

Die Stellung der Orden in Staat und Kirche *

Von Bernward Hegemann OP, Köln

A. GRUNDSÄTZLICHE AUSFÜHRUNGEN

Wie sind die katholischen Orden rechtlich in den Gesamtorganismus der Kirche eingegliedert; inwieweit üben die Orden als Teil der Kirche hoheitliche Tätigkeiten aus, die ihnen damit vorbehalten und eigentümlich sind?

1. Der Kirchenbegriff nach Art. 140 GG = Art. 137 WRV

Das Grundgesetz kennt nur die Bezeichnung „Religionsgesellschaften“, welche im deutschen Staatskirchenrecht zum Ober- und Sammelbegriff sowohl für altkorporierte Verbände (das sind Kirchen und Religionsgemeinschaften) wie für neukorporierte Religionsgesellschaften wurde.

Unbestritten gehören die evangelische und die katholische Kirche zu den Religionsgesellschaften, von denen in Art. 137 WRV die Rede ist und denen die Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts (KöR) von der Verfassung her zuerkannt und grundgesetzlich garantiert sind.

Ob auf die Kirchen als KöR der Körperschaftsbegriff im verwaltungsrechtlichen Sinne nicht nur formal, sondern auch materiell anwendbar ist oder nicht, darüber gibt es unterschiedliche Autorenmeinungen. Einige sagen, die Kirchen sind KöR sui generis, wobei die Qualität einer KöR die juristische Form für den öffentlichen Status darstelle; andere verstehen die kirchliche KöR als eine Summe von Befugnissen und Fähigkeiten öffentlich-rechtlicher Art. Dabei gibt es Kernbefugnisse, die der Staat nicht aufheben kann, und andere, die auf dem Wege der einfachen Gesetzgebung staatlicherseits neu zuerkannt, geändert oder aberkannt werden können.

Die Einzelausstattung der Rechtsstellung der Kirchen als öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften bleibt auch nach dem Grundgesetz dem einfachen Landesgesetzgeber überlassen.

Jedenfalls stimmen alle Autoren darin überein, daß der Inhalt wie der Umfang der öffentlich-rechtlichen Befugnisse und Fähigkeiten der Kirchen als öffentliche Korporationen dem älteren Recht zu entnehmen sind.

2. Der von der Rechtsgeschichte her zu bestimmende Inhalt der öffentlichen Korporationsqualität der Kirchen.

Im Zeitalter des absolutistischen Staatskirchenrechts hatten die Kirchen Aufgaben zu erfüllen, die — zumindest auch — im Interesse des Staates

* Diese grundsätzlichen Ausführungen berühren verschiedene Aspekte, vornehmlich aber das Mehrwertsteuerrecht.

lagen. Darüber hinaus hat der Staat den Kirchen durch Gesetze oder landesherrliche Verfügungen Rechte, Pflichten und Aufgaben übertragen, deren Ausübung sie zu Trägern der mittelbaren Staatsverwaltung machte. In dieser Zeit waren die Kirchen nicht nur toleriert, sondern rezipiert und so integriert, daß sie ihre Eigentätigkeit kraft Eigenrechts ausübten.

Um den heutigen Rechtsstand zu umschreiben, muß man auf die Bestimmungen des ALR, auf das Bayerische Religionsedikt von 1809/1818, auf die Preußische Verfassungsurkunde von 1850 oder auf das Oldenburgische Staatsgrundgesetz von 1852 rekurrieren, wobei diese Gesetze ihrerseits wiederum alte, bestehende Rechtsverhältnisse ordneten. Die hier beispielhaft zitierten Staatskirchengesetze haben andererseits keine statischen Verhältnisse geschaffen, es folgten eine Reihe von Gesetzen, Erlassen und Verträgen, die von sich aus wieder Recht begründeten.

Die Summe der Rechte der kirchlich-öffentlichen Körperschaften kann also nicht wie aus einem einfachen Prinzip abgeleitet werden. Sie ist nur aus dem geschriebenen und dem ungeschriebenen Recht (= Gewohnheitsrecht) erfahrbar, wobei zu beachten ist, daß bis heute der Kultusbereich noch Sache der Ländergesetzgebung ist. Es hat auf diesem Gebiete nie ein einheitliches Bundesrecht existiert. Generell kann man nur sagen, daß die Kirchen einen öffentlich-rechtlichen Status besitzen. Die bekannte staatskirchenrechtliche Literatur ist allgemeiner Art, detaillierte Abhandlungen, die speziell zu diesem Problem Stellung nehmen, liegen nicht vor. Erst das UStG 1967 zwingt dazu, den Sachverhalt zu erforschen.

Wie schwierig der allgemeine Ausgangspunkt ist, soll durch einige Zitationen aus dem ALR (2. Teil, 11. Titel „Von den Rechten und Pflichten der Kirchen und geistlichen Gesellschaften“) belegt werden:

- § 10 Wohl aber können mehrere Einwohner des Staates, zu Religionsübungen sich verbinden.
- § 11 Religionsgesellschaften, welche sich zur öffentlichen Feier des Gottesdienstes verbunden haben, werden Kirchengesellschaften genannt.
Nota: Der Preußische Verfassungsartikel 13 unterscheidet abweichend zwischen Religions- und geistlichen Gesellschaften.
- § 12 Diejenigen, welche zu gewissen anderen besonderen Religionsübungen vereinigt sind, führen den Namen der geistlichen Gesellschaften.
Nota: Der Begriff der geistlichen Gesellschaften wird in § 939 definiert.
- § 17 Die vom Staat ausdrücklich aufgenommenen Kirchengesellschaften haben die Rechte privilegierter Korporationen.
Nota: Dazu gehören die geistlichen Gesellschaften, wie Stifte, Klöster und Orden.
Ausdrücklich aufgenommen sind die evangelische Landeskirche und die katholische Kirche.

§ 18 Die von ihnen zur Ausübung ihres Gottesdienstes gewidmeten Gebäude werden Kirchen genannt, und sind als privilegierte Gebäude des Staates anzusehen.

Nota: D. h.: Als öffentliche Sachen. Als solche sind sie dem Privateigentum entzogen, obwohl im Eigentum der Kirchen.

§ 58 Die Kirchengesellschaft besteht aus geistlichen und weltlichen Mitgliedern.

Es wird hier schon deutlich, daß die Orden (= geistliche Gesellschaften) als Bestandteil der Kirche verstanden werden, zumal die Untertitel (= Abschnitte zu Titel 11) in dieser Reihenfolge wie folgt lauten: Von den Parochien, von geistlichen Gesellschaften überhaupt, von katholischen Domstiften und Kapiteln, von Klostersgesellschaften, von weltgeistlichen Canonicis, von Mönchen und Ordensleuten und schließlich von protestantischen Stiften, Klöstern, Ritterorden und deren Mitgliedern. — Beachtenswert ist, daß in den älteren Textsammlungen zum ALR an dieser Stelle die späteren Gesetze der Preußen-Könige über die Kirchenverfassung der evangelischen Landeskirche und über die Circumscription der katholischen Bistümer und deren Vermögensverwaltung eingeschoben werden.

3. Die Organisation und rechtliche Struktur der Kirche

Die evangelische Kirche ist rechtlich anders strukturiert und organisiert als die katholische Kirche.

Die evangelische Kirche in Deutschland (EKD) ist der jüngste und durchaus vorläufige Versuch, in einem Bund von lutherischen, reformierten und unierten Kirchen (Landeskirchen) die bestehende Gemeinschaft der evangelischen Christenheit sichtbar zu machen. Die EKD ist also keine „Kirche“, sondern nur ein Bund von Kirchen. Die evangelische Kirche in Deutschland besteht nur aus Landeskirchen, im Hinblick auf den EKD auch Gliedkirchen genannt, deren es z. Z. 28 gibt.

Neben der „Inneren Mission“ als kircheneigener Einrichtung besitzt zwar die evangelische Kirche eine Reihe von Organisationen, die aber alle als kirchliche Vereine (voll vergleichbar den katholischen kirchlichen Vereinen, wie Kolpingwerk) zu bezeichnen sind. Grundsätzlich kennt aber die evangelische Kirchen keine Orden.

Die katholische Kirche dagegen ist eine universale Institution. Die tragenden Grundpfeiler der Kirchenverfassung sind der Papst als Nachfolger Petri und der Episkopat. Damit ist zugleich das in der katholischen Kirche waltende hierarchische Ordnungsprinzip angesprochen. Hierarchie besagt (stufenweise) Teilhabe an der Kirchen-, Weihe- und Leitungsgewalt.

Die geordnete Führung des Gottesvolkes erfordert eine klare Abgrenzung der Führungsbereiche. Diese Abgrenzung erfolgt grundsätzlich auf

territorialer Grundlage. Unter diesem Aspekt ist die Kirche aufgegliedert in Ortskirchen (= Bistümer), diese wieder in Pfarreien.

Das Territorialprinzip wird allerdings zugunsten von auf personaler Grundlage gebildeten Gemeinschaften durchbrochen. Im weltgeistlichen Bereich geschieht das durch die sogenannten Personalpfarren (Pfarreien für bestimmte Personen, wie Soldaten, für Angehörige bestimmter Nationalitäten, für Anstalten usw.), im klösterlichen Bereich sind das die Orden, Kongregationen, Genossenschaften und Säkularinstitute, deren Mitglieder (auch Religiösen genannt) entweder Laien oder Kleriker sind. Die Religiösen haben die gleichen Verpflichtungen wie die weltgeistlichen Kleriker und weitere, die ihnen von der kirchlichen Autorität zur Auflage gemacht werden. Die Klosteroberen haben an der kirchlichen Gewalt Teil, die Höheren Oberen sind Ordinarii und damit kirchliche Hoheitsträger. In priesterlichen Verbänden besitzen die Oberen und die Kapitel kraft kirchlichen Verfassungsrechts auch Jurisdiktion.

Die einzelnen Ordensgemeinschaften, in sich hierarchisch strukturiert, sind in verschiedener Weise der allgemeinen kirchlichen Hierarchie verbunden und ihr unterstellt. Wie die Bischöfe mit ihren Diözesen unterstehen die Orden dem Papst als oberstem Hirten und Lenker der Kirche. In allen äußeren seelsorglich-pastoral-caritativen und educativen Aktivitäten unterstehen die Ordensgemeinschaften als Verbände wie auch die einzelnen Mitglieder dem Diözesanbischof. Auch in bestimmten klosterinternen Belangen unterstehen sie dem bischöflichen Oberhirten. Ansonsten sind die Ordensgemeinschaften der Jurisdiktion entweder des Diözesanbischofs oder des Heiligen Stuhls oder des Bischofs zusammen mit dem Heiligen Stuhl unterstellt. Das drückt sich in der Unterscheidung: Ordensgemeinschaften Bischöflichen und Päpstlichen Rechts aus.

Wie die evangelische verfügt auch die katholische Kirche über eine Anzahl von Organisationen, wie Tertiarengemeinschaften, Bruderschaften und sogenannte religiöse Vereine (im eigentlichen Sinne). Diese werden durch das kirchliche Vereinsrecht des CIC normiert. Zu den bedeutenden kirchlichen Vereinen gehören z. B. das Kolpingswerk, die KAB, die katholischen Jugendorganisationen, die anderen Standesorganisationen und auch der Caritas-Verband. — Die katholischen Orden zählen also nicht zu diesen Organisationen der katholischen Kirche. Sie gehören vielmehr zu den verfassungsrechtlich konstituierten Gliedgemeinschaften der Kirche. Das Ordensrecht ist eine Pars des konstitutionellen Rechtsteils des CIC, der die hierarchische Struktur, die verschiedenen Ämter und Gewalten und ihre Partizipation daran festlegt.

Die einzelnen Ordensgemeinschaften unterscheiden sich voneinander durch ihr spezifisches, ihnen eigentümlich seiendes Tätigkeitsziel. Keine Kongregation kann gegründet werden, ohne daß ein *finis certus et proprius* nachgewiesen wird. Ein allgemeines Ziel: Alle Werke der Frömmigkeit

und der Caritas genügen nicht. Ferner muß das Gründungsziel einer kirchlichen Notwendigkeit oder Aufgabe entsprechen. Anders als bei kirchlichen Vereinen — hier genügt die Zustimmung des Diözesanbischofs — werden Ordensfamilien nur durch einen kirchlichen Hoheitsakt begründet. In dem betreffenden Errichtungsdekret wird das konkrete Ordensziel konfirmiert, die Eingliederung in die Hierarchie festgelegt und die Anteilnahme an der kirchlichen Gewalt umschrieben. Damit erhalten diese Ordensgemeinschaften und ihre Mitglieder den kirchlich-hoheitlichen Auftrag, das diesbezügliche Recht und die entsprechende Pflicht, im Namen der Kirche öffentlichen Gottsdienst zu vollziehen, Seelsorgs- und Missions-tätigkeit auszuüben und Werke des tätigen Apostolats zu verrichten. Die institutionalisierte Ausübung der sog. Werke der geistigen und leiblichen Barmherzigkeit (d. h.: des tätigen Apostolats, wie Krankenpflege, Unterricht und Erziehung) ist praktischer Ausdruck und Zeugnis des christlichen Glaubenslebens und damit zugleich Medium der kirchlichen Verkündigung.

4. Die hoheitliche Tätigkeit der Kirche

Daß die Kirche öffentlich-rechtliche Aufgaben erfüllt ist unbestritten. Ob sie damit Hoheitsrechte gleich den staatlichen Körperschaften besitzt, ob sie sich zur Durchführung ihrer Aufgaben hoheitlicher Mittel bedient — alles im verwaltungsrechtlichen Sinne verstanden — kann nur vom materiellen Korporationsbegriff abgeleitet werden. Es genügt nicht die Betrachtung institutioneller Merkmale, es ist auch die funktionelle Seite mit einzubeziehen. Anders als bei den naturwüchsigen oder erst geschaffenen staatlichen Körperschaften, deren Rechte stets abgeleiteter Natur sind, ist der Kirche eine vom Staat unabhängige, vorgegebene Herrschaftsgewalt immanent, die sich z. B. in der Gesetzgebungs-, Befehls-, Disziplinar- und Zuchtgewalt äußert. Wie bei staatlichen Körperschaften pflegt man zwar auch bei Kirchen von Autonomie zu sprechen, aber ihre Erklärung als KöR hat nicht konstitutive, sondern nur deklaratorische Bedeutung, ist nicht Verleihung, sondern Anerkennung dieser kirchlichen Herrschafts- und damit Gesetzgebungsgewalt für den Bereich des Staates. Diese Autonomie ist verfassungsrechtlich garantierte Realität, sie manifestiert einen Komplex hoheitlicher Rechte, ihre Ausübung stellt hoheitliche Tätigkeit dar. (Deshalb sind die Geistlichen der Kirchen öffentlich, aber nicht [mittelbare] Staatsbeamte). Hinzu kommen die delegierten Hoheitsrechte des Staates, wie z. B. das Besteuerungsrecht, das wirklich als „autonomes Recht“ i. e. S. bezeichnet werden kann. Darüber hinaus wird die Kirche — durch das heutige Kirchenverständnis im Sinne einer Partnerschaft und Zuordnung — zur Erfüllung von staatlichen Aufgaben herangezogen.

Auch die heutigen rein staatlichen KöR lassen sich nur materiell-rechtlich oder funktional beschreiben. Auch das Verwaltungsrecht kann ihr ge-

schichtliches Entstehen und Wachsen nicht ignorieren. Man denke nur an die öffentlich-rechtlichen Sparkassen, an das ZdF, an die Stiftung Volkswagenwerk. Die Rechtslehre schreibt den öffentlichen Korporationen bestimmte Merkmale zu, wie Autonomie, Disziplinarrecht, vorbehaltliche und eigentümliche Aufgabenstellung, Annahmезwang, Durchsetzungszwang, Beurkundungs- und Siegelrecht, Staatsaufsicht, Finanzhoheit und Zwangsmitgliedschaft usw. Diese sind aber nicht essentieller, sondern nur akzidenteller Natur. Auch stehen Hoheitsrechte und Staatsaufsicht in keinem Korrelationsverhältnis zueinander, sie sind vielmehr beide die voneinander unabhängigen Folgen des besonderen in der Aufgabenstellung begründeten Verhältnisses, sie sind nicht ein Essentiale der öffentlichen Körperschaft, sondern lediglich akzessorischer Natur.

Setzt man diesen Sachverhalt in Relation zu den kirchlichen Körperschaften öffentlicher Rechtsnatur, dann sind die staatlichen und die kirchlichen Korporationen seinsgleich. Sie unterscheiden sich nur dadurch, daß die staatlichen KöR ihre Aufgaben im Interesse und im Auftrag des Staates in Unterordnung unter ihn erfüllen; während die Kirche zwar auch im Interesse des Staates wirkt, aus der Anerkennung ihres Status publicus durch den Staat erlangt sie aber nicht ihre Rechtsqualifikation. Ihr eigenständiges Rechtssein ist vielmehr vorgegeben und konstitutiv für eben den Status publicus, der staatlicherseits in den Körperschaftsrechten seinen äquivalenten Ausdruck findet.

Aus der Qualifikation der Kirchen als KöR schließt das Bundesverfassungsgericht, daß die Betätigung kirchlicher Gewalt Ausübung der öffentlichen Gewalt sei. Denn der Begriff der öffentlichen Gewalt umschließt an sich staatliche und kirchliche Gewalt. Auch wenn man die öffentliche Gewalt eingeschränkt im Sinne der nur staatlichen oder mittelbar staatlichen Gewalt versteht, so üben mittelbar staatliche Gewalt die Kirchen in den Fällen aus, in denen sie die vom Staat verliehenen Befugnisse ausüben oder soweit ihre Maßnahmen den kirchlichen Bereich überschreiten oder in den staatlichen Bereich hineinreichen. Auch wenn man voll realisiert, daß die Rechtsbereiche von Staat und Kirche zwar kommunikationsfähig aber doch grundsätzlich geschieden sind, so folgt eigentlich nur das daraus, daß die beiden Begriffe öffentliche Gewalt und öffentliches Recht ambivalent und nur im weiteren Sinne zu verstehen sind. Allerdings agiert nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nach wie vor das Steuerrecht mit den Begriffen „öffentliche Gewalt“ und „öffentliche Aufgaben“ gerade im Hinblick auf den der Selbstbestimmung und Eigenrechtsmacht unterliegenden Kernbereich kirchlichen Handelns.

Wie kurios die Dinge auch heute noch liegen, soll an zwei Beispielen demonstriert werden: Obgleich seit Weimar die Staatsaufsicht über die Kirchen abgeschafft ist, gilt auch heute noch im Bereich des ehemaligen Lan-

des Preußen das Vermögensverwaltungsgesetz von 1924. Ebenso existieren in fast allen Bundesländern noch Kultus-Ministerien. Aber Kultus hat nichts mit Kultur zu tun, das Wort „Kultus“ ist ein Synonym für Religion.

5. Die Orden unter staatskirchenrechlichem Aspekt

Die Orden sind auch heute noch fast ausschließlich auf den Gebieten der Wissenschaft, der Seelsorge, der Erziehung, des Unterrichts und der Krankenpflege tätig. Im Moment ihrer Gründung waren sie immer seins- und zweckgerichtete Antwort auf Notwendigkeiten und Notstände, die entweder in der Kirche herrschten, bei den Gläubigen zu finden waren oder das Allgemeinwohl beeinträchtigten. Das gesamte Bildungs- und Erziehungswesen wie auch die Krankenversorgung waren bis in die Neuzeit hinein eine terra vacua. Die Kirche als *societas perfecta* neben dem Staat griff hier ein. Sie hat von ihrem göttlichen Ursprung her den Auftrag, die Menschen zu gesamt-menschlich-vollendeten Persönlichkeiten heranzubilden. Die Orden übernahmen die konkrete Verwirklichung dieser Aufgaben zugleich aus der Verpflichtung der Gottes- und Nächstenliebe heraus. Wo sich der Staat im Mittelalter auf diesem Gebiet durch seine Herrscher betätigte, war es mehr ein Mäzenatentum (z. B. Gründung von Universitäten). Erst als der Staat in den späteren Jahrhunderten mehr und mehr erkannte, welchen Einfluß er über das Schulwesen auf den Staatsbürger ausüben konnte, erklärte er wachsend das Schulwesen zu „seiner Sache“. Eine ähnliche Entwicklung ist auf dem Gebiet des Erziehungswesens festzustellen, die allerdings noch nicht so weit wie im Unterrichtswesen gediehen ist, wo Autoren bereits von einem „Schulmonopol“ des Staates sprechen. Aber auch das existiert nicht, Ersatz- und Privatschulen sind verfassungsrechtlich durch Art. 7 GG garantiert.

Auch die Tätigkeit der klassischen Mönchsorden war für den Staat interessant: Sie gehörten zu den großen Kultivatoren der deutschen Landschaft, ihre Landwirtschaften waren „Musterfarmen“, ihre Betriebe „Lehrgüter“.

Die Seelsorgsorden sind nicht nur so etwas wie der „verlängerte Arm“ der Kirche, sondern ihre Tätigkeit ist Eigentätigkeit der Kirche selbst.

In Deutschland waren alle Orden und Klöster mit ihrer kirchlichen Gründung nach dem gemeinen Recht auch für den Staat existent. Es gab keinen Unterschied zwischen staatlicher und kirchlicher Rechtspersönlichkeit. Zwar setzte es sich in der staatsabsolutistischen Ära weitgehend durch, daß Klostergründungen der landesherrlichen Genehmigung bedurften, aber mit der Genehmigung war die Rechtsfähigkeit ohne weiteres gegeben. Das Preußische Allgemeine Landrecht (1794) und das Bayerische Religionsedikt von 1818 garantierten auch weiterhin die öffentliche Stellung der klösterlichen Verbände, die automatisch mit der staatlichen Genehmigung zur Niederlassung die Rechte einer öffentlichen Korporation erhielten. Die

bayerischen Klöster wurden durch die staatliche Genehmigung nicht nur juristische Personen, sondern sie erlangten überdies ohne ausdrückliche Verleihung gleichzeitig die Stellung von Kör.

Zusammenfassend ist an dieser Stelle zunächst zu sagen, daß in Deutschland — ausgenommen Preußen — bis zur WRV aufgrund des Art. 84 EGBGB die landesrechtlichen Vorschriften bezüglich der Orden weiterbestanden. Somit besaßen alle Orden und Ordensniederlassungen in diesen Ländern einen öffentlich-rechtlichen Status. Als konkretes Beispiel sei hier nur die Handhabung des Bayerischen Religionsediktes angeführt. Die Errichtung geistlicher Gesellschaften bedurfte nach § 76 der Genehmigung des Staates. Aber der bayerische Staat, wie in ME 8243 vom 18. April 1906 erläutert, ist stets davon ausgegangen, daß klösterliche Gesellschaften mit Rücksicht auf ihre Eingliederung in den Organismus der katholischen Kirche als Körperschaften des öffentlichen Rechts (auch im Sinne des BGB) anzusehen sind. Durch sie wurden also die Vorschriften des § 28 für ausdrücklich aufgenommene Kirchengesellschaften, die die Rechte öffentlicher Korporationen genießen, appliziert.

Nur in Preußen ist eine Sonderentwicklung festzustellen, aber erst aufgrund der Verfassung von 1850 und im Verfolg der Kulturkampfgesetze. Ab 1850 konnten in Preußen Klöster und klösterliche Genossenschaften frei, d. h. ohne staatliche Genehmigung gegründet werden. Aber Art. 13 der Verfassungsurkunde bestimmte, daß Klöster in Zukunft nur mehr durch Gesetz Rechtsfähigkeit erhalten könnten. Damit waren zum erstenmal klösterliche Niederlassungen möglich geworden, die für den Staat als Rechtspersonlichkeiten nicht existierten, obwohl sie nach kirchlichem Recht selbständige Rechtspersonlichkeiten darstellten. Die bis dahin existierenden Klöster und klösterlichen Verbände behielten jedoch ihren öffentlich-rechtlichen Status bei. Die eigentlich einschneidenden Maßnahmen führten die Kulturkampfgesetze herbei. Durch sie wurden alle Orden und ordensähnlichen Kongregationen mit Ausnahme jener, die sich ausschließlich der Krankenpflege widmeten, von dem Gebiet der preußischen Monarchie ausgeschlossen. Über 480 Ordensniederlassungen wurden aufgelöst. Gleichzeitig verloren alle klösterlichen Verbände und Niederlassungen mit der Auflösung ihre staatliche Rechtsfähigkeit, die sie nach dem ALR bislang besaßen. Als nach Beendigung des Kulturkampfes die Orden wieder nach Preußen zurückkehren konnten, blieben die neu errichteten Niederlassungen ohne staatliche Rechtsfähigkeit, da diese nur durch ein Gesetz wiedererlangt werden konnte. Ein solches Gesetz wurde aber nur einmal in Preußen erlassen, und zwar am 22. 5. 1888 für 17 Ordensniederlassungen, niemals aber für einen gesamten Verband. Obgleich Art. 13 Pr. Verf. bis 1918 geltendes Recht war, wurden dennoch auch weiterhin, selbst noch zur Zeit des Kulturkampfes, Klöster und Genossenschaften auf dem Verwaltungswege kraft königlicher Verleihung mit Korporationsrechten ausge-

stattet. 5 Fälle zwischen 1852 und 1877 sind namentlich bekannt. Das Gesetz von 1875 hatte außerdem nicht ohne weiteres sämtliche Orden und ordensähnliche Kongregationen, die sich nicht der Krankenpflege widmeten, zur Auflösung gebracht. Vielmehr wurde die Auflösung für jeden Einzelfall durch Verwaltungsakt vorgenommen. So blieben einige Kongregationen von der Auflösung durch besondere Fürsprache verschont. Im ganzen waren also 1880 in Preußen etwa 30 klösterliche Niederlassungen oder Ordensgemeinschaften vorhanden, die gleichzeitig öffentlich-rechtliche Korporationen waren. Alle anderen — de facto nach 1880 wieder begründeten oder neu gegründeten — klösterlichen Niederlassungen oder Ordensgemeinschaften waren für den Staat rechtlich nicht existent. Sie durften noch nicht einmal zur Sicherstellung ihres Realvermögens (des Besitzes an klösterlichen Gebäuden, Kirchen und Einrichtungen) sich der Hilfe einer Rechtsperson nach dem Vereinsrecht des BGB oder nach dem HGB bedienen. Erst die Weimarer Reichsverfassung beseitigte auch dieses Verbot. Da aber die Orden doch irgendwie wirtschaftlich existent sein mußten, waren sie gezwungen, zu allerlei Auswegen ihre Zuflucht zu nehmen. Die Einbringung des klösterlichen Besitzes in einen Fideikommiß erwies sich alsbald als unpraktikabel, daß man vor 1918 dazu überging, über Mittelspersonen Kapitalgesellschaften zu gründen, die als Vermögensträger fungierten. Hier ist der geschichtliche Ursprung, daß die in Nord- und Westdeutschland domizilierten Orden einer Hilfsgesellschaft bedurften (allerdings wird nach 1948 diese Hilfsgesellschaft als Rechtsbehelf meist in der Form eines e. V. konstruiert). Die geschichtlich bedingte Namenswahl (z. B. Aachener Immobilien-A. G.; Mecklinghovener Grundstücks-A. G.; Krankenvorsorge-GmbH.) deutet dabei schon an, daß diese nicht sach- und realidentisch mit den Ordensgemeinschaften sind, sondern eben eine leider unvermeidbare Hilfskonstruktion darstellen.

Aufgrund der WRV können nach 1918 die Orden (wie früher, so auch jetzt) die Rechte einer KöR erwerben, doch die Verleihung derselben bleibt nach wie vor Ländersache. Nur Bayern hat auch weiterhin, sowohl nach 1918 wie auch nach 1948, Orden mit Körperschaftsrechten ausgestattet. Vielleicht spielt hier der Unterschied zwischen dem katholischen Süden und dem vorwiegend protestantischen Norden eine (unbewußte) Rolle. Wo also in den einzelnen Ländern die entsprechenden gesetzlichen oder verwaltungsrechtlichen Möglichkeiten fehlen, müssen auch heute noch die Ordensgemeinschaften bei Neugründungen zu einer Hilfskonstruktion nach dem Vereinsrecht Zuflucht nehmen.

Trotzdem: Die Orden, die aus rechtsgeschichtlichen Gründen in einigen Bundesländern mehrheitlich nicht oder nicht mehr KöR sind, wirken arbeitsmäßig genau so wie die Orden, die KöR sind oder geblieben sind. Auch das Volk fragt nicht nach der Rechtsqualifikation, es kennt nur Klöster und Ordensgemeinschaften, wie es ebensowenig die Frage nach

dem öffentlich-rechtlichen Status der Kirche selbst stellt. Die Öffentlichkeitsarbeit ist hier allein der entscheidende Faktor. Nur wenn es um dingliche Rechte geht, muß seitens der Orden der Rechtsträger bemüht werden. Dann ist allerdings die Position der Orden, die KöR sind, in der Abwicklung von Rechtsgeschäften weitaus einfacher. Denn Orden, die eine Kapitalgesellschaft als Hilfsgesellschaft haben, müssen nach dem Handelsrecht für den Vermögensbereich bilanzieren und die Jahresrechnung (heute gilt das nur noch für die Hilfsgesellschaft in Form einer A. G.) amtlich veröffentlichen. Von dort her auch die Schwierigkeiten mit dem Abschreibungs-Problem. Für echte Wirtschaftsunternehmen sind Abschreibungen unabdingbar (die Abschreibungen müssen verdient werden; sie sind Quelle der Investitionen), das alles ist aber bei den Orden einfach nicht gegeben (was soll auf eine Kirche abgeschrieben werden?).

Auch die Steuergesetze stellen nicht immer auf die Rechtsqualifikation des Steuersubjekts ab. Bei Ordensgemeinschaften ist z. B. entsprechend der Einheitstheorie immer der klösterliche Verband Steuersubjekt, unbeschadet dessen, ob er einen oder mehrere Rechtsträger hat, ohne Rücksicht darauf, wie diese Hilfsgesellschaften konstruiert sind. Beim UStG 1967 ist es insofern anders, als die umsatzsteuerliche Behandlung der Orden davon abhängt, ob sie KöR sind oder nicht. Diese äußeren Unterschiede bedingen eine steuerliche Ungleichbehandlung, obgleich die Orden, die keine KöR sind, ebenso wenig Unternehmer sind wie Orden, die KöR sind.

6. Üben die Orden eine hoheitliche Tätigkeit aus?

Zunächst ist davon auszugehen, daß die Orden zusammen mit den Bistümern und Pfarreien zu den verfassungsrechtlich konstituierten Gliederungen der Kirche gehören. Ob man in diesem Zusammenhang die These vertritt, die Orden der Kirche seien in Analogie zum Verwaltungsrecht als hierarchisch-teilrechtsfähige Kirchenverbände zu bezeichnen, ist in diesem Zusammenhang eigentlich nicht interessant. Denn, um eine andere Theorie aufzugreifen, ist es durchaus legitim, die staatsgesetzlich gewährten und garantierten Rechte der Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts auch deren rechtlich verselbständigten Gliedkörperschaften zuzuerkennen, zumal wenn diese kirchlichen Teilverbände mit der Kirche selbst eine natürliche Einheit bilden. Darüber hinaus hindert die Beschränkung des Adressatenkreises der bundesverfassungsrechtlichen Garantie auf religionsgesellschaftliche Gebietsverbände des Landesrechts nicht daran, auch anderen — etwa nach bestimmten sachlichen Gesichtspunkten oder Aufgabenbereichen abgegrenzten — kirchlichen Rechtsträgern die Eigenschaft als KöR zu verleihen. Wichtig ist also hier nur, daß die Ordensgemeinschaften kirchliches Medium für die Erfüllung der kircheneigentümlichen Aufgabe sind. Eine Parallele drängt sich hier ungewollt auf: Auch der Staat kann nicht unmittelbar alle seine Aufgaben

selbst erfüllen. Er bedient sich dabei nachgeordneter Gliedkörperschaften, die deswegen mittelbar an der Staatsgewalt teilhaben. Das Gleiche gilt auch für das Verhältnis der Kirche zu den Bistümern, Pfarreien und den Orden. Wenn man also der Kirche kraft ihrer Eigenrechtsmacht öffentliches Recht und öffentliche Gewalt, also hoheitliche Tätigkeit zuerkennt, dann gilt das auch in gleicher Weise von ihren Orden.

Bei den Orden kommt noch eine rechtsgeschichtliche Besonderheit hinzu, die ihren speziellen Rechtsbesitz gegenüber dem allgemeinen der Kirche erweitert. Die altkorporierten Ordensgemeinschaften erlangten nämlich mit der landesherrlichen Genehmigung eine besondere, ihnen eigentümlich seiende Aufgabenstellung. Entweder erteilte der Landesherr die Gründungsgenehmigung nur dann, wenn die Ordensniederlassung bereit war, bestimmte im Staatsinteresse notwendige Aufgaben (z. B. Schulen oder Krankenhäuser) zu übernehmen und zu erfüllen, oder er ließ nur solche Ordensverbände zu, deren kirchliche Aufgabenstellung ebenfalls den staatlichen Notwendigkeiten oder Wünschen entsprach.

Ob nun der Staat den Orden eine Aufgabenstellung als *conditio sine qua non* der Gründungsgenehmigung auferlegte oder ob er die vorhandene Aufgabenstellung zu seinem Nutzen akzeptierte, ist hier nicht entscheidend. Denn dieser Unterschied ist auch bei staatlichen Körperschaften gegeben. Bei naturwüchsigen Korporationen approbiert nämlich der Staat mit der Erhebung derselben zu öffentlich-rechtlichen Institutionen deren eigenes Satzungsziel. Wenn er dagegen zur Erfüllung seiner Staatsaufgaben eine nachgeordnete Körperschaft gründet, weist er derselben durch Gesetz das Aufgabenziel zu.

Wir möchten den zuvor genannten Sachverhalt an einigen Beispielen exemplifizieren. — Im Konkordat von 1817 erklärt sich der König von Bayern ausdrücklich bereit, in Anbetracht der Vorteile, welche die Orden dem Staat gebracht haben und in der Folge auch noch erbringen können, Klöster (welche durch die Säkularisation unterdrückt worden waren) entweder zum Unterricht der Jugend in der Religion und den Wissenschaften oder zur Aushilfe in der Seelsorge oder zur Krankenpflege wiederherstellen zu lassen. So wurde bei der Wiederherstellung eines Nonnenklosters demselben die ausdrückliche Verpflichtung auferlegt, eine öffentliche Mädchenschule und ein Erziehungsinstitut für Mädchen katholischer Religion zu unterhalten. Die königliche Approbation von 1827 wurde 1887 in einem Ratsprotokoll der Stadt dahin interpretiert, daß dem Kloster bei seiner Konzessionierung die Auflage erteilt wurde, dem Unterricht zu dienen. Denn schon die Regierung hatte in einem Amtsbericht von 1827 festgestellt, daß die Wiedererrichtung des Klosters an die dauernde Verbindung desselben mit der Unterrichts- und Erziehungsanstalt geknüpft sei, da das Kloster ohne diese Verbindung für den Staat überhaupt nutzlos sei. —

Ebenso hat der König von Bayern in einem speziellen Gesetz (veröffentlicht in der Sammlung Döllinger) die Wiederherstellung des Benediktiner-Ordens unter der Verpflichtung angeordnet, daß sich derselbe den Aufgaben der wissenschaftlichen Forschung, des Unterrichts und der Seelsorge widme. — In dem Stiftungsbrief über die Errichtung eines Minoriten-Klosters zum 1. 3. 1845 (veröffentlicht in der Weber'schen Sammlung) wird demselben eine vierfache Bestimmung zugewiesen: Aus-
hilfe und Vertretung in Pfarreien, Einkehrtage für Diözesangeistliche, Einrichtung einer Priesterbesserungsanstalt und Besorgung der Wallfahrt in O. — In einem ME vom 3. 11. 1848 (Fundstelle ebenfalls die Weber'sche Sammlung) ist zu lesen: „Nachdem die geistlichen Institute der Armen Schulschwestern gleich den Schullehrer-Seminaren öffentliche Anstalten zur Heranbildung von Lehrerinnen sind . . . “. In einem weiteren bayerischen ME vom 9. 1. 1852 bezeichnete der König die Hauptaufgabe des Staates als Obsorge für religiöse, sittliche und ökonomische Bildung in Haus, Kirche und Schule, sowie die Förderung einer gründlichen und nachhaltigen Schulbildung. Das Institut der Armen Schulschwestern sei zur Verbreitung einer solchen Bildung besonders geeignet, deshalb sei es die Willensmeinung des Königs, daß die Verbreitung des Instituts von der Staatsregierung möglichst gefördert werden soll. — Zur Fortgeltung des staatlichen Unterrichtsauftrages an die Orden vergleiche Art. 24 des Bayerischen Schulbedarfsgesetzes, Art. 28 der Verfassung für Rheinland-Pfalz, § 73 des Rheinland-Pfälzischen Volksschulgesetzes. Somit bedarf es auch heute noch nicht für die Abstellung von klösterlichen Lehrkräften an staatlichen Schulen in den Ländern Rheinland-Pfalz und Bayern eines Mutterhausvertrages, da die Gestellung durch Gesetz selbst geregelt ist. Deshalb werden weiterhin die so abgestellten klösterlichen Lehrkräfte nicht nach BAT oder Landesbesoldungsgesetz bezahlt, für sie gibt es im Anschluß an Art. 24 des Bayerischen Schulbedarfsgesetzes eine besondere Vergütungsordnung, deren Sätze unterschiedslos durchweg dem Grundgehalt der Eingangsgruppe bei absolutem Verbleib in der 4. Dienstalterstufe entspricht.

Nach dem ALR waren geistliche Gesellschaften eine Species der Kirchengesellschaften. Diese wurden streng lokal als Kirchengemeinden oder Kloster aufgefaßt. Zu beachten ist, daß erst die Preußische Verfassungs-
urkunde von 1850 abweichend vom ALR, das weiterhin Geltung hat, die Kirchengesellschaften schlechthin in Religions- und geistliche Gesellschaften unterscheidet. Wichtig ist hier die Definition, die das ALR im § 939 von den geistlichen Gesellschaften feststellt: „Unter geistlichen Gesellschaften, deren Mitglieder sich mit anderen Religionsübungen als der Seelsorge hauptsächlich beschäftigen, werden die vom Staat (öffentlich) aufgenommenen (also nicht geduldeten) Stifte, Klöster und Orden verstanden“. „Diese haben (so § 940) . . . mit anderen Korporationen im Staat

gleiche Rechte.“ Nach Titel 6 kommen die Rechte der Korporationen nur solchen vom Staat genehmigten Gesellschaften zu, die sich zu einem fort-dauernden gemeinnützigen Zweck verbunden haben. Kraft Gesetzes sind als derartige Korporationen, außer dem Staat selbst, u. a. anerkannt: Die Provinzen, die Kreise, die Stadtgemeinden, die evangelischen und katholischen Kirchengemeinden, die Innungen und Zünfte. Die geistlichen Gesellschaften haben also nicht die Eigenschaft einer mit juristischer Persönlichkeit versehenen privilegierten Gesellschaft (des Privatrechts), sondern sind Körperschaften des öffentlichen Rechts. Schließlich werden die Klostersgesellschaften in § 1057 bestimmt als „geistliche Korporationen, deren Mitglieder zum gemeinschaftlichem Leben und gemeinschaftlicher Religionsausübung nach gewissen und von der Kirche bestätigten Regeln, durch feierliche Gelübde sich verpflichtet haben“. — In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, daß die Tätigkeit der Klöster und Orden durch § 939 ALR nicht auf die Verwirklichung innerklösterlicher Belange und auf die Ausübung der Seelsorge beschränkt wurde. Sie durften jede kirchliche Aufgabe ausüben, welche Auffassung auch § 1057 bestätigt. So wurde das Mutterhaus der Grauen Schwestern der heiligen Elisabeth unter Erteilung der Korporationsrechte am 23. Mai 1864 gegründet, wobei ausdrücklich folgende Zwecke bestätigt wurden: unentgeltliche Ausübung der ambulanten Krankenpflege in den Familien, die Ausbildung der Schwestern dazu, ihr Unterhalt in gesunden, kranken und alten Tagen, schließlich hilfsbedürftigen Kranken nach Möglichkeit Nahrungsmittel und sonstige Unterstützung zu gewähren.

Alle Körperschaften üben Hoheitsaufgaben aus, nicht nur die staatlichen, sondern auch die kirchlichen. Die Kirche in ihrer organisch organisierten Struktur besteht aus Bistümern, Pfarreien und Orden. Wegen ihrer Stellung und ihrer Eingliederung in den Gesamtorganismus der Kirche üben damit auch die Ordensgemeinschaften hoheitliche Aufgaben aus. Das gilt zunächst für alle Ordensgemeinschaften, gleich ob sie KÖR sind oder nicht. Bei Orden, die KÖR sind, kommt hinzu, daß ihnen durch besondere Gründungsaufgaben die Erfüllung bestimmter staatlicher Aufgaben zugewiesen wurde, kraft dieser verliehenen Autonomie i. e. S. haben sie direkt an der mittelbaren Staatsgewalt teil. Wenn dagegen Ordensgemeinschaften, die als kirchliche Körperschaften bereits bestanden, vom Staat simpliciter mit Körperschaftsrechten ausgestattet wurden, so erhielten damit die klösterlichen Satzungsziele gleichzeitig den Charakter von staatlichen Hoheitsaufgaben, wie dieses auch dann geschieht, wenn der Staat naturwüchsigen Gesellschaften Körperschaftsrechte zuerkennt.

Auch heute noch zieht der Staat die Kirchen zur Erfüllung staatlicher Aufgaben heran. Das Jugendwohlfahrtsgesetz von 1961 erkennt die gleichberechtigte Partner- und Trägerschaft der Kirchen (von der Rechts-

qualifikation ist im Gesetz nicht die Rede) für den Bereich der Jugendhilfe an, die staatlicherseits durch die Jugendämter zu gewähren ist. Dabei hat sogar die nicht staatliche Jugendhilfe u. U. den Vorrang vor der staatlichen Jugendhilfe. Der Bund als Gesetzgeber hat sogar ausdrücklich festgelegt, daß den Jugendwohlfahrtsausschüssen Vertreter der Kirchen angehören müssen. — Im Rahmen dieses Gesetzes ist die Vereinigung Deutscher Ordensobern als zentraler Träger der Jugendhilfe durch die Landschaftsverbände in NRW anerkannt worden.

In diesem Zusammenhang ist auf die Verfassungen der deutschen Bundesländer aufmerksam zu machen. In der Verfassung des Landes Baden-Württemberg heißt es z. B.: „Die Kirchen entfalten sich in der Erfüllung ihrer religiösen Aufgaben frei. Ihre Bedeutung für die Bewahrung und Festlegung der religiösen und sittlichen Grundlagen des menschlichen Lebens wird anerkannt. Die Wohlfahrtspflege der Kirchen wird gewährleistet. Verantwortliche Träger der Erziehung sind in ihren Bereichen die Religionsgemeinschaften. Im Bereich des Jugendschutzes können die Aufgaben der Gemeinden auch durch die freie Wohlfahrtspflege wahrgenommen werden.“ In der Verfassung des Freistaates Bayern werden die Gemeinden als ursprüngliche Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts bezeichnet. Ihnen können Aufgaben übertragen werden, die sie namens des Staates zu erfüllen haben. Durch Art. 127 wird das eigene Recht der Religionsgemeinschaften auf einen angemessenen Einfluß bei der Erziehung der Kinder ihres Bekenntnisses gewährleistet. Art. 133 erklärt dann, daß die Religionsgemeinschaften Bildungsträger sind. Art. 146 gewährleistet das Eigentumsrecht und andere Rechte der Religionsgemeinschaften, Orden und Kongregationen an ihren für Kultus-, Unterrichts- und Wohltätigkeitszwecke bestimmten Anstalten. Die Bremische Landesverfassung bestimmt in Art. 63, daß die von den anerkannten Religionsgemeinschaften oder ihren Organisationen unterhaltenen Krankenhäuser, Schulen und Fürsorgeanstalten als gemeinnützige Einrichtungen gelten. Die Parallele dazu in der Verfassung des Freistaates Bayern ist interessant. Hier heißt es in Art. 3: „Bayern dient dem Gemeinwohl.“ — Die Hessische Landesverfassung hat sich in Art. 50 die Aufgabe gestellt, durch Gesetz oder Vereinbarung die staatlichen und kirchlichen Bereiche klar gegeneinander abzugrenzen. Es gibt keinen Hinweis darauf, daß das bereits geschehen ist. — In der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen bestimmt Art. 6, daß das Mitwirkungsrecht der Kirchen in den Angelegenheiten der Familienpflege und der Jugendfürsorge gewährleistet bleibt und zu fördern ist. Nach Art. 20 haben die Kirchen das Recht, in Erziehungs-, Kranken-, Straf- und ähnlichen öffentlichen Anstalten eine geordnete Seelsorge auszuüben. Die Verfassung für Rheinland-Pfalz stellt dem Staat die Aufgabe, das Wohlergehen der einzelnen und der innerstaatlichen Gemeinschaften durch die Verwirklichung des Gemeinwohls

zu fördern. Art. 23 anerkennt das Recht der Kirchen, die religiösen Verpflichtungen bezüglich der Ehe mit verbindlicher Wirkung für ihre Mitglieder selbständig zu regeln. Ferner ist lt. Art. 26 in den Angelegenheiten der Pflege und Förderung der Familie und der Erziehung der Jugend die Mitwirkung der Kirchen nach Maßgabe der Gesetze gewährleistet. Nach Art. 34 ist der Religionsunterricht ordentliches Lehrfach an den Schulen. Er wird im Auftrag und in Übereinstimmung mit den Lehren und Satzungen der betreffenden Kirche erteilt. Zur Erteilung des Religionsunterrichts bedürfen die Lehrer der Bevollmächtigung durch die Kirchen. Im IV. Abschnitt wird festgestellt, daß die Kirchen anerkannte Einrichtungen für die Wahrung und Festigung der religiösen und sittlichen Grundlagen des menschlichen Lebens sind. Die Kirchen haben das Recht, sich ungehindert zu entfalten. Die kirchlichen Ausbildungsanstalten für Geistliche usw. werden zu selbständigen Angelegenheiten der Kirchen erklärt. Art. 44 gewährleistet das Eigentumsrecht und andere Rechte der Kirchen sowie ihrer Einrichtungen an ihren für Kultus-, Unterrichts- und Wohltätigkeitszwecke bestimmten Vermögen. In Art. 46 werden die von den Kirchen und ihren Organisationen unterhaltenen sozialen Einrichtungen und Schulen als gemeinnützig anerkannt. — In der Saarländischen Verfassung werden die Kirchen als Bildungsträger im Hinblick auf Erziehung, Unterricht, Volksbildung und Kulturpflege anerkannt. Der Religionsunterricht an den Schulen wird im Auftrag und im Einvernehmen mit den Lehren und Satzungen der Kirchen erteilt. In Art. 35 wird festgestellt, daß die Kirchen auf ihrem Gebiet volle Selbständigkeit genießen. Sie haben das Recht, Vereine und Organisationen zu gründen und zu unterhalten, die ihren religiösen, caritativen, sozialen und volkserzieherischen Aufgaben dienen. Ebenso werden die Rechte der Kirche und ihrer Einrichtungen an ihren für Kultus-, Unterrichts- und Wohltätigkeitszwecke bestimmten Vermögen garantiert. Die von den Kirchen oder ihren Organisationen unterhaltenen sozialen und caritativen Einrichtungen sowie ihre Schulen werden in Art. 40 als gemeinnützig anerkannt. Zusammenfassend ist zu sagen, daß die Ausdrucksweise in den Länderverfassungen nicht einheitlich ist. Aber unabhängig davon tritt doch die besondere staatsrechtliche Position der Kirche einschließlich ihrer kirchenverfassungsmäßigen Gliederung sehr stark hervor. Die Lektüre der Länderverfassungen bekräftigt unsere früheren Darlegungen.

7. Üben Orden eine hoheitliche Tätigkeit aus, die ihnen eigentümlich und vorbehalten ist?

Obleich § 2 Abs. 3 UStG 1967 in keiner Weise mehr mit § 2 Abs. 3 des alten UStG verglichen werden kann, wird trotzdem von den bisher erschienenen Kommentaren § 2 Abs. 3 UStG 67 im Sinne des alten Umsatzsteuerrechtes interpretiert, obgleich diese Auslegung dem Gesetzestext nicht mehr zu entsprechen scheint.

Das Begriffspaar „eigentümliche und vorbehaltene Aufgaben“ ist bis heute in der Literatur noch nicht exakt definiert worden. Dieser Begriff ist sowieso nur ein sekundäres Interpretationsmittel, wenn man sagt, „fehlt ein Annahmezwang oder sind die Aufgaben einer KÖR nicht durch Gesetz oder Verordnung zugewiesen, so kann gleichwohl öffentliche Gewalt ausgeübt werden, wenn die juristische Person des öffentlichen Rechts Aufgaben erfüllt, die ihr eigentümlich und in ganz erheblichem Umfang oder im Regelfalle vorbehalten sind“. Keinesfalls verleihen die vorbehaltenen und eigentümlichen Aufgaben eine Monopolstellung. Das Begriffspaar läßt nur eine Lokalisierung in einer bestimmten Körperschaft zu, nämlich in dem Sinne, daß ihr die Aufgabenstellung eigentümlich sei, aber schon nicht mehr in dem Sinne, daß ihr die Aufgabenstellung exklusiv unter Ausschluß jedes anderen Dritten vorbehalten wäre. Sonst könnten in einer Stadt nicht gleichzeitig eine Kreis- und eine Stadtparke existieren.

Der Kirche sind zweifelsohne religiös-kultische, seelsorgliche und apostolische Aufgaben eigentümlich und vorbehalten. Ihre konkrete Verwirklichung erschöpft sich nicht im Gottesdienst, in der Predigt, in der Sakramentenspendung. Bistümer und Pfarreien sind Gebietskörperschaften. Auch der Staat und die staatlichen Gebietskörperschaften übertragen die Erfüllung bestimmter Staatsaufgaben eigens dazu errichteten Körperschaften. Ebenso überträgt die Kirche die konkrete Realisierung bestimmter kirchlicher Aufgaben nicht ihren territorialen, sondern den personalen Körperschaften, also nicht den Bistümern und Pfarreien, sondern den Ordensgemeinschaften. Unterricht, Erziehung, Kranken- und Wohlfahrtspflege sind mehr als eine Summe von materiellen Arbeitsleistungen, sie sind Ausdruck eines religiösen Bewußtseins und einer kirchlichen Sendung, die dem Gesamtwohl sich verpflichtet weiß. Die Kirchen betreuen hier keine Randgebiete, sondern sind auf ihrem ureigensten Terrain wesensmäßig tätig. Das Gebot der Nächstenliebe verpflichtet die Kirchen, sich ganz konkret durch ihre Orden der menschlichen Nöte anzunehmen und den Menschen, menschlichen Gemeinschaften und dem Staat im Hinblick auf das Gemeinwohl zu dienen. Denn Staat und Kirche sind nicht Selbstzweck, beide stehen im Dienst der Menschen.

Man könnte die Frage stellen, ob der Bereich der sogenannten caritativen Tätigkeiten, den die Kirche unmittelbar durch ihre Orden ausüben läßt, dieser und damit den Orden eigentümlich und vorbehalten sei. Aber die Kirche übt das tätige Apostolat in Erfüllung des Auftrages ihres Stifters aus. Ausdrücklich wird die Aufgabe auch in den einzelnen Länderverfassungen hervorgehoben und unter den Schutz und die Förderung des Staates gestellt. Für die Kirche ist das in den Verfassungen und Gesetzen begründete Recht durch die Konkordate zu einem auf besonderem Rechtstitel beruhenden zusätzlichen subjektiven Recht der Kirche selbst auf

Ausübung der caritativen Tätigkeit geworden. Jede Einschränkung des objektiven Rechts oder Bevormundung des Staates in diesem Bereich würde mit dem Selbstbestimmungsrecht der Kirche in Widerspruch stehen.

B. EINZELFRAGEN

Im folgenden möchten wir auf einige Einzelfragen eingehen, deren Erörterung die Gesamtdarstellung gesprengt hätte, die andererseits die grundsätzlichen Ausführungen zusätzlich bekräftigen.

1. Die Systematik der Gestellungsverträge

Ursprünglich hatten die Orden ihre satzungsgemäße Aufgabe in kloster-eigenen Einrichtungen (Krankenhäuser, Schulen, Erziehungsanstalten usw.) verwirklicht. Doch schon seit dem letzten Jahrhundert gibt es die sogenannten Mutterhausverträge (eine Species der sogenannten Gestellungsverträge). Denn Kirchengemeinden und kommunale Verbände hatten als Träger Krankenhäuser, Waisenhäuser, Erziehungsheime und Schulen gebaut, es fehlte aber an dem notwendigen Personal. Um dieser Notlage der Bevölkerung abzuhelpfen, stellten die Orden ganze klösterliche Kommunitäten für den Betrieb und die Führung der genannten Einrichtungen ab. Der kirchliche oder kommunale Träger behielt weiterhin die Eigentumsrechte, die Leitungsgewalt und die Finanzhoheit. Als Äquivalent für die Tätigkeit der Ordensmitglieder wird der klösterlichen Kommunität freie Station zur Verfügung gestellt und eine bare Mutterhausabgabe an den Orden gezahlt. Erst in den allerletzten Jahren erreicht die Mutterhausabgabe einen Betrag zwischen DM 150,— und DM 200,— monatlich pro abgestelltes Ordensmitglied.

Die Spezialisierung hat auch vor dem kirchlichen Bereich nicht Halt gemacht. Hinzu kommt der Priestermangel, oft bedingt durch Neugründung von Pfarreien in Satellitenstädten und neuen Wohnbezirken. Die Auswirkungen der Bildungspolitik und der Schulgesetzgebung spielen ebenfalls eine Rolle. Deswegen wurden vornehmlich in den letzten Jahren zunehmend Ordenspriester, aber auch Ordensschwwestern und Ordensbrüder vermittels eines Gestellungsvertrages für Pfarrdienste, für die kirchliche Bildungsarbeit, für die Mitarbeit in kirchlichen Zentralstellen und als Religionslehrer (fast ausschließlich an staatlichen Schulen, kaum an Er-satzschulen) abgestellt.

Durch den Gestellungsvertrag übernimmt wie beim Mutterhausvertrag die Ordensgemeinschaft die Verpflichtung, für eine bestimmte Aufgabe die notwendigen und entsprechend vorgebildeten Seelsorgskräfte zu stellen. Die Kontrahenten eines Gestellungsvertrages sind also fast ausschließlich kirchliche oder staatliche Stellen, wie Bistümer, Kirchengemeinden, Schulkollegien, Regierungspräsidenten, kommunale Verbände.

Mit dem Gestellungsvertrag verpflichtet sich der Orden, eine bestimmte, konkret umrissene Aufgabe zu erfüllen. Er wählt eigenverantwortlich die in Frage kommenden Ordensmitglieder aus und schlägt sie den kirchlichen oder staatlichen Behörden vor, damit sie mit den notwendigen Fakultäten versehen werden. Da der Orden selbst Erfüllungsverpflichteter ist, kann er jederzeit die abgestellten Ordensmitglieder (unter Berücksichtigung der seelsorglichen oder schulischen Belange) auswechseln, ebenso können die Behörden vom Orden verlangen, daß ein die vereinbarte Tätigkeit ausübendes Ordensmitglied abgelöst wird. Deshalb begründet der Gestellungsvertrag nur Recht zwischen den vertragschließenden Partnern, das abgestellte Ordensmitglied tritt keinesfalls in ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis zu der Stelle, wo es seine Tätigkeit ausübt. Das ist durch verschiedene bundesgerichtliche Entscheidungen (Bundessozialgericht, Bundesfinanzhof) klar anerkannt worden.

Für die Tätigkeit der abgestellten Ordensmitglieder zahlt der andere vertragschließende Partner an den Orden eine bestimmte, vertraglich vereinbarte Summe. Diese sogenannte Ordensabgabe wird entweder frei oder in Anlehnung an eine bestehende Besoldungsordnung vereinbart. Im kirchlichen Bereich stellt die Ordensabgabe immer ein Fixum dar, das unabhängig in Bezug auf das konkret abgestellte Ordensmitglied von Dienstalter, Stellenzulage oder Ortsklasse gewährt wird. Die Ordensabgaben liegen damit in den meisten Fällen an der unteren bis höchstens mittleren Grenze des sonst üblichen Besoldungskegels. So liegt die Ordensabgabe für abgestellte Ordensmitglieder im kirchlichen Schuldienst oft nur bei 60 — 70 % des Gehaltes, das ein Laie in gleicher Position bezieht.

Um ein weiteres Beispiel zu nennen: Die Ordensabgaben für Referenten, z. B. an kirchlichen Zentralstellen betragen seit Jahren fix DM 1 000,—. Nur in den relativ wenigen — auf die Gesamtheit der Gestellungsverträge bezogenen — Fällen, vornehmlich, wenn es sich um Religionslehrer an staatlichen Schulen handelt, werden die Ordensabgaben, weil die gesetzlichen Bestimmungen es so fordern, in Anlehnung an BAT festgesetzt.

Die Ordensabgabe trägt keinen Gehaltscharakter als äquivalente Vergütung für eine entsprechende Tätigkeit. Die dem Orden zufließende Ordensabgabe dient zunächst dem Unterhalt des Ordensmitgliedes in gesunden, kranken und alten Tagen. Die Ordensgemeinschaft muß die Kranken- und Altenlasten für ihre Ordensmitglieder selbst tragen, da Ordensmitglieder — auch mit Recht — nicht der Versicherungspflicht unterliegen. Erkrankt ein Ordensmitglied in der abgestellten Tätigkeit, so wird die Ordensabgabe nur für 6 Wochen weiter gezahlt. Normalerweise ist aber der Orden verpflichtet, eine Ersatzkraft zu stellen. — Außerdem müssen aus den Einnahmen durch Mutterhaus- und Ordensabgaben die Ausbildungskosten (der philosophisch-theologischen Studien,

der Grundausbildung überhaupt, der Spezial- und Sonderausbildung) getragen werden. Die Ordensabgaben tragen darüber hinaus für ihren Teil mit dazu bei, daß die rein klosterintern (als Obere, Verwaltungsschwester, Ausbilder und Erzieher des Ordensnachwuchses) tätigen Ordensleute ebenfalls leben können. Dieser Lebensunterhalt besteht aber nicht nur aus Posten der Bekleidung, der Ernährung und des Arbeitsmaterials, sondern auch Kloster und Klosterkirche als materielle Lebens- und Arbeitsvoraussetzungen müssen unterhalten werden. Darüber hinaus sind, vor allem in priesterlichen Ordensgemeinschaften, viele Ordensangehörige ohne jede Bezahlung seelsorglich tätig, z. B. als Beichtväter, im Sprechzimmer, in der Krankenbetreuung usw.

Die Mutterhaus- und Gestellungsverträge stellen sich also als ein verwaltungstechnisches Medium dar, vermittels derer der Orden seinen kirchlichen Auftrag und seine Sendung erfüllt.

2. Üben die Orden durch ihre auf Grund von Mutterhaus- und Gestellungsverträgen tätigen Ordensmitglieder eine hoheitliche Tätigkeit aus?

Nach den grundsätzlichen Ausführungen dürfte kein Zweifel darüber bestehen, daß die Ordensgemeinschaften als Gliedkörperschaft des Gesamtorganismus Kirche eine hoheitliche Tätigkeit ausüben. Über den Charakter der unmittelbar direkt vom Kloster selbst ausgeübten Tätigkeit dürften also keine Zweifel bestehen. Es fragt sich nur, ob auch die mittelbar durch das Kloster ausgeübten Tätigkeiten hoheitlicher Art sind.

Die Verwirklichung des kirchlich-klosterlichen Auftrags setzt per se nicht voraus, daß er nur in klösterlichen Einrichtungen verwirklicht werden kann, also in jenen Institutionen (wie Schulen, Erziehungsheimen, Krankenhäusern usw.), deren Eigentümer und Träger der Orden selbst ist. Es gibt nämlich Aufgaben, die sich überhaupt nicht im Rahmen klösterlicher Eigeneinrichtungen durchführen lassen, wie z. B. ambulante Familienpflege, Krankenpflege, Betreuung von Suchtgefährdeten usw.

Die Orden sind bei der Verwirklichung ihres Auftrages nicht an die lokale, klösterliche „Wohnstätte“ gebunden. Als „mobile Truppe“ der Kirche werden sie von ihrem Mutterhaus dorthin gesandt, wo Not am Mann ist, wo konkret real das Ordensziel verwirklicht werden muß. Damit reduziert sich die Frage nach der unmittelbaren oder mittelbaren Tätigkeit eigentlich nur auf die Frage, ob diese in klostereigenen oder klosterfremden Einrichtungen ausgeübt wird. Aber diese Unterscheidung eigentumsrechtlicher Art ist rein akzidenteller Natur.

Denn wesentlich und allein ausschlaggebend bei allen Tätigkeiten ist, daß dieselben nicht durch das einzelne Ordensmitglied (im eigenen Namen und im eigenen Willen) ausgeübt werden, sondern im Auftrag und im

Namen des Ordens. Der Orden selbst ist es, der wirkt, der die Aufgaben erfüllt, der durch seine Ordensmitglieder tätig wird.

Man könnte fragen, ob die singular personelle Tätigkeit der einzelnen abgestellten Ordensmitglieder (z. B. als Lehrer oder Religionslehrer an allgemeinbildenden Schulen oder als Krankenschwester) noch eine hoheitliche Tätigkeit darstellt. Sie können deswegen schon nicht in einen privatwirtschaftlichen Wettbewerb eintreten, weil heute allgemein Lehrer fehlen und ein Mangel an Krankenpflegepersonal existiert. Der Staat ist darauf angewiesen, daß Orden Lehrkräfte zur Verfügung stellen, daß Ordensgemeinschaften Krankenhäuser versorgen. Es ist nicht übertrieben zu sagen, die Krankenhausversorgung wie auch manche Sparten des Unterrichts würden zusammenbrechen, wenn die Orden sich aus diesen Aufgaben zurückziehen würden. Hinzu kommt die allgemein bekannte Tatsache, daß Krankenhäuser, die im Rahmen eines Mutterhausvertrages von Schwesterngemeinschaften betreut werden, für den Staat weniger Subventionen erfordern als Krankenhäuser, die nur mit weltlichem Personal arbeiten. Ebenso sind die von Kirchen und Orden getragenen Ersatzschulen bei zum Teil besser spezifischer Leistung für den Staat weitaus billiger als seine eigenen Schulsysteme.

Das Ganze stellt sich somit als eine partnerschaftliche, gleichberechtigte Korporation auf Gebieten dar, die unter verschiedenen Aspekten dem Staat und der Kirche als Aufgabe gestellt sind.

Man darf aber die Orden nicht als ein Reservoir oder als eine Fabrik betrachten, aus der fehlende Pfarrgeistliche, Krankenschwestern, Lehrer, Heimerzieher usw. zum Wohle des Staates oder der Kirche angemietet werden können. Kein Ordensmitglied ist nur Religionslehrer, Lehrer, Krankenschwester, Erzieher, Fürsorger. Der Ordensmann kennt keinen Unterschied zwischen Berufstätigkeit und privater Freizeit. Er ist immer ganzheitlich als Ordensmitglied tätig. Seine Arbeit im Rahmen des Gestellungs- und Mutterhausvertrages führt er als gesamtheitlichen Auftrag der Kirche aus, auch die Krankenschwester ist stets seelsorglich tätig. Der „klimatische“ Unterschied zwischen einem reinen weltlichen und einem religiösen Krankenhaus ist nur zu gut bekannt. Die Ordensschwester kennt keinen 8-Stunden-Tag, für sie ist der Patient nicht nur ein medizinisch Kranker, sie nimmt sich seiner menschlichen und seelischen Nöte an.

Mit der Erfüllung der vertraglichen Aufgaben ist der Arbeitstag dieser abgestellten Ordensleute nicht erfüllt. Sie haben daneben oder darüber hinaus oder gleichzeitig als seinsmäßige Basis den kirchlichen Auftrag zu erfüllen, als klösterliche Gemeinschaft das öffentliche Gebet und den öffentlichen Gottesdienst der Kirche zu vollziehen. Alle geistlichen Lehrer und Erzieher vollziehen außerhalb ihrer Berufsstunden den Gottesdienst, predigen, hören Beichte oder üben sonst seelsorgliche Funktionen aus.

Das aber nicht als „Ausgleichssport“ oder weil ein Familienleben fehlt, sondern weil dieses die Basis des religiös-klösterlichen Lebens betrifft, weil sich dieses als notwendiges Glied einer gesamtheitlichen Haltung demonstriert.

3. Die Orden als Steuersubjekt

Nach der vom BFH maßgeblich formulierten und in der Literatur anerkannten Einheits-Theorie werden die Ordensgemeinschaften unabhängig von ihrem oder ihren zivilrechtlichen oder handelsrechtlichen Hilfsgesellschaften als ein einheitliches Steuersubjekt behandelt. Steuersubjekt in diesem Sinne ist immer der Gesamtordensverband (Kongregation), der Provinzverband oder das selbständige Einzelkloster (z. B. beim Benediktinerorden). Wenn wir einmal in dieser Terminologie verbleiben, dann hat der klösterliche Verband seine Verwaltungsorgane (z. B. die Provinzialate oder Generalate), seine Ausbildungseinrichtungen (Postulat, Noviziat, die Studienhäuser, Krankenpflegeschulen usw.), seine Klosterkirchen (die sehr oft zugleich Pfarrkirchen sind), seine Einrichtungen in Eigentümerschaft (wie Krankenhäuser, Erziehungsheime, Ersatzschulen usw.). Im Rahmen von Mutterhaus- oder Gestellungsverträgen hat die Ordensgemeinschaft Pfarreien, Krankenhäuser, Schulen, Fürsorgeheime usw. zur Betreuung übernommen. Was die einzelnen Ordensmitglieder anbetrifft, so sind sie vermittels von Gestellungsverträgen als Pfarrgeistliche, Lehrer, Religionslehrer, Erzieher oder Referenten tätig und bleiben neben ihrer Außentätigkeit in der klösterlichen Seelsorge tätig, üben also eigentlich eine Doppelbeschäftigung aus. Daneben verfügen die Ordensverbände aus geschichtlich gewachsenen Gründen der materiellen Existenz und des Apostolats wegen über wirtschaftliche Geschäftsbetriebe (wie Landwirtschaft, Verlage, Druckereien, Paramentenstickereien, kirchliche Kunstwerkstätten), deren steuerliche Behandlung klar ist und nichts mit diesem Problem zu tun hat.

Man könnte höchstens die Orden im Hinblick auf die konkreten Verhältnisse einzelner Ordensgemeinschaften als „Mischbetriebe“ bezeichnen, wo eine Abgrenzung zwischen kirchlich-apostolischer, seelsorglich-hoheitlicher Tätigkeit und dem Bereich der persönlichen-privaten Sphäre des einzelnen Ordensmitgliedes nur schwer zu treffen ist. Bei dieser Abgrenzung geht es also nicht um die eventuell privatwirtschaftlichen Betätigungen der Ordensgemeinschaften, sondern um die Unterscheidung, inwieweit die Ordensmitglieder im Auftrag und Namen ihres Ordens hoheitliche Tätigkeiten ausüben und wann die sogenannten Privatsphäre anfängt. Eine lineare Abgrenzung ist unmöglich, auch dann, wenn man den Arbeitsplatz des einzelnen als Abgrenzungsmerkmal hinzuziehen möchte. Es gibt noch heute Ordensgemeinschaften, deren Mitglieder gemeinsame Wohn-, Schlaf-Arbeits- und Studierräume haben. In nur relativ wenigen Ordensgemein-

schaften galt von jeher das Prinzip, daß jedes Ordensmitglied seine eigene Zelle (= Schlaf- und Arbeitsraum) besaß. Erst im Zuge der sozialen Weiterentwicklung gehen in letzter Zeit die Ordensgemeinschaften generell dazu über, jedem Ordensmitglied seine „Zelle“ zuzubilligen. Trotzdem bleiben dabei — was bei einer klösterlichen Gemeinschaft auch nicht anders denkbar ist — Bibliothek, Eßraum, Erholungsraum, die sanitären Räume usw. gemeinsam. Von dorther lassen sich auch bei den einzelnen Ordensmitgliedern, die mehr funktional tätig sind, die einzelnen Bereiche nicht voneinander abgrenzen. Denn gerade an dieser Schwierigkeit zeigt sich, wie eng Einzel- und klösterliche Gesamttätigkeit miteinander verflochten sind.

In diesem Zusammenhang möchten wir auf ein interessantes Analogat hinweisen. Die Deutsche Bundespost übt mehrheitlich hoheitliche Tätigkeiten aus (die Briefzustellung ist Staatsmonopol), daneben ist sie privatwirtschaftlich tätig (z. B. im Paketzustelldienst; inwieweit der Postspar-kassendienst und der Postscheckverkehr auch hoheitliche Betriebszweige sind, vermögen wir nicht zu sagen). In Bezug auf den einzelnen Postbeamten, der am Schalter Dienst tut, ist aber eine solche Unterscheidung einfach unmöglich.

Literaturhinweise:

Eichmann-Mörsdorf, Lehrbuch des Kirchenrechts, 3 Bde, 9. Aufl., Paderborn 1959/60
Halder, A.: Evangelische Kirche in Deutschland, in: Staatslexikon, Freiburg 1959, Bd. 3, Sp. 177 ff.

Heggelbacher, O.: Katholische Kirche, in: Staatslexikon, Freiburg 1959, Bd. 4, Sp. 873 ff.

Hollerbach, A.: Das Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Staat und Kirchen in der Bundesrepublik, Quaritsch-Weber Hrsgb., Berlin 1967, S. 401 ff.

Lampert, K.: Die Mehrwertsteuer, Herne/Berlin 1967.

Michael, J. P.: Evangelische Kirche in Deutschland, in: Staatslexikon, Freiburg 1959, Bd. 3, Sp. 161 ff.

Mikat, P.: Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: Die Grundrechte, Bettermann-Nipperdey-Scheuner Hrsgb., Berlin 1960, S. 111 ff.

Regatillo, S. J.: Interpretatio et Iurisprudencia Codicis Iuris Canonici, Santander 1953.

Rehbein-Reincke: Erläuterungen zum allgemeinen Landrecht, Berlin 1881.

Siepen, K.: Vermögensrecht der klösterlichen Verbände, Paderborn 1963.

Sipos, St.: Enchiridion Iuris Canonici, Romae 1954.