

## I. Vorbemerkung

Erstaunlich war es schon, daß die Schriftleitung der NJW in einem der Julihefte des Jahres 1985 den Beschluß einer kirchlichen *Schlichtungsstelle* der Diözese Berlin gleich über mehrere Seiten veröffentlichen ließ<sup>1</sup>. Nicht, daß diese Schriftleitung den Kirchen und ihrer Spruchpraxis fremd oder gar feindlich gegenüberstehe – ganz im Gegenteil; dennoch mußte sich ein Gefühl der Verwundung einschleichen, ob der Frage, warum in dieser renommierten Zeitschrift erstmals so ausführlich eine Entscheidung eines kirchlichen Gerichts<sup>2</sup> abgedruckt wurde. Dennoch – die Schriftleitung hatte mit dieser ihrer Entscheidung recht; denn bei näherem Hinsehen handelt es sich hier um einen eminent wichtigen und folgenreichen Beschluß, der nicht nur für kirchenrechtliche Spezialisten, sondern gerade wegen ihrer Ausführungen zum Gesetzes- und Normenkontrollbegriff auch für „weltliche“ Juristen von Bedeutung sein dürfte.

Dieser Aufsatz will deshalb Hintergründe, Inhalte und Probleme dieses Beschlusses herausarbeiten, um aufzuzeigen, daß hier trotz mutiger Argumentation eine fatale Fehlentscheidung vorliegt.

## II. Der Streitgegenstand

Normativer Angelpunkt des Beschlusses bildet die Mitarbeitervertretungsordnung (im folgenden: MAVO) der Diözese Berlin<sup>3</sup>, wie sie auf der Grundlage einer von dem Verband der Diözesen Deutschlands (VDD) zuvor entwickelten Rahmenordnung am 1. 11. 1977 in Kraft getreten ist<sup>4</sup>. Die MAVO der einzelnen Diözesen gilt als Pendant zum staatlichen Betriebsverfassungs- bzw. Personalvertretungsrecht, da sie die Modalitäten einer inner-„betrieblichen“ Mitbestimmung kirchlicher Arbeitnehmer regelt. Diese Regelungen dürfen Kirchen autonom treffen, da sie gem. §§ 118 II BetrVG; 112 BPersVG nicht an die staatlichen Betriebsverfassungsgesetze gebunden sind, sondern vielmehr gem. Art. 140 GG i. V. mit Art. 137 III 1 WRV frei darüber bestimmen können, „ob und in welcher Weise die Arbeitnehmer und ihre Vertretungsorgane in Angelegenheiten des Betriebs, die ihre Interessen berühren, mitwirken und mitbestimmen.“<sup>5</sup>

Trotz dieser sehr weitreichenden Regelungsautonomie der Kirchen im kollektiven Arbeitsrecht wurden in die MAVO der katholischen Diözesen zahlreiche Bestimmungen insbesondere des BPersVG fast wortgleich über-

## Normenkontrolle im kirchlichen Arbeitsrecht

### Zum Beschluß der Kirchlichen Schlichtungsstelle Berlin vom 13. 3. 1984 (NJW 1985, 1857)

Von wiss. Ass. Dr. Thomas Hoeren, Münster

Schon seit Jahrzehnten verfügen die Kirchen über ein eigenes Kollektivarbeitsrecht, dessen Auslegung über kirchliche Schlichtungsstellen erfolgt. Die Tätigkeit dieser Schlichtungsstellen ist bislang kaum untersucht. Im folgenden soll daher anhand einer Entscheidung der Schlichtungsstelle Berlin skizziert werden, wie diese Organe verfahren und welche Grenzen ihrer Praxis gesetzt sind.

1) *Bischof, Schlichtungsstelle Berlin*, Beschl. v. 13. 3. 1984 – 6-83MAVO = NJW 1985, 1862.

2) Vgl. nur die zahlreichen Beiträge in NJW 1983, Heft 45.

3) Zur Bezeichnung der Schlichtungsstellen als „kirchliche Gerichte“ vgl. *Dürs*, Kollektivrechtliche Fragen des kirchlichen Dienstes, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, hrsgg. v. *Krautheide-Marek*, Bd. 18 (1984), 67 (104f.).

4) Mitarbeitervertretungsordnung v. 1. 11. 1977, veröffentl. in ABl des Bischofs, Ordinariats Berlin Nr. 12 v. 1. 12. 1977, 95f.

5) Weitere Nachw. auch zum Mitarbeitervertretungsrecht der evangelischen Landeskirchen finden sich u. a. bei *Brimann*, Betriebliche Mitbestimmung im kirchlichen Dienst, Königsstein 1982, 221ff. Inzwischen wurde die MAVO gründlich überarbeitet und eine neue Rahmenordnung vom Verband der Diözesen Deutschlands vom 25. 11. 1985 beschlossen (kostenlos zu beziehen als Arbeitshilfe Nr. 47 beim Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, Kaiserstr. 163, 53001 Bonn 1). – Durch diese Novellierung ändert sich aber nichts an dem Beschl. der *Schlichtungsstelle Berlin* zugrunde liegenden Rechtslage, da nach § 8 II Nr. 3a der neuen MAVO nichtkirchliche Mitarbeiter, die aus ihrer „Kirche“ austreten, ohne einer neuen beizutreten, nicht mehr Mitarbeitervertreter werden können.

6) *BetrVG* 46, 73 (94); vgl. auch *Dürs* (o. Fußn. 3), 72f. m. w. Nachw., *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, 2. Aufl. (1992), 214f. m. w. Nachw., *Bernards*, Die Schlichtungsstelle im Mitarbeitervertretungsrecht der katholischen Kirche, Neuwied 1991, 11f.

nommen. So wählen kirchliche Arbeitnehmer wie ihre staatlichen Kollegen in allen kirchlichen Einrichtungen – unabhängig von deren Rechtsform – Personalvertretungen (in der MAVO „Mitarbeitervertretungen“ genannt), die bei Entscheidungen des Dienstgebers in verschiedenster Weise mitwirken können. Darüber hinaus kann bei Auseinandersetzungen mit kirchlichen Dienstgebern eine unabhängige Schlichtungsstelle angerufen werden, die weitaus größere Kompetenzen als die Einigungsstelle des Personalvertretungsrechts hat<sup>7</sup>. Trotz dieser Parallelen zum staatlichen Recht finden sich aber mehrere Unterschiede, die aus dem Selbstverständnis der Kirche resultieren: Unabhängig von der jeweiligen Konfession versteht sich Kirche als Dienstgemeinschaft, die alle ihre Mitarbeiter mit Blick auf ihren spezifischen Sendungsauftrag integriert und umfaßt. Die der MAVO vorangestellte Präambel betont die von allen kirchlichen Mitarbeitern geforderte „Bereitschaft zu gemeinsam getragener Verantwortung und vertrauensvoller Zusammenarbeit unter Beachtung der Eigenheiten, die sich aus dem Auftrag der Kirche und in der besonderen Verfaßtheit ergeben.“<sup>8</sup> Eine entscheidende und umstrittene Ausprägung dieses spezifisch kirchlichen Dienstverständnisses stellen die Bestimmungen über das passive Wahlrecht dar, die den Ausgangspunkt für den Beschluß der *Schlichtungsstelle Berlin* bildeten. So darf ein kirchlicher Arbeitnehmer u. a. nicht in die Mitarbeitervertretung gewählt werden, wenn er „aufgrund kirchenrechtlicher Bestimmungen kein kirchliches Wahlamt einnehmen“ kann (§ 8 III Nr. 3 MAVO). Diese Vorschrift gilt gem. § 8 III MAVO „für Mitarbeiter, die nicht der Katholischen Kirche angehören... entsprechend.“<sup>9</sup>

### III. Der Sachverhalt und die Entscheidung

Reichweite und Wirksamkeit dieser Vorschriften standen in dem von der *Bischöflichen Schlichtungsstelle Berlin* zu entscheidenden Fall zur Diskussion: In einem Katholischen Krankenhaus war ein Bediensteter in die Mitarbeitervertretung gewählt worden, obwohl er schon im Zeitpunkt der Aufnahme in die Kandidatenliste aus der evangelischen Kirche ausgetreten und insofern konfessionslos gewesen war. Die kirchlichen Dienstgeber begehren deshalb, daß die Mitarbeitervertretung seitens der Schlichtungsstelle für ungültig erklärt und eine Wiederholung der Wahl angeordnet werde; denn ein aus der evangelischen Kirche Ausgetretener könne kein kirchliches Wahlamt mehr ausüben und sei deshalb aufgrund des § 8 III MAVO auch nicht zum Mitarbeitervertreter wählbar.

Die Schlichtungsstelle bestätigte zunächst ihrerseits dieses Ergebnis: § 8 III MAVO verbiete die Wahl eines Konfessionslosen zum Mitarbeitervertreter, da dort und in § 8 III Nr. 3 MAVO nur auf „konstitutionelle Mitglieder“<sup>10</sup> irgendeiner Religionsgemeinschaft als wählbare Kandidaten abgestellt sei. Dennoch sei § 8 III MAVO eine nichtige Bestimmung und hier deshalb nicht anwendbar, da wesentliche Merkmale eines kirchlichen Gesetzes hier nicht vorhanden seien<sup>11</sup>. Die *Schlichtungsstelle* wies mit dieser Begründung das Begehren der kirchlichen Dienstgeber zurück und lehnte deren Anträge ab: die Mitarbeitervertreterwahl blieb somit ungültig.

### IV. Die Entscheidungsgründe

Die *Schlichtungsstelle* ging davon aus, daß es im kirchlichen Bereich eine inzidente, auf den konkreten Fall bezogene Normenkontrolle geben könne<sup>12</sup>. Maßstab für eine

solche Normenkontrolle seien die inneren Wesensmerkmale eines kirchlichen Gesetzes, wie sie von der Kanonistik des Mittelalters entwickelt worden sind. Zu diesen Merkmalen gehört – wie die *Schlichtungsstelle* unter Berufung auf *Listl* betonte – auch die materielle Qualifikation eines Gesetzes als vernunftmäßige Anordnung, wonach kirchliche Gesetze „ihrem Inhalt nach sittlich gut, gerecht, naturgemäß, notwendig, nützlich und bezüglich ihrer Befolgbarkeit möglich sein müssen.“<sup>13</sup> Jedes Gesetz, das dieses Merkmal nicht besitze, ist nach ihrer Ansicht automatisch nichtig, was von jedem kirchlichen Spruchkörper im Einzelfall festgestellt werden könne<sup>14</sup>.

Nach dieser allgemeinen Feststellung überprüfte die *Schlichtungsstelle* die Vernünftigkeit und Sachgerechtigkeit der in § 8 III getroffenen Regelung. Sie zeigte auf, daß die Mitgliedschaft „kein kirchliches Amt“<sup>15</sup>, sondern ein rein innerdienstliches Organ ohne „Öffentlichkeitswirkung“<sup>16</sup> beinhalte und insofern auch die Konfessionszugehörigkeit „kein unverzichtbares Funktionsattribut für die Wählbarkeit“<sup>17</sup> darstelle. Aufgrund der in der Präambel zur MAVO angesprochenen gemeinsamen Verantwortung aller Beschäftigten in der einen Dienstgemeinschaft „Kirche“ würde es nach Ansicht der *Schlichtungsstelle* „zu einer sozialen Apartheid führen“<sup>18</sup>, wollte man den „gerade in der hiesigen Diaspora nicht ungewöhnlichen Beschäftigtenanteil“<sup>19</sup> an Konfessionslosen von einer aktiven Mitwirkung in der Mitarbeitervertretung völlig ausschließen. Die *Schlichtungsstelle* kommt deshalb folgerichtig zu dem Ergebnis, daß „die in § 8 III MAVO hinsichtlich der Wählbarkeit vorgesehene Differenzierung... weder notwendig noch nützlich und daher auch nicht gerecht“<sup>20</sup> sei; deshalb sei eines der wesentlichen Merkmale eines kirchlichen Gesetzes nicht gegeben und § 8 III MAVO unwirksam.

### V. Die Kritik

Wie oben bereits angedeutet, birgt der Beschluß der *Bischöflichen Schlichtungsstelle* entscheidende Mängel in sich. Diese Mängel beziehen sich nicht auf das Ergebnis, zu dem die *Schlichtungsstelle* mit der Annahme einer Wählbarkeit konfessionsloser Mitarbeitervertreter kommt; denn dieses Ergebnis läßt sich – allerdings nur de lege ferenda – durchaus begründen (s. u.). Der entscheidende Fehler liegt vielmehr in der Unterstellung einer Befugnis zur inzidenten Normenkontrolle mit Blick auf das Vorliegen der Wesensmerkmale eines kirchlichen Gesetzes.

7) Vgl. den enumerativen Zuständigkatalog in § 38 MAVO; hierzu auch *Breitmann* (o. Fußn. 5), 142 f.; *Dutz* (o. Fußn. 3), 110 f.

8) Zur besonderen Problematik der MAVO-Präambel und des umstrittenen Theologumenons der „Dienstgemeinschaft“ vgl. *Breitmann* (o. Fußn. 5), 97 f.; *Nell-Breuning*, *Kirchliche Dienstgemeinschaft*, in: *Stimmen der Zeit* 195 (1977), 705 ff.; *Bernard* (o. Fußn. 6), 188; *Dutz*, (o. Fußn. 3), 70 Anm. 9 m. w. Nachw.

9) Zu den Auseinandersetzungen um die Auslegung dieser sehr schwer verständlichen Vorschrift vgl. *Breitmann* (o. Fußn. 5), 108 f.

10) *Schlichtungsstelle*, NJW 1985, 1858; z. A. aber noch dieselbe *Schlichtungsstelle* in ihrer Entsch. v. 23. 5. 1980 – Az. 5/79, zit. n. *Frey-Schmitz-Eben-Courtelte*, *Rahmenordnung für eine Mitarbeitervertretungsordnung* (MAVO), 2. Aufl. (1981) § 8 Rdnr. 10.

11) Vgl. u. a. *Schlichtungsstelle*, NJW 1985, 1859.

12) Vgl. *Schlichtungsstelle*, NJW 1985, 1860 f.

13) *Listl*, *Die Rechtsnormen*, in: *ders.* u. a. (Hrsg.), *Hdb. d. katholischen Kirchenrechts*, 1983, 88; ebenso *Schlichtungsstelle*, NJW 1985, 1859.

14) *Schlichtungsstelle*, NJW 1985, 1860.

15) *Schlichtungsstelle*, NJW 1985, 1859.

16) *Schlichtungsstelle*, NJW 1985, 1859.

17) *Schlichtungsstelle*, NJW 1985, 1860.

18) *Schlichtungsstelle*, NJW 1985, 1860.

19) *Schlichtungsstelle*, NJW 1985, 1859.

20) *Schlichtungsstelle*, NJW 1985, 1859.

Zwar findet sich schon bei *Thomas von Aquin* der im schroffen Gegensatz zum modernen formellen Gesetzesbegriff stehende Hinweis darauf, daß ein Gesetz eine „*ratio ordinatio*“<sup>21</sup> sein müsse und deshalb Rechte und Pflichten in einem gerechten Verhältnis zu verteilen habe; andernfalls „*lex esse non videtur, quae iusta non fuerit*“<sup>22</sup>. Im Anschluß an diese Ausführungen von *Thomas* geht die kirchenrechtliche Lehre bis heute grundsätzlich von der Nichtigkeit eines offensichtlich ungerechten und unvernünftigen Gesetzes aus und bejaht eine diesbezügliche Normenkontrolle kirchlicher Spruchkörper im Einzelfall<sup>23</sup>. Diese Lehre weist aber darauf hin, daß *Thomas von Aquin* und andere kanonistische Autoritäten diese Sanktion einer Gesetzesnichtigkeit nur bei Vorliegen zweier weiterer Voraussetzungen bejaht haben. So ist bei *Thomas von Aquin* ein ungerechtes Gesetz nur dann ohne Verpflichtungswirkung, wenn der Mensch „*sine scandalo vel maiori detrimento resistere possit*“<sup>24</sup>. Hat also die Annahme der Nichtigkeit eines ungerechten Gesetzes schädliche Folgen, so verpflichtet das Gesetz weiterhin.

In unserem Fall hätte die *Schlichtungsstelle* demnach nicht allein auf ein einzelnes Zitat aus der Literatur hin die Unwirksamkeit des § 8 III MAVO feststellen dürfen. Sie hätte vielmehr die Folgen dieser Feststellung für das kirchliche Leben mit in ihre Überlegungen aufnehmen müssen. Dann hätte sie sicherlich berücksichtigen müssen, daß durch ihren Beschluß die Gefahr der Rechtsunsicherheit und Rechtszersplitterung akut wird, zumal andere Schlichtungsstellen in ihren Entscheidungen von der Wirksamkeit des § 8 III MAVO selbstverständlich ausgegangen sind<sup>25</sup>. Der Beschluß der *Schlichtungsstelle Berlin* schwört darüber hinaus die Gefahr herbei, daß in Zukunft „jedes Gericht sich über Akte der gesetzgebenden Gewalt hinwegsetzt“<sup>26</sup>; das auch in der katholischen Kirche fundamentale Prinzip der Funktionstrennung zwischen den Bischöfen als Gesetzgebern und den kirchlichen Gerichten als an die Gesetze gebundenen Rechtsprechungsorganen droht zur Farce zu werden. Rechtspolitische Erwägungen werden allmählich zur Grundlage kirchengerichtlicher Beschlüsse.

Doch damit nicht genug: Ein zweiter Fehler ist noch gravierender. Schon der berühmte Kanonist *Suarez* verweist darauf, daß die Ungerechtigkeit eines kirchlichen Gesetzes für die Annahme seiner Nichtigkeit offensichtlich und Ergebnis eines allgemeinen Konsenses sein muß: „*Nam si res sit dubia, praesumendo est pro legislatore*“<sup>27</sup>. Ist die „Gerechtigkeit“ einer gesetzlichen Regelung also umstritten und zweifelhaft, so muß die gesetzgeberische Entscheidung respektiert und in die Tat umgesetzt werden.

In unserem Fall kann durchaus davon ausgegangen werden, daß der kirchliche Gesetzgeber gute Gründe für die Statuierung der in §§ 8 II Nr. 3, 8 III MAVO aufgeführten Wählbarkeitsvoraussetzungen hatte. Durch diese Vorschriften soll ein Minimum an Loyalität mit der kirchlichen Zielsetzung gerade auch bei nichtkatholischen Arbeitnehmern garantiert werden: Wer sich etwa als evangelischer Christ zur Mitarbeitervertreterwahl aufstellen läßt, soll und muß sich von seinem Dienstgeber dahingehend befragen lassen, ob er ein Minimum an Identifizierung mit kirchlichen Interessen und Zielen mitbringt. Gerade das die MAVO prägende Ideal der Dienstgemeinschaft aller kirchlicher Arbeitnehmer beinhaltet, daß diese gerade in der herausragenden und verantwortungsvollen Stellung als Mitarbeitervertreter ein Gespür für die Spezifika des kirchlichen Dienstes besitzen<sup>28</sup>.

Trotz einiger Modifikationen und Meinungsverschiedenheiten sind nun die deutschen Bischöfe davon ausge-

gegangen, daß dieses Gespür all denjenigen fehlt, die aus ihrer Kirche ausgetreten sind. Diese Unterstellung ist zwar de lege ferenda hinterfragbar und zweifelhaft, da die Austrittserklärung vor dem staatlichen Amtsgericht nicht unbedingt zwingende Rückschlüsse auf eine kirchenfeindliche Motivation zuläßt<sup>29</sup>; darüber hinaus ist gerade bei katholischen Kirchenrechtlern umstritten, ob die öffentlich-rechtliche Willenserklärung vor dem Amtsgericht rechtsdogmatisch überhaupt rechtliche Auswirkungen im kirchlichen Bereich haben kann<sup>30</sup>. So sehr diese Argumente auch gegen eine pauschale Ablehnung eines Mitarbeitervertreters allein wegen seines Kirchenaustritts sprechen, die *Schlichtungsstelle Berlin* hätte die offensichtliche Tatsache respektieren müssen, daß die Kirchen<sup>31</sup> in ihren Mitarbeitervertretungsordnungen und -gesetzen eine andere, durchaus verständliche und nicht per se ungerechte gesetzgeberische Entscheidung getroffen haben: Sowohl für die katholischen Bischöfe wie für die evangelischen Landeskirchen in Deutschland begründet die Austrittserklärung eines kirchlichen Arbeitnehmers die unwiderliche Vermutung<sup>32</sup>, daß er sich damit von der Kirche und ihrem Auftrag lösen will<sup>33</sup>. Selbst wenn die Kirche einen solchen Arbeitnehmer weiterhin beschäftigt, so besteht nach der festen Überzeugung der kirchlichen Gesetzgeber ein unauflösbarer Widerspruch zwischen einem Kirchenaustritt und einer Tätigkeit als Mitarbeitervertreter gerade im Hinblick auf die damit verbundenen Mitspracherechte (vgl. §§ 19–22 MAVO) und des Einflusses dieses Amtes in der kirchlichen Öffentlichkeit. Diese gesetzgeberische Entscheidung ist zwar rechtspolitisch hinterfragbar und zweifelhaft; dennoch ist sie nicht offensichtlich ungerecht oder willkürlich<sup>34</sup>. Diese eigentlich auf der Hand liegende Tatsache aber wollte die *Schlichtungsstelle* in Berlin nicht wahrhaben und verstieg sich statt dessen zur Annahme einer „sozialen Apartheid“<sup>35</sup> im kirchlichen Dienst – ein Vergleich, der angesichts der brutalen und unmenschli-

21) S. th. I–II, q. 90, art. 4.

22) S. th. I–II, q. 96, art. 4 m. Verweis auf Augustinus, *De lib. arb.* I 1 c. 5, n. 11 (ML 32, 1227).

23) Vgl. dazu u. a. *Michiels*, *Normae generales Juris Canonici*, Vol. I, Paris 1949, 160–162; *van Hove*, *De legibus ecclesiasticis*, Rom 1930, Rdnr. 78; *Wenz-Fidal*, *lus canonicum*, Tom. I: *Normae generales*, Rom 2. Aufl. 1952, Rdnr. 128 m. Verweis auf *Isidor* (*Etymologiar* I V n. 21; PL t. 823, 203).

24) S. th. I–II, q. 96, art. 4 z. E.: „Deswegen wird auch in solchen Fällen der Mensch nicht verpflichtet, daß er dem Gesetze gehorcht, wenn er ohne Argernis oder größeren Abtrag sich widersetzen kann“ (Übersetzung nach *Bernath*, *Thomas von Aquino*, *Summe der Theologie*, II, 1985).

25) So z. B. die *Schlichtungsstelle der Diözese Essen*, *Beschl.* v. 17. 7. 1981, zit. n. *Dütz* (o. Fußn. 3), 87 Anm. 13; *Schlichtungsstelle der Diözese Köln*, *Beschl.* v. 20. 5. 1980 – MAVO I 80, zit. n. *Frey-Schmitz-Elsen-Courtelles* (o. Fußn. 10), § 8 Rdnr. 10; vgl. auch *Breitmann* (o. Fußn. 5), 111–112; *BVerfGE* 11, 126 (129).

26) *Suarez*, I, l. c. 9, n. 9; zit. n. *Michiel* (o. Fußn. 23), 161: „Denn wenn die Sachlage umstritten ist, spricht die Vermutung für den Gesetzgeber.“ (Übersetzung des Verf.). Ähnlich *van Hove* (o. Fußn. 23), Rdnr. 80: „*Moraliter certo constare debet de iniustitia legis, quia praesumptio stat pro legislatore.*“

27) So auch zu Recht *Frey-Schmitz-Elsen-Courtelles* (o. Fußn. 10), § 8 Rdnr. 9.

28) So selbst *Mörsdorf*, *Lehrb. des Kirchenrechts*, III, 11. Aufl. (1979), 415; zu pauschal dagegen *Frey-Schmitz-Elsen-Courtelles* (o. Fußn. 10), § 8 Rdnr. 8.

29) Vgl. zum Diskussionsstand *Lüdicke*, in: *Münsterscher Komm. zum CIC*, Essen 1992, can. 1086 Rdnr. 3 m. w. Nachw.

30) Vgl. dazu die Nachw. und Ausführungen von *Dütz* (o. Fußn. 3), 87 f.

31) So auch *Kiefner*, *Austritt aus der Kirche – Lossagung von der Kirche in: Anstöße aus der Arbeit der Evangelischen Akademie Hofgeismar 1974 H. 1* 22 (26).

32) Ähnlich *Richardi* (o. Fußn. 6), S. 84 f.; *Bernards* (o. Fußn. 6), S. 123, m. w. Nachw.

33) So im Ergebnis auch *Dütz* (o. Fußn.) 149.

34) *Schlichtungsstelle*, NJW 1985, 1860.

sehen Härte des ehemaligen südafrikanischen Botha-Regimes völlig übertrieben und makaber klingen muß.

## VI. *Ecclesia semper reformanda* oder: Die Kirche und das moderne Gesetzesverständnis

Wie hoffentlich deutlich geworden ist, erweist sich der Beschluß der Kirchlichen Schlichtungsstelle Berlin als Fehl-Entscheidung, die unter einseitiger Berufung auf den Gesetzesbegriff der Scholastik rechtspolitische Erwägungen zur Grundlage einer in der bisherigen kirchenrechtlichen Tradition unbekanntem inzidenten Normenkontrolle macht. Mit diesem Ergebnis soll dieser rezensierende Aufsatz aber noch nicht enden. Denn der Beschluß verweist insgesamt auf eine weitere, tiefer liegende Frage: Hat der von der Schlichtungsstelle verwendete materielle Gesetzesbegriff<sup>36</sup> der Scholastik auch heute noch in der Kirche Gültigkeit und Berechtigung? Zählt die Gerechtigkeit einer Norm immer noch zum Wesensmerkmal eines kirchlichen Gesetzes?

Die kirchenrechtliche Literatur geht auch heute völlig übereinstimmend von dem materiellen Gesetzesbegriff aus: sie zitiert als Begründung aber nur die alten kanonistischen Lehrsätze eines *Thomas von Aquin* oder *Suarez* und beschäftigt sich auch nicht mit der Adäquanz oder den Folgen dieses Verständnisses für die kirchliche Spruchpraxis<sup>37</sup>. M. E. spricht aber vieles dafür, daß die Kirche sich den formellen Gesetzesbegriff der modernen Staatstheorie allmählich zu eigen macht.

1. Erste Anzeichen dafür fanden sich bereits in den von der Bischofssynode 1967 gebilligten Prinzipien, die der Erarbeitung des neuen Kirchlichen Gesetzbuchs für die gesamte katholische Kirche – des sog. *Codex Iuris Canonici* (CIC) – zugrunde liegen sollten: In Leitsatz 7 wird u. a. die Notwendigkeit betont, „ut varia potestatis ecclesiasticae munera clare disinguantur, videlicet munus legislativum, administrativum et iudiciale, atque apte definiatur a quibusdem organis singula munera exercenda sint“<sup>38</sup>. Sehr deutlich wird hier also darauf verwiesen, daß das künftige Gesetzbuch früher bestehenden Tendenzen zur Vereinigung aller Gewalten und Aufgaben z. B. in der Person des Bischofs als Alternative die Funktionstrennung in die drei seit Montesquieu klassischen Aufgaben der Legislative, Exekutive und Judikative gegenüberstellen soll.

2. Darüber hinaus aber spricht gerade can. 29 des neuen CIC für die Annahme eines „aggiornamento“, einer Anpassung des katholischen Verfassungsrechts an moderne Staatstheorie und Gesetzgebungslehre. Denn gerade in can. 29 heißt es: „Decreta generalia, quibus a legislatore competenti pro communitate legis recipiendae capacia communia feruntur praescripta, proprie sunt leges...“<sup>39</sup> Die kirchenrechtliche Literatur verweist darauf, daß hier „nur... einige Wesenselemente des Gesetzes“ angegeben seien; weiterhin sei aber die von *Thomas von Aquin* geprägte materielle Gesetzesdefinition einschlägig. Diese These wird aber von der Literatur nicht begründet und ist angesichts des Wortlauts des can. 29 zweifelhaft. „Sunt“ bzw. „Est“ wird im neuen CIC an vielen Stellen benutzt, um Rechtsbegriffe umfassend zu definieren (vgl. cann. 49, 447, 460, 503, 515, 553 § 1, 992 u. v. a.) Von daher ist nicht einzusehen, warum gerade can. 29 nur eine Aufzählung einzelner Definitionsmerkmale sein soll; hier liegt vielmehr eine präzise Umschreibung des Gesetzesbegriffs vor, die allerdings auf die Benennung innerer bzw. materieller Wesensmerkmale völlig verzichtet.

Can. 29 ist gerade deshalb ein untrügliches Indiz dafür, daß der von *Weber* und *Luhmann* prognostizierte Trend hin

zu einer „Positivierung des Rechts“ allmählich auch die Kirchen und ihr Normensystem erfaßt: Die Geltung von Kirchengesetzen beruht alleine auf der frei gesetzten und mittels besonderer Verfahren vorbereitenden Entscheidung des Gesetzgebers; außer von diesem Gesetzgeber selbst können kirchliche Vorschriften nur in Ausnahmefällen – etwa bei Grundrechtsverstößen – durch die konstitutive Entscheidung einer speziellen Gerichtsinstanz<sup>40</sup> für ungültig erklärt werden. Gerade diesem letzten Schritt hin zu einer Positivierung des Rechts verweigert sich aber die katholische Kirche: Zwar wurden in can. 204ff. der neuen CIC Grundrechte jedes Christen in der Kirche<sup>41</sup> erstmals verankert; diese Grundrechte sind aber nirgendwo einklagbar, da Papst Johannes Paul II. wenige Tage vor Promulgation des CIC durch seine seither viel bedauerten „polnischen Streichungen“ die bis dato geplante Einführung einer kirchlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit abgewürgt hat<sup>42</sup>. Kirchliche Grundrechte ohne gerichtliche Durchsetzbarkeit – diese prekäre Situation macht aber vielleicht den Beschluß der Berliner Schlichtungsstelle verständlich: Denn warum sollte man diesen verunglückten Schiedsspruch nicht auch als den couragierten, wenn auch untauglichen Versuch sehen können, als „Robin Hood des Mitarbeitervertretungsrechts“ kirchliche Arbeitnehmer vor mancher Unsensibilität und Rigorosität ihrer Dienstherren zu schützen?

36) Die Begriffe „Materiell“ und „Formell“, die im folgenden häufiger gebraucht werden, sollen hier allein mit Blick auf die Rationalisierungstheorie *Webers* verwendet werden. Danach bezeichnet ein materielles Recht ein Normensystem, das wesentlich durch seine inhaltliche Qualität bestimmt ist; formelles Recht dagegen umfaßt alle Normen, die allein wegen der Einhaltung eines bestimmten Gesetzgebungsverfahrens Verpflichtungskraft für den einzelnen haben; vgl. dazu *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 4. Aufl. (1956) 396ff.; *Habermas*, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt 1981, I, 332ff. m. w. Nachw.

37) So u. a. *Puza*, Die Prüfung fehlerhafter Gesetze im Kirchenrecht, in: *Osterreichisches Archiv f. Kirchenrecht* 26 (1975), 90 (93); *Mörsdorf*, Art. „Gesetz-V. Im Kirchenrecht“, in: *Lexikon für Theologie und Kirche*, 2. Aufl. (1968) Band 4, 824f.; *Heimerl-Prer.*, *Kirchenrecht. Allgemeine Normen und Eherecht*, Wien 1983, 31f.

38) Abgedr. in der Vorrede zur lateinisch-deutschen Ausgabe des *Codex Iuris Canonici*, Kevelaer 1983, XLV: „Um dies zu erreichen, ist es notwendig, daß die verschiedenen Aufgaben kirchlicher Gewalt genau unterschieden werden, nämlich die Aufgabe der Gesetzgebung, der Verwaltung und der Rechtsprechung, und daß in geeigneter Weise festgelegt wird, von welchen Organen die einzelnen Aufgaben ausgeführt werden sollen.“

39) „Allgemeine Dekrete, durch die von dem zuständigen Gesetzgeber für eine passiv gesetzfähige Gemeinschaft gemeinsame Vorschriften erlassen worden, sind im eigentlichen Sinn Gesetze...“

40) *Heimerl-Prer.* 30 Fußn. 37/31. Vgl. u. a. *Weber* 10 Fußn. 36), 504, *Luhmann*, *Rechtsoziologie*, Reinbek 1972, 190ff.

41) Vgl. zum potentiellen Gehalt und Schutzzumfang dieser Grundrechte *Hoeren*, *Kirchen und Datenschutz*, Essen 1986, 156ff. m. w. Nachw. *Schmitz*, *Individuelle und gemeinschaftliche Verwirklichung der Grundrechte*, in: *Corecco* u. a. (Hrsg.), *Die Grundrechte des Christen in Kirche und Gesellschaft*, Ernbourg 1981, 419ff.

42) Vgl. dazu *Hoeren* 10 Fußn. 41), 174f.