

Kirchenaustritt: eine schweizerische Praxisänderung, die keine sein kann

*Giusep Nay**

Nach Art. 15 Abs. 3 und 4 der schweizerischen Bundesverfassung (BV) hat jede Person «das Recht, einer Religionsgemeinschaft beizutreten oder anzugehören», und «niemand darf gezwungen werden, einer Religionsgemeinschaft beizutreten oder anzugehören».

Was soll aber in den schweizerischen Kantonen, die die Kirchen und andere Religionsgemeinschaften öffentlich-rechtlich anerkennen, gelten, wenn eine Person erklärt, allein aus der öffentlich-rechtlich anerkannten kirchlichen Körperschaft der Landes- oder Kantonalkirche und ihren Kirchgemeinden auszutreten? In ständiger Rechtsprechung bezeichnete das schweizerische Bundesgericht eine solche Erklärung als unzulässig. Es änderte jedoch vor Kurzem diese Praxis und erklärte es als verfassungswidrig, einen solchen sogenannten partiellen Kirchenaustritt nicht zuzulassen. In einem neuesten Entscheid wurde diese Änderung der Rechtsprechung bestätigt, gleichzeitig jedoch erklärt, es liege bei einer derartigen Erklärung nach staatlichem Recht ein vollständiger und nicht bloss ein partieller Austritt vor, auch wenn die Person im Falle der römisch-katholischen Kirche erkläre, der nach kanonischem Recht verfassten Kirche weiterhin angehören zu wollen. Hingegen wird es als rechtsmissbräuchlich bezeichnet, wenn diese Person dann die kirchlichen Dienstleistungen weiterhin regelmässig in Anspruch nimmt.

* Der Verfasser dankt Sabine Demel, Lehrstuhl für Kirchenrecht, Fakultät für Katholische Theologie, Universität Regensburg, und Daniel Kosch, Generalsekretär der Römisch-Katholischen Zentralkonferenz der Schweiz, für ihr kritisches Gegenlesen und den wertvollen Meinungs austausch.

I. Die langjährige konstante Praxis des Bundesgerichts

In einem Entscheid aus dem Jahre 2002¹ hatte sich das Bundesgericht aufgrund der rechtlichen Regelung in der Verfassung der römisch-katholischen Landeskirche des Kantons Luzern mit der Erklärung einer Person zu befassen, lediglich aus der Kirchgemeinde bzw. Landeskirche auszutreten, sich aber weiterhin der römisch-katholischen Kirche zugehörig zu fühlen (sogenannter partieller Kirchenaustritt). § 12 dieser Verfassung lautet:

«Wer nach kirchlicher Ordnung der römisch-katholischen Kirche angehört, gilt für Landeskirche und Kirchgemeinden als Katholikin oder Katholik, solange sie oder er dem zuständigen Kirchenrat am gesetzlich geregelten Wohnsitz nicht schriftlich erklärt hat, der römisch-katholischen Konfession nicht mehr anzugehören.»

Das Bundesgericht entschied, gewiss könne eine Person nicht verpflichtet werden, auch eine Austrittserklärung bezüglich der Religionsgemeinschaft abzugeben, es sei jedoch nicht verfassungswidrig, die vorliegende Austrittserklärung als unvollständig und damit unbeachtlich zu betrachten. Es habe bereits in einem Entscheid 1876 festgehalten, dass Art. 49 aBV nur von «Religionsgenossenschaften» (Art. 15 BV von «Religionsgemeinschaften») spreche und dass die Befreiung von den Kirchensteuern den Austritt aus der Religionsgenossenschaft selbst bedinge, wohingegen der Austritt aus der Kirchgemeinde allein nicht genüge. 1908 habe es sodann eine kantonale Regelung, die für die steuerrechtliche Anerkennung einen Austritt nicht nur aus der Kirchgemeinde, sondern aus der Religionsgenossenschaft überhaupt forderte, als nicht gegen Art. 49 aBV verstossend betrachtet. Die in Art. 15 BV und Art. 9 EMRK garantierte Glaubens- und Gewissensfreiheit umfasse unter anderem das Recht, die Religion frei zu wählen, einer Religionsgemeinschaft beizutreten, anzugehören, aus ihr aber auch jederzeit auszutreten. Die von den kantonalen Kirchenbehörden mit Blick auf die Kirchenverfassung/LU vertretene Position respektiere diese Freiheit. Der Beschwerdeführerin stehe es nämlich frei, der römisch-katholischen Religionsgemeinschaft weiterhin anzugehören oder aus ihr auszutreten. Bekenne sie

1 BGE 129 I 68.

sich aber zu dieser Religionsgemeinschaft, die im Kanton Luzern als öffentlich-rechtliche Institution anerkannt sei, sei sie auch an die insofern vorgesehene Organisation gebunden. Denn nach dem schweizerischen Verfassungsverständnis könnten die Kantone gestützt auf Art. 72 Abs. 1 BV die Organisation und die Mitgliedschaft in den von ihnen anerkannten Kirchen regeln. Die angeführte Bestimmung der landeskirchlichen Verfassung verknüpfe für die im Kanton Luzern wohnhaften Personen das Bekenntnis zur römisch-katholischen Religionsgemeinschaft bzw. Konfession mit der Mitgliedschaft in der römisch-katholischen Landeskirche und der entsprechenden Kirchgemeinde (sogenannter Nexus). Eine solche Verknüpfung müsse jedenfalls solange als zulässig gelten, als die Organe der Religionsgemeinschaft eine Verknüpfung nicht ablehnten, sondern sie – allenfalls stillschweigend – akzeptierten, wovon hier auszugehen sei. Es wäre auch in gewissem Sinne widersprüchlich, der Kirchgemeinde seines Wohnsitzes nicht angehören zu wollen, wohl aber der entsprechenden kirchlichen Organisation. Persönliche Konflikte verliehen noch nicht von Verfassungs wegen das Recht, aus einem Verband nur teilweise auszutreten; das gelte im Bereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht anders als in anderen Grundrechtsbereichen. Auch unter Gesichtspunkten des Rechtsmissbrauchs wäre nur schwer zu rechtfertigen, weshalb eine aus der Kirchgemeinde und der Landeskirche ausgetretene Person weiterhin die Dienste der Kirchenorgane beanspruchen können sollte, nachdem sie mit ihrem Austritt bewirkt habe, dass sie an diese Leistungen nichts mehr beizusteuern habe.²

II. Die Praxisänderung von 2007

In einem wiederum aus dem Kanton Luzern stammenden Fall hatte sich das Bundesgericht 2007 mit einer Erklärung folgenden Wortlauts zu befassen: «Austritt aus der staatskirchenrechtlichen Organisation <Katholische Kirchgemeinde Luzern>». Es entschied,³ die Erklärung des

2 BGE 129 I 68 E. 3 S. 70 ff. mit Hinweis auf die BGE 2 S. 388 E. 5 396, 10 S. 320 E. 3 S. 324, 34 I 41 E. 11 und 12 S. 52 f., 52 I 108 E. 3 S. 118 f.

3 BGE 134 I 75 E. 4.2 S. 77 und E. 6 S. 79.

Austritts aus der Landeskirche genüge. Art. 15 Abs. 4 BV schliesse – als Ausprägung der sogenannten negativen Religionsfreiheit – das Recht ein, aus einer Kirche oder Religionsgemeinschaft auszutreten. Insoweit müsse der Staat dafür sorgen, dass derjenige, welcher einer Religionsgemeinschaft nicht mehr angehören wolle, aus ihr austreten könne und hernach nicht der zwangsweisen Durchsetzung von Mitgliedschaftspflichten ausgesetzt werde. Das gelte auch dann, wenn die betreffende Glaubensgemeinschaft nach ihrem internen Recht keine Austrittsmöglichkeit vorsehe. Der Austritt müsse jederzeit möglich sein. Wenn die Landeskirche für einen wirksamen Kirchenaustritt die ausdrückliche Erklärung der austrittswilligen Person verlange, dass sie der römisch-katholischen Kirche, Konfession oder Religionsgemeinschaft nicht mehr angehöre und eine lediglich auf die Kirchgemeinde oder Landeskirche bezogene Austrittserklärung nicht genügen lasse, bedeute dies, dass sich der Austrittswillige explizit von der römisch-katholischen Kirche lossagen müsse. Diese Kirche sei selber Teil des katholischen Glaubensbekenntnisses. Es werde vom Austrittswilligen somit ein bekenntnishafter Akt erwartet. Bestehe aber – wie hier – neben der Glaubensgemeinschaft eine staatskirchenrechtliche Organisation, so müsse es genügen, dass nur der Austritt aus der Letzteren erklärt werde. Denn im weltlichen Rechtsverkehr sei in einem solchen Fall nur der Austritt aus der staatlichen Zugehörigkeitsordnung massgebend. Mit der Erklärung des Austritts aus dieser – in casu aus der Landeskirche – könne bereits gewährleistet werden, dass Mitgliedschaftspflichten künftig nicht mehr zwangsweise durchgesetzt würden; unter anderem sei für die Zeit ab der Austrittserklärung die Kirchensteuer nicht mehr geschuldet. Zusätzliche bekenntnishafte Erklärungen seien nach dem Gesagten für einen Kirchenaustritt nicht notwendig. Für das Erfordernis einer auch auf die römisch-katholische Kirche, Religionsgemeinschaft oder Konfession bezogenen Erklärung gebe es keinen zwingenden Grund. Daher sei dieses Erfordernis mit der Religionsfreiheit nicht zu vereinbaren (vgl. auch Art. 36 Abs. 2 und 3 BV). Welche religiösen, innerkirchlichen Konsequenzen der erklärte Austritt habe, namentlich ob noch Ansprüche auf Leistungen der Religionsgemeinschaft bestünden, sei nicht vom Staat, sondern von der jeweiligen Religionsgemeinschaft selber zu beantworten.

III. Der neueste Bundesgerichtsentscheid von 2012

1. In einem Urteil des Bundesgerichts vom 9. Juli 2012⁴ ging es um die Austrittserklärung der gleichen Person mit dem gleichen Wortlaut wie im Fall, der im Entscheid von 2007 beurteilt wurde, jedoch unter Berücksichtigung ihrer weiteren Erklärung, weiterhin der römisch-katholischen Weltkirche angehören zu wollen.

Die dargelegte Praxisänderung von 2007 war in einem obiter dictum erfolgt. Trotz dieser Änderung war die Beschwerde abgewiesen worden, weil die Erklärung als in Bezug auf den Austritt allein aus der Kirchgemeinde oder auch der Landeskirche nicht genügend klar betrachtet wurde. Das war jedoch ein Versehen, denn in § 13 Abs. 2 der massgeblichen landeskirchlichen Verfassung ist ausdrücklich geregelt, wer einer Kirchgemeinde angehöre, sei zugleich Mitglied der Landeskirche. Wer aus der Kirchgemeinde austritt, tritt damit ohne Weiteres auch aus der Landeskirche aus.

2. Im Bundesgerichtsentscheid von 2012 ging das Bundesgericht einerseits davon aus, die Vorinstanz habe zu Recht festgestellt, das Ziel der Beschwerdeführerin sei ein Austritt aus der Staatskirche, aber ein Verbleiben in der Weltkirche; das habe sie auch in ihrer Beschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gegen das erste Bundesgerichtsurteil ausgeführt. Andererseits sah es als nicht bewiesen an, dass die Beschwerdeführerin auch die theologischen und seelsorgerlichen Leistungen der römisch-katholischen Weltkirche weiterhin beanspruchen und nur Kirchensteuern einsparen wolle; die Beweislast dafür treffe die staatskirchenrechtlichen Behörden.⁵

3. Gegenüber der Änderung der Rechtsprechung von 2007 war breit Kritik vorgebracht worden. Das Bundesgericht führt diese⁶ in seinem

4 Prozess-Nr. 2C_406/2011, siehe: <<http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht-kostenpflichtige-suche-redirect.htm>>.

5 E. 5 des Urteils.

6 Es verweist auf: Yvo Hangartner, Staatskirchenrechtliche Grundsatzfragen – Bemerkungen aus Anlass von Leitentscheiden des Kantonsgerichts Basel-Landschaft und des Bundesgerichts, AJP 2008, S. 989 f.; Giusep Nay, Bemerkungen zu BGE 134 I 75, AJP 2008, S. 1162 f.; ders., Développements structurels dans la jurisprudence et la législation étatiques en Suisse, in: Libero Gerosa / René Pahud de

Entscheid von 2012 wie folgt an: Es sei eingewendet worden, das Bundesgericht übersehe, dass nach römisch-katholischem Verständnis die nach kanonischem Recht verfasste Weltkirche und die nach staatlichem Recht organisierte römisch-katholische Landeskirche des Kantons Luzern zusammengehörten und deshalb nur ein integraler Austritt aus beiden Formen der Kirche möglich sei. Ein blosser Austritt aus der römisch-katholischen Landeskirche sei ausgeschlossen, da diese öffentlich-rechtliche Körperschaft für die Katholiken nicht Kirche sei. Wegen des einheitlichen Kirchenbegriffs müsse sich der Austritt vielmehr notwendigerweise auch auf die römisch-katholische Weltkirche beziehen. Darin liege kein unverhältnismässiger Eingriff in die Religionsfreiheit, da sich der Austretende nicht im eigentlichen Sinne vom Glauben lossagen, sondern lediglich feststellen müsse, dass er nicht mehr römisch-katholisch sei.⁷

4. Wer aus der Kirche austrete, führt das Bundesgericht sodann in seiner Urteilsbegründung aus, entledige sich der Rechte und Pflichten, die er nach staatlichem Recht gegenüber der Kirche habe. Der Austritt nach staatlichem Recht erstreckte sich damit von vornherein nur auf die Kirche, soweit sie als privat- oder öffentlich-rechtliche juristische Person am staatlichen Rechtsverkehr teilnehme. Ob der Ausgetretene weiterhin einer unsichtbaren oder einer rein nach geistlichem Recht verfassten Kirche angehöre, sei aus staatlicher Sicht unbeachtlich. Beziehe sich der Austritt aber nach staatlichem Recht nur auf diese weltliche Seite, müsse er auch nur in diesem Umfang erklärt werden. Mehr zu verlangen, sei auch mit Blick auf die römisch-katholische Kirche unnötig. Denn eine Austrittserklärung, die sich auf die staatliche Organisation der Kirche beziehe, weise die erforderliche inhaltliche Klarheit auf, um im weltlichen Bereich Rechtswirkungen zu erzeugen. Die Verfassung der römisch-katholischen Landeskirche des Kantons Luzern regle die Mitgliedschaft für den weltlichen Rechtsverkehr. Dementsprechend bezögen sich auch die Begründung und Beendigung der Mitgliedschaft allein auf diese Körperschaft. Das habe zur Folge, dass es genüge, wenn sich

Mortanges (éds.), *Eglise catholique et Etat en Suisse*, 2010, S. 19 ff.; vgl. auch Urs Josef Cavelti, *Der Kirchenaustritt nach staatlichem Recht*, in: Louis Carlen (Hrsg.), *Austritt aus der Kirche – Sortir de l'église*, 1982, S. 92.

7 E. 7 des Urteils.

eine Austrittserklärung auf diese staatskirchenrechtliche Organisation als weltliches Kleid der römisch-katholischen Kirche beziehe. Es treffe zwar zu, dass die Begründung der Mitgliedschaft voraussetze, dass die betreffende Person nach kanonischem Recht der römisch-katholischen Kirche angehöre (§ 12 der zitierten Kirchenverfassung). Das Argument in der angeführten Kritik, auch das Austrittsrecht müsse sich nach der innerkirchlichen Ordnung richten und setze wegen des erwähnten einheitlichen katholischen Kirchenbegriffs einen integralen Austritt voraus, sei nicht stichhaltig. Die Religionsfreiheit garantiere die Austrittsmöglichkeit aus der staatskirchenrechtlichen Organisation – im Unterschied zum Eintritt – aus beliebigen Gründen und unabhängig von der innerkirchlichen Ordnung. Eine Anknüpfung an das kanonische Recht würde den Austritt ja auch gänzlich verunmöglichen, weil dieses einen solchen nicht kenne.

Aus diesen Gründen sei an der neuen Rechtsprechung festzuhalten, wonach ein Austritt aus der staatskirchenrechtlichen Organisation als gültig anzusehen sei und nicht zusätzlich ein Austritt auch aus der römisch-katholischen Konfession verlangt werden dürfe. Gegen diese Beurteilung sei eingewendet worden,⁸ dass sie die geltende staatskirchenrechtliche Ordnung zu unterlaufen drohe und das kirchliche Selbstbestimmungsrecht der Katholiken übermässig einschränke. Das Auseinanderfallen von staatskirchenrechtlicher und innerkirchlicher Mitgliedschaft werde allerdings nicht erst durch die kritisierte Rechtsprechung begründet, sondern ergebe sich aus dem Umstand, dass das kanonische Recht keinen Kirchenaustritt vorsehe und damit bei Austritten unvermeidlicherweise zu zwei Kategorien von Mitgliedern – den staatlicherseits Ausgetretenen und den Nichtausgetretenen – führe. Die Religionsfreiheit stehe der Übernahme der innerkirchlichen Unauslöschlichkeit der Mitgliedschaft entgegen und setze damit dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht notwendigerweise eine Schranke. Die Verweigerung eines blossen Austritts aus der staatskirchenrechtlichen Organisation würde zu einer verfassungswidrigen Zwangsmitgliedschaft all jener Katholiken führen, die – möglicherweise auch aus Glaubensgründen –

8 Dazu wird verwiesen auf: Hangartner, a. a. O., S. 990; Nay, a. a. O., S. 1162; Dieter Kraus, Schweizerisches Staatskirchenrecht – Hauptlinien des Verhältnisses von Staat und Kirche auf eidgenössischer und kantonaler Ebene, 1993, S. 179 f.; Andreas Kley, Kirchenaustritt – Austritt woraus?, recht 2008, S. 172 f.

diese weltliche Organisationsform des Katholizismus ablehnten. Die Religionsfreiheit gewährleiste jedoch – nicht anders als für Protestanten mit Bezug auf ihre Kirche – auch für Katholiken ein Recht auf Austritt aus der römisch-katholischen Landeskirche, auch wenn sie sich weiterhin zur römisch-katholischen Konfession bekennen wollten.⁹

5. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, aus verfassungsrechtlicher Sicht erweise sich demnach der Austritt aus der römisch-katholischen Landeskirche als ausreichend. Auf der Ebene des weltlichen Rechts liege deshalb selbst dann ein vollständiger und nicht bloss ein partieller Austritt vor, wenn der Austretende weiterhin der römisch-katholischen Weltkirche angehören wolle. Es bestehe damit eine vergleichbare Rechtslage wie in den deutschen Bundesländern, in denen die Kirchen öffentlich-rechtliche Körperschaften bildeten. Die massgeblichen Gesetze sähen hier vor, dass die Mitglieder «mit bürgerlicher Wirkung» aus der Kirche austreten könnten (vgl. z. B. § 26 Abs. 1 des Kirchensteuergesetzes von Baden-Württemberg vom 15. Juni 1978); eine Aufgabe der Konfession werde ebenfalls nicht verlangt.¹⁰

6. Dagegen ergebe sich aus der Religionsfreiheit, wird noch angefügt, kein Recht, den Kirchenaustritt aus der staatskirchenrechtlichen Organisation an Vorbehalte oder Bedingungen zu knüpfen. Die Austrittserklärung müsse sich auf das ganze religiöse Wirken beziehen. Ein bloss teilweiser Austritt, der sich nur auf einzelne Bereiche kirchlichen Wirkens – etwa allein auf das soziale, aber nicht das sakramentale Handeln der Kirche – beschränke, dürfe als ungültig betrachtet werden.¹¹

7. Im Übrigen sei auch ein Kirchenaustritt zulässig, der allein deshalb erfolge, um Steuern zu sparen. Allerdings erschiene ein solcher Kirchenaustritt dann als rechtsmissbräuchlich, wenn die austretende Person die von der Landeskirche finanzierten Leistungen trotz des Austritts weiterhin uneingeschränkt beanspruche. Ein solches widersprüchliches Gebaren müsse von den kirchlichen Behörden indessen nachgewiesen

9 E. 8 des Urteils.

10 E. 9 des Urteils.

11 Abs. 2 von E. 9 des Urteils.

werden. Dabei könnten sie sich nicht nur auf ein einzelnes Vorkommnis stützen, sondern sie hätten ein Verhalten zu belegen, das auf eine dauernde Absicht des Ausgetretenen schliessen lasse.¹²

IV. Bekräftigte Kritik an der neuen Rechtsprechung

Dem Bundesgericht ist zuzustimmen, wenn es in seinem Entscheid von 2012 hervorhebt, es habe allein die staatsrechtlichen Wirkungen einer Kirchenaustrittserklärung zu beurteilen, die kirchenrechtlichen seien allein Sache der Kirche. Ebenso richtig und wichtig ist die Feststellung des Bundesgerichts, einen sogenannten partiellen Kirchenaustritt gebe es auf der staatsrechtlichen Ebene nicht und könne es nicht geben.

Aus diesen Feststellungen ist jedoch nicht der Schluss zu ziehen, den das Bundesgericht im beurteilten Fall zieht, sondern der ganz gegenteilige.

Auch wird zur Bekräftigung der Richtigkeit der neuen Rechtsprechung zu Unrecht auf die gesetzliche Regelung und Rechtsprechung in Deutschland verwiesen. Auch diese besagt das Gegenteil von dem, was das Bundesgericht entschieden hat und wofür es auf diese verweist.

1. Analyse des Bundesgerichtsentscheides von 2012

Wenn richtigerweise allein die staatsrechtlichen Wirkungen einer Austrittserklärung Gegenstand des Urteils bilden können, müssen folgerichtig auch die staats- bzw. staatskirchenrechtlichen Bestimmungen, die die Zugehörigkeit zu einer öffentlich-rechtlich anerkannten Kirche oder anderen Religionsgemeinschaft regeln, Ausgangspunkt der rechtlichen Beurteilung sein. Das Bundesgericht lässt diese hingegen in seiner Begründung ganz ausser Acht. Die staats- und staatskirchenrechtlichen Regelungen knüpfen bei der Regelung der Mitgliedschaft in den öffentlich-rechtlichen Körperschaften an die Zugehörigkeit einer Person zu ihrer Kirche nach deren innerkirchlicher Ordnung an. Wenn das Bun-

12 E. 10 des Urteils.

desgericht ausführt, der Kirchenaustritt beziehe sich nach staatlichem Recht nur auf die weltliche Seite, weshalb er auch nur in diesem Umfang erklärt werden müsse, so widerspricht dies der luzernischen staatskirchenrechtlichen Regelung, die zu beurteilen war, wie auch anderen in aller Regel gleichlautenden staatskirchenrechtlichen Regelungen. Nach der Verfassung der römisch-katholischen Landeskirche Luzern gehört – wie bereits oben angeführt – der Landeskirche und Kirchgemeinde an, «wer nach kirchlicher Ordnung der römisch-katholischen Kirche angehört» und nicht erklärt hat, «der römisch-katholischen Konfession nicht mehr anzugehören». Mit der Anknüpfung an die Zugehörigkeit nach der innerkirchlichen Ordnung hat diese Regelung der Mitgliedschaft ausdrücklich eine über die weltliche/staatsrechtliche Seite hinausgehende Bedeutung, sodass nicht gesagt werden kann, eine über diese hinausgehende Erklärung sei nicht notwendig, wie es das Bundesgericht neu tut. Die staatsrechtlich massgebende Regelung impliziert vielmehr ausdrücklich das Gegenteil und lässt, nachdem die innerkirchliche Zugehörigkeit die Voraussetzung der Mitgliedschaft in der Kirchgemeinde und der Landeskirche bildet, denklogisch keine Austrittserklärung zu, die diese Voraussetzung beibehalten will.¹³

Die Missachtung der Anknüpfung der landeskirchlichen Mitgliedschaft an die kirchliche Zugehörigkeit stellt einen Eingriff in die Organisationsfreiheit der Religionsgemeinschaft dar, die 2002 in BGE 129 I 68 mit Hinweis auf Art. 72 BV zu Recht hervorgehoben wurde. Dieser Eingriff in die Religionsfreiheit erfolgt stillschweigend und so ohne zu fragen und zu prüfen, ob die verfassungsmässigen Voraussetzungen für einen solchen Grundrechtseingriff erfüllt sind.

1.1. Die Kantone, denen Art. 72 BV die Regelung des Verhältnisses zwischen Kirche und Staat überlässt, räumen den Angehörigen der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften die Befugnis ein, eine öffentlich-rechtliche Körperschaft zu bilden. Im Rahmen ihrer Organisationsfreiheit können sie in dieser Rechtsform als Kirche oder Religionsgemeinschaft tätig sein oder im Falle der römisch-katholischen Kirche deren Tätigkeit in diesem Rechtskleid unterstützen. Die Angehörigen

13 So auch das auf S. 268 angeführte Urteil des deutschen Bundesverwaltungsgerichts im Fall Zapp.

der römisch-katholischen Kirche machten im Kanton Luzern wie in anderen Kantonen in diesem zweiten Sinne davon Gebrauch, indem sie die Kirchgemeinden und die Landes- oder Kantonalkirchen gründeten. Mitglieder dieser Körperschaften sind selbstverständlich und können nur die Angehörigen der Kirche sein, deren Zwecken die Körperschaften dienen, denn das Recht, eine öffentlich-rechtliche Körperschaft zu bilden, wird ihnen dazu in ihrer Eigenschaft als Kirchenangehörige eingeräumt.¹⁴ In einzelnen Kantonsverfassungen¹⁵ und beispielsweise auch im neuen Kirchengesetz des Kantons Zürich¹⁶ regelt – weil dies unabdingbare Voraussetzung der öffentlich-rechtlichen Anerkennung ist – denn auch der Staat selber die Mitgliedschaft in der öffentlich-rechtlichen Körperschaft in der Weise, dass bei ihr Mitglied ist, wer Glied der Kirche ist. In allen Fällen bestimmen dies auch die landeskirchlichen Verfassungen grundsätzlich in gleicher Weise, wie es die römisch-katholische Landeskirche Luzern in ihrer angeführten Verfassungsbestimmung tut. Die Kantonalkirchen können dies von ihrem Sinn und Zweck her grundsätzlich auch nur so festlegen.¹⁷

Die Fragen, wer der Kirche angehört (und wer allenfalls nicht mehr) und wie sie sich organisiert, muss die Kirche selber eigenständig nach ihrem Selbstverständnis bestimmen können. Dies erheischt das aus

14 Vgl. dazu näher statt vieler: Giuseppe Nay, Schweizerischer Rechtsstaat und Religionsgemeinschaften: Hilfen und Grenzen, in: Adrian Loretan (Hrsg.), *Das Kreuz der Kirche mit der Demokratie – Zum Verhältnis von katholischer Kirche und Rechtsstaat*, Zürich 2006, S. 35 ff.; Daniel Kosch, Kirchen und kirchliche Körperschaften, in: Schweizerische Kirchenzeitung, SKZ 176 (2008), S. 426–428. – Siehe dazu auch die oben zitierten Ausführungen in BGE 129 I 68 zum sogenannten Nexus.

15 Art. 132 Constitution de la République et Canton du Jura; Art. 55 Kantonsverfassung Solothurn.

16 Vom 9. Juli 2007, in Kraft seit dem 1. Januar 2010, dessen § 3 Abs. 1 lautet: «Als Mitglied einer kantonalen kirchlichen Körperschaft und einer Kirchgemeinde gilt jede Person, die a. nach der jeweiligen kirchlichen Ordnung Mitglied der Kirche ist, b. in einer Kirchgemeinde des Kantons Zürich Wohnsitz hat und c. nicht ausdrücklich ihren Austritt oder ihre Nichtzugehörigkeit zur Kirche erklärt hat.»

17 Vgl. Giuseppe Nay, Strukturelle Entwicklungen in der staatliche Rechtsprechung und Gesetzgebung in der Schweiz, in: Libero Gerosa / Ludger Müller (Hrsg.), *Katholische Kirche und Staat in der Schweiz*, Kirchenrechtliche Bibliothek Bd. 14, Lit-Verlag Berlin und Wien 2010, S. 58/59 und 61/62; in Fn. 6 nach der französischen Ausgabe zitiert; ders., Kommentar zur Verfassung des Kantons Graubünden, Chur 2009, Rz. 11 ff., zu Art. 98.

der Religionsfreiheit fließende Selbstbestimmungsrecht der Kirche und bejaht auch das Bundesgericht, indem es zu Recht insbesondere festhält, die innerkirchlichen Wirkungen eines Austritts mit staatsrechtlicher Wirkung müsse diese selber bestimmen können.

Das Bundesgericht verletzt nun aber offensichtlich sowohl die Organisationsfreiheit der Kantonalkirchen als auch das Selbstbestimmungsrecht der römisch-katholischen Kirche selber, indem es entgegen deren Selbstverständnis die öffentlich-rechtlich anerkannten Kirchgemeinden und Landeskirchen selber als die Kirche betrachtet bzw. die Kirche auf ihre staatskirchenrechtlichen Körperschaften reduziert, wenn es erklärt, ein Austritt aus diesen sei staatsrechtlich ein vollständiger Austritt aus der Kirche. Die gleichzeitigen Aussagen, in denen dann doch von einem Auseinanderfallen der staatskirchenrechtlichen und der innerkirchlichen Mitgliedschaft gesprochen wird und gesprochen werden muss, stehen zudem in einem unauflösbaren Widerspruch dazu: Es kann nicht gleichzeitig gesagt werden, die innerkirchlichen Wirkungen des staatskirchenrechtlichen Austritts seien allein Sache der Kirche und dieser Letztere sei aber doch nicht bloss ein partieller Kirchenaustritt. Richtig ist, dass es wegen der staats- und staatskirchenrechtlich zwingenden Verknüpfung der kirchlichen Zugehörigkeit mit der staatskirchenrechtlichen Mitgliedschaft grundsätzlich keine diese Verknüpfung missachtende Erklärung eines sogenannten partiellen Kirchenaustritts geben kann. Der Kirchenaustritt mit staatsrechtlicher Wirkung ist insofern ein unvollständiger, als offen bleibt und staatsrechtlich zur Wahrung der korporativen Religionsfreiheit der Kirche oder anderen Religionsgemeinschaft bleiben muss, ob die ausgetretene Person auch innerkirchlich in jedem Fall nicht mehr als Glied der Kirche betrachtet wird.

1.2. Nachdem die Mitgliedschaft in der Kirchgemeinde und Landeskirche, wie dargelegt, staats- und staatskirchenrechtlich voraussetzt, dass die Person der entsprechenden Kirche angehört, kann diese staatsrechtlich auch folgerichtig allein mit einer Erklärung aufgehoben werden, dieser Kirche selber nicht anzugehören oder aus ihr auszutreten. Mit der Begründung, es sei unbeachtlich, ob die Person der Kirche selber angehöre, setzt sich das Bundesgericht, wie dargelegt, in einen direkten Widerspruch zur staatsrechtlichen Regelung der Mitgliedschaft in der Kirchgemeinde und der Landeskirche, die genau dies verlangt und verlangen muss. Dafür müsste sich das Bundesgericht auf verfassungsmäs-

sige Rechtfertigungsgründe berufen können. Ob solche gegeben sein könnten, prüft es in unhaltbarer Weise hingegen nicht. Der blosser Hinweis in Klammern auf Art. 36 Abs. 2 und 3 im Praxisänderungsentscheid von 2007 genügt dazu nicht.

1.3. Allein mit dem Hinweis, die römisch-katholische Kirche kenne keine Austrittsmöglichkeit,¹⁸ lässt sich der angeführte direkte Widerspruch jedenfalls nicht rechtfertigen, wie die geänderte Rechtsprechung dies versucht. Um die Religionsfreiheit zu wahren, genügt es, einen Austritt mit staatsrechtlicher Wirkung trotz der in der Kirche so nicht gegebenen Austrittsmöglichkeit zuzulassen, wie dies gemäss Lehre und bisheriger Rechtsprechung unbestritten ist. Dadurch ist die negative Religionsfreiheit des Einzelnen, die ihm auch in diesem Fall jederzeit ein Austrittsrecht einräumt, gewahrt.

Einen weiteren Eingriff in das kollektive Recht der Katholikinnen und Katholiken – das ebenso ihre Pflicht ist –, die Mitgliedschaft in ihrer Körperschaft an die Zugehörigkeit zur römisch-katholischen Kirche nach deren Selbstverständnis zu binden, rechtfertigt die gebotene Wahrung der negativen Religionsfreiheit des Einzelnen nicht. Die durch die negative Religionsfreiheit geschützte Freiwilligkeit der Kirchenzugehörigkeit wird nicht verletzt, wenn einer freiwillig in der Kirche bleibenden Person nicht erlaubt wird, den Austritt mit staatsrechtlicher Wirkung zu erklären; wer freiwillig in der Kirche bleibt, kann nicht geltend machen, er müsse unfreiwillig darin bleiben, und kann sich daher nicht auf die negative Religionsfreiheit berufen. Es kann aus diesem Grunde auch nicht von einer Zwangsmitgliedschaft gesprochen werden,¹⁹ die mit der Praxisänderung vermieden werden müsse. Wer nicht Mitglied der Landeskirche sein und keine Kirchensteuern bezahlen will, kann dies jederzeit durch Austritt aus der Kirche erreichen, und dies, auch wenn die Kirche selber das letztlich nicht vorsieht.²⁰

18 In der absoluten Weise, wie es das Bundesgericht anführt, trifft dies auch nicht zu. Im II. Vatikanischen Konzil wurde die Religionsfreiheit anerkannt, sodass niemand in der katholischen Kirche zwangsweise zurückgehalten wird. Das belegt auch ihr Umgang mit dem Kirchenaustritt mit staatsrechtlicher Wirkung: siehe S. 274.

19 *Volenti non fit iniuria*. So auch das deutsche Urteil im Fall Zapp: siehe S. 271.

20 Dazu siehe auch S. 274.

1.4. Einen Austritt allein aus der Kirchgemeinde und Landeskirche zuzulassen, selbst wenn die austretende Person – wovon im neuesten Bundesgerichtsentscheid auszugehen war – weiterhin der römisch-katholischen Kirche angehören will, führt in unzulässiger Weise zur Zulassung der Erklärung eines bloss partiellen Kirchenaustritts. Weil die Zugehörigkeit zur Kirche selber zu Recht, ja zwingend Voraussetzung für die Mitgliedschaft in der Landeskirche ist, muss konsequenterweise – entgegen dem, was im Praxisänderungsentscheid von 2007 abgelehnt wurde – zwingend verlangt werden, dass die austretende Person diese Voraussetzung als nicht gegeben erklärt oder rückgängig macht.

Wird einer Person gestattet, selber einen bloss teilweisen Austritt zu wählen und zu erklären, führt der erklärte Wille der Austrittswilligen zum bloss teilweisen Austritt, während im Fall einer Zulassung eines solchen, obwohl die Kirche einen Austritt nicht kennt, die negative Religionsfreiheit des Austretenden zu diesem Ergebnis führt und dieses rechtfertigt. Die Zulassung eines Auseinandergehens der Gliedschaft in der Kirche und der Mitgliedschaft in der Landeskirche auch allein aufgrund einer entsprechenden Willenserklärung der austrittswilligen Person lässt sich hingegen nicht rechtfertigen.

1.5. Das Bundesgericht greift mit seiner Praxisänderung, indem es erklärt, ob die austretende Person weiterhin der nach geistlichem Recht verfassten Kirche angehöre, sei unbeachtlich und so die Regelung der Mitgliedschaft durch die Landeskirchen missachtet bzw. deren Missachtung durch Austrittswillige schützt, im Gegenteil in schwerer Weise zugleich in die in der kollektiven Religionsfreiheit gründenden Organisationsfreiheit der Angehörigen einer Kirche oder anderen Religionsgemeinschaft²¹ ein. Das geschieht nicht nur ohne, sondern entgegen dem mit ihrer öffentlich-rechtlichen Anerkennung ausgewiesenen öffentlichen Interesse des Staates an den Kirchgemeinden und Landeskirchen als kirchliche Körperschaften auf personaler und territorialer Grundlage, d. h. als Gebietskörperschaften mit dem Recht, ihre Mitglieder in diesem Gebiet zu besteuern. Es erfolgt auch, ohne dass ein Schutz von Grundrechten Dritter dies gebieten würde, da die negative Religionsfreiheit der austretenden Person dies, wie dargelegt, nicht erheischt. Damit erweist

21 Siehe S. 262.

sich der Eingriff auch als unverhältnismässig. Weil die Voraussetzungen gemäss Art. 36 Abs. 2 und 3 BV für den Eingriff aber nicht erfüllt sind, erweist sich dieser als verfassungswidrig und unzulässig.

Umgekehrt erweist sich der, wenn überhaupt²² so höchstens leichte Eingriff in die individuelle Religionsfreiheit der Angehörigen einer Kirche dadurch, dass sie sich der Mitgliedschaft in der kirchlichen Körperschaft nach öffentlichem Recht und der damit verbundenen Kirchensteuerpflicht nicht entziehen können, wenn sie gleichzeitig erklären, der Kirche weiterhin angehören zu wollen, als vom mit der öffentlich-rechtlichen Anerkennung ausdrücklich erklärten öffentlichen Interesse der Kantone an dieser staatskirchrechtlichen Regelung vollständig gedeckt und ebenso verhältnismässig sowie damit auch als verfassungsmässig.

1.6. Wenn das Bundesgericht es als zulässig erklärt, aus der Kirchgemeinde und Landeskirche auszutreten und in der Kirche zu bleiben, um Kirchensteuern zu sparen, es zugleich aber als rechtsmissbräuchlich bezeichnet, gleichwohl die Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen, die die Landeskirche mit den Kirchsteuern finanziert, so stellt das eine *Contradictio in Adjecto* dar. Es wird damit etwas gleichzeitig zulässig und unzulässig erklärt, denn rechtsmissbräuchlich ist nur etwas, das unzulässig ist. Wenn es zulässig ist, in der Kirche zu bleiben, kann es nicht unzulässig sein, danach zu handeln.

Mit der (richtigen) Bejahung des Rechtsmissbrauchs öffnet das Bundesgericht überdies nicht nur ein Tor, um nach der alten ständigen Praxis einen partiellen Kirchenaustritt weiterhin in der Praxis zu Recht nicht zuzulassen, und macht so seine Praxisänderung weitgehend rückgängig. Es entkräftet zudem seine Begründung der Praxisänderung selber vollständig.

Als kohärent und zugleich allein verfassungsmässig erweist sich allein die alte Rechtsprechung, staatsrechtlich die Erklärung eines sogenannten partiellen Kirchenaustritts als unzulässig zu betrachten, womit es dann auch zutreffend ist, den dargelegten Rechtsmissbrauch zu bejahen. Ein Austritt allein aus der Kirchgemeinde und Landeskirche hält sich nicht an die anderslautende massgebende Regelung im Staats- und Staatskirchenrecht, weshalb er unrechtmässig ist. Ihn trotzdem zuzulas-

22 Siehe S. 265.

sen, verstösst, wie gesagt, gegen die verfassungsmässig garantierte Organisationsfreiheit der Landeskirchen und ihrer Kirchgemeinden. Die notwendige Wahrung dieser Garantie rechtfertigt die Einschränkung – wenn es auch hier überhaupt eine ist – der Religionsfreiheit der austrittswilligen Person, die allein darin besteht, nicht beliebig die staats- und staatskirchenrechtliche Regelung der Kirchenmitgliedschaft unterlaufen zu können.²³ Ohne diesen verfassungsmässigen Schutz ihrer Organisationsfreiheit wäre keine staats- und staatskirchenrechtliche Organisation der Kirchen und anderer Religionsgemeinschaften, wie sie das Staats- und das Staatskirchenrecht vorsehen, möglich. Ein Eingriff in die Religionsfreiheit des Einzelnen liegt daher – im Gegensatz zu jenem in die Organisationsfreiheit der Landeskirchen – im öffentlichen Interesse und ist verhältnismässig. Dieser erfüllt so ebenfalls hier die Voraussetzungen von Art. 36 Abs. 2 und 3 BV.

1.7. Aus diesen Gründen muss die Rechtsprechungsänderung weiterhin als nicht haltbar kritisiert und auch die Kritik, den Landeskirchen und ihren Kirchgemeinden werde damit ihre staats- und staatskirchenrechtliche Grundlage entzogen, aufrechterhalten werden.²⁴ Die Praxisänderung kann keine sein, weil es den Kirchgemeinden und Landeskirchen nicht zuzumuten ist, den verfassungswidrigen Eingriff in ihre Organisationsfreiheit und die gleichzeitige Aufhebung der sie allein legitimierenden Pflicht, eine grundsätzliche Einheit der Zugehörigkeit zur Kirche und der Mitgliedschaft in der Landeskirche vorzuschreiben,²⁵ hinzunehmen.

2. Die gegenteilige deutsche Rechtsprechung

Entgegen der Verweisung des Bundesgerichts auf das deutsche Recht, um seine Praxisänderung zu bekräftigen, ergibt eine Analyse des neuesten Urteils des deutschen Bundesverwaltungsgerichts,²⁶ dass die deut-

23 Auch in diesem wesentlichen Punkt gelangt das deutsche Bundesverwaltungsgericht zum gleichen Schluss; siehe S. 271.

24 So auch Yvo Hangartner, Bemerkungen zum neuesten Urteil des Bundesgerichts vom 9. Juli 2012, 2C_406/2011, AJP 11/2012 S. 1636.

25 Siehe S. 262.

26 Urteil von 26. September 2012, BVerwG 6 C 7.12 (Fall Zapp).

sche Rechtsprechung im Gegenteil die vorgebrachte Kritik an der bundesgerichtlichen Praxisänderung in allen Teilen stützt.

2.1. § 26 Abs. 1 des im Bundesgerichtsurteil von 2012 angeführten Kirchensteuergesetzes von Baden-Württemberg verlangt für den Kirchenaustritt eine eindeutige Erklärung und verbietet Bedingungen und Zusätze. Für die Auslegung dieser Bestimmung ist nach der deutschen Rechtsprechung von entscheidender Bedeutung, dass mit dem Verbot von Bedingungen und Zusätzen gerade der sogenannte «modifizierte Kirchenaustritt» unterbunden hat werden sollen. Die Erklärung muss folglich erkennen lassen, dass sich der Betroffene ernsthaft und vollständig von der Religionsgemeinschaft lossagen will. Wer von sich aus den Kirchenaustritt auf die «Körperschaft des öffentlichen Rechts» beschränkt, aber gleichwohl in einer auch für den Staat erkennbaren Weise aktives Mitglied seiner Kirche bleiben will, erfüllt die Anforderungen des Gesetzes nicht.

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist ein Kirchenaustritt demnach ganz im Gegensatz zur bundesgerichtlichen Praxisänderung unwirksam, der isoliert nur diejenigen Rechtsfolgen beseitigen will, die eine Kirchenmitgliedschaft im Bereich des staatlichen Rechts hat. Würde der Staat dem einzelnen Gläubigen die Möglichkeit eines blossen «Kirchensteueraustritts» eröffnen, verstiesse er gegen Art. 140 des Grundgesetzes in Verbindung mit Art. 137 Abs. 6 der Weimarer Reichsverfassung. Danach sind diejenigen Religionsgesellschaften, die Körperschaften des öffentlichen Rechtes sind, dazu berechtigt, Kirchensteuern auf der Grundlage der staatlichen Steuerlisten zu erheben. Diese Gewährleistung steht einem reinen «Kirchensteueraustritt» entgegen.

Von den staatlichen Gerichten nicht zu entscheiden ist auch nach der deutschen Rechtsprechung nicht die Frage, welche Folgerungen die Kirchen aus einer gegenüber den staatlichen Stellen abgegebenen Kirchenaustrittserklärung ziehen. Ob es eine Kirchenmitgliedschaft ohne Kirchensteuerpflicht geben kann, ist allein eine innerkirchliche Angelegenheit, die im Fall der katholischen Kirche nach kanonischem Recht zu entscheiden ist.²⁷

27 Zusammenfassung gestützt auf das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 4. Mai 2010, 1 S 1953/09 (ebenfalls Fall Zapp).

2.2. Im angeführten Urteil zum bekannten Fall Zapp waren der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg und das Bundesverwaltungsgericht lediglich in der Frage, welche Bedeutung dem Zusatz in der Austrittserklärung zukomme, gegenteiliger Meinung. Im entsprechenden Formular hatte der Standesbeamte auf Wunsch von Zapp in der Rubrik «Erklärung» unter der Überschrift «Rechtliche Zugehörigkeit zu einer Kirche, Religionsgesellschaft oder Weltanschauungsgemeinschaft» eingetragen: «römisch-katholisch, Körperschaft des öffentlichen Rechtes» und darunter: «Ich trete aus der angegebenen Religionsgesellschaft oder Weltanschauungsgemeinschaft aus.»

Während der Verwaltungsgerichtshof diesen Zusatz als unzulässig erachtete und so die Bescheinigung des Kirchenaustritts aufhob, kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, der Zusatz dürfe im gemäss Gesetz formalisierten Verfahren keine Beachtung finden, weshalb der Austritt wirksam und zu Recht bescheinigt worden sei. Damit würden, so das Bundesverwaltungsgericht, die Standesbeamten der Schwierigkeiten enthoben, die mit der Auslegung unklarer Erklärungen häufig verbunden seien, dies zumal in einem Bereich, der wegen der gerade für Nichtspezialisten häufig schwer zu überblickenden Gemengelage von staatskirchenrechtlichem und innergemeinschaftlichem Recht und wegen der Gefahr, in die inneren Angelegenheiten einer Religionsgemeinschaft hineinzuwirken oder auch nur diesen Anschein zu erwecken, besondere Probleme aufwerfe. Allein auf diese Weise sei sichergestellt, dass die Religionsgemeinschaft selber, wie das die Glaubensfreiheit verlange, entscheiden könne, ob eine Mitgliedschaft ohne Kirchensteuerpflicht nach ihrem innergemeinschaftlichen Recht und ihrem theologischen Selbstverständnis möglich sei oder nicht.

Beim Vergleich der schweizerischen mit der deutschen Rechtsprechung muss dieser für das Ergebnis im konkreten Fall einer Austrittserklärung bedeutsame Unterschied beachtet werden: Deutschland formalisiert aufgrund einer Gesetzesregelung auf der Ebene der Länder das Austrittsverfahren streng, wofür aber in der Schweiz eine entsprechende gesetzliche Grundlage fehlt. Allein aus diesem Grund war der Zusatz im Fall Zapp mit der Bedeutung, in der Kirche bleiben zu wollen, nicht zu berücksichtigen und seine Erklärung, aus der Körperschaft öffentlichen Rechts auszutreten, wurde allein aus diesem Grund als zulässig betrachtet. Wäre dieser zu berücksichtigen gewesen, wäre die Erklärung gemäss der weiteren Urteilsbegründung unzulässig erklärt worden.

2.3. Das deutsche Bundesverwaltungsgericht führt nämlich weiter aus, der Austrittswillige werde allenfalls geringfügig in seiner Freiheit beschränkt, sein Bekenntnis zu äussern, wenn ihm für einen wirksamen Austritt aus einer Religionsgemeinschaft mit Wirkung für den staatlichen Bereich eine Erklärung abverlangt werde, die sich auf die Religionsgemeinschaft beziehe und davon absehe, zwischen dem Austritt aus der Körperschaft des öffentlichen Rechts und dem Verbleib in der Religionsgemeinschaft als einer Glaubensgemeinschaft zu unterscheiden. Diese Beschränkung sei durch die Rechtswerte von Verfassungsrang gemäss Art. 140 des Grundgesetzes (GG) in Verbindung mit Art. 137 Abs. 5 der Weimarer Verfassung (WRV) gedeckt.

Diese Auslegung der staatlichen Normen über den Kirchenaustritt beeinträchtigt gemäss dem Urteil Zapp des Bundesverwaltungsgerichts auch die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit des Betroffenen aus Art. 4 Abs. 1 GG nicht. Austrittswillige Mitglieder einer Religionsgemeinschaft würden nicht zu einer Erklärung genötigt, die mit ihrer Glaubensfreiheit unvereinbar sei, wenn sie vorbehaltlos den Austritt aus ihrer Religionsgemeinschaft erklären müssten, auch wenn sie nur die staatlichen Wirkungen der Mitgliedschaft beenden wollen. Die grundrechtlichen Gewährleistungen der negativen Bekenntnisfreiheit und der negativen Vereinigungsfreiheit im religiösen Bereich sowie das objektive Prinzip der staatlichen Neutralität forderten die Freiwilligkeit der Mitgliedschaft. Solle die Mitgliedschaft nach der abgegebenen Erklärung freiwillig fort-dauern, werde von der negativen Glaubensfreiheit nicht Gebrauch gemacht. Solange die Mitgliedschaft in der Religionsgemeinschaft nicht in-frage gestellt werde, könne der Staat die Wirkungen der Mitgliedschaft in seinem Bereich nicht zurücknehmen, ohne die verfassungsrechtlich ga-rantierten Rechte der Religionsgemeinschaft zu verletzen.

Der Staat müsse daher den Austritt aus der Religionsgemeinschaft und damit die Beendigung der Mitgliedschaft in ihr zur Voraussetzung dafür machen, dass deren Wirkungen im staatlichen Bereich einträten. Er könne nicht von den Wirkungen der Mitgliedschaft im staatlichen Bereich befreien, ohne dass eine auf die Beendigung der Mitgliedschaft gerichtete Erklärung vorliege, die jedenfalls die Freiwilligkeit der weite-ren Mitgliedschaft aufhebe, auch wenn die Mitgliedschaft selbst nach dem innergemeinschaftlichen Recht nicht beendet werden könne. Der Staat müsse zum anderen sicherstellen, dass die ebenfalls verfassungs-rechtlich verbürgten Körperschaftsrechte der Religionsgemeinschaft, die

an die Mitgliedschaft in ihr anknüpfen, nicht stärker beschränkt würden, als es zur Gewährleistung der (negativen) Glaubensfreiheit des Einzelnen erforderlich sei.

V. Fazit

Wie das Bundesgericht im Entscheid von 2007 und auch das deutsche Bundesverwaltungsgericht zutreffend ausführen, ist es aus Gründen der Religionsfreiheit einer Kirche oder anderen Religionsgemeinschaft diesen zu überlassen, welche Folgen ein aus Gründen der Religionsfreiheit des Einzelnen staatsrechtlich anerkannter Austritt von ihrer Lehre her und kirchenrechtlich hat. Die Kirche erkennt eine freiwillig in der Kirche verbleibende Person ohne Weiteres als ihr zugehörig an. Auch einer freiwillig in der Kirche verbleibenden Person den Austritt staatsrechtlich zu gestatten, bedeutet deshalb, entgegen der Praxisänderung des schweizerischen Bundesgerichts und im Einklang – abgesehen von ihrem streng formalisierten Verfahren – mit der deutschen Rechtsprechung die staatsrechtlich stipulierte unabdingbare Einheit kirchlicher und staatskirchenrechtlicher Mitgliedschaft in verfassungswidriger Weise zu missachten. Niemand kann staatsrechtlich gesehen Glied der römisch-katholischen Kirche, nicht aber Mitglied der Landeskirche sein. Nur kirchenrechtlich kann eine Person der Kirche angehören, nicht aber gleichzeitig auch der staatskirchenrechtlichen Körperschaft,²⁸ nämlich im Falle des Austritts aus der römisch-katholischen Kirche, die einen solchen aber nicht kennt.²⁹

Zusammengefasst kann daher für die schweizerische Praxis festgehalten werden:

1. Nur eine Erklärung, die darauf ausgerichtet ist, aus der gemäss ihrer Lehre und ihrem innerkirchlichen Recht verfassten römisch-katholischen Kirche auszutreten, darf als Kirchenaustritt mit staatsrechtlicher Wirkung anerkannt werden.

28 So auch das Urteil des deutschen Bundesverwaltungsgerichts in der Sache Zapp, Ziffer 27.

29 Dazu jedoch noch näher S. 274 ff.

2. Als unzulässig zu betrachten ist insbesondere eine Erklärung, nur aus der Kirchgemeinde und Landeskirche – um Kirchensteuern zu sparen oder aus welchen Gründen auch immer – auszutreten, aber in der Kirche zu bleiben.

3. Als zulässig gelten muss hingegen eine einfache Erklärung, aus der Kirchgemeinde und der Landeskirche auszutreten. Diese ist jedoch gemäss der massgebenden staatsrechtlichen Regelung als Austritt aus der Kirche selbst zu verstehen und nur als solche anzuerkennen. Darauf ist nötigenfalls hinzuweisen und darf im Einklang mit der Religionsfreiheit hingewiesen werden.

Damit wird eingeräumt, dass ältere Entscheide des Bundesgerichts oder eine entsprechende Praxis zu weit gingen, soweit auch eine einfache Erklärung, aus der Kirchgemeinde oder Landeskirche auszutreten, als unbeachtlich betrachtet wurde. Im Entscheid von 2002 bestätigte das Bundesgericht dies jedoch nicht, sondern erklärte, es dürfe keine Erklärung verlangt werden, dass aus der Kirche selber ausgetreten werde. In Übereinstimmung damit und gleich wie in Deutschland ist es als mit der Religionsfreiheit nur vereinbar zu betrachten, eine Erklärung, aus der Kirchgemeinde oder der Landeskirche auszutreten, entsprechend der staatskirchenrechtlichen Regelung folgerichtig als Erklärung des Austritts aus der Kirche zu betrachten. Die austrittswillige Person ist dabei hingegen darauf hinzuweisen, dass dies die Folge der staatskirchenrechtlichen Mitgliedschaftsregelung ist und dass die Erklärung dem zuständigen Pfarramt als Kirchenaustritt weitergeleitet werde. Dadurch wird Klarheit geschaffen und vermieden, von der austretenden Person selber zu verlangen, in dieser Weise aktiv zu werden, und so nur soweit als notwendig in ihre Religionsfreiheit eingegriffen.

4. Es empfiehlt sich danach eine Regelung der Mitgliedschaft in der römisch-katholischen Kirchgemeinde und in der Kantonalkirche wie folgt:

- Mitglied der Kirchgemeinde ist, wer der römisch-katholischen Kirche angehört.
- Eine Erklärung, aus der Kirche auszutreten, ist an das Pfarramt oder an den Kirchgemeindevorstand zu richten, der diese als Austritt aus der Kirche mit staatskirchenrechtlicher Wirkung registriert und an das Pfarramt weiterleitet.

- Eine Erklärung, aus der Kirchgemeinde oder der Kantonalkirche auszutreten, gilt als solche, aus der Kirche auszutreten, worauf hinzuweisen ist.
- Eine Austrittserklärung, die mit einer Erklärung verbunden ist, der Kirche weiterhin angehören zu wollen, ist unzulässig.

VI. Postscriptum: innerkirchliche Folgen des staatskirchenrechtlich angenommenen Kirchenaustritts

Obwohl es, wie dargelegt, staats- und staatskirchenrechtlich offen bleiben muss, ob die mit staatsrechtlicher Wirkung ausgetretene Person in jedem Fall innerkirchlich auch nicht mehr als Glied der Kirche angesehen wird,³⁰ ist es im System der öffentlich-rechtlichen Anerkennung nicht ohne Bedeutung, wie sich die römisch-katholische Kirche dazu verhält.

1. «Zweifelsohne verletzt der Kirchenaustritt mit dem Ziel, sich von der Kirchensteuerpflicht zu befreien, die Erfüllung zweier Grundpflichten jedes/jeder Gläubigen, nämlich die Pflicht, auch im «eigenen Verhalten immer die Gemeinschaft mit der Kirche zu wahren» (c. 209), und die Pflicht zur finanziellen Unterstützung der Kirche für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben (c. 222 § 1).»³¹ Darauf stützt sich die Deutsche Bischofskonferenz ausdrücklich in einem kurz vor dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts im Fall Zapp erlassenen Dekret³² ab, welches vom Vatikan bestätigt wurde. Es legt die kirchlichen Rechtsfolgen dar, die jeder Kirchenaustritt nach sich zieht: Verbot des Empfangs der Sakramente der Busse, Eucharistie, Firmung und Krankensalbung sowie die Unmöglichkeit, kirchliche Dienste und Ämter wahrzunehmen.

Die Richtlinien der Bistümer Basel und Chur, die nach der Praxisänderung, die das Bundesgericht vornahm, geschaffen wurden, gehen

30 Siehe S. 264.

31 So Sabine Demel, Handbuch Kirchenrecht – Grundbegriffe für Studium und Praxis, 2. Aufl. Freiburg i. Br. 2013, S. 318, gestützt auf die angeführten can. des Codex iuris canonici (CIC).

32 Allgemeines Dekret der Deutschen Bischofskonferenz zum Kirchenaustritt vom 20. September 2012.

ebenfalls von einer Verletzung der Solidaritätspflicht und der in den Kirchensteuern konkretisierten Beitragspflicht aus, regeln ein Verfahren, um ein Auseinanderfallen von kirchlicher und staatskirchenrechtlicher Mitgliedschaft zu vermeiden, und lassen – mit unterschiedlichen Akzentsetzungen – in Ausnahmefällen eine Erfüllung der Beitragspflicht mit Beiträgen in einen Solidaritätsfonds des Bistums zu.³³

Nicht ausgeschlossen ist, dass der staatskirchenrechtlich angenommene Kirchenaustritt als ein Abfall von der Kirche betrachtet wird und zur Exkommunikation führt.³⁴

2. Die Solidaritätsfonds sind nur soweit haltbar, als sie nur für besondere Ausnahmefälle gelten und die Kirche in der Deutschschweiz einheitlich den sogenannten partiellen Kirchenaustritt wie die Bischofskonferenz in Deutschland konsequent grundsätzlich ablehnt. Diesen entgegen den eigenen Richtlinien nicht nur in besonders begründeten Fällen zulassen zu wollen, wie Äusserungen aus dem Bistum Chur neu immer wieder zu entnehmen ist, und gleichzeitig die Gelder aus den Kirchensteuern entgegenzunehmen, stellt ein *venire contra factum proprium* dar.³⁵ Solch unhaltbares Verhalten bleibt nur solange ohne Folgen, als wie bis anhin nur sehr wenige sogenannten partielle Kirchenaustritte zu verzeichnen sind. Diese werden auch weiterhin sehr wenige bleiben, wenn die Landeskirchen und ihre Kirchgemeinden auf ihrer Organisationsfreiheit, wie die Bundesverfassung und die Kantonsverfassungen sie ihnen garantiert, bestehen. Sie können sich, wenn notwendig, dafür beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte auf Art. 9 EMRK berufen.

33 Kirchenaustritt: Sogenannter «modifizierter» oder «partieller» Kirchenaustritt – Wegleitung für Verantwortliche in Pfarreien und Kirchgemeinden des Bistums Basel vom 22. Oktober 2009; Richtlinien für den Umgang mit Personen, die erklären, aus der Kirchgemeinde bzw. aus der kantonalen Körperschaft auszutreten, aber katholische Gläubige bleiben zu wollen des Bistums Chur vom 20. August 2009. – Solche Richtlinien kennen auch das Bistum Lausanne-Genf-Freiburg für den Kanton Freiburg und das Bistum St. Gallen. – Siehe auch das Positionspapier der Römisch-Katholischen Zentralkonferenz der Schweiz vom 10. Dezember 2009: Glaube, Kirchenzugehörigkeit und finanzielle Solidarität gehören zusammen – Bericht und Empfehlungen der RKZ zum «partiellen Kirchenaustritt» und ihr Schreiben vom 17. August 2012 zum BGE von 2012 an ihre Mitglieder.

34 Näher dazu Demel, a. a. O. (Fn. 29), S. 319 ff.

35 Siehe auch die insoweit zutreffenden Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid 2012 von Andreas Kley in: ZBL 3/2013 S. 164 f.

3. Auch die kirchenrechtlichen Vorschriften wahren soweit als nur möglich die Einheit zwischen Zugehörigkeit zur Kirche und Mitgliedschaft in den öffentlich-rechtlichen Körperschaften der Landeskirchen und ihrer Kirchgemeinden. Sie zeigen auf, dass das Ergebnis der staatskirchenrechtlichen Regelung des Kirchenaustritts, einen Austritt aus der Körperschaft, um in der Kirche mit dem Recht auf deren Dienstleistungen aber ohne Kirchensteuerpflicht zu bleiben, nicht zuzulassen, sich mit den innerkirchlichen Folgen weitestgehend decken. Abweichungen in ganz besonderen Ausnahmefällen vermögen diese Einheit nicht infrage zu stellen. Umso mehr als sich die Regelungen decken, erweist sich das staatskirchenrechtliche Ergebnis, auch was die Bejahung des Rechtsmissbrauchs betrifft,³⁶ als im Lichte der Religionsfreiheit in allen Teilen gerechtfertigt.

Die kirchenrechtliche Regelung belegt, dass die staatskirchenrechtlichen Körperschaften für die Kirche von Belang sind, indem der Austritt aus diesen kirchenrechtliche Folgen hat, wie sie die Deutsche Bischofskonferenz mit der Zustimmung des Vatikans konkretisiert hat. Darin zeigt sich auch die tatsächliche Anerkennung der Verknüpfung von kirchlicher Zugehörigkeit und körperschaftlicher Mitgliedschaft seitens der Kirche, die eine wesentliche Grundlage für die Legitimation der öffentlich-rechtlichen Anerkennung darstellt.³⁷ Wenn Einzelstimmen kirchlicherseits einwenden, die öffentlich-rechtlichen Körperschaften widersprächen theologisch und dogmatisch dem Wesen der römisch-katholischen Kirche, so geht das an der Sache vorbei. Die kirchlichen Körperschaften nehmen gar nicht in Anspruch, «die Kirche» (im verfassungsrechtlichen Sinn) zu sein, weshalb dies auch kein Argument gegen das geltende und auch seitens der Kirche anerkannte System der öffentlich-rechtlichen Anerkennung der Kirchgemeinden und Kantonalkir-

36 Siehe S. 267.

37 Im Entscheid von 2002 erachtet das Bundesgericht den sogenannten Nexus «jedenfalls solange als zulässig», als die Organe der Religionsgemeinschaft diesen nicht ablehnen (Ziffer 1 oben). Unerörtert bleibt damit die Frage, was zu gelten hätte, wenn der Nexus seitens der Kirchenleitung ausdrücklich verneint würde. Der Staat würde den Mitgliedern der Körperschaft aus Gründen der Religionsfreiheit letztlich nicht untersagen können, auch entgegen den Auffassungen der Kirchenleitung vereinigt zu bleiben. Dies führte dann allerdings wohl zu einer Kirchenspaltung und damit verbunden zu einer neuen Beurteilung der Voraussetzungen der öffentlich-rechtlichen Anerkennung.

chen sein kann. Stichhältig abgelehnt werden könnten die öffentlich-rechtlichen Körperschaften seitens der Kirche, wenn nach ihrer Lehre und ihrem Kirchenrecht ihren Angehörigen eine Vereinigung zur Unterstützung der Kirche in deren Sinne nicht erlaubt wäre. Das wird jedoch nicht geltend gemacht, vielmehr sieht das Kirchenrecht durchaus diese Möglichkeit vor.³⁸

Der Staat anerkennt vorab die Kirchen und Religionsgemeinschaften als solche nach ihrem Selbstverständnis öffentlich-rechtlich,³⁹ was in der Schweiz die Basis dafür bildet, den Angehörigen dieser Religionsgemeinschaften die Bildung einer auf diese ausgerichteten und deren Zwecken dienenden Körperschaft zu bilden als eine staatsrechtliche Rechtsform für weltliche Belange der Kirche wie insbesondere ihre Finanzierung. In der Deutschschweiz haben sich die Landes- oder Kantonalkirchen nach demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätzen zu organisieren und zu handeln, während in Deutschland im Wesentlichen allein ein aus Gründen der negativen Religionsfreiheit abweichend geregeltes Austrittsrecht die Körperschaft von der Kirche unterscheiden lässt.⁴⁰ Mit dieser Abweichung deckt sich auch die öffentlich-rechtliche Körperschaft *sui generis* in Deutschland nicht mit der Kirche nach ihrem theologischen und dogmatischen Verständnis. Würden die Landeskirchen und ihre Kirchengemeinden in der Schweiz seitens der römisch-katholischen Kirche aus theologischen und dogmatischen Gründen schon im Ansatz ganz grundsätzlich abgelehnt, müsste dies in gleicher Weise gegenüber der Körperschaft öffentlichen Rechts in Deutschland erfolgen. Beides kann die römisch-katholische Kirche jedoch nicht tun,

38 Demel, a. a. O. (Fn. 29), S. 417 ff., legt dar, dass auch die demokratischen Strukturen der schweizerischen staatskirchenrechtlichen Körperschaft erlauben, sie im Kirchenrecht zu verorten und sie so als kirchenrechtliche Institutionen anzuerkennen, nämlich als Gemeinschaften im vereinsrechtlichen Sinn; sie können «auf allen Ebenen als kirchliche Vereine gemäss c. 215 verstanden werden».

39 Vgl. dazu Giusep Nay, Selbstverständnis, Selbstbestimmungsrecht und öffentlich-rechtliche Anerkennung – Voraussetzungen der Anerkennung weiterer, auch islamischer Religionsgemeinschaften, in: René Pahud de Mortanges / Erwin Tanner (Hrsg.), *Muslims und schweizerische Rechtsordnung/Les musulmans et l'ordre juridique*, Fribourg 2002, S. 113 ff.; ders., zur ausdrücklichen Regelung einer gestuften öffentlich-rechtlichen Anerkennung im Kanton Graubünden, Kommentar zur KV GR (Fn. 16), Rz. 4 ff. zu Art. 98.

40 Näher zu den Unterschieden zwischen der Deutschschweiz und Deutschland: Demel, a. a. O. S. 316 ff., S. 365 ff. und S. 412 ff.

ohne damit staatliches Recht, das seit Langem nicht zu leugnender Bestandteil der irdischen Wirklichkeiten bildet, gänzlich abzulehnen bzw. ihr eigenes kirchliches Recht in jedem Falle über staatliches Recht zu stellen. Dies stellt jedoch einen Anspruch dar, der als endgültig überwunden gilt, und den sie auch nicht weiter erhebt. Das angeführte, durch den Vatikan genehmigte Dekret der Deutschen Bischofskonferenz ist beredtes Zeugnis dafür.

4. Auf Anregung des Apostolischen Stuhls und der Schweizerischen Bischofskonferenz fand am 3. und 4. November 2008 in Lugano eine wissenschaftliche Tagung mit dem Thema «Katholische Kirche und Staat in der Schweiz» statt. Daran nahmen hohe Vertreter des Apostolischen Stuhls und alle schweizerischen Bischöfe teil, die Fachleute aus dem Bereich des Kirchenrechts und des Staatskirchenrechts zu Vorträgen mit anschließender Diskussion eingeladen hatten. Die Vorträge und weiteren Stellungnahmen und Voten sind in einem Tagungsband publiziert worden.⁴¹ Im Anschluss daran setzte die Schweizerische Bischofskonferenz eine Kommission ein, die neben der grundsätzlichen Frage der kirchenrechtlichen Verortung der staatskirchenrechtlichen Körperschaften auch jene des Kirchenaustritts zuhanden der Bischofskonferenz behandeln sollte. Inzwischen liegt allein ein von einer Fachkommission erarbeitetes «Vademecum für die Zusammenarbeit von katholischer Kirche und staatskirchenrechtlichen Körperschaften» vor.⁴² Zur Frage des Kirchenaustritts fehlen hingegen nach wie vor Entscheide der Bischofskonferenz. Diese sollten hingegen nicht länger auf sich warten lassen.

41 Angeführt in Fn. 17 (deutsche Ausgabe) und Fn. 6 (französische Ausgabe).

42 Siehe: <<http://www.bischoefe.ch/dokumente/communiques/erklarung-von-bischof-buechel-zum-vademecum>>. Die Bischofskonferenz machte sich den Inhalt des Vademecum «zu eigen», überliess es zunächst den Bischöfen «zur Umsetzung» und erklärte dann aber, es bilde eine Diskussionsgrundlage. Die Churer Bistumsleitung hatte dieses, obwohl darin eine verbindliche Zusammenarbeit mit den Körperschaften im Zentrum steht, einseitig als Ablehnung der kantonalen kirchlichen Körperschaften und ihrer Kirchgemeinden kommuniziert, wovon sich die Bischofskonferenz distanzierte. Das Vademecum verfehlt jedoch das Ziel einer kirchenrechtlichen Verortung der kantonalen kirchlichen Körperschaften und ihrer Kirchgemeinden nicht nur, es werden vielmehr staatskirchenrechtlich nicht haltbare und auch mit der vom II. Vatikanischen Konzil und von Papst Franziskus hervorgehobenen Volkskirche unvereinbare Aussagen gemacht.