

# AMTSBLATT

## der Evangelischen Kirche in Deutschland

Beilage zu Heft 4 vom 15. April 1999

---

### Rechtsprechungsbeilage 1999

---

#### Rechtsprechung von Kirchengerichten

Die Rechtsprechungsbeilage wird jährlich einmal vom Kirchenrechtlichen Institut der EKD zusammengestellt und im Amtsblatt der EKD veröffentlicht. In neuer Konzeption setzt sie die Reihe der Rechtsprechungsbeilagen im Amtsblatt der VELKD fort.

In der **Rechtsprechungsbeilage** kommen nur Erkenntnisse kirchlicher Gerichte und Schlichtungsstellen zum Abdruck. Die Entscheidungen werden in vier Abteilungen veröffentlicht: Teil I: Verfassungs- und Organisationsrecht; Teil II: Dienst- und Arbeitsrecht; Teil III: Finanz- und Vermögensrecht; Teil IV: Verschiedenes. Den Entscheidungen sind Leitsätze vorangestellt, die mit entsprechender Angabe entweder von dem jeweiligen kirchlichen Spruchkörper oder von dem Kirchenrechtlichen Institut der EKD formuliert worden sind. Weiter werden in einem eigenen Absatz die in dem betreffenden Erkenntnis angesprochenen gesetzlichen Bestimmungen angeführt.

Ein **Fundstellennachweis** der in den Jahren 1981 – 1990 *veröffentlichten* Entscheidungen und Gutachten der evangelischen Kirchengerichte und sonstiger kirchlicher Spruchkörper ist in ZevKR 35 (1990) S. 427 ff., ein solcher für die Jahre 1945 – 1980 in ZevKR 41 (1996) S. 322 ff. publiziert worden.

Eine Sammlung der **Leitsätze des VG für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der EKD** ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://www.ekd.de>, Button »Arbeitsfelder«.

Das Kirchenrechtliche Institut der EKD, Goßlerstraße 11, 37073 Göttingen, bittet darum, ihm über das Kirchenamt der EKD oder die Amtsstellen der gliedkirchlichen Zusammenschlüsse Abschriften aller einschlägigen Entscheidungen zu übersenden und dabei gegebenenfalls zu vermerken, ob die betr. Entscheidungen rechtskräftig sind.

Es wird empfohlen, die Rechtsprechungsbeilage wie folgt zu zitieren : RsprB ABI. EKD 1999.

Die Rechtsprechungsbeilage kann *gesondert* vom sonstigen Bezug des Amtsblattes beim Verlag des Amtsblattes der EKD, Postfach 21 02 20, 30402 Hannover, zum Preis von 3,50 DM – einschließlich Mehrwertsteuer – zuzüglich Versandkosten bestellt werden.

**Kirchenordnung (Verfassung),  
Gemeinden und höhere Verbände,  
kirchliches Mitgliedschaftsrecht, Patronatsrecht**

1.

Errichtung einer Kapellengemeinde

*1. Die Kirchenbehörde kann unabhängig von einem bestimmten Ziel oder Zweck und bestimmter räumlicher oder struktureller Voraussetzungen im Rahmen ihres Organisations- und Sachermessens eine Kirchen- oder Kapellengemeinde errichten.*

*2. Die Verselbständigung eines Gemeindeteils kann zur Lösung von Konflikten in der Gesamtgemeinde gerechtfertigt sein (Leitsätze der Redaktion).*

Art. 28, 29, 45 Verf. d. Ev.-luth. Landeskirche Hannovers i. d. F. vom 1.7.1971 (- KVerf -) (KABl. S. 189); §§ 4, 5 Kirchengemeindeordnung d. Ev.-luth. Landeskirche Hannovers i. d. F. vom 7.12.1993 (- KGO -) (KABl. 1994, S. 1), geänd. durch KG vom 22.5.1995 (KABl. S. 83).

Rechtshof der Konföderation ev. Kirchen in Niedersachsen, Urteil vom 27.5.1998 – KonfR 5/97 – (rechtskräftig)

Die Gemeinden X und Y, die seit der Reformation unter einem Pfarramt verbunden sind, waren selbständige Kirchengemeinden, bis sie sich nach einem Beschluß der beiden Kirchenvorstände 1971 zu einer Kirchengemeinde X-Y (Klägerin – Kl.) vereinigten. Der neue Kirchenvorstand bestand je zur Hälfte aus Mitgliedern aus X und aus Y. Im Januar 1992 beschloß der Kirchenvorstand mehrheitlich, ein Gemälde des Malers A von diesem als Geschenk für die Kapelle in X anzunehmen. Die Schenkung, die mit der Auflage verbunden war, das Gemälde im Altarraum der Kapelle aufzuhängen, wurde am ... 1992 von der Kirchenbehörde (Beklagte – Bekl.) genehmigt. An der Schenkung entzündete sich in der Folgezeit eine heftige Kontroverse im Kirchenvorstand und unter Gemeindemitgliedern in X.

Im Dezember 1995 wandten sich 20 Gemeindemitglieder aus X an die Bekl. mit der Bitte, dem Gemeindeteil die Selbständigkeit in Form einer selbständigen Gemeinde oder als Kapellengemeinde zurückzugeben. In dem daraufhin von der Bekl. eingeleiteten Verfahren sprachen sich angesichts der Auseinandersetzungen zwischen X und Y sowohl der Kirchenkreisvorstand als auch der Landessuperintendent und der Kirchensenat für die Errichtung einer Kapellengemeinde X aus, während der Kirchenvorstand ein negatives Votum abgab. Die Bekl. teilte am ... Januar 1997 der Kl. den Beschluß zur Errichtung einer Kapellengemeinde in X als Teil der Kirchengemeinde X-Y zum nächstmöglichen Zeitpunkt mit. Gegen den Beschluß erhob die Kl. Einspruch, der von der Bekl. am ... März 1997 zurückgewiesen wurde. Insbesondere widersprach die Bekl. dem Vorwurf der Kl., sie benutze den Organisationsakt der Errichtung der Kapellengemeinde als Aufsichtsmittel gegen die Annahme der Schenkung. Die Kl. erhob daraufhin Klage gegen die Errichtung der Kapellengemeinde, die jedoch ohne Erfolg blieb.

Aus den Gründen:

II.

Die Klage hat keinen Erfolg.

Die Klage ist zulässig. Die Kl. ist gemäß Art. 45 Abs. 2 KVerf, vertreten durch ihren Kirchenvorstand, klagebefugt. Sie kann geltend machen, durch die Errichtung der Kapellengemeinde in ihren Rechten verletzt zu werden. Dies ergibt sich aus §§ 4, 5 KGO.

Die Klage ist jedoch unbegründet.

Die angefochtene Errichtung der Kirchengemeinde X findet ihre Rechtsgrundlage in der Kirchenverfassung; nach Art. 28 KVerf kann das Landeskirchenamt nach Anhörung der beteiligten Kirchenvorstände und Kirchenkreisvorstände neue Kirchengemeinden errichten, bestehende aufheben, zusammenlegen oder anders begrenzen. Widerspricht – wie im vorliegenden Fall – ein beteiligter Kirchenvorstand oder Kirchenkreisvorstand einer dieser Maßnahmen, so bedarf es der Zustimmung des Kirchensenates.

Die Errichtung der Kapellengemeinde X, die gemäß Art. 29 Abs. 1 KVerf selbständiger Teil einer Kirchengemeinde ist, für den regelmäßig öffentlicher Gottesdienst in einem eigens dafür bestimmten Raum stattfindet, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die gerichtliche Nachprüfung dieser Organisationsmaßnahme beschränkt sich auf die Feststellung, ob die getroffene Entscheidung an Ermessensfehlern leidet. Das ergibt der vorliegende Sachverhalt nicht.

Die Bekl. hat das ihr durch Art. 28 KVerf eingeräumte Organisationsermessen fehlerfrei ausgeübt. Verfahrensfehler bei der Errichtung der Kapellengemeinde X hat die Kl. nicht geltend gemacht; diese sind auch nicht ersichtlich. Die relativ geringe Größe der Kapellengemeinde X steht einer Neuordnung der Kirchengemeinde X-Y nicht entgegen. Zum einen gibt es eine Mindestgröße für die Errichtung von Kapellengemeinden nicht, zum anderen fügt sich die Kapellengemeinde X in eine Reihe von Kapellen- und Kirchengemeinden vergleichbarer oder noch geringerer Größe in den Sprengeln ... ein.

Die Errichtung der Kapellengemeinde X verstößt auch nicht wegen des hinter ihr stehenden Beweggrundes gegen Art. 28, 29 Abs. 2 KVerf. Die Kirchenverfassung macht die Errichtung von Kirchengemeinden weder davon abhängig, daß damit bestimmte Ziele erreicht oder Zwecke erfüllt werden noch setzt sie ihr Schranken, welche es ausschließen, mit einer solchen organisatorischen Maßnahme bestimmte Zielsetzungen zu verfolgen, oder welche die Errichtung einer Kirchengemeinde an räumliche oder strukturelle Voraussetzungen knüpfen. Ob eine Kirchengemeinde – und ebenso eine Kapellengemeinde – errichtet werden soll, liegt vielmehr im weiten Organisations- und Sachermessen der Bekl. Dieses findet seine rechtliche Grenze allein dort, wo keinerlei sachliche Gründe für die Errichtung erkennbar sind, die Maßnahme sich also als willkürlich erweist. Daran fehlt es hier.

Mit ihrer Entscheidung, dem bisherigen Gemeindeteil X der Kl. den Status einer Kapellengemeinde zu verleihen, will die Bekl. die Spannungen lösen, die im Zusammenhang mit der Annahme des der Kl. von dem Künstler A unter Auflagen geschenkten Bildes [...] entstanden sind. Angesichts der Auswirkungen, die diese Spannungen seit Jahren auf die Gemeinde haben, stellt sich das mit der Errichtung der Kapellengemeinde verfolgte Anliegen, durch diesen organisatorischen Schritt die Grundlage für einen vernünftigen Interessenausgleich zwischen den Gemeindegliedern innerhalb X und sodann zwischen der Kl. als Gesamtgemeinde und ihrem in Gestalt einer Kapellengemeinde teilweise selbstständigen Gemeindeteil X zu schaffen, als sachbezogen und schon deswegen nicht ermessensfehlerhaft dar. Entgegen der Auffassung der Kl. setzte das auch nicht voraus, daß die Bekl. vor ihrer Entscheidung die Fürsprecher und die Gegner der von der Kl. beschlossenen Gestaltung des Altarraums der Kapelle in X zahlenmäßig gewichtete. Es erscheint bereits zweifelhaft, ob eine solche Gewichtung überhaupt möglich gewesen wäre, weil kaum hätte sichergestellt werden können, daß dabei die in nahezu jeder Gemeinde anzutreffende »schweigende Mehrheit« erfaßt worden wäre.

Unabhängig davon zeigen die seit der Schenkung aufgetretenen Spannungen und ihre sichtbar gewordenen Auswirkungen, die trotz jahrelanger Vermittlungsversuche verschiedener kirchlicher Stellen andauern, daß die Einschätzung der Bekl., diese Spannungen seien ungeachtet des Ergebnisses einer Abstimmung oder Umfrage allenfalls durch die Errichtung einer Kapellengemeinde zu lösen, nicht erkennbar fehlerhaft ist. Der Bekl. ist auch keine fehlerhafte prognostische Abschätzung insoweit vorzuwerfen, als sie die künftige Entwicklung der Kl. anders beurteilt als diese selbst, insbesondere nicht bereit ist, sich der Erwartung der Kl. anzuschließen, nach einer längerfristigen Gewöhnungsphase werde sich der Frieden innerhalb der Kirchengemeinde X-Y ohne organisatorische Änderungen wiederherstellen lassen. Jedenfalls ist im Rahmen der dem Rechtschef eröffneten Ermessensprüfung nicht zu beanstanden, daß die Bekl. diese von der Kl. erwartete Entwicklung nicht abzuwarten bereit ist und durch die getroffene Organisationsentscheidung den Frieden in der Gemeinde wiederherstellen zu können glaubt.

Anders als die Kl. meint, ist die Entscheidung, in X eine Kapellengemeinde einzurichten, auch nicht in unzulässiger Weise als Aufsichtsmittel eingesetzt worden. Diese organisatorische Maßnahme ist schon ihrer Eigenart nach gänzlich ungeeignet, die Kl. als kirchliche Körperschaft zur Erfüllung ihrer Aufgaben und Verpflichtungen oder zur Beachtung geltenden Rechts anzuhalten (vgl. Art. 17 KVerf). Sie zielt vielmehr – wie dargestellt – allein darauf ab, dem Gemeindeteil X eine größere Selbständigkeit als bisher zu verschaffen, um ihm die eigenverantwortliche Wahrung grundlegender und nach Auffassung der Bekl. sicherungsbedürftiger Belange der in diesem Gemeindeteil ansässigen Gemeindeglieder zu ermöglichen. Darin liegt ersichtlich kein Mißbrauch der Einrichtungskompetenz der Art. 28, 29 Abs. 2 KVerf als »Super-Aufsichtsmittel«, sondern deren auf Sachgründe gestützte Inanspruchnahme.

Soweit die Kl. auf die rechtlichen Konsequenzen der Errichtung einer Kapellengemeinde hinsichtlich der Schenkung des Bildes [...] verweist und meint, die Kapellengemeinde dürfe die Annahme der Schenkung nicht rückgängig machen und sei an die mit der Schenkung verbundene Auflage gebunden, sind diese Erwägungen im Rahmen der hier zu überprüfenden Ermessensentscheidung nicht zu berücksichtigen. Die von der Kl. aufgezeigten rechtlichen Konsequenzen sind nicht hinreichend konkret. Ob sie – ihre Richtigkeit unterstellt – eintreten, hängt ganz entscheidend

davon ab, ob und gegebenenfalls welche Beschlüsse der Kapellenvorstand der neu gebildeten Kapellengemeinde hinsichtlich der Gestaltung des Gottesdienstraumes trifft. Die insoweit lediglich denkbaren Möglichkeiten, die in ihrer Vielfalt ohnehin nicht absehbar sind, brauchten daher in die angefochtene Entscheidung nicht einbezogen zu werden.

Die angefochtene Entscheidung der Bekl. erweist sich nach alledem als rechtmäßig.

## 2.

## Ältestenwahl, Wahlanfechtung

*1. Das Ältestenwahlrecht der Ev. Kirche in Berlin-Brandenburg sieht im Rahmen eines Wahlprüfungsverfahrens die Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage gegen die Beschwerdeentscheidung des prüfenden Kreiskirchenrates nur für den Beschwerdeführer vor. Damit erweist sich die Entscheidung über die Wahlanfechtung für die Gemeinde, bei der die Wahl stattgefunden hat, und für die Gewählten als unanfechtbar.*

*2. Bei der Festlegung des Wahlrechts und insbesondere bei der Einräumung von Rechts wegen unterliegt die Kirche aufgrund des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts gem. Art. 140 GG i. Vm. Art. 137 III WRV keinen Bindungen an die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, den allgemeinen Gleichheitssatz oder das Rechtsstaatsprinzip in dem Sinne, daß ein Rechtsweg nicht nur für die Wahlanfechtenden, sondern auch für Gemeinden und Gewählte vorzusehen ist (Leitsätze der Redaktion).*

§§ 6, 10 V, 11 III, 24 II, 25 KG über die Wahl der Ältesten in der Ev. Kirche in Berlin-Brandenburg vom 19.11.1994 (KABl. S. 210) (Ältestenwahlgesetz); §§ 20, 58 II, 72 I KG der EKV über die kirchliche Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 16.6.1996 (ABl. EKD S. 390) (Verwaltungsgerichtsgesetz – VwGG); § 5 II KG über die kirchliche Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Ev. Kirche in Berlin-Brandenburg vom 14.11.1996 (KABl. S. 214) (VwGGB); § 15 I KG über das VG der Ev. Kirche in Berlin-Brandenburg vom 19.11.1972 (KABl. 1973, S. 3) (KG über das VG); Art. 19 IV GG; Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 III WRV; § 401 VwGO.

VGH der EKV, Beschluß vom 29.8.1997 – VGH 6/96 –

In der Ev. Kirche in Berlin-Brandenburg wurden 1995 Ältestenwahlen durchgeführt. In der klagenden Gemeinde (Klägerin und Berufungsklägerin zu 1 – Kl.) erfolgte die Bekanntmachung, Wahlvorschläge einzureichen, durch Abkündigung im Gottesdienst und durch bloßen Aushang eines landeskirchlichen Faltblattes über die Formalitäten der Wahl. Das Faltblatt enthielt nicht die Angabe des genauen Termins, bis zu dem Wahlvorschläge zulässig waren. Nach diesem Termin eingereichte Wahlvorschläge mit den Namen der Beigeladenen zu 1 und 2 wurden zurückgewiesen. Die daraufhin durchgeführte Wahl wurde von den Beigeladenen zu 1 bis 4 angefochten. Der Kreiskirchenrat stellte die Fehlerhaftigkeit des Wahlverfahrens in seiner Beschwerdeentscheidung fest und setzte eine Wahlwiederholung an.

Gegen die Beschwerdeentscheidung hat neben der Gemeinde eine ursprünglich gewählte Älteste (Klägerin und Berufungsklägerin zu 2 – Kl.) Klage zum kirchlichen VG erhoben. Das VG hat die Klage abgewiesen, wobei es ihre Zulässigkeit offen ließ. Die Berufung der Kl. war erfolglos.

Aus den Gründen:

## II.

Als ein Verfahren, das bei Inkrafttreten des VwGG noch nicht rechtskräftig abgeschlossen war, ist der vorliegende

Streit nach dem bisherigen Recht zu Ende zu führen – § 72 Abs. 1 VwGG und § 5 Abs. 2 Satz 2 VwGGB.

Die Berufung ist nicht begründet. Zu Recht hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen.

...

Der Senat ist auch nicht deshalb an einer eigenen abschließenden Entscheidung gehindert, weil das VG offenlassen hat, ob die Klage unzulässig ist, und sie als jedenfalls unbegründet abgewiesen hat. Ob in diesem Vorgehen, wie die Berufung geltend macht, ein wesentlicher Verfahrensmangel liegt, kann offen bleiben. Denn selbst wenn man dies unterstellt, muß die Sache nicht an das VG zurückverwiesen werden. § 16 Abs. 2 Nr. 2 VO-VGH (nunmehr § 58 Abs. 2 Nr. 2 VwGG) läßt nämlich eine Zurückverweisung lediglich zu, erlaubt jedoch auch eine abschließende Entscheidung durch das Berufungsgericht selbst.

2.) Die Berufung kann bereits deshalb keinen Erfolg haben, weil die Klage unzulässig ist. Für das von den Kl. mit der Klage verfolgte Ziel ist der Rechtsweg zum kirchlichen VG nicht eröffnet.

a) ... § 25 Satz 1 Ältestenwahlgesetz räumt das Klagerecht gegen die Beschwerdeentscheidung des Kreiskirchenrats lediglich demjenigen ein, der die Wahl nach § 24 des Gesetzes angefochten hat. Der Wortlaut der Vorschrift läßt eine andere Interpretation nicht zu. Aus § 25 Satz 2 Ältestenwahlgesetz ergibt sich vielmehr, daß selbst der Beschwerdeführer nur ein eingeschränktes Klagerecht besitzt. Die Klage darf nach dieser Vorschrift nämlich nur auf die im Beschwerdeverfahren vorgebrachten Gründe gestützt werden. Auf diese Gründe kann es nur bei einer Entscheidung des Kreiskirchenrats ankommen, durch die die Beschwerde zurückgewiesen worden ist. Auch der systematische Zusammenhang mit den Bestimmungen über das Wahlrecht oder die Wahlanfechtung ermöglicht eine Ausdehnung der Rechtswegeinräumung auf die betroffene Gemeinde und die Gewählten nicht. Zwar bestimmt § 24 Abs. 2 Satz 1 Ältestenwahlgesetz die Mitteilung der Beschwerdeentscheidung auch an den Gemeindekirchenrat und die von der Wahlanfechtung betroffenen Gewählten; doch ist von diesem Informationsrecht entgegen der im angefochtenen Urteil vertretenen Auffassung nicht auf das Bestehen eines Klagerechts zu schließen. Der kirchliche Gesetzgeber hat vielmehr im Ältestenwahlrecht die Unterrichtung aller Beteiligten über den Ausgang des Wahlprüfungsverfahrens vor dem Kreiskirchenrat vorgesehen, die Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage gegen die Beschwerdeentscheidung jedoch dem Beschwerdeführer vorbehalten. Damit erweist die Entscheidung über die Wahlanfechtung sich für die Gemeinde, bei der die Wahl stattgefunden hat, und für die Gewählten als unanfechtbar. Eine solche Wirkung ist dem Ältestenwahlgesetz auch sonst nicht fremd, sieht es doch in § 11 Abs. 3 Satz 7 die Endgültigkeit von Entscheidungen des Kreiskirchenrats vorbehaltlich des Wahlanfechtungsverfahrens vor.

b) § 15 Abs. 1 Buchst. a des hier – wie dargelegt – noch anwendbaren KG über das VG der Evangelischen Kirche in Berlin-Brandenburg vom 19. November 1972 (ABl. EK iBB 1973, 3) mit nachfolgenden Änderungen, führt zu keinem anderen Ergebnis. Zwar ist danach der Rechtsweg für den Streit über die Aufhebung eines kirchlichen Verwaltungsaktes gegeben, wobei Absatz 3 der Vorschrift Verwaltungsakt als Verfügung und Entscheidung der kirchlichen Leitungsorgane, Verwaltungs- und Dienststellen zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des kirchlichen Verwaltungsrechts definiert; doch ist damit, obwohl die Beschwerdeentscheidung des Kreiskirchenrates danach Verwaltungsaktscharakter besitzt, der Rechtsweg dennoch nicht

eröffnet, weil § 25 Satz 1 Ältestenwahlgesetz die zuvor zitierte Bestimmung als *lex specialis* verdrängt. Nur so kann, wie der Bkl. im Verfahren zu Recht hervorgehoben hat, das Verhältnis der Vorschriften über die Wahlanfechtung im Ältestenwahlgesetz mit denjenigen im KG über das VG sachgerecht ausgelegt werden. Wäre nämlich für die Kl. der Rechtsweg über § 15 Abs. 1 Buchst. a des KG über das VG eröffnet, so liefen die einengenden Vorschriften des gleichrangigen, im übrigen wesentlich jüngeren (am 1. Dez. 1994 in Kraft getretenen) Ältestenwahlgesetzes ins Leere. Der Rechtsweg wäre für Gemeinde, Gewählte und Wahlanfechtende gegeben, ohne daß es insoweit des § 25 Satz 1 Ältestenwahlgesetzes bedürfte. Für die Annahme, daß diese Vorschrift das Klagerecht abschließend spezialgesetzlich regelt, spricht auch die in ihr enthaltene Verkürzung der Klagefrist auf eine Woche. Es wäre nicht nachvollziehbar, weshalb die Klagefrist nur für den erfolglosen Beschwerdeführer auf eine Woche verkürzt sein sollte, während für die Gemeinde und die von der Wahlanfechtung betroffenen Gewählten die allgemein geltende Monatsfrist des § 22 VwGG maßgeblich sein sollte. Die Verkürzung der Klagefrist zeigt zugleich, daß das Argument der »Waffengleichheit«, auf das sich die Kl. berufen, nicht tragfähig ist, weil auch ihre Rechtsauffassung zu unterschiedlichen prozessualen Rechten führt. Der Sinn des § 25 Ältestenwahlgesetz besteht vielmehr in einer Beschränkung des Klagerechts auf den unterlegenen Beschwerdeführer, verbunden mit einer Verkürzung der Klagefrist, um möglichst schnell zum Abschluß des Wahlanfechtungsverfahrens kommen zu können. Hiermit wäre die Zulässigkeit einer Klage nach den allgemeinen Regeln gerade dann nicht vereinbar, wenn der Kreiskirchenrat einen erheblichen Fehler der Wahl angenommen hat. Ein solches Verständnis widerspricht auch der Systematik des Verwaltungsprozeßrechts der Evangelischen Kirche in Berlin-Brandenburg. Dieses ist nämlich, was seine Vorschriften über den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten angeht, ohnehin dadurch gekennzeichnet, daß es keine Generalklausel (wie im staatlichen Recht den § 40 Abs. 1 VwGO), sondern enumerativ aufgezählte Einzelzuständigkeiten vorsieht.

c) Damit entsprach die hier noch anzuwendende alte (Prozeß-)Rechtslage bereits dem neuen Recht. Dieses sieht nämlich in § 20 Nr. 3 VwGG ausdrücklich den Ausschluß des Verwaltungsrechtsweges für Entscheidungen aus dem kirchlichen Wahlrecht vor, sofern das kirchliche Recht nichts anderes bestimmt. Das VwGG beläßt es damit für den Bereich der Evangelischen Kirche in Berlin-Brandenburg bei der Rechtswegeinräumung des § 25 Satz 1 Ältestenwahlgesetz.

d) Entgegen der Auffassung der Kl. entspricht der Abschluß des Rechtsweges für sie auch höherrangigem Recht. Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV ordnet an, daß jede Religionsgesellschaft ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes ordnet und verwaltet. Dabei sind die Prinzipien des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts einerseits und der Geltung des allgemeinen staatlichen Rechts andererseits unter Zuhilfenahme des Maßstabs der Verhältnismäßigkeit gegeneinander abzugrenzen (vgl. dazu im einzelnen: *Hesse*, in: *HdbStKirchR* I<sup>2</sup>, 1994, S. 544 ff.). Diese wechselseitige Zuordnung hat hier zunächst davon auszugehen, daß es sich bei der Bestimmung des Wahlrechts für Kirchengemeindewahlen um eine innerkirchliche Angelegenheit handelt, die keine Berührungen zum staatlichen Bereich aufweist. Es geht folglich nicht um Angelegenheiten, bei deren Wahrnehmung durch die Kirche der Staat auf die Gewährleistung wesentlicher Freiheiten und Rechtsgüter einzelner Betroffener bedacht sein müßte. Folglich unterlag die Kirche bei der

Festlegung des Wahlrechts und insbesondere der Einräumung von Rechtswegen nicht Bindungen an die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, den allgemeinen Gleichheitssatz oder das Rechtsstaatsprinzip in dem Sinne, daß ein Rechtsweg nicht nur für die Wahlanfechtenden, sondern auch für Gemeinden und Gewählte vorzusehen war (vgl. dazu auch: *Rüfner* in: HdbStKirchR II<sup>2</sup>, 1995, S. 1081 ff., vor allem S. 1106 ff.).

3.) Von ihrer Unzulässigkeit abgesehen, ist die Klage auch unbegründet. Das hat die Vorinstanz zu Recht entschieden und im einzelnen ausgeführt. Darauf wird verwiesen.

a) § 10 Abs. 5 Ältestenwahlgesetz läßt im Zusammenhang seiner bereits zuvor wiedergegebenen Sätze 1 und 2 keinen Zweifel daran, daß die Gemeindeglieder in Vorbereitung der Wahl zur Abgabe von Wahlvorschlägen innerhalb bestimmter Frist aufzufordern sind. Diese Aufforderung muß nach § 6 Satz 1 Ältestenwahlgesetz unter anderem durch Aushang erfolgen. Dies ist nicht geschehen. Das Aushängen des Faltblatts reichte dafür nicht, weil ihm eine konkrete Aufforderung, ein Ersuchen oder eine Bitte, bis zu einem bestimmten Tag Wahlvorschläge für die Ältestenwahl einzureichen, nicht entnommen werden konnte. Darin liegt ein Wahlfehler.

b) Die Ursächlichkeit dieses Fehlers kann nicht ausgeschlossen werden. Als Maßstab bestimmt dabei § 24 Abs. 2 Satz 2 Ältestenwahlgesetz, daß der Wahlfehler daraufhin zu untersuchen ist, ob er geeignet war, das Wahlergebnis zu beeinflussen. Eine solche Eignung ist hier gegeben. Wäre ein Wahlvorschlag mit den Namen der Beigeladenen zu 1 und 2 zugelassen worden, wäre ein – jedenfalls in Teilen – anderer Ausgang der Wahl möglich gewesen.

c) Daß die Beigeladenen zu 1 und 2 in Ausnutzung des geschilderten formalen Wahlfehlers bewußt innerhalb der Frist die Einreichung eines Wahlvorschlags mit ihren Namen unterlassen oder verhindert und damit rechtsmißbräuchlich gehandelt hätten, widerspricht ihrer eigenen, in sich schlüssigen Darstellung und ist von den Kl., die durch ihren Prozeßbevollmächtigten Entsprechendes behauptet oder jedenfalls angedeutet haben, nicht belegt. Im übrigen spricht der Versuch der Beigeladenen zu 1 und 2, nachträglich eine Kandidatur zur Wahl zu erreichen, deutlich gegen eine solche Absicht. Davon abgesehen wäre dadurch jedenfalls das Wahlanfechtungsrecht der Beigeladenen zu 3 und 4 nicht geschmälert. Das Anfechtungsrecht der Beigeladenen zu 4 ist auch nicht etwa deshalb rückwirkend entfallen, weil sie nach dem Vortrag der Kl. während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens aus der klagenden Kirchengemeinde verzogen ist.

d) Die Angriffe gegen das Verfahren des Kreiskirchenrats sind unbegründet. Das Ältestenwahlgesetz selbst enthält keine Regelungen über das Wahlanfechtungsbeschwerdeverfahren. Zu fordern ist gleichwohl, daß der Kreiskirchenrat bei der Prüfung von Wahlanfechtungen auch die betroffene Kirchengemeinde anhört. Dies ist hier geschehen; wie sich aus dem Protokoll vom ... ergibt, haben die beiden mit der Prüfung beauftragten Mitglieder des Kreiskirchenrats mit dem Wahlvorstand, zu dem der Vorsitzende des Gemeindegliederkirchenrats, Pfarrer A, gehört, gesprochen. Auf der Grundlage des von den beiden Mitgliedern erstatteten mündlichen Berichts hat der Kreiskirchenrat auf seiner Sitzung vom ..., auf deren Tagesordnung »Wahlanfechtung X – Bericht ... Entscheidung« ausdrücklich angegeben war, beschlossen, der Wahlanfechtung stattzugeben. Verfahrensrechte der klagenden Kirchengemeinde sind dadurch nicht verletzt. Insbesondere mußte der Kl. zu 1 nicht zuvor der Bericht bekanntgeben werden, weil sein Zweck allein in der

Unterrichtung der an der Entscheidung beteiligten Mitglieder des Kreiskirchenrates bestand. Die erneute Behandlung der Wahlanfechtung in der Sitzung des Kreiskirchenrates vom ... diente nur der Umsetzung der schon in der vorangegangenen Sitzung getroffenen Entscheidung. Im übrigen ist der vorgesehene Termin für die Wiederholung der Wahl ohnehin durch Zeitablauf gegenstandslos geworden.

## 3.

## Landessynode, Mitgliedschaft

1. *Das Landessynodalgesetz der Ev.-luth. Landeskirche in Braunschweig sieht ein Ruhen der Rechte und Pflichten aus dem Amt eines Synodalen auch nicht für den Fall vor, daß einem ordinierten Synodalen die Ausübung des Rechts auf öffentliche Wortverkündung und Sakramentsverwaltung im Rahmen eines Disziplinarverfahrens für die Dauer einer vorläufigen Dienstenthebung untersagt worden ist.*

2. *Die gem. Generalverweisung des § 80 ReHO entsprechend anzuwendende Vorschrift des § 80 V S. 1 VwGO läßt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung einer Anfechtungsklage auch dann zu, wenn ein Gesetz die unmittelbare aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs ausschließt (Leitsätze der Redaktion).*

Art. 60 S. 5 Verfassung der Ev.-luth. Landeskirche in Braunschweig i. d. Neuf. vom 7.5.1984 (KABl. S. 14), zul. geänd. am 22.3.1997 (KABl. S. 103) (Kirchenverfassung – KV); §§ 5 I, 12 I KG über die Bildung und die konstituierende Tagung der Landessynode i. d. Neuf. vom 18.5.1995 (KABl. S. 71) (Landessynodalgesetz); § 90 S. 2 KG der VELKD über das Verfahren und die Rechtsfolgen bei Amtspflichtverletzungen i. d. Neuf. vom 22.4.1994 (KABl. S. 68) (Disziplinargesetz); §§ 59 I, III, 80 KG der Konf. ev. Kirchen in Niedersachsen über den Rechtshof vom 20.11.1973 (KABl. S. 78) (Rechtshofordnung – ReHO), zul. geänd. durch KG vom 3.11.1997 (KABl. Hannover S. 260); § 80 V VwGO.

Rechtshof der Konföderation ev. Kirchen in Niedersachsen, Beschluß vom 6.1.1999 – KonfVR 13/98 – (rechtskräftig)

Der Antragsteller (Ast.), der der Landessynode der klagten Landeskirche (Antragsgegnerin – Ag.) als gewähltes Mitglied angehört, ist im Rahmen eines Disziplinarverfahrens vorläufig des Dienstes als Pfarrer enthoben worden. Zugleich wurden ihm die öffentliche Wortverkündung und die Sakramentsverwaltung untersagt. Daraufhin beschloß die Landessynode, daß die Rechte und Pflichten des Ast. als Mitglied der Synode für die Dauer der vorläufigen Dienstenthebung ruhen.

Gegen diesen Beschluß hat der Ast. Klage erhoben. Im Rahmen eines Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes begehrte der Ast., die aufschiebende Wirkung seiner Klage gegen den Beschluß anzuordnen bzw. wiederherzustellen. Der Antrag war erfolgreich.

Aus den Gründen:

## II.

Der Antrag ist zulässig. Der Ast. kann verlangen, daß der Rechtshof gemäß § 59 Abs. 3 ReHO darüber entscheidet, ob die aufschiebende Wirkung seiner gegen den Beschluß der Landessynode vom ... 1998 und den Bescheid des Präsidenten der Landessynode vom selben Tage gerichteten Klage herzustellen ist. An dieser Entscheidung ist er insbesondere nicht durch Art. 60 Satz 5 KV gehindert, der – vorausgesetzt er ist in dem vorliegend zu beurteilenden Zusam-

menhang sinngemäß anzuwenden – einer solchen Klage die aufschiebende Wirkung abspricht. Denn diese Verfassungsbestimmung schließt nur die Wirkung des § 59 Abs. 1 Satz 1 ReHO aus und schafft damit eine Verfahrensrechtslage, wie sie andernfalls nach Satz 2 der Vorschrift durch besondere Anordnung hergestellt werden könnte. Entgegen der Auffassung der Ag. hindert Art. 60 Satz 5 KV den Rechtshof aber nicht daran, sich mit einem Gesuch um vorläufigen Rechtsschutz zu befassen. Da es insoweit an einer Regelung der Rechtshofordnung fehlt, ist nach der Generalverweisung des § 80 ReHO das im Land Niedersachsen für das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten geltende Recht entsprechend anzuwenden. § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO aber läßt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung einer Anfechtungsklage auch in den Fällen des Abs. 2 Nr. 3 der Vorschrift, d. h. dann zu, wenn ein Gesetz die unmittelbare aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs ausschließt.

Für die begehrte Anordnung ist auch das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis gegeben. Denn der vom Ast. angegriffene Beschluß der Landessynode beschränkt sich in seiner Wirkung nicht auf die Tagung der Landessynode vom ... 1998, sondern steht auch der Teilnahme des Ast. an weiteren Tagungen dieses Gremiums entgegen, solange seine vorläufige Dienstenthebung andauert.

Der Antrag ist nach der im Verfahren nach § 59 Abs. 3 ReHO vorzunehmenden summarischen Prüfung auch begründet.

Das Landessynodalgesetz sieht ein Ruhen der Rechte und Pflichten aus dem Amt eines Synodalen nicht vor. Entgegen der Auffassung der Ag. stellt das keine Regelungslücke dar, die jedenfalls dann durch Einzelfallentscheidung geschlossen werden darf, wenn einem ordinierten Synodalen die Ausübung des Rechtes auf öffentliche Wortverkündigung und Sakramentsverwaltung im Rahmen eines Disziplinarverfahrens für die Dauer einer vorläufigen Dienstenthebung gemäß § 127 Abs. 1 Disziplinargesetz untersagt worden ist. Zwar knüpft das Landessynodalgesetz die Wählbarkeit eines Ordinierten wie auch den Bestand seines Amtes als Synodaler an die Voraussetzung, daß er das Recht zur öffentlichen Wortverkündigung und Sakramentsverwaltung hat (§ 5 Abs. 1 Satz 1, § 12 Abs. 1 Landessynodalgesetz). Damit bringt das Gesetz aber nur zum Ausdruck, daß das ordinierte Mitglied der Landessynode allein ein Theologe sein kann, der die Rechte aus der Ordination, d. h. das Recht zur öffentlichen Wortverkündigung und Sakramentsverwaltung (§ 4 Abs. 1 Pfarrergesetz) besitzt. Hingegen läßt es keinen irgendwie erkennbaren Bezug zum kirchlichen Disziplinarrecht erkennen, aus dem abzuleiten wäre, daß schon die Untersagung, diese (fortbestehenden) Rechte auszuüben, Auswirkungen auf die Rechte und Pflichten aus dem Amt eines ordinierten Synodalen haben müßte. Vielmehr fehlt es gänzlich an einem solchen Bezug mit der Folge, daß keine Disziplinarmaßnahme die Mitgliedschaft in der Landessynode unmittelbar berührt. Das gilt selbst für die Entfernung eines Pfarrers aus dem Dienst, die lediglich mittelbar infolge des mit ihr verbundenen Verlustes des Rechts zur öffentlichen Wortverkündigung und Sakramentsverwaltung (§ 90 Satz 2 Disziplinargesetz) zum Ausscheiden des Betroffenen aus der Landessynode führt.

Sofern dies von der Landessynode als dem kirchlichen Gesetzgeber als Lücke des von ihr verabschiedeten Landessynodalgesetzes empfunden wird, obliegt es in erster Linie ihr, diese Lücke durch Ergänzung des Gesetzes zu schließen. Eine Lückenschließung im Wege der Einzelfallentscheidung kommt nur in Betracht, wenn Regelungszusammenhang und Sinngehalt des Landessynodalgesetzes andernfalls in einer Weise durchbrochen würden, die nach

dem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden nicht hingenommen und wenn die Lücke in möglichst enger Anlehnung an das geltende Recht geschlossen werden kann. Für beides ergibt die im Verfahren nach § 59 Abs. 3 ReHO anzustellende summarische Prüfung nicht den erforderlichen Anhalt.

Da sich dem Landessynodalgesetz – wie dargelegt – nicht entnehmen läßt, daß ein ordiniertes Mitglied der Landessynode berechtigt sein muß, das (auch während einer Suspendierung in seinem Bestand unangetastete) Recht zur öffentlichen Wortverkündigung und Sakramentsverwaltung auszuüben, kann es nicht als eine nach allgemeinen Gerechtigkeitsempfindungen unabwendbare Konsequenz des im Landessynodalgesetz zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Regelungswillens angesehen werden, die Mitwirkung eines ordinierten Synodalen, dem die Ausübung dieses Rechts im Rahmen eines Disziplinarverfahrens vorläufig untersagt worden ist, für die Dauer dieser Maßnahme zu unterbinden. Auch ermangelt es im Landessynodalgesetz wie auch im übrigen kirchlichen Recht an Regelungen, an die sich eine solche Einzelfallentscheidung so anlehnen könnte, daß sie als Herstellung eines übergeordneten rechtlichen Kontextes erschiene.

Dem Antrag ist nach alledem stattzugeben.

#### 4.

##### Bezirkssynode, Mitgliedschaft

*Sofern die kirchliche Verfassung (§ 82 Abs. 1 Nr. 2 GO der Ev. Landeskirche in Baden) vorsieht, daß ein gewähltes Mitglied der Landessynode gleichzeitig der Bezirkssynode des Kirchenbezirks, in dem er wohnt, angehört, so endet mit dem Ausscheiden aus der Landessynode auch seine Mitgliedschaft in der Bezirkssynode auf dieser Rechtsgrundlage. Ein Rechtsanspruch auf Berufung in die Bezirkssynode besteht nicht (Leitsatz der Redaktion).*

§§ 19, 82 I Nr. 2 und 5, VII S. 2, 84 II, 88, 112 Grundordnung der Ev. Landeskirche in Baden – GO – i. d. F. der Bekanntmachung vom 1.9.1996 (GVBl. S. 118).

VGH der EKV, Beschluß vom 9.1.1998 – VGH 8/97 –

Der Antragsteller (Ast.) war gewähltes Mitglied der Landessynode gewesen und als solches gem. § 82 Abs. 1 Nr. 2 GO auch Mitglied seiner Bezirkssynode. In die neue Landessynode, deren Amtszeit mit ihrer ersten Tagung im Herbst 1996 begann, wurde er nicht wieder gewählt. Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Ast. zu diesem Zeitpunkt auch aus der Bezirkssynode ausgeschieden ist und ob er, wenn dies der Fall sein sollte, in die Bezirkssynode zu berufen ist. Eine entsprechende Klage erhob der Ast. gegen seinen Kirchenbezirk (Antragsgegner – Ag.). Das kirchliche VG wies die Klage ab. Neben der Berufung beantragte der Ast. den Erlass einer einstweiligen Anordnung, um bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens in der Hauptsache die ehrenamtlichen Rechte und Pflichten eines Mitglieds der Bezirkssynode zu behalten. Der Antrag wurde zurückgewiesen. Die Beschwerde hiergegen beim VGH blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

#### II.

Die Beschwerde bleibt erfolglos, weil es jedenfalls an einem Anordnungsanspruch fehlt. Der Ast. ist nämlich

gegenwärtig weder Mitglied der Bezirkssynode des Ag., noch hat er einen materiellen Anspruch, in die Bezirkssynode berufen zu werden. Der VGH folgt der Rechtsauffassung des VG in dessen Urteil im Hauptsacheverfahren und nimmt auf seine Ausführungen Bezug. Im Hinblick auf die Beschwerde- (und Berufungs-)begründung ist lediglich das Folgende hervorzuheben:

1. Die Mitgliedschaft des Ast. in der Bezirkssynode beruhte auf § 82 Abs. 1 Nr. 2 GO, nämlich darauf, daß der Ast. Mitglied der Landessynode war und im Kirchenbezirk X wohnt. Mit dem Ausscheiden des Ast. aus der Landessynode endete deshalb auch seine Mitgliedschaft in der Bezirkssynode auf dieser Rechtsgrundlage. Der neue (...) § 82 Abs. 7 Satz 2 GO stellt dies lediglich klar und konkretisiert zugleich den Zeitpunkt des Endes der Amtszeit in der Bezirkssynode. § 82 Abs. 7 Satz 1 GO, der die Bestimmungen des § 19 GO über die Beendigung des Amtes der Kirchenältesten für entsprechend anwendbar erklärt, ist hier nicht einschlägig, weil er nur für die gewählten und berufenen, nicht jedoch für die »geborenen« Synodalen gilt; zu diesen gehörte der Ast., der allein wegen seiner Mitgliedschaft in der Landessynode auch Bezirkssynodaler war.

Zu Unrecht beruft sich der Ast. auf § 84 Abs. 1 GO. Die Vorschrift regelt die Amtszeit der Bezirkssynode, nicht die der einzelnen Mitglieder dieser Synode. Deren Amtszeit richtet sich, wie bereits ausgeführt, für gewählte und berufene Synodale nach § 82 Abs. 7 Satz 1 i. V. m. § 19 GO und für Landessynodale gemäß § 82 Abs. 1 Nr. 2 GO nach § 82 Abs. 7 Satz 2 GO.

Auch auf § 88 i. V. m. § 112 GO läßt sich die Rechtsansicht des Ast. nicht stützen. Nach § 88 GO gilt § 112 GO nämlich sinngemäß nur, »soweit keine besondere Regelung getroffen ist«; eine besondere Regelung liegt jedoch mit § 82 Abs. 7 Satz 2 GO vor.

Unerheblich ist (...), daß der Ast. zu Beginn der Amtszeit der (neuen) Bezirkssynode gemäß § 84 Abs. 2 GO verpflichtet worden ist. Die Verpflichtung gilt zwar grundsätz-

lich für die gesamte Amtszeit der Synode. Sie setzt jedoch die Mitgliedschaft in der Bezirkssynode voraus. Wird irrtümlich jemand verpflichtet, der rechtlich nicht Mitglied der Bezirkssynode ist, oder verliert dieser später seine Rechte als Synodaler, so geht die Verpflichtung nach § 84 Abs. 2 GO ins Leere.

Die Zusammensetzung der Bezirkssynode ergibt sich nämlich (abschließend) aus § 82 Abs. 1 GO; eine Mitgliedschaft allein wegen einer Verpflichtung nach § 84 Abs. 2 GO ist dort nicht aufgeführt. Die Rechtslage ist der bei der Erteilung einer falschen Rechtsmittelbelehrung vergleichbar: Sieht das Gesetz gegen eine gerichtliche Entscheidung kein Rechtsmittel vor, so bleibt ein eingelegtes Rechtsmittel auch dann unzulässig, wenn es in der gerichtlichen Entscheidung (fälschlich) als zulässig angegeben worden war.

2. Ein Rechtsanspruch des Ast. auf Berufung zum Synodalen ist nicht ersichtlich. Zwar ist davon auszugehen, daß der Ast. gemäß § 82 Abs. 1 Nr. 5 GO zum Synodalen der Bezirkssynode berufen werden könnte. Einen Rechtsanspruch auf Berufung gewährt die Vorschrift jedoch nicht einmal denjenigen Gemeindemitgliedern, die in den in ihr ausdrücklich erwähnten Bereichen tätig sind und die deshalb »nach Möglichkeit berücksichtigt werden sollen«. Erst recht gilt dies für alle übrigen Gemeindemitglieder, zu denen auch der Ast. gehört. Ob in besonderen Fällen wenigstens ein subjektiver Anspruch darauf bestehen kann, daß der Bezirkskirchenrat seine Berufungsentscheidung ermessensfehlerfrei trifft, kann hier offen bleiben. Denn selbst wenn man dem Ast. – etwa wegen seiner langjährigen Mitgliedschaft in mehreren Bezirkssynoden oder wegen seiner anfänglichen Mitgliedschaft in der neuen Bezirkssynode – einen solchen Anspruch zuerkennen und ferner eine ermessensfehlerhafte Entscheidung durch den Bezirkskirchenrat unterstellen wollte, so fehlt es doch jedenfalls an jeglichem Anhalt dafür, daß eine korrekte Ermessensausübung nur in der (nachträglichen) Berufung des Ast. zum Synodalen bestehen könnte. Nur in diesem Fall käme jedoch der Erlaß der begehrten einstweiligen Anordnung in Betracht.

### **Kirchlicher Dienst, Vorbildung, Rechtsverhältnisse, Versorgung, Dienststrafrecht**

#### 5.

#### Erste Theologische Prüfung

1. Die prüfungsrechtlichen Grundsätze der Rechtsprechung staatlicher Gerichte sind auch auf die Theologischen Prüfungen anzuwenden.

2. Der Prüfer hat einen gerichtlich nicht nachprüfbaren pädagogischen Spielraum bei der Auswahl der konkreten Prüfungsinhalte aus dem vorgegebenen Prüfungsstoff. Das Gericht muß jedoch bei substantiierten Einwänden prüfen, ob aufgrund fachlicher Mängel einer Prüfungsaufgabe die Chancengleichheit des Prüflings verletzt ist.

3. Der Prüfling hat ein Recht auf angemessene, den Umständen des Einzelfalls entsprechende Begründung der Bewertung einer Prüfung. Bei prüfungsspezifischen Wertungen und Einschätzungen sind die Grundlagen und wesentlichen Kriterien des Bewertungsvorganges offenzulegen. Eine nachträgliche Begründung für die Bewertung einer

mündlichen Prüfung nach Ablauf von zwei Monaten seit der Prüfung entspricht in der Regel nicht den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes.

4. Die Fürsorgepflicht aus dem Prüfungsverhältnis gebietet es der prüfenden Stelle, zeitnah nach Eingang einer Beschwerde gegen das Prüfungsergebnis den Prüfling auf eine gegebenenfalls erforderliche Spezifizierung der Einwendungen hinzuweisen (Leitsätze der Redaktion).

Art. 12 I, 19 IV GG

VuVG der VELKD, Urteil vom 24.6.1998 – RGV 1/96 –

Die Klägerin (Kl.) nahm 1993 an der Ersten Theologischen Prüfung teil. Ihre Leistungen in der mündlichen Prüfung vom Juli 1993 wurden im Fach Altes Testament (AT) mit »ausreichend« und im Fach Neues Testament (NT) mit »nicht ausreichend« bewertet. Aufgrund dieser und der in der schriftlichen Prüfung erbrachten Leistungen wertete das

Theologische Prüfungsamt die Prüfung der Kl. als nicht bestanden. Die hiergegen erhobene Beschwerde wies die zuständige Landeskirche (Beklagte – Bekl.) als unbegründet zurück. Im November 1993 erhob die Kl. vor dem Kirchengericht Klage. Sie rügte u. a., nicht in den zuvor von ihr gewählten Spezialthemen geprüft worden zu sein. Ihr seien ungenau formulierte und teilweise unbeantwortbare Fragen gestellt worden. Im Fach AT seien Fragen, die nicht dem alttestamentlichen Bereich zugehörten, gestellt worden. Sie bemängelte weiterhin die nicht ausreichende Begründung der Prüfungsentscheidung. Die Bekl. überprüfte im Verlauf des gerichtlichen Verfahrens in einem verwaltungsinternen Verfahren unter Beteiligung der Prüfer die Bewertungen der mündlichen Prüfung. Dieses schloß sie im Dezember 1994 ab und folgte in ihrem Beschluß der Entscheidung des Theologischen Prüfungsamtes, das die Prüfungsbewertung von 1993 aufrechterhielt. Das Kirchengericht wies die Klage im September insbesondere mit Hinweis auf den gerichtlich nicht nachprüfbar Beurteilungsspielraum der Prüfer zurück. In ihrer Revision gegen dieses Urteil rügte die Kl., das Kirchengericht habe den Umfang des Beurteilungsspielraums verkannt. Weiterhin sei das verwaltungsinterne Kontrollverfahren fehlerhaft, weil das von einem Prüfer angefertigte Gedächtnisprotokoll erst fünf bis sechs Monate nach der mündlichen Prüfung erstellt worden sei. Das Revisionsgericht erkannte die Klage in mehreren Punkten als begründet an und gab dem Antrag auf Aufhebung der Prüfungsbescheide statt.

Aus den Gründen:

2. Die Revision ist begründet, soweit die Kl. bezüglich ihr in den mündlichen Prüfungen gestellter Fragen einen rechtsfehlerhaften Beurteilungsmaßstab und eine verfahrensfehlerhafte Sachverhaltenswürdigung durch das vorinstanzliche Urteil rügt.

a. Dem von der Kl. erhobenen Einwand, sie sei im Fachgebiet NT nicht in den verabredeten Spezialgebiet geprüft, ihr seien unpräzise und nicht beantwortbare Fragen gestellt und von ihr gegebene fachlich vertretbare Antworten seien als falsch beurteilt worden, ist das vorinstanzliche Urteil nicht in dem rechtlich gebotenen Umfang nachgegangen.

Das Kirchengericht hat sich bei der Behandlung dieser Einwände auf folgende Rechtssätze gestützt: Die Entscheidung über die Geeignetheit oder Nichtgeeignetheit einer Prüfungsfrage sei allein vom Prüfer im Rahmen seines Beurteilungsspielraums zu treffen. Das Prüfungsvorgehen und die Entscheidung des Prüfers seien nur dann rechtswidrig, wenn sie auf einer so eklatant und außerhalb jeden vernünftigen Rahmens liegenden Fehleinschätzung wissenschaftlich-fachlicher Gesichtspunkte beruhten, daß sie sich im Ergebnis als gänzlich unhaltbar aufdrängen müßten. Ob eine Prüfungsfrage richtig oder falsch beantwortet werde, entscheide nur der Prüfer.

Diese Rechtsauffassung des Kirchengerichts widerspricht der neueren prüfungsrechtlichen Rechtsprechung der staatlichen Gerichte (BVerfG NJW 1991 S. 2005 ff. und S. 2008 ff.; BVerwGE 91 S. 262 ff.; BVerwG *Buchholz* 421.0 Prüfungswesen Nr. 372 m. w. N.). Danach sind fachliche Meinungsverschiedenheiten zwischen Prüfer und Prüfling der gerichtlichen Kontrolle nicht entzogen. Vielmehr hat das Gericht aufgrund substantiiert Einwendungen des Prüflings notfalls mit sachverständiger Hilfe darüber zu befinden, ob die vom Prüfer als falsch bewertete Lösung im Gegenteil richtig oder jedenfalls vertretbar war. Dem Prüfer, der eine Prüfungsaufgabe stellt, verbleibt zwar ein gerichtlich nicht nachprüfbarer pädagogischer Spiel-

raum bei der Auswahl der konkreten Prüfungsinhalte aus dem vorgegebenen Prüfungsstoff. Dem Gericht steht keine Überprüfungsbefugnis darüber zu, welche Prüfungsaufgabe zweckmäßigerweise zu stellen ist. Im übrigen hat jedoch ein Gericht der Frage nachzugehen, ob der Prüfling aufgrund fachlicher Mängel einer Prüfungsaufgabe in seinem Recht auf Chancengleichheit verletzt ist. Diese Grundsätze müssen auch auf die (mündliche) Theologische Prüfung angewendet werden. Schon hiernach wäre das Kirchengericht gehalten gewesen, den von der Kl. vorgebrachten Einwänden gegen die fachliche Richtigkeit der ihr gestellten Prüfungsfragen und gegen die fachliche Beurteilung ihrer Antworten durch die Prüfer näher nachzugehen.

Nicht hinreichend berücksichtigt hat das Kirchengericht auch die Anforderungen an die gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, die sich aus dem Gebot der Chancengleichheit ergeben. Aus diesem Gebot folgt, daß die gestellten Aufgaben das Fachwissen und die fachliche Qualifikation des Prüflings dem Prüfungszweck angemessen erfragen. Die Prüfungsfragen müssen insbesondere geeignet sein, die Kandidaten, die das Ausbildungsziel erreicht haben, von denen zu unterscheiden, die es nicht erreicht haben. Ob eine Prüfungsfrage geeignet ist, das Fachwissen und die fachliche Qualifikation eines Kandidaten in rechtlich zulässiger Weise zu erfragen, beurteilt sich u. a. danach, ob sie objektiv lösbar ist, ob mit der Prüfungsaufgabe von dem Prüfling, ausgehend vom Prüfungswissen, fachlich nichts Unmögliches verlangt wird und ob sie sich auch sonst im Rahmen der Prüfungsordnung hält. Eine Prüfungsfrage muß außerdem verständlich und in sich widerspruchsfrei sein (BVerwG *Buchholz* 421.0 Prüfungswesen Nr. 349 und Nr. 372). Diese Grundsätze gelten auch für mündliche Prüfungen und müssen nach Auffassung des Senats in vollem Umfang ebenfalls für die Überprüfung von Prüfungsentscheidungen in der mündlichen Theologischen Prüfung gelten.

In Anwendung der vorstehenden Grundsätze ist das Kirchengericht dem Einwand der Kl., ihr seien im Fachgebiet AT drei nicht dem alttestamentlichen Bereich zugehörige Fragen gestellt worden, nicht in hinreichendem Umfang nachgegangen. Das Kirchengericht hat hierzu angeführt, daß sich die Behauptung der Kl., ... (der Prüfer) habe weder Grund- noch Spezialwissen geprüft, durch das Prüfungsprotokoll nicht belegen lasse; dieses besage gerade das Gegenteil. Diese Beurteilung durch das vorinstanzliche Urteil läßt unberücksichtigt, daß die von der Kl. bemängelte Frage, welcher Bußpsalm der wirkungsvollste sei, ausweislich des Protokolls tatsächlich gestellt worden ist. Nach der – bestrittenen – Einlassung der Bekl. brachte allerdings ... (der Prüfer) im Prüfungsgespräch deutlich zum Ausdruck, daß er hören wollte, welcher der sieben kirchlichen Bußpsalmen theologie- und christentumsgeschichtlich die bedeutendsten Wirkungen gehabt habe. Mit den von der Kl. dazu näher vorgetragenen Einwänden hat sich das Kirchengericht ebenso wenig auseinandergesetzt wie mit weiteren von der Kl. bemängelten Fragestellungen der mündlichen Prüfung im Fach AT. Damit ist das Kirchengericht seiner Prüfungspflicht insoweit nicht in dem erforderlichen Umfang nachgekommen.

Auch die Einwendungen der Kl. bezüglich der Prüfung im Fach NT hat das Kirchengericht nicht ausreichend geprüft. Die Kl. hat insoweit spezifizierte Einwendungen gegen einzelne Prüfungsfragen und die Bewertung der Antworten durch ... (den Prüfer) erhoben. Das Kirchengericht hat hierzu zwar zutreffend ausgeführt, daß der subjektiven Vorstellung der Kl. über das Ziel einer von ... (dem Prüfer) gestellten Frage nicht näher nachzugehen sei. Im übrigen hätte sich das Kirchengericht jedoch nicht auf eine bloße

Willkürkontrolle beschränken dürfen. Es wäre nach den vorstehend aufgezeigten Rechtsgrundsätzen vielmehr gehalten gewesen, den von der Klägerin erhobenen substantiierten Einwendungen gegen etwaige fachliche Mängel der gestellten Fragen und der von der Kl. behaupteten Richtigkeit oder sachlichen Vertretbarkeit der von ihr gegebenen Antworten – ggf. mit Sachverständigenhilfe – nachzugehen.

b. Die Kl. macht ferner mit Erfolg geltend, daß ihrem Anspruch auf eine angemessene Begründung der Prüfungsentscheidung nicht in dem erforderlichen Umfang genügt worden sei und daß das hier durchgeführte verwaltungsinterne Kontrollverfahren keine wirksame Nachkontrolle der hier fraglichen Prüfungsleistungen bewirkt habe.

Im staatlichen Recht wird aus dem Grundrechtsschutz der Art. 12 Abs. 1 GG und 19 Abs. 4 GG ein Informationsrecht des Prüflings hergeleitet. Dieses richtet sich auf eine angemessene Begründung der Prüfungsentscheidung, d. h. auf die Bekanntgabe der wesentlichen Gründe, mit denen die Prüfer zu einer bestimmten Bewertung der schriftlichen und mündlichen Prüfungsleistungen gelangt sind. Die Begründung der Bewertung mündlicher Prüfungsleistungen kann nach Form, Zeitpunkt, Umfang und Inhalt auf unterschiedliche Weise geschehen. Sie muß jedoch nach den Umständen des Einzelfalls dem Grundrechtsschutz des Prüflings Rechnung tragen, soweit dies unter Ausschöpfung aller Möglichkeiten den Prüfern zumutbar ist. Der konkrete Inhalt dieser Begründungspflicht hängt von der Spezifizierung des vom Prüfling vorgetragenen konkreten Begehrens und seiner Begründung ab. Der Schwerpunkt der Begründungspflicht liegt bei den fachspezifischen Inhalten der Leistung und deren Bewertung. Soweit es um prüfungsspezifische Wertungen und Einschätzungen geht, sind die Grundlagen und wesentlichen Kriterien des Bewertungsvorgangs offenzulegen (BVerwG *Buchholz* 421.0 Prüfungswesen Nr. 356). Insoweit ggf. vorliegende Mängel des Prüfungsverfahrens sind nur dann unbeachtlich, wenn ein Prüfling seine Obliegenheit zur Mitwirkung im Prüfungsverfahren – z. B. durch spätere Rüge von Mängeln einer mündlichen Prüfung – verletzt (BVerwG, a. a. O.: *Niehues*, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 1994 Rz. 314). Der Senat ist der Auffassung, daß auch diese Grundsätze für die Begründung der Entscheidungen in einer mündlichen Theologischen Prüfung anzuwenden sind.

Hiernach ist die Bekl. dem Anspruch der Kl. auf eine substantielle Begründung der hier fraglichen Prüfungsleistungen nicht in dem erforderlichen Umfang nachgekommen. Die Kl. hat insoweit ihre Obliegenheit zur Mitwirkung im Prüfungsverfahren nicht verletzt. Sie hatte bereits in ihrer Beschwerdebegründung vom ... 1993 u. a. bemängelt, daß sie im Bereich NT nicht in den verabredeten Spezialgebieten geprüft worden sei. Im Bereich AT seien ihr drei – in dem vorgenannten Schreiben von ihr nicht näher bezeichnete – nicht alttestamentliche Fragen gestellt worden. Der Beschwerdebescheid vom ... 1993 bezog sich zur Ablehnung der Einwände der Kl. aus ihrem Schreiben vom ... 1993 nur auf die Prüfungsniederschriften. Die Einwände der Kl. sind sodann in dem Bescheid vom ... 1994 über die Nachkontrolle der Prüfungsleistungen näher aufgegriffen worden, wobei allerdings als Entscheidungsgrundlage nur die zwischenzeitlich eingeholten Stellungnahmen von ... (zwei Sachverständigen) herangezogen wurden. Diese Sachbehandlung durch die Bekl. genügte nicht den Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz im Prüfungswesen. Es wäre vielmehr erforderlich gewesen, unverzüglich nach Eingang des Schriftsatzes der Kl. vom ... 1993 den Ablauf der mündlichen Prüfung in bezug auf die von der Kl. erhobenen Einwendungen unter Hinzuziehung der Prüfer und ggf. der sonstigen bei der mündlichen Prüfung

anwesenden Personen näher aufzuklären und eine auf die Einwendungen der Kl. bezogene möglichst zeitnahe zusätzliche Begründung der mündlichen Prüfungsleistungen zu veranlassen. Nach den Feststellungen des Kirchengerichts sind jedoch Stellungnahmen der Prüfer erst im Verlauf des Klageverfahrens eingeholt worden: von (...) ein Gedächtnisprotokoll vom Dezember 1993 und eine Stellungnahme vom April 1994, von (...) eine Stellungnahme vom April 1994, jeweils zu den Einwänden der Kl. Bereits im Zeitpunkt der bei der Bekl. erstmals vorliegenden Stellungnahmen der Prüfer waren jedoch deren Erinnerungen an die Prüfung in einem erheblichen Umfang verblaßt. Der Senat geht hierbei von dem Erfahrungssatz aus, daß nach Ablauf von zwei Monaten seit Durchführung der mündlichen Prüfung eine nachträgliche substantielle Begründung für die Bewertung mündlicher Prüfungsleistungen nicht mehr gegeben werden kann (BVerwG *Buchholz* 421.0 Prüfungswesen Nr. 356). Diese Frist mag in solchen Fällen länger zu bemessen sein, in denen – wozu allerdings im Streitfall keine Feststellungen durch das Kirchengericht getroffen wurden – ein detailliertes Prüfungsprotokoll geführt wurde oder detaillierte Aufzeichnungen der Prüfer vorliegen. Jedenfalls entspricht ein Zeitraum von fünf bzw. neun Monaten zwischen dem Termin der mündlichen Prüfung und der erstmaligen Stellungnahme eines Prüfers zu vom Prüfling frühzeitig erhobenen fachlichen Einwendungen gegen einzelne Prüfungsfragen und deren Bewertung nicht den Erfordernissen effektiven Rechtsschutzes im Prüfungsrecht.

Darüber hinaus wäre die Bekl. aufgrund ihrer Fürsorgepflicht aus dem Prüfungsrechtsverhältnis gehalten gewesen, die Kl. zeitnah nach Eingang der Beschwerdeschrift auf eine ggf. erforderliche weitere Spezifizierung ... hinzuweisen und der Kl. hierdurch etwa berechtigte weitere Einwendungen gegen die Bewertung der Prüfungsleistungen wirkungsvoll zu ermöglichen (BVerwG 421.0 Prüfungswesen Nr. 332 und Nr. 356). Auch dies ist jedoch nicht geschehen.

Die vorbezeichneten Mängel haften auch dem hier durchgeführten verwaltungsinternen Kontrollverfahren an. Der Sinn eines solchen Kontrollverfahrens besteht im Kern darin, eine wirksame Nachprüfung der Leistungsbewertung zu gewährleisten (BVerfG NJW 1991 S. 2005; S. 2008). Dem Betroffenen soll ermöglicht werden, auf vermeintliche Irrtümer und Rechtsfehler rechtzeitig und wirkungsvoll hinzuweisen und damit ein Überdenken anstehender oder bereits getroffener Entscheidungen der Prüfer zu erreichen. Diese Zielsetzung kann bei substantiierten Einwendungen gegen das Ergebnis einer mündlichen Prüfung nur verwirklicht werden, wenn sich die beteiligten Prüfer zeitnah nach dem Prüfungstermin mit den erhobenen Einwendungen befassen. Diesen Erfordernissen wurde, wie dargelegt, schon aufgrund der von der Bekl. verspätet erstmals im Klageverfahren eingeholten Stellungnahmen der Prüfer nicht genügt. Das gilt bereits für das Gedächtnisprotokoll von ... vom Dezember 1993 und erst recht für die Stellungnahmen beider Prüfer vom ... April 1994. Denn zu diesen Zeitpunkten lag die mündliche Prüfung der Kl. bereits fünf bzw. neun Monate zurück, so daß Gedächtnisprotokoll und Stellungnahmen der Prüfer angesichts der detaillierten Einwendungen der Kl. eine substantielle Begründung der Prüfungsentscheidungen nicht mehr gewährleisten konnten.

Aus den vorstehenden Gründen war daher das vorinstanzliche Urteil aufzuheben.

Aufgrund der besonderen Umstände des vorliegenden Falles sieht es der Senat nicht als möglich an, daß der Kl. nachträglich – nach Ablauf von nunmehr fast fünf Jahren seit Durchführung der mündlichen Prüfung – eine zweck-

entsprechende ausreichende Begründung für die Bewertung der mündlichen Prüfungsleistungen gegeben werden kann. Das steht zugleich einer Verpflichtung der Bekl., die hier fraglichen mündlichen Prüfungsleistungen der Kl. nunmehr fehlerfrei neu zu bewerten und die Kl. neu zu bescheiden, entgegen. Aufgrund des wegen Zeitablaufs nicht mehr korrigierbaren Mangels einer hinreichenden Begründung der mündlichen Prüfungsleistungen waren daher der angegriffene Prüfungsbescheid der Bekl. vom ... 1993 sowie der Beschwerdebescheid vom ... 1993 und der Bescheid vom ... 1994 über die Nachkontrolle der Prüfungsleistungen aufzuheben. Die Kl. hat nach Maßgabe der Bestimmungen der Prüfungsordnung ... einen Anspruch auf erneute – erstmalige – mündliche Prüfungen in den Fachgebieten AT und NT nach einer angemessenen Vorbereitungszeit.

Das weitergehende Begehren der Kl., die Prüfung für »bestanden« zu erklären und die Noten der mündlichen Prüfung in den Fächern AT und NT angemessen zu verbessern, hat aus den vorstehenden Gründen keinen Erfolg. Insoweit war die Revision zurückzuweisen.

## 6.

## Ordinationsrechte, Verlust

1. *Einem (auf eigenen Antrag) aus dem Dienst entlassenen Pfarrer können seine Rechte aus der Ordination nur unter besonderen Gründen, die das kirchliche Interesse rechtfertigen, belassen werden.*

2. *Der unbestimmte Rechtsbegriff des kirchlichen Interesses ist im Rahmen des Gesetzes auszulegen, in dem er verwendet wird. Die Kirchenbehörde hat trotz der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle bei der Auslegung einen nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraum (Leitsätze der Redaktion).*

§§ 67 II, 68 I, II, III S. 1 Pfarrergesetz der Ev.-Luth. Kirche in Oldenburg (PfG) i. d. F. vom 10.6.1966 (GVBl. XVI. Bd., S. 91) i. d. F. vom 6.3.1986 (GVBl. XXI. Bd., S. 67).

Rechtshof der Konföderation ev. Kirchen in Niedersachsen, Urteil vom 6.2.1997 – KonfR 6/97 – (rechtskräftig)

Der Kläger (Kl.) legte im Jahr 1991 nach seinem Vikariat die Zweite Theologische Prüfung bei der beklagten Landeskirche (Beklagte – Bekl.) ab. Im selben Jahr wurde er ordiniert und als Hilfsprediger unter Berufung in das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis auf Probe in eine Kirchengemeinde der Bekl. eingewiesen. Im November 1991 beantragte der Kl. bei der Bekl. eine fünfjährige Beurlaubung, um eine Pfarrstelle in der Landeskirche X übernehmen zu können. Die Bekl. beurlaubte den Kl. für den Zeitraum von Juni 1992 bis Mai 1997 unter Wegfall der Dienstbezüge. Die Kirchenleitung der X entsandte den Kl. zum ... 1992 in eine Kirchengemeinde. Im April 1994 beantragte der Kl. bei der X, in deren Dienst übernommen zu werden. Nach einer einjährigen Klärungsphase beschloß die X im September 1995, den Kl. nicht in ein Dienstverhältnis auf Lebenszeit zu übernehmen. Sie erklärte kurz darauf den Dienst des Kl. in den von diesem betreuten Gemeinden zum Ende 1995 für beendet und bat die Bekl., die Beurlaubung des Kl. zu diesem Zeitpunkt zu beenden und ihn in die Landeskirche zurückzurufen. Am ... September 1995 beantragte der Kl. bei der Bekl. die Erteilung der Bewerbungsfähigkeit. Dies wurde von der Bekl. im Dezember 1995 mit den Ausführungen abgelehnt, man erwäge, die Beurlaubung des Kl. zu widerrufen und ihn zum nächstmöglichen Zeitpunkt aufgrund von

bestimmten Vorkommnissen während seiner Zeit in X aus dem Probendienst zu entlassen. Der Kl. selbst beantragte am ... Dezember 1995 die Entlassung aus dem Dienst der Bekl. zum Ende des Jahres und bat gleichzeitig darum, die Rechte aus der Ordination behalten zu dürfen. Die Bekl. entließ den Kl. zum ... 1995 aus dem Dienst, lehnte seine darüber hinausgehenden Anträge jedoch ab. Die nach Zurückweisung einer Beschwerde des Kl. erhobene Klage hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

## II.

Die Klage bleibt erfolglos. Durch die angegriffenen Bescheide der Bekl. werden Rechte des Kl. nicht verletzt.

1. Der Rechtshof versteht den Antrag des Kl. dahingehend, daß die Bekl. unter Änderung ihrer Verfügungen vom ... Dezember 1995 und vom ... Februar 1996 verpflichtet werden soll, dem Kl. das Recht zur öffentlichen Wortverkündigung und zur Sakramentsverwaltung sowie das Recht zum Führen der Amtsbezeichnung mit dem Zusatz »a. D.« zu belassen; mit diesem Inhalt ist der Klageantrag zulässig.

...

2. Die Klage ist jedoch unbegründet. Durch die Ablehnung des Antrages, ihm die Rechte aus der Ordination zu belassen und den Titel »Pastor a. D.« führen zu dürfen, wird der Kl. nicht in seinen Rechten verletzt.

Rechtsgrundlage für die Entscheidung der Bekl. ist § 68 Abs. 2 PfG. Nach ihm können dem entlassenen Pfarrer die in Absatz 1 genannten Rechte, nämlich insbesondere das Recht zur öffentlichen Wortverkündigung und zur Sakramentsverwaltung und das Recht, seine bisherige Amtsbezeichnung mit dem Zusatz a. D. weiterzuführen, belassen werden, wenn dies im kirchlichen Interesse liegt. Die Vorschrift erfordert also (erstens) das Vorliegen eines kirchlichen Interesses. Ist es gegeben, so können (zweitens) dem Pfarrer die Rechte belassen werden; d. h. auch bei Vorliegen eines kirchlichen Interesses besteht kein Rechtsanspruch, sondern nur ein Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung. Zu Recht hat die Bekl. in ihrem Bescheid vom ... Dezember 1995 schon die erste Voraussetzung verneint. Es liegt nicht im kirchlichen Interesse, dem Kl. die in § 68 Abs. 1 PfG genannten Rechte zu belassen.

Bei dem Begriff des »kirchlichen Interesses« im Sinne von § 68 Abs. 2 PfG handelt es sich um einen wertausfüllungsbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Auslegung und Anwendung im Grundsatz der vollen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt, der allerdings auch einen nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraum zugunsten der Bekl. enthält. Sein Inhalt ist nicht gleichsam abstrakt definierbar, sondern muß als Bestandteil der Vorschrift des § 68 Abs. 2 PfG – wie bei jeder Rechtsnorm – nach juristischen Auslegungskriterien, also insbesondere nach Wortlaut und Sinn sowie systematischem Zusammenhang, ermittelt werden.

Daraus ergibt sich zunächst, daß der Begriff des »kirchlichen Interesses« im Zusammenhang mit dem Kirchengesetz gesehen werden muß, in dem er verwendet wird. Es geht um eine Vorschrift des Pfarrergesetzes der beklagten Kirche, durch die die Rechtsverhältnisse der Oldenburger Pfarrer zu dieser Kirche geregelt werden. »Kirche« ist deshalb im Oldenburger Pfarrerdienstrecht im Regelfall die Ev.-Luth. Kirche in Oldenburg. Es mag zwar sein, daß der Begriff des »kirchlichen Interesses« in § 68 Abs. 2 PfG zusätzlich durch theologische Inhalte geprägt ist. Aus dem

systematischen Zusammenhang folgt jedoch, daß zu dem hier gemeinten kirchlichen Interesse jedenfalls auch das spezielle Interesse gerade der Oldenburger Kirche gehört. Allein deshalb schon können entgegen der Auffassung des Kl. die Aussagen des Augsburgischen Bekenntnisses zum (theologischen) Begriff der Kirche für die Auslegung des § 68 Abs. 2 PFG keine entscheidende Bedeutung haben.

Für die Auslegung des § 68 Abs. 2 PFG ist ferner beachtlich, daß dem entlassenen Pfarrer die Ordinationsrechte nicht zusätzlich *entzogen* werden (können), sondern daß er sie grundsätzlich mit der Entlassung kraft Gesetzes verliert (vgl. § 67 Abs. 2 PFG). Der Rechtsverlust ist also die Regel; nur ausnahmsweise können dem entlassenen Pfarrer die Rechte belassen werden. Für die Auslegung des »kirchlichen Interesses« bedeutet dies, daß es vom kirchlichen Gesetzgeber für den Regelfall verneint wird. Ein kirchliches Interesse an der Belassung der Ordinationsrechte setzt vielmehr eine Ausnahmesituation voraus; insoweit ist der Bekl. zuzustimmen, kirchliche Interessen lägen vor, wenn besondere, für den Auftrag der Kirche erhebliche Umstände vorliegen, die es rechtfertigen, daß ein Pfarrer die Ordinationsrechte trotz seiner Entlassung behält.

Den hiergegen gerichteten Ausführungen des Kl. kann nicht gefolgt werden. Ob der regelmäßige Verlust der Ordinationsrechte auf Grund der Entlassung aus dem kirchlichen Dienstverhältnis theologisch oder allgemein kirchenrechtlich zu billigen ist, weil die Ordination zur persönlichen, geistlichen Lebensgeschichte des Ordinierten gehöre, wie der Kl. geltend macht, ist unerheblich. Denn das hier maßgebliche kirchliche Recht hat eine andere Regelung getroffen. Daß sie schon im Ansatz mit höherrangigem (Kirchen-)Recht unvereinbar sei, ist nicht zu erkennen. Im Gegenteil beruht das Vorbringen des Kl. auf einem unzutreffenden Ordinationsverständnis, weil er nicht hinreichend beachtet, daß von der geistlichen Seite der Ordination ihre kirchenrechtliche Bedeutung zu unterscheiden ist (vgl. *Stein*, Evangelisches Kirchenrecht, 2. Auflage 1985, S. 99). In kirchenrechtlicher Sicht bedeutet die Ordination die verbindliche Erklärung, daß der Ordinierte von nun ab in den Grenzen des kirchlichen Rechts zur Wahrnehmung eines lebenslangen Volldienstes an Wort und Sakrament befähigt ist. Diese kirchenrechtliche Seite der Ordination kann aber in den Formen und unter den Voraussetzungen des Rechts entfallen (*Stein*, a. a. O.; vgl. auch § 7 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 der Vorschläge der Dienstrechtlichen Kommission zur Vereinheitlichung dienstrechtlicher Vorschriften in den Gliedkirchen der EKD vom 23. Februar/4. September 1996, ABl. EKD 1997, Seite 1 <4>).

Ergänzend greift der Senat zur Beantwortung der Frage, wann die Belassung der Ordinationsrechte im kirchlichen Interesse liegt, auf die Rechtsgrundsätze zurück, die das VuVG der VELKD in seinem Urteil vom 9. Mai 1980 – RVG 6/79 – (Rspr. Beilage zum Amtsblatt der EKD 1985, S. 6) zu § 94 Abs. 1 PFG (VELKD) in der bis 1978 geltenden Fassung formuliert hat (ebenso bereits der Rechtshof als Vorinstanz in seinem Urteil vom 8. März 1979 – KonFR 4/75 <1/79> – im Anschluß an die Stellungnahme des Theologischen Ausschusses der Kirchenleitung der VELKD). Nach dieser Vorschrift konnte dem Pfarrer das Recht zur öffentlichen Wortverkündigung und zur Sakramentsverwaltung belassen werden, wenn er seine Entlassung beantragt, um eine andere Aufgabe zu übernehmen, die ihn nicht von dem ihm in der Ordination erteilten Auftrag trennt. Trotz ihres abweichenden Wortlauts kann sie zur Auslegung des § 68 Abs. 2 PFG (Oldenburg) herangezogen werden. Denn sie formuliert den Regelfall für die Belassung der Ordinationsrechte »im kirchlichen Interesse«. Er kann insbesondere gegeben sein, wenn der entlassene Pfarrer anderweitig als

Pfarrer tätig werden will. Das VuVG der VELKD hat jedoch zu Recht nicht allein auf die subjektiven Absichten des Pfarrers abgestellt, sondern die Belassung der Rechte auch von objektiven Kriterien abhängig gemacht: Sachgerecht sei die Belassung der Rechte aus der Ordination, wenn der Pfarrer seinen Pflichten aus der Ordination nachzukommen beabsichtige, ihnen nachkommen könne und auch nachkomme. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so kann auch ein kirchliches Interesse im Sinne von § 68 Abs. 2 PFG (Oldenburg) angenommen werden.

Bei Anwendung der vorstehenden Grundsätze auf den vorliegenden Sachverhalt muß ein kirchliches Interesse, dem Kl. die Rechte aus der Ordination zu belassen, verneint werden. Zwar ist davon auszugehen, daß der Kl. beabsichtigt, auch nach Beendigung seines Dienstverhältnisses zur Bekl. als Pfarrer tätig zu sein und seine Pflichten aus der Ordination zu erfüllen. Er möchte nämlich, wie sich auch aus seiner Klage gegen die Landeskirche ergibt, in dieser Kirche weiter Dienst tun oder zumindest in den von ihm in der Vergangenheit betreuten Kirchengemeinden ehrenamtlich als Pfarrer arbeiten. Die objektiven Voraussetzungen der beabsichtigten Tätigkeit liegen aber nicht vor. Weder kann der Kl. gegenwärtig seinen Pflichten aus der Ordination in der Landeskirche X nachkommen, noch tut er dies. Denn die Kirchenleitung dieser Kirche hat ihn aus den Kirchengemeinden A und B abberufen und weigert sich, ihn weiter zu beschäftigen. Damit ist ihm die konkret beabsichtigte Tätigkeit als Pfarrer zur Zeit nicht möglich.

Allerdings hält der Kl. die Verfügung der (...) Kirchenleitung der X vom Oktober 1995 für rechtswidrig und meint, einen Anspruch auf Beschäftigung in der Landeskirche X zu haben; über seine Klage ist vom Rechtsausschuß dieser Kirche noch nicht entschieden worden. Darauf kommt es aber nicht an. Einerseits spricht Überwiegendes dafür, daß diese Klage erfolglos bleiben wird. Zwar dürfte der Kl. – außer in einem Dienstverhältnis zur Bekl. – auch in einem Dienstverhältnis zur Landeskirche X gestanden haben; es dürfte aber kein eigenständiges Dienstverhältnis gewesen sein, sondern auf dem auch während der Beurlaubung fortbestehenden Dienstverhältnis zur beklagten Landeskirche beruht haben. Dieses Dienstverhältnis ist durch die auf Antrag des Kl. erfolgte Entlassung beendet worden; damit dürfte auch dem anderen Dienstverhältnis die rechtliche Grundlage entzogen worden sein. Andererseits reicht es aber schon aus, daß die Kirchenleitung in X zur Zeit tatsächlich nicht bereit ist, die Dienste des Kl. anzunehmen. Damit ist es ihm zumindest gegenwärtig nicht möglich, im Bereich der Landeskirche X als Pfarrer tätig zu sein.

Aus dem Umstand, daß dem Kl. zur Zeit die Möglichkeit fehlt, seinem Ordinationsauftrag als Pfarrer in der Landeskirche X nachzukommen, ergibt sich zugleich, daß bei ihm auch keine besonderen Umstände vorliegen, die die Belassung der Ordinationsrechte rechtfertigen könnten. Der Kl. hat nämlich nicht geltend gemacht, eine andere konkrete Tätigkeit ausüben zu wollen, für die er auf seine Ordinationsrechte angewiesen ist. Vielmehr hat er im übrigen nur vorgetragen, daß er die seelsorgerlichen Kontakte in der Landeskirche X nicht abbrechen und Vertretungen übernehmen sowie insgesamt der Kirche im Osten dienen möchte. Zu Recht macht die Bekl. geltend, daß dies wenig substantiiert sei und daß der Kl. sein Engagement auch im Rahmen des Priestertums aller Gläubigen für den Dienst der Kirche einsetzen könne. Jedenfalls trägt der Kl. – über seine zur Zeit nicht realisierbare Absicht, im Dienst der Landeskirche X tätig zu sein, hinaus – keine tatsächlichen Umstände vor, die ernsthaft für ein Abweichen von der Regel des § 67 Abs. 2 PFG sprechen könnten.

Schließlich ist auch nicht erkennbar, welches Interesse gerade die bekl. Kirche daran haben sollte, daß dem Kl. nach seiner Entlassung aus ihrem Dienst das Recht zur Wortverkündigung und zur Sakramentsverwaltung erhalten bleibt. Nach § 68 Abs. 3 Satz 1 PfG bleibt die Lehr- und Disziplinaraufsicht über entlassene Pfarrer, denen die Ordinationsrechte belassen worden sind, grundsätzlich bei der bekl. Kirche. Das wird die Bekl. zwar nicht berechtigen, generell ein kirchliches Interesse an der Belassung der Ordinationsrechte mit der Begründung zu verneinen, sie könne wegen der Aufsichtspflicht Belastungen ausgesetzt sein. Unter Berücksichtigung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses ist aber umgekehrt zu fragen – und vom Kl. darzulegen –, worin das kirchliche Interesse liegen soll, obwohl sich die bekl. Kirche durch die Entlassung des Kl. gerade von ihm hat trennen wollen. Hierzu trägt weder der Kl. etwas vor, noch sind Umstände, die ein Interesse der Bekl. begründen könnten, sonst ersichtlich.

## 7.

## Übernahme in das Pfarrdienstverhältnis auf Probe

1. *Der aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitete Grundsatz des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit gilt auch für den innerkirchlichen Bereich.*

2. *Ein Kirchengericht, das auch die Kompetenz hat, über die Rechtsgültigkeit von Kirchengesetzen zu entscheiden, kann, wenn es zu der Auffassung gelangt, daß in einem Gesetz eine Übergangsregelung bestimmten Inhalts fehlt, auf eine Verpflichtungsklage hin anordnen, daß die betroffenen Kläger so zu stellen sind, als wäre die Übergangsregelung vorhanden (Leitsätze des Präsidenten des Gerichts).*

§ 1 I KG zur Erprobung neuer dienstrechtlicher Regelungen für Pfarrer (ErprobungsG – EG) i. d. F. d. Bkm. vom 3. 5. 1995 (ABl. S. 108 ff.); §§ 1 I, 8 I RVO zur Übernahme als Pfarrvikar oder Pfarrvikarin (ÜbernahmeVO – ÜbVO) i. d. F. d. Bkm. v. 14. 12. 1993 (ABl. 1994, S. 7 f.); Art. 2 Ziff. 4b) KG zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften (Dienstrechtsänderungsgesetz) vom 5. 12. 1997 (ABl. 1998, S. 49 ff.); § 3 I Nr. 2 KG über das Kirchliche Verfassungs- und Verwaltungsgericht (KVVG) i. d. F. d. Bkm. v. 1. 8. 1979 (ABl. S. 119).

Kirchliches Verfassungs- und Verwaltungsgericht der Ev. Kirche in Hessen und Nassau – 1. Kammer –, Urteil vom 22. 7. 1998 – I 3/1998-I 17/1998<sup>1)</sup> –

Die Klägerinnen und Kläger (Kl.) erstrebten von der beklagten Kirchenleitung (Beklagte – Bekl.) die Übernahme in das Pfarrdienstverhältnis auf Probe gem. den Bestimmungen des Kirchengesetzes zur Erprobung neuer dienstrechtlicher Regelungen für Pfarrer (ErprobungsG – EG) i. d. F. d. Bkm. vom 3. Mai 1995 und der ÜbernahmeVO vom 14. Dezember 1993.

Aufgrund des EG konnten trotz fehlenden Rechtsanspruchs bis 1993 alle Vikarinnen und Vikare nach Beendigung des Vorbereitungsdienstes, ggf. nach Wartezeiten, in den Pfarrdienst auf Probe übernommen werden. Um auftretenden Schwierigkeiten bei der Stellenbesetzung zu begegnen, wurde das EG 1993 novelliert und mit neuer Rechtsverordnung zur Übernahme als Pfarrvikar oder Pfarrvikarin vom 14. Dezember 1993 (ÜbernahmeVO – ÜbVO) bis zum

31. Dezember 1996 verlängert. Die Neuregelungen sahen nach der Ersten Theologischen Prüfung Wartezeiten bis zu fünf Jahren vor der Aufnahme in den Vorbereitungsdienst vor. Dadurch sollte erreicht werden, daß weiterhin alle Vikare und Vikarinnen nach dem Vorbereitungsdienst in den Pfarrdienst übernommen werden konnten. Hierzu erklärten auf der 4. Tagung der Achten Synode im Dezember 1993 der zuständige Personalreferent und der Kirchenpräsident, daß jeder, der z. Z. im Vorbereitungsdienst sei oder noch hineinkomme und die Anstellungsfähigkeit erlange, auf diese Weise eingestellt werde.

1995 sah sich die Landeskirche vor die Notwendigkeit gestellt, eine weitere Reduzierung der Pfarrstellen vorzunehmen. Zu diesem Zweck wurde das EG bis zum 31. Dezember 1997 verlängert. Bis dahin wollte man eine Neuregelung des Einstellungsverfahrens herbeiführen. Eine solche Regelung kam zum 1. Januar 1998 ohne eine Übergangsregelung auf der Basis zustande, daß nicht mehr alle Vikare und Vikarinnen in das Dienstverhältnis auf Probe übernommen werden würden. Aufgrund einer AuswahlVO vom 28. April 1998 standen 1998 fünf Stellen für die Übernahme zur Verfügung. Als Ende der Bewerbungsfrist wurde der 31. Juli 1998 festgelegt.

Die Kl. hatten überwiegend 1994 das Erste Theologische Examen abgelegt und waren schließlich in den Vorbereitungsdienst unter Zuordnung zu einem Kurs am Theologischen Seminar aufgenommen worden. Ihnen war ein Terminplan für den Vorbereitungsdienst ausgehändigt worden, der u. a. einen Bewerbungstermin im Hinblick auf die Übernahme enthielt. Im Verlauf der Ausbildung wurde der Kurs über die Überlegungen zur Neuregelung mit dem Hinweis informiert, die Termine für Bewerbung und Verfahren zur Übernahme lägen daher noch nicht fest. Ungeachtet dessen bewarben sich die Kl. zu dem im Terminplan genannten Datum um die Übernahme in das Dienstverhältnis auf Probe zu einem nach dem 1. Januar 1998 liegenden Zeitpunkt. Die Kirchenverwaltung nahm diese Bewerbungen nicht an und verwies in Beschwerdeentscheidungen darauf, daß das EG Ende 1997 auslaufe und daß die Synode die Aufnahme von Übergangsregelungen für den betreffenden Kurs ausdrücklich abgelehnt habe.

Gegen diese Entscheidungen erhoben die Kl. Klage, wobei sie sich insbesondere auf Vertrauensschutz beriefen. Die 1. Kammer des Kirchlichen Verfassungs- und Verwaltungsgerichts der Ev. Kirche in Hessen und Nassau erkannte für Recht, die Beschwerdeentscheidungen aufzuheben und die Bekl. zu verpflichten, die Kl. nach dem EG i. d. F. d. Bkm. vom 3. Mai 1995 und der ÜbVO vom 14. Dezember 1993 in den Pfarrdienst auf Probe zu übernehmen, sofern ihnen die Anstellungsfähigkeit zuzuerkennen ist.

Aus den Gründen:

Die fristgerecht erhobene Klage ist zulässig und als Verpflichtungsklage (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 KVVG) begründet.

Die Bekl. hat das Begehren der Kl., das Übernahmeverfahren durchzuführen und sie aufgrund dieses Verfahrens in den Pfarrdienst zu übernehmen, mit ihren Bescheiden vom ..., den Folgebescheiden und den Beschwerdeentscheidungen vom ... und ... abgelehnt. Sie hat die erfolgten Bewerbungen als zur Zeit unstatthaft behandelt und die Bewerbungsunterlagen zurückgeschickt. Der Kl. und die Kl. können jedoch verlangen, daß sie nach den Vorschriften des EG und der hierzu erlassenen ÜbVO übernommen werden, auch wenn diese Gesetzesbestimmungen mit Ablauf des 31. Dezember 1997 außer Kraft getreten sind.

<sup>1)</sup> Auch abgedruckt in ZevKR 44 (1999) S. 103ff. m. Anm. v. Winterhoff; NVwZ 1999, 111 f.

Die Kl. können in einem begrenzten Umfang Vertrauensschutz für sich in Anspruch nehmen. Als sie nach ihrer Ersten Theologischen Prüfung die Wartezeit bis zum Beginn des Vorbereitungsdienstes auf sich nahmen, durften sie aufgrund der Intention des EG, der dazu von Seiten der Kirchenleitung und Kirchenverwaltung abgegebenen Erklärungen und der praktischen Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen vertrauensvoll die Erwartung hegen, nach Ablegung der Zweiten Theologischen Prüfung in den Pfarrdienst übernommen zu werden.

Zwar hieß es im EG und in der Kandidatenordnung, daß kein Rechtsanspruch auf Übernahme bestehe. Dessen ungeachtet hat die Bekl. ausnahmslos alle anstellungsfähigen Vikare und Vikarinnen in ein Dienstverhältnis auf Probe übernommen, und diese Praxis fand auch in § 8 Abs. 1 der ÜbVO ihren Ausdruck.

Die befristete Geltungsdauer des EG stellte allerdings einen Unsicherheitsfaktor dar. Aus der wiederholten Verlängerung des Gesetzes konnte man nicht die Gewißheit herleiten, daß es auch in Zukunft zu weiteren Verlängerungen des ungeänderten Gesetzes kommen werde. Andererseits hat aber auch die Bekl. nichts getan, was den Vikaren und Vikarinnen deutlich ins Bewußtsein hätte rücken können, daß in der Zukunft auf eine Übernahme aller Vikare und Vikarinnen kein Verlaß sei. Der Terminplan, den die Teilnehmer des Kurses zu Beginn ihres Vorbereitungsdienstes erhielten, hätte durchaus einen entsprechenden Hinweis enthalten können, denn im Januar 1996 war bereits die erste Lesung des Entwurfs einer Änderung des EG erfolgt, und es war bei der Einbringung des Änderungsgesetzes von den Oberkirchenräten X und Y vor der Synode erklärt worden, es könnten nicht mehr alle Bewerber und Bewerberinnen übernommen werden. Zwar kann nicht angenommen werden, daß die Kl. bei Beginn ihres Vorbereitungsdienstes gegenüber der geplanten Änderung der Übernahmepraxis ahnungslos gewesen seien. Der Änderungsentwurf war mit dem Rat der Vikarinnen und Vikare erörtert worden, und der Rat veranstaltete im März 1996 einen Vikariatstag zu diesem Thema. Dennoch hätte die Bekl. durch das Referat Personalförderung, das in Kontakt zu den Vikarskursen stand, jeden einzelnen Kursteilnehmer frühzeitig darauf aufmerksam machen sollen, daß zukünftig mit der Übernahme aller Vikare und Vikarinnen nicht mehr zu rechnen sei. Ein solcher Hinweis erfolgte erst – aber auch dort nicht in eindeutiger Weise – in dem Informationsschreiben der Kirchenverwaltung vom 1997, in dem mitgeteilt wurde, die Termine für die Bewerbung und für das Verfahren zur Einstellung in den Pfarrdienst 1998 lägen wegen der geplanten gesetzlichen Neuregelung des Einstellungsverfahrens noch nicht fest.

Dem Anspruch auf Schutz des Vertrauens auf den Fortbestand gesetzlicher Regelungen und verwaltungsrechtlichen Handelns steht zukunftsgerichtet die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und der Handlungsspielraum der Verwaltung gegenüber.

Der Bekl., die die Änderung der Rechtslage herbeigeführt hat, ist keine Willkür vorzuwerfen. Sie sah sich wegen grundlegender Änderung der Gesamtsituation, die zu großen Einsparungen und zur Verminderung der Pfarrstellenanzahl zwingt, vor die Notwendigkeit gestellt, im geschehenen Sinne zu handeln.

Eine in solchen Konfliktlagen an sich gebotene Abwägung zwischen begründetem Vertrauen einerseits und der Bedeutung des gesetzgeberischen Anliegens andererseits braucht jedoch im vorliegenden Fall nicht vorgenommen zu werden. Auch wenn man Zweifel haben könnte, ob das Vertrauen der Kläger und Klägerinnen vorrangig ist und damit

Schutz verdient, ist den erhobenen Klagen der Erfolg nicht zu versagen.

Für die Teilnehmer des Kurses hätte nämlich eine Übergangsregelung getroffen werden müssen, die ihnen die Übernahme in den Pfarrdienst nach der alten Rechtslage und der bisherigen Praxis gewährleistet hätte. Dies ergibt sich aus folgendem Umstand:

§ 1 Abs. 1 der ÜbVO, die bis zum Außerkrafttreten des EG, also bis zum 31. Dezember 1997 Geltung hatte, bestimmte: »Pfarramtskandidaten und -kandidatinnen können sich nach der Zweiten Theologischen Prüfung um die Übernahme in das Dienstverhältnis auf Probe bewerben.« Die Kl. hatten somit mit dem Bestehen ihres zweiten Examens im 1997 das Recht zur Bewerbung, jedenfalls aber eine dahingehende Rechtsstellung erlangt. Der Begriff »Recht zur Bewerbung« findet sich in Art. 2, Ziff. 4b) des Dienstrechtsänderungsgesetzes, wo er, wenn auch in anderem Zusammenhang, gebraucht wird. Den im Terminplan genannten Bewerbungstermin ließ zwar die Kirchenverwaltung mit ihrem Schreiben vom ... 1997 fallen. Da aber die Rechtslage im November 1997 noch nicht verändert war, konnte dadurch den Kl. ihr Recht zur Bewerbung nicht genommen werden. Die Nichtannahme der Bewerbungen gemäß den Bescheiden der Kirchenverwaltung vom ... war von dem zu dieser Zeit noch geltenden Recht nicht gedeckt.

Die Änderung der Rechtslage zum Stichtag 1. Januar 1998 bewirkte, daß es nicht mehr zum Übernahmeverfahren und damit zu dem Vorstellungsgespräch mit der Übernahmekommission kommen konnte. Hierin liegt aber für die Kl. eine unzumutbare Härte. Ihnen wurde, bildlich gesprochen, kurz vor dem Erreichen des Ziels die Tür vor der Nase zugeschlagen. Ihr »Recht zur Bewerbung« das sie, bezogen auf die Durchführung des Übernahmeverfahrens, bereits erworben hatten, lief leer. Zu dieser unzumutbaren Härte wäre es nicht gekommen, wenn zugunsten der Teilnehmer des Vikarskurses eine Übergangsregelung in das Dienstrechtsänderungsgesetz aufgenommen worden wäre.

In dem Fehlen einer solchen Übergangsregelung liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser Grundsatz leitet sich ebenso wie das Gebot des Vertrauensschutzes aus dem Rechtsstaatsprinzip unseres Grundgesetzes her. Grundlegende Gerechtigkeitsvorstellungen der Rechtskultur, in der die Kirche als öffentlich rechtliche Körperschaft lebt, haben kraft ungeschriebener Transformation ins Kirchenrecht auch Leitbildfunktion für den innerkirchlichen Bereich der evangelischen Landeskirchen in Deutschland (so *Weber*, ZevKR 42. Bd., S. 282 ff., insbes. S. 309–311).

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besagt, daß hoheitliche Maßnahmen, auch solche des Gesetzgebers (BVerfGE 15, 226, 231; 16, 194, 202; 17, 232, 242), für die Betroffenen nicht zu Nachteilen führen dürfen, die zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis stehen. Ein derartiges Mißverhältnis sieht das Gericht hier für gegeben an. Der Vikarskurs hatte 18 Teilnehmer, die im ... 1997 die Zweite Theologische Prüfung bestanden. Auch bei voller Würdigung der Gründe, aus denen die gesetzgebende Synode und die Bekl. handelten, ist es der EKHN zuzumuten, die Kl. in den Pfarrdienst zu übernehmen. Ein mehrere Jahre dauernder Einstellungsstopp für künftige Vikarsjahrgänge braucht daraus nicht zu folgen.

Das Fehlen einer Übergangsregelung im Dienstrechtsänderungsgesetz, die jedenfalls zugunsten des Vikarskurses hätte erfolgen müssen, stellt eine Gesetzeslücke dar. Das Kirchliche Verfassungs- und Verwaltungsgericht, das auch die Kompetenz hat, über die Rechtsgültigkeit von Kirchengesetzen zu entscheiden, vermag diese Lücke zwar nicht

durch Ergänzung des Gesetzestextes auszufüllen. Es kann aber die von der Lücke Betroffenen, die für sich ein konkretes Klageziel verfolgen, so stellen, als wäre die Gesetzeslücke nicht vorhanden.

Das bedeutet, daß die Bekl. zu verpflichten war, für die Kl. das Übernahmeverfahren nach dem EG und der dazu erlassenen ÜbVO durchzuführen und – da nach diesen alten Regelungen alle anstellungsfähigen Bewerber und Bewerberinnen übernommen wurden – die Kl. gemäß dem Ergebnis des Übernahmeverfahrens in ein Dienstverhältnis auf Probe zu übernehmen, wenn ihnen die Anstellungsfähigkeit zuzuerkennen ist.

## 8.

*1. Niemand hat einen Anspruch darauf, nach Abschluß seiner Ausbildung in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis, sei es nach staatlichem oder kirchlichem Recht, übernommen zu werden.*

*2. Dem berechtigten Vertrauen in den Fortbestand eines Gesetzes und dementsprechendem Verwaltungshandeln stehen der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und der Handlungsspielraum der Verwaltung gegenüber. Es ist eine Abwägung zwischen begründetem Vertrauen einerseits und der Bedeutung des gesetzgeberischen Anliegens andererseits vorzunehmen (Leitsätze der Redaktion).*

§ 3 III KG zur Erprobung neuer dienstrechtlicher Regelungen für Pfarrer der Ev. Kirche in Hessen und Nassau (Erprobungsgesetz – EG) vom 15.3.1985 (KABL.) i. d. F. der Bekanntmachung vom 3.5.1995; § 1 Nr. 4 Ordnung d. praktischen Vorbereitungsdienstes für Pfarramtskandidaten in der EKH (Kandidatenordnung – KandO) vom 24.6.1974 (KABL. S. 194); § 2 III KG über die Dienstverhältnisse der Pfarrer (Pfarrergesetz – PfG) i. d. F. des Dienstrechtsänderungsgesetz (DÄndG) vom 1.1.1998 (KABL. S. 49); § 8 II Rechtsverordnung zur Übernahme als Pfarrvikar oder Pfarrvikarin (Übernahmeverordnung – ÜbVO) vom 14.12.1993 (KABL. 1994, S. 7); § 2 Rechtsverordnung zur Regelung des Auswahlverfahrens (Auswahlverordnung) vom 28.4.1998 (KABL. S. 168).

Kirchliches Verfassungs- und Verwaltungsgericht der Ev. Kirche in Hessen und Nassau, Urteil vom 1.12.1998 – I 33/1998 –

Der Kläger (Kl.) hatte im Sommer 1993 die Erste Theologische Prüfung abgelegt. Entsprechend dem damals geltenden Erprobungsgesetz (EG) wurde ihm ein Vikariatsplatz bis spätestens zum 1.9.1999 zugesagt. Während der Wartezeit arbeitete der Kl. mit einer Unterbrechung insgesamt gut eineinhalb Jahre beim Arbeitsamt in Frankfurt a. M. Hier wurde ihm ein bezahltes Studium und die spätere Übernahme in ein Beamtenverhältnis angeboten. Der Kl. lehnte dies im Vertrauen auf seine Übernahmekancen in ein kirchliches Dienstverhältnis ab. Im März 1996 erklärte sich der Kl. auf Anfrage des zuständigen Pfarrers A bereit, in einem der im Herbst desselben Jahres beginnenden Vikarskurse (Kurs 2/96) zu beginnen. In einem Vorbereitungsgespräch Mitte Juni legte A den künftigen Vikaren einen Terminplan vor, der u. a. nach der Zweiten Theologischen Prüfung im Mai 1998 die Termine »Übernahmekommission« und »frühester Übernahmetermin« vorsah. Auf die zu diesem Zeitpunkt bereits stark diskutierten Probleme hinsichtlich der Übernahmekancen der Vikare wurde nicht eindeutig hingewiesen. Am 1.1.1998 wurde das bis dahin geltende EG durch das Dienstrechtsänderungsgesetz abgelöst. Aufgrund des neuen § 58 a PfG trat am 28.4.1998 die Auswahlverordnung in Kraft, die in § 2 vorsieht, daß die Kirchenleitung (Beklagte – Bekl.) jährlich über die Zahl der Einstellungsplätze für Vikare entscheidet. Für das Haushaltsjahr 1999

wurden fünf Plätze festgelegt. Angesichts dieser Rechtslage sah sich die Bekl. außerstande, den Kl. nach dessen zweiten Examen in ein Dienstverhältnis auf Probe zu übernehmen. Gemeinsam mit 21 weiteren Vikaren des Kurses 2/96 erhob der Kl. Klage vor dem Verfassungs- und Verwaltungsgericht. Während in der Folge die anderen Klägerinnen und Kläger entweder regulär übernommen wurden oder sich mit der Bekl. verglichen bzw. die Klage zurücknahmen, erhielt der Kl. als einziger seine Klage aufrecht. Er vertrat die Auffassung, er habe einen Anspruch auf Übernahme gem. dem EG i. d. F. vom 14.12.1993, das am 31.12.1997 außer Kraft getreten ist. Dabei berief er sich u. a. auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes. Die Klage blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Klage konnte keinen Erfolg haben.

Niemand hat einen normierten Anspruch darauf, nach Abschluß seiner Ausbildung in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis übernommen zu werden. Das gilt im Pfarrrecht ebenso wie im staatlichen Beamtenrecht. § 3 Abs. 3 EG sprach dies ausdrücklich aus. In gleicher Weise heißt es in § 1 Ziff. 4 KandO und nunmehr in § 2 Abs. 2 des durch das Dienstrechtsänderungsgesetz geänderten PfG, daß kein Rechtsanspruch auf die Übernahme in den Pfarrdienst und auf Ernennung zum Pfarrvikar besteht.

Der Kl. kann sich auch nicht auf das Urteil des Kirchlichen Verfassungs- und Verwaltungsgerichts vom 22.7.1998<sup>1)</sup> berufen, das zugunsten der Vikare des Vikarskurses 1/96 ergangen ist. Bei diesen Vikaren lag die Besonderheit vor, daß sie die Zweite Theologische Prüfung noch unter der Geltung des EG abgelegt hatten und damit nach der ebenfalls noch Kraft befindlichen ÜbVO sich um die Übernahme in das Dienstverhältnis auf Probe bewerben konnten, was sie auch – wenn auch vergeblich – noch unter der Geltung des alten Rechts taten. Für diese Vikare war die zum 1.1.1998 eingetretene Änderung der Rechtslage eine unzumutbare Härte, die nach Auffassung des Kirchengerichts durch eine Übergangsregelung zugunsten derer, denen »kurz vor dem Erreichen des Ziels die Tür vor der Nase zugeschlagen wurde«, hätte vermieden werden müssen.

Bei den Vikaren der Vikarskurse 2/96, die erst im Mai 1998 die Zweite Theologische Prüfung ablegten, liegt diese ganz besondere Härte, die sich aus einem Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergab, nicht vor.

Auch die Berufung des Kl. auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes greift im Ergebnis nicht durch.

Zwar kann der Kl. – ebenso wie die anderen Kläger und Klägerinnen, die sich verglichen haben – in begrenztem Umfang Vertrauensschutz in Anspruch nehmen. Als er nach seiner Ersten Theologischen Prüfung die Wartezeit auf sich nahm, durfte er aufgrund der Intention des Erprobungsgesetzes, der dazu von Seiten der Kirchenleitung und Kirchenverwaltung abgegebenen Erklärungen und der praktischen Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen vertrauensvoll die Erwartung hegen, nach Ablegung der Zweiten Theologischen Prüfung in den Pfarrdienst übernommen zu werden. Ein Risiko, daß es dazu nicht kommen könnte, zeichnete sich für ihn im Sommer 1994 noch nicht konkret ab.

<sup>1)</sup> Az. I 3/1998 – I 17/1998, abgedruckt in dieser RsprB ABl. EKD, S. 12, ferner in ZevKR 44 (1999) S. 103 ff. m. Anm. v. Winterhoff; NVwZ 1999, 111f.

Als der Kl. sich entschloß, entsprechend dem ihm gemachten Angebot den praktischen Vorbereitungsdienst zum 1.9.1996 zu beginnen und dies am 1. September 1996 auch tat, war nach der Überzeugung des Gerichts unter den Wartenden allgemein bekannt, daß eine Änderung der Einstellungspraxis drohte. Auch wenn der Kl. nicht Mitglied der Interessengemeinschaft InNOT war und nicht persönlich informiert wurde, konnte ihm die Aufregung, die die Änderungspläne der Kirchenleitung unter Jungtheologen verursachten, nicht verborgen bleiben. Es widerspräche jeder Lebenserfahrung, wenn die Änderungsabsichten unter den Wartenden und den Vikaren nicht Tagesgespräch gewesen wären.

Andererseits ist der Bekl., die durch das Referat Personalförderung handelte, der schwerwiegende Vorwurf zu machen, daß sie die Wartenden und somit auch den Kl. nicht individuell auf das sich abzeichnende Risiko einer Nichtübernahme deutlich hingewiesen hat. Sie hätte jedem einzelnen zu bedenken geben müssen, ob er eine in der Wartezeit aufgenommene Beschäftigung, falls diese ausbaufähig war, bei dem Risiko der späteren Nichtübernahme aufgeben wolle.

Ganz unverständlich ist, daß Pfarrer A Mitte Juni 1996 den zukünftigen Vikaren der Kurse 2/96 einen an der alten Rechtslage ausgerichteten Terminplan aushändigte, ohne daß dieser als vorläufig gekennzeichnet und in seiner Durchführung, was den Bewerbungstermin und den Termin für die Übernahmekommission betraf, als zweifelhaft dargestellt wurde. Dies geschah zwei Wochen vor der ... Synode, auf der nach der damaligen Vorstellung der Bekl. der auf der Dezember-Synode 1995 eingebrachte Änderungsentwurf in zweiter und dritter Lesung verabschiedet werden sollte. Aufgrund dieser Handlungsweise konnten die zukünftigen Vikare in der Tat der Annahme sein, sie würden von einer Änderung der Einstellungspraxis nicht betroffen werden.

Die befristete Geltungsdauer des EG stellte allerdings eine Unsicherheitsfaktor dar. Aus der wiederholten Verlängerung des Gesetzes konnte man nicht die Gewißheit herleiten, daß es auch in Zukunft zu weiteren Verlängerungen des ungeänderten Gesetzes kommen werde. Aus § 8 Abs. 2 der ÜbVO ergab sich zwar ein Planungszeitraum bis zum Übernahmeverfahren II/1998. Diese Planung stand aber unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Verlängerung des EG. Auch ist der Bekl. bei ihrer vom Kl. als unzureichend gerügten Informationserteilung zugute zu halten, daß sie nicht wissen konnte, ob die Synode als der Gesetzgeber die Entwürfe der Kirchenleitung unverändert billigen würde.

Soweit der Kl. Vertrauen für sich in Anspruch nehmen kann, ist jedoch ins Auge zu fassen, daß dem Schutz des Vertrauens auf den Fortbestand gesetzlicher Regelungen und verwaltungsrechtlichen Handelns zukunftsgerichtet die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und der Handlungsspielraum der Verwaltung gegenüber stehen. Dieses Spannungsverhältnis zwingt zu einer Abwägung zwischen begründetem Vertrauen einerseits und der Bedeutung des gesetzgeberischen Anliegens andererseits.

Diese Abwägung geht zugunsten der Bekl. aus. Der Bekl., die durch ihre Gesetzesinitiative die Änderung der Rechtslage herbeigeführt hat, ist keine Willkür vorzuwerfen. Sie sah sich wegen der Änderung der Gesamtsituation, die zu großen Einsparungen und zur Verminderung der Pfarrerstellen zwingt, vor sie Notwendigkeit gestellt, im geschehenen Sinne zu handeln.

Die Bekl. hat jahrelang eine verfehlte Einstellungspolitik betrieben. Kirchenpräsident ... hat dies auf der 14. Tagung der Achten Kirchensynode im April 1997 mit folgenden Worten zum Ausdruck gebracht:

»Das nun kommende Einstellungsgesetz ... bekommt aber seine Härte dadurch, daß das Erprobungsgesetz das Grundproblem nicht gelöst, sondern verschleiert hat. Wir – Synode, Kirchenleitung, Leitendes Geistliches Amt und Kirchenverwaltung – haben den kommenden Generationen unserer Pfarrerschaft zu lange zu viel versprochen. Damit haben wir Fehler gemacht – in bester Absicht. Denn das Erprobungsgesetz hat ja auch den positiven Effekt gehabt, daß seit 1985 fast 600 junge Menschen eine Stelle bekommen haben. Wir haben also Arbeitslosigkeit in großem Maße verhindert. Die bittere Wahrheit aber ist, daß dadurch der Spielraum für die jetzige und die kommende Generation über das Normale hinaus noch enger geworden ist. ...«

(Verhandlungen der Kirchensynode, 14. Tagung, Achte Kirchensynode, Seite 30 f.)

Noch drastischer ist die Problematik in der Studie »Erprobungsgesetz und die Folgen« ausgedrückt, die im Auftrag und im Rahmen der Kirchenverwaltung von Pfarrerin *Rottwilm-Böhm* und Pfarrvikar und Diplom-Psychologe *Frank* erstellt wurde. Sie wurde in die mündliche Verhandlung eingeführt. Es heißt in dieser Studie u. a.:

»Trotz anfänglichen Widerstandes wurde das Erprobungsgesetz schließlich 1997 durch das Dienstrechtsänderungsgesetz abgelöst, was in bezug auf die Einstellungspraxis der EKHN einen radikalen Bruch darstellt, der in dieser Härte und Plötzlichkeit einzig und allein durch die spätestens 1993 veräumte Reaktion auf die zu erwartende Personalsituation notwendig wurde.

...

Aufgrund kirchenpolitischer Durchsetzungsmöglichkeiten und einer falschen Lagebeurteilung wurde es aber viel zu lange vermieden, Einstellungsbeschränkungen für TheologInnen zu erlassen und die Konsequenzen aus den negativen Erkenntnissen über das Teildienstmodell zu ziehen. Die Folge ist eine katastrophale, negative Situation für die jetzigen TheologInnenjahrgänge, die ohnehin schon vor dem Vikariat lange Wartezeiten hinnehmen mußten, und sich jetzt entsetzt mit einer Einstellungsquote von etwa 10–15 % zufriedengeben müssen.

...

Ein großer Teil des finanziellen Engpasses wurde aber gerade dadurch erzeugt, daß seit 1987 viel mehr PfarrerInnen eingestellt und finanziert wurden als mittelfristig bezahlt werden können. Von daher ist es im Grunde von vorneherein ausgeschlossen, zugunsten der TheologInnen andere Berufe noch mehr, als das ohnehin schon geschieht, in das unvermeidbare Sparprogramm der EKHN einzubeziehen. So sehen wir leider gegenwärtig keine Alternative zu dem Beschluß der EKHN-Synode von 1997.

...

Da die EKHN ... die Reaktion auf die sich abzeichnende katastrophale Personalsituation seit 1993 verschleppt und somit als Arbeitgeberin zumindest die Härte und Plötzlichkeit der Umstellung auf eine Einstellungspraxis mit extrem niedriger Quote verschuldet hat, sind die Forderungen der Betroffenen nach Umschulungsbeihilfen und Unterstützung bei der Arbeitssuche vollkommen berechtigt.«

(Erprobungsgesetz und die Folgen, Resümee zum Abschlußbericht, Kirchenverwaltung der EKHN, Darmstadt 1998, Seiten 6, 7, 8, 14 u. 15)

Bei der vom Kirchengericht vorzunehmenden Abwägung der Interessenssphäre des Kl. gegenüber der der Bekl. hat die Studie über das Erprobungsgesetz und seine Folgen in ihrer Überzeugungskraft großes Gewicht. Es wäre falsch, die Bekl. gerichtlich zu einer Fortsetzung ihrer verfehlten Einstellungspraxis zu zwingen. Ein Erfolg der Klage würde sich unter Umständen auf die Vikare weiterer Kurse auswirken.

Bei der Abwägung war auch ins Auge zu fassen, daß die Bekl. bereit war, den vergleichswilligen Klägern und Klägerinnen eine sehr ansehnliche Abfindungssumme zu zahlen. Dadurch wurde für die Betroffenen die Härte, die sich für sie aus der Änderung der Einstellungspraxis ergibt, beträchtlich abgemildert, wenn auch nicht völlig beseitigt.

Der Kl. hätte sich auch für die Abfindungssumme entscheiden können. Indem er es als einziger nicht tat, veranlaßte er eine gerichtliche Entscheidung, die auch für die Zukunft zur Klärung der Rechtslage beitragen wird. Die Bekl. möge erwägen, ob dies dem Kl. aus Billigkeitsgründen honoriert werden könnte.

9.

## Probedienst

1. Beurteilungsentscheidungen zur Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung im Rahmen der im pflichtgemäßen Ermessen stehenden Verleihung kirchlicher Ämter sind von den Gerichten nur eingeschränkt nachprüfbar. Die Kontrolle beschränkt sich darauf, ob die Verwaltung die anzuwendenden Begriffe verkannt, der Beurteilung einen unrichtigen Tatbestand zugrunde gelegt, allgemeingültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachwidrige Erwägungen angestellt hat.

2. Die ablehnende Einstellung eines Bewerbers zur Amtskirche kann ausschlaggebend für die negative Beurteilung der Eignung für die Übernahme in den kirchlichen Probedienst sein.

3. Der Entsendungsdienst dient der Erprobung einer vorhandenen und vorausgesetzten Eignung und Qualifikation und nicht dem Erwerb dieser Eigenschaft (Leitsätze der Redaktion).

§ 3 IV KG über das Praktisch-Theologische Ausbildungsinstitut (PTA) vom 10.5.1985 (KABl. Berlin-Brandenburg S. 81); §§ 12 S. 1, 16 I, 19 KG über die dienstrechtlichen Verhältnisse der Pfarrinnen und Pfarrer in der Ev. Kirche der Union (Pfarrerdienstgesetz – PFDG –) vom 15.1.1996 (ABl. EKD S. 470); §§ 31 I, 35 III, 66 I, 71 KG über die kirchliche Verwaltungsgerichtsbarkeit (Verwaltungsgerichtsgesetz – VwGG –) vom 16.6.1996 (ABl. EKD S. 390); Art. 140 GG i. V. M. Art. 137 III WRV; § 130 b S. 2 VwGO.

VGH der EKU, Urteil vom 17.8.1998 – VGH 10/97

Der 1960 geborene Kläger (Kl.) wuchs in einer Pfarrerrfamilie in der DDR auf. Nach dem Abitur und Wehrdienst und einem technischen Studium arbeitete er bis 1989 als Ingenieur in Ost-Berlin. In diesem Jahr begann er ein Theologiestudium in Berlin, das er 1993 mit der Note »befriedigend« abschloß. Das anschließende Vikariat beendete der Kl. im Mai 1995 mit dem erfolgreichen Abschluß der Zweiten Theologischen Prüfung. In dem Votum des Leitungsgremiums des Praktisch-Theologischen Ausbildungsinstituts (PTA) wurde ausdrücklich die Übernahme des Kl. in den kirchlichen Dienst empfohlen. Im Juli 1996 beantragte der Kl. die Aufnahme in den kirchlichen Entsendungsdienst (Probedienst). Der ablehnende Bescheid des Konsistoriums der Beklagten (Bekl.) wurde dem Kl. Ende September 1996 ausgehändigt und erläutert. Das Konsistorium half dem vom Kl. eingelegten Einspruch nicht ab und begründete seine Ablehnung u. a. mit der mangelhaften Fähigkeit zur theologischen Reflexion sowie der kritischen Haltung des Kl. zur Amtskirche. Die Kirchenleitung wies den Einspruch des Kl. ab. Die hiergegen gerichtete Klage vor dem VG blieb ohne Erfolg. Auch die beim VGH eingelegte Berufung des Kl. war erfolglos.

Aus den Gründen:

Die Berufung hat keinen Erfolg.

Daß der Kl. im Berufungsverfahren anstelle des erstinstanzlichen Verpflichtungsantrages lediglich einen Bescheidungsantrag gestellt hat, ändert an der Zulässigkeit der Berufung nichts. Das Bescheidungsbegehren war jedenfalls von dem ursprünglichen Verpflichtungsantrag umfaßt.

Die Berufung ist jedoch unbegründet. Zu Recht hat das Verwaltungsgericht ausgesprochen, daß die angefochtenen Verwaltungsentscheidungen rechtmäßig sind und den Kl. nicht in seinen Rechten verletzen. Der Kl. kann deshalb eine neue Entscheidung über sein Begehren, in den Entsendungsdienst der Bekl. aufgenommen zu werden, nicht verlangen.

Dabei kann gemäß § 71 VwGG in Verbindung mit § 130 b Satz 2 VwGO in bezug auf die rechtlichen Grundlagen des vom Kl. geltendgemachten Anspruchs auf die Gründe des vorinstanzlichen Urteils verwiesen werden. Auch sonst rechtfertigt das Vorbringen der Berufung keine andere Entscheidung.

1. Ein Verfahrensfehler durch unrichtige Behandlung des vom Kl. in der mündlichen Verhandlung des VG gestellten Beweisantrages kann nicht festgestellt werden. Das VG hat in ordnungsgemäßer Weise seine Aufklärungspflicht nach § 31 Abs. 1 VwGG und den Umstand beachtet, daß ein in der mündlichen Verhandlung gestellter Beweisantrag nur durch zu begründenden Beschluß abgelehnt werden kann (§ 35 Abs. 3 VwGG). Maßgebend für die Beurteilung des vom VG gewählten Verfahrens ist dabei dessen materielle Rechtsauffassung. Diese ging – was im übrigen, wie noch darzustellen ist, nicht beanstandet werden kann – dahin, die von den Gremien der Bekl. vorgenommene Einschätzung der Eignung des Kl. nicht vollständig, sondern nur auf das Vorliegen von Beurteilungsfehlern zu untersuchen. Bei diesem Ausgangspunkt kam es nicht darauf an, die Auffassung der als Zeugen benannten Personen über die Eignung des Kl. in Erfahrung zu bringen. Die vom VG für die Ablehnung des Beweisantrages gegebene Begründung, es könne als wahr unterstellt werden, daß die benannten Personen den Kl. für geeignet hielten, war im übrigen – anders als der Kl. in der Berufung vortragen läßt – nicht geeignet, den Irrtum zu erregen, die Eignung des Kl. solle für die Überzeugungsbildung als vorhanden unterstellt werden. Gesagt worden ist allein, das Gericht werde eine entsprechende Auffassung der Zeugen annehmen.

Wird entscheidungserheblich darauf abgestellt, ob die Beurteilung durch das Konsistorium und die Kirchenleitung an einem Bewertungsfehler leidet, so kam es entgegen der Ansicht des Kl. nicht darauf an, etwaige Widersprüche zwischen den Eignungseinschätzungen der Mitglieder der genannten Gremien und Ausbildern und Mentoren des Kl. aufzuklären. Das VG hat mithin auch unabhängig von der Zurückweisung des Beweisantrages die ihm obliegende Aufklärungspflicht nicht verletzt.

2. Beizupflichten ist der Vorinstanz auch in der Ansicht, die Verwaltungsentscheidungen litten nicht an beachtlichen Verfahrensfehlern. Zur Frage der Begründung der Bescheide ist dabei erneut zur Vermeidung von Wiederholungen auf das angefochtene Urteil Bezug zu nehmen. Die Beteiligung des PTA ist auf Verwaltungsebene in nicht zu beanstandender Weise erfolgt. Dabei kam es für die Entscheidung des Senats nicht darauf an, unter welchen Umständen und auf wessen Initiative der ursprüngliche Vorschlag für ein abschließendes schriftliches Votum des PTA nochmals überarbeitet worden ist. Jedenfalls hat den Entscheidungsgremien der Bekl. das schließlich verabschiedete Votum zur Berücksichtigung vorgelegen. Der Senat konnte deshalb dem in der mündlichen Verhandlung gestellten Beweisantrag zu 1. des Kl. nicht nachkommen.

Daß der Geschäftsführer des Leitungsgremiums des PTA in Angelegenheiten des PTA bzw. der Vikarsausbildung zu den Sitzungen des Konsistoriums zur Beratung hinzugezogen werden kann (§ 3 Abs. 4 des KG über das PTA), besagt nicht, daß er hier für die Entscheidung über den Aufnahmeantrag des Kl. hinzugezogen werden mußte. Daß das Konsistorium in sachwidriger Weise sein Ermessen über eine Hinzuziehung fehlerhaft ausgeübt haben könnte, kann schon deswegen nicht festgestellt werden, weil der dem Kollegium des Konsistoriums angehörende Ausbildungs-

dezernent zugleich Mitglied des Leitungsgremiums des PTA ist. Soweit der Kl. sich im Berufungsverfahren darauf beruft, das Konsistorium habe eine Zuziehung für Fälle der vorliegenden Art, in der eine Abweichung von einer Stellungnahme des PTA zu besorgen sei, zugesagt, stammt diese – erstmalige – Zusage aus dem Sommer 1997 und galt folglich für das Verwaltungsverfahren des Kl. noch nicht.

3. In nicht zu beanstandender Weise hat das VG schließlich festgestellt, daß die Verwaltungsentscheidungen beurteilungsfehlerfrei ergangen sind.

a) Entgegen der Auffassung der Berufung ist der dabei zugrundegelegte Maßstab rechtlich unbedenklich. Daß Beurteilungsentscheidungen zur Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung im Rahmen der im pflichtgemäßen Ermessen stehenden Verleihung öffentlicher wie kirchlicher Ämter nicht vollständig, sondern nur eingeschränkt darauf zu prüfen sind, ob die Verwaltung den anzuwendenden Begriff verkannt, der Beurteilung einen unrichtigen Tatbestand zugrunde gelegt, allgemeingültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachwidrige Erwägungen angestellt hat, entspricht der – von der Vorinstanz zitierten – ständigen Rechtsprechung (vgl. auch Beschluß des VGH d. EKV v. 18.5.1992<sup>1)</sup> – VGH 1/91 –). Dies ist Ausdruck der Personalhoheit des jeweiligen Dienstherrn, wie sie für die Bekl. nach Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 3 Satz 2 WRV garantiert ist. Die Rechtsprechung des BVerfG besagt nichts anderes. Soweit das BVerfG in seinem Beschluß vom 17. April 1991 (BVerfGE 84, 34) den Bewertungsspielraum der Prüfungsbehörden bei fachlichen Meinungsverschiedenheiten zwischen Prüfer und Prüfling enger als zuvor gefaßt hat, betrifft dies ausschließlich Aspekte berufsbezogener Prüfungsverfahren und kann auf beamtenrechtliche Einstellungsentscheidungen nicht übertragen werden. Aus dem Beschluß des BVerfG vom 22. Mai 1975 (BVerfGE 39, 334), auf den der Kl. sich bezieht und der die Auswirkungen der politischen Treuepflicht auf die verlangte Übernahme in den Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar betrifft, ergibt sich nichts anderes.

b) Gemäß § 16 Abs. 1 i. V. m. § 12 S. 1 PfdG können in den Probendienst (Entsendungsdienst) nur Bewerber berufen werden, die sich im Glauben an das Evangelium gebunden wissen, am Leben der christlichen Gemeinde teilnehmen und deren Gaben sie für den Dienst der Verkündigung geeignet erscheinen lassen. Daß die Bekl. diesen Begriff der Eignung verkannt hätte, ist nicht festzustellen. Insbesondere läßt die zentrale Aussage der angefochtenen Bescheide, angesichts der Aussagen des Kl. sei nicht ausreichend erkennbar, wie er ein Pfarramt in der Kirche führen wolle, einen entsprechenden Fehler nicht erkennen. Dabei obliegt – was nochmals zu betonen ist – die letztverbindliche Einschätzung den verantwortlichen Gremien der Bekl. Die Kirchengerichte sind insoweit gehindert, diese Beurteilung durch eine eigene Bewertung zu ersetzen. Soweit deshalb der Kl. mit den in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat gestellten Beweisanträgen zu 2. bis 4. unter Benennung von Zeugen oder sachverständigen Zeugen behauptet hat, er besitze eine besondere Befähigung für den kirchlichen Religionsunterricht und für die Seelsorge sowie eine Befähigung zum Gemeindepfarrer, konnte für die Entscheidung des Senats unterstellt werden, daß die Zeugen die genannten Behauptungen bestätigen. Auf ihre Einschätzung von den Fähigkeiten des Kl. kommt es indessen in dem dargestellten Zusammenhang nicht an. Die Beweisanträge waren folglich zurückzuweisen.

Daß die vom Kl. insbesondere in seinem Vikariatsbericht dargestellte Auffassung zum Zustand der Amtskirche jedenfalls geeignet war, Zweifel der Art, wie sie in den Verwaltungsentscheidungen zum Ausdruck gebracht worden sind, aufkommen zu lassen, ist nicht zu bestreiten. Auch wenn es bei dem Kl. nicht um die Übernahme in ein Kirchenbeamtenverhältnis auf Lebenszeit geht, sondern vorerst »nur« um die Übernahme in den Entsendungsdienst als Probendienst, an dessen Ende über die Zuerkennung der Anstellungsfähigkeit zu entscheiden ist (vgl. § 19 PfdG), kann dennoch nicht beanstandet werden, daß die Bekl. die Eignung des Kl. bereits auch am Maßstab pastoraler Kompetenz gemessen und diesem Gesichtspunkt ausschlaggebende Bedeutung beigemessen hat. Der Entsendungsdienst dient der Erprobung einer vorhandenen und vorausgesetzten Eignung und Qualifikation und nicht dem Erwerb dieser Eigenschaften. Ebensovienig liegt ein Bewertungsfehler darin, daß die Bekl. in ihren Verwaltungsentscheidungen keine ausdrückliche Abwägung der Stärken und Schwächen des Kl. und gewissermaßen eine Saldierung vorgenommen hat. Zum Wesen des Beurteilungsspielraumes gehört auch die Befugnis der kirchlichen Anstellungsbehörde, die Gewichte und Akzente zu bestimmen, die sie als maßgebend ansehen will. So konnte hier entscheidendes Gewicht auf die Fragen gelegt werden, ob deutlich geworden ist, warum der Kl. seine theologischen Auffassungen als Pfarrer zu verwirklichen trachtet und wie er ein Pfarramt zu führen gedenkt. Daß im Entsendungsdienst auch andere Verwendungen als diejenige im pfarramtlichen Bereich denkbar wären, ändert nichts daran, daß die Bekl. nicht gehindert werden kann, in diesen Dienst nur solche Personen aufzunehmen, die sie jedenfalls potentiell als geeignet für ein Pfarramt ansieht.

c) Schließlich sind nach den vorliegenden Unterlagen und den Darlegungen der Beteiligten keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür vorhanden, daß die Gremien der Bekl. bei ihrer Eignungsentscheidung zur Person des Kl. von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen wären. Die Bewertungen beruhen zunächst und in erster Linie auf schriftlichen und mündlichen – im Gespräch mit Mitgliedern der Kirchenleitung – Äußerungen, die der Kl. selbst abgegeben hat. Daß dabei etwas berücksichtigt worden wäre, was er nicht gesagt oder geschrieben habe, behauptet der Kl. selbst nicht. Fraglich war deshalb in dem vorgenannten Zusammenhang allein, ob die Ausbildungsergebnisse des Kl. im PTA und die abschließende Stellungnahme des Leitungsgremiums des PTA über den Kl. in fehlerhafter Weise berücksichtigt worden sind. Dies muß verneint werden. Das vom Leitungsgremium verabschiedete Votum zur Person des Kl. schließt mit folgender Empfehlung: ... (wird ausgeführt).

Folglich kann dahinstehen, welche Bedeutung dem Umstand zukommt, daß eine Empfehlung für den kirchlichen und nicht für den pfarramtlichen Dienst ausgesprochen wurde. Ebenso ist für das Ergebnis des Verfahrens ohne Bedeutung, ob es sich bei der genannten Stellungnahme des PTA um eine Fassung handelt, die nach vorangegangener Intervention des Kl. durch ihren Autor geändert wurde. Festzuhalten bleibt, daß das Votum über den Streit um einzelne Formulierungen und die Einzelheiten seines Zustandekommens hinaus jedenfalls so abgefaßt und vom Leitungsgremium insgesamt beschlossen worden ist, daß es die Frage offenlegt, ob ein Theologe mit den Auffassungen des Kl. zum Zustand der Amtskirche als Pfarrer in eben diese Kirche übernommen werden sollte. Daß Konsistorium und Kirchenleitung der Bekl. in ihrer Befugnis und Verantwortung darauf eine negative Antwort gegeben haben, ist deshalb rechtlich nicht zu beanstanden.

<sup>1)</sup> RsprB ABI. EKD 1993, S. 6.

## 10.

## Fürsorgepflicht

*Die Fürsorgepflicht des kirchlichen Dienstherrn beinhaltet unter bestimmten Umständen auch die Pflicht zur Beratung und Belehrung, insbesondere den Hinweis auf Fristen* (Leitsatz der Redaktion).

§ 7 KG über Umzugskosten der Pfarrer, Prediger und Pastoren im Hilfsdienst in der Ev. Kirche von Westfalen – Pfarrerumzugskostengesetz (PfUKG) – i. d. F. der Bkm. vom 4.12.1985 (KABl. S. 176); § 19 II KG über die kirchliche Verwaltungsgerichtsbarkeit (VwGG) i. d. F. vom 16.6.1996 (KABl. S. 309).

Verwaltungskammer der Ev. Kirche von Westfalen, Urteil vom 25.6.1998 – VK 3/97 – (rechtskräftig)

Der Kläger (Kl.) war bis zum vorzeitigen Eintritt in den Ruhestand zum ... November 1993 Pfarrer im Dienst der Beklagten (Bekl.). Aus Anlaß seiner Pensionierung zog er im Sommer 1993 mit seiner Familie in seine jetzige Wohnung. Im August 1977 beantragte der Kl., nachdem er von einem Bekannten von dieser Möglichkeit erfahren hatte, bei der Bekl. Umzugskostenvergütung nach § 7 PfUKG. Der Antrag wurde wegen Fristablaufs abgelehnt. Nachdem der Widerspruch des Kl. erfolglos blieb, erhob dieser am ... November 1997 Klage, die er insbesondere damit begründete, die Bekl. hätte ihn aufgrund ihrer Fürsorgepflicht über seine Ansprüche informieren müssen. Die Klage wurde als unbegründet abgewiesen.

Aus den Gründen:

Die nach § 19 Abs. 2 VwGG zulässige Klage ist unbegründet.

1. Der von dem Kl. geltend gemachte Anspruch ist über die Verweisungsnorm des § 7 der Ausführungsbestimmungen zum Pfarrerumzugskostengesetz nach § 2 Abs. 7 S. 1 des hier sinngemäß anzuwendenden Landesumzugskostengesetzes und des Bundesumzugskostengesetzes nicht mehr gegeben, weil danach die Umzugskostenvergütung innerhalb einer Ausschlussfrist von einem Jahr bei der Beschäftigungsbehörde schriftlich zu beantragen ist.

2. Der Kl. kann sein Begehren aber auch nicht als Schadenersatzanspruch wegen Verletzung der Fürsorgepflicht geltend machen. Es ist zwar richtig, daß die Fürsorge eines im öffentlichen Dienst stehenden Beamten ein Recht auf Beratung und Belehrung und damit auch einen Hinweis auf Fristablauf gebieten kann. (Vgl. von Münch »Besonderes Verwaltungsrecht«, 5. Auflage, S. 45 und die in der Fußnote 251 genannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofes [BGH].) Zwar können die in diesen Entscheidungen gemachten Ausführungen auch auf das Pfarrerdienstrecht übertragen werden. Jedoch enthalten sie aber auch Einschränkungen, die für das vorliegende Verfahren des Kl. ebenfalls von Bedeutung sind. Denn der BGH hat eine Pflicht zur Belehrung nur dort angenommen, wo besondere Umstände vorliegen. Dies ist aber, wie die Ausführungen der Bekl. in ihrem letzten Schriftsatz zeigen, hier gerade nicht der Fall. Bei dem Kl. geht es um die Umzugskosten, die ihm für den Auszug aus seiner Dienstwohnung entstanden sind. Dazu hat § 7 PfUKG eine Sonderregelung getroffen, die das Umzugskostenrecht für Landesbeamte nicht kennt. Diese Bestimmung lautet in ihrem maßgebenden Abs. 1:

»(1) Der Pfarrer, der in den Wartestand oder Ruhestand tritt oder versetzt wird, erhält von seiner bisherigen Anstellungskörperschaft die Umzugskostenvergütung nach § 1 Abs. 1, wenn er innerhalb der von seiner bisherigen Anstellungskörperschaft bestimmten angemessenen Frist die Dienstwohnung räumt.«

Diese Voraussetzungen liegen im Falle des Kl. aber unstreitig nicht vor, wie die Bekl. durch ihren Prozeßbevollmächtigten vorgetragen hat. Der Kl. ist schon vor seiner Zurruhesetzung ab ... 1993 durch Beschluß des Presbyteriums der Bekl. vom ... 1993 von seiner Pflicht, vom ... bis ... 1993 weiterhin in seiner Dienstwohnung in X wohnen zu müssen, befreit worden, freiwillig und vorzeitig in seine jetzige Wohnung in Y umgezogen. Auch wurde die bisherige Dienstwohnung für einen Amtsnachfolger nicht mehr benötigt.

Nach alledem ist die Klage ... abzuweisen.

## 11.

## Ampflichtverletzung, Disziplinarrecht

*1. Die erneute Ausübung der Disziplinarbefugnis ist wegen des Verbots der »Doppelbestrafung« unzulässig, sofern die Aufhebung einer vorausgegangenen Disziplinarmaßnahme in derselben Sache fehlt. Entscheidend ist insoweit die Übereinstimmung des Sachverhalts, d. h. des geschichtlichen Vorgangs.*

*2. Das Disziplinalgesetz der EKD ist sachgerecht dahin auszulegen, daß eine erneute Ausübung der Disziplinarbefugnis in derselben Sache jedenfalls in den Fällen grundsätzlich zulässig ist, in denen nach Erlaß einer Disziplinarverfügung neue Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden.*

*3. Die Befugnis, eine vorhergehende Disziplinarmaßnahme aufzuheben, steht der Einleitungsbehörde zu. Sie geht nicht mit der Vorlage einer neuen Anschuldigungsschrift auf die Disziplinarkammer über* (Leitsätze der Redaktion).

§§ 5, 25, 57 I, 62, 81, 94 II, 97 I, 98 Nr. 2 Disziplinalgesetz der EKD vom 9.11.1995 (ABl. EKD S. 561 ff.) (DG.EKD); § 32 II BDO.

Disziplinarhof der EKU – Erster Senat –, Beschluß vom 30.5.1997 – Dh 1/97 –<sup>1)</sup>

Dem angeschuldigten Pfarrer war im Rahmen eines Disziplinarverfahrens wegen seiner Zusammenarbeit mit Mitarbeitern des Ministeriums für Staatssicherheit der DDR ein Verweis erteilt worden. Als weitere Unterlagen über seine diesbezügliche Tätigkeit bekannt wurden, strengte die einleitende Dienststelle ein neues Disziplinarverfahren an, ohne zuvor den Verweis aufgehoben zu haben. In ihrer Anschuldigungsschrift zur Disziplinarkammer stellte die einleitende Dienststelle vielmehr die Frage, was mit dem ausgesprochenen Verweis zu geschehen habe. Die Disziplinarkammer traf in der Disziplinarsache eine neue Entscheidung. Mit dem vorliegenden Beschluß hob der Disziplinarhof der EKU das Urteil der Disziplinarkammer auf.

Aus den Gründen:

Nach § 94 Abs. 2 in Verbindung mit § 57 Abs. 1 Nr. 1 DG.EKD ist das Verfahren einzustellen, wenn es nicht wirksam eingeleitet worden oder sonst unzulässig ist. Dieser Tatbestand ist erfüllt; denn die Einleitung des Verfahrens vor dem Disziplinargericht war nach § 25 Abs. 5 DG.EKD unzulässig. Danach darf in demselben Disziplinarverfahren

<sup>1)</sup> Mit Anm. von v. Wedel abgedruckt in ZevKR 43 (1998) S. 410 ff.

nur eine Disziplinarmaßnahme verhängt werden. Nachdem dem angeschuldigten Pfarrer durch Disziplinarverfügung vom ... ein Verweis erteilt worden war, war das Disziplinarverfahren abgeschlossen. Die Disziplinarbefugnis kann nunmehr zunächst nicht erneut ausgeübt werden. Allerdings steht das Verbot, in derselben Sache mehrfach Maßregeln anzuordnen, der Einleitung eines neuen Disziplinarverfahrens dann nicht entgegen, wenn vorher die Disziplinarverfügung in rechtmäßiger Weise aufgehoben worden ist. Das ist jedoch nicht der Fall, vielmehr hat der Ermittlungsführer in der Anschuldigungsschrift die Disziplinarmaßnahme ausdrücklich um Entscheidung gebeten, was mit dem »ausgesprochenen Verweis zu geschehen« hat. Damit hat die einleitende Dienststelle die ihr zustehende Kompetenz verkannt. Fehlt die Aufhebung einer vorausgegangenen Disziplinarmaßnahme in derselben Sache, ist die erneute Ausübung der Disziplinarbefugnis wegen des Verbots der »Doppelbestrafung« unzulässig. Entscheidend ist insoweit die Übereinstimmung des Sachverhalts, d.h. des geschichtlichen Vorgangs (vgl. für das staatliche Recht *Schütz*, Disziplinarrecht des Bundes und der Länder, Teil D DO NVV § 32 Rz. 7). Mit der Disziplinarverfügung war dem angeschuldigten Pfarrer als schuldhaftes Amtspflichtverletzung vorgeworfen worden, er habe von ... bis ... mit Mitarbeitern des Ministeriums für Staatssicherheit der DDR zusammengearbeitet. Dieselbe Amtspflichtverletzung ist Gegenstand der Anschuldigungsschrift. Da somit die Vorwürfe identisch sind, kam nur bei einer rechtmäßigen Aufhebung der Disziplinarverfügung durch die einleitende Dienststelle eine Fortsetzung des Verfahrens in Betracht. Ohne eine solche stand der Einleitung eines weiteren Disziplinarverfahrens ein Verfahrenshindernis entgegen.

Ob der Verfahrensmangel nachträglich heilbar ist, braucht nicht entschieden zu werden; denn die einleitende Dienststelle hat die Disziplinarverfügung bisher nicht aufgehoben. Unter welchen Voraussetzungen eine Aufhebung einer Disziplinarverfügung in Betracht kommt, läßt sich dem Gesetz nicht eindeutig entnehmen. Das Gesetz regelt die erneute Ausübung der Disziplinarbefugnis in § 62 DG.EKD. In dieser Vorschrift wird ausdrücklich nur der Fall behandelt, daß die Amtskraft gegen eine Disziplinarverfügung Beschwerde eingelegt hat, über die die Disziplinar-kammer befunden hat. Nicht geregelt ist dagegen der hier vorliegende Fall, daß die Amtskraft die Verfügung hat bindend werden lassen. Das Schweigen des Gesetzes kann bedeuten, daß hinsichtlich derselben Amtspflichtverletzung die Disziplinalgewalt unter keinen Umständen erneut ausgeübt werden darf, es kann andererseits aber auch dahin zu verstehen sein, daß die erneute Ausübung der Disziplinarbefugnis – nach pflichtgemäßem Ermessen (§ 5 DG.EKD) – jederzeit zulässig ist. Das staatliche Recht geht im Grundsatz davon aus, daß eine Bindungswirkung für die Behörde nicht eintritt (vgl. den Wortlaut von § 32 Abs. 2 Satz 1 Bundesdisziplinarordnung – BDO –). Danach erwächst eine Disziplinarverfügung nicht in »Rechtskraft«. Sie wird nur für den Beamten unanfechtbar, wenn er die Rechtsbehelfsfrist versäumt. Durch § 32 Abs. 2 Satz 2 BDO wird aber eine gewisse der Rechtskraft ähnliche Wirkung erreicht, daß z. B. eine Verschärfung der Disziplinarmaßnahme nur bei Aufhebung der Disziplinarverfügung innerhalb von sechs Monaten zulässig ist (vgl. *Schütz* a. a. O., Teil D DO NW § 32 Rz. 5, Seite 329 f).

Wäre das Disziplinar-gesetz der EKD dahin auszulegen, daß eine erneute Ausübung der Disziplinarbefugnis nur zulässig ist, soweit es ausdrücklich angeordnet ist, wäre die Disziplinarverfügung vom ... nicht mehr aufhebbar. Diese Auslegung erscheint zumindest für die Fälle nicht sachgerecht, in denen nach Erlass der Disziplinarverfügung neue

Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden. Daher erscheint es rechtlich befriedigender, aus dem Schweigen des Gesetzes zu schließen, daß in Fällen der vorliegenden Art die erneute Ausübung der Disziplinarbefugnis nicht beschränkt ist. Da die einleitende Dienststelle aber gemäß § 5 DG.EKD nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden hat, ob wegen einer Amtspflichtverletzung einzuschreiten ist, kommt hier ihrer Entscheidung besondere Bedeutung zu, denn es ist bereits zweifelhaft, ob durch die weiteren Unterlagen neue erhebliche Tatsachen oder Beweismittel bekannt geworden sind. Das Kollegium des Konsistoriums war sich auf seiner Sitzung am ... durchaus der Tatsache bewußt, daß »eigentliches Aktenmaterial weiterhin nicht oder kaum vorliegt«. Eine rechtmäßige Ermessensentscheidung setzt voraus, daß sich die Behörde selbst darüber im klaren ist, daß ihr ein Ermessen zusteht. Hierüber befand sie sich aber gerade im Irrtum.

Wegen dieser nur der Einleitungsbehörde zustehenden Gestaltungsmöglichkeit ist die Befugnis, die Disziplinarverfügung aufzuheben, nicht mit der Vorlage einer Anschuldigungsschrift auf die Disziplinar-kammer übergegangen; vielmehr kann die Kammer nur die in § 81 DG.EKD genannten Entscheidungen treffen. Zu Unrecht hat sie ihre formale Berechtigung, in der Sache zu entscheiden, auf § 98 Nr. 2 DG.EKD gestützt. Diese Bestimmung ist Teil des IX. Abschnitts des DG.EKD, der die Wiederaufnahme des Verfahrens regelt. Nach § 97 Abs. 1 DG.EKD kann ein rechtskräftig abgeschlossenes Disziplinarverfahren auf Antrag wiederaufgenommen werden. Die Rechtskraft tritt ein, wenn ein Rechtsmittel gegen ein gerichtliches Urteil entweder nicht eingelegt oder – bei Entscheidungen des Disziplinarhofs – nicht vorgesehen ist. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Für eine entsprechende Anwendung der Wiederaufnahmevorschriften ist bereits deswegen kein Raum, weil die erneute Ausübung der Disziplinarbefugnis besonders geregelt ist.

Da das Verfahren einzustellen ist, muß das Urteil der Disziplinar-kammer aufgehoben werden.

## 12.

### Mitarbeitervertretungsrecht

*1. Die Dienststellenleitung hat die Kosten für einen juristischen Beistand der Mitarbeitervertretung in einem Verfahren vor der Schlichtungsstelle nur zu tragen, wenn die andere Seite sich ihrerseits anwaltlich vertreten lassen würde oder die tatsächliche und rechtliche Schwierigkeit des Falles derart groß ist, daß der Mitarbeitervertretung nicht zugemutet werden kann, ohne einen Rechtsbeistand aufzutreten.*

*2. Die Frage, ob die Rechtsanwaltskosten von der Dienststellenleitung zu bezahlen sind, ist vor der Beauftragung eines Rechtsanwaltes durch die Mitarbeitervertretung zu entscheiden (§ 61 Abs. 4 S. 2 MVG.EKD). Andernfalls kann die Dienststelle nicht mit den Kosten belastet werden (Leitsätze der Redaktion).*

§§ 33, 61 KG über die Mitarbeitervertretungen in der EKD i. d. F. des KG über die Anwendung des KG über die Mitarbeitervertretungen in der EKD (Mitarbeitervertretungsanwendungsgesetz – MVG.AnwG) i. d. F. vom 1.7.1994 (KABl. S. 86).

Schlichtungsstelle der Ev. Landeskirche in Baden, Beschluß vom 17.7.1998 – 1 Sch 21/98 – (rechtskräftig)

Die Beteiligten streiten um die Erstattung von Kosten, die der Mitarbeitervertretung (Antragstellerin – Ast.) durch Hinzuziehen eines Rechtsanwaltes in einem anderen Schlichtungsverfahren gegen die Antragsgegnerin (Ag.) entstanden sind. In jenem Verfahren geht es um verschiedene Streitpunkte im Zusammenhang mit der vertrauensvollen Zusammenarbeit der Beteiligten. Die Ast. hatte nach dem Hinzuziehen eines juristischen Beistandes bei der Ag. die Erstattung der Kosten beantragt. Nachdem diese nicht reagierte, beantragte die Ast. bei der Schlichtungsstelle, die Ag. zur Übernahme der Kosten zu verpflichten. Der Antrag wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

## II.

1. ...

2. Der Antrag ist ... zumindest im jetzigen Zeitpunkt als unbegründet zurückzuweisen. Dies ergibt sich aus folgendem:

Der Ast. wäre ohne weiteres ein Rechtsanwalt zu ihrer Vertretung mit der Folge der Kostenübernahme durch die Ag. zuzugestehen gewesen, wenn die Ag. ihrerseits durch einen Rechtsanwalt vertreten gewesen wäre. Dies gebietet bereits der Grundsatz der Waffengleichheit (vgl. *Baumann-Czichon/Germer*, Kommentar zum MVG, § 61 Rn. 8). Nachdem jedoch die Antragsgegnerseite nicht mehr anwaltlich vertreten ist, entfällt dieser rechtliche Gesichtspunkt, auf Grund dessen der Anspruch der Ast. ohne weitere Prüfung begründet gewesen wäre.

Nachdem diese rechtliche Anspruchsgrundlage weggefallen ist, war zu prüfen, ob die tatsächliche und rechtliche Schwierigkeit des Falles derart groß ist, daß der antragstellenden Mitarbeitervertretung nicht zugemutet werden kann, ohne Rechtsbeistand vor der Schlichtungsstelle aufzutreten. Hiervon war zum jetzigen Zeitpunkt jedoch nicht auszugehen:

Der der Schlichtungsstelle vorliegende Akteninhalt läßt – zumindest zum jetzigen Zeitpunkt – vermuten, daß hinter den vorgetragenen zahlreichen Streitpunkten letztendlich kein Streit über juristische oder komplizierte Sachverhalte steckt, sondern die Problematik eher im nicht (mehr) vorhandenen harmonischen Zusammenarbeiten i.S.d. Grundsätze des § 33 MVG zu suchen ist. Gerade für solche Fälle hat der kirchliche Gesetzgeber das Einigungsgespräch gem. § 61 MVG vor dem Vorsitzenden der Schlichtungsstelle vorgesehen. Ziel eines solchen Gesprächs ist die gütliche Einigung, die zunächst einmal als Voraussetzung die persönliche Bereitschaft der *betroffenen* Personen verlangt, aufeinander zuzugehen. Hierfür ist weniger der juristische Sachverstand von Rechtsanwälten, als vielmehr die Einsicht der beteiligten Personen nötig, einen Weg zur einvernehmlichen Lösung des Konflikts zu suchen. Gefordert ist hierbei desweiteren vor allem auch die menschliche und notfalls juristische Hilfestellung des Vorsitzenden der Schlichtungsstelle.

Aus diesem Grund bedarf es zumindest bis zur Durchführung der Gütesitzung im vorliegenden Fall keines außergerichtlichen Rechtsbeistands.

...

3. Die Beteiligten sind jedoch ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß je nach Ausgang der Güteverhandlung eine neue Sachlage in Bezug auf die Beordnung eines Rechtsanwalts für die Antragstellerseite eintreten kann. Insoweit

war die Wirkung des zurückweisenden Beschlusses zeitlich bis zum Abschluß der Güteverhandlung zu beschränken, was in Ziff. 2 des Beschlüßtenors zum Ausdruck kommt. Allerdings kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht näher eingegrenzt werden, ob ein evtl. nach erfolgloser Güteverhandlung gestellter Antrag der Antragstellerseite auf Zuordnung eines Rechtsanwalts und Kostenübernahme durch die Ast. letztendlich dann auch Erfolg haben würde. Hierzu kann erst nach Abschluß des Güteverfahrens Stellung genommen werden.

4. Soweit die Antragstellerseite bereits die Anwälte X und Y zu ihrer Vertretung beauftragt hat, ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, daß nach § 61 Abs. 4 Satz 2 MVG die Frage, ob die Kosten einer Anwaltszuziehung von der Dienststellenleitung zu bezahlen sind, vor der Beauftragung von Rechtsanwälten – notfalls durch den Vorsitzenden der Kammer – zu entscheiden ist. Soweit eine MAV Anwälte vor dieser Entscheidung beauftragt, kann jedenfalls die Arbeitgeberseite mit den evtl. dadurch entstehenden Kosten nicht belastet werden.

13.

*Die Schlichtungsstellen nach dem MVG.EKD sind kirchliche Gerichte. Sie müssen daher den Mindestanforderungen gerecht werden, die an die Unparteilichkeit der Richter zu stellen sind. Der kirchliche Gesetzgeber muß sicherstellen, daß die Mitwirkung von Beisitzern ausgeschlossen ist, die einer Beteiligenseite angehören oder zuvor mit dem Gegenstand des Verfahrens vor der Schlichtungsstelle dienstlich befaßt gewesen sind (Leitsätze des Gerichts).*

Art. 107 Verfassung der Nordelbischen Ev.-Luth. Kirche vom 12.6.1976 (KABl. S. 159) i.d.F. vom 8.2.1997 (KABl. S. 49); §§ 54 II, 56, 59, 61 V S. 3 KG über Mitarbeitervertretungen in der EKD (Mitarbeitervertretungsgesetz – MVG.EKD) i.d.F. vom 6.11.1996 (ABl. EKD 1997, S. 41); § 9 I KG über die Zustimmung zum Mitarbeitervertretungsgesetz der EKD (KG zum Mitarbeitervertretungsgesetz – KGMVG) vom 24.9.1994 i.d.F. der Änderung vom 31.5.1996 (KABl. S. 137); § 16 KG über das Verwaltungsgericht für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der EKD (Verwaltungsgerichtsgesetz – VGG.EKD) vom 12.11.1993 (ABl. EKD S. 515); Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV; § 54 VwGO; §§ 41 bis 49 ZPO; § 76 BetrVG.

VG für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der EKD, Beschluß vom 11.9.1997 – 0124/B6-97.126 –

In der Sache stritten die Beteiligten darüber, ob die Dienststelle (Antragsgegner und Beschwerdeführer – Ag.) verpflichtet ist, der Mitarbeitervertretung (Antragsteller und Beschwerdegegner – Ast.) eine Schreibkraft zuzuweisen. Die finanzielle Ausstattung der Stelle war durch Synodalbeschluß gesichert. Einem entsprechenden Antrag der Ast. gab die Schlichtungsstelle der NEK statt. In der hiergegen gerichteten Beschwerde rügte der Ag. u.a. die Besetzung der Schlichtungsstelle bei der angefochtenen Entscheidung. Drei der Beisitzer hätten von Gesetzes wegen vom Richteramt ausgeschlossen werden müssen. Eine Beisitzerin gehört dem Vorstand des Ast. an, ein Beisitzer ist einfaches Mitglied des Ast., und der dritte Beisitzer ist Mitglied des Kollegiums des Ag. Die Beschwerde wurde als unbegründet zurückgewiesen. Das Gericht geht in seiner Begründung auf den Ausschluß von Richtern und Beisitzern der Schlichtungsstelle ein.

Aus den Gründen:

## II.

2.2 Zur Rüge der Beschwerdeführerin, an der Entscheidung erster Instanz hätten von Gesetzes wegen ausgeschlossene Richter mitgewirkt, ergibt sich:

Die Bildung und Zusammensetzung der Schlichtungsstelle der NEK ist durch § 9 KGMVG geregelt (abgedruckt in: *Fey/Rehren*, a.a.O., zu A III Stichwort »Übernahmegesetz/Nordelbien«). Danach setzt sich eine Kammer zusammen aus dem oder der Vorsitzenden und vier Beisitzern oder Beisitzerinnen. Ein Beisitzer oder eine Beisitzerin muß Mitglied bzw. stellvertretendes Mitglied des Kollegiums des Nordelbischen Kirchenamts sein. Zwei Beisitzer oder Beisitzerinnen werden vom Gesamtausschuß aus seiner Mitte gewählt (§ 9 Abs. 1 S. 3, 4 und 6 KGMVG). Es ist mithin festzustellen, daß Frau ..., Herr ... und Herr ... zu Recht als Beisitzer der Schlichtungsstelle der NEK tätig geworden sind.

Andererseits ist die Rechtsprechung in mitarbeiterververtretungsrechtlichen Streitigkeiten nach dem MVG.EKD (§ 56 i.d.F. des 1. ÄndG v. 6.11.1996) in erster Instanz den Schlichtungsstellen und in zweiter Instanz dem Verwaltungsgericht gemäß Verwaltungsgerichtsgesetz – VVG-EKD übertragen worden. Es handelt sich bei den Schlichtungsstellen und dem Verwaltungsgericht mithin um kirchliche Gerichte (vgl. *Rehren*, in: *Fey/Rehren*, MVG.EKD, 4. Ergänzungslieferung – Januar 1994, Rz. 5 zu § 56, m. Nachw., sowie *Baumann-Czichon/Germer*, MVG.EKD, 1997, Rzn. 1–3 zu § 56). § 59 Abs. 1 S. 1 MVG.EKD bestimmt demgemäß für die Mitglieder der Schlichtungsstelle, daß sie unabhängig und nur an das Gesetz und ihr Gewissen gebunden sind. Die richterliche Unabhängigkeit erstreckt sich auf die beizitzenden Mitglieder, die paritätisch von Mitarbeiter- und Dienstgeberseite berufen worden sind. Auch sie haben in richterlicher Unabhängigkeit zu entscheiden (vgl. *Spengler*, in: *Fey/Rehren*, a.a.O., Rz 1 zu § 59). Das ist die Konsequenz aus der durch Art. 140 GG i. V. mit Art. 137 WRV geschaffenen Rechtslage. Sie ermächtigt die Kirchen, selbst die Regeln der betrieblichen Mitbestimmung aufzustellen und hierfür eigene Gerichte zu errichten (vgl. BAG vom 11.3.1986 und vom 9.9.1992, AP Nr. 25 und Nr. 40 zu Art. 140 GG). Von diesem Recht, einen eigenen kirchlichen Rechtsschutz zu schaffen, hat die EKD im XI. Abschnitt des MVG.EKD Gebrauch gemacht.

Kann danach nicht zweifelhaft sein, daß die Schlichtungsstellen nach dem MVG.EKD den Status unabhängiger Gerichte erhalten haben, müssen sie auch den rechtsstaatlichen Mindestanforderungen genügen. Zur Sicherung ihrer Unabhängigkeit muß daher nicht nur das Recht auf Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit gegeben, sondern in erster Linie sichergestellt sein, daß bestimmte Personen von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen sind. Das hat der kirchliche Gesetzgeber bedacht, indem er für das Verfahren vor der Schlichtungsstelle die Vorschriften der VwGO für entsprechend anwendbar erklärt hat, die in § 54 Abs. 1 für die Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen auf §§ 41 bis 49 der ZPO verweisen. Für das Beschwerdegericht gilt nichts anderes, denn § 16 VGG.EKD verweist für das Verfahren ebenfalls auf die VwGO. Von Interesse ist vorliegend vor allem, daß § 54 Abs. 2 VwGO durch einen weiteren Ausschlußtatbestand ausdrücklich klarstellt, daß von der Ausübung des Amtes als Richter ausgeschlossen ist, wer bei dem vorausgegangenen Verwaltungsverfahren mitgewirkt hat.

Weil die Beisitzerin Frau ... als Mitglied des Vorstands des G und der Beisitzer Herr ... als Mitglied des Beschwerdeführers nach Art. 107 Verfassung der Nordelbischen Ev.-Luth. Kirche bei dem vorausgegangenen Verfahren mitgewirkt haben, ist festzustellen, daß durch ihre Mitwirkung an der Entscheidung der Schlichtungsstelle vom (...) 1997 den rechtsstaatlichen Mindestanforderungen nicht genügt wurde. Selbst wenn man in bezug auf Frau ... das vorausgegangene Verfahren nicht als das vorausgegangene Verwaltungsverfahren im Sinne von § 54 Abs. 2 VwGO ansehen wollte, wäre sie als Mitglied des Vorstands des Ast. als Partei im Sinne von § 41 Ziffer 1 ZPO, auf den § 54 Abs. 1 VwGO verweist, zu bezeichnen. So weit wird man bei Herrn ... als bloßem Mitglied des Gesamtausschusses nicht gehen können. Insoweit käme daher nicht ein Ausschluß von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes, wohl aber eine Befangenheitsablehnung nach § 42 ZPO i. V. mit § 54 Abs. 1 VwGO in Betracht. Er dürfte nämlich nicht lediglich außenstehender Dritter, sondern ein am Ausgang des Verfahrens auch persönlich Interessierter sein, zumal er als Mitglied des Gesamtausschusses von der Behinderung durch Nichteinrichtung eines Arbeitsplatzes für eine Bürokratie in F und damit von der Effizienz der Arbeitsweise des Antragstellers jedenfalls mitbetroffen ist (vgl. auch *Baumann-Czichon*, a.a.O., Rz. 5 aE zu § 58).

Die Feststellung, daß zumindest die Beisitzer Frau ... und Herr ... der Schlichtungsstelle am ... 1997 in der vorliegenden Sache von ihrem Richteramt kraft Gesetzes ausgeschlossen waren, läßt sich in aller Deutlichkeit jedenfalls seit dem ÄndG vom 6.11.1996 treffen, das auch durch seinen Wortlaut klargestellt hat, daß die Schlichtungsstellen »zu gerichtlichen Entscheidungen in erster Instanz« (§ 56 MVG.EKD) berufen worden sind. Durch § 61 Abs. 5 S. 3 MVG.EKD, der zum 1.1.1997 in Kraft getreten ist, ist für die erste Instanz erstmals das Prinzip der öffentlichen Verhandlung statuiert worden. Auch diese Änderung macht deutlich, daß Schlichtungsstellen Gerichte sind und nicht etwa die Qualität von Einigungsstellen haben. Zur Einigungsstelle nach § 76 BetrVG ist anerkannt, daß die von den Betriebspartnern benannten Beisitzer die Arbeitnehmer- bzw. Arbeitgeberseite vertreten, daß mithin beispielsweise der Betriebsrat in der Einigungsstelle durch die von ihm entsandten Mitglieder vertreten wird (BAG vom 11.2.1992, Der Betrieb 1992, S. 1730).

Das Beschwerdegericht hält es unter diesen Umständen für geboten, dem Ag. und Beschwerdeführer sowie der Synode zunächst Gelegenheit zu geben, in Umsetzung der geänderten Rechtslage in naher Zukunft sicherzustellen, daß die Mitwirkung von Beisitzern ausgeschlossen ist, die zuvor mit dem Gegenstand des Verfahrens vor der Schlichtungsstelle konkret befaßt gewesen sind. Richterliche Unparteilichkeit orientiert sich am Gebot sachgerechter Entscheidungen, das Neutralität und Distanz des Richters gegenüber den Parteien voraussetzt. Es handelt sich um ein an den Grundwerten der Verfassung orientiertes Prinzip (BVerfG 42, 78). Für die Tätigkeit in den Schlichtungsstellen kann nichts anderes gelten.

3. Hat die Schlichtungsstelle mithin in der Sache zutreffend entschieden und war die Entscheidung auch nicht bereits wegen der Mitwirkung von Beisitzern, die an sich vom Richteramt kraft Gesetzes ausgeschlossen waren, aufzuheben, so war die Beschwerde insgesamt als unbegründet zurückzuweisen.

14.

Wird ein Unterlassungsanspruch der Mitarbeitervertretung gegen die Dienststellenleitung aus einer Dienstvereinbarung geltend gemacht, so entscheidet die Schlichtungsstelle über die Auslegung der Dienstvereinbarung abschließend. Ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung ist nicht gegeben (Leitsatz des Gerichts).

§ 63 I Buchst. b) und g) KG über Mitarbeitervertretungen in der EKD (Mitarbeitervertretungsgesetz – MVG.EKD) i. d. F. vom 6.11.1996 (ABl. EKD 1997, S. 41); § 146 IV VwGO.

VG für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der EKD, Beschluß vom 26.11.1997 – 0124/B18-97.126 –

Die Beteiligten hatten im Juni 1997 eine »Rahmendienstvereinbarung zur Existenzsicherung (...)« getroffen, aufgrund derer sie in der Folgezeit über die finanziell bedingte Einschränkung und Auflösung von Dienststellen und Arbeitsbereichen verhandelten. Nachdem sich die Verhandlungen erfolglos bis Mitte August hingezogen hatten, leitete die Antragsgegnerin (Ag.) Ende August das Anhörungsverfahren zu beabsichtigten betriebsbedingten Kündigungen von Mitarbeitern ein. Die Mitarbeitervertretung (Antragstellerin – Ast.) machte daraufhin geltend, das Anhörungsverfahren könne vor Beendigung des Erörterungsverfahrens nach der Dienstvereinbarung nicht wirksam eingeleitet werden. Sie beantragte bei der Schlichtungsstelle den Erlaß einer einstweiligen Anordnung auf Unterlassung der Einleitung von Anhörungsverfahren zu beabsichtigten Kündigungen vor Abschluß des laufenden Erörterungsverfahrens. Die Schlichtungsstelle wies den Antrag zurück. Die Beschwerde der Ast. gegen diesen Beschluß wurde vom VG als unstatthaft verworfen.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist nicht statthaft, weil sie keinen der in § 146 Abs. 4 VwGO, § 63 Abs. 1 MVG.EKD aufgeführten Tatbestände betrifft. Sie mußte daher verworfen werden.

1. Die Beteiligten streiten nicht darüber, welche Rechte und Pflichten den Beteiligten »im Einzelfall« aus der Mitarbeiterberatung oder Mitbestimmung erwachsen (§ 63 Abs. 1 Buchst. b) MVG.EKD). Es geht vorliegend nicht um einen mitarbeitervertretungsrechtlichen Einzelfall (oder mehrere Einzelfälle dieser Art), sondern darum, ob der Ast. gegenüber der Ag. aus der »Rahmendienstvereinbarung« vom ... 1997 und ihrer möglichen Nichteinhaltung durch die Ag. in Verbindung mit bestimmten Vorschriften des MVG.EKD ein Unterlassungsanspruch zusteht. Die Entscheidung hierüber setzt eine Auslegung der genannten Rahmendienstvereinbarung voraus. Genau diese Auslegung ist dem VG aber nicht zugänglich, seine Kompetenz ist in diesem Punkt durch § 63 Abs. 1 Buchst. g) MVG vielmehr ausdrücklich beschränkt auf die Frage des »Bestehens oder Nichtbestehens« von Dienstvereinbarungen. Eine Zuständigkeit über inhaltliche Auslegungsfragen ist nicht gegeben; hier entscheidet die Schlichtungsstelle abschließend (so zutr.: *Bach* u. a., MVG für den Bereich der Evangelischen Kirchen und Diakonischen Werke im Rheinland, Westfalen und Lippe, 1995, § 63 Rn 1.9; *Jessen in Fey/Rehren* (Hrsg.), MVG.EKD, Stand Januar 1997, § 63 Rn 12).

15.

Die Umwandlung eines Teilzeitarbeitsverhältnisses in ein Vollzeitverhältnis ist als Einstellung im Sinne des § 42 Buchst. a) MVG.EKD zu werten und unterliegt daher der eingeschränkten Mitbestimmung durch die Mitarbeitervertretung. Dagegen ist die einfache Erhöhung der wöchentlichen Arbeitszeit nicht mitbestimmungspflichtig (im Anschluß an BAG B. v. 16.7.1991, BAGE 68, 155, 159) (Leitsatz des Gerichts).

§§ 38, 41, 42 Buchst. a), 63 I Buchst. a) KG über Mitarbeitervertretungen in der EKD (Mitarbeitervertretungsgesetz – MVG.EKD) i. d. F. vom 6.11.1996 (ABl. EKD 1997, S. 41).

VG für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der EKD, Beschluß vom 2.2.1998 – 0124/B22-97 –

Die Beteiligten streiten über ein Beteiligungsrecht der Mitarbeitervertretung im Rahmen der eingeschränkten Mitbestimmung. Die Antragsgegnerin (Ag.) hatte die wöchentliche Arbeitszeit einer mit 19,25 Wochenstunden teilzeitbeschäftigten Mitarbeiterin zur vorübergehenden Krankheitsvertretung ohne Veränderung des Tätigkeitsbereiches für die Dauer von ca. neun Monaten um zehn Wochenstunden erhöht. Die Mitarbeitervertretung sah hierin einen Fall der Einstellung gem. § 42 Buchst. a) MVG.EKD und beantragte bei der Schlichtungsstelle Feststellung eines eingeschränkten Mitbestimmungsrechts. Die Schlichtungsstelle wies den Antrag zurück. Die dagegen eingelegte Beschwerde der Ast. bei dem VG blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist an sich statthaft (§ 63 Abs. 1 Buchst. a) MVG.EKD), sie ist auch frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden und damit insgesamt zulässig. In der Sache konnte sie jedoch keinen Erfolg haben.

Nach § 42 Buchst. a) MVG.EKD hat die Mitarbeitervertretung ein eingeschränktes Mitbestimmungsrecht bei der Einstellung (und nach Buchst. g) auch bei der Versetzung). Einstellung ist die (im Regelfall aufgrund Vertrages erfolgte) Arbeitsaufnahme an einem bestimmten Arbeitsplatz. Der Begriff der Einstellung ist durch die Rechtsprechung erheblich erweitert worden. Diese betont den Normzweck der einschlägigen gesetzlichen Regelung, den Schutz der bereits im Betrieb Beschäftigten durch Mitsprache der Arbeitnehmervertretung bei der personellen Zusammensetzung des Arbeitsverbandes zu gewährleisten (vgl. *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, BetrVG, 18. Aufl., § 99 Rn 10, 10a mit zahlreichen Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur).

So wird ein Mitwirkungsrecht anerkannt bei Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses, bei einer Beschäftigung über die vertraglich vereinbarte oder tarifliche Arbeitszeit hinaus (*Fitting* u. a., a.a.O., Rn 13 m. w.N.), bei Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs, bei erheblicher Änderung der Umstände, unter denen die Arbeit zu leisten ist (BAG B. v. 16. Juli 1991, BAGE 68, 155, 158 = NZA 92, 180), bei Umwandlung eines Halbzeitarbeitsverhältnisses in ein Vollzeitverhältnis, weil gegenüber der Ersteinstellung als Halbkraft eine völlig neue Auswahl-situation entstanden sein kann (BVerwG B. v. 2. Juni 1993 = PersV 94, 127; vgl. auch OVG Hamburg B. v. 5. April 1982 = PersV 84, 246).

Mit Hinweis auf die letztgenannte Entscheidung des BVerwG wird in der Literatur ein Mitbestimmungsrecht der

Mitarbeitervertretung auch dann bejaht, wenn eine Aufstockung der Teilarbeitszeit erfolgt, ohne daß eine Vollbeschäftigung erreicht wird, sofern es sich nicht nur um eine erhebliche Erhöhung der Arbeitszeit handelt (so *Baumann-Czichon/Germer*, MVG.EKD, 1997, § 42 Rn 13; vgl. ferner Kittner in *Däubler/Kittner/Klebe* (Hrsg.), BetrVg, 5. Aufl., § 99 Rn 42a, Rn 103). Dem kann jedoch nicht gefolgt werden.

Einmal läßt sich keine überzeugende Grenze dafür ziehen, wann eine Erhöhung der wöchentlichen Arbeitszeit (allgemein oder im Einzelfall) erheblich oder nur unerheblich ist. Jeder Versuch in dieser Richtung wäre daher wegen des Fehlens eines allgemeingültigen objektiven Maßstabs willkürlich und könnte nicht überzeugen. Vor allem aber würde das Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung auf den Umfang der wöchentlichen Arbeitszeit ausgedehnt, für die es grundsätzlich nicht besteht. Denn die Entscheidung über die wöchentliche Arbeitszeit wird getroffen durch kirchlichen Tarifvertrag oder durch Arbeitsrechtsregelung seitens der Arbeitsrechtlichen Kommission.

Mit dem Hinweis darauf, daß die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats entzogen ist, hat das BAG das Beteiligungsrecht des Betriebsrats bei einer vom Arbeitgeber (im Einverständnis der betroffenen Arbeitnehmer) angeordneten Erhöhung der wöchentlichen Arbeitszeit Teilzeitbeschäftigter von 60 % auf 80 % der tariflichen Wochenarbeitszeit mit näherer Begründung verneint (BAG B. v. 16.7.1991, BAGE 68, 155, 159 = NZA 92, 180). Durch die Anhebung der wöchentlichen Arbeitszeit verändert sich nicht der Inhalt der Tätigkeit und damit auch nicht das Gesamtbild der Tätigkeit. Das ist jedoch der Fall, wenn dem Arbeitnehmer ein anderer Arbeitsbereich zugewiesen wird oder wenn sich die Umstände, unter denen die Arbeit zu leisten ist, erheblich ändern (BAG a.a.O., S. 158). Die Umwandlung eines Teilzeitarbeitsverhältnisses in ein Vollzeitarbeitsverhältnis verändert das Gesamtbild des Arbeitsverhältnisses, so daß für die Mitarbeitervertretung eine Auswahl-situation wie bei einer Neueinstellung gegeben ist. Das ist aber nicht in gleicher Weise der Fall, wenn – wie vorliegend – die wöchentliche Arbeitszeit einer Teilzeitbeschäftigten vorübergehend erhöht wird.

Es ist auch nicht zu befürchten, daß den kirchlichen und diakonischen Dienstgebern durch diese Entscheidung freie Hand gegeben wird, das Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung zu umgehen. Zur Bekämpfung des Rechtsmißbrauchs steht hier – wie auch sonst – ein ausreichendes rechtliches Instrumentarium zur Verfügung.

## 16.

*1. In den Fällen der eingeschränkten Mitbestimmung (§ 42 MVG.EKD) entscheidet die Schlichtungsstelle endgültig (§ 60 Abs. 4 S. 3 MVG.EKD).*

*2. Zu der Prüfung »in den Fällen des § 42« (§ 60 Abs. 4 S. 3 MVG.EKD) gehört auch die Untersuchung, ob das Zustimmungsverfahren ordnungsgemäß im Sinne des § 38 Abs. 2 MVG.EKD eingeleitet worden ist. Diese Untersuchung stellt nur einen Teil der Schlichtungsstelle obliegenden Gesamtprüfung dar (Leitsätze des Gerichts).*

§ 38, 41, 42, 60 IV, 63 I KG über Mitarbeitervertretungen in der EKD (Mitarbeitervertretungsgesetz – MVG.EKD) i. d. F. vom 6.11.1996 (ABl. EKD 1997, S. 41); § 16 KG über das Verwaltungsgericht für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der

Ev. Kirche in Deutschland (Verwaltungsgerichtsgesetz – VGG.EKD) vom 12.11.1993 (ABl. EKD S. 515); § 125 II VwGO.

VG für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der EKD, Beschluß vom 14.5.1998 – 0124/C2-98 –

Der Antragsgegner (Ag.) ist ein sozialpädagogisches Ausbildungs- und Bildungswerk. Er wandte sich am ... Oktober 1997 an die zuständige Mitarbeitervertretung (Antragstellerin – Ast.) mit der Bitte um Zustimmung zur Einstellung eines Diplomingenieurs als arbeitspädagogischem Mitarbeiter. Der Ist-Stellenplan vom Juni 1997, der der Ast. vorlag, sah eine solche Stelle nicht vor. Die Ast. bestätigte den Eingang des Antrags. Gleichzeitig wies sie darauf hin, daß man wegen Fehlens eines Mithberatungsverfahrens bei der offensichtlichen Stellenplanerweiterung und mangelnder Information das Zustimmungsverfahren als nicht eingeleitet ansehe und den Antrag zurückweise. Der Ag. stellte kurz darauf den Diplomingenieur ein. Daraufhin rief die Ast. die Schlichtungsstelle an und beantragte, die Einstellung für unwirksam zu erklären, da die erforderliche Zustimmung der Mitarbeitervertretung fehle. Die Schlichtungsstelle wies den Antrag zurück. Die Beschwerde gegen diesen Beschluß wurde als unstatthaft und daher unzulässig verworfen.

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerde ist nicht statthaft. Sie mußte daher verworfen werden (§ 16 VGG.EKD, § 125 Abs. 2 S. 1 VwGO).

Nach § 42 Buchst. a) MVG.EKD hat die Mitarbeitervertretung bei der Einstellung von privatrechtlich angestellten Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen ein eingeschränktes Mitbestimmungsrecht. Sie darf die erforderliche Zustimmung jedoch nur versagen, wenn einer der in § 41 Abs. 1 Buchst. a) bis c) MVG.EKD aufgeführten Gründe vorliegt. Kommt eine Einigung zwischen den Beteiligten nicht zustande, kann die Dienstgeberseite die Schlichtungsstelle anrufen (§ 41 Abs. 3, § 38 Abs. 4 MVG.EKD). Diese hat dann nach § 60 Abs. 4 S. 1 MVG.EKD zu prüfen und festzustellen, ob für die Mitarbeitervertretung ein Grund zur Verweigerung der Zustimmung nach § 41 vorliegt. Stellt die Schlichtungsstelle fest, daß für die Mitarbeitervertretung kein Grund zur Verweigerung der Zustimmung vorliegt, gilt die Zustimmung als ersetzt (Satz 2). Die Entscheidung der Schlichtungsstelle ist endgültig, ein Rechtsmittel gegen ihren Beschluß ist nicht gegeben (§ 60 Abs. 4 S. 3 in Verbindung mit § 63 Abs. 1 MVG.EKD).

Die gleiche Rechtsfolge der abschließenden, nicht rechtsmittelfähigen Entscheidung tritt ein, wenn die Schlichtungsstelle nicht von der Dienststellenleitung, sondern – wie hier – von der Mitarbeitervertretung angerufen wird mit dem Antrag, eine der eingeschränkten Mitbestimmung unterliegenden Einstellung als unwirksam festzustellen. Denn in jedem Falle geht es um den Bereich der eingeschränkten Mitbestimmung nach § 42 MVG.EKD. Der Gesetzgeber hat für alle aus diesem Bereich entspringenden Streitigkeiten nur eine Instanz zur Konfliktlösung vorgesehen, wie § 60 Abs. 4 S. 3 MVG.EKD ausdrücklich bestimmt und wie es weiter im Umkehrschluß aus § 63 Abs. 1 Buchst. d) MVG.EKD hervorgeht. Die abschließende Entscheidung der Schlichtungsstelle umfaßt nicht nur die Fälle, in denen die Zustimmung seitens der Mitarbeitervertretung verweigert worden ist, sondern auch diejenigen, in denen die Mitarbeitervertretung sich nicht innerhalb von zwei Wochen geäußert oder eine Erörterung verlangt hat.

Zu der Prüfung »in den Fällen des § 42« (§ 60 Abs. 4 S. 3 MVG.EKD) gehört auch die Untersuchung, ob das Zustimmungsverfahren ordnungsgemäß im Sinne des § 38 Abs. 2 MVG.EKD eingeleitet worden ist. Diese Untersuchung stellt nur einen Teil der der Schlichtungsstelle obliegenden Gesamtprüfung dar. Eine andere Betrachtungsweise müßte dazu führen, daß jede Streitigkeit aus dem Bereich des § 41 mit der Behauptung, das Zustimmungsverfahren sei nicht ordnungsgemäß eingeleitet worden, in die Beschwerdeinstanz getragen werden könnte. Das stünde jedoch dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, wie er aus § 60 Abs. 4 S. 3 MVG.EKD hervorgeht, entgegen.

Im Streitfall hat die Schlichtungsstelle den ihr vorgetragenen Sachverhalt geprüft und ist dabei zu dem Ergebnis gekommen, daß die Ast. die erforderliche Information erhalten hat und daß die umstrittene Maßnahme als gebilligt anzusehen ist. Diese Entscheidung ist nicht anfechtbar, wie § 60 Abs. 4 S. 3 MVG.EKD ausdrücklich bestimmt. Ob der Schlichtungsstelle bei ihrer Prüfung ein Subsumtionsfehler unterlaufen ist (wie die Beschwerdeführerin meint) oder nicht, entzieht sich der Rechtskontrolle durch das Verwaltungsgericht.

## 17.

*1. Das Initiativrecht der Mitarbeitervertretung nach § 47 MVG.EKD erstreckt sich auch auf Fragen der richtigen Eingruppierung (§ 42 Buchst. c) MVG.EKD).*

*2. Die Entscheidung der Schlichtungsstelle nach § 60 Abs. 6 MVG.EKD ist – soweit es sich um einen Fall der eingeschränkten Mitbestimmung nach § 42 MVG.EKD handelt – endgültig und kann nicht mit einem Rechtsmittel angegriffen werden (Leitsätze des Gerichts).*

§§ 38 I, IV, 41 III, 38 IV, 42 Buchst. c), 47, 60 IV S. 3, VI, 63 I KG über Mitarbeitervertretungen in der EKD (Mitarbeitervertretungsgesetz – MVG.EKD) i. d. F. vom 6.11.1996 (ABl. EKD 1997, S. 41); §§ 3 I, 16 KG über das Verwaltungsgericht für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der Ev. Kirche in Deutschland (Verwaltungsgerichtsgesetz – VGG.EKD) vom 12.11.1993 (ABl. EKD S. 515); § 125 II VwGO.

VG für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der EKD, Beschluß vom 15.5.1998 – 0124/C3-98 –

Die Mitarbeitervertretung (Antragstellerin – Ast.) bei der Antragsgegnerin (Ag.) verlangte erfolglos von dieser, einen Mitarbeiter in den seit dem 1.1.1997 einschlägigen Einzelgruppenplan einzugruppieren. Der Mitarbeiter sei derzeit noch nach der Dienstordnung Nr. 12 eingestuft, die jedoch seit dem 1.1.1997 wegen eines Verstoßes gegen § 36 MVG.EKD nicht mehr als Rechtsgrundlage für die Eingruppierung herangezogen werden könne. Die Ast. beantragte bei der Schlichtungsstelle Feststellung des Rechtsverstoßes sowie Feststellung der Verpflichtung zur Eingruppierung des Mitarbeiters in den entsprechenden Einzelgruppenplan. Die Schlichtungsstelle wies die Anträge als nicht schlüssig zurück. Die hiergegen eingelegte Beschwerde beim VG war wegen fehlender Statthaftigkeit nicht zulässig.

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerde der Mitarbeitervertretung ist nicht statthaft: Das Gesetz (§ 3 Abs. 1 VGG.EKD i. V. m. § 63 Abs. 1 MVG.EKD) sieht sie nicht vor, schließt sie vielmehr ausdrücklich aus (§ 60 Abs. 4 S. 3 MVG.EKD). Da es mithin an

einer Zulässigkeitsvoraussetzung für die Beschwerde fehlt, mußte sie nach § 26 Abs. 1 VGG.EKD in entsprechender Anwendung des § 125 Abs. 2 S. 1 VwGO verworfen werden.

1. Nach § 47 Abs. 1 MVG.EKD kann die Mitarbeitervertretung der Dienststellenleitung unter anderem in den Fällen des § 42 MVG.EKD Maßnahmen schriftlich vorschlagen. Kommt eine Einigung über die vorgeschlagene Maßnahme nicht zustande, so kann die Mitarbeitervertretung nach näherer Regelung des § 47 Abs. 2 MVG.EKD die Schlichtungsstelle anrufen. Diese stellt fest, ob die Weigerung der Dienststellenleitung, die beantragte Maßnahme zu vollziehen, rechtswidrig ist. Wird dies bejaht, hat die Dienststellenleitung erneut unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Schlichtungsstelle über den Antrag der Mitarbeitervertretung zu entscheiden. Hiervon ist die Schlichtungsstelle vorliegend ausgegangen. Sie hat das Vorgehen der Mitarbeitervertretung als zulässig angesehen, weil es um einen Fall der eingeschränkten Mitbestimmung nach § 42 Buchst. c) MVG.EKD geht (Eingruppierung, Wechsel der Fallgruppe, Umgruppierung). Bei ihren weiteren Erwägungen ist sie zu dem Schluß gekommen, daß das Verhalten der Dienststellenleitung nicht rechtswidrig sei, und hat die Anträge der Mitarbeitervertretung mit näherer Begründung zurückgewiesen.

2. Die Entscheidung der Schlichtungsstelle ist nicht anfechtbar. Das ergibt sich schon aus der Regelung des § 60 Abs. 6 MVG.EKD. Selbst wenn die Schlichtungsstelle das Verhalten der Dienststellenleitung für rechtswidrig hält, ist diese nur verpflichtet, erneut über den Antrag der Mitarbeitervertretung allerdings unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Schlichtungsstelle zu entscheiden. Diese Entscheidung ist nicht erneut durch die Schlichtungsstelle nachprüfbar. Ein Rechtsmittel sieht das Gesetz weder gegen den Beschluß der Schlichtungsstelle noch gegen die erneute Entscheidung der Dienststelle vor. Bestätigt wird dieses Ergebnis auch dadurch, daß § 63 Abs. 1 MVG.EKD den Fall des § 47 Abs. 2 MVG.EKD in seinem Katalog der Beschwerdemöglichkeiten nicht aufführt.

Die gesetzliche Regelung ist in sich widerspruchsfrei und stimmt überein mit der Systematik des Gesetzes in den Fällen der eingeschränkten Mitbestimmung nach § 42 MVG.EKD. Denn auch in diesen Fällen entscheidet die Schlichtungsstelle abschließend, wie § 60 Abs. 4 S. 3 MVG.EKD ausdrücklich bestimmt. Die genannte Vorschrift ist weit auszulegen. Sie umfaßt alle in § 42 aufgezählten Tatbestände, wobei es nicht darauf ankommt, ob die Dienststellenleitung die Schlichtungsstelle angerufen hat (um die Ersetzung der von der Mitarbeitervertretung verweigerten Zustimmung herbeizuführen) oder ob die Mitarbeitervertretung sich ihrerseits an die Schlichtungsstelle gewandt hat (um mit einem eigenen Antrag eine Entscheidung der Schlichtungsstelle zu erreichen). Hinsichtlich der Rechtsmittelfähigkeit kann das Initiativrecht der Mitarbeitervertretung nach § 47 MVG.EKD nicht weiter reichen als bei einer Entscheidung der Schlichtungsstelle auf einen Antrag der Dienststellenleitung nach § 41 Abs. 3, § 38 Abs. 1 S. 1, § 38 Abs. 4, § 60 Abs. 4 S. 3 MVG.EKD.

## 18.

*Es sind Fallgestaltungen möglich, bei denen trotz einer Beschäftigungsdauer von mehr als sechs Monaten nicht eine Kündigung »nach Ablauf der Probezeit« gem. § 42 Buchst. b) MVG.BEK vorliegt, sondern eine ordentliche*

Kündigung »innerhalb der Probezeit« gem. § 46 Buchst. c) MVG.BEK (Leitsatz des Gerichts).

§§ 42 Buchst. b), 46 Buchst. c), 60 IV S. 1 und 3, 63 I Buchst. a) und b) KG d. Brem. Ev. Kirche über Mitarbeitervertretungen vom 23.3.1994 (KABl. Nr. 1 Z. Sp. 189) (Mitarbeitervertretungsgesetz BEK - MVG.BEK); § 622 III BGB; §§ 1, 23 I, II KSchG.

VG für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der EKD, Beschluß vom 21.7.1998 - 0124/C7-98 -

Die Mitarbeitervertretung (Antragstellerin - Ast.) hatte die Schlichtungsstelle aus Anlaß der Kündigung einer Mitarbeiterin der Antragsgegnerin (Ag.) angerufen. Diese war befristet vom 1.2.1996 bis 30.6.1996 zur Probe eingestellt worden und sollte sodann weiterhin befristet vom 1.7.1996 bis 26.2.1999 weiterbeschäftigt werden. Das Tätigkeitsfeld der Mitarbeiterin änderte sich zum 1.7.1996, und daher wurde der Zeitraum vom 1.7.1996 bis 31.12.1996 erneut als Probezeit vereinbart. Bei der Anfang Dezember 1996 ausgesprochenen Kündigung hatte die Ag. der Ast. lediglich ein Mitberatungsrecht nach § 46 Buchst. c) MVG.BEK eingeräumt, da es sich ihrer Auffassung nach um eine Kündigung während der Probezeit handelte. Die Ast. wandte sich an die Schlichtungsstelle mit dem Antrag festzustellen, daß die Kündigung nach einer Beschäftigungsdauer von mehr als sechs Monaten der eingeschränkten Mitbestimmung nach § 42 Buchst. a) MVG.BEK unterliege. Die Schlichtungsstelle wies den Antrag zurück. Auch die Beschwerde vor dem VG der EKD blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerde ist nach § 63 Abs. 1 Buchst. a) und b) MVG.BEK als allgemeines Feststellungsbegehren bei Bejahung des rechtlichen Interesses der Beteiligten an der alsbaldigen gerichtlichen Klarstellung der Rechtslage statthaft. Sie ist auch rechtzeitig eingelegt und begründet worden und damit insgesamt zulässig.

In der Sache hatte sie jedoch keinen Erfolg. Die eingeschränkte Mitbestimmung nach § 42 Buchst. b) und die Mitberatung nach § 46 Buchst. c) MVG.BEK knüpfen an das Tatbestandsmerkmal »Probezeit« an. Damit hat der kirchliche Gesetzgeber den im Arbeitsrecht verwendeten allgemeinen Begriff der Probezeit übernommen. Die Auslegung des MVG.BEK durch die Ast., die im Hinblick auf die Mitbestimmung der Mitarbeitervertretung die Probezeit durch Verknüpfung mit der Wartezeitregelung des § 1 Abs. 1 KSchG auf sechs Monate beschränken will, führt zu einem besonderen Probezeitbegriff im Sinne des MVG.BEK. Daß diese restriktive Auslegung dem Willen des Kirchengesetzgebers entspricht, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Hiergegen spricht vor allem, daß sie dem Zweck der Probezeit nicht gerecht wird.

1. Bei der Auslegung eines Gesetzes geht es darum, seinen Sinn zu erforschen. Maßgebend ist der im Gesetzeswortlaut objektivierte Wille des Gesetzgebers. Dabei ist nicht am buchstäblichen Ausdruck zu haften, sondern auf den Sinn der Norm abzustellen (*Palandt/Heinrichs*, BGB, 57. Aufl., Einl., RdNr. 34). Diese Grundsätze gelten uneingeschränkt auch für Kirchengesetze. Entscheidend ist mithin, was der bremische Kirchengesetzgeber gewollt hat und ob der gesetzgeberische Wille einen hinreichenden Niederschlag im Gesetz gefunden hat.

2. Nach dem Gesetzeswortlaut ist die Probezeit das maßgebliche Unterscheidungsmerkmal. Erfolgt eine ordentliche Kündigung innerhalb der Probezeit, steht der Mitarbeiter-

vertretung nach § 46 Buchst. c) MVG.BEK lediglich ein Recht auf Mitberatung zu, erfolgt sie nach Ablauf der Probezeit, nach § 42 Buchst. b) MVG.BEK ein Recht auf eingeschränkte Mitbestimmung. In diesem Fall bedarf die ordentliche Kündigung der Zustimmung, die nur aus den in § 41 Abs. 2 MVG.BEK aufgeführten Gründen verweigert werden darf.

3. Das Arbeitsleben kennt das befristete Probearbeitsverhältnis und das unbefristete Arbeitsverhältnis mit vorgeschalteter Probezeit. Zweck der Probezeit ist die Erprobung des Arbeitnehmers. Die Anstellung auf Probe soll dem Arbeitgeber die Möglichkeit geben, sich ein Urteil darüber zu bilden, ob der Arbeitnehmer sich für die ihm zugedachte Stellung eignet (*Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, 7. Aufl., § 55 IV, S. 539 und *Nikisch*, Arbeitsrecht, 3. Aufl., Bd. I, S. 678 sowie *MünchArbR/Richardi*, § 42 RdNr. 52, m. w. Nachw.). Dementsprechend ist auch die Befristung zum Zwecke der Erprobung als typischer sachlicher Grund im Sinne der Rechtsprechung des BAG anerkannt (BAG GS vom 12.10.1960, AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag). Außerdem wird der Sinn einer Probezeit darin gesehen, dem Arbeitnehmer vor Augen zu halten, »daß er sich erst noch bewähren müsse, wenn er Aussicht haben wolle, bei seinem Dienstherrn weiter auf Dauer beschäftigt zu werden« (BAG vom 27.7.1958, AP Nr. 3 zu § 620 BGB Probearbeitsverhältnis, m. Anm. von *G. Hueck*). Die rechtliche Besonderheit des Probearbeitsverhältnisses liegt in der im Grundsatz leichteren Möglichkeit der Vertragsbeendigung. Das kommt auch in § 622 Abs. 3 BGB i. d. F. des Gesetzes zur Vereinheitlichung der Kündigungsfristen von Arbeitern und Angestellten vom 7. 10. 1993 (BGBl. I S. 1668) zum Ausdruck. Danach gilt in Abweichung von der vierwöchigen Grundkündigungsfrist während einer vereinbarten Probezeit, längstens für die Dauer von sechs Monaten, eine Kündigungsfrist von zwei Wochen.

4. Die leichtere Lösbarkeit eines Probearbeitsverhältnisses beschränkt sich jedoch nicht auf die ersten sechs Monate der Probezeit. Zwar weist die Ast. und Beschwerdeführerin zutreffend darauf hin, daß eine Probezeit regelmäßig auf höchstens sechs Monate begrenzt ist, so daß insoweit eine Identität zwischen Probezeit und Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG festzustellen ist. *Preis/Kliemt* (in: AR-Blattei, SD 1270 Probearbeitsverhältnis RdNrn. 38 und 189) sprechen denn auch davon, daß die verkürzte Kündigungsfrist des § 622 Abs. 3 BGB n.F. mit der Wartezeitregelung des KSchG harmonisiere, die in der Sache ebenfalls eine gesetzliche bzw. quasi gesetzliche Probezeit von sechs Monaten enthalte. Die Wartezeitregelung des § 1 Abs. 1 KSchG enthält aber kein gesetzliches Verbot für die Festlegung einer längeren als sechsmonatigen Probezeit (vgl. nur *MünchArbR/Richardi*, a.a.O., RdNr. 56). Das wird auch von der Beschwerdeführerin nicht verkannt. Der weitergehende Schluß, die Vereinbarung einer längeren Probezeit möge zulässig sein, sei aber rechtsfolgenlos, ist unzutreffend.

5. Aus dem Zweck der Erprobung ergibt sich, daß grundsätzlich das Arbeitsverhältnis fortgesetzt werden soll, wenn sich der Arbeitnehmer bewährt hat (BAG vom 30.9.1981, AP Nr. 61 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag sowie *Stahlhacke/Preis*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 6. Aufl., RdNr. 399). Es gibt in der Praxis aber Fälle, deren Besonderheiten eine Probezeit von mehr als sechs Monaten bzw. eine Verlängerung der zunächst auf sechs Monate begrenzten Probezeit erforderlich machen, weil sechs Monate für die Erprobung nicht ausreichen (BAG vom 15.8.1984, AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969). Die Vereinbarung einer längeren Probezeit oder - wie im Ausgangsfall - die Verlängerung der Probezeit kann auch im Interesse des Arbeitnehmers liegen, wenn bei-

spielsweise die Bewährung auf einem weiteren Arbeitsplatz erprobt werden soll. Hinsichtlich der Probezeitdauer ist jedoch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten (BAG vom 28.11.1963, AP Nr. 26 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag), worauf die Schlichtungsstelle zutreffend hingewiesen hat. Wird aber von den Arbeitsvertragsparteien im Einzelfall zulässigerweise eine Probezeit von über sechs Monaten vereinbart, erwirbt der Arbeitnehmer (sofern nicht die Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 KSchG eingreift) nach sechs Monaten den Bestandsschutz des KSchG. Denn der Kündigungsschutz beginnt unabhängig von der Dauer der Probezeit nach sechs Monaten. Die Anwendbarkeit des KSchG widerspricht nicht dem Wesen des Probearbeitsverhältnisses (BAG vom 12.2.1981, AP Nr. 1 zu § 5 BAT, m. Anm. von G. Hueck). Kommt es sodann in der Probezeit zu einer ordentlichen Kündigung, bedarf sie der sozialen Rechtfertigung nach § 1 Abs. 2 KSchG. Weil diese Kündigung innerhalb der Probezeit erfolgt, ist bei der Feststellung der Sozialwidrigkeit jedoch dem Erprobungszweck Rechnung zu tragen. Bei der Würdigung der Kündigungsgründe im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG kommt mithin dem Umstand, daß die Kündigung noch innerhalb der vereinbarten Probezeit erfolgt, besondere Bedeutung zu. Das ist in Rechtsprechung und Fachliteratur allgemein anerkannt (BAG vom 12.2.1981, a.a.O., und BAG vom 15.8.1984, AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 sowie *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 8. Aufl., § 40 IV 2, S. 260 und *Preis/Kliemt*, a.a.O., RdNr. 258, m. w. Nachw.). Die leichtere Lösbarkeit, die dem Probearbeitsverhältnis zu eigen ist, zeigt sich darüber hinaus an den immer noch kürzeren Kündigungsfristen. Zwar gilt die Zwei-Wochen-Frist des § 622 Abs. 3 BGB n.F. nur für die ersten sechs Monate (*Palandt/Putzo*, a.a.O., RdNr. 18 zu § 622 sowie *Stahlhacke/Preis*, a.a.O., RdNr. 401 aE). Danach würde dann aber für den Rest der Probezeit die immer noch relativ kurze Grundkündigungsfrist von vier Wochen gelten, auch wenn für das endgültige Arbeitsverhältnis eine längere Kündigungsfrist vereinbart worden wäre. Es ergibt sich mithin, daß die Vereinbarung einer Probezeit von mehr als sechs Monaten keineswegs rechtsfolgenlos ist, woraus zugleich folgt, daß der Eintritt des Bestandsschutzes Sinn und Zweck einer Probezeit fortbestehen läßt.

6. Es ist davon auszugehen, daß dem kirchlichen Gesetzgeber Sinn und Zweck eines Probearbeitsverhältnisses sowie die Zulässigkeit einer Probezeit von mehr als sechs Monaten und die sich daraus ergebenden, vorstehend dargelegten Konsequenzen bekannt gewesen sind. Aus diesem Grunde ist auch anzunehmen, daß die Mitbestimmung unabhängig von der Dauer der Probezeit nicht schon vor ihrem Ende eingreifen soll, so daß der Mitarbeitervertretung bis dahin vielmehr nur ein Recht auf Mitberatung zusteht. Berücksichtigt man, daß ein Probearbeitsverhältnis noch unter dem Vorbehalt der Beendigung steht, sofern sich herausstellt, daß eine Zusammenarbeit auf Dauer nicht in Betracht kommt (*Preis/Kliemt*, a.a.O., RdNr. 6, m. Nachw.) und daß ihm mithin eine Vorläufigkeit innewohnt, weil es noch an einer Verfestigung fehlt, ist die vom Gesetzgeber getroffene Unterscheidung auch durchaus sinnvoll. Andernfalls wäre eine beabsichtigte Beendigung dessen, was nur vorläufig eingegangen ist und noch leichter lösbar sein soll, von der Zustimmung der Mitarbeitervertretung abhängig. Würde sie verweigert, obwohl sich die Dienststellenleitung von der mangelnden Eignung des Mitarbeiters bzw. der Mitarbeiterin überzeugt hätte, und würde die Entscheidung der Schlichtungsstelle nach § 60 Abs. 4 Satz 1 MVG.BEK nicht zugunsten der Dienststellenleitung ausfallen, würde diese Entscheidung abschließend und damit nicht beschwerdefähig sein (§ 60 Abs. 4 Satz 3 MVG.BEK). Darüber hinaus könnte der innerhalb der Probezeit entlassene Arbeitnehmer im Kündigungsrechtsstreit die fehlende Zustimmung der

Mitarbeitervertretung mit Erfolg geltend machen, so daß das Arbeitsgericht die Sozialwidrigkeit der Kündigung gar nicht mehr zu prüfen hätte. Die Entlassung eines Arbeitnehmers mangels Eignung noch während der Probezeit könnte auf diese Weise verhindert werden. Wenn der Gesetzgeber diese weitgehende Konsequenz wirklich gewollt haben sollte, hätte er dies im Gesetz klar zum Ausdruck bringen müssen, vor allem nicht den Begriff »Probezeit« in den §§ 42 Buchst. b) und 46 Buchst. e) MVG.BEK verwenden dürfen. Der Hinweis der Beschwerdeführerin darauf, daß sich der Kirchengesetzgeber nach seinem Selbstverständnis am Bundesangestelltentarifvertrag orientiert, führt zu keinem anderen Ergebnis, und zwar schon deshalb nicht, weil der BAT die Mitbestimmungsrechte des Personalrats gar nicht regelt und mithin auch keine Verknüpfung zwischen Probezeit und Mitbestimmung enthält. Die Mitbestimmungsrechte sind für den Bereich des öffentlichen Dienstes im BPersVG und in den entsprechenden Ländergesetzen in teilweise sehr unterschiedlicher Weise geregelt. Selbst wenn man aber eine Parallele ziehen und § 5 BAT als Maßstab heranziehen wollte, an dem sich der Kirchengesetzgeber orientiert hätte, würde die Beschwerdeführerin mit ihrem Globalantrag keinen Erfolg haben können. Nach dem durch Tarifänderung eingefügten Satz 2 dieser Tarifnorm verlängert sich nämlich bei Erkrankung des Arbeitnehmers u. U. die Probezeit, so daß selbst nach dem BAT auch nach sechs Monaten eine Kündigung noch innerhalb der Probezeit ausgesprochen werden könnte und sich auch wegen dieser Fallgestaltung das weitgefaßte Antragsbegehren als unbegründet erwiese.

7. Die vorstehenden Ausführungen gelten im Grundsatz auch für den Hilfsantrag. Richtig ist, daß die Arbeitsvertragsrichtlinien des Diakonischen Werkes der Evangelischen Kirche in Deutschland in § 8 eine Probezeit von bis zu sechs Monaten zulassen. Die Arbeitsvertragsparteien können sich aber wirksam über eine längere Probezeit bzw. über eine (nachträgliche) Verlängerung einigen (*Scheffer/Mayer*, AVR, 3. Aufl., Anm. 3 zu § 8). Hierfür kann es ganz besondere Gründe geben, wenn beispielsweise wegen der großen Schwierigkeit oder der hohen Verantwortung, die mit der vorgesehenen Position verbunden ist, eine Probezeit von sechs Monaten einfach nicht ausreicht oder wenn in der Person des Arbeitnehmers Umstände (wie eine längere Erkrankung) nach Arbeitsaufnahme eingetreten sind, so daß von Anfang an eine längere Probezeit oder eine nachträgliche Probezeitverlängerung geradezu zwingend geboten ist. Eine solche Vereinbarung liegt dann oftmals gerade auch im Interesse des Arbeitnehmers. Daß mit Ablauf der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG der Bestandsschutz einsetzt und die Kündigung einer Begründung bedarf, ist dargelegt worden (vgl. auch *Scheffer/Mayer*, a.a.O., Anm. 1 zu § 8 aE). Gleichwohl steht der Mitarbeitervertretung im Falle einer zulässigen längeren Probezeit auch bei Anwendung der AVR nach dem dargelegten Sinn und Zweck des Gesetzes nur ein Recht auf Mitberatung zu. Deshalb ist die Beschwerde auch hinsichtlich des Hilfsantrags unbegründet, so daß sie insgesamt zurückzuweisen war.

19.

*Die Schlichtungsstelle muß bei der Prüfung der Frage, ob in einem Fall des § 21 Abs. 2 S. 1 MVG.EKD Tatsachen vorliegen, die den Dienstgeber zur außerordentlichen Kündigung berechtigen, wie ein Arbeitsgericht vorgehen und – eventuell nach einer Beweisaufnahme – bei seiner Entscheidung alle Umstände des Einzelfalls berücksichtigen*

sowie eine Interessenabwägung (§ 626 BGB) vornehmen (Leitsatz des Gerichts).

§§ 21 II, 38, 41, 42, 45, 46, 56, 58 II, 60 III, IV, 63 I Buchst. b) KG über Mitarbeitervertretungen in der EKD (Mitarbeitervertretungsgesetz – MVG.EKD) i. d. F. vom 6.11.1996 (ABl. EKD 1997, S. 41); § 626 BGB; § 130 Buchst. b) S. 2 VwGO.

VG für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der EKD, Beschluß vom 27.11.1998 – 0124/B19-97 –

Bei der Antragstellerin (Ast. = Beschwerdeführerin), einer diakonischen Einrichtung, ist seit 1991 ein aufgrund hundertprozentiger Sehbehinderung Schwerbehinderter als Masseur beschäftigt. Er ist Mitglied der Mitarbeitervertretung (Antragsgegnerin – Ag.). Wegen mehrerer Beschwerden von Patientinnen bezüglich der Massagetechnik und seiner als belästigend empfundenen Gespräche während der Behandlung beabsichtigte die Ast., das Dienstverhältnis außerordentlich zu kündigen. Die erforderliche Zustimmung wurde von der Mitarbeitervertretung versagt. Die Ast. wandte sich an die Schieds- und Schlichtungsstelle des Diakonischen Werkes mit dem Antrag, die Zustimmung der Mitarbeitervertretung zur Kündigung zu ersetzen. Die Schlichtungsstelle lehnte den Antrag ab, nachdem sie das Vorliegen eines wichtigen Grundes für die außerordentliche Kündigung i. S. d. § 626 BGB geprüft und abgelehnt hatte. Gegen die Verweigerung der Zustimmung legte die Ast. Beschwerde beim VG ein. Sie ist der Ansicht, die Schlichtungsstelle habe keine materielle Prüfungskompetenz hinsichtlich des Kündigungsgrundes. Die Beschwerde wurde als unbegründet zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerde der Ast. ist statthaft, sie ist auch fristgerecht eingelegt sowie begründet worden und damit zulässig. In der Sache konnte sie jedoch keinen Erfolg haben.

1. Die Beschwerde ist statthaft nach § 63 Abs. 1 Buchst. b) MVG.EKD. Nach dieser Bestimmung ist das Rechtsmittel der Beschwerde gegeben gegen Beschlüsse der Schlichtungsstelle darüber, welche Rechte und Pflichten den Beteiligten im Einzelfall aus der Mitberatung oder Mitbestimmung erwachsen. Vorliegend geht es um die Frage, welche Rechte und Pflichten die Mitarbeitervertretung (und im weiteren Verfahrensverlauf die Schlichtungsstelle) bei der Mitbestimmung im Fall einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung gegenüber einem Mitglied der Mitarbeitervertretung (§ 21 Abs. 2 MVG.EKD) hat. Dazu gehört die Klärung, wie weit die Prüfungskompetenz (und Prüfungspflicht) der Mitarbeitervertretung (und später der Schlichtungsstelle) reicht, wenn es darum geht festzustellen, ob die Tatsachen, die zur Begründung der außerordentlichen Kündigung dargelegt werden, »vorliegen« und im Hinblick auf § 626 Abs. 1 BGB zu würdigen, ob die Tatsachen zur außerordentlichen Kündigung »berechtigten« (§ 21 Abs. 1 Satz 1 MVG.EKD).

2. ...

3. Die Beteiligung der Mitarbeitervertretung bei Kündigungen ist vom Gesetzgeber abgestuft geregelt. Bei einer außerordentlichen Kündigung (und einer Kündigung während der Probezeit) hat die Mitarbeitervertretung ein Erörterungsrecht (Anhörungsrecht): §§ 46 Buchstaben b) und c) sowie § 45 MVG.EKD. Demzufolge kann die Schlichtungsstelle hier nur feststellen, ob die Beteiligung der Mitarbeitervertretung erfolgt ist (§ 60 Abs. 3 S. 1 MVG). Bei einer ordentlichen Kündigung nach Ablauf der Probe-

zeit liegt ein Fall der eingeschränkten Mitbestimmung vor (§ 42 Buchst. b)). Die Mitarbeitervertretung kann hier die von ihr verlangte Zustimmung nur unter bestimmten, vom Gesetz abschließend aufgeführten Gründen verweigern (§ 41 Abs. 2). Die Schlichtungsstelle entscheidet im Streitfall darüber, ob ein Verweigerungsgrund vorliegt oder nicht (§ 60 Abs. 4 S. 1). Ihre Entscheidung ist endgültig, ein Rechtsmittel ist nicht gegeben (§ 60 Abs. 4 S. 3 MVG.EKD).

Bei der Kündigung gegenüber einem Mitglied der Mitarbeitervertretung müssen Tatsachen vorliegen, die zur außerordentlichen Kündigung berechtigen (§ 21 Abs. 2 S. 1 MVG.EKD). Die Kündigung bedarf der Zustimmung der Mitarbeitervertretung (S. 2). Für das Mitbestimmungsverfahren gilt § 38 Abs. 3 und Abs. 4 MVG.EKD (S. 4). Kommt es nicht zu einer Einigung zwischen Dienststelle und Mitarbeitervertretung, kann die Dienststellenleitung die Schlichtungsstelle anrufen (§ 38 Abs. 4). Diese entscheidet über die Ersetzung der Zustimmung (§ 38 Abs. 1 S. 1, § 60 Abs. 5 S. 1 MVG.EKD). Die Schlichtungsstelle ist dabei an das geltende Recht und an die Anträge der Beteiligten gebunden (Abs. 5 S. 2).

Mitarbeitervertretung und Schlichtungsstelle sind bei einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung gegenüber einem Mitglied der Mitarbeitervertretung berechtigt und verpflichtet, die zur Begründung der Kündigung vorgebrachten Tatsachen zu prüfen und zu würdigen (§ 21 Abs. 2 S. 1 MVG.EKD). Andernfalls könnten sie nicht feststellen, ob kündigungserhebliche Tatsachen »vorliegen«, und nicht entscheiden, ob eine Gesamtabwägung der Tatsachen aufgrund des § 626 Abs. 1 BGB ergibt, daß diese zur außerordentlichen Kündigung »berechtigten«. Daraus folgt, daß Mitarbeitervertretung und insbesondere Schlichtungsstelle bei der Erledigung ihrer Aufgabe wie ein Arbeitsgericht vorgehen müssen. Sie müssen sich an das geltende Recht halten und haben die nach § 626 BGB erforderliche Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und die Interessenabwägung als Ermessensentscheidung zu treffen (vgl. *Spengler in Fey/Rehren* (Hrsg.), MVG.EKD, Stand Januar 1997, § 60 Rn 6, 7; *Kleingünther*, a.a.O., § 42 Rn 36; *Baumann-Czichon/Germer*, MVG.EKD, 1997, § 42 Rn 27; § 60 Rn 11; *Bach* u. a., MVG f. d. Bereich der Ev. Kirchen und Diakon. Werke im Rheinland, Westfalen und Lippe, 1995, § 60 Rn 5).

Damit müssen die Mitarbeitervertretung und insbesondere die Schlichtungsstelle einem hohen Anspruch gerecht werden. Die Entscheidung der Schlichtungsstelle hat im Hinblick auf die Selbstbindung von Kirche und Diakonie weitreichende Folgen: kommt sie zu dem Ergebnis, daß die Zustimmung der Mitarbeitervertretung nicht zu ersetzen ist, kann die beabsichtigte Kündigung nicht erklärt werden, die Dienststelle muß von ihrer Absicht Abstand nehmen.

Im anderen Fall, wenn die Schlichtungsstelle die Zustimmung ersetzt, kann der betroffene Dienstnehmer (die betroffene Dienstnehmerin) das Arbeitsgericht anrufen, eine Folge, die der kirchliche Gesetzgeber nicht ausschließen kann.

Bei verweigerter Zustimmung tritt die Entscheidung der Schlichtungsstelle an die Stelle der Entscheidung der Gerichte für Arbeitssachen. Mit dieser weitreichenden Entscheidung ist die Schlichtungsstelle auch nicht überfordert, denn der/die Vorsitzende dieses kirchlichen Gerichts muß die Befähigung zum Richteramt haben (§ 58 Abs. 2 S. 1 MVG.EKD). Die Entscheidungen der Schlichtungsstelle sind gerichtliche Entscheidungen (§ 56 MVG.EKD; vgl. dazu nur BAG, B. vom 25.4.1989, BAGE 61, 376, 384 = AP Nr. 34 zu Art. 140 GG).

4. Die Schieds- und Schlichtungsstelle hatte vorliegend zu prüfen, ob die von der Ast. vorgetragene (und von der Schieds- und Schlichtungsstelle als zutreffend unterstellten) Tatsachen zur außerordentlichen Kündigung des Dienstverhältnisses des Masseurs berechtigen. Das wäre der Fall, wenn – wie § 626 Abs. 1 BGB es zwingend vorschreibt – aufgrund der festgestellten Tatsachen der Ast. unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Die Schieds- und Schlichtungsstelle ist bei ihrer Rechtsfindung von der genannten Vorschrift ausgegangen. Sie hat ferner die Umstände des Falles eingehend berücksichtigt und eine Interessenabwägung vorgenommen. Ihre Entscheidung hält sich innerhalb des ihr zustehenden Ermessensrahmens und läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Die Kammer schließt sich ihren Erwägungen an und sieht zur Vermeidung von Wiederholungen von einer weiteren Darstellung der Beschlußgründe ab (§ 130b S. 2 VwGO).

Ergänzend sei nur noch angemerkt, daß die Schieds- und Schlichtungsstelle befugt war, die Sehbehinderung des Herrn bei ihren Erwägungen zu berücksichtigen. Auch die Sehbehinderung gehört zu den Umständen des vorliegenden Einzelfalles.

## 20.

1. Bei drohender Verletzung des Mitbestimmungsrechts kann die Mitarbeitervertretung die Schlichtungsstelle anrufen und Unterlassung der mitbestimmungswidrigen Maßnahme verlangen. Dieser Anspruch kann auch im Verfahren der einstweiligen Anordnung geltend gemacht werden.

2. Bei drohender Verletzung des Mitberaterrechts kann die Mitarbeitervertretung Unterlassung der beabsichtigten Maßnahme während der Dauer des Beteiligungsverfahrens verlangen. Dieser Anspruch kann ebenfalls im Verfahren der einstweiligen Anordnung verfolgt werden (Leitsätze des Gerichts).

§§ 38, 45, 61 X, 62 S. 1, 63 I Buchst. a) und b) KG über Mitarbeitervertretungen in der EKD (Mitarbeitervertretungsgesetz – MVG.EKD) i. d. F. vom 6.11.1996 (ABI. EKD 1997, S. 41); § 146 VwGO.

VG für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der EKD, Beschluß vom 14.12.1998 – 0124/C1-98 –

Die Beteiligten streiten um die Unterlassung einer Maßnahme der Antragseinerin (Ag.) wegen unzureichender Mitberatung durch die Mitarbeitervertretung (Antragstellerin – Ast.). Die Ag. hatte der Ast. knapp zwei Wochen vor dem Jahreswechsel ihren Beschluß mitgeteilt, zwei ...beratungsstellen zum 1. 1. 1998 ohne Änderung der Verträge und des Konzepts in eine neue Trägerschaft zu übertragen. Die Ast. forderte die Ag. auf, die Angelegenheit mit ihr zu erörtern. Als dies nicht geschah, rief die Ast. angesichts der knappen verbleibenden Zeit die Schlichtungsstelle an. Sie beantragte, die Aussetzung des Beschlusses der Ag. sowie die Unterlassung der Überführung in eine neue Trägerschaft vor ordnungsgemäßer Erörterung und umfassender Information der Ast. einstweilig anzuordnen. Die Schiedsstelle wies den Antrag mit der Begründung zurück, die Unwirksamkeit einer entgegen den mitarbeitervertretungsrechtlichen Vorschriften beschlossenen Maßnahmen ergebe sich bereits aus dem Gesetz und bedürfe keiner Feststellung. Daher fehle es an der für den einstweiligen Rechtsschutz erforderlichen Eilbedürftigkeit. Gegen diesen Beschluß legte

die Ast. Beschwerde ein. Nach Erledigung der einstweiligen Anordnung in der Hauptsache äußerte sich das Gericht gem. § 161 II VwGO zu der Rechtsauffassung der Ast.

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerde der Ast. ist an sich statthaft (§ 63 Abs. 1 Buchst. a) und b) MVG.EKD) und in zulässiger Weise eingelegt worden (§ 61 Abs. 10, § 62 Satz 1 MVG.EKD) in Verbindung mit § 146 Abs. 4 VwGO).

...

§ 161 Abs. 2 VwGO gibt dem Gericht (...) Gelegenheit, sich zu den angesprochenen Rechtsfragen zu äußern. Das könnte für künftige mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten von Bedeutung sein, so daß beide Beteiligten ein rechtliches Interesse an einer fallbezogenen Äußerung des Gerichts haben.

Nach § 38 Abs. 1 Satz 1 MVG.EKD darf eine der Mitbestimmung der Mitarbeitervertretung unterliegende Maßnahme erst dann vollzogen werden, wenn die Zustimmung der Mitarbeitervertretung vorliegt oder durch die Schlichtungsstelle ersetzt worden ist. Im anderen Falle ist die Maßnahme unwirksam (Satz 2). Droht eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts, kann die Mitarbeitervertretung die Schlichtungsstelle anrufen und Unterlassung der mitbestimmungswidrigen Maßnahme verlangen (in Anlehnung an BAG B. v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – BAGE 76, 364 = AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972, zu B III, mit krit., aber im Ergebnis zust. Anm. von Richardi; vgl. weiter Richardi, NZA 95, 8; vgl. auch Unkel in Fey/Rehren, MVG.EKD (Stand Jan. 1996), § 38 Rn 41a–c; sowie Baumann-Czichon/Germer, MVG.EKD (1997), § 38 Rn 1). Dieser Anspruch kann auch im Verfahren der einstweiligen Anordnung geltend gemacht werden (vgl. zum BetrVG Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, 18. Aufl., § 87 Rn 402, 411; ferner LAG Berlin U. v. 7.9.1995 – 10 TaBV 5/95 – AP Nr. 39 zu § 111 BetrVG 1972).

Nach § 45 Abs. 2 S. 1 MVG.EKD ist eine der Mitberatung unterliegende Maßnahme unwirksam, wenn die Mitarbeitervertretung nicht nach Absatz 1 beteiligt worden ist. Während die Dienststellenleitung bei mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen nicht ohne Zustimmung der Mitarbeitervertretung (oder Zustimmungsersetzung durch die Schlichtungsstelle) handeln kann, ist die Dienststellenleitung bei mitberaterpflichtigen Maßnahmen nur für die Dauer des Beteiligungsverfahrens an der Durchführung der Maßnahme gehindert (zutr. Baumann-Czichon/Germer, a.a.O., § 45 Rn 1). Daraus läßt sich aber ebenfalls ein Unterlassungsanspruch der Mitarbeitervertretung jedenfalls für die Dauer des Beteiligungsverfahrens herleiten. Dieser Anspruch richtet sich auf die Sicherung des Mitberaterrechts.

Von daher betrachtet, hätte die Schlichtungsstelle im vorliegenden Fall die beantragte einstweilige Anordnung – unter Berücksichtigung des bei Antragseingang glaubhaft gemachten Sachverhalts – erlassen können (...).

## 21.

Wird ein Dienststellenteil auf einen anderen Rechtsträger übertragen, handelt es sich um die Einschränkung einer Dienststelle im Sinne von § 46 Buchst. a) MVG.

Ein Mitberatungsrecht der Mitarbeitervertretung setzt auch hier voraus, daß die Einschränkung »erheblich« ist. Als Maßstab gilt insoweit § 17 Abs. 1 KSchG (im Anschluß an BAG, z. B. v. 7. August 1990, AP Nr. 30 zu § 111 BetrVG 1972) (Leitsätze des Gerichts).

§§ 46 Buchst. a) und h), 63 I Buchst. a) und b) KG über Mitarbeitervertretungen in der EKD (Mitarbeitervertretungsgesetz – MVG.EKD) i. d. F. vom 6.11.1996 (ABl. EKD 1997, S. 41); § 111 BetrVG 1972.

VG für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der EKD, Beschluß vom 5.11.1998 – 0124/C16-98 –

Die Antragsgegnerin (Ag.) betreibt eine Vielzahl diakonischer Arbeitsbereiche mit insgesamt ca. 300 Mitarbeitern. Bis Ende 1997 führte sie auch ...beratung durch neun Dienstnehmer durch. Diesen Teil ihrer Aufgaben übertrug sie zum neuen Jahr auf einen anderen Träger. Die Dienstverhältnisse der betroffenen Mitarbeiter gingen mit über. Die Beteiligten streiten darüber, ob der bei der Ag. gewählten Mitarbeitervertretung (Antragstellerin – Ast.) wegen des teilweisen Dienststellenübergangs ein Mitberatungsrecht zustand und ob dieses durch das Vorgehen der Ag. verletzt worden ist. Dazu machte die Ast. geltend, die Ag. habe sie nicht in gehöriger Weise unterrichtet und beteiligt.

Ein entsprechender Antrag der Ast. mit dem Ziel festzustellen, daß die Maßnahme der Übertragung der ...beratungsstelle unwirksam war, wurde von der Schlichtungsstelle zurückgewiesen. Die Beschwerde gegen diese Entscheidung war ebenfalls erfolglos.

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerde ist statthaft nach § 63 Abs. 1 Buchst. a) und b) MVG. Sie ist auch fristgerecht eingelegt und begründet worden und damit insgesamt zulässig. In der Sache konnte sie jedoch keinen Erfolg haben. Die Schlichtungsstelle hat richtig entschieden.

1. Nach § 46 Buchst. a) MVG hat die Mitarbeitervertretung ein Mitberatungsrecht (§ 45) bei der Einschränkung von Dienststellen oder erheblichen Teilen von ihnen. Wird – wie hier – ein Teil einer Dienststelle auf einen anderen (erst neu gegründeten) Rechtsträger übertragen, so handelt es sich ebenfalls um eine Dienststelleneinschränkung (zutr. *Baumann-Czichon/Germer*, MVG.EKD (1997), § 46 Rn 3 m. w. N.). Voraussetzung für ein Mitberatungsrecht ist aber, daß die Einschränkung »erheblich« ist. Das Bundesarbeitsgericht verwendet insoweit (zu dem entsprechenden § 111 Satz 2 BetrVG) die Bestimmung des § 17 KSchG als Maßstab (vgl. nur B. v. 7. August 1990, AP Nr. 30 zu § 111 BetrVG 1972). Danach müssen bei Dienststellen von 60 bis 499 Dienstnehmern entweder 10% der Dienstnehmer oder mehr als 25 betroffen sein (zust. *Baumann-Czichon/Germer*, a. a. O. Rn 4).

Vorliegend waren von der Dienststelleneinschränkung bei 300 Dienstnehmern nur neun Dienstnehmer betroffen. Damit erweist sich die Maßnahme der Ag., wie die Schlichtungsstelle zu Recht ausgeführt hat, als nicht erheblich im Sinne der gesetzlichen Regelung mit der Rechtsfolge, daß ein Mitberatungsrecht entfällt. Ob die Ast., wie sie behauptet, nicht ausreichend informiert und dadurch an einer Mitberatung gehindert worden ist, bleibt bei dieser Rechtslage für die Entscheidung ohne Bedeutung.

2. Nicht zu folgen ist der Argumentation der Ast., die Ag. stelle ein »Unternehmen« dar und die ...beratungsstelle einen »Betrieb« mit der Rechtsfolge, daß die Erheblich-

keitsstaffel des § 17 KSchG, weil betriebsbezogen, allein auf die Beratungsstelle anzuwenden sei, so daß bei neun Dienstnehmern und nun Betroffenen die Erheblichkeit der Maßnahme zu bejahen sei.

Die allgemeinen arbeitsrechtlichen Begriffe »Unternehmen« und »Betrieb« (zu ihnen allgemein *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, BetrVG, 18. Aufl., § 1 Rn 55, 142) sind dem Mitarbeitervertretungsgesetz unbekannt. Dieses spricht von »Dienststellen«, wozu (neben den rechtlich selbständigen Körperschaften, Anstalten, Stiftungen und Werken) die »Einrichtungen« der Diakonie gehören (§ 3 Abs. 1 MVG). Als »Dienststellen« gelten auch »Dienststellenteile«, die durch Aufgabenbereich und Organisation eigenständig oder räumlich weit entfernt vom Sitz des Rechtsträgers sind, jedoch nur dann, wenn bei ihnen die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 vorliegen, wenn die Mehrheit ihrer wahlberechtigten Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen dies in geheimer Abstimmung beschließt und wenn darüber Einvernehmen mit der Dienststellenleitung herbeigeführt wird (§ 3 Abs. 2 Satz 1 MVG). Daß die ...beratungsstelle in diesem Sinne ein »Dienststellenteil« sei, dafür haben die Beteiligten nichts vorgetragen, es ist auch sonst nicht ersichtlich.

Eine besondere Bedeutung ist der Beratungsstelle auch nicht deswegen zuzuerkennen, weil sie eine eigenständige Abteilung mit herausragender Bedeutung sei. Es ist nicht einzusehen, daß der ...beratung eine größere Bedeutung beizumessen wäre als den übrigen Aufgaben der Ag. ...

3. Schließlich liegt bei der Ausgliederung der ...beratungsstelle auch keine »dauerhafte Vergabe von Arbeitsbereichen an Dritte, die bisher von Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen der Dienststelle wahrgenommen werden« vor (§ 46 Buchst. h) MVG). Voraussetzung hierfür ist, daß bestimmte Aufgaben, die bisher in der Dienststelle erledigt wurden, auch weiterhin in der Dienststelle wahrgenommen werden, aber von außenstehenden, also einrichtungsfremden Arbeitnehmern erfüllt werden. Das ist hier nicht der Fall. Der Aufgabenbereich ...beratung wird eben nicht mehr als Aufgabe der Dienststelle erledigt, sondern ist von einem anderen Dienstgeber übernommen worden. Daher liegt ein Fall des § 46 Buchst. a) MVG vor (vgl. die zutr. Unterscheidung von *Leser/Fey/Rehren* in: *Fey/Rehren* (Hrsg.) MVG.EKD, Stand Juli 1997, § 46 Rn 39).

## 22.

*Eine der eingeschränkten Mitbestimmung der Mitarbeitervertretung unterliegende Einstellung im Sinne von § 42 Buchst. a) MVG.EKD kann auch vorliegen, wenn zwar eine unmittelbare Bindung zwischen Dienstnehmer und Dienstgeber nicht begründet worden ist, der Dienstnehmer (Arbeitnehmer) der Fremdfirma aber derart in die Dienststelle (in den Betrieb) eingegliedert ist, daß er zusammen mit anderen Dienstnehmern der Dienststelle (des Betriebes) eine weisungsgebundene Tätigkeit zu verrichten hat, die der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks der Dienststelle (des Betriebes) dient und vom Dienstgeber organisiert werden muß (im Anschluß an die ständige Rechtsprechung des BAG) (Leitsatz des Gerichts).*

§§ 2, 33 III, 38 I, 42, 44, 46, 60 III, 63 I KG über Mitarbeitervertretungen in der EKD (Mitarbeitervertretungsgesetz – MVG.EKD) i. d. F. vom 6.11.1996 (ABl. EKD 1997, S. 41).

VG für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der EKD, Beschluß vom 11.9.1997 – 0124/B11-97 –

Die Antragsgegnerin (Ag.) ist Trägerin einer Kuranstalt, die Antragstellerin (Ast.) die dort gewählte Mitarbeitervertretung. In der Zeit von April bis September 1996 wurden ohne Beteiligung der Ast. zwei betriebsfremde Personen für die Einrichtung tätig. Es handelte sich um Angestellte eines von der Ehefrau des Einrichtungsleiters betriebenen Vermietungsservices. Der Einrichtungsleiter der Ag. war selbst Geschäftsführer dieses Unternehmens. Die Ast. rief die Schieds- und Schlichtungsstelle an mit dem Antrag festzustellen, daß die Vergabe von Arbeiten an Dritte die vorher von eigenem Personal der Einrichtung durchgeführt wurden, der Mitbestimmung der Mitarbeitervertretung unterliegt. Die Ag. machte dagegen geltend, die betriebsfremden Personen hätten leihweise in der Einrichtung gearbeitet und seien ausschließlich zur Entlastung des Einrichtungsleiters tätig geworden, indem sie Arbeiten durchgeführt hätten, die er vorher erledigt habe.

Die Schlichtungsstelle hat dem Antrag der Ast. im wesentlichen stattgegeben. Die dagegen eingelegte Beschwerde der Ag. war erfolglos.

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerde der Ag. ist statthaft (§ 63 Abs. 1 Buchst. a) MVG.EKD), sie ist auch frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden und damit insgesamt zulässig. In der Sache konnte sie jedoch keinen Erfolg haben, weil eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts der Ast. vorliegt.

1. Die Schieds- und Schlichtungsstelle hat das rechtliche Interesse der Ast. an der begehrten Feststellung zutreffend bejaht. Das rechtliche Interesse folgt daraus, daß im Zeitpunkt der Antragstellung eine Wiederholung des Vorgehens der Ag. zu erwarten war. Die Mitarbeitervertretung kann einen allgemeinen Antrag auf Feststellung ihres Mitbestimmungsrechts stellen, wenn sie eine Klärung für künftig zu erwartende vergleichbare Fälle erstrebt (im Anschl. an BAG, B. v. 30. August 1994 – 1 ABR 3/94 – AP Nr. 6 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung, zu I der Gründe; st. Rechtspr. des BAG). Daß die Erwartung künftiger Wiederholung berechtigt war, wird bestätigt durch die Tatsache, daß die Ag. im Zeitpunkt der mündlichen Anhörung der Beteiligten in der Einrichtung ebenfalls zwei betriebsfremde Personen in der gleichen Weise für sich arbeiten ließ wie in der streitbefangenen Zeit von April bis September 1996.

Die Schieds- und Schlichtungsstelle hat den Sachverhalt als Vergabe von Arbeiten an Dritte im Sinne des § 46 Buchst. h) MVG.EKD gewürdigt mit der Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Maßnahme nach § 60 Abs. 3 Satz 2 MVG.EKD (Verletzung eines Mitberatungsrechts). Die Kammer kommt ebenfalls zu dem Ergebnis der Unwirksamkeit der Maßnahme, allerdings nach § 38 Abs. 1 Satz 2 MVG.EKD (Verletzung eines Mitbestimmungsrechts). Das zeigen die folgenden Überlegungen:

2. Hervorzuheben ist zunächst, daß die Kammer ihrer Rechtsfindung das Vorbringen der Ag. in ihren Schriftsätzen vom ... und vom ... 1997 zugrunde gelegt hat. Danach ergibt sich, daß in der Einrichtung X in der Zeit von April bis September 1996 leihweise zwei Personen beschäftigt worden sind, die zur Entlastung des Einrichtungsleiters Arbeiten ausgeführt haben, die sonst zu dessen Aufgabenbereich gehörten: telefonische Beratung, Terminieren von Basisuren und Versenden der entsprechenden Post.

3. Dieser Sachverhalt ist als der eingeschränkten Mitbestimmung der Mitarbeitervertretung unterliegende Einstellung im Sinne von § 42 Buchst. a) MVG.EKD zu werten.

Eine Einstellung liegt nämlich nicht nur dann vor, wenn eine unmittelbare vertragliche Bindung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber begründet worden ist, sie ist vielmehr – wie besonders bei Leiharbeitsverhältnissen – auch dann zu bejahen, wenn der Arbeitnehmer der Fremdfirma in den Betrieb derart eingegliedert ist, daß er zusammen mit bereits im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern eine Tätigkeit zu verrichten hat, die weisungsgebunden ist, der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebes dient und vom Arbeitgeber des Betriebes organisiert werden muß (BAG ständig, vgl. nur B. v. 30. August 1994 – 1 ABR 3/94 – AP Nr. 6 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung, zu II 1 der Gründe, mit zahlreichen weiteren Nachweisen; B. v. 18. Oktober 1994 – 1 ABR 9/94 – AP Nr. 5 zu § 99 a. a. O., zu I 1, 2 der Gründe, ebenf. m. w. N.).

Die beiden betriebsfremden Arbeitnehmer haben in der Zeit von April bis September 1996 Arbeiten aus dem Aufgabenkreis des Einrichtungsleiters verrichtet. Diese Tätigkeiten dienten jedoch allein dem Zweck des Betriebes der Ag. Das gilt nicht nur für die Arbeiten, die außer dem Leiter ebensogut von einem anderen Arbeitnehmer hätten erledigt werden können, sondern auch für die Arbeiten, für deren Erledigung die besonderen Kenntnisse und Erfahrungen eines Einrichtungsleiters erforderlich sind. Denn um eine Kuranstalt ordnungsgemäß führen zu können, muß auch eine Leitungsfunktion wahrgenommen werden.

Die fremden Arbeitnehmer waren ferner weisungsgebunden. Sie erhielten ihre Weisungen vom Einrichtungsleiter. Daß dieser gleichzeitig Geschäftsführer des Vermietungsservice, also des vertraglichen Arbeitgebers der beiden fremden Arbeitnehmer, war, ist ohne Bedeutung. Die erforderlichen inhaltlich-sachlichen Weisungen konnte nur der Einrichtungsleiter in dieser seiner Eigenschaft erteilen, nicht aber als Geschäftsführer des Vermietungsservice. Ein Geschäftsführer dieses Unternehmens, der nicht gleichzeitig Leiter der Kureinrichtung ist, könnte überhaupt keine Weisungen für die hier in Rede stehenden Arbeiten geben, weil ihm dafür die besonderen Kenntnisse und Erfahrungen fehlten. Man kann sich einen Geschäftsführer des Vermietungsservice ohne weiteres hinwegdenken, ohne daß dies die geringsten Auswirkungen auf die vom Einrichtungsleiter der Ag. angewiesenen und beaufsichtigten Arbeiten der betriebsfremden Arbeitnehmer gehabt hätte. Daraus folgt, daß es im vorliegenden Fall für die inhaltlich-sachliche Weisungsbefugnis allein auf die Person des Einrichtungsleiters der Ag. ankommt und daß dessen formale Eigenschaft als Geschäftsführer des Vermietungsservice außer Betracht bleiben kann.

Die Tätigkeitsbereiche des Einrichtungsleiters, die den beiden betriebsfremden Personen übertragen waren, waren auch nicht aus dem Betriebsgeschehen der Kuranstalt in der Weise ausgegliedert, daß sie für sich eine selbständige betriebliche Einheit mit eigenem arbeitstechnischen Zweck hätten bilden können. Aufgabenbereich und Verantwortung des Einrichtungsleiters kann man vorliegend nicht so aufspalten, daß der eine Teil von einem Angestellten in leitender Funktion wahrgenommen und der andere Teil von einem selbständigen Betrieb mit eigener Organisation und Weisungsbefugnis gegenüber eigenen Arbeitnehmern ausgeführt würde.

Es ging bei der Beschäftigung der fremden Arbeitnehmer weiter nicht um eine Personalangelegenheit des Einrichtungsleiters, die nach § 44 MVG.EKD der Beteiligung der Mitarbeitervertretung entzogen ist. Was unter Personalangelegenheiten zu verstehen ist, zeigen die §§ 42, 43 MVG.EKD. Hier handelte es sich aber nicht um Fragen der Einstellung, Eingruppierung, Kündigung usw. aus dem

Rechtsverhältnis zwischen dem Einrichtungsleiter (als Angestellten) und der Ag. (als Arbeitgeberin), sondern um die Ausführung betrieblicher Arbeiten durch betriebsfremde Personen, die der Weisung des Einrichtungsleiters unterstanden.

4. Die Ag. kann sich auch nicht darauf berufen, daß die Ast. die Schlichtungsstelle zu früh anrufen habe. Dem Hinweis auf § 33 Abs. 3 MVG.EKD, wonach in strittigen Fragen eine Einigung durch Aussprache anzustreben ist, andere Stellen erst angerufen werden dürfen, wenn die Bemühungen um eine Einigung gescheitert sind und das

Scheitern schriftlich erklärt sein muß, ist entgegenzuhalten, daß der Einrichtungsleiter die Anfrage der Ast. vom ... 1996, welche Tätigkeiten hier von wem verrichtet würden, noch am gleichen Tage dahin beantwortet hat, es handele sich um Tätigkeiten, die nicht dem Einflußbereich der Mitarbeitervertretung unterlägen. Bei dieser schroff abweisenden Entgegnung, die nichts zur Unterrichtung der Ast. beitragen konnte, war dieser nicht zuzumuten, weitere Versuche zur Unterrichtung und Erörterung zu unternehmen. Sie konnte sich nunmehr, wie geschehen, an die Schlichtungsstelle wenden.

## Kirchliches Vermögens- und Finanzrecht

23.

### Gesamtzueweisung an Kirchenkreise

1. *Fremdenverkehr ist eine besondere Erschwernis i. S. v. § 6 StPIVO der Ev.-luth. Landeskirche Hannovers, wenn er als »überaus stark« bezeichnet werden kann. Dafür ist die Relation der Zahl der Gäste und Übernachtungen zur Zahl der ständigen Einwohner des betreffenden Planungsbereiches maßgeblich.*

2. *Das Gebot, Planungsbereiche möglichst gleich und gerecht auszustatten, wird nicht schon dadurch verletzt, daß die Stellenplanungsverordnung nicht für jede Erschwernis einen zusätzlichen Planungsbetrag zur Verfügung stellt, sondern davon ausgeht, daß jeder Planungsbereich einzelne Probleme zunächst selbst durch (Um-) Verteilung der ihm allgemein zugewiesenen finanziellen Mittel lösen muß und deshalb erst dann eine zusätzliche Zuweisung benötigt, wenn die eigenen Möglichkeiten überschritten sind (Leitsätze der Redaktion).*

§ 3 I, IV KG über die Ausstattung der kirchl. Körperschaften mit Stellen vom 12.12.1994 (KABl. Hannover S. 186) (StellenplanungsG - StPIG); §§ 2 Nr. 6, 6, 7 II RVO zur Ausf. d. StellenplanungsG (KABl. Hannover S. 189) (StellenplanungsVO - StPIVO).

Rechtshof der Konföderation ev. Kirchen in Niedersachsen, Urteil vom 13.8.1998 - KonfR 29/96 - (rechtskräftig)

Der klagende Kirchenkreis X (Kläger - Kl.) beanspruchte im Hinblick auf die Festsetzung der Obergrenze für seinen Planungsbereich einen zusätzlichen Planungsbetrag wegen besonderer Erschwernisse gem. § 6 StPIVO. Er machte geltend, daß bei ihm Erschwernisse durch überaus starken Fremdenverkehr, geographische und siedlungsstrukturelle Besonderheiten i. S. v. § 2 Nr. 6 StPIVO vorlägen. Zu seinem Planungsbereich gehöre nämlich die Insel Y, die einen überaus starken Fremdenverkehr aufweise. In der Festsetzung der Obergrenze zur Bemessung der Gesamtausstattung für den Planungsbereich X durch das Landeskirchenamt der beklagten Landeskirche (Beklagte - Bekl.) war ein Betrag für besondere Erschwernisse nicht enthalten. Gegen die Nichtberücksichtigung legte der Kl. erfolglos Einspruch ein. Auch die Klage hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Klage ist unbegründet. Zu Recht hat das Landeskirchenamt der Bekl. keinen Betrag für besondere

Erschwernisse bei der - im übrigen vom Kl. nicht angefochtenen - Festsetzung der Obergrenze für die Gesamtausstattung des Planungsbereichs des Kl. angesetzt.

1. Das Stellenplanungsrecht der beklagten Landeskirche ist im StPIG und in der StPIVO geregelt. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 StPIG ist für jeden Planungsbereich eine Obergrenze für seine Gesamtausstattung mit Stellen zu ermitteln. Satz 2 der Vorschrift bestimmt weiter, daß diese Obergrenze nach Merkmalen zu bemessen ist, die unter anderem auch die »besonderen Erschwernisse« des Planungsbereichs berücksichtigen. Gemäß § 3 Abs. 4 StPIG wird das Nähere durch Rechtsverordnung geregelt. Dies ist durch die Stellenplanungsverordnung geschehen. § 2 Nr. 6 StPIVO definiert die »besonderen Erschwernisse« als »Erschwernisse, insbesondere durch überaus starken Fremdenverkehr, geographische und siedlungsstrukturelle Besonderheiten«. Gemäß § 6 StPIVO erhalten Planungsbereiche mit besonderen Erschwernissen (§ 2 Nr. 6) einen zusätzlichen Planungsbetrag »nach Abschnitt G der Anlage«. Im Abschnitt G der Anlage zur Stellenplanungsverordnung wird der Planungsbereich X nicht genannt.

Aus diesen Vorschriften ergibt sich, daß der Kl. keinen Anspruch auf einen zusätzlichen Planungsbetrag »für besondere Erschwernisse« hat. Als Rechtsgrundlage für ihn kommt nämlich lediglich § 6 StPIVO in Verbindung mit Abschnitt G der Anlage in Betracht. Die Formulierung, Planungsbereiche mit besonderen Erschwernissen erhalten einen zusätzlichen Planungsbetrag »nach Abschnitt G der Anlage«, bedeutet, daß sie ihn nur nach Maßgabe von Abschnitt G der Anlage erhalten können. Da der Planungsbereich X im Abschnitt G aber nicht genannt wird, kann er nach dem Willen des Verordnungsgebers auch keinen zusätzlichen Planungsbetrag erhalten.

Aus § 3 StPIG allein oder in Verbindung mit § 2 Nr. 6 StPIVO läßt sich ein Rechtsanspruch des Kl. nicht herleiten. § 3 Abs. 1 Satz 2 StPIG sagt nur, daß die »besonderen Erschwernisse« eines Planungsbereichs bei der Bemessung der Obergrenze zu berücksichtigen sind. Mit ihm wird lediglich ein Grundsatz formuliert, jedoch weder gesagt, wann »besondere Erschwernisse« vorliegen, noch, in welcher Weise sie berücksichtigt werden müssen; vielmehr bleibt die Regelung beider Fragen gemäß § 3 Abs. 4 StPIG der Stellenplanungsverordnung vorbehalten. Dort ist diese Regelung aber nicht etwa schon in § 2 Nr. 6 StPIVO zu finden. § 2 StPIVO legt die »Merkmale« der bei der Bemessung der Obergrenze zu berücksichtigenden »besonderen Erschwernisse« fest und beginnt damit zwar mit der Umsetzung des Programms

des § 3 Abs. 1 Satz 2 StPIG; wann die Merkmale vorliegen und in welcher Weise sie bei der Bemessung der Obergrenze zu berücksichtigen sind, ergibt sich aber regelmäßig erst aus den folgenden Paragraphen der Stellenplanungsverordnung einschließlich der jeweils in Bezug genommenen Abschnitte der Anlage zu der Verordnung. Das gilt gerade auch für die »besonderen Erschwernisse« im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 2 StPIG. Sie werden durch § 2 Nr. 6 StPIVO nur wenig konkretisiert; sie liegen bei Erschwernissen vor, die »insbesondere« auf »überaus starkem Fremdenverkehr« oder auf »geographischen« oder »siedlungsstrukturellen Besonderheiten« beruhen. Auch diese unbestimmten Rechtsbegriffe bedürfen weiterer Konkretisierung. Vor allem aber ist zusätzlich eine normative Regelung notwendig, aus der sich die Höhe des zusätzlichen Planungsbetrags ergibt. Diese findet sich in § 6 StPIVO in Verbindung mit Abschnitt G der Anlage.

Dem Kläger ist auch nicht darin zu folgen, § 6 StPIVO sei sinngemäß so lesen, daß »(alle) Planungsbereiche mit besonderen Erschwernissen einen zusätzlichen Planungsbetrag erhalten«. Eine derartige Vorschrift wäre wegen ihrer Unbestimmtheit bedenklich. Selbst wenn sich im Wege der Auslegung ermitteln ließe, wann »besondere Erschwernisse« im Sinne von § 2 Nr. 6 StPIVO anzunehmen sind, fehlte es doch an jeglichem Anhalt für die Bestimmung der Höhe des Planungsbetrags. Tatsächlich ist die Vorschrift anders abgefaßt. Indem sie sich auf die Anlage G bezieht, stellt sie einerseits im Wege einer normativen Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe fest, in welchen Planbereichen »besondere Erschwernisse« vorliegen (und in welchen Planbereichen sie nicht vorliegen), und regelt andererseits die Höhe des zusätzlichen Planungsbetrags.

Daraus folgt schließlich, daß das Landeskirchenamt bei der von ihm gemäß § 7 Abs. 2 StPIVO vorzunehmenden Feststellung der Obergrenze auch kein Ermessen hinsichtlich des zusätzlichen Planungsbetrages nach § 6 StPIVO hat. Da § 6 StPIVO in Verbindung mit Abschnitt G der Anlage die Frage, welcher Planungsbereich einen Zuschlag für Erschwernisse erhält, beantwortet und gegebenenfalls auch die Höhe des Zuschlags im einzelnen regelt, ist für eine Ermessensbetätigung kein Raum. Soweit der Kl. meint, die Stellenplanungsverordnung werde durch den Abschnitt G ihrer Anlage schon verwaltungsmäßig umgesetzt, so daß das Landeskirchenamt Ergänzungen im Abschnitt G vornehmen könnte, verkennt er nicht nur, daß die Anlage formal Bestandteil der Rechtsverordnung ist. Vielmehr übersieht er auch, daß zwar die Berechnung und Feststellung der Obergrenze allein Aufgabe des Landeskirchenamtes ist (§ 7 Abs. 2 Satz 1 StPIVO), daß aber der Erlaß der Stellenplanungsverordnung einschließlich ihrer Anlagen der Zustimmung des Landessynodalausschusses bedurfte und damit auch materiell nicht nur von den Vorstellungen des Landeskirchenamtes abhängt.

2. Die Klage kann auch nicht deshalb Erfolg haben, weil § 6 StPIVO in Verbindung mit Abschnitt G der Anlage zur Stellenplanungsverordnung nach Auffassung des Kl. zumindest insoweit unwirksam ist, als er für den klagenden Kirchenkreis keine Zuschläge für besondere Erschwernisse im Sinne von § 2 Nr. 6 StPIVO vorsieht. Die fehlende Berücksichtigung des Planungsbereichs des Kl. im Abschnitt G verstößt nicht gegen höherrangiges Recht.

a. Mit dem übrigen Stellenplanungsrecht der beklagten Landeskirche ist die streitige Regelung vereinbar:

Zu Unrecht beruft sich der Kl. auf § 2 Nr. 6 StPIVO und meint, wenn besondere Erschwernisse im Sinne dieser Vorschrift vorlägen, müsse unabhängig von der Regelung des § 6 StPIVO in Verbindung mit Abschnitt G ein besonderer

Planungsbetrag gewährt werden. Das ist schon deshalb nicht richtig, weil Prüfungsmaßstab für die Gültigkeit von § 6 StPIVO in Verbindung mit Abschnitt G der Anlage nicht eine andere Norm der Stellenplanungsverordnung sein kann. Denn § 2 Nr. 6 StPIVO steht auf keiner höheren Ebene als § 6 StPIVO und Abschnitt G; vielmehr handelt es sich bei diesen Vorschriften um gleichrangige Normen (einer Rechtsverordnung).

Die Unwirksamkeit des § 6 StPIVO mit Abschnitt G könnte nur auf seiner Unvereinbarkeit mit dem höherrangigen Recht des Stellenplanungsgesetzes beruhen. In Betracht kommt allein § 3 Abs. 1 Satz 2 StPIG, nach dem »die besonderen Erschwernisse des Planungsbereichs« zu berücksichtigen sind. Was darunter zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber selbst jedoch nicht ausgeführt, sondern dem Verordnungsgeber zur näheren Regelung überlassen (§ 3 Abs. 4 StPIG). Damit hat er dem Verordnungsgeber einen Spielraum bei der Rechtssetzung eingeräumt. Erst der Verordnungsgeber mußte entscheiden, wann im Regelfall »besondere Erschwernisse« anzunehmen sind; er durfte entscheiden, daß sie insbesondere bei überaus starkem Fremdenverkehr, bei geographischen und bei siedlungsstrukturellen Besonderheiten vorliegen können. Und er war schließlich auch ermächtigt, diese allgemeine Festlegung für den Planungsbereich des Klägers normausfüllend im Abschnitt G der Anlage zu konkretisieren. Ein Verstoß gegen die Vorgabe des § 3 Abs. 1 Satz 2 StPIG durch die Nichtberücksichtigung des Planungsbereichs X in der Stellenplanungsverordnung ist daher nicht feststellbar. Aus dem Stellenplanungsgesetz ergibt sich kein Anspruch des Kl., wegen der besonderen Verhältnisse auf Y mit einem zusätzlichen Planungsbetrag bedacht zu werden.

b. Spezielle höherrangige Normen außerhalb des Stellenplanungsgesetzes, an denen die Gültigkeit der Regelung gemessen werden könnte, nach der der klagende Kirchenkreis bei der Vergabe des zusätzlichen Planungsbetrags nicht zu berücksichtigen ist, sind nicht ersichtlich. Deshalb kann nur noch geprüft werden, ob die Stellenplanungsverordnung möglicherweise in sich selbst so unausgewogen ist, daß sie mit dem auch im Kirchenrecht geltenden Gleichheitssatz nicht mehr vereinbart werden kann. Auf der Grundlage des Vortrags des Kl. könnte dies anzunehmen sein, wenn sie bestimmten Planungsbereichen durch Aufnahme in die Liste der Anlage G einen zusätzlichen Planungsbetrag zuerkennen, andere Planungsbereiche jedoch davon ausnehmen würde, obwohl sie im gleichen Maße förderungswürdig sind. Auch einen derartigen Rechtsmangel vermag der Senat jedoch nicht zu erkennen.

Vorab ist darauf hinzuweisen, daß eine Rechtsnorm nur dann nicht mit dem Gleichheitssatz unvereinbar ist, wenn es schlechterdings keinen Grund für eine Ungleichbehandlung gibt, wenn sich die Regelung also als willkürlich erweist. Im übrigen gehört ein nur durch den Zweck des Gesetzes begrenzter Spielraum des Verordnungsgebers gerade zum Sinn der Ermächtigung, etwas durch eine Rechtsverordnung regeln zu dürfen. Der Spielraum des Verordnungsgebers ist grundsätzlich weiter als derjenige, der der Verwaltung bei der Ausübung des ihr eingeräumten Ermessens zusteht. Für die Verwaltungsgerichte folgt daraus, daß sie sich bei der rechtlichen Überprüfung einer Rechtsverordnung noch stärker zurückhalten müssen als bei der Kontrolle einer Ermessensentscheidung. Schon für die Ermessensausübung im Rahmen des Stellenplanungsrechtes hat der Rechtshof dem Landeskirchenamt jedoch einen weiten Spielraum zugestanden und sich mit einer nachvollziehbaren Erläuterung zufriedengegeben (vgl. Rechtshof, Urteil vom 11. November 1993 – KonFR 10/92 – ZevKR 1997, 78 – zur StPIVO vom 14.12.1985, die noch keine dem Abschnitt G der Anlage ent-

sprechende Regelung enthielt, sondern eine Ermessensentscheidung des Landeskirchenamtes im Einzelfall verlangte). Erst recht muß dies für die Rechtskontrolle der Stellenplanungsverordnung selbst gelten.

Die Bekl. hat ausgeführt, für die Aufstellung der Liste des Abschnitts G seien folgende Gesichtspunkte maßgeblich gewesen:

Ein zusätzlicher Planungsbetrag aus Gründen des Fremdenverkehrs werde nicht schon gewährt, wenn der Fremdenverkehr stark sei.

Vielmehr müsse er »überaus stark« sein, und zwar im Sinne der Relation der Zahl der Gäste und Übernachtungen zur Zahl der ständigen Einwohner des gesamten Planungsbereichs. Unter diesem Gesichtspunkt habe die Insel Y einen – relativ – geringeren Fremdenverkehr als die anderen ... Inseln. Bezogen auf die Einwohnerzahlen der Planbereiche sei der Fremdenverkehr auch in den Kirchenkreisen ... erheblich größer als im Kirchenkreis X. Ferner komme es auf die Verhältnisse im gesamten Planungsbereich an. Während der Fremdenverkehr im Kirchenkreis X ganz überwiegend auf eine einzige Insel – Y – konzentriert sei, verteile er sich in den Kirchenkreisen ... nicht nur auf mehrere Inseln, sondern auch stärker auf das Festland. Schließlich gebe es auf Y – im Gegensatz zu den anderen Inseln – eine evangelisch-reformierte Kirchengemeinde, die ebenfalls Feriengäste betreue.

Auf der Grundlage dieser in tatsächlicher Hinsicht im wesentlichen unstrittigen Verhältnisse läßt sich nicht feststellen, daß es vom rechtlichen Ausgangspunkt des Verordnungsgebers her geboten war, auch den klagenden Kirchenkreis wegen »überaus starken Fremdenverkehrs« zu berücksichtigen; denn die Erschwernisse wegen des Fremdenverkehrs sind beim Kl. jedenfalls geringer als bei den anderen Kirchenkreisen mit starkem Fremdenverkehr.

Ob sich dieselbe Feststellung auch hinsichtlich der Erschwernisse wegen geographischer Besonderheiten treffen läßt, ist dagegen zwar zweifelhaft. Der Kl. macht geltend, daß auf Y zahlreiche Gottesdienste für Urlauber von auswärtigen Pastoren gehalten würden, die wegen des langen Anreiseweges häufig schon am Vortage anreisen müßten. Die Frage kann jedoch offen bleiben. Denn nach dem Vorbringen der Bekl. geht die Liste des Abschnitts G davon aus, daß Erschwernisse, die nur in einer einzigen Kirchengemeinde eines Planungsbereichs auftreten, von diesem noch mit eigenen Mitteln bewältigt werden müßten. Erst wenn sich in mehreren Gemeinden gleichartige Probleme ergäben, habe der Verordnungsgeber »besondere Erschwernisse« angenommen. Bei den beiden anderen ... Kirchenkreisen seien »geographische Besonderheiten« angenommen worden, weil zwei oder gar drei Inselgemeinden zu versorgen seien. In gleicher Weise sei die Diasporasituation in einigen anderen Kirchenkreisen gewertet worden.

Auch diese Erwägungen sind rechtlich nicht zu beanstanden. Das Gebot, die Planungsbereiche möglichst gleich und gerecht auszustatten, wird nicht schon dadurch verletzt, daß die Stellenplanungsverordnung nicht für jede Erschwernis einen zusätzlichen Planungsbetrag zur Verfügung stellt, sondern davon ausgeht, daß jeder Planungsbereich einzelne Probleme zunächst selbst durch (Um-)Verteilung der ihm allgemein zugewiesenen finanziellen Mittel lösen kann (und muß) und deshalb erst dann eine zusätzliche Zuweisung benötigt, wenn die eigenen Möglichkeiten überschritten sind. Dabei ist nicht zweifelhaft, daß die Stellenplanungsverordnung die Zuteilung des zusätzlichen Planungsbetrages nach § 6 StPVO auch in anderer Weise vornehmen könnte, ohne gegen das Willkürverbot zu verstoßen. Gegen eine willkürliche Differenzierung spricht hier letztlich auch,

daß die Gesamtzuweisung pro Kirchenmitglied beim klagenden Kirchenkreis immer noch geringfügig höher liegt als bei den beiden anderen ... Kirchenkreisen, nachdem diesen ein zusätzlicher Planungsbetrag zugebilligt worden ist ...

Nach allem ist ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz durch eine willkürliche Nichtberücksichtigung des Planungsbereichs X im Abschnitt G der Anlage zur Stellenplanungsverordnung nicht feststellbar.

## 24.

## Finanzielle Förderung

1. Subventionen können nicht auf Dauer gestellt werden, sondern stehen unter dem Vorbehalt des Gleichbleibens der Verhältnisse.

2. Aus fortlaufenden Zahlungen auf Subventionsbasis ist kein Gewohnheitsrecht abzuleiten.

3. Bei Feststellungsanträgen über zukünftige Rechtsverhältnisse müssen Konkretisierungen nachgewiesen werden (Leitsätze des Mittelenden).

Art. 2 II S. 2, 7 II Buchst. e), 34 I Buchst. e), 52 I Buchst. a), 61 II, III Ordnung der Ev. Kirche von Hessen und Nassau (Kirchenordnung – KO) i. d. F. vom 21.4.1966 (KABl. 1966, S. 89); § 1 V KG über die Kirchenverwaltung (Kirchenverwaltungsgesetz – KVG) i. d. F. vom 3.11.1977 (KABl. 1979, S. 119); §§ 21 II, 35 I KG über die Vermögensverwaltung und das Haushalts-, Kosten- und Rechnungswesen der Ev. Kirche in Hessen und Nassau (Kirchliche Haushaltsordnung – KHO) i. d. F. vom 4.6.1977 (KABl. 1977, S. 116); §§ 3 I Nr. 3, 6 Nr. 3, 18 II, 31, 36, 38 KG über das Kirchliche Verfassungs- und Verwaltungsgericht (KVVG) i. d. F. vom 1.8.1979; § 38 III VwVfG; § 92, 162 III VwGO.

2. Kammer des Kirchlichen Verfassungs- und Verwaltungsgerichts der Ev. Kirche in Hessen und Nassau, Urteil vom 13.6.1997 – II 3/95 –

Mitgeteilt von OKR Dr. Grundwald

Der Kläger (Kl.) ist ein evangelischer Stadtverband e. V. Seit 1962 finanzierte er sich zunächst im wesentlichen durch die Förderung der Ev. Kirche in Hessen und Nassau (Beklagte – Bekl.). Daneben erhielt er eine Zuwendung vom Evangelischen Regionalverband (Beigeladener – Beigel.). Im Jahre 1970 stellte die Bekl. der Beigel. Mittel in Höhe des bisherigen Zuschusses mit der Auflage zur Verfügung, diese an den Kl. weiterzuleiten. Nachdem der Kl. 1972 und 1973 letztmalig Zuschüsse von der Bekl. erhalten hatte, erfolgte ab 1974 die Förderung allein durch die Beigel. Die Zuschußsumme steigerte sich in den folgenden 15 Jahren von DM ... auf das Doppelte. Die Beigel. finanzierte sich zunächst durch pauschale Zuweisungen, seit 1988 durch Regel-, Sonder- und Einzelzuweisungen der Bekl. Für den Kl. war als Posten in den Ergänzungszuweisungen bis zum Jahre 1992 ein Zuschuß von DM ... vorgesehen. Aufgrund einer Vereinbarung zwischen der Bekl. und dem Beigel. vom ... 1991 wurde dem Beigel. für den Kl. eine Zuweisung von DM ... gewährt sowie weiterhin festgelegt, die Ergänzungszuweisungen für alle geförderten Einrichtungen in jährlichen Schritten um insgesamt gut 28 % der Gesamtzuschüsse zu kürzen. Der Beigel. beschloß daraufhin 1992, Zuschüsse an Dritte bis 1997 stufenweise um 28 % zu kürzen. Gegen den Beschluß legte der Kl. am ... 1992 Einspruch ein, den die Bekl. zurückwies, ebenso die gegen die Zurückweisung gerichtete Beschwerde. Am ... 1995 erhob der Kl. vor dem Kirchlichen Verfassungs- und Verwaltungsgericht Klage und beantragte zu 1., die Zuschüsse in bis-

heriger Höhe weiter zu gewähren sowie zu 2. festzustellen, daß die Bekl. zur finanziellen Förderung des Kl. verpflichtet sei. Die Klage hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Klage ist hinsichtlich des mit dem Antrag zu 1. geltend gemachten Verpflichtungsbegehrens zulässig.

Der Kl. ist als kirchlicher Verband gemäß § 6 Nr. 3 KVVG beteiligtenfähig. Hierfür kommt es nicht entscheidend auf seine Rechtsfähigkeit nach staatlichem Recht an, so daß das Gericht auf die hiergegen von dem Beigel. erhobenen Bedenken nicht einzugehen braucht.

Von den nach dem kirchlichen Recht vorgesehenen Rechtsbehelfen hat der Kl. vor Klageerhebung erfolglos Gebrauch gemacht (§ 18 Abs. 2 KVVG). ...

Die sonach als Verpflichtungsbegehren, gerichtet auf ein aufsichtliches Einschreiten der Kirchenleitung gegen den Regionalverband, zulässige Klage ist nicht begründet. Der mit Bescheid der Kirchenverwaltung vom ... 1995 mitgeteilte Beschluß der Kirchenleitung vom ... 1994 ist nicht rechtswidrig und verletzt den Kl. nicht in seinen Rechten. Die Kirchenleitung ist nicht verpflichtet, gegenüber dem Evangelischen Regionalverband die begehrte Anweisung auszusprechen. Die Beschlußfassung des Beigel. vom ... 1992 ist rechtmäßig und greift nicht in rechtlich geschützte Interessen des Kl. ein. Dem Kl. steht weder ein Anspruch auf Förderung in unverminderter Höhe für die Jahre 1994 bis 1997 zu, noch ist der Anspruch des Kl. auf ermessensfehlerfreie Entscheidung bei der Zuschußbewilligung verletzt.

Ein Anspruch des Kl. auf ungekürzte Zuschußgewährung ergibt sich nicht aus dem Schreiben der Bekl. an den Beigel. vom ... 1970. Es stellt keine Zusicherung gegenüber dem Kl. dar. Ihm kann nicht entnommen werden, daß dem Stadtverband ein einklagbares Recht auf Auskehrung der dem Regionalverband für den Stadtverband überwiesenen Gelder in unverminderter Höhe eingeräumt werden sollte. Zum einen bezieht es sich, was die Höhe der Förderung betrifft, erkennbar nur auf die Haushaltsjahre 1970 und 1971. Zum anderen ist nicht ersichtlich, daß dem Kl. damit subjektive Rechtspositionen hätten eingeräumt werden sollen. Das Schreiben ist nicht an ihn gerichtet. Sein Regelungsgehalt erschöpft sich in der zweckgebundenen Mittelzuweisung für die genannten Haushaltsjahre an den Beigel. Soweit der Kl. in dem Schreiben gebeten wird, »in Zukunft seine finanziellen Forderungen direkt an den Evangelischen Gemeindeverband in X zu richten«, ergibt sich bereits aus der Formulierung, daß damit keine subjektive Rechtsposition auf Förderung in bestimmter Höhe hat begründet werden sollen.

Aber auch ein subjektives Recht des Kl. auf Förderung durch den Beigel. dem Grunde nach wird damit nicht begründet. Es werden dem Kl. nämlich keine Ansprüche eingeräumt. Vielmehr ist nur von dessen Forderungen die Rede. Im übrigen würde selbst eine Zusicherung auf Förderung in gleichbleibender Höhe unter dem Vorbehalt des Gleichbleibens der Verhältnisse gestanden haben (vgl. für das staatliche Verwaltungsrecht § 38 Abs. 3 VwVfG).

Auch aus der Mittelbereitstellung der Gesamtkirche unter Benennung des Kl. folgt kein subjektiver Anspruch auf Auszahlung dieser Beträge. Es kann dabei offen bleiben, ob die Mittel auch für die Jahre 1994 bis 1997 zweckgebunden zur Verfügung gestellt worden sind, oder ob es sich bei der Anführung des Stadtverbandes in Anlage 3 der Finanzierungsvereinbarung von 1985 bzw. Anlage 1 der Regelung vom ...

1991 nur um eine Berechnungsgrundlage für die Ermittlung des Gesamtzuschußbedarfs des Beigel. handelt. Jedenfalls sind dem Beigel. die Mittel für die Streitjahre nur mit der Auflage zur Verfügung gestellt worden, daß die Ausgaben während diesen Zeitraums um gut 28 % gekürzt werden. Daran würde sich auch dann nichts ändern, wenn man dem Vortrag des Kl. folgte und die Beträge für ... (den Stadtverband) lediglich als Durchlaufposten im Haushalt des Beigel. begreifen würde. Es ist nichts dafür ersichtlich, daß gerade diese Summen bei der Zuweisung an den Beigel. von der allgemeinen Mittelkürzung hätten ausgenommen werden sollen. Ausweislich der Vorlage der Finanzabteilung für die Kirchenleitung vom ... 1991 ist im Gegenteil davon auszugehen, daß es allein der Eigenverantwortlichkeit des Regionalverbandes obliegen sollte zu entscheiden, welche Einrichtungen reduziert, anders finanziert oder unter Umständen aufgegeben werden sollen.

Ein Anspruch ergibt sich auch nicht aus der Mittelbereitstellung für den Kl. im Haushaltsplan des Regionalverbandes. Gemäß § 21 Abs. 2 KHO werden durch den Haushaltsplan Ansprüche nicht begründet. Zudem sieht der Haushaltsplan eine Mittelzuweisung nur noch in Höhe der gekürzten Beträge vor.

Auch aus der fortlaufenden Subventionierung des Kl. durch den Regionalverband folgt der geltend gemachte Anspruch nicht. Dem Kl. steht kein Gewohnheitsrecht auf eine unveränderte Unterstützung durch den Regionalverband zu. Dabei kann offen bleiben, ob hier überhaupt die Voraussetzungen für die Bildung von Gewohnheitsrecht gegeben sind oder sein können. Jedenfalls könnte hierdurch ein Anspruch allenfalls unter der Voraussetzung des Gleichbleibens der finanziellen Rahmenbedingungen begründet worden sein. Diese Voraussetzung ist aber angesichts der Mittelkürzungen, von denen der Regionalverband betroffen ist, für die Streitjahre 1994 bis 1997 zweifelsfrei nicht mehr gegeben.

Der Regionalverband hat bei seinem Kürzungsbeschluß auch nicht ermessensfehlerhaft gehandelt. Er hat bei seiner Beschlußfassung die Grenzen des ihm bei der Bewilligung finanzieller Unterstützungsleistungen eingeräumten pflichtgemäßem Ermessen eingehalten.

Grundsätzlich ist es Sache des kirchlichen Haushaltsgesetzgebers, ob und wofür er im Rahmen der durch die Kirchenordnung gezogenen Grenzen Mittel bereitstellt. Gemäß § 35 Abs. 1 KHO dürfen Zuwendungen an Stellen, die nicht zur verfaßten Kirche gehören, nur veranschlagt werden, wenn ein erhebliches Interesse an der Erfüllung des Verwendungszweckes durch solche Stellen gegeben ist, das ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann. Werden wie hier Mittel bereitgestellt, müssen sie allerdings sach- und ermessensgerecht unter Beachtung kirchengesetzlicher Wertentscheidungen sowie etwaiger Richtlinien und des Gleichheitssatzes verteilt und bewilligt werden.

Ausgehend hiervon ist das Kürzungs- und Bewilligungskonzept des Regionalverbandes für die Jahre 1994 bis 1997 nicht zu beanstanden. Der Beigel. hat in der mündlichen Verhandlung die angestellten Überlegungen im einzelnen plausibel und nachvollziehbar dargelegt. Danach sind alle Drittempfänger gleichmäßig von der Verringerung der zur Verfügung stehenden Mittel betroffen. Nur in den Fällen, in denen der Regionalverband Personalkosten zu 100 % direkt übernommen hat, wurden die Kürzungen nicht real, sondern über kw-Vermerke verwirklicht. Dies erachtet die Kammer als sachgerecht, zumal auch bei Zuschußempfängern wie dem Kl., bei dem die Transferleistungen durch den Regionalverband nur einen kleinen Teil der Einnahmen ausmachen, lediglich anteilig gekürzt worden ist.

Der Kl. kann nicht mit Erfolg einwenden, er dürfe nicht als Dritter behandelt werden. Der Einwand geht zum einen deshalb fehl, weil der Regionalverband nicht nur dort, sondern auch bei seinen eigenen Einrichtungen die gleiche Einsparquote verhängt hat. Er ist aber auch darum nicht begründet, weil der Kl. im Verhältnis zu dem Regionalverband tatsächlich Dritter ist. Er stellt nämlich keine eigene Einrichtung des Regionalverbandes dar, sondern ist organisatorisch und rechtlich verselbständigt.

Dabei kommt dem Kl. allerdings insoweit eine besondere Stellung zu, als es sich bei ihm um einen übergemeindlichen Dienst bzw. ein kirchliches Werk handelt. Die von dem Kl. insoweit angeführten Bestimmungen der Kirchenordnung, die hierfür die Unterstützung, Zusammenarbeit und Fürsorge durch Kirchenvorstand, Kirchensynode, Pröpste, Leitendes Geistliches Amt und Kirchenpräsident vorsehen (Artt. 2 Abs. 3 Satz 2, 7 Abs. 2 lit. e, 34 Abs. 1 lit. e, 52 Abs. 1 lit. a und 61 Abs. 2 und 3 KO) beschränken aber das originäre Haushaltsermessen der Regionalversammlung hier nicht. Es kann offen bleiben, ob sich ihnen eine Solidaritätspflicht dergestalt entnehmen läßt, daß in Zeiten knapper Kassen bei der Verteilung kirchlicher Mittel die kirchlichen Dienste, Werke und Einrichtungen nicht vorrangig vor anderen Zuschußempfängern von den Einsparungen betroffen sein dürfen. Selbst wenn man dies bejahen sollte, könnte es der Klage nicht zum Erfolg verhelfen, da der Regionalverband die Mittelkürzungen – wie bereits ausgeführt – gleichmäßig auf alle Bereiche erstreckt hat und eine gezielte Benachteiligung des Stadtverbandes gegenüber anderen Förderbereichen nicht festzustellen ist. Angesichts dessen kann es von Rechts wegen auch nicht beanstandet werden, wenn gleichzeitig neue kirchliche Arbeitsfelder im Bereich der Frauenarbeit von dem Beigel. eröffnet worden sind, da dies mit dem Ziel der Ressourcenkonzentration und vor dem Hintergrund der veränderten Herausforderungen kirchlicher ...arbeit im Großstadtbereich geschehen ist.

Auch der Feststellungsantrag bleibt ohne Erfolg. Der im Wege zulässiger Klageänderung (§§ 38 KVVG, 92 VwGO) erhobene Antrag, die ...arbeit des Kl. in entsprechender Höhe wie in den übrigen Propsteien sicherzustellen, ist nach Auffassung des Gerichts weiterhin in dieser Form anhängig.

...

Letztlich kommt es darauf jedoch nicht an, da der Antrag unzulässig ist. Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 KVVG entscheidet das Gericht auf Antrag über das Bestehen eines kirchlichen Rechtsverhältnisses, wenn der Antragsteller ein berechtigtes Interesse an der alsbaldigen Feststellung hat. Um ein der-

artiges Rechtsverhältnis geht es hier. Der Kl. erstrebt die Feststellung rechtlicher Beziehungen zwischen sich und der Bekl. wie sie von dem BVerwG für das staatliche Recht bei der Frage, ob einer Privatschule staatliche Zuschüsse verweigert werden können (BVerwGE 23, 347), oder bei der Frage, ob die politische Gemeinde die Baulast für bestimmte kirchliche Gebäude zu tragen hat (BVerwGE 38, 76)<sup>1)</sup>, angenommen worden sind.

Allerdings fehlt es dem festzustellenden Rechtsverhältnis hier an der erforderlichen Konkretetheit. Wie im staatlichen Recht kann auch im kirchlichen Verwaltungsprozeß Gegenstand einer Feststellungsklage ein Rechtsverhältnis nur sein, wenn es durch besondere »konkrete« Umstände bereits hinreichend konkretisiert ist. Erforderlich ist das Vorliegen eines bestimmten, bereits überschaubaren Sachverhalts, dessen Rechtsfolgen festgestellt werden sollen (vgl. *Kopp*, VwGO, 10. Aufl. 1994, § 43 RdNr. 17 m. w. N.). Die Konkretetheit von erst künftig fällig werdenden Leistungen setzt dabei voraus, daß diese Leistungen auf Grund eines gegenwärtig bereits unveränderbar feststehenden Sachverhalts zu erbringen sein werden und nur noch die Fälligkeit aufgeschoben ist (*Kopp*, a. a. O., RdNr. 18). Dem zukünftigen Rechtsverhältnis hingegen fehlt die nötige Konkretisierung. Es kann grundsätzlich nicht Gegenstand einer Feststellungsklage sein (*Redeker/von Oertzen*, VwGO, 11. Aufl. 1994, § 43 RdNr. 8).

Danach ist hier ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis nicht gegeben, da es an der erforderlichen Konkretetheit mangelt. Die von dem Kl. erstrebte Feststellung gleicher Förderung wie in den übrigen Propsteibereichen ist überwiegend zukunftsgerichtet. Sie basiert nicht auf einem gegenwärtig bereits unveränderlich feststehenden Sachverhalt. Sie ergibt sich vielmehr jährlich aufs neue entsprechend den finanziellen Möglichkeiten und haushaltspolitischen Festlegungen der Kirchensynode sowie der Regionalversammlung auf der einen und den Arbeitsfeldern des Kl. ... in den übrigen Propsteibereichen auf der anderen Seite. Es sind zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts weder die finanziellen Rahmenbedingungen noch die Tätigkeitsschwerpunkte ... für die kommenden Haushaltsjahre überschaubar. Eine Rechtsverfolgung im Wege der Feststellungsklage scheidet damit aus.

...

<sup>1)</sup> KirchE 12, 125 = ZevKR 16 (1971) S. 302.

### Abkürzungen

ABl.	=	Amtsblatt	LAG	=	Landesarbeitsgericht
AG	=	Amtsgericht	VELKD	=	Vereinigte Evangelisch-Lutherische Kirche Deutschlands
ArbG	=	Arbeitsgericht	VG	=	Verwaltungsgericht
BVerfG	=	Bundesverfassungsgericht	VGH	=	Verwaltungsgerichtshof
BVerwG	=	Bundesverwaltungsgericht	VK	=	Verwaltungskammer
EKD	=	Evangelische Kirche in Deutschland	VuVG	=	Verfassungs- und Verwaltungsgericht
EKU	=	Evangelische Kirche der Union	ZevKR	=	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
KABl.	=	Landeskirchliches Amtsblatt			
KirchE	=	Entscheidungen in Kirchensachen			

## I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

**Kirchenordnung (Verfassung), Gemeinden und höhere Verbände, kirchliches Mitgliedschaftsrecht, Patronatsrecht***Errichtung einer Kapellengemeinde*

Rechtshof der Konföderation ev. Kirchen in Niedersachsen, Urteil vom 27.5.1998 – KonfR 5/97 – (rechtskräftig) S. 2

*Ältestenwahl, Wahlanfechtung*

VGH der EKU, Beschluß vom 29.8.1997 – VGH 6/96 – . . . . . S. 3

*Landessynode, Mitgliedschaft*

Rechtshof der Konföderation ev. Kirchen in Niedersachsen, Beschluß vom 6.1.1999 – KonfVR 13/98 – (rechtskräftig) . . . . . S. 5

*Bezirkssynode, Mitgliedschaft*

VGH der EKU, Beschluß vom 9.1.1998 – VGH 8/97 – . . . . . S. 6

**Kirchlicher Dienst, Vorbildung, Rechtsverhältnisse, Versorgung, Dienststrafrecht***Erste Theologische Prüfung*

VuVG der VELKD, Urteil vom 24.6.1998 – RGV 1/96 – . . . . . S. 7

*Ordinationsrechte, Verlust*

Rechtshof der Konföderation ev. Kirchen in Niedersachsen, Urteil vom 6.2.1997 – KonfR 6/97 – (rechtskräftig) S. 10

*Übernahme in das Pfarrdienstverhältnis auf Probe*

Kirchliches Verfassungs- und Verwaltungsgericht der Ev. Kirche in Hessen und Nassau – 1. Kammer –, Urteil vom 22.7.1998 – I 3/1998-I 17/1998 – . . . . . S. 12

Kirchliches Verfassungs- und Verwaltungsgericht der Ev. Kirche in Hessen und Nassau – 1. Kammer –, Urteil vom 1. 12.1998 – I 33/1998 – . . . . . S. 14

*Probendienst*

VGH der EKU, Urteil vom 17.8.1998 – VGH 10/97 – . . . . . S. 16

*Fürsorgepflicht*

Verwaltungskammer der Ev. Kirche von Westfalen, Urteil vom 25.6.1998 – VK 3/97 – (rechtskräftig) . . . . . S. 18

*Amtspflichtverletzung, Disziplinarrecht*

Disziplinarhof der EKU – Erster Senat –, Beschluß vom 30.5.1997 – Dh 1/97 – . . . . . S. 18

*Mitarbeitervertretungsrecht*

Schlichtungsstelle der Ev. Landeskirche in Baden, Beschluß vom 17.7.1998 – 1 Sch 21/98 – (rechtskräftig) . . . S. 19

VG für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der EKD, Beschluß vom 11.9.1997 – 0124/B6-97.126 – . . . S. 20

VG für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der EKD, Beschluß vom 26.11.1997 – 0124/B18-97.126 – . . . . . S. 22

VG für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der EKD, Beschluß vom 2.2.1998 – 0124/B22-97 – . . . S. 22

VG für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der EKD, Beschluß vom 14.5.1998 – 0124/C2-98 – . . . S. 23

VG für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der EKD, Beschluß vom 15.5.1998 – 0124/C3-98 – . . . S. 24

VG für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der EKD, Beschluß vom 21.7.1998 – 0124/C7-98 – . . . S. 24

VG für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der EKD, Beschluß vom 27.11.1998 – 0124/B19-97 – . . . S. 26

VG für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der EKD, Beschluß vom 14.12.1998 – 0124/C1-98 – . . . S. 28

VG für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der EKD, Beschluß vom 5.11.1998 – 0124/C16-98 – . . . S. 28

VG für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der EKD, Beschluß vom 11.9.1997 – 0124/B11-97 – . . . S. 29

**Kirchliches Vermögens- und Finanzrecht***Gesamtzuweisung an Kirchenkreise*

Rechtshof der Konföderation ev. Kirchen in Niedersachsen, Urteil vom 13.8.1998 – KonfR 29/96 – (rechtskräftig) . . . . . S. 31

*Finanzielle Förderung*

2. Kammer des Kirchlichen Verfassungs- und Verwaltungsgerichts der Ev. Kirche in Hessen und Nassau, Urteil vom 13.6.1997 – II 3/95 – . . . . . S. 33