

EINWIRKUNGEN DES EUROPARECHTS AUF DAS DEUTSCHE STAATSKIRCHENRECHT*

A. Kompetenzsystem der Union und Kompetenz für Fragen des Staatskirchenrechts

I. Kompetenzbegründung

1. Ausgangspunkt: Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung

Das Kompetenzsystem der Europäischen Union (EU)¹ beruht auf dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 EUV, Art. 5 Abs. 1 EGV). Demnach bedarf die EU, die „innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und Gesetze tätig“ wird, eines ausdrücklichen, aus dem europäischen Primärrecht herzuleitenden Kompetenztitels. Betrifft Art. 5 Abs. 1 EGV die Frage, ob die EU überhaupt tätig werden darf, ist für jeden verbindlichen Rechtsakt positiv festzustellen, welches im EG-Vertrag vorgesehene Ziel mit der Maßnahme erreicht werden soll und ob sich diese auf eine ausdrückliche und auf die in casu einschlägige Kompetenzgrundlage stützen läßt².

Die Regelungstechnik des Art. 5 Abs. 1 EGV führt zu einer klaren Kompetenzabgrenzung: Die EU muß das Bestehen einer ausdrücklichen Befugnisnorm dartun, umgekehrt gilt eine Vermutung für die Kompetenz zugunsten der Mitgliedstaaten. Das vom Normtext suggerierte Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen partikularer und zentraler Instanz muß dabei allerdings nicht notwendigerweise auch die Rechtswirklichkeit bestimmen, wie ein Blick auf die Verschiebungen im föderalen Kompetenzgefüge der Bundesrepublik Deutschland deutlich macht, deren Grundgesetz ein vergleichbares Aufteilungskonzept enthält (Art. 30, 70 Abs. 1 GG). Auch für das Unionsrecht besteht weder ein generelles Gebot einer engen Auslegung der Kompetenzbestimmungen des EG-Vertrags noch ein Verbot ungeschriebener Zuständigkeiten („*implied powers*“)³.

Als Fazit bleibt der Befund, daß aufgrund der Konzeption des EGV der EU – anders als dem Staat – keine Kompetenz-Kompetenz zukommt. Eine derartige Allzuständigkeit im Wege der Selbstermächtigung besteht auch nicht kraft der (künftig entfallenden) Bestimmung des Art. 6 Abs. 4 EUV. Es ist vielmehr Sache der EU, für einen konkreten Rechtsakt eine konkrete Kompetenzgrundlage anzuführen.

2. Kompetenztitel für den Bereich des Staatskirchenrechts?

Nach den Katalogen, welche die Zielsetzungen der Union (Art. 2 EUV) sowie die Aufgaben und Tätigkeitsfelder der Gemeinschaft (Art. 2 und 3 EGV) enumerativ aufführen (künftig: Art. 3 und 4 AEUV), bestehen keine Regelungskompetenzen hinsichtlich der Materien „Religion“ und „Kirche“. Das führt in Anwendung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung zur zwingenden Schlußfolgerung, daß der Bereich des Staatskirchenrechts in der (alleinigen) Kompetenz der Mitgliedstaaten verbleibt⁴.

* Das Gutachten stellt die Rechtslage nach dem derzeit geltenden Primärrecht dar, also dem „Vertrag über die Gründung der Europäischen Union“ und dem „Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft“. Daran wird sich im Grundsätzlichen auch durch den – zur Zeit im Prozeß der Ratifizierung befindlichen – Vertrag von Lissabon aus dem Jahr 2007 nichts ändern, der gleichfalls aus zwei Verträgen besteht („Vertrag über die Europäische Union“ sowie „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“). Lediglich materielle, nicht aber redaktionelle Abweichungen von derzeitigem und neuem Recht werden explizit benannt.

¹ Zur Terminologie: Es wird im folgenden durchweg von der „Europäischen Union“ gesprochen, auch wenn in der Vergangenheit die Rechtsperson der „Europäischen (Wirtschaft-)Gemeinschaft“ gehandelt bzw. im noch geltenden europäischen Primärrecht die „Europäische Gemeinschaft“ in Bezug genommen ist.

² *Christian Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Aufl. 1999, S. 69 ff.

³ Grundlegend zur *implied powers*-Theorie EuGH, Slg. 1955/6, 297 (312) – *Fédéchar*.

⁴ *Stefan Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts, 2005, S. 411 m.w.Nachw.

Mit dieser Feststellung ist indes nur die Erkenntnis gewonnen, daß das Unionsrecht nicht das Staatskirchenrecht als solches in den Blick nimmt. Das verwehrt ihm zwar das zielgerichtete Tätigwerden in diesem Bereich, nicht aber das Handeln in den der EU zugewiesenen Materien, welche sich (auch) auf das mitgliedstaatliche Staatskirchenrecht allgemein, auf Religion und Kirche, auswirken. Dahinter steht eine Systemlogik, welche das Unionsrecht primär funktional ausgestaltet. Anders als tendenziell im mitgliedstaatlichen Recht, stellt es nicht auf die betroffenen Subjekte, sondern auf die von ihnen ausgeübte Tätigkeit ab. Konsequenz dieser Konzeption des Unionsrechts als Querschnittsmaterie ist es, daß die von den Unionsorganen erlassenen Rechtsakte wenigstens mittelbar auf staatskirchenrechtliche Sachverhalte einwirken können. So gesehen, verfügt die EU über eine mittelbare Sachkompetenz auch im Bereich des Staatskirchenrechts⁵.

Dieser Befund ist mit einem grundlegenden Dilemma verbunden: Die Regelungskompetenzen der EU betreffen (immer noch) im Schwerpunkt Materien des Wirtschaftslebens. Nun kann das Handeln der Kirchen und Religionsgemeinschaften auch einen wirtschaftlichen Gesichtspunkt aufweisen. In der Vergangenheit hat dies dazu geführt, daß das Unionsrecht ebenso wie die Rechtsprechung des EuGH die Kirchen allenfalls als Akteure des Wirtschaftslebens wahrgenommen und behandelt hat⁶, ihnen aber in ihren primären Tätigkeitsformen nicht gerecht geworden ist⁷. Aus diesem Kontext rühren Beschreibungen von der „Kirchenblindheit“ oder „Kirchenindifferenz“ des Unionsrechts her⁸.

3. Keine Bereichsausnahme

Der Charakter des Unionsrechts als Querschnittsmaterie hat die Konsequenz der Einwirkung und Durchdringung, in Teilen auch der Modifizierung und Umgestaltung solcher Rechtsmaterien, für die eine unmittelbare Kompetenz der EU nicht besteht. Diese Implikationen würden nur dann nicht eintreten (können), wenn eine Rechtsmaterie generell vom Geltungsanspruch des Unionsrechts nicht erfaßt wäre. Sog. Bereichsausnahmen sind zwar grundsätzlich möglich, bedürfen aber nach der Rechtsprechung des EuGH einer ausdrücklichen Grundlage im EGV. In allen übrigen Fällen pflegt der Gerichtshof den – gerade in Konstellationen, in denen sensible nationale Zuständigkeiten (mit-)betroffen sind, regelmäßig erhobenen – Einwand einer Bereichsausnahme mit der Formulierung zurückzuweisen, der Umstand, daß eine bestimmte Materie der EU kompetentiell nicht zugewiesen sei, bedeute nicht, daß diese „vollständig der Anwendung des (Unions-)Rechts entzogen wäre(n)“⁹. Kaum noch ein Lebensbereich vermag sich diesen mittelbaren Implikationen zu entziehen und sich als „europafest“ zu behaupten, wie der EuGH für die nach der generellen Kompetenzverteilung des EGV der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten unterfallenden Materien Bildung und Kultur, Sport und Militär entschieden hat¹⁰. Insoweit bildet das Staatskirchenrecht keine Ausnahme: Als solche besteht für die Materie keine generelle Bereichsausnahme¹¹.

⁵ Mückl, ebd.

⁶ S. nur EuGH, Slg. 1988, 6169, Tz. 9: „(A)ngesichts der Ziele der Gemeinschaft (fällt) die Teilnahme an einer auf Religion ... beruhenden Vereinigung ... insoweit in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ..., als sie als Teil des Wirtschaftslebens im Sinne von Art. 2 des EWG-Vertrags angesehen werden kann.“

⁷ Eine „Blickverengung auf das Ökonomische“ konstatiert Michael Brenner, in: Axel Frhr. von Campenhausen (Hrsg.), Deutsches Staatskirchenrecht zwischen GG und EU-Gemeinschaftsrecht, 2003, S. 43 (57).

⁸ Josef Isensee, Die Zukunftsfähigkeit des deutschen Staatskirchenrechts, in: Festschrift für Joseph Listl, 1999, S. 67 (73).

⁹ EuGH, Slg. 1999, I-7403, Tz. 15 – Sirdar; Slg. 2000, I-69, Tz. 15 – Kreil.

¹⁰ EuGH, Slg. 1974, 773 – Casagrande; Slg. 1995, I-4921 – Bosman; Slg. 1999, I-7403 – Sirdar; Slg. 2000, I-69 – Kreil.

¹¹ Stefan Koriath, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), GG, Art. 140 (Stand: 2003) Rn. 37; Paul Kirchhof, Der unverzichtbare Kern des deutschen Staatskirchenrechts und seine Perspektive im EU-Gemeinschaftsrecht, in: Frhr. von Campenhausen (FN 7), S. 147 (153); Mückl (FN 4), S. 412 f.

II. Kompetenzschränken

1. Kompetenzschränken aus dem Unionsrecht

a) Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten (Art. 6 Abs. 3 EUV)

Eine erste Kompetenzschranke resultiert aus der rechtlichen Verpflichtung des Art. 6 Abs. 3 (künftig: Art. 4 Abs. 2) EUV, demzufolge die Union die nationale Identität der Mitgliedstaaten „achtet“. Hintergrund der Verankerung dieser Bestimmung im Unionsrecht seit dem Vertrag von Maastricht waren die in einigen Mitgliedstaaten artikulierten Befürchtungen vor deren Entstaatlichung und damit schrittweisen Auflösung im Rahmen der Europäischen Union¹². Bestandteil der nationalen Identität der Mitgliedstaaten sind ihre Staatlichkeit und Souveränität¹³, darüber hinaus auch ein Mindestbestand an Werten aus den verschiedenen Bereichen menschlichen Zusammenlebens, die das Wesen und das Selbstverständnis des jeweiligen Staates prägen. Nationale und Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten sind keine deckungsgleichen Größen, diese muß weder zu jener rechnen noch sich in ihr erschöpfen¹⁴. Wortlaut und Ratio der Bestimmung zielen auf den Schutz der Spezifika eines Mitgliedstaates ab.

Was aus der Formulierung „achtet“ rechtlich folgt, ergibt sich nicht schon aus dem Wortlaut der Bestimmung. Unter Hinweis darauf, daß nicht weitergehend eine Sicherung und Bewahrung der nationalen Identität festgeschrieben sei, wird teilweise angenommen, der nationalen Identität käme kein Vorrang vor dem Unionshandeln zu, vielmehr sei im Konfliktfall ein Ausgleich anzustreben¹⁵. Die besseren Gründe sprechen indes dafür, einem Mitgliedstaat für den Fall einer Beeinträchtigung seiner nationalen Identität einen entsprechenden Unterlassungsanspruch einzuräumen¹⁶.

Für die Rechtsanwendung steht außer Frage, daß die Schwelle für die Geltendmachung der Gefährdung der nationalen Identität hoch liegt und liegen muß: Könnte jeder Mitgliedstaat mißliebige unionsrechtliche Ingerenzen schon unter bloßen Hinweis auf Art. 6 Abs. 3 EUV abwehren, würde dies die Grundentscheidung für den Vorrang des Unionsrechts in letzter Konsequenz aufgeben. Der unbestimmte Rechtsbegriff „nationale Identität“ bedarf somit einer restriktiven Auslegung. Im Ergebnis wird sich diese Kompetenzschranke nur in evidenten und eklatanten – aus gegenwärtiger Sicht: wenig wahrscheinlichen – „Übergriffen“ der EU in das Hausgut der Mitgliedstaaten aktivieren lassen.

Einer der (seltenen) Anwendungsfälle, in denen eine Rechtsmaterie unter den Begriff der „nationalen Identität“ fällt, ist die mitgliedschaftliche Ausgestaltung des Beziehungsgefüges zwischen Staat und Kirche¹⁷. Dieser Befund besagt freilich nicht, daß „das“ (gesamte) Staatskirchenrecht der einzelnen Mitgliedstaaten in allen Einzelausprägungen und Rechtsfiguren schon zu deren nationaler Identität rechnen würde. Vielmehr gilt es – für einen jeden gesondert – die tragenden Grundpfeiler jenes Beziehungsgefüges ausfindig zu machen, die als historisch wie aktuell gleichermaßen prägend zum normativen Kernbestand des Gemeinwesens rechnen¹⁸.

Dabei zeigen sich in den unterschiedlichen Rechtsordnungen insoweit naturgemäß signifikante Unterschiede: Rechnet in Deutschland das Verbot der Staatskirche zur nationalen Identität, ist es in England umgekehrt ihr Bestehen. Untersagt in Frankreich das überkommene Verständnis der *laïcité* die Berücksichtigung religiöser Überzeugungen im staatlichen Bereich, ist

¹² Arnd Uhle, Staat – Kirche – Kultur, 2004, S. 151.

¹³ BVerfGE 89, 155 (189).

¹⁴ Stefan Mückl, Religions- und Weltanschauungsfreiheit im Europarecht, 2002, S. 25 f.

¹⁵ So Adelheid Puttler, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 6 EUV Rn. 49.

¹⁶ Uhle (FN 12), S. 154.

¹⁷ Koriath (FN 11), Art. 140 Rn. 40; Isensee (FN 8), S. 67 (72); Mückl (FN 4), S. 415; Uhle (FN 12), S. 152 ff.; Brenner (FN 7), S. 43 (62).

¹⁸ Mückl (FN 14), S. 27.

sie in Spanien von Verfassungen wegen gefordert und überdies mit einer Rechtspflicht zur Kooperation abgesichert. An diesen Grundsätzen der nationalen Identität *sub specie* Staatskirchenrecht enden die Ingerenzmöglichkeiten des Unionsrechts: Dieses verpflichtet England nicht dazu, das staatskirchliche Modell gänzlich aufzugeben oder es durch die Zulassung von Nicht-Anglikanern zur Thronfolge seines Kerns zu entleeren¹⁹. Die Veröffentlichung von EU-Dokumenten mit der lobenden Erwähnung der schillernden Vokabel „Zivilgesellschaft“²⁰ braucht Frankreich ebenso wenig zur Aufnahme von Konkordats- und Vertragsverhandlungen mit der Kirche zu veranlassen wie manch laizistisch inspirierte Resolution des Europäischen Parlaments²¹ Spanien zur Kündigung seiner entsprechenden Vereinbarungen²².

So konsensfähig die Grundaussage der durch Art. 6 Abs. 3 EUV vermittelten Schutzwirkung auch ist, dürfte sie sich doch in der laufenden (Gesetzgebungs-)Tätigkeit der EU nur begrenzt aktivieren lassen. Infolge ihrer fehlenden Kompetenz für die Materie des Staatskirchenrechts vermögen die Auswirkungen der vorhandenen mittelbaren Sachkompetenz kaum die tragenden Grundpfeiler des Verhältnisses von Staat und Kirche in einem Mitgliedstaat identitätsgefährdend zu erschüttern. Gegen die europarechtlich veranlaßte Modifizierung einzelner Institute und Bestimmungen des nationalen Staatskirchenrechts wird sich Art. 6 Abs. 3 EUV in der Regel nicht fruchtbar machen lassen. Die Norm bezeichnet eher eine letzte Grenze als sie im Alltag praktische Wirkungen erzeugt.

b) *Immanente Schranke: Inkompetenz der weltlichen Gewalt im kirchlichen Binnenbereich*

Eine weitere Kompetenzschränke ergibt sich aus einer grundsätzlichen Überlegung: Zu einem der elementaren Wesenszüge des modernen Staates rechnet seine Beschränkung auf weltliche Angelegenheiten und Zwecke. Er ist „sektoraler Staat“²³, für den der geistlich-religiöse Bereich *eo ipso* außerhalb seines Befugnisbereiches liegt²⁴. Diese Einsicht hat sich in sämtlichen europäischen Rechtsordnungen als heute unangefochtenes Gemeingut herausgebildet.

Nichts anderes gilt auch für die suprastaatliche Ebene des europäischen Staatenverbunds. Seine Zielsetzungen sind – ausweislich der Aufzählungen in EUV und EGV – ebenfalls ausschließlich weltlicher Natur. Das setzt dem Tätigwerden der EU bei ihrer mittelbaren Sachkompetenz auf religionsrelevante Sachverhalte Grenzen: Soweit es in den geistlich-religiösen Bereich hineinreicht, ist das Handeln *ultra vires*. Weder Staat noch EU verfügen aufgrund ihres selbst gewählten Seinszwecks – Errichtung einer diesseitigen Ordnung unter Ausschluß der religiösen Wahrheitsfrage – über eine unbeschränkte Kompetenz in ihrem Hoheitsbereich nach dem Muster der absolutistischen Territorialtheorie. Weder Staat noch EU verfügen kraft ihrer eigenen Entscheidung über Maßstäbe zur Regelung der nicht-weltlichen Angelegenheiten. Darin liegt die zentrale immanente Beschränkung *jedweder* weltlichen Gewalt: Sie ist unter der Prämisse freiheitlicher und säkularer Herrschaftsausübung für den geistlich-religiösen Bereich schlechterdings inkompetent.

¹⁹ Die Vereinbarkeit eines staatskirchlichen Systems als solchen mit Art. 9 EMRK steht nach ganz überwiegender Auffassung außer Frage: EGMR, NJW 1991, 1404 – *Darby*; EKMR, DR 5, 157 (158); *Christoph Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2008, § 22 Rn. 83.

²⁰ Weißbuch „Europäisches Regieren“ der Kommission vom 25. Juli 2001, s. KOM (2001) 428 endg., S. 19.

²¹ Vgl. eine am 13. März 2002 verabschiedete „Entschließung des Europäischen Parlaments zu Frauen und Fundamentalismus“, welche „in der Erwägung, daß die Einmischung der Kirchen und der Religionsgemeinschaften in das öffentliche und politische Leben der Staaten bedauerlich ist“ meint, „die Trennung von Kirche und Staat (sei) die am ehesten akzeptable Regierungsform in einer demokratischen Gesellschaft“ (Europäisches Parlament, Dokument A5-0365/2001).

²² Zusammenfassend zur staatskirchenrechtlichen Identität einzelner Rechtsordnungen *Mückl* (FN 14), S. 26 ff.; speziell für Deutschland *Korioth* (FN 11), Art. 140 Rn. 40.

²³ *Josef Isensee*, Staat und Verfassung, in: ders./Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 69, 75 ff.

²⁴ *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Stellung und Bedeutung der Religion in einer „Civil Society“, in: ders., Staat, Nation, Europa, 1999, S. 256 (261 ff.).

Dieser Aspekt ist für den Binnenbereich der Kirchen und Religionsgemeinschaften, die sog. innerkirchlichen Angelegenheiten, bedeutsam²⁵. Im Unterschied zu mancher mitgliedstaatlichen Rechtsordnung ist die EU eine durchgängig „säkulare Einrichtung“²⁶. Regelungskompetenzen hinsichtlich Kultus und Sakramentenverwaltung, religiöser Lehre und Verkündigung kommen ihr ebensowenig zu wie Einflußnahmen auf das kirchliche Ämterrecht und die kirchliche Ämterstruktur²⁷. Wie schon im Falle der „nationalen Identität“ kann auch für den Bereich der innerkirchlichen Angelegenheiten der jeweils nach mitgliedstaatlichem Recht umfaßte Bestand nicht unbesehen auf die unionsrechtliche Ebene transponiert und sodann von deren Einwirkungen freigestellt werden. Anders als manche nationale Rechtsordnung, welche den Begriff tendenziell weit versteht und auch auf in den weltlichen Bereich hineinreichende Beziehungen – namentlich das Arbeitsrecht – ausdehnt, sind die innerkirchlichen Angelegenheiten für die unionsrechtliche Ebene *stricto sensu* zu verstehen: Erfasst sind jene kirchlichen Tätigkeiten, welche sich als Ausfluß ihrer genuin geistlich-religiösen Sendung darstellen und in ihren rechtlichen Konsequenzen allein ihre Mitglieder betreffen.

Diese grundsätzliche Inkompetenz der weltlichen Gewalt für den kirchlichen Binnenbereich sieht sich mitunter auf der unionsrechtlichen Ebene zwei unterschiedlichen Gefährdungslagen ausgesetzt. Beide beruhen auf einem jedenfalls zu hinterfragenden Verständnis von der Funktion und den Wirkungsweisen des Rechts – das eine der Ausgliederung des Rechts aus der Realität und das andere der Ausgliederung der Realität aus dem Recht:

- Kennzeichnend für die erstgenannte, zumeist im politischen Raum entstandene, Schiefelage ist das Bemühen, Religion allgemein sowie deren Lehren und Repräsentanten nach den Maßstäben einiger für den *weltlichen* Bereich entwickelter Prinzipien zu rezensieren²⁸. Die Inanspruchnahme von Topoi wie Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechten bei der Brandmarkung mißliebiger Religionen als „undemokratisch“, „menschenrechtswidrig“, „diskriminierend“, „intolerant“ und „fundamentalistisch“ scheint auf einem identitären Mißverständnis zu beruhen: Charakteristikum der modernen weltlich(-staatlichen) Ordnung ist ihre grundlegende Scheidung von der Gesellschaft²⁹. Dies gilt gleichermaßen für den nationalen Staat wie für die supranationale EU. *Sie* beruht auf den – allen Mitgliedstaaten gemeinsamen – elementaren Grundsätzen des gedeihlichen Zusammenlebens (Art. 6 Abs. 1 EUV: Freiheit, Demokratie, Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Rechtsstaatlichkeit). Als Rechtsgemeinschaft gewährt sie dem Bürger wie den gesellschaftlichen Kräften ein Höchstmaß an Freiheit. Dieses kann auch und gerade darin bestehen, persönliche Lebensführung wie korporatives Handeln an Maßstäben auszurichten, die mit den für den institutionell-öffentlichen Bereich statuierten Strukturprinzipien nicht kongruent sind.
- Die entgegengesetzte Gefährdungslage besteht in einer den konkreten Lebenssachverhalt ganz oder teilweise ausblendenden formalistisch-technizistischen Rechtsanwendung. An dieser Stelle offenbaren sich die Konsequenzen des Aufeinandertreffens zweier Querschnittsmaterien mit ihren jeweils unterschiedlichen Sachlogiken. So finden sich vielfach religionsrechtlich geprägte Sachverhalte in der forensischen Praxis in das Prokrustesbett ökonomischer Begrifflichkeiten gezwängt. Je nach Sachmaterie changiert dabei die recht-

²⁵ S. bereits *Albert Bleckmann*, Von der individuellen Religionsfreiheit des Art. 9 EMRK zum Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, 1995, S. 7.

²⁶ *Gerhard Robbers*, Europarecht und Kirchen, in: Joseph Listl/Dietrich Pirson (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Aufl. 1994, S. 315 (319).

²⁷ *Robbers*, ebd., S. 315 (321); *Alexander Hollerbach*, Europa und das Staatskirchenrecht, ZevKR 35 (1990), 250 (277).

²⁸ Reiches Anschauungsmaterial bietet insoweit die in FN 22 genannte Entschließung des Europäischen Parlaments; vgl. ebenfalls die vorgängige (noch nicht „entschärfte“) Beschlußvorlage des Ausschusses für die Rechte der Frau und Chancengleichheit vom 25. Oktober 2001.

²⁹ Statt aller *Isensee* (FN 23), § 15 Rn. 69.

liche Bewertung: Einmal stellt sich ein Priester als „Selbständiger“ dar³⁰, ein anderes Mal als „Arbeitnehmer, (der) im liturgischen Bereich von Kirchen oder Religionsgemeinschaften beschäftigt“ ist³¹. Auch wenn im Einzelfall das gefundene Ergebnis zutreffend sein kann, bleibt doch das grundsätzliche Problem bestehen, ob bei der Unterstellung eines Sachverhalts unter einen Rechtsstoff die spezifischen Besonderheiten der betreffenden Materie erstens überhaupt und zweitens zutreffend erfaßt werden. Für den negativen Fall droht die rechtliche Bewertung unangemessen oder sogar unrichtig zu werden – weniger aus einer von bestimmten Motiven gespeisten Intention denn aus unzureichender Wahrnehmung. Ein anschauliches Beispiel bildet insoweit die teilweise engagiert erörterte Frage, ob europäisches Sekundärrecht dem Ausschluß von bestimmten Personengruppen vom geistlichen Amt in bestimmten Kirchen und Religionsgemeinschaften entgegensteht³². Wie immer man auch zur Sache selbst stehen mag, geht es hier von vornherein nicht um ein nach Maßstäben des weltlichen Rechts zu beurteilendes Problem³³: Welcher Personenkreis welche geistlichen Funktionen auszuüben berechtigt ist, betrifft bereits nicht „Beschäftigung und Beruf“, sondern den davon zu trennenden, vorgelagerten Aspekt des internen (Sakramenten-)Rechts. Auf sekundärrechtliche Ausnahmeklauseln kommt es hier nicht an; weder könnte die weltliche Gewalt deren generalklauselartigen Kautelen anwenden noch gar eine für die betreffende Kirche negative Auslegung praktisch durchsetzen. Letztlich erweist sich die Diskussion als akademisch: Die auf Freiheit, Menschenrechten und Rechtsstaatlichkeit gegründete EU wird kaum Ingerenzmöglichkeiten in den genuin innerkirchlichen Bereich beanspruchen (wollen), die nicht einmal das rigideste Staatskirchentum und der weltanschaulichste Laizismus jemals reklamierten.

Klarzustellen bleibt, daß die umschriebenen, für die weltliche Gewalt impermeablen innerkirchlichen Angelegenheiten den genuin geistlich-religiösen Bereich und selbst diesen nur dann betreffen, wenn sich dieser allein auf die Mitglieder der jeweiligen Kirche auswirkt. Sind hingegen ganz oder teilweise religiös akzentuierte, aber in den weltlichen Bereich „hineinragende“ Materien betroffen – klassisch etwa beim kirchlichen Arbeitsrecht – ist das weltliche Recht (selbstverständlich) grundsätzlich anwendbar; es kann sich allein die Frage stellen, inwieweit bereichsspezifische Besonderheiten eine Modifizierung der allgemeinen Grundsätze erfordern. Ebensovienig zweifelhaft ist, daß der weltlichen Gewalt die Aufgabe zukommt, Ein- oder Übergriffe Privater in die Rechtssphäre Dritter mit den Mitteln des Rechtsstaats abzuwehren. Dies gilt für Außenstehende gleichermaßen wie für Mitglieder, sofern bei diesen außerhalb des geistlich-religiösen Bereichs angesiedelte Rechtsgüter betroffen sind. Im übrigen beschränkt sich die Schutzpflicht der weltlichen Gewalt auf die Gewährleistung der Religionsfreiheit, welche es auch dem Mitglied einer Kirche ermöglicht, sich von dieser – wiederum beschränkt auf den staatlichen Rechtskreis – zu lösen³⁴.

c) Grundrechte

Kompetenzbeschränkender Charakter kommt weiter den (Unions-)Grundrechten zu. Spätestens seit ihrer Anerkennung als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof im Jahr 1969³⁵ ist die Gemeinschaft auch Grundrechtsgemein-

³⁰ EuGH, Slg. 1986, 3097, Tz. 21 ff. – *van Roosmalen*.

³¹ Art. 17 Abs. 1 lit. c der Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABl. EG, Nr. L 307 v. 13.12.1993, S. 18).

³² Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. EG Nr. L 303 v. 2.12.2000, S. 16).

³³ *Wolfgang Rübner*, Staatskirchenrechtliche Überlegungen zu Status und Finanzierung der Kirchen im vereinten Europa, in: FS Carl Heymanns Verlag, 1995, S. 485 (488); *Mückl* (FN 14), S. 31; *Brenner* (FN 7), S. 43 (58); *Christian Waldhoff*, Kirchliche Selbstbestimmung und Europarecht, JZ 2003, 978 (986).

³⁴ Dieser Rechtsgedanke liegt Art. 9 Abs. 1 EMRK zugrunde; aus der Rspr. EKMR, NJW 1987, 1131, Tz. 2 – *Prüssner*; DR, 42 (45); 40, 284 (286) – *Gottesmann*.

³⁵ Grundlegend EuGH, Slg. 1969, 419, Tz. 7 – *Stauder*.

schaft, seit dem Vertrag von Maastricht kraft expliziter Verankerung im Primärrecht (Art. 6 Abs. 2 EUV). Mit dem „Reformvertrag“ soll die bereits in den Jahren 2000 und 2007 „feierlich proklamierte“ „Charta der Grundrechte der Europäischen Union“³⁶ im Wege einer Verweisung (Art. 6 Abs. 1 EUV-neu) Rechtsverbindlichkeit erlangen, womit die Union über einen eigenständigen Katalog einzelner Grundrechte verfügte.

Wie im nationalen Verfassungsrecht, liegt die primäre Bedeutung der Grundrechte in ihrer negatorischen Funktion als Abwehrgrundrechte. Dem entspricht auf der objektiv-rechtlichen Ebene eine kompetenzbeschränkende Wirkung: Grundrechte sind negative Kompetenznormen. Dieser Gedanke gilt auch in der Unionsrechtsordnung. Die EU ist bei der Setzung und Anwendung von sekundärem Unionsrecht an die Unionsgrundrechte gebunden³⁷.

Beide Dimensionen lassen sich exemplarisch für das Staatskirchenrecht an der Bestimmung des Art. 22 GRCh aufzeigen: Die der Union vorgegebene Achtung der „Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen“ hat zumindest insoweit kompetenzlimitierenden Gehalt, als weder die Setzung noch der Vollzug des (sekundären) Unionsrechts zu einer Harmonisierung oder gar Vereinheitlichung auf staatskirchenrechtlichem Gebiet führen darf.

Große praktische Bedeutung wird indes vor allem dem (Unions-)Grundrecht der Religionsfreiheit zukommen. Dessen kompetenzbeschränkende Wirkung wird sich in Anbetracht der fehlenden unmittelbaren Unionskompetenzen im Bereich des Staatskirchenrechts im Regelfall nicht gegen legislative Akte als solche erweisen. Denkbar aber ist, daß sich im Bereich der Ausübung der mittelbaren Sachkompetenz der Union aus Gründen der Religionsfreiheit eine Ausnahmeklausel als erforderlich darstellen kann.

d) Prinzipien der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 2 und 3 EGV)

Das allgemeine Subsidiaritätsprinzip – Zuständigkeitsvorrang der kleineren vor der größeren Einheit nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit – ist in Art. 5 Abs. 2 EGV als Kompetenzausübungsschranke ausgestaltet: Im Rahmen ihrer nicht ausschließlichen Kompetenzen kann die EU nur tätig werden, wenn das Negativkriterium der Insuffizienz auf nationaler Ebene „kumulativ und kausal“ zum Positivkriterium der höheren Effizienz auf Unionsebene erfüllt ist. Schon dem klaren Wortlaut der Bestimmung nach ist das Bestehen einer Unionskompetenz vorausgesetzt; das Prinzip der Subsidiarität bindet indes das „Ob“ ihrer Inanspruchnahme rechtlich an die genannten Kriterien der Erforderlichkeit und der Effizienz. Für die praktische Anwendung des Subsidiaritätsprinzips ist das dem Amsterdamer Vertrag beigefügte, zum Primärrecht rechnende (Art. 311 EGV) „Protokoll (Nr. 30) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit“ maßgeblich (ausdrücklich: Art. 5 Abs. 4 Satz 2 EUV-neu). Dessen Kautelen hat die bisherige Rechtsprechung des EuGH allerdings noch wenig effektiert³⁸, teilweise sogar umgekehrt relativiert.

Für den Bereich des Staatskirchenrechts ist – da insoweit die EU keine ausschließliche Zuständigkeit besitzt – das Subsidiaritätsprinzip grundsätzlich anwendbar. Da jedoch die unionsrechtlichen Ingerenzen auf jene Materie qua mittelbarer Sachkompetenz erfolgen, wird der bei der (entscheidenden) Erforderlichkeitskontrolle vorzunehmende wertende Vergleich zwischen zusätzlichem Integrationsgewinn für die Union und mitgliedstaatlichem Kompetenzverlust insoweit kaum zu Lasten der EU ausfallen. Das Subsidiaritätsprinzip bietet demnach im Regelfall keinen wirksamen Schutz für das mitgliedstaatliche Staatskirchenrecht vor jenen mit-

³⁶ Aktueller Abdruck: ABl. EU, Nr. C 303 v. 14.12.2007, S. 1.

³⁷ Dirk Ehlers, Allgemeine Lehren, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2005, § 14 Rn. 28.

³⁸ Eingehende Analyse der Rspr. bei Calliess (FN 2), S. 351 ff.

telbaren Einwirkungen des Unionsrechts³⁹. Verstärkte Aufmerksamkeit hingegen verdient die Frage, ob in derartigen Fällen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit („Wie“ des Tätigwerdens) nicht das Vorsehen einer Ausnahmeregelung erfordert. Das wird um so mehr dann in Betracht kommen, je weiter die Auswirkungen auf das mitgliedstaatliche Staatskirchenrecht von den mit der Regelung primär verfolgten, zumeist wirtschafts- und integrationspolitischen, Zielsetzungen entfernt liegen. Gleiches könnte sich für eine geringe Binnenmarktrelevanz der Tätigkeit von Kirchen und Religionsgemeinschaften ergeben.

2. Kompetenzschränken des nationalen Verfassungsrechts

Kompetentielle Grenzen für die EU können sich schließlich auch aus Bestimmungen des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts ergeben. Dieses ermöglicht die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Union, begrenzt diese zugleich aber. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung stellt sich als die (in EUV und EGV gebündelte) Summe der mitgliedstaatlichen Kompetenzübertragungen dar. Aus der Perspektive des (deutschen) Verfassungsrechts beruht die Geltung unionsrechtlicher Rechtsakte wie deren Anwendungsvorrang auf verfassungsrechtlichem Fundament: Nur soweit dieses trägt, sind diese Rechtsakte für den innerstaatlichen Hoheitsbereich verbindlich⁴⁰.

Für die relevanten staatskirchenrechtlichen Fragestellungen genügt die Beschränkung auf eine grundsätzliche Überlegung: Nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG kann der Bund – „zur Verwirklichung eines vereinten Europas ... bei der Entwicklung der Europäischen Union“ (Satz 1) – „Hoheitsrechte“ übertragen. Sprachlogisch wie juristisch kann nur etwas übertragen werden, was von Verfassungs und Rechts wegen auch besteht. Das hat zur Konsequenz, daß in jenen Bereichen, in denen bereits der Mitgliedstaat über keine Hoheitsrechte verfügt, auch die EU solche nicht besitzt: *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*⁴¹. Insoweit greifen die verfassungsrechtlichen Integrationsermächtigungen nicht ein. Die praktische Relevanz dieses allgemeinen Rechtsgrundsatzes zeigt sich bei den innerkirchlichen Angelegenheiten: Insoweit besteht keinerlei Kompetenz einer weltlich-staatlichen Gewalt, was diese Konstellation grundlegend von derjenigen unterscheidet, in welcher der Bund *fremde* Hoheitsrechte (namentlich solche der Länder) überträgt⁴².

³⁹ Mückl (FN 14), S. 24 f. m.w.Nachw. – Die geringe Steuerungskraft von Art. 5 Abs. 2 EGV demonstriert am praktischen Beispiel der (auch staatskirchenrechtlich bedeutsamen) Richtlinie 2000/78/EG Jochen Mohr, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, 2004, S. 186 f.

⁴⁰ BVerfGE 89, 155 (188 ff.); aus der Literatur Paul Kirchhof, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, in: Josef Isensee/ders. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 1992, § 183 Rn. 63 ff.

⁴¹ Digesten 50, 17, 54.

⁴² Hier sieht die h.M. – da es europarechtlich nicht auf innerstaatliche Kompetenzverteilungen ankommt: zu Recht – kein Hindernis für eine Kompetenzübertragung, der *nemo-pluris-iuris*-Grundsatz gilt nicht.

B. Einwirkungen des Unionsrechts auf ausgewählte Regelungen des mitgliedstaatlichen Staatskirchenrechts

I. Rechtsstatus der Kirchen und Religionsgemeinschaften

1. Keine unionsrechtlichen Vorgaben für Art und Ausgestaltung des Rechtsstatus

Beginnt man die Untersuchung der Einwirkungen des Unionsrechts auf das Staatskirchenrecht der Mitgliedstaaten mit der Betrachtung dessen originärer Subjekte, ist die Feststellung elementar, daß der Begriff der „Kirchen“ und „Religionsgemeinschaften“ keinen europarechtlichen Determinierungen unterliegt. Diese Erkenntnis folgt zwingend bereits aus dem Kompetenzgefüge der EU. Zudem ist dieser Status in einem derart hohen Maß Ausfluß historischer, gesellschaftlicher, kultureller und sozialer Entwicklungen der jeweiligen nationalen Rechtsordnungen, daß die Frage, wie der Staat den Kirchen und Religionsgemeinschaften gegenübertritt und sie rechtlich behandelt, zum Bestand der nationalen Identität der Mitgliedstaaten i.S.d. Art. 6 Abs. 3 EUV rechnet. Der gleiche Befund findet sich in der Aussage der (im strikten Sinn nicht rechtsverbindlichen) Amsterdamer Kirchenerklärung von 1997 positiv formuliert, wenn die Union die Achtung des „Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten *nach deren Rechtsvorschriften genießen*“ sowie die Unterlassung von denkbaren Beeinträchtigungen verspricht.

Auf der Basis der geltenden Verträge ist die Rechtslage eindeutig: Ob die Mitgliedstaaten den Kirchen und Religionsgemeinschaften als solchen einen Rechtsstatus zuweisen oder sie für bestimmte Tätigkeitsfelder auf die Formen des Vereins- oder Gesellschaftsrechts verweisen, ob ein eigener Rechtsstatus öffentlich-rechtlich oder privat-rechtlich ausgestaltet ist, bemißt sich ausschließlich nach den Maßstäben des nationalen Rechts. Das Unionsrecht stellt hierfür keine Vorgaben auf und enthält keine Maßstäbe. Hinsichtlich des Status der Kirchen ist das Unionsrecht Folgerecht nationaler Systementscheidungen: Wie schon die changierenden Begrifflichkeiten gerade des Sekundärrechts indizieren, entwachsen die Kategorien „Kirchen“ und „Religionsgemeinschaften“ dem mitgliedstaatlichen Recht, ohne zu Unionsrechtsbegriffen fortentwickelt worden zu sein.

An dieser Rechtslage ist auch im Wege einer Vertragsänderung kaum etwas zu ändern: Das Unionsrecht ist ein ungeeignetes Regime, um nach den Maßstäben des nationalen Rechts (rechts-)politisch Unerwünschtes zu ändern – hierfür stehen (bei entsprechenden Mehrheiten) dessen Mechanismen zur Verfügung. Aus welchen Gründen es für den rechtlichen Status der Kirchen und Religionsgemeinschaften einen europäischen Harmonisierungsbedarf geben sollte, ist ebenso wenig zu erkennen wie die praktische Durchsetzbarkeit realistisch ist.

2. Unionsrechtliche Einwirkungen auf den Rechtsstatus nach nationalem Recht

Der Rechtsstatus der Kirchen und Religionsgemeinschaften nach dem jeweiligen mitgliedstaatlichen Recht kann auf verschiedene Weise durch Mechanismen des Unionsrechts beeinflußt und gegebenenfalls modifiziert werden. Denkbar sind insoweit Einwirkungen der Grundrechte, der Grundfreiheiten sowie des Sekundärrechts, insbesondere der Richtlinien. Allerdings bedarf es bei der Untersuchung des gesamten Komplexes einer differenzierten und abgeschichteten Vorgehensweise: Die Frage, ob Bestimmungen des Unionsrechts eine sog. unmittelbare (Dritt-)Wirkung auch auf private Rechtssubjekte beizumessen ist, ist von derjenigen scharf zu trennen, inwieweit diese durch Sekundärrechtsakte verpflichtet werden. In beiden Fällen bedarf es der zusätzlichen Klärung, ob die nach Maßgabe nationalen Rechts in einem öffentlich-rechtlichen Status verfaßten Kirchen und Religionsgemeinschaften zusätzlichen Bindungen unterliegen, die über die für private Rechtssubjekte geltenden hinausgehen. Zudem ist grundsätzlich in Erinnerung zu rufen, daß auch im Unionsrecht – wie im nationalen Recht der Mitgliedstaaten – der Grundsatz des Anwendungsvorrangs des sachnäheren einfa-

chen Rechts (also des Sekundärrechts) besteht, sofern dieses dem Primärrecht entspricht: Es ist diejenige Rechtsquelle anzuwenden, die dem zu entscheidenden Fall am nächsten steht⁴³.

a) Bindung an (Unions-)Grundrechte

Primäre Verpflichtungsadressaten der Unionsgrundrechte sind die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union sowie die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts. Diesen anerkannten Grundsatz⁴⁴ soll künftig Art. 51 Abs. 1 GRCh im Primärrecht positivieren. Im Umkehrschluß folgt daraus, daß private Rechtssubjekte jedenfalls nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind. Private Beeinträchtigungen der Grundrechte werden vielmehr über die Figur der Schutzpflicht gegenüber nichtstaatlichen Akteuren erfaßt⁴⁵.

Dies gilt auch, soweit in einzelnen Mitgliedstaaten die Kirchen öffentlich-rechtlich verfaßt sind. In diesem Rechtsstatus sind sie grundsätzlich nicht dem staatlichen, sondern dem gesellschaftlichen Raum zugehörig. Hieran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß manche ihrer Aktivitäten mit staatlichen Mitteln gefördert werden. Eine Bindung an die Unionsgrundrechte scheidet unabhängig davon bereits deshalb aus, da die Kirchen in ihrem originären Wirkungskreis nicht mit der Durchführung des Unionsrechts befaßt sind. Anderes gilt nur in den Randbereichen, in denen sie *in concreto* mit der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben betraut sind und diese unionsrechtlichen Implikationen unterliegen.

b) Bindung an Grundfreiheiten

Bei den Grundfreiheiten liegt der Ausgangspunkt genau umgekehrt zu den Grundrechten: Sie verpflichten in erster Linie die Mitgliedstaaten, erst des weiteren auch die Union selbst und ihre Organe⁴⁶. In Anbetracht der elementaren Bedeutung der Grundfreiheiten für die Struktur der unionsrechtlichen (Wirtschafts-)Verfassung hat der EuGH den Kreis der auf sie Verpflichteten erheblich ausgeweitet. Nach seiner Rechtsprechung ist nicht nur der Begriff des Mitgliedstaates in einem funktionalen Sinn zu verstehen, vielmehr sollen die Grundfreiheiten unter bestimmten Voraussetzungen auch private Rechtssubjekte binden können. Unter beiden Gesichtspunkten wäre auch eine Verpflichtung der Kirchen und Religionsgemeinschaften auf die Grundfreiheiten konstruierbar.

aa) Kirchen und Religionsgemeinschaften als Bestandteile der Mitgliedstaaten?

Aus der Sicht des Unionsrechts sind nicht nur die Mitgliedstaaten als Ganze an die Grundfreiheiten gebunden, sondern sämtliche ihrer Untergliederungen sowie sonstige Einrichtungen, die bei funktionaler Betrachtungsweise staatliche Gewalt ausüben. Dies betrifft primär die Gebietskörperschaften, wie (in Deutschland) die Länder und die Kommunen, aber auch Träger funktionaler Selbstverwaltung, sofern sie (wie in Deutschland die Kammern) über hoheitliche Befugnisse verfügen⁴⁷. Des weiteren will der EuGH auch bestimmte Einrichtungen „unabhängig von ihrer Rechtsform“, also auch private Rechtssubjekte, den Mitgliedstaaten zurechnen, sofern der Staat auf sie einen beherrschenden Einfluß ausübt oder sie mit besonderen Rechten ausgestattet hat.

Diese Kriterien⁴⁸ hat der Gerichtshof näher dahingehend konkretisiert, daß ein beherrschender Einfluß durch den Staat darin bestehen könne, daß dieser die Mitglieder der in Rede stehenden Einrichtung ernennt oder die Einrichtung selbst aus öffentlichen Mitteln finanziert⁴⁹. „Be-

⁴³ EuGH, Slg. 1979, 649, Tz. 8 – *Cassis de Dijon*; Ehlers, Allgemeine Lehren, in: ders. (FN 37), § 7 Rn. 7.

⁴⁴ S. nur Ehlers (FN 37), § 14 Rn. 32 ff. m.w.Nachw.

⁴⁵ Ehlers, ebd., § 14 Rn. 37.

⁴⁶ Statt aller Ehlers (FN 43), § 7 Rn. 43 f.

⁴⁷ EuGH, Slg. 1989, 1295, Tz. 14 ff. – *Royal Pharmaceutical Society of Great Britain*; Slg. 1993, I-6787, Tz. 6821, Tz. 15 ff. – *Hünermund*.

⁴⁸ EuGH, Slg. 1990, I-3313, Tz. 18 ff. – *Foster*.

⁴⁹ EuGH, Slg. 1990, I-4625, Tz. 15 – *Hennen Olie*.

sondere“ Rechte sind nach dieser Rechtsprechung solche, die „über diejenigen hinausgehen, die nach den Vorschriften für die Beziehungen zwischen Privatpersonen gelten“⁵⁰. Bei vor-dergründiger Betrachtungsweise scheinen diese Kriterien jedenfalls auf die Kirchen und Religionsgemeinschaften zu „passen“, welche nach dem jeweiligen mitgliedstaatlichen Staatskirchenrecht einen öffentlich-rechtlichen Status innehaben.

Eine sachangemessene Betrachtung hat freilich zunächst bei der Funktion der Grundfreiheiten im Rechtsgefüge der Union anzusetzen⁵¹. Nach Art. 3 Abs. 1 lit. c EGV verfolgt die Union ihre in Art. 2 EGV benannten Zielsetzungen u.a. durch die Errichtung eines Binnenmarktes. Dieser wiederum wird durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalmarktverkehr charakterisiert, anders gewendet: Die im EGV gewährleisteten Grundfreiheiten sind final auf die Verwirklichung des Binnenmarktes gerichtet und haben eine diesem Ziel dienende Funktion. Substrat des Binnenmarkts ist die Gesamtheit des *Wirtschaftsverkehrs* innerhalb der Union. Hieraus ergibt sich eine erste wesentliche Abschichtung, nach der sich für die Kirchen jenseits wirtschaftserheblicher Tätigkeiten weder die Frage nach der Geltung des Unionsrechts allgemein noch die Bindung an die Grundfreiheiten stellt. In der Sache betrifft dies vor allem ihren Binnenbereich (Kultus und Sakramentenverwaltung, religiöse Lehre und Verkündigung, Ämterrecht und Ämterstruktur), dessen Impermeabilität für Einwirkungen der Grundfreiheiten sich mit der dargelegten grundsätzlichen Inkompetenz der Union auf diesen Bereich deckt⁵².

Für die übrigen Tätigkeitsfelder der Kirchen kommt es darauf an, ob „hinter ihnen der Staat steht“: Die Unterstellung von (an sich) privaten Einrichtungen unter den funktionalen „Mitgliedstaat“-Begriff durch den EuGH ist ersichtlich von der Überlegung geleitet, dem Staat die Entledigung seiner Bindung an die Grundfreiheiten unmöglich zu machen. Ebensowenig wie er im nationalen Recht der Grundrechtsbindung durch eine Flucht ins Privatrecht zu entgehen vermag, ist ihm dies im Unionsrecht gestattet. Unter Berücksichtigung dieser *ratio* sind demnach die vom Gerichtshof genannten Kriterien zu sehen:

- Von einem „beherrschenden Einfluß“ des Staates auf die in Rede stehende „Einrichtung“ kann nur dann die Rede sein, wenn die personelle bzw. finanzielle Einflußnahme auch deren materielle Aufgabenwahrnehmung determiniert. Für die Kirchen ist dies – auch in staatskirchlichen Systemen – nicht der Fall: Die verschiedenen Modalitäten staatlicher Beteiligung bei der Besetzung kirchlicher Ämter und Funktionen sind Mit-, aber keine Alleinentscheidungsbefugnisse⁵³. Nirgendwo erfolgt eine (gar überwiegende) finanzielle „Steuerung“ der Kirche durch den Staat.
- Auch das zweite vom EuGH benannte Kriterium – „besondere“ Rechte (solche, die „über diejenigen hinausgehen, die nach den Vorschriften für die Beziehungen zwischen Privatpersonen gelten“) – bedarf einer näheren Präzisierung, die gleichfalls von der *ratio* „keine Flucht ins Privatrecht“ geleitet ist: Bei den in Betracht kommenden Rechten kann es sich nur um solche handeln, die grundsätzlich auch der Staat seinen Bürgern gegenüber ausüben könnte, sie aber an andere Einrichtungen übertragen hat. Damit scheidet diejenigen rechtlichen Positionen aus, welche die Kirchen aufgrund ihrer geistig-religiös motivierten internen Bestimmungen (mögen sie auch staatlich anerkannt sein) ausschließlich gegenüber ihren Mitgliedern besitzen. Klassisches Beispiel hierfür sind die mit dem deutschen Körperschaftsstatus verbundenen „Korporationsrechte“: Sie gliedern keine gegenüber der Allgemeinheit bestehenden Befugnisse auf andere Rechtsträger aus, sondern beinhalten

⁵⁰ EuGH, Slg. 1990, I-3313, Tz. 18 – *Foster*.

⁵¹ Im Überblick *Ehlers* (FN 43), § 7 Rn. 1.

⁵² Oben S. 4 f.

⁵³ In England kann der Staat gegen die *Church of England* keine Personalentscheidung durchsetzen. Ähnliches gilt für die konkordatsrechtliche „politische Klausel“ in Deutschland und Spanien sowie für das *droit de notification officieuse* in Frankreich: Von Grenzfällen abgesehen, ist der staatliche Einfluß rechtlich nicht faßbar.

die partielle Anerkennung der *internen* Rechtsordnung bestimmter Kirchen für den staatlichen Bereich. Anders zu bewerten ist hingegen die Konstellation, in denen sie, etwa als Beliehene, materiell staatliche Aufgaben wahrnehmen.

bb) Bindung als Privatrechtssubjekte

Nach einer gefestigten Rechtsprechung des EuGH können die Grundfreiheiten unter bestimmten Voraussetzungen auch unmittelbar private Rechtssubjekte verpflichten. Hiervon betroffen sind in erster Linie private Verbände, welche mittels ihrer Verbandsvorschriften auf die grenzüberschreitende gewerbliche Betätigung Einfluß nehmen⁵⁴. Als (alleinige) Begründung für die Erstreckung der Bindung der Grundfreiheiten auf Private führte der Gerichtshof die Erwägung an, das Vertragsziel der Beseitigung von Hindernissen für den Wirtschaftsverkehr „wäre gefährdet, wenn die Beseitigung der staatlichen Schranken dadurch in ihren Wirkungen aufgehoben würde, daß privatrechtliche Vereinigungen oder Einrichtungen kraft ihrer rechtlichen Autonomie derartige Hindernisse aufrichteten“⁵⁵. Gegen diese allzu pragmatische Argumentation ist im (deutschen) wissenschaftlichen Schrifttum zu Recht heftige und anhaltende Ablehnung laut geworden⁵⁶. Für eine unmittelbare Bindung privater Rechtssubjekte an die Grundfreiheiten besteht schon deshalb weder eine dogmatische Notwendigkeit noch ein praktisches Bedürfnis, weil derartige Konstellationen über die Figur der grundfreiheitlichen Schutzpflicht⁵⁷ ohne weiteres befriedigend erfaßt werden können.

Unabhängig von diesen grundsätzlichen Fragestellungen sind bei der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf die Kirchen und Religionsgemeinschaften – unbeschadet ihres öffentlich- oder privat-rechtlichen Status – weitere Gesichtspunkte zu beachten. Ob aber die Kriterien des EuGH aus dem Bosman-Urteil auf die Kirchen übertragen werden kann, erscheint zweifelhaft: Denn diese beziehen sich auf private Verbände, die – wie die in jener Entscheidung in Rede stehenden Sportverbände – über eine faktische Monopolstellung in ihrem Bereich verfügen und daher durch Verbandsvorschriften in der Sache staatlichen Bestimmungen vergleichbare Beschränkungen des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs herbeizuführen imstande sind. Keine dieser Kautelen trifft auf die Kirchen zu; weder üben sie eine (wirtschaftlich zu verstehende) Monopolstellung aus, noch haben ihre internen Rechtsvorschriften eine auch nur annähernd dem staatlichen Recht faktisch äquivalente Bedeutung. Infolge ihrer unverändert im Kontext der divergierenden mitgliedstaatlichen Staatskirchenrechtsordnungen angesiedelten Tätigkeitsfelder kann bei ihnen gleichfalls nicht von einer Relevanz für den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr gesprochen werden.

c) Bindung an Richtlinien

Bei der Frage, ob und inwieweit die Kirchen und Religionsgemeinschaften an Richtlinien gebunden sind, gilt es wiederum zu differenzieren: Der eine Aspekt betrifft die Problematik, ob die an die *Mitgliedstaaten* gerichteten Richtlinien (Art. 249 Abs. 3 EGV) auch für die öffentlich-rechtlich verfaßten Kirchen in dem Sinne verbindlich sind, daß ihnen eine unionsrechtliche Umsetzungspflicht obliegen würde. Das setzte freilich deren Unterstellung unter einen funktionalen „Mitgliedstaat“-Begriff voraus, was hier ebenso wie schon im Kontext der Grundfreiheiten zu verneinen ist. Unbeschadet eines öffentlich-rechtlichen Status sind die Kirchen nicht in die staatliche Verwaltungsorganisation eingebunden, die erst einen tauglichen Anknüpfungspunkt für eine derartige Zurechnung liefern könnte. Infolge einer nicht

⁵⁴ Grundlegend EuGH, Slg. 1974, 1405 – *Walrave*; nachfolgend EuGH, Slg. 1976, 1333 – *Donà*, sowie insbes. EuGH, Slg. 1995, I-4921 – *Bosman*.

⁵⁵ EuGH, Slg. 1974, 1405, Tz. 16/19 – *Walrave*.

⁵⁶ Statt aller *Winfried Kluth*, Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, AöR 122 (1997), 557 (568 ff.).

⁵⁷ Grundlegend EuGH, Slg. 1997, I-6969 – *Kommission/Frankreich*; s. auch EuGH, Slg. 2003, I-5659 – *Schmidberger*.

bestehenden Umsetzungspflicht von Richtlinien kommt deren unmittelbare Wirkung gegenüber den Kirchen und Religionsgemeinschaften erst recht nicht in Betracht⁵⁸.

Davon zu trennen ist der Gesichtspunkt der Inpflichtnahme der Kirchen durch Richtlinien. So gesehen, sind sie als der öffentlichen Gewalt des Staates wie der Union unterworfenen Rechtssubjekte grundsätzlich an diese ebenso gebunden wie jeder andere Rechtsgenosse auch. Dieser Mechanismus ist lediglich die unionsrechtliche Entsprechung zur allgemeinen Gesetzesunterworfenheit im Bereich des rein mitgliedstaatlichen Rechts.

Mittelbare Einwirkungen des Unionsrechts auf den Rechtsstatus der Kirchen und Religionsgemeinschaften können allerdings aus inhaltlichen Vorgaben resultieren: Vielfach nehmen Richtlinien nicht nur den Staat, sondern in einem erweiterten Verständnis der öffentlichen Hand auch Körperschaften und sonstige Einrichtungen des Öffentlichen Rechts als Verpflichtete in den Blick. Dies wirft die Frage auf, ob und inwieweit sich eine derartige Bindung gleichermaßen auf diejenigen Kirchen erstreckt, die nach dem mitgliedstaatlichen Staatskirchenrecht in den Formen des Öffentlichen Rechts verfaßt sind. Ebenso anschaulich wie praktisch relevant wird dies im Fall des europäischen Vergaberechts⁵⁹.

3. Unionsrechtliche Einwirkungen auf das Vertragsstaatskirchenrecht

a) Implikationen auf das mitgliedstaatliche Vertragsstaatskirchenrecht

Eine beträchtliche Anzahl von Mitgliedstaaten der EU ist vertragliche Bindungen mit den Kirchen und Religionsgemeinschaften eingegangen. Soweit diese in staatliches Recht transformiert worden sind, läßt sich der denkbare Kollisionsfall eines Widerspruchs zwischen Vertragsrecht und Unionsrecht nach den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts lösen: Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts gegenüber dem mitgliedstaatlichen Recht hindert die Durchführung entgegenstehender vertraglicher Abmachungen. Eine Besonderheit ergibt sich, wenn derartigen vertraglichen Vereinbarungen nicht nur staatsrechtliche, sondern zudem völkerrechtliche Qualität zukommt. Für diesen Fall enthält Art. 307 EGV eine spezielle Bestimmung, welche eine Kollision zwischen Völker- und Unionsrecht im Sinne einer völkerrechtskonformen Integration löst. Nach Abs. 1 bleiben Rechte und Pflichten aus mitgliedstaatlichen Altverträgen – abgeschlossen vor dem Inkrafttreten des EWG-Vertrags bzw. vor dem Beitritt eines Mitgliedstaates zum E(W)G-Vertrag – unberührt. Wenn allerdings die Vertragsinhalte dem Unionsrecht widersprechen, trifft den betreffenden Mitgliedstaat nach Abs. 2 die Pflicht, alle geeigneten Mittel anzuwenden, um bestehende Unvereinbarkeiten zu beheben.

Unter Art. 307 EGV fallen auch diejenigen Verträge, welche der Heilige Stuhl mit einzelnen Mitgliedstaaten abgeschlossen hat. Dem steht nicht entgegen, daß der Heilige Stuhl kein Staat im Sinne der klassischen völkerrechtlichen Definition ist. Der in Art. 307 Abs. 1 EGV verwandte Begriff „Länder“ ist nach der Ratio der Bestimmung, bestehende völkerrechtliche Verpflichtungen zu bewahren und zu schützen, weit auszulegen und demnach auf jedwede Völkerrechtssubjekte zu erstrecken⁶⁰. Der Heilige Stuhl ist völkergewohnheitsrechtlich als Völkerrechtssubjekt anerkannt, die von ihm abgeschlossenen Konkordate und Verträge sind völkerrechtlicher Natur. Demgegenüber ist eine Erstreckung dieser Rechtslage auf die mit anderen Religionsgemeinschaften abgeschlossenen Verträge nicht möglich, sie sind weder innerstaatlich noch unionsrechtlich völkerrechtlichen Verträgen gleichzustellen.

Von der Unberührtheitsklausel des Art. 307 Abs. 1 EGV werden die vorkonstitutionellen deutschen Konkordate ebenso erfaßt⁶¹ wie das mit Österreich abgeschlossene Konkordat von

⁵⁸ Allgemein zur Figur EuGH, Slg. 1974, 1337, Tz. 12 – *van Duyn*; Slg. 1982, 53, Tz. 23 ff. – *Becker*.

⁵⁹ Dazu eingehend *Mückl* (FN 4), S. 486 ff.

⁶⁰ *Robbers* (FN 26), S. 315 (331).

⁶¹ Konkordate mit Bayern, Preußen und Baden sowie das Reichskonkordat, s. *Stefan Mückl*, Das Verhältnis von Staat und Kirche in Deutschland. Gutachten für die Bertelsmann-Stiftung, 2008, S. 3.

1933 und die spanischen Verträge der Jahre 1976/79. Seit der EU-Osterweiterung (1. Mai 2004) kommt der Bestimmung eine erhöhte tatsächliche Bedeutung zu, erfaßt sie nunmehr auch die von den ostmitteleuropäischen Ländern (Polen, Ungarn, Estland, Lettland, Litauen, Slowakei) vor ihrem Beitritt mit dem Heiligen Stuhl abgeschlossenen Verträge.

b) Formen der Kooperation zwischen EU und Kirchen bzw. Religionsgemeinschaften

Will man die unionsrechtlichen Einwirkungen auf das Vertragsstaatskirchenrecht umfassend in den Blick nehmen, stellt sich nicht nur die Frage, inwieweit die von den *Mitgliedstaaten* abgeschlossenen Verträge den Implikationen des Unionsrechts unterliegen. Vielmehr bedarf es – zumal vor dem Hintergrund der weiteren Vertiefung des europäischen Integrationsprozesses – der Betrachtung, ob nicht auch die *Union* selbst mit den Kirchen in vertragliche Beziehungen treten könnte. Dieser Komplex erfordert zunächst einen Blick auf die grundsätzliche Möglichkeit derartiger Verabredungen. Sodann wäre zu klären, wer auf kirchlicher Seite als Vertragspartner in Betracht kommt.

aa) Zulässigkeit von Vereinbarungen zwischen EU und Kirchen/Religionsgemeinschaften

Maßgebend für eine Vertragsschlußkompetenz der EU ist Art. 300 EGV. Sie kann, sofern der EGV dies vorsieht, mit Staaten oder internationalen Organisationen Abkommen abschließen. Die der EU eingeräumten ausschließlichen oder (im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten) parallelen Vertragsschlußkompetenzen – gemeinsame Handelspolitik und Assoziierung von Drittstaaten sowie Forschung, Umweltpolitik, Entwicklungszusammenarbeit und wirtschaftliche, finanzielle und technische Zusammenarbeit – sind freilich staatskirchenrechtlich irrelevant.

Jedoch hat der EuGH der EU rechtsfortbildend eine implizite Vertragsschlußkompetenz zubilligt. Ihrzufolge berechtigt bereits ein Kompetenztitel im Innenverhältnis die EU dazu, auch ohne vorherigen internen Rechtsetzungsakt eine entsprechende Außenkompetenz wahrzunehmen, wenn dies zur Erreichung des jeweiligen Ziels der Union notwendig ist⁶².

Der Anwendungsbereich des Art. 300 EGV betrifft allein völkerrechtliche Verträge, so daß in dem hier relevanten Zusammenhang als Vertragspartner der EU, die nach Art. 281 EGV die Stellung eines Völkerrechtssubjekts innehat, allein der Heilige Stuhl in Betracht kommt. Wie schon im Rahmen des Art. 307 EGV ist auch hier der Begriff „Staaten oder internationale Organisationen“ weit auszulegen, indem er jedwede (auch partielle) Völkerrechtssubjekte umfaßt. Eine analoge Anwendung jener Bestimmung auf andere Religionsgemeinschaften kommt auch hier nicht in Betracht; mit ihnen kann die Union indes einen öffentlich-rechtlichen Vertrag abschließen⁶³. Insofern könnte die aus den Rechtsordnungen des Kooperationsmodells geläufige Dichotomie der Verträge ihre unionsrechtliche Entsprechung finden, nach der Vereinbarungen der weltlichen Gewalt mit dem Heiligen Stuhl völkerrechtliche, diejenigen mit anderen katholischen Hierarchieebenen sowie mit nichtkatholischen Kirchen und Religionsgemeinschaften allgemein öffentlich-rechtliche Qualität aufweisen.

In beiden Fällen müßte sich der Vertragsinhalt – selbstverständlich – am Bestand der kompetentiellen Zuständigkeiten der Union halten. Dieser ist zwar umfangreicher als es allgemeiner wie verbreiteter juristischer Wahrnehmung entspricht. Zu kodifikatorischen Abmachungen wie im klassischen Konkordatsrecht wird es umgekehrt unter Zugrundelegung des gegenwärtigen Integrationsstandes ebenfalls nicht kommen. Denkbare und naheliegende Regelungsmaterien können dabei die Bekräftigung der Glaubens- und Gewissensfreiheit und die explizite Verankerung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts ebenso sein wie die auch vertragliche Absicherung jener Tätigkeitsfelder kirchlichen Wirkens, die bisher in den Ausnahmebestim-

⁶² Grundlegend EuGH, Slg. 1971, 263, Tz. 22 – *AETR*; nachfolgend insbes. Slg. 1977, 741, Tz. 4 – *Stillelegungs-fonds*.

⁶³ Ihre Zulässigkeit setzen Art. 238, 288 EGV voraus.

mungen des Sekundärrechts verankert sind⁶⁴. Ob sich die EU allerdings in absehbarer Zeit dazu verstehen würde, mit Kirchen und Religionsgemeinschaften nicht nur (zunehmende institutionalisierte) Kontakte zu unterhalten, sondern diese auch durch vertragliche Vereinbarungen rechtlich zu formalisieren, wird man zurückhaltend sehen müssen.

bb) Rolle supranationaler kirchlicher Arbeitsebenen

Mittlerweile besteht auf gesamteuropäischer Ebene wie auf derjenigen der EU ein dichtes, in Teilbereichen auch sich überlappendes Geflecht kirchlicher Arbeits- und Verbandsstrukturen. Unter ihnen ragen in ihrer Präsenz wie Tätigkeit diejenigen der katholischen Kirche sowie des Protestantismus hervor. Während die Orthodoxie in jüngerer Zeit ebenfalls bei der Europäischen Union vertreten ist, ist die *Church of England* durch die protestantischen Strukturen gleichsam mediatisiert. Beachtung verdient zudem die Repräsentanz der jüdischen Religionsgemeinschaft in Gestalt der Konferenz der europäischen Großrabbiner sowie einer europäischen Dependence des Jüdischen Weltkongresses (JWC). Die Rolle all dieser Niederlassungen besteht – neben der internen Informationsvermittlung in Richtung über unionsrechtliche Vorgänge – hauptsächlich in der Interessenvertretung kirchlicher Belange bei den Organen der EU. Speziell für die katholische Kirche tritt zu diesen unionsrechtlichen noch eine völkerrechtliche Komponente hinzu:

Die *katholische Kirche* agiert gegenüber der EU gleichsam mit einer Doppelspitze. Seit 1970 unterhält der Heilige Stuhl diplomatische Beziehungen zur EG⁶⁵. Ihr Zuständigkeitsbereich betrifft die offiziellen Beziehungen des Heiligen Stuhls zur EU in völkerrechtlicher Hinsicht. Demgegenüber soll die 1980 gegründete Kommission der Bischofskonferenzen der Europäischen Gemeinschaft (*Commissio Episcopatum Communitatis Europaeensis – ComECE*) die Präsenz der Kirche bei der EG/EU auf religiösem, ethischen, kulturellem und sozialem Terrain stärken. Außerdem agiert auf gesamteuropäischer Ebene, also ohne Beschränkung auf die EU, seit 1971 der Rat der Europäischen Bischofskonferenzen (*Consilium Conferentiarum Episcoporum Europae – CCEE*). Seine Aufgabe besteht weniger in der Außenvertretung gegenüber supranationalen europäischen Instanzen als vielmehr in der internen Meinungsbildung und Kooperation der verschiedenen nationalen Bischofskonferenzen, denen gegenüber sie keinerlei juristische Kompetenzen besitzt. Vereinfacht gesprochen, verfolgt die ComECE mehr politische, die CCEE eher pastorale Zielsetzungen.

Erheblich breiter ist das Spektrum *evangelischer* – teilweise ökumenisch geweiteter – Präsenz bei der Europäischen Union: Mit der Kommission für Kirche und Gesellschaft (*Church and Society Commission – CSC*), der Konferenz Europäischer Kirchen (KEK), der Leuenberger Kirchengemeinschaft (LKG) sowie der Außenstelle Brüssel des Bevollmächtigten des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland bei der Bundesrepublik Deutschland und der EU bestehen gleich vier Repräsentanzen auf europäischer Ebene. Diese sind teilweise untereinander verzahnt, teilweise auch nebeneinander agierend. Die 1959 gegründete KEK, gegenwärtig aus 126 evangelischen, anglikanischen und orthodoxen Mitgliedern bestehend, hat als primäre Zielsetzung den Dialog, die Zusammenarbeit und das gemeinsame Zeugnis auf europäischer Ebene. Seit 1999 ist die CSC als eine Kommission der KEK in deren Arbeit organisatorisch eingebunden. Deren für die praktische staatskirchenrechtliche Arbeit wichtigste Ausschuss „*European Community Legislation*“ ist wiederum mit der Außenstelle der EKD personell verflochten, deren Leiter die Geschäftsführung des Ausschusses wahrnimmt. Diese 1990 eingerichtete Außenstelle verfolgt im übrigen primär die Zielsetzung, die staatskirchenrechtlichen

⁶⁴ Auflistung vorstellbarer Vertragsgegenstände bei *Gerhard Robbers*, Die Fortentwicklung des Europarechts und seine Auswirkungen auf die Beziehungen zwischen Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Essener Gespräche* 27 (1993), S. 81 (98).

⁶⁵ Personell wurden diese zunächst, wenngleich aufgrund einer gesonderten Akkreditierung, durch den Apostolischen Nuntius in Belgien und Luxemburg ausgeübt, ehe 1996 eine separate Apostolische Nuntiatur bei der Europäischen Gemeinschaft/Union in Brüssel eingerichtet wurde.

Interessen der EKD bei den Unionsorganen zu vertreten. Demgegenüber beabsichtigt die LKG, seit 1973 als Kanzel- und Abendmahlsgemeinschaft von über 100 lutherischen, reformierten und unierten Mitgliedern zunächst primär theologisch ausgerichtet, ihren jüngst formulierten „europäischen Öffentlichkeitsauftrag“ mittels der bestehenden Strukturen – insbesondere der KEK – wahrzunehmen. Anders als im Fall der katholischen Kirche dem Heiligen Stuhl kommt allerdings keiner der evangelischen Zusammenschlüsse die Qualität eines Völkerrechtssubjekts zu, rechtlich gesehen sind sie – wie die zahlreichen kirchlichen „*Single Issue-Organisations*“⁶⁶ – Nichtregierungsorganisationen.

Die Frage, welche dieser supranationalen Arbeitsgremien als Partner der EU für vertragliche Abmachungen in Frage kommen, läßt sich nur differenziert beantworten. Für die katholische Kirche liegt, schon wegen der völkerrechtlichen Natur derartiger Vereinbarungen, das Recht des ersten Zugriffs beim Heiligen Stuhl. Bemerkenswerterweise geht das universale Kirchenrecht davon aus, derartige Vereinbarungen (neben Nationen) auch mit „anderen politischen Gemeinschaften“ schließen zu können⁶⁷. Als Vertragspartner käme auch die ComeCE in Betracht, sofern diese kraft einer Ermächtigung durch den Heiligen Stuhl agiert. Vorstellbar wäre, für den Bereich der EU das seit 30 Jahren in Spanien erprobte gestufte Modell zu übernehmen, nach dem die grundlegenden Rahmenvereinbarungen durch den Heiligen Stuhl, die weiteren Durchführungsmodalitäten durch die Bischofskonferenz(en) abgeschlossen werden.

Tauglicher protestantischer Vertragspartner ist in erster Linie die CSC, während auf jüdischer Seite zunächst an die Konferenz der europäischen Rabbiner zu denken sein dürfte. Ob hingegen für Vereinbarungen mit den europäischen Repräsentanzen einzelner nationaler Kirchen und Religionsgemeinschaften oder bestimmten Teilen ihrer supranationalen Vertretungen ein sachliches Bedürfnis besteht, erscheint fraglich: Der Umstand, daß der Grundsatz der Parität zu einem der staatskirchenrechtlichen Strukturprinzipien auch der EU rechnet, besagt noch nicht, daß diese ausnahmslos mit allen Kirchen und Religionsgemeinschaften Verträge abschließen müßte. Differenzierungskriterien wie deren Größe oder Verbreitung in der Union sind mit dem Paritätsprinzip grundsätzlich vereinbar.

II. Wirkungsmöglichkeiten

1. Befugnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften zur eigenverantwortlichen Regelung ihrer Angelegenheiten

Die Frage, ob und inwieweit die Mitgliedstaaten in ihren Rechtsordnungen den Kirchen und Religionsgemeinschaften Selbstbestimmung und Autonomie gewährleisten, betrifft einen der Grundpfeiler des Beziehungsgefüges zwischen weltlicher und geistlicher Gewalt. Dieses wiederum rechnet zur nationalen Identität der Mitgliedstaaten (Art. 6 Abs. 3 EUV), so daß der EU insoweit von vornherein keine Kompetenz und demzufolge auch keine Einwirkungsmöglichkeit zukommt. Das gleiche Ergebnis folgt aus der Kirchenerklärung: Grundsätzliche Zustimmung wie nähere Ausgestaltung von Selbstbestimmung und Autonomie sind unmittelbare Konsequenzen aus dem rechtlichen Status der Kirchen und Religionsgemeinschaften, den die Union zu achten und nicht zu beeinträchtigen erklärt hat. In diesem Punkt erweist sich demnach das *jeweilige* mitgliedstaatliche Staatskirchenrecht als für unionsrechtliche Einwirkungen impermeabel: Die „in Vielfalt geeinte“ EU bewahrt gerade hier die Vielfalt der unterschiedlichen staatskirchenrechtlichen Modelle, indem sie weder direkt noch indirekt rechtliche Harmonisierung veranlaßt oder gar bezweckt.

Indes betrifft diese Aussage allein den normativen Grundsatz der kirchlichen Selbstbestimmung. Eine andere, im folgenden exemplarisch zu untersuchende Frage ist es, inwieweit jene

⁶⁶ Dazu rechnen insbesondere die ebenfalls in europäischen Zusammenschlüssen organisierten kirchlichen wie nichtkirchlichen Wohlfahrtsorganisationen.

⁶⁷ Canon 3 des Codex Iuris Canonici (1983).

kirchliche Rechtsposition *in concreto* zu berücksichtigen ist, wenn die auch für ihr Tätigkeitsfeld relevanten privatrechtlichen Rechtsbeziehungen unionsrechtlich überlagert sind.

2. Arbeitsrecht

a) Individualarbeitsrecht

aa) Anwendungsbereich: Begriff des Arbeitnehmers

Die Beschreibung und Bewertung der unionsrechtlichen Einwirkungen auf die von den Kirchen eingegangenen arbeitsrechtlichen Verhältnisse setzt eine Vergewisserung über den in Betracht kommenden Anwendungsbereich des Unionsrechts voraus. Insofern ist der – im Primärrecht grundlegende – Schlüsselbegriff, an den das Sekundärrecht⁶⁸ vielfach anknüpft, derjenige des Arbeitnehmers. Erfährt dieser eine juristisch präzise und differenzierte Interpretation, so wird sich erweisen, daß ein nicht unbedeutender Teil von in der Literatur ausgemachten Kollisionslagen zwischen Unions- und mitgliedstaatlichem Recht in Wirklichkeit nicht besteht.

Der Begriff des Arbeitnehmers ist weder in der zentralen Bestimmung des Art. 39 EGV noch in anderen Rechtsvorschriften näher bestimmt oder gar definiert, zumal das Unionsrecht nach der Rechtsprechung des EuGH über keinen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff verfügt⁶⁹. Für den Anwendungsbereich des Art. 39 EGV hat er bereits frühzeitig den unionsrechtlichen Charakter des Begriffs betont: Er dürfe nicht durch Verweisung auf die mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften ausgefüllt werden, da sonst die Gefahr bestünde, daß diese bestimmten Personengruppen einseitig dem Schutz des Vertrages entziehen⁷⁰. Da die damit primär angesprochene Arbeitnehmerfreizügigkeit zu den Grundlagen der Union gehört, sind nach einer späteren Schlußfolgerung des Gerichtshofs deren Geltungsbereich weit und darauf bezogene Ausnahmen eng auszulegen⁷¹. Als wesentliche Kriterien für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses gelten nach der inzwischen ständigen Rechtsprechung, daß jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält⁷². Diese in der Tat weite Umschreibung hat indes der EuGH selbst immer unter Bezugnahme auf die Zielsetzungen des EGV eingeschränkt: Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer bezieht sich auf diejenigen Personen, die im Bereich des *Wirtschaftslebens* tätig sind oder sein wollen⁷³. Dementsprechend begründen nur solche „Leistungen“ die Eigenschaft eines Arbeitnehmers, die einen *wirtschaftlichen* Wert aufweisen. Das kann – selbstverständlich – auch im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse der Fall sein: Mögen diese auch von religiösen und geistlichen Zielsetzungen geprägt, vielleicht auch „überlagert“ sein, führt dies nicht zur deren grundsätzlicher Exklusion vom Anwendungsbereich des Unionsrechts. Entsprechend seiner funktionalen Systemlogik fragt es nicht nach den einer Tätigkeit zugrundeliegenden Motivationen, sondern nach den Tätigkeiten selbst. *Diese* also müssen sich als Teilnahme am Wirtschaftsverkehr darstellen, was jedenfalls für eine gegenüber Kirchen erbrachte gewerbliche Betätigung zutrifft⁷⁴.

Keinen irgendwie gearteten wirtschaftlichen Bezug weist hingegen das geistliche Amt in den Kirchen und Religionsgemeinschaften auf: Dieses steht mit seinem ausschließlich religiösen

⁶⁸ Etwa: Richtlinie 93/104/EG (Nachw. FN 31): Arbeitszeit (nach Art. 2 Nr. 1 legaldefiniert als „jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer ... arbeitet“) oder Richtlinie 2000/78/EG (Nachw. FN 32): „Beschäftigung und Beruf“ (zum ebenfalls auf Arbeitnehmer zugeschnittenen Geltungsbereich: Art. 3).

⁶⁹ EuGH, Slg. 1998, I-2691, Tz. 31 – *Martínez Sala*.

⁷⁰ Grundlegend EuGH, Slg. 1963, 383 (396) – *Unger*, ständige Rechtsprechung.

⁷¹ EuGH, Slg. 1986, 1741, Tz. 13 – *Kempf*.

⁷² EuGH, Slg. 1986, 2121, Tz. 17 – *Lawrie-Blum*; EuGH, EuZW 2004, 210, Tz. 67 – *Debra Allonby*.

⁷³ EuGH, Slg. 1982, 1035, Tz. 17 – *Levin*; Slg. 1989, 1621, Tz. 13 – *Bettray*; Slg. 2000, I-2681, Tz. 43 – *Lehtonen*.

⁷⁴ Im Ergebnis richtig EuGH, Slg. 1988, 6159 – *Steymann*.

Aufgabenfeld von vornherein außerhalb der von der EU verfolgten Vertragsziele wie: Entwicklung des Wirtschaftslebens, hohes Beschäftigungsniveau, hohes Maß an sozialem Schutz, beständiges und nichtinflationäres Wachstum, Wettbewerbsfähigkeit und Konvergenz der Wirtschaftsleistungen, Hebung der Lebenshaltung und der Lebensqualität (Art. 2 EGV). Bereits von seinem normativen Anspruch her erfaßt das Unionsrecht also nicht das (kirchen-)rechtlich geordnete Beziehungsgefüge zwischen den Kirchen und ihren geistlichen Amtsträgern in der ausschließlichen Ausübung geistlich-religiöser Aufgaben. Abgesehen davon, dürfte es – infolge der grundsätzlichen Inkompetenz der weltlichen Gewalt im kirchlichen Binnenbereich – einen derartigen Geltungsanspruch auch nicht erheben.

In der Literatur bisweilen anzutreffende gegenteilige Aussagen beruhen teilweise auf Mißverständnissen des geistlichen Amtes, teilweise auf dessen allzu schematischer Subsumtion unter die erwähnte „Arbeitnehmer“-Definition des EuGH. Weder haben geistliche Amtsträger im Regelfall mit ihren Kirchen und Religionsgemeinschaften einen Arbeitsvertrag abgeschlossen⁷⁵, noch gibt die Aussage, sie seien weisungsgebunden und hätten einen Anspruch auf Vergütung für ihre Dienste, annähernd den Gehalt des geistlichen Amtes wieder. Dessen Charakteristikum ist vielmehr ein nach kirchenrechtlichen Maßstäben ausgestaltetes, umfassendes personenbezogenes Rechtsverhältnis, bei dem die „Vergütung“ aus der grundsätzlich lebenslangen Hingabe für geistlich-religiöse Zwecke resultiert, aber gerade keinen Gegenleistung für erbrachte Tätigkeiten darstellt. Kurz gesagt: Es fehlt an dem vom EuGH als entscheidend vorausgesetzten Zusammenhang von Leistung (Tätigkeit) und Gegenleistung (Vergütung). Das geistliche Amt ist nach alledem im Verhältnis zu weltlichen Arbeitsverhältnissen keine modifizierte Sonderform, sondern nach seinem Anspruch und Inhalt ein *aliud*.

Festzuhalten bleibt somit, daß das (ausschließlich) geistliche Amt mangels des erforderlichen Wirtschaftsbezugs kein Arbeitsverhältnis im unionsrechtlichen Sinn darstellt. Für die geistlichen Amtsträger der Kirchen und Religionsgemeinschaften finden somit vor allem die Bestimmungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EGV), aber auch die verschiedenen arbeitnehmer- bzw. beschäftigungs- und berufsbezogenen sekundärrechtlichen Vorschriften von vornherein keine Anwendung. Anders verhält es sich – ebenso wie in den verschiedenen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen –, wenn ein geistlicher Amtsträger statt dessen oder zusätzlich einer beruflichen Tätigkeit nachgeht: Insofern finden die allgemeinen, für jedermann geltenden Vorschriften Anwendung.

bb) Ausgestaltung kirchlicher Arbeitsverhältnisse

Soweit die Kirchen und Religionsgemeinschaften mit ihren Bediensteten und Mitarbeitern Arbeitsverhältnisse eingegangen sind, gelten grundsätzlich die Kautelen der Gleichbehandlungs-Richtlinien, soweit deren (jeweiliger) Anwendungsbereich eröffnet ist. Insoweit ist für manche der in Art. 3 der Richtlinie 2000/78/EG genannten Materien die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Primärrecht zu stellen. Der von der Richtlinie beanspruchte Geltungsbereich läßt in einigen Bereichen eine deutliche Tendenz zur kompetentiellen Entgrenzung erkennen: Besonders augenfällig wird dies am Beispiel des in Art. 3 Abs. 1 lit. c aufgeführten Arbeitsentgelts. Hierfür hat die Union gerade keine primäre Sachkompetenz (Art. 137 Abs. 5 EGV), so daß ihr folgerichtig auch keine über Art. 13 EGV vermittelte, sekundäre und akzessorische Antidiskriminierungskompetenz zukommt. Zumindest einer restriktiven Auslegung bedarf auch die in Art. 3 Abs. 1 lit. b genannte Berufsausbildung. Dem (weiten) Bildungsbe-

⁷⁵ Selbst wenn dies (etwa bei kleineren Religionsgemeinschaften) der Fall ist, besteht damit nicht zwangsläufig eine Teilnahme am Wirtschaftsverkehr. Vielmehr kommt es dann entscheidend auf den materiellen Gehalt einer vertraglichen Abrede an. Deren Vorhandensein ist demnach lediglich ein – im Einzelfall: widerlegbares – Indiz für einen wirtschaftlichen Bezug der Tätigkeit: Auch der EuGH stellt gerade nicht auf das formale Kriterium eines Arbeitsvertrags, sondern auf das materielle Kriterium eines Arbeitsverhältnisses ab.

riff des Art. 149 EGV unterfällt zwar auch das Hochschulwesen⁷⁶, doch auch hier verfügt die Union über keine Sachkompetenz („unter Ausschluß jeglicher Harmonisierung“). Insoweit ist der Anwendungsbereich dieser Richtlinie primärrechtskonform auf die der Union zu Gebote stehenden Fördermaßnahmen zu beschränken. Nicht zu folgen ist daher der Annahme, kirchliche Hochschulen als „Berufsausbildungsstätten“ seien nunmehr zur Aufnahme und weiter zur Verleihung akademischer Grade an Angehörige fremder Bekenntnisse verpflichtet.

Für das kirchliche Arbeitsrecht zentral sind die in Art. 4 der Richtlinie 2000/78/EG enthaltenen Ausnahmebestimmungen, bei denen die in der (wenig übersichtlichen) Norm angelegten systematischen Abstufungen zu beachten sind: Vorrangiger Maßstab ist der in Abs. 2 UAbs. 1 geregelte gesteigerte Tendenzschutz. Dieser wird durch die Möglichkeit der Festsetzung *verhaltensbezogener* Loyalitätspflichten in Abs. 2 UAbs. 2 ergänzt. Gegebenenfalls kann subsidiär der in Art. 4 Abs. 1 enthaltene allgemeine Tendenzschutz zum Tragen kommen. Voraussetzung ist stets, daß tatbestandlich überhaupt eine Diskriminierung (unterschiedliche Behandlung in einer *vergleichbaren* Situation, s. Art. 2) vorliegt, was etwa nicht schon bei jeder Nichtberücksichtigung eines anderskonfessionellen Bewerbers der Fall ist⁷⁷.

α) Gesteigerter Tendenzschutz gem. Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 Richtlinie 2000/78/EG

Nach dieser – an die Mitgliedstaaten adressierten – Ausnahmebestimmung findet das Antidiskriminierungsregime hinsichtlich der Differenzierungskriterien „Religion“ und „Weltanschauung“ auf solche Arbeitgeber keine Anwendung, „deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht“. Hinsichtlich der Kirchen und Religionsgemeinschaften als solchen stellen sich insoweit keine Abgrenzungsschwierigkeiten, wohl aber in bezug auf verselbständigte Rechtsträger wie Institutionen des karitativen und erzieherischen Bereichs. Ob und inwiefern ihr Ethos auf Religion oder Weltanschauung „beruht“, ist eine Frage, für deren Beantwortung die Rechtsordnung der Union keine Kriterien bereitstellt. Konsequenterweise sieht die Richtlinie selbst die Rückbindung an „bestehende einzelstaatliche Gepflogenheiten“ vor, so daß für das Näheverhältnis zwischen derartigen Rechtsträgern und „ihren“ Kirchen die mitgliedstaatliche Perspektive maßgeblich ist⁷⁸. Für die deutsche Rechtsordnung bedeutet dies, daß die entwickelten Maßstäbe der Wahrnehmung einer kirchlichen Grundfunktion (materielles Kriterium) und der Anerkennung durch die zuständige kirchliche Autorität (formelles Kriterium)⁷⁹ auch im Anwendungsbereich der Richtlinie gelten.

Entscheidende Voraussetzung für die Ausnahme ist, daß die Religion oder Weltanschauung des Arbeitnehmers angesichts des Ethos der arbeitgebenden Institution sowie nach Art der Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung eine *wesentliche* berufliche Anforderung darstellt. Damit sind zwei unterschiedliche Aspekte angesprochen: Zum einen die ersichtlich zugrundeliegende Notwendigkeit einer gewissen Differenzierung nach der Tätigkeit der Arbeitnehmer, zum anderen die Frage nach den Maßstäben für die Wesentlichkeit des Kriteriums „Religion“ oder „Weltanschauung“ für diese Tätigkeit. Die auch insoweit relevanten „einzelstaatlichen Gepflogenheiten“ stellen freilich ohnedies keine pauschalen Anforderungen an Arbeitnehmer in kirchlichen Dienstverhältnissen: Die generelle Linie besteht darin, für pastorale, katechetische, erzieherische und leitende Aufgaben die Zugehörigkeit zur betref-

⁷⁶ So bereits zu Art. 128 EWGV EuGH, Slg. 1985, 593, Tz. 19 ff., insbes. Tz. 30 – *Gravier*; Slg. 1988, 379, Tz. 13 ff. – *Blaizot*.

⁷⁷ *Illustrandi causa*: Ist in einer evangelischen Privatschule die Stelle eines Religionslehrers ausgeschrieben, welche ein entsprechendes (also: evangelisch-)theologisches Studium voraussetzt, liegt in der Nichtberücksichtigung eines Katholiken schon tatbestandlich keine Diskriminierung: Diese erfolgt nicht wegen der Religion, sondern wegen der fehlenden fachlichen Eignung.

⁷⁸ *Hermann Reichold*, Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2001, 1054 (1059).

⁷⁹ *Mückl* (FN 61), S. 17.

fenden Kirche zur Voraussetzung zu machen⁸⁰. Umschreibt diese Formel als solche einen weitgehenden Konsens, bleibt indes die Frage, nach der materiellen Entscheidungskompetenz über das Vorliegen ihrer Voraussetzungen. Da dessen Bezugspunkt die einzelstaatlichen Gepflogenheiten sind, haben konsequenterweise hierüber die nationalen Gerichte zu befinden⁸¹. Ihnen aber fehlen – infolge der in den jeweiligen Rechtsordnungen durchgängig verankerten religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates – inhaltliche Maßstäbe zur Beurteilung der Wesentlichkeit der Religionszugehörigkeit für eine bestimmte Tätigkeit. Dies wiederum führt dazu, die materielle Frage dem „Ethos“ der betreffenden Einrichtung zu überlassen und diese einer nachgängigen gerichtlichen Mißbrauchskontrolle zu unterziehen⁸². Von diesem Verständnis geht nicht zuletzt die Richtlinie selbst aus: Die Wendung von den bestehenden einzelstaatlichen Gepflogenheiten steht in einem (nicht nur wörtlichen) Konnex zu der im 24. Erwägungsgrund der Präambel ausdrücklich einbezogenen Amsterdamer Kirchenerklärung, der auch deren Inhalt (Nichtbeeinträchtigung des kirchlichen Rechtsstatus) beachtlich werden läßt. Zum anderen gibt die hinsichtlich der Möglichkeit zur Statuierung von Loyalitätsobligationen gewählte Formulierung in UAbs. 2 (die Kirchen „können ... verlangen“) zu erkennen, daß die Maßstäbe des kirchlichen Arbeitsgebers in der Sache entscheidend sein sollen.

Die Ausnahmebestimmung des Art. 4 Abs. 2 vermag die Kirchen von der Beachtung der Differenzierungskriterien „Religion“ und „Weltanschauung“ zu entbinden, soll aber keine Diskriminierung „aus einem anderen Grund“ rechtfertigen (UAbs. 1). Eine Ungleichbehandlung wegen einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung ist auch für den kirchlichen Arbeitgeber nicht zulässig. Damit ist aber die Frage noch nicht beantwortet, wie es sich in den Konstellationen verhält, in denen sich eines dieser Merkmale als Ausfluß religiöser Überzeugungen darstellt. Teilweise wird unter Rekurs auf das (angeblich entstehungsgeschichtlich veranlaßte) Gebot einer restriktiven Auslegung der Ausnahmebestimmung behauptet, in derartigen Fällen sei eine Rechtfertigung nach Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 insgesamt ausgeschlossen⁸³. Diese Sichtweise verengt die Begriffe „Religion“ und „Weltanschauung“ auf die formale Zugehörigkeit. Bereits der Wortlaut – der von „Religion“ und eben nicht (nur) von der „Religionszugehörigkeit“ handelt –, erst recht aber die *ratio* des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie sprechen für ein umfassendes Verständnis, das auch die materielle Übereinstimmung mit den Grundsätzen der betreffenden Kirche beinhaltet: Sinn und Zweck der Ausnahmeklausel ist es, ihnen und den ihnen zuzurechnenden Rechtsträgern die Erfüllung ihrer Aufgaben im Sinne ihrer Grundsätze weiterhin zu ermöglichen. Diese Zielsetzung würde gefährdet, wenn nicht vereitelt, wenn sie kraft eines Anti-Diskriminierungsregimes Mitarbeiter beschäftigen müßten, die zwar dem formalen Kriterium der Zugehörigkeit zu einer Kirche genügen, aber erkennbar mit deren Grundsätzen nicht konform gehen. Streitet bereits die Konzeption der Richtlinie selbst, jedenfalls aber deren *sub specie* des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts primärrechtskonforme Auslegung⁸⁴, für ein umfassendes Verständnis der Begriffe „Religion“ und „Weltanschauung“, führt dies zwangsläufig zu Konsequenzen im Rahmen der verbotenen Diskriminierung aus anderen Gründen. Die Wendung bedarf einer teleologischen Reduktion in dem Sinne, daß das Vorliegen eines anderen Differenzierungsgrundes die Anwendbarkeit des Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 nur dann ausschließt, wenn dieser nicht aus den –

⁸⁰ Normative Ausprägung in Deutschland: Art. 3 Abs. 2 der (katholischen) „Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse“ (Nachw. bei Mückl [FN 61], S. 17 m. FN 84). – Klassisches, in allen Rechtsordnungen auftretendes Beispiel: Lehrer an einer kirchlichen Privatschule.

⁸¹ S. bereits EuGH, Slg. 1986, 1651, Tz. 39 – *Johnston*.

⁸² Reichold (FN 78), NZA 2001, 1054 (1059).

⁸³ Hans Michael Heinig, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, 2003, S. 474 f.

⁸⁴ Weitergehend Waldhoff (FN 33), JZ 2003, 978 (986), der die Abstufung des kirchlichen Tendenzschutzes falsch und primärrechtswidrig gelöst sieht.

wiederum kraft des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts zu respektierenden – religiösen Lehren und Überzeugungen der betreffenden Kirchen und Religionsgemeinschaften resultiert⁸⁵.

β) Loyalitätsobliegenheiten

Die Regelungen zum Tendenzschutz in kirchlichen Arbeitsverhältnissen erfahren in Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2 eine praktisch bedeutsame Ergänzung durch die Zulässigkeit der Verankerung von Loyalitätsobliegenheiten. Kirchen und Religionsgemeinschaften sowie die ihnen zuzurechnenden Rechtsträger können – im Einklang mit den Bestimmungen des mitgliedstaatlichen (Verfassungs-)Rechts – von ihren Mitarbeitern verlangen, daß sie sich „loyal und aufrichtig im Sinne des Ethos der Organisation verhalten“. Diese Klausel unterscheidet sich in zweifacher Hinsicht von derjenigen des gesteigerten Tendenzschutzes: Sie ist zum einen insofern enger, als tauglicher Anknüpfungspunkt allein das *Verhalten* des Mitarbeiters ist. Andererseits vermag sie den Interessen des Arbeitgebers in einem erweiterten Maße Rechnung zu tragen, als sie keine funktionale Differenzierung hinsichtlich der Bedeutung des Mitarbeiters „für das Ethos der Organisation“ voraussetzt.

Da gerade ein kirchlicher Arbeitgeber zur wirksamen Erfüllung seiner Sendung und Aufgabe auf die Loyalität seiner Mitarbeiter angewiesen ist, akzeptiert das sekundäre Unionsrecht entsprechende mitgliedstaatliche Sicherungsmechanismen. Der einleitende Hinweis auf die Einhaltung der Bestimmungen der Richtlinie im übrigen stellt den unterschiedlichen Regelungsgehalt von UAbs. 1 und UAbs. 2 (nochmals) klar: Jener betrifft mit dem Zentralbegriff der „Diskriminierung“ bestimmte *personenbezogene* Merkmale, dieser rekurriert auf das konkrete *Verhalten* einer Person. Widerspricht dieses dem „Ethos der Organisation“, kann der kirchliche Arbeitgeber vom betreffenden Mitarbeiter auch dann eine Korrektur dieses Verhaltens verlangen sowie gegebenenfalls arbeitsrechtliche Sanktionen ergreifen, wenn es aus einem der personenbezogenen Merkmale resultiert. Anders gewendet: Steht das konkrete Verhalten des kirchlichen Arbeitnehmers in Rede, enthält die Loyalitätsklausel des UAbs. 1 den vorrangigen und gegenüber UAbs. 2 spezielleren Maßstab. Bestrebungen, die Loyalitätsklausel auf ein bloßes Schädigungsverbot zu reduzieren, verkennen, daß es sich um eine Sonderbestimmung zugunsten des kirchlichen Arbeitgebers handelt: Daß ein betriebsschädigendes Verhalten eines Mitarbeiters arbeitsrechtliche Sanktionen auslösen kann, versteht sich von selbst. Mehr noch, ist diese Konstellation von der Richtlinie überhaupt nicht erfaßt, da es sich nicht um ein Diskriminierungsproblem handelt. Der speziell auf das kirchliche Arbeitsverhältnis zugeschnittenen Loyalitätsklausel muß demnach ein weitergehender Gehalt zukommen.

Der Verweis auf das mitgliedstaatliche (Verfassungs-)Recht, wiederum in Verbindung mit der durch den 24. Erwägungsgrund der Präambel in Bezug genommenen Amsterdamer Kirchenerklärung, stellt klar, daß sich auch weiterhin das „Ob“ und das „Wie“ von Loyalitätsobliegenheiten im kirchlichen Arbeitsrecht nach den jeweiligen nationalen Rechtsvorschriften richten. Deren Gehalt erfährt durch die Kautelen der Richtlinie, die insoweit gerade keine Harmonisierung intendiert, im Ergebnis keine Veränderung.

cc) Annex: Konfessionelle Staatsämter

Art. 4 der Richtlinie 2000/78/EG sieht in seinem Abs. 1 eine (subsidiäre) allgemeine Tendenzschutzklausel vor. Demnach können die Mitgliedstaaten vorsehen, daß eine Ungleichbehandlung wegen jedes der von der Richtlinie mißbilligten Differenzierungskriteriums keine Diskriminierung beinhaltet, sofern das betreffende Merkmal für die in Rede stehende berufliche Tätigkeit eine „wesentliche und entscheidende ... Anforderung“ darstellt und im übrigen verhältnismäßig ist. Im Unterschied zu der Bestimmung des Abs. 2, welche ausschließlich für

⁸⁵ Claus Dieter Classen, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Grundrechtsordnung, 2003, S. 156; Mohr (FN 39), S. 202 f.; Peter Hanau/Gregor Thüsing, Europarecht und kirchliches Arbeitsrecht, 2001, S. 34 f.; Waldhoff (FN 33), JZ 2003, 978 (986).

kirchliche Arbeitsverhältnisse gilt, ist die allgemeine Tendenzschutzklausel auch dann einschlägig, wenn der Arbeitgeber kein kirchlicher oder der Kirche zuzurechnender Träger ist.

In eben diesem Bereich liegt die vornehmliche praktische Bedeutung der Vorschrift. Von staatskirchenrechtlicher Relevanz ist dabei insbesondere das sog. konfessionelle Staatsamt, also das zwischen einem Träger der öffentlichen Verwaltung und einem Angehörigen einer Kirche bestehende Beschäftigungsverhältnis zur Erfüllung spezifisch kirchlich-religiöser Aufgaben. Anwendungsfälle sind die in öffentlichen Anstalten tätigen Geistlichen und ihr Hilfspersonal, des weiteren die Religionslehrer an öffentlichen Schulen sowie die Professoren an den staatlichen theologischen Fakultäten. Daß in all diesen Fällen das Kriterium der „Religion“ eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ darstellt, welche auch der – bei Abs. 1 gegenüber Abs. 2 erforderlichen – Verhältnismäßigkeitsprüfung regelmäßig standhält, wird zu Recht einhellig angenommen.

dd) Erfordernis der Richtlinienumsetzung

Nach den allgemeinen Grundsätzen bedarf eine Richtlinie der Umsetzung in mitgliedstaatliches Recht durch die zuständigen nationalen Instanzen (Art. 249 Abs. 3 EGV). Dies hat Deutschland – verspätet – in Gestalt des „Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes“ (AGG) vom 14. August 2006 getan. Dessen § 9 enthält eine Art. 4 der Richtlinie 2000/78/EG ausformende Ausnahmeklausel für die Kirchen und Religionsgemeinschaften sowie die ihnen zuzuordnenden verselbständigten Rechträger:

(1) Ungeachtet des § 8 ist eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung bei der Beschäftigung durch Religionsgemeinschaften, die ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder durch Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen, auch zulässig, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.

(2) Das Verbot unterschiedlicher Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung berührt nicht das Recht der in Absatz 1 genannten Religionsgemeinschaften, der ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder der Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen, von ihren Beschäftigten ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses verlangen zu können.

Allerdings ist die EU-Kommission ausweislich eines vom 31. Januar 2008 datierten und an den Bundesminister des Auswärtigen gerichteten Schreibens der Auffassung, daß diese Bestimmung des zugunsten der Kirchen und Religionsgemeinschaften zu weitgehend formuliert sei⁸⁶. Daher meint die Kommission, Deutschland habe insoweit die Richtlinie nicht korrekt umgesetzt.

Wie unsicher augenblicklich die Rechtslage ist, zeigt ein Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 4. Dezember 2007⁸⁷. Dort hatte das Gericht die Nichtberücksichtigung einer muslimischen Bewerberin bei der Besetzung für eine Stelle als Sozialpädagogin in einer Einrichtung des Diakonischen Werkes der Evangelischen Kirche in Deutschland als nicht unter § 9 AGG fallend beurteilt und der Bewerberin einen Entschädigungsanspruch zugesprochen. So kritikwürdig die Entscheidung im einzelnen auch ist und so wenig sie als Beleg für eine generelle „Trendwende“ taugt, illustriert sie doch denkbare Einwirkungen auf das nationale Recht.

⁸⁶ S. FAZ, Nr. 36 v. 12.2.2008, S. 4.

⁸⁷ ArbG Hamburg, Arbeit und Recht 2008, 111.

b) Kollektivarbeitsrecht

Als wesentlich geringer stellen sich die Implikationen des Unionsrechts auf das kollektive kirchliche Arbeitsrecht dar. Berührungspunkte beider Materien bestehen in den Bereichen der Anhörungsrechte von Arbeitnehmern sowie des sozialen Dialogs, der vor allem die für Deutschland relevante Frage nach der Unionsrechtskonformität des sog. „Dritten Weges“ aufwirft⁸⁸.

Die einschlägigen Sekundärrechtsakte knüpfen stets am Begriff des Unternehmens an. Der Gehalt dieses Terminus kann – vergleichbar dem des Arbeitnehmers – zwar in verschiedenen Verwendungszusammenhängen des EGV changieren, sein gemeinsamer „Fluchtpunkt“ indes ist das (objektive) Verfolgen eines wirtschaftlichen Zwecks. Hieran fehlt es in der Regel bei den Kirchen als solchen, nicht aber bei den ihnen zugeordneten verselbständigten Rechtsträgern insbesondere im karitativen Bereich⁸⁹.

Hinsichtlich der Anhörungsrechte von Arbeitnehmern greifen für derartige kirchliche Einrichtungen die erwähnten Ausnahmebestimmungen der verabschiedeten Richtlinien ein. Von derjenigen der Richtlinie über den Europäischen Betriebsrat hat der deutsche Gesetzgeber im nationalen Umsetzungsakt Gebrauch gemacht⁹⁰. Praktisch wird es auf sie kaum ankommen, da die in Frage kommenden kirchlichen Einrichtungen aus tatsächlichen Gründen in aller Regel bereits dem Anwendungsbereich dieser Richtlinie nicht unterfallen: Sie operieren weder unionsweit noch verfügen sie über die erforderliche Mindestanzahl von Arbeitnehmern⁹¹. Die Anhörungsrichtlinie ist hingegen mangels derartiger tatbestandlicher Einschränkungen grundsätzlich auch auf kirchliche Einrichtungen als „in der Gemeinschaft ansässige Unternehmen“ anwendbar. Die im Vergleich zur Richtlinie über den Europäischen Betriebsrat weiter formulierte Ausnahmebestimmung des Art. 3 Abs. 2 ermöglicht auch hier die Aufrechterhaltung bestehender nationaler Schutzvorschriften.

Bei Licht besehen, hätte es in diesem Bereich derartiger Ausnahmebestimmungen nicht notwendigerweise bedurft. Sie können sich grundsätzlich zwar als (primär)rechtlich geboten erweisen, um zu vermeiden, daß der Geltungsanspruch des Unionsrechts, zumal auf wirtschaftlichem Sektor, weder beabsichtigte noch erwünschte (Neben-)Wirkungen auf die Kirchen und die Besonderheiten ihrer Sendung entfaltet. Umgekehrt müssen aber auch sie bei ihrer Tätigkeit in den Formen und Mitteln des weltlichen Rechts folgerichtig an dessen Regime festhalten lassen. Eine Ausnahmebestimmung legitimiert sich nicht schon kraft einer bestimmten Subjektseigenschaft eines Akteurs – das wäre in einer auf das Prinzip der Rechtsgleichheit gegründeten Rechtsgemeinschaft ein nicht begründbares Privileg –, sie bedarf vielmehr eines sachlich nachvollziehbaren Grundes. Auf den hier interessierenden Kontext gewendet: Eine Ausnahmebestimmung zugunsten der Kirchen rechtfertigt sich nicht schon aus ihrer Eigenschaft als solcher, sondern nur dann, wenn die „unverkürzte“ Anwendung einer Richtlinie die Wahrnehmung ihrer geistig-religiösen Sendung beeinträchtigt oder gefährdet. Ob und inwieweit dies zu besorgen wäre, wenn auch kirchliche Einrichtungen an „Mindestvorschriften“ wie die bloße Unterrichtung und Anhörung ihrer Mitarbeiter gebunden wären, ist schwer zu sehen. Für Deutschland ist überdies darauf aufmerksam zu machen, daß jedenfalls das inner-

⁸⁸ S. zum folgenden auch den Problemaufriß bei *Classen* (FN 85), S. 167 ff.

⁸⁹ *Classen*, ebd., S. 168.

⁹⁰ Gesetz über Europäische Betriebsräte (EBRG) vom 28. Oktober 1996, BGBl. I S. 1548. Dessen § 34 lautet: „Auf Unternehmen ..., die unmittelbar und überwiegend den in § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 des Betriebsverfassungsgesetzes genannten Bestimmungen oder Zwecken dienen, finden nur § 32 Abs. 2 Nr. 5 bis 10 und § 33 Anwendung mit der Maßgabe, daß eine Unterrichtung und Anhörung nur über den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile erfolgen muß, die den Arbeitnehmern infolge der Unternehmens- oder Betriebsänderungen entstehen.“

⁹¹ Art. 2 lit. a der Richtlinie 94/45/EG. – Die Personalintensität kirchlicher Einrichtungen in Deutschland ist europaweit ein Unikum, einen deutlichen Kontrast bildet die Situation in Frankreich.

kirchliche (katholische wie evangelische) Mitarbeitervertretungsrecht Vorkehrungen enthält, welche über die „Mindestvorschriften“ jener Richtlinien hinausgehen⁹². Umgekehrt entfalten diese aber schon deswegen keine praktische Wirkung für die Kirchen in Deutschland.

Zentralbegriff des in Art. 138 und 139 EGV geregelten sozialen Dialogs ist derjenige der „Sozialpartner“. Hierbei ist zwischen den Sozialpartnern auf Unionsebene und den mitgliedstaatlichen Sozialpartnern zu unterscheiden; nur die erstgenannten können sich am sog. formalen sozialen Dialog – Anhörungsverfahren gem. Art. 138 Abs. 2 und 3 EGV sowie Abschluß von Vereinbarungen gem. Art. 139 Abs. 1 EGV – beteiligen. Nach den von der Kommission formulierten Anforderungen müssen diese Sozialpartner über eine Struktur auf europäischer Ebene verfügen, ihrerseits aus Verbänden bestehen, die in den Mitgliedstaaten anerkannte Bestandteile des Systems der Arbeitsbeziehungen sind und Vereinbarungen aushandeln sowie geeignete (Arbeits-)Strukturen aufweisen, um effektiv an einem Anhörungsprozeß teilnehmen zu können⁹³. Daß die Kirchen diesen Kriterien nicht genügen, ist offensichtlich.

Daß die fehlende Beteiligung der Kirchen am (formalen) sozialen Dialog ihren Interessen wirklich „abträglich“ ist oder gar „Gefahren“ für das kirchliche Arbeitsrecht, zumal den in Deutschland praktizierten sog. „Dritten Weg“, heraufbeschwört⁹⁴, ist eine nach dem gegenwärtigen Integrationsstand wenig angemessene Bestandsaufnahme. Das Anhörungsverfahren nach Art. 138 Abs. 2 und 3 EGV ist ein dem Erlaß von Maßnahmen der Union vorgeschalteter Informativprozeß, der weder bestehende Kompetenzen erweitert noch zu rechtlichen Bindungen führt. Die zwischen den Sozialpartnern auf Unionsebene abgeschlossenen Vereinbarungen (Art. 139 Abs. 1 EGV) binden wie jeder Vertrag nur die beteiligten Parteien. Die Durchführung dieser Vereinbarungen erfolgt gem. Art. 139 Abs. 2 EGV entweder nach mitgliedstaatlichem Recht – dann stellt sich indes kein Europäisierungsproblem – oder (unter bestimmten Voraussetzungen) durch einen Beschluß des Rates. Lediglich in *dieser* Konstellation sind rechtliche Auswirkungen auf an der Vereinbarung selbst nicht Beteiligte möglich, was auch den Komplex des kirchlichen Arbeitsrechts betreffen könnte. Voraussetzung hierfür wiederum ist, daß die Vereinbarung in der Sache einen der in Art. 137 EGV aufgeführten Sachbereich regelt: Die „Gefahr“ für das kirchliche Arbeitsrecht ist also durch den sozialen Dialog nicht größer und nicht geringer, als die „Gefahr“, daß die zuständigen Unionsorgane ihrerseits von den Kompetenzbestimmungen des EGV gedeckte Rechtsakte erlassen.

Speziell in Deutschland geäußerte Befürchtungen hinsichtlich unionsrechtlicher Einwirkungen auf das Konzept des „Dritten Weges“ sind weder aus den Vorschriften des sozialen Dialogs noch aus den (vorrangigen) Kompetenzbestimmungen herzuleiten: Das Unionsrecht enthält weder eine positive Verpflichtung zur vertraglichen Regelung der Arbeitsverhältnisse noch gar zur tariflichen Auseinandersetzung. Nach Art. 137 Abs. 5 EGV erstreckt sich die Unionszuständigkeit nicht auf die Gebiete „Arbeitsentgelt“, „Koalitionsrecht“, „Streikrecht“ und „Aussperrungsrecht“. Verbleiben damit also sämtliche Kernbereiche des kollektiven Arbeitsrechts in der mitgliedstaatlichen Kompetenz, resultieren für den „Dritten Weg“ jedenfalls keine unionsrechtlichen „Gefahren“⁹⁵.

3. Wirtschaftliche Betätigung

Sind Kirchen und Religionsgemeinschaften – entweder als solche oder durch ihnen zuzurechnende verselbständigte Rechtsträger – (erwerbs-)wirtschaftlich tätig, geraten sie, im Vergleich zu ihren anderen Handlungsfeldern, am deutlichsten in den Anwendungsbereich des Unions-

⁹² Classen (FN 85), S. 168.

⁹³ Mitteilung der Kommission über die Anwendung des Protokolls über die Sozialpolitik an den Rat und an das Europäische Parlament vom 14. Dezember 1993, KOM (93), 600 endg.

⁹⁴ So Bedenken bei Heinig (FN 83), S. 471 sowie Marcel Vachek, Religionsrecht der EU, 2000, S. 320.

⁹⁵ Hanau/Thüsing (FN 85), S. 43 f.

rechts. „Klassische“ Beispielfälle⁹⁶ insoweit sind (vielfach von Klöstern unterhaltene) Brauerei- und Landwirtschaftsbetriebe. Ebenso rechnet hierzu das kirchliche Verlags- und Pressewesen, worauf die EG-Kommission bereits vor 20 Jahren hinwies, indem sie die Herausgabe von Gesangbüchern als Fall einer kirchlichen wirtschaftlichen Betätigung nannte⁹⁷.

Erfolgt nun eine wirtschaftliche Betätigung von Kirchen auf unionsrechtlich (vor)geformtem Terrain, kommt die funktionale Systemlogik des Unionsrechts voll zum Tragen: Für die juristische Bewertung und Erfassung ist demnach allein entscheidend, ob ein Rechtssubjekt wirtschaftlich tätig ist. Der Umstand, daß dieses Rechtssubjekt eine Kirche ist, spielt jedenfalls für die Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Unionsrechts ebenso wenig eine Rolle wie dessen Motivationen oder Fernziele (etwa: den Erlös genuin religiösen Zwecken zuzuführen). Im Einzelfall ließe sich daraus höchstens ein Rechtfertigungsargument für eine generelle oder individuelle Ausnahmeregelung gewinnen. Im Vergleich namentlich zum deutschen Staatskirchenrecht wählt das Unionsrecht den konträren Ansatz: Auf die Frage, ob sich die wirtschaftliche Betätigung der Kirchen als Emanation der Religionsfreiheit darstellt, kommt es nicht an (sie dürfte überdies für das *Unionsgrundrecht* zu verneinen sein). Wie jedem anderen am Wirtschaftsverkehr Teilnehmenden auch, obläge es den Kirchen, darzutun, weshalb die wirtschaftsbezogenen Bestimmungen des Unionsrechts auf sie keine Anwendung finden sollen.

Hinsichtlich der (erwerbs-)wirtschaftlichen Betätigung der Kirchen gilt somit der Grundsatz der Gleichbehandlung mit allen anderen am Wirtschaftsverkehr teilnehmenden Rechtssubjekten. Dies belegt auf der Rechtsgeltungsebene das Ausnahmeregime im Steuerrecht, welches die *gemeinwohlorientierten* Tätigkeiten der Kirchen von der Umsatzsteuerpflicht ausnimmt⁹⁸. Zu ihnen rechnen die Aktivitäten im geistlich-religiösen, sozialen, karitativen und erzieherischen, nicht aber im (erwerbs-)wirtschaftlichen Bereich⁹⁹. Auf der Rechtsanwendungsebene hat der EuGH in mehreren Entscheidungen das jeweils einschlägige Recht auch dann angewendet, wenn als Träger wirtschaftlicher Aktivitäten kirchliche Rechtssubjekte in Erscheinung getreten sind, zumeist – insoweit zu Recht – ohne dem „religiösen“ Hintergrund nähere Beachtung oder auch nur Erwähnung zu widmen: In der Tat kommt es bei Rechtsproblemen wie der Zuteilung der Referenzmenge für Milch¹⁰⁰ oder der Notwendigkeit einer vorherigen Genehmigung von ausländischen Direktinvestitionen¹⁰¹ nicht auf die Eigenschaft eines Beteiligten als Kirche an.

Vor allem diese Rechtsprechungspraxis könnte auch für die mitgliedstaatliche, namentlich: die deutsche, Rechtslage Auswirkungen entfalten. Aus dem Übergehen der „religiösen“ Hintergründe in den Urteilsgründen wird man hier weniger „Kirchenblindheit“ zu sehen haben als die Bewertung, daß eine wirtschaftliche Betätigung dem (Unions-)Grundrecht der Religionsfreiheit nicht unterfällt. Einschlägig sind vielmehr die wirtschaftlichen Freiheitsrechte, die Berufs- und Eigentumsfreiheit. Diese die verschiedenen (legitimen!) Bereiche des Wirkens der Kirchen sauber abschichtende Vorgehensweise könnte – vielleicht: sollte – auch für das deutsche Grundrechtsverständnis „europäisierende“ Impulse setzen. In der Sache dürfte ein sanfter „Anpassungsdruck“ zudem aus dem Umstand resultieren, daß ein erheblicher Teil der nationalen Wirtschaftsgesetzgebung bereits unionsrechtlich veranlaßt und überformt ist.

⁹⁶ Eine Besonderheit auch im Unionsrecht ist der Fall einer sich selbst als Religionsgemeinschaft verstehenden Gemeinschaft, die ganz überwiegend wirtschaftlich tätig ist, wie insbes. die „Church of Scientology“. Dazu EuGH, Slg. 2000, I-1353 – *Association Église de scientologie de Paris*.

⁹⁷ Kommission, Entsch. 81/1030/EWG vom 29. Oktober 1981, ABl. Nr. L 370 vom 28.12.1981, S. 49 (54).

⁹⁸ Dazu näher Mückl (FN 4), S. 462 f.

⁹⁹ Mit dieser Systematik gibt das Unionsrecht zudem zu erkennen, daß zwischen der (allgemein-)wirtschaftlichen und der karitativen Tätigkeit ein kategorialer Unterschied besteht.

¹⁰⁰ EuGH, Slg. 1997, I-255 – *Katholische Kirchengemeinde St. Martinus Elten*; Slg. 1995, I-4069 – *Dominikanerinnen-Kloster Altenhohenau*.

¹⁰¹ EuGH, Slg. 2000, I-1353 – *Association Église de scientologie de Paris*.

4. Karitative Betätigung

Von der (allgemeinen) wirtschaftlichen Betätigung der Kirchen und Religionsgemeinschaften ist die von ihnen selbst bzw. den ihnen zuzurechnenden verselbständigten Rechtsträgern ausgeübte karitative Betätigung zu unterscheiden. Unionsrechtliche Relevanz erlangt sie freilich nur, sofern sie sich nach der dem EGV zugrundeliegenden funktionalen Systemlogik als (auch) wirtschaftliche Tätigkeit darstellt. Das entscheidende Abgrenzungskriterium hierfür ist nach den zum Begriff des „Unternehmens“ i.S.d. Art. 81 ff. EGV entwickelten Grundsätzen¹⁰² zunächst nicht ein mit der Betätigung verfolgter Zweck: Es kommt nicht materiell auf den Aspekt der Gemeinnützigkeit oder des „Sozialen“ an, sondern rein formal darauf, ob an einem Markt (im wirtschaftlichen Sinne) Leistungen oder Güter ausgetauscht werden. Somit läßt sich bereits der gleichsam „klassische“ Teil des karitativen kirchlichen Wirkens als nichtwirtschaftlich qualifizieren: Erbringen kirchliche oder der Kirche zuzurechnende Träger Leistungen unentgeltlich oder stehen sie in keinem Konkurrenzverhältnis zu gewerblichen Anbietern, sind sie keine „Unternehmer“: Das Beihilfenverbot des Art. 87 Abs. 1 EGV greift von vornherein nicht ein. Staatliche Unterstützungen für kirchlich betriebene Suppenküchen, Obdachlosenheime und Bahnhofsmissionen sind unionsrechtlich irrelevant.

Anders verhält es sich, sofern die Tätigkeit der Kirchen funktional als eine wirtschaftliche einzustufen ist. Erbringen sie Leistungen entgeltlich und stehen sie zu anderen, im Regelfall gewerblichen, Anbietern in einem Konkurrenzverhältnis, führt die inhaltliche Zielrichtung ihrer Tätigkeit auch dann nicht zum Dispens von den wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des EGV, wenn sie sich als Ausfluß der Religionsfreiheit oder des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts darstellt¹⁰³. So hat die Kommission 1997 im Rahmen eines Beihilfekontrollverfahrens eine als GmbH verfaßte karitative Einrichtung, die für die Sammlung und Verwertung von Sekundärrohstoffen Behinderte sowie schwer vermittelbare Langzeitarbeitslose beschäftigte, zu Recht als „Unternehmen“ eingestuft, da die GmbH auf dem Abfallmarkt mit gewinnorientierten Unternehmen konkurrierte¹⁰⁴.

Damit ist allerdings nur die tatbestandliche Ebene betroffen¹⁰⁵: Die inhaltliche Qualifikation einer Tätigkeit spielt für die grundsätzliche Anwendbarkeit des Unionsrechts keine Rolle, sie kann allerdings auf der Ebene der Rechtfertigung Bedeutung erlangen¹⁰⁶. Diese Unterscheidung ist im Unionsrecht selbst angelegt, das wirtschaftliche Tätigkeiten zwar begrifflich einheitlich erfaßt, aber nicht in jedem Fall auch rechtlich einheitlich behandelt. Ausdruck dessen sind die Vereinbarkeitsklauseln des Art. 87 Abs. 2 und 3 EGV sowie die Bereichsausnahme des Art. 86 Abs. 2 EGV: Bestimmte wirtschaftliche Tätigkeiten sind aus übergeordneten Gründen ganz oder teilweise von der Geltung des Wettbewerbsrechts ausgenommen.

Für den hier interessierenden Zusammenhang sind die in Art. 87 Abs. 2 und 3 EGV aufgeführten Vereinbarkeitstatbestände unergiebig, so daß insoweit einzig der Vorschrift des Art. 86 Abs. 2 EGV Relevanz zukommt. Demnach gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, die wettbewerbsrechtlichen Be-

¹⁰² Dazu Mückl (FN 4), S. 450 f.

¹⁰³ Otto Depenheuer, Finanzierung und Organisation der kirchlichen Krankenhäuser, in: Joseph Listl/Dietrich Pirson (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 2. Aufl. 1995, S. 757 (762 f.).

¹⁰⁴ Entscheidung der Kommission vom 16. September 1997, ABl. EG Nr. L 159 v. 3.6.1998, S. 58.

¹⁰⁵ Allerdings kann es auch hieran fehlen, wenn eine staatliche Zuwendung die Kompensation dafür darstellt, daß der Staat bestimmte Unternehmen durch gesetzliche Vorgaben an der kostendeckenden Leistungserbringung hindert: Klassisches Beispiel in Deutschland ist die Krankenhausfinanzierung. Dazu zusammenfassend Depenheuer (FN 103), S. 757 (773 ff.).

¹⁰⁶ So die Kommission in der in FN 104 genannten Entscheidung: Die auf tatbestandlicher Ebene ausgeblenden – ideellen, nicht gewinnorientierten – Motive können auf einer späteren Stufe des Kontrollverfahrens Relevanz gewinnen. Dieser Einzelfall illustriert, daß die Kommission um eine behutsame Anwendung ihrer allgemeinen Maßstäbe bemüht ist.

stimmungen des EGV nur soweit, als deren Anwendung nicht der Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben verhindert. Hintergrund dieser Vorschrift ist – seit dem Amsterdamer Vertrag durch Art. 16 EGV verstärkt – das Bestreben, den in einigen Mitgliedstaaten bestehenden Sonderstatus von im Bereich des öffentlichen Wirtschaftssektors tätigen Unternehmen aufrechtzuerhalten. Als Leitbild der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ firmiert der Komplex der Daseinsvorsorge, worunter die bisherige Rechtsprechung des EuGH etwa die staatlichen Arbeitsvermittlungs-, Post- und Fernmeldebehörden ebenso subsumiert hat wie die Energieversorgungsunternehmen. Angesichts dieses breiten und heterogenen Spektrums bereits bejahter Ausnahmen vom EG-Wettbewerbsrecht läßt sich die Frage aufwerfen, ob die Bereichsausnahme des Art. 86 Abs. 2 EGV nicht auch für die in wirtschaftlicher Form betriebene karitative Tätigkeit der Kirchen – namentlich die Kranken-, Behinderten-, Alten- und Sterbendenpflege – Anwendung finden könnte.

Der unbestimmte Rechtsbegriff der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ läßt sich in zweifacher Hinsicht näher konkretisieren¹⁰⁷: Die in Rede stehende Tätigkeit muß von allgemeinem (nicht nur individuellem oder gruppenspezifischen) sowie von wirtschaftlichem (nicht nur ideellem) Interesse sein. Ein *Handeln zugunsten der Allgemeinheit* liegt bereits dann vor, wenn eine Dienstleistung zumindest auch im öffentlichen Interesse wahrgenommen wird, wofür bereits ein Teil der Bevölkerung ausreicht. Dabei kann dem Umstand indizielle Bedeutung zukommen, daß die Tätigkeit den eigenen wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens widerspricht. Daß diese Kriterien für die (entgeltliche) karitative Tätigkeit der Kirchen sowie ihrer selbständigen Rechtsträger zutreffen, liegt auf der Hand: Der Betrieb von Einrichtungen der (weit verstandenen) Gesundheits- und Sozialfürsorge¹⁰⁸ erfolgt bei materieller Betrachtungsweise sowohl im öffentlichen Interesse als auch ohne wirtschaftliche Primärmotivation¹⁰⁹. Ein *wirtschaftliches Interesse* soll nach der bisher von der Kommission vertretenen Auffassung dann ausgeschlossen sein, wenn das Unternehmen allein kulturelle, soziale oder karitative Zwecke verfolgt¹¹⁰. Diese Position entbehrt freilich einer folgerichtigen Logik: Das Motiv der Tätigkeit soll für die Frage der Eigenschaft als „Unternehmer“ irrelevant sein, was die Klassifizierung kultureller, sozialer und karitativer Tätigkeiten als (funktional) wirtschaftliche bewirken kann. Sind demnach kirchliche Träger auf Tatbestandsebene Wirtschaftsunternehmen, müssen sie es konsequenterweise auch auf Rechtfertigungsebene sein. Es geht nicht an, ihnen die Berufung auf die Bereichsausnahme des Art. 86 Abs. 2 EGV mit dem Argument zu verwehren, sie würden keine Dienstleistungen von wirtschaftlichem Interesse erbringen. Jener Ansicht der Kommission ist der EuGH entgegengetreten, indem er derartige im Vertragstext nicht angelegte Restriktionen ablehnt und grundsätzlich auch nichtkommerziellen Trägern der freien Wohlfahrtshilfe die Berufung auf Art. 86 Abs. 2 EGV ermöglicht¹¹¹. Nach dieser Rechtsprechung kann es nicht (mehr) zweifelhaft sein, daß die von den Kirchen sowie den ihnen zuzurechnenden Rechtsträgern geleisteten karitativen Tätigkeit als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu qualifizieren sind¹¹².

¹⁰⁷ Zum folgenden näher *Ingolf Pernice/Stephan Wernicke*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Loseblatt, Art. 86 (Stand: April 2003) Rn. 37.

¹⁰⁸ Zu nennen sind insoweit Kindergärten, Waisenheime und Behindertenwerkstätten.

¹⁰⁹ Derartige Einrichtungen werden nicht primär aus Gründen der Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb (etwa mit der Zielsetzung, dergestalt erzielte Gewinne in weniger rentable Bereiche des „Unternehmens Kirche“ zu transferieren) unterhalten, sondern um – in den Worten des BVerfG – „ein Stück Auftrag der Kirche in der Welt wahrzunehmen“ (s. für Deutschland BVerfGE 46, 73 [85]). Wie ihr hoher Zuschußbedarf indiziert, liegt ihr Betrieb nicht im wirtschaftlichen Eigeninteresse der Betreiber.

¹¹⁰ Mitteilung der Kommission zu den „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ v. 20.9.2000, ABl. EG, Nr. C 17 v. 19.1.2001, S. 4, Tz. 28.

¹¹¹ EuGH, Slg. 2001, I-8089, Tz. 51 ff. – *Ambulanz Glöckner*.

¹¹² Mückl (FN 4), S. 521 ff.; *Heinig* (FN 83), S. 466.

Allerdings genügt nach Art. 86 Abs. 2 EGV der Umstand, daß ein Unternehmen diese Dienstleistungen erbringt, *per se* nicht; es muß vielmehr mit deren Wahrnehmung „betraut“ sein. Als Betrauungsakt kommt in erster Linie ein Hoheitsakt der öffentlichen Gewalt (Gesetz, Verwaltungsakt) in Betracht, indes kann auch die Verleihung einer öffentlich-rechtlichen Konzession oder eine vertragliche Bindung ausreichend sein¹¹³. Die letztgenannte Modalität erscheint den typischen Handlungsformen des modernen Sozialstaates am besten gerecht zu werden: Die Verbindlichkeit einer Handlungsverpflichtung durch vertragliche Begründung bleibt nicht hinter der durch eine einseitige hoheitliche Zuweisung zurück. Von Europarechts wegen einen restriktiv verstandenen Wahrnehmungsakt zu fordern, bedeutete im Ergebnis, erreichte Ausdifferenzierungen und Flexibilisierungen des mitgliedstaatlichen Rechts in Frage zu stellen. Die Folge wäre ein Rückfall in auf diesem Gebiet (vielfach) überholte Handlungsmuster.

Für die unterschiedlichen Bereiche der kirchlichen karitativen Tätigkeit bedarf es der jeweils fallbezogenen Betrachtung, ob ein tauglicher Betrauungsakt vorliegt. Nach dem soeben Dargelegten kann hierfür eine vertragliche Vereinbarung ausreichend sein. Vielfach liegt indes ohnehin eine hoheitliche Betrauung tradierten Verständnisses vor, wie beim gesetzlich vorgesehenen Vorrang freier Träger der Wohlfahrtspflege¹¹⁴ oder bei der Aufnahme einer kirchlichen Einrichtung in den Krankenhausplan¹¹⁵.

Weitere tatbestandliche Voraussetzung des Art. 86 Abs. 2 EGV ist, daß die Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften die Erfüllung jener Dienstleistungen „verhindert“. Die neuere Rechtsprechung des EuGH versteht diese Formulierung im Sinne einer Gefährdung der Gemeinwohlaufgaben „unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen“¹¹⁶. Wesentliche Teile der von den Kirchen bzw. den ihnen zuzurechnenden Rechtsträgern betriebenen karitativen Einrichtungen wären ohne öffentliche Zuschüsse wirtschaftlich nicht überlebensfähig. Der Dispens von der Beachtung der Art. 81 ff. EGV erfordert schließlich, daß der (grundsätzlich freie) Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten nicht in einer Weise beeinträchtigt werden darf, die dem Interesse der Union zuwiderläuft. Das ist letztlich im Rahmen einer Abwägung zwischen jenem Unionsinteresse (an der Beachtung grundlegender Vertragsprinzipien wie der Zielsetzungen der Union, der Grundfreiheiten und insbesondere des Wettbewerbsrechts) und den kollidierenden mitgliederschaftlichen Interessen an der weiteren Erfüllung der Gemeinwohlaufgaben durch die damit betrauten Unternehmen zu ermitteln.

Bei dieser Abwägung wird auch zu berücksichtigen sein, daß die Union selbst nach den (noch nicht rechtsverbindlichen) Vorgaben der Grundrechte-Charta eine subjektiv formulierte, indes auch objektiv-rechtlich wirkende Verpflichtung zur Gewährleistung des „Recht(s) auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung *nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten*“ trifft¹¹⁷. Diesem Belang kommt vor dem Hintergrund des in zahlreichen Mitgliedstaaten bestehenden breiten Spektrums an karitativen Einrichtungen Bedeutung zu: Das gewachsene Nebeneinander staatlicher, öffentlicher, kirchlicher und sonstiger privater Einrichtungen würde bei einer strikten Anwendung der Wettbewerbsregeln weitgehend zugunsten privat-kommerziell orientierter Anbieter aufgelöst werden. Indes ist gerade der sozial-karitative Bereich ein denkbar ungeeignetes Feld einer vollständigen Regulierung durch die Kräfte des Marktes: In den Grenzsituationen des menschlichen Lebens – Krankheit, Behinderung, Alter, nahender Tod – kommt es nicht nur auf eine

¹¹³ Mitteilung der Kommission (FN 110), Tz. 22; EuGH, Slg. 1997, I-5815, Tz. 65 – *Kommission/Frankreich*; Slg. 1994, I-1477, Tz. 47 – *Almelo* (jew. für öffentlich-rechtliche Konzessionen); *Heinig* (FN 83), S. 466.

¹¹⁴ So etwa im Bereich der Sozialhilfe (§ 5 Abs. 4 SGB XII) oder der Kinder- und Jugendfürsorge (§ 4 Abs. 2 SGB VIII).

¹¹⁵ §§ 6 ff. des Krankenhausfinanzierungsgesetzes.

¹¹⁶ EuGH, Slg. Slg. 2001, I-8089, Tz. 57 – *Ambulanz Glöckner*; Slg. 2001, I-4109, Tz. 54 – *TNT Traco*; Slg. 2000, I-825, Tz. 49 ff. – *Deutsche Post*.

¹¹⁷ Art. 35 GRCh.

optimale und umfassende medizinische Versorgung an; auch Faktoren wie menschliche Zuwendung, geistlicher Beistand und Behandlung in Würde erlangen eine – vielfach die medizinische Komponente übersteigende – Relevanz. Nicht zuletzt aus der (grundrechtlichen) Sicht derjenigen Patienten, denen an einer „ganzheitlichen“ ärztlichen Versorgung gelegen ist, besteht ein gewichtiges Interesse daran, derartigen Einrichtungen den weiteren Bestand zu ermöglichen: Das dem Unionsinteresse an wettbewerblichen Strukturen entgegengesetzte Interesse ist also nicht bloß eines der Erhaltung mitgliedstaatlicher „Strukturen“, sondern erfährt aus dem Unionsrecht – dem Grundrecht der Religionsfreiheit – selbst bestärkendes Potential.

Daß ein Dispens von den Art. 81 ff. EGV der äußersten Grenze des Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV – einer globalen Beeinträchtigung des freien Wirtschaftsverkehrs – auch nur nahekäme, ist nicht zu besorgen. Nach alledem ist es unionsrechtlich unbedenklich, den Kirchen sowie den ihnen zuzurechnenden Rechtsträgern für ihre sozial-karitativen Einrichtungen (weiterhin) mitgliedstaatliche Zuwendungen zu gewähren. Das in Art. 87 Abs. 1 EGV normierte Beihilfenverbot ist im Ergebnis nicht verletzt.

5. *Wirkungsmöglichkeiten im öffentlichen und gesellschaftlichen Leben*

Die Rolle der Kirchen, Angelegenheiten des öffentlichen und gesellschaftlichen Lebens von ihrer Warte aus kommentierend zu begleiten, unterliegt keinerlei Implikationen durch das Unionsrecht. Derartige Verlautbarungen stützen sich in den staatskirchenrechtlichen Modellen der Mitgliedstaaten – systemübergreifend – auf die Inanspruchnahme grundrechtlicher Freiheiten. Entsprechendes gilt für die europäische Ebene; auch hier stehen kirchliche Interventionen in Angelegenheiten des öffentlichen Lebens unter dem Schutz der Religions-, zumindest aber der Meinungsfreiheit. Daß das Unionsrecht, welches in der Sache die gleichen Grundrechte gewährleistet wie die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, einem kirchlichen „Öffentlichkeitsauftrag“ entgegenstehen könnte, ist nicht zu sehen. Sofern gelegentliche Entschlüsse des Europäischen Parlaments – auf einer inhaltlich wenig belastbaren kompetentiellen Grundlage¹¹⁸ – proklamieren, „die Einmischung der Kirchen und der Religionsgemeinschaften in das öffentliche und politische Leben der Staaten“ sei „bedauerlich“¹¹⁹, bringen sie einen (rechts-)politischen Standpunkt, möglicherweise auch ein verfassungstheoretisches Credo zum Ausdruck. Das ist – selbstverständlich – in einer offenen Gesellschaft nicht illegitim, widerspräche aber als rechtlich verstandene Aussage dem primären Unionsrecht: Bereits die Prämisse der Aussage, „eine Säkularisierung“ fordere eine „Trennung zwischen öffentlichen Angelegenheiten, die dem politischen Bereich zuzuordnen sind, und ... religiösen Überzeugungen, ... die in die Privatsphäre des Individuums fallen“, weist von ihrer theoretischen Basis in seit langem überwundene Vorstellungswelten des 19. Jahrhunderts zurück. Mit den genannten Grundrechten wäre diese Sichtweise ebensowenig vereinbar wie mit dem Grundsatz der partizipativen Demokratie, zu dem sich die Union im Prozeß der Vertiefung der Integration – im gescheiterten „Verfassungsvertrag“ ebenso wie im nunmehr in Ratifizierung befindlichen „Reformvertrag“ – wiederholt bekannt hat.

III. Institutionelle Kooperation von Staat und Kirche

Die Einwirkungen des Unionsrechts auf die Grundfrage sowie die Modalitäten einer institutionellen Kooperation der Mitgliedstaaten mit den Kirchen und Religionsgemeinschaften sind gering. Von marginalen Bereichen abgesehen vermögen die (Unions-)Grundrechte keine Einwirkungen auf die institutionelle Kooperation zwischen Staat und Kirche in den Mitgliedstaaten zu entfalten. Die bewußte Entscheidung der Kirchenerklärung, den rechtlichen Status der Kirchen nach dem *jeweiligen* mitgliedstaatlichen Staatskirchenrecht nicht zu beeinträchtigen, läßt sich nicht durch eine den Grundrechten beigemessene unitarisierende Wirkung kon-

¹¹⁸ Formal beruhen derartige Erklärungen auf Art. 163 der Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments. Eine materielle Kompetenzgrundlage hingegen ist nicht ersichtlich.

¹¹⁹ Nachw. FN 21.

terkarieren. An dieser Stelle offenbart sich auch aus der unionsrechtlichen Sicht der Charakter des Staatskirchenrechts als institutionelles Recht; eine generelle Uminterpretation jener Materie in grundrechtliche Emanationen findet im Unionsrecht keine Stütze. Doch selbst wenn man diese grundsätzliche Frage anders beantworten wollte, wäre das Ergebnis der ausbleibenden Einwirkungen auf das nationale Recht das gleiche: Die Unionsgrundrechte binden (neben der Union) die Mitgliedstaaten allein bei der Durchführung des Unionsrechts (künftig: Art. 51 Abs. 1 GRCh). Da ihnen keine kompetenzerweiternde Wirkung zukommt (künftig: Art. 51 Abs. 2 GRCh), wären grundrechtliche Implikationen auf das institutionelle Beziehungsgefüge zwischen Staat und Kirche nur dann denkbar, wenn der Union in den relevanten Sachbereichen auch eine entsprechende Kompetenz zur Verfügung stehen würde.

Dies ist, wie im folgenden zu zeigen sein wird, hinsichtlich der grundlegenden Konzeptionen nicht der Fall. Allerdings können sich auch hier mittelbare Einwirkungen allgemeiner, also nicht staatskirchenrechtsspezifischer, Bestimmungen des Unionsrechts ergeben, die indes nur Teil- und Randbereiche betreffen, die jeweiligen mitgliedstaatlichen Mechanismen aber im Kern unberührt lassen. Im Ergebnis ist der Komplex der institutionellen Kooperation im jeweiligen mitgliedstaatlichen Staatskirchenrecht verortet. Das Unionsrecht enthält sich insoweit sowohl materiell-rechtlicher Vorgaben wie es den Mitgliedstaaten auch die Freiheit der Formenwahl beläßt: Je nach den Systementscheidungen des jeweiligen nationalen Rechts kann eine derartige Kooperation mittels des Vertragsschlusses wie der einseitigen staatlichen Regelung im Gesetzeswege erfolgen.

1. Kirchliche Präsenz in staatlichen Einrichtungen

Im Bereich der Bildung ist die Union nur zu Fördermaßnahmen unter Ausschluß jeglicher Harmonisierung befugt¹²⁰. Die Lehrinhalte sowie die Gestaltung des Bildungssystems verbleiben nach der ausdrücklichen Festlegung des EGV in den Verantwortung der Mitgliedstaaten¹²¹. Demnach bemißt sich die Entscheidung, ob und in welchem Umfang der Staat in den Schulen und Universitäten eine institutionelle Kooperation mit den Kirchen unterhält, allein nach dem jeweiligen nationalen Staatskirchenrecht: Die Mitgliedstaaten unterliegen also bei Fragestellungen wie der Einrichtung von Religionsunterricht, seiner Substituierbarkeit durch ein philosophisch-ethisch ausgerichtetes Ersatzfach, dem Schulcharakter und den zu erreichenden Bildungszielen keinen unionsrechtlichen Vorgaben. Gleiches gilt für den Bereich der Universitäten und Hochschulen; ob Fakultäten oder einzelne Lehrstühle für Theologie bestehen sollen, ist einzig nach Maßgabe des nationalen Rechts zu entscheiden.

Mittelbare Einwirkungen können aus allgemeinen sekundärrechtlichen Bestimmungen resultieren. In Betracht kommt dabei insbesondere die Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG. Die (im Ergebnis nicht durchgreifenden) Implikationen auf die sog. konfessionellen Staatsämter – vor allem Religionslehrer und Professoren an den theologischen Fakultäten – wurden bereits erörtert¹²². Ein weiteres, teilweise in Deutschland virulentes Teilproblem betrifft die sog. Konkordatslehrstühle¹²³. Sie werden vielfach als mit Art. 4 Abs. 1 der genannten Richtlinie nicht (mehr) vereinbar eingestuft¹²⁴. Andere, bisweilen in der Literatur ausgemachte Implikationen bestehen hingegen, bei Licht besehen, nicht: Die sog. Studentenrichtlinie von

¹²⁰ Für die Schulen ergibt sich diese Rechtslage unstreitig aus Art. 149 Abs. 4 EGV. Die Frage, ob Universitäten und Hochschulen der allgemeinen (Art. 149 EGV) oder der beruflichen Bildung (Art. 150 EGV) zuzuordnen sind, wird unterschiedlich beurteilt, ist für das Ergebnis aber ohne Bedeutung.

¹²¹ Art. 149 Abs. 1 EGV sowie – ggf. (s. vorherige FN) – Art. 150 Abs. 1 EGV.

¹²² Oben S. 21 f.

¹²³ Hierbei handelt es sich um nicht-theologische Lehrstühle außerhalb der theologischen Fakultäten, in praxi solcher für Philosophie, Gesellschaftswissenschaften und Pädagogik. Hintergrund ist das Bestreben, Lehramtsstudenten für das Fach Religion sowie im Hinblick auf eine Tätigkeit an kirchlichen Privatschulen eine mit den kirchlichen Lehren übereinstimmende Ausbildung zu sichern.

¹²⁴ *Heinig* (FN 83), S. 485; *Vachek* (FN 94), S. 377.

1993¹²⁵ besagt ausschließlich, daß Studenten aus Mitgliedstaaten der Union in einem anderen Mitgliedstaat ein Aufenthaltsrecht zusteht, sofern sie bei einer anerkannten Lehranstalt zum Erwerb einer beruflichen Bildung als Hauptzweck eingeschrieben sind (Art. 1). Die weitergehende Annahme, damit sei Studenten aus dem EU-Ausland ein „nichtdiskriminierende(r) Zugang zur beruflichen Bildung“ gewährleistet und überdies eine „Benachteiligung aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit“ kraft konkordatärer Staatsangehörigkeitsklauseln unzulässig, findet in der Richtlinie keine Stütze¹²⁶.

Hinsichtlich der *übrigen staatlichen Einrichtungen*, an denen systemübergreifend nach mitgliedstaatlichem Recht eine institutionelle Kooperation zwischen Staat und Kirche stattfindet – Strafanstalten, Krankenhäuser, Militär – ermangelt es der Union an jeder Regelungskompetenz. Die Bestimmungen des EUV über die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (Art. 11 ff.) sowie über die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Art. 29 ff.) enthalten Mechanismen der intergouvernementalen Kooperation, ohne aber eine Vereinheitlichung in den zugrundeliegenden Sachmaterien zu intendieren. Infolge der fehlenden Unionskompetenzen vermag insoweit auch das (Unions-)Grundrecht der Religionsfreiheit in seiner leistungsrechtlichen Dimension kein anderes Ergebnis herbeizuführen. Die fehlenden unionsrechtlichen Berührungspunkte sind freilich in Anbetracht der durchgängig im mitgliedstaatlichen Recht stattfindenden Kooperation unschädlich.

2. Funktionale Äquivalente für fehlende Kooperation in der staatlichen Rechtsordnung

Als Kompensat für eine ganz oder teilweise fehlende Kooperation des Staates mit den Kirchen steht systemübergreifend die Institution der Privatschulfreiheit zur Verfügung. Dem nähert sich – wie schon das Regime der Europäischen Menschenrechtskonvention – in jüngerer Zeit auch das Unionsrecht an, das künftig in Art. 14 Abs. 3 GRCh eine ähnliche Regelung vorsieht: Demnach wird die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten (ebenso wie das Elternrecht) „nach den einzelstaatlichen Gesetzen geachtet, welche ihre Ausübung regeln“. Das reale Einwirkungspotential dieser Bestimmungen auf das mitgliedstaatliche Recht dürfte allerdings aus mehreren Gründen eher gering sein.

Zunächst konsolidiert Art. 14 Abs. 3 GRCh die bereits konstatierten systemübergreifenden Gemeinsamkeiten. Tatbestandlich erfaßt die Norm mit der weiten Formulierung „Lehranstalten“ sowohl Schulen als auch Universitäten und Hochschulen. Sie gewährleistet nicht nur deren bloße Gründung sowie deren Betrieb. Implizit sind ihnen auch den jeweiligen öffentlichen Einrichtungen vergleichbare Wirkungsmöglichkeiten verbürgt, also die Berechtigung, mit dem Besuch einer privaten Schule der allgemeinen Schulpflicht zu genügen sowie an einer privaten Universität oder Hochschule einen staatlich anerkannten Abschluß zu erlangen. Andernfalls wäre nicht recht verständlich, weshalb private Einrichtungen ähnlichen Bindungen wie ihre öffentlichen Pendant („unter Achtung der demokratischen Grundsätze“) unterworfen sein sollen. Zudem erweist sich die Privatschulfreiheit nur dann als effektiv, wenn sie grundsätzlich als materielles Surrogat für den Besuch öffentlicher Bildungseinrichtungen zu wirken vermag. Dieser Zusammenhang dürfte gemeint sein, wenn Art. 14 Abs. 3 GRCh für die *Ausübung* der Freiheit auf die einzelstaatlichen Gesetze verweist und damit für den Grundsatz von einem gemeineuropäischen Gehalt ausgeht.

Allerdings dürften von diesem Grundsatz – wie schon im Kontext von Art. 2 Satz 2 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention – keine allzu großen Steuerungswirkungen auf das mitgliedstaatliche Recht ausgehen. Zunächst offenbart sich auch hier das Grundproblem, daß grundrechtliche Gewährleistungen die fehlenden Unionskompetenzen im Bereich der Bildung nicht zu überspielen vermögen. Wesentliche Kollisionslagen zwi-

¹²⁵ Richtlinie 93/96/EWG des Rates vom 29. Oktober 1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten (ABl. EG, Nr. L 317 v. 18.12.1993, S. 59).

¹²⁶ So aber *Vachek* (FN 94), S. 376.

schen Unions- und mitgliedstaatlichem Recht werden schon deshalb nicht auftreten, weil die Freiheit zu Gründung und Betrieb von privaten Schulen, Universitäten und Hochschulen durchweg im nationalen Recht gewährleistet ist. Weitere inhaltliche Vorgaben, welche als Prüfungsmaßstab für letzteres firmieren könnten, stellt Art. 14 Abs. 3 GRCh aber gerade nicht auf, sondern überläßt die nähere Regelung der Ausübung der Freiheit den Mitgliedstaaten. Wie eine Detailanalyse der einzelnen Rechtsordnungen erweist, beantworten erst diese mit ihren Kautelen den „Wert“ der Privatschulfreiheit im jeweiligen System und damit ihre Eignung als funktionales Äquivalent: Die entscheidenden Fragen wie Modalitäten und Verfahren der Anerkennung privater Einrichtungen, Aufsicht durch staatliche Behörden, Kooperation mit den vergleichbaren öffentlichen Einrichtungen und insbesondere der gesamte Komplex der Finanzierung sind vom Unionsrecht her in keiner Weise vorgeprägt. Anders gewendet: Die Mitgliedstaaten verhalten sich bereits dann unionsrechtskonform, wenn sie überhaupt die Gründung und den Betrieb von privaten Bildungseinrichtungen ermöglichen und ihnen grundsätzlich die gleichen Wirkungsmöglichkeiten wie ihren öffentlichen Pendant einräumen.

IV. Finanzierung

1. Finanzierung durch die Mitglieder der Kirchen und Religionsgemeinschaften

Die mitgliederschaftliche Finanzierung der Kirchen als solche wirft keine unionsrechtlichen Fragestellungen auf. Implikationen sind hingegen denkbar, sofern die Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar hieran mitwirken. Dies trifft zum einen auf die verschiedenen Modelle der Einbeziehung der von den Mitgliedern der Kirchen und Religionsgemeinschaften zu erbringenden Leistungen in das staatliche Steuersystem zu. Andererseits erlangt das Unionsrecht Bedeutung, sofern die Mitgliedstaaten an den Umstand, daß die Bürger den Kirchen Mittel zuwenden, rechtliche Vorteile auf dem Gebiet des Steuerrechts knüpfen.

a) Einbeziehung der kirchlichen Mitgliederfinanzierung in das staatliche Steuersystem

In einigen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen sind diejenigen Leistungen, welche die Kirchen von ihren Angehörigen erheben, jedenfalls in Teilbereichen in das staatliche Steuersystem integriert. Prototypisch dafür steht das deutsche Kirchensteuersystem, dem die in den skandinavischen Staaten Dänemark, Finnland und Schweden geltenden Regelungen gleichzustellen sind.

Die unionsrechtlichen Einwirkungen auf das mitgliedstaatliche Steuerrecht sind indes gering: Neben der – bezüglich der Kirchensteuer nicht einschlägigen – Harmonisierungskompetenz der Union im Hinblick auf indirekte Steuern gem. Art. 93 EGV besteht eine allgemeine Rechtsangleichungskompetenz nach Art. 94 EGV. Diese bezieht sich auf die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche sich unmittelbar auf den Gemeinsamen Markt auswirken. Davon sind grundsätzlich auch nationale Bestimmungen über direkte Steuern umfaßt. Indes ermangelt es der Kirchensteuer bzw. vergleichbaren Finanzierungsmechanismen an einem unmittelbaren Marktbezug, weder beeinträchtigen sie die Preisbildung von Waren und Dienstleistungen noch die Grundfreiheiten. Da ihr Aufkommen nicht dem Staat, sondern der berechtigten Kirche zusteht, und ihr Schuldner lediglich die betreffenden Mitglieder sind (welche sich der Verpflichtung zudem durch einen einseitigen Akt entziehen können), ist bereits fraglich, ob die Kirchensteuer in unionsrechtlicher Hinsicht überhaupt eine „Steuer“ darstellt: Unter den Begriff der „Abgabe“ (Art. 25, 90 EGV), bei dem sich in struktureller Hinsicht die gleiche rechtliche Problematik stellt, fallen (schon durch den Wortlaut der Bestimmungen klargestellt) unstreitig nur solche Finanzierungsinstitute, deren Aufkommen dem (Mitglieds-)Staat zukommt.

Bestehen damit keine unmittelbaren unionsrechtlichen Einwirkungen auf mitgliedstaatliche Kirchensteuermodelle, sind gleichwohl mittelbare Auswirkungen vorstellbar: Eine unionsweite Harmonisierung der indirekten Steuern könnte in einzelnen Mitgliedstaaten zu deren Erhö-

hung führen, was wiederum eine Herabsetzung der direkten Steuern zur Folge haben könnte. Eine derartige Umschichtung von den direkten zu den indirekten Steuern würde jedenfalls im geltenden deutschen System – das die Kirchensteuer als Annexsteuer zur Einkommensteuer ausgestaltet – ein sinkendes Aufkommen der Kirchensteuer nach sich ziehen. Hiergegen sind freilich die berechtigten Kirchen ebenso wenig rechtlich gefeit wie gegen allein nach mitgliedstaatlichem Recht erfolgende Veränderungen des Steuersystems.

Nach alledem stellen sich die in einigen Mitgliedstaaten geltenden Kirchensteuermodelle dem Grunde nach als unionsrechtlich unbedenklich dar. Gegen einige Modalitäten der näheren Ausgestaltung – speziell in Deutschland – sind indes vereinzelte Bedenken erhoben worden¹²⁷. Soweit sich diese auf die Wahrnehmung der Aufgabe der Steuererhebung und Steuerverwaltung durch die staatlichen Finanzämter beziehen, sind sie unbegründet. Das betrifft zum einen die Zusammenarbeit zwischen Staat und den kirchensteuerberechtigten Kirchen bei der Schaffung der Erhebungsgrundlagen, zum anderen die Qualifizierung der vom Staat geleisteten Verwaltungshilfe als Beihilfe:

- Die Überlassung der staatlichen Meldedaten, welche auch die Religionszugehörigkeit der Bürger enthalten, an diesen Kreis der Kirchen steht mit dem Unionsrecht jedenfalls im Einklang. Es ließe sich bereits bezweifeln, ob überhaupt der Anwendungsbereich der einzig als Prüfungsmaßstab in Betracht kommenden Datenschutzrichtlinie von 1995¹²⁸ eröffnet ist. Zumindest aber greifen die – im Blick auf das deutsche Kirchensteuersystem hin konzipierten – Ausnahmebestimmungen ein: Eine *kircheninterne* Datenverarbeitung ist als Grundlage eines eigenen Beitragssystems nach Art. 8 Abs. 2 lit. d der Richtlinie ebenso zulässig wie vergleichbare Mechanismen bei Parteien oder Gewerkschaften¹²⁹. Der in den Kirchensteuergesetzen bzw. im Vertragsrecht vorgesehene Datenaustausch zwischen staatlichen und kirchlichen Stellen unterfällt der weiteren Ausnahmenvorschrift des Art. 8 Abs. 4 der Richtlinie. Ob sich das danach erforderliche „wichtige öffentliche Interesse“ schon aus Gründen des deutschen Verfassungsrechts ergibt, kann dahinstehen, da der 35. Erwägungsgrund der Präambel insoweit eine eindeutige Auslegungsmaxime beinhaltet¹³⁰. Auf sie hat sich Deutschland noch im Normgebungsverfahren im Hinblick auf das nationale Kirchensteuersystem explizit berufen¹³¹. Das deutsche Verfahren des Kirchensteuerinzugs entspricht damit den Vorgaben der Datenschutzrichtlinie¹³².
- Dieses Verfahren unterfällt weiter bereits nicht dem Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts des EGV: Weder sind die Kirchen und Religionsgemeinschaften insoweit

¹²⁷ Vachek (FN 94), S. 348 ff., 372.

¹²⁸ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. EG, Nr. L 281 v. 23.11.1995, S. 31).

¹²⁹ Letztlich regelt die Ausnahmebestimmung nur eine Selbstverständlichkeit: Daß öffentliche, aber nicht-staatliche Institutionen wie Parteien, Gewerkschaften und Kirchen Mitgliederlisten und -dateien führen dürfen (und dabei notwendigerweise „personenbezogene Daten, aus denen ... politische Meinungen, religiöse .. Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen“ verarbeiten), ist die logische Konsequenz aus ihrem Bestehen und ihrer Tätigkeit. Inwieweit darin ein Bezug zum (wirtschafts- und binnenmarktbezogenen) Anwendungsbereich der Richtlinie liegen soll, ist um so weniger zu sehen, als Art. 8 Abs. 2 lit. d der Richtlinie 95/46/EG nur solche Institutionen erfaßt, die keinen Erwerbszweck verfolgen. Im Hinblick auf Parteien und Gewerkschaften hat die Frage denn auch keinerlei Diskussion ausgelöst.

¹³⁰ „Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch staatliche Stellen für verfassungsrechtlich oder völkerrechtlich niedergelegte Zwecke von staatlich anerkannten Religionsgesellschaften erfolgt ebenfalls im Hinblick auf ein wichtiges öffentliches Interesse.“

¹³¹ Protokollerklärung der deutschen Delegation im Ministerrat, Dokument 12148/94 ECO 295 v. 16. Dezember 1994: „Die deutsche Delegation erklärt, daß die Verarbeitung von Daten, die zur Erhebung von Steuern notwendig ist, welche nach dem deutschen Grundgesetz zur Finanzierung der Kirchen beitragen sollen, wegen wichtigen öffentlichen Interesses erfolgt und daher dem Art. 8 Abs. 3 [= Abs. 4 n.F., S.M.] unterliegt.“

¹³² Heinig (FN 83), S. 457 f.

„Unternehmen“ i.S.d. Art. 81 ff. EGV, noch stellt die staatliche Leistung infolge der von den Kirchen entrichteten Vergütung eine „Begünstigung“ i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EGV dar¹³³. Damit fehlt es dem gesamten Vorgang an beihilferechtlicher Relevanz.

Auch die Einbeziehung der privaten Arbeitgeber als Verwaltungshelfer in das Verfahren der Steuererhebung hat vor dem Unionsrecht Bestand. Die auf das (den Grundfreiheiten entnommene) allgemeine Beschränkungsverbot gestützten Bedenken gegen die gesetzliche Pflicht jedenfalls des ausländischen Arbeitgebers, beim Steuerpflichtigen die Kirchensteuer einzubehalten und an das staatliche Finanzamt weiterzuleiten¹³⁴, greifen nicht durch: Es ist bereits nicht ersichtlich, worin in jener – gegenüber dem Staat, nicht etwa der steuerberechtigten Kirche bestehenden – Gesetzespflicht eine relevante „Beschränkung“ liegen soll. Im (hier einschlägigen) Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EGV setzt dies voraus, daß eine mitgliedstaatliche Rechtsvorschrift geeignet ist, die Ausübung der Grundfreiheit zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen¹³⁵. Unabhängig davon, ob man den Begriff der „Beschränkung“ eng oder weit versteht, liegt eine solche jedenfalls dann nicht vor, wenn eine nationale Vorschrift weder unmittelbar noch mittelbar an die Staatsangehörigkeit anknüpft, also Inländer und EU-Ausländer sowohl tatbestandlich wie in den Auswirkungen in gleicher Weise betrifft. So verhält es sich bei der gesetzlichen Verpflichtung des Arbeitgebers, die Lohn- bzw. Einkommensteuer und, als Annex hierzu, die Kirchensteuer vom Einkommen des Arbeitnehmers einzubehalten und an das Finanzamt abzuführen. Weder in der generellen Einbeziehung des Arbeitgebers noch in der Verpflichtung, eine *bestimmte* Steuer einzuziehen, liegt für einen ausländischen Arbeitgeber ein Hemmnis, in Deutschland eine selbständige berufliche Tätigkeit auszuüben. Schon deshalb bedarf es – ebenso wenig wie beim deutschen Arbeitgeber – auch keiner „kompensatorischen“ Aufwandsentschädigung¹³⁶. Zu einer solchen wäre, unter der Voraussetzung eines meßbaren Mehraufwands für den Arbeitgeber, ohnedies allenfalls der *Staat* verpflichtet, dem gegenüber die gesetzliche Verpflichtung besteht.

b) Steuerrechtliche Vergünstigungen für Zuwendungen an Kirchen

Daß die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen positive Rechtsfolgen an den Umstand knüpfen, daß Bürger gegenüber Kirchen finanzielle Zuwendungen tätigen, ist per se unionsrechtlich unbedenklich. Vereinzelt wurden hingegen Vorbehalte gegen die Beschränkung derartiger Vergünstigungen auf Zuwendungen zugunsten inländischer Institutionen artikuliert: Daß in Deutschland tätige Arbeitnehmer aus dem EU-Ausland nur eine Unterstützung deutscher, nicht aber ihrer ausländischen Kirchen steuermindernd geltend machen können, benachteilige sie gegenüber Deutschen und stelle „demnach einen Verstoß gegen das allgemeine Beschränkungsverbot“ dar¹³⁷.

Daran ist im Ausgangspunkt zutreffend, daß (inzwischen) auch im Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 39 EGV ein Beschränkungsverbot anerkannt ist¹³⁸. Wie bereits bei der Niederlassungsfreiheit bedarf es indes der Klärung seiner Reichweite: Unbestritten ist, daß nicht jede auch mittelbar und potentiell wirkende nationale Rechtsvorschrift einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Grundfreiheit des Art. 39 EGV darstellt. Von besonderer Bedeutung ist dies in den Materien, die unverändert in der alleinigen Verantwortung der Mitgliedstaaten verblieben sind. So gewiß die Mitgliedstaaten auf der einen Seite ihre Kompetenzen unter Wahrung des Unionsrechts auszuüben haben, so wenig vermag der Rekurs auf die Grundfreiheiten eine Harmonisierung herbeizuführen, die das Kompetenzge-

¹³³ Heinig, ebd., S. 463.

¹³⁴ Vachek (FN 94), S. 348 ff.

¹³⁵ EuGH, Slg. 2002, I-305, Tz. 22 – *Kommission/Italien*; Slg. 1993, I-1663, Tz. 32 – *Kraus*.

¹³⁶ So aber Vachek (FN 94).

¹³⁷ So Vachek (FN 94), S. 353 f.

¹³⁸ Grundlegend zur Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH, Slg. 1995, I-4921, Tz. 94 ff. – *Bosman*.

füge des EGV gerade nicht vorsieht. Diese Überlegungen lassen sich mit der einschränkenden Auslegung des „Beschränkungs“-Begriffs des EuGH verbinden: Eine solche liegt demnach nur dann vor, wenn eine nationale Regelung einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates daran hindert oder davon abhält, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen. Ob dies der Fall ist, bemißt sich nach feststellbaren Wahrscheinlichkeitskriterien; „ungewiß und indirekt“ wirkende Beeinträchtigungen sind noch keine relevanten „Beschränkungen“¹³⁹. Als Faustformel läßt sich festhalten, daß nur solche mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften dem Beschränkungsverbot unterfallen, die geeignet sind, in spezifischer Weise Unionsbürger an der Aufnahme eines Berufes in einem anderen Mitgliedstaat zu hindern.

Eine derartige Wirkung kommt der Beschränkung der steuerlichen Absetzbarkeit von Zuwendungen auf inländische Kirchen nicht einmal bei theoretischer Betrachtung zu¹⁴⁰. Die Entscheidung, in einem anderen Mitgliedstaat eine berufliche Tätigkeit aufzunehmen, hängt von wesentlich elementarerem Faktoren¹⁴¹ als steuerrechtlichen Marginalien ab. Davon abgesehen, ließe sich eine angenommene Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit unschwer aus dem Prinzip der steuerlichen Kohärenz rechtfertigen¹⁴²: Jene Regelungen stehen im Kontext des kompetentiell bei den Mitgliedstaaten verbliebenen Gemeinnützigkeitsrechts. Diese lassen sich von der Überlegung leiten, daß der Staat auf einen Teil seines Steueranspruchs gegen den Bürger verzichtet, wenn dieser durch seine Zuwendungen an Organisationen des Gemeinwohls den Staat (indirekt) entlastet. Die steuerrechtliche Begünstigung von Gemeinwohlbelangen in *anderen* Mitgliedstaaten würde diesen Zusammenhang aufheben: Zwar könnten rechts-, insbesondere integrationspolitische Erwägungen einen gewissermaßen europäisierten Gemeinwohlbegriff tragen, über ihn zu entscheiden, bleibt indes Angelegenheit der Mitgliedstaaten.

2. Finanzierung durch staatliche Zuwendungen

Zuwendungen der öffentlichen Hand an nicht-staatliche Rechtssubjekte werfen aus der Sicht des Unionsrechts die Frage nach ihrer Vereinbarkeit mit dem Beihilfenregime der Art. 87 ff. EGV auf. Derartige Überlegungen werden vereinzelt auch im Hinblick auf die den Kirchen gewährten Zuschüsse angestellt. Dabei ist, da der Terminus „Zuwendungen“ lediglich einen unspezifizierten Oberbegriff darstellt, sowohl nach dem Empfänger wie nach dem Rechtsgrund der staatlichen Leistung zu differenzieren:

- Die Staatsleistungen i.e.S., wie sie in Deutschland sowie in Spanien erbracht werden, unterfallen aus mehreren Gründen nicht dem Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts des EGV. Deren Empfänger sind die Kirchen als solche, deren Tätigkeit wirtschaftsirrelevant ist und die somit schon nicht als „Unternehmer“ i.S.d. Art. 81 Abs. 1 EGV zu qualifizieren sind. Mangels Begünstigung liegt auch keine Beihilfe i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EGV vor, da (jedenfalls gegenwärtig) den staatlichen Leistungen von den Kirchen – in Gestalt von umfangreichen Konfiskationen in der Vergangenheit¹⁴³ – erbrachte Gegenleistungen gegenüberstehen¹⁴⁴.
- Die gleichen Erwägungen gelten für einen Großteil der staatlichen Zuschüsse für Kirchenbauten: Wiederum fehlt es durchweg am „Unternehmens“-Charakter der bedachten

¹³⁹ EuGH, Slg. 2000, I-495, Tz. 23 ff. – *Graf*.

¹⁴⁰ Die gegenteilige Auffassung ließe sich nur mit dem uferlosen „Beschränkungs“-Begriff begründen, die der EuGH im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit früher vertreten (grundlegend EuGH, Slg. 1974, 837, Tz. 5 – *Dasonville*), dann aber ausdrücklich aufgegeben hat (EuGH, Slg. 1993, I-6097, insbes. Tz. 14 ff. – *Keck*).

¹⁴¹ Etwa von der Höhe der zu leistenden Sozialversicherungsbeiträge, dazu EuGH, Slg. 1999, I-345 – *Terhoeve*.

¹⁴² Grundlegend in der Rspr. EuGH, Slg. 1992, I-249, Tz. 21 ff. – *Bachmann*, sowie EuGH, Slg. 1992, I-305 – *Kommission/Belgien*.

¹⁴³ Dazu Mückl (FN 4), S. 304, 374.

¹⁴⁴ *Robbers* (FN 26), S. 315 (332); *Heinig* (FN 83), S. 488.

Kirchen. Teilweise stellt sich auch hier die Übernahme von Baulasten als Kompensat für kirchliche „Vorleistungen“ durch zurückliegende Enteignungen dar – so vor allem in Frankreich¹⁴⁵, aber auch in Deutschland. Daß in allen Rechtsordnungen der Staat im Rahmen der Denkmalpflege für Kirchengebäude Leistungen erbringt, wäre – selbst wenn tatbestandlich eine Beihilfe vorläge – ein klassischer Anwendungsfall einer nach Art. 87 Abs. 3 lit. d EGV zulässigen Kulturbeihilfe.

- Ebenfalls kein Anwendungsfall des unionsrechtlichen Beihilfenregimes sind die in allen Rechtsordnungen anzutreffenden staatlichen Subventionen an (kirchliche) Privatschulen. Deren Rechtsträger sind wiederum mangels ausgeübter wirtschaftlicher Tätigkeit keine Unternehmen: Nach der – die vorgängige Rechtsprechung des EuGH bekräftigenden – Mitteilung der Kommission zu den „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ sind „Dienstleistungen im Zusammenhang mit nationalen Bildungssystemen“ explizit vom Anwendungsbereich der Art. 81 ff. EGV ausgenommen.
- Der Sache nach rechnet auch der in Spanien wie in Italien geltende Finanzierungsmechanismus, bestimmten Kirchen und Religionsgemeinschaften nach Maßgabe der Erklärung des Steuerpflichtigen einen Teil des dem Staat zustehenden Steueraufkommens zur Verfügung zu stellen¹⁴⁶, zum Modell der Finanzierung durch staatliche Zuwendungen. Auch hier ergeben sich keine unionsrechtlichen Friktionen: Infolge der fehlenden „Unternehmens“-Eigenschaft der Kirchen kommt das Beihilfenregime nicht zur Anwendung, die – vertraglich präformierte – Ausgestaltung des jeweiligen Einkommensteuerrechts liegt außerhalb der Kompetenzen der Union.

¹⁴⁵ Näher Mückl (FN 4), S. 210 ff.

¹⁴⁶ S. Heiner Marré, Die Systeme der Kirchenfinanzierung in Ländern der Europäischen Union und in den USA, ZevKR 42 (1997), 338 (351 f.).

C. Vertiefende Literatur

Frhr. von Campenhausen, Axel/de Wall, Heinrich, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006

Mückl, Stefan, Europäisierung des Staatskirchenrechts, 2005

Robbers, Gerhard (Hrsg.), Staat und Kirche in der Europäischen Union, 2. Aufl. 2005

Söbbeke-Krajewski, Markus, Der religionsrechtliche Acquis Communautaire der Europäischen Union, 2006

Walter, Christian, Religionsverfassungsrecht, 2006

Weiler, Joseph H. H.: Ein christliches Europa. Erkundungsgänge, 2004

Abkürzungen der juristischen Fachausdrücke:

ABl.	Amtsblatt
AEUV	(künftiger) Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
BGBI	Bundesgesetzblatt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BVerfG (Band, Seite)
DR	Decisions and Reports/Décisions et Rapports (Sammlung der Entscheidungen der Europäischen Kommission für Menschenrechte)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EGV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGH, Slg.	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des EuGH (Jahrgang, Seite)
EUV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Union
FS	Festschrift
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Grundrechte-Charta)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.M.	herrschende Meinung
HStR	Handbuch des Staatsrechts (hrsg. von Josef Isensee und Paul Kirchhof)
i.d.F.d.B.v.	in der Fassung der Bekanntmachung vom
JZ	Juristenzeitung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
SGB	Sozialgesetzbuch
UAbs.	Unterabsatz
VgV	Vergabeverordnung