auch von ihren Anhängern erstrebt wird. Wenn die Eltern aber bereits das unbeschränkbare Recht haben, ihre Kinder von der religiösen Beeinflussung im Religionsunterricht fernzuhalten, dann müssen sie erst recht das unbeschränkte Recht haben, ihre Kinder von der Gesamtbeeinflussung fernzuhalten, da die Gewissensverletzung durch den konfessionellen Gesamtunterricht stärker ist als durch den Religionsunterricht. Daneben ist zu bedenken, daß dadurch, daß in der Bekenntnisschule auch der Profanunterricht im Geiste des Bekenntnisses erteilt wird und religiöse Einsichten schenkt<sup>948</sup>, auch diese Fächer zu „religiösen“ Unterrichtsfächern werden, die unter die Vorschrift des Artikels 7 Absatz II GG fallen, wie bereits Landé für die Weimarer Reichsverfassung es vertrat<sup>949</sup>, da auch in diesen Fächern die religiöse Wahrheit ebenso wie im Religionsunterricht als richtig und verbindlich herausgestellt und gelehrt wird.

Außerdem wird der Wesensgehalt der Religions- und Gewissensfreiheit verletzt, wenn Kinder zum Besuch einer Bekenntnisschule gezwungen werden. Die Darstellung des Charakters der Bekenntnisschule hat gezeigt, daß die geistige Grundlage eines Bekenntnisses das alles durchdringende Prinzip der Gestaltung des Unterrichts ist. Die geistige Beeinflussung wird in jedem Unterrichtsfach bewußt und systematisch betrieben. Es besteht somit kein wesensmäßiger Unterschied zwischen dem Zwang, in eine bestimmte Kirche zu gehen, und dem Zwang, in die als Emanation und Fortsetzung der kirchlichen Arbeit gedachten Bekenntnisschule zu gehen. Ob die Kinder in der Kirche selber oder in der Schule den Lehren der Kirche zwangsweise ausgesetzt sind, ist lediglich ein gradueller Unterschied, wobei die Wirksamkeit der Schulerziehung die unmittelbare Beeinflussung durch kirchliche Lehren in der Kirche, bzw. im Religionsunterricht übertrifft, weil die Beeinflussung in der Bekenntnisschule ständig und unauffällig erfolgt. Die Freiheit von unmittelbarem Zwang zu religiösen Handlungen ist der Ausgangspunkt der Entwicklung der Glaubens- und Gewissensfreiheit überhaupt. Weil die ersten Christen den Kaiserkult ablehnten, wurden sie verfolgt, und unter dem Eindruck dieser Verfolgung formulierte der Kirchenvater Tertullian die Gewissensfreiheit als Freiheit von Zwang in Glaubensfragen. Sie bewegte später die Reformatoren und die Philosophen der Aufklärung. Die Freiheit von Zwang in Glaubensfragen „gehört zum Wesensgehalt dieses Grundrechts, der nach Artikel 19 II unantastbar ist; sie ist ein Menschenrecht im Sinne des Artikels 1 II. Daher gilt das Verbot des Zwanges unbedingt und ohne jeden Vorbehalt einer Beschränkung: Unter

<sup>947e</sup> So auch v. Campenhausen, S. 179; Obermayer, in: DUV 1967, Anm. 72; ders., in: Rechtsgutachten, S. 18; Rambow, S. 159 ff.; E. Stein, in: RdJ 1967, S. 34, Anm. 19.

<sup>948</sup> Vgl. oben S. 86 f.

<sup>949</sup> Landé, S. 118 f., 204.

keinen Umständen darf von öffentlicher Hand Zwang ausgeübt werden.<sup>950</sup> Gehört somit das in Artikel 140 GG in Verbindung mit Artikel 136 Absatz IV WRV enthaltene Verbot, einen Menschen zu einer kirchlichen Handlung oder Feierlichkeit, zur Teilnahme an religiösen Übungen oder zur Benutzung einer religiösen Eidesform zu zwingen, zu dem unbedingten und unbeschränkbar Wesensgehalt der Glaubens- und Gewissensfreiheit, so muß erst recht die Teilnahme an einer jahrelangen „Übung“, durch die die Geisteshaltung der Kinder entscheidend beeinflußt wird, als den Wesensgehalt des Artikels 4 Absatz I GG antastend angesehen werden.

Unter dem Wesensgehalt eines Grundrechts sind „jene Eigenschaften zu verstehen, die die Natur, die Grundsubstanz des einzelnen Grundrechtes ausmachen. Das sind mit anderen Worten die den Charakter des Grundrechtes bildenden typischen Grundzüge. Der so verstandene Wesensgehalt wird schon ‚angetastet‘, wenn auch nur einer der als wesentlich erkannten Eigenschaften durch bzw. auf Grund eines Gesetzes beeinträchtigt wird.“<sup>951</sup> Dementsprechend „beurteilt sich die Frage, ob ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet wird, nicht nach dem Zweck und Grund für die Beschränkung, sondern ausschließlich danach, was nach der Beschränkung von dem Grundrecht überhaupt übrig bleibt“<sup>952</sup>. Kann der Staat seine heranwachsenden Bürger zum Besuch einer Bekenntnisschule zwingen, so kann er sich entscheidenden Einfluß auf die religiöse Haltung seiner Bürger vermittels seines staatlichen Zwangsapparates überhaupt sichern, da die entscheidenden Impulse für den ganzen weiteren Lebensweg in dem jungen Menschen gelegt werden. Die Freiheit, seine religiöse Einstellung selber frei von staatlichem Zwang zu finden, macht aber, wie oben<sup>953</sup> gezeigt wurde, einen der wesentlichen Grundzüge der Freiheit des Glaubens aus. Eine Regelung der Art, daß der Besuch einer Bekenntnisschule erzwungen werden kann, würde daher einen wesentlichen Grundzug des Artikels 4 verletzen. Dies würde in einer Weise geschehen, daß nach dem „rechtlich geläuterten Urteil“<sup>954</sup>, d. h. nach dem Urteil „aller billig und gerecht Denkenden“<sup>955</sup>, von dem Recht auf freie Wahl des Glaubens insofern „für das soziale Leben im Ganzen“<sup>956</sup> wenig übrig bliebe, als der Staat die religiöse Haltung der kommenden Bürger durch seine Machtmittel entscheidend mitbeeinflussen würde. Das aber gerade sollte nach Artikel 4 Absatz I GG dem einzelnen überlassen und in Erziehungsfragen Aufgabe und vornehmstes Recht der Eltern sein.

Die Tatsache, daß die Kinder in der Bekenntnisschule zu einem bestimmten Glauben erzogen werden, macht es daher von vornherein unmöglich, eine Beschränkung der Glaubens- und Gewissensfreiheit in praktischen Erwägungen wie langen Schulwegen oder der Unmöglichkeit, für jedes Bekenntnis eine gesonderte Schule unterhalten zu können, zu suchen, da der Wesensgehalt der Glaubensfreiheit angetastet wird, wenn staatlicher Zwang zugunsten der Beeinflussung in einem bestimmten Glauben eingesetzt wird.

Was so weit über die Unmöglichkeit der Durchsetzung der Schulpflicht in Bekenntnisschulen gegenüber religiösen Minderheiten gesagt worden ist, gilt gleichermaßen für die Eltern, die formal einem bestimmten Bekenntnis ange-

<sup>950</sup> Hamel, S. 59.

<sup>951</sup> Wernicke, BK, Art. 19, Anm. II, 2a; ebenso v. Mangoldt-Klein, Art. 19, Anm. V, 4a und 4d, S. 559; Krüger, in: DOV 1955, S. 599; BVerwG 1, 269, 272/273.

<sup>952</sup> OVG Münster, Amtl. Slg. 3, 277/290 = DOV 1954, S. 629 = DVBl 1954, S. 647; ebenso BVerwG, a. a. O.; VGH Stuttgart, DOV 1958, S. 159; BVerfG 2, 266, 285; v. Mangoldt-Klein, a. a. O.; Krüger, in: DOV 1955, S. 599.

<sup>953</sup> Vgl. oben S. 114 f. und S. 116 f.

<sup>954</sup> BVerfG 2, 266, 285.

<sup>955</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 19, Anm. V, 5, S. 560.

<sup>956</sup> BVerfG, a. a. O.

hören, aber ihre Kinder nicht abgesondert von Kindern anderer Konfessionen in den Lehren ihrer Konfession ganzheitlich erzogen wissen wollen, sondern z. B. ganz bewußt ihren Kindern die Freiheit der eigenen religiösen Entscheidung überlassen und sie daher mit dem Gedankengut der verschiedenen religiösen und philosophischen Lehren vertraut machen wollen oder die staatliche Erziehung im Geiste ihres Bekenntnisses ablehnen. Der Staat ist nicht berechtigt, die Eltern dazu anzuhalten, den Lehren ihrer betreffenden Kirche zu folgen. Denn obwohl Artikel 4 Absatz I GG nicht gegenüber den Kirchen der Art zur Anwendung kommt, daß der einzelne sich gegenüber der lehramtlichen Weisung seiner Kirche auf Artikel 4 Absatz I GG berufen kann<sup>957</sup>, so berechtigt doch Artikel 4 Absatz I GG stets die Eltern, sich gegenüber staatlichen Zwangsmaßnahmen, wie sie im Schulrecht in Form der Schulpflicht auftritt, auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit zu berufen. Die formelle Mitgliedschaft in einer Kirche berechtigt daher den Staat nicht, die Eltern zu zwingen, ihre Kinder in eine Bekenntnisschule ihres Bekenntnisses zu schicken.

Es gilt somit grundsätzlich und uneingeschränkt der Satz: „Der freiheitliche Staat kann niemals Ableistung der Schulpflicht in einer Konfessionsschule verlangen“<sup>958</sup>, ganz gleich ob eine Mehrheit der auf die Schule angewiesenen Bevölkerung dem Bekenntnis anhängt, dem die Schule zu dienen bestimmt ist, oder nicht. „Die staatliche Pflichtschule kann nicht missionierende Schule sein.“<sup>959</sup>

Das gleiche gilt für Weltanschauungsschulen.

## 7. Die Erzwingbarkeit des Besuches einer Gemeinschaftsschule

Andererseits fragt es sich, ob dieselben Überlegungen hinsichtlich der staatlichen Gemeinschaftsschule zu gelten haben. Gezeigt war auch insoweit, daß die Grundform der Schule eine gewissenmäßige Belastung für die Eltern darstellen kann, die die Erziehung ihrer Kinder in einer Bekenntnisschule für unabweislich für das Seelenheil ihrer Kinder ansehen<sup>960</sup>. Werden die Eltern dennoch gezwungen, ihre Kinder in eine Gemeinschaftsschule zu schicken, so verlangt der Staat von den Eltern in Erziehungsfragen ein Verhalten, das gegen deren sittliche und religiöse Grundüberzeugung geht. Grundsätzlich verletzt der Staat daher auch hier die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Eltern, wenn er keine Schule schafft, die ihrem erzieherischen Gewissen am ehesten entspricht. Der Staat befindet sich somit in einem Dilemma, da er einerseits zu Recht die geregelte Erziehung der Kinder in Schulen fordern kann und andererseits die technischen und finanziellen Möglichkeiten es häufig ausschließen, für jedes Bekenntnis und für jede Weltanschauung eine gesonderte Schule zu errichten.

Immerhin ist zu beachten, daß in der Gemeinschaftsschule entsprechend ihrem oben aufgezeigten Charakter das allen Gemeinsame als Grundlage der Erziehungsarbeit anzusehen und diese daher frei von religiöser Beeinflussung in positiver oder negativer Hinsicht ist. Die Frage nach der Einschränkung des Artikels 4 Absatz I GG scheidet daher nicht daran, daß der Wesensgehalt des Artikels 4 Absatz I GG verletzt wird, wie im Falle der Bekenntnisschule, da hier gerade kein Zwang zugunsten oder zuungunsten eines bestimmten Bekenntnisses ausgeübt wird, sondern den Eltern die religiöse Erziehung zu eigener Betätigung überlassen ist.

<sup>957</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 4, Anm. II, 7, S. 217; Wernicke, BK, Art. 4, Anm. II, 2c.

<sup>958</sup> Krüger, Rechtsgutachten, S. 1085.

<sup>959</sup> Arndt, Schule und Staat, S. 84.

<sup>960</sup> Vgl. oben S. 175 f.

Allerdings bleibt die gewissenmäßige Belastung der Eltern bestehen, weil die Gefahr besteht, daß die Kinder sich von dem Glauben der Eltern abwenden. Diese gewissenmäßige Belastung ist stets dann unvermeidbar, wenn es dem Staat nicht zugemutet werden kann, eine Schule für die Anhänger einer bestimmten Konfession zu errichten und zu unterhalten und damit dem Gewissensanliegen aller Eltern entgegenzukommen. Die Kinder müssen dann notwendigerweise eine Schule besuchen, die den erzieherischen Vorstellungen der Eltern in religiösen Dingen nicht entspricht. Wenn gezeigt war, daß sich jedermann weigern kann, eine Konfessionsschule zu besuchen, so fragt es sich, ob dasselbe auch hinsichtlich der Gemeinschaftsschule für die Anhänger einer Konfession gilt. Die Weigerung kann nur dann begründet sein, wenn dem Staat keine Möglichkeit zusteht, die Gewissensverletzung der Eltern und Kinder unbeachtet zu lassen. Diese Möglichkeit kann sich nur daraus ergeben, daß für die Glaubens- und Gewissensfreiheit, obwohl sie ein unbeschränkt gebliebenes Freiheitsrecht ist, dem kein spezieller Gesetzesvorbehalt beigefügt ist, Schranken gelten, die es erlauben, auch Gläubige dieser oder jener Richtung entgegen ihrem gewissenmäßigen Anliegen zur Benutzung einer Gemeinschaftsschule zu zwingen.

In einer staatlichen Gemeinschaft kann es grundsätzlich keine grenzenlose Freiheit geben, weil dies die Freiheit der anderen und damit die Freiheit als solche aufheben würde<sup>961</sup>. Dies kann als gesicherte Erkenntnis der Lehre und Rechtsprechung angesehen werden. Dabei erscheint es angesichts der Tatsache, daß bereits die Grundfreiheitsnorm des Artikels 2 Absatz I GG, die freie Entfaltung der Persönlichkeit, nur in bestimmten Grenzen denkbar statuiert wird, gerechtfertigt, jegliche Freiheitsbetätigung an die Beachtung gewisser Mindestanforderungen, wie sie in Artikel 2 Absatz I 2. Halbsatz formuliert sind, zu binden. Dabei kann es im Rahmen dieser Arbeit außer Betracht bleiben, ob die Bindung an die Werttrias des Artikels 2 Absatz I 2. Halbsatz GG für sämtliche Freiheitsrechte<sup>962</sup> oder lediglich für die unbeschränkt gebliebenen gilt<sup>963</sup>. Ebenfalls kann unbeachtet bleiben, ob sich die Bindung der Freiheitsrechte an die Werttrias des Artikels 2 Absatz I GG daraus ergibt, daß die einzelnen Grundfreiheiten, die das Grundgesetz aufführt, Anwendungsfälle des allgemeinen Grundrechts auf Freiheit der Entfaltung der Persönlichkeit darstellen<sup>964</sup>, ob den Grundrechten von jeher als immanent oder inhärent gedachte Schranken innewohnen<sup>965</sup> oder ob man in der Grundnorm der menschlichen Freiheit, in Artikel 2 Absatz I GG, auch zugleich die selbstverständliche Grenze jeglicher Freiheit aufgezeigt sieht<sup>966</sup>. Diese Grenze gilt jedenfalls für Artikel 4 Absatz I GG, wonach die Glaubens- und Gewissensfreiheit ihre Grenze an den Rechten anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung und dem Sittengesetz findet<sup>967</sup>. Auch

<sup>961</sup> Nipperdey, S. 767; Maunz-Dürig, Art. 2, Anm. I, RNr. 69; H. Weber, in: NJW 1968, S. 1610.

<sup>962</sup> So BAG 2, 266; Krüger, in: DVBl 1950, S. 627, und weitere Literatur bei Nipperdey, S. 765, Anm. 103.

<sup>963</sup> So Maunz-Dürig, Art. 2, Anm. I, RNr. 8.

<sup>964</sup> So Krüger, in: DVBl 1950, S. 627; StGH Hessen, NJW 1966, S. 31.

<sup>965</sup> So v. Mangoldt, Kommentar, Vorbem. 2, S. 36; Nawiasky-Leusser, Art. 101, S. 184; BVerwG, NJW 1955, S. 1773; weitere Literatur bei Krüger, in: NJW 1955, S. 201.

<sup>966</sup> So Nipperdey, S. 767.

<sup>967</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 4, Anm. III, 5b, S. 221; Wernicke, BK, Art. 4, Anm. II, 2d; Zinn-Stein, Art. 9, Anm. 1, S. 124; Hamel, S. 80; Bosh und Halbscheid, in: JZ 1954, S. 213; Blomeyer, in: JZ 1954, S. 312 zutreffend: „Frömmigkeit auf Kosten anderer ist keine Frömmigkeit, sondern eine Zumutung, vgl. Matth. 22, 15–22.“ OVG Koblenz, DVBl 1957, S. 138, 140; OLG Stuttgart, NJW 1963, S. 776; OLG Bremen, NJW 1963, S. 1932; OLG Karlsruhe, JZ 1964, S. 761; und die unter Anm. 961–965 Genannten; a. A. Geiger, Staat und Gewissen, S. 26 f., der Art. 4 Abs. I GG nicht den Schranken des Art. 2 Abs. I GG unterwerfen will; Geiger stützt sich auf Art. 4 Abs. III GG, der zeige, daß das Gewissen den Gemeinschaftsbelangen vorgehe; die Bedeutung des Art. 4 Abs. III GG liegt aber gerade darin, daß er für den Bereich der Wehrpflicht der Gewissensentscheidung unbedingten Vorrang gewährt, OLG Bremen, NJW 1963, S. 1932; OLG Karlsruhe, JZ 1964, S. 761; Art. 4 Abs. III GG wäre andernfalls überflüssig, da die Gewissensentscheidung bereits durch Art. 4 Abs. I GG geschützt wäre; aus Art. 4 Abs. III GG lassen sich daher keine Schlüsse auf die Einschränkung von Art. 4 Abs. I GG ziehen; so auch H. Weber, in: NJW 1968, S. 1610 f.

das Freiheitsrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit kann sich nur entfalten, wenn das Zusammenleben mit anderen Konfessionen möglich ist. Der Staat muß also um der Gemeinverträglichkeit willen eine Ordnung setzen können, die die Berufung auf Artikel 4 Absatz I beschränkt.

Wenn nun religiös gebundene Eltern, die eine konfessionelle Gesamterziehung für ihre Kinder als unerlässlich ansehen, ihre Kinder in eine Schule schicken müssen, die auch von Andersgläubigen und Dissidenten besucht werden muß, so findet die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Eltern und Kinder von vornherein ihre Grenze in den Rechten der Eltern und Kinder, die keine konfessionelle Erziehung wünschen. Da diese Eltern und Kinder jedenfalls nicht zur Benutzung einer Bekenntnisschule gezwungen werden können, da dort zu einem bestimmten Bekenntnis erzogen wird, bleibt dem Staat, um der Gemeinverträglichkeit willen und um seinen berechtigten Erziehungsanspruch durchsetzen zu können, nur übrig, eine Schule zu errichten und zu unterhalten, die sich frei von religiösen Beeinflussungen hält, d. h. eine Gemeinschaftsschule<sup>968</sup>.

Ebenso kann der Staat, wenn die Eltern zwar Bekenntnisschulen wünschen, aber verschiedene, den Besuch nur einer solchen Schule erzwingen, die von dem noch allen gemeinsamen Gedanken getragen wird, d. h. einer Gemeinschaftsschule, wenn er nicht allen Bekenntnissen eine gesonderte Schule zur Verfügung stellen kann, was aus technischen und finanziellen Gründen häufig der Fall sein muß.

Das muß dazu führen, daß die geringste religiöse Bindung des einzelnen Maßstab der staatlichen Erziehungsarbeit sein muß. Das aber liegt im Wesen des modernen Staates, der sich für die Freiheit des einzelnen entschieden hat, seine Religion und Glaubenshaltung frei und selbständig finden zu können, und der deshalb von Dingen der Religion gewöhnlich keine Kenntnis nimmt.

Der Staat kann die Ableistung der Schulpflicht in Gemeinschaftsschulen auch von solchen Kindern verlangen, deren Eltern eine ganzheitliche religiöse gebundene Erziehung fordern, da die Gemeinschaftsschule sich weder für noch gegen die glaubensmäßige Haltung einzelner einsetzt, sondern das allen Gemeinsame zur Grundlage ihrer Erziehungsarbeit macht, wenn die Anhänger der verschiedensten Geisteshaltungen eine Schule gemeinsam besuchen müssen. Daß es möglich ist, Erziehungsarbeit auf dieser Grundlage zu leisten, kann gar nicht bezweifelt werden. Denn es gibt „ein reiches Maß sachlich feststehender Tatsachen, allgemein anerkannter Grundsätze der Sitte und der Sittlichkeit und eine ebensolche Anerkennung höchster Werte und erhabener Güter des menschlichen Bewußtseins. Der Reichtum dessen, was unverbrüchliches, gemeinsames geistiges und kulturelles Bildungsgut nicht nur in unserem deutschen Volke, sondern sogar in der menschlichen Gemeinschaft schlechthin darstellt, trägt ohne jeden Zweifel eine Erziehung jenseits der Grenzen konfessioneller und weltanschaulicher Sonderung.“<sup>969</sup>

<sup>968</sup> Hier wirkt sich die unterschiedliche Gestaltung der Schule — vgl. oben S. 85 ff. — entscheidend aus. Wie hier: v. Campenhausen, S. 174, 182, 207. „Es genügt eine Stimme, um die Umwandlung der Bekenntnisschulen in eine Gemeinschaftsschule erforderlich zu machen.“; ders., in: ZevKR, Bd. 14, S. 32 f.; Fischer, Bekenntnisschule, S. 38; Maunz, in: Der Konkordatsprozeß, S. 788; Krüger, Nds. Schule, S. 109; Obermayer, Rechtsgutachten, S. 10—12; ders., in: DUV 1967, S. 16; Rambow, S. 172 f.; E. Stein, in: RdJ 1967, S. 33 f.; H. Weber, in: JuS 1967, S. 443; v. Zetzschwitz, in: JZ 1966, S. 341; vgl. auch BayVerfGH, DVBl 1967, S. 457, und DVBl 1967, S. 733 — vgl. unten Anm. 969e; VGH Mannheim, UrT. vom 14. 2. 1967, DVBl 1967, S. 462 = NJW 1967, S. 1193. Die christliche Gemeinschaftsschule als zulässige einzige Schule sehen an: Deuschle, S. 71; Maurer, S. 102; Hamel, S. 89 f.; F. Müller, in: DVBl 1968, S. 99; soweit damit die echte christliche Gemeinschaftsschule gemeint sein sollte, kann dem nicht zugestimmt werden, da diese Schule nur unter denselben Voraussetzungen zulässig ist, wie eine Bekenntnisschule, d. h. wenn alle Eltern zugestimmt haben; vgl. unten S. 187. A. Hofmann, in: FamRZ 1965, S. 61; ders., in: DVBl 1967, S. 440; Rust, in: Bay.VBl. 1967, S. 47; Link, in: Ev. Staatslexikon, Sp. 143; Grundmann, in: Bay.VBl. 1966, S. 42; zahlenmäßig nicht ins Gewicht fallende Minoritäten sollen außer Betracht bleiben (Grundmann widersprüchlich, der a. a. O., S. 38, jede Majorisierung ablehnt).

<sup>969</sup> Heppes, S. 61/62.



Andererseits können die religiös gebundenen Eltern sich nicht überhaupt gegen den Schulbesuch wehren, wenn der Staat nur eine Gemeinschaftsschule zur Verfügung stellen kann. Denn den Staat trifft trotz der Unverletzlichkeit des elterlichen und kindlichen Gewissens nicht die Verpflichtung, eine Schule für jedes Bekenntnis und für jede Weltanschauung zu errichten, wenn deren Unterhalt keinen geordneten Schulbetrieb ermöglicht. Die Gewissensfreiheit der Eltern und Kinder findet insofern ihre Grenze an dem in der verfassungsmäßigen Ordnung vorgesehenen staatlichen Erziehungsanspruch, wie er in Artikel 7 Absatz I GG enthalten ist. Die Begrenzung des elterlichen Gewissens liegt in dem Anspruch des Staates, für eine geregelte Ausbildung der Kinder zu sorgen. Es kann sich daher, soweit die Einwirkung des Artikels 4 Absatz I GG auf das Schulorganisationsrecht betroffen ist, lediglich um die Frage handeln, welche Eltern unter den gegebenen Umständen eine Gewissensbelastung hinnehmen müssen, weil das Grundrecht des Artikels 4 Absatz I GG beschränkt ist. Das Grundgesetz geht in seiner Systematik von dem Bestehen der allgemeinen Schulpflicht aus, die in der Regel in öffentlichen Schulen erfüllt wird. Die Frage nach der Durchsetzbarkeit von Gemeinschafts- und Bekenntnisschulen kann aber angesichts des Bestehens von Artikel 4 Absatz I GG, der auch im Schulorganisationsrecht Anwendung findet, nur in dem Sinne beantwortet werden, wie es oben geschehen ist.

Die Entwicklung im Schulrecht geht freilich in den letzten Jahren, soweit Bekenntnisschulen umgewandelt oder zusammengelegt werden, dahin, den Schwerpunkt auf die christliche Gemeinschaftsschule zu verlagern<sup>969a</sup>. Damit taucht die Frage auf, wieweit der Staat den Besuch einer dertartigen Schule erzwingen kann, wieweit diese Schule dem Staat als Kompromißschule möglich ist. Bei der Beantwortung dieser Frage muß zunächst in Erinnerung gerufen werden, daß der Begriff christliche Gemeinschaftsschule „schillert“<sup>969b</sup>, daß er weder im Tatsächlichen noch im Rechtlichen eindeutig ist. Soweit mit diesem Begriff nicht mehr als eine „Gemeinschaftsschule mit einem christlichen Element“<sup>969c</sup> gemeint ist, zieht die Bezeichnung der Schule als christlich keine besonderen rechtlichen Konsequenzen nach sich.

Wenn die Gemeinschaftsschule dagegen echte christliche Gemeinschaftsschule ist, wenn sie also eine Schule ist, die im Sinne christlicher Gesinnungsbildung und erkenntnisnaher Impulse tätig ist, kann für sie nichts anderes als für die Bekenntnisschule gelten, da auch sie missionierende Schule ist<sup>969d</sup>. Insofern ist Obermayer zuzustimmen, wenn er schreibt: „Aus der christlichen Gemeinschaftsschule darf keine christliche Bekenntnisschule werden.“<sup>969e</sup>

<sup>969a</sup> Niedersachsen, Baden-Württ., Nordrhein-Westf., Bayern, Saarland; vgl. oben S. 93 f.

<sup>969b</sup> v. Campenhausen, in: ZevKR, Bd. 14, S. 37; vgl. oben S. 90 ff.

<sup>969c</sup> v. Campenhausen, in: ZevKR, Bd. 14, S. 39.

<sup>969d</sup> Vgl. oben S. 92. So auch Deuschle, S. 52, und die in Anm. 969e Zitierten.

<sup>969e</sup> Obermayer, Rechtsgutachten, S. 24; v. Campenhausen, in: ZevKR 14, Bd. 33, Anm. 32: „Befremdlich ist für einen religiös neutralen Staat die entgegengesetzte Konkretisierung dieser Verfassungsbestimmung in Art. 8, 65, bayVoSchG 1966. Danach werden öffentliche Schulen nur als christliche Bekenntnisschulen oder christliche Gemeinschaftsschulen (in unklarem, aber materiellem Sinn) errichtet. Wer kein Christ ist, kann in private Volksschulen ausweichen.“ So auch v. Zezschwitz, in: JZ 1966, S. 341 f.; Dirks, S. 95; Fischer Bekenntnisschulen, S. 29; E. Stein, in: RdF 1967, S. 33. Unklar Bayerischer Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 20. 3. 1967, DVBl 1967, S. 454 = Bay. GVBl 1967, S. 308 = BayVerfGHE 20, II, 36: Schüler verschiedener Konfessionen in einer Bekenntnisschule sollen auf der gemeinsamen christlichen Grundlage erzogen werden und so die Bekenntnisschulen (klassenweise) der christlichen Gemeinschaftsschule angenähert werden, weil die Religionsfreiheit und das Elternrecht verletzt wären, wenn ein Schüler im Geiste einer anderen Konfession erzogen würde; auch auf Schüler anderen Glaubens, d.h. auch auf Nicht-Christen, müsse das „Toleranzgebot“ angewandt werden und damit „die Besonderheiten des Bekenntnisses“, d.h. in diesem Zusammenhang die Besonderheiten des christlichen Glaubens, zurücktreten. Damit wird die Bekenntnisschule im praktischen Ergebnis bis zur allgemeinen Gemeinschaftsschule umgewandelt, ohne daß dies im Volksschulgesetz zum Ausdruck kommt! In der Entscheidung vom 14. 7. 1967, DVBl 1967 S. 732 = VerwRspr 19, S. 385, dagegen: „Der (nichtchristlichen) Minderheit muß zugemutet werden, es hinzunehmen, daß bei der Ausgestaltung des Schulwesens ihre Interessen zurücktreten“ und der Schutz des einzelnen nur durch den echten, oben auf S. 181 beschriebenen Toleranzgedanken erfolge, indem die Lehrer, „wenn sie religiöse Probleme berühren, davon absehen, sich mit Belehrungen oder Fragen persönlich gerade an einen Schüler zu wenden, der einer dem Christentum ablehnenden Religion anhängt, . . . und verletzende Angriffe gegen die

Es kann im Rahmen dieser Arbeit nicht untersucht werden, welche Intensität das christliche Element in den Schulbestimmungen der einzelnen Länder für die Gemeinschaftsschule hat, die die Schulpflicht in der christlichen Gemeinschaftsschule abzuleisten verlangen. Angesichts des keineswegs eindeutigen Wortes „christliche Gemeinschaftsschule“ bietet sich naturgemäß gerade hier an, den Bestimmungen der Länder eine verfassungskonforme Auslegung zu geben, d. h. in praktischer Konsequenz die christliche Gemeinschaftsschule zunächst und so lange nur als „christliche Gemeinschaftsschule im weiteren Sinne“<sup>969f</sup> zu betrachten, als sie Schüler aller Glaubenshaltungen aufnehmen muß, und sich nicht aus den Landesverfassungen und -gesetzen die Charakterisierung der Schule als echter christlicher Gemeinschaftsschule ergibt<sup>969g</sup>.

### 8. Folgerungen für das staatliche Schulorganisationsrecht

#### a) Die Verpflichtung zur Darbietung von Gemeinschaftsschulen

Aus dem über die Erzwingbarkeit des Volksschulbesuches Gesagten ergeben sich Folgerungen für die Schulorganisation. Der Staat, der sich die Erziehung der Kinder in staatlichen Schulen zur Aufgabe gemacht hat, zu der er heute verpflichtet ist, muß sein Schulwesen so einrichten, daß das Gewissen der Eltern und Kinder nicht verletzt oder belastet wird oder doch nur dann belastet wird, wenn es unmöglich ist, diese Belastung zu vermeiden und diese von Verfassungen wegen hingenommen werden muß. Diese Verpflichtung ergibt sich unmittelbar aus Artikel 1 Absatz 1 Satz 2 GG, da die Glaubens- und Gewissensfreiheit Ausfluß der Würde des Menschen ist, die zu achten und zu schützen Verpflichtung aller staatlichen Gewalt ist, und aus Artikel 1 Absatz III GG, der die staatliche Gewalt an die Beachtung der Grundrechte bindet, weil nur in der Beachtung der in den Grundrechten zum Ausdruck gekommenen Wertordnung der Staat sein Selbstverständnis findet<sup>970</sup>. Der Staat ist daher verpflichtet, Gemeinschaftsschulen zu errichten und zu unterhalten, wenn auch nur ein einziger Schüler zum Besuch einer Schule verpflichtet wäre, die von einem anderen Bekenntnis durchformt ist, oder deren bekenntnismäßige Ausgestaltung und Durchformung von den Eltern überhaupt abgelehnt wird. Daß dies in Deutschland weitgehend nicht verwirklicht wird, wird unter c) gezeigt werden.

Diese Verpflichtung des Staates zur Errichtung von Gemeinschaftsschulen, die praktisch häufig ein Vorrecht der Gemeinschaftsschule statuiert, um die Religionsfreiheit auch im Schulrecht zu verwirklichen, wird allerdings mit dem Hinweis auf Artikel 7 Absatz V GG bestritten<sup>971</sup>. Das Grundgesetz habe da-

religiöse Überzeugung der Minderheit unterbleiben“. Diese zweite Entscheidung vom 14. 7. 1967 ist inkonsequent. Die erste Entscheidung vom 20. 3. 1967, Bekenntnisschulen klassenweise in Gemeinschaftsschulen umzuwandeln, dürfte erhebliche und kaum zu überwindende praktische Schwierigkeiten machen, da der Staat gezwungen ist, in jedem Fall zu ermitteln, ob die Eltern eine Erziehung auf konfessioneller, christlicher oder allgemeiner Grundlage wünschen. Von der bloßen Konfessionszugehörigkeit darf nicht ausgegangen werden, da diese nichts über die allein maßgeblichen Wünsche der Eltern aussagt — vgl. unten Anm. 979. Auf die Schwierigkeiten, die sich aus dieser Entscheidung für die Lehrer ergeben, weist außerdem Fischer, in: Vorige 1967, S. 225. — Das bayerische VoSchG v. 13. 12. 1968 — vgl. oben Anm. 411 — entspricht diesen Entscheidungen und unterliegt daher denselben Bedenken; zulässig ist die Regelung des Art. 9 Satz 2 / Art. 18 Abs. II VoSchG (klassenweiser Bekenntnisunterricht bei Zustimmung aller betroffenen Eltern).

<sup>969f</sup> v. Campenhausen, S. 198.

<sup>969g</sup> Insoweit soll bereits die gesetzliche Regelung Niedersachsens besonders flexibel sein und auf Grund ihrer Formulierung eine entsprechende verfassungskonforme Auslegung zulassen — vgl. oben S. 93. Ob die Schule in Bad.-Württ. echte christliche Gemeinschaftsschule ist, erscheint fraglich; die Definition des Bad. StGH vom 23. 1. 1950, DVBl 1950, S. 27 — vgl. oben Anm. 405 und unten Anm. 1136 — ist durch das Urteil des VGH Mannheim vom 14. 6. 1967, DVBl 1968, S. 225, modifiziert; in dem letzteren Urteil wird nur verlangt, daß der Lehrer „auf der Grundlage christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte“ zu erziehen habe, und festgestellt, daß bekenntnismäßig nicht gebundene Lehrer nicht benachteiligt werden dürfen; in diesem Sinne: Scheuner, Rechtsgutachten, S. 53 f. Zur Schule in Bayern vgl. oben Anm. 969e.

<sup>970</sup> Vgl. oben S. 126 f.; Hamel, S. 66; Fischer, Bekenntnisschulen, S. 39; Polewsky, S. 130. Sehr bedenklich die abweichende Ansicht Scheuners, Rechtsgutachten, S. 46; die Berufung auf Art. 4 GG könne nicht die betreffende Schulart als solche unzulässig machen; solange keine berechtigten (?) Bedenken erhoben würden, wäre die Aufrechterhaltung einer Bekenntnis- oder echten christlichen Gemeinschaftsschule als einziger Schule an einem Orte statthaft. Damit wird der Rechtscharakter des Staates verkannt.

<sup>971</sup> Süsterhenn, Grundgesetz und Bekenntnisschule, in: Rheinischer Merkur vom 4. 11. 1955.

durch, daß es in Artikel 7 Absatz V GG Bekenntnis-, Weltanschauungs- und Gemeinschaftsschulen als private Volksschulen auf Antrag der Erziehungsberechtigten zugelassen habe, diese drei Schularten gleichgestellt; es sei damit bewußt über die Regelung der Weimarer Reichsverfassung hinausgegangen, die von der Gemeinschaftsschule als Regelschule ausging und nur Bekenntnis- und Weltanschauungsschulen als private Antragschulen kannte. Die durch Artikel 7 Absatz V GG anerkannte Gleichberechtigung erstreckte sich nicht nur auf das Antragsrecht zur Errichtung, sondern umfasse auch die Gleichberechtigung dieser Schularten, soweit es sich um öffentliche Schulen handle. „Wenn nämlich“, — so schreibt Süsterhenn<sup>972</sup> — „der Grundgesetzgeber für den Fall, daß an einem Orte eine öffentliche Gemeinschaftsschule nicht besteht, den Erziehungsberechtigten ein Antragsrecht auf Errichtung einer privaten Gemeinschaftsschule zubillige, dann geht daraus hervor, daß der Grundgesetzgeber es für durchaus mit dem Grundgesetz vereinbar ansieht, daß an einem Ort nur eine öffentliche Bekenntnisschule oder n u r eine öffentliche Weltanschauungsschule vorhanden ist.“

Die in dieser These enthaltene Behauptung, daß der Staat auch gegen den Willen der Eltern n u r Bekenntnisschulen errichten darf, so daß diejenigen Eltern, die mit der ganzheitlichen religiösen Erziehung nicht einverstanden sind, sich durch Errichtung einer privaten Gemeinschaftsschule von dem Glaubenszwang „loskaufen“ können, verkennet allerdings die Funktion und Bedeutung von Artikel 7 Absatz V GG. Bereits oben <sup>973</sup> wurde darauf hingewiesen, daß Artikel 7 Absatz V GG keine Aussage über die Zulässigkeit von Zwangsmitteln zugunsten einer bestimmten Religion enthält, sondern ein weiteres Stück Freiheit verwirklichen will. Mit dieser Funktion des Artikels 7 Absatz V GG ist es unvereinbar, Eltern und Kinder auf Grund dieser Bestimmung zur Benutzung einer Bekenntnis- oder Weltanschauungsschule zu zwingen. Artikel 7 Absatz V GG befaßt sich mit der Freiheit der Privatschulen, nicht aber mit staatlichem Zwang. Weder aus der Entstehungsgeschichte noch aus systematischen Erwägungen läßt sich aus Artikel 7 Absatz V GG eine Verdrängung der Religionsfreiheit im Schulrecht herleiten, wie oben gezeigt wurde<sup>974</sup>. Die Gleichstellung der verschiedenen Privatschularten kann daher, weil es um die Verwirklichung der Religionsfreiheit im Schulrecht geht, nicht zu einer absoluten Gleichstellung der öffentlichen Schularten führen. Diese Art von Gleichstellung, wie Süsterhenn sie behauptet, würde zu einer Beeinträchtigung des Rechts der Eltern führen, die religiöse Erziehung ihrer Kinder nach ihren Vorstellungen frei von staatlichem Zwang durchzuführen. Die Gleichstellung der verschiedenen Schularten in Artikel 7 Absatz V GG ist demgegenüber auch keineswegs überflüssig oder nichtssagend, sondern bedeutet auch insofern ein weiteres Stück Freiheit der Privatschulen, wenn an dem Ausschluß des Zwanges zugunsten von Bekenntnis- und Weltanschauungsschulen festgehalten wird. Die Gemeinschaftsschule besteht in verschiedenen Formen, als bekenntnisfreie, als christliche und als Gemeinschaftsschule mit Religionsunterricht<sup>975</sup>. Wenn den Eltern die Freiheit zur Errichtung einer privaten Gemeinschaftsschule gewährt wird, so bedeutet dies, daß sie neben der unter Umständen bestehenden staatlichen Gemeinschaftsschule mit Religionsunterricht eine bekenntnisfreie private Schule errichten können<sup>976</sup>. Die Gleichstellung der verschiedenen Privatschulen kann daher nach allem nicht dazu führen, an dem gefundenen Prinzip der Verpflichtung des Staates zur Errichtung von Gemeinschaftsschulen zu rühren.

<sup>972</sup> Süsterhenn, a. a. O., Sperrung im Original.

<sup>973</sup> Vgl. oben S. 178 f.

<sup>974</sup> Vgl. oben S. 178 f.

<sup>975</sup> Vgl. oben S. 88 ff.

<sup>976</sup> Vgl. unten S. 208 f.

## b) Die Verpflichtung zur Darbietung von Bekenntnisschulen

Bestehen bleibt allerdings trotz der angeführten Beschränkung der Gewissensfreiheit im Raum des Schulorganisationsrechtes die Tatsache, daß die Eltern einer Gewissensbelastung ausgesetzt sind, wenn sie ihre Kinder in eine Gemeinschaftsschule schicken müssen, obgleich sie eine Bekenntnisschule für unerläßlich halten. Artikel 4 Absatz I GG gewährt nur ein Abwehrrecht gegen staatliche Maßnahmen, die den Glauben oder das Gewissen der Eltern oder Kinder verletzen<sup>977</sup>. Die Eltern können daher auf Grund des Artikels 4 Absatz I GG ebensowenig vom Staat die Errichtung und Unterhaltung einer Bekenntnisschule verlangen, wie sie den Bau und Unterhalt eines Kirchengebäudes vom Staat auf Grund des Artikels 4 Absatz I GG fordern können. Sie können aber gegenüber dem Staat den Vorwurf erheben, daß er ihr Gewissen verletze, wenn er sie zwingt, ihre Kinder in eine Gemeinschaftsschule zu schicken. Daraus ergibt sich für den Staat, dem es nach Artikel 1 Absatz I Satz 2 GG obliegt, die Gewissensfreiheit als Ausfluß der Würde des Menschen zu achten und zu schützen, objektivrechtlich die Pflicht, diese Gewissensverletzung so weit wie möglich zu vermeiden, d. h. Schulen des entsprechenden Bekenntnisses zu errichten und zu unterhalten. Das sich aus Artikel 7 Absatz V GG ergebende Recht zur Errichtung und Unterhaltung von Bekenntnisschulen wird damit durch Artikel 4 Absatz I GG zum verfassungsrechtlich gebotenen Institut<sup>978</sup>.

## c) Grenzen der Verpflichtung zur Darbietung von Bekenntnisschulen

Diese Verpflichtung zur Errichtung und Darbietung von Bekenntnisschulen besteht allerdings zunächst nur dann, wenn der Staat überhaupt berechtigt ist, eine Bekenntnisschule zu errichten, d. h. in den oben unter a) aufgezeigten Grenzen. Eine Bekenntnisschule kann daher nur dann errichtet werden, wenn entweder bereits eine Gemeinschaftsschule in dem entsprechenden Schulbezirk besteht oder wenn alle Eltern damit einverstanden sind, daß ihre Kinder die einzige, als Bekenntnisschule ausgestaltete Schule besuchen. Das letztere erfordert eine genaue Untersuchung des Elternwillens, da der Staat — wie gezeigt — sich nicht an der äußeren Zugehörigkeit der Eltern zu einer bestimmten Konfession orientieren darf, sondern vielmehr der wahre Wille der Eltern zu beachten ist<sup>979</sup>. Es spricht auch keinerlei Vermutung für das Einverständnis der

<sup>977</sup> Vgl. oben S. 115 f.; v. Mangoldt-Klein, Art. 4, Anm. II, 4, S. 216; Wernicke, BK, Art. 4, Anm. II, 1c.

<sup>978</sup> So auch Hamel, S. 62, 88; Geiger, Schule und Staat, S. 46; Maurer, S. 100; Rambow, S. 142 f.; Süsterhenn, „Grundgesetz und Bekenntnisschule“, in: Rheinischer Merkur vom 4. 11. 1955; wohl auch Hollerbach, in: VVDStRL, Bd. 26, S. 105. A. A. Böckenförde, in: DOV 1966, S. 37, Anm. 39, und S. 38; v. Zezschwitz, in: JZ 1966, S. 341, Anm. 31.

<sup>979</sup> Richtig Böckenförde, in: DOV 1966, S. 38: „So wäre es das eigentlich Wichtige, das Elternrecht nicht nur als Grundlage einer Willensäußerung der Eltern zu erklären, sondern seine Ausübung in einer Weise zu regeln und zu sichern, daß es wirklich als Elternrecht und nicht ‚indirekt‘ als Kirchenrecht ausgeübt wird.“ Ob dies tatsächlich heute geschieht, erscheint sehr fraglich. Von dem Allensbacher Institut für Demoskopie auf der Basis von 2000 Interviews unter der Bevölkerung ab 18 Jahren in der Bundesrepublik mit West-Berlin nach dem Quotenverfahren durchgeführte Untersuchungen („repräsentative Bevölkerungsumfrage“) ergaben folgendes Ergebnis:

Frage: „Was halten Sie für besser: sollen Schulkinder ohne Unterschied der Religion in gleichen Schulen unterrichtet werden oder sollte es zwei verschiedene Schulen geben — nämlich eine für katholische Kinder und eine für evangelische Kinder?“

Ergebnis	März 1953	Juni 1956	Febr. 1957
Eine Schule für alle	63 %	70 %	71 %
Verschiedene Schulen	24 %	23 %	23 %
Kein Urteil, unentschieden	13 %	7 %	6 %
	100 %	100 %	100 %

Daß der Trend zur Gemeinschaftsschule zugenommen hat, zeigen die Ergebnisse des Instituts für Angewandte Sozialwissenschaft (Random-Auswahl):

Frage: „Was ist Ihre Meinung: Sollen Kinder aus katholischen Familien und Kinder aus evangelischen Familien getrennt voneinander unterrichtet werden, oder sollen sie gemeinsam in der gleichen Schule sein?“

Ergebnisse in %:	getrennt	gemeinsam	kommt darauf an	keine Angabe
1963 (1915 Befragte)	15	80	5	—
1968 (935 Befragte)	6	88	4	2

Diese Untersuchungen ergeben zwar keinen Aufschluß über die Haltung der Eltern in den verschiedenen Schulgebieten. Daß aber in Ländern, die nur oder vorwiegend die Bekenntnisschule kennen, eine den tatsächlichen Verhältnissen entsprechende Meinung besteht, kann kaum angenommen werden, da das Verhältnis von Bekenntnis zu Gemeinschaftsschulen in diesen Gebieten stark von diesem Ergebnis abweicht (vgl. unten am Ende dieser Fußnote).

Diese Untersuchung findet ihre Bestätigung durch Einzeluntersuchungen der EMNID-GmbH in Bayern und

Eltern, wenn sie dem entsprechenden Bekenntnis der Schule angehören, da einerseits Tradition, gesellschaftliche Einflüsse und Verharrungsvermögen nicht zuletzt häufig ausschlaggebend für die Mitgliedschaft in einer Kirche sind, zumal es in Deutschland des besonderen Aktes des Kirchenaustritts bedarf und nicht des Kircheneintritts wie z. B. in den USA. Andererseits besagt die Zugehörigkeit zu einer Kirche nichts über die Haltung der Eltern gegenüber der Ausgestaltung der Schule, wie sich an den demoskopischen Umfragen, die unter Anmerkung 979 zusammengestellt sind, deutlich zeigt. Außerdem kommt es vor,

Hessen aus dem Jahre 1954, die zeigen, daß selbst auch in katholischen und gemischten Ländern ein Ergebnis zu erwarten ist, das der Allensbacher Untersuchung entspricht.

(EMNID a):

Im Jahre 1954 wurden im August von der EMNID-GmbH 1978 Personen im Alter von 21 Jahren und darüber, nach dem Quotenverfahren ausgesucht, im Rahmen einer Untersuchung über die „Voraussetzung der Landtagswahlen 1954 in Bayern“ in mündlichen Interviews befragt. Die Quoten waren verteilt nach der regionalen Bevölkerungsverteilung, Berufsgruppen, Geschlecht und Altersschichten. Die religiöse Zusammensetzung entsprach in etwa der Struktur der befragten Bevölkerung Bayerns.

**Frage:** Wenn Sie selbst darüber entscheiden könnten: Welche Schulform würden Sie für Ihre eigenen Kinder wählen? (Antworten vorgegeben)

Ergebnis in %:

nach Konfessionen:	Konfessions- schule	Christliche Gemein- schafts- schule	Gemein- schaftsschule mit Religions- unterricht	Simultan- schule ohne Religions- unterricht	Keine Angaben	
Insgesamt	24	21	48	6	1	100
nach Konfessionen:						
evangelisch	10	30	54	5	1	100
katholisch	32	17	46	4	1	100
andere bzw. keine Konfession	2	8	37	51	2	100

(EMNID b):

Eine gleichartige Untersuchung im Juli/August 1954 unter 1027 Personen in Hessen ergab folgendes:

Ergebnis in %:

nach Konfessionen:						
Insgesamt	10	22	56	9	3	100
nach Konfessionen:						
evangelisch	4	20	66	7	3	100
katholisch	29	31	36	1	1	100
andere bzw. keine Konfession	4	10	22	60	4	100

(EMNID c):

Die Ergebnisse der vorstehenden Untersuchung finden eine weitere Bestätigung in einer Umfrage der EMNID-GmbH, die im Juni/Juli 1961 in Westdeutschland im Auftrag des Deutschen Instituts für Bildung und Wissen durchgeführt wurde. Von 2078, nach dem Quotenverfahren ausgesuchten, für die regionale Struktur der Bevölkerung des gesamten Bundesgebietes repräsentativen, befragten Personen wurden diejenigen Antworten zur Grundlage des Ergebnisses genommen, die Kinder bis zum Alter von 25 Jahren hatten, d. h. nur Eltern. Dies waren 969 Personen = 100 %.

(Veröffentlicht unter dem Titel „Erziehungswille der Eltern“, 1961, Tabelle 10, Seite 36 f.)

**Frage:** „Wohin würden Sie ein Kind, das schulpflichtig wird, schicken, wenn Sie völlig freie Wahl hätten?“ (Antworten vorgegeben)

Ergebnis in %:

	Auf eine evangelische oder katholische Be- kenntnisschule	Auf eine christliche Gemeinschafts- schule	Auf eine Schule, die religiös nicht gebunden ist	Keine Angaben	Anzahl
Insgesamt	27	38	33	2	969
Schleswig-Holstein	(13)	(46)	(38)	(3)	100
Hamburg	(25)	(33)	(42)	—	100
Niedersachsen	22	46	31	1	100
Nordrhein-Westfalen	42	32	23	3	100
Bremen	—	(37)	(63)	(—)	100
Hessen	13	41	45	1	100
Bayern	29	37	32	2	100
Baden-Württemberg	15	42	41	2	100
Rheinland-Pfalz	23	45	32	—	100
nach Wohnortgrößen:					
unter 10 000	30	41	26	3	100
10 000 bis 100 000	25	39	35	1	100
100 000 bis 500 000	25	30	44	1	100
über 500 000	21	41	36	2	100
Überwiegend ev. Länder (Hamburg, Schles.-Holst., Nieders., Bremen)	19	44	35	2	100
Konfessionell ausgeglichene Länder (NRW, Bad.-Württ., Rh.-Pf.)	29	37	31	3	100
Überwiegend katholische Länder (Bayern)	29	37	32	2	100

(Eingeklammerte Zahlen: Wegen zu geringer Befragtenzahl nur begrenzte Aussagekraft)

(EMNID d):

Aufschlußreich ist in diesem Zusammenhang eine Umfrage der EMNID-GmbH in Niedersachsen aus dem Jahre 1964/65, deren Ergebnis die Zeitschrift „Der Spiegel“ vom 9. Juni 1965, Nr. 24, S. 37, veröffentlichte: Danach würden 50 % der katholischen Eltern auch dann ihre Kinder in eine Gemeinschaftsschule schicken, wenn eine katholische Bekenntnisschule gleicher Größe am Orte errichtet würde; 71 % der katholischen Eltern würden eine vollausgebaute neunklassige Gemeinschaftsschule einer kleineren Bekenntnisschule vorziehen.

Bemerkenswert ist das Ergebnis einer Umfrage, die die aus Demokratischer Volkspartei und SPD gebildete Regierung von Baden-Württemberg im Jahre 1953 durch ein privates Meinungsforschungsinstitut durch Befragen

daß Eltern ihre Kinder lieber in die Schule des anderen Bekenntnisses schicken als in eine Gemeinschaftsschule<sup>980</sup>; auch deren Wille ist im Rahmen dieser staatlichen Pflicht zu beachten.

Sobald aber Andersgläubige oder Dissidenten in dem entsprechenden Schulbezirk vorhanden sind, ist der Staat nicht mehr berechtigt, als einzige Schule eine Bekenntnisschule zu unterhalten, da die staatliche Schule keine missionierende Schule sein kann. Infolge der Kriegs- und Nachkriegsereignisse gibt es in Deutschland kaum noch konfessionell geschlossene Gebiete<sup>981</sup>. Wenn aber nur ein einziger Schulpflichtiger dem Bekenntnis nicht angehört, dem die Schule zu dienen bestimmt ist, und die Eltern nicht die Erziehung in dem anderen Bekenntnis bejahen, muß die Schule eine Gemeinschaftsschule sein. Ein derartiger Schulpflichtiger wird heute allerdings meistens vorhanden sein. Das zeigt sich eindrucksvoll an den wenigen Schulstatistiken, die die Länder über die konfessionelle Zusammensetzung der Schüler nach dem Krieg herausgegeben haben.

Die Schulstatistik Nordrhein-Westfalens vom 15. Mai 1950 weist aus, daß von den 1585 evangelischen Schulen 1268, also ca. 80 Prozent katholische Minderheiten, und von den 3348 katholischen Schulen 2431, also ca. 72 Prozent evangelische Minderheiten aufnahmen. Dies dürfte, obwohl eine ähnliche Schul-

von rund 3000 Personen hat durchführen lassen (vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 3. September 1953). Danach sprachen sich rund 80 % der Befragten für die Gemeinschaftsschule und 15 % für konfessionell getrennte Schulen aus. Im ehemaligen Land Württemberg-Hohenzollern wurde die Gemeinschaftsschule von nur rund 70 % befürwortet, während in Nordbaden 90 % diese Schulart bejahten. Von den evangelischen Befragten sprachen sich 90 % für die Gemeinschaftsschule und 6 % für die Konfessionsschule aus, von den Katholiken 67 % für die Gemeinschaftsschule und 27 % für die Konfessionsschule. Unter den Eltern volkschulpflichtiger Kinder waren 82 % für die Gemeinschaftsschule. Von den Eltern, deren Kinder (im ehemaligen Land Württemberg-Hohenzollern Konfessionsschulen besuchen, bezeichneten 29 % die Regelung als unbefriedigend, obwohl sich noch in der Abstimmung vom 12. Dezember 1948 in Württemberg-Hohenzollern ¼ der Erziehungsberechtigten für die Bekenntnisschule ausgesprochen hatten (Schwäbische Zeitung vom 22. 4. 1952).

All diese Untersuchungen zeigen trotz einzelner Abweichungen übereinstimmend, daß die große Mehrheit der Bevölkerung sowohl in protestantischen wie in überwiegend katholischen Ländern (vgl. EMNID c und d) und sowohl in Ländern, die die Bekenntnisschule kennen, wie in Ländern, die Gemeinschaftsschulen kennen, die Bekenntnisschulen ablehnt und Gemeinschaftsschulen, seien es christliche oder allgemeine, für richtig hält. Die Befürworter der Bekenntnisschule nehmen stets nur eine Minderheit von bis zu 30 % der Bevölkerung ein. Selbst wenn bedacht wird, daß die Umfragen teilweise nicht unter den Erziehungsberechtigten, sondern unter der gesamten Bevölkerung erfolgten, läßt ein Vergleich mit der Zahl der Schüler in Bekenntnis- und Gemeinschaftsschulen mit den Ergebnissen der Umfragen den Schluß zu, daß dem Elternwillen, auf den sich Kirchen und Parteien berufen, wenn die bekennnismäßige Ausgestaltung des Schulwesens verlangt und durchgeführt wird, nicht ausreichend Genüge getan wird:

In Bayern besuchten im Schuljahr 1961/62 von insgesamt 964 010 Schülern 86 352, d. h. ca. 9 % Gemeinschaftsschulen und alle übrigen Kinder Bekenntnisschulen oder sogenannte nicht getrennte evangelisch-katholische Bekenntnisschulen (Schulstatistik, Übersicht 20), während nur 29 % der befragten Eltern für die Bekenntnisschule eintraten (EMNID c) und im Jahre 1954 immerhin 67 % der Katholiken die Bekenntnisschule abgelehnt hatten (EMNID a). In Nordrhein-Westfalen gab es im Jahre 1961 5505 Bekenntnisschulen, die von ca. 82 % der Schüler besucht wurden, und 919 Gemeinschaftsschulen, während nur 42 % der Befragten sich für die Bekenntnisschule ausgesprochen hatte (EMNID c).

Im Saarland wurde diese Schulform nur von 23% der Befragten unterstützt (EMNID c), als dort nur Bekenntnisschulen bestanden. In Rheinland-Pfalz besuchten im Schuljahr 1962/63 66,9% der Schüler Bekenntnisschulen und 33 % Gemeinschaftsschulen, während nur 23 % der befragten Eltern für die Bekenntnisschule eintraten (EMNID c).

Außerdem zeigen diese Untersuchungen übereinstimmend, daß die Ablehnung der Bekenntnisschule unter der evangelischen Bevölkerung stärker als unter der katholischen ist, daß aber dennoch auch unter der katholischen Bevölkerung eine Mehrheit für die Gemeinschaftsschule und gegen die Bekenntnisschule ist. Dies zeigt sich im übrigen an einer speziellen Erhebung der EMNID-GmbH unter der evangelischen Bevölkerung, die im März 1961 unter 1000 Personen im Alter von 16 Jahren und mehr in Westdeutschland nach dem Quotenverfahren durchgeführt wurde, wobei die Quoten nach Alter, Geschlecht und Berufsgruppen verteilt waren („Die evangelische Kirche in der Politik“, 1961, Tabelle 29, S. 52, a. O.):

F r a g e : „Wenn Sie für Ihr Kind über die Schulform der Volksschule entscheiden könnten, welche würden Sie dann bevorzugen, bzw. wählen?“ (Antworten vorgegeben)

E r g e b n i s i n %:

Gemeinschaftsschule	Bekenntnisschule	Keine Angaben	
76	18	6	100 %

Dagegen ergab eine vergleichbare Umfrage unter der katholischen Bevölkerung, durchgeführt von der EMNID-GmbH (abgedruckt in der oben angegebenen Untersuchung auf Seite XVIII) folgendes:

E r g e b n i s i n %:

Gemeinschaftsschule	Bekenntnisschule	Keine Angaben	
51	39	10	100 %

Diese Feststellung ergibt sich aus allen oben angeführten Untersuchungen.

Hieraus läßt sich schließen, daß der Staat keinesfalls an der äußeren Zugehörigkeit zu einer Kirche auf die Bereitschaft der Eltern schließen kann, ihre Kinder in eine entsprechende Konfessionsschule zu schicken, da ein kirchlicher „Dirigismus“ sich in all diesen Ergebnissen nicht hat feststellen lassen, sondern die Eltern in weitgehender Unabhängigkeit von der offiziellen Meinung ihrer Kirche ihre eigene Vorstellung vertreten.

<sup>980</sup> Mayer, in: DVBl 1955, S. 588.

<sup>981</sup> So auch Arndt, Schule und Staat, S. 85.

statistik nicht mehr veröffentlicht wurde, sich wesentlich verändert haben, da zwar einerseits die konfessionelle Zusammensetzung der Bevölkerung im ganzen sich nur wenig geändert, die Mischung aber eher zugenommen hat, andererseits aber die Errichtungsbedingungen für die gemeinschaftliche Hauptschule (Klassen 5 bis 8 bzw. 9) durch die Verfassungsänderung vom 5. 3. 1968 erleichtert worden sind<sup>981a</sup>.

Die Schulstatistik Bayerns aus dem Schuljahr 1961/62 zeigt, daß von den insgesamt 7109 Volksschulen 5213 katholische Schulen und 1551 evangelische Schulen waren. 25 weitere waren sogenannte nicht getrennte evangelisch-katholische Bekenntnisschulen, der Rest Gemeinschaftsschulen. Von den 5213 katholischen Schulen wurden 3320, also 63,5 Prozent, auch von Kindern anderer Bekenntnisse besucht, während von den 1551 evangelischen Schulen 1268, also ca. 81 Prozent, von Kindern anderer Bekenntnisse besucht wurden (Übersicht 10 der Schulstatistik). Im Schuljahr 1962/63 bestanden in Bayern 5205 katholische Bekenntnisschulen, von denen 3219, d. h. ca. 61 Prozent von Kindern anderer Bekenntnisse besucht wurden, und 1541 evangelische Bekenntnisschulen, von denen 1239, d. h. ca. 80 Prozent von Kindern eines anderen Bekenntnisses besucht werden mußten (Übersicht 11)<sup>982</sup>.

Weiter ist auf die Praxis derjenigen Länder hinzuweisen, in denen lediglich Bekenntnisschulen bestehen. Hier muß es notwendigerweise zum Besuch von Bekenntnisschulen einer bestimmten Konfession durch Schüler anderer Konfessionen kommen, da der Staat unmöglich Schulen für Minderheiten an jedem Ort unterhalten kann, ganz abgesehen von den Kindern, die keiner Konfession angehören<sup>983 984</sup>.

Als verfassungswidrig muß die Regelung angesehen werden, die die bekenntnismäßige Ausgestaltung der Schulen der Mehrheitsentscheidung der Erziehungsberechtigten überläßt, wie sie z. B. in Rheinland-Pfalz besteht. Damit wird in beinahe jedem Fall eine u. U. starke religiöse Minderheit zum Besuch der Schule der Mehrheit gezwungen.<sup>984a</sup>

Unter diesem Gesichtspunkt war Artikel 10 des Bayerischen Volksschulgesetzes vom 17. 11. 1966 verfassungswidrig, nach welchem Gemeinschaftsschulen nur auf Antrag der Eltern von mindestens 25 Schülern bzw. 18 Schülern bei Volksschulen bis zu vier Klassen und nur errichtet wurden, wenn mindestens ein Prozent der Bevölkerung eines Ortes anderen Bekenntnisses ist, wenn die Hälfte der abstimmungsberechtigten Erziehungsberechtigten mitgestimmt und zwei Drittel der Abstimmenden zugestimmt hatten. Auch diese Regelung zwang eine Minderheit zum Besuch der Schule eines anderen Bekenntnisses. Durch seine Entscheidungen vom 20. 3. 1967 und vom 14. 7. 1967<sup>985</sup> hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof

<sup>981a</sup> In NRW sind lediglich 68 katholische, aber 1239 simultane Hauptschulen im Jahre 1968 eingerichtet worden — vgl. „Vorgänge“ 1968, S. 300.

<sup>982</sup> Prof. Dr. Theodor Maunz — ehemaliger langjähriger Staatsminister für Kultur in Bayern —, in: Rechtsgutachten, S. 788: „Keiner näheren Begründung bedarf es, daß es eine Verletzung der Gewissensfreiheit darstellen würde, wenn Erziehungsberechtigte ... kraft staatlichen Zwanges ihre Kinder gegen ihren Willen in eine Schule eines Bekenntnisses schicken müßten; ein solcher Gewissenszwang wird mit Recht durchweg abgelehnt.“ (!)

<sup>983</sup> Für das frühere Land Oldenburg gibt es keine Schulstatistik, die angibt, wieviele Schulen von Kindern anderer Bekenntnisse besucht werden.

<sup>984</sup> Nach Angaben der Zeitschrift „Der Spiegel“ 1965, Nr. 20, vom 12. Mai 1965, S. 52, besuchen 108 000 Schüler Bekenntnisschulen anderer Konfessionen, davon sollen 66 000 nicht-katholische und 42 000 katholische Schüler sein. Allein in Bayern waren im Schuljahr 1962/63 53 121 Schüler betroffen (vgl. Schulstatistik, Übersicht 17). In Nordrhein-Westfalen sollen sich noch 38 500 Schüler in dieser Lage finden (vgl. „Der Spiegel“, a. a. O.).

<sup>984a</sup> Gleiches gilt für die §§ 12 ff. SchOG Saarland vom 5. 5. 1965, die den Antrag der Eltern von mindestens 50 schulpflichtigen Kindern für die Errichtung einer neuen Gemeinschaftsschule vorschreiben; immerhin sind seit der Änderung der Verfassung Saarland mit Wirkung vom 1. 7. 1965 32 christliche Gemeinschaftsschulen errichtet worden (Stand: 5. 10. 1967), die von ca. 4,9 % aller Schüler besucht werden, während 104 387 Schüler die 409 katholischen und 22 704 Schüler die 141 evangelischen Bekenntnisschulen besuchten; religiöse Minderheiten waren nur in sehr geringen Prozentsätzen vorhanden. Andererseits führt die Rechtslage im Saarland zu einer relativ großen Zahl sogenannter „Zwergschulen“.

<sup>985</sup> BayVerfGH, DVBl 1967, S. 454 = Bay-CVBl 1967, S. 308 = BayVerfGHE 20, II, 36; DVBl 1967, S. 733 = VerwRspr 19, S. 385; vgl. oben Anm. 969e.

versucht, die Verfassungswidrigkeit in der Weise zu beseitigen, daß klassenweise die Bekenntnisschule der christlichen Gemeinschaftsschulen angenähert werden sollte. Diese Verfassungswidrigkeit wurde erst durch die Änderung der Verfassung und des Volksschulgesetzes in Bayern im Jahre 1968 beseitigt<sup>985a</sup>. Da nach der neuen Regelung in der christlichen Gemeinschaftsschule Bayerns klassenweise konfessionell zu unterrichten ist, bleibt es angesichts der tatsächlichen Schwierigkeiten einer derartigen Regelung fraglich, wieweit sich dies in der Praxis verwirklichen läßt; außerdem bleibt der Schutz nichtchristlicher Kinder problematisch.

Jeder Schule ist ein Schulbezirk (Schulsprengel), d. h. ein räumlich abgegrenztes Wohngebiet zugeordnet<sup>986</sup>. Die Schulpflicht ist grundsätzlich in der örtlich zuständigen öffentlichen Volksschule zu erfüllen, soweit nicht eine private oder eine weiterführende Schule besucht wird<sup>987</sup>. Immerhin ist es Aufgabe der Schulverwaltung, die Schulbezirke einzuteilen<sup>988</sup>, d. h. für die staatlichen Schulen Aufgabe der staatlichen Schulverwaltung und für die kommunale Schulverwaltung Aufgabe der kommunalen Schulträger, soweit nicht einzelne landesrechtliche Regelungen dies dem Staat ausschließlich<sup>989</sup> oder im Wege der staatlichen Mitwirkung überlassen haben<sup>990</sup>. Diese Aufgabe und Berechtigung zur Einteilung und unter Umständen Änderung der Schulbezirke fließt aus der Organisationshoheit des Staates, bzw. der in den einzelnen Ländern verschiedenen geregelten Mitverwaltung der Gemeinden. Kraft dieser Organisationsbefugnis ist es in die Hand der zuständigen Schulverwaltung gegeben, ob sie die Schulbezirke so einteilt, daß konfessionell homogene Bezirke entstehen oder nicht, wobei ersteres häufig zur Bildung einklassiger Volksschulen und die Bildung größerer Schulbezirke zu mehrklassigen, d. h. häufig von konfessionell gemischten Bevölkerungskreisen besuchten Schulen geführt hat. Dieses Recht der öffentlichen Gewalt, die Größe der Schulbezirke zu bestimmen und damit inzident über die Zulässigkeit von Bekenntnisschulen zu bestimmen, ist durch Artikel 4 Absatz I GG nicht berührt, da es Aufgabe des Staates ist, für die ausreichende und angemessene Bildung der Kinder zu sorgen und es keinen rechtlich bestimmbaren Standard dafür gibt, ob auch ein- oder zweiklassige Schulen (Zwergschulen) oder nur voll ausgebaute (mehrklassige) Schulen dieses Ziel erreichen können und es daher dem Staat obliegt zu bestimmen, wann ein geordneter Schulbetrieb gewährleistet ist und wann nicht. Bereits insofern erfährt daher die Pflicht zur Errichtung und Unterhaltung von Bekenntnisschulen eine Einschränkung. Wenn die zuständige Schulverwaltung sich dafür entschieden hat, daß nur voll ausgebaute Schulen geeignet sind, den Schülern die erforderliche Ausbildung zu vermitteln, und daher die Schulbezirke entsprechend zu gestalten sind, so besteht keine Verpflichtung des Staates, entweder die Schulbezirke zu verändern oder dennoch Zwergschulen in demselben Schulbezirk zu unterhalten, um den Besuch einer Bekenntnisschule zu ermöglichen. Dies zeigt sich deutlich daran, daß gerade für solche Fälle auch die Freiheit der Errichtung und Benutzung einer ihren Wünschen entsprechenden Privatschule gewährleistet ist. Diese Bestimmung wäre überflüssig, wenn es dem Staat vorgeschrieben wäre, in jedem Falle eine Schule des entsprechenden Bekenntnisses zu errichten, auch wenn damit der vom Staat für erforderlich gehaltene Standard unterschritten würde. Die Privatschulfreiheit wäre praktisch beseitigt, da private Bekenntnisschulen nur errichtet werden dürfen, wenn eine entsprechende öffentliche Schule in der Gemeinde nicht besteht<sup>991</sup>.

<sup>985a</sup> Vgl. oben Anm. 411.

<sup>986</sup> Heckel-Seipp, S. 106.

<sup>987</sup> Heckel-Seipp, S. 284 f.

<sup>988</sup> Heckel-Seipp, S. 82.

<sup>989</sup> Heckel-Seipp, S. 81 f.

<sup>990</sup> Heckel-Seipp, S. 86 f.

<sup>991</sup> Vgl. unten S. 208 ff.



Die Tendenz des Artikels 7 Absatz IV und V GG liegt aber gerade darin, der Privatschule einen möglichst großen Raum zu gewähren. Somit ergibt sich aus der speziell das Schulrecht betreffenden Norm des Artikels 7 Absatz V GG, daß es der staatlichen Entscheidung überlassen bleibt, unter welchen Bedingungen ein geordneter Schulbetrieb gewährleistet ist und damit, ob eine Bekenntnisschule errichtet werden muß.

Die Pflicht zur Errichtung einer entsprechenden Bekenntnisschule neben einer Gemeinschaftsschule<sup>992</sup>, die notwendig ist, weil Schüler verschiedener Bekenntnisse in dem Schulbezirk wohnen, besteht somit grundsätzlich nur, wenn die Zahl der Eltern bzw. Kinder, die eine Bekenntnisschule fordern bzw. besuchen wollen, ausreichend ist, um die Darbietung einer Schule zu ermöglichen, die den Erfordernissen eines nach den Landesgesetzen zu bestimmenden geordneten Schulbetriebes entspricht. Dem Staat kann der Unterhalt einer zweiten Schule in demselben Schulbezirk nur dann obliegen, wenn ihm die Errichtung einer zweiten Schule finanziell und technisch zugemutet werden kann. Es ist eben nicht möglich, allen Eltern eine ihren Wünschen entsprechende Schulart zur Verfügung zu stellen<sup>993</sup>, und damit den — auch andersgläubigen — Steuerzahlern die Finanzierung einer weiteren Schule neben einer bestehenden und ausreichenden Schule zuzumuten, wobei die Forderung nach einer Bekenntnisschule der Notwendigkeit einer Gemeinschaftsschule nachsteht.

Andererseits können die Eltern auch nicht verlangen, daß die Schulbezirke so gestaltet werden, daß sie den Unterhalt von zwei voll ausgebauten Schulen ermöglichen, da der Staat den Kindern unzumutbare Schulwege ersparen und überhaupt dafür Sorge tragen können muß, daß die Volksschulpflicht in Volksschulen erfüllt wird, deren Besuch den Schulpflichtigen zumutbar ist<sup>994</sup>. Auch diese Beschränkung ergibt sich mittelbar aus Artikel 7 Absatz V GG, da gerade auch für solche Fälle die Privatschulfreiheit gewährt ist.

Damit aber erfährt die Verpflichtung des Staates zur Errichtung von Bekenntnisschulen bereits entscheidende Einschränkungen aus der in Artikel 7 Absatz I GG enthaltenen Organisationshoheit des Staates. Bereits aus diesen Gesichtspunkten ist der Staat daher berechtigt, lediglich Gemeinschaftsschulen zu unterhalten, wenn die Bevölkerung — wie meist heute — konfessionell gemischt ist, wie z. B. in den Stadtstaaten Hamburg, Bremen und Berlin.

Zu beachten ist der weitere Gesichtspunkt, daß die Schulverwaltung deshalb berechtigt sein muß, lediglich Gemeinschaftsschulen zu unterhalten, weil der Staat bereit sein können muß, jedem einzelnen Kind die Aufnahme in eine Gemeinschaftsschule im Falle der Ablehnung des konfessionellen Gesamtunterrichts durch die Erziehungsberechtigten sofort zu ermöglichen<sup>995</sup>. Diese Erwägung ist selbst dann zutreffend, wenn eine bisher konfessionell geschlossene Bevölkerungsschicht besteht, da die Bevölkerungsfuktuation schnell auch zu konfessionellen Mischungen führen kann.

Nach allem besteht die aus Artikel 4 Absatz I GG abgeleitete Pflicht des Staates zur Errichtung und Unterhaltung einer Bekenntnisschule nur in engem Rahmen. Die Organisationshoheit des Staates erlaubt es um der Kinder willen,

<sup>992</sup> Wenn in einer Gemeinde Bekenntnisschulen verschiedener Bekenntnisse oder Bekenntnis- und Gemeinschaftsschulen nebeneinander bestehen, überschneiden sich die Schulbezirke, Heckel-Seipp, S. 106, Anm. 1.

<sup>993</sup> BVerfG 6, 309, 339.

<sup>994</sup> Vgl. für § 5 nds. SchulverwG, nach dem öffentliche Schulen gemäß dem Bedürfnis zu errichten und zu unterhalten sind: OVG Lüneburg, DOV 1961, S. 793; der Staat muß für die Bereitstellung entsprechender Schulen sorgen; ebenso BVerwG, MDR 1964, S. 623: „Der Staat muß seine organisatorischen Maßnahmen, wenn es sich um die Schließung einer Schule handelt, die von den betreffenden Kindern bereits besucht wird, so einrichten, daß das Recht der Eltern nicht in unzumutbarer Weise beeinträchtigt wird“; dies ergibt sich aus dem Verhältnis von Art. 6 zu Art. 7 — vgl. oben S. 169 — und § 5 nds. SchG.

<sup>995</sup> So auch Redelsberger, in: DOV 1954, S. 108.

einerseits die Schulbezirke so zu gestalten, daß geeignete Schulen existieren, die einen vom Staat bestimmten, geordneten Schulbetrieb ermöglichen und die einen zumutbaren Besuch der Volksschule ermöglichen, so daß auf Grund dieser auf praktischen Erwägungen und letztlich politischen Entscheidungen beruhenden Gestaltungsbefugnis die Errichtung von Bekenntnisschulen unmöglich wird. Andererseits erlaubt das Bereitsein des Staates, auch konfessionelle Minderheiten einschulen zu können, lediglich Gemeinschaftsschulen zu unterhalten<sup>996</sup>.

Redelsberger<sup>997</sup> folgert aus diesem letzten Gesichtspunkt, d. h. daraus, daß der Staat bereit sein muß, jedem einzelnen Kind die Aufnahme in eine Gemeinschaftsschule im Falle der Ablehnung des konfessionellen Gesamtunterrichts durch die Erziehungsberechtigten sofort zu ermöglichen, daß obligatorisch an jedem Ort eine Gemeinschaftsschule vorhanden sein müsse, bevor die Errichtung von Bekenntnisschulen mit konfessionellem Gesamtunterricht zulässig sei, wie die sogenannte strenge Regelschultheorie unter der Weimarer Reichsverfassung es vertrat. Damit aber wird die Organisationshoheit des Staates eingeeengt, obwohl eine Grundrechtsverletzung nicht gegeben ist. Der Staat hat zwar sein Verhalten so einzurichten, daß auch mögliche Grundrechtsverletzungen ausgeschlossen sind. Nicht aber kann ein — besonders in ländlichen Gegenden — hypothetischer, zukünftig denkbarer Fall dem Staat die Pflicht zu einem bestimmten Handeln auferlegen, obwohl es dem Staat hier offensteht, den Wünschen der Erziehungsberechtigten zu folgen. Außerdem wäre damit dem Staat vorgeschrieben, wie er das Problem einer konfessionellen Minderheit im Hinblick auf die Schulorganisation behandelt, ohne daß ersichtlich ist, daß die von Redelsberger geforderte Schlußfolgerung die einzig denkbare ist, die Artikel 4 Absatz I GG gerecht würde. Es wäre z. B. ebenso denkbar, daß der Staat organisatorisch in der Lage ist, die Schulform von einem Jahr zum anderen zu ändern, wie z. B. die Übergangsregelung des im Jahre 1954 erlassenen niedersächsischen Schulgesetzes zeigt, wonach an Orten, an denen mehrere Bekenntnisschulen mit zusammen fünf oder mehr Klassen bestehen, diese Bekenntnisschulen so lange nebeneinander bestehen bleiben, bis für eine Gemeinschaftsschule „eine genügende Zahl von Kindern angemeldet ist und für vier Jahre gewährleistet erscheint“ (§ 15). Um aber die Folgerung Redelsbergers ziehen zu können, müßte sich die Verpflichtung zur Errichtung einer Gemeinschaftsschule in jedem Ort zwingend aus Artikel 4 Absatz I GG ableiten lassen, um die Organisationshoheit der Länder einzuschränken. Redelsbergers Folgerung ist daher unzutreffend. Die Verpflichtung zur Errichtung und Unterhaltung einer Gemeinschaftsschule läßt sich nur auf Grund der Gegebenheiten des Ortes ableiten, nicht aber derart generell, wie Redelsberger es will.

#### d) Zusammenfassung

Es zeigt sich somit, daß der Staat seine Schulen, die von Angehörigen der verschiedensten Religionen, Konfessionen und Weltanschauungen besucht werden müssen, nur so gestalten kann, daß sie die spezifischen Sonderungen der einzelnen Geisteshaltungen außer Betracht lassen. „Der Staat der Geistesfreiheit kann seine Zwangsschulen nur mit einem Telos erfüllen, das alle Bürger bejahen oder von Verfassungen wegen bejahen sollten.“<sup>998</sup> Die Gemeinschaftsschule ist daher unabdingbare Notwendigkeit in jeder religiös-weltanschaulich gemischten Gemeinde, soweit nicht für jedes Bekenntnis gesonderte Schulen zur Verfügung gestellt werden können, die zu wählen den Eltern in Freiheit

<sup>996</sup> Dies Ergebnis entspricht der Entstehungsgeschichte des Art. 7 GG. Die Mehrheit des Parlamentarischen Rates entschied sich gegen den CDU/CSU-Antrag auf Berücksichtigung des Elternwillens hinsichtlich der religiös-weltanschaulichen Ausgestaltung des Schulwesens, um die bestehenden Simultanschulgebiete zu retten, und zwar nur deswegen, vgl. S. 79 ff.

<sup>997</sup> Redelsberger, in: DOV 1954, S. 108.

<sup>998</sup> Krüger, Rechtsgutachten, S. 1085.

überlassen ist. Der Staat ist berechtigt, seinen Bürgern Bekenntnisschulen zur Verfügung zu stellen. Diese sind aber insofern — doch nur insofern — mit den Privatschulen zu vergleichen, als der Staat seinen Bürgern erlaubt, ihre Schulpflicht hier zu erfüllen, ohne sie zum Besuch dieser Schule zwingen zu können. Der Staat ist zur Bereitstellung solcher Schulen auch grundsätzlich verpflichtet. Diese Verpflichtung aber besteht nur im Rahmen des finanziell und technisch Möglichen und Zumutbaren und ist durch die Notwendigkeit, geeignete Schulen für alle Bürger zur Verfügung stellen und einen ausreichenden Standard der Erziehung setzen zu können, weitgehend begrenzt. Damit aber zeigt sich, daß die Länder keineswegs frei und lediglich ihren demokratischen Einrichtungen verpflichtet sind, sondern daß die Länder weitgehend grundgesetzlichen Schranken bei der religiös-weltanschaulichen Ausgestaltung ihres Schulsystems unterworfen sind.

Die Problematik der Verwirklichung des Besuches einer im Gewissen geforderten Schulart bleibt angesichts dieser weitgehend beschränkten Möglichkeit des Staates, Bekenntnisschulen zu unterhalten, ernst. Einen Ausweg aus dieser von Staats wegen unlösbaren Gewissensbelastung der Eltern, die eine Bekenntnisschule für unerlässlich halten, hat das Grundgesetz allerdings selber gewiesen, indem es die Freiheit zur Gründung von Privatschulen in Artikel 7 Absatz IV und V GG garantiert. Im übrigen wird zutreffend von Mayer<sup>999</sup> darauf hingewiesen, daß eine staatliche Bekenntnisschule keine echte Garantie für echte Christlichkeit biete, da der Staat auch in der Konfessionsschule der alleinige Herr der Schulhoheit ist. In der Privatschule dagegen können die Kirchen nach eigenen Vorstellungen ihre christliche Erziehung verwirklichen. Der Staat dagegen muß sein Erziehungsinteresse insoweit zurückstellen, als er die Erziehung nicht in eigene Hände nehmen kann. Andererseits wird vom Staat vielfach erwartet, daß er auch diese Schulen finanziert und damit mittelbar für die Verbreitung des religiösen Gedankengutes Sorge trägt. Schließlich darf man „den ‚privaten‘ Charakter dieser Schulen nicht falsch deuten; ‚privat‘ sind diese Schulen nur insofern, als sie nicht dem staatlich-kommunalen Schulsystem angehören; sonst stehen sie den öffentlichen Schulen im Prinzip gleich“<sup>1000</sup>.

All diese Gesichtspunkte machen es erforderlich, eine Untersuchung des Privatschulwesens anzuschließen, soweit es notwendig ist, um das Verhältnis des Staates zum Problem der Religion in der Erziehung zu klären.

## 9. Die Zulässigkeit religiöser Übungen in der Schule

Neben die seit langem umstrittene Frage nach der grundsätzlichen religiös-weltanschaulichen Ausgestaltung des Schulwesens ist in neuerer Zeit auch in Deutschland die Frage nach der Zulässigkeit einzelner religiös-weltanschaulich bedeutungsvoller Übungen außerhalb des Religionsunterrichts im schulischen Bereich getreten. Eine Frage aus diesem Bereich hatte erstmals der Hessische Staatsgerichtshof<sup>1001</sup> zu entscheiden, als die Eltern eines Schülers gegen das Land Hessen mit dem Begehren klagten, daß in der Klasse ihres Kindes kein Gebet gesprochen werden sollte. Schulgebete sind außer in den Ländern Bremen und Hamburg in den meisten Volksschulen der anderen Länder üblich. Außerdem werden Schulandachten und gemeinsame Gottesdienste einzelner Klassen oder ganzer Schulen veranstaltet. Bei all diesen Praktiken, die von der Regelung des Artikels 7 Absatz III GG und damit auch von derjenigen des Artikels 7 Absatz II GG nicht erfaßt werden<sup>1002</sup>, sind zwei Fragen zu unterscheiden:

<sup>999</sup> Mayer, in: DVBl 1955, S. 588.

<sup>1000</sup> Weber, in: VVDStRL, Bd. 11, S. 162.

<sup>1001</sup> StGH Hessen, Urt. vom 23. 10. 1965, NJW 1966, S. 31.

<sup>1002</sup> So auch Maurer, S. 113.

Zunächst diejenige nach der grundsätzlichen Zulässigkeit im allgemeinen und außerdem diejenige nach der Durchführbarkeit und Erzwingbarkeit im Einzelfall.

Die generelle Zulässigkeit derartiger religiöser Übungen ergibt sich aus dem Charakter der jeweiligen Schule. Zur Bekenntnisschule und zur christlichen Gemeinschaftsschule gehören wesensmäßig religiöse Übungen, bei der letzteren allerdings auf allgemein christlicher Grundlage<sup>1003</sup>. In der Gemeinschaftsschule dagegen ist das den Christen und Nichtchristen Gemeinsame Grundlage der Erziehung, und der Religionsunterricht ist reines Lehrfach, das den Gesamtcharakter der Schule nicht mitbestimmt<sup>1004</sup>. Der Hessische Staatsgerichtshof setzt seiner Entscheidung, die sich mit der Klage von Eltern eines Kindes befaßt, das eine Gemeinschaftsschule besuchte, die grundsätzliche Zulässigkeit stillschweigend voraus; er begrenzt seine Entscheidung ausdrücklich auf den zur Entscheidung gestellten Einzelfall. Die Befugnis des Staates, in den öffentlichen Gemeinschaftsschulen Gebete darzubieten, wird damit übereinstimmend in der Literatur, die sich mit dem Urteil des hessischen Staatsgerichtshofes auseinandersetzt<sup>1004a</sup>, ganz überwiegend bejaht. Lediglich E. Stein und von Zezschwitz bestreiten dem Staat das Recht, derartige religiöse Handlungen von den Lehrern ausführen zu lassen. Stein beruft sich darauf, daß jedes vom Lehrer organisierte Gebet für die Kinder zu einer Zwangssituation führe, weil die Autorität des Lehrers und der soziale Druck der Klasse dahinter stünden. v. Zezschwitz verweist auf den Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates, auf Grund dessen dem Staat die Kompetenz zur Darbietung von Schulgebeten vorenthalten sei.

Während das von Stein vorgebrachte Argument gegenstandslos und damit für die hier behandelte Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit unbeachtlich ist, wenn alle Schüler bzw. deren Eltern dem gemeinsamen Gebet zugestimmt haben, wird von v. Zezschwitz nicht beachtet, daß das deutsche Schulwesen im Art. 7 GG eine besondere Regelung erhalten hat. Der Begriff der Gemeinschaftsschule ist im Grundgesetz nicht in dem Sinne festgelegt, daß diese stets eine religiös-weltanschaulich neutrale Schule sein muß. Die Gemeinschaftsschule des Artikel 7 GG ist vielmehr sowohl die „wissenschaftliche Gemeinschaftsschule“ als auch die echte christliche Gemeinschaftsschule und jede Schule zwischen diesen beiden Extremen der Gemeinschaftsschule. Die Ausgestaltung der Gemeinschaftsschule steht dem Landesgesetzgeber in den oben aufgezeigten Grenzen zu, wobei keine Bindung an einen irgendwie gearteten Typenzwang besteht. Der Staat aber, der Bekenntnisschulen und christliche Gemeinschaftsschulen darbieten darf, darf auch eine Schule einrichten und unterhalten, in der das religiöse Moment außer im Religionsunterricht nur noch im gemeinsamen Gebet vorhanden ist, in der der Unterricht also in religiös-weltanschaulicher Neutralität abgehalten, die tägliche Arbeit jedoch mit einem gemeinsamen Gebet begonnen wird. Das Grundgesetz hat die bei seiner Schaffung vorhandene religiöse Komponente der Schulerziehung nicht generell abschaffen wollen, sondern es dem Landesgesetzgeber überlassen, dieses Moment der Erziehung in der Schule wirksam werden zu lassen, solange kein (auch nur indirekter) Zwang zur Hinnahme religiöser Beeinflussung ausgeübt wird. Der Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität ist im Bereich der Schule durch das Grundgesetz insofern eingeschränkt.

<sup>1003</sup> Vgl. oben S. 86 ff. und 88 f.

<sup>1004</sup> Vgl. oben S. 88.

<sup>1004a</sup> Zustimmung: Gallwas, in: Bay.VBl. 1966, S. 123 f.; Obermayer, in: DÖV 1967, S. 17; Rambow, S. 145, Anm. 69; Reh, in: RdJ 1966, S. 75; E. Stein, Kind und Schule, S. 66—68; und die 1. Auflage dieses Buches. Kritisch: Böckenförde, in: DÖV 1966, S. 30 ff.; v. Campenhausen, S. 203—211; Deuschle, S. 190—193; Hamel, in: NJW 1966, S. 18—21; H. Heckel, in: RdJ 1965, S. 325; Hofmann, in: DVBl 1967, S. 440; Pitzner, in: NJW 1966, S. 31; Scheuner, in: DÖV 1966, S. 145, 151 ff.; Toews, S. 79. E. Stein, in: RdJ 1967, S. 29, 31 f.; und v. Zezschwitz, in: JZ 1966, S. 337, halten das Schulgebet an Gemeinschaftsschulen prinzipiell für verfassungswidrig.

In der Gemeinschaftsschule kann daher das religiöse Moment außer im Religionsunterricht auf der für die Schüler aller Konfessionen gemeinsamen Grundlage zum Bestandteil der schulischen Arbeit gemacht werden, indem gemeinsame Gebete gesprochen werden. Die Behauptung Zezschwitz', daß „selbst eine Einverständniserklärung aller betroffenen Schüler oder ihrer Eltern keine Zuständigkeit des Staates zu Gebeten schaffen“ könne, ist für den schulischen Bereich unrichtig. Damit ist zugleich auch die in der amerikanischen Rechtsprechung auftauchende Frage<sup>1004b</sup> beantwortet, ob der Staat durch ein überkonfessionelles Gebet eine eigene Religion schaffe; da das Gebet von den betroffenen Eltern gebilligt wird, geschieht ihnen — und nur auf sie kommt es an — kein Unrecht. Die verschiedenen Kirchen machen heute außerdem gerade angesichts der abweichenden theologischen Standpunkte vom gemeinsamen Gebet Gebrauch<sup>1004c</sup> und billigen damit die Praxis auch in der Schule, da Gebete nicht auf dem kirchlichen Bereich beschränkt sind und sein sollen, so daß gemeinsame Gebete möglich sind. Entsprechendes gilt für die gemeinsamen Schulandachten und Gottesdienste<sup>1004d</sup>.

Die bekenntnisfreie Schule dagegen kennt wesensmäßig keine religiösen Übungen irgendwelcher Art.

Trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit religiöser Übungen im Rahmen der Schulerziehung taucht jedoch die Frage auf, ob und in welchem Umfang in einer einzelnen Schulklasse religiöse Übungen durchgeführt werden dürfen, wenn einzelne Eltern sich dagegen wenden, daß in der Schule gebetet wird, religiöse Lieder gesungen werden oder die Klasse gemeinsam Gottesdienste besucht. Daß die Kinder zur Teilnahme an religiösen Übungen gegen den Willen der Eltern nicht gezwungen werden können, folgt unmittelbar aus Artikel 4 Absatz I GG und aus Artikel 140 GG in Verbindung mit Artikel 136 Absatz IV WRV<sup>1005</sup>.

Fraglich ist allerdings, ob darüber hinaus die Eltern verlangen können, daß religiöse Übungen in der Schulklasse ihres Kindes unterbleiben. Mit einer derartigen Situation in einer Gemeinschaftsschule hatte sich der Hessische Staatsgerichtshof in der Entscheidung vom 23. Oktober 1965<sup>1006</sup> zu befassen. Nach einer eingehenden Untersuchung über den Umfang der Religionsfreiheit, insbesondere der negativen Bekenntnisfreiheit, d. h. der Freiheit, seine religiös-weltanschauliche Überzeugung zu verschweigen (Art. 136 Abs. III Satz 1 WRV)<sup>1007</sup>, und der Freiheit vom Zwang zur Teilnahme an religiösen Übungen (Art. 136 Abs. IV WRV), kommt der Staatsgerichtshof zu dem Ergebnis, daß der Schüler dadurch wenigstens in seinem Grundrecht der negativen Bekenntnisfreiheit verletzt sei, daß er täglich gezwungen werde, später als die übrigen Schüler in die Klasse zu kommen, wenn er — wozu er auf Grund von Artikel 4 Absatz I GG / Artikel 140 GG in Verbindung mit Artikel 136 Absatz IV WRV berechtigt sei — an dem Gebet nicht teilnehmen wolle. Ob darüber hinaus in der Absonderung des Dissidentenkindes von der Klasse während der Zeit des Gebetes ein Zwang im Sinne des Artikels 136 Absatz IV WRV lag, ließ der Staatsgerichtshof dahingestellt.

Der Entscheidung ist zuzustimmen, selbst wenn die Begründung nicht in allen Punkten überzeugend ist. Das gemeinsame Gebet zu Beginn des Unterrichts

<sup>1004b</sup> Vgl. oben S. 44—47.

<sup>1004c</sup> Vgl. v. Campenhausen, S. 205, mit weiterem Nachweis.

<sup>1004d</sup> Vgl. VG Hannover, Urt. v. 14. 3. 1968, DVBl. 1969, S. 49.

<sup>1005</sup> Die bloße Anwesenheit ist — nicht erzwingbare — Teilnahme im Sinne dieser Normen. So auch Maurer, S. 113; Rambow, S. 95; StGH Hessen, NJW 1966, S. 31, 34 = DVBl. 1966, S. 29. Bedenklich Hamel, in: NJW 1966, S. 18: „Ebensowenig kann der Staat darüber entscheiden, ob die bloße Anwesenheit eines Dissidenten-Kindes während des Klassengebetes als „Teilnahme“ am Klassengebet anzusehen ist.“

<sup>1006</sup> StGH Hessen, NJW 1966, S. 31.

<sup>1007</sup> Vgl. oben S. 114 ff.

unter Anleitung des Lehrers ist eine religiöse Übung; darüber besteht auch in der Literatur Einverständnis. Sowohl die Teilnahme wie auch die Nichtteilnahme daran stellen ein Bekenntnis zu religiös-weltanschaulichen Fragen dar, daß der Staat hier dadurch fordert, daß er im Rahmen der Schulerziehung Gebete sprechen läßt. Der einzelne kann sich zu Recht dagegen wenden, daß der Staat ein öffentliches Bekenntnis fordert, auch wenn ausnahmsweise — wie in der Schule — religiöse Übungen grundsätzlich zulässigerweise dargeboten werden dürfen. Dies folgt unmittelbar aus Art. 4 Abs. I GG. Die Freiheit des Bekenntnisses schließt, wie der hessische Staatsgerichtshof zutreffend ausführt, das Recht ein, die Offenbarung jeglicher religiöser oder weltanschaulicher Überzeugung oder Gewissensentscheidung zu verweigern, diese also zu verschweigen. Jeder Versuch des Staates, ein irgendwie geartetes Bekenntnis herbeizuführen, ist unbedingt und ohne jeden Vorbehalt einer Beschränkung verboten<sup>1007a</sup>.

Artikel 4 GG will gerade verhindern, daß der einzelne durch staatliche Tätigkeit zu einem religiösen Bekenntnis positiver oder negativer Art gezwungen ist. Daß durch die staatliche Tätigkeit ein Bekenntnis erzwungen wird, in dem der Schüler, der am Gebet nicht teilnehmen will, täglich durch seine Ablehnung teilzunehmen, seine abweichende Überzeugung bekunden muß, kann angesichts der schulischen Praxis ernsthaft nicht bezweifelt werden. Die Eltern und das Kind müssen angesichts des täglichen Gebets über die Teilnahme entscheiden, sie befinden sich in einer Situation, in der sie ihre religiöse Haltung täglich neu bekennen müssen. Ob der Lehrer den dissidentischen Schüler zum Mitsprechen auffordert, ob er die schweigende Anwesenheit oder die Abwesenheit des Schülers für die Dauer des Gebetes gestattet, ist nur ein gradueller Unterschied; in jedem Fall ist der Schüler in seiner Bekenntnisfreiheit beeinträchtigt, sei es, daß er wider Willen eine religiöse Handlung mit vollzieht, sei es, daß er wider Willen dem Vollzug beiwohnen muß, sei es, daß er wider Willen seine andere Auffassung offenbaren muß<sup>1007b</sup>.

Die weiteren Erörterungen des Staatsgerichtshofes sind nicht notwendig und haben lediglich Anlaß für teilweise berechtigte Kritik gegeben. Fraglich sind insbesondere die Ausführungen des Gerichts darüber, daß die Rechte der Dissidenten gegenüber den Rechten derjenigen Kinder abgewogen werden müßten, die beten wollten<sup>1007c</sup>.

Das Grundrecht anderer auf ungestörte Religionsausübung, so sagt der hessische Staatsgerichtshof, könne dem Recht des Klägers, seine Überzeugung zu verschweigen, nicht entgegengehalten werden, weil die Kinder, die zu beten wünschen, dies überall und zu jeder Zeit tun könnten, ohne die Rechte anderer zu verletzen, so daß die Beschränkung ihrer Religionsfreiheit nur lokaler oder temporärer Natur sei, während das Dissidentenkind nicht ausweichen könne. Hamels Einwand gegen diese Begründung<sup>1007d</sup>, und damit gegen die Entscheidung des hessischen Staatsgerichtshofes überhaupt, die Freiheit des Schweigens gehe nicht soweit, andere an ihrem Bekenntnis und an ihrer öffentlichen Religionsausübung zu hindern, und das Bekenntnis anderer bedeute niemals „rechtswidrigen Zwang“, ist zwar in seiner grundsätzlichen Aussage richtig, verkennt jedoch die Gegebenheiten des Falles. Das Schulgebet erscheint zwar auch als Ausübung der Religionsfreiheit derjenigen Schüler, die beten wollen; es ist aber

<sup>1007a</sup> Vgl. oben S. 115.

<sup>1007b</sup> Gallwas, in: BayVBl. 1966, S. 123.

<sup>1007c</sup> Zutreffend weist Böckenförde, a. a. O., S. 35 f., zustimmend v. Campenhausen, S. 208, darauf hin, daß der Ansatz des Gerichts, Art. 4 GG durch die Werttrias des Art. 2 GG zu beschränken, indem Art. 4 als Ausfluß des allgemeinen Freiheitsrechts des Art. 2 GG verstanden wird, mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit dessen „Elfes“-Urteil, BVerfGE 6, 32, nicht übereinstimmt.

<sup>1007d</sup> Hamel, in: NJW 1966, S. 20 f.

zugleich Ausübung staatlicher Gewalt, weil die staatlichen Lehrkräfte aktiv beteiligt sind, eine religiöse Handlung auszuüben. Die staatliche Beteiligung ist das entscheidende Moment, weil einerseits die Leitung durch den Lehrer auch in der Schulpraxis das wichtigste Element der Durchführung ist, und weil andererseits der einzelne Schüler in Rechtsbeziehungen in erster Linie zu der staatlichen Schulgewalt tritt, die ihm dem besonderen Gewaltverhältnis der Schule unterwirft. Das entscheidende Moment des Falles und der Problematik jeder religiösen Übung im schulischen Bereich liegt darin, daß der Lehrer — also die staatliche Gewalt — religiöse Übungen darbietet, an denen sich die Schüler beteiligen, nicht aber darin, ob die Schüler selber beten dürfen oder nicht. Es handelt sich daher bei dem zu entscheidenden Fall nicht um die Frage, wie die Bekenntnisfreiheit der verschiedenen Schüler voneinander abzugrenzen ist, sondern um die Frage, ob der einzelne vom Staat erwarten kann, zum Bekenntnis seiner religiösen Überzeugung und zur Teilnahme an religiösen Übungen nicht gezwungen zu werden<sup>1007e</sup>. Dies wird von allen Kritikern der Entscheidung mit verblüffender Übereinstimmung verkannt, die lediglich den Konflikt zwischen den divergierenden Interessen der einzelnen Schüler bzw. deren Eltern sehen und so den Sachverhalt nicht voll erfassen und verfälschen und damit zu der rechtlich entscheidenden Frage nicht mehr vordringen. Nicht das Verhalten der Mitschüler, sondern die staatliche Beteiligung, nicht der Interessenkonflikt zwischen den Schülern, sondern die Maßnahme des Lehrers sind von Bedeutung.

Nicht gegen das öffentliche Bekenntnis der Mitschüler, sondern gegen die Teilnahme des Staates hieran kann sich der einzelne, gestützt auf die grundgesetzlich verankerte Religionsfreiheit, wehren. Die Schüler dürfen daher vor dem Unterricht beten oder religiöse Übungen abhalten, auch wenn einzelne Kinder dies ablehnen<sup>1008</sup>, nicht aber darf die öffentliche Gewalt in der Person des Lehrers derartige religiöse Übungen veranstalten, wenn die Eltern auch nur eines Kindes dies ablehnen. Das bedeutet freilich nicht, daß einzelne Kinder selbständig im Unterricht Gebete zu sprechen berechtigt sind. Insofern sind die freie Religionsausübung und das freie Bekenntnis beschränkt, da — wie der hessische Staatsgerichtshof insofern zutreffend ausführt — „die Kinder, die zu beten, also ihre Religion auszuüben wünschen, ... das überall und zu jeder Zeit tun (können), sei es zu Hause, sei es im Gotteshaus, sei es wo und wann immer“. Die Beschränkung „lokaler und temporärer Natur“ müssen die Kinder hinnehmen, weil insofern die Schulpflicht neben der Religionsfreiheit steht<sup>1008a</sup>, die unabweislich erfordert, daß der Unterricht in geordneten Bahnen abläuft und nicht durch selbstwilliges Handeln der Schüler, und sei es auch durch religiös motiviertes Handeln, gestört wird<sup>1008b</sup>. Bereits die schweigende Anwesenheit des Lehrers aber, der nur für die Aufrechterhaltung der Disziplin sorgt, geht über die private Tätigkeit der Schüler hinaus und bedeutet eine Mitwirkung des Staates, da die öffentliche Gewalt durch die Autorität des Lehrers dafür sorgt, daß gebetet werden kann<sup>1008c</sup>.

Der Einsatz staatlicher Mittel, der den einzelnen wider seinen Willen zwingt, dem öffentlichen Gebet seiner Mitschüler beizuwohnen oder seine abweichende Überzeugung zu offenbaren, ist verfassungswidrig. Angesichts verschiedener weltanschaulicher Richtungen ist unter staatlicher Mitwirkung einzig möglich, die schulische Arbeit mit einigen Minuten des Schweigens zu beginnen. Der Staat muß jedenfalls diejenigen Eltern auf ihre eigene Initiative verweisen, die ein

<sup>1007e</sup> So auch v. Drygalski, S. 78, Anm. 11; Gallwas, in: Bay. VBl 1966, S. 123; E. Stein, in: RdJ 1967, S. 66—68; v. Zeszschwitz, in: JZ 1966, S. 338; und bereits die erste Auflage dieses Buches.

<sup>1008</sup> So auch: Obermayer, Rechtsgutachten, S. 10.

<sup>1008a</sup> Vgl. oben S. 187.

<sup>1008b</sup> So auch Stein, Kind und Schule, S. 68.

<sup>1008c</sup> So auch Obermayer, in: DOV 1967, S. 17.

tägliches Gebet ihrer Kinder wünschen, wenn ihm die eigene Tätigkeit im religiösen Bereich verwehrt ist, weil die Eltern auch nur eines Kindes die vom Staat abgehaltene religiöse Übung ablehnen.

Gegen dieses Ergebnis ist eingewandt worden<sup>1008d</sup>, die Einrichtung des Religionsunterrichts zeige, daß die bloße Möglichkeit, vom gemeinsamen Gebet fortzubleiben, ausreichenden Schutz im Sinne des Grundgesetzes biete. Da der Staat dafür Sorge tragen könne, daß die Ausübung der Religion auch im staatlichen Bereich möglich sei, habe das Grundgesetz die Kollision zwischen der Freiheit der Glaubensbekundung und der Bekenntnisverweigerung im Falle des Religionsunterrichtes nicht durch dessen Abschaffung, sondern durch die Gewährleistung seiner Freiwilligkeit gelöst.

Die Folgerung aus der Erteilung des Religionsunterrichtes auf die sonstige religiöse Praxis ist nicht schlüssig und zulässig. Die Befreiung vom Religionsunterricht hat in Artikel 7 Abs. II GG eine besondere Regelung erfahren, weil in Artikel 7 Abs. III GG unter Durchbrechung des Neutralitätsprinzipes ausnahmsweise für diesen Bereich eine intensive Verbindung von Staats- und Kirchentätigkeit vorgesehen ist<sup>1008e</sup>. Da dort der Verfassungsgeber eine Identifizierung des Staates mit religiösem Gedankengut vorgesehen hat, mußte der Schutz des einzelnen besonders betont werden. Die religiöse Übung unterfällt nicht der Regelung des Artikel 7 Abs. II GG, sondern derjenigen des Artikel 4 Abs. I<sup>1009</sup>. Aus der Ausnahmeregelung für den besonderen Fall des Religionsunterrichtes kann auf den Inhalt und Umfang des Artikel 4 GG nicht geschlossen werden, da andernfalls das zum Schutz des einzelnen errichtete Prinzip der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates und der durch Artikel 4 GG geschützte Bereich des einzelnen weitgehend beseitigt würden. Die tatsächliche Zwangssituation zur Offenbarung eines Bekenntnisses liegt zwar auch bei der Abmeldung vom Religionsunterricht vor. Es ist aber entschieden zu bestreiten, daß sich die durch das Bestehen des Religionsunterrichtes gegebene Zwangslage für den einzelnen im ganzen Schulbereich soll perpetuieren können<sup>1009a</sup>, obwohl das Grundgesetz diese Zwangslage nur für den Religionsunterricht in Kauf genommen hat<sup>1009b</sup>. Dem entsprechen die tatsächlichen Unterschiede in der praktischen Auswirkung, die zwischen dem täglichen Gebet und dem Religionsunterricht bestehen. Während die Nichtteilnahme am Religionsunterricht schon deshalb relativ unauffällig ist, weil wegen der Trennung nach Konfessionen häufig nicht alle Schüler teilnehmen, ist die Absonderung vom Gebet eine täglich neue, besonders markante Demonstration des abweichenden Glaubens und die Betonung der Andersartigkeit, die eine unzumutbare Diskriminierung wegen des Glaubens bedeutet<sup>1009c</sup>. Hat das Grundgesetz somit die Zwangslage, die sich aus dem Religionsunterricht ergibt, hingenommen und hinnehmen können, so kann dies für den übrigen Unterricht nicht gelten.

Der hessische Staatsgerichtshof verwendet große Mühe darauf, zu zeigen, daß die öffentlichen Schulen Hessens keine christlichen Gemeinschaftsschulen seien; das Schulgebet sei daher kein notwendiger Bestandteil des Schulunterrichts. Ob die Ausführungen des hessischen Staatsgerichtshofes zu dem Charakter der

<sup>1008d</sup> v. Campenhausen, Deuschle, Böckenförde, Hamel, Heckel, Hofmann, Toewes, vgl. oben Anm. 1004a.

<sup>1008e</sup> Vgl. oben S. 157.

<sup>1009</sup> Vgl. oben Anm. 1005.

<sup>1009a</sup> Hier zeigt sich erneut die Problematik des staatlichen Religionsunterrichts in ihrer praktischen Auswirkung; vgl. oben S. 151.

<sup>1009b</sup> Die übrigen von Hamel, a. a. O., S. 20, und Deuschle, S. 192, vorgebrachten Beispiele (öffentl. Prozessionen und Gottesdienste, der Soldat, der Patient im Krankenhaus, der Gefangene) enthalten, entweder überhaupt keine staatliche Beteiligung oder sind durch die besondere Situation des dem Staat total ausgeliefertseins gekennzeichnet, für die — wie auch im amerikanischen Recht, vgl. oben S. 24 f. — eine besondere Regelung vertretbar erscheint. Aus all diesem ergibt sich daher für die Problematik des schulischen Bereichs nichts.

<sup>1009c</sup> So auch: Reh, in: RdJ 1966, S. 75.



hessischen Schulen richtig sind, kann hier dahingestellt bleiben<sup>1009d</sup>. Für die christlichen Gemeinschaftsschulen kann nämlich wenigstens so lange keine andere Lösung des Problems gelten, als sie einzige Gemeinschaftsschule an einem Ort ist. Der Landesgesetzgeber kann das Grundrecht des Artikels 4 GG, auch in seiner Ausformung durch Artikel 136 Absatz III und IV WRV, nicht dadurch einschränken, daß er die öffentliche Schule als christliche Schule bezeichnet und ausgestaltet, wenn die angeführten Freiheitsrechte ihrer Bedeutung im schulischen Bereich nicht verlustig gehen sollen<sup>1010</sup>.

Zur Bekenntnisschule dagegen gehört wesensmäßig die religiöse Übung. Solange die Bekenntnisschule von den Eltern in echter Freiheit gewählt werden kann, taucht die Frage nicht auf, ob ein Kind an religiösen Übungen teilnehmen muß: Die Eltern, die ihr Kind in eine Bekenntnisschule schicken, haben ihr Einverständnis zu der gesamtheitlichen konfessionellen Erziehung einschließlich der Teilnahme an den religiösen Übungen gegeben. Erst wenn die Wahl der Schulart den Eltern praktisch verweigert wird, weil keine Gemeinschaftsschule dargeboten wird, taucht auch hier die Problematik auf, ob das Recht des einzelnen, zur Offenbarung seines Glaubens oder Nichtglaubens und zur Teilnahme an religiösen Übungen nicht gezwungen werden zu können, dem schulorganisatorischen Akt der Ausgestaltung der Schule zur Bekenntnisschule weichen muß oder nicht. Da auch hier ein Einverständnis der Eltern nicht vorliegt, kann auch im Rahmen einer Bekenntnisschule das Problem nicht anders gelöst werden als in der Gemeinschaftsschule. Selbst eine Mehrheit, die die Bekenntnisschule mit dem täglichen Gebet bejaht, kann einen einzelnen nicht zwingen, daran teilzunehmen oder seinen Nichtglauben täglich zu offenbaren. Die Bekenntnisschule degeneriert dann zwar in gewissem Umfang — wenigstens in der Klasse, in der ein Kind ist, dessen Eltern sich gegen die Abhaltung religiöser Übungen wenden — zu einer Gemeinschaftsschule. Das aber ist die notwendige Konsequenz des Umstandes, daß der Staat seine Bürger faktisch zum Besuch einer Bekenntnisschule zwingt.

## 9. Abschnitt: Das private Schulwesen

### 1. Die Privatschulfreiheit als Ausfluß des Elternrechts und der Religions- und Gewissensfreiheit

Den Gegensatz zu der bisher behandelten öffentlichen Schule bildet die private Schule. Eine private Schule läßt sich daher zunächst negativ dadurch kennzeichnen, daß sie keine öffentliche Schule ist, d. h. daß sie weder nach Landesrecht als öffentliche Schule anzusehen ist, wie die Schulen der Gemeinden, Kreise und kommunalen Zweckverbände, noch daß der Staat Träger der Schule ist, sondern daß sie errichtet und unterhalten wird von Einzelpersonen, Personenvereinigungen oder Stiftungen des bürgerlichen Rechts und von Kirchen, Ordensgemeinschaften oder Religionsgemeinschaften, auch wenn sie Körperschaften des öffentlichen Rechts sind<sup>1011</sup>.

<sup>1009d</sup> Vgl. Böckenförde, in: DVV 1966, S. 35—37, der zutreffend darauf hinweist, daß der StGH Hessen, Art. 156 Abs. 1 der hessischen Verfassung übersehen hat, wo es heißt: „Bis zum Erlaß des in Art. 56 Abs. 7 vorgesehenen Gesetzes bleibt es im Schulwesen bei dem derzeitigen tatsächlichen Zustand.“ Dieses Gesetz ist bis heute nicht erlassen. Nach Zinn-Stein, Art. 56, Anm. 8, S. 282, bestanden in Hessen christliche Gemeinschaftsschulen. v. Zezschwitz, in: JZ 1966, S. 341, folgert aus dem Grundsatz staatlicher Neutralität, der im Grundgesetz vorgesehen sei und daher der Verf. Hessen vorgehe, daß die bestehende Schule jedenfalls keine christliche Gemeinschaftsschule sei. Vgl. oben Anm. 415.

<sup>1010</sup> So auch der Hessische Landesanwalt, der sich dem Verfahren vor dem Hessischen Staatsgerichtshofgeschlossen hatte; insoweit in der NJW nicht mit abgedruckt; und H. Heckel, in: RdJ, S. 325.

<sup>1011</sup> Die Verfassungen und PSchGe der Länder beschränken sich auf diese negative Begriffsbestimmung; vgl. v. Campenhausen, S. 57; Heckel, PSchR, S. 44; Peters, Elternrecht, S. 248; Wernicke, BK, Art. 7, Anm. II, 4a; Hamann, Art. 7, Anm. B 10; § 1 der „Vereinbarung der Unterrichtsverwaltungen der Länder in der Bundesrepublik über das Privatschulwesen“ vom 10./11. 8. 1951 (LV) — abgedruckt bei Heckel, PSchR, S. 85 ff. — Die LV stellt eine offizielle Kommentierung der privatschulrechtlichen Bestimmungen des Art. 7 GG dar

Die Errichtung derartiger Schulen wird im Grundgesetz in Artikel 7 Absatz IV GG ausdrücklich gewährleistet. Damit hat sich das Grundgesetz in der Frage, ob für die Schulerziehung der Jugend nur durch öffentliche oder auch durch private Initiative zu sorgen ist, eindeutig dafür entschieden, daß die schulische Erziehung der Kinder auch der privaten Initiative der Erziehungsberechtigten und sonstigen Interessenten überlassen bleiben muß, daß der Staat die Kinder nicht lediglich in seinen eigenen Erziehungsanstalten ausbilden lassen kann. Das Grundgesetz stellt sich hier in bewußten Gegensatz zu der Praxis des Dritten Reiches, das das in der Weimarer Republik unter dem Schutz des Artikels 147 WRV und der Ländergesetze aufblühende Privatschulwesen bis zum Ende des Krieges weitgehend zerschlagen hatte<sup>1012</sup>. Mit der Garantie der Privatschulfreiheit in Artikel 7 Absatz IV und V GG bekennt sich das Grundgesetz zur Freiheit im Schulbereich, um den Eltern die Möglichkeit zu geben, eine Wahl zwischen der vom Staat zur Verfügung gestellten und von ihm auch in den inneren Schulangelegenheiten bestimmten öffentlichen Schule einerseits und Erziehungseinrichtungen andererseits zu geben, die spezielle erzieherische Vorstellungen der Eltern verwirklichen. Die Privatschulfreiheit vermag den erzieherischen Wünschen der Eltern in weit stärkerem Maße entgegenzukommen als die öffentliche Schule, die notwendigerweise auf die Vorstellung aller Eltern Rücksicht nehmen und daher einen Mittelweg gehen muß. Sowohl in rein pädagogischer wie auch in weltanschaulicher Hinsicht vermag die Privatschule Aufgaben zu erfüllen, die der öffentlichen Schule vorenthalten sein müssen, die einzelnen Eltern aber besonders angelegen sein können. Die Existenz der Privatschule hilft den Eltern ihre Vorstellung zu realisieren, wenn sie aus religiösen oder weltanschaulichen, pädagogischen oder sonstigen Gründen mit der öffentlichen Schule nicht einverstanden sein sollten. So wurde die Privatschulfreiheit zunächst in Anschluß an das Elternrecht im Grundgesetz aufgenommen und erhielt erst auf Vorschlag des Fünferausschusses in der 3. Lesung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates ihre heutige Stellung. Die Gewährleistung des Rechts zur Errichtung von Privatschulen steht daher in sachlichem und historischem Zusammenhang mit dem Elternrecht<sup>1013</sup>. In der Privatschulfreiheit verwirklicht sich daher ein weiteres Moment der elterlichen Erziehungsfreiheit und -verantwortung, und in ihrer Realisierbarkeit ist ein Prüfstein dafür zu sehen, wie es mit der Freiheit der Eltern, vom Staate gesehen, beschaffen ist<sup>1014</sup>.

Soweit die religiösen und weltanschaulichen Gesichtspunkte der Erziehung betroffen sind, ist die Privatschulfreiheit geeignet, die Wertvorstellungen der Eltern, die nicht von allen Bürgern gebilligt und unterstützt werden und daher in der öffentlichen Schule den Eltern nicht aufgezungen werden können, zur vollen Geltung zu bringen und damit dem gewissenmäßigen Anliegen der Eltern entgegenzukommen. Je mehr der Staat sich als Staat aller Rechtsbürger verwirklicht und auch im Schulwesen von dem religiösen und weltanschaulichen Moment der Erziehung absieht, desto mehr fordert die freiheitliche Ordnung des Staates, den Eltern die Möglichkeit der Errichtung und Benutzung von Privatschulen, die ihrer religiös-weltanschaulichen Haltung entsprechen, zu geben. Insofern ist die Gewährleistung der Privatschulfreiheit nicht nur Aus-

---

(v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. I, 1, S. 291; Peters, Elternrecht, S. 429; Heckel, PSchR, S. 74), die die gegenseitige Verpflichtung der Länder enthält, nach den vereinbarten Grundsätzen zu verfahren, obwohl sie weder ein förmlicher Staatsvertrag ist, noch unmittelbar rechtliche Wirkung hat (Heckel, PSchR, S. 74). Da sie aber praktische Bedeutung für die Begründung einer gesamtdeutschen Verwaltungshandhabung und Rechtsauffassung und für das Verständnis des Art. 7 Abs. IV und V GG hat, kann sie auch hier zur Erläuterung herangezogen werden. — Vgl. zur Privatschule neuestens Plümer, Privatschulverhältnisse.

<sup>1012</sup> Heckel, PSchR, S. 13.

<sup>1013</sup> Heckel, PSchR, S. 210.

<sup>1014</sup> Maunz, Staat und Schule, S. 5.

fluß und Spezialisierung des Elternrechts, sondern auch Emanation und Verwirklichung der Religions- und Gewissensfreiheit, wie sie in Artikel 4 Absatz I GG enthalten ist, auf dem speziellen Gebiet des Schulrechts<sup>1015</sup>.

Diese religiös-weltanschauliche Bedeutung der Privatschulfreiheit ist es auch, die sich in der tatsächlichen Realisierung am deutlichsten ausgewirkt hat. Zwar läßt sich nicht wie im amerikanischen Schulwesen statistisch belegen, daß ca. 14 Prozent aller Schüler auf konfessionellen Schulen erzogen werden, doch lassen die wenigen Schulstatistiken, die die Länder über die Trägerschaft privater Schulen veröffentlicht haben, erkennen, daß vor allem Kirchen, religiöse Orden und Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften von dem Recht der Privatschulfreiheit Gebrauch gemacht haben. Die praktisch größte Rolle spielt das Privatschulwesen in den Mittelschulen und Gymnasien (höheren Schulen)<sup>1016</sup>, unter denen sich zahlreiche Ordensschulen befinden. So gab es in Bayern im Schuljahr 1962/63 304 höhere Schulen, von denen 61 klösterliche, 4 evangelisch-kirchliche und 25 sonstige private Schulen waren. Diese Zahlen sind mit geringfügigen Abweichungen seit Jahren gleich geblieben<sup>1017</sup>. In Hamburg<sup>1018</sup> besuchten am 15. Mai 1963 ca. 10 Prozent aller Oberschüler private Gymnasien, von denen zwei katholisch, eines evangelisch („Wichern-Schule“ — „Rauhes Haus“), eine Rudolf-Steiner-Schule und drei Gemeinschaftsschulen sind. Ca. 40 Prozent der Privatschüler besuchten die katholischen, ca. 10 Prozent die evangelische und ca. 21 Prozent besuchten die Rudolf-Steiner-Schule. Ebenso lagen die Verhältnisse bei den Mittelschulen in Hamburg. 6,5 Prozent aller Mittelschüler besuchen eine private Mittelschule, von denen ca. 40 Prozent die katholische und ca. 14 Prozent die evangelische Mittelschule benutzen. Noch deutlicher wird die konfessionelle Bedeutung der privaten Schule im Volksschulwesen in Hamburg. 4,5 Prozent aller Volksschüler besuchten am 15. Mai 1963 private Schulen. Davon besuchten 85 Prozent katholische Schulen, die mit 17 von 20 Schulen den Hauptanteil stellen, 5 Prozent evangelische Schulen und ca. 8 Prozent die Rudolf-Steiner-Schule.

Die überwiegende Zahl der Privatschulen sind Einrichtungen kirchlicher Rechtsträger. Zutreffend bezeichnet Weber<sup>1019</sup> daher die Privatschulfreiheit als in Wahrheit ein kirchliches Privileg, das zur Schaffung eines kirchlichen Privatschulwesens auf breiterer Grundlage geführt hat und führen wird als früher. Es besteht somit eine enge Beziehung zwischen Religions- und Gewissensfreiheit, kirchlicher Tätigkeit und Privatschulfreiheit.

## 2. Der Umfang der Gewährleistung der Privatschule

Artikel 7 Absatz IV Satz 1 GG gewährleistet allgemein die Errichtung von Privatschulen, womit im Gegensatz zu Artikel 147 Absatz I WRV nicht nur die in den folgenden Sätzen des Absatzes IV und dem Absatz V behandelte sogenannte „Ersatzschule“, sondern auch die sogenannte „Ergänzungsschule“ gemeint ist. Durch diesen Satz, der ebenso wie sämtliche Vorschriften der Absätze IV und V des Artikels 7 GG unmittelbar geltendes Recht darstellt, wird dem einzelnen ein subjektiv-öffentliches Recht, das Grundrecht der sogenannten Privatschulfreiheit auf Errichtung und Unterhaltung von privaten

<sup>1015</sup> So auch Peters, Elternrecht, S. 432; Maurer, S. 103.

<sup>1016</sup> Vgl. die statistische Aufstellung bei Heckel, PSchR, S. 18 f., und Peters, Elternrecht, S. 433; die dortigen Zahlen stammen aus dem Bericht des Statistischen Bundesamtes vom 31. August 1953, sind aber noch brauchbar. Danach sind 21 % aller Mittel- und Höheren Schulen Privatschulen, während nur 0,3 % aller Volksschüler in private Volksschulen gehen; heute sind dies 0,4 % (Heckel-Seipp, S. 66).

<sup>1017</sup> Schulstatistik Bayern, Übersicht 6 — Höhere Schulen.

<sup>1018</sup> Unveröffentlichte Schulstatistik.

<sup>1019</sup> Weber, in: VVDStrL, Bd. 11, S. 162.

Schulen gewährleistet<sup>1020</sup>. Dieses Recht steht jedermann zu und ist daher, obwohl Ausfluß des Elternrechts und der Religions- und Gewissensfreiheit, nicht auf Eltern beschränkt. Doch auch insoweit, als nicht gerade Erziehungsberechtigte eine Privatschule errichten und unterhalten, steht die Privatschulfreiheit in engster Verbindung mit dem Elternrecht, als es den Eltern das subjektive Recht gegenüber dem Staat gewährt, ihre Kinder statt in eine öffentliche in eine private Schule zur Erfüllung der Schulpflicht schicken zu können. Der Besuch einer bestehenden Privatschule ist ebenso garantiert wie deren Errichtung und Unterhaltung.

Wenn Artikel 7 GG die Errichtung von Privatschulen gewährleistet, so ist damit zugleich die Privatschule in ihrem Bestand geschützt. Der Staat muß nicht nur zulassen, daß die Schule errichtet wird, sondern auch, daß sie, solange sie den gesetzlichen Erfordernissen entspricht, ungestört arbeiten und wirken kann. Artikel 7 Absatz IV und V GG enthält daher zugleich eine Bestandsgarantie der Privatschule<sup>1021</sup>.

Errichtung und Bestand einer Privatschule sind allerdings für die verschiedenen Schulen an verschiedene Voraussetzungen geknüpft, wobei eine Untersuchung der Voraussetzungen mit Artikel 7 Absatz IV GG beginnen muß, da die im Artikel 7 Absatz V GG geregelte private Volksschule auch die Voraussetzungen des Artikels 7 Absatz IV GG erfüllen muß, um in den Genuß der in Artikel 7 gewährleisteten Rechte zu kommen.

Zu unterscheiden ist zunächst die sogenannte Ersatzschule von der sogenannten Ergänzungsschule, da das Grundgesetz nur die Rechtsstellung der Ersatzschule in Einzelheiten regelt. Private Schulen sind Ersatzschulen („Ersatz für öffentliche Schulen“), wenn in dem Bundesland, in dem sie sich befinden, entsprechende öffentliche Schulen zugelassen oder grundsätzlich vorgesehen sind, wobei es genügt, daß eine entsprechende Schule in allgemeiner Form im heutigen Bestand des öffentlichen Schulwesens des einzelnen Landes mitgedacht werden kann<sup>1022</sup>.

Privatschulen sind dagegen Ergänzungsschulen, wenn sie nicht als Ersatz für öffentliche Schulen gelten, obwohl sie nach Aufgabe und Organisation doch noch als Schule anzusehen sind. Die Ergänzungsschulen stehen daher außerhalb des Aufbaues des öffentlichen Schulsystems und bringen zusätzliche Formen und Erziehungsziele. Derartige Schulen sind als allgemeinbildende Schulen nur in Ausnahmefällen denkbar, da der Kreis der allgemeinbildenden Schulen nahezu geschlossen ist<sup>1023</sup>.

### a) Errichtungsbedingungen für Ergänzungsschulen

Das Grundgesetz enthält außer der Garantie des Artikels 7 Absatz IV Satz 1 GG keine Vorschrift, die sich ausdrücklich mit Ergänzungsschulen befaßt. Entfallen ist vor allem die Vorschrift des Artikels 147 Absatz IV WRV, die für Ergänzungsschulen bestimmte, daß es bei dem geltenden Recht bleiben sollte. In Hinblick auf die Sonderregelung für Ersatzschulen in Artikel 7 Absatz IV Satz 2 GG, die eine Genehmigung ausdrücklich vorschreibt, sowie mit Rücksicht darauf, daß eine Artikel 147 Absatz IV WRV entsprechende Regelung ins Grundgesetz nicht aufgenommen worden ist, schließt ein Teil der Lehre<sup>1024</sup>

<sup>1020</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. VI, 2, S. 291.

<sup>1021</sup> Maunz, Staat und Schule, S. 6; Hamann, Art. 7, Anm. B 11; Heckel, PSchR, S. 229.

<sup>1022</sup> Heckel, PSchR, S. 225 und 267—272; § 3 Satz 1 LV; v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. VI, 4, S. 293.

<sup>1023</sup> Heckel, PSchR, a. a. O.; v. Mangoldt-Klein, a. a. O.

<sup>1024</sup> Geiger, Staat und Schule, S. 18 f.; Wernicke, BK, Art. 7, Anm. II, 4a; Heckel, in: DVBl 1951, S. 497; Heckel, PSchR, S. 299 ff.; Grewe, in: DOV 1950, S. 33; v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. VI, 7, S. 295.

aus der allgemeinen Tendenz des Grundgesetzes, das in Artikel 7 Absatz IV Satz 1 GG die Privatschulfreiheit ausdrücklich garantiert hat und damit über die Regelung der Weimarer Reichsverfassung hinausgegangen ist<sup>1025</sup>, daß der Staat lediglich eine Anzeigepflicht über die Eröffnung privater Ergänzungsschulen, nicht aber ein Genehmigungsverfahren einführen dürfe<sup>1026</sup>. Die überwiegende Meinung in der Lehre und die Praxis einiger Länder halten demgegenüber an dem Genehmigungserfordernis für private Ergänzungsschulen fest<sup>1027</sup>. Diese Streitfrage braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht entschieden zu werden, da Ergänzungsschulen, die in religiös-weltanschaulicher Hinsicht Besonderheiten aufweisen, nicht bestehen.

### b) Errichtungsbestimmungen für alle Ersatzschulen

Die Errichtung privater Ersatzschulen setzt eine staatliche Genehmigung voraus, die zwingend vorgeschrieben ist (Art. 7 Abs. IV Satz 2 GG). Diese Genehmigung muß erteilt werden, d. h. es besteht ein subjektiv-öffentliches Recht auf deren Erteilung, wenn die Voraussetzungen des Absatzes IV Satz 3 erfüllt sind und Satz 4 des Artikels 7 GG dem nicht entgegensteht<sup>1028</sup>. Ein Rechtsanspruch auf Genehmigung besteht danach dann, wenn die Ersatzschule in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter der öffentlichen Schule zurücksteht, wie bereits der gleichlautende Artikel 147 Absatz I Satz 2 WRV bestimmte. Verlangt wird also eine gewisse Gleichwertigkeit, die aber keinesfalls eine Gleichartigkeit zu sein braucht, da es gerade zur Privatschulfreiheit gehört, daß der innere und äußere Schulbetrieb nach eigenen pädagogischen, religiösen oder weltanschaulichen Leitbildern frei gestaltet werden kann, solange Niveau und Qualität hinter dem der vergleichbaren öffentlichen Schulen nicht zurückbleiben. Daraus ergibt sich, daß den privaten Schulen keine detaillierten Anweisungen über die Gestaltung des Lehrplanes, der Lehrbücher, des Stundenplanes, der Stoffverteilung, der Ferienordnung usw. erteilt werden dürfen<sup>1029</sup>.

Ebenso kann nicht verlangt werden, daß private Höhere Schulen nur Schüler aufnehmen, die auch zur öffentlichen Höheren Schule zugelassen wären, soweit sie es erzieherisch verantworten können. Die Grenze der Freiheit der Schülerwahl liegt lediglich da, wo die Schüleraufnahme wahllos erfolgt und damit die Gleichwertigkeit gefährdet oder beseitigt wird<sup>1030</sup>. Auch soweit die Gleichwertigkeit der wissenschaftlichen Ausbildung der Lehrkräfte betroffen ist, ist davon auszugehen, daß die Privatschule das Recht der freien Lehrerwahl hat, so daß nicht stets verlangt werden kann, daß nur staatlich geprüfte Lehrer angestellt werden<sup>1031</sup>. Weiter setzt Artikel 7 Absatz IV GG voraus, daß eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird, um die allgemeine Zugänglichkeit zu erleichtern und zu verhindern, daß der Besuch der Privatschule einem wirtschaftlich bevorzugten Kreis vorbehalten bleibt. Der Begriff der „Allgemeinzugänglichkeit“, der sich insofern eingebür-

<sup>1025</sup> BVerfG 6, 355.

<sup>1026</sup> Diese Auffassung ist verwirklicht in: § 9 BadPSchG; § 9 Abs. II und III BIPSchG; § 5 HbgPSchG; § 12 Abs. II HessPSchG; § 45 Abs. I NRWPSchG.

<sup>1027</sup> So auch Stein, in: NJW 1950, S. 660; Peters, Elternrecht, S. 431 und 439 f.; Süsterhenn-Schäfer, Art. 30, 2a, S. 159; Nawiasky-Lechner, Art. 134, S. 132; Maunz, Staat und Schule, S. 7. Mit anderer, anfechtbarer Begründung auch v. Mangoldt, Kommentar, Art. 7, Anm. 5, S. 77: er nimmt einen Redaktionsfehler an. Ebenso § 4 Abs. I LV: „mindestens anzeigepflichtig“ Art. 134 Abs. I Satz 2 Verf. Bayern; Art. 29 Verf. Bremen; nach § 12 Abs. III HessPSchG kann die Landesregierung durch Verordnung eine Genehmigungspflicht einführen.

<sup>1028</sup> Allg. Ansicht, vgl. v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. VI, 5, S. 294; v. Campenhausen, S. 61; BVerwG, BayVBl 1964, S. 185. Die abweichende, vereinzelte Ansicht von Stein, in: NJW 1950, S. 660, ist angesichts des klaren Wortlauts des Abs. IV Satz 3 des Art. 7 GG nicht haltbar.

<sup>1029</sup> Grewe, in: DOV 1950, S. 35; Plümer, S. 64, 69 f.

<sup>1030</sup> Heckel, PSchR, S. 279 ff.; Heckel-Seipp, S. 136; weitergehend v. Campenhausen, S. 70 f., der die landesgesetzlich vorgeschriebene Beachtung staatlicher Vorschriften über die Aufnahme, Versetzung und Prüfung der Schüler für zulässig hält; zgl.: auch Plümer, S. 82.

<sup>1031</sup> Heckel, PSchR, S. 233 und S. 242.

gert hat<sup>1032</sup>, ist unklar, da der Schule kein Schüler gegen ihren Willen aufge-  
drängt werden kann und es sich unstreitig lediglich um die Verhinderung der  
„Standesschule“ handelt.

Im Gegensatz zu Absatz IV Satz 3 des Artikels 7 GG, der lediglich Normativ-  
bestimmungen festsetzt, die positive Genehmigungsvoraussetzungen der Art  
enthält, daß bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen die Genehmigung zur Errich-  
tung von Privatschulen verlangt werden kann, keinesfalls aber obligatorische  
Mindestvoraussetzungen enthält, ist in Artikel 7 Absatz IV Satz 4 GG eine  
negativ formulierte Mindestvoraussetzung aufgestellt<sup>1033</sup>. Während Satz 3 somit  
die Voraussetzungen eines Grundrechts näher bestimmt, es den Ländern aber  
im übrigen überläßt, ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen auch  
solche Schulen genehmigt werden sollen, die nicht die Voraussetzungen des  
Satzes 3 erfüllen, enthält Satz 4 die unbedingte Anweisung an die Schulver-  
waltung, eine private Ersatzschule nicht zuzulassen, wenn die wirtschaftliche  
und rechtliche Stellung der Lehrkräfte nicht genügend gesichert ist. Von dem  
Versagungsgrund des Artikels 7 Absatz IV Satz 1 GG kann die Landesgesetz-  
gebung und -verwaltung nicht befreit werden; die wirtschaftliche und rechtliche  
Sicherung der Lehrer ist *conditio sine qua non* der Genehmigung. Ob diese  
Sicherung erreicht ist und welche Anforderungen daran zu stellen sind, ist  
allerdings dem Landesrecht überlassen, da sich generell keine Maßstäbe auf-  
stellen lassen, wann dies erfüllt ist<sup>1034</sup>.

### c) Die zusätzlichen Voraussetzungen für die Errichtung privater Volksschulen

Die Volksschule ist stets Ersatzschule, wenn sie private Schule ist. Daher  
gelten für sie zunächst die Vorschriften des Absatzes IV des Artikels 7 GG,  
wie sie im Vorgehenden dargestellt wurden. Da die Volksschule die allge-  
meine Pflichtschule ist, hat das Grundgesetz weitere Erfordernisse neben den  
unter b) erwähnten aufgestellt, die dem Zusammenhang zwischen Elternrecht,  
Religions- und Gewissensfreiheit und Schulerziehung Rechnung tragen sollen  
und erschöpfend aufgezählte Genehmigungsvoraussetzungen darstellen<sup>1035</sup>. Ist  
eine der in Absatz V alternativ formulierten Zulassungsvoraussetzung erfüllt,  
so besteht ein Anspruch auf Genehmigung einer privaten Volksschule, soweit  
die Voraussetzungen des Absatzes IV ebenfalls erfüllt sind.

Die Entscheidung der Frage, ob ein pädagogisches Interesse vorliegt, liegt im  
Ermessen der Schulverwaltung<sup>1036</sup>.

Die zweite Alternative setzt voraus, daß eine Gemeinschaftsschule, eine  
Bekenntnisschule oder eine Weltanschauungsschule in der Gemeinde nicht  
besteht und daß die Erziehungsberechtigten einen Antrag auf Zulassung einer  
entsprechenden Schule gestellt haben. Eine Bekenntnisschule betrifft ein jewei-  
liges Bekenntnis, so daß derartige Schulen auch zuzulassen sind, wenn eine  
Bekenntnisschule eines anderen Bekenntnisses oder einer anderen Welt-  
anschauung besteht, wie auch dann, wenn bereits eine Bekenntnisschule des ent-  
sprechenden Bekenntnisses oder der entsprechenden Weltanschauung als Privat-  
schule besteht, da es kein Ausschließlichkeitsrecht einer bestehenden Privat-  
schule gegen die Neubildung weiterer Privatschulen gibt<sup>1037</sup>. Eine Neuerung

<sup>1032</sup> Vgl. v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. VI, 5, S. 294; Grewe, in: *DDV* 1950, S. 34; Heckel, *PSchR*, S. 283 ff.

<sup>1033</sup> Wernicke, *BK*, Art. 7, Anm. II, 4c und d.

<sup>1034</sup> Peters, *Elternrecht*, S. 436; Heckel, *PSchR*, S. 286, hat eine Reihe von Faktoren aufgestellt, die diese Sicherung  
gewährleisten soll.

<sup>1035</sup> Grewe, in: *DDV* 1950, S. 35; v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. VII, 1, S. 297.

<sup>1036</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. VII, 1, S. 297; Heckel, *PSchR*, S. 291; a. A. Plümer, S. 74–76 (beachtlich).

<sup>1037</sup> Maunz, *Schule und Staat*, S. 6 f.; Peters, *Elternrecht*, S. 439.

gegenüber Artikel 147 Absatz II WRV, dem Artikel 7 Absatz V GG im übrigen folgt, ist die Gewährleistung der privaten Gemeinschaftsschule. Zu Unrecht nimmt allerdings Klein<sup>1038</sup> an, daß es sich insofern nur um christliche Gemeinschaftsschulen handelt, da nicht einzusehen ist, daß es den Erziehungsberechtigten nicht gestattet sein sollte, ihre Kinder in eine Schule schicken zu können, die — weil sie bekenntnisfrei ist — keinen Religionsunterricht zu erteilen braucht, während dies für die öffentliche Schule auf Grund der Vorschrift des Artikels 7 Absatz II GG vorgeschrieben ist<sup>1039</sup>.

Wichtigster und schwierigster Streitpunkt ist allerdings die Frage, ob Privatschulen nur unter diesen in Artikel 7 Absatz V GG geregelten Voraussetzungen errichtet werden dürfen, mit der Folge, daß in einzelnen Ländern bestehende Regelungen, die für die private Volksschule leichtere Zulassungsbedingungen aufstellen, unwirksam sind (Art. 31 GG), oder ob Artikel 7 Absatz V GG lediglich die Frage regelt, wann ein subjektives Recht auf Errichtung von privaten Volksschulen besteht mit der Folge, daß die Regelung der einzelnen Länder den Berechtigten ein Recht auf Errichtung oder auch nur die Ermöglichung der Errichtung unter leichteren Bedingungen gewähren kann. Streitig ist daher die Frage, ob Artikel 7 Absatz V GG als positive Genehmigungsvoraussetzung ähnlich Absatz IV Satz 3 oder als obligatorische Mindestvoraussetzung ähnlich Absatz IV Satz 4 anzusehen ist.

Unter der Herrschaft der Weimarer Reichsverfassung war es einhellige Meinung aller, daß der Gedanke der Zusammenfassung der Kinder aller Volksschichten einerseits, das Streben nach Sicherung der simultanen Volksschule und nach Beschränkung von Sonderschulen konfessioneller oder weltanschaulicher Prägung andererseits zu einer Beschränkung des privaten Volksschulwesens führen sollte, so daß nur unter den — dem Artikel 7 Absatz V GG entsprechenden — Voraussetzungen des Artikels 147 Absatz I WRV eine private Volksschule errichtet werden durfte<sup>1040</sup>. Diese Ansicht, die in den Bestimmungen über die private Volksschule eine obligatorische Mindestvoraussetzung sah, wurde nach dem Krieg von der Lehre zunächst einhellig übernommen<sup>1041</sup>. Gegen diese Auslegung hat sich erstmals Geiger gewandt<sup>1042</sup>. Danach knüpfte die Formulierung „ist nur zuzulassen“ an den vorausgehenden Absatz IV an, der in Satz 2 den Anspruch auf Genehmigung einer Privatschule normiere. Absatz V enthalte daher kein Verbot der privaten Volksschule mit einigen Ausnahmen, sondern sei eine positive Verwirklichung des Elternrechts auf einem bestimmten Gebiet. Auch Absatz V normiere lediglich ein Mindestmaß verbürgter Rechte, so daß die landesrechtliche Regelung den Eltern auch hinsichtlich der Errichtung privater Volksschulen weitergehende Rechte gewähren könne, wie im Falle des Artikels 7 Absatz IV Satz 3 GG<sup>1043</sup>. Nach Geigers Ansicht ist daher zu lesen: „eine Volksschule muß zugelassen werden, wenn ...“, nicht aber — wie die

<sup>1038</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. VII, 3, S. 298.

<sup>1039</sup> So auch Heckel, PSchR, S. 291; Hamann, Art. 7, Anm. B 17; ein illustratives Beispiel für die Notwendigkeit der Garantie auch dieser Art der Privatschule enthält die Entscheidung des Supreme Court der USA in *Everson v. Board of Education* 330 U.S. 1; der Supreme Court verbot den öffentlichen Religionsunterricht nicht zuletzt deswegen, weil das Kind des Klägers von seinen Klassenkameraden geneckt oder „geschnitten“ wurde, weil es am Religionsunterricht nicht teilnahm. Da das Verbot des Religionsunterrichtes angesichts der Vorschrift des Art. 7 Abs. III GG im deutschen Recht ausgeschlossen ist, muß wenigstens die Garantie der Privatschulfreiheit auch insofern bestehen, um der Religionsfreiheit Genüge zu tun. Art. 7 Abs. V GG verwirklicht auch hier ein weiteres Stück Freiheit.

<sup>1040</sup> Landé, S. 157; Anshütz, WRV, Art. 147, Anm. 3, S. 684.

<sup>1041</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. VII, 1, S. 297; Wernicke, BK, Art. 7, Anm. II, 5; Heckel, PSchR, S. 290; Grewe, in: *DOV* 1950, S. 35; Maunz, Staat und Schule, S. 9; § 16 LV; dem entspricht § 6 BadSchG; § 43 NRWSchG; § 2 Hbg. PSchG.

<sup>1042</sup> Geiger, in: *Bay.VBl.* 1959, S. 101 ff., ebenso in: *Staat und Schule*, S. 20—22, ihm folgend Maurer, S. 108 f.

<sup>1043</sup> So wird z. B. nach Art. 134 Abs. III Verf. Bayern die Errichtung privater Volksschulen generell unter „besonderen Voraussetzungen“ zugelassen; ebenso § 17 Bay. SchOG. Daher könnte nach bayrischem Recht eine private Volksschule genehmigt werden, obwohl eine gleichartige Schule in der Gemeinde besteht, wenn z. B. unzumutbare Schulwege mit dem Besuch der entsprechenden Schule verbunden sind. Geiger, a. a. O. Weitere Beispiele bei Geiger, a. a. O., die die praktische Bedeutung zeigen.

herrschende Lehre es tut —: „eine Volksschule darf überhaupt nur zugelassen werden, wenn ...“. Die Charakterisierung des Artikels 7 Absatz V GG als positive Genehmigungsvoraussetzung kann also im Einzelfall zu einer Erweiterung der elterlichen Erziehungsrechte führen.

Geiger ist zuzugeben, daß die Formulierung „ist nur zuzulassen“ sprachlich beide Auslegungen zuläßt. Aus der Tatsache, daß Absatz V an Absatz IV Satz 2 anknüpft, läßt sich allerdings nicht auf den Rechtscharakter des Absatzes V schließen, da ja auch der Satz 4 des Absatzes IV an den Satz 2 anknüpft. Wortlaut und Stellung sind daher unergiebig. Zu bedenken ist aber, daß diese Formulierung in bewußter Anlehnung an Artikel 147 Absatz II WRV gewählt wurde. Auch den Schöpfern des Grundgesetzes schwebte daher der Gedanke vor, die Kinder aller Volksschichten wenigstens in der Volksschule möglichst zusammenzufassen, um wenigstens ein Minimum an gemeinsamer Erziehung zu verwirklichen. Dieses Minimum ist lediglich zugunsten der besonderen in Absatz V normierten pädagogischen und vor allem religiös-weltanschaulichen Gesichtspunkte durchbrochen. Dieser Gedanke enthält das Zugeständnis an die Forderung nach der Einheitsschule, die bereits im 19. Jahrhundert auftauchte und auch bei Schaffung des Grundgesetzes noch lebendig war. Dieser Grundsatz vermeidet, daß das Volksschulwesen weitgehend in private Hände übergeht. Der Staat will sich wenigstens insoweit den Einfluß auf die Erziehung nicht nehmen lassen, um für alle eine gleichmäßige Minimalerziehung zu sichern. Durch diese Regelung soll gerade verhindert werden, daß einzelne Länder von diesem Vorrang der öffentlichen Volksschule abweichen, so daß bundeseinheitlich die Zulassung privater Volksschulen geregelt werden mußte. Die Beispiele Geigers mögen zwar der Art sein, daß sie Geigers Auslegung sinnvoll und verständlich erscheinen lassen. Das Grundgesetz will aber gerade verhindern, daß die private Volksschule die öffentliche Volksschule verdrängen kann, wie es z. B. der Fall sein könnte, wenn ein Land die Zulassung von Privatschulen lediglich an die Vorschrift des Absatzes IV Satz 4 bindet.

Aus dem Sinn des Absatzes V muß daher gefolgert werden, daß Absatz V des Artikels 7 GG eine obligatorische Mindestvoraussetzung normiert, die das in Artikel 7 Absatz IV Satz 1 GG gewährte Recht der Privatschulfreiheit einschränkt<sup>1044</sup> und zugleich unter seinen Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf Gewährung der Genehmigung enthält.

### 3. Die Stellung der Privatschule im Schulsystem

Aus den dargelegten Voraussetzungen der Errichtung von Privatschulen und dem Umfang ihrer Gewährleistung ergibt sich zunächst die Möglichkeit, die private Schule auch positiv von der öffentlichen Schule abzugrenzen, also über die rein negative, überkommene Abgrenzung hinausgehende, positive Merkmale festzustellen, die die Privatschule von der öffentlichen Schule unterscheidet. Unter Zustimmung der Lehre hat Heckel<sup>1045</sup> die Privatschule zutreffend dahingehend bestimmt, daß die Privatschule eine Freie Schule ist, „d. h. eine Schule, die in ideeller (weltanschaulicher oder pädagogischer) oder materieller (wirtschaftlicher) Selbstverantwortung von jedermann errichtet und unterhalten und die als Schule frei gewählt werden kann“. Die selbstverantwortliche Bestim-

<sup>1044</sup> So die herrschende Lehre, vgl. oben Anm. 1041; und außerdem Peters, Elternrecht, S. 437; Hamann, Art. 7, Anm. B 15.

<sup>1045</sup> Heckel, PSchR, S. 209; vgl. Peters, Elternrecht, S. 419; v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. VI, 3, S. 292; Süsterhenn, in: JZ 1952, S. 474; Plümer, S. 9—12.



mung von Erziehungsziel, Erziehungsmethode und geistiger Erziehungsgrundlage, die freie Initiative der Errichtung und Unterhaltung und die Freiheit der Schüler- und Lehrerwahl sind die wesentlichen Merkmale der Privatschule.

Durch die Gewährleistung der Errichtung privater Schulen ist ein staatliches Schulmonopol ausgeschlossen, wie es bereits für die private Ersatzschule durch die Weimarer Reichsverfassung ausdrücklich bestimmt war<sup>1046</sup> und für Ergänzungsschulen in der Weimarer Republik nicht bestanden hat. Durch die ausdrückliche Gewährleistung aller privaten Schulen in Artikel 7 Absatz IV Satz 1 GG ist das Grundgesetz über alle vorherigen Regelungen hinausgegangen<sup>1047</sup> und hat damit allgemein zu verstehen gegeben, daß es eine Auflockerung des staatlichen Schulsystems durch die freie Initiative der Privatschulträger begrüßt und die Existenzberechtigung der privaten Schule stärker unterstreicht. Im übrigen fehlt eine dem Artikel 147 Absatz I WRV entsprechende Norm, die statuiert, daß für die Bildung der Jugend durch öffentliche Anstalten zu sorgen sei. Außerdem ergeben sich die Rechte und Pflichten der privaten Schule auf Grund des Artikels 7 GG nicht wie bisher negativ aus dem Gesichtspunkt des Schutzes der Allgemeinheit vor unzureichenden Bildungseinrichtungen, sondern positiv aus ihrer Eigenständigkeit als Freie Schule<sup>1048</sup>.

Wenn angesichts dieser verstärkten freiheitlichen Rechtsstellung der Privatschule im Schulsystem allerdings behauptet wird, daß das Privatschulwesen gleichrangig neben den öffentlichen Schulen stehe<sup>1049</sup> und daß die Privatschule nunmehr gleichberechtigt neben den öffentlichen Schulen sei und der Vorrang des öffentlichen Schulwesens beseitigt sei<sup>1050</sup>, so ist das allerdings nur bedingt richtig. Die nach den Voraussetzungen des Artikels 7 GG errichteten privaten Schulen stehen zwar in grundsätzlicher ideeller Gleichberechtigung neben der öffentlichen Schule<sup>1051</sup>. Sie hat insofern wie die entsprechende öffentliche Schule Öffentlichkeitscharakter<sup>1052</sup>. Das Grundgesetz geht aber nach wie vor, auch wenn dies nicht mehr ausdrücklich betont ist, davon aus, daß die öffentliche Schule der Normalfall ist und daß vorrangig durch öffentliche Schulen für die Bildung der Jugend zu sorgen ist. Dies wird vor allem in den Landesverfassungen unzweideutig betont<sup>1053</sup>. Aus dem Grundgesetz ergibt sich dies insofern, als private Ersatzschulen bestimmten Erfordernissen unterworfen sind, die ihren Maßstab in der öffentlichen Schule finden („Gleichwertigkeit“), und daß die Privatschulen bereits auf Grund des Genehmigungszwanges von staatlicher Bindung nicht befreit sind. Die private Schule muß dem Niveau der öffentlichen Schule entsprechen, nicht aber umgekehrt, so daß die private Schule das Bestehen einer öffentlichen Schule voraussetzt, um überhaupt einen Maßstab für ihr Niveau und ihre Qualität zu finden. Ebenso wie die Weimarer Reichsverfassung folgt das Grundgesetz dem System der „begrenzten Unterrichtsfreiheit“, d. h. es gestattet und gewährleistet bei Aufrechterhaltung der vorwiegend bestehenden öffentlichen Schulen private Schulen nur sekundär und unter bestimmten Voraussetzungen, insoweit aber kraft Rechtsanspruches<sup>1054</sup>. Im übrigen stehen auch sämtliche privaten Schulen unter der Aufsicht des Staates

<sup>1046</sup> Landé, S. 150; erstmals sind die Freiheit, Privatschulen zu errichten, und die grundsätzliche Gleichberechtigung der Privatschule mit der öffentlichen Schule in der belgischen Verfassung von 1831 proklamiert worden; vgl. Heckel, PSchR, S. 64.

<sup>1047</sup> BVerfG 6, 355.

<sup>1048</sup> Heckel, PSchR, S. 41; v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. VI, 1, S. 291.

<sup>1049</sup> Mayer, in: DVBl 1955, S. 583.

<sup>1050</sup> Heckel, PSchR, S. 41, 228.

<sup>1051</sup> Heckel, in: DOV 1950, S. 4; v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. VI, 3, S. 292.

<sup>1052</sup> Geiger, Schule und Staat, S. 25; Weber, in: VVDStrL, Bd. 11, S. 162.

<sup>1053</sup> Heckel, in: DOV 1950, S. 4. Es handelt sich um folgende Bestimmungen: Art. 11 Abs. III Verf. Bad.-Württ.; Art. 133 Abs. I Verf. Bayern; Art. 27 Abs. II und 31 Abs. I Verf. Bremen; Art. 8 Verf. NRW; Art. 23 Verf. Rh.-Pf.

<sup>1054</sup> Wernicke, BK, Art. 7, Anm. II, 4b; Grewe, in: DOV 1950, S. 34; v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. VI, 5, S. 299; Zinn-Stein, Art. 61, Anm. 7, S. 305; vgl. auch BVerwG 21, 289.

(Art. 7 Abs. I GG)<sup>1055</sup>. Diese Aufsicht ist im Rahmen der Privatschulfreiheit allerdings nicht wie bei den öffentlichen Schulen die Bestimmungsgewalt über die gesamte Schule, sondern eine echte Rechtskontrolle über nichtstaatliche Schulträger<sup>1056</sup>, da jede unmittelbare Regelung der äußeren und inneren Schulangelegenheiten der privaten Schule mit dem Wesen der Privatschule unvereinbar ist. Die Aufsicht richtet sich bei Ersatzschulen lediglich auf die Einhaltung der Genehmigungs- bzw. Versagungsvoraussetzungen und bei Ergänzungsschulen — soweit ein Genehmigungsverfahren nicht eingeführt ist — auf die Beobachtung der allgemeinen polizeilichen und gewerberechtlchen Vorschriften, bei deren Nichtinnehaltung die Fortführung untersagt werden kann<sup>1057</sup>.

Damit zeigt sich, daß nach allem auch heute ein Vorrang des öffentlichen Schulwesens besteht, an dem das Grundgesetz weder praktisch hat rühren können noch rechtlich hat rühren wollen<sup>1058</sup>. Damit ist auch heute ausgeschlossen, daß ein Land die Privatschule zur Regel macht und die öffentliche Schule nur subsidiär errichtet, falls eine Privatschule nicht vorhanden ist, wenn auch kein staatliches Schulerziehungsmonopol besteht.

Fraglich erscheint allerdings, ob auch Gemeinden und Gemeindeverbände als Träger privater Schulen auftreten dürfen. Hier wird zu unterscheiden sein zwischen Ersatz- und Ergänzungsschulen. Daß auch Gebietskörperschaften private Ergänzungsschulen betreiben dürfen, ergibt sich daraus, daß die betreffende Gemeinde, bzw. der betreffende Gemeindeverband zwar auch insofern eine öffentliche Aufgabe erfüllt, dies aber nicht notwendigerweise mit den Mitteln des öffentlichen Rechts zu geschehen braucht und hier keine Aufgabe übernommen wird, die notwendigerweise oder auch nur typischerweise dem öffentlichen Recht vorbehalten ist. Zu unterscheiden ist hiervon die Frage, ob derartigen Gebietskörperschaften das subjektiv-öffentliche Recht des Artikels 7 Absatz IV Satz 1 GG zusteht.

Daß Gebietskörperschaften keine privaten Volksschulen betreiben dürfen, ergibt sich unmittelbar aus Artikel 7 Absatz V GG, da die Zulassung der Befugnisse aus Artikel 7 Absatz V GG eine Umgehung der Bestimmungen über die Errichtung öffentlicher Volksschulen bedeuten und eine dem Sinn des Artikels 7 Absatz V GG widersprechende Ausweitung des privaten Volksschulwesens bedeuten würde<sup>1059</sup>.

Ob die Gemeinden Träger anderer Ersatzschulen sein können, ist streitig<sup>1060</sup>. Soweit Geiger diese Möglichkeit verneint, weil es mit dem bundesschulrechtlichen Begriff der öffentlichen und privaten Schule unvereinbar sei, vermag er nicht zu überzeugen. Der Grundgesetzgeber fand bereits private Schulen vor, die von Gebietskörperschaften getragen wurden und an deren Rechtsform zur Zeit der Weimarer Republik keine Kritik geübt wurde<sup>1061</sup>. Daß der Grundgesetzgeber daran hat etwas ändern wollen, kann nicht angenommen werden.

<sup>1055</sup> Vgl. Heckel, PSchR, S. 315 ff.; v. Campenhausen, S. 67 f.

<sup>1056</sup> Hamann, Art. 7, Anm. B 11; Grewe, in: DOV 1950, S. 35; Plümer, S. 94 ff.

<sup>1057</sup> Heckel, PSchR, S. 52, 317—320.

<sup>1058</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. VI, 1, S. 291; Wernicke, BK, Art. 7, Anm. II, 4b; Grewe, in: DOV 1950, S. 34; Heckel, in: DOV 1950, S. 4; Stein, in: NJW 1950, S. 658; Maurer, S. 105; Heckel-Seipp, S. 133; Geiger, Schule und Staat, S. 16; v. Campenhausen, S. 56; BayVerfGH, VGH n. F., Bd. 12, II, S. 28.

<sup>1059</sup> Heckel, PSchR, S. 216; v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. VII, 5, S. 299; Peters, Elternrecht, S. 439. Das Gesetz zur Ausführung von Art. 15 Abs. II Verf. Bad.-Württ. vom 8. 2. 1967, das Gemeinden usw. als Schulträger privater Bekenntnisschulen unter bestimmten Voraussetzungen vorsieht, enthält insofern eine ausgesprochene Anomalie, die sich nur aus der badischen Schultradition und der besonderen politischen Situation bei der Verfassungsänderung erklären läßt.

<sup>1060</sup> Verneinend Geiger, Staat und Schule, S. 25; bejahend Heckel, PSchR, S. 215 f.; unentschieden Peters, S. 439, Anm. 255.

<sup>1061</sup> So in Baden, das nur staatliche und private Schulen kannte, so daß kommunale Schulen Privatschulen waren; vgl. Heckel, PSchR, S. 216.

Aber auch insofern fragt es sich, ob die Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts sich auf Artikel 7 Absatz IV Satz 1 GG berufen können, um gegenüber dem Staat ein subjektives Recht auf Errichtung von Ersatzschulen, die nicht Volksschulen sind, durchzusetzen.

Nach Artikel 19 Absatz II GG gelten Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auch auf diese anwendbar sind. Dies gilt unbestritten für Artikel 7 Absatz IV GG, so daß auch juristische Personen des Privatrechts und solche des öffentlichen Rechts, die nicht in den staatlichen Organismus eingegliedert sind — also Kirchen und sonstige Religionsgesellschaften, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind —, sich auf Artikel 7 Absatz IV GG berufen können<sup>1062</sup>. Da die Gewährleistung des Artikels 7 Absatz IV GG ohne Einschränkung ausgesprochen ist, folgert Heckel<sup>1063</sup>, daß auch Gebietskörperschaften das Grundrecht der Privatschulfreiheit zustünde. Das Grundrecht des Artikels 7 Absatz IV GG soll aber gerade ein Freiheitsrecht gegenüber der öffentlichen Gewalt sein, also auch ein Freiheitsrecht gegenüber der durch die Gemeinden ausgeübten öffentlichen Gewalt. Bereits insofern muß daher verneint werden, daß das Grundrecht des Artikels 7 Absatz IV GG den Gemeinden, die auch Adressat sind, als Träger zusteht<sup>1064</sup>. Abgesehen davon ist es mit dem herkömmlichen Schulsystem Deutschlands nicht vereinbar, wenn die Gemeinden dem Staat, d. h. dem Land gegenüber sich auf Artikel 7 Absatz IV GG berufen könnten. Nach Artikel 7 Absatz I GG steht auch die von der Gemeinde getragene Schule derart unter der Aufsicht des Staates, daß dem Staat die Bestimmung über die gesamten Schulangelegenheiten zusteht<sup>1065</sup>. Es ist nicht angängig, daß die Gemeinden sich unter Berufung auf Artikel 7 Absatz IV GG dieser umfassenden Schulaufsicht entziehen können mit der Folge, daß sie lediglich der Rechtskontrolle über Privatschulen unterliegen. Die in mehreren Landesgesetzen zum Ausdruck gebrachte, aus Sorge vor Mißbrauch entwickelte Auffassung, daß Schulen, die von Gebietskörperschaften betrieben werden, immer öffentliche Schulen sind<sup>1066</sup>, ist daher mit dem Grundgesetz vereinbar.

Gemeinden, Gemeindeverbänden und kommunalen Zweckverbänden ist daher die Errichtung und Unterhaltung von privaten Volksschulen überhaupt untersagt, von privaten Ergänzungsschulen und sonstigen Ersatzschulen dagegen im Rahmen des Landesrechtes möglich, ohne daß diesen Rechtsträgern das Grundrecht der Privatschulfreiheit gegenüber dem Staat auf Errichtung und Unterhaltung zustünde.

Das Grundgesetz berücksichtigt nach allem die Entwicklung des öffentlichen und privaten Schulwesens und hält eine starke Unterscheidung der Entfaltungsmöglichkeit von privaten und öffentlichen Schulen aufrecht, und zwar nicht nur soweit private Volksschulen, sondern auch soweit sonstige Ersatz- und Ergänzungsschulen betroffen sind. Das entscheidende Kriterium für eine großzügige Entfaltung des Privatschulwesens stellt allerdings angesichts der rechtlichen Sicherung der Privatschule die Frage der Finanzierung dar, da die Höhe der Unterhaltungskosten einer privaten Schule einerseits und der durch zwei Weltkriege hervorgerufene Vermögensverlust andererseits es für die meisten Privatschulen ausschließt, gewinnbringend oder auch nur selbsterhaltend zu arbeiten.

<sup>1062</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. II, 7, S. 281; Heckel, PSchR, S. 215; § 2 LV.

<sup>1063</sup> Heckel, in: DVBl 1951, S. 495; ders., PSchR, S. 215 f.

<sup>1064</sup> Peters, Elternrecht, S. 433.

<sup>1065</sup> Vgl. oben S. 105 ff.

<sup>1066</sup> § 2 BLSchG, § 1 Abs. I Satz 1 BIPSchG; § 2 HbgPSchG; § 1 Abs. I HessPSchG; § 1 Abs. I nds. SchVerwG; § 36 NRWSchG; Ziff. 16 Abs. I BayVBUV.

#### 4. Die Subventionierung der Privatschule

Der im amerikanischen Verfassungsrecht aus dem Gedanken der staatlichen Neutralität abgeleitete und die Verfassungsinterpretation beherrschende Gedanke des Verbotes der Subventionierung privater konfessioneller Schulen spielt im deutschen Privatschulrecht keine Rolle. Der Staat, der sogar Kirchen und Religionsgemeinschaften finanzielle Zuwendungen macht, darf auch derartige Schulen subventionieren, obwohl der Staat damit die Verbreitung religiösen Gedankengutes unterstützt. Bedenken sind gegen eine Subventionierung von Privatschulen nur insoweit erhoben worden, als der Staat sich von Verfassungen wegen oder durch Landesgesetz zu einer generellen Subvention aller privaten Ersatzschulen bereitgefunden hat ohne Rücksicht darauf, ob die Schule anerkannt ist oder nicht<sup>1067</sup>. So meint Thoma<sup>1068</sup>, eine derartige Regelung bedeute „eine sinnzerstörende Verwischung der Grenze zwischen öffentlicher und Privatschule“, und Klein<sup>1069</sup> schreibt, daß Artikel 7 Absatz IV Satz 4 GG bei Bejahung der Zulässigkeit der generellen Subvention gegenstandslos wäre. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, daß nicht die finanzielle Selbständigkeit, sondern die Selbständigkeit in der Bestimmung der Organisation, der pädagogischen Methode, der geistigen Grundhaltung und der Auswahl von Schülern und Lehrern die entscheidenden Kriterien der Privatschule sind, und daß Artikel 7 Absatz IV Satz 4 GG nichts darüber besagt, wie die wirtschaftliche Stellung der Lehrer genügend gesichert wird. Im übrigen ist gerade das Erfordernis des Artikels 7 Absatz IV Satz 4 GG ohne öffentliche Hilfe häufig nicht erfüllbar. Das Grundgesetz wollte mit dem Verlangen nach Sicherung der Lehrkräfte lediglich eine Regelung treffen, die die soziale Stellung der Lehrer gewährleistet, nicht aber die Errichtung und den Unterhalt von Privatschulen erschweren und die Möglichkeit der selbständigen Sicherung der Lehrer durch die eigenen Mittel der Privatschule vorschreiben. Schließlich kann auch dem Erfordernis des Artikels 7 Absatz IV Satz 3, daß eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird, häufig nur dann Genüge getan werden, wenn der Staat mit öffentlichen Mitteln hilft. Auch diese Vorschrift sollte keine Erschwerung der Errichtung, sondern eine Klausel gegen einen gesellschaftlichen Mißbrauch der Privatschulfreiheit sein. All diese Erwägungen lassen daher die Subventionierung privater Schulen als erlaubt erscheinen, gleichgültig ob dies in genereller Form oder nur an einzelne Privatschulen geschieht, zumal die Garantie der Privatschulfreiheit leicht zur leeren Proklamation werden würde, wenn dem Staat eine Subvention verboten wäre<sup>1070</sup>.

Darüber hinaus ist das Bundesverwaltungsgericht der Ansicht, daß Ersatzschulen ein grundgesetzlich gesicherter Anspruch auf staatliche Hilfe zusteht. Nachdem es zunächst in seiner Entscheidung vom 11. 3. 1966<sup>1071</sup> ausgesprochen hatte, daß ein Anspruch auf Subventionierung nicht grundsätzlich verneint werden könnte, hat es in seinem Urteil vom 22. 9. 1967<sup>1071a</sup> den Umfang dieses Anspruches näher bestimmt. Ausgehend von der grundsätzlichen Befugnis der Länder, den Umfang und die Art der staatlichen Hilfe näher auszugestalten, wird aus dem Grundgesetz eine untere Grenze der mindesten staatlichen Hilfe aufgezeigt. Danach

<sup>1067</sup> So Art. 8 Verf. NRW.

<sup>1068</sup> Thoma, in: JZ 1951, S. 777.

<sup>1069</sup> r. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. VI, 8, S. 296.

<sup>1070</sup> So auch Süsterhenn, in: JZ 1952, S. 474; Heckel, in: DVBl 1952, S. 207; Geiger, Schule und Staat, S. 25 und 27; Maunz, Staat und Schule, S. 6; Peters, Elternrecht, S. 442; Barion, in: DOV 1966, S. 367; § 10 LV; VerfGH NRW, JZ 1960, S. 314; OVG Berlin, DVBl 1966, S. 45.

<sup>1071</sup> BVerwGE 23, S. 347 = NJW 1966, S. 1236 = DOV 1966, S. 653.

<sup>1071a</sup> BVerwG, NJW 1968, S. 613 = DOV 1968, S. 128. Außerdem hat das BVerwG in der nicht veröffentlichten Entscheidung vom 10. 6. 1966 — VII C 1. 64 — über die Subventionierung entschieden; der Unternehmer wolle die trotz bestehender Subvention erforderliche Eigenleistung durch Subvention ersetzt sehen; die Klage wurde abgewiesen; vgl. Hering, in: DOV 1968, S. 102.

bestehe ein Anspruch nur für die Ersatzschulen, weil nur diese am öffentlichen Schulwesen teilnehmen, und nur, wenn nachweislich ein Hilfsbedürfnis bestehe, weil ein Fehlbetrag unvermeidlich erscheine; diese staatliche Hilfe brauche nicht die Kosten für die Errichtung der Schule zu umfassen, müsse aber so bemessen sein, daß eine zum wirtschaftlichen Niedergang und schließlichen Zusammenbruch führende Entwicklung wirksam aufgehalten werde, wobei der Schulträger zwar nicht sein gesamtes Vermögen einzusetzen, wohl aber einen geringen Fehlbetrag selber zu tragen habe.

Zur Begründung seiner Ansicht beruft sich das Bundesverwaltungsgericht darauf, daß Artikel 7 Absatz IV GG die Privatschulfreiheit garantiere, daß heute jedoch Privatschulen zum Erliegen kämen, wenn sie nicht subventioniert würden. Die Garantie der Privatschulen sei in Frage gestellt, wenn der Staat die öffentlichen Schulen besonders attraktiv ausgestalte und Vorteile gewähre, die die Privatschule nicht anbieten könne, weil ihre finanziellen Mittel in der Regel nicht ausreichen. Die Chancengleichheit und der Gesichtspunkt, daß der Staat entsprechende Aufwendungen für seine Schulen erspare, wenn ein Schüler statt einer öffentlichen eine private Schule besuche, führten dazu, daß zwar nicht jeder Privatschule, wohl aber diejenige, die eine Bildungsaufgabe des Staates erfülle, also eine Ersatzschule, Anspruch auf öffentliche Unterstützung habe. Aus der Garantie der Privatschulfreiheit folge, daß der Staat verpflichtet sei, die Einrichtung der privaten Ersatzschule zu erhalten, wobei das Grundgesetz ein Minimum an staatlicher Subvention gewährleiste, auch wenn der Landesgesetzgeber keine Regelung getroffen habe.

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich damit der bereits vorher von Hamann, Willi Geiger, Wilhelm Geiger und Hans Heckel<sup>1072</sup> vertretenen Ansicht angeschlossen, die aus der Garantie der Privatschulen und aus den in Artikel 7 Absatz IV Satz 3 und 4 enthaltenen, mit finanziellen Lasten für die Schule verbundenen Genehmigungsvoraussetzungen die Subventionierungspflicht des Staates ableiteten.

Die Argumente des Bundesverwaltungsgerichtes vermögen nicht zu überzeugen. Artikel 7 Absatz IV GG enthält, wie unstreitig ist, ein Freiheitsrecht. Die Behauptung des Bundesverwaltungsgerichts, der Staat habe dort, wo die Verwirklichung der Freiheit an finanziellen Schwierigkeiten zu scheitern drohe, die erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen, findet im Grundgesetz keine Stütze<sup>1072a</sup>. Ebenso wenig wie auf Grund des Artikel 4 Absatz II GG („Ungestörte Religionsausübung“) verlangt werden kann, daß der Staat einer Religionsgemeinschaft eine Kirche erstellt und unterhält, oder auf Grund des Artikel 12 Absatz I GG ein Anspruch auf Finanzhilfe für einen aussterbenden Berufszweig abgeleitet werden kann, so kann das Freiheitsrecht der Privatschule in einen Anspruch gegen den Staat umgewandelt werden.

Mit der Gewährung der Freiheit zur Errichtung von Privatschulen garantiert das Grundgesetz begriffnotwendig die Privatschule als Rechtsinstitut. Ein Subventionsanspruch kann daher überhaupt erst dann in Betracht kommen, wenn der Nachweis erbracht ist, daß die Privatschulfreiheit ohne staatliche Förderung überhaupt nicht ausgeübt werden kann. Diesen Nachweis hat das Bundesver-

<sup>1072</sup> Hamann, Art. 7, Anm. B 11; Willi Geiger, in: RWS 1961, S. 81—83, 113—118; Wilhelm Geiger, Schule und Staat, S. 25—27; H. Heckel, in: DOV 1964, S. 596 f.: „Rechtsanspruch, zumindest einen moralischen Anspruch“ — vgl. aber Anm. 1078. Dem BVerwG stimmen zu: Vogel, in: DOV 1967, S. 19; Böckenförde, in: DOV 1966, S. 37, hält, wenn der Staat nur eine öffentliche Schule zur Verfügung stellt, die Subventionierung der anders gestalteten Privatschulen für zwingend geboten; ähnlich Polewsky, S. 109; vgl. unten Anm. 1077.

<sup>1072a</sup> Das BVerwG kann sich insofern nicht auf zwei andersgelagerte Entscheidungen BVerwGE 1, 159 und 9, 78, 80, berufen, in denen aus dem Recht auf Leben (Art. 2 Abs. II GG) ein Anspruch auf Fürsorge und Teilnahme bei Impfungen abgeleitet wurde; es hat daher in der Subventionsfrage zu Recht keine Präjudizien angeführt.

waltungsgericht ebensowenig erbracht wie die Literatur, die einen Subventionsanspruch bejaht<sup>1073</sup>. Er dürfte angesichts der zahlreichen vermögenden Privatschulträger (z. B. Kirchen, Stiftungen, Orden) auch kaum zu führen sein; die allgemeine Würdigung des Bundesverwaltungsgerichts in dieser Richtung entbehrt jeder Begründung in tatsächlicher Hinsicht.

Über diese Garantie der Privatschulfreiheit hinaus enthält das Grundgesetz keine irgendwie geartete Bestandsgarantie zugunsten der einzelnen bestehenden Privatschulen. Die Zahlungsfähigkeit, und zwar auch zur Sicherung der Artikel 7 Absatz IV Satz 3 und 4 geforderten Sicherung der Lehrer und der „Allgemeinzugänglichkeit“, die „eindeutig als privates Element gekennzeichnet“ sind<sup>1073a</sup>, ist ein von dem Unternehmer zu tragendes Risiko, wie es auch das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich anerkennt. Wenn das Grundgesetz dem Unternehmer gewisse finanzielle Lasten auferlegt, dann ist das Grundrecht der Privatschulfreiheit eben nur für den gewährt, der diese Lasten und Risiken zu tragen in der Lage ist. Das Grundgesetz hat dem Unternehmer dies nicht abnehmen wollen<sup>1074</sup>.

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts führt zu dem befremdlichen Ergebnis, daß nunmehr grundgesetzlich zwischen vermögenden und unvermögenden Privatschulträgern zu differenzieren ist; nur den letzteren wird ein Anspruch zugesprochen, da zunächst eigenes Einkommen und Vermögen einzusetzen sind; der Tüchtige und Vermögende wird damit grundgesetzlich benachteiligt. Auch an dieser Konsequenz zeigt sich, daß das Freiheitsrecht nicht dahin umgedeutet werden kann, der einzelnen Schule einen Rechtsanspruch einzuräumen, und so „die — ex definitione risikobelastete — Freiheit von Grundrechtsträgern“ in die „finanzielle Gerechsamkeit zugunsten institutionell garantierter und verfestigter Kräfte und Mächte des Öffentlichen“ umzuwandeln<sup>1074a</sup>.

Immer wieder wird das Argument vorgebracht<sup>1075</sup>, es bedeute eine Ungerechtigkeit gegen die Eltern, die von ihrem verfassungsmäßigen Recht, ihre Kinder in Privatschulen zu schicken, Gebrauch machen wollen, und damit ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Artikel 3 GG, wenn sie als Steuerzahler verpflichtet sind, an der Finanzierung der öffentlichen Schule teilzunehmen, und darüber hinaus an der Finanzierung der Privatschule, z. B. in Form von Schulgeld, beteiligt sein müßten. Auch dies kann zu keinem Anspruch der Privatschulen führen, da die Steuerzahlung nicht in der Eigenschaft als Erziehungsberechtigter erfolgt. Die in der unter Umständen doppelten Belastung der Erziehungsberechtigten liegenden Härte ist die Folge tatsächlicher Gegebenheiten, deren Ausgleich vom Gesetzgeber nicht verlangt werden kann<sup>1076</sup>.

In neuerer Zeit ist schließlich versucht worden, aus Artikel 4 GG eine Verpflichtung des Staates zur Subventionierung privater Bekenntnisschulen herzuleiten, wenn keine öffentliche Bekenntnisschule bestehe<sup>1077</sup>. Hier gilt jedoch das gleiche, was oben bereits zu Artikel 7 Absatz 4 GG ausgeführt worden ist: Aus dem

<sup>1073</sup> Dies gilt auch für die Ausführungen W. Geigers, in: RWS 1961, S. 80 ff., 113 ff., da dieser die Einnahmen der Privatschulen zunächst als überwiegend „außer Betracht“ erklärt. Vgl. gegen Geiger auch Eisel, in: RWS 1961, S. 295, der nachweist, daß auch Privatschulen ohne Subventionen arbeiten und arbeiten können.

<sup>1073a</sup> Barion, in: DUV 1966, S. 367.

<sup>1074</sup> Im übrigen erspart der Staat in der Regel nur geringe Beträge, wenn einzelne Schüler Privatschulen besuchen, vgl. Eisel, in: RWS 1961, S. 295 f.

<sup>1074a</sup> H. Weber, in: NJW 1966, S. 1799; so auch Barion, in: DUV 1966, S. 397. Die Rechtsprechung des BVerwG kann im übrigen nur dazu führen, die private Initiative und Opferbereitschaft für eine gute Sache zurückzudrängen und sich auch in diesem Bereich mehr und mehr auf die staatliche Unterstützung zu verlassen.

<sup>1075</sup> Z. B. Heckel, PSchR, S. 12; Dürig, in: kath. PSch in Bremen, S. 95 f.; Geiger, in: RWS 1961, S. 115; Maunz, in: Maunz-Dürig, Art. 7, RNr. 37; Süsterhenn, in: JZ 1952, S. 474.

<sup>1076</sup> So auch: Eisel, in: RWS 1961, S. 296; BayVerfGH, n. F. B. d. 12, II, S. 21, 32 = BayVBl. 1959, S. 190.

<sup>1077</sup> So Polewsky, S. 109; Böckenförde, in: DOV 1966, S. 37 f.

Freiheitsrecht läßt sich ein Anspruch auf Subventionierung nicht herleiten. „Gewissensfreiheit im überkommenen Verständnis bedeutet nur Freiheit von Rechtszwang, nicht auch materielle Sicherung dieser Freiheit.“<sup>1077a</sup>

Es hängt nach allem von der Entscheidung des Staates ab, ob die Privatschulen finanziell gefördert werden<sup>1078</sup>. Eine großzügige Verwirklichung der Privatschulfreiheit und damit eine angemessene Subventionierung sollte dabei jedoch im Interesse des Staates liegen, um den Eltern in religiös-weltanschaulicher Hinsicht entgegenzukommen und damit deren gewissenmäßige Belastung zu mindern, indem auf der Ebene der Privatschule möglich bleibt, was der öffentlichen Schule versagt sein muß, und um mittels der Privatschulen pädagogische Experimente und damit auch pädagogisches Neuland zu erschließen und erzieherischen Fortschritt zu ermöglichen.

## 10. Abschnitt: Die Wahl der Schulart

Soweit in den einzelnen Ländern mehrere Arten von öffentlichen Volksschulen bestehen, kommt es vor, daß sich die Schulbezirke (Schulsprenkel) dieser verschiedenen Schulen (Gemeinschafts- und Bekenntnisschulen) überschneiden. Daneben können unter Umständen außerdem private Schulen bestehen. Ein Schüler hat grundsätzlich die Volks- oder Berufsschule zu besuchen, in deren Schulbezirk er wohnt oder arbeitet, soweit nicht eine private Schule oder eine weiterführende Schule besucht wird<sup>1079</sup>. Daß den Eltern das Recht zusteht, statt einer öffentlichen Schule die Benutzung einer privaten Schule zu wählen, läßt sich aus Artikel 7 Absatz IV GG entnehmen, der als Ausfluß des Elternrechts erkannt wurde<sup>1080</sup>. In dem Elternrecht des Artikels 6 Absatz II GG ist die Berechtigung enthalten, zwischen den vom Staat geschaffenen Schularten zu wählen, so daß die Kinder eine Erziehung erhalten, die der religiösen und weltanschaulichen Überzeugung der Eltern entspricht, soweit der Staat entsprechende Schulen zur Verfügung gestellt hat<sup>1081</sup>. Da die Eltern zuvörderst

<sup>1077a</sup> Toews, S. 75.

<sup>1078</sup> So auch: Barion, in: DUV 1966, S. 367; ders., in: DUV 1967, S. 516 ff.; v. Campenhausen, S. 74; Eiselt, in: RWS 1961, S. 295 ff.; Evers, in: VVDStrL, Bd. 23, S. 192—194; Fuß, in: VVDStrL, Bd. 23, S. 220 f.; H. Heckel, in: DVBl 1951, S. 498; Heckel-Seipp, S. 136; „moralischer Anspruch“; Jessen-Hanke, in: DVBl 1966, S. 47.; Maunz, Staat und Schule, S. 6; ders., in: Maunz-Dürig, Art. 7, RNR. 86 (der in RNR. 87 jedoch einen Anspruch der Eltern aus Art. 3 GG auf Kostenerstattung bejaht, soweit eine Mehrbelastung durch Privatschulbesuch eintritt); Menger-Erichsen, in: VerwArchiv 1967, S. 377 f.; Peters, Elternrecht, S. 442; Polewsky, S. 108 (der S. 109 einen Anspruch für private Bekenntnisschulen bejaht); Rambow, S. 48, Anm. 34; Toews, S. 75, 98 f.; H. Weber, in: NJW 1966, S. 1799; ders., in: JZ 1968, S. 779—783; OVG Berlin, DVBl 1966, S. 45 f.; § 10 LV. Die Länder haben sich weitgehend zur Subventionierung in den verschiedensten Formen bereit gefunden, vgl. Heckel, PSchR, S. 254—256. In den Länderverfassungen von Nordrhein-Westfalen (Art. 8) und Baden-Württemberg (Art. 14) und den Gesetzen verschiedener Länder ist ein Anspruch festgelegt, vgl. Hamann, Art. 7, Anm. B 11, und Heckel, a. a. O.

Dürig — kath. PSch in Bremen, S. 39—57 — versucht wenigstens für Bremen die Forderung zu begründen, daß die katholischen Privatschulen vollständig vom Staat finanziert werden. Art. 141 GG in Verbindung mit Art. 32 der Bremer Verfassung habe dazu geführt, daß in Bremen der Sache nach „Gemeinschaftsschulen der protestantischen Bekenntnisse“ oder „allgemein-evangelische Bekenntnisschulen“ beständen; dadurch würden Katholiken, denen der Besuch einer katholischen Schule im Gewissen und durch die Lehre ihrer Kirche vorgeschrieben sei, benachteiligt; Art. 3 Abs. III GG verbiete eine Differenzierung und Benachteiligung wegen der Religion; dieser Artikel sei durch Art. 141 GG nicht ausgeschlossen; da aber öffentliche katholische Bekenntnisschulen und katholischer Religionsunterricht nach Art. 32 der Bremer Verfassung nicht zugelassen seien, und die Bremer Verfassung dadurch einen Ausweg weise, daß sie in Art. 29 die Privatschulfreiheit gewähre, ergäbe sich aus Art. 3 Abs. III GG die Pflicht des Staates zur vollen Kostentragung, um so den wirtschaftlichen Nachteil auszugleichen; die katholischen Privatschulen müßten eine in jeder Beziehung der Staatsschule gleichwertige Normalschule der Katholiken sein (S. 37—47). Gleiches ergäbe sich aus dem in Bremen anerkannten gleichen Recht auf Bildung (S. 48—51) und aus dem Grundsatz der konfessionellen Parität (S. 51—57). — Dürigs Ausgangsbasis ist unzutreffend; in Bremen bestehen Gemeinschaftsschulen und keine irgendwie ausgestalteten Bekenntnisschulen — vgl. oben Anm. 833; die Bürger Bremens werden daher nur insoweit benachteiligt, als ihnen kein staatlicher Religionsunterricht erteilt wird; diese Benachteiligung aber ist durch Art. 141 GG sanktioniert, da dort ausdrücklich vorgesehen ist, daß diese Art der Erteilung von Religionsunterricht in Bremen beibehalten werden kann. Dem Recht auf Bildung ist dadurch genüge getan, daß die öffentlichen Gemeinschaftsschulen jedem Schulpflichtigen offen stehen. Dies wird in der Bremer Verfassung im übrigen dadurch verdeutlicht, daß Art. 27 Abs. II lautet: „Dies Recht wird durch öffentliche Einrichtungen gesichert“, über die die Art. 31 ff. nähere Bestimmungen enthalten.

<sup>1079</sup> Heckel-Seipp, S. 106 und 274 f.

<sup>1080</sup> Vgl. oben S. 203 ff.

<sup>1081</sup> Im Rahmen der Themenstellung dieser Arbeit wird nicht die Frage nach der Wahl der Schulzweige (Volksschule, Mittelschule, Gymnasium, Sonderschule) untersucht, die vor allem unter dem Stichwort „negative oder positive Schulauslese“ umstritten ist, da diese Frage keine religiös-weltanschauliche Bedeutung hat. Insofern

über die religiöse Erziehung ihrer Kinder bestimmen, sind sie es — und nicht der Staat —, die darüber entscheiden, welche Schule ihre Kinder besuchen. Dies gilt wenigstens insoweit unbestrittenermaßen, als es sich um religiös-weltanschauliche Motive der Eltern handelt<sup>1082</sup>. Wenn die verschiedenen Schulen um der Gewissensfreiheit der Eltern willen errichtet werden, so muß ihnen auch das Recht der Wahl zustehen. Dies gilt sowohl dann, wenn lediglich für ein Bekenntnis eine besondere Schule errichtet ist, während alle anderen Kinder ihre Schulpflicht in Gemeinschaftsschulen erfüllen können, und die Eltern ein Kind lieber in eine ihrem Glauben fremde Bekenntnisschule als in eine Gemeinschaftsschule schicken wollen oder Eltern ihre Kinder lieber in die Gemeinschaftsschule als in die Bekenntnisschule ihres Bekenntnisses schicken wollen, als auch dann, wenn lediglich Bekenntnisschulen bestehen und die Eltern aus religiös-weltanschaulichen Gründen (z. B. wegen der stärkeren religiösen Lebendigkeit der Schule) ihre Kinder in die Schule eines anderen Bekenntnisses schicken wollen.

Bestritten ist lediglich, ob den Eltern ein Wahlrecht zwischen mehreren Schularten aus weltanschaulich neutralen Gesichtspunkten zusteht. Nicht selten kommt es vor, daß in einem Schulbezirk neben einer ausgebauten Schule eines Bekenntnisses eine ungeteilte oder nur teilweise nach Klassen gegliederte Schule eines anderen Bekenntnisses oder eine entsprechend wenig gegliederte Gemeinschaftsschule besteht. Manchen Eltern ist die religiös-weltanschauliche Ausrichtung der Erziehung in der Schule gleichgültig, während es ihnen darauf ankommt, daß ihr Kind eine gründliche fachliche Ausbildung in der Schule erhält. Für diese Eltern wird die Schulart weniger von Bedeutung sein als die Frage, ob die Schule voll ausgebaut ist oder nicht. Obwohl sich objektiv nicht mit Sicherheit feststellen läßt, ob die Erziehung in einer ausgebauten oder in einer ungeteilten Schule besser in dem Sinne der gründlicheren Vorbereitung auf berufliche und gesellschaftliche Fähigkeiten ist, werden manche Eltern die Erziehung in einer voll ausgebauten Schule derjenigen in einer ungeteilten Schule vorziehen, auch wenn die geistige Grundlage der voll ausgebauten Schule nicht derjenigen entspricht, zu der die Eltern sich bekennen. So hatte der Bayrische Verfassungsgerichtshof<sup>1083</sup> einen Fall zu entscheiden, in dem die Eltern evangelischer Bekenntniszugehörigkeit die Aufnahme ihres Kindes in eine voll ausgebaute katholische Volksschule verlangten, obwohl in demselben Schulbezirk eine evangelische Bekenntnisschule vorhanden war, die allerdings nicht ausgebaut war. Die Eltern empfanden es als eine Härte, daß ihr Kind eine nach ihrer Ansicht nicht gleichwertige Erziehung in der ungeteilten Volksschule empfangen sollte, obwohl eine voll ausgebaute Volksschule vorhanden war. Für sie waren nicht die religiös-weltanschaulichen Momente der Erziehung, sondern vor allem die pädagogischen Gesichtspunkte ausschlaggebend.

Der Bayrische Verfassungsgerichtshof sah die Entscheidung der Schulbehörde, welche von mehreren in der Gemeinde errichteten Bekenntnisschulen ein Kind zu besuchen hat, als einen Akt der Schulorganisation an. Das Elternrecht sei durch das Schulorganisationsrecht des Staates eingeschränkt. Daher sei es Sache des Staates, kraft seines Organisationsrechtes zu entscheiden, in welcher von mehreren in einer Gemeinde errichteten Bekenntnisschulen die Schulpflicht

sei verwiesen auf die ausführliche Darstellung bei Maurer, S. 127—138, und die Rechtsprechung des OVG Hamburg, DVBl 1953, S. 506 ff.; DOV 1956, S. 627 ff.; des OVG Berlin, Bd. 3, S. 146 ff., und die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, in: BVerwG 5, 153, und DVBl 1959, S. 366.

<sup>1082</sup> Vgl. Maunz, Staatsrecht, S. 119; Maunz, Staat und Schule, S. 2; Maurer, S. 92; OVG Rh.-Pf., NJW 1954, S. 1461, 1463.

<sup>1083</sup> BayVerfGH, BayVBl 1959, S. 412 ff. = BayVerfGHE 12, II, S. 252; zustimmend Polewsky, S. 127 f.; vgl. Anm. 1093.



zu erfüllen sei. Dem Elternrecht sei dadurch Genüge getan, daß die Eltern gemäß Artikel 135 Absatz I Satz 2 der bayrischen Verfassung die Wahl zwischen der Errichtung von Gemeinschaftsschulen und Bekenntnisschulen hätten.

Nun ist es zwar richtig, daß das elterliche Erziehungsrecht durch das Organisationsrecht des Staates in schulischen Angelegenheiten eingeschränkt ist<sup>1084</sup>. Die Wahl der Schule ist aber keine rein organisatorische Frage, sondern eine Frage, die über die Ausbildung und damit über den Lebensweg der Kinder entscheidet. Es besteht kein Unterschied zwischen der anerkannten Wahlmöglichkeit verschiedener Schulzweige<sup>1085</sup> und der Wahl verschiedener Volksschulen, da beide Entscheidungen die Art der Ausbildung betreffen. Wenn sich objektiv nicht feststellen läßt, welche Schule besser oder schlechter für die Ausbildung der Kinder geeignet ist, so sind es die Eltern und nicht der Staat, die bestimmen dürfen, wo das Kind seine Erziehung erhält, da den Eltern zuvörderst die Wahl der Erziehung zusteht. Hier taucht auch nicht das Problem der Auslese auf, das im Rahmen der Wahl der Schulzweige von Bedeutung ist, da in der Volksschule eine Auslese gerade nicht erfolgt<sup>1086</sup>. Auch ist kein Erziehungsinteresse des Staates ersichtlich, die Wahlmöglichkeit der Eltern zwischen einer ausgebauten und einer ungeteilten Schule zu beschränken. Auch stehen dem die Rechte anderer Eltern, nämlich derjenigen, die ihr Kind in dem Bekenntnis erziehen lassen wollen, dem die Bekenntnisschule dient, nicht entgegen, da ihre Erziehungsinteressen durch die gleichzeitige Erziehung eines Kindes anderer Bekenntniszugehörigkeit nicht beeinträchtigt würde. Die Erziehungsarbeit in der Bekenntnisschule braucht sich nämlich dadurch nicht zu ändern, daß die Eltern eines anderen Bekenntnisses ihr Kind freiwillig der Erziehung im Sinne des ihnen fremden Bekenntnisses überlassen. Diese Eltern können jedenfalls dann nicht verlangen, daß sich die schulische Arbeit ihren Wünschen anpaßt. Aus dem Recht anderer Eltern ist daher kein Argument gegen die Zulässigkeit der Wahlmöglichkeit zu gewinnen. Auch der Rechtscharakter oder das Wesen der Bekenntnisschule steht dem nicht entgegen, da dieses allein durch die geistige Grundhaltung rechtlich charakterisiert ist<sup>1087</sup>, die Aufnahme von Kindern anderer Bekenntnisse aber stets möglich und häufig auch notwendig war und ist. Soweit schließlich der Bayrische Verfassungsgerichtshof dem Elternrecht dadurch genügend Rechnung getragen sieht, daß den Eltern nach der Bayrischen Verfassung die Wahlmöglichkeit zwischen Bekenntnis- und Gemeinschaftsschule zustünde, so daß die Wahl der Erfüllung der Schulpflicht zwischen zwei Bekenntnisschulen dem Staat kraft seines Organisationsrechtes obliege, muß erwidert werden, daß dies in der bayrischen Verfassung insofern verwirklichte „konfessionelle Elternrecht“, d. h. das Recht der Eltern, die Ausgestaltung der Schulart mitzubestimmen und mitzuentcheiden, nicht geeignet ist, die sich aus Artikel 6 Absatz II GG ergebenden Rechte einzuschränken. Das Elternrecht des Artikels 6 Absatz II GG besitzt gerade in weltanschauungsneutralen Fragen Bedeutung im Schulrecht. Das „konfessionelle Elternrecht“ kann, da es auf Grund der Landesverfassung über das in Artikel 6 Absatz II GG gewährte Recht hinausgeht, nicht zum Nachteil der Eltern angewandt werden. Außerdem heißt es, den Eltern Steine statt Brot zu geben, wenn man sie auf Artikel 135 Absatz I Satz 2 BayrVerf. verweist, da die Verwirklichung des „konfessio-

<sup>1084</sup> Vgl. oben S. 169 f.

<sup>1085</sup> Vgl. oben S. 217 f.

<sup>1086</sup> Daher geht auch der Hinweis des BayVerfGH auf die Entscheidung des BVerwG 1959, 366, fehl, die sich mit dem Problem der Schulzweige bei der Einweisung in eine Hilfsschule, d. h. der sogenannten negativen Auslese, befaßt.

<sup>1087</sup> Vgl. oben S. 86 ff.

nellen Elternrechts“ auch nach der bayrischen Verfassung — notwendigerweise — an Voraussetzungen geknüpft ist, die einzelne Eltern gar nicht erfüllen können<sup>1088</sup>.

Dieses aus Artikel 6 Absatz II GG gewonnene Ergebnis findet eine Stütze in Artikel 3 Absatz III und 4 Absatz I GG. Beide Normen verbieten es dem Staat, die Zulassung zu seinen Institutionen von religiösen Momenten abhängig zu machen<sup>1089</sup>. Nun ist allerdings die in den Artikeln 3 Absatz III und 4 Absatz I GG enthaltene Neutralität des Staates durch die besonderen Normen des Schulrechts auf Grund des Artikels 7 Absatz V GG eingeschränkt, wie oben<sup>1090</sup> gezeigt wurde. Diese Einschränkung kann aber angesichts der überragenden Bedeutung der Artikel 3 Absatz III und 4 Absatz I GG nur so weit gehen, wie sie erforderlich ist, um das verfassungsmäßig gewährleistete Institut der Bekenntnisschule verwirklichen zu können. Die Bekenntnisschule, die heute als Bekenntnisschule im materiellen Sinne verstanden und von den Landesverfassungen und Landesgesetzen als solche definiert und vorausgesetzt wird, empfängt ihre Charakterisierung und ihre Bedeutung durch die inhaltliche, ganzheitliche Durchformung der Erziehungsarbeit aus dem entsprechenden Bekenntnis. Die formelle Ausgestaltung als Schule für die Lehrer und Schüler eines Bekenntnisses ist lediglich Folge, nicht aber wesentliches Moment ihrer Charakterisierung<sup>1091</sup>. Diese Folgen können daher nur insoweit rechtmäßig aufrechterhalten und erzwungen werden, als sie notwendig sind, um die Substanz der Bekenntnisschule zu sichern. Das gilt aber für die Zugehörigkeit der Schüler zu einem bestimmten Bekenntnis nicht, ist doch stets mit einer mehr oder weniger großen Minderheit von Schülern anderer Konfessionen in Bekenntnisschulen gearbeitet worden, deren Aufnahme aus religiös-weltanschaulichen Gründen auch verfassungsrechtlich unstreitig eine Notwendigkeit ist, wie oben gezeigt wurde<sup>1092</sup>. Damit aber erweist sich, daß der verfassungsrechtliche Befehl der Artikel 3 Absatz III und 4 Absatz I GG, die Zulassung zu einer staatlichen Institution unabhängig von religiösen Momenten sein zu lassen, gegenüber den Schülern auch der Bekenntnisschule gilt, selbst wenn die Schule grundsätzlich für die Anhänger einer bestimmten Konfession gedacht ist. Die Frage der religiös-weltanschaulichen Beeinflussung ist eben den Eltern überlassen. Die Bekenntnisschule ist nicht gedacht als Schule für einen abgeordneten Bevölkerungsteil, der vor den Augen und Zungen anderer Konfessionen und Bekenntnisse geschützt werden soll, sondern sie ist als Schule gedacht für alle diejenigen, die sich der Erziehung ihrer Kinder in einer bestimmten Geisteshaltung unterwerfen wollen.

Nach allem gilt daher, daß die Eltern das Recht haben, zwischen den verschiedenen Volksschulen diejenige zu wählen, die ihnen am geeignetsten und besten für die Erziehung ihrer Kinder erscheint, wenn mehrere Schulen in demselben Schulbezirk bestehen, und zwar nicht nur aus religiös-weltanschaulichen Gründen, sondern auch aus rein pädagogischen Gründen, da das Elternrecht des Artikels 6

<sup>1088</sup> Vgl. oben 193.

<sup>1089</sup> Vgl. oben S. 130. Aus Art. 3 Abs. III GG ergibt sich das Verbot, die Aufnahme in eine bestimmte Schule von der Konfessionszugehörigkeit abhängig zu machen, bereits dann unmittelbar, wenn Zwergschulen gegenüber ausgebauten Schulen objektiv minderwertiger sind, weil dann eine Diskriminierung wegen des Glaubens stattfindet. Grundmann, in: BayVBl. 1966, S. 39 f., sieht die Zwergschule bereits jetzt als minderwertiger an und folgert daraus zutreffend ein Recht auf Besuch der voll ausgebauten Bekenntnisschule. Wenn der BayVerfGH, Entscheidung vom 20. 3. 1967, DVBl 1967, S. 454 = Bay. VBl 1967, S. 308 = BayVGHE, Bd. 20, II, S. 36, sagt: „Mittlerweile hat sich dank der Erkenntnisse der pädagogischen Wissenschaft allgemein die Überzeugung durchgesetzt, daß gegliederte Schulen den ungegliederten überlegen sind“, dann folgt daraus auf Grund des Diskriminierungsverbotes das Recht jedes Schülers auf Besuch der vollgegliederten Schule, auch wenn diese einer Konfession gewidmet ist, welcher der Schüler nicht angehört. Der oben S. 218 dargelegte Standpunkt, die Größe einer Schule ließe objektiv nicht auf deren Qualität schließen, erscheint zunehmend fraglicher.

<sup>1090</sup> Vgl. oben S. 159 ff.

<sup>1091</sup> Vgl. oben S. 86.

<sup>1092</sup> Vgl. oben S. 218; hinsichtlich der Lehrer vgl. S. 225 ff.

Absatz II GG nicht nur die weltanschaulich-religiöse Bestimmung über das Kind sondern die Leitung und Lenkung der gesamten Erziehung des Kindes umfaßt. Die Grenze des Elternrechts kann insofern lediglich bei dem Recht des Staates liegen, für die Ausbildung anderer Kinder in ordnungsgemäßer Weise zu sorgen und daher die Kapazität einer bestimmten Schule zu begrenzen, um die Überfüllung einer Schule zu verhindern. Eine Entscheidung, die lediglich an die Konfessionszugehörigkeit eines Kindes anknüpft, wird dem Elternrecht des Artikels 6 Absatz II und dem Grundsatz der staatlichen Neutralität nicht gerecht<sup>1093 1094</sup>.

## 11. Abschnitt: Die Rechtsstellung der Lehrer und Lehramtsbewerber

### I. Einleitung und allgemeiner Grundsatz des öffentlichen Dienstes

Wenn der Gewissens- und Religionsfreiheit der Eltern und Kinder durch eine entsprechende Ausgestaltung des Schulsystems entsprochen wird, so fragt es sich, wie weit die Rechte der anderen Partner der Schule, der Lehrer, gewahrt bleiben, denen ebenfalls das Recht der Gewissens- und Religionsfreiheit zusteht. Wird nicht, indem der Gewissens- und Religionsfreiheit der Eltern und Kinder Genüge getan wird, unter Umständen die des Lehrers verletzt und somit entweder das Grundgesetz mit sich selber in Widerspruch gesetzt oder die praktische Durchführung der oben dargestellten Grundsätze für die Ausgestaltung des öffentlichen Schulwesens hier unmöglich gemacht? Das Grundgesetz befaßt sich speziell mit der denkbaren Gewissensverletzung der Lehrer nur im Zusammenhang mit der Garantie des Religionsunterrichtes in Artikel 7 Absatz III Satz 3 GG, nach dem kein Lehrer gegen seinen Willen verpflichtet werden darf, Religionsunterricht zu erteilen. Daneben ergibt sich aus der Tatsache, daß Erziehung mit geistigen Werten zu tun hat, die in mancher Hinsicht religiös und weltanschaulich von Bedeutung sind, die Frage, wie die Rechtsstellung eines Lehrers oder Lehramtsbewerbers ist, der entweder subjektiv nicht bereit ist, das der öffentlichen Schule zugrunde gelegte Gedankengut zu vertreten — sei es, daß er strenggläubiger Christ ist und daher eine Erziehung ohne Bezug auf die Vorstellungen seiner Kirche nicht für vertretbar hält, sei es, daß er Dissident ist und deshalb nicht im Sinne einer Konfession oder des Christentums überhaupt lehren will —, oder objektiv nicht dem Bekenntnis angehört, dem die Schule gewidmet ist, oder nicht fähig ist, im Sinne dieses Bekenntnisses zu unterrichten.

Eingestellte Lehrer sind Inhaber eines öffentlichen Amtes, so daß für alle mit der religiösen und weltanschaulichen Überzeugung und der konfessionellen Zugehörigkeit zusammenhängenden Fragen Artikel 33 Absatz I—III GG von Bedeutung ist, da der Begriff des öffentlichen Amtes in diesen Bestimmungen weit

<sup>1093</sup> So auch im Ergebnis: Maurer, S. 139 f.; Grundmann, in: BayVBl 1966, S. 39 f.; v. Campenhausen, S. 184—193; ders., in: ZevKR, Bd. 14, S. 34 f.; VG Köln, DVBl 1966, S. 50; BayVerfGH, Entscheidung vom 20. 3. 1967, DVBl 1967, S. 454 = BayVBl 1967, S. 308 = BayVGHE, Bd. 20, II, S. 36; OVG Rh.-Pf., NJW 1954, S. 1463: „So besteht für die Eltern ein Wahlrecht zwischen den verschiedenen Schulformen.“ (obiter dictum); Maunz, Staatsrecht, S. 119; ders., Schule und Staat, S. 2; a. A. Wolff, II, S. 348 (ohne Begründung); Polewsky, S. 127 f.: die hier vertretene Ansicht würde die notwendige Schulsprengelenteilung negieren — Polewsky übersieht, daß es sich um die Wahl zwischen Schulen in demselben Schulsprengel handelt.

<sup>1094</sup> Ob daneben aus Art. 12 Abs. I, d. h. dem Recht, eine bestimmte konkrete Ausbildungsstätte wählen zu können, das Recht abgeleitet werden kann, in eine bestimmte Schule auch eines anderen Bekenntnisses aufgenommen zu werden, erscheint fraglich. Streitig ist, ob Art. 12 Abs. I GG auf die Schulen anwendbar ist. Für die Anwendung des Art. 12 Abs. I GG auf sämtliche Schulen: Thieme, in: NJW 1954, S. 742 ff.; Bachof, Die Freiheit des Berufs, S. 235; OVG Berlin, Bd. 3, S. 146. Für die Anwendbarkeit mit Ausnahme der Volksschulen: Hamann, Art. 12, Anm. B 4; v. Mangoldt-Klein, Art. 12, Anm. III, 4, S. 364. Gegen den Einschluß von Schulen in den Schutz des Art. 12 Abs. I GG: Abraham, BK, Art. 12, Anm. II, 3c; OVG Münster, DOV 1958, S. 465; VGH Hessen, Bd. 4, S. 155. Die Entscheidung dieser Frage kann hier dahingestellt bleiben, da Art. 7 Abs. I GG als *lex specialis* gegenüber Art. 12 Abs. I GG anzusehen ist, so daß eine Berufung auf Art. 12 Abs. I GG zu keinem Erfolg führen könnte, wenn dem Staat tatsächlich das Recht zustünde, das der BayVerfGH ihm gewährt.

zu fassen ist und jede berufliche Tätigkeit im Dienste des Staates umfaßt<sup>1095</sup>, und der Zugang zu den öffentlichen Ämtern eines der staatsbürgerlichen Rechte im Sinne des Artikels 33 GG ist<sup>1096</sup>. Artikel 33 Absatz I—III GG ist in gewisser Weise Ausprägung und Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes<sup>1097</sup>, wobei die Besonderheit des Artikels 33 GG darin besteht, daß nur Deutsche rechtlich gleichgestellt werden und daß außerdem nicht nur Differenzierungen verboten werden, die an gewisse natürliche Unterscheidungen anknüpfen, sondern daß in Artikel 33 Absatz II GG bestimmte Merkmale aufgestellt sind, die für den Zugang zu öffentlichen Ämtern beachtet werden sollen. Nach Artikel 33 Absatz II hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Damit wird im Rahmen dieser Qualifikationen ein subjektiv-öffentliches (Grund-) Recht auf die gleiche Chance seiner Bewerbung, nicht aber ein subjektiv-öffentliches Recht auf Übertragung eines bestimmten Amtes oder überhaupt eines Amtes begründet<sup>1098</sup>. Diese Vorschrift regelt lediglich die Voraussetzungen für die Bewerbung um ein öffentliches Amt in der Weise, daß nur die dort genannten Merkmale bei der Auswahl der Bewerber Berücksichtigung finden dürfen. Der Bewerber muß im Vergleich zu anderen Bewerbern vorzugsweise geeignet erscheinen. Die Eignung ist konkret an dem Aufgabenbereich des von dem Bewerber erstrebten Amtes zu messen<sup>1099</sup>. Andere Voraussetzungen für die Berufung in ein öffentliches Amt dürfen nicht verlangt<sup>1100</sup> und darüber hinausgehende Unterscheidungen nicht gemacht werden<sup>1101</sup>.

Wenn Artikel 33 Absatz III GG in Wiederholung von Artikel 3 Absatz III GG und des durch Artikel 140 GG ins Grundgesetz inkorporierten Artikels 136 Absatz II WRV — der auch sprachlich als Vorbild gedient hat — verbietet, die Zulassung zu öffentlichen Ämtern vom religiösen Bekenntnis abhängig zu machen und insbesondere auch aus der Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einem Bekenntnis oder einer Weltanschauung kein Nachteil erwachsen darf, so wird hier lediglich konkretisiert, was sich bereits aus Artikel 3 Absatz III und Artikel 4 Absatz I GG ergibt. Artikel 33 Absatz III GG stellt daher ein absolutes Differenzierungsverbot dar, das demjenigen des Artikels 3 Absatz III GG durchaus gleichartig ist<sup>1102</sup> und eine notwendige Folgerung aus dem Grundsatz der individuellen Religionsfreiheit darstellt<sup>1103</sup>. Hier wird jedenfalls klar gestellt, daß unter dem Gesichtspunkt der Eignung im Sinne des Artikels 33 Absatz II GG die religiöse Überzeugung oder die Zugehörigkeit zu einem Bekenntnis oder einer Weltanschauung generell keine Beachtung finden darf, da die „Zulassung“ zu den öffentlichen Ämtern sowohl die in Absatz II gewährte Möglichkeit, in ein solches Amt berufen zu werden, als auch die entsprechende Berufung selber umfaßt<sup>1104</sup>. Wenn Artikel 33 Absatz III außerdem die im öffentlichen Dienst erworbenen Rechte für unabhängig vom religiösen Bekenntnis erklärt, so ist auch hier ausgesprochen, was sich bereits aus den allgemeinen Vorschriften der Artikel 3 Absatz III und 4 Absatz I GG ergibt, wobei hier — wie die Entstehungsgeschichte zeigt<sup>1105</sup> — vor allem die Beförderung gemeint

<sup>1095</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 33, Anm. IV, 4, S. 807.

<sup>1096</sup> Thieme, Der öffentliche Dienst, S. 59; v. Mangoldt-Klein, Art. 33, Anm. III, 1, S. 804.

<sup>1097</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 33, Anm. II, 1a, S. 797; Ipsen, Gleichheit, S. 193; Jess, BK, Art. 33, Anm. II, 1; Ule, Der öffentliche Dienst, S. 626; Hamann, Art. 33, Anm. A 1; Maunz, Staatsrecht, S. 253; Thieme, Der öffentliche Dienst, S. 59; OVG Rh.-Pf., Bd. 5, S. 9 ff.; Württ.-Bad. VerwGH, NJW 1950, S. 837; BayVerfGH, DVBl 1966, S. 758.

<sup>1098</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 33, Anm. IV, 5, S. 808, mit Literaturnachweis; BayVerfGH, DVBl 1966, S. 758.

<sup>1099</sup> BVerfG 4, 294, 297; v. Mangoldt-Klein, Art. 33, Anm. IV, 2a, S. 805/806; Hamann, Art. 33, Anm. B 2.

<sup>1100</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 33, Anm. III, 6, S. 808; Hamann, Art. 33, Anm. B 2.

<sup>1101</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 33, Anm. IV, 2c, S. 806.

<sup>1102</sup> Hamann, Art. 33, Anm. A 1.

<sup>1103</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 33, Anm. II, 1d, S. 798.

<sup>1104</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 33, Anm. V, 1c, S. 810; Hamann, Art. 33, Anm. B 3; BayVerfGH, DVBl 1966, S. 758.

<sup>1105</sup> Vgl. JöR, n. F., Bd. 1, S. 313 f.

ist<sup>1106</sup>. Der Grundsatz des Artikels 33 Absatz III GG gilt daher sowohl für die Einstellung wie auch für sonstige Veränderungen des Dienstverhältnisses<sup>1107</sup>. Artikel 33 Absatz II und III GG machen deutlich, daß die durch Artikel 3 Absatz III GG verbotenen Unterscheidungsmerkmale religiöser und weltanschaulicher Art auch aus dem öffentlichen Dienstrecht verbannt sind. Nicht nur darf daher kein Bewerber um ein öffentliches Amt und kein Angehöriger des öffentlichen Dienstes wegen der genannten Merkmale benachteiligt oder bevorzugt werden, sondern die Berücksichtigung derartiger Merkmale für deren Rechtsstellung würde auch grundsätzlich gegen die in Artikel 33 GG verbürgte Gleichbehandlung verstoßen. Lediglich die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung dürfen im öffentlichen Dienstrecht von Bedeutung sein.

## II. Das Recht des Lehrers und Lehramtsbewerbers, Religionsunterricht nicht erteilen zu müssen

Das Grundgesetz schließt in Artikel 7 Absatz III Satz 3 GG jede Verpflichtung des Lehrers und jeden Zwang ihm gegenüber aus, Religionsunterricht zu erteilen. Trotz der Weigerung, Religionsunterricht zu erteilen, dürfen für den Lehrer weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Beziehung dienstliche, d. h. seine amtliche Stellung oder seine Beamtenrechte betreffende, oder persönlichen Nachteile zu befürchten sein<sup>1107a</sup>. Gewährt wird hier ein Grundrecht<sup>1107b</sup>. Da der Religionsunterricht inhaltlich der Vermittlung der Glaubenssätze der jeweiligen Religionsgemeinschaften mit absolutem Geltungsanspruch dient<sup>1108</sup>, ist er wesensmäßig eine religiöse Übung im weiteren Sinne, in welche echte religiöse Übungen (Gebete, Choräle, Bibellesungen) einbezogen werden. Artikel 7 Absatz III Satz 3 GG ist insofern unmittelbar Ausfluß der Religions- und Gewissensfreiheit des Artikel 4 Absatz I GG und des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Artikel 3 Absatz III GG, die hier lediglich für einen bestimmten Fall konkretisiert werden, um zu verhindern, daß allgemein beamtenrechtliche Grundsätze (Dienstpflicht) dem Grundrecht der Religionsfreiheit vorgeordnet werden können<sup>1108a</sup>. In Übereinstimmig mit dem allgemeinen Grundrecht des Artikel 4 Absatz I / Artikel 140 GG in Verbindung mit Artikel 136 Absatz 4 WRV brauchen den Lehrer keinerlei religiöse oder weltanschauliche Gründe zur Ablehnung, Religionsunterricht zu erteilen, zu bewegen oder von ihm angeben zu werden. Artikel 7 Absatz III Satz 3 GG stellt insofern einen typisierten Fall der Religions- und Gewissensfreiheit dar, in dem das Grundgesetz davon ausgeht, daß die erzwungene Teilnahme an einer religiösen Übung stets einen Verstoß gegen die Religionsfreiheit darstellt. Da dies in bezug auf den Religionsunterricht von großer praktischer Bedeutung ist und in der täglichen schulischen Arbeit stets erneut in Frage steht, wird das Recht, zur Teilnahme an religiösen Übungen nicht gezwungen zu werden, hier erneut garantiert<sup>1109</sup>.

Der Lehrer kann ebenso sein erteiltes Einverständnis jederzeit zurücknehmen<sup>1109a</sup>.

<sup>1106</sup> Ule, Der öffentliche Dienst, S. 626.

<sup>1107</sup> Ule, Der öffentliche Dienst, S. 631; OVG Berlin, DVBl 1960, S. 688; BayVerfGH, DVBl 1966, S. 758; VGH Mannheim, DVBl 1968, S. 255.

<sup>1107a</sup> v. Mangoldt-Klein, Art. 7, Anm. V, 6, S. 289; Giese, GG, Art. 7, Anm. II, 7; Maunz, Staatsrecht, S. 117 f.; ders., in: Maunz-Dürig, Art. 7, RNr. 55; Wernicke, BK, Art. 7, Anm. II, 3 f.; Zinn-Stein, Art. 58, Anm. 3, S. 292.

<sup>1107b</sup> Allgemeine Ansicht; vgl. v. Mangoldt-Klein, a. a. O.

<sup>1108</sup> Vgl. oben S. 149.

<sup>1108a</sup> A. A. Maunz, in: Maunz-Dürig, Art. 7, RNr. 54; Art. 3, III, 4, und 33, Abs. III betreffen nur das allgemeine Gewaltverhältnis; Polewsky, S. 143; Religionsunterricht decke sich nicht mit dem Bekenntnis und müsse nicht mit der Äußerung eines Bekenntnisses identisch sein.

<sup>1109</sup> So auch: Rambow, S. 114, Anm. 62. Anders: Polewsky, S. 14, und die erste Auflage dieses Buches: Art. 7 Abs. III Satz 3 GG gehe über Art. 4 Abs. I GG hinaus, indem sich der Lehrer ausnahmsweise auf keine religiösen oder weltanschaulichen Gründe zu berufen brauche. A. A. Schmoeckel, S. 75; Art. 7 Abs. III Satz 3 GG schütze nur bei gewissenmäßigen Gründen, die daher wenigstens in groben Zügen angegeben werden müßten; so wohl auch Peters, Elternrecht, S. 428: „... unter Berufung auf sein Gewissen ... verweigern“; Art. 7 Abs. III Satz 3 GG darf auf diesem Wege jedoch keinesfalls durch eine Gewissensforschung eingeschränkt werden, weder aus dem Wortlaut, noch im Sinn der Bestimmung, läßt sich Schmoeckels Ansicht begründen.

<sup>1109a</sup> So auch: v. Drygalski, S. 86; Peters, Elternrecht, S. 428.

Für die Schulverwaltung taucht in einem solchen Fall unter Umständen die Frage auf, wie und wo sie einen derartigen Lehrer verwenden kann. Gerade in ländlichen Gebieten kommt es vor, daß nur ein Lehrer an der Schule tätig ist, so daß dessen Weigerung, Religionsunterricht zu erteilen, es praktisch unmöglich machen würde, den nach Artikel 7 Absatz III Satz 1 GG obligatorisch vorgeschriebenen Religionsunterricht erteilen zu können, wenn der Lehrer nicht entweder an eine andere Schule oder in die Schulverwaltung versetzt werden könnte.

Da kein Lehrer Anspruch auf eine bestimmte Art und Weise seiner Verwendung hat und er bereits nach allgemeinem Beamtenrecht mit seiner Versetzung an eine andere Schule oder einen anderen Ort rechnen muß, stellt eine derartige Versetzung keine Benachteiligung dar. Der Lehrer erleidet keinen Nachteil, weil er in seiner rechtlichen Stellung nicht beeinflußt wird, solange er in der von der Schulbehörde bestimmten neuen Verwendung die gleiche Bezahlung und die gleichen Berufs- und Beförderungsaussichten hat wie in der bisherigen Stellung<sup>1110</sup>. Die gleichen Beförderungsaussichten sind grundsätzlich auch gewährleistet, wenn der Lehrer statt in einer Schule in der Unterrichtsverwaltung verwendet wird<sup>1111</sup>. Außerdem erfolgt hier die Versetzung nicht, weil der Lehrer eine bestimmte religiös-weltanschauliche Überzeugung vertritt oder ablehnt, sondern weil für ihn an dieser Stelle keine weitere Verwendungsmöglichkeit besteht. Es sind daher nicht religiös-weltanschauliche Gesichtspunkte, die als Anknüpfungspunkt der Versetzung anzusehen sind, sondern die Notwendigkeit des Dienstes. Diese organisatorischen Gründe erlauben daher die Versetzung in ein anderes Amt, ohne daß damit rechtliche Nachteile verbunden sein dürfen<sup>1112</sup>.

Bereits bei der Einstellung taucht darüber hinaus die Frage auf, ob ein Bewerber mit der Begründung zurückgewiesen werden kann, er wolle oder könne keinen Religionsunterricht erteilen, und ob hierin eine ermessensfehlerfreie Entscheidung der öffentlichen Gewalt liegt. Da die Schulverwaltung Lehrer benötigt, die bereit und fähig sind, Religionsunterricht zu erteilen, und da der Träger öffentlicher Schulen die Einstellung von seinem Bedarf für die einzelnen Fächer und die Schulen abhängig machen kann, muß die gestellte Frage bejahend beantwortet werden. Der Lehrer, der Religionsunterricht nicht erteilen will oder kann, wird nicht deshalb abgelehnt, weil er eine bestimmte religiöse Überzeugung vertritt oder nicht vertritt, sondern weil für ihn keine Verwendungsmöglichkeit besteht. Es besteht kein wesentlicher Unterschied, ob ein Lehrer nicht angestellt wird, weil er ein bestimmtes weltliches Fach nicht lehren will oder kann, oder ob ein Lehramtsbewerber abgelehnt wird, weil er Religionsunterricht nicht lehren will oder kann. Dies wird deutlich, wenn ein Lehrer einem bestimmten Bekenntnis zwar angehört und auch die Lehrbefähigung zum Religionsunterricht hat, aber aus rein pädagogischen Gründen Religionsunterricht nicht erteilen will. Die Schulverwaltung fragt dementsprechend bei der Einstellung auch nicht nach der religiös-weltanschaulichen Begründung der Ablehnung, sondern richtet sich lediglich nach der Tatsache der Ablehnung als solcher. Da kein Bewerber einen Anspruch auf Zulassung zu einem öffentlichen Amt hat, wird er durch die Ablehnung in seinen Rechten nicht verletzt.

<sup>1110</sup> Maunz, Staatsrecht, S. 118; Fleig, S. 37; Ebers, S. 159.

<sup>1111</sup> Maunz, in: DOV 1950, S. 46.

<sup>1112</sup> So auch Maunz, in: Maunz-Dürig, Art. 7, RNr. 55; Schmoeckel, S. 77; a. A. v. Drygalski, S. 86 f.

### III. Der Einfluß religiös-weltanschaulicher Momente auf die Rechtsstellung der Lehrer und Lehramtsbewerber

#### 1. Die Bekenntnisschule

Die Länder, die nach wie vor die Bekenntnisschule kennen, haben von Verfassungen wegen oder durch Schulgesetz vorgeschrieben, daß an Bekenntnisschulen nur Lehrer der betreffenden Konfession unterrichten sollen<sup>1113</sup>. Darüber hinaus wird in der Praxis der Schulverwaltungen angenommen, daß die Lehrer an Bekenntnisschulen so auszuwählen sind, daß sie den Erfordernissen der Bekenntnisschule entsprechen. Das bedeutet, daß die Lehrer subjektiv bereit sein müssen, an einer Bekenntnisschule im Sinne des Bekenntnisses zu unterrichten, daß sie dem Bekenntnis angehören müssen, dem die Schule gewidmet ist, und nach ihrem persönlichen, objektiv zu bemessenden Voraussetzungen in der Lage sein müssen, den Unterricht im Sinne des Bekenntnisses zu erteilen<sup>1114</sup>.

#### a) Die Übereinstimmung in der religiös-weltanschaulichen Grundhaltung als Einstellungs- und Beförderungsbedingung

Damit wird zunächst bei der Anstellung der Lehramtsbewerber wichtiges Kriterium der Auswahl, ob die Bewerber einer Religionsgemeinschaft angehören und welche religiös-weltanschauliche Haltung sie haben.

Die Zulässigkeit der Beachtung dieser Auswahlkriterien bei der Besetzung von Lehrämtern an Bekenntnisschulen war unter der Weimarer Reichsverfassung heftig umstritten<sup>1115</sup>. Unter dem Grundgesetz dagegen wird die Zulässigkeit der Auswahl der Bewerber nach ihrer religiösen Überzeugung und Zugehörigkeit zu dem entsprechenden Bekenntnis allgemein bejaht<sup>1116</sup>.

Wenn die Zulässigkeit dieser Auswahlkriterien allerdings lediglich damit gerechtfertigt wird, daß die in Artikel 33 Absatz III GG genannten Merkmale selbst eine Differenzierung zwar nicht gestatteten, diese aber „gleichwohl in concreto für die Eignung eines Bewerbers mitbestimmend und aus diesem Zusammenhang heraus beachtlich sein“ könnten<sup>1117</sup>, so wird auf diesem Wege dem Sinn des Artikels 33 Absatz III GG, wie er oben aufgezeigt wurde, widersprochen, zumal keinerlei Kriterien ersichtlich sind, in welchem Fall die Eignung durch religiöse Momente bestimmt sein kann. Auf diesem Wege wird der Verwaltung Tür und Tor geöffnet, um die verschiedensten Ämter unter dem Gesichtspunkt der Eignung von der religiösen Überzeugung und Konfessionszugehörigkeit des Bewerbers abhängig zu machen. Damit wäre die Konfessionalisierung der Ämter, die Artikel 33 Absatz III GG gerade ausschließen will, ermöglicht<sup>1118</sup>.

Zu bedenken ist allerdings, daß eine Institution wie die Bekenntnisschule damit steht und fällt, daß Lehrer im Geiste des Bekenntnisses unterrichten. Das geistige Prinzip dieser Schule kann nur dann erhalten werden, wenn die Lehrer

<sup>1113</sup> So Art. 21 RK; § 22 SchG NRW i. d. F. vom 9. 5. 1968 (mit sog. „Minderheitenlehrer“ für mindestens 12 Schüler); § 17 GHS SchG Rh.-Pf. i. d. F. vom 9. 5. 1968 (mit sog. „Minderheitenlehrer“ für mindestens 25 Schüler); § 9 Abs. II SchOG Saarland vom 5. 5. 1965; § 7 SchG Nds.

<sup>1114</sup> Insoweit wurden stets Ausnahmen gemacht; heute sind außerdem in NRW und Rh.-Pf. sog. „Minderheitenlehrer“ vorgesehen, vgl. Anm. 1113.

<sup>1115</sup> Verneinend: Anschütz, WRV, Art. 136, Anm. 3, S. 624 f.; Giese, in: AöR, n. F., Bd. 22, S. 82 ff.; Mirbt, S. 336 f. Bejahend Huber, in: AöR, n. F., Bd. 22, S. 99 ff.; Ebers, S. 156 f. Das Reichsgericht, das sich mit dieser Frage zu befassen hatte, erklärte sich für unzuständig, RGZ 129, Anhang, S. 1 ff.

<sup>1116</sup> Ipsen, Gleichheit, S. 194; Hamann, Art. 33, Anm. B 2; Hamel, S. 65, 73 f.; Stein, in: NJW 1950, S. 659; Thieme, Der öffentliche Dienst, S. 62; Maunz, Staatsrecht, S. 118 ders., Toleranz, S. 13; ders., in: DVV 1950, S. 46 ff.; Heckel, in: DVV 1953, S. 598; Fleig, S. 36 f.; BayVGH, VerwRspr 7, 281; und die in Anm. 1123 Aufgeführten.

<sup>1117</sup> Ipsen, Gleichheit, S. 194.

<sup>1118</sup> So wäre z. B. denkbar, daß ein Kurdirektor nur „geeignet“ ist, wenn er der Konfession der Mehrheit der Bevölkerung angehört.

an diesen Schulen selbst durch die Grundhaltung bestimmt sind, die sich in der Schule ausprägen soll. Wenn das Grundgesetz in Artikel 7 Absatz V GG mittelbar die Errichtung und Unterhaltung von Bekenntnisschulen gestattet und Artikel 4 Absatz I GG in beschränktem Umfang sogar die Errichtung vorschreibt, so hat der Gesetzgeber hier eine Entscheidung getroffen, die zunächst unabhängig von der Lehrerfrage ist, dieser vorausgeht, weil die Schule um der Schüler und Eltern und nicht um der Lehrer willen errichtet und unterhalten wird, und für ein spezielles Gebiet den Grundsatz der Neutralität des Staates durchbricht. Artikel 33 Absatz III GG ist Teil der allgemeinen Abkehr vom christlichen oder gar konfessionellen Staat zugunsten des religiös-indifferenten, neutralen Staates. Wenn die Verfassung dieses Prinzip der Neutralität in einem bestimmten Lebensbereich durchbricht, so kann die allgemeine Vorschrift des Artikels 33 Absatz III GG keinen Vorrang vor der Regelung des speziellen Lebensbereiches beanspruchen, auf dem ein Teil des Gedankens des christlichen Staates bewahrt wird und dessen Ausgestaltung notwendigerweise die Auswahl der Lehrer nach religiös-weltanschaulichen Momenten erfordert. Die grundgesetzlich gewährleistete Zulässigkeit von Bekenntnisschulen stellt daher auch gegenüber Artikel 33 Absatz III GG eine *lex specialis* dar<sup>1119</sup>. Der Grundsatz des Artikels 33 Absatz III, 3 Absatz III, 140 GG in Verbindung mit Artikel 136 Absatz II WRV wird daher für die Auswahl von Bewerbern für die Bekenntnisschule durchbrochen. Es stellt eine — wie der Bayerische Verfassungsgerichtshof zutreffend feststellte<sup>1120</sup> — für Lehrer geltende Ausnahme vom Prinzip der Religionsfreiheit dar. Diese Ausnahme rechtfertigt sich daraus, daß der Grundsatz, wonach alle öffentlichen Ämter für alle ohne Unterschied des religiösen Bekenntnisses zugänglich sind, insofern gewisse Grenzen hat, als bestimmte Ämter, die in untrennbarem Zusammenhang mit einer bestimmten Konfession stehen, und zwar einem derartigen Zusammenhang, daß sie ihren Inhaber verpflichten, im Sinne und Dienste der betreffenden Konfession seelsorgerisch, lehrend oder sonstwie tätig zu sein, von der Regelung des Artikels 33 Absatz III GG ausgenommen sind<sup>1121</sup>. Das aber gilt auch für Lehrer an staatlichen Bekenntnisschulen, da die Lehrer dort verpflichtet, bereit und geeignet sein müssen<sup>1122</sup>, im Sinne des Bekenntnisses zu lehren, und das Institut der Bekenntnisschule vom Grundgesetz zugelassen ist<sup>1123</sup>. Da sich die Rechtfertigung der Durchbrechung des Artikels 33 Absatz III GG nur aus der besonderen Lehraufgabe ergibt, läßt sich weder eine Auswahl der sogenannten technischen Lehrkräfte (für Turnen, Nadelarbeit, Hausarbeit, Handfertigkeit und Zeichnen)<sup>1124</sup> noch die Auswahl der in der Schulverwaltung tätigen Amtsinhaber<sup>1125</sup> nach konfessionellen Gesichtspunkten rechtfertigen, da dort keine geistige Erziehung stattfindet, die eine Beziehung zum Gedankengut einer Konfession aufweist.

Diese Rechtslage kann allerdings dazu führen, daß ein Lehramtsbewerber durch Verheimlichen seiner wahren nichtkonfessionellen Haltung, d. h. durch Heuchelei,

<sup>1119</sup> Fleig, S. 36; Maunz, Staatsrecht, S. 118; ders., in: DUV 1950, S. 46; Heckel, in: DUV 1953, S. 595.

<sup>1120</sup> BayVerfGH, VerwRspr 7, 281.

<sup>1121</sup> Anschütz, WRV, Art. 136, Anm. 3, S. 624; v. Mangoldt-Klein, Art. 33, Anm. IV, 6, S. 808/809; Ule, Der öffentliche Dienst, S. 631.

<sup>1122</sup> Zur Frage der obj. Eignung vgl. unten c).

<sup>1123</sup> Weber, in: VVDStRL, Bd. 11, S. 164: „... Lehrpersonalpolitik muß ihm (sc. dem Prozeß der Ausbreitung von Bekenntnisschulen) folgen“; so auch v. Campenhausen, S. 134, Anm. 40; Krüger, Nds. Schule, S. 110; BVerwG 17, 267 = 1964, S. 441 = DVBl 1964, S. 279; da die Bekenntnisschule im materiellen Sinne verfassungsmäßig sei, müßten „dann auch bestimmte Eignungsanforderungen an die Lehrer dieser Schule gelten“; BVerwG 19, 253, 260.

<sup>1124</sup> So auch Thieme, Der öffentliche Dienst, S. 62; Hamann, Art. 33, Anm. B 2; ebenso bereits § 41 VUG, vgl. oben S. 73.

<sup>1125</sup> So zutreffend BayVerfGH, VerwRspr 7, 281, für die Mitglieder der Schulpflegschaft, und BayVerfGH, DVBl 1966, S. 758, für das Amt des Schulrats.



die Einstellung in den Schuldienst erlangen kann, obwohl sich später herausstellt, daß er für die Erteilung des Unterrichts an einer Bekenntnisschule ungeeignet ist, da er in Wahrheit die Grundsätze, der die Schule verpflichtet ist, nicht vertritt und seine Entlassung aus bekenntnismäßigen Gründen nicht möglich ist (vgl. unten b). Die Rechtslage ist insofern nicht anders, wenn ein Lehrer eingestellt wurde, weil er fähig und bereit war, Religionsunterricht zu erteilen, und er dies nach seiner Einstellung ablehnt. Das aber kann — sosehr damit dem Mißbrauch der Religionsfreiheit Vorschub geleistet wird — nicht dazu führen, diese Rechtslage zu ändern oder die grundsätzliche Rechtmäßigkeit der Institution der Bekenntnisschule in Frage zu stellen, da keine gesetzliche Bestimmung, die mit geistigen Werten zu tun hat, gegen Mißbrauch abgesichert werden kann.

Gleiches gilt für den Fall der Beförderung. Es ist daher sachgerecht, das Amt eines Schulleiters an einer Bekenntnisschule nur mit einem Angehörigen des entsprechenden Bekenntnisses zu besetzen.

### b) Die Änderung in der religiös-weltanschaulichen Grundhaltung des Lehrers

Die gleichen Erwägungen treffen grundsätzlich auch für den Fall zu, daß ein Lehrer nicht mehr subjektiv bereit und (bzw. oder) objektiv fähig ist, in Übereinstimmung mit den Lehren der Kirche und der geistigen Grundhaltung zu unterrichten, welcher die Schule gewidmet ist. Der Unterschied liegt jedoch darin, daß der Lehrer wohlerworbene Beamtenrechte besitzt.

Auszugehen ist davon, daß die Schulverwaltung nicht verlangen kann, daß der Lehrer seine eigene Überzeugung an die amtliche, in der Wahl der Schulart zum Ausdruck kommende Auffassung angleicht und die Kinder im Sinne einer religiösen Lehre unterrichtet, die er nicht zu vertreten bereit ist. Keinesfalls auch kann ein Lehrer wegen dieser Weigerung aus dem Schuldienst entlassen werden<sup>1126</sup>. Da die Bekenntnisschule aber auf entsprechend geeignete und bereite Lehrer angewiesen ist, steht einer Versetzung an eine andere Schule oder in die Schulverwaltung nichts entgegen, da darin keine Benachteiligung zu sehen ist, und kein Lehrer einen Anspruch auf die Art und Weise seiner Beschäftigung hat. Daß hier die religiös-weltanschauliche Einstellung eines Lehrers als Anknüpfungspunkt für diese beamtenrechtliche Entscheidung überhaupt in Frage kommt, ergibt sich aus dem Wesen der Bekenntnisschule, die mit den bestimmten religiös-weltanschaulichen Sonderungen auskommen muß, die von dem Lehrer vertreten werden müssen, um in der schulischen Arbeit zum Tragen zu kommen. Insofern ergibt sich die Durchbrechung des Neutralitätsprinzips aus der Besonderheit der grundgesetzlich zugelassenen Schulart und den sich daraus ergebenden organisatorischen Notwendigkeiten<sup>1127</sup>.

<sup>1126</sup> Maunz, in: Maunz-Dürig, Art. 7, RNr. 58; Scholler, Gewissensfreiheit, S. 160; Heckel, in: DOV 1953, S. 595; Arndt, Schule und Staat, S. 89. Daraus folgt auch, daß kein Lehrer zur Teilnahme an sonstigen religiösen Veranstaltungen (z. B. Schulandacht, Schulgottesdienst usw.) gezwungen werden darf; Heckel, in: DOV 1950, S. 3. Ein seltener Fall ist der, daß ein Lehrer sich gewissenmäßig verpflichtet fühlen sollte, auch in einer Gemeinschaftsschule oder in einer christlichen Gemeinschaftsschule die spezifische Lehre seiner Konfession oder seiner Weltanschauung zu verbreiten, obwohl davon gerade abgesehen werden muß. Die Gewissens- und Religionsfreiheit werden zwar durch das Beamtenverhältnis nicht eingeschränkt (Scholler, Gewissensfreiheit, S. 160; Ule, Der öffentliche Dienst, S. 630; Maunz, Staatsrecht, S. 114). Die Gewissensfreiheit findet aber ihre Grenze an den Rechten anderer — vgl. oben S. 185 f. —, d. h. an den Rechten der Eltern, die ihre Kinder in eine Gemeinschaftsschule schicken, wie auch der Kinder, die das grundgesetzliche Recht haben, ihre Religion frei von staatlicher Beeinflussung selber zu finden. Der Lehrer ist daher zur Toleranz verpflichtet, wie in mehreren landesrechtlichen Bestimmungen festgelegt ist. Der Lehrer, der in der Schule die Lehre eines anderen Bekenntnisses vertritt als dem, der die Schule zu dienen bestimmt ist, oder die Lehre einer bestimmten Konfession in einer (christlichen) Gemeinschaftsschule verbreitet, kann sich daher nicht auf den Schutz der Art. 33 Abs. III, 3 Abs. III, 4 Abs. I, 140 GG in Verbindung mit Art. 136 WRV berufen, sondern muß um seine Versetzung in den Dienst an einer geeigneten Schule oder in den Verwaltungsdienst nachsuchen, um sich als Lehrer selber die Beeinflussung der Kinder gegen den Willen der Eltern unmöglich zu machen. Ähnlich OVG Koblenz, DVBl 1957, S. 138, für einen Lehrherrn, der einen Lehrling zum Übertritt zu den „Zeugen Jehovas“ zu bestimmen versucht hatte.

<sup>1127</sup> So auch BVerwG, Urt. vom 6. 12. 1963, BVerwGE 17, S. 267 = NDR 1964, S. 441 = DVBl 1964, S. 279.

### c) „Eignung“ des Lehrers und Lehramtsbewerbers

Während sich das subjektive Bereitsein des Lehrers bereits daraus ergibt, daß er ein Lehramt an einer Bekenntnisschule übernimmt, und er daher seine abweichende Ansicht gegebenenfalls bekunden muß, tauchen hinsichtlich der Befähigung mancherlei Zweifelsfragen auf. Die Eignung zum Unterricht an einer Bekenntnisschule ist objektiv zu bestimmen und deren Beurteilung kann gerichtlich überprüft werden, obwohl dem Dienstherren hier ein Beurteilungsspielraum zusteht, innerhalb dessen jedoch von einer sachgerechten Wertung der Tatsachen auszugehen ist<sup>1128</sup>. Die Befähigung des Lehrers ist in jedem Fall von der zuständigen Behörde festzustellen, die insoweit an die Beurteilung der jeweiligen Kirchenbehörden nicht gebunden ist. Als unerlässlich erscheint insofern zunächst, daß der Betroffene der jeweiligen Religionsgemeinschaft angehört, in deren Geist die Bekenntnisschule unterrichtet, da ein Lehrer, der der entsprechenden Kirche nicht angehört, auch dann unglaubwürdig zu sein droht, wenn er sich bemüht, in deren Sinn zu unterrichten<sup>1129</sup>. Ob ein Lehrer auch dann ungeeignet ist, wenn er zwar Kirchenmitglied ist, aber gegen Gebote und Verbote seiner Kirche verstößt, kann nur im Einzelfall unter Abwägung aller Umstände beurteilt werden. Dabei geht das Bundesverwaltungsgericht<sup>1130</sup> von der richtigen Feststellung aus, daß nicht jeder Verstoß den Lehrer als ungeeignet erscheinen läßt, da einerseits auch von ihm nicht erwartet werden kann, ein in jeder Hinsicht vorschrittmäßiges Leben zu führen, die konkreten Folgerungen für die Lebensführung auch innerhalb der Kirchen streitig sind und andererseits nicht jeder noch so leichte Verstoß zu schwerwiegenden Folgen führen kann. Dem Bundesverwaltungsgericht ist zuzustimmen, wenn es auf „die wichtigsten Grundsätze des Bekenntnisses“ abstellt und die Nicht-Anerkennung und Nicht-Beachtung solcher Grundsätze und damit das Fehlen der Eignung von „beharrlichen Verstößen gegen sie abhängig“ macht, da nur dann das Verhalten des Lehrers „Ausdruck einer grundsätzlichen Gegnerschaft zum Bekenntnisglauben“ sein kann<sup>1131</sup>.

Dabei erscheint es vertretbar, die Eignung eines Schulleiters an höheren Anforderungen zu messen als diejenige eines Lehrers, da er das Kollegium seiner Schule anzuleiten hat<sup>1132</sup>. Wenn die fehlende Eignung nicht festgestellt werden kann, verbleibt naturgemäß das für jede Beamtenernennung und -beförderung übliche Ermessen, bei welchem der Dienstherr von sachgerechten, ermessensfehlerfreien Erwägungen auszugehen hat. Im Rahmen dieses Ermessens ist es jedoch ausgeschlossen, religiös-weltanschauliche Momente erneut und unter dem Gesichtspunkt zu erwägen, daß die Besorgnis der Nichteignung auf Grund der Einstellung und Haltung gegenüber der Kirche bestehe<sup>1133</sup>.

<sup>1128</sup> Vgl. BVerwGE 17, 267.

<sup>1129</sup> So auch BVerwGE 17, 267.

<sup>1130</sup> BVerwGE 17, 267 (VI. Senat), dahingestellt in: BVerwG 19, 253 (II. Senat).

<sup>1131</sup> Die fehlende Eignung wurde vom Bundesverwaltungsgericht, a. a. O., zu Recht verneint, als eine katholische Lehrerin an einer katholischen Bekenntnisschule einen geschiedenen Mann lediglich standesamtlich heiratete, als sie bereits ein Kind von ihm erwartete, da die praktische Anwendung der angeführten Grundsätze von dem Geist der Wertvorstellung des Grundgesetzes geprägt sein muß und hier die in Art. 6 GG geschützte Pflicht zur ehelichen Gemeinschaft es ausschließt, bereits in der Eheschließung einen „beharrlichen Verstoß“ zu sehen. Das bloße Leben in einer „Mischehe“ oder in der Ehe mit einem geschiedenen Mann reicht für die Verneinung der „Eignung“ jedenfalls nicht aus — so auch Heckel, in: DOV 1953, S. 596, unter Nr. 4, so wohl auch BVerwG, a. a. O. Das BVerwG, a. a. O., entschied zwar ausdrücklich nur den Fall, daß die Schulverwaltung annahm, sie sei zur Versetzung der Lehrerin verpflichtet, und ließ die Frage offen, ob der Sachverhalt es gerechtfertigt hätte, die Lehrerin nach pflichtgemäßem Ermessen zu versetzen. Diese Frage muß aber ebenso beantwortet werden, da ein Ermessensmißbrauch vorliegt, wenn von Erwägungen ausgegangen wird, die das Grundgesetz mißbilligt.

<sup>1132</sup> BVerwGE 19, 258.

<sup>1133</sup> A. A. BVerwGE 19, 253, 259; diesem Urteil ist im Ergebnis zuzustimmen, da das Gericht zutreffend in der Tatsache, daß der katholische Bewerber für die Schulleiterstelle der katholischen Bekenntnisschule zehn Jahre lang in kirchlich nicht getrauter Ehe gelebt, dies verheimlicht und nur so die missio canonica erhalten hatte, die mangelnde Eignung für das Amt eines Schulleiters sah.

## 2. Die christliche Gemeinschaftsschule

Einige der Länder, die christliche Gemeinschaftsschulen entweder ausschließlich oder neben Bekenntnisschulen darbieten, haben von Verfassungen wegen oder in ihren Schulgesetzen vorgeschrieben, daß an diesen Schulen christliche Lehrer unterrichten sollen, oder die Lehrer entsprechend der Konfession der Schüler anzustellen sind, die die jeweilige Schule besuchen<sup>1134</sup>. Darüber hinaus wird aus dem Wesen der christlichen Gemeinschaftsschule geschlossen, daß der Lehrer bereit und fähig sein muß, im christlichen Geiste zu unterrichten und zu erziehen, wobei der religiös-weltanschaulichen Zusammensetzung der Schüler durch eine entsprechende Zusammensetzung des Lehrerkollegiums entsprochen werden soll.

Soweit gesetzlich bestimmt ist, daß bekenntnismäßig nicht gebundene Lehrer nicht benachteiligt werden dürfen<sup>1135</sup>, ergibt sich keine Besonderheit gegenüber dem oben unter I dargestellten Grundsatz. Das gleiche muß auch dann gelten, wenn die Auslegung der Landesgesetze ergibt, daß die christliche Gemeinschaftsschule nicht der religiösen Gesinnungsbildung dienen, sondern lediglich die christlichen Kulturgüter vermitteln soll, sie also keine echte christliche Gemeinschaftsschule ist. Daß Lehrer an derartigen Schulen keine antichristlichen Thesen vertreten dürfen, wurde oben<sup>1135a</sup> bereits ausgeführt; dies läßt aber keinerlei Schlußfolgerungen hinsichtlich der Auswahl der Bewerber und der Besetzung von Lehrämternstellen zu, weil es sich insofern um eine allen Lehrern aufgegebene Verpflichtung handelt.

Für die echte christliche Gemeinschaftsschule gilt dagegen das für die Bekenntnisschule Ausgeführte entsprechend. Da das Grundgesetz das Institut der christlichen Gemeinschaftsschule zuläßt, trifft es für einen speziellen Lebensbereich eine Regelung, die die allgemeine Regelung des Artikel 33 Absatz III GG verdrängt, so daß der Lehrer an einer derartigen Schule persönlich bereit und befähigt sein muß, allgemein christliche ethische Werte und Glaubensüberzeugungen zu vertreten und zu vermitteln, da nur so der Charakter der echten christlichen Gemeinschaftsschule gewahrt werden kann<sup>1136</sup>. Die objektive Eignung zeigt sich auch hier zunächst an der Zugehörigkeit zu einer der beiden großen Kirchen. Dies kann jedoch nicht ausschlaggebend sein, da sowohl in den kleineren Religionsgemeinschaften als auch außerhalb der Kirchenmitgliedschaft echte christliche Gesinnung und Glaubenshaltung denkbar und möglich sind. Auch ohne Bekenntniszugehörigkeit kann die Persönlichkeit des Lehrers die Gewähr für eine allgemein christliche Haltung bieten, so daß die Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft nicht letztlich ausschlaggebend sein darf<sup>1137</sup>.

Fraglich erscheint schließlich die Regelung verschiedener Länder, wonach die Lehrer an einer christlichen Gemeinschaftsschule nicht nur überhaupt christliche Grundsätze vertreten müssen, sondern auch entsprechend dem Bekenntnis der Schüler an den betreffenden Schulen zu verteilen sind<sup>1138</sup>. Diese Regelung kann dazu führen, daß die Schulverwaltung unter Umständen zeitweilig nur Lehramtsbewerber einer bestimmten Konfession einstellt, weil sie nur Lehrer einer bestimmten Konfession benötigt, oder Anhänger von religiösen christlichen Minderheiten überhaupt nicht anstellt, weil nicht genügend Kinder der christlichen

<sup>1134</sup> So Art. 16 Abs. II Satz 1 Verf. Bad.-Württ.; § 34 Abs. 1 SchG Baden — vgl. StGH Baden, DVBl 1950, S. 275; Art. 8 VoSchG Bayern vom 13. 12. 1968; § 22 Abs. 1 SchOG NRW vom 5. 3. 1968; § 7 SchG Nds.; Art. 29 Verf. Rh.-Pf.

<sup>1135</sup> So Art. 16 Abs. II Satz 2 Verf. Bad.-Württ. — vgl. StGH Baden, DVBl 1950, S. 175 = ZevKR, Bd. 1, S. 334, und VGH Mannheim, Urt. vom 14. 6. 1967, DVBl 1968, S. 255.

<sup>1135a</sup> Vgl. oben S. 90.

<sup>1136</sup> Hamel, S. 74; Stein, in: NJW 1950, S. 659; Ule, Der öffentliche Dienst, S. 631, BadStGH, DVBl 1950, S. 275 = ZevKR, Bd. 1, S. 334.

<sup>1137</sup> Huber, in: AöR, Bd. 22, S. 102; BadStGH, DVBl 1950, S. 275 = ZevKR, Bd. 1, S. 334; a. A. Deuschle, S. 81.

<sup>1138</sup> So ausdrücklich § 7 SchG Nds.; Art. 16 Abs. II Verf. Bad.-Württ.; § 34 SchG Baden; § 22 Abs. I SchOG NRW; Art. 8 VoSchG Bayern; Art. 6 Kirchenvertrag Schf.

Religionsgemeinschaft in den Schulen sind, um die Anstellung eines Lehrers ihrer Konfession zu rechtfertigen. Wenn ein Lehrer bereit und fähig ist, im Sinne einer allen christlichen Konfessionen noch gemeinsamen Überzeugung zu lehren, so kann es keine Rolle spielen, woher er die Fähigkeit nimmt, in dem Geiste des Christentums zu erziehen. Zwar vermag ein nichtchristlicher, ein konfessioneller Lehrer an einer christlichen Schule nicht zu erziehen, weil er unfähig ist, christliches Bildungsgut, das er als nicht christlich Gebundener nicht kennt und nicht anerkennt, zu vermitteln. Daß aber z. B. ein katholischer Lehrer nicht in der Lage sein sollte, evangelische Kinder so zu unterrichten, daß sie von ihrer Konfession nicht entfernt, sondern unter Umständen sogar bestärkt werden, kann nicht zugegeben werden. Aus dem Wesen der christlichen Gemeinschaftsschule ergibt sich nichts Gegenteiliges, da ja gerade Kinder aller Konfessionen zusammen erzogen werden. Es ist nicht einzusehen, daß nicht Lehrer aller Konfessionen dies gleichermaßen vermöchten, so daß insofern keine Spezialregelung im Schulrecht anzuerkennen ist. Die Zulassung der christlichen Gemeinschaftsschule und die damit eröffnete Begrenzung oder Ausnahme von Artikel 33 Absatz III GG kann nur so weit gelten, wie sie sich aus dem Wesen der entsprechenden Institution zwingend rechtfertigen läßt<sup>1139</sup>. Bei der Anstellung von Lehramtsbewerbern kann dieser Gesichtspunkt ebenso wenig eine Rolle spielen<sup>1140</sup> wie bei der Besetzung des Amtes eines Schulleiters<sup>1140a</sup>.

### 3. Die Gemeinschaftsschule

Dagegen kann für die Auswahl der Lehrer an anderen Schulen, die nicht Bekenntnis- oder christliche Gemeinschaftsschulen sind, die religiöse Überzeugung, das Bekenntnis oder die Weltanschauung der Lehramtsbewerber keine Rolle spielen<sup>1141</sup>.

## IV. Die Lehrerausbildung

### 1. Die Regelung der Länder

Eng verbunden sowohl mit der Ausgestaltung des öffentlichen Schulwesens in weltanschaulich-religiöser Hinsicht wie auch mit der Rechtsstellung der Lehrer und Lehramtsbewerber ist die Frage nach der Ausgestaltung des Ausbildungswesens für Lehrer.

Während die Weimarer Reichsverfassung noch den Gesetzesbefehl an den Reichsgesetzgeber enthielt, die Bildung aller Lehrer nach den Grundsätzen, die für die höhere Bildung allgemein galten, für das Reich einheitlich zu regeln (Art. 143 Abs. II WRV)<sup>1142</sup>, der erst im Dritten Reich in den Lehrerbildungsanstalten in unzureichender Weise verwirklicht wurde, enthält sich das Grundgesetz jeglicher speziellen Regelung der Lehrerausbildung. Die Länder sind nach 1945 verschiedene Wege gegangen, da ihnen die Regelung der Lehrerausbildung auf Grund der Artikel 30/70 GG zusteht<sup>1143</sup>.

<sup>1139</sup> Heckel-Seipp, S. 150: „Wenn sie sich in den sachlich gebotenen Grenzen hält.“

<sup>1140</sup> Wie hier: H. Krüger, Nds. Schule, S. 110. A. A. Stein, in: NJW 1950, S. 659 (ohne Begründung); Hamel, S. 65, mit der oben unter III, 1a bereits kritisierten Begründung, daß z. B. ein evangelischer Lehrer für ein rein katholisches Dorf ungeeignet sei; BayVerfGH, Bay. GVBl 1952, S. 83, 94 f., der sich mit Art. 33 Abs. II und III GG nicht auseinandersetzt; Deuschle, S. 92; „Die rechtliche Zulässigkeit folgt aus der (welcher) schulischen Notwendigkeit.“

<sup>1140a</sup> So auch VGH Mannheim, DVBl 1968, S. 255.

<sup>1141</sup> So auch Ule, Der öffentliche Dienst, S. 361.

<sup>1142</sup> Vgl. Landé, S. 215 ff.

<sup>1143</sup> Geiger, Schule und Staat, S. 28.

Nur die Ausbildung der wissenschaftlichen Lehrer an Höheren Schulen erfolgt in allen Bundesländern durch ein Studium an der Universität.

Die Ausbildung der Volksschullehrer dagegen erfolgt nur in Hamburg an der Universität. In Bayern bestehen Pädagogische Hochschulen der Landesuniversitäten, in Hessen Hochschulen für Erziehung, die an den Universitäten errichtet sind. In den übrigen Ländern bestehen eigenständige Hochschulen, die sogenannten Pädagogischen Akademien oder Pädagogischen Hochschulen. In der Mehrzahl der Länder erfolgt die Ausbildung nicht nach Konfessionen getrennt. Nur im Saarland gibt es lediglich nach Konfessionen getrennte Akademien, die ebenso wie die entsprechenden Volksschulen vom Geiste des betreffenden Bekenntnisses durchformt sein sollen<sup>1144</sup>. In Niedersachsen bestehen sowohl konfessionell durchformte wie auch simultane Lehrer-Ausbildungsanstalten<sup>1145</sup>, in Nordgetrennt, neben denen allerdings zwei simultane Akademien bestehen, und in Bayern gibt es außer den sieben konfessionellen eine simultane Pädagogische Hochschule<sup>1146</sup>.

## 2. Die Zulässigkeit der konfessionellen Lehrerausbildung

Ebenso wie im Schulrecht muß auch hier die Frage nach der Zulässigkeit derartiger konfessioneller Ausgestaltung einer staatlichen Institution gestellt werden. Denn der weltanschauungsneutrale Staat verwirklicht auch hier ein Residuum des christlichen Staates, indem er sich unmittelbar zum Förderer religiöser Belange macht, wenn er seine eigenen Institutionen nach religiösen Gesichtspunkten organisiert und damit aktiv durch seine eigenen Mittel religiöses Gedankengut verbreitet. Die Zulässigkeit der konfessionellen Lehrererziehung kann sich daher lediglich rechtfertigen lassen, wenn sich aus dem Zusammenhang mit dem Schulrecht die Notwendigkeit zur entsprechenden Ausgestaltung der Lehrerbildung ergibt.

Der Staat hat ein Lehrerausbildungsmonopol. Angestellt werden vom Staat und den sonstigen öffentlichen Schulträgern nur Lehrer, die sich einer Ausbildung in einer staatlichen Ausbildungsanstalt unterzogen haben<sup>1147</sup>. Da das öffentliche Schulwesen Lehrer braucht, die bereit und fähig sind, an Bekenntnisschulen zu unterrichten, muß der Staat in der Lage sein, Lehrer auszubilden, die die Fähigkeit besitzen, im Geiste des entsprechenden Bekenntnisses zu unterrichten. Diese Fähigkeit wird nicht allein durch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Konfession erlernt, sondern bedarf der Ausbildung, die an den Pädagogischen Akademien muß empfangen werden können. So folgt die konfessionelle Lehrerausbildung aus der Zulässigkeit von Bekenntnisschulen und deren Bedarf an geeigneten Lehrern<sup>1148</sup>.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich aber zugleich die Begrenzung der Möglichkeit, die Lehrerausbildung nach konfessionellen Gesichtspunkten zu organisieren. Wenn und soweit es für den Aufbau des Schulwesens notwendig ist,

<sup>1144</sup> Vgl. Heckel-Seipp, S. 146; W. Weber, Lehrerbildung, S. 27—29.

<sup>1145</sup> Zur Lehrerausbildung in Niedersachsen vgl. Toews, S. 91 ff.

<sup>1146</sup> In Rh.-Pf. bestanden zunächst nur konfessionelle Ausbildungsstätten; aufgrund der Verfassungsänderung vom 3. 2. 1964 wurden auch christliche simultane Lehrerausbildungsstätten vorgesehen; durch die Verfassungsänderung (Art. 36 Verf. Rh.-Pf.) vom 14. 2. 1969 — GVBl. S. 61 — wurden die konfessionellen in simultane Pädagogische Hochschulen umgewandelt. In Bad.-Württ. wurden durch Gesetz vom 11. 2. 1969 — GVBl. S. 15 — die drei bis dahin konfessionellen Pädag. Hochschulen Freiburg, Heidelberg und Weingarten in simultane umgewandelt. Nach Art. 12 des bay. Lehrerbildungsgesetzes von 1958 ist neben den konfessionellen Pädag. Hochschulen eine simultane zu errichten, wenn sich eine „ausreichende Zahl von Studierenden“ dafür entscheidet; die Abstimmung wurde jahrelang verzögert, obwohl stets darauf gedrängt wurde — vgl. „Der Spiegel“ vom 29. 1. 1964. — Nach einer Abstimmung im Jahre 1967 wurde dann die Pädag. Hochschule München mit Wirkung vom 1. 10. 1967 zur simultanen erklärt.

<sup>1147</sup> Lehrer an privaten Schulen erfüllen das Erfordernis entsprechender wissenschaftlicher Ausbildung — Art. 7 Abs. III Satz 3 GG — in der Regel durch den Besuch einer staatlichen Lehrerausbildungsanstalt, Heckel, Pöschel, S. 281; § 11 LV.

<sup>1148</sup> W. Weber, in: VVDStRL, Bd. 11, S. 164; BayVerfGH, Entscheidung vom 7. 11. 1967, DUV 1967, S. 171.

Lehrer anzustellen, die eine entsprechende Ausbildung erfahren haben, ist es gerechtfertigt, die Lehrerausbildung konfessionell zu gestalten. Soweit das nicht der Fall ist, ist der Staat an das im Grundgesetz enthaltene Gebot der religiös-weltanschaulichen Neutralität gebunden. Die Länder, die lediglich die Gemeinschaftsschule kennen, sind daher nicht berechtigt, konfessionelle Lehrerbildungsstätten zu errichten. Dies muß auch für solche Länder gelten, die die christliche Gemeinschaftsschule verwirklicht haben, da eine gemeinsame Erziehung der Kinder auf den gemeinsamen Grundlagen aller Konfessionen auch nur die Erziehung der Erzieher im Geiste der gemeinsamen Grundlage erlaubt. Gegenteiliges läßt sich auch nicht aus der Freiheit der Länder zur Ausgestaltung der Lehrerbildung entnehmen, da die Länder an die Grundlagen der staatlichen Rechtsordnung gebunden sind, zu denen das in den Artikeln 3, 4 und 140 GG ausgesprochene und in verschiedenen Einzelbestimmungen des Grundgesetzes konkretisierte Neutralitätsprinzip gehört. Der von Landé<sup>1149</sup> für die Weimarer Reichsverfassung und deren grundsätzlich vorgesehene Gemeinschaftsschule ausgesprochene Grundsatz: „Innerhalb der Systematik der Schulartikel ist die konfessionelle Organisation der Lehrerbildungsinstitute eine schwer vorstellbare Anomalie“ hat auch heute noch insofern Bedeutung, als in einem Land, in dem die Schule nicht nach konfessionellen Gesichtspunkten gegliedert ist, eine konfessionelle Organisation der Lehrerausbildung als schwer vorstellbare Anomalie anzusehen ist<sup>1150</sup>.

Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz gibt dem einzelnen allerdings keine Möglichkeit, sich gegen die bestehende Organisation zu wenden, da niemandem ein Rechtsanspruch auf Errichtung einer bestimmten Ausbildungsstätte zusteht<sup>1151</sup>. Bestehen bleibt allerdings der Vorwurf gegenüber dem Staat, seine Lehrerausbildung nicht entsprechend seinem öffentlichen Schulwesen und unter Außerachtlassung des Neutralitätsprinzipes zur Förderung religiöser Belange ausgestaltet zu haben, ohne hierzu berechtigt zu sein.

### 3. Zulassungsvoraussetzungen zu einer konfessionellen Lehrerausbildungsstätte

Hinsichtlich der konfessionell durchformten Pädagogischen Akademien ergibt sich die Frage, ob die Länder befugt sind, die Zulassung zu derartigen Ausbildungsstätten auf die Mitglieder der Konfession zu beschränken, der die Akademie zu dienen bestimmt ist, und andere Bewerber auf andere Akademien des Landes, d. h. auf die Akademien anderer Konfession oder simultanen Charakters, oder gar auf Akademien anderer Bundesländer zu verweisen.

Daß die Pädagogischen Akademien Ausbildungsstätten im Sinne des Artikels 12 Absatz I GG sind, ist offensichtlich<sup>1152</sup>. Die Zulassung zu einer derartigen Akademie liegt daher im Schutzbereich des Artikels 12 Absatz I GG, der jedem Deutschen das Grundrecht gewährt, die Ausbildungsstätte frei zu wählen. Dieses Grundrecht wurde bei Schaffung des Grundgesetzes erst verhältnismäßig spät und auf Anregung aus studentischen Kreisen in Artikel 12 GG aufgenommen<sup>1153</sup>.

<sup>1149</sup> Landé, S. 219.

<sup>1150</sup> Zu Recht und folgerichtig sind daher Art. 19 Verf. Bad.-Württ. und § 2 des Gesetzes über die Ausbildung der Volksschullehrer vom 21. 7. 1958 Bad.-Württ. durch Gesetz vom 11. 2. 1969 (GVBl. Bad.-Württ. S. 15) geändert und die konfessionellen Pädagogischen Hochschulen in Bad.-Württ. in gemeinschaftliche umgewandelt worden, nachdem zuvor die Bekenntnisschulen in Württ.-Hzl. beseitigt worden waren.

Weder aus dem Reichskonkordat, noch aus dem Bayerischen Konkordat folgt die Verpflichtung eines Landes, konfessionell gegliederte Lehrerausbildungsanstalten zu unterhalten; vgl. W. Weber, Lehrerbildung, S. 13–26 mit weiterem Nachweis. Landé, a. a. O., folgerte außerdem aus Art. 143 Abs. II WRV das Verbot, die Lehrerausbildung nach Bekenntnissen und Weltanschauungen getrennt zu gestalten; diese Argumentation ist heute nicht mehr möglich.

<sup>1151</sup> Thieme, in: NJW 1954, S. 773/774; Abraham, BK, Art. 12, Anm. II, 3; BVerwG, NJW 1960, S. 1122; BVerwG, DVBl 1958, S. 512; VGH Kassel, DVBl 1951, S. 145.

<sup>1152</sup> Abraham, BK, Art. 12, Anm. II, 3c; v. Mangoldt-Klein, Art. 12, Anm. III, 4, S. 364; BVerwG, NJW 1960, S. 1120.

<sup>1153</sup> Bachof, Freiheit des Berufs, S. 252.

Gedacht war zunächst nur an die 1948/49 noch nicht wieder hergestellte Freizügigkeit der Studenten<sup>1154</sup>. Aber darüber hinaus gewährt es dem einzelnen das Recht, eine bestimmte konkrete Ausbildungsstätte zu wählen<sup>1155</sup>, ohne durch die staatliche Gewalt behindert zu werden. Öffentliche Ausbildungsstätten sind daher grundsätzlich verpflichtet, einen Bewerber aufzunehmen. Lediglich aus anstaltsrechtlichen Gesichtspunkten kann die Aufnahme verweigert werden, so daß insbesondere die Aufnahme in eine Ausbildungsstätte von bestimmten subjektiven Voraussetzungen, wie z. B. Anforderungen an den Charakter, Vorbildung, Kenntnisse und Verhalten des Auszubildenden, die sich für das Ausbildungsziel oder die Realisierung des Wesens der Ausbildungsstätte als notwendig erweisen, und der vorhandenen Ausbildungskapazität abhängig gemacht werden kann<sup>1156</sup>. Neben diesen aus dem Zweck der Ausbildung sich ergebenden Grenzen der Freiheit der Wahl der Ausbildungsstätte ergeben sich aus Artikel 33 Absatz V GG insofern Schranken des Artikels 12 Absatz I GG, als dort eine Spezialregelung für den öffentlichen Dienst getroffen worden ist. Nun werden zwar an den Lehrerausbildungsstätten zum größten Teil Lehrer für den öffentlichen Schuldienst ausgebildet. Eine Spezialregelung auf Grund des Artikels 33 Absatz V GG kann aber die Freiheit des Artikels 12 Absatz I GG nur dann verdrängen, wenn die Ausbildungsstätte ausschließlich der Ausbildung für ein öffentliches Amt dient und nicht zugleich notwendige Ausbildungsstätte für andere berufliche Tätigkeiten und damit allgemeine Ausbildungsstätte ist<sup>1157</sup>. Der Beruf eines Lehrers kann nicht nur im öffentlichen Dienst ausgeübt werden, sondern auch in Privatschulen, als Privatlehrer oder in anderweitiger Berufsmöglichkeit. Aus Artikel 33 Absatz V GG ergeben sich daher keine Einschränkungen der freien Wahl der Ausbildungsstätte, sondern nur auf Grund der oben aufgezeigten subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen.

Die aus dem Ausbildungszweck gerechtfertigten subjektiven Zulassungsvoraussetzungen dürfen allerdings die vom Grundgesetz gewährleisteten Grundrechte nicht einengen, es sei denn zum Schutz höherwertiger Rechtsgüter.

Wenn nun ein Bewerber wegen seines Bekenntnisses nicht zum Studium an einer konfessionell durchformten Pädagogischen Akademie zugelassen wird, so scheidet der Ausschluß des Bewerbers bereits an dem absoluten Differenzierungsverbot des Artikels 3 Absatz III GG, da in der Nichtzulassung eine Benachteiligung wegen der weltanschaulichen oder religiösen Überzeugung oder der Zugehörigkeit zu einem Bekenntnis liegt, wie das Bundesverwaltungsgericht zutreffend in seinem Urteil vom 29. Januar 1960 ausgeführt hat<sup>1158</sup>. Daß die Lehrerausbildungsstätten auch erzieherische Aufgaben zu erfüllen haben, kann nicht bezweifelt werden, da derartige Ausbildungsstätten nicht nur Bildung — worin im übrigen bereits insofern ein erzieherisches Moment liegt, als daß jede echte Bildung auch den Menschen formt —, sondern auch ganz bewußt das Denken in einem bestimmten Bekenntnis vermitteln wollen. Diese religiöse Ausbildung und Ausrichtung berechtigt aber nicht dazu, das erstrebte Bildungs- und Erziehungsideal in einer Weise zu erzwingen, die einer Ausschaltung der freiheitlichen Rechte gleichkäme. Die Freiheit der Wahl der Ausbildungsstätte und die Freiheit der Religion würden illusorisch werden, wenn die Pädagogischen Akademien die Zulassung wegen einer den Schutz

<sup>1154</sup> JöR n. F. Bd. 1, S. 136 ff.

<sup>1155</sup> Bachof, a. a. O., S. 255; Hamann, Art. 12, Anm. B 4; BVerwG, NJW 1959, S. 498.

<sup>1156</sup> Bachof, Freiheit des Berufs, S. 254; Abraham, BK, Art. 12, Anm. II, 3c; v. Mangoldt-Klein, Art. 12, Anm. III, 4, S. 364; Thieme, in: NJW 1954, S. 743/744; Hamann, Art. 12, Anm. B 4; BVerwG, NJW 1960, S. 1122.

<sup>1157</sup> Bachof, a. a. O., S. 255; BVerfG 7, 377, 398; BVerwG, NJW 1960, S. 1122.

<sup>1158</sup> BVerwG 10, 136 = NJW 1960, S. 1122 = DVBl 1960, S. 325; ein Mitglied einer freireligiösen Gemeinde hatte sich vergeblich um die Zulassung zum Studium an einer der konfessionellen Pädagogischen Akademien des Landes Rheinland-Pfalz bemüht; in Rheinland-Pfalz gab es — wie auch jetzt noch — nur katholische und evangelische Akademien.

des Grundgesetzes genießenden „Gesamthaltung“ verweigern und damit die Verwirklichung des Rechts auf freie Wahl der Ausbildungsstätte deshalb verhindern könnten, weil die religiöse oder weltanschauliche Haltung des Bewerbers von der durch die entsprechende Konfession geprägten Zielsetzung der Ausbildungsstätte abweicht. Es ist daher allein Sache des Studierenden, ob er sich einer Berufsausbildung unterwerfen will, die von einem seiner Weltanschauung oder Religion abweichenden Bekenntnis geformt ist. Der Grundsatz der Religionsfreiheit steht daher ebenfalls entgegen, die Zulassung zu einer Pädagogischen Anstalt von dem Bekenntnis abhängig zu machen. Schließlich weist das Bundesverwaltungsgericht in der angeführten Entscheidung zutreffend darauf hin, daß durch eine derartige Regelung wenigstens in den Ländern, die nur konfessionelle Lehrerausbildungsstätten errichtet haben, die Verwirklichung des in Artikel 7 Absatz IV GG gewährleisteten Rechts zur Errichtung von privaten Schulen, deren weltanschauliche Gestaltung nicht vorgeschrieben werden kann, praktisch unmöglich gemacht werden würde.

Aus all diesen Gründen ist kein Land berechtigt, die Zulassung zu einer Pädagogischen Akademie davon abhängig zu machen, daß der Bewerber dem Bekenntnis angehört, dem die Anstalt zu dienen bestimmt ist. Dem stehen die Artikel 12 Absatz I, 3 Absatz III, 4 Absatz I und 7 Absatz IV GG entgegen.

Daß ein Land die Zulassung zu seinen Akademien nicht deshalb verweigern kann, weil in anderen Bundesländern die Zulassung nicht von der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Konfession abhängig gemacht wird, und das Land bereit ist, die Mehrkosten zu erstatten, die durch den Besuch einer in einem anderen Bundesland gelegenen Akademie entstehen, mußte das Bundesverwaltungsgericht in der angeführten Entscheidung erst ausdrücklich feststellen<sup>1159</sup>.

Immerhin erscheint es fraglich, ob dies auch dann gilt, wenn ein Land Ausbildungsstätten verschiedener Grundrichtungen bereithält. Doch kann die rechtliche Struktur der Ausbildungsstätten ebensowenig geeignet sein, das Grundrecht der freien Wahl der Ausbildungsstätten zu beschränken, wie das Vorhandensein anderer gleichartiger Ausbildungsstätten, die von der Zulassungsbedingung der Konfession absehen oder der Konfession des Bewerbers entsprechen. „Der Wesensgehalt des Grundrechts der freien Wahl der Ausbildungsstätte besteht gerade darin, daß jede Ausbildungsstätte gewählt werden kann.“<sup>1160</sup> Die Organisation der Ausbildungsstätten nach Konfessionen berechtigt daher kein Land, die Bewerbung eines Interessenten für eine bestimmte Ausbildungsstätte nur deshalb zurückzuweisen, weil er nicht der Konfession entspricht, der diese gewidmet ist. Religiöse Überzeugung oder Zugehörigkeit zu einem Bekenntnis sind niemals rechtmäßige subjektive Zulassungsvoraussetzungen für ein Studium an einer Pädagogischen Akademie.

<sup>1159</sup> Dieser Versuch des Landes Rheinland-Pfalz, sich den grundgesetzlichen Verpflichtungen zu entziehen, läßt sich nur mit dem Versuch des Staates Missouri, USA, vergleichen, der vor dem Zweiten Weltkrieg versuchte, Neger von seinen Universitäten fernzuhalten, indem die Kosten des auswärtigen Studiums bezahlt wurden; vgl. Missouri ex rel. Gaines v. Canada 305 U.S. 337 (1938). W. Weber, Lehrerbildung, S. 33; die Aufnahme konfessionsfremder Bewerber finde ihre Grenze dort, wo eine Störung der Lehraufgabe oder gar die Gefahr einer konfessionellen Überfremdung eintreten würden.

<sup>1160</sup> BVerwG, NJW 1959, S. 498; ebenso Bachof, Freiheit des Berufs, S. 255; Hamann, Art. 12, Anm. B 4.



## Dritter Teil:

### Zusammenfassende und vergleichende Schlußbetrachtung

Die Unterschiede der Schulsysteme der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland sind so deutlich, daß sie hier keiner näheren Ausführungen bedürfen: auf der einen Seite die öffentliche Schule als weltliche mit der strengen Konsequenz des Ausschlusses von Religionsunterricht in oder mit Hilfe der Schule, auf der anderen Seite die Schule, die sich nicht nur in der Regel durch staatlichen Religionsunterricht in den Dienst religiöser Anliegen stellen muß, sondern auch durch die gesamte Ausrichtung der schulischen Arbeit auf die religiöse Erziehung den missionarischen Charakter und die missionarische Aufgabe schulischer Erziehung zu höchster Wirksamkeit steigern kann.

Die Untersuchung der amerikanischen Rechtslage hat gezeigt, daß die dortige Ausgestaltung des öffentlichen Schulsystems aus der Neutralität des Staates gegenüber religiös-weltanschaulichen Anliegen fließt, die es dem Staat verbietet, seine Einrichtungen in den Dienst der Religionen oder Weltanschauungen zu stellen. Diese Neutralität ist aus der amerikanischen Revolution von 1776 als Gegensatz zu dem vorher bestehenden Bündnis von Staat und Kirche entstanden. Aus dem organisatorischen Prinzip der Trennung hat sich der Gedanke der Neutralität, der Nicht-Identifikation von Staat und Kirche und von Staat und Religion entwickelt. Historisch ist somit die Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Kirche die Triebfeder für die Neutralisierung und die religiöse Indifferenz des Staates und damit der öffentlichen Schule gegenüber der Besonderheit der Religion. Im Schulrecht spiegelt sich die Haltung des Staates gegenüber den Kirchen wider. Diese Erkenntnis ist auch aus systematischen Gründen nur folgerichtig, da — wie oben<sup>1161</sup> bereits betont wurde — dem Staat das Phänomen „Religion“ in der zweifachen Form des individuellen Anliegens und der religiösen Organisation entgegentritt und beide Formen aufeinander bezogen sind. Wenn der Staat seine Institutionen einer oder mehreren Religionen dienstbar macht, so fördert er notwendigerweise auch eine oder mehrere Religionsgemeinschaften. Die Trennung des Staates von religiösen Anliegen, d. h. die rein weltliche Natur des säkularisierten Staates, ist die logische Konsequenz der Trennung von Staat und Kirche. Der organisatorischen Trennung entspricht somit die Trennung in der Substanz<sup>1162</sup>. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob die Säkularisation des Staates geistesgeschichtlich ihren Ausgangspunkt in der Trennung von der religiösen Organisation oder dem religiösen Gedankengut als solchem nimmt<sup>1163</sup>.

Die Ausgestaltung des deutschen Schulwesens zeigt zunächst bis 1918 deutlich dieselbe Verbundenheit von Staatskirchenrecht und Schulrecht. Das Mittelalter kannte auf Grund der Einheit von Staat und Kirche in der einen oder anderen Weise nur christliche Schulen<sup>1164</sup>. Mit dem Aufkommen der öffentlichen Schulpflege durch den Staat im Zeitalter der Reformation und der Herausbildung der allgemeinen Schulpflicht während des Absolutismus, d. h. mit der Übernahme der öffentlichen Schulbildung durch die staatliche Gemeinschaft, blieb die Ver-

<sup>1161</sup> Vgl. oben S. 114.

<sup>1162</sup> Krüger, Staatslehre, S. 48 ff.

<sup>1163</sup> Vgl. zur Geschichte der Säkularisation: Krüger, Staatslehre, S. 37.

<sup>1164</sup> Vgl. oben S. 65 f.

bundenheit der Schule mit dem christlichen Gedankengut unverändert bestehen, da der Staat sich auch weiterhin als christlicher — wenn auch konfessionell gemischter — Staat verstand und seine Existenz auch auf die Lehren der Kirchen gründete. Als Schützer der Kirchen mußte er es daher als sein Anliegen betrachten, für die christliche Erziehung der Jugend zu sorgen. Die staatlichen Schulen — nun auf Grund der Schulpflicht als Zwangsschulen eingerichtet — waren daher Bekenntnisschulen<sup>1165</sup>. Den ersten Wandel brachte die Aufklärung, indem die Schulen zum ersten Male als Einrichtungen gedacht und vereinzelt errichtet wurden, die alle Kinder unabhängig von deren Bekenntnis auf den gemeinsamen Grundlagen der Konfessionen und Weltanschauungen erziehen sollten. Ein entscheidender Einfluß auf die Schulpolitik blieb dieser auf eine kleine Oberschicht beschränkter Geisteshaltung allerdings zunächst versagt, wenn sie auch zu der Neugestaltung der staatskirchenrechtlichen Verhältnisse im 19. Jahrhundert — dem System der Staatskirchenhoheit — entscheidend beitrug. Da aber nach wie vor die Imparität des Staates gegenüber den Kirchen das entscheidende Merkmal dieses Systems war und der Staat sich weiterhin als christlicher Staat verstand, mußte auch hier die staatliche Zwangsschule in der Regel als Bekenntnisschule ausgestaltet sein, damit der Staat seine überkommene Funktion als Schützer und Förderer der Kirchen durchführen konnte<sup>1166</sup>.

Daß sogar der Religionsunterricht Zwangsunterricht war, ist lediglich eine bezeichnende Einzelheit, die mit aller Deutlichkeit erweist, wie sehr der Staat bereit war, seine Mittel in den Dienst der Kirchen zu stellen. Dieser Verwirklichung des christlichen Staates im Schulerziehungsrecht lag aber bereits eine Auffassung zu Grunde, die vor allem an die politischen Machtverhältnisse und nicht so sehr an eine allgemeine religiöse Überzeugung der Bevölkerung anknüpfte, da unter dem Einfluß der Aufklärung, der „Entgöttlichung“ des Lebens und der beginnenden Industrialisierung der Anspruch der Kirchen, echte Volkskirchen zu sein, soziologisch immer weniger gerechtfertigt erschien. „Thron“ und „Altar“ leisteten sich hier gegenseitig Dienste, um ihre Stellung zu halten und zu verstärken, der Staat der Kirche, indem er Zwangsmittel für die religiöse Erziehung einsetzte, die Kirche dem Staat, indem sie Lehren vertrat, die als systemerhaltend angesehen wurden.

Die Revolution von 1918 brachte die theoretische Abkehr von dieser Situation durch die Neuordnung des Schulrechts. In der Weimarer Reichsverfassung wurden entscheidend neue Gedanken entwickelt, die auch heute ihre Bedeutung nicht verloren haben. Indem Artikel 146 WRV die Simultanschule zur Regelschule erklärte und Bekenntnisschulen nur als Antragsschulen vorsah, wurde anerkannt, daß kein Kind zu einer Erziehung im Sinne eines bestimmten Bekenntnisses vom Staat gezwungen werden durfte, daß die Eltern nicht zur Benutzung einer Bekenntnisschule verpflichtet sein sollten und daß die Eltern und nicht der Staat die religiös-weltanschauliche Erziehung der Kinder bestimmten. Dieser Gedanke wurde von der strengen Regelschultheorie in größter Konsequenz insofern verwirklicht, als die Wahl der Simultanschule auch tatsächlich dadurch gewährleistet bleiben sollte, daß eine Bekenntnisschule erst dann an einem Orte errichtet werden durfte, wenn eine Gemeinschaftsschule bestand. Aber auch die bedingte Regelschultheorie wurde diesem Gedanken noch gerecht, indem nur die Erziehungsberechtigten den Antrag auf Errichtung einer Bekenntnisschule stellen konnten und nur auf deren Antrag hin, d. h. nur mit deren Zustimmung, der Staat eine Bekenntnisschule errichten durfte. Die Berücksichtigung des Elternwillens, die in § 36 Absatz IV VUG in bescheidenem Umfang

<sup>1165</sup> Vgl. oben S. 66 ff.

<sup>1166</sup> Vgl. oben S. 69 ff.

enthalten war<sup>1167</sup>, fand nunmehr in der Weimarer Reichsverfassung ihre volle theoretische Anerkennung dadurch, daß die staatliche Zwangserziehung im Sinne eines Bekenntnisses beseitigt werden sollte. Die öffentliche Bekenntnis- und Weltanschauungsschule, auch weiterhin als Möglichkeit vorgesehen, verlor damit ihren Charakter als Zwangsschule und gewann eine neue Funktion, die als Dienst des Staates an den religiös oder weltanschaulich gebundenen Eltern im Rahmen der staatlichen Möglichkeit bezeichnet werden kann. Die Schule verlor damit zugleich ihre unmittelbare Funktion als Dienst des Staates gegenüber den Kirchen, da nun nicht mehr der Staat zugunsten der Kirchen sollte bestimmen können, daß die Kinder im Sinne eines Bekenntnisses erzogen würden, sondern die Eltern diese Schule an Stelle einer Gemeinschaftsschule sollten wählen können. Die öffentliche Bekenntnisschule ist in dieser Funktion — als Möglichkeit einer religiös-weltanschaulichen Wahl der Eltern — der Privatschule zu vergleichen<sup>1168</sup>. Mit dem Ausschluß des zwangsweisen Besuches von Bekenntnisschulen hatte die Weimarer Reichsverfassung versucht, der Religionsfreiheit auch auf dem Gebiet der schulischen Erziehung zum Siege zu verhelfen.

Doch konservative Kräfte waren auch 1918 in der Lage, die Verwirklichung der Religionsfreiheit im Schulrecht und eine endgültige Lösung des Staates von den religiösen Anliegen einzelner und der Kirchen zu verhindern. Das Jahr 1918 schien den Bruch mit der Abhängigkeit von Staat und Kirche einerseits und der Schule und christlicher Erziehung andererseits zu ermöglichen. Aber sowohl im Staatskirchenrecht wie im Schulrecht kamen Kompromisse zustande, die eine echte Neutralität des Staates gegenüber der Religion verhinderten. Bezeichnend für den inneren Zusammenhang zwischen Schul- und Staatskirchenrecht, der auch 1918 bestehen blieb, ist der Umstand, daß beide Bereiche durch Kompromisse bei der Schaffung der Weimarer Reichsverfassung geregelt wurden und sowohl bei den Schulkompromissen wie bei dem Kompromiß zu den Artikeln 137 ff. WRV sich auf beiden Seiten dieselben Fronten gegenüberstanden. Auf der einen Seite vertraten die liberalen und sozialistischen Parteien die Forderungen nach der Trennung von Staat und Kirche und nach der für alle gemeinsamen Einheitsschule, auf der anderen Seite traten die positivkirchlichen Kreise (Konservative und das Zentrum) für eine Unterstützung der Kirchen durch den Staat, die Beibehaltung der überkommenen Rechte der Kirchen und für die bekenntnismäßig gebundene Schule ein. Die politischen Verhältnisse erlaubten 1918 keine eindeutige Lösung für beide Rechtsgebiete<sup>1169</sup>.

Die Kirchen behielten ihre dominierende Stellung als Körperschaften des öffentlichen Rechts und wurden auch weiterhin vom Staat, der sich als Schützer und Förderer der Kirchen in mannigfaltiger Weise bestätigte, als wichtige Träger des sittlichen und geistigen Lebens der Gesamtheit angesehen und in die staatliche Ordnung einbezogen. Die praktische Handhabung des Staatskirchenrechts einschließlich der besonderen Kirchenaufsicht führte im übrigen dazu, daß ein wesentlicher Unterschied zu der Zeit von vor 1918 nicht bestand<sup>1170</sup>. Die Möglichkeit für andere Religionsgemeinschaften und sogar Weltanschauungsgemeinschaften, die Stellung der Körperschaft des öffentlichen Rechts zu erlangen (Art. 137 Abs. V Satz 2 und Abs. VII WRV), fiel demgegenüber praktisch nicht ins Gewicht. Im Schulrecht verhinderte vor allem Artikel 174 WRV, daß es tatsächlich zu einer Änderung der bestehenden Verhältnisse kam. Zwar wurde der Religionsunterricht nunmehr seines Zwangscharakters entkleidet<sup>1171</sup>. Die

<sup>1167</sup> Vgl. oben S. 73 f.

<sup>1168</sup> Vgl. oben 196 f.

<sup>1169</sup> Vgl. oben S. 74 f.

<sup>1170</sup> Weber, in: VVDStrL, Bd. 11, S. 154.

<sup>1171</sup> Diese Entwicklung hatte sich bereits kurz vor 1914 in Preußen angebahnt.

konfessionelle Gliederung des öffentlichen Schulwesens aber blieb — selbst gegen Veränderungen durch die Länder gesichert — auch weiterhin bestehen, da die Verwirklichung der Religionsfreiheit im Schulrecht an Artikel 174 WRV und den divergierenden Auffassungen der politischen Kräfte im Reichstag, von denen keineswegs alle der Meinung waren, daß der Staat seine Bürger nicht zum Besuch einer Bekenntnisschule — und sei es durch die Weigerung, die jederzeitige tatsächliche Einschulung in eine Gemeinschaftsschule zu ermöglichen — zwingen könne, scheiterte.

Das Grundgesetz kennt keine dem Artikel 174 WRV entsprechende Vorschrift. Es kennt außerdem keine Vorschriften, die sich spezielle mit der konfessionellen Gliederung des Schulwesens befassen. Es steht daher nichts im Wege, die Religionsfreiheit auch im Schulrecht zu verwirklichen. Die Untersuchung der deutschen Rechtslage hat gezeigt, daß das Grundgesetz nunmehr mit der Freiheit der Bürger, ihre Religion selber finden und praktizieren zu dürfen, ernst macht. Die allgemeine Religionsfreiheit des Artikels 4 Absatz I GG, durch keinerlei schulrechtliche Sonderbestimmungen aus dem Bereich der staatlich-schulischen Erziehung verdrängt, schreibt heute zwingend die Verwirklichung der Gedanken vor, die in der Weimarer Reichsverfassung erstmalig in Sonderbestimmungen gedacht waren. Das aber schließt aus, daß der heutige Staat seinen Bürgern rechtlich oder tatsächlich nur die Möglichkeit gibt, Bekenntnisschulen zu benutzen, da er durch eine derartige Gestaltung des Schulwesens praktisch diejenige Lösung wieder aufgriffe, die in der Zeit vor 1918 praktiziert wurde, und er sich damit wieder dazu hergäbe, staatlichen Zwang, d. h. den Schulzwang, für die Verfolgung religiöser Anliegen einzusetzen. Dabei ist es gleichgültig, ob die Rechtslage von vor 1918 dadurch wiederhergestellt würde, daß der Staat entweder überhaupt nur Bekenntnisschulen zur Verfügung stellt oder ob er unter Verwendung des „Elternrechts“ — gestützt auf Mehrheitsentscheidungen oder ähnliches — einer Mehrheit erlaubt, eine religiöse Minderheit zum Besuch von Konfessionsschulen zu zwingen, da der Zwang in beiden Fällen gleichermaßen vorhanden wäre.

Andererseits hat das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland auch weiterhin die Möglichkeit offen gehalten, daß der Staat denjenigen Eltern, die eine konfessionell bestimmte Schule für unerläßlich halten, entgegenkommt, deren besonderen Wünschen dient und Bekenntnis- und Weltanschauungsschulen errichtet und unterhält, so daß den Eltern die Möglichkeit und Wahl bleibt, ihre Kinder nach ihren besonderen religiösen Vorstellungen in staatlichen Schulen erziehen zu lassen. Der Staat durchbricht hier den für den modernen Staat wesentlichen Gedanken, der in den Artikeln 3 Absatz III, 4 Absatz I, 33 Absatz III und 140 GG im Grundgesetz niedergelegt ist, daß er religiös-weltanschaulich neutral ist, daß er also von Dingen der Religion keine Kenntnis nimmt und daher religiösen Anliegen keine Förderung angedeihen lassen und keine Nachteile zufügen darf, wie oben<sup>1172</sup> gezeigt wurde.

Dieselben Gedanken, die über die Funktion der Bekenntnisschule in der Weimarer Reichsverfassung ausgeführt wurden<sup>1173</sup>, haben daher auch heute noch Geltung.

Dieser wesentliche Unterschied zur amerikanischen Rechtslage, der es den deutschen Ländern erlaubt, die Pflege religiöser Anliegen zu ihrem eigenen Ziel zu machen, läßt sich ebenso wie vor 1918 und wie in den Vereinigten Staaten von Amerika nur aus dem Zusammenhang mit dem Staatskirchenrecht verstehen. Hat man in den Vereinigten Staaten mit aller Deutlichkeit erkannt,

<sup>1172</sup> Vgl. oben S. 157 f.

<sup>1173</sup> Vgl. oben S. 237.

daß es nicht Aufgabe des modernen Staates sein kann, mit seinen Mitteln den Kirchen bei Erfüllung ihrer Aufgaben zu helfen, so daß staatliche oder staatlich geförderte Erziehung nur eine weltliche sein kann, so gilt in der Bundesrepublik rechtlich und tatsächlich umgekehrt, daß der Staat nach wie vor daran festhält, den Kirchen den „*bracchium saeculare*“ zur Verfügung zu stellen und ihnen Hilfe bei der Verbreitung und Festigung ihres religiösen Gedankengutes zu gewähren<sup>1174</sup>, da er ihnen nicht nur die größtmögliche Freiheit des öffentlichen Wirkens sichern will — die ja auch in der amerikanischen Verfassung und Verfassungswirklichkeit vorhanden ist —, sondern zugleich und von allem die überragende Stellung als geistliche und sittliche Macht im Volksleben erhalten will<sup>1175</sup>. Für einen Staat, der sich in dieser Rolle versteht, ist es freilich keine Schwierigkeit, gerade in dem Bereich der Schule, der naturgemäß am engsten mit dem Gedankengut der Kirchen in Verbindung stehen kann, die Mittel zur Verfügung zu stellen, die die Kirchen zur Verbreitung ihrer Lehre nötig zu haben glauben. Diese Feststellung gilt gleichermaßen für das öffentliche wie für das private Schulwesen, wobei sich der Sache gemäß die Unterstützung des Staates einmal in der direkten Verbreitung religiösen Gedankengutes durch staatliche persönliche und sächliche Mittel und zum anderen in der finanziellen Unterstützung verwirklicht. Wenn Werner Weber auf der Marburger Staatsrechtslehrtagung<sup>1176</sup> das Schulrecht als Symptom für die staatskirchenrechtliche Lage anführte, so hat er zutreffend auf die Verbindung zwischen Staatskirchenrecht und Schulrecht hingewiesen. Die Bereitstellung von Bekenntnisschulen unter Berufung auf das Elternrecht hat sich „in diesem Zusammenhang als eine Position weniger der Eltern als der Kirchen erwiesen“<sup>1177</sup>, denen der Staat hier entgegenkommt, ohne allerdings der besonders von der katholischen Kirche erhobenen Forderung nach allgemeiner konfessioneller Erziehung Folge leisten zu dürfen. Doch besteht zwischen der Bereitstellung von öffentlichen Bekenntnisschulen und den anderen Symptomen und Auswirkungen der staatskirchenrechtlichen Lage der Bundesrepublik<sup>1178</sup> der wesentliche Unterschied, daß der Staat im allgemeinen die selbständige Tätigkeit der Kirchen — wie auch im Privatschulwesen — unterstützt und die Kirchen im staatlichen Bereich zu vorher unbekannter Wirkungsmöglichkeit heranzieht, während er im öffentlichen Schulwesen weitgehend selber die Verbreitung religiöser Lehren übernommen hat und damit das Neutralitätsprinzip für seine eigenen Einrichtungen durchbricht. Dieser Unterschied schließt einen zwingenden theoretischen Zusammenhang zwischen Staatskirchenrecht und Schulrecht aus; denkbar wäre es ebenfalls, daß der Staat den Kirchen bei deren selbständiger, eigenverantwortlicher Tätigkeit — wie z. B. im Privatschulwesen — behilflich ist und seine eigenen Einrichtungen und Veranstaltungen frei hält von religiösen Momenten. Die tatsächliche Verbindung beider Rechtsgebiete liegt allerdings auf der Hand. Eine Untersuchung dieses Zusammenhanges in weiteren Ländern würde wahrscheinlich eine universelle Regel erkennen lassen<sup>1179</sup>. Der tatsächliche Zusammenhang führt in der Bundesrepublik zu einer weitgehenden Identifizierung des Staates mit religiösen Anliegen auf dem speziellen Bereich des Schulrechts. Daß diese Identifizierung — und sei es auch nur auf einem

<sup>1174</sup> Krüger, Staatslehre, S. 561.

<sup>1175</sup> Vgl. oben S. 146 f.; vgl. J. Heckel, Kirchengut und Staatsgewalt, S. 107; Hesse, in: ZevKR, Bd. 5, S. 71.

<sup>1176</sup> Weber, in: VVDStRL, Bd. 11, S. 162 ff.

<sup>1177</sup> Weber, a. a. O., S. 169.

<sup>1178</sup> Vgl. oben S. 141 ff.

<sup>1179</sup> So kennt das laizistische Frankreich, in dem der Staat die kirchlichen Institutionen gänzlich ignorieren muß — vgl. Krüger, Staatslehre, S. 50 —, auch lediglich streng weltliche öffentliche Schulen und leistet keinen nennenswerten Finanzbeitrag an private, konfessionelle Schulen — vgl. Pfeffer, S. 49 ff. —. Erst in der V. Republik wurden die staatlichen Zuschüsse erhöht. Das andere Extrem bieten Italien und Spanien: die enge Verbindung von Staat und Kirche in beiden Ländern führt dazu, daß Schulen nur als Bekenntnisschulen bekannt sind.

Gebiet — mit dem Wesen des modernen Staates als eines religiös indifferenten Staates aller Rechtsgenossen zu vereinbaren ist, muß allerdings bezweifelt werden<sup>1180</sup>.

Wie sehr im übrigen die aus der geschichtlichen Erfahrung abgeleitete Begründung des Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika für die Neutralität des Staates im allgemeinen und im Schulrecht im besonderen zutreffend ist und keine rein historische, sondern höchst aktuelle Bedeutung hat, erweist sich gerade an der Schulrechtslage der Bundesrepublik. Der sich identifizierende Staat pflegt es in der Praxis nicht so genau zu nehmen<sup>1181</sup>, und zwar auch soweit er lediglich auf einem Gebiet religiöse Anliegen zu seinen eigenen macht: Da, wo dem Staat der Dienst an den Eltern gestattet ist, stellt sich allzubald auch staatlicher Zwang zur Durchsetzung des religiösen Anliegens einzelner und der Kirchen ein. In der Bundesrepublik halten mehrere Länder daran fest, Kinder zum Besuch einer Bekenntnisschule zu zwingen<sup>1182</sup>, sei es dadurch, daß sie überhaupt nur Bekenntnisschulen zur Verfügung stellen<sup>1183</sup>, sei es dadurch, daß sie einer Entscheidung der Eltern folgen und nur dann Gemeinschaftsschulen errichten, wenn sich für diese eine Mehrheit der Eltern oder eine ausreichende Zahl von Eltern neben der Bekenntnisschule für eine Gemeinschaftsschule entschieden haben<sup>1184</sup>. Die Lösungen, die versuchen, die Bekenntnisschule beizubehalten und dennoch keinen Zwang zu deren Besuch auszuüben, wie das Schulgesetz des Landes Niedersachsen aus dem Jahre 1954, das den soziologischen Gegebenheiten entsprechend Bekenntnisschulen nur neben bestehenden Gemeinschaftsschulen kennt, bleiben demgegenüber in der Minderheit oder führen — wie in Rheinland-Pfalz — zu einer ausgesprochenen Beherrschung des Schulwesens durch Zwergschulen, wobei selbst durch diese Aufspaltung des öffentlichen Schulwesens nicht jeder Zwang tatsächlich ausgeschlossen werden kann. Daß dieser Übergriff in die Freiheit der Eltern, die religiöse Erziehung ihrer Kinder frei von staatlichem Zwang oder staatlicher Beeinflussung selber bestimmen zu dürfen, der in den meisten Ländern, die die Bekenntnisschule kennen, — unter der Bezeichnung „Elternrecht“ — erfolgt, keineswegs der tatsächlichen Vorstellung vieler Eltern entspricht, dürfte an Hand der vorliegenden Untersuchungen ebenfalls mit Sicherheit festzustellen sein<sup>1185</sup>. Es bleibt somit für denjenigen, der die im Grundgesetz festgelegte Religionsfreiheit auch im Schulrecht verwirklichen will, angesichts des zwar nicht rechtlich, aber tatsächlich bestehenden Zusammenhangs zwischen Staatskirchenrecht und Schulrecht die ernste Frage, ob das öffentliche Schulwesen der Bundesrepublik erst dann die nach dem Grundgesetz zulässige Ausgestaltung erfährt, wenn das Staatskirchenrecht einen grundlegenden Wandel durchgemacht hat und der Staat sich entschlossen hat, die Förderung religiöser Anliegen nicht mehr als seine eigene Aufgabe zu betrachten.

<sup>1180</sup> Krüger, Staatslehre, S. 49, S. 560 ff. und S. 229; da gerade im Schulwesen das geeignete Mittel des Staates liegt, um bei seinen Bürgern das Erlebnis der Allgemeinheit und der gemeinsamen Verantwortung für den Staat zu erwecken, und damit in der gemeinsamen Erziehung eine hervorragende Maßnahme der Existenzbegründung und Existenzsicherung des Staates liegt, dessen sich der Staat durch die Aufspaltung des Schulwesens in religiöse Sonderungen begibt, erscheint die Konfessionalisierung des Schulwesens als staatspolitisch bedenklich — vgl. Krüger, Staatslehre, S. 228 ff.

<sup>1181</sup> Krüger, Staatslehre, S. 178.

<sup>1182</sup> Vgl. oben S. 192 ff.

<sup>1183</sup> So das ehemalige Land Oldenburg in Niedersachsen.

<sup>1184</sup> So Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Saarland.

<sup>1185</sup> Vgl. oben Anm. 979.

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abg.	Abgeordneter
ALR	Allgemeines Landrecht
Amtl. Slg.	Amtliche Sammlung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Bad.-Württ.	Baden-Württemberg
BayVbl	Bayrische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayrischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH	Bayrischer Verwaltungsgerichtshof
Bayr.	Bayrisch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK	Bonner Kommentar
BVerfG	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
can	canon
CIC	Codex Iuris Canonici
DOV	Die öffentliche Verwaltung (Jahrgang und Seite)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Jahr und Seite)
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht
Gbl	Gesetzblatt
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
HA-Steno	Stenographischer Bericht der Verhandlungen des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rats
Hess.	hessisch
HEW	(vgl. Literaturverzeichnis 1. Teil)
J.	Justice (Richter)
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JZ	Juristenzeitung
L. Rev.	Law Review
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
nds.	niedersächsisch
nrw (NRW)	nordrhein-westfälisch (Nordrhein-Westfalen)
PSchR	Privatschulrecht
RG	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGBI	Reichsgesetzblatt

Rh.-Pf.	Rheinland-Pfalz
RK	Reichskonkordat
SchG	Schulgesetz
SchH	Schleswig-Holstein
83 S. Ct. . . .	Supreme Court Reporter, 83. Bd. (1963) S. . . .
Stenober.	Stenographischer Bericht aller Plenarsitzungen des Parlamentarischen Rats
U. S.	Offizielle Entscheidungssammlung des Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika (Band und Seite)
v.	versus (gegen)
VerwRspr	Verwaltungsrechtssprechung
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VUG	Volksschulunterhaltungsgesetz
VVDStrL	Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatsrechts- lehrer (Heft und Seite)
WRV	Weimarer Reichsverfassung
Württ.-Bad.	Württemberg-Baden
Württ.-Hzl.	Württemberg-Hohenzollern
ZegStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht (Band und Seite)



## Zu Teil 1 und 3

- Antieau, Chester James      Commentaries on the Constitution of the United States  
Buffalo, N. Y., 1960
- Bates, M. Searle              Glaubensfreiheit, eine Untersuchung  
New York, N. Y. 1947  
(Deutsche Übersetzung von Richard M. Honig)
- Bayer, Hermann-Wilfrid      Das Prinzip der Trennung von Staat und Kirche als  
Problem der neueren Rechtsprechung des United  
States Supreme Court  
in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht  
und Völkerrecht 1964, S. 201—235
- Bewersdorf, Jörg             Die Rechtsprechung des United States Supreme  
Court zur Bedeutung des Prinzips der Trennung  
von Staat und Kirche im Bereich der öffentlichen  
Schulen  
Diss. jur., Bamberg 1968
- Casad, Robert C.             On Teaching Religion at the State University  
in: Kansas Law Review 1964, S. 405—416  
  
The Establishment Clause and the Ecumenical  
Movement  
in: Kansas Law Review 1964, S. 419—464
- Corwin, Edward S.            The Supreme Court as National School Board  
in: Law and Contemporary Problems, Bd. 14 (1949),  
S. 3—22  
  
The Constitution and What It Means Today  
Princeton 1954  
(zit.: Corwin, Constitution)  
  
The Constitution of the USA, Analysis and Inter-  
pretation  
Prepared by the Legislative Reference Service,  
Library of Congress, E. S. Corwin, 82ed Congress,  
2ed Session, Senate Document Nr. 170  
Washington, D. C. 1953  
(zit.: Corwin, U. S. Constitution)
- Cushman, Robert Fairchild   Public Support of Religious Education in American  
Constitutional Law  
in: Illinois Law Review, Northwestern  
University Law School, Bd. 45 (1950), S. 333—356
- Dumbauld, Edward            The Bill of Rights and What It Means Today  
Norman, Oklahoma 1957
- Fahy, Charles                 Religion, Education, and the Supreme Court  
in: Law and Contemporary Problems, Bd. 14 (1949),  
S. 73—91

- Gianella, Donald A. Religious Liberty, Nonestablishment and Doctrinal Development  
in: Harvard Law Review, Bd. 80 (1967), S. 1381—1431  
und Bd. 81 (1968), S. 513—590
- HEW Memorandum on the Impact of the First Amendment  
to the Constitution upon Federal Aid to Education  
Herausgegeben von Alan S. Willcox, General Coun-  
sel, Department of Health, Education, and Welfare  
am 28. März 1961, 89th Congress, 1st Session, Senate  
Document Nr. 29  
(zit. nach dem Abdruck in: The Georgetown Law  
Journal, Bd. 50 [1961], S. 350—396)
- Kahl, Wilhelm Aphorismen zur Trennung von Staat und Kirche  
Berlin 1908
- Katz, Wilber Freedom of Religion and State Neutrality  
in: University of Chicago Law Review,  
Bd. 20 (1952/53), S. 426—440
- Konvitz, Milton R. Separation of Church and State: The First Freedom  
in: Law and Contemporary Problems, Bd. 14 (1949),  
S. 44—60
- Loewenstein, Karl Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Ver-  
einigten Staaten  
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1959
- Madison, James The Federalist or The New Constitution, 1787-1788  
Hamilton, Alexander Ausgabe: The Heritage Press, New York 1945  
Jay, Jon
- Marke, David Taylor Educational Law  
New York 1949
- McGrath, John Church and State in American Law, Cases and  
Materials  
Milwaukee 1962
- McCluskey, Neil G. Federal Aid for Private and Parochial Schools? Yes  
in: Current History, Bd. 41, Nr. 240 (August 1961),  
S. 70—76
- Meiklejohn, Alexander Educational Cooperation between Church and State  
in: Law and Contemporary Problems, Bd. 14 (1949),  
S. 61—72
- Moehlmann, Conrad Henry The Wall of Separation: The Law and the Facts  
in: American Bar Association Journal, Bd. 38 (1952),  
S. 281—284 und 343—348
- Munro, William Benett The Constitution of the United States  
New York 1949
- Newman, Edward S. The Law of Civil Rights and Civil Liberties  
New York 1949

- NCWC                      The Constitutionality of the Inclusion of Church-related Schools in Federal Aid to Education  
Untersuchungen des Legal Department der National Catholic Welfare Conference  
in: The Georgetown Law Journal, Bd. 50 (1961), S. 401—455
- O'Neill, James N.        Religion and Education under the Constitution  
New York 1949
- Parson, Wilfrid         The First Freedom: Consideration on Church and State in the United States  
New York 1948
- Pfeffer, Leo             Church and State: Something less than Separation  
in: University of Chicago Law Review, Bd. 19 (1951), S. 1—29
- Church, State and Freedom  
Boston 1953  
(zit.: Pfeffer)
- The Liberties of an American, The Supreme Court speaks  
2. Druck, Boston 1957  
(zit.: Pfeffer, Liberties)
- Federal Aid for Private and Parochial Schools? No  
in: Current History, Bd. 41, Nr. 240 (August 1961), S. 77—81
- Court, Constitution and Prayer  
in: Rutgers Law Review, Bd. 16 (1962), S. 735—752
- Reutter, E. Edmund Jr.   Schools and The Law  
New York 1960
- Sullivan, Russel N.     Religious Education in the School  
in: Law and Contemporary Problems, Bd. 14 (1949), S. 92—112
- Sutherland, Arthur E.   Due Process and Disestablishment  
in: Harvard Law Review, Bd. 62 (1949), S. 1306—1344
- Taylor, T. Raber        Equal Protection of Religion: Today's Public School Problem  
in: American Bar Association Journal, Bd. 38 (1952), S. 277—280 und 335—342
- Zu Teil 2 und 3**
- Anschütz, Gerhard     Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850  
1. Bd., Berlin 1912  
(zit.: Anschütz, Preuß. Verf.)
- Die Religionsfreiheit  
in: Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, S. 675—789  
Tübingen 1932

- Anschütz, Gerhard Die Verfassung des Deutschen Reiches vom  
11. August 1919  
14. Aufl., Berlin 1933  
(zit.: Anschütz, WRV)
- Arndt, Adolf Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung  
in: NJW 1957, S. 361—363
- Aufgaben und Grenzen der Staatsgewalt im Bereich  
der Schulbildung  
in: Schule und Staat, Studien und Berichte der Katho-  
lischen Akademie in Bayern, Heft 9, S. 51—90  
München 1959  
(zit.: Arndt, Schule und Staat)
- Bachof, Otto Freiheit des Berufs  
in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner,  
Die Grundrechte, Bd. 3, 1. Halbband, S. 155—265
- Barion, Hans Feudaler oder neutraler Staat, Das religionsrecht-  
liche Problem der Bremer Klausel (Art. 141 GG)  
in: DOV 1966, S. 361—368
- Gleich und Ungleich in der Schulfinanzierung  
Eine Glosse zu Art. 7 Abs. 4 Satz 3, 4 GG  
in: DOV 1967, S. 516—518
- Bates, M. Searle Glaubensfreiheit, eine Untersuchung  
New York, N. Y. 1947  
(Deutsche Übersetzung von Richard M. Honig)
- Becker, Hans-Joachim Das Elternrecht im Spiegel der verfassungs- und  
verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung  
in: FamRZ 1961, S. 104—109
- Bergemann, Hans Georg Biblischer Unterricht auf allgemein christlicher  
Grundlage? Bericht über das Verfahren vor dem  
bremischen Staatsgerichtshof  
in: ZevKR Bd. 12 (1966/67), S. 138—152
- Beulke, Eckart Bonner Grundgesetz und die Parität der Kirchen  
in: ZevKR, Bd. 6 (1956/57), S. 127—153
- Blomeyer, Arwed Gewissensprivileg im Vertragsrecht?  
in: JZ 1954, S. 309—312
- Böckenförde, Ernst-Wolfg. Religionsfreiheit und öffentliches Schulgebet  
in: DOV 1966, S. 30—38
- Bonner Kommentar Kommentar zum Bonner Grundgesetz  
hrsg. von Abraham, Dennewitz, Wernicke u. a.  
Hamburg 1950 passim
- Habscheid, Walter J. in: JZ 1954, S. 213—217  
Bosch, Friedrich Wilhelm Vertragspflicht und Gewissenskonflikt

- Frhr.  
v. Campenhausen, Axel      Erziehungsauftrag und staatliche Schulträgerschaft  
Göttingen 1967  
(zit.: v. Campenhausen)
- Anmerkung zu den Urteilen des BGH vom 19. 9. 1968  
    und des BVerwG vom 27. 10. 1966  
    in: DVBl 1967, S. 731—733
- Grundgesetz und Kirche  
    in: BayVBl. 1968, S. 221—225
- Staat, Schule und Kirche  
    in: ZevKR, Bd. 14 (1968/69), S. 26—58
- Deuschle, Dieter      Kirche und Schule nach dem Grundgesetz,  
    Das Schulkirchenrecht des Bundes  
    Diss. jur. Tübingen 1968
- Dirks, Walter      Der Glaube und die „Schule für alle“  
    in: Glaube und Schule, herausgeg. von Walter Dirks  
    und Theodor Filthaut, S. 73—95, Mainz 1967
- van den Driesch, Johannes      Geschichte der Erziehung, Bd. I, Von den Griechen  
Esterhues, Josef      bis zum Anfang des Zeitalters der Aufklärung  
    5. Aufl., 1960
- v. Drygalski, Reinhard      Die Einwirkungen der Kirchen auf den Religions-  
    unterricht an öffentlichen Schulen  
    Göttingen 1967
- v. Doening, Klaus-Berto      Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes  
Füßlein, Rudolf-Werner      in: JÖR, n. F. Bd. 1 (1951), Tübingen  
Matz, Werner
- Dürig, Günther      Grundrechte und Zivilrecht  
    in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen  
    Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von  
    Hans Nawiasky, S. 157—190  
    München 1956
- Die Rechtslage der katholischen Privatschule in  
    Bremen  
    Tübingen 1964  
    (zit.: Dürig, kath.PSch in Bremen)
- Ebers, Godehard Josef      Staat und Kirche im neuen Deutschland  
    München 1930  
    (zit.: Ebers, S.)
- Art. 137, 138, 140, 141: Religionsgesellschaften  
    in: Nipperdey, Hans Karl, Grundrechte und Grund-  
    pflichten der Reichsverfassung  
    Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung,  
    Bd. 2, S. 361—427  
    Berlin 1930

- Eichmann, Eduard  
Mörsdorf, Klaus  
Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex  
Juris Canonici  
10. Aufl., Bd. 1: Einleitung, Allgemeiner Teil und  
Personenrecht, 1959  
Bd. 2: Sachenrecht, 1961  
München, Paderborn, Wien
- Eiselt, Gerhard  
Der Ersatzschulbegriff des Grundgesetzes und die  
Subventionierung und Privilegierung von Ersatz-  
schulen nach Landesrecht  
in: RWS 1961, S. 295—299
- Erlinghagen, Karl, S. J.  
Die Schule in der pluralistischen Gesellschaft  
Freiburg, Basel, Wien 1964  
Grundfragen katholischer Erziehung  
Die prinzipiellen Erziehungslehren der Enzyklika  
Pius' XI. „Divini illius Magistri“  
Freiburg, Basel, Wien 1963  
Katholisches Bildungsdefizit  
Herder Taschenbuch Nr. 195  
Freiburg 1965
- Evers, Hans Ulrich  
Verwaltung und Schule  
in: VVDStrL, Bd. 23, S. 147—198  
Berlin 1966
- Feuchte, Paul  
Dallinger, Peter  
Christliche Schule im neutralen Staat  
in: DOV 1967, S. 361—374
- Fischer, Aloys  
Das Elternrecht an der Schule in Vergangenheit  
und Gegenwart  
in: Die deutsche Schule, 1924, S. 204—213 und  
S. 246—257
- Fischer, Erwin  
Bekenntnis- oder Gemeinschaftsschule?  
Die Antwort des Grundgesetzes  
München 1966  
Die Schulfrage in der Rechtsprechung  
in: Vorgänge 1967, S. 222—225  
Darf die öffentliche Schule christlich sein?  
in: Vorgänge 1967, S. 299—312  
Neuer Schulartikel in Nordrhein-Westfalen  
in: Vorgänge 1968, S. 81 f.
- Fleig, Paul  
Das Elternrecht im Bonner Grundgesetz  
Freiburg i. Br. 1953
- Forsthoff, Ernst  
Lehrbuch des Verwaltungsrechts  
Bd. 1, Allgemeiner Teil, 8. Aufl.  
München, Berlin 1961
- Fuß, Ernst-Werner  
Verwaltung und Schule  
in: VVDStrL, Bd. 23, S. 199—248  
Berlin 1966

- Gallwas, Hans-Ullrich** Schulgewalt und Schulgebet  
in: BayVBl. 1966, S. 122—124
- Geiger, Wilhelm** Das Grundrecht der Gewissensfreiheit  
in: Staat und Gewissen, Studien und Berichte der  
Katholischen Akademie in Bayern, Heft 8, S. 11—43  
München 1959  
(zit.: Geiger, Staat und Gewissen)
- Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Verhält-  
nisses von Schule und Staat  
in: Schule und Staat, Studien und Berichte der  
Katholischen Akademie in Bayern, Heft 9, S. 11—50  
München 1959  
(zit.: Geiger, Schule und Staat)
- Staat und Schule im Verfassungsrecht  
in: BayVBl. 1959, S. 101—104
- Geiger, Willi** Privatschulsubvention und Grundgesetz  
in: RWS 1961, S. 80—83 und S. 113—118
- Giese, Friedrich** Die Verfassung des deutschen Reiches  
8. Aufl., Berlin 1931  
(zit.: Giese, WRV)
- Die Anstellbarkeit dissidentischer Schulamtsbewer-  
ber in Preußen  
in: AöR, n. F. Bd. 22 (1932), S. 82—98
- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland  
5. Aufl., bearbeitet von E. Schunk  
Frankfurt am Main 1960  
(zit.: Giese, GG)
- Grewe, Wilhelm** Die Rechtsstellung der Privatschulen nach dem  
Grundgesetz  
in: DOV 1950, S. 33—36
- Grundmann, Siegfried** Landschulreform und Bekenntnisschule  
in: BayVBl. 1966, S. 37—43
- Hamann, Andreas** Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutsch-  
land vom 23. Mai 1949, 2. Aufl.  
Berlin, Neuwied, Darmstadt 1961
- Hamel, Walter** Die Bekenntnisfreiheit  
in: ZegStW, Bd. 109 (1953), S. 54—77
- Glaubens- und Gewissensfreiheit  
in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner,  
Die Grundrechte, Bd. 4, 1. Halbband, S. 37—110  
Berlin 1960  
(zit.: Hamel)
- Die Bekenntnisfreiheit in der Schule  
in: NJW 1966, S. 18—21

- Hammelsbeck, Oskar** Volksbegehren für die Bekenntnisschule?  
in: Die Sammlung 1945/46, S. 384
- Die evangelische Verantwortung im Für und Wider  
der Bekenntnisschule  
in: Die Sammlung 1947, S. 392—398
- Konfessionalität in Erziehung und Schule  
in: Die Sammlung 1951, S. 132—139
- Die evangelische Lehre von der Erziehung, 2. Aufl.  
München 1958
- Heckel, Günther** Der Begriff „Staatskirche“ in seiner geschichtlichen  
Entwicklung und in Art. 137 der Weimarer Verfas-  
sung  
Breslau 1930
- Heckel, Hans** Grundgesetz und Schule  
in: DOV 1950, S. 1—5
- Die Entwicklung des deutschen Schulrechts seit 1945  
in: DVBl. 1951, S. 166—168 und S. 205—209
- Grundbegriffe und Grundfragen des Privatschulrechts  
in: DVBl. 1951, S. 495—498
- Ist Art. 8 Abs. 4 der Verfassung des Landes Nord-  
rhein-Westfalen rechtsgültig?  
in: DVBl. 1952, S. 207—208
- Zur Frage der Vereinbarkeit der Bekenntnisschule  
mit dem Grundgesetz  
in: DOV 1953, S. 593 und in: DOV 1954, S. 144
- Deutsches Privatschulrecht  
Berlin 1955
- Entwicklungslinien im Privatschulrecht  
in: DOV 1964, S. 595—601
- Anmerkungen zum Urteil der Hessischen Staats-  
gerichtshofes vom 27. 10. 1965  
in: RdJ 1965, S. 325 f.
- Heckel, Hans** Schulrechtskunde  
**Seipp, Paul** 3. Aufl., Neuwied, Berlin 1965
- Heckel, Johannes** Kirchengut und Staatsgewalt  
in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche,  
Festgabe für Rudolf Smend, S. 103—143, Göttin-  
gen 1952
- Heckel, Martin** Die Kirche unter dem Grundgesetz  
in: VVDStrL, Bd. 26, S. 5—56  
Berlin 1968
- Helmreich, Ernst Christian** Religionsunterricht in Deutschland  
Hamburg 1966  
(Originaltitel: Religious Education in German  
Schools, Cambridge, Massachusetts, 1959; Überset-  
zung: Christa Reich)



- Heppes, Georg** Die Grenzen des Elternrechts  
herausgegeben im Auftrag des Vorstandes der  
Arbeitsgemeinschaft Deutscher Lehrerverbände  
(AGDL)  
Darmstadt 1955
- Hering, Eugen** Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts  
zum Schulrecht  
in: DVV 1968, S. 94—102
- Hesse, Konrad** Schematische Parität der Religionsgesellschaften  
nach dem Grundgesetz?  
in: ZevKR, Bd. 3 (1953/54), S. 188—200
- Der neue Bebauungsplan und die Kirche  
Zur Auslegung des Art. 138 Abs. 2 RV  
in: ZevKR, Bd. 5 (1956/57), S. 62—77
- Die Haftung der Kirchen für Amtspflichtverletzun-  
gen ihrer Geistlichen und Kirchenbeamten  
Zum Urteil des BGH vom 17. 12. 1965  
in: ZevKR, Bd. 5 (1956/57), S. 400—404
- Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirch-  
lichen Bereich  
Göttingen 1956
- Freie Kirche im demokratischen Gemeinwesen  
Zur Gegenwartslage des Verhältnisses von Staat  
und Kirche in der Bundesrepublik  
in: ZevKR, Bd. 11 (1964/65), S. 337—362
- Heufelder, Emanuel** Gibt es ein gemeinsames Leitbild für evangelische  
und katholische Erziehung?  
Zu den Überlegungen um eine „Schule der christ-  
lichen Bekenntnisse“  
in: Una Sancta 1965, S. 229—235
- Heuser, Adolf** Die katholische Schule  
Bochum 1961
- Hirschauer, Gerd** Das bayerische christliche Schulkompromiß  
in: Vorgänge 1968, S. 124—126
- Hofmann, Werner** Die religiöse Kindererziehung in verfassungsrecht-  
licher Sicht  
in: FamRZ 1965, S. 61—67
- Christliche Gemeinschaftsschule in verfassungsrecht-  
licher Sicht  
in: DVBl. 1967, S. 439—442
- Hollerbach, Alexander** Die Kirche unter dem Grundgesetz  
in: VVDStrL, Bd. 26, S. 57—106  
Berlin 1968
- Holstein, Günther** Elternrecht, Reichsverfassung und Schulverwaltungs-  
system  
in: AöR, Bd. 51 (n. F. Bd. 12) (1927), S. 187—254

- Huber, Ernst Rudolf Die Beschäftigung bekenntnisloser Lehrer nach der Reichsverfassung  
in: AöR, n. F. Bd. 22 (1932), S. 99—109
- Ipsen, Hans Peter Gleichheit  
in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, S. 111—198  
Berlin 1954
- Jacobi, Erwin Staat und Kirche nach der Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik  
in: ZevKR, Bd. 1 (1951/52), S. 113—135
- Joest, Wilfrid Elternrecht in evangelisch-theologischer Sicht  
in: Stein-Joest-Dumbois, Elternrecht, Studien zu seiner rechtsphilosophischen und evangelisch-theologischen Grundlegung, S. 58—72  
Heidelberg 1958
- Kahl, Wilhelm Staat und Kirche  
in: Handbuch der Politik, Bd. 1: Die Grundlagen der Politik, herausgegeben von Berolzheimer u. a., 3. Aufl., S. 126—149  
Berlin, Leipzig 1920
- Kern, Eduard Staat und Kirche in der Gegenwart  
Hamburg, Berlin, Bonn 1951
- Kittel, Helmuth Evangelische Schulpolitik  
in: Die Sammlung 1954, S. 428—436
- Köttgen, Arnold Kirche im Spiegel deutscher Staatsverfassungen der Nachkriegszeit  
in: DVBl. 1952, S. 485—488
- Krüger, Herbert Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz  
in: DVBl. 1950, S. 625—629
- Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken  
in: NJW 1955, S. 201—204
- Der Wesensgehalt der Grundrechte im Sinne des Art. 19 GG  
in: DOV 1955, S. 597—602
- Buchbesprechung zu Hesse, Konrad, Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich  
in: ZevKR, Bd. 6 (1957/58), S. 72—82
- Die Rechtswirkung der strukturellen und geistigen Umgestaltung des Deutschen Staates nach 1945 auf das Reichskonkordat von 1933; Rechtsgutachten vom 23. 3. 1956  
in: Der Konkordatsprozeß, herausgegeben von Friedrich August Frhr. v. d. Heydet, 3. Teilband, S. 1052—1093  
München 1958  
(zit.: Krüger, Rechtsgutachten)

- Krüger, Herbert Allgemeine Staatslehre  
Stuttgart 1964
- Thesen zum Niedersächsischen Konkordat  
in: Die niedersächsische Schule vor und nach dem  
Konkordat, herausgegeben von der Niedersächsi-  
schen Landeszentrale für Politische Bildung,  
S. 108—111  
Hannover 1965
- Krüger, Hildegard Grenzen der Zumutbarkeit aus Gewissensgründen  
im Arbeitsrecht  
in: Recht der Arbeit 1954, S. 365—375
- Küchenhoff, Günther Staat und Gewissen  
in: Staat und Gewissen, Studien und Berichte der  
Katholischen Akademie in Bayern, Heft 8, S. 47—49  
München 1959
- Landé, Walter Die Schule in der Reichsverfassung, ein Kommentar  
Berlin 1929  
(zit.: Landé)
- Die staatsrechtlichen Grundlagen des deutschen  
Unterrichtswesens  
in: Anschütz-Thoma, Handbuch des deutschen Staats-  
rechts, Bd. 2, S. 690—724  
Tübingen 1932
- Lexikon der Pädagogik in vier Bänden  
herausgegeben vom Deutschen Institut für wissen-  
schaftliche Pädagogik, Münster, und dem Institut  
für vergleichende Erziehungswissenschaft, Salzburg  
Bd. 1—4 Freiburg 1952—1955  
Bd. 5 Freiburg, Basel, Wien 1964
- Liermann, Hans Rechtsgutachten über die Auslegung des Art. 23 des  
Konkordates zwischen dem Heiligen Stuhl und dem  
Deutschen Reich vom 20. Juli 1933 im Hinblick auf  
das Gesetz über das öffentliche Schulwesen in Nie-  
dersachsen vom 14. September 1954, 25. September  
1955  
in: Der Konkordatsprozeß, herausgegeben von Fried-  
rich Giese und Friedrich August Frhr. v. d. Heydte,  
2. Teilband, S. 743—775  
München 1958
- Link, Christoph Verfassungsrechtliche Fragen zur Aufhebung der  
„Staatskirche“  
in: BayVBl. 1966, S. 297—304
- „Bekennnisschule“  
in: Evangelisches Staatslexikon, herausgegeben von  
Hermann Kunst und Siegfried Grundmann, Spalten  
135—137 und 141—146  
Stuttgart, Berlin 1966
- Liske, Klaus Elternrecht und staatliches Schulerziehungsrecht  
Diss. jur. Münster 1966

- v. Mangoldt, Hermann Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner Grundgesetzes  
in: AöR, Bd. 75 (1949), S. 273—290
- Das Bonner Grundgesetz  
Berlin, Frankfurt 1957
- v. Mangoldt, Hermann  
Klein, Friedrich Das Bonner Grundgesetz  
2. Aufl., Berlin, Frankfurt 1957 passim
- Maunz, Theodor Der verfassungsrechtliche „Charakter“ einer Schule  
in: DOV 1950, S. 46—48
- Toleranz und Parität im deutschen Staatsrecht  
München 1953
- Rechtsgutachten über Pflichten des Landes Niedersachsen aus dem Reichskonkordat, 4. Juni 1955  
in: Der Konkordatsprozeß, herausgegeben von Friedrich Giese und Friedrich August Frhr. v. d. Heydte, 2. Teilband, S. 776—810  
München 1958
- Das Recht des Kindes und der Eltern  
in: Grundsätze katholischer Schulpolitik, herausgegeben vom Bund katholischer Erzieher  
S. 172—188  
Freiburg i. Br. 1958
- Staat und Schule im Verfassungsrecht  
in: Für Kirche und Recht, Festschrift für Johannes Heckel zum 70. Geburtstag, S. 1—12  
Köln 1959
- Deutsches Staatsrecht  
9. Aufl., München, Berlin 1959
- Maunz, Theodor Grundgesetz, Kommentar  
Dürig, Günther München, Berlin 1963 passim
- Maurer, Manfred Das Elternrecht und die Schule  
Diss. jur. München 1962
- Mayer, Helmuth Elternrecht, Schule und Kirche  
in: DVBl. 1955, S. 581—589
- Menger, Christian-Friedrich Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht  
Erichsen, Hans-Uwe in: Verw.Archiv 1967, S. 375—389
- Mikat, Paul Kirchen und Religionsgemeinschaften  
in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 4, 1. Halbband, S. 111—243  
Berlin 1960
- Mirbt, Hermann Glaubens- und Gewissensfreiheit  
in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, herausgegeben von H. C. Nipperdey, Bd. 2, S. 319—360  
Berlin 1930

- Mleinek, Elisabeth Die katholische Schule  
in: Grundsätze katholischer Schulpolitik, herausgegeben vom Bund katholischer Erzieher, S. 150—171 und S. 280—281  
Freiburg i. Br. 1958
- Müller, Friedrich Zur christlichen Gemeinschaftsschule in Baden-Württemberg  
in: DVBl. 1968, S. 98—102
- Müller, Ludwig Das bayerische Volksschulgesetz  
in: BayVBl. 1967, S. 114—119
- Mylius, Christian Otto Corpus Constitutionum Marchicarum, Königl. Preußis. und Churfürstl. Brandenburgische in der Chur- und Marck-Brandenburg, auch incorporirten Landen publicirte und ergangene Ordnungen, Edicta, Mandata, Rescripta etc.  
Von Zeiten Friedrich I. Churfürstens zu Brandenburg etc., bis ietzo unter der Regierung Friedrich Wilhelm Königs in Preußen ad annum 1737 inclusive.  
Mit allergnädigster Bewilligung colligiret und ans Licht gegeben von Christian Otto Mylius  
Berlin, Halle  
1. Teil: Von Geistlichen, Consistorial und Kirchensachen, In Zwei Abteilungen, 1737  
(zit.: Mylius I)
- Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium praecipue Marchicarum, oder Neue Sammlung Königl. Preußis. und Churfürstl. Brandenburgischer, sonderlich in der Chur- und Marck-Brandenburg, wie auch anderen Provintzien, publicirten und ergangenen Ordnungen, Edicten, Mandaten, Rescripten etc. vom Anfang des Jahres 1751 und folgende Zeiten, Bd. 3, 1761—1765  
Berlin, Academie der Wissenschaften, 1766  
(zit.: Mylius II)
- Nawiasky, Hans Die Verfassung des Freistaates Bayern vom  
Lechner, Hans 2. 12. 1946 (Ergänzungsband)  
München 1953
- Nawiasky, Hans Die Verfassung des Freistaates Bayern vom  
Leusser, Claus 2. 12. 1946  
München, Berlin 1948
- Nebinger, R. Kommentar zur Verfassung für Württemberg-Baden  
Stuttgart 1948
- Niemeier, Gottfried Evangelische Gedanken und Gesichtspunkte zur Kultur- und Bildungspolitik  
in: Streitfragen zur Bildungspolitik, herausgegeben von Hans-Joachim Gamm und Franz Pöggeler, S. 57—92  
Freiburg, Basel, Wien 1967

- Nipperdey, Hans-Carl** Freie Entfaltung der Persönlichkeit  
in: Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte, Bd. 4,  
2. Halbband, S. 741—909  
Berlin 1962
- Nitzsche, Volker** Die Auseinandersetzung um die Bekenntnisschule  
in der Weimarer Republik im Zusammenhang mit  
dem bayerischen Konkordat  
Diss. phil. Berlin 1965
- Obermayer, Klaus** Gemeinschaftsschule — Auftrag des Grundgesetzes  
Eine juristische Analyse zum Themenkreis Schul-  
organisation, Gewissensfreiheit, Bekenntnisschule,  
Gemeinschaftsschule  
München 1967
- Staatskirchenrecht im Wandel  
in: DOV 1967, S. 9—17
- Der sittlich-religiöse Charakter der bekenntnisneu-  
tralen Gemeinschaftsschule  
in: BayVBl. 1967, S. 305—307
- Parlamentarischer Rat** Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland  
(Entwürfe)  
Bonn 1948/49  
(zit.: Parlamentarischer Rat, Entwürfe)
- Stenographischer Bericht aller Plenarsitzungen des  
Parlamentarischen Rats  
Bonn 1948/49  
(zit.: Stenober.)
- Verhandlungen des Hauptausschusses  
Bonn 1948/49  
(zit.: HA-Steno)
- Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes  
für die Bundesrepublik Deutschland, erstattet von  
den Berichterstattem des Hauptausschusses für das  
Plenum  
I.: Dr. Hermann v. Mangoldt, Die Grundrechte,  
S. 5—13  
XI.: Dr. Heinrich v. Brentano, Übergangs- und  
Schlußbestimmungen, S. 61—105
- Peters, Hans** Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule  
in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grund-  
rechte, Bd. 4, 1. Halbband, S. 369—445  
Berlin 1960
- Rechtsgutachten vom 15. 8. 1957  
in: Der Konkordatsprozeß, herausgegeben von  
Friedrich Giese und Friedrich August Frhr. v. d.  
Heydte, 2. Teilband, S. 648—669  
München 1958
- Die Gegenwartsfrage des Staatskirchenrechts  
in: VVDStrL, Bd. 11, S. 177—214  
Berlin 1954

- Piloty, Robert                    Das Recht der Volksschulaufsicht in Bayern  
Beilage zu: Archiv des öffentlichen Rechts  
Tübingen 1911
- Pitzer, Friedemann                Anmerkung zum Urteil des Hessischen Staats-  
gerichtshofes vom 27. 10. 1965  
in: NJW 1966, S. 31
- Pius XI.                            Rundschreiben über die christliche Erziehung der  
Jugend (Divini illius Magistri) vom 31. 12. 1929  
Autorisierte Ausgabe, lateinischer und deutscher  
Text  
Freiburg i. Br. 1930
- Plümer, Egon                      Verfassungsrechtliche Grundlagen und Rechtsnatur  
der Privatschulverhältnisse  
Diss. jur. Würzburg 1968
- Pöggeler, Franz                    Das katholische Erziehungsziel  
in: Grundsätze katholischer Schulpolitik,  
herausgegeben vom Bund katholischer Erzieher  
S. 11—35  
Freiburg i. Br. 1958  
(zit.: Pöggeler)
- Schule und Staat im Lichte der christlichen Lehre  
vom Menschen, von der Erziehung und vom Staat  
in: Schule und Staat, Studien und Berichte der  
Katholischen Akademie in Bayern, Heft 9, S. 91—143  
München 1959  
(zit.: Pöggeler, Schule und Staat)
- Die bildungspolitische Konzeption der katholischen  
Kirche in Deutschland (1945—1965)  
in: Streitfragen der Bildungspolitik, herausgegeben  
von Hans-Jochen Gamm und Franz Pöggeler,  
S. 19—56  
Freiburg, Basel, Wien 1967
- Polewsky, Michael                Schulrechtliche Bindungen des bayerischen Staates  
durch das Grundgesetz und die Konkordate  
Diss.jur. München 1966
- Quaritsch, Helmut                Kirche und Staat, Verfassungs- und staatstheo-  
retische Probleme der staatskirchenrechtlichen Lehre  
der Gegenwart  
in: Der Staat 1962, S. 175—197 und S. 289—320
- Rambow, Gerhard                 Das Grundgesetz und die bekenntnismäßige Gestal-  
tung der öffentlichen Schulen  
Diss.jur. Köln 1966
- Redelsberger, Oskar              Zur Vereinbarkeit der Bekenntnisschule mit dem  
Grundgesetz  
in: DOV 1954, S. 102—108
- Reh, Hans-Joachim                Zur Anmerkung zum Schulgebetsurteil des Hessi-  
schen Staatsgerichtshofes v. 27. 10. 1965  
in: RdJ 1966, S. 75

- Rumpf, Bruno                    Ist Religionsunterricht an den Volksschulen in Baden-Württemberg eine kirchliche Veranstaltung? in: DOV 1968, S. 14—16
- Rust, Hendrik                    Gemeinschaftsschule in Bayern — christlich oder weltanschaulich neutral? in: BayVBl. 1967, S. 44—49
- Säcker, Horst                    Die Grundrechtsbindung der kirchlichen Gewalt in: DVBl. 1969, S. 5—10
- Scheffler, Gerhard                Die Stellung der Kirche im Staat Hamburg 1964
- Scheuner, Ulrich                 Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes in: Recht — Staat — Wirtschaft, Schriftenreihe des Innenministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen für staatswissenschaftliche Fortbildung, Bd. 4, S. 88—119 Düsseldorf 1953
- Die Nachprüfung kirchlicher Rechtshandlungen durch staatliche Gerichte in: ZevKR, Bd. 3 (1953/54), S. 352—359
- Die staatskirchenrechtliche Tragweite des niedersächsischen Kirchenvertrages von Kloster Loccum in: ZevKR, Bd. 6 (1957/58), S. 1—37
- Grundfragen einer kirchlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit in: ZevKR, Bd. 6 (1958/59), S. 337—364
- Kirche und Staat in der neueren deutschen Entwicklung in: ZevKR, Bd. 7 (1959/60), S. 225—273
- Auseinandersetzungen und Tendenzen im deutschen Staatskirchenrecht in: DOV 1966, S. 145—153
- Die Religionsfreiheit im Grundgesetz in: DOV 1967, S. 585—593
- Die christliche Gemeinschaftsschule im Verfassungsrecht  
Rechtsgutachten vom 18. 8. 1968 (unveröffentlicht)  
(zit.: Scheuner, Rechtsgutachten)
- Scheven, Dieter                    Die Bedeutung des Art. 19 Abs. IV des Grundgesetzes für die Anfechtung kirchlicher Verwaltungsakte in: ZevKR, Bd. 4 (1955), S. 157—195
- Schlieff, Karl-Eugen                Die Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Kirche und seine Ausgestaltung im Bonner Grundgesetz — Geschichte, Entstehungsgeschichte und Auslegung des Art. 140 GG in Verb. m. Art. 137 WRV Diss.jur. Münster 1961



- Schmoeckel, Reinhard      Der Religionsunterricht  
Berlin, Neuwied 1964
- Schnabel, Franz          Deutsche Geschichte im neunzehnten Jahrhundert  
4. Band: Die religiösen Kräfte  
3. Aufl., Freiburg i. Br. 1955
- Scholler, Heinrich        Die Freiheit des Gewissens  
Berlin 1958
- Smend, Rudolf            Das Recht der freien Meinungsäußerung  
in: VVDStrL, Bd. 4 (1928), S. 44  
Berlin, Leipzig 1928
- Verfassung und Verfassungsrecht  
München, Leipzig 1928
- Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz  
in: ZevKR, Bd. 1 (1951), S. 4—14
- Zur Gewährung der Rechte einer Körperschaft des  
öffentlichen Rechts an Religionsgemeinschaften  
gemäß Art. 137 WRV  
in: ZevKR, Bd. 2 (1952/53), S. 374—381
- Spitta, Theodor          Kommentar zur Bremischen Verfassung von 1947  
Bremen 1960
- Stein, Ekkehart          Weltanschauung und Religion im Schulunterricht  
in: RdJ 1967, S. 29—34
- Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der  
Schule  
Berlin, Neuwied 1967  
(zit.: Stein, Kind und Schule)
- Stein, Erwin              Probleme des Schulrechts nach dem Grundgesetz  
in: NJW 1950, S. 658—661
- Die rechtsphilosophischen und positiv-rechtlichen  
Grundlagen des Elternrechts  
in: Stein-Joest-Dumbois, Elternrecht, Studien zu  
seiner rechtsphilosophischen und evangelisch-  
theologischen Grundlegung, S. 5—57  
Heidelberg 1958  
(zit.: Stein, Elternrecht)
- Süsterhenn, Adolf        Zur Frage der Subventionierung von Privatschulen  
in: JZ 1952, S. 474 f.
- Grundgesetz und Bekenntnisschule, Die Konsequenz  
aus dem Recht auf die freie Entfaltung der Persön-  
lichkeit  
in: Rheinischer Merkur, 10. Jahrgang, 4. Novem-  
ber 1955
- Süsterhenn, Adolf  
Schäfer, Hans            Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz  
Koblenz 1950

- Thielicke, Helmut** Kirche und Öffentlichkeit, Zur Grundlegung einer lutherischen Kulturethik  
Tübingen 1947  
Theologische Ethik, Bd. 2,  
2. Teil: Ethik des Politischen  
Tübingen 1958  
(zit.: Thielicke)
- Thieme, Werner** Die verwaltungsrechtliche Überprüfung von Entscheidungen in Schul-, Ausbildungs- und Prüfungssachen  
in: NJW 1954, S. 742—744  
Die Zuständigkeit staatlicher Gerichte zur Entscheidung von Streitigkeiten zwischen den Kirchen und ihren Mitgliedern  
in: AöR, Bd. 80 (n. F. Bd. 41) (1955/56), S. 423—447  
Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes  
Göttingen 1961
- Thoma, Richard** Die Subventionierung der Privatschulen im Rahmen des Art. 7 des Grundgesetzes  
in: JZ 1951, S. 777—779
- Toews, Hans-Jürgen** Die Schulbestimmungen des niedersächsischen Konkordats  
Göttingen 1967
- Ule, Carl Hermann** Öffentlicher Dienst  
in: Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte, Bd. 4, 2. Halbband, S. 537—671  
Berlin 1962
- Vogel, Peter** Finanzielle Beteiligung des Staates an den Kosten freier Schulen  
in: DOV 1967, S. 17—19
- Weber, Hermann** Die Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts im System des Grundgesetzes  
Berlin 1966  
Subventionierungspflicht des Staates zugunsten privater Schulen?  
in: NJW 1966, S. 1798 f.  
Der Rechtsschutz im kirchlichen Amtsrecht  
in: NJW 1967, S. 1641—1646  
Grundprobleme des Staatskirchenrechts  
in: Juristische Schulung (JuS) 1967, S. 433—444  
Ersatzdienstverweigerung aus Gewissensgründen  
in: NJW 1968, S. 1610 f.  
Noch einmal: Grundgesetzlicher Anspruch auf Privatschulsubvention?  
in: JZ 1968, S. 779—783

- Weber, Werner Die Gegenwartslage des deutschen Staatskirchenrechts  
in: VVDStrL, Bd. 11, S. 153—176  
Berlin 1964
- Anmerkungen zu BGH NJW 1954, S. 1284 und  
OLG Düsseldorf NJW 1954, S. 1767
- Gemeinschaftsschulen und Bekenntnisschulen im  
niedersächsischen Schulrecht  
in: RdJ 1965, S. 1—9
- Die Konfessionalität der Lehrerbildung in rechtlicher  
Betrachtung  
Tübingen 1965
- Wolff, Hans Julius Verwaltungsrecht, Bd. 2  
2. Aufl. München, Berlin 1967
- v. Zezschwitz, Friedrich Staatliche Neutralitätspflicht und Schulgebet  
in: JZ 1966, S. 337—344
- Zinn, Georg August Die Verfassung des Landes Hessen, Kommentar  
Stein, Erwin 1. Aufl., Bd. 1  
Bad Homburg v. d. H., Berlin 1954