

MANFRED BALDUS
(Universität zu Köln)*

*Rechtsstaat und Rechtskirche*¹

Die Erfahrungen unter der nationalsozialistischen Willkürherrschaft und die Zustände in der früheren Deutschen Demokratischen Republik haben bewirkt, daß heutzutage die Öffentlichkeit in Deutschland dem Gebot des *Rechtsstaats* ganz besondere Aufmerksamkeit widmet. Demokratie und republikanische Staatsform sind als Grundentscheidungen unserer Verfassung selbstverständlich und bieten im Alltag kaum Angriffsflächen. Die Ansprüche an den Rechtsstaat hingegen entstehen vielfach aus der Fülle lebensnaher Streitfälle, denen der Bürger ausgesetzt ist: mit dem Staat, anderen „Autoritäten“ etwa des Arbeits- und Wirtschaftslebens, aber auch mit seinesgleichen als Käufer, Verkäufer oder als Beteiligter eines Verkehrsunfalls. Solche Konflikte bedürfen

* Beitrag anlässlich eines Symposiums der Gesellschaft *Ars Legis* am 16. Mai 2008 in Krakau am Festtag des hl. Ivo Hélorý, des Schutzpatrons der Juristen. Der Referent (geb. 1935) ist Honorarprofessor für Kirchenrecht und Bildungsrecht am Institut für Kirchenrecht und Rheinische Kirchenrechtsgeschichte der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln. Bis 2000 war er Vorsitzender Richter am Landgericht Köln. – Eine Kurzfassung dieses Beitrags ist unter dem Titel *Państwo prawa i Kościół prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny“ 2010, t. 72, z. 4, S. 31–38, erschienen.

¹ Zum Begriff Rechtsstaat im Sinne des deutschen Verfassungsrechts vgl. u.a. E.-W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, Berlin 1958; E. Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel*, hrsg. v. K. Frey, 2. Aufl., München 1976; Ph. Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen 1986; K. Sobota, *Das Prinzip Rechtsstaat. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*, Tübingen 1997; *Figures de l'état de droit: Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, hrsg. v. O. Jouanjan, Strasbourg 2001; E. Schmidt-Aßmann, *Der Rechtsstaat* [in:] *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 12, hrsg. v. J. Isensee, P. Kirchhof, 3. Aufl., Heidelberg 2004, § 26; K.A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, Berlin 2006. Im Übrigen wird auf die Kommentierungen insbesondere zu Art. 20 GG verwiesen. In den verschiedenen Rechtskreisen hat der Begriff Rechtsstaat unterschiedliche Entwicklungen erfahren und daher auch z. T. abweichenden Inhalt. Daß „Macht nur auf der Grundlage von Recht ausgeübt werden könne“, war weder im zaristischen Russland noch im „real existierenden Sozialismus“ der Sowjetunion eine staatsrechtliche Maxime, sondern erscheint erstmals in einer Entscheidung des russischen Verfassungsgerichts aus dem Jahre 1992; vgl. A. Nußberger, *Ende des Rechtsstaats in Russland?*, Köln 2007, S. 5 ff. (6). Rechtsstaat im Sinne des *Rule of Law* ist nicht – wie in Deutschland – entstanden als Schranke des absolutistischen Anspruch auf souveräne Rechtsetzungsmacht des Fürsten, sondern aus dem praktischen Bedürfnis nach Rechtsfortbildung im englischen Parlament; vgl. M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, Reinbek 1975, S. 106 ff.

der Entscheidung durch einen *pouvoir neutre*, der seinerseits an „Gesetz und Recht“² gebunden und mit der erforderlichen Durchsetzungsmacht ausgestattet ist.

Schon an dieser Stelle wird deutlich, daß der Rechtsstaat im täglichen Leben vornehmlich unter dem Zeichen des Rechtsschutzes erscheint, also als *Rechtswegestaat*, als richterliche Kontrolle nach den Prinzipien des unabhängigen Richters, des fairen Verfahrens, des rechtlichen Gehörs und des Instanzenzuges. Und damit befinden wir uns geradewegs im praktischen Aktionsfeld des hl. Ivo Hélorý, dessen Gedächtnis wir heute feiern. Deshalb mag es mir auch gestattet sein, bei meinen Erwägungen die *Praxis* des Rechtsstaates in den Vordergrund zu rücken und zum Schluss – was Sie erstaunen mag – auch einen Blick auf eine aktuelle Problemlage in der katholischen Kirche zu werfen.

Im deutschen Verfassungsrecht der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts entstand der Begriff Rechtsstaat aus einer allmählichen Überwindung des feudalistischen Grundsatzes „*Princeps legibus absolutus*“: der Souverän ist nicht an seine eigenen Gesetze gebunden. Im Geist der Aufklärung und der naturrechtlich begründeten Idee von der ursprünglichen Freiheit und Gleichheit aller Menschen erkämpfte das liberale Bürgertum vom Souverän nicht nur eine Verfassung mit Grundrechten (auf Religions-, Meinungs-, Presse-, Gewerbe-, Vereinigungsfreiheit etc.),³ sondern auch einen Gesetzesvorbehalt für hoheitliche Eingriffe in eben diese Freiheitsrechte. Ein solches Gesetz durfte nur mit Zustimmung der Volksvertretung (Landtag, Ständeversammlung) ergehen.⁴ Die Frage, ob dieses Gesetz unter bestimmten Umständen selbst als Unrecht erfahren werden konnte, war nebensächlich, weil seine Legitimation jedenfalls durch die demokratische Beteiligung der Volksvertretung feststand.⁵ An dieser Schranke des positiven Gesetzes endete auch der gerichtliche Rechtsschutz. Die rechtswissenschaftliche Exegese widmete sich daher vorrangig der Frage, ob das Gesetz ordnungsgemäß zustande gekommen und wie es *lege artis* auszulegen sei (Gesetzespositivismus). Man hat zutreffend diesen Typus der Rechtsstaatlichkeit als formell gekennzeichnet.

Schon mit der Industrialisierung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, vollends aber angesichts der persönlichen und wirtschaftlichen Kriegsfolgen für breite Bevölkerungsschichten nach 1918 wurde unumgänglich, daß sich ein Rechtsstaat nicht nur auf einen Gesetzesvorbehalt für den Eingriff in bürgerliche Freiheitsrechte beschränken durfte, sondern selbst auf gesetzlicher Grundlage sozial gestaltend tätig werden mußte.⁶ Vor allem aber lehrte die Entwicklung des NS-Staates, daß es „Unrecht in Gesetzesform“⁷ gibt, dem ein formales Verständnis vom Rechtsstaat nicht stand-

² Art. 20 Abs. 3 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (GG) vom 23. Mai 1949.

³ Vgl. M. Kriele, *Einführung...*, S. 104 ff.

⁴ Vgl. H. Maurer, *Staatsrecht...*, Bd. I, 2. Aufl., München 2001, S. 214.

⁵ H. Maurer (*Staatsrecht...*, S. 215) macht mit Hinweisen u.a. auf Lorenz von Stein und Robert von Mohl darauf aufmerksam, daß diese engere formelle Deutung des Rechtsstaats im 19. Jahrhundert „überwiegend, keineswegs ausschließlich vertreten“ worden sei.

⁶ Vgl. H. Maurer, *Staatsrecht...*, S. 214 f.; J. Schröder, *Gab es im deutschen Kaiserreich einen Gesetzespositivismus?* [in:] *Festschrift f. Gerhard Otte*, hrsg. von W. Baumann, H.-J. von Dickhuth-Harrach, W. Marotzke, München 2005, S. 571 ff.

⁷ Vgl. H. Lecheler, *Unrecht in Gesetzesform? Gedanken zur Radbruch'schen Formel*, Berlin 1994.

halten kann. Berüchtigte Beispiele sind die im Reichsgesetzblatt verkündete Polen-Strafrechtsverordnung⁸ und die Ausnahmegesetzgebung gegen die Juden.⁹

Grundvoraussetzung für eine Erweiterung des Rechtsstaatsprinzips um materielle Merkmale im deutschen Verfassungsrecht nach 1945 war, daß auch der Gesetzgeber selbst den Grundrechten und damit einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterworfen wurde.¹⁰ Freilich ist auch in einem demokratisch verfaßten Staat im Einzelfall ein Konflikt mit übergesetzlichen Geboten der Gerechtigkeit nicht auszuschließen. Hier hat sich die Rechtsprechung¹¹ verschiedentlich einer Formel angeschlossen, die der Heidelberger Rechtsphilosoph Gustav Radbruch¹² im Jahre 1946 noch unter dem unmittelbaren Eindruck des Zusammenbruchs einer pervertierten Rechtsordnung entwickelt hat:

Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat [...]; eine [...] Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges‘ Recht, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.

Auch nach der Radbruch'schen Formel genießen im praktischen Einzelfall Gesetz und Rechtssicherheit also Vorrang bis zur Grenze der Unerträglichkeit, etwa bei Verletzung des Gleichheitssatzes oder der Menschenwürde. Die Menschenwürde¹³ ist als Kern in allen Grundrechten enthalten¹⁴ und zugleich normativer Ausdruck eines Wertekanon,

⁸ Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden in den eingegliederten Ostgebieten vom 4.12.1941 (Reichsgesetzblatt [RGBl.] I S. 759).

⁹ Vgl. z.B. Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15.9.1935 (RGBl. I S. 1146; Reichsbürgergesetz vom 15.9.1935 (RGBl. S.), § 2.

¹⁰ Art. 20 Abs. 3, 93 GG.

¹¹ Vgl. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) 3, 94 (Erschießung eines Deserteurs durch seinen Vorgesetzten im 2. Weltkrieg), BVerfGE 23, 98 (Ausbürgerung von Juden), BGHSt 39, 1 u. 41, 101 (Schusswaffengebrauch und Tötungshandlungen an der innerdeutschen Grenze).

¹² Vgl. G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, SJZ 1946, Bd. 105 (107). Zur Radbruch'schen Formel vgl. S.L. Paulson, R. Dreier, *Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs* [in:] G. Radbruch, *Rechtsphilosophie, Studienausgabe*, Heidelberg 1999, S. 235–250; R. Alexy, *Mauerschützen – Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Hamburg 1993; R. Alexy, *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996*, Hamburg 1997; K. Seidel, *Rechtsphilosophische Aspekte der „Mauerschützen“-Prozesse*, Berlin 1999; H.-E. Dieckmann, *Überpositives Recht als Prüfungsmaßstab im Geltungsbereich des Grundgesetzes?*, Berlin 2006; H. Adachi, *Die Radbruchsche Formel: eine Untersuchung der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs*, Baden-Baden 2006; H. Vest, *Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen? Nationale Strafverfolgung von staatlichen Systemverbrechen mit Hilfe der Radbruchschen Formel*, Tübingen 2006; M. Klein, *Demokratisches Denken bei Gustav Radbruch*, Berlin 2007; S.L. Paulson, *Der ewige Mythos: Gustav Radbruch als Rechtspositivist*, JZ 2008, S. 105 ff.

¹³ Zum Rechtsbegriff Menschenwürde sei neben den Kommentierungen zu Art. 1 GG jüngst verwiesen auf B. Kohl, *Menschenwürde: Relativierung oder notwendiger Wandel?*, Münster 2007; P. Tiedemann, *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, Berlin 2007.

¹⁴ Zur Menschenwürde (Art. 1 GG) als Kern von Grundrechten vgl. W. Rohr, *Staatsrecht mit Grundzügen des Europarechts*, Köln 2001, Rz. 236 m.w.H. Vielfach wird auch auf die Bezeichnung der Menschenwürde als „letzte Verteidigungslinie“ der Verfassung (vgl. W.G. Vitzthum, *Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, JZ, 1985, S. 201 ff. [203: eiserne Ration, *the last refuge*]) verwiesen.

den der freiheitliche Verfassungsstaat zwar pflegen muß, aber nicht selbst regulierend beeinflussen kann.¹⁵ Unsere Bundesverfassung (Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz) bringt dies durch die Bindung des Richters an „Gesetz und *Recht*“ zum Ausdruck.¹⁶

Ein praktisches Beispiel zur Diskussion:

Sog. Ziviler Ungehorsam¹⁷

Eine fünfköpfige kurdische Familie, die seit 10 Jahren in Deutschland lebt, soll in die Türkei abgeschoben werden, nachdem mehrere Asylanträge rechtskräftig abgelehnt worden sind. Daraufhin beschließt die örtliche katholische Kirchengemeinde, der Familie im Kirchengebäude „Asyl“ zu gewähren, weil dem Familienvater in der Türkei wegen angeblicher Verbindungen zur PKK Verfolgungsmaßnahmen drohten und die Familie, vor allem die drei in Deutschland geborenen Kinder hier voll integriert sei. Nach einigen Wochen stürmte die Polizei die Kirche, die Familie

¹⁵ „Böckenförde’sches Dictum“: „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt, mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots zu garantieren suchen, ohne seine Freiheitslichkeit aufzugeben und – auf säkularisierter Ebene – in jenen Totalitätsanspruch zurückzufallen, aus dem er in den konfessionellen Bürgerkriegen herausgeführt hat“; vgl. E.W. Böckenförde, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation* [in:] *Festschrift für Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, Stuttgart 1967, 75 ff. [93]. Mit „Voraussetzungen“ (im Sinne des Böckenförde’schen Dictum) ist ein System ethischer Werte gemeint, die aus Kultur und Geschichte hervorgehen. Der Staat kann die freie Entfaltung dieser Existenzbedingungen nur sicherstellen. Die Entfaltung selbst ist Sache der gesellschaftlichen Mächte (Verbände, Kirchen, Wissenschaft, Medien, Kunst, Literatur).

¹⁶ Vgl. J. Wenzel, *Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht*, NJW 2008, S. 345 ff. (348 f.) unter Bezugnahme auf G. Hirsch, *Auf dem Weg zum Richterstaat?*, JZ 2007, S. 853 ff. (855: „Die lex, an die der Richter gebunden ist, umfaßt nicht nur die geschriebene Norm, sondern auch die wertorientierte Homogenität und Vollständigkeit der Rechtsordnung insgesamt“). Eine Wertorientierung zur Inhaltsbestimmung von Menschenwürde ist ohne kulturelle Bezüge nicht vorstellbar. Damit ist beispielsweise das durch Antike, Christentum und Aufklärung bestimmte Menschenbild des europäischen Kulturkreises nicht nur als rechtspolitischer Richtpunkt, sondern als Tatbestand praktischer Rechtsanwendung zu verstehen. Als *Recht und Gesetz* im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG gelten auch das Recht der Europäischen Union, die Europäische Menschenrechtskonvention (1950) und die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen (1948). Zur Grundlagendiskussion vgl. Ch. Menke, A. Pollmann, *Philosophie der Menschenrechte – zur Einführung*, Hamburg 2007; P. Häberle, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 4. Aufl., Berlin 2008, bes. S. 17 ff.

¹⁷ Tagesspiegel, 10.11.2006 (Fall Yildirim, kath. Kirchengemeinde St. Peter in Koblenz-Neuendorf). Jüngeres Schrifttum zum Kirchenasyl vgl. M. Baldus, *Kirchenasyl und Vertragskirchenrecht*, NVwZ, 1999, S. 716 ff.; D. Just, *Kirchenasyl – eine Anfrage an den Rechtsstaat*, ZAR, 1999, S. 74 ff.; M.H. Markus, *Rechtsprobleme beim „Kirchenasyl“*, Baden-Baden 1999; Ch. Görisch, *Kirchenasyl und staatliches Recht*, Berlin 2000; J. Grefen, *Kirchenasyl im Rechtsstaat: Christliche Beistandspflicht und staatliche Flüchtlingspolitik*, Berlin 2001; R. Bank, *Kirchliches sanctuarium als rechtsfreier Raum?* [in:] *Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht*, hrsg. R. Grote u.a., Berlin 2001, S. 383 ff.; S. Kirste, *Kirchenasyl und Verfassungsrecht*, JA 2001, S. 856 ff.; M. Babo, *Kirchenasyl – Kirchenhikesie*, Münster 2003; G. Franke, *Das Kirchenasyl im Kontext sakraler Zufluchtnahme der Antike*, Frankfurt am Main 2003; M. Morgenstern, *Kirchenasyl in der Bundesrepublik Deutschland*, Wiesbaden 2003; G. Herler, *Kirchliches Asylrecht und Kirchenasyl im demokratischen Rechtsstaat*, Diss. iur. Würzburg 2004. Rechtsprechung u.a. OLG Köln Entscheidungen in Kirchensachen (KirchE) 30, 410; AG Wolftrathshausen KirchE 33, 442; BayObLG KirchE 35, 109; OLG Hamm KirchE 35, 496; OVG Niedersachsen KirchE 36, 100; VG Gießen KirchE 37, 310; LG München I KirchE 38, 441; BayObLG KirchE 39, 1; VG Saarland KirchE 39, 18; LG Osnabrück KirchE 39, 336; EGMR KirchE 40, 237.

wurde festgenommen und in die Türkei abgeschoben. War hier die Vollstreckung unrichtiges, nämlich die Menschenwürde verletzendes Recht?¹⁸

Aus der Fülle praktischer Fragen zum Rechtsstaat sollen nur zwei Aspekte herausgegriffen werden: die Hypertrophie und die finanzielle Erreichbarkeit des Rechtsschutzes.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht darf der Rechtsschutz in Deutschland als lückenlos geltend. Es gibt praktisch kein rechtlich relevantes Geschehen, das nicht zum Gegenstand eines fachgerichtlichen, oft auch eines verfassungsgerichtlichen Rechtsstreits gemacht werden könnte.¹⁹ Gefährdet ist bisweilen das Gleichgewicht zwischen Parlament und Verfassungsgericht in ihrer Kompetenz zur Letztentscheidung. Man fragt, ob das Land den „Weg zum Richterstaat“²⁰ bereits vollendet hat, denn fast alle wesentlichen politischen Streitfragen und bedeutsamen Gesetze haben nach der parlamentarischen Hürde auch noch das Bundesverfassungsgericht befasst.²¹ Wie die Kirche²² so ist auch der Rechtsstaat auf Loyalität der Bürger angewiesen. Rechthaberei und Prozessverschleppung können das Rechtsleben empfindlich belasten. Die in

¹⁸ Neben solchen alltäglichen Fragen sollen die großen rechtspolitischen Debatten, bei denen es in jüngerer Zeit auch um Grenzsituationen rechtsstaatlichen Verhaltens ging, nicht unerwähnt bleiben:

1) *Umgang mit embryonalen Stammzellen* (vgl. T. Maunz, G. Dürig, R. Herzog (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Loseblattausgabe, Rz. 55–60 zu Art. 1 Abs. 1 [Herdegen]; anders K.H. Friauf, W. Höfling (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Loseblattausgabe, Rz. 122 ff. zu Art. 1 (Enders);

2) *Einsatz der Folter zur Erzwingung polizeilicher Aussagen bei Terrorismusverdacht und Entführung*; für eine Abwägung des Menschenrechtsschutzes in Extremfällen H. Dreier, *Grundgesetz Kommentar*, 2. Aufl., Bd. 1, Tübingen 2004, Rz. 132–134 zu Art. 1 Abs. 1 GG; anders u.a. M. Sachs, *Grundgesetz-Kommentar*, 4. Aufl. München 2007, Rz. 20 zu Art. 1 GG, 3);

3) *Existenzielle Fragen des Rechtsstaats in kriegsähnlichen Situationen, z.B. der aktuellen terroristischen Bedrohung durch den islamischen Fundamentalismus*. Unter anderem wird diskutiert, ob und unter welchen Bedingungen der Rechtsstaat von seinen Bürgern das Opfer des eigenen Lebens verlangen kann, wie dies sonst nur für bestimmte „gefährdeneigte“ Berufsgruppen, insbesondere Soldaten, gilt. An diesem Beispiel ist zu verdeutlichen, daß die freiheitssichernde Funktion des Rechtsstaats (in Bezug auf Menschenwürde [Art. 1 Abs. 1 GG], freie Entfaltung der Person [Art. 2 Abs. 1 GG], freiheitliche demokratische Grundordnung Art. 21 GG]) ihren Preis hat, der u.a. in einem präventiven Gefahrenabwehrrecht besteht; vgl. O. Depenheuer, *Selbstbehauptung des Rechtsstaats*, Paderborn 2007;

4) *Online-Durchsuchungen im Internet*; vgl. M. Kutscha, *Verdeckte „Online-Durchsuchung“ und Unverletzlichkeit der Wohnung*, NJW 2007, S. 1169 ff.

5) *Ankauf und Verwertung von unterschlagenen Bankdokumenten durch Strafverfolgungsbehörden zwecks Steuerfahndung* (Fall Zumwinkel/Liechtenstein). Vgl. U. Sieber, *Ermittlungen in Sachen Liechtenstein – Fragen und erste Antworten*, NJW 2008, S. 881 ff.; G. Trüg, J. Habetha, *Die „Liechtensteiner Steueraffäre“ – Strafverfolgung durch Begung von Straftaten?*, NJW 2008, S. 887 ff.

¹⁹ Häufig bleibt dann auch noch der Rechtsweg zum Europäischen Gerichtshof in Luxemburg oder zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg offen.

²⁰ So bereits Kaltenbrunner, Gerd-Klaus (Hrsg.), *Auf dem Weg zum Richterstaat*, Freiburg/Breisgau 1979.

²¹ Nachweise bei H. Maurer, *Staatsrecht*, S. 666 f. Zuletzt ging es u.a. um den Einsatz der Bundeswehr im Ausland (BVerfGE 90, 286; Urteil vom 5.7.2008 -2 BvE 1/03, noch unv.), den sog. Asylkompromiss (BVerfGE 94, 49, 115 u. 166), die Einführung des EURO (BVerfGE 97, 350), die Stellung des Bundesnachrichtendienstes (BVerfGE 100, 313) die Beteiligung bewaffneter deutscher Streitkräfte am Einsatz in Afghanistan (BVerfGE 117, 359) und die automatisierte Erfassung von Autokennzeichen mit der Möglichkeit einer flächendeckenden elektronischen Beobachtung von Autofahrern (BVerfG, Urteil vom 11.3.2008 -1 BvR 2074/05 u. 1254/07- noch unv.).

²² c. 209 CIC1983.

Deutschland weit verbreitete Rechtsschutzversicherung²³ hat in dieser Hinsicht auch ihre Schattenseiten. Im Verfahrensrecht ist eine Steuerung der Prozessflut nur begrenzt möglich: durch Zulassung oder Nichtzulassung eines Rechtsmittels,²⁴ in groben Fällen durch eine Missbrauchsgebühr.²⁵

Im sozialen Rechtsstaat darf die Wahrnehmung eines angemessenen Rechtsschutzes nicht an finanzieller Mittellosigkeit des Bürgers scheitern. Der hl. Ivo Hélorý hat bekanntlich die Armen, Witwen und Waisen umsonst beraten, was heutzutage nach anwaltlichem Standesrecht nur ausnahmsweise zulässig²⁶ und als ethische Pflicht eines ganzen Berufsstandes auch schwerlich zu begründen wäre.²⁷ Jetzt werden in allen europäischen Ländern für Klage oder Rechtsverteidigung einer armen Partei bei Erfolgsaussicht die Gerichtskosten und eigenen Anwaltskosten von der Staatskasse übernommen.²⁸ Umstritten ist praktisch nur, wo die Grenze zur Mittellosigkeit verläuft und in welchem Umfange der Betroffene eigene finanzielle Reserven für die Prozessführung einzusetzen hat. Übrigens wird diese Prozesskostenhilfe („Armenrecht“) in Belgien und den Niederlanden unter dem Titel „Pro Deo“ geführt, was auf eine Sentenz des hl. Ivo Hélorý zurückgehen soll.²⁹

Kaum abzuschätzen sind bisher die Folgen, die sich für den Rechtsschutz des Bürgers aus der Privatisierung staatlicher Aufgaben (Post, Telekommunikation, Bahn) und der Einbeziehung von Schule und Hochschule in einen marktähnlichen Wettbewerb ergeben. Der Rechtsstaat wird hier weiterhin eine flächendeckende, finanziell erschwingliche und im Klagewege durchsetzbare „Dienstleistung“ gewährleisten müssen.³⁰

²³ Beispielsweise werden von der Rechtsschutzversicherung die Kosten der Verteidigung im Ordnungswidrigkeiten- bzw. Bußgeldverfahren auch bei vorsätzlichen Verstößen (Geschwindigkeitsüberschreitungen, Rotlicht, Gurtpflicht) übernommen.

²⁴ Vgl. §§ 511, 543, 544 ZPO, 313, 322a StPO, 124, 124a, 133 VwGO.

²⁵ Vgl. § 34 Abs. 2 BVerfGG. Als im Land Nordrhein-Westfalen kürzlich das der gerichtlichen Überprüfung vorgeschaltete, kostenfreie Widerspruchsverfahren in den meisten Bereichen der öffentlichen Verwaltung durch das sog. Bürokratieabbau-Gesetz II v. 9.10.2007 (GVBl.NRW S. 393) abgeschafft wurde, erkannten Kritiker hierin einen „Abbau des Rechtsstaats“. Zu Vorschlägen für Beschleunigung und Konzentration der Gerichtsverfahren und deren rechtsstaatliche Implikationen vgl. F. Bittmann, *Justiz in Zeiten knapper Kassen*, ZRP 2008, S. 11 ff.

²⁶ Vgl. §§ 49b Bundesrechtsanwaltsordnung (BGBl. 1959 I S. 565), 4 Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (BGBl. 2004 I S. 717, 788).

²⁷ Vgl. P. Krause, *Der Heilige Ivo von Hélorý als Patron der Juristenfakultät* [in:] *idem, Rechtswissenschaften in Trier*, Köln 2007, S. 363–408 (S. 404: „Rechtsberatung für den Mittellosen ist nicht durch Moral, sondern nur durch Institutionen zu gewährleisten“).

²⁸ Vgl. §§ 114 ff. ZPO; M. Humborg, *Das Armenrecht von der Zeit der Kammergerichtsordnungen bis heute*, Diss. iur. Münster 1999.

²⁹ *Ego adiuvabo te pro Deo*; vgl. M. Baldus, „*Advocatus pauperum*“, TrTheolZ 1979, Bd. 88, S. 43–61 (54 f. mit weiteren Nachweisen); M. Streck, A. Rieck, *St. Ivo 1247–1303*, Köln 2007, S. 44. Zum flankierenden Rechtsschutz gehören in Deutschland die *Schuldnerberatungsstellen*, die u.a. mit Sozialarbeitern und Juristen besetzt sind und zum Teil von den Kirchen getragen werden. Seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung (1999) können überschuldete Personen sogar durch ein sog. Verbraucherinsolvenzverfahren unter Beteiligung von Schuldnerberatungsstellen (§ 305 InsO) nach sechs Jahren Befreiung von Verbindlichkeiten erlangen (Restschuldbefreiung). Über Schuldnerberatung durch die Kommunen nach Sozialrecht vgl. § 11 Abs. 5 SGB XII, 16 Abs. 2 SGB II. Beraten werden kann jeder private Haushalt, der hilfebedürftig ist oder dem der soziale Abstieg droht. Allerdings hat sich der Staat in den meisten deutschen Ländern inzwischen sich so gut wie komplett aus der Finanzierung zurückgezogen.

³⁰ Man hat den Eindruck, daß die Gesellschaft ihren von der Verfassung vorgegebenen Institutionen nicht mehr traut und undifferenziert die Lösung organisatorischer Probleme der Daseinsvorsorge (auch im

Das allgemeine Interesse am Rechtsschutz erlaubt schließlich aus aktuellem Anlaß auch ein Blick auf eine vergleichbare Problemlage in der katholischen Kirche. Gewiß ist die Kirche nicht Rechtskirche, gleichsam analog zum Rechtsstaat, wie zuvor dargestellt. Ekklesiologie und Allgemeine Staatslehre beschreiben Gebilde, die nach Ursprung, Erscheinungsbild und Ziel höchst unterschiedlich sind. Aber wie jede andere *societas constituta et ordinata*³¹ erlebt auch die Kirche bisweilen heftig diskutierte interne Konflikte. In Deutschland wird beispielsweise in manchen Diözesen über die Neuordnung kirchlicher Gremien des Laienapostolats³² und die Zusammenlegung von Pfarreien³³ gestritten. Ein Bischof untersagte schon „den katholischen Christen der Diözese [...], insbesondere Geistlichen und pastoralen Mitarbeitern, bei Streitigkeiten, die im Rahmen ihrer kirchlichen Ämter und Aufgaben entstehen, weltliche Gerichte anzugehen.“³⁴ Dies war nach kanonischem Recht zweifellos begründet,³⁵ löst aber nicht das Problem, denn es bedarf schon aus sozialpsychologischen Gründen auch in der Kirche einer Instanz, vor der man sich ehrenhaft streiten kann und die zur richterlichen Entscheidung ermächtigt ist. Die gesetzliche Ermahnung, Rechtsstreitigkeiten möglichst zu vermeiden oder friedlich beizulegen (c. 1446 CIC 1983),³⁶ wird eher befolgt, wenn mindestens einer der Beteiligten mit einem ungünstigen Richterspruch rechnen muss. Gerade weil das kirchliche Recht und der römisch-kanonische Prozess historisch für die Entwicklung der europäischen Rechtskultur von größter Bedeutung waren,³⁷ fällt die Lückenhaftigkeit des modernen

weiteren Sinne) von einer unternehmerischen Betrachtungsweise erwartet. Die Eröffnung eines Marktes, der von Angebot und Nachfrage reguliert wird, mag leistungssteigernd, kostensenkend und gegenüber herkömmlichen staatlichen Einrichtungen entlastend wirken, folgt aber nicht ohne weiteres den Geboten des sozialen Rechtsstaats. So ist beispielsweise der Zugang zu Einrichtungen der Bildung, des Gesundheitswesens und des Rechtsschutzes vom verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz bestimmt, der Hürden, die nur durch die Einkommenslage des Betroffenen bedingt sind, kaum zulässt.

³¹ c. 204 § 2 CIC 1983.

³² Vgl. Bt. Regensburg, *Bischöfliche Anordnung zur Änderung der „Satzung für die Pfarrgemeinderäte“ u. der Wahlordnung vom 12.4.2005*, AkKR 2005, Bd. 174, S. 177 ff.; vgl. HK 2005, S. 598 f.; 2006, S. 242; AkKR 2005, Bd. 174, S. 654.

³³ Vgl. R. Althaus, *Kirche im Umbruch: Reformen auf der Ebene der Pfarrei – vermögensrechtliche Fragen* [in:] *Festschrift für Heinrich J. F. Reinhardt*, hrsg. v. R. Althaus u.a., Essen 2007, S. 31 ff.; H. Hallermann, *Die rechtliche Vereinigung von Pfarreien, Kirchengemeinden und Kirchenstiftungen*, KuR 2005, 145 ff.; G. Leder, *Gemeindezusammenlegung*, StdZ 2007, S. 809 ff.; W. Meller, *Änderungen in den rechtlichen Strukturen auf ortskirchlicher Ebene*, KuR 2000, S. 69 ff.; T. Mohr, *Spannungen tolerieren. Beobachtungen zur Organisationsstruktur der kath. Kirche*, HK 1999, S. 362 ff.; J. Walter, *Rechtliche Aspekte bei der Errichtung, Aufhebung und Veränderung von Pfarreien* [in:] *Festschrift für Heinrich J.F. Reinhardt*, hrsg. v. R. Althaus u.a., Essen 2007, S. 323 ff.

³⁴ *Erlaß des Bischofs von Regensburg vom 11. November 2003*, „Amtsblatt für die Diözese Regensburg“ 2003 Bd.14 vom 17.11.2003.

³⁵ Vgl. cc. 209, 391 CIC 1983.

³⁶ Vgl. im weltlichen Recht § 279 ZPO.

³⁷ Vgl. H.-J. Becker, *Spuren des kanonischen Rechts im Bürgerlichen Gesetzbuch* [in:] *Festschrift f. Hans Hermann Seiler*, hrsg. v. R. Zimmermann u.a., Heidelberg 1999, S. 159 ff.; K.W. Nörr, *Über die drei Verfahrensordnungen der mittelalterlichen Rota Romana*, „Zeitschrift für Evangelisches Kirchenrecht“ [ZevKR] 2004, Bd. 49, S. 89 ff.; *idem*, *Kanonisches Recht und modernes Gerichtsverfahren aus der Distanz eines ausgehenden Jahrtausends* [in:] *Festschrift für Martin Heckel*, Tübingen 1999, S. 197 ff.; *Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien*, hrsg. H. Scholler, Baden-Baden 1996; D. Strauch, *Mittelalterliches Recht – Herkunft – Kennzeichen – Fortwirken*, „Orbis Iuris Romani“ 2004, vol. 9, S. 161 ff. (mit weiteren Literaturhinweisen); Meder, Stephan, Weit, *Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., Köln 2005, S. 150–152 (Bibliographie zum Kap. „Die mittelalterliche Kirche und das kanonische Recht“).

kirchlichen Rechtsschutzes besonders negativ auf. Die Offiziate sind fast ausschließlich nur noch für Ehesachen zuständig.³⁸ Der hierarchische Rekurs³⁹ an die zuständige römische Kongregation, die den Rechtsweg zur *Signatura Apostolica* als einzigem Verwaltungsgericht eröffnet, wird praktisch kaum in Anspruch genommen.⁴⁰ Es entspräche dem Anspruch der Gläubigen auf Rechtsschutz (c. 221 CIC 1983), wenn vor allem auf partikularkirchlicher Ebene Verwaltungsgerichte angerufen werden könnten. Spätestens seit dem II. Vatikanischen Konzil ist dieses Thema in Deutschland diskutiert,⁴¹ blieb aber trotz ausgearbeiteter Modelle⁴² bislang ohne Erfolg. Das Vorbild der deutschen evangelischen Landeskirchen, wo seit langem eine zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit besteht,⁴³ ist auf die katholische Kirche wegen der hierarchischen Struktur zwar nicht direkt übertragbar, bietet aber mindestens in praktischer Hinsicht einen Erfahrungsschatz. Als Fortschritt im partikularen Kirchenrecht darf gewertet werden, daß zur Zeit kirchliche Arbeitsgerichte für Streitigkeiten aus dem Mitarbeitervertretungsrecht eingerichtet werden.⁴⁴ Universalkirchenrechtlich soll jüngst der Jubiläumskongress für den CIC in Rom⁴⁵ über kirchliche Verwaltungsgerichte diskutiert haben.

³⁸ Über die streitige Gerichtsbarkeit der Kirche im Hoch- und Spätmittelalter vgl. H.E. Feine, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, Bd. 1, Weimar 1950, S. 359 f.

³⁹ cc. 1732–1739 CIC 1983.

⁴⁰ Vgl. Z. Grochowski, *Die kirchlichen Gerichte in Deutschland und in Österreich auf dem Hintergrund der gegenwärtigen Rechtspflege in der Gesamtkirche*, ÖAKR 1995/1997, Bd. 44, S. 37 ff. (37).

⁴¹ Vgl. H. Schmitz, *Möglichkeiten und Gestalt einer kirchlichen Gerichtsbarkeit über die Verwaltung*, AkKR 1966, Bd. 35, S. 18 ff.; P. Wirth, *Gerichtlicher Schutz gegenüber der kirchlichen Verwaltung*, AkKR 1971, Bd. 140, S. 29 ff.; K. Lüdicke, *Möglichkeit und Notwendigkeit einer partikularkirchlichen kirchlichen Gerichtsbarkeit in Deutschland*, DPM 1999, vol. 6, S. 55 ff.; D.M. Maier, *Verwaltungsgerichte für die Kirche in Deutschland?*, Essen 2001; Vgl. M. Pulte, *Die Schaffung einer kirchlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit für die deutschen Diözesen* [in:] *Festschrift für Alfred E. Hierold*, hrsg. von W. Rees u.a., Berlin 2007, S. 771 ff.

⁴² Vgl. *Kirchliche Verwaltungsprozessordnung der Kirchenprovinzen in Bayern*, AkKR 1971, Bd. 140, S. 59 ff.; Gemeinsame Synode der Bistümer in der Bundesrepublik Deutschland, Beschluß vom 19.11.1975 „Ordnung für Schiedsstellen und Verwaltungsgerichte der Bistümer in der Bundesrepublik Deutschland“ [in:] *Gemeinsame Synode*, Gesamtausgabe I, Freiburg/Breisgau 1976, S. 734 ff.

⁴³ Vgl. H. Maurer, s.v. *Gerichtsbarkeit*, kirchl. I u. II [in:] *EvStL* Bd. 1, 3. Aufl., Stuttgart 1987, Sp. 1083 ff. m.w.H.; U. Scheuner, *Grundfragen einer kirchlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit* [in:] *Ulrich Scheuner – Schriften zum Staatskirchenrecht*, hrsg. J. Listl, Berlin 1973, S. 441 ff. Exemplarisch: *Kirchl. Verfassungs- u. Verwaltungsgericht (Hrsg.)*, 50 Jahre Kirchl. Verfassungs- u. Verwaltungsgericht der Ev. Kirche in Hessen u. Nassau 1952–2002, Darmstadt 2003.

⁴⁴ Vgl. *Kirchliche Arbeitsgerichtsordnung i. d. F. v. 11.9.2004*, KABl. 2005, Nr. 190. Exemplarisch zur Gerichtsorganisation und zum Verfahren KABl. 2005, S. 324, 329, 331, 332. Zum kollektiven und individuellen kirchlichen Arbeitsrecht einschließlich des Rechtsschutzes vgl. u.a. Ch. Baumann, *Unabhängige kirchliche Gerichte*, AuA 1997, S. 194 ff.; D.W. Belling, *Kirchliches Arbeitsrecht und kirchliche Arbeitsgerichtsbarkeit*, NZA 2006, 1132 ff.; W. Dütz, *Rechtsschutz für kirchliche Bedienstete im individuellen Arbeitsrecht*, NZA 2006, S. 65 ff.; J. Eder, *Votum der Apostolischen Signatur zur Kirchlichen Arbeitsgerichtsordnung*, ZMV 2003, S. 162 ff.; E. Fischermeier, *Die Arbeitsgerichtsbarkeit in der katholischen Kirche*, RdA 2007, S. 193 ff.; C. Maier, *Kollektives Arbeitsrecht in der kath. Kirche*, Münster 2006; R. Richardi, *Arbeitsrecht in der Kirche*, 4. Aufl., München 2003; A. Thiel, *Kirchliche Arbeitsgerichtsordnung (KAGO) zum 1. Juli 2005 in Kraft gesetzt*, ZMV 2005, 165 ff.; G. Thüsing, *Kirchliches Arbeitsrecht*, Tübingen 2005.

⁴⁵ Der zur Feier des 25. Jahrestages des Codex Iuris Canonici am 24. und 25. Januar 2008 im Vatikan veranstaltete Kongress stand unter dem Thema „Kanonisches Recht im Leben der Kirche, Forschung und Perspektiven im Kontext der jüngsten Äußerungen des Päpstlichen Lehramts“. Vgl. Vorarlberg Online Vol.: „Der Vatikan denkt über punktuelle Änderungen des katholischen Kirchenrechts nach. Der 1983 verabschiedete ‚Kodex des kanonischen Rechts‘ (CIC) sei wie jedes Menschenwerk stets reformierbar und zu verbessern, sagte der vatikanische ‚Justizminister‘, Bischof Francesco Coccopalmerio, laut Kathpress am

Schon 1985 versicherte der spätere Präfekt der *Signatura Apostolica*, der heutige Kurienkardinal Zenon Grocholewski: „Die Proklamation der Rechte aller Christgläubigen in der Kirche wäre vergebens, wenn es nicht die Möglichkeit gäbe, diese Rechte auf eine adäquate Weise zu verteidigen.“⁴⁶ Bei aller Unterschiedlichkeit von Heilsauftrag und Staatsziel kommt hierin auch ein zentrales Anliegen des weltlichen Rechtsstaates zum Ausdruck.

Constitutional State and Church under the Rule of Law

Summary

The historical experience of the Nazi era and the former GDR caused that nowadays the public in Germany gives particular attention to the Constitutional State (*Rechtsstaat*). In everyday routine the Constitutional State appears particularly under the slogan of legal protection, judicial control as exercised by independent judiciary, the fair trial, the judicial hearing and the stages of appeal. The author describes the topical problem of the Constitutional State, the tension between the legal certainty and justice, parliament and jurisdiction, and illustrates his discussion with practical examples. Like any other *societas constituta et ordinata* thus also the Church needs judicial authorities to settle its internal conflicts. The author reports the efforts that are made to reduce the evident deficit in the legal protection (e.g. in the areas of labour law and penal law) mainly on the level of local Church.

Dienstag vor Journalisten. Auf einer Fachtagung zum 25-jährigen Bestehen des derzeit gültigen Rechtskodex wolle man mögliche Themen für eine Revision sammeln, erläuterte der Präsident des Päpstlichen Rats für die Interpretation von Gesetzestexten. Zu dem internationalen Kongress, der am kommenden Donnerstag und Freitag im Vatikan tagt, werden 200 Kirchenrechts-Experten und mehrere Hundert weitere Teilnehmer erwartet. Eine grundlegende Neufassung des Gesetzeswerks stehe in näherer Zeit nicht in Aussicht, sagte Coccopalmerio: „Für den Augenblick haben wir einen sehr guten Kodex, der der Kirche sehr gute Dienste leistet“. Welche Details geändert werden könnten, wollte der Präsident des Justiz-Rats nicht genauer darlegen. Kirchenrechtler sehen in der Einführung kirchlicher Verwaltungsgerichte eine mögliche Neuerung. Dies würde katholischen Laien Wege eröffnen, gegen bischöfliche oder päpstliche Anordnungen juristisch Widerspruch einzulegen. Ferner könnten nach Meinung von Experten im kirchlichen Prozessrecht für Ehenichtigkeitsverfahren Veränderungen eingeführt werden, um neueren Erkenntnissen in der Psychologie und der Medizin Rechnung zu tragen“. Das Programm des Kongresses ist unter http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/intrptxt/testi-legislativi/testi_legislativi.pdf im Internet zugänglich (22.1.2008).

⁴⁶ Vgl. Z. Grocholewski, *Aspetti Teologici dell'Attività Giudiziaria della Chiesa*, „Monitor Ecclesiasticus“ [MonEccl] 1985, vol. 110, S. 489 ff. (492).