

Evangelisch-reformierter
Synodalverband Bern-Jura



Reformierte Kirchen
Bern-Jura-Solothurn

Eglises réformées
Berne-Jura-Soleure

Schriftenreihe des Synodalrates
Heft 16

Ulrich Friederich

Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen

Gutachten zu historischen Rechtstiteln
der evangelisch-reformierten Landeskirche
des Kantons Bern

1994

Haupt

Ulrich Friederich

Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen

Gutachten zu historischen Rechtstiteln
der eyangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Bern

Verlag Paul Haupt Bern · Stuttgart · Wien

Vorwort

Wer sich, wie der Synodalrat der Evangelisch-reformierten Kirche Bern-Jura, mit Kirchenperspektiven, mit einem neuen Kirchenbild befasst, kommt nicht um den Problembereich "Verhältnis Kirche und Staat" herum. Schon gar nicht im Kanton Bern, wo zwischen dem Staat und den Landeskirchen eine enge Partnerschaft besteht. Eine Partnerschaft, die nicht unbestritten ist und von der selbst ihre Befürworter sagen, dass sie modifiziert werden muss.

Wer im Kanton Bern das Verhältnis zwischen Kirche und Staat anspricht, stellt unter anderem auch die Frage, ob der evangelisch-reformierten Landeskirche beziehungsweise ihren Kirchgemeinden im Falle einer all-fälligen Aufhebung von Staatsleistungen Ansprüche zustehen. Könnte sich die Kirche im Zusammenhang mit der auf einem Dekret vom 7. Mai 1804 beruhenden Übernahme von Kirchengut durch den Staat auf historische Rechtstitel berufen, welche den Kanton Bern verpflichten, die landeskirchlichen Geistlichen zu besolden?

Der Synodalrat beauftragte 1992 drei Gutachter respektive Gutachtergruppen, aus theologischer, ökonomischer und rechtshistorischer Sicht zum Thema Kirche/Staat im Kanton Bern Stellung zu nehmen. Er freut sich, vorerst das rechtshistorische Gutachten als Heft 16 in der Schriftenreihe des Synodalrates veröffentlichen zu können. Mit dem Gutachten zu historischen Rechtstiteln der evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Bern wird die Problematik "Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldung" erstmals in dieser umfassenden und vertieften Art und Weise behandelt. Das Gutachten von UELI FRIEDERICH, der auf Fragen des Kirchenrechts spezialisiert und ein hervorragender Kenner der rechtshistorischen Situation gerade im Kanton Bern ist, wird die Diskussion um eine Neuregelung des Verhältnisses zwischen Kirche und Staat mit Bestimmtheit entscheidend mitprägen und, so hofft der Synodalrat, auch versachlichen.

Dafür, dass das Gutachten nur in deutscher Sprache vorliegt, bittet der Synodalrat die französischsprachigen Kirchenglieder um Verständnis. Die dem Heft beigelegte Übersetzung der Schlussfolgerungen soll ihnen zeigen, dass sie nicht vergessen worden sind. Vielmehr waren es finanzielle Gründe, welche zu einem Verzicht auf eine Übersetzung des ganzen Gutachtens führten.

Der Synodalrat

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Friederich, Ulrich

Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen : Gutachten zu historischen Rechtstiteln der evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Bern /

Ulrich Friederich. –

Bern ; Stuttgart ; Wien : Haupt, 1994

(Schriftenreihe des Synodalrates des Evangelisch-reformierten Synodalverbandes Bern-Jura; Heft 16)

ISBN 3-258-05060-0

NE: Evangelisch-reformierter Synodalverband Bern-Jura / Synodalrat:

Schriftenreihe des Synodalrates ...

Alle Rechte vorbehalten

Copyright © 1994 by Paul Haupt Berne

Jede Art der Vervielfältigung ohne Genehmigung des Verlages ist unzulässig

Dieses Papier ist umweltverträglich, weil chlorfrei hergestellt

Printed in Switzerland

Inhalt

Literatur	15
Berichte und Gutachten ohne Angabe des Autors	21
Abkürzungen	22
Einleitung	25
1. Auftrag	25
2. Eingrenzungen	26
3. Aufbau des Gutachtens	27
1. Teil: Grundlagen	29
I. Heutige Staatsleistungen	29
II. Rechte und Rechtstitel	32
1. Objektives Recht und subjektive Rechte	32
1.1 Objektives Recht	32
1.1.1 Begriff	32
1.1.2 Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung	33
1.2 Subjektive Rechte	34
1.2.1 Begriff	34
1.2.2 Arten	36
1.3 Verhältnis von subjektiven Rechten und objektivem Recht	37
2. Wohlerworbene Rechte	39
2.1 Begriff	39
2.2 Arten	41
2.2.1 Vorbestandene Rechte	42

2.2.2 Rechte aus vertraglichen oder vertragsähnlichen Rechtsverhältnissen	43	3.2 Arten von Patronaten	79
2.3 Schutz wohlervorbener Rechte	43	3.3 Rechte und Pflichten des Patrons	80
2.3.1 Durch den Vertrauensgrundsatz	44	3.3.1 Präsentationsrecht	80
2.3.2 Durch die Eigentumsgarantie	46	3.3.2 Cura beneficii	81
2.4 Entzug wohlervorbener Rechte	47	3.3.3 Vermögenswerte Rechte	82
2.5 Berechtigte Rechtssubjekte	48	3.3.4 Ehrenrechte	82
2.6 Numerus clausus wohlervorbener Rechte?	48	3.3.5 Kompetenzpflicht	83
3. Historische Rechtstitel	49	3.3.6 Baupflicht	86
3.1 Begriff des Rechtstitels	50	3.4 Besondere Rechtsverhältnisse inkorporierter Pfründen	85
3.2 Historische Rechtstitel im besonderen	51	3.5 Der Patronat als Gegenstand des Vermögensverkehrs	85
3.3 Arten historischer Rechtstitel	52	3.6 Eigenkirchen- und Patronatrecht in der Schweiz	85
4. Verhältnis von historischen Rechtstiteln und wohlervorbenen Rechten	55		
III. Kirchengut, Kirchenvermögen	56	2. Teil: Zur Geschichte des Kirchenguts und der Staatsleistungen im Kanton Bern	91
1. Begriffsbestimmungen in der Lehre	56	I. Die Entwicklung bis zum 19. Jahrhundert	91
2. Kategorien	59	1. Zum weltlichen Kirchenregiment der Berner Obrigkeit	91
3. Kirchengut im bernischen Recht	60	2. Vorreformatorsche Rechtsverhältnisse	94
4. Insbesondere zum "staatlichen Kirchengut"	65	3. Die Reformation	97
IV. Der Patronat	67	3.1 Das Klostergut	98
1. Entwicklung des kirchlichen Vermögensrechts im allgemeinen	67	3.2 Das übrige Kirchengut	100
2. Die Eigenkirche	70	3.3 Fortbestand der Patronate	102
2.1 Begriff	70	4. Von der Reformation zur Mediation	103
2.2 Ursprung	71	4.1 Urbarisierungen des Kirchenguts	103
2.3 Verbreitung und rechtliche Anerkennung	72	4.2 Anerkennung und Erwerb von Patronaten durch Bern	104
2.4 Das Eigenkirchenrecht	74	4.3 Staatliche Zuschüsse an die Besoldung Geistlicher	107
2.5 Vom Eigenkirchenrecht zum Patronatrecht	76	4.4 Helvetik und Mediation	109
3. Das Patronatrecht	77	II. Rechtsverhältnisse im beginnenden 19. Jahrhundert	112
3.1 Begründung des Patronats	78	1. Die Pfründen als selbständige Stiftungen	112
		2. Kein Eigentum "der Kirche" oder des Staats am Kirchengut	115
		3. Zweckgebundenheit des Kirchenvermögens	117

4. Unveränderte Patronatrechtsverhältnisse	118
III. Das Dekret vom 7. Mai 1804	119
1. Anlass und Entstehung	120
2. Zum Inhalt des Dekrets	123
2.1 Wortlaut	123
2.2 Zum Geltungsbereich	125
2.3 Staatsleistungen	126
2.4 Änderungen mit Bezug auf das Kirchengut	128
2.5 Prinzipielle Abkehr vom herkömmlichen Besoldungssystem	130
2.6 Keine Veränderung bestehender Patronatsverhältnisse	130
3. Das Verzeichnis des Kirchenguts von 1831	131
IV. Rechtsverhältnisse nach 1804	135
1. Ausdehnung des neuen Besoldungssystems auf weitere Pfarrstellen	135
1.1 Übernahme von Patronaten durch den Kanton	135
1.2 Die Vereinigungsurkunde von 1815	139
1.3 Staatliche Errichtung von Pfarrstellen	140
2. Anpassungen der Dotationssumme und der Besoldungen	140
3. "Staatliches" Kirchengut nach 1804	141
3.1 Die Kontroverse um das Eigentum	141
3.2 Veränderungen in der Substanz	147
3.3 Bestrebungen zur Übertragung des Eigentums an Kirchengemeinden	149
3.3.1 Der Entwurf für das Kirchengesetz von 1874	149
3.3.2 Pfrundabtretungsverträge	151
3.3.3 Insbesondere Übertragung des Eigentums an Kirchen	152
3.3.4 Der jüngste Versuch einer Neuordnung der Staatsleistungen	153

3. Teil: Historische Rechtstitel	155
I. Fragestellungen	155
II. Begründung einer staatlichen Verpflichtung	156
1. Durch "landeskirchliches Verhältnis"?	157
2. Durch Übernahme von Kirchengut zu Eigentum	159
2.1 Ausgangspunkt: Zweckbindung (Stiftungscharakter) des Kirchenguts	159
2.2 Übernahme der Besoldungspflicht durch Rechtsnachfolge	161
3. Durch die Übernahme von Patronaten	165
4. Durch das Dekret vom 7. Mai 1804	166
5. Durch Vertrag	174
5.1 Durch die Vereinigungsurkunde von 1815	175
5.2 Durch Übereinkünfte mit andern Kantonen	175
6. Schlussfolgerungen	175
III. Fortbestand der Besoldungspflicht bis heute	176
1. Begründung einer dauernden Verpflichtung	176
2. Bestätigung einer andauernden Verpflichtung	177
2.1 In den Beratungen der Staatsverfassungen vom 6. Juli 1831 und vom 13. Juli 1846	178
2.2 In der Grossratsdebatte vom 18. Dezember 1835	180
2.3 Im Bericht der Spezialkommission von 1837	182
2.4 In Zusammenhang mit dem Gesetz vom 18. Januar 1874 über die Organisation des Kirchenwesens im Kanton Bern	183
2.5 Anlässlich der versuchten Revision der Staatsverfassung von 1884	185
2.6 Keine explizite Bestätigung in den Beratungen der Staatsverfassung vom 4. Juni 1893	186
2.7 In Zusammenhang mit dem Gesetz vom 6. Mai 1945 über die Organisation des Kirchenwesens	187

2.8	In der Stellungnahme des Regierungsrats zur eidgenössischen Trennungsinitiative	188
2.9	Im Bericht der Expertenkommission für die Neuordnung der staatlichen Leistungen im Kirchenwesen vom 18. Oktober 1990	189
2.10	In Zusammenhang mit der neuen Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993	189
3.	Verminderung oder Aufhebung der Verpflichtung durch besondere Gründe?	191
3.1	Erlöschen durch Zeitablauf?	192
3.2	Unter dem Gesichtspunkt der <i>clausula rebus sic stantibus</i> ?	195
3.3	Durch Tilgung aufgrund bisher erbrachter Leistungen?	198
4.	Der Vorbehalt der Rückgabe des Kirchenguts	201
5.	Schlussfolgerungen	202
IV.	Zum Umfang der Verpflichtung	203
1.	Anzahl der zu besoldenden Stellen	203
2.	Höhe der Besoldung	208
3.	Ruhegehälter	209
4.	Exkurs: Pflicht zum Unterhalt von Pfarrgebäuden	210
V.	Folgerungen für eine allfällige Ablösung der Besoldungen	211
1.	Zulässigkeit der Ablösung	211
2.	Grundsatz der Entschädigungspflicht	212
3.	Art und Umfang der Entschädigung	216
3.1	Möglichkeiten im grundsätzlichen	216
3.2	Massgebendes Kriterium für den Kanton Bern?	219
3.3	Zur Berechnung der Ablösungsleistung	222
4.	Weitere Voraussetzungen einer Ablösung	224
4.1	Verfassungsrevision?	224
4.2	Sicherung der Zweckbestimmung des Kirchenvermögens	225

VI.	Rechtsansprüche der Kirche	225
1.	Anspruchsberechtigtes Subjekt	226
2.	Möglichkeit verfahrensrechtlicher Geltendmachung kirchlicher Ansprüche	229
2.1	Unter dem Gesichtspunkt der Grundrechtsträgerschaft	229
2.2	Unter dem Gesichtspunkt der Autonomie	231
2.3	Schlussfolgerungen	233
3.	Die Ansprüche als wohlerworbene Rechte?	234
3.1	Grundsatz der Veränderbarkeit historischer Rechte	234
3.2	Vertragsähnlichkeit des Dekrets vom 7. Mai 1804?	234
3.3	Zusicherung des Gesetzgebers?	235
3.4	Sonstiges vertrauensbegründendes Verhalten des Kantons?	236
3.5	Der kirchliche Anspruch als vorbestandenes Recht?	237
3.6	Schlussfolgerungen	237
VII.	Rechtsvergleichende Hinweise	238
1.	Besoldung Geistlicher und Behandlung des Kirchenguts in andern Kantonen	239
1.1	Kantone mit vorübergehender staatlicher Verwaltung des Kirchenguts	239
1.2	Kantone mit vollzogener finanzieller Entflechtung von Staat und Kirche	240
1.2.1	Genf	240
1.2.2	Basel-Stadt	242
1.2.3	Neuenburg	245
1.2.4	Aargau	246
1.3	Kanton Basel-Landschaft: Kirchengut als Stiftungsvermögen	249
1.4	Kantone mit ausdrücklicher Erwähnung historischer Rechtstitel	249
1.4.1	Schaffhausen	250
1.4.2	Zürich	252

2. Kantonale Stellungnahmen zur eidgenössischen Trennungsinitiative von 1976	256
3. Schlussfolgerungen	259
Zusammenfassung der Ergebnisse	260
Résumé des résultats	264

Literatur

Angeführt wird im folgenden nur wiederholt zitierte Literatur. Weitere Hinweise finden sich in den Anmerkungen.

- ALBRECHT ALFRED, Patronatswesen, in: HdbStKirchR II, S. 167 ff.
- AMMANN JOHANN ALBERT, Der Finanzhaushalt der evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Bern, Bern 1954.
- ATTENHOFER, Wer ist Rechtssubject der katholischen Pfarrkirchen im Canton Luzern, in: Zeitschrift für Schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege II (1875), S. 11 ff.
- BÄCHTOLD C.A., Geschichte des Kirchengutes im Kanton Schaffhausen, Schaffhausen 1911.
- BALMER FRITZ, Die Stellung der evangelisch-reformierten Landeskirche im Rahmen der bernischen Verfassung, Bern 1946.
- BLOESCH EMIL, Geschichte der schweizerisch-reformierten Kirchen, 2 Bde., Bern 1898/1899.
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Zürich 1979.
- BUCHER EUGEN/SALADIN PETER, Rechtsprobleme im Zusammenhang mit dem Flugplatz Belpmoos, Rechtsgutachten, Bern 1982.
- CARLEN LOUIS, Das Verhältnis von Kirche und Staat in der Schweiz, in: HdbKathKR, S. 1097 ff.
- CAVELTI URS JOSEF, Die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften im schweizerischen Staatskirchenrecht, Freiburg 1954.
- CAVELTI URS JOSEF, Vor der Volksabstimmung über die Trennung von Kirche und Staat, in: Civitas 1980, S. 177 ff.
- DELLSPERGER RUDOLF/FUCHS JOHANNES GEORG/GILG PETER/HAFNER FELIX/STÄHELIN WALTER, Kirche - Gewissen des Staates?, Gesamtbericht einer von der Direktion des Kirchenwesens des Kantons Bern beauftragten Expertengruppe über das Verhältnis von Kirche und Politik, Bern 1991.
- DÜRRENMATT HUGO, Fragen aus dem bernischen Kirchenrecht, in: ZBJV 80 (1944), S. 49 ff.
- DÜRRENMATT HUGO, Gesetz über die Organisation des Kirchenwesens. Textausgabe mit einer Einleitung und Anmerkungen, Bern 1945.
- EICHENBERGER KURT, Rechtsgutachten betreffend die Verfassungsmässigkeit der staatlichen Pfarrbesoldungen im Kanton Schaffhausen, Arlesheim 1973.

FLEINER FRITZ, Trennung von Staat und Kirche. Rechtsgutachten, dem Kirchenrat des Kantons Zürich erstattet, Zürich 1924 (zit. nach der Abschrift vom Juni 1925).

FRIEDBERG EMIL, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, 6. Aufl., Leipzig 1909.

FRIEDERICH UELI, Kirchen und Glaubensgemeinschaften im pluralistischen Staat. Zur Bedeutung der Religionsfreiheit im schweizerischen Staatskirchenrecht, Bern 1993.

FORSTMOSER PETER/SCHLUEP WALTER R., Einführung in die Rechtswissenschaft, Bd. I: Einführung in das Recht, Bern 1992.

FUCHS JOHANNES GEORG, Aus der Praxis eines Kirchenjuristen in der Zeit ökumenischer Begegnung, Zürich 1979.

GARDAZ PHILIPPE, Organisation ecclésiastique cantonale et droit fédéral, Lausanne 1973.

GAREIS CARL/ZORN PHILIPP, Staat und Kirche in der Schweiz, 2 Bde., Zürich 1877/78.

GIACOMETTI ZACCARIA, Quellen zur Geschichte der Trennung von Staat und Kirchen, Tübingen 1926 (Neudruck Aalen 1961).

GÖNNER RICHARD, Das Kirchenpatronatrecht im Grossherzogtum Baden nach einer historischen Entwicklung, in: Kirchenrechtliche Abhandlungen, hrsg. von Ulrich Stutz, Heft 10 und 11, Stuttgart 1904, S. 1 ff.

GUGGISBERG KURT, Bernische Kirchengeschichte, Bern 1958.

GYGI FRITZ, Verwaltungsrecht. Eine Einführung, Bern 1986.

HANGARTNER YVO, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, 2 Bde., Zürich 1980/1982.

HANGARTNER YVO, Verfassungsmässige Rechte juristischer Personen des öffentlichen Rechts, in: Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, hrsg. von Walter Haller, Alfred Kölz, Georg Müller und Daniel Thürer, Zürich 1989, S. 111 ff.

HECKEL JOHANNES, Kirchengut und Staatsgewalt. Ein Beitrag zur Geschichte und Ordnung des heutigen gesamtdeutschen Staatskirchenrechts, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag, Göttingen 1952, S. 103 ff.

HEDWIG ANDREAS, Die Eigenkirche in den urbarialen Quellen zur fränkischen Grundherrschaft zwischen Loire und Rhein, in: ZRG kan. Abt. 78 (1992), S. 1 ff.

HENRICI HERMANN, Die Entwicklung der Basler Kirchenverfassung bis zum Trennungsgesetz (1910). Ein Beitrag zur Geschichte des Staatskirchenrechts, Weimar 1914.

HEUBERGER KARL, Die aargauischen Pfrundgüter und ihre Herausgabe an die Kirchgemeinden, Aarau 1909.

HILDEBRANDT WALTER, Die autonome Kirchengewalt evangelisch-reformierter Landeskirchen und ihre Entwicklung im Kanton Zürich seit 1803, Zürich 1928.

HIS EDUARD, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, 3 Bde., Basel 1920-1938.

HOFMANN WERNER, Art. Kirchenvermögen, in: EvStL, Sp. 1771-1774.

HUBER MAX, Trennung von Kirche und Staat, in: DERS., Glaube und Kirche. Gesammelte Aufsätze, Zürich 1948, S. 145 ff.

ISELE EUGEN, Zur Revision des kantonalen Staatskirchenrechts, in: Ius et Lex, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller, hrsg. von der Juristischen Fakultät der Universität Freiburg i.Ue., Basel 1959, S. 563 ff.

ISELIN-SARAUW DIETRICH, Gutachten über Fragen zu den Kirchenartikeln in der neuen Staatsverfassung des Kantons Bern, Bern 1990.

ISENSEE JOSEF, Staatsleistungen an die Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: HdbStKirchR II, S. 51 ff.

JAGMETTI RICCARDO L., Art. 22quater, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern ab 1987.

JORIO MARCO, Die unbewältigte Säkularisation - Die historischen Rechtstitel der katholischen Kirche im Kanton Zürich, in: Kirche, Staat und katholische Wissenschaft in der Neuzeit, Festschrift Heribert Raab, hrsg. von Albert Portmann-Tinguely, Paderborn/München/ Zürich/Wien 1988, S. 479 ff.

KÄMPFER WALTER, Zur Gesetzesbeständigkeit "wohlerworbener Rechte", in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S. 339 ff.

KARLEN PETER, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, Zürich 1988.

KLETT KATHRIN, Verfassungsrechtlicher Schutz "wohlerworbener Rechte" bei Rechtsänderungen anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Bern 1984.

KOHLI WERNER, Beiträge zum bernischen Kirchenrecht, in: Ulrich Müller/Werner Kohli/ Robert Morgenthaler, Evangelisch-reformierte Landeskirche unterwegs, Bern/Stuttgart 1974, S. 34 ff.

KÖLZ ALFRED, Das wohlerworbene Recht - immer noch ein aktuelles Grundrecht?, in: SJZ 74 (1978), S. 65 ff., 89 ff.

KUSTER ARNOLD, Der reformierte Schweizer Pfarrer in der Welt des Rechts, Zürich 1966.

LAMPERT ULRICH, Die kantonalen Kultusbudgets und der Anteil der verschiedenen Konfessionen an denselben, vom rechtlichen und rechts-historischen Standpunkt beleuchtet, Zürich 1906.

LAMPERT ULRICH, Kirche und Staat in der Schweiz, 2 Bde., Basel/Freiburg 1929 und Freiburg/Leipzig 1938.

LANDAU PETER, Art. Eigenkirchenwesen, in: TRE, S. 399 ff.

LANDAU PETER, Art. Kirchengut, in: TRE, S. 560 ff.

LEUENBERGER J., Studien über Bernische Rechtsgeschichte, Bern 1873.

LISTL JOSEPH, Das Verhältnis von Kirche und Staat in der Bundesrepublik Deutschland, in: HdbKathKR, 1983, S. 1050 ff.

LIVER PETER, Rechtsgutachten über die Verbindlichkeit der Vereinbarung vom 25. April 1759 betr. Unterhalt der Brücken in der Stadt Thun, dem Gemeinderat der Stadt Thun erstattet am 30. Juli 1955.

MARX SIEGFRIED, Staatskirchenrechtliche Bestimmungen zum Kirchenvermögens- und Stiftungsrecht im Bereich der katholischen Kirche, in: HdbStKirchR II, S. 117 ff.

MEYER CHRISTIAN, Staatskirchenrechtliche Bestimmungen zum Kirchenvermögens- und Stiftungsrecht im Bereich der evangelischen Kirche, in: HdbStKirchR II, S. 91 ff.

MEYER PETER (Hrsg.), Berner, deine Geschichte, Wabern-Bern 1981.

MIKAT PAUL, Bemerkungen zum Verhältnis von Kirchengut und Staatsgewalt am Vorabend der Reformation, in: ZRG kan. Abt. 98 (1981), S. 264 ff.

MOOR ERNST, Die Unterhaltspflicht des Kantons Zürich gegenüber der zürcherischen reformierten Landeskirche (Allgemeiner Teil), Affoltern a.A. 1937.

MORGENTHALER ROBERT, Das Kirchengut. Texte und Kommentare zum Begriff "Kirchengut" in Art. 54 des Gesetzes über das Kirchenwesen im Kanton Bern vom Jahre 1945, Bern 1973 (Maschinenschrift).

MÜLLER GEORG, Art. 4, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern ab 1987.

MÜLLER GEORG, Art. 22ter, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern ab 1987.

MÜLLER JÖRG PAUL, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, 2. Auflage von Jörg Paul Müller/Stefan Müller, Grundrechte - Besonderer Teil, Bern 1991.

MÜLLER JÖRG PAUL, Einleitung zu den Grundrechten, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern ab 1987.

NOSER HANS BEAT, Pfarrei und Kirchgemeinde. Studie zu ihrem rechtlichen Begriff und grundsätzlichen Verhältnis, Freiburg i.Ue. 1957.

ORELLI ALOYS VON, Die evangelisch-reformierte Landeskirche des Kantons Zürich und ihre Stellung zum Staat, Zürich 1891.

OPITZ MANFRED, Der Schutz von Kirchengut und Kirchenvermögen nach dem Bonner Grundgesetz, Göttingen 1968.

PESTALOZZI CARL, Das zürcherische Kirchengut in seiner Entwicklung zum Staatsgut, Zürich 1903.

PETER HANSJOACHIM, Zur geschichtlichen Grundlegung der Staatsleistungen an die evangelische und katholische Kirche unter besonderer Berücksichtigung der badisch-württembergischen Gebiete, Heidelberg 1971.

PFISTER RUDOLF, Kirchengeschichte der Schweiz, Bd. 2: Von der Reformation bis zum Zweiten Villmergerkrieg, Zürich 1974.

RENNEFAHRT HERMANN, Grundzüge der bernischen Rechtsgeschichte, Bd. I, Bern 1928.

RHINOW RENÉ A., Wohlerworbene und vertragliche Rechte im öffentlichen Recht, in: ZBl 80 (1979), S. 1 ff.

RHINOW RENÉ A./KRÄHENMANN BEAT, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung. Ergänzungsband, Basel/Frankfurt am Main 1990.

RIEMER HANS MICHAEL, Berner Kommentar, Bd. I, 3. Abteilung, 3. Teilband: Die Stiftungen. Systematischer Teil und Art. 80-89bis ZGB, Bern 1975.

ROMANG JOHANN PETER, Beiträge zur Beleuchtung der rechtlichen Stellung der reformierten Kirche im Kanton Bern, Bern 1836.

SALADIN PETER, Grundrechte im Wandel. Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, 3. Aufl., Bern 1982.

SALADIN PETER, Art. 2 UeB BV, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern ab 1987.

SALADIN PETER, Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht, in: ZSR 94 (1975) II, S. 307 ff.

SCHULTHEISS BEAT, Wohlerworbene Rechte in der schweizerischen Rechtsordnung, Basel 1980.

SCHULTHESS JOHANNES, Beiträge zur Kenntniss und Beförderung des Kirchen- und Schulwesens in der Schweiz, 4 Bde., Zürich 1808-1810.

SCHWEIZER EDUARD, Das Gemeindepatronatsrecht in den Urkantonen, in: ZSR n.F. 24 (1905) I, S. 1 ff.

SCHWEIZER EDUARD, Das Basler Kirchen- und Schulgut in seiner Entwicklung bis zur Gegenwart, in: Basler Zeitschrift für Geschichte und Altertumskunde IX (1910), S. 177 ff.

SESTER JOSEF, Das Kirchenpatronatrecht beider Bekenntnisse im Grossherzogtum Baden, in: Kirchenrechtliche Abhandlungen, hrsg. von Ulrich Stutz, Heft 10 und 11, Stuttgart 1904, S. 119 ff.

STETTLER FRIEDRICH, Historische und rechtliche Darstellung der gegenwärtig noch bestehenden, von ehemaligen Klöstern herrührenden Spendverhältnisse, Bern 1841.

STETTLER FRIEDRICH, Staats- und Rechtsgeschichte des Kantons Bern. Von den ältesten geschichtlichen Zeiten bis zur Einführung der Verfassung vom Juli 1831, Bern 1845.

STETTLER FRIEDRICH, Vergleichung der Bernerschen Reformation im 16ten Jahrhundert mit der Revolution im Jahre 1830 und 1831. Ein historischer Versuch, Bern 1834.

STUCKY WALTHER, Das Eigentum am Kirchengut, Zürich 1892.

STUTZ ULRICH, Die Eigenkirche als Element des mittelalterlich-germanischen Kirchenrechts, Darmstadt 1955.

STUTZ ULRICH, Geschichte des kirchlichen Benefizialwesens von seinen Anfängen bis auf die Zeit Alexanders III., Bd. I/1, Berlin 1895.

TOMASCHPOLSKY JAKOB, Geschichte der bernischen Staatsverfassung im 19. Jahrhundert, Wien 1922.

TÜRLE H., Rechtshistorisches Gutachten über das Verhältnis der reformierten Kirchgemeinde Zofingen zum Fiskus des Kantons Aargau, Bern 1907.

VASELLA A., Die Rechtsverhältnisse des katholischen Kirchenvermögens im Kt. Graubünden, Basel/Freiburg i.Ue. 1933.

WEBER BEAT, Die kirchliche Autonomie in der Entwicklung der bernischen Kirchengesetzgebung der Jahre 1804-1874, Bern 1948.

WEBER-DÜRLE BEATRICE, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel/Frankfurt am Main 1983.

WEIBEL, Das Rechtssubject der Pfarrkirchen und des Ortskirchengutes in der Schweiz, in: Zeitschrift für Schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege II (1875), S. 429 ff.

WYSS JOHANN RUDOLF, Die Entfremdung der Kirchengüter zum Staatsgewinn, in ihrem Gang und ihren Folgen dargestellt, Bern 1843.

WYSS RUDOLF, Die Rechte der evangelisch-reformirten Landeskirche des Kantons Bern, Bern/Zürich 1847.

ZEERLEDER ALBERT, Das Kirchenrecht des Kantons Bern. Eine summarische Darstellung, 3. Aufl., Bern 1896.

ZEERLEDER ALBERT, Rechtsgutachten, dem Evangelisch-reformierten Synodalrat des Kantons Bern erstattet, Bern 1896.

ZÜNDORF VOLKER, Die Ablösung der Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften unter dem Grundgesetz, Münster 1967.

ZYRO FERD. FRIEDRICH, Die evangelisch-reformirte Kirche, und ihre Fortbildung im XIX. Jahrhundert, besonders im Kanton Bern, Bern 1837.

Berichte und Gutachten ohne Angabe des Autors

- Bericht der Expertenkommission für die Neuordnung der staatlichen Leistungen im Kirchenwesen vom 18. Oktober 1990, Bern 1990.
- Die Herausgabe der Pfrund und Kirchengüter an die aargauischen Kirchgemeinden II: Die Staatspfründen, Wohlen 1907, S. 35 ff.
- Die "historischen Rechtstitel" der Zürcher Landeskirche. Orientierung des Kirchenrates des Kantons Zürich zuhanden der Mitglieder der Kirchensynode sowie der Kirchenpflegen, Zürich 1983.
- Rechtsgutachten der staatswissenschaftl. Facultät zu Zürich in Sachen der reformirten Geistlichkeit des Ct. Schaffhausen gegen den Canton Schaffhausen, die Rechte an der sogenannten Hospeswohnung betreffend, Schaffhausen 1866.
- Vortrag der Special-Kommission für Reform des Finanz-, Armen- und Gemeindetellwesens an den Regierungsrath der Republik Bern, Bern 1837.

Abkürzungen

aarg.	aargauisch
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
aOR	alt OR
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
Bde.	Bände
BGE	Bundesgerichtsentscheid(e)
BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
bzw.	beziehungsweise
c.	canon
ca	circa
Ct.	Canton
ders.	derselbe
dgl.	dergleichen
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (Europäische Menschenrechtskonvention)
f., ff.	folgende
fol.	Folio
Fr.	Franken
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
GS	Gesetzessammlung des Kantons Basel-Landschaft

HdbKathKR	Handbuch des katholischen Kirchenrechts, hrsg. von Joseph Listl, Hubert Müller und Heribert Schmitz, Regensburg 1983
HdbStKirchR	Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. von Ernst Friesenhahn und Ulrich Scheuner in Verbindung mit Joseph Listl, 2 Bde., Berlin 1974/ 1975
i.e.S.	im engeren Sinn
i.S.	in Sachen
i.Ue.	im Üechtland
i.w.S.	im weiteren Sinn
Kap.	Kapitel
KiG	Gesetz vom 6. Mai 1945 über die Organisation des Kirchenwesens
Kt.	Kanton
L., Lb, Liv.	Livre(s)
m.E.	meines Erachtens
m.H.	mit Hinweisen
N.	Note
Nr., Nro.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911
S.	Seite(n)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt(e)
Sp.	Spalte(n)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StV	Staatsverfassung des Kantons Bern vom 4. Juni 1893
s.Z.	seinerzeit
u.a.	unter anderem
UeB	Übergangsbestimmungen
Un. GhHrn.	Unsere Gnädigen Herren
u.s.f.	und so fort

usw., u.s.w.	und so weiter
v.a.	vor allem
VerwGE	Entscheid des (deutschen) Bundesverwaltungsgerichts
vgl.	vergleiche
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968
WRV	Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Reichsverfassung) vom 11. August 1919
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZRG kan. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, kanonistische Abteilung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Einleitung

1. Auftrag

Der Synodalrat der Evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Bern hat mich mit der Prüfung verschiedener Rechtsfragen in Zusammenhang mit einer allfälligen künftigen Aufhebung der Pfarrerbesoldungen durch Änderung des Gesetzes vom 6. Mai 1945 über die Organisation des Kirchenwesens (Kirchengesetz) beauftragt. Er unterbreitete mit Schreiben vom 15. Mai 1992 die folgenden (provisorischen) Fragen:

1. Was ist *allgemein* unter historischen Rechtstiteln zu verstehen?
2. Was wird im Kanton Bern unter den historischen Rechtstiteln verstanden (*geschichtlicher* Befund)?
3. Falls vorliegend: Was kann unter dem Begriff der historischen Rechtstitel angeführt werden (*materieller* Befund)?
4. Zur Frage der *Rechtsbeständigkeit* der historischen Rechtstitel:
 - 4.1 Kann sich die Landeskirche auf historische Rechtstitel berufen?
 - 4.2 Ist der Kanton zur Leistung der Pfarrerbesoldung oder einer entsprechenden Leistung verpflichtet?
 - 4.3 In welchem Umfang besteht eine Leistungspflicht?
5. Welche Kategorien des *Kirchengutes* gibt es im Kanton Bern? Wer kann über das Kirchengut verfügen?
6. Welche Lösungen wurden im Zusammenhang mit den historischen Rechtstiteln *in anderen Kantonen getroffen* (z.B. Kanton Aargau)?

Eine Besprechung dieser Fragen und eines ersten Exposé zum angeschnittenen Fragenkreis ergab folgendes: Fernziel der Abklärungen sollte die Beantwortung der Frage sein, welche Rechte der evangelisch-reformierten Landeskirche im Fall einer Auseinandersetzung mit dem Kanton im Anschluss an die Aufhebung der Staatsleistungen gemäss Art. 54 Kirchengesetz gegebenenfalls zustünden. Das Gutachten sollte sich auf die *Grundsatzfrage einer Entschädigungspflicht des Staats* konzentrieren und dabei auch die *geschichtliche Entwicklung der Rechtsverhältnisse* betreffend das Kirchengut und die staatliche Besoldung der landeskirchlichen Geistlichen im Kanton Bern zur Darstellung bringen.

2. Eingrenzungen

Gegenstand des vorliegenden Gutachtens ist ausschliesslich die Frage, ob der *evangelisch-reformierten Landeskirche* bzw. ihren Kirchengemeinden im Fall einer allfälligen Aufhebung der Staatsleistungen Ansprüche zustehen. Zu Rechtstiteln anderer Konfessionen, etwa der römisch-katholischen Kirche, äussert es sich grundsätzlich nicht.

Die Erörterungen konzentrieren sich auf die Möglichkeit der Kirche, sich in Zusammenhang mit dem *Dekret vom 7. Mai 1804* bzw. der damit verbundenen Übernahme von Kirchengut in die staatliche Verwaltung auf historische Rechtstitel zu berufen. Zwar nehmen die nachfolgenden Ausführungen auch Bezug auf die Rechtsverhältnisse vor der Mediationszeit, doch ist die Frage nach historischen Rechtstiteln aufgrund früherer Ereignisse wie etwa der Aufhebung von Klöstern zur Reformationszeit nicht Gegenstand der Beurteilung.

Untersucht wird grundsätzlich der Bestand einer Verpflichtung des Kantons Bern zur *Besoldung der landeskirchlichen Geistlichen*. Die Frage dagegen, ob und inwieweit sich anderweitige Staatsleistungen auf historische Rechtstitel zurückführen lassen, ob sich etwa aus der Baupflicht des Patrons¹ heute noch eine Pflicht zum Unterhalt von Pfarrhäusern ableiten lässt, wird gelegentlich gestreift, aber nicht erschöpfend behandelt.

Als allgemein anerkannt darf gelten, dass im Fall der Aufhebung der Staatsleistungen zumindest die Billigkeit eine Entschädigung fordert². Die nachstehenden Überlegungen befassen sich demgegenüber ausschliesslich mit dem Bestand eines *Rechtsanspruchs* der Kirche bzw. der Kirchengemeinden im Fall der Aufhebung staatlicher Leistungen. Sie äussern sich nicht zur Frage, ob allenfalls "die elementarste Billigkeit"³ eine Abfindung der Kirche nahelegt. Auch der Gesichtspunkt, dass die staatliche Besoldung "als

¹ Dazu hinten S. 84 f.

² Vgl. z.B. MAX HUBER, *Trennung von Kirche und Staat*, S. 161 ff.

³ ALBERT ZEERLEDER, *Kirchenrecht*, S. 83. Entsprechende Überlegungen können durchaus angestellt werden. Nach FRITZ FLEINER, *Rechtsgutachten*, S. 7 f., kann sich die Kirche selbst da, wo sie zur Begründung einer staatlichen Besoldungspflicht keinen historischen Rechtstitel vorweisen kann, "auf überragende Billigkeitserwägungen berufen, um auch hier vom Staat ein Kapital zu erhalten, das den Bestand der staatlich errichteten Pfarrämter sichert".

Ausdruck staatlicher Verantwortung für das Kirchenwesen und das Wohl der Geistlichkeit ... auch heute ihren tieferen Sinn" hat⁴, wird im folgenden nicht weiter erörtert. Selbstverständlich ist damit nicht gesagt, dass von seiten der Kirchen nicht legitimerweise neben rechtlichen auch "metajuristische" Überlegungen zum Staat-Kirche-Verhältnis, etwa zur theologischen Bewertung oder politischen Opportunität einer (finanziellen) Entflechtung, anzustellen wären.

3. Aufbau des Gutachtens

Das Gutachten gliedert sich in drei Teile. Der erste, mit "Grundlagen" überschriebene, skizziert zunächst die heute erbrachten Staatsleistungen, erörtert anschliessend die Begriffe "Recht", "wohlerworbenes Recht", "historischer Rechtstitel" und "Kirchengut" und stellt die Rechtsverhältnisse betreffend das Kirchengut und im besonderen das Patronatrecht im grundsätzlichen dar. Der zweite Teil ("Zur Geschichte des Kirchenguts und der Staatsleistungen im Kanton Bern") stellt die geschichtliche Entwicklung des kirchlichen Vermögensrechts, namentlich des Patronats, im Kanton Bern vor, während und nach der Reformation bis ins frühe 19. Jahrhundert dar, fragt nach Entstehung und Inhalt des Dekrets vom 7. Mai 1804 und umreisst einige Entwicklungslinien seit diesem Datum. Der dritte Teil ("Historische Rechtstitel") widmet sich zunächst der Entstehung und rechtlichen Begründung einer "gesetzesbeständigen" Verpflichtung des Kantons Bern zur Besoldung evangelischer Pfarrer; er umreisst im weiteren den Inhalt dieser Verpflichtung, gibt einige Hinweise mit Bezug auf eine allfällige Ablösung der Staatsleistungen und fragt schliesslich nach einem entsprechenden Recht kirchlicherseits. In einem kurzen Schlusskapitel werden die Ergebnisse in knapper Form zusammengefasst.

Einheitlichkeit über den Bestand historischer Rechtstitel betreffend die Besoldung landeskirchlicher Geistlicher bzw. eine staatliche Rechtspflicht zur Ablösung der Staatsleistungen aufgrund dieser Titel besteht nicht. Die Lehre betont zuweilen, dass es sich hier um eine "äusserst heikle verfassungsrechtliche Frage" handle⁵. Gerade in den Kantonen Zürich⁶ und

⁴ So der Bericht Neuordnung der Staatsleistungen, S. 5.

⁵ MAX HUBER, *Trennung von Kirche und Staat*, S. 161.

Schaffhausen⁷, wo die Frage in jüngerer Zeit intensiv diskutiert worden ist, haben umfangreiche Gutachten zu teilweise sehr unterschiedlichen Ergebnissen geführt. Eine "autoritative" Antwort auf die gestellten Fragen lässt sich der Judikatur und namentlich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht ohne weiteres entnehmen. In Zusammenhang mit der Trennung von Staat und Kirche in den Kantonen Genf und Neuenburg sowie der "hinkenden Trennung" in Basel-Stadt hatte das Bundesgericht keine Veranlassung, über einen Rechtsanspruch auf Herausgabe des Kirchenguts im Grundsatz zu entscheiden⁸.

Ziel des vorliegenden Gutachtens ist wie erwähnt im wesentlichen die Beantwortung der *Grundsatzfrage* nach dem Bestand einer Verpflichtung des Kantons zur Besoldung der evangelisch-reformierten Geistlichen. Angesichts der Komplexität der damit zusammenhängenden Fragen werden je nach Entwicklung in Zukunft unter Umständen vertiefte Studien einzelner Aspekte vonnöten sein. Ich erlaube mir aus diesem Grund und im Interesse der Nachvollziehbarkeit der Überlegungen eine gewisse Ausführlichkeit. Zitate werden öfters, gelegentlich wiederholt, im Wortlaut wiedergegeben.

⁶ Vgl. zu den verschiedenen Positionen des evangelisch-reformierten Kirchenrats und des Departements des Innern in Zusammenhang mit der kantonalen Trennungsinitiative von 1975 den Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Kantonsrat zur Motion Nr. 1751 betreffend die Entflechtung zwischen Staat und Kirche vom 12. Januar 1983, in: Zürcher Amtsblatt 1983, S. 177 ff.

⁷ Vgl. die verschiedenorts dokumentierten Kontroversen zwischen den Proff. Kurt Eichenberger und Werner Kägi.

⁸ MAX HUBER, Trennung von Kirche und Staat, S. 161.

1. Teil

Grundlagen

I. Heutige Staatsleistungen

Weit verstanden, kann der Begriff der Staatsleistungen an kirchliche Gemeinschaften⁹ sehr verschiedenes bedeuten. Bereits die Tatsache, dass ein Staat eine Kirche "öffentlichrechtlich anerkennt"¹⁰, stellt in gewissem Sinn eine Leistung dar, ebenso der Umstand, dass er einer Kirche im Rahmen von Vernehmlassungsverfahren zu Gesetzesvorlagen mit grosser ethischer Relevanz die Mitwirkung in staatlichen Angelegenheiten zubilligt. In Zusammenhang mit dem vorliegenden Gutachten wird der Begriff der Staatsleistungen jedoch enger verstanden als Verhalten, welches einen *vermögensrechtlichen Vorteil* einräumt¹¹. So verstandene Leistungen erbringt der Staat in verschiedenen Formen im Rahmen der sogenannten "Leistungsverwaltung", etwa indem er Subventionen ausrichtet oder durch Leistungen der Sozialversicherung für soziale Sicherheit sorgt¹².

Die heute geltende Staatsverfassung vom 4. Juni 1893 enthält keine Bestimmungen über staatliche Leistungen an die Landeskirchen. Der Vernehmlassungsentwurf für eine neue Verfassung vom 9. April 1991 sah ausdrück-

⁹ Zum Begriff der Staatsleistungen an kirchliche Gemeinschaften JOSEF ISENSEE, Staatsleistungen, v.a. S. 59 ff., und die da in Anm. 1 zitierte Literatur; HANSJOACHIM PETER, Grundlegung, S. 1 ff.

¹⁰ Unter der "öffentlichrechtlichen Anerkennung" wird nach üblichem Sprachgebrauch verstanden, dass der Staat eine Kirche als "Potenz des öffentlichen Rechts" (JOHANNES GEORG FUCHS, Praxis, S. 116) anerkennt, ihr also den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zugesteht. Die Bezeichnung ist allerdings unglücklich gewählt, vgl. UELI FRIEDERICH, Kirchen und Glaubensgemeinschaften, S. 460 f., Anm. 127.

¹¹ Vgl. für das deutsche Recht JOSEF ISENSEE, Staatsleistungen, S. 59, wonach sich die Rechtsfigur der Staatsleistung "nur auf *vermögenswerte* Positionen beziehen" kann. "Folglich scheiden ... die immateriellen Vorteile aus, wie sie die Kirchen auf Grund ihres Korporationsstatus (Dienstherrenfähigkeit, Vereidigungsrecht usw.) geniessen."

¹² FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht, S. 30.

lich vor, dass der Staat die landeskirchlichen Geistlichen besoldet¹³. Die Vorschrift wurde im Rahmen der Vernehmlassung kritisiert¹⁴ und schliesslich fallengelassen. Die in der Volksabstimmung vom 6. Juni 1993 angenommene neue Verfassung des Kantons Bern enthält nun in Art. 123 Abs. 3 folgende Bestimmung über die Landeskirchen:

"Sie bestreiten ihren Aufwand durch die Beiträge ihrer Kirchgemeinden und durch die vom Gesetz bezeichneten Leistungen des Kantons."

Art. 54 des Kirchengesetzes umschreibt die gesetzlichen Leistungen des Kantons wie folgt:

"Die Pfarrer der öffentlichen Kirchgemeinden und Anstalten und die Regionalpfarrer beziehen vom Staat eine Barbesoldung und Naturalbezüge (Amtswohnung, Garten, Pflanzland und Holz oder die entsprechenden Geldleistungen), welche durch Dekret des Grossen Rates festgesetzt werden. Das Dekret regelt auch die Besoldungsverhältnisse der Pfarrverweser, Hilfsgeistlichen und Vikare.

Für die Versetzung der Geistlichen in den Ruhestand gelten die Vorschriften des Beamtengesetzes und die Bestimmungen über die Beamtenversicherungskasse. Artikel 78 bleibt vorbehalten.

Die gesetzlichen Leistungen des Staates machen alle Ansprüche an das sogenannte Kirchengut hinfällig."

Nach Auskunft der Kirchendirektion besoldet der Kanton Bern heute insgesamt 385 ordentliche Pfarrstellen, 9 Regionalpfarrämter und 14 Hilfsgeistlichenstellen. Bemerkenswerterweise unterliegen die Pfarrbesoldungen, wie bereits Art. 54 Abs. 1 KiG zum Ausdruck bringt, nicht den allgemeinen Besoldungsvorschriften des Kantons, obwohl die Pfarrerinnen und Pfarrer in der Praxis als kantonale Beamte gelten¹⁵. Ihre Einkommen werden im ein-

zeln durch das Dekret vom 18. September 1972 über die Besoldungen der Geistlichen der bernischen Landeskirchen¹⁶ geregelt; für besondere Tätigkeiten wie Stellvertretungen bestehen spezielle Vorschriften¹⁷. Demgegenüber unterliegen die Ruhegehälter nach Art. 54 Abs. 2 grundsätzlich den Bestimmungen des allgemeinen Beamtenrechts¹⁸. Art. 55 behält Naturalleistungen oder entsprechende Barentschädigungen von Kirchgemeinden und andern Korporationen aufgrund besonderer Rechtstitel vor.

Die Staatsrechnung 1992 weist *Aufwendungen* des Kantons Bern für die drei Landeskirchen im Betrag von insgesamt Fr. 75'924'208.75 aus. Der weitaus grösste Anteil, nämlich ein Betrag von Fr. 60'107'531.90, wurde für "Gehälter des Verwaltungs- und Betriebspersonals" (Rubrik 3010) aufgewendet. Ins Gewicht fallen daneben die Arbeitgeberbeiträge an die Versicherungskasse (Rubrik 3040) von Fr. 7'413'201.60 und an Sozialversicherungen (Rubrik 3030) von Fr. 3'063'189.20 sowie die Entschädigungen an Kirchgemeinden von Fr. 2'997'310.65. Relativ bescheiden nehmen sich demgegenüber die Beiträge an die Landeskirchen als solche (Rubrik 3640) aus; sie betragen 1992 total Fr. 970'883.--. Nach Angaben der kantonalen Kirchendirektion entfallen von diesen Leistungen auf die evangelisch-reformierte Landeskirche je rund 83 %, was einigermassen in Relation mit dem Anteil der Konfessionsangehörigen aufgrund der Volkszählung von 1980 steht. In diesen Zahlen nicht enthalten sind die Aufwendungen für den Unterhalt der in staatlichem Eigentum stehenden *Pfarrhäuser* und für die *evangelisch-reformierte* und die *christkatholische theologische Fakultät* an der Universität Bern.

30 Abs. 1), ist die Auffassung soweit ersichtlich unbestritten, dass Geistliche als Beamte des Kantons zu qualifizieren sind.

¹⁶ BSG 414.5.

¹⁷ Z.B. die Verordnungen vom 6. September 1989 und vom 15. Mai 1991 über die Entschädigungen für pfarramtliche Funktionen bei Stellvertretungen der evangelisch-reformierten bzw. römisch-katholischen Geistlichen, BSG 141.522 und 141.525.

¹⁸ Besondere Vorschriften gelten diesbezüglich für römisch-katholische Geistliche. So bestimmt der vorbehaltene Art. 78 KiG: "Den Geistlichen der durch das Dekret vom 8. März 1939 errichteten römisch-katholischen Kirchgemeinden im alten Kantonsteil wird bei der Versetzung in den Ruhestand (Art. 6 des Gesetzes vom 11. Juni 1922) auch die Dienstzeit in diesen Kirchgemeinden vor dem Erlass des genannten Dekretes für die Festsetzung des Leibgedinges in Anrechnung gebracht. Die Höhe des Leibgedinges wird vom Regierungsrat festgesetzt." Vgl. auch den Regierungsratsbeschluss vom 11. Dezember 1936 betreffend Ruhegehalt an einen infolge Krankheit oder Invalidität vom Amt zurücktretenden Bischof von Basel, BSG 414.535.

¹³ Art. 119 Abs. 3 des Vernehmlassungsentwurfs lautete: "Der Kanton besoldet die Geistlichen der Kirchgemeinden, Anstalten und Regionalpfarrämter."

¹⁴ Vgl. den Vernehmlassungsbericht II zum Kommissionsentwurf vom 9. April 1991. Systematische Darstellung der Eingaben, Bern 1991, S. 161, wo die Vorschrift u.a. als "nicht verfassungswürdig" bezeichnet wird.

¹⁵ Der Beamtenstatus der landeskirchlichen Geistlichen im Kanton Bern ergibt sich nicht aus einer expliziten Vorschrift. Aufgrund der Tatsache, dass das Kirchengesetz die Wahlfähigkeit (Art. 20 ff.) und das Wahlverfahren (Art. 31 ff.) ausführlich regelt, die Besoldung durch den Kanton vorsieht, die in Art. 113 Abs. 1 StV für "Mitglieder der Staatsbehörden und die Beamten" grundsätzlich obligatorisch erklärte Vereidigung bzw. Ablegung eines Gelübdes vorschreibt (Art. 25 Abs. 1) und die Geistlichen grundsätzlich den Vorschriften über das staatliche Disziplinarrecht unterstellt (Art.

II. Rechte und Rechtstitel

1. Objektives Recht und subjektive Rechte

Bereits in der Umgangssprache hat der Begriff des Rechts verschiedene Bedeutungen. Der Satz "Das ist nicht Recht!" meint: "Das ist nicht richtig, das entspricht nicht der Gerechtigkeit", bezieht sich also auf eine objektive Gerechtigkeits-Ordnung. Der Satz: "Jedes Kind hat ein Recht auf Zukunft" dagegen meint: "Jedes Kind hat einen persönlichen, ihm namentlich zustehenden Anspruch auf Zukunft." Eine analoge Unterscheidung trifft die Rechtslehre. Sie unterscheidet zwischen *objektivem* Recht und *subjektiven* Rechten.

1.1 Objektives Recht

1.1.1 Begriff

Objektives Recht bezeichnet die *Gesamtheit der Rechtssätze*, die Summe aller (geltenden) Rechtsnormen: "Objektives Recht ist das Recht schlechthin."¹⁹ Objektives Recht ist demnach gleichbedeutend mit "*Rechtsordnung*"²⁰; beide Begriffe werden hier mit synonymem Bedeutung verwendet. Objektives Recht gilt grundsätzlich für alle, es wird – unabhängig von der Person allfällig "Berechtigter" – allgemeinverbindlich festgeschrieben in Erlassen: in Verfassungen, Gesetzen, Dekreten und Verordnungen.

¹⁹ BEAT SCHULTHEISS, Wohlerworbene Rechte, S. 1.

²⁰ PETER FORSTMOSER/WALTER R. SCHLUEP, Einführung in das Recht, S. 136.

1.1.2 Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung

Anerkanntermassen gilt der Grundsatz der *Einheit der (objektiven) Rechtsordnung*: Es gibt prinzipiell nur *ein* objektives Recht²¹. Mit andern Worten: Auf die Frage, was in einer konkreten Situation "Recht" ist, was in rechtlicher Hinsicht "gilt", gibt es zumindest in der Theorie stets eine *eindeutige Antwort*²². Zwar unterscheiden Lehre und Praxis unterschiedliche *Bereiche des positiven (geltenden) Rechts*²³ wie öffentliches und Privatrecht, formelles und materielles Recht, kirchliches und staatliches Recht. Recht wird in der Schweiz zudem auf verschiedenen "bundesstaatlichen Ebenen" gesetzt: durch den Bund, durch die Kantone und durch Gemeinden. Gelegentlich entscheidet bereits die Bundesverfassung, welche Rechtsnormen im Fall konkurrierender Regelungen anzuwenden sind. Beispielsweise gilt der Satz "Bundesrecht bricht kantonales Recht"²⁴.

Für die Fragestellung des vorliegenden Gutachtens wird namentlich entscheidend sein, dass die Bundesverfassung den prinzipiellen Vorrang des säkularen Rechts vor kirchlichen Vorschriften statuiert²⁵. Seit der Aufklärung beansprucht der neuzeitliche Staat kraft seiner Souveränität prinzipiell Rechtsetzungshoheit und "Kompetenz-Kompetenz" gegenüber allen gesellschaftlichen Kräften und damit auch gegenüber kirchlichen Gemeinschaften²⁶. Was im Verhältnis des Staats zur Kirche allgemein und im besonderen mit Bezug auf Rechtsverhältnisse betreffend das Kirchengut für beide Seiten als Recht zu gelten hat, bestimmen in rechtlicher Hinsicht

²¹ Die Lehre spricht dementsprechend stets von *dem* (objektiven) Recht oder von *der* Rechtsordnung.

²² "Die einzelnen Rechtsregeln, die zu einer bestimmten Zeit in einem Gebiet Geltung haben, sind aufeinander abgestimmt und bilden als einheitliches Ganzes die Rechtsordnung" (BEAT SCHULTHEISS, Wohlerworbene Rechte, S. 2).

²³ Zur Gliederung des positiven Rechts PETER FORSTMOSER/WALTER R. SCHLUEP, Einführung in das Recht, S. 155 ff.

²⁴ Art. 2 UeB BV. Grundsätzlich dazu PETER SALADIN, Kommentar zu Art. 2 UeB BV; vgl. auch DERS., Bund und Kantone. Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat, in: ZSR 103 (1984) II, S. 431 ff.

²⁵ Vgl. Art. 49 Abs. 4 und 5 BV: "Die Ausübung bürgerlicher oder politischer Rechte darf durch keinerlei Vorschriften oder Bedingungen kirchlicher oder religiöser Natur beschränkt werden. Die Glaubensansichten entbinden nicht von der Erfüllung der bürgerlicher Pflichten."

²⁶ UELI FRIEDERICH, Kirchen und Glaubensgemeinschaften, S. 186 ff.

allein *Vorschriften des staatlichen, säkularen Rechts*. Das heisst namentlich: Rechtsverhältnisse wie der Patronat, welche ursprünglich durch kanonisches, also kirchliches Recht normiert worden sind, sind für die hier allein interessierende staatsrechtliche Betrachtung nur insoweit von Relevanz, als das staatliche Recht die entsprechenden Regeln *übernommen* oder *anerkannt* hat²⁷.

1.2 Subjektive Rechte

1.2.1 Begriff

Das subjektive Recht verleiht eine *Berechtigung*²⁸. Die durch CARL FRIEDRICH VON SAVIGNY (1779-1861) begründete Historische Rechtsschule und die Pandektistik²⁹ haben den Begriff des subjektiven Rechts als *Bereich individueller Willensmacht* geprägt³⁰. Im Anschluss an IHE-

²⁷ KLAUS SCHLAICH, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, vornehmlich im Kulturverfassungs- und Staatskirchenrecht, Tübingen 1972, S. 188, formuliert: "Staatskirchenrecht ist Staatsrecht. Das Kirchenrecht hat staatsrechtliche (staatskirchenrechtliche) Relevanz soweit und nur soweit, als das staatliche Recht dies verfügt. Das ist ein Stück Neuzeit im Recht."

²⁸ PETER FORSTMOSER/WALTER R. SCHLUEP, Einführung in das Recht, S. 137.

²⁹ Die Vertreter der nach dem Titel ihrer typischen Lehrbücher so genannten "Pandektistik" oder "Pandektenwissenschaft" versuchten, aus dem Fundus des klassischen römischen Rechts ein Rechtssystem zu formen, welches den rechtspolitischen Bedürfnissen der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung des 19. Jahrhunderts gerecht werden sollte. Vgl. HANS SCHLOSSER, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 7. Auflage, Heidelberg 1993, S. 119 ff.

³⁰ Vgl. FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840, S. 7: "Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgiebt und durchdringt, so erscheint uns zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unserer Einstimmung herrscht. Diese Macht nennen wir *ein Recht* dieser Person, gleichbedeutend mit Befugnis: Manche nennen es das Recht im subjectiven Sinn." Vgl. aus der Pandektistik etwa auch BERNHARD WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, 9. Aufl., bearbeitet von Theodor Kipp, Frankfurt am Main 1906, S. 156.

RING³¹ ist heute ganz allgemein etwa von einem "rechtlich geschützten Interesse" die Rede³². Was diese Formel konkret bedeutet, ist kaum allgemeingültig zu bestimmen. In der *Privatrechtslehre* steht im allgemeinen die *berechtigte Person* im Zentrum; das subjektive Recht wird dementsprechend etwa als "Normsetzungsbefugnis" umschrieben³³. Im Bereich des *öffentlichen Rechts* wird dagegen gelegentlich darauf abgestellt, ob ein Anspruch *prozessualen Schutz* geniesst; JÖRG PAUL MÜLLER schlägt in Zusammenhang mit verfassungsmässigen Rechten "für praktische Bedürfnisse" vor, "dass als subjektiv-rechtlich die Grundrechtsposition gelten soll, die man in einem gerichtlichen Verfahren durchsetzen kann"³⁴. Gelegentlich wird das subjektive Recht nicht nur aus der Warte der berechtigten, sondern im *Kontext der aus dem Rechtsverhältnis verpflichteten Person und des Inhalts der Berechtigung* definiert. ALEXY bezeichnet das subjektive Recht auf etwas als "eine dreistellige Relation zwischen dem Träger, dem Adressaten und dem Gegenstand des Rechts"³⁵. Das Bundesgericht hat in Zusammenhang mit dem Anspruch auf eine staatliche Subvention das subjektive Recht als "Ausschluss des Ermessens, jedenfalls des 'Rechtsfolgeermessens' im engsten Sinne" gedeutet³⁶ und wie folgt umschrieben:

"Pour qu'on puisse dire de la législation fédérale ainsi comprise qu'elle confère un droit, il faut qu'elle définisse de façon exhaustive les conditions dont dépend l'octroi de la subvention, et que la décision ne soit pas laissée à l'appréciation de l'autorité administrative ..."³⁷

³¹ RUDOLPH IHERING, Geist des römischen Rechts, 3. Teil, 1. Abteilung, 5. Auflage, Leipzig 1906, S. 10.

³² PETER FORSTMOSER/WALTER R. SCHLUEP, Einführung in das Recht, S. 137.

³³ Ausführlich EUGEN BUCHER, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965.

³⁴ JÖRG PAUL MÜLLER, Zur sog. subjektiv- und objektivrechtlichen Bedeutung der Grundrechte. Rechtsvergleichende Bemerkungen aus Schweizer Sicht, in: Der Staat 29 (1990), S. 33 ff., 37.

³⁵ ROBERT ALEXY, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, in: Der Staat 29 (1990), S. 49 ff., 53.

³⁶ PETER SALADIN, Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht, S. 338.

³⁷ BGE 99 Ib 422.

1.2.2 Arten

Subjektive Rechte können nach verschiedenen Kriterien in Kategorien unterteilt werden. Die Privatrechtslehre³⁸ unterscheidet etwa die folgenden:

a) Absolute und relative Rechte

Absolute Rechte verleihen eine Berechtigung gegenüber *jedermann*, *relative* Rechte nur gegenüber einem *beschränkten Personenkreis*. Relative Rechte können grundsätzlich jeden beliebigen Anspruchsinhalt haben, also den Belasteten zu irgendeinem Tun oder Unterlassen verpflichten. Demgegenüber kann Gegenstand von absoluten Rechten nur ein negativer Anspruch im Sinn eines Unterlassungsanspruchs sein.

b) Dingliche und persönliche Rechte

Entsprechend der Einteilung des klassischen römischen Rechts der Klagen in *actiones in rem* und *actiones in personam* unterscheidet die Lehre *dingliche* und *persönliche* Rechte. *Persönliche Rechte* richten sich gegen eine bestimmte Person (oder gegen mehrere bestimmte Personen); *relative* und *persönliche* Rechte sind mithin dasselbe. Sie werden auch etwa als *Forderungsrechte* oder *obligatorische Rechte* bezeichnet. *Dingliche Rechte* sind immer gleichzeitig auch absolute Rechte, aber enger umschrieben als *auf körperliche Sachen bezogene absolute Rechte*. Das klassische Beispiel eines dinglichen Rechts ist das Eigentum. Absolute Rechte, die nicht zugleich dingliche Rechte sind, sind etwa Persönlichkeitsrechte, Urheberrechte und Patentrechte.

c) "Subjektiv-dingliche Verknüpfung": Realobligationen

Unter Umständen bestimmen sich die durch ein persönliches Recht berechtigten oder belasteten Personen nicht durch Kriterien, die in dieser Person selbst liegen, sondern z.B. nach der *Trägerschaft eines bestimmten dinglichen Rechts*. Die neuere Privatrechtslehre spricht in diesem Zusammenhang von "subjektiv-dinglicher Verknüpfung" des Forderungsrechts. Das klassi-

sche Beispiel einer solchen Verknüpfung auf der Seite der belasteten Person stellt die sogenannte *Grundlast* nach Art. 782 Abs. 1 ZGB dar:

"Durch die Grundlast wird der jeweilige Eigentümer eines Grundstückes zu einer Leistung an einen Berechtigten verpflichtet, für die er ausschliesslich mit dem Grundstück haftet."

Eine "subjektiv-dingliche Verknüpfung" auf Seiten des Berechtigten kann ebenfalls im Fall der Grundlast gegeben sein, wenn der Berechtigte nach Art. 782 Abs. 2 ZGB bestimmt wird:

"Als Berechtigter kann der jeweilige Eigentümer eines andern Grundstückes bezeichnet sein."

Ein anderes Beispiel "subjektiv-dinglicher Verknüpfung" auf der Seite des Berechtigten stellen sogenannte *Inhaberpapiere* dar: Die in einem Wertpapier verkörperte Forderung steht der Person zu, in deren Eigentum das Papier steht.

1.3 Verhältnis von subjektiven Rechten und objektivem Recht

Von jedem subjektiven Recht lässt sich sagen, dass es letztlich auf einem Satz des objektiven Rechts gründet³⁹. Der Bezug des subjektiven Rechts zur objektiven Norm kann mehr oder weniger unmittelbar sein. Nach dem Kriterium des unmittelbaren Bezugs lassen sich etwa die folgenden Unterscheidungen treffen: Internationale Verträge, Verfassungen und Gesetze gewährleisten jedem Menschen bestimmte Persönlichkeitsrechte allein aufgrund seiner *Eigenschaft als Mensch*⁴⁰. Andere Rechte werden dadurch be-

³⁹ "Das subjektive Recht ... wird umschrieben als ein von der Rechtsordnung (und damit vom objektiven Recht) verliehener rechtlicher Herrschaftsbereich ..." (PETER FORSTMOSER/WALTER R. SCHLUEP, Einführung in das Recht, S. 137).

⁴⁰ Vgl. z.B. Art. 9 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 (EMRK): "Jedermann hat Anspruch auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit ..."; Art. 58 BV: "Niemand darf seinem verfassungsmässigen Richter entzogen, und es dürfen daher keine Ausnahmegerichte eingeführt werden"; Art. 28 Abs. 1 ZGB: "Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, den Richter anrufen."

³⁸ Zum folgenden EUGEN BUCHER, Obligationenrecht, v.a. S. 29 ff.

gründet, dass eine Person *bestimmte gesetzliche Voraussetzungen* erfüllt⁴¹. Rechte können auch aufgrund des *faktischen Verhaltens* der berechtigten oder einer andere Person entstehen: Wer im Interesse einer andern Person ein Geschäft ausführt, hat unter Umständen Anspruch auf Auslagen- und Schadenersatz⁴², und wer im Vertrauen auf eine behördliche Zusicherung unwiederbringliche Dispositionen getroffen hat, kann sich unter Umständen auch dann auf diese Zusicherung berufen, wenn sie inhaltlich falsch war⁴³; wer durch fahrlässiges Handeln einer andern Person verletzt wird, hat Anspruch auf Ersatz des erlittenen Schadens⁴⁴. Vertragliche Ansprüche schliesslich entstehen durch *rechtsgeschäftliches, d.h. ausdrücklich auf einen rechtlichen "Erfolg" ausgerichtetes Handeln*, nämlich durch den Abschluss eines Vertrags. Auch diese Rechte "gelten" aber nur deshalb, weil letztlich ein Satz des objektiven Rechts ihren Bestand schützt⁴⁵.

Bezogen auf die diesem Gutachten zugrundeliegende Fragestellung bedeutet dies, dass letztlich die Frage zu beantworten sein wird, *welche Norm des (heute geltenden!) geschriebenen oder ungeschriebenen Rechts einen allfälligen kirchlichen Anspruch im Fall der Aufhebung der staatlichen Besoldung Geistlicher schützt*. Ganz allgemein gilt, was SALADIN für den besondern Fall der wohlerworbenen Rechte feststellt:

⁴¹ Das Kind einer verstorbenen Person ist von Gesetzes wegen Erbe (Art. 457 ZGB) und tritt (anteilmässig) in die Rechtsstellung des Erblassers ein (Art. 560 ZGB).

⁴² Vgl. Art. 422 Abs. 1 OR über die Geschäftsführung ohne Auftrag: "Wenn die Übernahme einer Geschäftsbesorgung durch das Interesse des Geschäftsherrn geboten war, so ist dieser verpflichtet, dem Geschäftsführer alle Verwendungen, die notwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen waren, samt Zinsen zu ersetzen und ihn in demselben Masse von den übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien sowie für andern Schaden ihm nach Ermessen des Richters Ersatz zu leisten."

⁴³ Vgl. zum Vertrauensschutz im öffentlichen Recht auch hinten S. 44 ff.

⁴⁴ Vgl. Art. 41 Abs. 1 OR: "Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet."

⁴⁵ Dass Verträge unter Privaten ein Rechtsverhältnis begründen und zwischen den Beteiligten verbindlich "Recht setzen", sagt in allgemeiner Form Art. 12 ZGB: "Wer handlungsfähig ist, hat die Fähigkeit, durch seine Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen." Wie ein Vertrag zustandekommt, bestimmen die Art. 1 ff. OR, die Art. 68 ff. OR regeln die Wirkungen von Verträgen. Dass Verträge grundsätzlich "gelten", wird in der Lehre, namentlich im Völkerrecht, oft auch mit objektivem Naturrecht begründet (*pacta sunt servanda*).

"Die eigentliche Rechtsfrage ist also, welchen Rechtspositionen solche Beständigkeit gebührt. Gelegentlich – und nicht einmal selten – erteilt das positive Recht selbst eine Antwort hierauf – sei es in Spezial-, sei es in allgemeinen (kantonalen) Verwaltungsrechtspflegeerlassen. Schweigt das positive Recht, so kann nur von einer Besinnung auf die einschlägigen Verfassungsprinzipien die Antwort erwartet werden."⁴⁶

2. Wohlerworbene Rechte

Die Rechtsordnung anerkennt individuelle Rechtspositionen verschiedenen Intensitätsgrades⁴⁷. Eine besonders "intensiv" geschützte Position verleiht das sogenannte wohlerworbene Recht.

2.1 Begriff

Der Begriff des wohlerworbenen Rechts taucht gelegentlich auch in Zusammenhang mit kirchlichen Ansprüchen an den Staat in der Literatur⁴⁸, in Gutachten⁴⁹ und in Stellungnahmen kantonalen Behörden⁵⁰ auf, wird

⁴⁶ PETER SALADIN, Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht, S. 339.

⁴⁷ WALTER KÄMPFER, Gesetzesbeständigkeit, S. 343.

⁴⁸ JOHANNES GEORG FUCHS, Praxis, S. 287 (in Zusammenhang mit der Abtrennung des Kantons Jura vom Kanton Bern): "Ob man gegenüber Bern diesbezüglich noch wohlerworbene Rechte geltend machen kann und will, ist eine andere Frage; denn die staatliche Übernahme der Pfarrbesoldung war häufig das Entgelt für säkularisiertes Kirchengut"; ULRICH LAMPERT, Kirche und Staat II, S. 507: "Die Unversehrtheit des Kirchenvermögens steht unter dem Rechtsschutz des Staates, indem alle Kantone das Eigentum und die wohlerworbenen Privatrechte aller Rechtssubjekte verfassungsrechtlich garantieren."

⁴⁹ H. TÜRLER, Gutachten, S. 37, zum Übergang von bernischem Kirchengut an den neuen Kanton Aargau 1798: "Die Lasten, welche die bernische Regierung ausser jenen Stiftungszwecken aus dem Stifftgute getragen hatte, gingen ohne weiteres auf den neuen Eigentümer über, denn das waren persönliche Verpflichtungen, welchen wohlerworbene Privatrechte entsprachen."

⁵⁰ Lehenskommissär Stettler im bernischen Grossen Rat in Zusammenhang mit dem Dekret vom 7. Mai 1804: "Auf diese Besoldung hat nunmehr die Geistlichkeit ein wohlerworbenes Recht, das sie fordern darf ..." (Verhandlungen des Grossen Rathes der Republik Bern 1835, Nr. 74, S. 5); Vernehmlassung des Regierungsrats Basel-

aber da offensichtlich nicht immer mit derselben Bedeutung verwendet. Die Rechtsfigur ist schillernd und erfreut sich "keiner evidenten Legitimität"⁵¹. In der Literatur gelten wohlerworbene Rechte als "erratische Blöcke im öffentlichen Recht"⁵², welche den "unbewältigten Relikten vergangener Rechtssysteme"⁵³ zugerechnet werden. Im geschriebenen öffentlichen Recht⁵⁴ ist nur ausnahmsweise von ihnen die Rede. Die Bundesverfassung kennt den Begriff nicht, kantonale Verfassungen erwähnen sie selten⁵⁵. Auch die Gesetzgebung gibt nur spärlich Auskunft darüber, was unter wohlerworbenen Rechten zu verstehen ist. Explizite Aufnahme haben sie etwa im *Bundesgesetz vom 22. Dezember 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkraft*⁵⁶ gefunden. In Art. 43 Abs. 1 wird über die Verleihung von Wasserrechten bestimmt:

"Die Verleihung verschafft dem Beliehenen nach Massgabe des Verleihungsaktes ein wohlerworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers."

Im wesentlichen hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung herausgearbeitet, was unter wohlerworbenen Rechten zu verstehen ist. Das Bundesgericht hat seine Praxis weitgehend kasuistisch entwickelt. Es hat, "ohne sich tiefer in definitorische Versuche einzulassen", je im konkreten Fall entschieden, ob ein bestimmter Anspruch als wohlerworben zu bezeichnen sei, und "dabei nicht stets eine klare Linie eingehalten"⁵⁷. Nach der neueren Lehre bezeichnet der Begriff des wohlerworbenen Rechts "eine besonders verfestigte

Rechtsposition, welche nicht nur gegen Verfügungen, sondern sogar gegen Akte des Gesetzgebers erfolgreich verteidigt werden kann"⁵⁸. Entsprechend *streng* sind die *Voraussetzungen ihrer Anerkennung*; so gelten etwa die Rechte des Konzessionärs und des Beamten nur dann als wohlerworben, wenn ihre Unabänderlichkeit auf dem Weg der Gesetzgebung ausdrücklich zugesichert worden ist⁵⁹.

Die Begriffe "subjektives Recht" und "wohlerworbenes Recht" decken sich demnach nicht⁶⁰. Bestand und Inhalt eines subjektiven Rechts bestimmen sich grundsätzlich nach der jeweils geltenden gesetzlichen Ordnung. Das wohlerworbene Recht genießt einen "qualifizierten Schutz"⁶¹ und weist eine, auch Rechtsänderungen überdauernde, "besondere Beständigkeit"⁶² auf.

2.2 Arten

Die Lehre unterteilt die wohlerworbenen Rechte nach verschiedenen Gesichtspunkten in Kategorien. Mit KÖLZ⁶³ und GEORG MÜLLER⁶⁴ lassen sich die zwei Hauptgruppen der *vorbestandenen*, "*historischen*" Rechte einerseits und der *Rechte aus vertraglichen oder vertragsähnlichen (öffentlichrechtlichen) Rechtsverhältnissen* andererseits unterscheiden⁶⁵. Andere Autoren differenzieren weiter. RHINOW etwa unterteilt die wohlerworbenen Rechte in insgesamt vier Gruppen: die sogenannten *vorbestandenen Rechte*,

Stadt vom 24. August 1977 zur eidgenössischen Volksinitiative "betreffend die vollständige Trennung von Staat und Kirche", S. 16: "Dazu kommt in verschiedenen Kantonen die Abfindung der Kirchen für ihre *wohlerworbenen Rechte*, namentlich für die vom Staat den Kirchen garantierten Beiträge (Uebernahme der Pfarrbesoldungen usw.) als Entgelt für einst überlassenes Kirchengut."

⁵¹ PETER SALADIN, Grundrechte im Wandel, S. XXXVII.

⁵² ALFRED KÖLZ, Recht, S. 65.

⁵³ PETER SALADIN, Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht, S. 337.

⁵⁴ Wohlerworbene Rechte des Privatrechts bleiben hier unberücksichtigt; vgl. zu diesen etwa BEAT SCHULTHEISS, Wohlerworbene Rechte, S. 31 ff. Die explizite Vorschrift über wohlerworbene Rechte des Aktionärs in Art. 646 aOR ist mit der Revision vom 4. Oktober 1991 aufgehoben worden.

⁵⁵ Hinweise bei WALTER KÄMPFER, Gesetzesbeständigkeit, S. 348 f.

⁵⁶ SR 721.80.

⁵⁷ WALTER KÄMPFER, Gesetzesbeständigkeit, S. 350.

⁵⁸ PETER SALADIN, Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht, S. 338.

⁵⁹ JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte, S. 327, Anm. 12.

⁶⁰ PETER SALADIN, Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht, S. 338.

⁶¹ WALTER KÄMPFER, Gesetzesbeständigkeit, S. 345.

⁶² GEORG MÜLLER, Kommentar zu Art. 4 BV, N. 70.

⁶³ ALFRED KÖLZ, Recht, S. 65 f.

⁶⁴ GEORG MÜLLER, Kommentar zu Art. 22^{ter} BV, N. 2.

⁶⁵ Vgl. auch GEORG MÜLLER, Kommentar zu Art. 4 BV, N. 70: "Die besondere Beständigkeit beruht darauf, dass diese Rechte entweder seit jeher vom Staat anerkannt wurden (z.B. Tavernen-, Fischereirechte) oder vertragsähnlichen Charakter aufweisen (z.B. Konzessionen), also durch Willensübereinstimmung zwischen Verwaltung und Bürger zustande gekommen sind, mittels welcher sich die Parteien auf Dauer über den Austausch von Leistungen geeinigt haben."

die vermögensrechtlichen Ansprüche von Beamten gegenüber dem Staat, die privaten Ansprüche aus Konzessionsverhältnissen und "gewisse Rechte aufgrund staatlicher Bewilligungen und Zusagen"⁶⁶. Für die Fragestellung des vorliegenden Gutachtens genügt die Unterteilung wohlervorbener Rechte, wie sie KÖLZ und MÜLLER vornehmen.

2.2.1 Vorbestandene Rechte

Zu den historischen oder vorbestandenen Rechten, auch etwa ehehafte Rechte genannt, gehören jene Ansprüche, die auf alten Titeln beruhen⁶⁷. Die Lehre nennt als Beispiel ehehafte *Tavernenrechte*, *Fischereigerechtigkeiten* und *Wasserrechte*⁶⁸. Wohlervorbene Rechte der historischen Gruppe galten zum Zeitpunkt ihrer Entstehung als private subjektive Rechte und geniessen deshalb – trotz veränderter Anschauungen über die Grenzziehung zwischen öffentlichem und privatem Recht – heute noch den Schutz der *Eigentumsgarantie*. Sie weisen deshalb regelmässig sowohl einen "dinglichen Einschlag"⁶⁹ als auch "einen öffentlich-rechtlichen Einschlag"⁷⁰ auf.

Historische Rechte haben der Praxis insgesamt wesentlich weniger Probleme aufgegeben als die Rechte aus vertragsähnlichen Rechtsverhältnissen⁷¹. Das Bundesgericht hat sie regelmässig gegen entschädigungslose Einschränkungen und Aufhebungen umfassend geschützt⁷².

⁶⁶ RENÉ A. RHINOW, Wohlervorbene und vertragliche Rechte, S. 2 ff.

⁶⁷ ALFRED KÖLZ, Recht, S. 65.

⁶⁸ GEORG MÜLLER, Kommentar zu Art. 4 BV, N. 70; WALTER KÄMPFER, Gesetzesbeständigkeit, S. 353; ALFRED KÖLZ, Recht, S. 66.

⁶⁹ RENÉ A. RHINOW, Wohlervorbene und vertragliche Rechte, S. 3.

⁷⁰ WALTER KÄMPFER, Gesetzesbeständigkeit, S. 353.

⁷¹ RENÉ A. RHINOW, Wohlervorbene und vertragliche Rechte, S. 3.

⁷² ALFRED KÖLZ, Recht, S. 66.

2.2.2 Rechte aus vertraglichen oder vertragsähnlichen Rechtsverhältnissen

Zu den vertraglichen oder vertragsähnlichen wohlervorbenen Rechten zählt die Lehre etwa solche aus *Subventionsgewährungen*, aus *Erschliessungsvereinbarungen*, *Konzessionen* oder *wirtschaftspolitischen Bewilligungen*, namentlich Kontingenten, sowie bestimmte *Ansprüche aus Beamtenrecht*⁷³. Wohlervorben sind nicht notwendig sämtliche Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis, sondern nur solche mit *tatsächlich vertraglichem oder vertragsähnlichem Charakter*. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind deshalb (nur) "diejenigen Rechte innerhalb einer Konzession als wohlervorben einzustufen, welche nicht durch einen Rechtssatz, sondern aufgrund freier Vereinbarung der Parteien entstanden sind"⁷⁴. Für Besoldungsansprüche von Beamten, welche nicht ein besonderes vertragliches Element aufweisen, gilt demnach grundsätzlich, "dass das Dienstverhältnis durch die jeweilige Gesetzgebung beherrscht wird und somit, was seine vermögensrechtliche Seite angeht, die Entwicklung mitmacht, welche die Gesetzgebung erfährt. Dem kantonalen Gesetzgeber steht es frei, durch Gesetzesänderung in die finanziellen Ansprüche des Beamten einzugreifen, weshalb diesen der Charakter von wohlervorbenen Rechten in der Regel nicht zukommt."⁷⁵ RHINOW fasst folgendermassen zusammen:

"Die traditionellen (nicht vorbestandenen) wohlervorbenen Rechte sind ihrem Wesen nach teilweise ursprünglich privatrechtliche, nach heutiger Anschauung jedoch öffentlichrechtliche, zweiseitige und auf die Dauer begründete Vertragsverhältnisse. Sie unterscheiden sich von den 'gewöhnlichen' subjektiven Rechten des Bürgers gegenüber dem Staat durch die Elemente der Gegenseitigkeit und der Dauerhaftigkeit, welche die beiderseitige Bindung auf Zeit rechtfertigen."⁷⁶

2.3 Schutz wohlervorbener Rechte

Wohlervorbene Rechte können grundsätzlich sowohl unter dem Schutz des aus Art. 4 BV abgeleiteten *Vertrauensgrundsatzes* als auch der *Eigentums-garantie* (Art. 22^{ter} BV) stehen. Je nachdem, ob im konkreten Fall die "vertrauensbildende Beziehung zwischen Bürger und Staat" oder die "sachen-

⁷³ GEORG MÜLLER, Kommentar zu Art. 22^{ter} BV, N. 2.

⁷⁴ BGE 113 Ia 361.

⁷⁵ BGE 101 Ia 445.

⁷⁶ RENÉ A. RHINOW, Wohlervorbene und vertragliche Rechte, S. 20.

rechtliche Fixierung" dominiert, ist primär die eine oder andere Garantie heranzuziehen, doch ist der Gehalt der andern ergänzend zu berücksichtigen⁷⁷. Gelegentlich, allerdings eher beiläufig und nicht ohne entsprechende Kritik der Lehre zu ernten, hat das Bundesgericht zusätzlich das Rechtsgleichheitsgebot und das Willkürverbot als Schutznormen herangezogen⁷⁸.

2.3.1 Durch den Vertrauensgrundsatz

Für das Privatrecht statuiert Art. 2 ZGB das Gebot von Treu und Glauben mit folgenden Worten:

"Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.

Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz."

Der Grundsatz von Treu und Glauben oder das Vertrauensprinzip⁷⁹ gilt auch im öffentlichen Recht⁸⁰. Er wird allerdings heute nicht (mehr) aus

Art. 2 ZGB, sondern aus Art. 4 BV abgeleitet⁸¹. In einem weiteren Sinn gilt der Grundsatz des Vertrauensschutzes als "*allgemeiner Rechtsgrundsatz, der Staat und Privaten bei sämtlichen Tätigkeiten und in allen Gebieten gegenseitig und untereinander treuwidriges, rechtsmissbräuchliches, widersprüchliches Handeln untersagt*"⁸².

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verleiht der Vertrauensgrundsatz namentlich einen "Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen und sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden"⁸³. Unter bestimmten Voraussetzungen darf sich ein Bürger gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben deshalb sogar auf eine *inhaltlich unrichtige behördliche Auskunft* verlassen⁸⁴. Zu diesen Voraussetzungen gehört namentlich, dass "die gesetzliche Ordnung seit der Auskunfterteilung keine Änderung erfahren hat"⁸⁵. Rechtsänderungen gehen demnach dem Gebot eines Verhaltens nach Treu und Glauben in der Regel vor⁸⁶.

In Abweichung von diesem Grundsatz hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung anerkannt, dass namentlich der *Gesetzgeber* unter Umständen *durch die Abgabe bestimmter Zusicherungen oder Erklärungen ein schützenswertes Vertrauen begründen* kann, welches auch durch Rechtsänderungen nicht enttäuscht werden darf⁸⁷. Unter diesem Gesichtspunkt nimmt das Bundesgericht ein wohl erworbenes Recht "aufgrund bestimmter gesetzlicher oder individueller Zusicherungen" an⁸⁸. Schon in BGE 70 I 22 erklärte das Ge-

⁷⁷ GEORG MÜLLER, Kommentar zu Art. 4 BV, N. 70, Anm. 177; ebenso JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte, S. 328. Vgl. z.B. BGE 101 Ia 447 f. E. 2c und 3.

⁷⁸ In Zusammenhang mit wohl erworbenen Rechten führt das Gericht in BGE 101 Ia 446 aus: "Darüber hinaus werden alle vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten gegenüber Massnahmen des Gesetzgebers durch Art. 4 BV geschützt. Diese Verfassungsbestimmung schliesst aus, dass die Ansprüche willkürlich abgeändert, nachträglich entzogen oder im Wert herabgesetzt werden und dass Eingriffe ohne besondere Rechtfertigung einseitig zu Lasten einzelner Berechtigter oder bestimmter Gruppen erfolgen." Kritik an dem damit begründeten "Dreisäulenprinzip" des Schutzes wohl erworbener Rechte bei RENÉ A. RHINOW, Wohlerworbene und vertragliche Rechte, S. 20.

⁷⁹ Lehre und Rechtsprechung verwenden die Begriffe "Vertrauensprinzip" und "Gebot von Treu und Glauben" weitgehend synonym. Vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte, S. 328; BGE 118 Ia 386.

⁸⁰ Dazu grundsätzlich BEATRICE WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz. Vgl. auch PETER SALADIN, Das Verfassungsprinzip der Fairness, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts. Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 41 ff.; KATHARINA SAMELI, Treu und Glauben im öffentlichen Recht, in: ZSR 96 (1977) II, S. 289 ff.

⁸¹ Art. 4 Abs. 1 BV lautet: "Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Es gibt in der Schweiz keine Untertanenverhältnisse, keine Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen." Abs. 2 enthält die Garantie der Gleichstellung von Mann und Frau. Das Bundesgericht hat in reicher Rechtsprechung aus Art. 4 BV eine Reihe von Grundsätzen und Ansprüchen abgeleitet; dazu GEORG MÜLLER, Kommentar zu Art. 4 BV, N. 1 ff.; ARTHUR HAEFLIGER, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung, Bern 1985.

⁸² GEORG MÜLLER, Kommentar zu Art. 4 BV, N. 60.

⁸³ BGE 111 Ib 124 E. 4.

⁸⁴ BGE 114 Ia 107 E. 2a, 213 E. 3a; 112 Ia 355 E. 3cc; 107 V 160 E. 2.

⁸⁵ BGE 115 Ia 19 E. 4a.

⁸⁶ BGE 114 Ib 24 E. 5c.

⁸⁷ GEORG MÜLLER, Kommentar zu Art. 4 BV, N. 63.

⁸⁸ BGE 101 Ia 448 E. 3.

richt, ein Gesetz könne "einzelne Beziehungen ein für alle Mal festlegen". Derartige gesetzliche Zusicherungen hat die Praxis namentlich im Fall von Ansprüchen aus Beamtenrecht, aber auch etwa im Fall von Steuerprivilegien zugunsten gemischtwirtschaftlicher Unternehmen angenommen⁸⁹.

2.3.2 Durch die Eigentumsgarantie

Art. 22^{ter} BV gewährleistet die Eigentumsgarantie mit folgender Formulierung:

"Das Eigentum ist gewährleistet.

Bund und Kantone können im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Befugnisse auf dem Wege der Gesetzgebung im öffentlichen Interesse die Enteignung und Eigentumsbeschränkungen vorsehen.

Bei Enteignungen und bei Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, ist volle Entschädigung zu leisten."

Art. 22^{ter} fand durch Volksabstimmung vom 14. September 1969 gleichzeitig mit dem Raumplanungsartikel Aufnahme in die Bundesverfassung⁹⁰. Vorher galt die Eigentumsgarantie als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht⁹¹.

Der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff ist weiter als der privatrechtliche. Schutzobjekte der Eigentumsgarantie nach Art. 22^{ter} BV sind neben dem zivilrechtlichen Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen⁹² beschränkte dingliche und obligatorische Rechte, Immaterialgüterrechte, der Besitz als faktische Sachherrschaft⁹³ und wie erwähnt die *wohlerworbenen Rechte*⁹⁴. (Vorwiegend) den Schutz der Eigentumsgarantie geniessen die wohlerworbenen Rechte der historischen Gruppe, weil sie regelmässig eine Sachherrschaft zum Gegenstand haben⁹⁵.

⁸⁹ KATHRIN KLETT, Verfassungsrechtlicher Schutz, S. 106 ff.

⁹⁰ Zur Entstehungsgeschichte von Art. 22^{ter} BV RICCARDO L. JAGMETTI, Kommentar zu Art. 22^{quater} BV, Entstehungsgeschichte/Materialien.

⁹¹ PETER SALADIN, Grundrechte im Wandel, S. 114 ff.

⁹² Vgl. Art. 641 ff. ZGB

⁹³ Art. 919 Abs. 1 ZGB: "Wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, ist ihr Besitzer."

⁹⁴ GEORG MÜLLER, Kommentar zu Art. 22^{ter} BV, N. 2.

⁹⁵ ALFRED KÖLZ, Recht, S. 66. Vgl. z.B. BGE 98 I 659.

2.4 Entzug wohlerworbener Rechte

Auch wohlerworbene Rechte gelten – wie verfassungsmässige Rechte ganz allgemein – nicht absolut, sondern sind unter bestimmten Voraussetzungen *einschränkbar*⁹⁶. Der Entzug wohlerworbener Rechte ist nur unter den Voraussetzungen zulässig, welche für Eingriffe in das Eigentum gelten⁹⁷. Das Bundesgericht betont, auch wohlerworbene Rechte bewirkten andererseits "keine Bindung, die in ihrer Tragweite über die Eigentumsgarantie hinausgeht"; Beschränkungen wohlerworbener Rechte sind demnach zulässig, soweit sie auf einer *gesetzlichen Grundlage* beruhen, im *überwiegenden öffentlichen Interesse* liegen, *verhältnismässig* sind und *voll entschädigt* werden, soweit sie einer Enteignung gleichkommen⁹⁸.

Besteht ein wohlerworbenes Recht in einem Anspruch auf eine Geldleistung, ist ein Entzug nach der Lehre allerdings praktisch ausgeschlossen, weil die Entschädigung in diesem Fall gerade der geschuldeten Geldleistung entspricht⁹⁹. SCHULTHEISS führt dazu aus:

"... hier erschöpft sich das Recht in seinem Vermögenswert. Somit hätte der Staat nach erfolgtem Eingriff und geleisteter Entschädigung nichts gewonnen; der Eingriff würde sinnlos und damit unzulässig ... Bei Rechten, deren Inhalt sich in einer Geldleistung erschöpft, kann Inhaltsneubestimmung faktisch nur eine Neufestsetzung des Geldbetrages bedeuten. Eine solche stellt aber bereits einen Eingriff in die *Substanz* des Rechts dar, weil die Geldleistung ja einziger Inhalt des Rechts ist. Was sollte denn sonst noch Substanz sein können, wenn nicht die Höhe des Betrages? Somit ergibt sich, dass für eine Inhaltsneubestimmung kein Raum bleibt, obwohl sie theoretisch entschädigungslos zulässig wäre."¹⁰⁰

Ich kann dieser Ansicht nicht vorbehaltlos zustimmen. Eine "Inhaltsneubestimmung" einer Geldleistung kann z.B. auch darin bestehen, dass eine Dauerschuld durch Kapitalisierung der einzelnen Leistungen abgelöst wird. Die "Gleichwertigkeit" dieser Ablösung vorausgesetzt, ist nicht einzusehen, weshalb eine derartige Veränderung des Inhalts nicht zulässig sein sollte.

⁹⁶ Grundsätzlich zu den Voraussetzungen für Grundrechtseinschränkungen JÖRG PAUL MÜLLER, Einleitung zu den Grundrechten, N. 113 ff.

⁹⁷ RENÉ A. RHINOW, Wohlerworbene und vertragliche Rechte, S. 17; RENÉ A. RHINOW/BEAT KRÄHENMANN, Verwaltungsrechtsprechung, S. 366 f., 474.

⁹⁸ BGE 113 Ia 362, m.H. auf frühere Entscheidungen.

⁹⁹ RENÉ A. RHINOW/BEAT KRÄHENMANN, Verwaltungsrechtsprechung, S. 367.

¹⁰⁰ BEAT SCHULTHEISS, Wohlerworbene Rechte, S. 149.

2.5 Berechtigte Rechtssubjekte

Regelmässig sprechen Lehre und Judikatur von wohl erworbenen Rechten *des Bürgers*¹⁰¹. Nach traditioneller Auffassung stehen grundrechtliche Ansprüche natürlichen Personen und juristischen Personen des *Privatrechts* ohne weiteres, juristischen Personen des *öffentlichen Rechts* dagegen nur ausnahmsweise zu¹⁰². Abgesehen von Grundsätzen von allgemeiner Tragweite wie dem Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung¹⁰³ und dem Recht der Gemeinden, das spezifische Recht der Gemeindeautonomie¹⁰⁴ anzurufen, können juristische Personen des öffentlichen Rechts nach der Formel des Bundesgerichts nur dann Grundrechtsschutz beanspruchen, soweit sie nicht hoheitlich handeln, sondern "*sich auf dem Boden des Privatrechtes bewegen*" oder sonstwie "*wie eine Privatperson betroffen werden*"¹⁰⁵.

2.6 Numerus clausus wohl erworbener Rechte?

Grundsätzlich entscheidet das Bundesgericht wie erwähnt von Fall zu Fall, ob einem Anspruch der Charakter eines wohl erworbenen Rechts zukommt. Soweit ersichtlich bietet die Entscheidpraxis denn auch *keine (abschliessende) Definition wohl erworbener Rechte*. Ob ein bestimmter Anspruch ein wohl erworbenes Recht darstellt, ist jeweils durch *Auslegung* der einschlägigen Rechtsnormen zu ermitteln¹⁰⁶. Mit Bezug auf vertragliche oder vertragsähnliche wohl erworbene Rechte führt bereits der Befund, dass "die vermeintliche Trennungslinie" zwischen Vertrag und Verfügung in Wirklichkeit eine "graue Zone" ist¹⁰⁷, zum zwingenden Schluss, dass der *Kreis*

der Rechte nicht im vornherein abschliessend gezogen werden kann. Hinsichtlich der Gruppe der vorbestandenen Rechte trifft zwar zu, dass bisher eine relativ kleine Zahl von Berechtigungen die Anerkennung als wohl erworbenes Recht erhalten haben, doch spricht auch dieser Umstand nicht gegen die prinzipielle Möglichkeit einer künftigen Ausweitung der Beispiele. EICHENBERGER führt dazu aus:

"Eine geltende Rechtsordnung wird Rechte, die vor ihr entstanden und bestanden, anerkennen (etwa als 'vorbestandene Rechte'), soweit sich diese mit ihrer Gesamtstruktur, ihrem Gesamtsystem und ihren legitimierten Grundwerten vertragen. Wie weit dies der Fall ist und wie weit nicht mehr, ist Urteilen, namentlich Werturteilen derjenigen Entscheidungsorgane anheimgestellt, die die geltende Rechtsordnung gestalten und verwirklichen."¹⁰⁸

Damit gilt auch für die Gruppe der vorbestandenen Rechte *kein numerus clausus*. Ganz grundsätzlich ist der Kreis subjektiver Ansprüche, welche (potentiell) wohl erworbene Rechte darstellen können, nicht geschlossen.

3. Historische Rechtstitel

Der Begriff der "historischen Rechtstitel" taucht gerade in Zusammenhang mit vermögensrechtlichen Ansprüchen kirchlicher Rechtssubjekte in amtlichen Verlautbarungen¹⁰⁹, in Gutachten¹¹⁰ und in der Lehre¹¹¹ verschiedentlich auf. Demgegenüber kennt ihn das geschriebene Recht kaum. Als einzige mir bekannte schweizerische Erlasse sprechen die *Zürcher*

¹⁰¹ GEORG MÜLLER, Kommentar zu Art. 22^{ter} BV, N. 2; RENÉ A. RHINOW, Wohl erworbene und vertragliche Rechte, S. 20; BGE 106 Ia 168.

¹⁰² Grundsätzlich zur Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen des öffentlichen Rechts JÖRG PAUL MÜLLER, Einleitung zu den Grundrechten, N. 106 ff.

¹⁰³ YVO HANGARTNER, Verfassungsmässige Rechte, S. 118.

¹⁰⁴ Einen Überblick über die neuere Praxis bietet THOMAS PFISTERER, Die neuere Entwicklung der Gemeindeautonomie, insbesondere im Kanton Aargau, in: ZBJV 125 (1989), S. 1 ff.

¹⁰⁵ BGE 103 Ia 59; vgl. z.B. auch BGE 112 Ia 363 f. E. 5a.

¹⁰⁶ PETER SALADIN, Grundrechte im Wandel, S. XXXVII.

¹⁰⁷ PETER SALADIN, Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht, S. 324.

¹⁰⁸ KURT EICHENBERGER, Schreiben an die Erziehungsdirektion des Kantons Schaffhausen betreffend Pfarrerbesoldungen vom 1. Dezember 1980, S. 4.

¹⁰⁹ Botschaft des Bundesrats über die Volksinitiative "betreffend die vollständige Trennung von Staat und Kirche" vom 6. September 1978, BBl 1978 II 688; Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Kantonsrat zur Motion Nr. 1751 betreffend die Entflechtung zwischen Staat und Kirche vom 12. Januar 1983, Amtsblatt des Kantons Zürich 1983, S. 177, v.a. S. 194 ff.; Bericht Neuordnung der staatlichen Leistungen, S. 5.

¹¹⁰ FRITZ FLEINER, Rechtsgutachten, S. 10; DIETRICH ISELIN-SARAUW, Gutachten, S. 35 ff.; Die "historischen Rechtstitel" der Zürcher Landeskirche.

¹¹¹ MARCO JORIO, Säkularisation; JOSEPH LISTL, Verhältnis von Kirche und Staat, S. 1062; PETER KARLEN, Religionsfreiheit, S. 374; ARNOLD KUSTER, Schweizer Pfarrer, S. 122.

Kantonsverfassung vom 18. April 1869 und das *St. Galler Gesetz über die Ausrichtung von Beiträgen an die Landeskirchen vom 22. November 1982* ausdrücklich von "historischen Rechtstiteln". Der letzte Satz des im Rahmen der Verfassungsrevision von 1963 neu gefassten Art. 64 Abs. 3 der Zürcher Verfassung und Art. 4 Abs. 2 des St. Galler Gesetzes stimmen bemerkenswerter wörtlich überein. Sie lauten:

"Die auf historischen Rechtstiteln beruhenden Verpflichtungen des Staates bleiben gewahrt."

Das St. Galler Gesetz erwähnt historische Rechtstitel bereits im ersten Artikel. Dessen Abs. 1 umreisst die Staatsleistungen, Abs. 2 bestimmt:

"Diese Leistung erfolgt zum Teil aufgrund von historischen Rechtstiteln."

3.1 Begriff des Rechtstitels

Als Rechtstitel lässt sich ganz allgemein der Anlass umschreiben, welcher ein subjektives Recht einräumt. Wie erwähnt kann dies grundsätzlich eine *Rechtsvorschrift*, ein *Rechtsgeschäft (Vertrag)* oder ein *Sachverhalt* sein. Gelegentlich wird dieses Ereignis als "Rechtsgrund" bezeichnet¹¹². Von Rechtsgrund spricht die Privatrechtslehre namentlich in Zusammenhang mit Verträgen. Im römischen Recht bestimmte der Rechtsgrund (die *causa*) die Zuordnung eines konkreten Vertrags zu einem bestimmten Kontrakt-Typus. In der heutigen Lehre wird demgegenüber die Auffassung vertreten, dass, nicht zuletzt wegen der Typenfreiheit des geltenden Vertragsrechts, "kein Raum für die Frage nach dem Rechtsgrund eines Vertrages" mehr sei¹¹³ und von Rechtsgrund allenfalls in Zusammenhang mit der Schuldpflicht gesprochen werden könne¹¹⁴. Die terminologischen Unsicherheiten legen nahe, im vorliegenden Fall auf den Begriff des Rechtsgrundes zu verzichten. Es genügt, vom *rechtlichen Anlass* der Entstehung eines subjektiven Rechts zu sprechen.

¹¹² Vgl. z.B. die Definition "historischer Rechtstitel" in: Die "historischen Rechtstitel" der Zürcher Landeskirche, S. 2: "Begrifflich bedeutet 'Rechtstitel' den Rechtsgrund, auf dem ein Anspruch oder ein anderes Recht beruht."

¹¹³ So mit ausführlicher Begründung EUGEN BUCHER, Obligationenrecht, S. 49.

¹¹⁴ EUGEN BUCHER, Obligationenrecht, S. 49 f.

3.2 Historische Rechtstitel im besonderen

Der Bericht des Zürcher Kirchenrats bezeichnet einen Rechtstitel als "historisch", wenn dieser "in rechtsgeschichtlicher Zeit, also vor dem gegenwärtig geltenden Recht entstanden ist"¹¹⁵. Diese Definition darf wohl einigermassen allgemeine Anerkennung beanspruchen; sie hat vor allem durch JORIO, einer der wenigen Autoren, die eine Publikation mit ausdrücklicher Erwähnung der historischen Rechtstitel im Titel verfasst haben, Zustimmung erfahren¹¹⁶.

Das "gegenwärtig geltende Recht" – definitionsgemäss verstanden als einheitliche Rechtsordnung¹¹⁷ – verändert sich nun aber andauernd *auf verschiedenen "Ebenen"*: angefangen von der Grundordnung der Verfassung über Gesetzesrevisionen und Anpassungen von Verordnungen. Streng genommen ändert jede noch so kleine Revision einer unbedeutenden Vorschrift "das Recht". Zumindest nach üblichem Sprachgebrauch bezeichnet der Ausdruck der "rechtsgeschichtlichen Zeit" allerdings Epochen vor *grundlegenden* Änderungen der Rechtsordnung. Als historisch sind demnach etwa Rechtstitel zu bezeichnen, welche *vor Inkrafttreten der aktuellen Verfassung* entstanden sind; die Lehre spricht denn auch etwa von "*vor-konstitutionellen Rechtstiteln*"¹¹⁸. Eine grundlegende Änderung der Rechtsordnung hatte etwa auch die *Einführung des Bundeszivilrechts* zur Folge; auch Rechtstitel aufgrund früherer kantonalrechtlich normierter Privatrechtsverhältnisse sind damit historische Rechtstitel. *Nicht* notwendiges Merkmal des historischen Rechtstitels ist die "Unvordenklichkeit" einer Rechtsbeziehung, dass also "Leistungsbeziehungen in das geschichtliche Dunkel des 'Unvordenklichen' zurückreichen"¹¹⁹, obwohl gerade das "rechtsbegründende Herkommen", etwa die unvordenkliche (erwerbende) Verjährung durchaus einen historischen Rechtstitel abgeben kann¹²⁰.

¹¹⁵ Die "historischen Rechtstitel" der Zürcher Landeskirche, S. 2.

¹¹⁶ MARCO JORIO, Säkularisation, S. 480, meint unter Hinweis auf die Definition des Kirchenrats: "Obwohl die Meinungen über die historischen Rechtstitel auseinandergehen, ist man sich wenigstens in der Definition des Begriffs einig."

¹¹⁷ Vgl. vorn S. 33 f.

¹¹⁸ JOSEF ISENSEE, Staatsleistungen, S. 82.

¹¹⁹ JOSEF ISENSEE, Staatsleistungen, S. 68.

¹²⁰ CARL PESTALOZZI, Kirchengut, S. 39; VOLKER ZÜNDORF, Ablösung der Staatsleistungen, S. 30.

Die erwähnte Definition des Zürcher Kirchenrats setzt unausgesprochen voraus, dass ein historischer Rechtstitel eine Berechtigung verleiht, welche auch *im Rahmen der aktuellen Rechtsordnung noch besteht*. Ein heute nicht mehr geltendes Gesetz, welches bestimmten Personen Rechtsansprüche (nur) im Zeitraum seiner Geltung eingeräumt hat, stellt deshalb keinen historischen Rechtstitel dar. *Nicht* notwendiges Merkmal eines Rechtstitels ist demgegenüber, dass die damit verliehene Berechtigung auch *für alle Zukunft* "gilt"; es genügt, wenn der Anspruch bis heute "gesetzesbeständig" geblieben ist.

3.3 Arten historischer Rechtstitel

Gerade in Zusammenhang mit Staatsleistungen an Kirchen spricht das geschriebene Recht verschiedentlich ausdrücklich von Rechtstiteln. Die meines Wissens umfassendste Unterscheidung verschiedener Arten von Rechtstiteln enthält *Art. 138 Abs. 1 der Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919 (WRV)*, welche aufgrund der Verweisung in Art. 140 GG Bestandteil des Bonner Grundgesetzes und damit heute noch "vollgültiges Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland"¹²¹ ist. Art. 138 Abs. 1 WRV enthält unter anderem den folgenden Satz:

"Die auf Gesetz, Vertrag oder besonderen Rechtstiteln beruhenden Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften werden durch die Landesgesetzgebung abgelöst."

Von "auf besonderem Rechtstitel" beruhenden Leistungen spricht auch das bernische Kirchengesetz. Der erste Satz des Art. 55 KiG lautet folgendermassen:

"Naturalleistungen oder entsprechende Barentschädigungen von Kirchgemeinden und andern Korporationen, welche auf besonderem Rechtstitel (Stiftung, Dienstbarkeit, Ausscheidungsvertrag, Pfrundabtretungsvertrag und dergleichen) beruhen, bleiben vorbehalten."

Nach diesen Bestimmungen ist zunächst grundsätzlich zwischen *allgemeinen* und *besonderen* Rechtstiteln zu unterscheiden. Die Unterteilung in diese beiden Gruppen hat namentlich in der deutschen Lehre Tradition¹²².

¹²¹ BVerfGE 19, 206 (219).

¹²² JOHANNES HECKEL, Rezension von Arthur Breinfeld, Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung zwischen Kirche und Staat in Preussen auf Grundlage der Rechtsver-

Allgemeine Rechtstitel räumen einer grundsätzlich *unbestimmten Anzahl von Subjekten* Rechte ein, wenn diese Subjekte bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Als allgemeinen Rechtstitel führt Art. 138 Abs. 1 WRV, ohne das ausdrücklich so zu sagen, das "*Gesetz*" an, und meint damit das Gesetz im materiellen Sinn, also jede "generell-abstrakte" oder "allgemeinverbindliche Rechtsnorm"¹²³ wie die Verfassung, das Gesetz, das Dekret oder die Verordnung. Der erste Satz in Art. 54 KiG ("Die Pfarrer der öffentlichen Kirchgemeinden und Anstalten und die Bezirkshelfer beziehen vom Staat eine Barbesoldung und Naturalbezüge ...") stellt in diesem Sinn einen allgemeinen Rechtstitel dar. Sämtliche Pfarrer öffentlicher Kirchgemeinden und Anstalten und Bezirkshelfer können sich ohne weiteres darauf berufen. Da gesetzlich begründete Ansprüche mit Ausnahme der wohlerworbenen Rechte grundsätzlich nur für die Dauer der entsprechenden gesetzlichen Ordnung bestehen¹²⁴, ist der allgemeine Rechtstitel des Gesetzes nach der oben erwähnten Definition *nur ausnahmsweise gleichzeitig auch ein historischer Titel*.

Als *besondere Rechtstitel* können Ereignisse bezeichnet werden, welche im Einzelfall einem *konkret bezeichneten Subjekt* aufgrund *besonderer Umstände* ein subjektives Recht einräumen. Nach dieser Umschreibung stellt namentlich der *Vertrag*, wie der Wortlaut von Art. 138 Abs. 1 WRV nur ungenügend zum Ausdruck bringt¹²⁵, einen besonderen Rechtstitel dar. Dies geht auch aus Art. 55 KiG hervor, welcher als Beispiele besonderer Rechtstitel mit Ausnahme der Stiftung ausschliesslich Verträge nennt¹²⁶. Derartige vertragliche Rechtstitel sind im bernischen Staatskirchenrecht häufig. Seit Ende des 19. Jahrhunderts hat der Kanton beispielsweise einer grösseren Zahl von Kirchgemeinden im Rahmen sogenannter "Pfrundabtretungsverträge" Liegenschaften des Kirchenguts, namentlich Pfarrhäuser, abgetreten und ihnen im Gegenzug, teilweise gegen Entschädigung, die

fassung, Breslau 1929, in: ZRG kan. Abt. 50 (1930), S. 858 ff., 861 f.

¹²³ JOSEF ISENSEE, Staatsleistungen, S. 66, m.H.

¹²⁴ Vorn S. 45.

¹²⁵ JOSEF ISENSEE, Staatsleistungen, S. 66, weist darauf hin, dass Art. 138 Abs. 1 WRV wie folgt zu lesen sei: "Die auf Gesetz oder auf besonderem Rechtstitel, insbesondere Vertrag, beruhenden Staatsleistungen ..."

¹²⁶ Die Dienstbarkeit als solche ist zwar ein dingliches Recht, Art. 730 ff. ZGB. Sie wird aber (nach heute geltendem Recht) in der Regel durch Vertrag begründet; vgl. Art. 732 ZGB.

Pflicht zum künftigen Unterhalt der Gebäude überbunden¹²⁷. Nicht selten obliegt z.B. einer Burgergemeinde gestützt auf einen Ausscheidungsvertrag die Pflicht zur Lieferung von Holz für die Heizung des Pfarrhauses. Weitere besondere Leistungen statuieren auch etwa alte Vereinbarungen betreffend die Abtretung des Kollaturrechts an den Kanton Bern¹²⁸.

Die schweizerische Lehre hat sich in Zusammenhang mit kirchlichen Ansprüchen auf staatliche Leistungen soweit ersichtlich nicht oft um eine Systematisierung der verschiedenen Titel bemüht. Vor allem LAMPERT hat verschiedenorts ein differenziertes System der "Staatsleistungen auf Grund besonderer Rechtstitel"¹²⁹ entwickelt, auf welches die spätere Literatur gelegentlich mit Zustimmung verweist¹³⁰. In seinem Standardwerk über Kirche und Staat in der Schweiz¹³¹ unterscheidet LAMPERT vier Gruppen solcher besonderer Rechtstitel, nämlich:

- die staatliche Inkameration von Kirchengütern,
- die Übernahme von Patronatrechten mit den entsprechenden Verpflichtungen,
- die Säkularisation von Klöstern mit den auf dem Kloostergut haftenden finanziellen kirchlichen Lasten und
- vertragliche Abmachungen in Konkordaten¹³².

Wie weiter hinten zu zeigen sein wird, lassen sich Verpflichtungen zu Staatsleistungen an die evangelisch-reformierte Landeskirche auch im Kan-

¹²⁷ Dazu hinten S. 151 f.

¹²⁸ Vgl. etwa die durch die Stadt und Bäuertgemeinde Unterseen übernommenen Verpflichtungen im Vertrag über die Collatur-Abtretung, Akten Staatsarchiv, Fach Interlaken, 1826.

¹²⁹ MARCO JORIO, Säkularisation, S. 481.

¹³⁰ Vgl. URS JOSEF CAVELTI, Religionsgemeinschaften, S. 125; MARCO JORIO, Säkularisation, S. 515.

¹³¹ ULRICH LAMPERT, Kirche und Staat II, S. 524 f.; vgl. auch DERS., Kultusbudgets, S. 10 ff.

¹³² JOESF ISENSEE, Staatsleistungen, S. 67 f., rechnet zu den "besonderen Rechtstiteln" im Sinn des Art. 138 Abs. 1 WRV neben dem in dieser Vorschrift besonders erwähnten Vertrag das rechtsbegründende Herkommen (Verjährung, Ersitzung), das landesherrliche Privileg, die Privatwillenserklärung, die rechtskräftige Entscheidung und die Inkorporation.

ton Bern im wesentlichen unter diesen Gesichtspunkten diskutieren. Anhaltspunkte für die Annahme, dass der Begriff des (historischen) Rechtstitels im Kanton Bern eine andere Bedeutung hätte als anderswo, sind nicht zu ersehen. Für die Zwecke dieses Gutachtens können historische Rechtstitel demnach wie folgt umschrieben werden:

Ein historischer Rechtstitel ist der rechtliche Anlass, der unter der Herrschaft einer früheren, heute in ihren Grundzügen überholten Rechtsordnung der berechtigten Person ein subjektives Recht eingeräumt hat, welches heute noch besteht und geltend gemacht werden kann.

4. Verhältnis von historischen Rechtstiteln und wohlerworbenen Rechten

Die Begriffe "historische Rechtstitel" und "wohlerworbene Rechte" decken sich nach dem Gesagten nicht. Sie liegen zunächst nicht auf derselben logischen Ebene. Der Rechtstitel ist als rechtlicher *Anlass* einer Berechtigung definiert worden; das wohlerworbene Recht bezeichnet den *Anspruch als solchen*. Zum zweiten ist nicht notwendigerweise jede durch einen historischen Rechtstitel eingeräumte Berechtigung in gleicher Weise "gesetzesbeständig" wie ein wohlerworbenes Recht. Sie kann zwar heute (noch) erfolgreich geltend gemacht werden, doch besteht noch nicht *per definitionem* Gewähr dafür, dass die Berechtigung wie das wohlerworbene Recht *auch in Zukunft* fort dauern wird bzw. nur unter den Voraussetzungen für die rechtmässige Enteignung aufgehoben werden kann.

Zumindest sinngemäss hat das Verwaltungsgericht des Kantons Bern in einem jüngsten Entscheid¹³³ die Unterscheidung zwischen einer durch einen historischen Rechtstitel verliehenen Berechtigung und wohlerworbenen Rechten vorgenommen. Es hat mit Bezug auf einen zwischen der Einwohnergemeinde Thun und der Stadt Bern im Jahr 1759 abgeschlossenen "Vergleich" betreffend die Unterhaltspflicht an Brücken im Gebiet der Gemeinde Thun festgehalten, dass die Stadt Thun "keine wohlerworbenen Ansprüche ins Recht legen kann", weil sie aus dem Vertrag "nicht wie eine Privatperson berechtigt, sondern als Gemeinwesen und Trägerin hoheitlicher

¹³³ Urteil Nr. 18672U vom 2. August 1993 i.S. Einwohnergemeinde Thun gegen Staat Bern.

Gewalt" gehandelt habe¹³⁴. Dennoch sei die Gemeinde trotz veränderter gesetzlicher Ordnung nicht schutzlos und könne die im Vergleich erwähnten Rechte heute (noch) geltend machen, weil sie "seit jeher ein hohes Vertrauen in die Verbindlichkeit des Vergleichs von 1759 setzen" durfte¹³⁵. Der Bestand eines wohl erworbenen Rechts ist auch nach dieser Rechtsprechung nicht unbedingte Voraussetzung für das Vorliegen eines historischen Rechtstitels.

III. Kirchengut, Kirchenvermögen

1. Begriffsbestimmungen in der Lehre

Die Lehre verwendet die Begriffe *Kirchengut* und *Kirchenvermögen* regelmässig mit synonyme Bedeutung¹³⁶. Im folgenden wird, dem üblichen bernischen Sprachgebrauch entsprechend, in der Regel von Kirchengut die Rede sein; wo der Begriff Kirchenvermögen verwendet wird, bedeutet er dasselbe wie Kirchengut.

Was der Begriff "Kirchengut" im einzelnen genau meint, ist in der Lehre nicht geklärt. Je nach Sachzusammenhang gehen auch Schweizer Autoren von sehr unterschiedlichen Definitionen aus¹³⁷. MOOR nennt Kirchengut "im objektiven Sinn alles Vermögen ..., welches einem kirchlichen Subjekt zu Eigentum gehört oder ausschliesslich kirchlichen Zwecken gewidmet" ist¹³⁸. LAMPERT und VASELLA umschreiben das Kirchengut "im eigentli-

chen Sinne" als "die Summe aller geldwerten Rechte und körperlichen Sachen (Mobilien und Immobilien), die der Kirche zu *Eigentum* gehören"¹³⁹. PESTALOZZI definiert Kirchengut als "Inbegriff der geldwerten Güter, die bestimmt sind, den Zwecken der Kirche zu dienen"¹⁴⁰. HEUBERGER rechnet zum Kirchenvermögen alles "Zweckvermögen zum Vorteil kirchlicher Interessen"¹⁴¹. In ähnlicher Weise wurde bereits im Jahr 1800 als Kirchengut bezeichnet, "was für Bedürfnisse kirchlicher Anstalten und Beamten von jeher ausschliessend bestimmt war"¹⁴².

Gelegentlich unterscheidet die Lehre¹⁴³ zwischen Kirchengut *in einem weiten Sinn* und Kirchengut *in einem engen Sinn* je nachdem, ob eine *wirtschaftliche* oder eine *juristische* Betrachtungsweise im Vordergrund steht¹⁴⁴. Kirchengut in einem weiten (wirtschaftlichen) Sinn lässt sich danach umschreiben als Gesamtheit der Vermögenswerte, die dazu *bestimmt* sind, die Erfüllung einer kirchlichen Aufgabe zu ermöglichen. Es steht damit einer Kirche nur *tatsächlich* aufgrund spezifischer Zweckbestimmung zu. LAMPERT definiert Kirchengut in einem weiten Sinn wie folgt:

¹³⁹ ULRICH LAMPERT, Kirche und Staat II, S. 507. Unter Berufung auf eine ähnliche Definition LAMPERTs definiert A. VASELLA, Rechtsverhältnisse, S. 16 f.: "Kirchenvermögen oder Kirchengut (patrimonium ecclesiae, res ecclesiasticae, bona ecclesiastica) bezeichnet die Summe aller geldwerten Rechte und körperlichen Sachen, die der Kirche gehören, sei es dem Gesamtorganismus, sei es den demselben eingegliederten Instituten oder Korporationen."

¹⁴⁰ CARL PESTALOZZI, Kirchengut, S. 1.

¹⁴¹ KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 4.

¹⁴² Vgl. die u.a. durch den damaligen Dekan Joh. Ith verfasste Schrift "Ueber die Rechte der Kirche und derselben Freye Ausübung in unserm Staate", Bern 1800, S. 18.

¹⁴³ Vgl. EDUARD HIS, Geschichte II, S. 612; ULRICH LAMPERT, Kirche und Staat II, S. 507; WALTHER STUCKY, Eigentum, S. 10 f.

¹⁴⁴ Kritik an dieser Unterscheidung übt – in andern als dem hier gegebenen Sachzusammenhang – A. VASELLA, Rechtsverhältnisse, S. 17: "Es gibt nur *ein* Kirchengut, d.h. dasjenige, welches die Kirche zum Eigentum hat". Die früher übliche und auch heute noch in Lehrbüchern gelegentlich anzutreffende Unterscheidung des Kirchenvermögens in ein Kirchenvermögen im *weiteren* (=uneigentlichen) und ein solches im *engeren* (=eigentlichen) Sinne, ist irreführend und beruht auf einem für die juristische Bestimmung des Kirchenvermögens unmassgebenden Unterscheidungsgrund, demjenigen nach der kirchlichen Zweckbestimmung und Verwendung einer Vermögenssache."

¹³⁴ E. 4d und 5a.

¹³⁵ E. 7c.

¹³⁶ ULRICH LAMPERT, Kirche und Staat II, S. 507; PETER LANDAU, Kirchengut, S. 560; CHRISTIAN MEYER, Kirchenvermögens- und Stiftungsrecht, S. 93; CARL PESTALOZZI, Kirchengut, S. 1; WALTHER STUCKY, Eigentum, S. 9 ff.; A. VASELLA, Rechtsverhältnisse, S. 16, Anm. 2. Vgl. aber die Unterscheidung zwischen Kirchengut und Kirchenvermögen bei MANFRED OPITZ, Schutz, S. 45 ff.

¹³⁷ Vgl. für die deutsche Literatur statt vieler JOHANNES HECKEL, Kirchengut und Staatsgewalt, S. 111 f.; SIEGFRIED MARX, Kirchenvermögens- und Stiftungsrecht, S. 117 f.; CHRISTIAN MEYER, Kirchenvermögens- und Stiftungsrecht, S. 91 f.

¹³⁸ ERNST MOOR, Unterhaltspflicht, S. 82.

"Im weitern Sinne werden unter Kirchenvermögen alle jene Vermögensschaften verstanden, welche den Zwecken der Kirche dienen, mögen sie im Eigentum kirchlicher juristischer Personen (Körperschaften oder Stiftungen oder Anstalten) stehen oder nicht."¹⁴⁵

Kirchengut in einem engen (juristischen) Sinn bezeichnet demgegenüber (nur) die Vermögenswerte, welche einer Kirche *rechtlich* zustehen, weil diese ein (dingliches oder obligatorisches) Recht an diesen Werten hat. Dem so verstandenen Kirchenvermögen entspricht die Definition HOFMANN'S im Evangelischen Staatslexikon:

"Das Kirchenvermögen ist die Summe aller geldwerten Rechte, die der Kirche an beweglichen und unbeweglichen Sachen zustehen, mit Einschluss der Forderungen gegen Dritte."¹⁴⁶

Einen Mittelweg geht die neuste mir bekannte Definition des Kirchenguts durch LANDAU in der Theologischen Realenzyklopädie. Sie stellt darauf ab, ob die Kirche an den Vermögenswerten ein Recht hat *oder* diese Werte der (faktischen) Verfügungsgewalt der Kirche unterstehen:

"Unter dem Begriff Kirchengut oder Kirchenvermögen sind alle Eigentums- und Nutzungsrechte der Kirchen sowie ihre Rechte auf Leistungen aufgrund von Abgaben und Forderungsrechten aller Art zu verstehen. Zum Kirchengut gehören auch solche Gegenstände, die wegen ihrer Zweckbestimmung trotz eines Eigentumsrechts nichtkirchlicher Personen der *Verfügungsgewalt* der Kirche unterstehen. Dagegen machen Weihe oder Konsekration den Gegenstand nicht zu einem Teil des Kirchenguts ..."¹⁴⁷

¹⁴⁵ ULRICH LAMPERT, Kirche und Staat II, S. 507.

¹⁴⁶ WERNER HOFMANN, Kirchenvermögen, Sp. 1772. Eine ähnliche Definition findet sich z.B. bei WALTHER STUCKY, Eigentum, S. 10. STUCKY definiert das "Kirchenvermögen im engem Sinne (juristischen)" als "die Gesamtheit aller der Kirche gehörigen Rechte ökonomischer Natur, seien diese dinglicher oder obligatorischer Art".

¹⁴⁷ PETER LANDAU, Kirchengut, S. 560.

2. Kategorien

Namentlich die katholische Kirchenrechtslehre hat sich bemüht, das Kirchengut in verschiedene Kategorien zu unterteilen. Das Kirchengut insgesamt wird als *patrimonium ecclesiae* bezeichnet¹⁴⁸. Den *res ecclesiasticae* wird regelmässig das Kirchengut im weiten Sinn, also z.B. eine in staatlichem Eigentum stehende, aber dem Kultus gewidmete Kirche, zugerechnet¹⁴⁹, als *bona ecclesiastica* dagegen das Kirchengut im engen Sinn¹⁵⁰. Als *res sacrae* gelten alle geweihten und für kirchliche Zwecke bestimmten¹⁵¹ oder "heiligen Sachen"¹⁵², welche "durch Weihe oder Benediktion den Charakter besonderer Heiligkeit" tragen¹⁵³. Dazu gehören in der Regel Kirchengebäude, Altar, Monstranz, Kelche, Patene, Glocken, Friedhof usw.¹⁵⁴. Die *res sacrae* gehören nicht notwendig dem Kirchenvermögen im vorn definierten engen Sinn an¹⁵⁵. Das Gegenstück zu den *res sacrae* bilden die *res ecclesiasticae im engen Sinn* als die ungeweihten Bestandteile des Kirchenvermögens, welche nur mittelbar Kultuszwecken dienen¹⁵⁶. Dazu zu zählen sind etwa das Pfarrhaus (Pfarrhaus) samt Nebengebäuden und Grundstücken, Kapitalien, Renten,

¹⁴⁸ ERNST MOOR, Unterhaltspflicht, S. 82; WALTHER STUCKY, Eigentum, S. 11. Ebenso unter Berufung auf ULRICH LAMPERT A. VASELLA, Rechtsverhältnisse, S. 16.

¹⁴⁹ Vgl. auch PETER LANDAU, Kirchengut, S. 560.

¹⁵⁰ WALTHER STUCKY, Eigentum, S. 13.

¹⁵¹ PAUL MIKAT, Verhältnis von Kirchengut und Staatsgewalt, S. 270.

¹⁵² WALTHER STUCKY, Eigentum, S. 11.

¹⁵³ ERNST MOOR, Unterhaltspflicht, S. 83. Das staatliche Recht anerkennt heute die Friedhöfe nicht mehr (ohne weiteres) als *res sacrae*. Art. 53 Abs. 2 BV bestimmt: "Die Verfügung über die Begräbnisplätze steht den bürgerlichen Behörden zu. Sie haben dafür zu sorgen, dass jeder Verstorbene schicklich beerdigt werden kann." Die Religionsfreiheit verbietet z.B. eine kommunale Regelung, wonach auf einem Friedhof als Grabmäler nur Kreuze zugelassen sind; vgl. BGE 101 Ia 392.

¹⁵⁴ KARL HEUBERGER, Pfarrgüter, S. 4.

¹⁵⁵ Vgl. PETER LANDAU, Kirchengut, S. 560: "Dagegen machen Weihe oder Konsekration den Gegenstand nicht zu einem Teil des Kirchenguts, sondern vielmehr zu einer *res sacra*, die nach römischem Recht jedem rechtsgeschäftlichen Verkehr entzogen war. Der Begriff der geweihten Sache (*res sacra*) ist von dem der Sache als Teil des Kirchenguts (*res ecclesiastica*) zu trennen."

¹⁵⁶ ERNST MOOR, Unterhaltspflicht, S. 82.

Zehnten, Grundzinse, Spenden, Stolgebühren usw.¹⁵⁷. Die *res ecclesiasticae* im engen Sinn werden gelegentlich auch als "Pfundgut" bezeichnet¹⁵⁸.

Im einzelnen sind die Begriffe allerdings "schwankend"¹⁵⁹ und die ihnen zugrundeliegenden Kriterien umstritten. Obwohl z.B. der Kategorie der *res sacrae* auch im evangelischen Kirchenrecht eine "gewisse Berechtigung" zugestanden wird¹⁶⁰, kommt den Unterscheidungen für die evangelischen Kirchen wesentlich weniger Bedeutung zu als für die römisch-katholische. Auf eine nähere Auseinandersetzung mit den erwähnten Kategorien kann an dieser Stelle verzichtet werden.

3. Kirchengut im bernischen Recht

Die heute noch geltende Staatsverfassung des Kantons Bern vom 4. Juni 1893 erwähnt das Kirchengut oder Kirchenvermögen nicht ausdrücklich. Sie bestimmt immerhin in Art. 68 Abs. 1, dass den Gemeinden (wozu auch die Kirchgemeinden zu rechnen sind¹⁶¹) "ihr Vermögen als Privateigentum gewährleistet" ist und dass ihnen die Verwaltung dieses Vermögens ausschliesslich zusteht. Art. 68 Abs. 2 StV schreibt vor, dass der Ertrag dieses Vermögens "seiner Bestimmung gemäss" zu verwenden ist. Die neue Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 erwähnt das Kirchengut oder Kirchenvermögen ebenfalls nicht, gewährleistet aber in Art. 108 Abs. 1 wiederum ausdrücklich das Gemeindevermögen.

Das Gesetz über die Organisation des Kirchenwesens vom 6. Mai 1945 erwähnt das Kirchengut explizit an zwei Stellen. Es bestimmt in Art. 56 Abs. 1 und 2 in Konkretisierung des erwähnten Art. 68 Abs. 2 StV¹⁶²:

¹⁵⁷ KARL HEUBERGER, *Pfundgüter*, S. 5.

¹⁵⁸ KARL HEUBERGER, *Pfundgüter*, S. 5.

¹⁵⁹ WALTHER STUCKY, *Eigentum*, S. 11.

¹⁶⁰ MANFRED OPITZ, *Schutz*, S. 77 f.

¹⁶¹ Art. 63 StV.

¹⁶² Vgl. ALBERT ZEERLEDER, *Kirchenrecht*, S. 77: "Die örtlichen Kirchengüter sind Vermögen der Kirchgemeinden und stehen daher unter den nämlichen Rechtsnormen wie andere Gemeindegüter."

"Die örtlichen Kirchengüter und die Stiftungen zu kirchlichen und religiösen Zwecken dürfen nur ihrem Zweck und ihrer Bestimmung gemäss verwendet werden.

Der Regierungsrat kann Ausnahmen vom Zweckentfremdungsgebot gestatten."

In Art. 54 Abs. 3 bestimmt das Kirchengesetz wie schon erwähnt in Anschluss an die Umschreibung der Vorschriften über die staatliche Besoldung landeskirchlicher Geistlicher:

"Die gesetzlichen Leistungen des Kantons machen alle Ansprüche an das sogenannte Kirchengut hinfällig."

Explizit von Kirchengut ist in verschiedenen interkantonalen Vereinbarungen die Rede. Art. 9 der Übereinkunft mit dem Kanton Freiburg vom 22. Januar/6. Februar 1889¹⁶³ hat den folgenden Wortlaut:

"Der Stand Bern übernimmt die Verpflichtung, die Kirchengebäude von Ferenbalm und Kerzers samt Chor, sowie die Pfarrhäuser dieser beiden Kirchgemeinden auch fernerhin anständig zu unterhalten, er führt die Aufsicht über die dortigen Kirchengüter und besoldet die beiden Pfarrer...",

und Art. 11 derselben Übereinkunft bestimmt:

"Die Kirchengüter von Ferenbalm und Kerzers dürfen ihrem Zwecke nicht entfremdet und in ihrem Bestand nicht verändert werden ohne Zustimmung der Staatsbehörden beider Kantone. Den letztern sind auch die jährlichen Kirchengutsrechnungen zur Genehmigung vorzulegen."

Art. 8 Abs. 1 und 2 der Übereinkunft mit dem Kanton Solothurn vom 23. Dezember 1958¹⁶⁴ lauten folgendermassen:

"Der Bestand allfälliger vermögensrechtlicher Verhältnisse in bezug auf Kirchengüter, Nutzungen und Unterhalt von Pfarrhäusern nebst Dependenz wird durch die beiden Regierungen gewährleistet, wie sich solche durch Urbar und bisherige Übung, durch frühere Übereinkünfte und durch Verfassung und gesetzmässige Erlasse der beiden Kantonsbehörden entwickelt haben.

¹⁶³ Übereinkunft mit dem hohen Stande Freiburg zu näherer Bestimmung der kirchlichen Verhältnisse der gemischten Gemeinden Ferenbalm, Kerzers und Murten vom 22. Januar und 6. Februar 1889, BSG 411.231.91.

¹⁶⁴ Übereinkunft zwischen den Ständen Bern und Solothurn betreffend die kirchlichen Verhältnisse in den evangelisch-reformierten Kirchgemeinden des Bucheggberges und der Bezirke Solothurn, Lebern und Kriegstetten vom 23. Dezember 1958, BSG 411.232.12.

Die Aufsicht über die Kirchengüter und ihre Verwendung erfolgt in den solothurnischen Kirchgemeinden mit Einschluss der Kirchgemeinde Messen nach solothurnischem Recht. Für die Kirchgemeinde Oberwil gilt das bernische Recht",

und Art. 10 der Übereinkunft schreibt analog Art. 56 Abs. 1 KiG vor:

"Die Ortskirchengüter der Kirchgemeinden dürfen nur ihrem Zweck und ihrer Bestimmung gemäss verwaltet und verwendet werden."

Von Kirchengut spricht schliesslich auch die besondere Übereinkunft mit Solothurn betreffend die Verhältnisse der ehemaligen Kollaturpfarre Oberwil vom 4. Juli 1851¹⁶⁵. Nachdem Art. 2 dem Kanton Bern grundsätzlich die Baupflicht¹⁶⁶ auferlegt, bestimmt Art. 3:

"Der Kanton Bern wird dagegen vom gleichen Zeitpunkt hinweg, unter Genehmigung aller seit 1839 allfällig vorgenommenen Verhandlungen, als Eigentümer des gesamten ehemaligen Kollaturvermögens der Pfarre Oberwil, bestehe dasselbe worin, und befinde es sich wo es wolle, anerkannt in der Weise, wie der Staat Bern überhaupt Eigentümer von ehemaligem Kirchengut ist."

Offensichtlich wird der Begriff "Kirchengut" in den zitierten Stellen nicht immer mit derselben Bedeutung verwendet. Zu unterscheiden sind namentlich das "ehemalige" oder das "sogenannte" Kirchengut einerseits und das "örtliche" oder "Ortskirchengut" andererseits.

In der zuletzt genannten Übereinkunft betreffend Oberwil wird – nicht in eigentlich normativem Sinn, sondern eher in Form einer deklarativen Bestätigung der Rechtslage – festgehalten, dass der Staat Bern "Eigentümer von ehemaligem Kirchengut" ist. Zwar übernahm Bern bereits in der Reformationszeit durch die Säkularisierung von Klöstern kirchliche Güter zu Eigentum, doch dürfte der erwähnte Hinweis nicht (primär) diesen Sachverhalt, sondern den Umstand ansprechen, dass der Staat Bern im Anschluss an das noch zu erläuternde Dekret vom 7. Mai 1804 Eigentümer des im Kanton liegenden Kirchenguts der reformierten Kirche wurde¹⁶⁷. Dasselbe wie das "ehemalige Kirchengut" bedeutet das "sogenannte Kirchengut" nach Art. 54 Abs. 3 KiG. Eine dieser Bestimmungen entsprechende Vorschrift war bereits im früheren Gesetz über die Organisation des Kirchenwesens im

¹⁶⁵ BSG 411.232.11.

¹⁶⁶ Dazu hinten S. 84.

¹⁶⁷ Um die Mitte des vergangenen Jahrhunderts war namentlich von kirchlicher Seite bestritten, dass der Staat aufgrund des Dekrets von 1804 das Eigentum am Kirchengut erlangt habe; vgl. hinten S. 141 ff.

Kanton Bern vom 18. Januar 1874 enthalten¹⁶⁸. Der Zusatz "sogenannt" sollte offensichtlich bekräftigen, dass das Kirchengut mit dem Dekret von 1804 grundsätzlich in das Eigentum des Staats übergang und also zumindest ein Kirchengut im vorn definierten engen, "eigentlichen" Sinn nicht mehr bestehe. Anlässlich der ersten Beratung des Gesetzesentwurfs führte der Berichterstatter des Regierungsrats am 30. Mai 1873 vor dem Grossen Rat in diesem Zusammenhang aus:

"Zwar nimmt auch die kirchliche Oberbehörde den gleichen Standpunkt ein, und man hört noch oft von einem besondern Kirchengute reden. Ein solches existirt aber nach der Ansicht des Regierungsrathes schon seit 1804 nicht mehr ... Was bleibt bei einem solchen historischen Gang der Dinge noch für ein Kirchengut übrig? Ist es nicht ein rein in Dunst und Nebel gehülltes Gebilde?"¹⁶⁹

Das Gesetz anerkennt demgegenüber heute zumindest die Existenz eines "örtlichen Kirchenguts". Damit entspricht die Aussage des seinerzeitigen Zürcher Staatsanwalts Ulrich, wonach es "in einem protestantischen Staat ... keine protestantischen Kirchengüter" geben kann¹⁷⁰, jedenfalls in dieser Form nicht dem bernischen Recht. Die "örtlichen Kirchengüter" oder "Ortskirchengüter" dienen *lokalen* kirchlichen Bedürfnissen. Darunter sind – wie teilweise bereits aus dem Wortlaut der Vorschriften hervorgeht¹⁷¹ – zunächst ohne Zweifel diejenigen Vermögenswerte zu verstehen, die im Eigentum der Kirchgemeinden stehen¹⁷². Ein grosser Teil dieser Gemeindegüter ging im Anschluss an das Dekret vom 7. Mai 1804 zunächst in staatliches Eigentum über und wurde später den Gemeinden wiederum übertragen¹⁷³. Diese "örtlichen Kirchengüter" sind – oder besser waren – zugleich auch "ehemaliges Kirchengut". Die Frage stellt sich, ob darüber hinaus auch "ehemalige", nun im Eigentum des Staats stehende Kirchengüter unter Umständen "örtliche" Kirchengüter im Sinn des Art. 56 Abs. 1

¹⁶⁸ § 50 Abs. 3 des Gesetzes lautete: "Mit den Leistungen, welche der Staat infolge dieses Gesetzes anerkennt, fallen alle Ansprüche an das sogenannte Kirchengut dahin."

¹⁶⁹ Tagblatt des Grossen Rathes des Kantons Bern 1873, S. 288. § 52 Abs. 2 des Entwurfs wurde schliesslich zu § 50 Abs. 3.

¹⁷⁰ Zit. nach ULRICH LAMPERT, Kultusbudgets, S. 60.

¹⁷¹ Vgl. Art. 10 der Übereinkunft vom 23. Dezember 1958: "Die Ortskirchengüter der Kirchgemeinden ..."

¹⁷² HUGO DÜRRENMATT, Gesetz, S. 51; ALBERT ZEERLEDER, Kirchenrecht, S. 77.

¹⁷³ Dazu hinten S. 151 f.

KiG sind. Den Materialien in Zusammenhang mit dem Erlass des Kirchengesetzes von 1945 lässt sich in dieser Hinsicht kaum etwas entnehmen. Für die Annahme, dass sich die Begriffe "ehemaliges" und "örtliches" Kirchengut teilweise decken, spricht zunächst, dass die um 1804 durch den Staat eingezogenen Güter wohl praktisch ausnahmslos lokalen Bedürfnissen dienten. Dafür lässt sich auch der Umstand anführen, dass im Jahr 1968 dem heute geltenden Abs. 1 der folgende zweite Absatz beigefügt wurde:

"Dieses Zweckentfremdungsverbot ist für die Pfrundgüter des Staates, der öffentlichen Kirchgemeinden und privatrechtlicher Körperschaften im Grundbuch anzumerken. Der Regierungsrat wird ermächtigt, Ausnahmen vom Zweckentfremdungsverbot zu gestatten."¹⁷⁴

Nach den Grundsätzen systematischer Auslegung¹⁷⁵ zwingt der klare Bezug dieser vorübergehend in Kraft stehenden Vorschrift¹⁷⁶ zu Abs. 1 ("*Dieses Zweckentfremdungsverbot ...*") zum Schluss, dass unter dem örtlichen Kirchengut nicht nur das Vermögen der Kirchgemeinden, sondern auch die "Pfrundgüter des Staates" zu verstehen sei. Dies entspricht der Eigenschaft des Kirchenguts als "Stiftungsgut"¹⁷⁷ und ebenso der Auffassung der am 15. Februar 1989 eingesetzten Expertenkommission für die Neuordnung der staatlichen Leistungen im Kirchenwesen¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Art. 21 des Gesetzes vom 29. September 1968 über den Finanzausgleich und die Abänderung von Beitrags- und Abgabevorschriften (Beitragsgesetz). Im Vortrag der Finanzdirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates betreffend das Gesetz über die Abänderung von Beitrags- und Abgabevorschriften vom Dezember 1967 wurde S. 20 dazu lediglich ausgeführt: "Die vorgeschlagenen zwei Ergänzungen des kirchlichen Organisationsgesetzes bringen eine durch die Erfahrung nahegelegte *Verschärfung des Zweckentfremdungsverbot für örtliche Kirchengüter ...*" Vgl. Beilage 3 zum Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 1968, v.a. S. 36.

¹⁷⁵ Die systematische Auslegung fragt – etwas vereinfacht gesagt – nach dem Sinn einer Vorschrift aufgrund des Zusammenhangs mit andern Bestimmungen.

¹⁷⁶ Die Bestimmung wurde im Jahr 1973 wiederum gestrichen. Art. 56 Abs. 2 wurde nie vollzogen, "wohl wegen des unverhältnismässigen Aufwandes, die er mit sich gebracht hätte. Die Zahl der bekannten Verletzungen und die Gefahr, dass neue, ohne Grundbucheintragungen, nicht verhindert werden, ist sehr klein. 1968 ist offenbar eine Kanone bereitgestellt worden, um auf einen Spatz zu schiessen" (Kommissionspräsident Müller vor dem Grossen Rat, Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 1976, S. 158).

¹⁷⁷ Dazu hinten S. 159 f.

¹⁷⁸ Vgl. Bericht Neuordnung der staatlichen Leistungen, S. 1, wo unter Bezugnahme auf das Dekret vom 7. Mai 1804 ausgeführt wird, die heute geltende Besoldung gehe

Nach dem Gesagten schliessen sich die Begriffe "ehemaliges" und "örtliches" Kirchengut *nicht* gegenseitig aus. Örtliches Gut kann sowohl im Eigentum einer Kirchgemeinde als auch des Staates stehen; in *beiden* Fällen gilt grundsätzlich das Zweckentfremdungsverbot nach Art. 56 Abs. 1 KiG.

Schliesslich sei bemerkt, dass selbstverständlich auch die *evangelisch-reformierte Landeskirche des Kantons Bern* als solche als juristische Person des öffentlichen Rechts Eigentümerin von Kirchengut sein kann. Das Kirchengesetz setzt dies z.B. in Art. 59 voraus, erwähnt aber das Gut der Gesamtkirche nirgends ausdrücklich. Vermögenswerte der Landeskirche dürften kaum unter die erwähnten Kategorien des "örtlichen" oder "ehemaligen" Kirchenguts fallen.

4. Insbesondere zum "staatlichen Kirchengut"

In einzelnen Kantonen bestehen besondere, durch den Staat verwaltete Fonds, welche ausschliesslich für kirchliche Zwecke zu verwenden sind¹⁷⁹. Die Bezeichnung solcher Fonds als Kirchengut (im oben erwähnten weiten Sinn) rechtfertigt sich schon deshalb, weil dieser Ausdruck in der kantonalen Gesetzgebung selbst zuweilen verwendet wird. So bestimmt z.B. § 9 Abs. 2 und 3 des basellandschaftlichen Kirchengesetzes vom 3. April 1950¹⁸⁰:

"Das 'Kirchen- und Schulgut' wird in eine Stiftung zu Gunsten der reformierten Landeskirche umgewandelt und weiterhin vom Staate verwaltet. Es darf seiner Zweckbestimmung nicht entfremdet werden.

Der Landrat regelt im Dekret die Verwaltung der Stiftung Kirchen- und Schulgut sowie deren Beziehungen zu den Kirchgemeinden der Evangelisch-reformierten Landeskirche."

"auf die Zeit der Mediation zurück. Sie sollte die Unbilligkeiten beseitigen, die mit der unterschiedlichen Besoldung der Pfarrer durch ihre Gemeinden verbunden waren. Zu diesem Zwecke wurde das Kirchengut dem Staate übereignet, der sich verpflichtete, aus dessen Ertrag (und mit einem allfälligen Zuschuss) die Besoldung der evangelisch-reformierten Pfarrer zu bestreiten ... Dementsprechend verbietet noch heute das Kirchengesetz die Zweckentfremdung des Kirchengutes (Art. 56 KiG)."

¹⁷⁹ LOUIS CARLEN, Verhältnis, S. 1108; JOHANNES GEORG FUCHS, Praxis, S. 352.

¹⁸⁰ GS 20.131, hier zit. in der Fassung vom 9. März 1989.

Im Kanton Bern wird das in staatlichem Eigentum stehende Kirchengut im weiteren Sinn wie erwähnt etwa als "ehemaliges" oder "sogenanntes" Kirchengut, das örtliche Kirchengut üblicherweise als "Pfrundgut" bezeichnet¹⁸¹.

Derzeit stehen 113 Pfarrhäuser im Eigentum des Kantons Bern¹⁸². Die meisten, nämlich 98, sind heute über 200 Jahre alt¹⁸³, dürften also im Gefolge des Dekrets vom 7. Mai 1804 an den Staat gegangen sein. Um 1990 umfasste das gesamte Pfrundgut eine Fläche von 97 ha. Davon entfielen 41 ha auf Pfarrhäuser mitsamt Dependenzgebäuden und einem angemessenen Umschwung; die übrigen 56 ha lagen grösstenteils in der Landwirtschaftszone¹⁸⁴.

Nach älterer Auffassung sind die Pfarrhäuser in staatlichem oder Gemeindeeigentum – jedenfalls solange der betreffende Kanton bestimmte Kirchen als "Landeskirchen" anerkennt und ein Gemeinwesen ihren Geistlichen eine Amtswohnung zur Verfügung stellt¹⁸⁵ – aufgrund ihrer direkten Zweckbestimmung dem *Verwaltungs-* und *nicht* dem *Finanzvermögen* des Kantons oder der Gemeinde zuzuordnen. So qualifizierte das Bundesgericht am 18. Dezember 1931¹⁸⁶ ein im Eigentum der Gemeinde Schwyz stehendes (bzw. durch die Gemeinde zu errichtendes) Pfrundhaus als öffentliche Sache und als Bestandteil des *Verwaltungsvermögens*¹⁸⁷. Ob die Zuordnung staatlicher

Pfarrhäuser zum *Verwaltungsvermögen* heute noch in allen Fällen zutreffend ist, kann mit guten Gründen bezweifelt werden angesichts der Tatsache, dass veränderte Lebensformen die Pfarrerin oder den Pfarrer nicht mehr so selten dazu bewegen, eine anderweitige Wohnung zu beziehen und das Pfarrhaus für andere Zwecke zur Verfügung zu stellen¹⁸⁸.

IV. Der Patronat

1. Entwicklung des kirchlichen Vermögensrechts im allgemeinen

Die Geschichte des *Vermögenserwerbs* durch christliche Gemeinden reicht in die ersten Jahrhunderte zurück. Spätestens mit der Anerkennung der Kirche und ihrer *Vermögensfähigkeit* im Altertum erschlossen sich reiche Quellen, aus denen der Kirche bald einmal namhafte Güter zukamen¹⁸⁹. Die römischen Kaiser förderten diese Entwicklung durch Verleihung von *Vermögensprivilegien* an die Kirche. Einen beträchtlichen Anteil der kirchlichen Einkünfte machte schon früh der *Zehnte* aus¹⁹⁰. Gestützt auf die mosaische Gesetzgebung setzte sich die Ansicht durch, die Darbringung der Erstlinge (*primitia*) und die Entrichtung des Zehnten sei zumindest eine moralische Christenpflicht. Nachdem sich die Bischöfe bis ins 6. Jahrhundert mit Ermahnungen zur freiwilligen Entrichtung begnügt hatten, erklärte die Fränkische Synode von Macon von 585 den Zehnten unter Androhung

Zwecken dient, sondern zum sog. *Verwaltungsvermögen*, dessen Objekte unmittelbar einer öffentlichen Aufgabe dienstbar sind (FLEINER, *Verwaltungsrecht*, 8. Aufl. 352 f.)."

¹⁸⁸ Vereinzelt werden einer Kirchgemeinde gehörende Pfarrhäuser seit längerer Zeit nicht mehr durch Pfarrerinnen oder Pfarrer bewohnt, sondern für andere "kirchgemeindefremde" Zwecke zur Verfügung gestellt. Das gilt beispielsweise für die der Kirchgemeinde Paulus in Bern im Jahr 1942 durch den Staat abgetretene Liegenschaft am Pavillonweg 1.

¹⁸⁹ Zur Frage nach kirchlichem Vermögen in vorkonstantinischer Zeit PETER LANDAU, *Kirchengut*, S. 561.

¹⁹⁰ Vgl. dazu die umfassende und namentlich für Bern "gültige" Darstellung von RUDOLF GMÜR, *Der Zehnt im alten Bern*, Bern 1954.

¹⁸¹ Vgl. z.B. Bericht Neuordnung der staatlichen Leistungen, S. 9.

¹⁸² Baudirektion des Kantons Bern, Gebäudeverzeichnis des Kantons Bern vom 16. Februar 1990.

¹⁸³ Bericht Neuordnung der staatlichen Leistungen, S. 12.

¹⁸⁴ Bericht Neuordnung der staatlichen Leistungen, S. 12.

¹⁸⁵ Vgl. für Bern Art. 54 Abs. 1 KiG.

¹⁸⁶ BGE 57 I 382 ff.

¹⁸⁷ Das Gericht ging S. 386 zunächst davon aus, dass die Gemeinde mit der Bereitstellung eines Gebäudes für Geistliche "nicht bloss dem privaten Wohnbedürfnis der Geistlichen entgegenkommen, sondern eine als öffentliche betrachtete Aufgabe erfüllen" wolle. Daher könne man "sehr wohl das Pfrundhaus als eine öffentliche Sache ansehen, die diesen Charakter zwar nicht schon vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit hat, wie die öffentlichen Strassen oder Gewässer usw., wohl aber durch die Bestimmung für einen Zweck, der mit als öffentlicher erscheint und den dadurch gegebenen Zustand objektiver Zweckgebundenheit ... Es gehört danach nicht zum *Finanzvermögen* der Gemeinde, das nur durch seinen Ertrag den öffentlichen

der Exkommunikation zur *Rechtspflicht*. Von Karl dem Grossen erwirkten die Bischöfe um 779 schliesslich eine allgemeine Zehntordnung.

Bis zum Ende des 4. Jahrhunderts existierten offenbar keine festen Normen über die Verteilung der kirchlichen Einkünfte. Abgesehen vom allmählich ausgebildeten Grundsatz, dass das Kirchengut prinzipiell unveräusserlich sei, verwaltete der Bischof das Kirchengut ohne viele gesetzliche Einschränkungen nach dem Gesichtspunkt kirchlicher Zweckmässigkeit bzw. des kirchlichen Interesses. Im Verlauf des 5. Jahrhunderts "kam jedoch eine *observanzmässige* Verteilung der kirchlichen Einkünfte in Uebung"¹⁹¹, welche durch die Päpste schliesslich in allen Diözesen durchgesetzt wurde¹⁹². Danach fiel je ein Viertel der Einkünfte dem Bischof, dem Klerus, dem Kirchenfabrikfonds und den Armen zu¹⁹³.

Die Frage nach der *Trägerschaft des Kirchenvermögens* hat in der Kanonistik wie kaum eine andere Kontroverse Wellen geschlagen¹⁹⁴. Die Vermögensfähigkeit der Kirche war als solche im Grunde stets anerkannt, doch herrschte in den verschiedenen historischen Konstellationen immer wieder Unklarheit über die Konstruktion des Eigentumsrechts und des Subjekts desselben¹⁹⁵. In alter Zeit galt als Eigentümerin des Kirchenguts regelmässig die *bischöfliche Kirche*¹⁹⁶. Der Bischof war (ausschliesslich) befugt, das Kirchengut seines Bistums zu verwalten; er selbst hatte das Kirchengut nicht zu Eigentum, sondern *in provisione*¹⁹⁷. Demgegenüber

¹⁹¹ WALTHER STUCKY, Eigentum, S. 73.

¹⁹² ULRICH STUTZ, Geschichte des kirchlichen Benefizialwesens, S. 28.

¹⁹³ Vgl. den bei ULRICH STUTZ, Geschichte des kirchlichen Benefizialwesens, S. 27 f. zitierten Brief Papst Simplicius' aus dem Jahr 465, offenbar das "älteste uns erhaltene Dokument der von Rom ausgehenden Reform der kirchlichen Vermögensverwaltung". Papst Simplicius ordnete darin an, einem fehlbaren Bischof solle "die Verfügung über die Einkünfte der Kirchen und die Spende der Gläubigen ... genommen und nur der vierte Theil davon ihm gelassen werden. Die zwei für die Kirchenfabrik und die Vertheilung an Fremde und Arme bestimmten Viertel sollen vom Priester Bonagrus bei Gefahr seines Ordo besorgt werden; das letzte werde unter die Kleriker nach den Verdiensten der einzelnen vertheilt."

¹⁹⁴ ERNST MOOR, Unterhaltspflicht, S. 66.

¹⁹⁵ PETER LANDAU, Kirchengut, S. 573.

¹⁹⁶ ERNST MOOR, Unterhaltspflicht, S. 66 f; WALTHER STUCKY, Eigentum, S. 74.

¹⁹⁷ ULRICH STUTZ, Geschichte des kirchlichen Benefizialwesens, S. 6, 41.

fehlen für diese Zeit offenbar Belege für die Annahme eines *dominium divinum* und von Eigentumsrechten privater Stifter¹⁹⁸.

In den mittelalterlichen Kirchenrechtsquellen ist die Frage nach dem Eigentum am Kirchengut selten eindeutig beantwortet¹⁹⁹. Nach wie vor wird oft die bischöfliche Kirche als Eigentumssubjekt genannt, was mit der damit zusammenhängenden bischöflichen Vermögensverwaltung oft dazu führte, dass die Kleriker der niederen Landkirchen "in vollständiger Abhängigkeit vom Bischof" lebten, "der ihnen aus den Einkünften des Bistums ein Stipendium für den Lebensunterhalt ausrichtete"²⁰⁰. In der Neuzeit wurden verschiedene Theorien – teilweise heftig – diskutiert. Im 16. Jahrhundert überzog im Anschluss an das Feudalrecht die "*Gesamtkirchentheorie*", wonach dem lokalen Institut ein Nutz Eigentum ("*dominium utile*") und der Gesamtkirche das Obereigentum ("*dominium directum*") zusteht²⁰¹. Während später zur Zeit der Helvetik die "*Gemeindetheorie*" vorherrschte²⁰², war gegen Ende des letzten Jahrhunderts die "*Institutentheorie*" verbreitet, wonach die einzelne kirchliche Anstalt als solche rechtsfähig und darum auch Eigentümerin des Kirchenguts ist²⁰³.

Eine Auseinandersetzung mit den divergierenden Meinungen kann an dieser Stelle nicht erfolgen. Was im einzelnen zu welcher Zeit "galt", ist für die im Rahmen dieses Gutachtens zu beantwortenden Fragen auch nicht erheblich. Entscheidend ist demgegenüber der Umstand, dass die kirchlichen Vorschriften über die Vermögensverwaltung zunächst weitgehend durch das "weltliche" *Eigenkirchenrecht* verdrängt wurden, bis es der Kirche schliess-

¹⁹⁸ ERNST MOOR, Unterhaltspflicht, S. 67.

¹⁹⁹ PETER LANDAU, Kirchengut, S. 567.

²⁰⁰ ERNST MOOR, Unterhaltspflicht, S. 68.

²⁰¹ EDUARD SCHWEIZER, Kirchen- und Schulgut, S. 182.

²⁰² ATTENHOFER, Rechts subject, S. 14, m.H. auf ältere deutsche Literatur.

²⁰³ EDUARD SCHWEIZER, Kirchen- und Schulgut, S. 182. Vgl. z.B. ATTENHOFER, Rechts subject, S. 17: "Es ist daher von den drei Haupttheorien über das Eigentumsrecht des katholischen ortskirchlichen Vermögens, welche sind: Gesamtkirchentheorie, Kirchengemeindetheorie, kirchliche Institutentheorie, die letztere Theorie bereits von allen Canonisten der neuern Zeit, und zwar nicht nur allein von denjenigen, welche der römischen katholischen Richtung huldigen, sondern auch von den bedeutendsten sogenannten altkatholischen und protestantischen Canonisten, als die allein richtige anerkannt."

lich gelang, die Rechtsverhältnisse als "Patronat" wiederum neu kanonistisch zu normieren. Allerdings unterlag das Patronatrecht in der Schweiz wie anderswo zahlreichen Modifikationen durch partikulares Recht und besondere lokale "alte Rechtsübung unseres Landes"²⁰⁴. Im folgenden wird zunächst das Eigenkirchenrecht und anschliessend das gemeine, kanonistisch normierte Patronatrecht in den Grundzügen skizziert; daran schliessen einige allgemeine Hinweise zur Geltung dieser Grundsätze in der Schweiz an. Die Patronatrechtsverhältnisse im Kanton Bern werden im zweiten Teil darzustellen sein.

2. Die Eigenkirche

2.1 Begriff

Der Begriff der Eigenkirche wurde 1894 durch ULRICH STUTZ (1868-1938) geprägt²⁰⁵, auf dessen Forschungen die Lehre bis in die Gegenwart immer wieder verweist²⁰⁶. Vor dieser Zeit galten eigenkirchenrechtliche Verhältnisse regelmässig als eine besondere Ausgestaltung des Patronatrechts²⁰⁷. STUTZ definiert die Eigenkirche als

"ein Gotteshaus, das dem Eigentum oder besser einer Eigenherrschaft derart unterstand, dass sich daraus über jene nicht bloss die Verfügung in vermögensrechtlicher Beziehung, sondern auch die volle geistliche Leitungsgewalt ergab"²⁰⁸.

²⁰⁴ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 11.

²⁰⁵ Am 23. Oktober 1894 hielt STUTZ seine Antrittsvorlesung zum Thema "Die Eigenkirche als Element des mittelalterlich-germanischen Kirchenrechts". Sie ist wiedergegeben in der erstmals 1895 erschienenen gleichnamigen Publikation, hier zitiert mit ULRICH STUTZ, Eigenkirche. Vgl. neben den übrigen hier zitierten Darstellungen auch die späte Publikation ULRICH STUTZ, Ausgewählte Kapitel aus der Geschichte der Eigenkirche und ihres Rechtes, in: ZRG kan. Abt. 57 (1937), S. 1 ff.

²⁰⁶ Vgl. z.B. PETER LANDAU, Eigenkirchenwesen; ERNST MOOR, Unterhaltspflicht, S. 68 ff.; CARL PESTALOZZI, Kirchengut, S. 3 ff.

²⁰⁷ Vgl. z.B. FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 89 f.

²⁰⁸ ULRICH STUTZ, Eigenkirche, S. 55.

Ein wesentliches Merkmal des Eigenkirchenrechts ist demnach, wie bereits der Name verrät, der Umstand, dass dem Eigenkirchenherr das *Eigentum* an der gestifteten Kirche zustand. Diese war *propria ecclesia*. Namentlich in dieser Hinsicht unterschied sich das Eigenkirchenrecht vom späteren Patronatrecht. Dieses Eigentum konnte einer natürlichen oder juristischen, kirchlichen oder weltlichen Person, also einem Laien ebensogut wie einem Kloster, einem Priester oder einem Bischof zustehen²⁰⁹.

2.2 Ursprung

STUTZ, nach welchem sich über den Ursprung der Eigenkirche "nichts Gewisses sagen" lässt, vermutet die Wurzel im *Priestertum des urgermanischen Hausvaters*²¹⁰. Danach verdankt die Eigenkirche ihre Entstehung historisch dem heidnisch-germanischen Haustempel. Aus der in vorchristlicher Zeit verbreiteten Vorstellung, dass "würdig die Gottheit nur an einer Stätte verehrt werden" könne, "die dieser heiligen Bestimmung ausschliesslich gewidmet sei und der Herrschaft des Gottes unmittelbar unterstehe", entwickelte sich nach STUTZ im Lauf der Zeit der Brauch, sich ein *eigenes Tempelgebäude* zu halten, und eine Befugnis des Eigentümers, über die Personen im Umkreis des Tempels selbst eine *priesterliche Leitungsgewalt* auszuüben oder ausüben zu lassen²¹¹. Die Thesen STUTZ' über die Herkunft des Instituts sind in der neueren Forschung mit überzeugenden Argumenten angezweifelt worden²¹². Aus diesem Grund wird hier im folgenden nicht – wie heute oft noch üblich – vom *germanischen Eigenkirchenwesen*²¹³, sondern neutraler schlicht vom Eigenkirchenwesen gesprochen.

²⁰⁹ PETER LANDAU, Eigenkirchenwesen, S. 399.

²¹⁰ ULRICH STUTZ, Eigenkirche, S. 22.

²¹¹ ULRICH STUTZ, Geschichte des kirchlichen Benefizialwesens, S. 89 ff.

²¹² Kritik übt z.B. PETER LANDAU, Eigenkirchenwesen, S. 400. LANDAU macht geltend, STUTZ und seine Schüler könnten für ihre Thesen "nur isländische Quellenzeugnisse des hohen Mittelalters anführen, deren Aussagewert in der neueren Forschung stark reduziert wird ...". Er vertritt u.a. unter Berufung auf ägyptische Papyri und weitere Quellen die Auffassung, dass das Institut der Eigenkirche "vielmehr mit der wirtschaftlichen Entwicklung zur Grundherrschaft in der Spätantike" zusammenhänge und "national indifferent" sei. Hinweise auf weitere kritische Stimmen bei ANDREAS HEDWIG, Eigenkirche, S. 2, Anm. 6.

²¹³ MARCO JORIO, Säkularisation, S. 481.

Unbestritten ist heute jedoch das *Prinzip*, dass "eine eigenkirchenrechtliche Struktur im frühen Mittelalter in Europa vorhanden war"²¹⁴.

2.3 Verbreitung und rechtliche Anerkennung

Seit dem 5. Jahrhundert war in Gallien und bei den Langobarden, seit dem 6. Jahrhundert im Orient und seit dem 7. Jahrhundert in Spanien die Vorschrift verbreitet, dass der Stifter einer Kirche dem Bischof einen Geistlichen für diese Kirche vorschlagen dürfe²¹⁵. In den germanischen Ländern mit Ausnahme des Westgotenreichs²¹⁶ wurde dieses Recht allmählich durch die Vorschrift ergänzt, dass der Stifter einer Kirche an dieser dasselbe Eigentumsrecht habe wie an Grund und Boden, worauf sie stehe. Der Stifter – oft auch Kirchherr genannt²¹⁷ – konnte über diese *ecclesia propria* nach Belieben verfügen und ebenso nach Belieben einen Geistlichen ernennen²¹⁸. Die derart ausgestaltete Eigenkirche setzte sich im Frankenreich um 700 und bei den Langobarden im 8. Jahrhundert durch²¹⁹ und erfuhr *unter karolingischer Herrschaft gesetzgeberische Erfassung und Anerkennung*²²⁰. Auch in der Schweiz schoss die Eigenkirche seit Anfang des 8. Jahrhunderts "massenhaft aus dem Boden hervor"²²¹. Der fränkische Ursprung vieler Kirchen ist gelegentlich heute noch an den Namen der Schutzheiligen erkennbar, denen sie ursprünglich gewidmet waren²²².

²¹⁴ PETER LANDAU, Eigenkirchenwesen, S. 399.

²¹⁵ Nachweise bei EMIL FRIEDBERG, Kirchenrecht, S. 374.

²¹⁶ Nach PETER LANDAU, Eigenkirchenwesen, S. 400, konnte sich die Eigenkirche im "weitgehend staatlichen Westgotenreich" nicht behaupten, weil ihre Entwicklung "parallel zur Ausdehnung der grundherrschaftlichen Rechte im weltlichen Bereich und dem wirtschaftlich bedingten Zerfall spätantiker Staatstraditionen" verlief. Im Westgotenreich erwarb der Kirchengründer nicht das Eigentum an der Kirche, sondern nur das Recht, dem Bischof einen Priester vorzuschlagen (westgotisches Patronatrecht).

²¹⁷ C.A. BÄCHTOLD, Geschichte, S. 19.

²¹⁸ EMIL FRIEDBERG, Kirchenrecht, S. 374 f.

²¹⁹ PETER LANDAU, Eigenkirchenwesen, S. 400.

²²⁰ ERNST MOOR, Unterhaltspflicht, S. 69.

²²¹ C.A. BÄCHTOLD, Geschichte, S. 5.

²²² C.A. BÄCHTOLD, Geschichte, S. 2.

Zu welchem Zeitpunkt das Eigenkirchenrecht voll entwickelt war, ist bis in die neuere Zeit umstritten geblieben. STUTZ datiert den Höhepunkt des Eigenkirchenwesens in die erste Hälfte des 9. Jahrhunderts, die neuere Lehre schwankt in dieser Hinsicht zwischen dem 8. und dem 10. Jahrhundert²²³.

Die weitgehenden Befugnisse des Kirchherrn standen natürlich im Widerspruch zum kirchenrechtlich begründeten Anspruch des Bischofs, die Priester seiner Diözese zu ernennen. Die Kirche bemühte sich um Eindämmung des Eigenkirchenwesens, doch war ihr Bestreben, dieses "in den Griff" zu bekommen, offenbar auch mit kirchenrechtlichen Schwierigkeiten verbunden²²⁴. Jedenfalls sah sich die Kirche zu etwelchen *Konzessionen* gezwungen. Bereits Papst Zacharias musste ostfränkischen Grundherren zumindest stillschweigend die Befugnis zubilligen, den Geistlichen ihrer Eigenkirche zu ernennen²²⁵. Nachdem in der Karolingerzeit besonders

²²³ PETER LANDAU, Eigenkirchenwesen, S. 400, erwähnt das "seit dem 8. Jh. voll entwickelte Eigenkirchenwesen". ANDREAS HEDWIG, Eigenkirche, S. 63 f., meint demgegenüber: "Mit dem Beginn des 9. Jahrhunderts war die Eigenkirche, zumindest in der Klostergrundherrschaft zwischen Loire und Rhein, noch keineswegs voll entwickelt ... Der von Stutz in die erste Hälfte des 9. Jahrhunderts datierte Höhepunkt des Eigenkirchenwesens wird mithin auf einen späteren Zeitpunkt verschoben werden müssen, etwa die zweite Hälfte oder den Ausgang des Jahrhunderts, wenn nicht gar erst in das 10. Jahrhundert ..."

²²⁴ ULRICH STUTZ, Geschichte des kirchlichen Benefizialwesens, S. 217, berichtet: "Zum Theil kam abweichendes nationales Gewohnheitsrecht in Frage, und fast möchte man vermuthen, es seien die Vertreter der Kirche selbst nicht durchweg darüber einig gewesen, was denn eigentlich kirchlichen Rechts sei."

²²⁵ Vgl. dazu die Schilderung bei ULRICH STUTZ, Geschichte des kirchlichen Benefizialwesens, S. 221 f.: "Zacharias selbst überzeugte sich bald von der Unmöglichkeit, in diesem Punkte das kanonische Recht durchzuführen. Wenn er ... ermahnte, keinen Kleriker in Dienstabhängigkeit von sich zu halten, wenn er ihnen verbot, an den Kirchen, die sie gegründet hätten, einen fremden Priester aufzunehmen, er sei denn vom Diözesanbischof geweiht oder auf Grund eines Entlassungs- und Geleitbriefes angenommen, wenn er ihnen vorschrieb, ohne den Rath ihres Bischofs überhaupt keinen Priester an irgend einer Kirche zuzulassen, vielmehr jeden zuerst bischöflicher Prüfung zu unterstellen, so wird man darin zwar nicht eine direkte Zurücknahme der früheren Vorschriften erkennen können, wohl aber ein *tolerari posse* für die Eigenkirchen und die grundherrlichen Rechte an ihnen. Wenigstens die Befugnis, den Geistlichen zu ernennen, gesteht jetzt der Papst den Grundherren stillschweigend zu; nur die Abstellung von Missbräuchen, die dabei vorkamen, ... bezweckten seine Dekrete."

Ludwig der Fromme die Interessengegensätze zwischen Eigenkirchenherren und Bischöfen im *capitulare ecclesiasticum* von 818/819²²⁶ geregelt hatte, wurde das Institut der Eigenkirche schliesslich durch die Kirche selbst anerkannt. Dies geschah zunächst im *Gutachten des Erzbischofs Hinkmar von Reims*²²⁷, später, im Jahr 826, offiziell durch eine *Synode unter Papst Eugen II. in Rom*²²⁸.

2.4 Das Eigenkirchenrecht

Das voll entwickelte Institut der Eigenkirche bedeutete zunächst, dass dem Eigentümer der Kirche diese mitsamt den zu ihr gehörenden Grundstücken und Einkünften als *Sondervermögen* zustand²²⁹. Mit dem Eigentum verband sich ein grundsätzlich "*umfassendes Herrschafts- und Nutzungsrecht des Eigenkirchenherrn*"²³⁰. Dieses Nutzungsrecht war im wesentlichen

nur dadurch beschränkt, dass mit den Einnahmen primär die *Erhaltung der Kirche* und der *Unterhalt des Priesters* zu sichern waren²³¹. Seit der Durchsetzung der allgemeinen Pflicht zur Zahlung von Zehnten in der Karolingerzeit wurde die Gründung einer Eigenkirche allmählich die "vielleicht vorteilhafteste Kapitalanlage des frühen Mittelalters"²³².

Der Eigenkirchenherr war berechtigt, die kirchliche Vermögensmasse als ganzes zu *veräussern* oder zu *vererben*²³³. Die Eigenkirche wurde aufgrund ihrer wirtschaftlichen Attraktivität zum Gegenstand des *Vermögensverkehrs*. Da wie erwähnt auch Laien ohne weiteres Eigenkirchenherr sein konnten, brachte das germanische Eigenkirchenwesen im Ergebnis "subjektiv eine Laisierung von Kirchengut mit sich: in grossem Umfange gingen kirchlichen Zwecken gewidmete Güter in die Hände weltlicher Personen über, oder Laien machten Stiftungen zugunsten kirchlicher Zwecke, behielten aber das Eigentum am Stiftungsgut"²³⁴.

Ein plastisches Bild des Eigenkirchenrechts vermittelt die Schilderung der gerichtlichen Auseinandersetzung zwischen einem (angeblichen) Eigenkirchenherrn und dem Bischof aus dem Traditionenbuch des Freisinger Hochstifts aus dem Jahr 818²³⁵:

"Als die Edlen, vor allem Bischof Hitto, aber auch Graf Liutbald am Gerichtsort an der Pfetrach zusammengekommen waren, um sowohl die Streitigkeiten der vielen dort Zusammenströmenden friedlich beizulegen als auch, damit nicht wei-

Verfügungsgewalt aus. Die grösste Gruppe, die der 'grundherrschaftlichen Kirchen', ist zwar textlich-formal auf den ersten Blick kaum von anderen grundherrschaftlichen Einrichtungen zu unterscheiden, sie nimmt de facto aber eine privilegierte Stellung im grundherrschaftlichen Rahmen ein: Diese Kirchen verfügen über eine Dotierung ausschliesslich zu ihrem Nutzen und werden nur an Freie vergeben" (S. 57 f.).

²³¹ PETER LANDAU, *Eigenkirchenwesen*, S. 400.

²³² PETER LANDAU, *Eigenkirchenwesen*, S. 401, unter Verwendung eines Zitats von Stutz. Ebenso ULRICH LAMPERT, *Kultusbudgets*, S. 11, nach welchem "die Gründung von Eigenkirchen im Mittelalter geradezu eine beliebte Kapitalanlage" war. Auch CARL PESTALOZZI, *Kirchengut*, S. 4, zählt sie "zur besten Kapitalanlage des Mittelalters".

²³³ PETER LANDAU, *Eigenkirchenwesen*, S. 400.

²³⁴ ERNST MOOR, *Unterhaltungspflicht*, S. 68.

²³⁵ Zit. nach PIO CARONI, *Quellen und Texte zur rechtshistorischen Vorlesung*, Bd. I, 3. Aufl., Bern 1986, S. 27.

²²⁶ Nach dem Kirchenkapitular durften die Eigenkirchenherrn künftig nicht mehr Unfreie an ihren Kirchen anstellen und mussten den Eigenkirchengeistlichen aus dem kirchlichen Grundbesitz eine Hufe für ihren Unterhalt überlassen. Demgegenüber wurde ihnen der Erwerb von Zehntrechten gestattet und die freie Auswahl der Eigenkirchengeistlichen garantiert; der Bischof durfte die Ordination nur wegen schlechten Lebenswandels verweigern; vgl. PETER LANDAU, *Eigenkirchenwesen*, S. 401. Ausführlich zum *capitulare ecclesiasticum* Ludwigs des Frommen ULRICH STUTZ, *Geschichte des kirchlichen Benefizialwesens*, S. 235 ff.

²²⁷ ULRICH STUTZ, *Geschichte des kirchlichen Benefizialwesens*, S. 280 ff.

²²⁸ Die Synode bestimmte in c. 21: "Monasterium vel oratorium canonicè constructum a dominio constructoris invito non auferatur." ULRICH STUTZ, *Geschichte des kirchlichen Benefizialwesens*, S. 259, übersetzt: "Ein Kloster oder Bethaus, das nach den Vorschriften der Kirche erbaut ist, soll gegen den Willen des Erbauers dessen Eigentum nicht entzogen werden." PETER LANDAU, *Eigenkirchenwesen*, S. 401, gibt den Satz wieder mit: "Ein Kloster oder eine Kapelle, die kanonisch begründet worden sind, sollen der Herrschaftsgewalt des Gründers nicht entzogen werden."

²²⁹ PETER LANDAU, *Eigenkirchenwesen*, S. 400.

²³⁰ PETER LANDAU, *Eigenkirchenwesen*, S. 399. Differenziert zu den Befugnissen des "Eigenkirchenherrn" ANDREAS HEDWIG, *Eigenkirche*. HEDWIG unterscheidet zu Beginn des 9. Jahrhunderts Benefizialkirchen, Privatkapellen und Privatkirchen und grundherrschaftliche Kirchen und meint zusammenfassend: "Während die Quellen in Hinsicht auf die erste Kategorie kaum einen Schluss auf die tatsächlichen Rechtsverhältnisse zulassen, vermitteln sie bezüglich der Privatkapellen und -kirchen in der Tat den Eindruck, der Grundherr übe die unumschränkte sachenrechtliche

teres Unheil geschehe, den vollen Wert zu ersetzen, da erhob sich der Vogt des Bischofs namens Wichart und klagte gegen einen gewissen Mann namens Waldger; er sagte, dass dieser widerrechtlich Hof und Kirchengebäude zu (Langen)Bach betreten und einen Eigenknecht der hl. Maria geschlagen habe. Jener aber sagte, die Kirche mit all ihrem Zubehör sei sein Eigen. Darauf fragte ihn Graf Liutbald, ob er oder der Bischof die Gewere habe. Jener aber sprach vor allen zu dreien Malen, dass er die Gewere habe. Darauf holten der Bischof und Liutbald die Männer, die den Streitfall am besten kannten, und liessen sie auf Reliquien schwören und öffentlich allen die Wahrheit in dieser Sache weisen. Diese hiessen: ... Und nach dem Eid sagten diese, dass zu Zeiten des Kaisers Karl Bischof Atto die Kirche in seiner Gewalt und seinem Priester Tato zu Lehen gegeben habe, ebenso auch Bischof Hitto unter Karl und nach ihm unter Kaiser Ludwig, bis Waldger ihm widerrechtlich die Gewere entzogen habe. Auf das Gehörte hin urteilte die Gerichtsgemeinde, dass Bischof Hitto und dem Schutzvogt (jener Kirche) das Besitzrecht zukomme. Da sah (Waldger) ein, dass er auf keine Weise erhalten könne, was er wollte; er gab, von dem gerechten Gerichtsspruch überwunden, die Kirche mit allem anliegenden Land in die Hände des Bischofs und ihres Vogtes zurück. Der Bürge Wolfleoz bekräftigte und gelobte die Erfüllung des Urteils, ebenfalls verbürgte sich Wolfleoz für eine Busse von 40 Schillingen für den Altar. Am selben Tag aber übergab er dem rechtmässigen Boten des Bischofs durch das Seil, mit dem die Glocke geläutet wird, die Gewere mit den Häusern, Gebäuden, Hofleuten und Knechten und Vieh und gab selbst auf immerdar jeden Besitzanspruch auf ..."

2.5 Vom Eigenkirchenrecht zum Patronatrecht

Schon während des frühen Mittelalters bestimmte das Eigenkirchenwesen nie allein die kirchliche Rechtsordnung²³⁶. In Frankreich sind Rückgaben von Laien gehörenden Kirchen an kirchliche Vermögensträger seit der Mitte des 9. Jahrhunderts nachweisbar²³⁷. Auf den Konzilien von Clermont (1095) und Nîmes (1096) wurde den Laien eine *Rechtspflicht* zur Rückgabe der Kirchen auferlegt, deren Verletzung später²³⁸ mit *Exkommunikation* bedroht wurde²³⁹. Entscheidenden Einfluss übte *Gratian* aus. Er kannte zwar noch ein "dominium" der Laien an ihren Kirchen, reduzierte dieses aber auf ein Recht zur *Präsentation* des Geistlichen und auf Unterstützung

²³⁶ PETER LANDAU, Eigenkirchenwesen, S. 402.

²³⁷ PETER LANDAU, Eigenkirchenwesen, S. 402.

²³⁸ Auf dem Konzil von Clermont 1130 und dem 2. Laterankonzil von 1139.

²³⁹ PETER LANDAU, Eigenkirchenwesen, S. 402.

im Fall der Not²⁴⁰. In der nachgratianischen Kanonistik wandelte sich das Eigenkirchenrecht zum *Patronat*. Während *Rufinus* den Begriff des *ius patronatus* für das Laienrecht an Kirchen prägte, wurden seit dem 12. Jahrhundert auch die Eigenkirchenrechte geistlicher Personen dem neu entwickelten Patronatrecht unterstellt²⁴¹. Der päpstlichen Gesetzgebung des 12. Jahrhunderts, vor allem Papst Alexanders III., gelang es zwar nicht, die Kollatur²⁴² durch Laien zu beseitigen, doch wurde das Verhältnis so umgestaltet, dass dem Laien kein Eigentum und keine Verfügungsgewalt an der Kirche mehr zustand²⁴³. Mit Bezug auf die Auswahl der Geistlichen stellte Alexander III. die *advocatio* weltlicher Grundherrn als *ius spirituali adnexum* und darum der geistlichen Gerichtsbarkeit unterstehend hin. Die nachfolgende Gesetzgebung war dementsprechend durch die Doktrin geprägt, dass der Grundherr, welcher nun *patronus* genannt wurde, den Geistlichen nicht selbst ernennen, sondern nur vorschlagen (*praesentare*) könne²⁴⁴. Dieses gemeine Patronatrecht soll im folgenden in den Grundzügen dargestellt werden.

3. Das Patronatrecht

Das Patronatrecht (im subjektiven Sinn), *ius patronatus*, auch etwa *Kirchensatz*²⁴⁵ oder "Lychenschaft der Pfarrei"²⁴⁶ genannt, bezeichnet nach der in Lehre²⁴⁷ und Rechtsprechung²⁴⁸ anerkannten Definition von HINSCHIUS den

²⁴⁰ PETER LANDAU, Eigenkirchenwesen, S. 402.

²⁴¹ PETER LANDAU, Eigenkirchenwesen, S. 403. Ob das *ius patronatus* bereits vor Ende des 12. Jahrhunderts urkundlich bezeugt wird, ist umstritten. Jedenfalls erwiesen sich früher datierte Urkunden zumindest teilweise als Fälschungen oder Interpolationen; vgl. JOHANN DORN in ZRG kan. Abt. 39 (1918), S. 221 f.

²⁴² Zum Begriff der Kollatur hinten S. 80 f.

²⁴³ CARL PESTALOZZI, Kirchengut, S. 5.

²⁴⁴ EMIL FRIEDBERG, Kirchenrecht, S. 375.

²⁴⁵ RICHARD GÖNNER, Kirchenpatronatrecht, S. 7; RUDOLF WYSS, Rechte, S. 10.

²⁴⁶ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 10.

²⁴⁷ Statt vieler JOSEF SESTER, Kirchenpatronatrecht, S. 121.

²⁴⁸ Vgl. ALFRED ALBRECHT, Patronatswesen, S. 168, Anm. 4.

"Inbegriff von Befugnissen und Pflichten, welche einer Person in bezug auf eine Kirche oder kirchliches Amt aus einem besonderen, von ihrer Stellung in der Hierarchie unabhängigen Rechtsgrund zustehen"²⁴⁹.

3.1 Begründung des Patronats

Nach dem Vorbild des alten Eigenkirchenrechts entstand der Patronat durch die Hingabe von Vermögenswerten. Nach gemeinem Recht galt der Satz:

*Patronum faciunt dos, aedificatio, fundus*²⁵⁰.

Der Patron erwarb das Patronatrecht und die entsprechenden Pflichten ordentlicherweise *ipso iure* durch Stiftung (*fundatio* i.w.S.), nämlich durch die Anweisung von Grund und Boden unter Aufgabe des Eigentums (*fundatio* i.e.S. oder *fundatio in specie*), den Bau eines Kirchengebäudes (*aedificatio*, auch *reaedificatio* oder *extractio*) und die Gewährung ausreichender Mittel für den Gottesdienst und den Geistlichen (*dotatio*)²⁵¹. Neu war gegenüber dem Eigenkirchenrecht in dieser Hinsicht wie erwähnt namentlich der Umstand, dass der Stifter als Patron nicht mehr, wie der alte Eigenkirchenherr, Eigentümer des zweckbestimmten Guts blieb. WYSS beschreibt die Errichtung eines Patronats mit folgenden Worten:

"Eine solche Kirchenstiftung geschah durch einen dreifachen Akt. Zuerst musste *Grund und Boden* geschenkt werden, *fundatio in specie*. Sodann musste auf demselben *eine Kirche und eine Wohnung für den Priester gebaut* werden, *extractio*; wobei dem Kirchenstifter seine Zinsbauern und Gerichtssassen namentlich für Thurm und Kirche Hilfe leisteten. Endlich musste ein *Einkommen* angewiesen werden, *dotatio*, welches in dem Ertrage von Gütern, auch *Wydumgüter* genannt, von Zinsen, von Erstlingen oder Primitien, von Weid- und Waldnutzungen u. dgl. bestehen konnte. Die Stiftung musste durch den Bischof genehmigt werden, welcher den Umfang des Kirchhore-Bezirkes, der Parochie, bestimmte, *circumscrip-tio*, und der Dotation einen Theil der *Zehnten* der Kirchhore hinzufügte. Die Dankbarkeit der gesammten christlichen Kirche und der einzelnen Gemeinden gegen die Kirchenstifter hat diesen, nach allgemein geltendem Kirchenrechte, überall das *Patronatsrecht der Pfarrei*, welche sie stifteten, verliehen, und die

²⁴⁹ Zit. nach ALFED ALBRECHT, Patronatswesen, S. 168.

²⁵⁰ EMIL FRIEDBERG, Kirchenrecht, S. 378.

²⁵¹ C.A. BÄCHTOLD, Geschichte, S. 7; EMIL FRIEDBERG, Kirchenrecht, S. 378; KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 3.

Pfarrstiftung geschah daher auch immer unter dem Vorbehalte des Patronatsrechtes."²⁵²

3.2 Arten von Patronaten

Das gemeine Recht unterschied zwischen geistlichem und weltlichem Patronatrecht. Das *ius patronatus ecclesiasticum* stand einer Kirche, einem Kloster oder einem Geistlichen kraft seines Amtes zu. Das *ius patronatus laicale* konnte sowohl einem Geistlichen als auch einem Laien zustehen; im Unterschied zum geistlichen stand es der Person aus *privatrechtlichen* Gründen zu²⁵³.

Das *ius patronus* konnte nach gemeinem Recht grundsätzlich ein *persönliches* oder *dingliches* Recht sein²⁵⁴. Persönliche Patronatrechte gingen nach zivilrechtlicher Vorschrift oder nach den Bestimmungen des Stifters auf einen Nachfolger über²⁵⁵. Sie konnten nach gemeinem Recht vertauscht, verschenkt und vererbt, aber nicht verkauft werden²⁵⁶. Gerade in der Schweiz wurde das Verkaufsverbot allerdings oft durchbrochen²⁵⁷. War das Recht dinglicher Natur, war es "derart an ein Grundstück geknüpft, dass es das rechtliche Schicksal dieses Grundstücks teilte und dem jeweiligen Eigentümer oder Nutzungsberechtigten zustand"²⁵⁸. Diese "*subjektiv-dingliche Verknüpfung*"²⁵⁹ beschreibt GÖNNER folgendermassen:

²⁵² RUDOLF WYSS, Rechte, S. 9. CARL PESTALOZZI, Kirchengut, S. 5, beschreibt die Entstehung des Patronatsrechtes wie folgt: "Die wesentlichste *Verpflichtung* des Patrons, durch welche das Patronatsrecht erst erworben wurde, war die Stiftung. Dazu gehörte die Hingabe von Grund und Boden (*area*), der Bau der Kirche (*extractio*) und die Ausstattung der Kirche und des Geistlichen (*dotatio*) mit dem nötigen Vermögen (*portio congrua*)."

²⁵³ KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 9.

²⁵⁴ EMIL FRIEDBERG, Kirchenrecht, S. 378.

²⁵⁵ JOSEF SESTER, Kirchenpatronatrecht, S. 147.

²⁵⁶ ULRICH LAMPERT, Kultusbudgets, S. 11; vgl. c. 16, X. de iure patron.

²⁵⁷ KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 9.

²⁵⁸ CARL PESTALOZZI, Kirchengut, S. 6; vgl. auch JOSEF SESTER, Kirchenpatronatrecht, S. 147.

²⁵⁹ Dazu vorn S. 36 f.

"Für die Erkenntnis der rechtlichen Natur des 'kirchesatzes' seit dem späteren Mittelalter und bis in die neuere Zeit ergibt sich aber hiernach die Tatsache, dass das Patronatrecht zu jener eigenartigen Gruppe unbeweglicher Sachen unkörperlicher Natur gehörte, wie sie das deutsche Recht zahlreich entwickelt hat. Es steht dabei in derselben Linie mit den anderen Gerechtsamen aus grundherrlicher Gewalt, wie der Gerichtsbarkeit, den Regalien, Zwing- und Bannrechten und Gefällen der verschiedensten Art, in die sich der ursprünglich geschlossene Grundeigentumsbegriff des älteren deutschen Rechts zersplittert hat. Das ältere Patronatrecht war demnach auf deutschem Boden grundsätzlich ein subjektiv dingliches Recht und hatte die Vermutung für diese dingliche Natur für sich."²⁶⁰

3.3 Rechte und Pflichten des Patrons

Eine Glosse zu c. 25, X, de iure patron., bezeichnet die Rechte und Pflichten des Patrons wie folgt:

*Patrono debetur honos, onus, utilitasque, Praesentet, praesit, defendat, alatur egenus*²⁶¹.

Das hauptsächliche Recht des Patrons stellte das Präsentationsrecht dar. Damit verbanden sich weitere Rechte wie das Recht der cura beneficii, einige vermögenswerte Rechte sowie Ehrenrechte. Mit diesen Rechten korrelierten Pflichten, namentlich die Kompetenz- und Baupflicht²⁶². Im einzelnen hatten diese Rechte und Pflichten etwa den folgenden Inhalt:

3.3.1 Präsentationsrecht

Dem Patron stand zunächst anstelle des bisherigen Wahlrechts des Eigenkirchenherren das Präsentations- oder Vorschlagsrecht (*ius praesentandi*) zu, also das Recht, dem Bischof innert einer bestimmten Frist²⁶³ einen taug-

lichen Geistlichen zur Besetzung des vakanten Kirchenamts *vorzuschlagen*²⁶⁴. Die Kollatur, *collatio*, gelegentlich auch als *institutio canonica* bezeichnet²⁶⁵, meinte demgegenüber das Recht, einen Pfarrer zu ernennen bzw. zu wählen²⁶⁶. Sie stand nach kanonischem Recht (ausschliesslich) dem *Bischof* zu. Einzig dieser war eigentlicher Kollator nach gemeinem kirchlichem Recht; nur der Bischof durfte das Amt übertragen, installieren, instituieren²⁶⁷. Wiederholt sah sich die katholische Kirche veranlasst, die Laieninvestitur ausdrücklich zu verbieten²⁶⁸. Die gerade in Zusammenhang mit bernischen Verhältnissen oft anzutreffende Gleichsetzung von Patronat- und Kollaturrecht ist an sich unzutreffend, aber insofern verständlich, als nach der Aufhebung der bischöflichen Befugnisse durch die Reformation der Patron regelmässig auch das Kollaturrecht innehatte. SESTER umschreibt das *ius praesentandi* nach kirchlichem Recht wie folgt:

"Das erste Vorrecht des Patrons war die Benennung eines Geistlichen, dem der Bischof dann die Pfründe verleihen musste, vorausgesetzt, dass der Kandidat sich fähig und würdig erwies. Die Erledigung einer Pfründe wurde vom Ordinariate bekanntgegeben; die Bewerbung erfolgte beim Patrone, welcher seine getroffene Wahl auf beliebige Weise zur Kenntnis des Erwählten und der kirchlichen Behörde bringen konnte. Der Präsentierte musste sich von einer bischöflichen Kommission auf seine geistigen Fähigkeiten und seine sittliche Durchbildung prüfen lassen; diese Prüfung konnte später wiederholt werden, wenn ein defectus famae oder scientiae dieselbe geboten erscheinen liess."²⁶⁹

3.3.2 Cura beneficii

Neben dem Präsentationsrecht stand dem Patron die *cura beneficii providentialis* zu, das Recht auf Aufsicht, Abwehr und Vertretung der Pfründe; ein *positives Verwaltungsrecht* hatte er dagegen nur dann inne, wenn die Fundationsurkunde ihm ein solches ausdrücklich einräumte²⁷⁰.

²⁶⁰ RICHARD GÖNNER, Kirchenpatronatrecht, S. 7.

²⁶¹ Zit. nach KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 9, und EMIL FRIEDBERG, Kirchenrecht, S. 380.

²⁶² Vgl. z.B. zur hier nicht dargestellten Anzeigepflicht des Patrons EDUARD EICHMANN/KLAUS MÖRSDORF, Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex Iuris Canonici, 2. Bd.: Sachenrecht, 6. Aufl., Schöningh/Paderborn 1950, S. 439.

²⁶³ Zu unterschiedlichen Fristen für geistliche und Laienpatrone EMIL FRIEDBERG, Kirchenrecht, S. 380.

²⁶⁴ ULRICH LAMPERT, Kultusbudgets, S. 11.

²⁶⁵ JOSEF SESTER, Kirchenpatronatrecht, S. 121.

²⁶⁶ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 8.

²⁶⁷ KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 9 f.

²⁶⁸ Vgl. z.B. c. 4 X de iure patron. 3.38 und das tridentinische Konzil; vgl. KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 14.

²⁶⁹ JOSEF SESTER, Kirchenpatronatrecht, S. 148.

²⁷⁰ EMIL FRIEDBERG, Kirchenrecht, S. 381.

3.3.3 Vermögenswerte Rechte

Regelmässig bezog der Patron eine jährliche *Rente* oder andere mit den Grundstücken der Pfründe verbundene *Vermögensleistungen*²⁷¹. Diese Bezugsrechte waren mehr oder weniger weitgehend je nachdem, wie die sogleich darzustellende Kompetenzpflicht ausgestaltet war. Im Fall unverschuldeter Armut durfte der Patron dem Pfrundgut Alimente, allerdings nur für seinen persönlichen Unterhalt²⁷², entnehmen, soweit dieses dafür ausreichte (*ius alimentorum*)²⁷³.

3.3.4 Ehrenrechte

Schliesslich standen dem Patron ausser dem gemeinrechtlichen *honor processionis* einige Ehrenrechte zu wie das Recht, seinen Kirchstuhl im Chor der Kirche zu haben (*sedes in choro*), das Recht auf Erwähnung in kirchlichen Fürbitten (*ius intercessionum*) und das Recht, das Wappen im Kirchengebäude aufzuhängen (*ius listrae*)²⁷⁴.

²⁷¹ CARL PESTALOZZI, Kirchengut, S. 5.

²⁷² JOSEF SESTER, Kirchenpatronatrecht, S. 150.

²⁷³ EMIL FRIEDBERG, Kirchenrecht, S. 381.

²⁷⁴ EMIL FRIEDBERG, Kirchenrecht, S. 382, vgl. da auch Anm. 7; CARL PESTALOZZI, Kirchengut, S. 5; vgl. auch die Beschreibung der Ehrenrechte des Patrons bei JOSEF SESTER, Kirchenpatronatrecht, S. 149 f.: "Schon von aussen war die Patronatskirche dem Kenner bemerkbar; oft sah man einen Namenszug oder ein Wappen über dem Eingang der Kirche oder in den Fenstern des Chores, und man wusste um die Berechtigung des hier genannten Herrn (*ius inscriptionis*); kam man zur Zeit des festlichen Gottesdienstes, so sass derselbe Herr im Chore an besonderem Platze (*honor sedis*); von hier erschien er als erster am Tische des Herrn (*honor panis benedicti*); hier liess er sich das Weihwasser reichen, beim Amte inzensieren und beim Hochamt den Friedenskuss geben (*ius aspersionis honor thuris, osculum pacis*); auf der Kanzel liess er für sich beten (*ius precum*) und durch den Geistlichen die freudigen und traurigen Ereignisse in seiner Familie verkünden; von der Kanzel herab vernahmen die Gläubigen die Botschaft seines eigenen Hinscheidens (*ius luctus*), und hierher in die Kirche begleiteten sie ihn, um ihn zur ewigen Ruhe zu bestatten (*ius sepulturae*)."

3.3.5 Kompetenzpflicht

Die Kompetenzpflicht bezeichnet die "Pflicht des Patrons, dem Geistlichen die Mittel zu angemessenem Lebensunterhalte zu gewähren"²⁷⁵. Der Geistliche hatte Anspruch auf eine angemessene Besoldung, die *portio congrua*²⁷⁶, in der Schweiz auch etwa "*Pfrund-Corpus*" genannt²⁷⁷. Nach RUDOLF WYSS geschah dies nach Vorschrift des kanonischen Rechts grundsätzlich durch unmittelbare Nutzung des Pfrundvermögens, weil der Pfarrer "unter der Aufsicht des Patrons und Bischofs *das ausschliessliche Verwaltungsrecht*" hatte und "sich *alle Früchte zueignen*" konnte²⁷⁸, doch bestanden zumindest in der Praxis in dieser Hinsicht stets verschiedene Lösungen. Je nachdem, wer das aus dem Vermögen fliessende Einkommen bezog, waren die Unterhaltungspflichten geregelt. Zog der Patron selbst die Erträge ein, hatte er dem Geistlichen eine Geldbesoldung zu leisten. Denkbar war auch, dass er dem Geistlichen Wohnung und Land zur Benutzung anbot. Schliesslich war auch möglich, dass der Pfarrer sämtliche Einkünfte selbst bezog und dafür auch den baulichen Unterhalt des Gebäudes zu tragen hatte. Immer aber musste dem Geistlichen für sich selbst die *portio congrua* als Minimum verbleiben²⁷⁹. PESTALOZZI schreibt zur Kompetenzpflicht:

"Der Patron kann dieser Pflicht auf verschiedene Weise genügen, einmal, und dies ist der ursprüngliche, der Naturalwirtschaft am meisten entsprechende Weg, durch Ausstattung mit Grundstücken, ferner durch Anweisung von Einkünften von dritten oder endlich durch direkte Zuwendung des Notwendigen, sei es in Naturalien, sei es in Geld. Das dem Geistlichen zu Gewährende, die *praebenda* oder Pfründe, auch das *beneficium* genannt, wurde durch Zusammentreffen der drei Besoldungsarten und Hinzutreten selbständiger Leistungen anderer Personen zu einer Vermögensmasse, welche verschiedene, oft komplizierte Formen annahm ..."²⁸⁰

²⁷⁵ CARL PESTALOZZI, Kirchengut, S. 28.

²⁷⁶ Ausführlich zur *portio congrua* JULIUS BOMBIERO-KREMENAC, Geschichte und Recht der "*portio congrua*" mit besonderer Berücksichtigung Österreichs, in: ZRG kan. Abt. 42 (1921), S. 31 ff.

²⁷⁷ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 14.

²⁷⁸ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 13.

²⁷⁹ KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 12 f.

²⁸⁰ CARL PESTALOZZI, Kirchengut, S. 28 f.

Der Unterhalt des Priesters oblag also grundsätzlich primär dem *Pfrund-* oder *Benefizialvermögen*²⁸¹. Mit der Einsetzung in das Amt wurde der Pfarrer mit dem Pfrundvermögen "gleichsam belehnt", und zwar auf Lebenszeit²⁸². (Nur) die *Überschüsse* über die *congrua* fielen an den Inhaber des Patronats, soweit dieser die Einkünfte, namentlich die Zehnten, bezog. War dagegen die Ausrichtung der *congrua* durch die Erträge der Pfrund nicht mehr gewährleistet, wurde in jedem Fall die (subsidiäre) Besoldungspflicht des Patrons wirksam²⁸³. Diese Kompetenzpflicht des Patrons war eine "Pflicht zur Ergänzung der Dotation"²⁸⁴.

3.3.6 Baupflicht

Nach gemeinem Recht oblag die Baupflicht, d.h. die Pflicht zu Bau und Unterhalt kirchlicher Gebäude, in Analogie zur Regelung der Kompetenzpflicht primär dem Fabrikvermögen. Soweit die Kirchenfabrik (*fabrica*) dazu nicht ausreichte, oblag diese Verpflichtung dem Patron²⁸⁵. Gerade mit Bezug auf die Baupflicht hat allerdings das gemeine Recht besonders weitgehende *partikularrechtliche Modifikationen* erfahren²⁸⁶.

²⁸¹ ERNST MOOR, Unterhaltspflicht, S. 51 f., 147.

²⁸² Der Pfarrer wurde durch die Einsetzung ins Amt "mit dem Genusse der Pfarrgebäude, Güter und Einkünfte, zusammen die *Pfrund*, beneficium, ausmachend, gleichsam belehnt. Amt und Pfrund *mussten immer auf Lebenszeit gegeben* werden. Weder der Patron noch der Bischof durften die Verleihung auf eine Zahl von Jahren beschränken. Die Rechte des Pfarrers hatten Analogie mit dem Niessbrauche und dem Lehen" (RUDOLF WYSS, Rechte, S. 13).

²⁸³ ERNST MOOR, Unterhaltspflicht, S. 147.

²⁸⁴ ALFRED ALBRECHT, Patronatswesen, S. 169. Vgl. auch EDUARD EICHMANN/KLAUS MÖRSDORF, Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex Iuris Canonici, 2. Bd.: Sachenrecht, 6. Aufl., Schöningh/Paderborn 1950, S. 440.

²⁸⁵ KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 11.

²⁸⁶ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 11. Nach WYSS wurde die Baupflicht "mehr durch besondere Uebungen und Partikularrechte einzelner Gegenden, als durch allgemeine Kirchengesetze festgestellt".

3.4 Besondere Rechtsverhältnisse inkorporierter Pfründen

Für die Klöstern oder Chorherrenstiften zustehenden Patronate galten besondere Vorschriften. Als fingierte Pfarrer hatten sie nach der Schilderung durch RUDOLF WYSS das Recht, selbst das Kollaturrecht im eigentlichen Sinn auszuüben, d.h. den Geistlichen ohne bischöfliche Zustimmung selbst zu ernennen:

"Wenn ein Chorherrenstift oder ein Kloster, durch Schenkung oder sonst, in den Besitz eines Patronatsrechtes gelangte, so gieng man dann von der Fiktion aus, das Stift oder Kloster sei nicht nur Patron, im gewöhnlichen Sinne des Wortes, sondern es sei, weil seine Glieder die Weihen hatten und die Seelsorge ausüben konnten, zugleich *selbst der Pfarrer*, und der von ihm ernannte Seelsorger sei nur sein *Vikar*, vicarius perpetuus. Daher bedurfte das Stift oder Kloster bei der Ernennung seines Vikars, gewöhnlich eines seiner Stift- oder Klostergeistlichen, *keiner* canonischen Institution durch den Bischof. Die Incorporation des Patronats musste jedoch, weil sie Ausnahmerechte, eine Art von Immunität begründete, durch den Papst oder Bischof ausgesprochen werden ..."²⁸⁷

3.5 Der Patronat als Gegenstand des Vermögensverkehrs

Patronate waren nicht nur wegen des "politischen" ius praesentanti begehrt, sondern galten wegen der erwähnten vermögenswerten Rechte auch als attraktive *Kapitalanlage*. GÖNNER bemerkt dazu:

"Aber die Bedeutung des Patronats erschöpft sich nicht in seiner Eigenschaft als Grundstückszubehör, es trat vielmehr in völliger Verleugnung seiner kanonischen Begriffsbestimmung sehr häufig und gar nicht nur in älterer Zeit im Rechtsverkehr als selbständiges geldwertes Vermögensrecht auf, wozu es sich seiner ursprünglichen Natur und der Tendenz des deutschen Rechts entsprechend, alle möglichen nutzbaren Rechte zu feudalisieren, sehr wohl eignete. Waren doch die Erträge des Benefizialvermögens, das naturgemäss fast ausschliesslich in liegenschaftlichen Rechten bestand, ein günstiges Objekt des Verkaufs, der Verpfändung und lehenrechtlicher Vergabung."²⁸⁸

3.6 Eigenkirchen- und Patronatrecht in der Schweiz

Ganz allgemein erfuhr das Patronatrecht bereits vor der Reformation vielerorts eine partikulargesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Ausbildung,

²⁸⁷ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 13 f.

²⁸⁸ RICHARD GÖNNER, Kirchenpatronatrecht, S. 5 f.

so dass für die subsidiäre Geltung des gemeinen kanonischen Rechts "teils gar kein, teils nur ein geringer Spielraum" bestand²⁸⁹. Regionale Besonderheiten prägten auch die Verhältnisse in der Schweiz²⁹⁰. So galt etwa mit Bezug auf die Baupflicht "als alte Rechtsübung unseres Landes", dass der Patron das Kirchenchor und die Pfarrgebäude baute und unterhielt²⁹¹.

PESTALOZZI geht davon aus, dass der Einfluss des Eigenkirchenrechts auf germanischem Boden ganz grundsätzlich in verschiedener Hinsicht nachwirkte²⁹² und die päpstliche Gesetzgebung die herkömmliche Ordnung in der Schweiz kaum zu erschüttern vermochte²⁹³. Er vertritt die Auffassung, dass sich namentlich im Kanton Zürich das *Eigenkirchenrecht im wesentlichen erhalten* habe²⁹⁴. Deshalb habe der Patron auch das "*Eigentum an den Bestandteilen der Pfründe*" behalten, und "alle dem Pfarrer zur Nutzung überlassenen Vermögensbestandteile gehören dem Patron zu eigenem Recht"²⁹⁵.

²⁸⁹ EMIL FRIEDBERG, Kirchenrecht, S. 396.

²⁹⁰ Vgl. etwa zu den Urschweizer Kantonen EDUARD SCHWEIZER, Gemeindepatronatsrecht.

²⁹¹ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 11.

²⁹² CARL PESTALOZZI, Kirchengut, S. 5.

²⁹³ CARL PESTALOZZI, Kirchengut, S. 7.

²⁹⁴ CARL PESTALOZZI, Kirchengut, S. 7: "Im Gebiet der heutigen Schweiz ... vermochte die Gesetzgebung der Päpste die germanische Ordnung des Patronates nicht zu erschüttern, kaum etwas zu beeinflussen. Die bekannte Aeusserung Bluntschlis, dass unser Recht viel deutscher sei als das Recht in Deutschland selbst, hat also auch für das kanonische Recht zugetragen. Nicht nur 'das romanische Element ist hier bei weitem weniger bedeutend als das germanische', auch dem kanonischen Element haben wenigstens in Beziehung auf das Patronatsrecht die deutschen Rechtsideen siegreich widerstanden. Das zürcherische Patronatsrecht ist daher auf derjenigen Entwicklungsstufe stehen geblieben, welche dieses Institut vor dem Kampfe mit der Kirche auch in Deutschland eingenommen hatte. Es hat seinen rein vermögensrechtlichen, privatrechtlichen Charakter behalten. Dem gegenüber kann nicht eingewendet werden, auf unserem Gebiete haben sich die meisten Patronate in den Händen von Klöstern befunden. Den geistlichen Korporationen gehörte das Recht nicht als ecclesiasticum, sondern als laicale, als Ausfluss ihres Grundbesitzes. Dies traf ... selbst für das Domstift Konstanz zu, dessen Patronate sich von denjenigen weltlicher Herren in keiner Weise unterschieden."

²⁹⁵ CARL PESTALOZZI, Kirchengut, S. 43.

PESTALOZZI'S Auffassung wird zwar heute noch gelegentlich vertreten²⁹⁶, dürfte aber kaum mit der herrschenden Meinung übereinstimmen. Bereits in der ersten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts wurde darauf hingewiesen, dass es "der Kirche schon lange vor der Reformation gelungen ist, das Patronatsverhältnis auf die oben angegebenen, wahren kirchenrechtlichen Grundlagen zurückzuführen und zu beschränken"²⁹⁷. Die spätere Lehre hat denn PESTALOZZI in dieser Hinsicht auch entsprechend kritisiert und festgestellt, dass er sich zu Unrecht auf FRIEDBERG'S Standardwerk berufe²⁹⁸. Gerade mit Bezug auf den Kanton Zürich vertritt namentlich MOOR die Auffassung, dass das Patronatsrecht das Eigenkirchenrecht jedenfalls hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse verdrängt habe und der Patron deshalb nicht mehr Eigentümer des Pfrundvermögens gewesen sei. MOOR fasst die Entwicklung folgendermassen zusammen:

"Im späteren Mittelalter hatte das germanische Eigenkirchenwesen vor dem kanonischen Patronatsrecht den Rückzug antreten müssen. Der Eigenkirchenherr war aus seiner Stellung als Subjekt des Altargrundes und dessen Zubehör, der Pfrundgüter, herausgedrängt worden. Nachgerückt war das Objekt selbst, und gegen Ende der Periode haben wir die Pfrund zum Eigentumssubjekt des Benefizialvermögens aufsteigen sehen: Ein neues kirchliches Institut war entstanden. Das Eigenkirchenwesen wirkte insofern weiter, als der Patronat wie eine andere verkehrsfähige Sache in commercio stand. Aber das tat der Persönlichkeit der Pfrund keinen Abbruch. Als Rechtssubjekte präsentierten sich die Pfründen der Reformation. Diese *übernahm* sie, ohne ihre Selbständigkeit anzutasten. 'Was juspatronatus-pfrunden sind, lasst man bliben, wie vormals bestimpt ist' heisst es im grossen Pfrund- und Jahrzeitmandat vom 4. April 1526 ... Der Satz enthielt ganz einfach die Garantie der Pfründen als gesonderten Vermögenskomplexen mit selbständigem Stiftungscharakter."²⁹⁹

Übereinstimmend mit MOOR schreibt auch BÄCHTOLD im Hinblick auf die Verhältnisse in St. Gallen, dass der Begriff der Pfründe mit der Zeit die kirchliche Amtsstelle und die damit verbundenen Einkünfte umfasste, womit "ihre Natur als eines selbständigen Rechtssubjekts befestigt" wurde³⁰⁰. Auch STUCKY folgert aus seiner Untersuchung, "dass überall unter verschiedenen Modifikationen, früher oder später, die einzelnen Kirchen *vermögens-*

²⁹⁶ Die "historischen Rechtstitel" der Zürcher Landeskirche, S. 3 f.

²⁹⁷ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 11.

²⁹⁸ Z.B. KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 6 f., Anm. 3.

²⁹⁹ ERNST MOOR, Unterhaltungspflicht, S. 112.

³⁰⁰ C.A. BÄCHTOLD, Geschichte, S. 21.

rechtlich ganz selbständig wurden, in dem denselben statt der früheren beiden quartae für den *Klerus* und die *Kirchenfabrik* nun ein festes *Pfrund- und Fabrikgut* zugewiesen ward³⁰¹. Mit Bezug auf das Eigentumsrecht dürfte für die deutschsprachige Schweiz zutreffen, dass das Patronatrecht das Eigenkirchenrecht – entgegen der Auffassung PESTALOZZIS – im Verlauf des Mittelalters bzw. jedenfalls in der Neuzeit weitgehend verdrängt hat³⁰².

Unbestritten ist demgegenüber, dass sich die *päpstliche Gesetzgebung* über den Patronat in der Schweiz insgesamt *nur unvollkommen durchsetzen* konnte. Das belegt etwa das Beispiel der *Laieninvestitur*: Der Umstand, dass der Bischof von Konstanz immer wieder durch Verbote vor eigenmächtiger Stellenbesetzung durch Laien warnen musste³⁰³, ist ein deutlicher Hinweis darauf, dass die Vorschriften der Kirche hierzulande nur mangelhaft befolgt wurden³⁰⁴. Viele "Klosterkollaturen" waren rechtlich ein *ius patronatus laicale*³⁰⁵. Tatsächlich war der Patron in einem grossen Teil der Schweiz in der Praxis – entgegen gemeinem kirchlichem Recht – gleichzeitig auch effektiver Kollator, was sich nicht zuletzt darin zeigt, dass die Begriffe Kollatur und Patronat oder Kollator und Patron oft (zu Unrecht) mit synonyme Bedeutung verwendet werden³⁰⁶.

Auch in der Schweiz stand die Eigenschaft des Patronats als *Kapitalanlage* und als Gegenstand des (privatrechtlichen) Vermögensverkehrs oft im

Vordergrund. Die Bezugsrechte des Patrons waren wohl der eigentliche Grund dafür, dass das Patronatrecht in der Schweiz und namentlich auch im Kanton Bern nicht selten durch Private regelrecht "*erhandelt*" wurde³⁰⁷. Die kirchliche Vorschrift, wonach die *res sacrae* zu den *res extra commercium* zählen, fand hierzulande ebensowenig Beachtung wie die Bestimmung, dass die *alienatio* der gemeinen Kirchengüter nur die Ausnahme darstellen darf³⁰⁸. Der Patronat war als Gegenstand des Vermögensverkehrs vererblich, verkäuflich und verpfändbar³⁰⁹. Die Patrone behandelten auch die Kirchen selbst mit allen ihnen zugehörigen Gütern – entgegen den kanonischen Vorschriften – wie ihr Eigentum, "das sie nicht nur verwalteten, sondern über dessen Einkünfte sie auch oft willkürlich verfügten"³¹⁰. Noch im 17. Jahrhundert waren in der Schweiz Klagen häufig, wonach sich Patronatsherren des grössten Teils der Pfrundeinkünfte bemächtigten³¹¹.

In Zusammenhang mit der Fragestellung des vorliegenden Gutachtens ist entscheidend, dass namentlich der *Grundsatz der Kompetenzpflicht* des Patrons auch in der Schweiz geltendes Recht war und sowohl in Verträgen über die Abtretung des Patronats und offenbar auch in der Rechtsprechung beachtet wurde³¹². Inwieweit sich die Patrone dagegen *in der Praxis* im einzelnen mit Bezug auf ihre Rechte, namentlich das *ius praesentandi* und die vermögenswerten Rechte auf Nutzung des Pfrundvermögens, wie Eigenkirchenherm gebärdet haben, braucht für diese Zwecke nicht näher untersucht zu werden.

³⁰¹ WALTHER STUCKY, Eigentum, S. 76.

³⁰² Vgl. auch die Ausführungen zur Situation im Kanton Bern hinten S. 94 ff. MARCO JORIO, Säkularisation, S. 481, Anm. 6, meint zur häufigen Bezugnahme auf die Eigenkirche vor allem in der Zürcher Diskussion: "Erstaunlich ist die Rolle, welche das 'germanische Eigenkirchenwesen' in der Diskussion um die historischen Rechtstitel spielt. Dies dürfte nicht zuletzt auf den Einfluss des Begründers der Eigenkirchenforschung, des aus Zürich stammenden Rechtshistorikers Ulrich Stutz (1868-1938) zurückzuführen sein. In der Diskussion wird aber übersehen, dass es sich beim Eigenkirchenwesen um eine Einrichtung des frühen Mittelalters handelt, die nicht einfach in die Neuzeit und schon gar nicht ins 19. und 20. Jahrhundert übertragen werden darf."

³⁰³ Vgl. EDUARD SCHWEIZER, Gemeindepatronatsrecht, S. 22.

³⁰⁴ KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 14 f.

³⁰⁵ KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 9.

³⁰⁶ KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 15.

³⁰⁷ Vgl. z.B. den Kauf-Brief um das Collatur Recht zu Thierachern, Akten Staatsarchiv, Fach Thun, 1771, Juli 16, womit der Thuner Bürger Koch sein "in Anno 1753 von dem wohladelgeborenen Herrn Friedrich von ... erhandeltes Collatur Recht und Kirchensatz" der Stadt Bern übertrug.

³⁰⁸ CARL PESTALOZZI, Kirchengut, S. 6.

³⁰⁹ C.A. BÄCHTOLD, Geschichte, S. 7.

³¹⁰ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 90.

³¹¹ ULRICH LAMPERT, Kultusbudgets, S. 12.

³¹² Vgl. z.B. BGE 47 I 380. Das Bundesgericht hatte in casu nicht über den Bestand des Anspruchs zu befinden, ging aber offensichtlich davon aus, dass dem Pfarrer einer inkorporierten Pfründe grundsätzlich ein Anspruch auf Besoldung gegenüber dem Stift zusteht.

2. Teil

Zur Geschichte des Kirchenguts und der Staatsleistungen im Kanton Bern

I. Die Entwicklung bis zum 19. Jahrhundert

1. Zum weltlichen Kirchenregiment der Berner Obrigkeit

Obwohl im Mittelalter grundsätzlich anerkannt war, dass eigentlich kirchliche Angelegenheiten durch die kanonischen Behörden der Kirche zu verwalten sind, beanspruchte die weltliche Obrigkeit schon früh gelegentlich ein Aufsichtsrecht in Kirchensachen, wie etwa die Aufhebung des Augustinerklosters in Köniz durch Kaiser Heinrich VII. im Jahr 1227 belegt³¹³. Das gilt besonders für die Berner Obrigkeit. Sie nahm bereits im ausgehenden Mittelalter "überall oberhoheitliche Rechte in kirchlichen Angelegenheiten für sich in Anspruch"³¹⁴. Besonders intensiv nahm sich der Rat der *Orden* und *Klöster* an. Er veranlasste bereits im 15. Jahrhundert "wegen des ärgerlichen Lebenswandels der Ordensbrüder" die Aufhebung des Deutschen Ordenshauses durch Papst Innocenz VIII., die Erhebung der neuerbauten Vinzenzkirche zu einer weltlichen und Kollegialkirche sowie die Errichtung eines Chorherrenstifts, wobei er sich gleichzeitig das Wahlrecht des Leutpriesters vorbehielt³¹⁵. Die – anfänglich im Einklang mit den kanonischen Vorschriften ausgeübte³¹⁶ – Schutzherrschaft Berns über die Klöster verwandelte sich im Lauf der Zeit "ganz von selbst in eine Art na-

³¹³ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 91.

³¹⁴ KURT GUGGISBERG, Kirchengeschichte, S. 15.

³¹⁵ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 89; vgl. auch KURT GUGGISBERG, Kirchengeschichte, S. 27 ff.

³¹⁶ Nach kanonischem Recht bedurften die Klöster zur Verteidigung und teilweise auch zur Verwaltung ihrer Güter eines weltlichen Stellvertreters, welcher bald einfach Vogt (*advocatus*), bald protector, defensor (Schirmvogt) oder Vicedominus (Kraftvogt) hiess. Der Vogt war Verteidiger des Klosters vor Gericht und gewährte bei bewaffneten Angriffen Schutz; vgl. FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 91 f.

türlicher Obervogtei des bernischen Rates³¹⁷. Der Rückgang von Konventsangehörigen und der Zerfall monastischer Disziplin im frühen 16. Jahrhundert³¹⁸ veranlasste die Obrigkeit, sich mehr und mehr mit dem Lebenswandel der Mönche zu befassen; auch in übrigen kirchlichen Angelegenheiten nahm der Rat bereits vor der Reformation durchaus ein *eigentliches "Kirchenregiment"* wahr³¹⁹.

Die obrigkeitliche – allerdings erst nach einer Befragung der versammelten Einwohnerschaft beschlossene³²⁰ – Durchführung der Reformation war eigentlich nur die Konsequenz dieses Kirchenregiments. Nach 1528 liess die Obrigkeit keinen Zweifel daran aufkommen, dass sie sich als Erbin des bischöflichen Hirtenamts betrachtete. Unter massgeblichem Einfluss von *Wolfgang Musculus* bildete sich in der Folge ein *straffes reformiertes Gottesgnadentum* des bernischen Rats heraus, welches sich nicht zuletzt an Vorstellungen des byzantinischen Cäsaropapismus orientierte³²¹. Die Kirche war staatlich verwaltete *Staatskirche*³²². Ihre Grundlage bildete für

Jahrhunderte der *Berner Synodus* von 1532³²³, nach Form und Inhalt ein obrigkeitlicher Erlass³²⁴. Eine schrittweise (rechtliche) Verselbständigung der Kirche und damit die Entwicklung der Staatskirche zur Landeskirche brachten erst die Verfassungen des 19. Jahrhunderts³²⁵. Die *Staatsverfassung vom 6. Juli 1831* führte eine *Generalsynode* der reformierten Geistlichkeit ein, welcher allerdings keine Rechtsetzungskompetenz, sondern lediglich das Recht zur Antragstellung und freien Vorberatung kirchlicher Angelegenheiten zukam. Die *Verfassung vom 13. Juli 1846* verlieh der Kirchensynode die *Befugnis, ihre innern Angelegenheiten unter Vorbehalt des staatlichen Genehmigungsrechts selbständig zu ordnen*. Dieses Genehmigungsrecht wurde schliesslich mit der (heute noch geltenden) Staatsverfassung vom 4. Juni 1893 abgeschafft. Wann genau die evangelisch-reformierte Landeskirche als solche *Rechtspersönlichkeit* erlangt hat, wird unterschiedlich beantwortet. Unter Bezugnahme auf die Verfassung von 1831, welche – wie diejenige von 1846 auch – ausdrücklich von "Rechten" der Kirche sprach, meint WYSS, der Kanton habe bereits um diese Zeit die Kirche als Körperschaft förmlich anerkannt³²⁶:

"Die Verfassung gründet kein neues Recht, wenn sie die uralten Corporations- und Stiftungsrechte unserer Kirche anerkennt. Auch in andern Ländern wird die evangelische Kirche als Corporation anerkannt, und sie ist seit dem Reformationsdekrete von allen Regierungen des Kantons Bern als solche angesehen worden. Es ist aber immerhin wichtig, dass zu einer Zeit, von welcher man wohl sagen könnte, sie mache den Buchstaben lebendig und tödte den Geist, jene Anerkennung *nun auch mit ausdrücklichen Worten grundgesetzlich durch die Ver-*

³¹⁷ PETER MEYER, *Geschichte*, S. 99 f.

³¹⁸ RUDOLF PFISTER, *Kirchengeschichte II*, S. 5.

³¹⁹ Instruktive Beispiele aus der Zeit kurz vor der Reformation bietet GUSTAV TOBLER, *Das Verhältnis von Staat und Kirche in Bern in den Jahren 1521-1527*, in: Festgabe für Gerold Meyer von Knonau, Zürich 1913, S. 343 ff.

³²⁰ Der Rat versammelte am 2. Februar 1528 die Einwohnerschaft der Stadt im Münster zur Entscheidung darüber, ob sie den Ergebnissen der soeben veranstalteten Disputation Folge leisten wolle oder nicht. Erst als die Stadtbevölkerung ihren Willen zur Reformation bestätigt und geschworen hatte, den obrigkeitlichen Anordnungen in geistlichen und weltlichen Dingen Folge zu leisten, erliessen Schultheiss, Grosse und Kleiner Rat am 7. Februar 1528 das Reformationsmandat.

³²¹ Dazu RICHARD BÄUMLIN, *Naturrecht und obrigkeitliches Kirchenregiment bei Wolfgang Musculus*, in: *Für Kirche und Recht*, Festschrift für Johannes Heckel zum 70. Geburtstag, hrsg. von Siegfried Grundmann, Köln/Graz 1959, S. 120 ff. BÄUMLIN schreibt S. 141: "Die Erörterungen des Musculus über das Verhältnis von Magistrat und Geistlichen lassen deutlich erkennen, dass die staatskirchenrechtliche Theorie des Berner Theologen nicht zuletzt am byzantinischen Kaiserrecht orientiert ist. Musculus weist sich mehrmals als guter Kenner des Kodex und der Novellen aus, die vereinzelt ausdrücklich zitiert werden."

³²² Zum Begriff der Staatskirche UELI FRIEDERICH, *Kirchen und Glaubensgemeinschaften*, S. 330 ff.

³²³ Zum zeitgeschichtlichen Rahmen und zum Wortlaut Dokumente der Berner Reformation. *Berner Synodus mit den Schlussreden der Berner Disputation und dem Reformationsmandat*, hrsg. vom Synodalrat der Evangelisch-reformierten Kirche des Kantons Bern, Bern 1978, S. 25 ff., 35 ff.

³²⁴ HUGO DÜRRENMATT, *Gesetz*, S. 9.

³²⁵ BEAT WEBER, *Autonomie*, S. 35 ff. WEBER meint S. 70: "Die evangelisch-reformierte Landeskirche als nicht identisch mit der offiziellen Staatskirche, d.h. der Kirche, zu der sich der Staat als Staat bekannte, zu betrachten, war bis 1831 niemandem eingefallen."

³²⁶ RUDOLF WYSS, *Rechte*, S. 44, meint unter Bezugnahme auf § 11 der Verfassung: "Die Verfassung von 1831 spricht also eine förmliche *Anerkennung der Rechte unserer evangelisch-reformierten Landeskirche* aus. Indem sie ihr eigene Rechte und eine eigene Organisation zugesteht, erkennt sie dieselbe als eine *Kirchencorporation* an."

*fassung ausgesprochen wurde*³²⁷.

ZEERLEDER schliesst demgegenüber aus der Gewährleistung der Rechte der beiden grossen Konfessionen nur auf eine "mehr theoretische Anerkennung" und noch nicht auf die rechtliche Selbständigkeit der evangelisch-reformierten Kirche³²⁸; er geht davon aus, dass diese erst mit dem Kirchengesetz von 1874 Rechtspersönlichkeit erhalten hat³²⁹. Die bereits in einer Schrift aus dem Jahr 1800 vertretene Auffassung, dass die (evangelisch-reformierte) "Kirche nicht eine Unterabtheilung des Staates, sondern eine für sich bestehende Gesellschaft ist"³³⁰, hat wohl mehr mit dem *theologischen* Selbstverständnis der Kirche während der Helvetik als mit einer im strengen Sinn juristischen Betrachtungsweise zu tun.

2. Vorreformatorsche Rechtsverhältnisse

Das kirchliche Vermögensrecht und namentlich das Patronatrecht im Kanton Bern unterschieden sich grundsätzlich nicht von den Verhältnissen andernorts. Auch hier wurden vor allem im 11. und 12. Jahrhundert zahlreiche

klösterliche Korporationen und geistliche Ritterorden gegründet³³¹, welche nicht nur massgeblichen geistlichen Einfluss ausübten, sondern aufgrund reicher Vergabungen auch in den Besitz von bedeutendem Vermögen, vor allem in Form von ausgedehnten Besitzungen und Zehntberechtigungen³³², gelangten³³³.

Auch im Gebiet des Kantons Bern stand die Verwaltung der Güter und Einkünfte sämtlicher Kirchen einer Diözese unter der Aufsicht des zuständigen Bischofs³³⁴, später, nach der Ausbildung päpstlicher Gewalt, zusätzlich unter der Oberaufsicht des Papstes³³⁵. Eigenkirchen kamen auch hier auf, indem Grundherren Kirchen für sich selbst und ihre Hörigen stifteten und diese mit Zehnten auf den Besitzungen und andern Schenkungen zur Besoldung der Geistlichen dotierten³³⁶.

Inwieweit und wie lange sich das Eigenkirchenrecht in Bern im einzelnen halten konnte, kann im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nicht untersucht werden. STETTLER berichtet, dass in früherer Zeit das Institut des Patronatrechts "eine viel ausgedehntere Bedeutung als die Kirchengesetze

³³¹ Vgl. zum Beispiel des deutschen Ritterordens FRIEDRICH STETTLER, Versuch einer Geschichte des deutschen Ritterordens im Kanton Bern. Ein Beitrag zur Geschichte der Stadt und des Kantons Bern, Bern 1842.

³³² FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 93.

³³³ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 20.

³³⁴ Das Gebiet des heutigen Kantons Bern gehörte zu Beginn des Mittelalters zu den Bistümern Konstanz (ursprünglich, bis zur Zerstörung der Stadt um 597, Windisch) und Lausanne (ursprünglich Aventicum). Die Aare markierte die Grenze zwischen den Diözesen: Das linke Ufer stand unter der Herrschaft des Bischofs von Lausanne, das rechte unter derjenigen von Konstanz. Ein kleiner Teil des Kantons gehörte zum Bistum Basel. Die einzelnen Diözesen waren in Ruralkapitel oder Dekanate eingeteilt, welche aus einer gewissen Anzahl von Parochien oder Pfarreien bestanden. Den Dekanaten stand ein Dekan vor. Das zum Bistum Lausanne gehörende Kapitel von Köniz oder Bern umfasste um 1235 31 Pfarreien von Bern bis zum Oberland. Zum Sprengel Konstanz gehörten die Dekanate von Aarau, Burgdorf, Aarberg und Münsingen sowie die auswärtigen Dekanate von Bremgarten, Hochdorf und Mellingen und die Kollegialkirche Zofingen, welche insgesamt 114 bernische Kirchspiele umfassten. Zum ganzen FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 91.

³³⁵ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 19.

³³⁶ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 89.

³²⁷ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 44.

³²⁸ ALBERT ZEERLEDER, Kirchenrecht, S. 34, fragt sich, was mit der Erwähnung der Rechte "anerkannt oder gewährleistet werden sollte; waren ja die Pfarrbeneficien (Pfrundgüter) bis 1804 noch von den Pfarrern unter der Aufsicht der 'Kapitel' verwaltet, seither mit Zustimmung der Geistlichkeit in das Staatsvermögen aufgenommen worden, und bestanden die Befugnisse der Kirchenbehörden (Kapitel und Generalsynode) lediglich im 'Recht zu Anträgen und zu der freien Vorberathung in Kirchensachen'... Immerhin war die – wenn auch mehr theoretische – Anerkennung der evangelisch-reformierten Kirche, die man doch nicht ungünstiger behandeln wollte als die römisch-katholische, eine erste Errungenschaft auf dem Wege zur Selbständigkeit."

³²⁹ ALBERT ZEERLEDER, Kirchenrecht, S. 38, schreibt um 1896: "Die selbständige *Rechtsfähigkeit* der evangelisch-reformierten Landeskirche ist somit eine Thatsache, und es ist dieselbe nicht mehr eine blosser Anstalt des Staates, wie etwa die Hochschule oder die Primarschule, wie allerdings bis 1874 behauptet werden konnte."

³³⁰ So die u.a. durch den damaligen Berner Dekan Johann Ith verfasste Schrift "Ueber die Rechte der Kirche und derselben Freye Ausübung in unserm Staate", Bern 1800, S. 18.

anerkannten", erhielt³³⁷, dass es mit der Zeit aber auch in Bern gelang, das Patronatrecht im wesentlichen auf die Bedeutung zurückzuführen, welche es nach kirchlichem Recht haben sollte, wonach dem Patron das *Recht zur Präsentation* eines Pfarrers und die *Aufsicht über das Kirchengut*, nicht aber die Verwaltung desselben zustand und ihm gleichzeitig die Pflicht oblag, für den *Unterhalt der Gebäude* und die *Besoldung der Geistlichen* zu sorgen³³⁸. Immerhin dürften sich einzelne Relikte des Eigenkirchenrechts über lange Zeit erhalten haben. RENNEFAHRT schreibt in seiner "bermischen Rechtsgeschichte":

"Schon seit dem 13. Jahrhundert wurde das Eigentum des Grundherrn an seiner Kirche unter päpstlichem Druck abgeschwächt in ein Patronatsrecht, das neben gewissen Ehrenrechten hauptsächlich im 'Kirchensatz', d.h. im Recht auf den Vorschlag des zu wählenden Geistlichen, bestand; doch blieben hie und da in den Kirchen, über welche nicht Gotteshäuser (Klöster, Orden, Stifter) das Patronat erwarben, Pflichten der Geistlichen bestehen, die sich nur aus dem frühern Eigenkirchenrecht erklären lassen, so gewisse Abgaben an den Herrn, die Verpflichtung des Pfarrers, für die Dorfschaft den Wucherstier und den Zuchteber zu halten und das Spolienrecht des Herrn am Nachlass des Geistlichen. Die Rechte auf seine Kirche konnte der Grundherr veräussern, verpfänden oder sonst dinglich belasten, sofern nur ihre fernere Widmung zum Gottesdienst gesichert war."³³⁹

Von Bedeutung für die vorliegende Fragestellung ist der Umstand, dass das gemeine Patronatrecht mit dem dargestellten Gehalt im wesentlichen auch im Gebiet des Kantons Bern galt. Auch hier schränkten Patronatsrechte namentlich die bischöfliche Befugnis ein, Geistliche frei zu ernennen³⁴⁰. Dem Patronatswesen kam in Bern insgesamt eine überragende Bedeutung zu:

"Die Bischöfe besaßen das *Ernennungs-Recht*, *collatio*, ihrer Landpfarrer nur für solche Pfarreien, welche nicht Patronate waren. Da jedoch, wenigstens im alten Kantone, wie dieses urkundlich nachgewiesen werden kann, mit wohl keiner Ausnahme alle Pfarreien Kirchen-Patronate waren, so haben unsere Bischöfe das Recht der Ernennung wahrscheinlich nirgends ausüben können. Es macht daher das Kirchen-Patronats-Verhältniss die wichtigste Grundlage unseres Kirchenrechtes aus."³⁴¹

³³⁷ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 89 f.

³³⁸ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 90.

³³⁹ HERMANN RENNEFAHRT, Grundzüge, S. 193 f.

³⁴⁰ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 89.

³⁴¹ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 8.

Mit den Rechten des Patrons konkurrierte auch nach den in Bern geltenden Grundsätzen die *Pflicht, die gestiftete Kirche für den Gottesdienst ausreichend zu dotieren*³⁴². Nicht selten verfügte der Papst die Inkorporation des Vermögens einzelner Kirchen in Klöster und geistliche Stiftungen. Damit gingen mit den Patronatsrechten unter anderem auch die Verpflichtung über, aus dem ihnen inkorporierten Vermögen die Geistlichen der betreffenden Kirchen zu besolden; auf diese Weise entstanden z.B. auch die Patronatsrechte des Spitals von Bern³⁴³.

Wie andernorts galt auch in Bern das Patronatrecht oder der Kirchensatz als Gegenstand des freien *Vermögensverkehrs*³⁴⁴. Mit dem Nutzungsrecht des Patrons wurden auch die Rechte auf Bezug von Zehnten zum verkehrsfähigen Vermögensbestandteil. Wie STETTLER berichtet, entwickelten sich damit die Zehntgerechtigkeiten, welche "ursprünglich den staatsrechtlichen Charakter einer geistlichen *Abgabe*" aufwiesen, im Lauf der Zeit "durchaus auf *privatrechtliche Weise*"³⁴⁵. Durch Rechtsgeschäfte, mit der Erwerbung einzelner Herrschaften und durch sonstige Käufe, erwarb die Stadt Bern bereits vor der Reformation Patronatsrechte über einzelne Kirchen³⁴⁶, so im Jahr 1527 über die Kirche von Wichtrach, welche dem Kloster Einsiedeln gehört hatte³⁴⁷.

3. Die Reformation

Am 7. Februar 1528 erliess die Berner Obrigkeit nach Konsultation der städtischen Einwohnerschaft das Reformationsmandat³⁴⁸. Darin wurden unter anderem im Hinblick auf die neue evangelische Kirche die Rechtsverhältnisse betreffend das Kirchengut grundsätzlich umschrieben bzw.

³⁴² FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 19 f.

³⁴³ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 88. Dem Berner Spital stand beispielsweise der Patronat über die Kirche von Stettlen zu; vgl. die Zufertigung vom 6. Februar 1841 im Grundbuch Stettlen, Bd. 5, fol. 25.

³⁴⁴ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 90.

³⁴⁵ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 93.

³⁴⁶ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 15.

³⁴⁷ EMIL BLOESCH, Geschichte I, S. 94, Anm. 1.

³⁴⁸ KURT GUGGISBERG, Kirchengeschichte, S. 115 ff.

bestätigt. Das Mandat bildete darum noch im 19. Jahrhundert zusammen mit dem noch zu erläuternden Dekret vom 7. Mai 1804 die eigentliche "rechtliche Grundlage, auf welcher der Bestand" des "allgemeinen evangelischen Pfarrkirchengutes des Kantons beruht"³⁴⁹.

3.1 Das Klostergut

Die Reformation brachte die *Aufhebung der Klöster* mit sich³⁵⁰. In Frienisberg, Thorberg und Interlaken wurden die klösterlichen Einrichtungen allerdings weitgehend beibehalten, indem diese fortan als Pfründer- und Versorgerstellen zugunsten bedürftiger Personen dienten. An allen drei Orten "wurden jetzt ebenso viele arme Pfründer gepflegt, als früher Mönche unterhalten worden waren"³⁵¹; die Austeilung von Spenden in der Umgebung erfolgte wie bisher, und ebenso bestand in Frienisberg und Interlaken weiterhin ein Spital³⁵².

Mit der Aufhebung der Klöster als juristischer Personen entfielen die Subjekte des Eigentumsrechts am Klostervermögen. Die Klostergüter unterlagen der *Säkularisation* oder – wie namentlich MOOR betont³⁵³ – der *Inno-*

vation: Sie wurden zu herrenlosen Sachen (*bona vacantia*) und als solche durch die Regierung beansprucht³⁵⁴.

Gemäss dem Reformationsmandat waren die bisher den Klöstern und Kirchen zu entrichtenden Schuldigkeiten weiter zu leisten. Den Klostergeistlichen wurde der lebenslängliche Genuss ihrer Klosterpfünden zugesichert³⁵⁵. Im übrigen aber behielt sich die Regierung vor, selbst nach den Grundsätzen der Billigkeit über das Schicksal des ehemaligen Klosterguts zu entscheiden, immerhin mit der ausdrücklichen Erklärung, dass sie "keineswegs solches in ihren Nutzen zu ziehen gesonnen" sei, sondern so über das Gut verfügen wolle, dass "sie es vor Gott und ihrer Ehre verantworten könne"³⁵⁶. Das Mandat bestimmte dazu in Art. 7 unter anderem:

"Als dann ouch die mäss, jartzytt, vigil, seelgrätt, die siben zytt, wie mans genempt hat, und ander stiftungen zuo abfal khommen, und aber äben vil zinss, zächenden, rünt, gült, ligend stuk und ander gütter und hab daran bewänt worden ... , wöllen wir darumb nit gestatten, dass jemanns ... söllich gütter, so den clöstern, stifften, pfarren und andern kilchen gäben und zuo geordnet sind, dadannen züche, noch einicher gestalt ime zuoeigne, noch zuostelle; sonders sol alles wie von alter har ussgericht und bezalt wärden, damit die, so in söllichen clöstern, stiftungen und kilchen verpfrünt und bestättet sind, ir läben lang, wo sy darinne blyben wöllen, versächen syend und also in friden absterben; und nach abgang derselbigen werden wir aber thuon ..., was die billigkeit erwordert; nit das wir söllich gütter in unsern nutz züchen wöllen, sonders die, so sy doch gotzgaben genempt sind, der fuogen verschiken und verordnen, dass wir dess gägen gott und der welt glimpf und rächt zehaben verhoffen."

Die Regierung übernahm die Bezahlung der Schulden der Klöster und zog zu diesem Zweck auch ihre Einkünfte ein, was sich für den Kanton im Lauf der Zeit per Saldo offenbar wirtschaftlich günstig auswirkte³⁵⁷. Trotz der

hobener kirchlicher Anstalten oder Stiftungen zu neuen, aber gleichfalls *kirchlichen Zwecken*" (S. 101).

³⁵⁴ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 146.

³⁵⁵ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 16.

³⁵⁶ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 143.

³⁵⁷ Im Vortrag für Reform des Finanz-, Armen- und Gemeindetellwesens wird S. 8 dazu berichtet: "Anfänglich war, wegen der Last der ersteren, die Regierung eher im Nachtheile, da nach dem Zeugnisse eines bewährten Zeitgenossen die obrigkeitlichen Kassen einige Zeit leer standen; aber eine sorgfältige Administration wendete der Regierung doch allmählig bedeutenden Nutzen aus dem Fortbezuge der Einkünfte, und

Zusicherung der Regierung, die "gotzgaben" so zu verwalten, wie "wir dess gägen gott und der welt glimpf und rächt zehaben verhoffen", wurden später gelegentlich Klagen laut, dass das Klostersgut nicht mehr seinem ursprünglichen (während der Reformation zu einem guten Teil unveränderten!) Zweck entfremdet worden war³⁵⁸.

3.2 Das übrige Kirchengut

Anders als mit dem Klostervermögen verhielt es sich mit dem "eigentlichen Kirchengut", welches in den einzelnen Kirchgemeinden zur Bestreitung der Kosten für den Gottesdienst und namentlich für die Besoldung der Pfarrgeistlichen bestimmt war. Mit den zitierten Worten statuierte das Reformationsmandat nicht zuletzt die *grundsätzliche Unverletzlichkeit des Kirchenguts*³⁵⁹, welches der Staat – mit Ausnahme des Klostersguts – während der Reformation "nicht an sich gezogen und mit dem eigentlichen Staatsvermögen vermischt" hat³⁶⁰. Das Mandat sah nämlich mit Bezug auf die Pfrundgüter, deren Patronat infolge der Aufhebung der Klöster an den Staat überging, ausdrücklich vor,

"das die vögt derselben clöstern und stifften sampt den kilchmeyern ... erkunden" sollen, "was einer jeden pfarrpfuond corpus und widem ertrage und demnach uns söllich anzöigen, damit die pfarrer und predicanten der notdurfft nach versächen werdind und ir erlich usskhomen habind"³⁶¹.

namentlich der Zehnten, der aufgehobenen Klöster zu. Sie bildeten vor der Revolution, im Jahr 1798, einen Theil des Einkommens der Amtleute – da bekanntlich damals die Klosterlandvogteien zu den einträglichsten gehörten – oder wurden zur Deckung der Kosten anderer Verwaltungszweige verwendet."

³⁵⁸ FRIEDRICH STETTLER, Darstellung, S. 16 f. STETTLER selbst stellt sich in diesem Zusammenhang auf den Standpunkt, dass die reklamierenden Gemeinden "keine privatrechtlichen Titel gegen den Staat besitzen, der sie zu irgend welcher Forderung legitimiren könnte", weil niemand an Wohltätigkeitsausgaben ein eigentliches Forderungsrecht habe (S. 19) und es der Regierung kraft des *ius reformandi* zustehe, kirchliche oder andere Stiftungen "je nach den veränderten Umständen und Zeitbedürfnissen zeitgemäss umzugestalten, und das Vermögen derselben, jedoch mit möglichster Berücksichtigung des ursprünglichen Zwecks der Stifter, den neuern Bedürfnissen und aufgeklärtern Begriffen gemäss zu verwenden", was "sich unschwer aus der bürgerlichen Gesellschaft herleiten" lasse (S. 17).

³⁵⁹ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 16.

³⁶⁰ JOHANN PETER ROMANG, Beiträge zur Beleuchtung, S. 27 f.

³⁶¹ Art. 7 des Reformationsmandats.

Die Reformation wollte zwar einen neuen Gottesdienst in "evangelisch gereinigter" Form, doch wurde davon der Stiftungszweck des Kirchenguts *im grundsätzlichen* nicht berührt. Nach wie vor sollte das Kirchenvermögen auch nach reformiertem Verständnis, wie ROMANG betont, der finanziellen Sicherstellung des Gottesdienstes dienen und durch die neue evangelische Kirche als legitime Nachfolgerin der alten verwaltet werden:

"Dem Geiste der Stiftung nach glauben wir zwar, die Güter seyen dem wahrhaft christlichen Kirchendienst bestimmt gewesen, und eine neue Religionsgesellschaft, die nur nicht aus der Sphäre des Christlichen heraustrete, könne allerdings auf die Hinterlassenschaft derjenigen Form des christlichen Lebens, an deren Stelle sie tritt, Ansprüche machen."³⁶²

Entsprechend dieser Auffassung wollte die Regierung während der Reformation die Pfarrgüter keineswegs an sich ziehen. Sie hat dies – entgegen einer gelegentlich in Lehre³⁶³ und Politik³⁶⁴ geäußerten Auffassung – auch nicht getan³⁶⁵. *Eigentümerin des Kirchenguts* blieb auch nach der Reformation in Bern die *Pfrund*:

³⁶² JOHANN PETER ROMANG, Beiträge zur Beleuchtung, S. 26, allerdings mit dem Hinweis, dass die Frage "mehr oder weniger bestreitbar" sei und man Rechtsfragen "nicht von der religiösen Ueberzeugung abhängig" machen dürfe.

³⁶³ Vgl. CARL GAREIS/PHILIPP ZORN, Staat und Kirche I, S. 259: "In der Zeit vom 21.-27. Januar 1528 ... wurde das gesammte Kirchengut dem Staate übergeben, nur unter dem Vorbehalt einer Entschädigung der damaligen Priesterschaft; dies ist der Rechtstitel des bernischen Staates an das Kirchengut, welches seitdem zu Zwecken der Kirche, der Schule und des Armenwesens verwendet wurde. Neben dieser umfassenden freiwilligen Abtretung von Kirchengut an den Staat kamen nur wenige gewaltsame Säcularisationen vor ..." Unzutreffend auch ULRICH LAMPERT, Kultusbudgets, S. 52, nach welchem der Staat nach der Abschaffung des katholischen Kultus 1528 "das gesamte bisherige Vermögen der Kirchen und Klöster an sich gezogen" hat.

³⁶⁴ Während der Beratungen des Kirchengesetzes von 1874 im Grossen Rat führte ein Ratsmitglied aus: "Vor der Reformation gehörten die Pfrunddomänen den Gemeinden, und die betreffenden Stifte hatten bedeutende Einkünfte (Zehnten, Bodenzinse u.s.w.), woraus der Pfarrer besoldet werden konnte. Bei der Reformation hat der Staat diese Güter zu Staatskirchengut gemacht, damit aber die Verpflichtung übernommen, die Geistlichen zu besolden und die Pfarrhäuser zu unterhalten" (Tagblatt des Grossen Rathes des Kantons Bern 1873, S. 286).

³⁶⁵ JOHANN PETER ROMANG, Beiträge zur Beleuchtung, S. 28, schliesst aus den Formulierungen des Reformationsmandats vom 7. Februar 1528 auf das "fortwährende Eigenthum der Kirche, welche die Regierung nur als weltlicher Patron in ihrem Rechte pflichtgemäss schützen wollte".

"Die Behauptung, die Pfarrgüter seien durch die Reformation säkularisiert, seien Staatsgut geworden, erweist sich geradezu als unwahr und der bestimmtesten Zusage der Regierung widersprechend. Die Regierung hob auch die Kirche, als Corporation, ganz und gar nicht auf. Nur diejenigen Veränderungen, welche die Reformation des Kirchenglaubens *durchaus notwendig machte*, führte sie durch. Die gestifteten Parochialkirchen blieben unangetastete Stiftungen und ihr Dotationsgut unantastbares Kirchengut."³⁶⁶

3.3 Fortbestand der Patronate

Am Bestand der Patronate änderte die Reformation in Bern grundsätzlich nichts. Im Gegenteil bestätigte das Reformationsmandat in Art. 7 mit folgenden Worten die Pflichten des Patrons:

"Wir wöllen ouch nit gestatten, das sondrig patronen, so man nempt lächenherrn der pfarrpfründen, einichen Gewalt haben, die pfründen zemindern, noch zu iren handen zeziehen das, so zu söllichen pfarrpfründen gehört, damit dhein ... abgang der pfarren entstande."³⁶⁷

Mit der Aufhebung der Klöster und geistlichen Korporationen gingen mit deren Vermögen namentlich auch "die mit diesen verbunden gewesen zahlreichen Kollaturrechte zu Pfarreien in Rechten und Pflichten an die Regierung" über; wo das Patronatrecht dagegen einer fortbestehenden Korporation oder einem Herrschaftsherrn als Nachfolger der ursprünglichen Stifter zustand, war die Regierung bei der Wahl des Geistlichen weiterhin an den Vorschlag des Patrons gebunden³⁶⁸. Im Fall der Patronate, welche die Regierung bereits vor der Reformation besessen hatte, fielen nun das Präsentationsrecht des Patrons und die Institution durch den Bischof nach kanonischem Recht, also die eigentliche Kollatur, in der Hand der Regierung zusammen³⁶⁹.

Zu unterscheiden ist demnach mit WYSS zwischen dem Klostergut als solchem und dem Gut von Pfarreien, welche einem Kloster inkorporiert waren. Das Klostergut fiel durch den Wegfall des Rechtssubjekts als *bona vacantia*

³⁶⁶ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 17.

³⁶⁷ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 16, zitiert: "... kein *mangel und abgang*".

³⁶⁸ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 145.

³⁶⁹ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 17.

an den Staat. Mit dem Klostergut erwarb der Staat zudem auch das Patronatrecht über die dem Kloster inkorporierten Pfarreien, nicht aber das Eigentum am Vermögen derselben, da die Pfarreien als Stiftungen weiterbestanden:

"Das Klostergut fiel, weil die Klostercorporation aufgehört hatte, als vakantes Gut an den Staat, und mit dem Klostergut auch *das Patronatrecht* der inkorporierten Pfarrei. *Das Vermögen* hingegen der inkorporierten Pfarrei war *nicht vakantes* Gut geworden, aus dem ganz einfachen Grunde, weil die Pfarrei, die Pfarrstiftung fort dauerte. Die Regierung besass daher *kein Recht*, das Pfarrgut solcher inkorporierten Pfarreien mit dem Staatsgute zu verschmelzen. Auch hatte sie im Reformationsdekret versprochen, dieses nicht zu thun. *Sie blieb diesem Versprechen auch ganz getreu*, indem sie das Wydumgut und Pfrundcorpus der Pfarreien, welche den säkularisirt Klöstern inkorporirt gewesen waren, bis 1798 *nie angetastet hat*."³⁷⁰

4. Von der Reformation zur Mediation

Abgesehen von den Rechtsverhältnissen betreffend das Klostervermögen als solches änderte sich nach dem Gesagten mit Bezug auf die Verwaltung des Kirchenvermögens *im grundsätzlichen* nichts. Die Regierung behielt sich nach 1528 – entsprechend ihrem Selbstverständnis als Nachfolgerin der Bischöfe – lediglich ein *Oberaufsichtsrecht* vor. Sie genehmigte Veräusserungen und Veränderungen des Kirchenguts und regelte in einer Verordnung über die Kollaturpfarreien 1530 die Verwaltung des Pfarrvermögens da, wo das Patronatrecht einzelnen Personen oder Korporationen zustand³⁷¹.

4.1 Urbarisierungen des Kirchenguts

Die Berner Regierung machte schon bald nach durchgeführter Reformation Ernst mit der erwähnten Vorschrift des Mandats vom 7. Februar 1528, wonach erkundet werden soll, "was einer jeden pfarrpfrund corpus und widem ertrage", damit "die pfarrer und predicanten der notdurfft nach versächen werdind und ir erlich usskhomen habind". In der Einleitung des

³⁷⁰ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 24.

³⁷¹ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 146.

Kirchengutsverzeichnisses von 1831³⁷² wird dazu das folgende ausgeführt:

"Gleich nach der Reformation wurden Verzeichnisse sämtlicher Pfarr-Einkünfte aufgenommen, und in sogenannten Kapitels-Urbarien zusammengetragen. Die evangelischen Pfarrer blieben im Genusse dieser alten Pfarr-Einkünfte, jedoch wurden einige Pfarreyen, deren Einkünfte für verheirathete Pfarrer zu gering waren, damals – laut den Kapitelsurbarien – aus den Klostergütern verbessert."

Tatsächlich wurde bereits um die Mitte des 16. Jahrhunderts ein Pfrundbuch errichtet, in welchem sämtliche Pfarreien, nach den acht bernischen Kapiteln geordnet, mit ihren Pfrundeinkommen angeführt waren³⁷³. Auch später wurde das Kirchengut durch die Aufnahme vollständiger, seither von Zeit zu Zeit erneuerter Pfarr-Urbarien gesichert³⁷⁴. Darin waren jeweils die Gebäude, die Grundstücke, die Wasser-, Wald- und Weiderechte, die Primitien, die Gülten, die Zinsen, die Zehnten und die aus Klosterschaffnereien fliessenden Zuschüsse an Getreide oder Geld ausführlich belegt und beschrieben³⁷⁵. In jedem nach der Reformation errichteten Urbar war namentlich auch die Baupflicht durch Angaben darüber normiert, welches Amt, welche Schaffnerei des Staats, welcher Tvingherr oder welche Stadtgemeinde das Pfarrgebäude zu bauen und zu unterhalten hatte³⁷⁶.

4.2 Anerkennung und Erwerb von Patronaten durch Bern

Wie das Patronatrecht durch die Reformation ganz grundsätzlich in seiner Existenz nicht berührt wurde, sondern mit dem alten Inhalt und in seinem hergebrachten Umfang Aufnahme in evangelischen Kirchenverfassungen gefunden hat³⁷⁷, blieb es auch in Bern für die Kirchengutsverhältnisse prägend. Unausgesprochen nahm die weltliche Obrigkeit ihre eigenen Patronatspflichten etwa dadurch wahr, dass sie, wie im vorstehenden Zitat aus dem Kirchengutsverzeichnis von 1831 hervorgeht, bereits kurze Zeit nach

³⁷² Akten Staatarchiv B III 255; dazu hinten S. 131 ff.

³⁷³ HANS MORGENTHALER, Das erste bernische Pfrundbuch, in: Archiv des Historischen Vereins des Kantons Bern 29 (1927), S. 279 ff., 280.

³⁷⁴ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 146; BEAT WEBER, Autonomie, S. 42.

³⁷⁵ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 25.

³⁷⁶ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 25.

³⁷⁷ RICHARD GÖNNER, Kirchenpatronatrecht, S. 11 f.

der Reformation die Pfarrbesoldungen aufbesserte. Obwohl mit der Aufhebung der Klöster zahlreiche Patronate an die Stadt gelangt waren, blieben die Patronatrechtsverhältnisse im Kantonsgebiet auch in nachreformatorischer Zeit insgesamt noch sehr vielfältig. BLOESCH schildert die Situation im Anschluss an die Reformation folgendermassen:

"Manche dieser Patronate waren im Besitz der betreffenden Herrschaftsherren, wie Lützelflüh (Brandis), Spiez, Diessbach bei Thun, Wyl, Worb, Hilterfingen (Oberhofen), oder anderer Privaten, wie Schüpfen, Wengi, Thierachern, Blumenstein, Grosshöchstetten, Rüeggisberg. Hier war es verhältnismässig leicht, ein Abkommen zu treffen und den Einfluss des reformierten Staates zu sichern, ebenso in Lüsslingen, Oberwyl bei Büren, Biglen, Stettlen, Vechigen, wo die Kollatur dem Berner Spital gehörte, oder in Lenk und Unterseen, wo die Gemeinde selbst als Kirchenstifterin das Wahlrecht ihres Pfarrers besass. Hingegen waren die Kollaturen von Herzogenbuchsee, Huttwyl und Seeberg Eigentum des Klosters St. Peter im Schwarzwald; Langenthal, Madiswyl, Roggwyl, Niederbipp und Wynau des Klosters St. Urban im Gebiet von Luzern; zu Pieterlen und Lengnau gehörte dasselbe der Abtei Bellelay im Jura; zu Dürrenroth, Sumiswald, Affoltern im Emmenthal, Trachselwald und Köniz dem Deutschen Orden, der in seine Rechte wieder eingesetzt werden musste. Die Kirche zu Messen nebst ihrer Filiale zu Balm gehörte dem St. Ursusstift in Solothurn, und ebenso befanden sich diejenigen zu Diessbach bei Büren, Limpach und Wynigen noch in solothurnischem Besitz ... Die sonderbaren Verhältnisse haben dann teilweise, durch alle Perioden der konfessionellen Zerwürfnisse hindurch, bis ins XIX. Jahrhundert bestanden."³⁷⁸

Die Regierung anerkannte die bestehenden Patronate zwar ohne weiteres, bemühte sich aber, sie auf dem Weg des *Rechtsgeschäfts* an sich zu bringen. Das galt namentlich für die Fälle, in denen das Patronatrecht *katholischen Orten* oder *Korporationen* zustand. BLOESCH berichtet darüber weiter:

"Mit Solothurn kam schon 1539 (26. Juli) ein Austausch zu stande, durch welchen Bern die Kirchen von Limpach, Diesbach bei Büren und Wynigen – gegen Grenchen, Selzach und Egerkingen – erwarb; später, 1577, wurde auch die Pfarre Messen mit ihrer Filiale Balm vom Solothurner Ursusstift an Bern abgetreten. Durch einen Vertrag vom 21. Juni 1557 gelang es, die kirchlichen Rechte auf Herzogenbuchsee, Huttwyl und Seeberg dem Kloster St. Peter im Schwarzwald abzukufen, dem sie 1108 geschenkt worden waren, und eine nach langer Bemühung am 20. Mai 1579 mit Luzern abgeschlossene Uebereinkunft brachte Bern – in Austausch um Luthern und Knutwyl – einige Kollaturen des Klosters St. Urban, nämlich Madiswyl, Roggwyl und Niederbipp."³⁷⁹

³⁷⁸ EMIL BLOESCH, Geschichte I, S. 94.

³⁷⁹ EMIL BLOESCH, Geschichte I, S. 277.

Auch von *Privaten* kaufte Bern Patronatrechte, so nach Angaben BLOESCHS 1551 bzw. 1572 betreffend Wengi, 1565 betreffend Rüeggisberg, 1579 betreffend Kirchlindach und Kirchdorf³⁸⁰. Im 17. und 18. Jahrhundert gingen die rechtsgeschäftlichen Erwerbungen weiter, so 1607 betreffend die Pfarreien von Lützelflüh und Rüegsau³⁸¹, 1644 betreffend Schüpfen³⁸², 1652 betreffend Hilterfingen, 1675 betreffend Langenthal und 1698 betreffend Trachselwald, Affoltern im Emmental und Dürrenroth³⁸³.

Offensichtlich wurden die Patronatrechte auch staatlicherseits durchaus als *Gegenstand des Rechtsverkehrs* betrachtet und behandelt³⁸⁴. Von einem Thuner Bürger erwarb die Stadt Bern beispielsweise im Jahr 1771 gegen "dreyen Tausend Pfunden Pfenningen Bernwährung" den Patronat über die Kirche von Thierachern, nämlich "Collatur Recht und Kirchen Satz samt aller Dependenz zu Thierachern", welches in "der Nomination eines Herrn Pfarrers allda", in "dem ihn bishero zugehörig gewesen Pfrund-Einkommen" und in "denen zu dieser Pfarr gehörigen Gebäuden, Kirchen, Pfrundhaus, Scheür, Ofenhaus und Speicher, samt allem darzu bisher besessenen Erdrich" bestand³⁸⁵.

³⁸⁰ EMIL BLOESCH, Geschichte II, S. 277. BLOESCH spricht – unzutreffenderweise – davon, dass *die Kirchen* dieser Orte "von Privatbesitzern angekauft" wurden. Gegenstand der Abtretung war nicht die Kirche als solche, sondern der Patronat (Kirchensatz). Vgl. für Kirchlindach z.B. VERENA STÄHLI-LÜTHI, Die Kirche von Kirchlindach mit ihren Wandmalereien, Kirchlindach 1985, S. 7: "1579 geht der gesamte *Kirchensatz* durch Kauf an Bern ..." (Hervorhebung nicht im Original).

³⁸¹ EMIL BLOESCH, Geschichte I, S. 388 f.

³⁸² EMIL BLOESCH, Geschichte I, S. 432.

³⁸³ EMIL BLOESCH, Geschichte I, S. 432, 483.

³⁸⁴ HANS BEAT NOSER, Pfarrei und Kirchgemeinde, S. 48, weist darauf hin, dass unter der Herrschaft des Staatskirchentums, besonders im 18. und 19. Jahrhundert, die "Regierungen das Präsentationsrecht ('Kollaturrecht') auf geistliche Pfründen vielfach als Ausfluss der Landeshoheit" betrachteten und "oft sogar das Präsentationsrecht über neu errichtete Pfarreien für sich in Anspruch" nahmen.

³⁸⁵ Kauf-Brief um das Collatur Recht zu Thierachern, Akten Staatsarchiv, Fach Thun, 1771, Juli 16.

4.3 Staatliche Zuschüsse an die Besoldung Geistlicher

Das Selbstverständnis der reformierten Obrigkeit als Erbin des bischöflichen Hirtenamts führte ganz grundsätzlich zu einer verstärkten Einbindung der Geistlichen in den "Staat":

"Eine wichtige Veränderung erlitt die ganze Stellung der Geistlichkeit zum Staat; die Geistlichen waren von nun an nicht mehr bloß Diener einer von diesem getrennten Kirche, sondern in und mit dem Staat vereinigt und dessen Schutz in äusseren Dingen geniessend, ihrer ursprünglichen Bestimmung gemäss Lehrer der christlichen Religion, die Apostel der ewigen Wahrheit."³⁸⁶

Abgesehen von den übernommenen Patronatspflichten dürfte auch dieser Umstand dazu geführt haben, dass der Staat sich mehr und mehr um die Frage der Besoldung Geistlicher kümmerte. BLOESCH berichtet beispielsweise, dass die den Geistlichen durch die Landvögte in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts aus staatlichen Mitteln "über das Einkommen der betreffenden Kirche hinaus" zu entrichtende Barbesoldung in der Regel 200 Gulden betrug und für die Stadtprediger am 24. Februar 1563 "namhaft vermehrt" wurde³⁸⁷. Nach derselben Quelle wurde im Waadtland im 18. Jahrhundert die Besoldung wiederholt erhöht und z.B. um 1765 ein Kapital von 500'000 Livres für kirchliche Bedürfnisse ausgesetzt³⁸⁸.

Weil aber nach wie vor viele Pfarrer fast keine Barbesoldung bezogen³⁸⁹, sondern im wesentlichen auf die Erträge des Pfrundguts angewiesen waren, hatte das herkömmliche Besoldungssystem wegen "der sehr ungleichen Ausstattung der einzelnen Kirchen"³⁹⁰ die Nachteile grosser Unterschiede mit

³⁸⁶ FRIEDRICH STETTLER, Vergleichung, S. 23.

³⁸⁷ EMIL BLOESCH, Geschichte I, S. 282. Die Gründe für die gute Behandlung umschreibt BLOESCH wie folgt: "Das Bestreben der Obrigkeit ging dahin, ganz dem Wesen der Staatskirche entsprechend, die Autorität der kirchlichen Beamten auch durch ihre äussere gesellschaftliche Stellung zu erhöhen, sie durchaus als Vertreter höherer Gewalt dem Volke gegenüber, als Organe der Staatshoheit und des Staatszweckes, als Respektspersonen, betrachten zu lassen."

³⁸⁸ EMIL BLOESCH, Geschichte II, S. 141.

³⁸⁹ EMIL BLOESCH, Geschichte II, S. 167.

³⁹⁰ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 146. EMIL BLOESCH, Geschichte II, S. 202 f., beschreibt die Situation wie folgt: "Von alten Zeiten her gab es einzelne Kirchen, welche durch die Umstände, meistens durch Zufall, ein abergläubisch verehrtes Heiligenbild, Ablässe, Wallfahrten und dergleichen begünstigt,

Bezug auf die Einkommen der Geistlichen und "öfterer unangenehmer Verwicklungen derselben mit den Gemeinden hinsichtlich des Bezugs der Einkünfte an Zehnden und Grundzinsen"³⁹¹. Die weltliche Obrigkeit unternahm deshalb schon um 1581 den erfolglosen Versuch, die ungleichen Besoldungen der Pfarrer auszugleichen³⁹². Eine entsprechende Regelung wurde erst gute 100 Jahre später mit dem *Pfrundtax-Reglement vom 7. März 1694* getroffen, welches den Inhabern der reichen Pfründen einen Beitrag zugunsten der Inhaber schlecht dotierter Pfründen auferlegte. Jeder Geistliche, dessen Einkommen mehr als 600 Pfund betrug, musste einen Teil desselben abgeben, welcher zum Ankauf von Grundeigentum für die am schlechtesten dotierten Pfründen diene. Wenige Jahre später, um 1707, unterstellte der Rat der Zweihundert zusätzlich zu den Staatspfründen auch die Patronatspfründen diesem Pfrundtaxreglement³⁹³. Den Bemühungen um einen gerechten Ausgleich war vorerst noch kein voller Erfolg beschieden. Unwürdige Umtriebe bei Wahlen und Beförderungen an besser dotierte Stellen veranlassten die Regierung zum Erlass verschiedener "Reglemente wegen Besetzung der Pfründen"³⁹⁴. Der sogenannten *Tax-Kammer* kam die Aufgabe zu, die Einkünfte der Pfarrstellen zu regeln³⁹⁵. Im Verzeichnis der Kirchengüter aus dem Jahr 1831³⁹⁶ wird die Entwicklung wie folgt dargestellt:

grosse Reichtümer gesammelt hatten und dem jeweiligen Pfarrer ganz übermässige Einkünfte gewährten, während andere, ohne ersichtlichen Grund zurückgeblieben, den Inhaber des Amtes nur sehr kümmerlich nährten. Dieses Missverhältnis war um so bedenklicher, weil es in keiner Weise mehr, wie vielleicht früher, den grösseren oder geringeren Anforderungen an die Thätigkeit des Pfarrers entsprach, die ärmsten Gemeinden vielmehr in der Regel auch die infolge ihrer Lage beschwerlichsten waren. Es erklärt dies das Jagen und Wühlen nach besser dotierten Stellen, gegen welches die Obrigkeit fast drei Jahrhunderte lang einen vergeblichen Kampf geführt hat."

³⁹¹ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 180.

³⁹² JOHANN PETER ROMANG, Beiträge zur Beleuchtung, S. 30.

³⁹³ Bericht des Regierungsrates an den Grossen Rat über die Vollziehung des Art. 70 der aarg. Staatsverfassung betreffend die Ausscheidung der Pfrund- und Kirchengüter in Bezug auf die reformierten Kirchengemeinden vom 14. April 1906, in: Herausgabe der Pfrund- und Kirchengüter II, S. 6.

³⁹⁴ EMIL BLOESCH, Geschichte II, S. 140.

³⁹⁵ EMIL BLOESCH, Geschichte II, S. 140.

³⁹⁶ Akten Staatarchiv B III 255; dazu hinten S. 131 ff.

"Die sehr grosse Ungleichheit der Pfarr-Einkünfte des alten Cantons veranlasste das Dekret vom 7. März 1694, durch welches eine allmähliche Verbesserung der geringsten Pfarr-Einkünfte aus dem Einkommen der besser besoldeten Pfarrer eingeleitet worden ist. Jeder Pfarrer nämlich, welcher über Lb³⁹⁷ 600 Einkommen bezog, musste im ersten Jahre seines Amtes die Hälfte des jene Lb 600 übersteigenden Theiles seines Einkommens bis zu Lb 1'500 und drey Vierteltheile des diese Summe übersteigenden Theiles des Einkommens abgeben, so dass auf ein Einkommen von Lb 700 bis 800 Lb 100, auf ein solches von Lb 4'900 bis 5'000 Lb 3'000 bezog, im Durchschnitte der Einkommen also Lb 1'500. Hieraus sollte mit Verbesserung der wildesten und schlechtesten Pfarreyen bis auf Lb 800 Einkommen für jede angefangen werden. Der Betrag des Einkommens wurde, für jene Abgaben-Berechnung, nach den laufenden Jahrpreisen berechnet, der Dinkel zu Lb 2,3 oder vier, der Wein zu Lb 11/2, Lb 2 und Lb 3, und andern Naturalien analog. Die sogenannte Pfrundtaxcomission, welche jene Abgaben der bessern Pfarreyen bezog, und aus denselben die geringern verbesserte, bestuhnd aus einem Rats Herrn, einem Pfarrer, einem Professor und zwey Grossrätthen aus den Schulrathe. Durch das Dekret vom 25. Januar 1723 wurden die nämlichen Verfügungen bestätigt. Diese Pfarrverbesserung muss bald ziemlich wirksam geworden seyn, denn es wurden schon durch das Dekret vom 29. November 1765 jene Taxen heruntergestutzt. Man theilte die Pfarreyen in drey Classen, die erste Classe war taxfrey, die Pfarreyen der zweyten Classe bezahlten je nach ihrem Einkommen (Kronen³⁹⁸) 40, 50, 60 oder (Kronen) 80; die Pfarreyen der dritten Classe bezahlten (Kronen) 100, 120, 150, 200, 250 und 300; die Pfarrer der obern und untern Gemeinde und die Helfer der mittleren Gemeinde von Bern bezahlten (Kronen) 50; die Professoren der Theologie (Kronen) 30 im ersten Jahre ihres Amtes. Diese allmähliche Pfarrverbesserung durch die Taxen dauerte bis 1798."

4.4 Helvetik und Mediation

Eine der ersten gesetzgeberischen Massnahmen der helvetischen Regierung war die *Aufhebung der Zehnpflicht*, welcher besonders in der nachrevolutionären Zeit der Ruf als mittelalterliches Institut und als Last für das Volk anhaftete³⁹⁹. Die Ablösung erfolgte gegen eine "unverhältnismässige, einem

³⁹⁷ Lb steht für Livres.

³⁹⁸ Das Schriftzeichen für Kronen im Originaltext ist nicht verfügbar.

³⁹⁹ EMIL BLOESCH, Geschichte II, S. 167. Ebenso RUDOLF WYSS, Rechte, S. 33: "Die Revolution hatte die Zehnten in ein schiefes Licht gestellt, und man hatte die Pflichten glauben lassen, diese Abgabe sei ein Rest des Mittelalters, welcher in die Kategorie der herrschaftlichen und Lehensabgaben gehöre ..."

zinse, ihre rechtmässigen Einnünfte grossentheils entzogen, und sie dadurch in einen beträchtlichen Rückstand versetzt worden ist", beschloss der Senat:

1. Die Bezahlung der Geistlichkeit und Schullehrer sowohl für ihre rückständige und laufende, als auch für die zukünftige Besoldung, ist von nun an wieder jedem der betreffenden Cantone übertragen.
2. Hingegen ist schon jetzt jedem Canton oder sonstigen Collator der Genuss, der demselben gehörigen verfallenen Zehnden und Bodenzinse zugesichert, und die Verwaltungskammern sind beauftragt, derselben Bezug, laut bestehenden Gesetzen, angelegentlich zu besorgen.
3. Die Verwaltungskammern werden den sämmtlichen Ertrag der für ihren Canton verfallenen Zehnden und Grundzinse pünktlich im Sinne der bestehenden Gesetze, das heisst, zur Bezahlung der rückständigen und laufenden Forderung der Geistlichkeit und Schullehrer verwenden, und bey der Vertheilung die verhältnismässige Gleichheit beobachten.
4. Da es unmöglich ist, der Geistlichkeit für die nun bald verflossenen 4 Jahre ihr gänzlich Einkommen zu entrichten, und über dies von ihren rühmlichen Gesinnungen zu erwarten steht, dass sie auch gerne mit so vielen andern benachtheiligten und verunglückten Mitbürgern dem gedrückten Vaterland ein Opfer bringen werde; so sind die Verwaltungskammern beauftragt, bey der Abrechnung mit der Geistlichkeit über ihr freywilliges Opfer hin, den in dem Beschluss vom 5. Jenner 1799 aufgestellten Massstab zur Grundlage anzunehmen, folglich derselben Einkommen bis Ende dieses Jahres nicht anders als zu sechszehnhundert Franken jährlich das Höchste, die geringern Pfarr-Einkommen aber verhältnismässig, in Anschlag zu bringen.
5. Die Verwaltungskammern sind auch beauftragt, zu wachen, dass an jenen Orten, wo die Gemeinden oder Collatoren freywillig und aus edlem Pflichtgefühl, ihre Pfarrer unterstützt haben, diese Unterstützungen an den Anforderungen der Letztern abgezogen werden.
6. Die Verwaltungskammern werden endlich im Namen des Staats eine angemessene Ermahnung an die Stifter und andern Collatoren ihres Cantons, ergehen lassen, damit selbige, soweit es ihre Umstände zulassen, durch ihre Beyträge die Bezahlung der Geistlichkeit erleichtern helfen.
7. Vom ersten Jenner 1802 an, ist die Besoldung der Geistlichkeit und Schullehrer, nach den vor dem Jahre 1798 bestandenen Einrichtungen und Übungen hergestellt, bis neue Verfügungen gesetzlich werden bestimmt werden."

Nachdem die *Mediationsakte von 1803* die kirchlichen Angelegenheiten wiederum gänzlich den *Kantonen* überlassen hatte, kehrten diese weitgehend zur alten vorrevolutionären Ordnung zurück; die meisten unter ihnen be-

zinse, ihre rechtmässigen Einnünfte grossentheils entzogen, und sie dadurch in einen beträchtlichen Rückstand versetzt worden ist", beschloss der Senat:

1. Die Bezahlung der Geistlichkeit und Schullehrer sowohl für ihre rückständige und laufende, als auch für die zukünftige Besoldung, ist von nun an wieder jedem der betreffenden Cantone übertragen.
2. Hingegen ist schon jetzt jedem Canton oder sonstigen Collator der Genuss, der demselben gehörigen verfallenen Zehnden und Bodenzinse zugesichert, und die Verwaltungskammern sind beauftragt, derselben Bezug, laut bestehenden Gesetzen, angelegentlich zu besorgen.
3. Die Verwaltungskammern werden den sämmtlichen Ertrag der für ihren Canton verfallenen Zehnden und Grundzinse pünktlich im Sinne der bestehenden Gesetze, das heisst, zur Bezahlung der rückständigen und laufenden Forderung der Geistlichkeit und Schullehrer verwenden, und bey der Vertheilung die verhältnismässige Gleichheit beobachten.
4. Da es unmöglich ist, der Geistlichkeit für die nun bald verflossenen 4 Jahre ihr gänzlich Einkommen zu entrichten, und über dies von ihren rühmlichen Gesinnungen zu erwarten steht, dass sie auch gerne mit so vielen andern benachtheiligten und verunglückten Mitbürgern dem gedrückten Vaterland ein Opfer bringen werde; so sind die Verwaltungskammern beauftragt, bey der Abrechnung mit der Geistlichkeit über ihr freywilliges Opfer hin, den in dem Beschluss vom 5. Jenner 1799 aufgestellten Massstab zur Grundlage anzunehmen, folglich derselben Einkommen bis Ende dieses Jahres nicht anders als zu sechszehnhundert Franken jährlich das Höchste, die geringern Pfarr-Einkommen aber verhältnismässig, in Anschlag zu bringen.
5. Die Verwaltungskammern sind auch beauftragt, zu wachen, dass an jenen Orten, wo die Gemeinden oder Collatoren freywillig und aus edlem Pflichtgefühl, ihre Pfarrer unterstützt haben, diese Unterstützungen an den Anforderungen der Letztern abgezogen werden.
6. Die Verwaltungskammern werden endlich im Namen des Staats eine angemessene Ermahnung an die Stifter und andern Collatoren ihres Cantons, ergehen lassen, damit selbige, soweit es ihre Umstände zulassen, durch ihre Beyträge die Bezahlung der Geistlichkeit erleichtern helfen.
7. Vom ersten Jenner 1802 an, ist die Besoldung der Geistlichkeit und Schullehrer, nach den vor dem Jahre 1798 bestandenen Einrichtungen und Übungen hergestellt, bis neue Verfügungen gesetzlich werden bestimmt werden."

Nachdem die *Mediationsakte von 1803* die kirchlichen Angelegenheiten wiederum gänzlich den *Kantonen* überlassen hatte, kehrten diese weitgehend zur alten vorrevolutionären Ordnung zurück; die meisten unter ihnen be-

kannten sich fortan wieder zu ihrer traditionellen Konfession⁴⁰⁶. Auch in Bern war die evangelisch-reformierte Kirche nach der Helvetik wieder "beinahe unverändert in ihrer Organisation und ihrem Verhältnis zum Staate"⁴⁰⁷. Bleibende Veränderungen hatte die Revolution immerhin mit Bezug auf *Zehnten* und *Bodenzinse* eingeleitet. Auch die Mediationsverfassung vom 19. Februar 1803 garantierte deren Loskäuflichkeit⁴⁰⁸, und durch verschiedene Loskaufgesetze brachte die Mediationsregierung "Ordnung und Festigkeit in das Zehntwesen"⁴⁰⁹.

II. Rechtsverhältnisse im beginnenden 19. Jahrhundert

1. Die Pfründen als selbständige Stiftungen

Mit der Aufhebung der Klöster in der Reformationszeit war wie erwähnt das Klostervermögen als solches an den Staat gegangen. Zu diesem Vermögen gehörte auch das Patronatrecht über zahlreiche Kirchen. Anders als nach dem alten Eigenkirchenrecht erwarb der Patron mit dem Patronatrecht nicht zugleich auch das Eigentum am Pfrundvermögen, sondern nur ein gewisses Nutzungsrecht. Allerdings benahmen sich die Patrone in dieser Hinsicht *in der Praxis* wie erwähnt nicht selten wie Eigentümer. Dass sie demgegenüber *in rechtlicher Hinsicht* das Eigentum innehatten, trifft auch für den Kanton Bern nicht zu⁴¹⁰. Übertragen wurde im Rechtsverkehr jeweils der Patronat, in Bern praktisch durchwegs nach dem zumindest für die

⁴⁰⁶ PETER SALADIN, Grundrechte im Wandel, S. 4 f.

⁴⁰⁷ EMIL BLOESCH, Geschichte II, S. 200. KURT GUGGISBERG, Kirchengeschichte, S. 569, beschreibt die Mediation mit folgenden Worten: "Von neuem erkannte man die Würde der Kirche als eines Orts der Sammlung, Ermutigung und Heimatlichkeit. Man strebte weg von fremden Einflüssen, zurück zum vaterländischen Gemeingeist. Die endlich überstandenen Revolutionsjahre mit ihren Heimsuchungen hatten manche ernster gestimmt und das kirchliche Leben in seinem Wert für die bürgerliche Gesellschaft wieder schätzen gelehrt."

⁴⁰⁸ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 165.

⁴⁰⁹ BEAT WEBER, Autonomie, S. 40. WEBER verweist in Anm. 26 auf die Gesetze vom 2. Juli 1803 und vom 18. Mai 1804.

⁴¹⁰ Zur Frage des Eigentums des Patrons am Kirchengut in der Schweiz im allgemeinen vorn S. 85 ff.

Obrigkeit wesentlichsten Recht – nur teilweise zutreffend – als Kollatur bezeichnet⁴¹¹. In den Urkunden werden regelmässig die Vermögenswerte ausdrücklich aufgeführt, auf die sich die Rechte des Patrons beziehen. Über das *Eigentumsrecht* oder gar dessen Übergang auf den Erwerber schweigen sich die Dokumente dagegen soweit ersichtlich aus⁴¹². Als Beispiel zur Illustration diene der auszugsweise Wortlaut des bereits erwähnten "Kauf-Briefs um das Collatur Recht zuo Thierachern"⁴¹³, mit welchem der Thuner Bürger Heinrich Koch sein Patronat über die Kirche Thierachern der Stadt Bern abtrat. Gegenstand der Übertragung war

"Mein in Anno 1753 ... erhandeltes Collatur Recht und Kirchen Satz samt aller Dependenz zu Thierachern, bestehend

1. In der Nomination eines Pfarrers allda.
2. In dem ihm bishero zugehörig gewesenenen Pfrund-Einkommen ... mit aller Rechtsame und Zugehörde ... und sonsten allen andern Stücken, wie der von altem Herkommen und durch die Pfrund Thierachern ingehabt aufgenommen und genutzet ...
3. In denen zu dieser Pfarr gehörigen Gebäuden, Kirchen, Pfrundhaus, Scheür, Ofenhaus und Speicher, samt allem darzu bisher besessenen Erdrich ..."

Die Liegenschaften des Pfrundvermögens sind also (nur) "Dependenz" des Kirchensatzes. Auch die Wendungen "*durch die Pfrund Thierachern ingehabt, aufgenommen und genutzet*" und "*zu dieser Pfarr gehörigen*" sind deutliche Hinweise auf das Eigentumsrecht und damit die Rechtspersönlichkeit der Pfrund.

Auch aus der Regelung des noch eingehend darzustellenden Dekrets vom 7. Mai 1804 ergibt sich, dass das Kirchengut im Kanton Bern zu Beginn des 19. Jahrhunderts grundsätzlich im *Eigentum der Pfrundstiftung* (und nicht des Patrons als Eigenkirchenherrn) stand: Mit diesem übernahm der

⁴¹¹ Wie erwähnt bezeichnet das Kollaturrecht die Befugnis, den Pfarrer einzusetzen. Wo der Kanton Bern nach der Aufhebung der Klöster den Patronat innehatte, war er gleichzeitig Kollator. Private "Kollatoren" dagegen hatten nur das Recht, dem Staat (wie früher dem Bischof) einen Pfarrer *vorzuschlagen*, also genau genommen das *ius praesentandi*.

⁴¹² Für Zürich ERNST MOOR, Unterhaltungspflicht, S. 113, Anm. 99: "Man braucht bloss die Abtretungsverträge aus den 30er Jahren des 19. Jahrhunderts, z.B. die mit Einsiedeln, zu durchgehen: Keine Rede von einem Eigentum an den Pfrundgütern, nur das nackte Kollaturrecht wird abgetreten."

⁴¹³ Akten Staatsarchiv, Fach Thun, 1771, Juli 16.

Staat die Verwaltung (nur) derjenigen Kirchengüter, über welche er bereits das *Kollaturrecht* besass. Wäre er als Patron bereits Eigentümer gewesen, hätte es des Dekrets überhaupt nicht bedurft. Tatsächlich wurde später von seiten kompetenter Stellen des Kantons immer wieder betont, dass der Staat nicht bereits in seiner Eigenschaft als Patron, sondern erst durch die Regelung des Dekrets von 1804 das Eigentum am Kirchengut erworben habe⁴¹⁴. Auch die Bemerkung in der Einleitung zum 1831 erstellten Verzeichnis der um 1804 übernommenen Kirchengüter⁴¹⁵ in Zusammenhang mit der "Berechnungsart der verschiedenen Einkommens-Gegenstände der Pfarreyen", wonach die "Wohngebäude samt Dependenz ... und die Ruralgebäude ... weder als Eigenthums- noch als Einkommens-Gegenstände der Pfarreyen angesehen werden" können⁴¹⁶, ergäbe keinen Sinn, wenn die Pfrundstiftung nicht Eigentümerin hätte sein können und (ursprünglich) auch war.

Im Einklang mit der im 19. Jahrhundert vorherrschenden "Institutentheorie" und den beiden ehemaligen Lehenskommissären RUDOLF WYSS und STETTLER, welche es wohl wissen mussten, ist davon auszugehen, dass die Pfründen auch nach der Reformation selbständige "bleibende und unantastbare kirchliche Stiftungen geblieben" sind⁴¹⁷ und zu Beginn des 19. Jahrhunderts die "Kirchengüter der einzelnen Kirchen ... daher das selbständige abgesonderte Kirchengut des hiesigen Kantons" bildeten⁴¹⁸. Was MOOR für die Rechtsverhältnisse in Zürich feststellt, gilt ebenso für Bern:

⁴¹⁴ Vgl. z.B. die Bemerkungen von Lehenskommissär Stettler hinten S. 180 f.

⁴¹⁵ Akten Staatsarchiv B III 255; dazu hinten S. 131 ff.

⁴¹⁶ In der Einleitung zum Verzeichnis der durch den Staat aufgrund des Dekrets von 1804 übernommenen Kirchengüter von 1831 wird u.a. ausgeführt: "Da zu jeder Pfarrey ein Wohngebäude samt Dependenz gehört, und die Ruralgebäude blos zur Benutzung der Güter dienen, so können beyde weder als Eigenthums- noch als Einkommens-Gegenstände der Pfarreyen angesehen werden, und ihre Spezifikation wäre auch sonst auf jeden Fall überflüssig."

⁴¹⁷ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 17. Auch BEAT WEBER, Autonomie, S. 74, spricht vom "Stiftungscharakter der Pfarreien".

⁴¹⁸ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 146: "Diese Kirchengüter der einzelnen Kirchen bildeten daher das selbständige abgesonderte Kirchengut des hiesigen Kantons, als welches sie auch nicht nur in Kap. 28 der Helvetischen Konfession, sondern auch in allen Verhandlungen der Regierung anerkannt wurden, welche im Jahr 1581 der von ihr einberufenen Generalsynode eröffnete, dass sie nicht der Meinung sei, die Kirchengüter in ein ander Nutz zu verwenden."

"Das Pfrundgut – das alte Benefizialvermögen – stand nach der Reformation im Eigentum der Pfrund als verselbständigte Stiftung. Auch hier war somit ein altes Institut übernommen worden. Die Pfründen sind ebenfalls bis in das 19. Jahrhundert erhalten geblieben."⁴¹⁹

2. Kein Eigentum "der Kirche" oder des Staats am Kirchengut

War zu Beginn des 19. Jahrhunderts die Pfrund Eigentümerin des (örtlichen) Kirchenvermögens, zielt die Frage nach dem Eigentum der Kirche oder Kirchgemeinde am Kirchengut ins Leere. Für eine rechtliche Betrachtung nicht zu folgen ist deshalb der Ansicht HEUBERGERs, welcher zwar ausdrücklich vom "Willen der Pfrundstiftung" spricht, aber, "von der praktischen Seite betrachtet"⁴²⁰, in Zusammenhang mit den Rechtsverhältnissen im Kanton Aargau trotzdem mit folgenden Worten die *Kirchgemeinden* als Eigentümerinnen des Kirchenguts bezeichnet:

"Der Wille einer Pfrundstiftung geht dahin, dass durch sie die Seelsorge der Gemeinde für alle Zeiten unterhalten werde. Zwecksobjekt der Pfrundstiftung ist also die Kirchgemeinde, die Kirchengenossen sind die Beneficiaten. Das Kirchenvermögen muss seinem Zweck erhalten bleiben. *Die Kirchgemeinde ist also ewiger Nutzniesser dieses Vermögens, was praktisch dem Eigentum gleichkommt.* Der Streit um die Frage, wer Eigentümer am Kirchenvermögen sei, ist daher ein müßiger. Tatsächlich wurden die Kirchgemeinden in ihren Ansprüchen an dasselbe immer von den Gerichten geschützt. Es hat somit auch keinen grossen Wert, als Träger der subjektiven Rechte einer Stiftung die juristische Person zu erfinden. Für die Praxis macht es keinen Unterschied, ob wir sagen: 'dieses Vermögen wird dem heiligen A. gestiftet; aus dessen Zinsen sollen jährlich die Kultuskosten der Kirchgemeinde Z. bestritten werden', oder ob wir schreiben: 'dieses Vermögen wird im Namen und zu Ehren des heiligen A. der Kirchgemeinde Z. übergeben; aus dessen Zinsen soll sie jährlich etc.'⁴²¹

⁴¹⁹ ERNST MOOR, Unterhaltungspflicht, S. 121. Vgl. für den Kanton Schaffhausen die Ausführungen von Erziehungsdirektor Wanner in der Sitzung des Grossen Rats vom 26. März 1964: "Die Stiftungsgüter haben den Charakter einer selbständigen und dauernden juristischen Persönlichkeit. Der Stifter und seine Rechtsnachfolger sind nicht freie Eigentümer der Stiftung, sondern nur Treuhänder; auch den Ortskirchen selbst oder den Pfarrern steht darum kein Eigentumsrecht zu ..." (Amtsblatt für den Kanton Schaffhausen 1964, S. 347). Für den Kanton Aargau vgl. KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 2 ff.

⁴²⁰ KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 5.

⁴²¹ KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 6.

Wenn später von kirchlicher Seite für die Zeit vor 1804 verschiedentlich ein Eigentumsrecht der Kirche geltend gemacht wurde und etwa von "dem der bernischen Kirche ganz eigentümlich zustehenden Gute"⁴²² die Rede war oder danach gefragt wurde, wem auf kirchlicher Seite genau das Eigentum zustehe⁴²³, traf dies – jedenfalls nach heutiger juristischer Terminologie⁴²⁴ – den Kern der Sache nicht. Eigentümerin des Kirchenguts war wie erwähnt die *Pfrund*; dem Geistlichen stand – unter Aufsicht der Kapitel⁴²⁵ – ein Nutzungs- oder Verwaltungsrecht, nicht das Eigentum zu.

Auch der Kanton Bern als Inhaber zahlreicher Patronate hatte demzufolge *kein* Eigentum am Kirchengut, obwohl dies später (eher beiläufig) gelegentlich behauptet wurde⁴²⁶. Der Staat handelte vor 1804 nicht "als Eigenthümer des Kirchenguts, sondern als Patron und Vormund der Kirche in ihren weltlichen Interessen"⁴²⁷. RUDOLF WYSS meint dazu:

"Dadurch, dass die Regierung einzelne Collaturrechte acquirirte, sprach sie jedesmal die Anerkennung des Fortbestandes des Rechtsverhältnisses zwischen

Patron, Kirche und Pfarrer, und also des Fortbestandes eines stiftungsgemässen Pfarrkirchengutes aus; denn der Collator konnte rechtlich nur abtreten und verkaufen, was ihm gehörte; ihm gehörte nur das Patronat- oder Collaturrecht; er trat also auch nur dieses Recht dem Staate ab, nicht die Güter und Einkünfte der Pfarrei, welche der Pfarrstiftung, nicht ihm, dem Collator gehörten; der Staat erwarb durch jene Abtretungen und Käufe immer nur das Collaturrecht, nicht das Eigenthum der Güter und Einkünfte der Pfarrei; diese blieben Stiftungsgut..."⁴²⁸

In der Grossratsdebatte vom 18. Dezember 1835 über das Dekanatsgebäude in Bern⁴²⁹ bestätigte auch Lehenskommissär Stettler, dass *erst "durch das Dekret von 1804 ... die Stellung des Kirchengutes durchaus verändert"* wurde: Erst "von jenem Augenblicke an wurde die Regierung Eigenthümerin des Kirchengutes"⁴³⁰.

3. Zweckgebundenheit des Kirchenvermögens

Das Vermögen der Pfrundstiftungen durfte grundsätzlich nicht angetastet werden⁴³¹. Auch von seiten der Regierung war das Kirchengut in den 300 Jahren seit der Reformation "fortwährend als eine eigene Stiftung anerkannt ... , über welche die Regierung nicht willkürlich verfügen durfte"⁴³². Das ergibt sich nicht zuletzt auch aus der bei ROMANG⁴³³ zitierten Erklärung des Berner Rats von 1581, wonach dieser durch den angestrebten Ausgleich der Besoldungen Geistlicher "den Pfründen die Kirchengüter nit entzeuchen oder in ander Bräuch verwandeln wolle". Tatsächlich liess die Regierung – entsprechend ihrem im Reformationsmandat abgegebenen Versprechen – das gesamte nicht inkorporierte Kir-

⁴²² EMIL BLOESCH, Geschichte II, S. 204.

⁴²³ Vgl. JOHANN PETER ROMANG, Beiträge zur Beleuchtung, S. 25: "Es wäre sehr unrichtig, die kirchlichen Fonds als Eigenthum der Geistlichen anzusehen ... Ohne Zweifel gehörten die zu religiösen Zwecken bestimmten Güter schon in der katholischen Kirche nicht den Geistlichen, sondern der Kirche."

⁴²⁴ Zumindest die Vermutung liegt nahe, dass verschiedene Autoren den Begriff des Eigentums nicht im heute üblichen "technischen" Sinn verstanden haben, sondern damit in allgemeiner Weise den kirchlichen *Anspruch* auf Nutzung des Kirchenguts unterstreichen wollten. Vgl. beispielsweise die soeben in Anm. 423 zitierte Formulierung ROMANGS.

⁴²⁵ ALBERT ZEERLEDER, Kirchenrecht, S. 34.

⁴²⁶ Wohl in Anspielung auf den oben erwähnten Erwerb des Patronats über die Kirche Thierachern erwähnt die Zufertigung vom 31. Mai 1886 im Grundbuch Thierachern, Bd. 44, fol. 510, dass die entsprechenden "Liegenschaften ... dem Staate Bern schon lange vor ... 1803 eigentümlich angehörten".

⁴²⁷ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 147. Anders bewertet der Regierungsrat des Kantons Aargau die Vorgänge in Zusammenhang mit dem Pfrundtaxreglement von 1694 in seinem Bericht an den Grossen Rat über die Vollziehung des Art. 70 der aarg. Staatsverfassung betreffend die Ausscheidung der Pfrund- und Kirchengüter in Bezug auf die reformierten Kirchgemeinden vom 14. April 1906: "Diese Vorgänge tun dar, dass der Staat Bern nur noch als Landesherr, als *öffentliche Gewalt* in diesen Dingen handelte, und als solcher, unbekümmert um alte verbriefte Rechte der Pfarreien, verfügte, was ihm geboten schien" (S. 6).

⁴²⁸ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 61 f.

⁴²⁹ Dazu hinten S. 180 f.

⁴³⁰ Verhandlungen des Grossen Rathes der Republik Bern 1835, Nro. 74, S. 5; Hervorhebung nicht im Original.

⁴³¹ BEAT WEBER, Autonomie, S. 41.

⁴³² JOHANN PETER ROMANG, Beiträge zur Beleuchtung, S. 29.

⁴³³ JOHANN PETER ROMANG, Beiträge zur Beleuchtung, S. 30. ROMANG gibt u.a. das folgende Zitat wieder: "So viel die Pfründen und ihr Einkommen belangent, seyen Un. GhHrn. noch dessen gesinnet, wie zuvor, *doch nit der Meinung, die Kilchengüter in ein ander Nutz zu verwenden.*"

chengut unabhängig vom Patronatrecht "von 1528 bis 1798, als selbständiges, unantastbares Stiftungsgut jeder Pfarrei, abgesondert durch die Pfarrer, als Inhaber der Pfründe, verwalten, ohne auch nur den kleinsten Theil desselben mit dem Staatsgute zu vermengen"⁴³⁴. Auch nach dem Urteil STETTLERS blieben die Kirchengüter nach wie vor "nur ihrem bestimmten Zweck gewidmet, so dass eine genau bestimmte Kapitalmasse für den Kirchendienst angewiesen war, von welcher nichts zu andern Gebrauche verwendet werden konnte". Der Zweck des Stiftungsguts bestand neben dem *Unterhalt kirchlicher Gebäude* vor allem in der *Besoldung der Geistlichen*⁴³⁵.

4. Unveränderte Patronatrechtsverhältnisse

Am Bestand des Patronatrechts änderte in Bern weder die Reformation noch die Helvetik grundsätzliches. Insgesamt blieb "viele noch recht lange eigentlich beim alten, indem hergebrachte Kollaturen, Besetzungen und Kirchensätze bis ins 19. Jahrhundert hinein aufrecht erhalten worden sind"⁴³⁶. Nach wie vor war der Patron Träger der früher dargestellten Rechte und Pflichten. Ihm stand wie erwähnt – entgegen der Ansicht PESTALOZZIS⁴³⁷ – allerdings nicht wie nach dem früheren Eigenkirchenrecht das Eigentum am Kirchengut zu. Gegenstand des Vermögensverkehrs war das *Recht des Patronats*, nicht das Eigentum am Grundstück. Denn "aus dem Stiftungscharakter der bernischen Pfarreien ergibt sich die Unmöglichkeit der Verfügung des Patrons über das Kirchengut. Als zulässig konnte nur die Abtretung des Patronatsrechts erkannt werden"⁴³⁸.

⁴³⁴ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 25.

⁴³⁵ Vgl. die Eröffnungen der Kirchendirektion an die Mitglieder der evangelisch-reformierten Kirchensynode des Kantons Bern, Bern 1852, S. 34, wonach "die Besoldungen der Geistlichen früher aus eigenen Stiftungen bestritten wurden, deren Güter zum Teil noch vorhanden sind" (zit. nach BEAT WEBER, Autonomie, S. 86).

⁴³⁶ HUGO DÜRRENMATT, Fragen, S. 49.

⁴³⁷ CARL PESTALOZZI, Kirchengut, S. 43, behauptet, der Patron habe "Eigentum an den Bestandteilen der Pfründe. Alle dem Pfarrer zur Nutzung überlassenen Vermögensbestandteile gehören dem Patron zu eigenem Recht."

⁴³⁸ BEAT WEBER, Autonomie, S. 76 f.

Auch die Darstellung der Rechtsverhältnisse vor 1804 in der Einleitung zum Verzeichnis der Kirchengüter von 1831⁴³⁹ spricht – allerdings nicht immer in deutlicher Abgrenzung vom Eigentumsrecht⁴⁴⁰ – grundsätzlich von der Übertragung (nur) der Patronate:

"Die grösste Zahl der Pfarreien des alten Cantons besteht aus alten Stiftungen der Grund- und Herrschaftsherrn des Mittelalters. Solche Kirchensätze – auch Patronate oder Collaturen genannt – wurden dann oft durch Schenkung oder Kauf den Klöstern übergeben. Solche Kloster-Collaturen waren mit den Klöstern durch päpstliche und bischöfliche Bewilligung so vereinigt worden, dass der bedeutendere Theil des ursprünglichen Pfarreinkommens in das eigentliche Kloster-Einkommen floss, so dass derselbe nun mit dem Staatsgute verschmolzen ist, und nur der kleinere Theil eigentliches Pfarrgut blieb. Alle diese Collaturen gelangten entweder durch besondern Kauf oder mit den Herrschaften, und die Kloster-Collaturen durch die Säkularisation an die Stadt Bern. Wenige Kirchensätze sind bis jetzt in den Händen von Privaten oder Stiftungen geblieben. Einige Pfarreien des alten Cantons sind nicht alte Kirchensätze, sondern in spätern Zeiten durch die Regierung selbst gestiftet worden, indem sie grosse Kirchsprengel theilte. Die Pfarreien des Jura sind durch die Vereinigungs-Urkunde und durch ein besonderes Gesetz der Regierung übertragen worden."

III. Das Dekret vom 7. Mai 1804

Wie der vorstehende Abschnitt zeigt, hat die Reformation mit Bezug auf die Rechte am Kirchengut keine grundlegenden Neuerungen gebracht. Die Entwicklung des kirchlichen Vermögensrechts zeichnet sich bis ins 19. Jahrhundert insgesamt durch *Kontinuität*, nicht durch revolutionäre Umgestaltung der Rechtsverhältnisse aus. "Bedeutende Veränderungen"⁴⁴¹ erfuhren die Rechtsverhältnisse demgegenüber in der Mediationszeit und namentlich durch das Dekret vom 7. Mai 1804 über die Besoldung und Wahlen der Geistlichkeit.

⁴³⁹ Akten Staatsarchiv B III 255, S. 3; dazu hinten S. 131 ff.

⁴⁴⁰ Das Verzeichnis von 1831 wurde gemäss Einleitung durch den "Finanzrath" erstellt (S. 9 f.). Das Finanzdepartement vertrat jedenfalls teilweise die – nicht unangefochtene und wohl kaum zutreffende – Ansicht, mit der Reformation habe der Staat *Eigentum* am Kirchengut erlangt. Vgl. zum Vortrag des Departements und zur Reaktion des Lehenskommissärs Stettler in der Grossratsdebatte vom 18. Dezember 1835 hinten S. 180 f.

⁴⁴¹ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 180.

1. Anlass und Entstehung

Wie erwähnt besass bis zur Zeit der Mediation jede kirchliche Stelle, insbesondere jede Pfarrei, ihr eigenes Kirchengut, welches grundsätzlich durch die Pfarrer unter der Aufsicht der Kapitel verwaltet wurde⁴⁴² und aus welchem die Kosten des Kirchenunterhalts, des Gottesdienstes und ein grosser Teil der Pfarrbesoldung (primär) bestritten werden musste⁴⁴³. Jeder Pfarrei floss damit ein Einkommen aus Liegenschaften, Zehnten, Grundzinsen, Kapitalien usw. zu, "wie es ihr von Alters her durch Vergabungen, Geschenke oder Verträge zugeteilt und der Pfarrei annexirt worden war"⁴⁴⁴. Mit den vorhelvetischen Bemühungen um einen gewissen "Finanzausgleich"⁴⁴⁵ konnten zwar die grössten Unbilligkeiten gemildert werden, doch blieben *beträchtliche Unterschiede* bestehen⁴⁴⁶. Eine Neuregelung der Besoldungsfrage lag darum nicht zuletzt im *Interesse der Geistlichkeit selbst*. Wie bereits der Wortlaut des Dekrets in § 1⁴⁴⁷ zum Ausdruck bringt, wurde dieses (auch) von kirchlicher Seite angeregt⁴⁴⁸. Sein Inhalt war, wie WEBER ausführt, das Ergebnis von Beratungen der staatlichen Finanzverwaltung mit dem Pfrundentschädigungskomitee und sämtlichen Kapiteldekanen⁴⁴⁹.

Gemäss Vortrag des Kirchenrats vom 10. September 1803 hatte das Kirchendepartement den ausdrücklichen Auftrag, den "Entwurf einer Organisa-

tion des Kirchenwesens in dem Canton Bern ... des nähern zu prüfen" und "auch nach Ermessen mit Zuziehung oder Berathung des Kirchenkonvents ... zu bearbeiten"⁴⁵⁰. Nachdem der Finanzrat am 27. Dezember seine Bemerkungen zum Entwurf zuhanden des Schul- und Kirchendepartements verfasst hatte⁴⁵¹, beriet der Grosse Rat die Angelegenheit erstmals am 30. Dezember 1803. Er trat darauf allerdings nicht ein, "theils aus dem Grunde, dass dieser Vorschlag nicht die reglementmässige Zeit zur Einsicht des Grossen Rathes in der Canzley gelegen ist, theils aber weil die wesentlichsten Data und Berechnungen über diesen wichtigen Gegenstand noch nicht haben zur Hand gebracht werden können"⁴⁵². Ein weiterer Schriftenwechsel zwischen Kirchen- und Schulrat und Finanzrat folgte⁴⁵³. Das Kollegium der Dekane unterbreitete im April 1804 in einem ausführlichen und mit Beilagen versehenen Schreiben einen "Vorschlag eines Besoldungsfusses der Geistlichkeit des Cantons Bern", in welchem es nicht nur einen Vorschlag für die *Besoldungsansätze*, sondern ebenso einen *Entwurf für das zu erlassende Dekret* unterbreitete⁴⁵⁴. Die Dekane waren zwar kirchlicherseits offenbar nicht förmlich zu entsprechenden Schritten beauftragt worden, doch wurden sie "zur Erleichterung der Verhandlung" trotzdem "als bevollmächtigte Repräsentanten der ganzen Geistlichkeit betrachtet"⁴⁵⁵. Der Kirchenrat führte in seinem Vortrag vom 14. April 1804⁴⁵⁶ zu den Grundsätzen seines Entwurfs aus, man habe mit Bezug auf die Wahl und Besoldung der Geistlichen

"dasjenige als Fundament angenommen, was in der Synodalsitzung vom 16. Sept. 1801 von den sämtlich Dekanen, und den dazu bevollmächtigten ... aller Classen

⁴⁴² ALBERT ZEERLEDER, Kirchenrecht, S. 34.

⁴⁴³ EMIL BLOESCH, Geschichte II, S. 202. Wie vorn S. 107 ff. erwähnt, richtete der Staat bereits vor 1804 regelmässig eine Besoldung an die Geistlichen aus.

⁴⁴⁴ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 146.

⁴⁴⁵ Dazu vorn S. 107 ff.

⁴⁴⁶ EMIL BLOESCH, Geschichte II, S. 203, Anm. 1, berichtet, dass die Einkünfte der Pfarrer nach der Schätzung der Naturalien und je nach dem Ertrag günstiger oder ungünstiger Jahre in Lauenen 150-210 Kronen, in Reichenbach bei Frutigen 131-178 Kronen, in Ins dagegen 1'000-2'100 Kronen und in Kirchdorf gar 1'240-2'400 Kronen betragen.

⁴⁴⁷ Dazu sogleich, S. 123.

⁴⁴⁸ Die Lösung des Dekrets von 1804 stand zweifellos auch im staatlichen Interesse; dass Bern – wie andere Kantone auch – angesichts der angespannten Finanzlage auf das reiche Kirchengut "je und je begehrlische Blicke warf" (JOHANN ALBERT AMMANN, Finanzhaushalt, S. 81), dürfte kaum zu bestreiten sein.

⁴⁴⁹ BEAT WEBER, Autonomie, S. 40.

⁴⁵⁰ Vortrag des Kirchenrats vom 10. September 1803, Akten Staatsarchiv B III 293, S. 29 ff., 29.

⁴⁵¹ Vorschlag des Finanzrats vom 27. Dezember 1803, Akten Staatsarchiv B VII 2582, S. 205 f.

⁴⁵² Protokoll des Grossen Rats vom 30. Dezember 1803, Akten Staatsarchiv A II 4001, S. 291 f., 292.

⁴⁵³ Undatiertes Schreiben des Kirchen- und Schulrats an den Finanzrat, Akten Staatsarchiv B III 326 b.

⁴⁵⁴ Vorschlag eines Besoldungsfusses der Geistlichkeit des Kantons Bern, des Dekanenkollegiums vom 11. und 12. April 1804, Akten Staatsarchiv B III 326b.

⁴⁵⁵ JOHANN PETER ROMANG, Beiträge zur Beleuchtung, S. 33.

⁴⁵⁶ Vortrag des Kirchenrats vom 14. April 1804, Akten Staatsarchiv B III 293, S. 134 ff.

in Verbindung mit dem Kirchenconvent einmüthig verabredet und beschlossen worden war"⁴⁵⁷.

Dabei hielt der Kirchenrat

"doch diesen einfachen Grundsatz für unwidersprechlich, dass die gegenwärtige Regierung, indem sie sich gegen die Kirche in alle Rechte der ehemaligen Obrigkeit gesetzt hat, auch die ehemaligen Verhältnisse und Verpflichtungen ... (zu) übernehmen habe, so wie sie durch den Bernersynodus, durch verschiedene ... Verkommnisse, durch die helvetische Confession ... anerkannt, durch eine ununterbrochene Übung von der Reformation bis auf die Revolution befestiget, durch die Urbarien ... jedem einzelnen Pfarrer insbesondere zugesichert worden sind. Dass aber der Besitzstand der Kirche auch durch die Revolution nicht beeinträchtigt werden sollte, hat selbst die helvetische Regierung eingestanden. Im Dekret vom 22ten Aug. 1798, welches die Zehnten aufhebt, wird der Kirche eine vollständige Entschädigung zuerkannt ..."⁴⁵⁸

Der kirchenrätliche Vortrag führte den Vorschlag der Dekane im Wortlaut an⁴⁵⁹. Der Kleine Rat beriet den Vorschlag im April und Mai 1804; er änderte namentlich die §§ 1 und 2 und legte die Maxima und Minima der Besoldungen sowie die gesamte Dotationssumme von Liv. 275'000 fest⁴⁶⁰. Im Grossen Rat wurde das Dekret schliesslich am 7. Mai 1804 beraten und "sogleich mit 65 Stimmen in seinem ganzen Innhalt angenommen ... , gegen 55 Stimmen, die ihn articulativ behandeln wollten"⁴⁶¹.

Damit ist – wie eine regierungsrätliche Kommission im Jahr 1837 ausführte – die Verwaltung des Kirchenguts und die Pflicht zur Besoldung der Geistlichen im Jahr 1804 nicht auf einseitig staatliche Initiative, sondern "infolge von Unterhandlungen mit der Geistlichkeit" an den Staat übergegangen⁴⁶². Allerdings war im staatskirchlichen System des frühen 19. Jahrhunderts nicht immer ohne weiteres zwischen staatlichen und kirchlichen Behörden zu unterscheiden. Oberste staatliche Exekutivbehörde in kirchli-

⁴⁵⁷ S. 134.

⁴⁵⁸ S. 134 f.

⁴⁵⁹ S. 139 ff.

⁴⁶⁰ Protokoll des Kleinen Rats vom 26. April, 30. April und 1. Mai 1804, Akten Staatsarchiv A II 1049, S. 422-424, 438-439 und 442-443.

⁴⁶¹ Protokoll des Grossen Rats vom 7. Mai 1804, Akten Staatsarchiv A II 4001, S. 297 ff., 297.

⁴⁶² Vortrag für Reform des Finanz-, Armen- und Gemeindetellwesens, S. 40.

chen Angelegenheiten war in der Mediationszeit der Kleine Rat. Die laufenden Geschäfte besorgte der Kirchen- und Schulrat. Dessen Präsident und zwei Mitglieder gehörten dem Kleinen, zwei weitere Mitglieder dem Grossen Rat an; alle waren reformierter Konfession. Weitere Mitglieder waren der Dekan von Bern und drei weitere Mitglieder der stadtbernischen Geistlichkeit. Dem Kirchenrat untergeordnet war wie früher der Kirchenkonvent, welcher aus dem Dekan von Bern, dem Pfarrer und den Diakonen des Münsters, der Nydegg- und Heiliggeistkirche, dem französischen Pfarrer und drei Theologieprofessoren bestand⁴⁶³.

2. Zum Inhalt des Dekrets

2.1 Wortlaut

Das Dekret "Besoldung und Wahlen der Geistlichkeit" vom 7. Mai 1804 hat den folgenden Wortlaut:

"Dekret Besoldung und Wahlen der Geistlichkeit.

Wir Schultheiss, Klein und Grosse Räte des Cantons Bern, thun kund hiermit: dass Wir zu Aufnahme der heiligen Religion Unserer Väter, und zur Aufmunterung der würdigen Diener derselben festgesetzt haben, was hienach folgt und demnach verordnen:

- I. Verwaltung des Kirchen-Guts und Besoldung der Geistlichkeit
- § 1 Der Staat übernimmt nach dem Wunsch der Geistlichkeit die Beziehung und Verwaltung aller derselben zugehörenden urbarisirten Einkünfte, und wird samtlischen von der Regierung besoldeten Geistlichen mit Inbegriff der vormaligen obrigkeitlichen Beyschüsse alljährlich zu ihrer Besoldung ausrichten die Summe der Liv. 275,000, der Beziehung halb jedoch mit der hienach im § 6 bestimmten Ausnahme.
- § 2 In dieser Summe ist nicht begriffen, die Benutzung der Pfarr-Gebäude, der Gärten, und einer Pflanzstelle, welche den Pfarrherren nicht angerechnet werden sollen.
- § 3 Denen Pfarrstellen, welche solches ehemals genossen, wird sowohl an Zäune- als Brenn-Holz das benöthigte noch ferner angewiesen, doch soll letzteres das Quantum der 20 Klafter nicht übersteigen.

⁴⁶³ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 175.

- § 4 Der Staat übernimmt da, wo ihm das Collatur-Recht zustehet, wie bisher die Erhaltung der Pfarrgebäude ohne Entgelt der Geistlichkeit.
- § 5 Die Besoldungen der angestellten Geistlichen schreiten nach einer von Unserm Kleinen Rath zu machenden Eintheilung von einem Minimum von Liv. 1000 bis zu einem Maximum von Liv. 2200 mit Ausnahme jedoch:
- a) Der bisherigen Vorpösten, die auf Liv. 800 gesetzt seyn sollen.
 - b) Des Dekans von Bern, welchem als Haupt der Geistlichkeit über die ihm zukommende anderwärtige Besoldung aus eine besondere Gehalts-Zulage von Liv. 1000 zuerkennt wird.
 - c) Der sechs bisherigen geistlichen Lehrstellen an der hiesigen Akademie, deren fixer Gehalt dormalen auf Liv. 1400 bis 1600 festgesetzt ist.
 - d) Der fünf Leib-Gedinge jedes von Liv. 800 die für solche Pfarrherren errichtet werden, die wegen Alters oder anderer Gebrechen ihre Stellen nicht mehr bedienen können.
 - e) Der Pfarrstellen, wovon die Collatur der Regierung nicht zugehört, so wie auch derjenigen, die in andern Cantonen sich befinden, und zu einem der bernischen Capitel gehören, als welche bey ihren Urbarien und der bisherigen Beziehungsart ihrer Einkünfte verbleiben, doch soll der Betrag der denselben ertheilten obrigkeitlichen Beyschüsse mit in der obbestimmten Summe der Liv. 275,000 begriffen seyn.
- § 6 Jeder von der Regierung besoldete Geistliche nutzt auf Abschlag der ihm zukommenden Besoldung die seiner Pfarrstelle angewiesene Capital, Pfarrgüter, Primitzen, und Zuschüsse von Partikularen, Gemeinden und Stiftungen, doch bleibt der Regierung vorbehalten, die zweckmässigen Abänderungen in Betreff der Pfarrgüter, deren Verkauf oder Abtausch treffen zu können.
- § 7 Die über dem an jeden angestellten Geistlichen zu bezahlende und in Geld berechnete Besoldungs-Summe, ist gleich den Civil-Besoldungen, vierteljährlich zu 2/3 in Dinkel und 1/3 in Geld auszurichten, und können die Pensionen entweder in Bern oder auf den Oberämtern angewiesen werden.
- Es wird jedoch dem Kleinen Rath überlassen, das Getreid nach einem alljährlich auf Martini nach dem dennzumaligen Mittelpreise von Bern zu machenden Anschlage statt in Frucht in Geld ausrichten zu lassen. Sollte aber dieser Anschlag unter zehen Franken der Mütt fallen, so ist den Pfarrherren ihre Getreyde-Pension mit zehen Franken von jedem Mütt zu vergüten.

II. Wahlart

- § 8 In Aufhebung der bisherigen je nach dem mehr oder mindern Werth einer Pfrund bestimmten Classification und Wahlart für die Pfarrstellen, erhalten nunmehr die Pfarrherren der von der Regierung besoldeten Pfarrstellen in dem Canton ihre Besoldung nach Maassgab ihres Ranges in dem Ministerio oder ihrer Dienst-Jahre, ohne Rücksicht, auf welcher dieser Pfarrstellen sie sich befinden mögen.
- § 9 Alle Pfarrstellen, welche direkt von der Regierung vergeben werden, werden von

Unserem Kleinen Rath zu einem Drittel nach der freyen Wahl und zu zwey Drittel nach dem Alters-Range, jedoch in Befolgung der für die ehemaligen Rang-Pfründen in dem Pfrund-Reglement enthaltenen Vorschrift besetzt, in dem Verstand: dass niemand zu einer Pfarrstelle wahlfähig seyn soll, der nicht fünf Jahre im Ministerium gewesen ist.

- § 10 Die Collatur-Pfarreyen werden noch ferner nach der bisherigen Wahlart besetzt.
- § 11 Dem Kleinen Rath wird überlassen in Betreff der Besazung der Pfarreyen, sowohl nach der freyen Wahl als nach dem Rang und in Betreff der Art und Weise, wie die Besoldungs-Vermehrungen zuerkennt werden sollen, das erforderliche zu bestimmen.

Einführung dieser Verordnung.

- § 12 Die in Folge dieser Verordnung auszurichtenden Besoldungen sollen von dem 1sten Jenner 1804 ihren Anfang nehmen.
- § 13 Der Kleine Rath wird mit der Vollziehung derselben und aller zu diesem Ende nothwendigen Einrichtung, so wie auch mit der Sorge, dass die Kirchen-Zucht und Disciplin genau beobachtet werde, beauftragt."

2.2 Zum Geltungsbereich

Die Bestimmungen des Dekrets finden nicht auf alle bestehenden Pfarreien schlechthin Anwendung. Die Vorschriften über die auszurichtende Besoldung betreffen nur die Stellen *innerhalb des Kantons Bern*, für welche dem Staat das Kollaturrecht bereits zustehet. Die übrigen, also die unter dem Patronat von Privaten oder Korporationen (Gemeinden) stehenden und die in den Kantonen Solothurn und Freiburg gelegenen Pfarreien sind nach § 5 e) von der Ordnung des Dekrets ausdrücklich ausgenommen⁴⁶⁴. Dementsprechend befasst sich das Dekret auch nur mit dem *Kirchengut, das dem Unterhalt der im Kanton gelegenen, nicht unter dem Patronat Dritter stehenden Pfarrstellen und von deren Gebäude dient*⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ BEAT WEBER, Autonomie, S. 42.

⁴⁶⁵ JOHANN PETER ROMANG, Beiträge zur Beleuchtung, S. 35. Dementsprechend erfasste das 1831 erstellte Verzeichnis der Kirchengüter nur die im Kanton Bern gelegenen und (ursprünglich) denjenigen Pfarrstellen zustehenden Vermögenswerte, über die der Kanton das Patronatrecht bereits erworben hatte; vgl. hinten S. 131 ff.

2.3 Staatsleistungen

Eine grundlegende Neuerung des Dekrets besteht darin, dass der Kanton Bern nicht nur wie bisher *Zuschüsse* an die Pfarrbesoldungen ausrichtet und einen gewissen "Finanzausgleich" unter den Pfarrstellen organisiert, sondern rückwirkend ab Anfang 1804⁴⁶⁶ *grundsätzlich die Besoldung der reformierten Geistlichen übernimmt*. Entsprechend dem skizzierten Geltungsbereich betrifft dies die Stellen im Kanton Bern, über welche dem Staat bereits das *Kollaturrecht* zusteht. Dies waren um 1804, die Helfereien und Professorenstellen nicht eingerechnet, insgesamt 152 Pfarrstellen⁴⁶⁷. Im weiteren schreibt das Dekret in § 5 c) die *Besoldung der sechs Theologieprofessoren* und in § 5 d) ein "*Leib-Gedinge*" für "Pensionierte"⁴⁶⁸ vor. An die mit dem Dekret grundsätzlich nicht erfassten Pfarrstellen, nämlich an die ausserkantonalen und die unter dem Patronat Dritter stehenden, richtet der Kanton nach § 5 e) "*Beyschüsse*" aus; mit Bezug auf diese Stellen wird damit offenbar die bisher generell geltende Regelung weitergeführt. Die Ausrichtung der Besoldung erfolgt nach § 7 "zu 2/3 in Dinkel und 1/3 in Geld".

Für die Ausrichtung der Besoldung legt das Dekret eine *Gesamtsumme von 275'000 Livres* (alte Franken) fest. Ein Livre galt 10 Batzen; für 2¼ Batzen war um 1804 ein Kilo rauhes Brot, für 3 Batzen ein Kilo Weissbrot zu erhalten⁴⁶⁹. Die Summe von 275'000 Livres entspricht wohl einer *überschlagsmässigen Schätzung des Ertragswerts* der übernommenen Kirchengüter⁴⁷⁰; eine genaue Erfassung der betroffenen Vermögenswerte erfolgte jedenfalls erst im Jahr 1831⁴⁷¹. Diese Dotationssumme soll in dem durch

⁴⁶⁶ Vgl. § 12.

⁴⁶⁷ EMIL BLOESCH, Geschichte II, S. 203.

⁴⁶⁸ ROBERT MORGENTHALER, Kirchengut, S. 3.

⁴⁶⁹ Berner Wochenblatt vom 12. Mai 1804.

⁴⁷⁰ Nach RUDOLF WYSS, Rechte, S. 36, bezahlte der Staat "durch die jährliche Summe von Fr. 257,000, den Geistlichen damals *gerade so viel*, als er, vermittelt der Zehnten, der Bodenzinse, der Anrechnung der Güter und des den Pfarrern gebliebenen Bezugs, so wie der wegfallenden ehemaligen Corpusbeischüsse, *selbst an Pfarr-einkünften einnahm*".

⁴⁷¹ Im Verzeichnis der Kirchengüter von 1831 (dazu sogleich S. 131 ff.) wird in den einleitenden Bemerkungen nach dem Zitat des Dekrets vom 7. Mai 1804 ausgeführt, dass "nach der Erlassung dieses Dekrets kein Verzeichniss aller Pfarreinkünfte, deren Bezug der Regierung überlassen wurde, aufgenommen worden ist". Auf Ersuchen des

§ 5 festgesetzten Rahmen "nach einer von Unserm Kleinen Rath zu machenden Eintheilung" den einzelnen Stellen zugewiesen werden.

Das kleinrätliche Dekret vom 12. Herbstmonat 1804 sieht in Ausführung und teilweiser Wiederholung der Vorschriften des Dekrets vom 7. Mai in Ziff. 1 ein "Progressions-System" vor, nach welchem die Pfarrer "im Altersverhältniss von einem Minimum von L. 1000, zu einem Maximum von L. 2200" aufsteigen. In Ziff. 2 werden 7 Besoldungsklassen gebildet, Ziff. 3 sieht bestimmte "fixe und bleibende Besoldungen ausser der Progression" vor, nämlich Zuschläge für den Dekan von Bern (1'000 Livres) und die übrigen Dekane (je 200 Livres) sowie ein fixes Gehalt für die Theologieprofessoren (1'600 Livres für die älteren, 1'400 Livres für die jüngeren), die zwei französischen Prediger (je 1'300 Livres), die Helfer der Nydegg- und der Heiliggeistkirche (je 1'200 Livres), die zehn "Classenhelfer" (je 800 Livres), den "Schallenhausprediger" (800 Livres) und den "Gefangenschaftsprediger" (400 Livres). Die durch den Kleinen Rat zu vergebenden Leibgedinge betragen nach Ziff. 4 ebenfalls 800 Livres. Für die "innern Collaturen", also wohl die im Kanton Bern gelegenen, werden in Ziff. 6 Beischüsse von 1096 Livres, für die "äussern" solche im Betrag von insgesamt 648 Livres bestimmt. Zuschüsse von insgesamt 1'181 Livres gehen an "fremde und katholische" Kollaturen. Die Differenz der aufgrund dieser Vorschriften auszurichtenden Gehälter, Pensionen und Zuschüsse zur Dotationssumme beträgt nach Ziff. 7 des Dekrets 4'474 Livres; diese Summe soll nach Ziff. 8 "zu keinem andern Zweck, als zum Besten des geistlichen Standes, verwendet werden".

In § 2 stellt das Dekret vom 7. Mai 1804 klar, dass die *Benutzung von Pfarrhaus, Garten und Pflanzstelle* an die Barbesoldung nicht anzurechnen ist, also ein *zusätzliches (Natural-)Einkommen* des Pfarrers darstellt. Demgegenüber haben sich die Pfarrer nach § 5 e) die Erträge aus dem Kapital und den Pfarrgütern sowie "Primitzen und Zuschüsse von Partikularen, Gemeinden und Stiftungen" an die Besoldung anrechnen zu lassen;

Kirchenkonvents habe der Finanzrat deshalb das vorliegende Verzeichnis aufgenommen, "damit man zu allen Zeiten wisse, wie hoch das im Jahre 1804 der Verwaltung des Staates übertragene Kirchengut sich belaufen habe" (Akten Staatsarchiv B III 255, S. 9 f.). Vgl. auch JOHANN RUDOLF WYSS, Entfremdung, S. 7, über die Situation unmittelbar nach 1804: "Die Güterschätzungen bedurften vermuthlich mehr Zeit."

diese Erträge wurden später durch Schätzung ermittelt⁴⁷². Soweit die Pfarrstellen "solches ehemals genossen" haben, steht ihnen nach § 3 weiterhin ein Anspruch auf *Holz für Zäune* und *Brennholz* (für dieses bis maximal 20 Klafter, also 60 Ster oder 60 m²) zu.

In § 4 statuiert das Dekret die Pflicht des Kantons zum *Unterhalt der Pfarrhäuser*, wo diesem das Kollaturrecht zusteht. Damit werden allerdings keine neuen Staatsleistungen begründet. Die Pflicht zum Unterhalt der Pfarrhäuser oblag, wie die Wendung "wie bisher" zum Ausdruck bringt, dem Kanton bereits früher aufgrund seiner Eigenschaft als Patron.

2.4 Änderungen mit Bezug auf das Kirchengut

Nach dem Wortlaut von § 1 des Dekrets übernimmt der Staat "die Beziehung und Verwaltung aller ... urbarisirten *Einkünfte*". Weil § 6 wie erwähnt dem Pfarrer allerdings den direkten Bezug der Primitien und "Zuschüsse von Partikularen, Gemeinden und Stiftungen" zugesteht, bezog der Kanton aufgrund dieser Bestimmung *tatsächlich* praktisch nur die *Zehnten* und *Bodenzinse*⁴⁷³.

Was mit Bezug auf das *rechtliche Schicksal der Sachwerte* gelten soll, ist dem Wortlaut des Dekrets nicht zu entnehmen. Geregelt werden im wesentlichen Nutzungsrechte und Unterhaltungspflichten; wie erwähnt steht dem Pfarrer nach §§ 2 und 6 das Recht auf Benutzung des Pfarrhauses, des Gartens, einer Pflanzstelle und – unter Anrechnung an die Besoldung – der übrigen Kapitalien und Pfarrgüter zu, und in § 4 bestätigt der Staat seine Pflicht zum Unterhalt des Pfarrhauses. Auf Sachwerte nimmt weiter § 6 Bezug, wonach dem Staat das Recht zu "zweckmässigen Abänderungen in Betreff der Pfarrgüter" zusteht⁴⁷⁴. Diese Bestimmungen geben insbesondere

⁴⁷² RUDOLF WYSS, Rechte, S. 35.

⁴⁷³ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 35, führt zu § 6 des Dekrets aus: "Zum Behufe dieses Abzuges wurde später der Nettogüterertrag, nach Abzug der freien halben Jucharten, und der Nettoprimitienertrag, durch Schätzung ausgemittelt. Der Staat übernahm also damals den *wirklichen* Bezug nur noch für Zehnten und Bodenzinse." Ebenso BEAT WEBER, Autonomie, S. 42.

⁴⁷⁴ JOHANN PETER ROMANG, Beiträge zur Beleuchtung, S. 43, vertritt die Auffassung, dass die §§ 2 und 6 ein Verfügungsrecht über die Pfarrhäuser ausschliessen.

nicht ohne weiteres Auskunft darüber, ob dem Kanton nun auch das *Eigentum* am betroffenen Kirchengut zustehen soll. Es darf wohl davon ausgegangen werden, dass sich die Einführung der staatlichen "Verwaltung", allenfalls in Form einer Oberaufsicht, nicht nur auf die Einkünfte, sondern auf das Kirchengut überhaupt und damit auch auf die Sachwerte beziehen soll. Während der staatliche Anspruch auf Verwaltung des Kirchenguts soweit ersichtlich kaum Anlass zu Kontroversen gab, war später, im Anschluss an das Dekret über die Aufhebung der Patronate von 1839, die Frage heftig umstritten, ob das vorliegende Dekret dem Staat das Eigentum am Kapitalvermögen verschaffen wollte oder nicht. Darauf wird zurückzukommen sein⁴⁷⁵.

2.5 Prinzipielle Abkehr vom herkömmlichen Besoldungssystem

Mit den skizzierten Änderungen bewirkte das Dekret – so § 8 – im Ergebnis die "Aufhebung der bisherigen je nach dem mehr oder minderen Werth einer Pfrund bestimmten Classification und Wahlart der Pfarrstellen". Die Einkünfte des Pfarrers waren also *nicht mehr wie früher vom Ertrag der Stelle dienenden Pfrundvermögens abhängig*. Diese Abkehr vom herkömmlichen Besoldungssystem wurde in der Folge allseitig als *wesentlicher Fortschritt* begrüsst⁴⁷⁶. In Zusammenhang mit der späteren Auseinandersetzung um das Eigentumsrecht am Kirchengut war zwar die Deutung des Dekrets mit Bezug auf die Frage des Eigentums heftig umstritten; das veränderte System *als solches* hingegen war – soweit ersichtlich – kaum je Gegenstand der Kritik. Verschiedentlich wurde das Dekret als eigentlicher "Grunderlass der bernischen Kirchengesetzgebung" gewürdigt⁴⁷⁷. Für die

⁴⁷⁵ Hinten S. 141 ff.

⁴⁷⁶ Statt vieler RUDOLF WYSS, Rechte, S. 34: "Und man muss bezeugen, dass den Einsichten der damaligen Rathgeber ein System zu verdanken ist, welches sich nun während mehr als vierzig Jahren *in seiner ganzen Vorzüglichkeit bewährt hat*, welches in andern Kantonen nachgeahmt worden ist, und um das andere protestantische Länder uns beneiden."

⁴⁷⁷ So BEAT WEBER, Autonomie, S. 74. Vgl. bereits RUDOLF WYSS, Rechte, S. 36 f.: "Das Reformationsdekret vom 7. Februar 1528 und das Dekret vom 7. Mai 1804 bilden also vereint die *rechtliche Grundlage*, auf welcher der Bestand unseres aus der Vereinigung unantastbarer Pfarrstiftungen hervorgegangenen *allgemeinen evangelischen Pfarrkirchengutes des Kantons* beruht."

Durchlagskraft der Lösung spricht auch die Tatsache, dass das Dekret vom 7. Mai 1804 "sofort überall nachgeahmt wurde, wo ähnliche Zustände dazu aufforderten"⁴⁷⁸. Es diente einer Reihe von Kantonen, so Aargau⁴⁷⁹, Basel⁴⁸⁰, Zürich⁴⁸¹ und Leman⁴⁸², als Vorbild für ähnliche Regelungen.

2.6 Keine Veränderung bestehender Patronatsverhältnisse

Am Bestand der Patronatsverhältnisse und namentlich der Kollaturrechte verändert das Dekret vom 7. Mai 1804 nichts. Im Gegenteil werden bestehende Rechte und Pflichten des Patrons, etwa in den §§ 4 und 10, ausdrücklich bestätigt. Gegenstand des Dekrets ist *nicht der Patronat als solcher*, sondern die *Verwaltung des Pfrundvermögens*. Wie aus § 10 ersichtlich ist, bestanden um 1804 tatsächlich noch "Collatur-Pfarreyen", für welche der Regierung das Wahlrecht nur auf Vorschlag des Patrons (ius praesentandi) zustand. Patronate Dritter bestanden im Kanton Bern bis zum

⁴⁷⁸ EMIL BLOESCH, Geschichte II, S. 204.

⁴⁷⁹ Gesetz vom 1. Dezember 1804, wiedergegeben in JOHANNES SCHULTHESS, Beiträge I/3, S. 229 ff. Der Erlass sah vor, dass fortan statt wie bisher die einzelnen Geistlichen der Staat die Zehnten und andere Erlöse einziehen sollte. Die Pfarrer erhielten danach vom Staat eine Besoldung, teils in bar, teils in natura aus den Staatsmagazinen. Wie in Bern wurden die reformierten Staatspfründen in Besoldungsklassen eingeteilt. Das Gesetz spricht im Ingress von der Notwendigkeit, "durch die Bestimmung der Besoldung der Pfarrgeistlichen diese letztern aus dem Zustande der Ungewissheit zu ziehen, in welchen sie seit der Revolution gesetzt wurden und zugleich denjenigen unserer Mitbürger, welche Neigung und Fähigkeiten besitzen, sich diesem nützlichen und ehrwürdigen Stande zu widmen, bestimmte Aussichten auf eine anständige Versorgung zuzusichern". Vgl. zum ganzen KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 30 ff., welchem auch das vorstehende Zitat entnommen ist.

⁴⁸⁰ Gesetz über die Classification und Kompetenz der Pfarrstellen der Land-Distrikte vom 18. Mai 1808, wiedergegeben in: JOHANNES SCHULTHESS, Beiträge I/3, S. 244 ff.

⁴⁸¹ Gesetz betreffend die Ausgleichung der geistlichen Pfrund-Einkünfte vom 19. Dezember 1808, wiedergegeben in: JOHANNES SCHULTHESS, Beiträge I/3, S. 249 ff. Vgl. dazu auch CARL PESTALOZZI, Kirchengut, S. 55 ff.

⁴⁸² Beschluss vom 3. Brachmonat 1805, wiedergegeben in: JOHANNES SCHULTHESS, Beiträge I/3, S. 237 ff.

Jahr 1839⁴⁸³, wie sich auch aus der Schilderung des Pfarrwahlverfahrens in den dreissiger Jahren durch ZYRO ergibt:

"Fragen wir, wer die *Pfarrer* und *Helfer* erwähle, so ist es der Regierungsrath, und zwar auf folgende Weise. Sobald eine Pfarrstelle erledigt ist, so wird sie von der Kanzlei des Erziehungsdepartementes ausgeschrieben. Alle Anmeldungen geschehen schriftlich und werden dem Präsidenten des Erziehungsdepartementes eingesandt. Persönliche Bewerbungen sind gesetzlich verboten. Nun fragt es sich, von welcher Art und Natur die Pfarre sei. Wir haben nämlich dreierlei Arten: die einen sind solche, für welche ein einzelner Privatmann (Patron) oder eine Gemeinde das Wahlrecht oder die *Kollatur* besitzt – der Regierung bleibt nur die Bestätigung oder Verwerfung (welche letztere sich jedoch nicht leicht ereignet); die andern sind solche, welche die Regierung vergibt ..."⁴⁸⁴

3. Das Verzeichnis des Kirchenguts von 1831

Ein Verzeichnis der um 1804 eingezogenen Güter existierte bis Ende der Restauration offenbar nicht. Über die Güter wurde zunächst keine gesonderte Rechnung geführt, und ein grosser Teil des Guts, so z.B. der Erlös verkaufter Grundstücke, die Loskaufpreise für Bodenzinse, Zehnten und Primitien und der Ertrag aus dem Verkauf oder der Ablösung von Zinschriften, war mit dem allgemeinen Staatsgut vermengt. Am Schluss dieser Epoche wurde deshalb die Geistlichkeit bei der Regierung vorstellig mit dem Begehren, ein genaues Inventar des Kirchenguts, wie es um 1804 bestanden hatte, zu erstellen⁴⁸⁵. Die Regierung entsprach dem Anliegen. Sie erstellte im Jahr 1831 ein "Verzeichniss der Kirchengüter dessen Bezug und Verwaltung die Regierung des Cantons Bern durch das Dekret vom 7. May 1804 übernommen hat". Dieses wurde – so der Titel – "ausgezogen aus den Urbarien desjenigen Pfarreyen und Helfereyen welche im Jahr 1804 in das Progressivsystem eintraten"⁴⁸⁶. Das Original wurde am 10. Oktober 1831 dem Kirchenkonvent übergeben, zwei Exemplare verblieben offenbar im Besitz des Kantons⁴⁸⁷. JOHANN RUDOLF WYSS berichtet dazu:

⁴⁸³ Dazu hinten S. 135 ff.

⁴⁸⁴ FERD. FRIEDRICH ZYRO, Evangelisch-reformirte Kirche, S. 70 f.

⁴⁸⁵ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 43.

⁴⁸⁶ Akten Staatarchiv B III 255 (Verzeichnis des Kirchengutes 1804); vgl. auch das gleichlautende Doppel B III 254.

⁴⁸⁷ Vgl. den Vermerk im Exemplar B III 254, S. 1 unten.

"Der Finanzrath holte damals nach, was 1804 hätte geschehen sollen, aber im Drang der Geschäfte nicht geschah. Er liess aus allen Urbarien des alten Kantons ein General-Verzeichniss des gesammten Pfarrkirchengutes, wie es im Jahr 1804 vorhanden war, tabellarisch geordnet, zusammentragen"⁴⁸⁸

Nach einem Hinweis auf das Dekret von 1804 wird in der Einleitung zum Verzeichnis⁴⁸⁹ ausgeführt:

"Da nun nach der Erlassung dieses Dekrets kein Verzeichniss aller Pfarreinkünfte, deren Bezug der Regierung überlassen wurde, aufgenommen worden ist, und gegenwärtig ein grosser Theil des Kirchengutes durch erfolgte Loskäufe von Zehnten und Bodenzinsen, durch Ablösungen von Capitalien und durch Verkäufe von Grundstücken mit dem eigentlichen Staatsvermögen verschmolzen worden ist; da auch keine eigene Rechnung über dieses Kirchengut geführt wird: so hat der Kirchenconvent die Regierung um ein genaues Verzeichniss sämtlicher Pfarreinkünfte in ihrem Bestande vom Jahr 1804 angesucht. Und damit man zu allen Zeiten wisse, wie hoch das im Jahre 1804 der Verwaltung des Staates übertragene Kirchengut sich belaufen habe, hat der Finanzrath das nachfolgende Verzeichniss darüber aus den sämtlichen Pfarr-Urbarien, Zehnt-Rödeln und der Pfarrgüter-Tabelle auszuziehen, und dem Kirchen-Convente zur Aufbewahrung in dem Convent Archive übergeben lassen."

In den Erläuterungen zu den Zusammenstellungen wird präzisiert, dass das Verzeichnis – in sachlicher Übereinstimmung mit § 6 des Dekrets von 1804 – nicht die Kirchengüter sämtlicher Pfarreien enthält. Ausgenommen sind namentlich die Güter der "noch gegenwärtig bestehenden Collaturen, welche ... Partikularen und Stiftungen angehören"⁴⁹⁰, der "seit dem Dekret von 1804 zu Handen des Staates durch die Regierung angekauften Collaturen"⁴⁹¹, der "reformirten Pfarreyen des Jura"⁴⁹² und der "seit dem De-

⁴⁸⁸ S. 11.

⁴⁸⁹ S. 9 ff.

⁴⁹⁰ Worb, Diessbach, Spiez, Stettlen, Vechigen, Jegenstorf, Oberwil, Büren, Heimiswil, Biglen.

⁴⁹¹ Dies betraf fünf Pfarreien, unter anderem Hindelbank, Langenthal und Unterseen. Dazu wird ausgeführt: "Das Einkommen dieser Pfarreyen ist der Verwaltung des Staates nicht durch das Dekret von 1804, sondern durch besondere Verträge übergeben worden. Das gegenwärtige Einkommen derselben ist nicht in der durch jenes Dekret festgesetzten Dotations-Summe von L. 275,000 begriffen. Es müsste also eine besondere Berechnung gemacht werden, wie viel jede dieser Pfarreyen selbst zu ihrem Einkommen beyträgt, und wie viel der Staat allfällig durch die besondere Dotation beyzuschliessen übernommen hat."

kret von 1804 durch den Staat selbst errichteten Pfarrstellen, oder neuen Einkommenserhöhungen, welche also eine Dotations-Erhöhung nöthig machten, und in dem neuesten Dotations-Dekret vom 18. December 1824 enthalten sind". Laut einer besonderen Anmerkung "sind natürlich in diesem Verzeichnisse auch nicht begriffen die zwey reformirten Collaturen, welche die Regierung ausser dem Canton besitzt"⁴⁹³ und deren Pfarrer "besondere urbarmässige Einkommen" geniessen⁴⁹⁴. Damit umfasst das Verzeichnis von 1831 also nur die Güter derjenigen "Pfarreyen und Helfereyen, deren Einkommen durch das Dekret von 1804 der Verwaltung des Staates übertragen worden ist, und deren Besoldung nach dem Progressiv-Systeme in der ursprünglichen Dotations-Summe von L. 275,000 begriffen ist".

Die Einleitung enthält im weiteren detaillierte Ausführungen zur Berechnung des Werts der einzelnen eingezogenen Güter und Rechte. Das Verzeichnis enthält nicht die zur Zeit seiner Erstellung tatsächlich noch vorhandenen Vermögensbestandteile, sondern vielmehr die Zusammensetzung des Kirchenguts, wie es um 1804 bestand. Zur "Berechnungsart der verschiedenen Einkommens-Gegenstände der Pfarreyen" wird ausgeführt:

"Das Verzeichnis soll darstellen, worin das gesammte Kirchengut bestuhnd und wie hoch es sich belief, als dessen Verwaltung durch das Dekret von 1804 der

⁴⁹² Die Pfarreien des Jura sind nämlich "durch den Artikel 10 der Vereinigungs-Urkunde vom 23. November 1815, durch das Dekret vom 19. u. 21. December 1818 und 1. Februar 1819, endlich durch die förmliche Abtretung und Urbarisation, welche von der Erlassung dieses Dekretes bis zum 28. August 1826 dauerte, von den Gemeinden des Jura in die Hände der Regierung übergegangen. Auch diese Pfarrgüter besitzen daher eine besondere Dotation ..."

⁴⁹³ Kerzers und Aetingen.

⁴⁹⁴ Weiter wird zu ausserkantonalen Pfarreien ausgeführt: "Messen im Bucheggberg, dessen Kirchhöre in den Canton Bern sich erstreckt, ist Collatur des St. Ursus Stiftes von Solothurn; diese Pfarrey, so wie Lüsslingen im Bucheggberg, Collatur des Spithals von Bern, bezieht ebenfalls bloss das urbarmässige Einkommen. Die Regierung besass auch noch die reformirte Collatur Lignières und die katholische Collatur Landeron, beyde vom Kloster St. Johansen herrührend und im Canton Neuchâtel liegend. Diese beyden Collaturen wurden durch Vertrag vom Jahr 1822 der Regierung von Neuenburg abgetreten. Die Regierung besitzt endlich noch die katholischen Collaturen Marbach vom Kloster Trub herrührend, im Kanton Luzern, und Überstorf und Bösing, von der Stift herrührend, im Canton Freyburg. Die katholischen Pfarreyen im Jura sind besonders dotirt, und es erfolgten für sie nicht, wie für die reformirten, eine Abtretung des Vermögens von Seite der Gemeinden an die Regierung."

Regierung übertragen ward. Es soll zeigen, welche Capital-Ansprache die Kirche gegen den Staat, als Sicherheits Fond der Dotationssumme von L 275,000 zu machen hat. Es musste daher die Epoche von 1804 zur Basis angenommen werden. Alle seit jener Epoche zu den einzelnen Pfarrgütern hinzugekauften Grundstücke sind daher aus dem Verzeichnisse weggelassen worden. Dagegen hat man alle Zehnten, Bodenzinse und Primitzen, welche seit 1804 losgekauft worden sind, alle Capitalien, welche abgelöst wurden, und alle Grundstücke, welche verkauft worden sind, in das Verzeichniss aufgenommen."⁴⁹⁵

Anschliessend werden die Grundsätze für die Berechnung des Werts der "einzelnen Vermögens- und Einkommens-Gegenstände der Pfarreyen", nämlich für Gebäude, Beholzungen, Pfarrgüter, "ehemalige Beyschüsse der Regierung", "Gemeinds-Beyschüsse", Primitzen, Zehnten, Bodenzinse und Kapitalien, erläutert.

Obwohl das Verzeichnis nach dem Gesagten keineswegs sämtliche Vermögenswerte erfasst, welche der Kanton Bern im Verlauf des 19. Jahrhunderts an sich gebracht hat, vermag es immerhin einen Eindruck von der *Grössenordnung des Werts* zu vermitteln. Ersichtlich wird namentlich, dass die Zehnteinkünfte einen beträchtlichen Teil ausmachten. STETTLER stellt denn auch in den vierziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts fest, "dass die meisten gegenwärtigen Zehntrechte der Regierung von der Säkularisation der Klöster bei der Reformation und der späteren Übernahme des gesamten Kirchenguts ihren Grund haben"⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ Auf diese Stelle nimmt JOHANN RUDOLF WYSS, *Entfremdung*, S. 11, offenbar Bezug, wenn er zum Verzeichnis von 1831 ausführt, der Rat sei dabei vom Grundsatz ausgegangen, "an die Stelle der alten, urbarmässigen *Kapital-Dotation* aller Staats-Kollaturen, (aller Pfarreien mit Ausschluss der noch bestehenden Privat-Kollaturen) sey durch das Dekret von 1804 eine *Renten-Dotation* von Fr. 1600 für jede 1804 bestandene Pfarrei getreten. Dieser Dotation komme eine *vertragsgemässe Unantastbarkeit* zu. Das ganze 1804 der Regierung zur *Verwaltung* übergebene allgemeine Pfarrgut diene der Kirche zum *Sicherheits-Fond* für ihre bleibende *Renten-Ansprache*. Es müsse daher der Kirche ein Inventar dessen übergeben werden, was sie 1804 dem Staate anvertraut" habe.

⁴⁹⁶ FRIEDRICH STETTLER, *Staats- und Rechtsgeschichte*, S. 93.

IV. Rechtsverhältnisse nach 1804

1. Ausdehnung des neuen Besoldungssystems auf weitere Pfarrstellen

Wie erwähnt betraf die Neuregelung der Besoldungsverhältnisse durch das Dekret vom 7. Mai 1804 vorerst nicht sämtliche Pfarrstellen der evangelisch-reformierten Kirche des Kantons Bern. Mit der Zeit fand das System allerdings schliesslich auf alle solchen Anwendung. Ausgeweitet wurde der Geltungsbereich des Dekrets namentlich durch die Übernahme von Patronaten durch den Kanton Bern auf dem Weg des Rechtsgeschäfts und schliesslich mit dem Dekret vom 12. März 1839 einerseits und mit der Vereinigungsurkunde vom 23. November 1815 anderseits.

1.1 Übernahme von Patronaten durch den Kanton

Wie dargestellt änderte das Dekret von 1804 am Bestand der Patronatrechte grundsätzlich nichts. Für die Privaten oder Korporationen zustehenden Patronate erliess der Kleine Rat schon kurze Zeit später die "Verordnung in Betreff der Collatur-Pfarren vom 6. Jenner 1808"⁴⁹⁷, welche den Patronen in Ziff. 1-4 die Pflicht zur Einreichung bestehender bzw. zur Erstellung fehlender sowie zur Revision überholter Urbarien auferlegte. Die Verordnung enthielt im weiteren eine Garantie der "urbarmässigen Einkünfte" des Pfarrers und ein Zweckentfremdungsverbot des örtlichen Kirchenvermögens unter Vorbehalt der staatlichen Genehmigung sowie Vorschriften über die Baupflicht. Die betreffenden Bestimmungen haben den folgenden Wortlaut:

"Die urbarmässigen Einkünfte sollen den betreffenden Pfarrern ganz und ungeschmälert und ohne einigen Rückhalt zukommen. Von den zu einer Collatur-Pfarre gehörigen Liegenschaften, Rechtsamen, Gefällen oder Gerechtigkeiten kann nichts, weder verkauft, noch vertauscht, noch auf irgend eine Weise veräussert, mithin auch nicht losgekauft werden, als mit Vorwissen und Genehmigung der Regierung, oder des mit diesen Geschäften beauftragten Departments, als zu welchem Ende sich der Collator in jedem vorkommenden Fall an Unsern Finanz-Rath zu wenden hat ... Insoweit einem Collator die Erbauung und

⁴⁹⁷ Revidirte Sammlung der Gesetze und Dekrete des Grossen und Kleinen Rathes der Stadt und Republik Bern, vom 10ten Juny 1803 bis 21ten September 1815, Bern 1822, S. 405 ff.

Erhaltung des Kirchen-Chors und der Pfarrgebäude obliegt, wird er dieselben in baulichem Stande erhalten."⁴⁹⁸

Abgesehen von der grundsätzlichen Bestätigung der Patronatspflichten wird aus den Vorschriften der Verordnung das *Interesse des Kantons am Erwerb der Patronate* ersichtlich. Tatsächlich versuchte die Regierung weiterhin, die noch bestehenden durch Vertrag zu erwerben⁴⁹⁹. Dies galt namentlich mit Bezug auf Pfarrstellen, die sich noch unter dem Patronat Auswärtiger befanden. So benützte Bern etwa den Anlass der allgemeinen Grenzbestimmungen, um am 26. und 29. Juli 1808 das Patronatrecht und damit die Kollatur betreffend die Kirche von Langenthal vom Kloster St. Urban zu erwerben und damit, wie BLOESCH sich ausdrückt, "der unnatürlichen Einmischung einer fremden Körperschaft ein Ende zu machen"⁵⁰⁰. Zwischen 1804 und 1831 erwarb der Kanton, wie aus der Einleitung zum erwähnten Verzeichnis der eingezogenen Kirchengüter⁵⁰¹ hervorgeht, vier weitere Patronate. Unterschiedlich waren die Modalitäten der Übernahme. Im Fall des Patronats über Langenthal handelte es sich um einen Tauschvertrag⁵⁰². Die Stadt und Bäuertergemeinde Unterseen trat dem Staat das bis dahin "besessene ausgeübte und wohlhergebrachte Collatur-Recht auf die Pfarrstelle der Kirchgemeinde Unterseen, in seiner ganzen Ausdehnung, samt der dazugehörigen Pfarr-Dotation" unentgeltlich ab und verpflichtete sich zudem zur Ausrichtung von Besoldungszuschüssen und anderweitigen Leistungen, während der Kanton Bern im Gegenzug die Besoldung des Pfarrers und die "Unterhaltung der Pfarrgebäude und Güter" übernahm⁵⁰³.

Das Ende der privaten Patronate brachte schliesslich die Regeneration. Ohne sich – wie noch um 1804 – mit der Kirche ins Einvernehmen zu setzen⁵⁰⁴, erliess der Grosse Rat am 12. März 1839 das Dekret über die

⁴⁹⁸ Ziff. 5, 6 und 9.

⁴⁹⁹ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 176; BEAT WEBER, Autonomie, S. 44.

⁵⁰⁰ EMIL BLOESCH, Geschichte II, S. 200.

⁵⁰¹ Dazu vorn S. 131 ff.

⁵⁰² Tausch-Vertrag mit dem Abt des Gotteshauses St. Urban von 1808, 26. und 29 July, Akten Staatsarchiv, Fach Aarwangen, 1808, Juli 26. und 29. Das Kloster St. Urban erhielt im Gegenzug verschiedene Bodenzinse zu Roggwil und Langenthal.

⁵⁰³ Collatur-Abtretung, Akten Staatsarchiv, Fach Interlaken, 1826.

⁵⁰⁴ BEAT WEBER, Autonomie, S. 73.

Aufhebung der Kollaturrechte⁵⁰⁵, welches unter anderem festhielt:

- 1) Alle in den Händen einzelner Korporationen oder Partikularen befindlichen Kollaturrechte sind von nun an aufgehoben.
- 2) Es soll von dem Kollator dem Staate übergeben werden alles, der betreffenden Kollaturpfarre laut den darüber vorhandenen Pfarrurbarien oder sonstigen Titeln zuständige, bewegliche und unbewegliche Vermögen mit den dazu gehörigen Rechten und darauf haftenden Beschwerden. Unter diesem Vermögen sind auch alle diejenigen Nutzungen und Beiträge begriffen, die dem Pfarrer, kraft bestehender Uebung oder besonderer Verträge als Pfarreinkommen ausgerichtet werden, insofern dieselben nicht durch den Fortbestand der bisherigen Kollatoren bedingt sind. In Bezug auf die Verhältnisse der Kollaturpfarre Oberwyl bei Büren wird der Regierungsrath angewiesen, sich mit der Regierung von Solothurn zu verständigen.
- 3) Alle am 1. Jänner 1840 verfallenen Nutzungen einer Kollatur gehören dem bisherigen Nutzungsberechtigten; die an diesem Tage oder von diesem Tage an fallenden bezieht der Staat.
- 4) Der Staat erteilt keine Entschädigung für die Aufhebung der Kollaturrechte und für die Einziehung (Inkamation) des zu den Kollaturen gehörigen und durch die Verordnung vom 6. Jänner 1808 beschlagenen Vermögens. Über andere dieser letztern Verordnung nicht widerstreitende allfällige Ansprachen der Kollatoren auf ganze oder theilweise Mitbenutzung des Kollaturvermögens, so wie über Streitigkeiten in Betreff der Ausmittlung und Uebergabe desselben entscheidet das Civilgericht.
- 5) Vom 1. Jänner 1840 an übernimmt der Staat die Besoldung des Pfarrers nach den über die Besoldung der Geistlichkeit der Republik Bern vorhandenen oder noch zu erlassenden allgemeinen Gesetzen.
- 6) Die Einverleibung der bisherigen Kollaturpfarreien in das Progressivsystem geschieht nach Vorschrift der §§ 9 und 11 des Gesetzes vom 7. Mai 1804 ..."

Von den Vorschriften des Dekrets waren die letzten zehn noch bestehenden nichtstaatlichen Patronate betroffen, nämlich Biglen, Büren, Jegenstorf, Oberwil bei Büren, Stettlen, Vechigen, Heimiswil, Diessbach bei Thun, Spiez und Worb⁵⁰⁶. In der regierungsrätlichen Verordnung für die Vollziehung des Dekrets vom 26. April 1839 wurden die Einzelheiten der Durchführung festgelegt; Ziff. 5 bestimmt in weitgehender Übereinstimmung mit den Vorschriften des Dekrets von 1804:

⁵⁰⁵ Neue offizielle Gesetzessammlung des Kantons Bern, III. Band, Bern 1862, S. 391 ff.

⁵⁰⁶ Ziff. 1 der regierungsrätlichen Verordnung für die Vollziehung des Dekrets über die Aufhebung der Kollaturrechte vom 26. April 1839, wiedergegeben in: Neue offizielle Gesetzessammlung des Kantons Bern, III. Band, Bern 1862, S. 396 ff.

"Nach erfolgter Ausmittlung und Uebergabe einer Kollatur wird das Finanzdepartement sofort auf folgendem Fusse für die Verwaltung des Kollaturvermögens sorgen:

- a. Die Gebäude werden dem Pfarrer zur ferneren, ihrem Zwecke entsprechenden Benutzung überlassen.
- b. Das Erdreich, mit Ausnahme der Waldungen, und die zur Kollatur gehörenden Weid- und Allmentrechte werden dem Pfarrer gleich den übrigen Geistlichen des Kantons pachtweise zur Benutzung nach daherigen allgemeinen Vorschriften überlassen, und zwar die Gärten und eine halbe Jucharte Pflanzland unentgeltlich, das übrige gegen einen billigen Zins. Das Finanzdepartement wird daher über obige Gegenstände eine Schätzung ihres Kapitalwerthes und jährlichen reinen Ertrages aufnehmen lassen, und dem Pfarrer den Betrag des letztern als Pachtzins auf seiner Besoldung jährlich abrechnen.
- c. Dem Pfarrer verbleibt der fernere Bezug der Primizien, da, wo deren zu beziehen sind, nach einem billigen Anschlage, der ihm ebenfalls auf der Besoldung anzurechnen ist.
- d. Ebenso verbleibt dem Pfarrer der Bezug fixer oder urbanisirter Kollaturbeiträge unter Anrechnung auf der Besoldung.
- e. Die Waldungen und Holzrechte sind der Aufsicht und Verwaltung der Forstkommission zu überweisen. Aus diesen Waldungen und Holzrechten werden dem Pfarrer als Maximum jährlich zwölf Klafter Tannenholz angewiesen, und da, wo dieselben nicht hinreichen, aus der Staatswaldung ergänzt.
- f. Sämmtliche Lehengefälle und Zehnten sollen derjenigen Amtschaffnerei zum Bezug und zur Verwaltung übergeben werden, in deren Bezirk die Kollatur liegt; die Weingefälle der Pfarrei Spiez sollen ausnahmsweise von der Amtsschaffnerei Thun bezogen werden, es sei denn, dass sie dem Pfarrer gegen einen verhältnissmässigen Abzug an seiner Besoldung überlassen werden können ...
- g. Die übergebenen Pfrundkapitalien sind dem obrigkeitlichen Zinsrodel einzuverleiben."

Die Verordnung sieht in Ziff. 6 weiter die Einreihung der erwähnten Pfarreien in das Progressivsystem vor; entsprechend wird die Zahl der Klassenstellen der Progression vermehrt. Die Dotationssumme für die Besoldung der reformierten Pfarrer wird nach Ziff. 7 wiederum um 6'000 Franken erhöht.

Als unmittelbare Konsequenz des Dekrets erwarb der Kanton Bern das Eigentum am betroffenen Pfrundvermögen. So wurde der Staat etwa mit Zufertigung vom 6. Februar 1841 gestützt auf das Dekret und die Verord-

nung als Eigentümer des Pfarrhauses in Stettlen im Grundbuch eingetragen⁵⁰⁷.

1.2 Die Vereinigungsurkunde von 1815

Am 23. November 1815 schloss der Kanton Bern mit dem ehemaligen Bistum Basel die sogenannte Vereinigungsurkunde ab. Hauptgegenstand der Urkunde sind die Verhältnisse betreffend die römisch-katholische Konfession⁵⁰⁸, doch enthält die Vereinbarung auch ausdrückliche Bestimmungen über reformierte Pfarrer. Art 10 Abs. 1 lautet:

"In den Bezirken des Bisthums Basel, die sich zur reformirten Religion bekennen, wird die Geistlichkeit unter den gleichen Gesetzen, wie diejenige des Kantons Bern stehen. Die Pfarrer werden nach einem Progressiv-System, welches dem für die Pfarrer des Kantons Bern eingeführten ähnlich ist, besoldet werden, das sowohl für den Betrag der Besoldung als in Rücksicht des Rangs und der Beförderung zur Richtschnur dienen wird. Diese Verbesserung der Pfarrbesoldungen soll drey Monate nach der Übergabe des Bisthums an den Kanton Bern ihren Anfang nehmen. Von diesem nemlichen Zeitpunkt an werden die Supplementar-Besoldungen, welche die Pfarrer von ihren Gemeinden als Gegenwerth der zum Vortheil der letztern veräusserten Kirchengüter beziehen, für Rechnung des Kirchenfonds in die Staats-Casse fliessen, es sey denn, dass die genannten Gemeinden dem Staat die gedachten veräusserten Kirchengüter restituiren."⁵⁰⁹

In Abs. 2 wird weiter bestimmt, dass die reformierten Pfarrer des Bistums unter dem Präsidium des Dekans eine besondere Klasse bilden, und Art. 11 erklärt die bernischen Vorschriften über die staatliche Ernennung der Pfarrer auf Vorschlag des Kirchenrats für anwendbar. Von diesen Vorschriften waren inklusive Biel und Pieterlen offenbar insgesamt 20 protestantische Pfarrstellen betroffen⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ Grundbuch Stettlen Bd. 5, fol. 25. Patron der Pfarrei Stettlen war bis zur Aufhebung durch das Dekret das Burgerspital in Bern gewesen.

⁵⁰⁸ Zur Vereinigungsurkunde aus katholischer Sicht z.B. ULRICH LAMPERT, Kultusbudgets, S. 53 ff.

⁵⁰⁹ Zit. nach ROBERT MORGENTHALER, Kirchengut, S. 7.

⁵¹⁰ ROBERT MORGENTHALER, Kirchengut, S. 7.

1.3 Staatliche Errichtung von Pfarrstellen

Eine weitere Ausdehnung erfuhr der Geltungsbereich der Besoldungsordnung gemäss dem Dekret von 1804 und den nachfolgenden Erlassen durch die *Schaffung weiterer Pfarrstellen durch den Staat* selbst. Wie aus der Einleitung zum erwähnten Verzeichnis des Kirchenguts von 1831 hervorgeht, hatte der Staat bereits um diese Zeit selbst verschiedene Pfarrstellen errichtet⁵¹¹. Das Gesetz vom 18. Januar 1874 über die Organisation des Kirchenwesens im Kanton Bern sah in § 6 Abs. 2 lit. b) vor, dass der Grosse Rat durch besondere Dekrete einzelne Pfarrstellen oder Helfereien aufheben oder neu errichten kann. Das heute geltende Kirchengesetz bestimmt in Art. 19 Abs. 1, dass in der Regel für jede Kirchengemeinde eine ordentliche Pfarrstelle besteht. Für Kirchengemeinden mit grosser Bevölkerungszahl oder grosser räumlicher Ausdehnung kann der Grosse Rat nach Abs. 2 die Errichtung weiterer Stellen beschliessen. Der Regierungsrat kann zudem nach Abs. 3 einer Kirchengemeinde die Errichtung einer Hilfsgeistlichenstelle bewilligen. Aufgrund dieser Vorschriften ist die Zahl der staatlich besoldeten Pfarrstellen bis heute wie eingangs erwähnt auf insgesamt 408 (385 ordentliche Pfarrstellen, 9 Regionalpfarrämter und 14 Hilfsgeistlichenstellen) angewachsen.

2. Anpassungen der Dotationssumme und der Besoldungen

Die Tatsache, dass sich die zu besoldenden Stellen aufgrund der dargestellten Entwicklung verminderten oder vermehrten, führte zu einer *beständigen Anpassung der mit dem Dekret vom 7. Mai 1804 eingeführten Ordnung*⁵¹². Gegenstand des Dekrets von 1804 waren wie erwähnt die damals 152 bestehenden Staatskollaturen und die Helfereien im Kantonsgebiet. Spätere Verordnungen, so diejenigen vom 16. April 1806 und vom 11. Juni 1806, reduzierten zunächst die Dotationssumme wegen der Rückgabe der sechs Spitalpatronate und der Aufhebung der Professorenbesoldungen aufgrund der Errichtung der Akademie auf 256'400 Franken. In der Folge wurde sie

⁵¹¹ In der Einleitung wird nach dem Zitat des Dekrets von 1804 ausgeführt, dass das Verzeichnis unter anderem die Güter der "seit dem Dekret von 1804 durch den Staat selbst errichteten Pfarrstellen" nicht anführe.

⁵¹² JOHANN PETER ROMANG, Beiträge zur Beleuchtung, S. 36; BEAT WEBER, Autonomie, S. 50.

wiederum erhöht, so aufgrund der neu hinzugekommenen Stellen mit dem revidierten Dekret vom 18. Dezember 1824 auf 303'000 Franken. Auch später, beispielsweise mit dem Dekret vom 12. März 1839, wurden entsprechende Anpassungen wiederholt vorgenommen. Heute gilt das Dekret vom 18. September 1972 über die Besoldungen der Geistlichen der bernischen Landeskirchen⁵¹³.

3. "Staatliches" Kirchengut nach 1804

3.1 Die Kontroverse um das Eigentum

Verschiedene Ereignisse der Regenerationszeit, darunter namentlich der Erlass des Dekrets und der Verordnung von 1839, lösten heftige Kontroversen um das Kirchengut im alten Kantonsteil aus. Gegenstand der Kritik war namentlich der Umstand, dass der Kanton mit der Aufhebung der Patronate gleichzeitig auch das Eigentum am Kirchengut, welches wie vorn dargestellt besonderen Pfrundstiftungen zugestanden hatte, an sich brachte. Namentlich RUDOLF WYSS macht in diesem Zusammenhang geltend, es sei zu Unrecht nicht zwischen dem Inhalt des Patronatrechts und dem Eigentum unterschieden worden⁵¹⁴. Vor diesem Hintergrund entfachte sich eine Diskussion, welche die zeitgenössische Literatur belebte und gelegentlich auch Anlass zu Debatten im Grossen Rat gab⁵¹⁵. Im Streit lag namentlich die *Grundsatzfrage, wem das Eigentum am Kirchengut zustehe*, welches der Staat um 1804 nach dem Wortlaut des Dekrets "in Verwaltung" genommen hatte.

⁵¹³ BSG 414.51.

⁵¹⁴ "Das Dekret vom 12. Merz 1839 vermochte nicht einmal die Güter und Rechte derjenigen Pfarreien zu Staatsgut umzuwandeln, deren Patronats- oder Collaturrecht die vorige Regierung, wie sie sich ausdrückte, *incamerirt* hat. Denn die Regierung, mochte sie nun den rechtmässigen Weg der Expropriation mit Entschädigung, oder den willkürlichen der Incameration ohne Entschädigung einschlagen: sie konnte immerhin nur nehmen, was die Collatoren besassen, *nur ihr Collaturrecht*, nicht was ihnen *nicht* gehörte, das Eigenthum der Güter und Rechte der Collaturpfarreien selbst" (RUDOLF WYSS, Rechte, S. 63).

⁵¹⁵ BEAT WEBER, Autonomie, S. 73 f.

Kantonale Behörden gingen überwiegend davon aus, dass *das Dekret dem Staat unmittelbar das Eigentum am Kirchengut verschafft* habe. Im Vortrag des Finanzdepartements, welcher der Grossratsdebatte vom 18. Dezember 1835 über die Dekanatswohnung in Bern⁵¹⁶ zugrunde lag, wurde ein Eigentumsrecht des Staats allerdings bereits seit der Reformation behauptet, weil das Gut der aufgehobenen katholischen Kirche als *bona vacantia* an den Staat gelangt sei und damit auch "das Dekret vom 7. Mai 1804 über die Besoldung der Geistlichkeit ... an dem so eben nachgewiesenen Eigentumsverhältnisse des Staates über das Kirchengut durchaus nichts" geändert habe⁵¹⁷. In der grossrätlichen Diskussion selbst betonte Grossrat und Lehenskommissär Stettler unter Berufung auf § 6 des Dekrets das *prinzipiell freie Verfügungsrecht des Kantons* über das übernommene Kirchengut. Er führte in Zusammenhang mit dem Dekret von 1804 aus:

"Von jenem Augenblicke an wurde die Regierung Eigentümerin des Kirchengutes, jedoch unter der Bedingung, dass sie der Geistlichkeit daraus die ihr zugehörige Besoldung anweise. Auf diese Besoldung hat nunmehr die Geistlichkeit ein wohlverworbenes Recht, das sie fordern darf, und es würde der Regierung nicht anstehen, diese der Geistlichkeit schuldige Besoldung zu verkleinern."⁵¹⁸

STETTLER bekräftigte auch andernorts seine Auffassung, dass durch das Dekret vom 7. Mai 1804 und das kleinrätliche Vollziehungsdekret vom 12. September 1804 insofern eine wichtige Änderung eingetreten sei, als "dass das gesammte Vermögen, aus welchem die Einkünfte der Geistlichkeit flossen, in das Eigentum des Staats überging, die Geistlichkeit aber gegen den Staat das vertragsmässige Forderungsrecht auf Ausrichtung der ihr zugesicherten Dotationssumme und auf das Wohnungsrecht in den Pfarrhäusern erhielt"⁵¹⁹. Unter Stettlers Vorsitz und Einfluss gelangte auch eine am 2. September 1836 durch den Regierungsrat eingesetzte "Special-Kommission für Reform des Finanz-, Armen und Gemeindetellwesens" zum Schluss, dass "bekanntlich ... die Kirchenzehnten erst im Jahr 1804, infolge von Unterhandlungen mit der Geistlichkeit, in den eigenthümlichen Besitz der Regierung" gekommen seien⁵²⁰.

⁵¹⁶ Vgl. hinten S. 180 f.

⁵¹⁷ Verhandlungen des Grossen Rathes der Republik Bern 1835, Nro. 74, S. 3.

⁵¹⁸ Verhandlungen des Grossen Rathes der Republik Bern 1835, Nro. 74, S. 5.

⁵¹⁹ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 180.

⁵²⁰ Vortrag für Reform des Finanz-, Armen- und Gemeindetellwesens, S. 40.

Vor allem die Geistlichkeit suchte demgegenüber den Nachweis zu erbringen, dass dem Staat das Eigentum am Kirchengut nicht zustehe⁵²¹. Beachtung gefunden hat namentlich die im Jahr 1843 publizierte Schrift "Die Entfremdung der Kirchengüter zum Staatsgewinn, in ihrem Gang und ihren Folgen dargestellt" von JOHANN RUDOLF WYSS, alt Pfarrer in Wichtach⁵²². WYSS begründet darin unter Bezugnahme auf den Wortlaut des § 6 des Dekrets von 1804 und die nicht eingehaltenen Formvorschriften für einen Handänderungsvertrag betreffend Liegenschaften ausführlich, weshalb die Kirche auch nach 1804 Eigentümerin des Kirchenguts geblieben und die Regierung deshalb "nur als *Verwalterin* des *Kirchen-Eigentums*" zu qualifizieren sei⁵²³. Entsprechend hart fällt WYSS' Kritik an den erwähnten Äusserungen Stettlers aus⁵²⁴.

Gelegentlich machten auch Vertreter staatlicher Behörden ein Eigentumsrecht *der Kirche* geltend, so etwa anlässlich der Beratung des Vorentwurfs für die Regenerationsverfassung⁵²⁵ durch die Kommission. An der Sit-

⁵²¹ BEAT WEBER, Autonomie, S. 74.

⁵²² Vgl. etwa die ausführliche Bezugnahme bei ROBERT MORGENTHALER, Kirchengut, S. 16 ff.

⁵²³ JOHANN RUDOLF WYSS, Entfremdung, S. 13 ff.

⁵²⁴ Vgl. z.B. JOHANN RUDOLF WYSS, Entfremdung, S. 13: "Herr Stettler, der sich im Kirchenrechte besser umgesehen, bewies aber die Nichtigkeit der dazu vorgebrachten Rechtsgründe, und stellte dafür einen von seiner Erfindung auf: 'Just durch das Dekret von 1804 wurde die Stellung des Kirchenguts verändert. Durch dasselbe hörte das Kirchengut auf, und wurde Staatsgut, und von da an hat der Staat das Recht, als *Eigentümer* des Ganzen auch über die einzelnen Stücke des sogenannten Kirchenguts zu *ändern Staatszwecken zu verfügen* u.s.f.u.s.f.' Hat Herr Stettler auch im Kirchenrechte gefunden, dass eine Regierung, welche mit der Kirche einen förmlichen und gültigen Verwaltungsvertrag geschlossen, nunmehr das Recht habe, das ihr anvertraute Verwaltungsgut der Kirche wegzunehmen; sich eigenthümlich zuzusprechen; über jedes einzelne Stück dessen Nutzung der Geistlichkeit vertragsmässig *zugehört*, zu ändern Staatszwecken zu verfügen; die ihr vorbehaltenen Renten dadurch zu verkleinern, und also deren Einkünfte zu schmälern und zu dem Allem willkürliche Auslegungen des Vertrages zu machen?"

⁵²⁵ Der Verfassungsentwurf, welcher der Verfassungskommission vorlag, enthielt einen § 4 mit folgendem Wortlaut: "Die Glaubensfreiheit ist unverletzlich. Den Evangelisch-Reformirten und den Römisch-Katholischen Gemeinden sind ihre Religionsverhältnisse gewährleistet. Die Einrichtung der Capitelsversammlungen und einer Generalsynode soll der reformirten Geistlichkeit des Recht zu Anträgen und zu der freien Vorberathung in Kirchensachen gewährleisten. Die Zusammensetzung der Ge-

zung vom 22. März 1831 wurde – allerdings nicht unwidersprochen – "verlangt, dass die geistlichen Güter garantirt werden, sie seyen Eigenthum der Kirche nicht des Staats, das Eigenthumsrecht derselben beruhe auf Titeln und sey durch verschiedene Erkenntnisse der Regierung anerkannt worden, diese Güter dürfen auf keine Weise ihrer Bestimmung entzogen werden"⁵²⁶. Auch der ehemalige Lehenskommissär RUDOLF WYSS (nicht mit Pfarrer Johann Rudolf Wyss zu verwechseln!) erachtet die Ansicht, "das Capital des Kirchengutes sei umgewandelt worden in eine bloss *Rentendotation der Kirche*, in eine Ansprache der Kirche auf ein gewisses jährliches *Einkommen*, welches an die Stelle des ehemaligen Kirchenvermögens getreten sei", als "juristisch nicht haltbar. Denn es bleibt nun einmal sicher und fest, dass die Kirche ihr Kirchengut nie dem Staat abgetreten, dass sie nur die Verwaltung und den Bezug dem Staate überlassen hat". Mit andern Autoren⁵²⁷ kommt WYSS deshalb zum Schluss, dass das Kirchengut "immer noch vorhanden" ist und "die Kirchengeneration ... immer noch ihr eigenes Vermögen, ihr Gesammtpfarrkirchengut" besitze⁵²⁸.

Weil das Kirchengut nach der Reformation und namentlich zu Beginn des 19. Jahrhunderts wie erwähnt im Eigentum der Pfrund als verselbständigter Stiftung stand, trifft jedenfalls nicht zu, dass das Eigentum am Pfrundvermögen der Kirche zustand. Zu beachten ist allerdings, dass der Begriff des Eigentums in der geschilderten Kontroverse offensichtlich nicht immer im (heutigen) streng juristischen Sinn verwendet wird. Das wird etwa deutlich, wenn ROMANG ausführt, "der Vertrag vom 7. Mai 1804" habe "durchaus nicht ein *Veräusserung* des Kirchenguts, sondern bloss eine *Veränderung* desselben aus einem Capital in eine fixe Rente" bewirkt, und "das Recht der Kirche an die festgesetzte Rente" sei deshalb "eben so sehr ein *Eigenthumsrecht*, als dasjenige an ein bestimmtes Capitalvermögen. *Der Besitz dieses Rechts konstituiert eben so wohl, als die früher besessenen Rechte, ein*

neralsynode soll auf dem Grundsatz der freien Stellvertretung beruhen." Zur Entstehung der Regenerationsverfassung JAKOB TOMASCHPOLSKY, Geschichte der bernischen Staatsverfassung, S. 19 ff.

⁵²⁶ Tagblatt der Verhandlungen des Verfassungsrathes des Cantons Bern 1831, S. 25 f.

⁵²⁷ Vgl. JOHANN PETER ROMANG, Beiträge zur Beleuchtung, S. 21. ROMANG verweist zur Begründung S. 22 u.a. auf ein "letztthin bekanntgewordenes Aktenstück" (Vermögensetat der Republik), wo unter der Überschrift "Pfrundgüter" eine besondere, von den eigentlichen Staatsdomänen abgesonderte Vermögensmasse ausgewiesen wird.

⁵²⁸ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 64.

eigentliches Kirchengut"⁵²⁹. Unter Kirchengut versteht ROMANG damit – im Einklang mit der hier früher gebotenen Definition⁵³⁰ – neben Sachwerten auch vermögenswerte Forderungen⁵³¹.

Die Frage, ob das Dekret vom 7. Mai 1804 dem Staat tatsächlich das Eigentum am Kirchengut einräumen, d.h. die Pfrundstiftungen als juristische Personen aufheben wollte, ist wie erwähnt nicht einfach zu beantworten. Der Wortlaut des Dekrets kann wohl in beiden Richtungen gedeutet werden. Wenig überzeugend ist JOHANN RUDOLF WYSS' Argument, gerade die Vorschrift in § 6 des Dekrets, wonach es der Regierung vorbehalten bleibt, "die zweckmässigen Abänderungen in Betreff der Pfarrgüter, deren Verkauf oder Abtausch treffen zu können", verbiete die Annahme, das Dekret wolle das Eigentum dem Staat zuweisen, weil ein Eigentümer dazu selbstverständlich ohne besondere Ermächtigung befugt sei⁵³². In Anbetracht der Tatsache, dass das Kirchengut um 1804 nach wohl allgemein anerkannter Auffassung zweckgebundenes Vermögen war, macht der Vorbehalt durchaus einen Sinn. Eine entsprechende Vorschrift kennt im übrigen wie erwähnt auch das geltende Kirchengesetz in Art. 56 Abs. 1, welcher sich m.E. nicht nur auf

⁵²⁹ JOHANN PETER ROMANG, Beiträge zur Beleuchtung, S. 34 f. Dass mit dem Dekret von 1804 die Kapitalwerte als solche "grösstentheils an den Staat übergegangen" sind, stellt ROMANG, S. 38, selbstverständlich fest; der Kirche stehe dafür "die rechtliche Ansprache gegen den Staat an eine jährliche Besoldungsrente ... , ferner an die vom Staat zu erhaltenen übernommenen Pfarrgebäude, wie an die dazu gehörigen Gärten und Pflanzstellen nebst Beholzung" zu.

⁵³⁰ Vorn S. 56 ff.

⁵³¹ Vgl. JOHANN PETER ROMANG, Beiträge zur Beleuchtung, S. 34: "Aber deswegen, dass das geistliche Capitalvermögen auf diese Weise dem Staat übergeben worden ist, *hat keineswegs das Kirchengut zu existiren aufgehört ...*"

⁵³² JOHANN RUDOLF WYSS, Entfremdung, S. 14, meint zu Lehenskommissär Stettlers Annahme eines staatlichen Eigentums aufgrund des Dekrets: "Man lese aber auch das Dekret, und man wird *überhaupt* und in jeder einzelnen Zeile *sehen*, dass es diesem Vorgeben von Anfang bis Ende widerspricht. Nichts destoweniger fährt er nochmals fort: 'Dieses geht aus § 6 hervor, wonach der Regierung vorbehalten bleibt, die *zweckmässigen Abänderungen* in Betreff der Pfarrgüter durch Abtausch, Verkauf u.s.f. treffen zu können. Wenn ich solche Abänderungen treffen kann mit einem Gegenstande, so zeigt dieses, dass ich Eigenthümer dieses Gegenstandes bin, denn nur der Eigenthümer darf einen solchen Gegenstand vertauschen oder verkaufen'. Aber eben dieser Vorbehalt ist ein klarer *Beweis gegen* Herrn Stettler. *Nur ein Verwalter* macht einen solchen Vorbehalt, wenn er solch ein Recht haben will, und der muss ihn machen; *nur* ein Verwalter, *nie* ein Eigenthümer."

das Gut der Kirchgemeinden, sondern auch auf das im Eigentum des Staats befindliche Kirchengut bezieht⁵³³. Demgegenüber ist nicht ohne weiteres einsichtig, weshalb der Staat über fremdes Eigentum in der in § 6 des Dekrets erwähnten Art sollte verfügen können, wenn er nicht Eigentümer wäre. Für die Richtigkeit der in der Literatur wiederholt aufgestellten Behauptung, die Regierung habe in Zusammenhang mit dem Dekret von 1804 ausdrücklich "die feierliche Erklärung" abgegeben, "dass der Staat sich nicht als Eigentümer, sondern als Verwalter des Kirchenvermögens betrachte"⁵³⁴, sind ausser dem zitierten Wortlaut des Dekrets vom 7. Mai 1804 keine Anhaltspunkte ersichtlich⁵³⁵.

Diese Überlegungen sprechen insgesamt eher für die *Annahme, dass das Dekret dem Staat tatsächlich das Eigentum zuweisen wollte*. Der Einwand der mangelnden Formvorschriften für eine Handänderung dürfte kaum stehen, weil das Eigentum wohl auch um 1804 ohne Beachtung dieser Vorschriften unmittelbar durch Gesetz übertragen werden konnte⁵³⁶. *Jedenfalls wurde der Kanton Bern in der Folge, wie aus den erwähnten Grundbucheintragungen ersichtlich ist, tatsächlich Eigentümer des Kirchenguts*. Nicht zuletzt diesen Umstand wollte der historische Gesetzgeber mit § 50

⁵³³ Vgl. vorn S. 63 f.

⁵³⁴ EMIL BLOESCH, Geschichte II, S. 203 f., in Zusammenhang mit dem Dekret vom 7. Mai 1804: "Dabei gab die Regierung die feierliche Erklärung ab, dass der Staat sich nicht als Eigentümer, sondern als Verwalter des Kirchenvermögens betrachte, die Geistlichen somit nicht von ihm als Staatsdiener, sondern nur durch ihn als Kirchendiener aus dem der bernischen Kirche ganz eigenthümlich zustehenden Gute besoldet werden." Ähnlich wie BLOESCH auch KURT GUGGISBERG, Kirchengeschichte, S. 570: "Die Regierung gab die feierliche, für spätere Zeiten nicht unwichtige Erklärung ab, der Staat betrachte sich nicht als Eigentümer, sondern bloss als Verwalter des Kirchenvermögens."

⁵³⁵ BLOESCH verweist in einer Anmerkung auf die "Verordnungen zur bessern und gleichmässigen Besoldung der bediensteten Geistlichkeit in der Schweiz. Beschluss von Bern", abgedruckt in JOHANN SCHULTHESS, Beyträge I/3, S. 214-223. An der genannten Stelle sind das Dekret vom 7. Mai sowie das kleinrätliche Dekret vom 12. September 1804, die Verordnung des Kleinen Rats vom 26. März 1806 und die "Verordnung in Betreff der Collatur-Pfarrten" vom 6. Januar 1808 wiedergegeben; die drei zuletzt genannten Erlasse sprechen die Frage nach Eigentum oder blosser Verwaltung nicht an.

⁵³⁶ Beispielsweise erfolgte die Zufertigung des Eigentums am Pfrundvermögen in Stettlen an den Kanton am 6. Februar 1841 unmittelbar gestützt auf das Dekret vom 12. März 1839; vgl. Grundbuch Stettlen, Bd. 5, fol. 25.

Abs. 3 des Gesetzes vom 18. Januar 1874 über die Organisation des Kirchenwesens im Kanton Bern ausdrücklich bekräftigen⁵³⁷.

3.2 Veränderungen in der Substanz

Von der erwähnten Befugnis, "die zweckmässigen Abänderungen in Betreff der Pfarrgüter, deren Verkauf oder Abtausch treffen zu können", machte die Regierung ausgiebigen Gebrauch. BLOESCH berichtet, dass der Kanton Bern um die Mitte des vergangenen Jahrhunderts gegen den Protest der Dekane begann, Kirchengüter zu *verkaufen* und den Erlös der Staatskasse zuzuweisen, was "das Gefühl vollständiger Rechtlosigkeit" verstärkte und "teils trübe Resignation, teils desparate Entschlüsse" zur Folge hatte⁵³⁸. Die Situation gegen Ende des 19. Jahrhunderts schildert GUGGISBERG folgendermassen:

"Die Tendenz des Staates, die Pfrunddomänen zu veräussern, ging weiter. Im Jahre 1880 schrieb die Regierung die Domänen von einundzwanzig Pfarreien aus, die zusammen ungefähr hundertsechzig Jucharten Land ausmachten. Die kirchlichen Kreise wehrten sich energisch gegen diese Verschleuderung von Land, die heute auch vom Staat als Irrweg betrachtet wird."⁵³⁹

Welches *Ausmass* die Veränderungen am Kirchengut im einzelnen angenommen haben, ist nicht bekannt und dürfte nur mit erheblichem Aufwand eingermassen zu rekonstruieren sein⁵⁴⁰.

Vor allem während der Regenerationszeit wurde auf kirchlicher Seite die Klage laut, der Staat entfremde nicht nur die Kirchengüter, sondern beraube die Kirche auch der entsprechenden *Beweisstücke*. In Zusammenhang mit der staatlichen Beanspruchung des Stiftsgebäudes berichtet WYSS, dass das Konventsarchiv, welches sich bisher "auf der Stift, in einem möglichst feuerfesten, für dieses Archiv eigens gebauten Lokal" befand, "ohne Quit-

⁵³⁷ Aufgrund des Gesetzes von 1874 "sollten mit den vom Staat anerkannten und übernommenen Leistungen alle Ansprüche an das sogenannte Kirchengut dahinfallen. Der Streit um das Kirchengut findet nun auch formell sein Ende" (BEAT WEBER, Autonomie, S. 103).

⁵³⁸ EMIL BLOESCH, Geschichte II, S. 325 f.

⁵³⁹ KURT GUGGISBERG, Kirchengeschichte, S. 700.

⁵⁴⁰ Hinweise gibt z.B. JOHANN RUDOLF WYSS, Entfremdung, S. 24 ff.

tung" weggeführt wurde⁵⁴¹. Neben dem erwähnten Verzeichnis der 1804 übernommenen Kirchengüter befand sich unter den Akten auch ein (heute offenbar nicht mehr auffindbares⁵⁴²) Urbar über die in der Stadt Bern gelegenen Kirchengüter:

"Neben Anderm lagen da zwei Urbare der Kirche. A. Einer (er heisst, glaube ich, Herrengass-Urbar) ist der Urbar der Pfarreien und Helfereien der Stadt Bern, nicht der Konventsglieder, als solcher, sondern der Stadtprediger als Prediger. Er enthielt auch das Recht des Dekans oder des ersten Pfarrers auf die Stift-Wohnung sehr bestimmt."⁵⁴³

Wesentliche Veränderungen in der Zusammensetzung des Kirchenguts bewirkte die allmähliche *Ablösung der Zehnten und Bodenzinse*. LEUENBERGER berichtet, dass – nachdem bereits um 1798 viele Feudallasten ohne Entschädigung abgeschafft oder "nach einem sehr billigen Maassstabe" durch gesetzlichen Zwangsloskauf aufgehoben worden waren und später unter der Mediationsverfassung der Grundsatz des freien Loskaufs zu etwas besseren Ansätzen gegolten hatte – ein Gesetz vom 20. Dezember 1845 und kurz darauf auch die Staatsverfassung von 1846 wieder obligatorisch zum Loskauf der Leistungen "nach einem sehr moderaten Maassstab" verpflichteten⁵⁴⁴. Das erklärt die schroffe Haltung des regierungsrätlichen Berichterstatters in der Diskussion des Entwurfs für ein Kirchengesetz in der Grossratssitzung vom 30. Mai 1873, welcher die gesetzliche Vorschrift über den Wegfall der Ansprüche an das sogenannte Kirchengut⁵⁴⁵ mit folgenden Worten verteidigte:

"Wie ist es aber mit dem Gegenwerthe, mit den urbarisirten Einkünften zugegangen, welche bekanntlich in den Feudallasten, den Zehnten und Bodenzinsen bestanden haben? Herr Brunner als gewesenes Mitglied des Regierungsrathes weiss dies genau, und die Frage, ob der Staat bei der Liquidation der Feudallasten einen genügenden Gegenwerth erhalten habe, ist bald beantwortet. Was bleibt bei einem solchen historischen Gang der Dinge noch für ein Kirchengut übrig? Ist es nicht ein rein in Dunst und Nebel gehülltes Gebilde?"⁵⁴⁶

⁵⁴¹ JOHANN RUDOLF WYSS, *Entfremdung*, S. 10 ff.

⁵⁴² ROBERT MORGENTHALER, *Kirchengut*, S. 23.

⁵⁴³ S. 11.

⁵⁴⁴ J. LEUENBERGER, *Studien*, S. 312.

⁵⁴⁵ § 50 Abs. 3 des Gesetzes vom 18. Januar 1874 über die Organisation des Kirchenwesens im Kanton Bern: "Mit den Leistungen, welche der Staat infolge dieses Gesetzes anerkennt, fallen alle Ansprüche an das sogenannte Kirchengut dahin."

⁵⁴⁶ Tagblatt des Grossen Rathes des Kantons Bern 1873, S. 288.

3.3 Bestrebungen zur Übertragung des Eigentums an Kirchengemeinden

Zu verschiedenen Zeiten hat der Kanton Bern Anstrengungen unternommen, um Liegenschaften des Kirchenguts an die Kirchengemeinden abzutreten und diesen gleichzeitig Unterhaltungspflichten zu überbinden. Der Versuch des Regierungsrats, dem Kirchengesetz von 1874 eine entsprechende Bestimmung beizugeben, schlug fehl. Übereignungen, namentlich von Pfarrhäusern und Kirchengebäuden, erfolgten demgegenüber später auf vertraglichem Weg. In jüngster Zeit wurde das Thema im Rahmen der versuchten grundsätzlichen Neuordnung der Staatsleistungen wiederum aufgegriffen.

3.3.1 Der Entwurf für das Kirchengesetz von 1874

Während der Vorarbeiten zum Gesetz vom 18. Januar 1874 über die Organisation des Kirchenwesens im Kanton Bern beantragte der Regierungsrat, "mit der Liquidation der Pfrunddomänen einmal Ernst zu machen"⁵⁴⁷ und das Kirchengut im wesentlichen an die Kirchengemeinden abzutreten. Im Gegenzug sollten die Kirchengemeinden verpflichtet werden, die Besoldungen der Geistlichen (teilweise) zu übernehmen⁵⁴⁸. Die §§ 49 und 50 des regierungsrätlichen Entwurfs⁵⁴⁹ sahen deshalb das folgende vor:

"Es ist die Abtretung der Kirchengebäude, Pfarrhäuser und Zubehörenden an die evangelisch-reformirten Kirchengemeinden nach Massgabe folgender Grundsätze durchzuführen:

⁵⁴⁷ Tagblatt des Grossen Rathes des Kantons Bern 1873, S. 285.

⁵⁴⁸ Regierungsrat Teuscher führte am 27. Mai 1873 vor dem Grossen Rat dazu aus: "Der Entwurf bessert die Besoldungen der Geistlichen auf, und zwar im Sinne möglicher Gleichstellung der protestantischen und katholischen Geistlichen und billiger Progression mit dem Dienstalder. Das Gesetz ordnet auch die Leibgedinge besser und möchte die Gemeinde auch ihrerseits gewöhnen, in kirchlichen Sachen einige finanzielle Leistungen zu bringen. Aus diesem Gesichtspunkte ist die Abtretung der Pfarrhäuser und die Uebertragung der daherigen Unterhaltungspflicht an die Kirchengemeinden vorgesehen und wird denselben die Leistung einer Baarbesoldung von wenigstens Fr. 200 zugemuthet. Wenn Sie nach den Erfahrungen vom 4. Mai glauben, es würden diese Bestimmungen passender aus dem Gesetze entfernt werden, so mag Ihnen dies anheimgestellt bleiben ..." (Tagblatt des Grossen Rathes des Kantons Bern 1873, S. 225).

⁵⁴⁹ Tagblatt des Grossen Rathes des Kantons Bern 1873, S. 284.

- 1) Sie umfasst ausser der Kirche die Pfarrwohnung nebst Dependenzen, den Pfarrgarten und eine halbe Jucharte Pflanzland;
- 2) sie geschieht unentgeltlich unter den Bedingungen:
 - a) dass das Abgetretene zur unentgeltlichen Nutzung durch den Geistlichen diene und seiner Bestimmung nicht entfremdet werden soll;
 - b) dass die Kirchgemeinde die Unterhaltungspflicht sowohl der Pfarrwohnungen als auch der Kirchengebäude (inbegriffen der Kirchenchöre) ausschliesslich übernimmt.

Jede unter das gegenwärtige Gesetz fallende Kirchgemeinde ist für jede Geistlichenstelle zu folgenden Minimalleistungen verpflichtet:

- 1) Zur Einräumung einer anständigen freien Wohnung, auf dem Lande mit Garten und einer halben Jucharte Pflanzland, oder am Platze dieses letztern, einer Entschädigung von Fr. 50;
- 2) zur Ausrichtung eines Beitrags an die Baarbesoldung des Geistlichen, der alljährlich wenigstens Fr. 200 betragen und nach Massgabe der Bevölkerungszahl der Kirchgemeinden angemessen erhöht werden soll.
Für die ärmeren Gemeinden wird ein Staatsbeitrag von Fr. 4000 an ihren Theil der Pfarrbesoldung zugesichert."

Grundsätzlich sollten "die Leistungen des Staates an die Baarbesoldung der Geistlichen der anerkannten Kirchgemeinden und öffentlichen Anstalten" demgegenüber wie bis anhin durch grossrätliches Dekret geregelt werden und sich "nach dem System der Progression im Dienstalder" richten⁵⁵⁰. Allerdings war den Bemühungen des Regierungsrats kein Erfolg beschieden. Sein Vorschlag, den Kirchgemeinden die Kirchengüter abzutreten und ihnen im Gegenzug entsprechende Pflichten aufzuerlegen, drang schliesslich nicht durch⁵⁵¹.

⁵⁵⁰ § 52 Abs. 1 des regierungsrätlichen Entwurfs (Tagblatt des Grossen Rathes des Kantons Bern 1873, S. 287).

⁵⁵¹ Im Rahmen der versuchten Revision der Staatsverfassung von 1884 wurde später dazu bemerkt, man habe bereits "bei Anlass der Berathung des Kirchengesetzes von 1874 den Versuch gemacht, zu dem man durch einige Eingaben ermuntert worden ist, das Staatsbudget einigermassen zu entlasten. Der Gesetzgeber wollte z.B. die Pfarrgebäulichkeiten den Gemeinden übergeben. Allein wer damals im Grossen Rathe gesessen ist, wird sich erinnern, welche Bewegung entstand. Die Grossräthe vom Lande sagten sich: wir sind nicht nur Mitglieder des Grossen Rathes, sondern zu Hause auch Gemeinderäthe oder Gemeindepräsidenten oder Kirchgemeinderäthe, und wir haben daher auch die Interessen unserer Gemeinden zu wahren; wenn wir nun von heute auf morgen das Pfarrhaus mit seinen Dependenzen bekommen, so werden ärmere Gemeinden dadurch ruinirt. Daher hat dieser Vorschlag keinen Erfolg

3.3.2 Pfrundabtretungsverträge

In verschiedenen Fällen übereignete der Kanton einer Kirchgemeinde Liegenschaften des Kirchenguts im Rahmen eines sogenannten "*Pfrundabtretungsvertrags*". Eine Liste der kantonalen Kirchendirektion vom 8. Juli 1988 führt insgesamt 71 Abtretungen an. Die älteste (an Wimmis) datiert aus dem Jahr 1889, die letzte (an Buchholterberg) von 1980. Der Kirchgemeinde wurde jeweils die *Pflicht zum Unterhalt des Pfarrhauses und der übrigen abgetretenen Gebäude* überbunden. Die Abtretung als solche erfolgte jeweils unentgeltlich. Teilweise leistete der Staat als Entgelt für die übertragene Unterhaltungspflicht eine *Ablösungssumme*, welche – soweit bekannt⁵⁵² – in wenigen Fällen unter Fr. 10'000.-- betrug und zu einem guten Teil im Bereich von Fr. 50'000.-- bis 130'000.-- lag.

Als Beispiel eines Pfrundabtretungsvertrags sei die am 10. Mai 1933 mit der Kirchgemeinde Stettlen abgeschlossene Vereinbarung erwähnt, mit welcher die Gemeinde das Pfarrhaus, einen Wohnstock und das Kirchenchor jeweils mit einigem Umschwung zu Eigentum übernahm. Im Eigentum des Kantons verblieben einige Glasgemälde (Wappenscheiben) von historischem Wert. Die Gemeinde verpflichtete sich gemäss dem Vertrag, die Liegenschaften in würdigem Zustand zu erhalten sowie die kirchliche Zweckbestimmung zu wahren. Sie übernahm namentlich die Unterhaltungspflicht zu eigenen Lasten nach Massgabe der für den Kanton geltenden Vorschriften sowie die Verpflichtung, die Wohnung dem Pfarrer unentgeltlich zur Verfügung zu stellen und diesem das Pfrundgut "zu einem annehmbaren Zins" in Pacht zu geben. "Als Beitrag an die auf Fr. 48,000.-- veranschlagten Kosten für einen durchgreifenden Pfarrhausumbau und als Loskaufssumme für die der Uebernehmerin überbundenen Verpflichtungen" entrichtete der Kanton eine einmalige Entschädigung in der Höhe von Fr. 40'000.--.

Auch in den Fällen, in denen der Staat eine derartige Entschädigung ausrichtete, dürften die betroffenen Kirchgemeinden nach Einschätzung des Kantons gegenüber denjenigen, welche nicht durch Vereinbarung Unterhaltungspflichten übernommen haben, *auf lange Sicht finanziell benachteiligt*

gehabt" (Verhandlungen des Verfassungsrathes des Kantons Bern 1884, S. 262 f.).

⁵⁵² In der Mehrzahl der Fälle ist aus der Liste nicht ersichtlich, ob und welche Ablösungssumme ausgerichtet wurde.

sein⁵⁵³. Ebenfalls aus einer Liste der Kirchendirektion vom 8. Juli 1988 ist ersichtlich, dass sich der Kanton Bern bis zu diesem Zeitpunkt in insgesamt 63 Fällen auf dem Weg des Vertrags von der Entrichtung der *Wohnungsentschädigung* an Kirchgemeinden losgekauft hat. Die den Gemeinden dafür ausgerichteten Beträge entsprechen in ihrer Grössenordnung denjenigen der Pfrundabtretungen.

3.3.3 Insbesondere Übertragung des Eigentums an Kirchen

Im Kanton Bern galt vor der Reformation die Regel, dass die *Baulast* mit Bezug auf das *Chor* einer Kirche dem *Patron* und mit Bezug auf *Kirchenschiff* und *Turm* der *Bewohnerschaft* oblag. Dementsprechend wurde später das Chor als Eigentum des Staates, das Schiff und der Turm dagegen als Eigentum der Kirchgemeinde aufgefasst⁵⁵⁴. Vor allem gegen Ende des vergangenen Jahrhunderts versuchte der Kanton, seine Baupflicht durch Vertrag mit den entsprechenden Kirchgemeinden abzulösen⁵⁵⁵. Im Grossen Rat stand am 23. November 1881 ein derartiger Vertrag mit der Kirchgemeinde Thun zur Debatte, welcher als Vorbild für weitere Verträge dienen sollte. Der Berichterstatter des Regierungsrats, Domänendirektor Scheurer, führte aus:

"Im protestantischen Theile des Kantons Bern besteht nämlich die Einrichtung, dass die Kirchenchöre als Eigenthum des Staates betrachtet werden, dass er sie unterhalten muss und im Falle der Zerstörung durch Brand die Entschädigungssumme bezieht, dass er aber auch den Neubau auf sich zu nehmen hat. Selbst in denjenigen Kirchen, wo eine richtige Grenzlinie nicht gezogen, wo das Chor in keiner Weise räumlich und den Verhältnissen nach von der Kirche getrennt werden kann, gehört es dem Staate. Also auch da, wo z.B. der unterste Theil des Thurmes das Chor bildet, der Thurm aber der Gemeinde gehört und von ihr unterhalten wird, gehört dieser ideelle Theil des Thurmes dem Staate. Das Verhältniss besteht infolge einer seit Jahrhunderten geltenden Übung. Wir haben weder Verträge, noch frühere gesetzliche Bestimmungen, wonach der Staat Eigenthümer dieser Chöre wäre. Es herrschte aber von jeher, namentlich vor der Reformation, die Anschauung, dass der Collator Eigenthümer des Chores sei. Als später der Staat durch Säkularisation der Klöster sowohl als durch Verträge und Käufe und noch später durch die Aufhebung der Collaturen Inhaber der Kirchen

im protestantischen Kantonstheile wurde, ging dieses Verhältniss auf den Staat über."⁵⁵⁶

Scheurer betont im folgenden, dass die Übernahme der Kirche durch die Kirchgemeinde dieser im Ergebnis mehr Aufwendungen als Einnahmen bringen wird. Er verwirft deshalb die Möglichkeit einer "blossen Schenkung" ohne gleichzeitige Ausrichtung einer Entschädigung, was durch die Kirchgemeinde auch kaum angenommen werden dürfte:

"Der dritte Weg, der einzig richtige und der loyalste, ist der, dass man die Sache auf dem Vertragsweg reglirt, indem die Gemeinde den Unterhalt des Kirchenchores zu dem Unterhalt der Kirche übernimmt und dafür eine billige Entschädigung von Seite des Staates erhält, aus welcher sie die Unterhaltungskosten und die Brandversicherungsbeiträge bestreiten kann."⁵⁵⁷

3.3.4 Der jüngste Versuch einer Neuordnung der Staatsleistungen

Mit Beschluss vom 15. Februar 1989 setzte der Regierungsrat eine Expertenkommission mit Vertretern der drei Landeskirchen und der kantonalen Verwaltung mit dem Auftrag ein, "konsensfähige Lösungen für die Problemkreise Naturalleistungen, Pfarrerbesoldungen, Beiträge der Kirchgemeinden an den Staat und Gemeindezulagen zu erarbeiten"⁵⁵⁸. Aufgrund der Vorschläge der Kirchendirektion gab die Kommission hinsichtlich des Kirchenguts unter anderem die folgenden Empfehlungen ab:

- Die im Eigentum des Staates stehenden Pfarrhäuser werden mit den dazugehörigen Dependenzgebäuden und einem angemessenen Umschwung (in der Regel 1 Jucharte) innert einer Frist von 6 Jahren seit Inkrafttreten der Neuordnung an die Kirchgemeinden abgetreten.
- Die in einzelnen Dependenzgebäuden untergebrachten Verbandstoffmagazine des Staates bleiben bestehen. Der Staat beteiligt sich anteilmässig an den Kosten für Unterhalt und Betrieb dieser Gebäude.
- Der weitere Umschwung der Pfrundgüter bleibt im Eigentum des Staates und wird entwidmet. Die Kirchgemeinden sind berechtigt, den (entwidmeten) Umschwung (oder Teile davon) während der 6-jährigen Übergangsfrist käuflich zu erwerben.

⁵⁵³ Bericht Neuordnung der staatlichen Leistungen, S. 9.

⁵⁵⁴ ALBERT ZEERLEDER, Kirchenrecht, S. 78.

⁵⁵⁵ Vgl. auch ULRICH LAMPERT, Kultusbudgets, S. 52.

⁵⁵⁶ Tagblatt des Grossen Rathes des Kantons Bern 1881, S. 200 f.

⁵⁵⁷ S. 202.

⁵⁵⁸ So der Auftrag gemäss Regierungsratsbeschluss vom 15. Februar 1989.

- Für abgetretene renovationsbedürftige oder mangelhaft unterhaltene Pfarrhäuser (nicht jedoch für Dependenzgebäude) erhalten die betreffenden Kirchgemeinden eine angemessene Abfindungssumme.
- Die Einzelheiten sind durch Abtretungsvertrag zu regeln.
- Das Zweckentfremdungsverbot bleibt für die ursprünglichen Kirchengüter bestehen, soweit diese heute noch kirchlichen Zwecken dienen und nicht nach den vorstehenden Bestimmungen zu entwidmen sind; im übrigen wird es aufgehoben. Über Ausnahmen vom Zweckentfremdungsverbot hat eine staatliche Behörde (Kirchendirektion, Regierungsrat) zu befinden.⁵⁵⁹

Die Vorschläge der Expertenkommission haben sich schliesslich als nicht mehrheitsfähig erwiesen. Damit ist auch der jüngste Versuch einer generellen Abtretung von Kirchengut an Kirchgemeinden gescheitert.

⁵⁵⁹ Bericht Neuordnung der staatlichen Leistungen, S. 22.

3. Teil

Historische Rechtstitel

I. Fragestellungen

Wie der vorstehende zweite Teil zeigt, hat die staatliche Besoldung evangelisch-reformierter Geistlicher ihren *historischen* Grund unbestrittenermassen im wesentlichen in der Tatsache, dass der Kanton das Kirchengut zu Eigentum übernommen und Patronate an sich gebracht hat. Auch GAREIS/ZORN erachten in ihrem im Tenor kulturkämpferischen alten Standardwerk über Staat und Kirche in der Schweiz "die vermögensrechtlichen Emolumente, welche der Staat den Kirchen gewährt", als "*Compensationen*" für "die Säcularisation des Kirchenvermögens", "welche der Staat den Kirchen allerdings nur unter der Voraussetzung der Anerkennung seiner Rechte Seitens der kirchlichen Gewalthaber aufrecht zu erhalten hat"⁵⁶⁰. Sie führen darum aus:

"Die Frage, ob der Staat die Kirchen, welche sich nun thatsächlich auf seinem Gebiete befinden, finanziell zu unterstützen, ihre Geistlichen zu besolden, ihnen Gebäude u.s.w. einzuräumen habe, ist, wie bereits bemerkt, nun einmal nicht mehr aus rein theoretischen Erwägungen zu beantworten. Sie ist nur lösbar unter Berücksichtigung der historischen Verhältnisse. Die finanzielle Staatshilfe, durch ein Bedürfniss der öffentlichen Ordnung höchstens als ganz vorübergehende Unterstützung momentan zu rechtfertigen, findet eine historische Motivierung in vorausgegangenen Säcularisationen von Kirchen-Gütern; mitunter werden geradezu die Einkünfte der durch Säcularisation den Staaten gewordenen Fonds direct zur Unterstützung der Landeskirchen verwendet ..."⁵⁶¹

Gegenstand des vorliegenden dritten Teils ist die Frage, wie die dargestellten historischen Ereignisse *rechtlich zu würdigen* sind. Zu fragen ist zunächst – um eine möglichst neutrale Formulierung zu verwenden – nach dem *rechtlichen Anlass der erbrachten Staatsleistungen*, also nach den *Rechtstiteln*, welcher eine Verpflichtung des Kantons Bern zur Besoldung der evangelisch-reformierten Geistlichen begründet haben. Ein nächster Abschnitt fragt nach dem *Fortbestand dieser Verpflichtung bis heute*, ein

⁵⁶⁰ CARL GAREIS/PHILIPP ZORN, Staat und Kirche I, S. 20.

⁵⁶¹ CARL GAREIS/PHILIPP ZORN, Staat und Kirche I, S. 24.

weiterer nach dem *Umfang der Besoldungspflicht*. Anschliessend werden einige Überlegungen im Hinblick auf eine allfällige *Ablösung der staatlichen Besoldung* angestellt. Weitere Erörterungen befassen sich mit einem mit dieser Verpflichtung korrelierenden *Rechtsanspruch*, namentlich mit der Frage, wem kirchlicherseits überhaupt ein subjektives Recht zusteht und wie dieser Anspruch rechtlich zu begründen ist. Einige Hinweise auf die Praxis in andern Kantonen und auf Stellungnahmen ausserkantonaler Behörden beschliessen diesen dritten Teil.

II. Begründung einer staatlichen Verpflichtung

Wie im zweiten Teil dargestellt, hat sich der Kanton Bern durch das Dekret vom 7. Mai 1804 und nachfolgende Erlasse, seit 1946⁵⁶² durch das heute geltende Kirchengesetz, verpflichtet, die Geistlichen der evangelisch-reformierten Kirche des Kantons zu besolden. Im Gefolge des Dekrets von 1804 hat er in verschiedenen Etappen *Kirchengut zu Eigentum übernommen*. Ebenso hat er auf dem Weg des Rechtsgeschäfts und durch staatliches Dekret *Patronate* an sich gebracht. Er hat schliesslich *Verträge* über die Besoldung landeskirchlicher Geistlicher abgeschlossen. In Berücksichtigung der durch LAMPERT und weitere Autoren unterschiedenen Kategorien von Rechtstiteln⁵⁶³ kann eine Verpflichtung des Kantons Bern – abgesehen vom allgemeinen Titel des Gesetzes – grundsätzlich entstanden sein

- durch die staatliche Inkameration von Kirchengütern,
- durch die Säkularisation von Klöstern mit den auf dem Klostergut haftenden finanziellen, kirchlichen Lasten,
- durch die Übernahme von Patronatrechten mit den entsprechenden Verpflichtungen oder
- durch vertragliche Abmachungen.

Historische Tatsache ist auch, dass der Kanton Bern seit der Reformation ein besonders *enges Verhältnis zu "seiner" evangelisch-reformierten Kirche*

⁵⁶² Das heute geltende Gesetz vom 6. Mai 1945 über die Organisation des Kirchenwesens trat am 1. Januar 1946 in Kraft.

⁵⁶³ Dazu vorn S. 54.

gepflegt hat. Zu fragen ist zunächst, ob – wie das gelegentlich geltend gemacht wird – bereits dieses enge staats- und landeskirchliche Verhältnis einen besonderen Rechtstitel, etwa im Sinn des rechtsbegründenden Herkommens⁵⁶⁴, abgibt.

1. Durch "landeskirchliches Verhältnis"?

Einzelne Autoren leiten eine *Rechtspflicht* des Staats zur Besoldung landeskirchlicher Geistlicher bzw. zur Ablösung dieser Leistungen aus dem "landeskirchlichen Verhältnis" als solchem ab. KÄGI weist in der Diskussion im Kanton Schaffhausen darauf hin,

"dass die *Leistungspflicht des Staates* sich nicht allein aus den historischen Rechtstiteln, sondern *aus der rechtlichen Verhältnisordnung zwischen Kirche und Staat, d.h. dem 'landeskirchlichen Verhältnis' ergibt*"⁵⁶⁵.

Ich kann KÄGIS Argumentation in der vorliegenden Form nicht folgen, und zwar aus drei Gründen: Zum ersten besteht grundsätzlich *keine Verpflichtung der Kantone*, eine oder mehrere Konfessionen zu *Landeskirchen* zu "erheben" oder ihnen überhaupt (was nicht unbedingt dasselbe ist⁵⁶⁶) den Status einer *Körperschaft des öffentlichen Rechts* einzuräumen; gegen eine Trennung von Staat und Kirchen als solche ist aus *rechtlicher* Sicht konsequenterweise nichts einzuwenden⁵⁶⁷. Das Bundesgericht hat zwar in BGE 24 I 651 entschieden, dass ein Kanton unter besonderen – für die vorlie-

⁵⁶⁴ Vgl. JOSEF ISENSEE, Staatsleistungen, S. 67.

⁵⁶⁵ Prof. WERNER KÄGI in seinem Schreiben an den Präsidenten des Evangelisch-reformierten Kirchenrates des Kantons Schaffhausen vom 25. Juli 1982, S. 2.

⁵⁶⁶ Vgl. Art. 84, insbesondere Abs. 1 und 8, der Staatsverfassung des Kantons Bern vom 4. Juni 1993 und die Lösung des in der Volksabstimmung vom 10. Juni 1990 abgelehnten Gesetzes über Voraussetzungen und Wirkungen der öffentlich-rechtlichen Anerkennung von Religionsgemeinschaften. In diesem Zusammenhang wurde gelegentlich Kritik laut, mit der Unterscheidung zwischen Landeskirchen und andern öffentlichrechtlich anerkannten Gemeinschaften würden verschiedene "Klassen" von Christen geschaffen. Vgl. Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 1988, S. 850.

⁵⁶⁷ Statt vieler PHILIPPE GARDAZ, Organisation, S. 55; EUGEN ISELE, Revision, S. 583; BGE 6 499. Vgl. auch UELI FRIEDERICH, Auswirkungen einer Trennung von Staat und Kirchen im Kanton Bern. Kurzer, praxisorientierter Bericht, Bern 1991, S. 4.

gende Fragestellung kaum relevanten – Umständen⁵⁶⁸ eine bestimmte Konfession öffentlichrechtlich anerkennen müsse, wenn diese sonst ihre Rechte nicht geltend machen könne, gleichzeitig aber betont, dass "in der Regel eine bundesrechtliche Verpflichtung für die Kantone nicht besteht, einer Religionsgenossenschaft öffentlich-rechtlichen Charakter zu verleihen". Zum zweiten gibt es *das* landeskirchliche Verhältnis offensichtlich nicht. Im Rahmen eines Systems der öffentlichrechtlichen Anerkennung ist, wie etwa das Beispiel des Kantons Basel-Stadt zeigt⁵⁶⁹, auch eine *weitgehende finanzielle Entflechtung* von Staat und Kirche durchaus möglich⁵⁷⁰. Dass ein solches System rechtlich nicht zulässig sein sollte, ist soweit mir bekannt nie geltend gemacht worden; stichhaltige Gründe für diese Auffassung wären auch nicht ersichtlich. Gegen die Annahme einer Verpflichtung des Kantons aus dem landeskirchlichen Verhältnis als solchem spricht schliesslich, dass sich diesem Verhältnis *keine einigermaßen präzisen Kriterien für die Bestimmung des Umfangs der behaupteten Leistungspflicht* entnehmen lassen. Eine derart unscharf umrissene "Verpflichtung" kann kaum eine eigentliche Rechtspflicht darstellen.

⁵⁶⁸ Im vorliegenden Fall ging es um Ansprüche der (privatrechtlichen) christkatholischen Genossenschaft St. Gallen gegen die (öffentlichrechtlich anerkannte) katholische Landeskirche des Kantons St. Gallen. Das Gericht entschied, Art. 50 Abs. 3 BV wolle "einer infolge einer Glaubensspaltung neu entstandenen religiösen Genossenschaft gewisse Rechtsansprüche wahren. Um aber solche Ansprüche geltend machen zu können, muss der Genossenschaft diejenige formale Rechtsstellung zukommen, ohne welche sie einen Rechtsanspruch überhaupt nicht erheben, ihre wirklichen oder vermeintlichen materiellen Rechte nicht einklagen kann." Zur Begründung berief sich das Gericht auch auf das Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 4 BV (S. 653).

⁵⁶⁹ In Basel-Stadt ist die finanzielle Entflechtung von Staat und Kirche wohl ebenso konsequent, wenn nicht gar konsequenter durchgeführt als im "Trennungskanton" Neuenburg; vgl. UELI FRIEDERICH, Kirchen und Glaubensgemeinschaften, S. 462 f.

⁵⁷⁰ Ebenfalls in Zusammenhang mit den Verhältnissen im Kanton St. Gallen KURT EICHENBERGER, Rechtsgutachten, S. 9 f.: Entscheidet sich der Verfassungsgeber "für den Typus Kirchenanerkennung (Landeskirche), bleibt es ihm – vom staatlichen Recht aus gesehen – anheimgestellt, wie er die regelungsbedürftigen Fragen beantworten will ... Es liegt an ihm und steht in seinem freien Befinden, wie er die Beziehungen zwischen Staat und Kirche im einzelnen ordnen will. Er verlässt diesen Bereich freien Befindens erst, wenn er sich einem andern Typus (Staatskirchentum oder Trennung) zuwendet und dann eben diesen und nicht mehr den Landeskirchentypus zu seinem Grundentscheid machen würde ... Aus dem Begriff Kirchenanerkennung (Landeskirchentum) lassen sich noch keine analytischen Urteile gewinnen, keine zwingenden Schlussfolgerungen ziehen."

Damit ist lediglich entschieden, dass sich aus dem landeskirchlichen Status *als solchem* mit Bezug auf eine Verpflichtung zur Besoldung der Geistlichen nichts ableiten lässt. Dass hingegen die Eigenschaft als Landeskirche nicht einen (historischen) Zusammenhang mit (anderweitig zu begründenden) rechtlichen Verpflichtungen des Kantons zu bestimmten Staatsleistungen aufweisen kann und tatsächlich aufweist, ist damit nicht gesagt.

2. Durch Übernahme von Kirchengut zu Eigentum

2.1 Ausgangspunkt: Zweckbindung (Stiftungscharakter) des Kirchenguts

Wie vorn ausgeführt war das Kirchengut namentlich auch zur Zeit der Mediation grundsätzlich *zweckgebundenes Vermögen*. Anders als andere Stände⁵⁷¹ hat der Kanton Bern das im letzten Jahrhundert übernommene Kirchengut allerdings *nicht als gesonderten Vermögenskomplex verwaltet*. Das Dekret vom 7. Mai 1804 enthält denn auch keine entsprechende Verpflichtung, sondern gestattet in § 6 explizit "die zweckmässigen Abänderungen in Betreff der Pfarrgüter", namentlich "deren Verkauf oder Abtausch", was an sich stiftungsrechtlichen Grundsätzen nicht widerspricht⁵⁷².

Eine grundsätzliche Zweckbindung des Kirchenguts hat der Kanton aber wiederholt ausdrücklich anerkannt. Gerade die Formulierung im erwähnten § 6 des Dekrets zwingt zum Schluss, dass die *Substanz* des Kirchenguts erhalten bleiben soll. Dies legt nicht zuletzt auch der Hinweis in der Einleitung zum erwähnten Verzeichnis des übernommenen Kirchenguts von 1831 nahe, wonach dieses Verzeichnis erstellt worden sei, "damit man zu allen Zeiten wisse, wie hoch das im Jahre 1804 der Verwaltung des Staates übertragene Kirchengut sich belaufen habe"⁵⁷³. Auch mit dem Gesetz

⁵⁷¹ Hinweise bei EDUARD HIS, Geschichte II, S. 658.

⁵⁷² Vgl. HANS MICHAEL RIEMER, Stiftungen, systematischer Teil, N. 30: "Immerhin sind Vermögensverminderungen, die blosse *Verschiebungen* des Stiftungsvermögens oder eines Teils desselben auf andere Trägerpersonen mit *gleichem oder ähnlichem Zweck* bedeuten, zulässig ..."

⁵⁷³ Vgl. das vorn S. 132 wiedergegebene Zitat.

über Wahl und Besoldung der evangelisch-reformierten Geistlichkeit vom 4. November 1859 hat der Kanton wiederum "wohl die Existenz eines im Sinne der juristisch gelösten Kirchengutskontroverse beschränkt verfügbaren Staatskirchengutes bestätigt"⁵⁷⁴. Diese Umstände zwingen zum Schluss, dass der Staat – ungeachtet der Verschmelzung von Kirchen- und Staatsvermögen – eine Zweckbindung des "Kirchenguts innerhalb des Staatsguts"⁵⁷⁵ *pro futuro* anerkannte⁵⁷⁶.

Das *Bundesgericht* hat in älteren Entscheidungen entsprechende Auffassungen wiederholt grundsätzlich geschützt. Es führte etwa in BGE 20 763 aus, das in Frage stehende Kirchenvermögen sei "öffentliches Gut, Kirchengemeindegut, das nicht an blosse Privatvereine aushingegeben werden darf, sondern seinem öffentlichen Zwecke erhalten bleiben muss". In BGE 24 I 652 entschied es, die Auffassung sei nicht zu beanstanden, wonach nur öffentlichrechtlich anerkannten Kirchen "Rechte am gemeinsamen öffentlichen Kirchengut" zuzugestehen seien, "davon ausgehend, dass das Kirchengut seinen rechtlichen Charakter nicht verlieren und seinem Zwecke nicht entfremdet werden darf". Dass identifizierbares Kirchengut grundsätzlich zweckgebundenes Vermögen ist, entspricht auch heute noch einer weit verbreiteten Rechtsauffassung, wie entsprechende Vorschriften über den Stiftungscharakter des Kirchenvermögens oder über Zweckentfremdungsverbote belegen⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ BEAT WEBER, *Autonomie*, S. 95.

⁵⁷⁵ BEAT WEBER, *Autonomie*, S. 76, meint, dass mit dem späteren Konsens über die rechtliche Bedeutung des Dekrets "nurmehr weder die Kirche einen Eigentumsanspruch geltend machen, noch der Staat theoretisch die Existenz eines zweckgebundenen Kirchenguts innerhalb des Staatsguts bestreiten" konnte.

⁵⁷⁶ Auch nach BEAT WEBER, *Autonomie*, S. 43, ist "mit Bestimmtheit anzunehmen", dass der Staat "das ganze Kirchengut als zu Nutzen der Geistlichkeit bestehende Einrichtung anerkennen wollte. Die Geistlichen werden somit prinzipiell nicht aus staatlichen Mitteln als Staatsangestellte, sondern administrativ durch den Staat als Kirchenfunktionäre aus dem der Kirche 'eigentümlich zustehenden Gute' besoldet."

⁵⁷⁷ Vgl. nur § 9 Abs. 2 des basellandschaftlichen Kirchengesetzes vom 3. April 1950 und Art. 56 KiG.

2.2 Übernahme der Besoldungspflicht durch Rechtsnachfolge

Wie erwähnt ist nicht restlos klar, ob das Dekret vom 7. Mai 1804 dem Kanton Bern tatsächlich unmittelbar das Eigentum am Kirchengut einräumen wollte. Jedenfalls aber hat der Staat im Anschluss an das Dekret dieses *beansprucht* und die *Pfründen als selbständige Stiftungen aufgehoben*. Der Kanton Bern übernahm als *Rechtsnachfolger der Stiftungen* das Pfrundvermögen als herrenloses Gut und vermengte dieses mit dem Staatsgut. Ein solches Vorgehen war nicht per se unzulässig. In einem den Kanton Aargau betreffenden Entscheid vom 22. Januar 1892⁵⁷⁸ führte das Bundesgericht aus, die (damals nur) im kantonalen Verfassungsrecht verankerte Eigentumsgarantie schliesse

"das Recht des Staates, eine Stiftung durch Entziehung der juristischen Persönlichkeit aufzuheben, nicht aus. Dieselbe gewährleistet allerdings das Vermögen juristischer wie physischer Personen gegen willkürliche Eingriffe der Staatsgewalt; dagegen enthält sie keine Garantie der Unantastbarkeit der Existenz juristischer Personen."⁵⁷⁹

Unzulässig gewesen wäre demnach (nur) eine mit der Aufhebung der Pfrundstiftung verbundene *Beeinträchtigung von Vermögensrechten Dritter* etwa dadurch, dass damit die aus dem Pfrundvermögen den Geistlichen zukommende Besoldung aufgehoben worden wäre. Das war nun aber gerade nicht der Fall, weil sich der Kanton mit dem Dekret von 1804 ausdrücklich zur Besoldung der Geistlichen verpflichtete und dieser Verpflichtung tatsächlich auch bis heute nachgekommen ist.

Da dem jeweiligen Eigentümer des Kirchenguts – im Sinn einer "subjektivdinglichen Verknüpfung" von obligatorischem und dinglichem Recht⁵⁸⁰ – die Pflicht zur Besoldung der Geistlichen oblag, ging diese Verpflichtung mit dem Eigentum auf den Staat über. Für den in dieser Hinsicht mit Bern vergleichbaren Kanton Zürich stellt FLEINER in seinem Gutachten von 1924 fest:

"In Zürich hat der Staat weltliche und kirchliche Aufgaben so sehr als eine Einheit betrachtet, dass er auch das den Kirchenzwecken gewidmete Pfrundvermögen, das ihm auf Grund der Säkularisation und des Einzelerwerbes von Patronatrechten zugefallen ist, schliesslich in das unmittelbare Staatsgut übergeführt hat,

⁵⁷⁸ BGE 18 163 ff.

⁵⁷⁹ S. 178.

⁵⁸⁰ Dazu vorn S. 36 f.

aus dem unausgeschieden staatliche und kirchliche Aufgaben des Kantons Zürich finanziell bestritten wurden. Aber bei dieser Vermengung des Kirchengutes mit dem Staatsgut hat der Staat kraft der dargestellten geschichtlichen Entwicklung auch die mit dem kirchlichen Vermögen verbundenen und auf diesem ruhenden Lasten übernommen und übernehmen müssen."⁵⁸¹

Diese Auffassung teilte der Kanton Bern offensichtlich. Das belegt nicht nur die Tatsache, dass er sich immer wieder zu dieser Verpflichtung bekannte⁵⁸², sondern geht auch aus verschiedenen *Vereinbarungen* hervor. So übernahm Bern etwa aufgrund der Übereinkunft mit Solothurn betreffend die Verhältnisse der ehemaligen Kollaturpfarre Oberwil vom 4. Juli 1851⁵⁸³ zusammen mit dem Eigentum am Kirchengut unter anderem die Pflicht zur Besoldung des Pfarrers⁵⁸⁴. Bereits als der Kanton Bern im Jahr 1798 Kirchengut an den Kanton Aargau abgab, wurden ohne weiteres auch die entsprechenden Pflichten mit übertragen. So galt etwa gemäss einem rechtshistorischen Gutachten des ehemaligen Berner Staatsarchivars TÜRLER mit Bezug auf das Vermögen des Zofinger Stifts:

⁵⁸¹ FRITZ FLEINER, Rechtsgutachten, S. 7. Ebenso für Zürich bereits ALOYS V. ORELLI, Landeskirche, S. 41 f.: "Das Kultusbudget für die Landeskirche beruht also rechtlich auf dem Fundament, dass der Staat der Rechtsnachfolger des früheren Eigentümers der Pfrundgüter ist und damit alle Lasten, die darauf hafteten, auf sich übernommen hat."

⁵⁸² Vgl. die hinten S. 177 ff. erwähnten Beispiele.

⁵⁸³ BSG 411.232.11.

⁵⁸⁴ Die Übereinkunft bestimmt in ihren ersten drei Artikeln:

"Der Pfarrer von Oberwil tritt vom 1. Jänner des Jahres 1851 hinweg in bezug auf Wohnung und Besoldung und alle übrigen mit der Pfründe verbundenen Rechte und Nutzungen unbedingt und in allen Beziehungen unter die bernische Gesetzgebung.

Der Kanton Bern übernimmt vom gleichen Zeitpunkt hinweg die Verpflichtung zum baulichen Unterhalt des Pfarrhauses zu Oberwil nebst allen Dependenz sowie denjenigen des Kirchenchors, gleichfalls nach Massstab der allgemeinen im Kanton über den Unterhalt der Pfarrgebäude und Kirchenchöre bestehenden Vorschriften oder Übungen.

Der Kanton Bern wird dagegen vom gleichen Zeitpunkt hinweg, unter Genehmigung aller seit 1839 allfällig vorgenommenen Verhandlungen, als Eigentümer des gesamten ehemaligen Kollaturvermögens der Pfarre Oberwil, bestehe dasselbe worin, und befinde es sich wo es wolle, anerkannt in der Weise, wie der Staat Bern überhaupt Eigentümer von ehemaligem Kirchengut ist."

"Die Lasten, welche die bernische Regierung ausser jenen Stiftungszwecken aus dem Stiftungsgute getragen hatte, gingen ohne weiteres auf den neuen Eigentümer über, denn das waren persönliche Verpflichtungen, welchen wohlervorbene Privatrechte entsprachen. Insbesondere war der Anspruch der Kirchgemeinde Zofingen an den Staat, die Seelsorge der Kirchgemeinde auf Kosten des Stiftungsgutes ausüben zu lassen, ein vor Jahrhunderten durch die Uebernahme des ursprünglichen Pfarrvermögens seitens des Chorherrenstiftes konstituiertes wohlervorbene Privatrecht, dessen Erfüllung der Staat ganz unmöglich versagen konnte ... Die Pfarrkosten waren vielmehr eine festgegründete, nicht abzuwälzende Verpflichtung, welche der Kanton mit der Uebernahme des Stiftsvermögens auf sich lud."⁵⁸⁵

Auch die *bundesgerichtliche Rechtsprechung* geht, soweit sie sich mit der Frage befasst hat, offensichtlich davon aus, dass *Verpflichtungen von Pfrundstiftungen grundsätzlich auf Rechtsnachfolger übergehen*. BGE 47 I 385 erwähnt in Zusammenhang mit der Inkorporation einer Pfründe in ein Stift "die damit verbundene Verpflichtung zur Leistung der Kongrua an den Pfarrer der inkorporierten Pfründe" und die "infolge der Inkorporation dem Stift übertragene Aufgabe"⁵⁸⁶. Dass Unterhaltspflichten des kirchlichen Stiftungsvermögens im Fall der Inkorporation durch den Staat auf diesen als Rechtsnachfolger der Stiftungen übergehen, hat das Bundesgericht meines Wissens nie explizit zu entscheiden gehabt, doch lässt sich seinen Erwägungen entnehmen, dass es diese Auffassung ebenfalls teilte. Im ausführlich begründeten BGE 9 292 ff. vom 11./14. Juli 1883 i.S. Stadtgemeinde Solothurn namens der katholischen Pfarrei Solothurn gegen den Fiskus des Kantons Solothurn⁵⁸⁷ hatte das Gericht allfällige Ansprüche der Stadtpfarrei gegen das einige Jahre zuvor aufgehobene Stift St. Urs und Viktor in Solothurn zu beurteilen. Das Gericht konstatierte, dass seinerzeit "eine Vereinigung zwischen Pfarrei- und Stiftsvermögen stattfand". Diese Verei-

⁵⁸⁵ H. TÜRLER, Gutachten, S. 37.

⁵⁸⁶ Das Gericht führte aus: "Die Inkorporation ist, auch soweit sie die Uebertragung der Benefizien in sich schliesst, ein kirchenhoheitlicher Akt, und die damit verbundene Verpflichtung zur Leistung der Kongrua an den Pfarrer der inkorporierten Pfründe kann wohl als Gegenleistung für die im allgemeinen Interesse ihm obliegende kirchliche Amtsführung des Pfarrers angesehen werden, was das ganze Verhältnis dem Privatrecht entrückt. Und wie einerseits der Pfarrer eine infolge der Inkorporation dem Stift übertragene Aufgabe erfüllt, so dient auch die Verpflichtung zur Ausrichtung der Kongrua dem Zwecke der Inkorporation."

⁵⁸⁷ Der Entscheid umfasst in der amtlichen Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen 80 (!) Seiten.

nigung erfolgte "der für solche Verhältnisse auch anderwärts gültigen Regel entsprechend ..., in der Weise, dass das Pfarrvermögen in Eigenthum und Verwaltung des Stiftes übergang und mit dessen eigenem Vermögen untrennbar vereinigt wurde, während dem Stifte lediglich die (persönliche) Verpflichtung oblag, für die Versehung der Pfarrei zu sorgen"⁵⁸⁸. Das Gericht folgte:

"Auf dieses Moment kann also die Klage wohl den Anspruch begründen, dass der beklagte Staat, was dieser übrigens grundsätzlich nicht bestreitet, als Nachfolger des Stiftes die diesem der Pfarrei gegenüber obliegenden Verpflichtungen erfülle beziehungsweise der Pfarrei dafür, nach Massgabe des Stiftsaufhebungsdekretes, eine entsprechende Abfindung ausrichte ..." ⁵⁸⁹

Zum selben Ergebnis führt eine Betrachtung der dargestellten Ereignisse unter dem Gesichtspunkt der *Expropriation*. Unzulässig wäre eine Aufhebung der Pfrundstiftungen wie erwähnt dann gewesen, wenn damit vermögensrechtliche Ansprüche Dritter beeinträchtigt worden wären. Wie dargestellt, oblag der Pfrund die Kompetenzpflicht, womit der Anspruch des Geistlichen auf Besoldung korrelierte. Der Aufhebung der Pfrundstiftungen als juristischer Personen wäre einer – auch nach damaligem Recht unzulässigen⁵⁹⁰ – Enteignung dieses Unterhaltsanspruchs gleichgekommen, hätte sich der Staat nicht gleichzeitig zur Entschädigung in Form der künftigen Pfarrbesoldung verpflichtet.

Auch aus dieser Überlegung ergibt sich, dass der Kanton Bern zu dem Zeitpunkt, zu welchem er das Eigentum über das dem Unterhalt der Geistlichen und allenfalls der Gebäude dienende Kirchenvermögen erlangte, *gleichzeitig die entsprechende Unterhaltungspflicht übernahm*. Die Verpflichtung des Staats zur Besoldung der evangelisch-reformierten Geistlichen gründet damit im *Stiftungscharakter des Kirchenguts selbst*⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ S. 348.

⁵⁸⁹ S. 348.

⁵⁹⁰ Vgl. RUDOLF WYSS, Rechte, S. 47.

⁵⁹¹ Diesen Aspekt betont BEAT WEBER, Autonomie, S. 77, nach welchem "nicht Willkür des Staates, nicht wohlervorbene Rechte der Geistlichkeit, nicht die Vertragsnatur eines Dekretes, sondern der Stiftungscharakter des Pfarrkirchenguts die Ursache der eigentümlichen Rechtsstellung des unter dem Begriff 'Kirchengut' zusammengefassten Komplexes von Vermögenswerten bildet."

3. Durch die Übernahme von Patronaten

Je nachdem, ob der Geistliche das Pfrundvermögen direkt verwaltete und nutzte oder ob dies der Patron tat, hatte dieser für die Besoldung des Geistlichen in bar oder für die Einkommensergänzung bis zur *portio congrua* und ebenso für den Unterhalt der Gebäude aufzukommen. Wie erwähnt erwarb Bern Patronate durch die Inkameration von Klostersgut zur Zeit der Reformation, während einer langen Periode vor und nach der Reformation durch Rechtsgeschäft und schliesslich durch die Aufhebung der noch bestehenden nichtstaatlichen Patronate durch das Dekret vom 12. März 1839. Demgegenüber änderte das Dekret vom 7. Mai 1804 am Bestand der Patronate grundsätzlich nichts⁵⁹². Mit dem Patronat übernahm der Staat entsprechend den auch in Bern geltenden Grundsätzen nicht nur die Rechte, sondern ebenso die *Pflichten* und namentlich die (*subsidiäre*) *Kompetenzpflicht*⁵⁹³, welcher er durch die erwähnte Ausrichtung von Besoldungszuschüssen⁵⁹⁴ durchaus nachkam. Soweit der Erwerb auf dem Weg des (nach damaliger Anschauung) privatrechtlichen Rechtsgeschäfts erfolgte, wurde diese Verpflichtung regelmässig auch ausdrücklich verkündet. Nach Erlass des Dekrets von 1804 wurde die Patronatspflicht dessen Regelung entsprechend formuliert. Gemäss der erwähnten "Collatur-Abtretung" der Stadt und Bäuertgemeinde Unterseen an die Stadt und Republik Bern⁵⁹⁵ übernahm die "Hohe Regierung" mit dem Pfrundvermögen ohne Entschädigung an die Abtreterin beispielsweise die folgenden Verpflichtungen:

1. den jeweiligen Pfarrer von Unterseen in das für die reformierten Pfarreyen des Cantons Bern eingeführte Progressiv-System aufzunehmen, und ihn aller Gerechtigkeiten genoss zu machen, deren die übrigen reformierten Geistlichen des Cantons theilhaftig sind.
2. die gänzliche Unterhaltung der Pfarrgebäude und Güter, wie auch des Kirchenchors mit alleiniger Ausnahme ... ohne Entgelt der Gemeinde zu übernehmen.
3. Sollte früher oder später die angrenzende Dorfschaft Aarmühle mit der Kirchengemeinde Unterseen vereinigt werden, so soll den Rechten dieser letztern Gemeinde, sowohl in Bezug auf die von Erweiterung der Kirche herfliessenden Kosten, als auf übrige Einrichtungen und daherige Beschwerden, billige Rechnung getragen werden."

⁵⁹² Vgl. vorn S. 130 f.

⁵⁹³ ULRICH LAMPERT, Kultusbudgets, S. 12 f.

⁵⁹⁴ Vorn S. 107 ff.

⁵⁹⁵ Akten Staatsarchiv, Fach Interlaken, 1826.

Bereits vor dem Erlass des Dekrets vom 7. Mai 1804 nahm der Kanton Bern als Patron neben der Einkommensergänzungspflicht die Pflicht zum Unterhalt der Pfarrgebäude wahr, was in § 4 des Dekrets ("Der Staat übernimmt da, wo ihm das Collatur-Recht zustehet, wie bisher, die Erhaltung der Pfarrgebäude...") nochmals bekräftigt wird.

4. Durch das Dekret vom 7. Mai 1804

Das Dekret vom 7. Mai 1804 bringt bereits im Ingress mit den Worten: "Wir Schultheiss, Klein und Grosse Räte des Cantons Bern ... verordnen ..." zum Ausdruck, dass es sich in *formaler* Hinsicht um einen *hoheitlichen, staatlichen Erlass* handelt. Es wurde auf dem Weg des (damaligen) ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens erlassen⁵⁹⁶ und stellt damit ohne Zweifel ein Gesetz und als solches einen (allgemeinen) Rechtstitel dar. Gesetze können nur unter besonderen Voraussetzungen gleichzeitig auch als *historische* Rechtstitel gelten⁵⁹⁷. Zu prüfen ist, ob das Dekret allenfalls auch einer andern Kategorie von Rechtstiteln zugeordnet werden kann. § 1 des Dekrets weist ausdrücklich darauf hin, dass der Staat das Kirchengut gemäss den nachfolgenden Vorschriften "nach dem Wunsch der Geistlichkeit" übernimmt. Wie erwähnt fanden im Vorfeld tatsächlich "Unterhandlungen mit der Geistlichkeit" statt. Naheliegend ist deshalb namentlich die Frage, ob das Dekret als *Vertrag* zu qualifizieren ist oder neben seiner Eigenschaft als staatlicher Erlass zumindest *vertragliche Merkmale* aufweist.

Die Vertragsnatur des Dekrets wird gelegentlich ausdrücklich bestritten. So führte das Finanzdepartement in einem Vortrag an den Grossen Rat aus dem Jahr 1835 aus, das Dekret von 1804 sei "seiner Form nach eine blosser finanzielle administrative Massregel", und es fehlten "ihm alle gesetzlichen Erfordernisse zu einem gültigen Verträge oder Uebereinkunft"⁵⁹⁸.

Eine beachtliche Anzahl von Stimmen bezeichnen demgegenüber das Dekret als vertragliche Vereinbarung. Ausführlich begründet kirchlicherseits

JOHANN RUDOLF WYSS die Vertragsnatur des Dekrets⁵⁹⁹. Auch der ehemalige Lehenskommissär RUDOLF WYSS vertritt die Auffassung, das Dekret vom 7. Mai 1804 sei "nicht ein einseitiger, gesetzgeberischer Akt, welcher nach eigener Staatsbefugnis über Kirchengut und Kircheneinkünfte verfügt. Es ist, wenn auch in *Gesetzesform* erlassen, dennoch seinem ganzen Wesen nach *ein Vertrag zwischen Kirche und Staat*"⁶⁰⁰, denn die Kirche habe die Verwaltung des Kirchenguts dem Staat überlassen "gegen ein jährliches, fixes Kircheneinkommen, welches einstweilen an die Stelle des kirchlichen Ertrages des Kirchengutes getreten ist. Die Kirche besitzt daher gegen den Staat das vertrags- und gesetzmässige Recht auf ein jährliches Kircheneinkommen"⁶⁰¹. ROMANG spricht in Zusammenhang mit dem Dekret wiederholt ausdrücklich von einem Vertrag⁶⁰²; er vertritt die Auffassung, dass das Dekret zwar "nicht die notarialische Form eines gewöhnlichen Vertrags" aufweise, aber "nichtsdestoweniger ... ganz eigentlich eine Vertragsverhandlung" war, "wie schon im Grossen Rathe gezeigt und nicht widersprochen worden ist"⁶⁰³. Tatsächlich wurde in der grossrätlichen Diskussion vom 18. Dezember 1835 das Thema (im Rat unwidersprochen) berührt. Der damalige Lehenskommissär und Grossrat Stettler führte in Entgegnung der

⁵⁹⁹ JOHANN RUDOLF WYSS, Entfremdung, v.a. S. 20 ff.

⁶⁰⁰ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 74: "Der Staat hatte keine Befugnis und kein Recht, ohne Einwilligung der Kirche, den Pfarrern die unmittelbare Nutzniessung des Pfarrkirchengutes zu entziehen, und die Verwaltung und den Bezug dieser Kirchengüter und Kircheneinkünfte zu Händen des Staates zu übernehmen. Ein solches einseitiges Verändern eines alten festen Rechtsbestandes wäre reine Willkür gewesen. Die Regierung, als Patron aller betreffenden Pfarreien, war im Gegentheil rechtlich verpflichtet, die sämtlichen Pfarrer im unmittelbaren Genusse der Güter und Einkünfte ihrer Pfarreien zu lassen. Ebenso wenig besass der Staat ein Recht, ohne Miteinwilligung der Kirche, die Güter und Einkünfte aller Pfarreien, nach dem System der *dismembratio*, zusammenzuziehen, und, durch Einkommensausgleichung, der einen Pfarrei zu nehmen, und der andern zu geben. Das Dekret vom 7. Mai 1804 ist also nicht ein einseitiger, gesetzgeberischer Akt, welcher nach eigener Staatsbefugnis über Kirchengut und Kircheneinkünfte verfügt. Es ist, wenn auch in *Gesetzesform* erlassen, dennoch seinem ganzen Wesen nach *ein Vertrag zwischen Kirche und Staat*."

⁶⁰¹ S. 67.

⁶⁰² Z.B. JOHANN PETER ROMANG, Beiträge zur Beleuchtung, S. 34: "Nach diesem Verträge kömmt dem Staat das Recht zu, über die hiermit übernommenen Pfrundgüter zu verfügen, wofern er nur die bei Erwerbung dieser Befugnis übernommenen Verpflichtungen erfüllt."

⁶⁰³ JOHANN PETER ROMANG, Beiträge zur Beleuchtung, S. 32.

⁵⁹⁶ Vgl. vorn S. 120 ff.

⁵⁹⁷ Vorn S. 53.

⁵⁹⁸ Zit. nach: Verhandlungen des Grossen Rathes der Republik Bern 1835, Nro. 74, S. 3.

erwähnten Auffassung des Finanzdepartements aus, das Dekret von 1804 sei "keineswegs nur eine administrative Massregel, sondern ja freilich ein förmlicher und gültiger Vertrag"⁶⁰⁴. Auch andernorts spricht STETTLER von einem "vertragsmässigen Forderungsrecht" der Geistlichkeit "auf Ausrichtung der ihr zugesicherten Dotationssumme und auf das Wohnungsrecht in den Pfarrhäusern"⁶⁰⁵. In neuerer Zeit vertritt auch MORGENTHALER die Ansicht, dass "eine verbindliche, vertragliche Rechtssituation" vorliege⁶⁰⁶, und DELLSPERGER/FUCHS/GILG/HAFNER/STÄHELIN sprechen (auch) in Zusammenhang mit dem Dekret von 1804 davon, dass der Kanton "mehrere vertraglich übernommene Verpflichtungen gegenüber den Landeskirchen zu erfüllen hat"⁶⁰⁷.

Teilweise widersprüchlich in dieser Hinsicht äussert sich WEBER, welcher das Dekret einerseits zwar als "Abkommen", aber "formell" einen "auf dem Wege der Gesetzgebung zustande gekommenen Erlass" bezeichnet, "zu dessen beliebiger Abänderung oder Aufhebung der Gesetzgeber somit jederzeit kompetent wäre"⁶⁰⁸, andererseits aber meint, dass "man sich zuletzt auf die Konstruktion eines Leibrentenvertrages (Verpflichtungsvertrag zwischen Kirche und Staat)" geeinigt habe⁶⁰⁹.

Im Hinblick auf die Qualifikation der Bestimmungen im Dekret vom 7. Mai 1804 ist zunächst nach dem *möglichen Vertragspartner* des Staats zu fragen. Als solcher kommt nach dem Wortlaut des Dekrets wohl nur "*die Geistlichkeit*" oder – praktisch wohl gleichbedeutend – "die Kirche" in

Betracht⁶¹⁰. Es fragt sich, ob die Geistlichkeit nach damaligem Verständnis überhaupt rechtsgültig einen Vertrag mit dem Kanton abschliessen konnte.

Dieselbe Frage hatte die staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich im Jahr 1866 in einem einigermaßen vergleichbaren Fall zu prüfen. Die "reformierte Geistlichkeit des Kantons Schaffhausen" besass nach der Sachverhaltsdarstellung seit den ersten Jahren der Reformation "eigenthümlich" ein Haus, welches sie im März 1837 unter Vorbehalt eines Benützungszurechtes an den Kanton abtrat. In Zusammenhang mit einer juristischen Kontroverse um die Rechtmässigkeit der einseitigen staatlichen Aufhebung dieses Rechts im Jahr 1863 kam die zuständige Kommission des Schaffhauser Grossen Rats zum Schluss, "die Geistlichkeit des Kantons Schaffhausen bilde kein Privatrechtssubjekt, folglich sei der Vertrag vom 22. März 1837, auf welchen die Geistlichkeit ihr gegenwärtiges Recht gründe, von Anfang nichtig gewesen"⁶¹¹. Der Fakultät wurde deshalb unter anderem die folgende Frage vorgelegt:

"Kann eine Gesamtheit von Personen (in concreto die Geistlichkeit des Kantons Schaffhausen), auch wenn sie nicht schlechthin als Corporation zu betrachten ist, nicht für gewisse historisch gegebene genau limitirte Fälle dennoch einzelne Corporationsrechte ausüben und innerhalb der fest vorgezeichneten Grenzen befähigt sein, gültige Verträge mit einem Andern (in concreto mit der Regierung) abzuschliessen?"

Die Fakultät ging zunächst davon aus, dass die Frage – wörtlich genommen – zu *verneinen* sei, denn "Corporationsrechte kann nur eine wirkliche Corporation haben"⁶¹². Trotzdem gelangte sie zum Ergebnis, dass der Geistlichkeit im vorliegenden Fall Handlungsfähigkeit zukomme. Die Fakultät führte aus, es könne zwar

"die Rechtsfähigkeit durch die Anerkennung von Seite einer Partei und selbst der Staatsregierung in ihrer Eigenschaft als Vermögensrechtssubjekt nicht geschaffen werden. Die Fähigkeit ist unabhängig von der Verfügungsmacht der Privatpersonen, ist *publici juris* in diesem Sinn ... Allein es kann sich in solchen Rechtsakten

⁶¹⁰ Der damalige Lehenskommissär Friedrich Stettler führte am 18. Dezember 1835 im Grossen Rat zur Erwähnung der Geistlichkeit im Dekret von 1804 aus: "... nur ist ein Fehler in der Redaktion, indem es heisst: 'Geistlichkeit' anstatt 'Kirche' ..." (Verhandlungen des Grossen Rathes der Republik Bern, Nro. 74, S. 5).

⁶¹¹ Rechtsgutachten der staatswissenschaftl. Fakultät zu Zürich, S. 6 f.

⁶¹² S. 7.

⁶⁰⁴ Verhandlungen des Grossen Rathes der Republik Bern 1835, Nro. 74, S. 5.

⁶⁰⁵ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 180; Hervorhebung nicht im Original.

⁶⁰⁶ ROBERT MORGENTHALER, Kirchengut, S. 98.

⁶⁰⁷ RUDOLF DELLSPERGER/JOHANNES GEORG FUCHS/PETER GILG/FELIX HAFNER/WALTER STÄHELIN, Kirche, S. 267.

⁶⁰⁸ BEAT WEBER, Autonomie, S. 44: "Materiell handelt es sich ohne Zweifel um ein zwischen den Vertretern der Kirche und denjenigen des Staates geschlossenes Abkommen, formell jedoch um einen auf dem Wege der Gesetzgebung zustande gekommenen Erlass, zu dessen beliebiger Abänderung oder Aufhebung der Gesetzgeber somit jederzeit kompetent wäre. Diese stete Möglichkeit des Eingriffs der staatlichen gesetzgebenden Gewalt, durch einseitigen Akt, in die Gestaltung kirchlicher Verhältnisse offenbart die nun eingetretene verstärkte Bindung an den Staat."

⁶⁰⁹ BEAT WEBER, Autonomie, S. 76.

die im Volk lebende Anschauung und das Rechtsbewusstsein der Zeit kundgeben, und in sofern sind die angeführten rechtlichen Vorgänge, namentlich die Verträge, welche die Regierung des Kantons Schaffhausen mit der Geistlichkeit als solcher abgeschlossen hat, von der höchsten Bedeutung. In ihnen spricht sich die Anerkennung der Geistlichkeit als Eigentümerin der sogenannten Hospes-Wohnung in der unzweideutigsten Weise aus ... Angesichts dieser Thatsachen und des so lange unangefochtenen Besitzstandes klingt es in der That sonderbar, auf Grund einer bessern Einsicht in die Theorie der juristischen Personen die vergangenen Jahrhunderte eines Missverständnisses zu zeihen und sie belehren zu wollen, dass man niemals mit der Geistlichkeit als solcher hätte kontrahieren sollen, weil ihr die zur Eingehung eines rechtsgiltigen Vertrages erforderliche Fähigkeit abgegangen sei. Damit wird in Verkehrung des Verhältnisses das Leben der Theorie, die Rechtsüberzeugung des Volks der toten Regel untergeordnet."⁶¹³

Folgt man dieser – letztlich auf den Vertrauensgrundsatz abstellenden – Argumentation der Gutachter, wäre die *Fähigkeit der reformierten Berner Geistlichkeit zum Abschluss einer Vereinbarung* betreffend deren Besoldung unter Umständen durchaus zu *bejahen*, auch wenn der evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Bern um diese Zeit noch keine Rechtspersönlichkeit zukam⁶¹⁴. Dass die "Geistlichkeit" oder die "Kirche" um 1804, etwa vertreten durch die Kapiteldekane, eine zumindest *faktisch* fassbare Partnerin war, ist kaum zu bezweifeln.

Wie erwähnt erfolgte die um 1804 getroffene Regelung tatsächlich (weitgehend) "nach dem Wunsch der Geistlichkeit". Damit dürfte zumindest die Formulierung ZEELEDERs zutreffen, dass die Regelung des Dekrets "mit Zustimmung der Geistlichkeit" erfolgt ist⁶¹⁵. Insgesamt spielte die Geistlichkeit im Vorfeld des Erlasses eine *aktive Rolle*⁶¹⁶. Auch diese Tatsache macht das Dekret allein für sich genommen allerdings noch nicht zum Vertrag. Zumindest nach heutiger Gesetzgebungspraxis ist es durchaus üblich, dass der Inhalt staatlicher Erlasse durch institutionalisierte Vorverfahren (Vernehmlassungen!) gewissermassen "ausgehandelt" oder eine ge-

⁶¹³ Rechtsgutachten der staatswissenschaftl. Facultät zu Zürich, S. 25 .

⁶¹⁴ Vorn S. 92 ff.

⁶¹⁵ ALBERT ZEELEDER, Kirchenrecht, S. 34. Das gilt jedenfalls für die Regelung des Dekrets im grundsätzlichen. Ob, wie ZEELEDER formuliert, insbesondere auch die Herausgabe "mit Zustimmung der Geistlichkeit in das Staatsvermögen aufgenommen", also staatliches *Eigentum* geworden sind, war wie erwähnt im 19. Jahrhundert umstritten. Vgl. vorn S. 141 ff.

⁶¹⁶ Vorn S. 120 ff.

setzliche Regelung auf expliziten Wunsch Dritter getroffen wird, ohne dass der Erlass vertraglichen Charakter erhält. Ein sprechendes Beispiel für die zweite Möglichkeit bietet gerade das Kirchengesetz: Art. 58 Abs. 2 KiG sieht vor, dass der Grosse Rat "auf Begehren einer Landeskirche" durch Dekret einen Finanzausgleich unter Kirchengemeinden einer Konfession einführen kann. Dies ist für die evangelisch-reformierten Kirchengemeinden tatsächlich auch geschehen⁶¹⁷.

Die Literatur hat sich um die Abgrenzung vertraglicher Regelungen von einseitigen, hoheitlichen Staatsakten vorwiegend in Zusammenhang mit individuell-konkreten *Verfügungen*⁶¹⁸ und weit weniger mit generell-abstrakten Erlassen wie Gesetzen oder Dekreten befasst. RHINOW etwa meint, dass die "Partizipation des Bürgers an der Verwaltungsentscheidung" am hoheitlichen Charakter einer Entscheidung nichts ändert, wenn diese durch den Staat autonom gefällt wird⁶¹⁹. Das Merkmal des Vertrags sieht RHINOW deshalb nicht im *Zustandekommen*, sondern "in dessen spezifischer Verknüpfung von Willensübereinstimmung und rechtlichen Wirkungen"; ein Rechtsverhältnis sei deshalb "insoweit vertraglich ausgestaltet, als beide Parteien auf einen bestimmten Inhalt gebunden sein wollen"⁶²⁰. SALADIN betont allerdings, dass "die vermeintliche Trennungslinie" zwischen Vertrag und Verfügung "in Wirklichkeit wiederum ein Band, eine 'graue Zone'" ist

⁶¹⁷ Dekret vom 9. Februar 1982 über den Finanzausgleich unter den evangelisch-reformierten Kirchengemeinden des Kantons Bern, BSG 415.2.

⁶¹⁸ Das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) definiert die Verfügung in Art. 5 Abs. 1 wie folgt: "Als Verfügungen gelten Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und zum Gegenstand haben: a) Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten; b) Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfangs von Rechten oder Pflichten; c) Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren."

⁶¹⁹ RENÉ A. RHINOW, Wohlerworbene und vertragliche Rechte, S. 12: "Wo letztlich der Staat den definitiven Entscheid autonom fällt, vermag keine genetische Betrachtung der Etappen des Werdeganges dieses Entscheides, des ihm vorgelagerten, vielleicht partizipativ ausgerichteten Verfahrens den Verwaltungsakt in einen Vertrag zu verwandeln. Die Rechtsnatur des öffentlichrechtlichen Vertrages kann offenbar nicht mit dem blossen Erfordernis der Partizipation des Bürgers an der Verwaltungsentscheidung legitimiert werden."

⁶²⁰ RENÉ A. RHINOW, Wohlerworbene und vertragliche Rechte, S. 13.

und angesichts der tatsächlichen Vielfalt "mitwirkungsbedürftiger" Verwaltungshandlungen⁶²¹ der Unterscheidung darum "jede Absolutheit abzusprechen ist"⁶²².

Stellt man mit RHINOW auf das Kriterium des *Bindungswillens* der Beteiligten ab, lassen sich durchaus vertragliche Merkmale des Dekrets vom 7. Mai 1804 erkennen. Der Kanton Bern hat in Zusammenhang mit dem Erlass des Dekrets selbst, mit dem Verzeichnis von 1831 und in zahlreichen späteren Äusserungen immer wieder zum Ausdruck gebracht, dass er sich an die 1804 zugesagten Unterhaltungspflichten auf Dauer gebunden sehe⁶²³. Die Kirche, vertreten durch die "Geistlichkeit", hat an der Bestimmung des Inhalts aktiv mitgewirkt⁶²⁴. Bemerkenswerterweise erwähnt das dem Dekret entsprechende Verzeichnis von 1831 in der Einleitung nicht die staatliche *Übernahme* von Kirchengut, sondern das "im Jahre 1804 der Verwaltung des Staates *übertragene* Kirchengut"⁶²⁵. In gewissem Sinn "mitwirkungsbedürftig" war das Dekret von 1804 auch dann, wenn dessen Inhalt wie folgt als Expropriationsvertrag gedeutet wird⁶²⁶: Die Auf-

hebung der Pfrundstiftungen als der Quellen der Pfarreinkünfte stellte eine materielle Enteignung dar, welche auch nach den zeitgenössischen Vorstellungen nur gegen Entschädigung zulässig war⁶²⁷. Diese Entschädigung bestand in der künftigen Besoldung und wurde vor dem Erlass des Dekrets im grundsätzlichen *ausgehandelt*; die Geistlichkeit – vertreten durch die Dekane – schlug namentlich einen konkreten Besoldungsfuss vor⁶²⁸.

Diese Überlegungen führen zu folgenden Schlüssen: Das Dekret vom 7. Mai 1804 weist vorwiegend die Merkmale eines staatlichen Hoheitsakts auf; es ist nach seiner Form ohne Zweifel ein einseitig erlassenes staatliches Gesetz. Ein "*förmlicher*" Vertrag, wie Lehenskommissär Stettler in der Grossratsdebatte vom 18. Dezember 1835 annahm⁶²⁹, kann das Dekret nicht sein. Nicht zu verkennen sind immerhin eine *Reihe vertraglicher Elemente*. Dem Dekret kommt damit *vertragsähnlicher* Charakter zu.

Das Dekret begründete grundsätzlich keine besonderen, "rein gesetzlichen" Staatsleistungen. Es bewirkte den Übergang des Kirchenguts an den Kanton und umschrieb gleichzeitig die Verpflichtungen im einzelnen, welche dem Kanton Bern als Rechtsnachfolger der Pfrundstiftungen und neuem Eigentümer des Kirchenvermögens und als Patron fortan (ohnehin) oblagen. Im besonderen wurde festgeschrieben, was als *portio congrua* der Geistlichen zu gelten habe. Nicht ohne weiteres auf die Rechtstitel der Übernahme des Kirchenguts und des Patronats zurückführen lässt sich wohl einzig die in § 5 lit. c) statuierte Pflicht zur Besoldung der Theologieprofessoren⁶³⁰. Die *Interdependenz von Dekret und Übernahme des Kirchenguts* durch den

⁶²¹ SALADIN nennt als Beispiele Polizeibewilligungen (welche ein Gesuch voraussetzen), Subventionen, Beamtenanstellungen, Export- und Investitionsrisikogarantien, Konzessionen, Pflichtlagerverträge, Steuerabkommen und Rechtsverhältnisse zwischen Privaten und "services publics".

⁶²² PETER SALADIN, Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht, S. 324. Unter Hinweis auf die vielfältigen Erscheinungsformen "mitwirkungsbedürftiger" Verwaltungshandlungen meint SALADIN: "Schroffes Festhalten an der tradierten Antithese Vertrag-Verfügung ist nicht geeignet, den Weg zur funktionsadäquaten rechtlichen Verfassung solcher Akte zu öffnen ..."

⁶²³ Vgl. z.B. vorn S. 120 ff. und hinten S. 177 ff.

⁶²⁴ Vgl. vorn S. 120 ff.

⁶²⁵ Vgl. das vorn S. 132 wiedergegebene Zitat.

⁶²⁶ Als Expropriationsvertrag deutet PETER LIVER, Rechtsgutachten, S. 19, einen Vergleich zwischen dem Staat Bern und der Stadt Thun aus dem Jahr 1759, mit welchem sich der Staat in Zusammenhang mit der Kanderkorrektur zum Unterhalt von Brücken in Thun verpflichtete. Damit habe der Staat "die Verpflichtung zur Tragung der Kosten des Baues, der Erhaltung und Wiederherstellung der Brücken und sonstigen Wasserbauten zur Hälfte übernommen, um die Stadt Thun zu entschädigen für die nachteiligen Folgen der Ausführung des grossen staatlichen Werkes der Flusskorrektur. Nach heutiger Auffassung hat damals ein Expropriationstatbestand vorgelegen. Die Stadt Thun musste entschädigt werden für die Zerstörungen, welche die Flusskorrektur zur Folge hatte und für die grossen zusätzlichen Brückenbaulasten,

welche die Flusskorrektur für die Stadt mit sich brachte und zwar für alle Zukunft." Der erwähnte Vergleich von 1759 war Gegenstand des Verwaltungsgerichtsurteils Nr. 18672U vom 2. August 1993 i.S. Einwohnergemeinde Thun gegen Staat Bern.

⁶²⁷ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 47; vgl. auch das Rechtsgutachten der staatswissenschaftl. Fakultät zu Zürich, S. 34 f.

⁶²⁸ Vorschlag eines Besoldungsfusses der Geistlichkeit des Kantons Bern, des Dekanenkollegiums vom 11. und 12. April 1804, Akten Staatsarchiv B III 326 b.

⁶²⁹ Verhandlungen des Grossen Rathes der Republik Bern 1835, Nro. 74, S. 5.

⁶³⁰ Die Verpflichtung zum Unterhalt von Lehrern an einer theologischen Akademie dürfte kaum dem örtlichen Kirchengut obgelegen haben. Eine entsprechende Verpflichtung könnte dagegen möglicherweise aus der Säkularisation von Kloster- und Korporationsgut zur Zeit der Reformation hergeleitet werden; allerdings bildet diese Frage nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens.

Kanton wird auch etwa daraus ersichtlich, dass das "nach der Erlassung dieses Dekrets" erstellte Verzeichnis von 1831 nicht auf die gesetzlichen Bestimmungen Bezug nahm, sondern auflistete, "wie hoch" *tatsächlich* "das im Jahre 1804 *der Verwaltung des Staates übertragene Kirchengut* sich be-
laufen habe"⁶³¹. In dieser Optik kommt dem Dekret vom 7. Mai 1804 im Verhältnis zur Übernahme von Kirchengut als solcher vorwiegend *deklaratorischer*, aber immerhin *präzisierender Charakter* zu. In praktischer Hinsicht spielt es deshalb wohl keine ausschlaggebende Rolle, ob als Rechtstitel die Übernahme von Kirchengut als solche oder das Dekret angenommen wird. Auch in dieser Hinsicht gilt, was ISENSEE zu den in Art. 138 Abs. 1 WRV erwähnten Rechtstiteln (Gesetz, Vertrag oder besondere Rechtstitel) ausführt:

"An sich entspringt aus den Säkularisationen die eigentliche Rechtfertigung der bestehenden Staatsleistungen. Trotzdem bedarf es heute des Rückgangs auf diesen ersten Legitimationsursprung nicht mehr. Die Verfassung bezieht sich auf die einzelnen, näherliegenden Rechtstitel. Diese – gleich, ob ihnen deklaratorische oder konstitutive Bedeutung zukommt – bewirken (jedenfalls im Vergleich zur *prima causa*) Klarstellungen, Spezifikationen, Konkretisierungen und Novationen."⁶³²

5. Durch Vertrag

Verpflichtungen mit Bezug auf die Besoldung der evangelisch-reformierten Geistlichen ist der Kanton Bern auch durch den Abschluss von Vereinbarungen eingegangen. Abgesehen von den erwähnten Verträgen betreffend die Übernahme des Patronats durch den Staat, welche im wesentlichen nur die geltenden patronatrechtlichen Grundsätze bekräftigten und teilweise präzisierten, und einer allfälligen Qualifikation des Dekrets vom 7. Mai 1804 (welches ebenso grundsätzlich nur ohnehin bestehende Verpflichtungen festschreibt) als Vertrag geschah dies in Übereinkünften mit ausserkantonalen Gemeinwesen, nämlich mit dem ehemaligen Bistum Basel und andern Kantonen.

⁶³¹ So die Einleitung zum Verzeichnis, vgl. das vorn S. 132 wiedergegebene Zitat.

⁶³² JOSEF ISENSEE, Staatsleistungen, S. 68.

5.1 Durch die Vereinigungsurkunde von 1815

Wie erwähnt, legten das ehemalige Bistum Basel und der Kanton Bern in der Vereinigungsurkunde vom 23. November 1815 kein besonderes Besoldungssystem fest. Sie erklärten im wesentlichen lediglich die im Dekret vom 7. Mai 1804 und den nachfolgenden Erlassen festgelegte Ordnung für rund 20 zusätzliche Pfarrstellen als anwendbar.

5.2 Durch Übereinkünfte mit andern Kantonen

In beschränktem Umfang übernahm der Kanton Bern durch verschiedene Übereinkünfte mit den Kantonen Solothurn⁶³³ und Freiburg⁶³⁴ Verpflichtungen zur Besoldung von Geistlichen in Kirchgemeinden, die zwar der evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Bern angehören, aber zum Teil nur partiell oder gar nicht im Kantonsgebiet liegen.

6. Schlussfolgerungen

Die Verpflichtung des Kantons Bern zur Besoldung der evangelisch-reformierten Geistlichen gründet auf *verschiedenen Rechtstiteln*. Zunächst und im wesentlichen übernahm der Staat die Pflicht als *Rechtsnachfolger der Pfrundstiftungen und als neuer Eigentümer des Kirchenguts* im Gefolge des Dekrets vom 7. Mai 1804. Als *Patron* hatte dem Kanton bereits vorher die Pflicht zur Einkommensergänzung und zum Unterhalt der Liegenschaften obgelegen, soweit diese seinem Patronat unterstanden, eine Verpflichtung, welcher er soweit ersichtlich auch stets nachgekommen war. Das *Dekret von 1804* statuierte grundsätzlich keine über die genannten hinausgehenden Pflichten, sondern bekräftigte und präziserte die Staatsleistungen, welche

⁶³³ Übereinkunft zwischen den Ständen Bern und Solothurn betreffend die kirchlichen Verhältnisse in den evangelisch-reformierten Kirchgemeinden des Bucheggberges und der Bezirke Solothurn, Lebern und Kriegstetten vom 23. Dezember 1958, BSG 411.232.12, v.a. Art. 9; Übereinkunft mit Solothurn betreffend die Verhältnisse der ehemaligen Kollaturpfarrei Oberwil vom 4. Juli 1851, BSG 411.232.11, Art. 1.

⁶³⁴ Übereinkunft mit dem hohen Stande Freiburg zu näherer Bestimmung der kirchlichen Verhältnisse der gemischten Gemeinden Ferenbalm, Kerzers und Murten vom 22. Januar und 6. Februar 1889, BSG 411.231.91, v.a. Art. 9.

der Kanton als Rechtsnachfolger der Pfrundstiftungen und als Patron zu erfüllen hatte. Dem Dekret kommt insofern besondere Bedeutung zu, als es nicht nur blosses, jederzeit widerrufliches Gesetz, sondern ein vertragsähnliches Gebilde war, indem es, wie noch auszuführen sein wird, eine *qualifizierte, verbindliche Zusicherung einer künftigen Leistung an die "Geistlichkeit"* enthielt. In weniger weitreichendem Umfang begründete der Staat Bern schliesslich – teilweise unabhängig vom Erwerb kirchlichen Vermögens – weitere Verpflichtungen durch *Vertrag*.

III. Fortbestand der Besoldungspflicht bis heute

1. Begründung einer dauernden Verpflichtung

Die Zweckbindung des Kirchenguts besteht auf Dauer⁶³⁵, und ebenso oblag dem Patron die Kompetenzpflicht nach gemeinem Recht grundsätzlich auf unbestimmte Zeit⁶³⁶. Durch die Übernahme von kirchlichem Vermögen und Patronaten begründete der Kanton Bern grundsätzlich ein *Dauerschuldverhältnis*⁶³⁷ jedenfalls für die Zeit, während der er Eigentümer des Kirchenguts bleibt. Der Grosse Rat erliess dementsprechend das Dekret vom 7. Mai 1804 auf unbestimmte Zeit. Er begann seine Beratungen in der Überzeugung, "dass die Geistlichkeit in Bezug auf ihre anständige Besoldung, und die Vorkehren zu Aufnahme ihres achtungsvollen Standes ... hinlänglich beruhiget seyn soll"⁶³⁸. Nach § 1 des Dekrets sollen die Staatsleistungen in Zukunft "alljährlich" ausgerichtet werden; ein Hinweis auf eine zeitliche Beschränkung ist dem Wortlaut des Erlasses nicht zu entnehmen. Die künftige Ausrichtung der Besoldung wird in einem Zug im

gleichen Satz erwähnt wie die Übernahme des Bezugs und der Verwaltung der Einkünfte. Offensichtlich begründete das Dekret Rechte und Pflichten des Kantons nach dem Grundsatz *do ut des*: Die (andauernd) auszurichtende Summe von Liv. 275'000 für die Besoldung der Geistlichen entsprach dem Umstand, dass der Staat dafür künftig die auf diesen Betrag geschätzten Einkünfte (andauernd) beanspruchen konnte. Schliesslich deutet auch der ausdrückliche Hinweis darauf, dass das Dekret "nach dem Wunsch der Geistlichkeit" erlassen wurde, auf eine dauernde Verpflichtung hin: Mit Sicherheit hätte die Geistlichkeit dem Staat das Kirchengut nicht übertragen, wenn sie nicht fest mit einer Ausrichtung der Besoldungen auf unbestimmte Zeit hätte rechnen können. Das kleinrätliche Vollzugsdekret vom 12. September 1804 behielt nur die Änderung gewisser *Modalitäten* ausdrücklich vor⁶³⁹. Tatsächlich erfolgten später eine Reihe von *Anpassungen der Dotationssumme* und der einzelnen Besoldungen⁶⁴⁰. Im grundsätzlichen aber hatte die Lösung Bestand.

2. Bestätigung einer andauernden Verpflichtung

Offensichtlich stand auch später zu keiner Zeit ernsthaft in Frage, dass sich der Staat Bern jedenfalls bis zu einer allfälligen "dereinstigen reellen Herausgabe"⁶⁴¹ des Kirchenguts grundsätzlich zur fortdauernden Besoldung der evangelisch-reformierten Geistlichen verpflichtet sah. Der Kanton ist nicht nur seiner Besoldungspflicht bis heute immer nachgekommen. Er hat, wie die nachstehenden Beispiele zeigen, darüber hinaus immer wieder ausdrücklich bekräftigt, dass er sich an die übernommenen Verpflichtungen tatsächlich auf Dauer gebunden sehe.

⁶³⁵ Allgemein zum anstaltlichen Charakter von Stiftungen HANS MICHAEL RIEMER, *Stiftungen, systematischer Teil*, N. 23 ff.

⁶³⁶ EDUARD EICHMANN/KLAUS MÖRSDORF, *Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex Iuris Canonici*, 2. Bd.: Sachenrecht, 6. Aufl., Schöningh/Paderborn 1950, S. 439.

⁶³⁷ Zur Frage des mit der staatlichen Verpflichtung korrelierenden Rechts hinten, S. 225 ff.

⁶³⁸ So das Protokoll des Grossen Rates vom 30. Dezember 1803, Akten Staatsarchiv A II 4001, S. 291 f., 291.

⁶³⁹ Ziff. 15 des Dekrets: "Dieser ganze Beschluss ist auf eine Probe von zwey Jahren, nämlich für 1804 und 1805, genommen, und es erwartet der Kleine Rath auf 1sten Oktober 1805 einen Rapport, um dannzumahl das Angemessene zu verfügen."

⁶⁴⁰ Dazu vorn S. 141.

⁶⁴¹ Vgl. hinten S. 203 f.

2.1 In den Beratungen der Staatsverfassungen vom 6. Juli 1831 und vom 13. Juli 1846

Sowohl die Verfassung von 1831 als auch diejenige von 1846 gewährleistete ausdrücklich "die Rechte" der evangelisch-reformierten Landeskirche. Bereits der Wortlaut dieser Formulierung lässt auf eine deklaratorische Bedeutung der Verfassungsvorschriften schliessen, nämlich vermuten, dass die Verfassungen *ohnehin bestehende Rechte bestätigen* wollten. Was diese Rechte im einzelnen allerdings beinhalten, geht aus dem Wortlaut der jeweiligen Verfassungsbestimmungen nicht hervor und kann demnach nur anhand der Materialien erhoben werden.

Anlässlich der Beratung des Entwurfs für die Regenerationsverfassung wurde in der vorberatenden Kommission bemerkt, das neue Grundgesetz solle am bestehenden Verhältnis von Staat und Kirche grundsätzlich nichts ändern⁶⁴². Dem Verfassungsrat wurde schliesslich ein Entwurf vorgelegt, welcher "die vom Staat anerkannten evangelisch-reformierten und römisch-katholischen Kirchenverhältnisse" gewährleistete⁶⁴³. Was diese Gewährleistung im einzelnen beinhalten sollte, wurde im Rat nicht erörtert. Der Berichterstatter führte in der Sitzung vom 13. Mai 1831 aus, "*die Garantie der anerkannten evangelischen und katholischen Kirchenverhältnisse könne nicht, ohne lückenhaft zu werden, ins Einzelne gehen*". Demgegenüber stimmte er einem Vorschlag zur redaktionellen Verbesserung der Vorschrift zu, weil dieser "über diesen Punkt ganz mit dem Sinn des Entwurfes überein" stimme, und "diesen Sinn deutlicher und bestimmter" ausdrücke als der

⁶⁴² Der Berichterstatter der Redaktion führte in der Sitzung der Verfassungskommission vom 22. März 1831 unter anderem aus: "Die dermal bestehenden kirchlichen Verhältnisse sollen gewährleistet werden - das Gesetz wird Rücksicht nehmen auf die Bedürfnisse der Zukunft, die Freiheit in Glaubensangelegenheiten soll nicht mehr beschränkt werden, als die öffentliche Sicherheit erfordert, eine genaue Bestimmung dieser Beschränkung, glaubt die Redaktion, gestatte die Natur dieser zarten Materie nicht" (Tagblatt der Verhandlungen des Verfassungsrathes des Cantons Bern 1831, S. 25).

⁶⁴³ § 10 des Entwurfs lautete: "Die Glaubensfreiheit ist zugesichert. Die vom Staat anerkannten evangelisch-reformierten und römisch-katholischen Kirchenverhältnisse sind gewährleistet. Die Einrichtungen der Kapitelsversammlungen und einer Generalsynode soll der reformierten Geistlichkeit das Recht zu Anträgen und zu der freien Vorberathung in Kirchensachen zusichern. Die Zusammensetzung der Generalsynode soll auf dem Grundsatz der freien Stellvertretung beruhen" (Tagblatt der Verhandlungen des Verfassungsrathes des Cantons Bern 1831, S. 206).

Vorschlag der Kommission⁶⁴⁴. Damit erhielt die Staatsverfassung vom 6. Juli 1831 in § 11 Abs. 2 den folgenden Wortlaut:

"Die Rechte der bestehenden evangelisch-reformierten Landeskirche, so wie die der römisch-katholischen Kirche, in den sich zu ihnen bekennenden Gemeinden, werden gewährleistet."⁶⁴⁵

Im Rahmen der Revision von 1846 lag ein Vorschlag zur Gewährleistung der Rechte der evangelisch-reformierten und der römisch-katholischen Landeskirche auf dem Tisch, der sich im wesentlichen an der Bestimmung der Staatsverfassung von 1831 orientierte⁶⁴⁶. Soweit ersichtlich wurde der Inhalt dieser Rechte im einzelnen auch dieses Mal im Rahmen der Kommission nicht diskutiert; die Abschaffung der staatlichen Besoldung landeskirchlicher Geistlicher war kein Thema⁶⁴⁷. In den Beratungen des Verfassungsrats selbst wurden kirchliche Rechte nur beiläufig erwähnt. Am 2. Juli 1846 führte der Berichterstatter der Vorberatungskommission aus, der Satz über die Gewährleistung der Rechte der Landeskirchen sei der bisherigen Verfassung entnommen, "und es folgt aus dieser Garantie, dass beide Kirchen vom Staate als Korporationen anerkannt werden und als solche auf Unterstützung des Staats Anspruch haben"⁶⁴⁸. In der darauf folgenden Diskussion wurde auf die Gewährleistung der kirchlichen Rechte soweit ersichtlich nicht mehr Bezug genommen; im Vordergrund des Interesses

⁶⁴⁴ Tagblatt der Verhandlungen des Verfassungsrathes des Cantons Bern 1831, S. 218.

⁶⁴⁵ Der ganze § 11 lautete:

"Die Glaubensfreiheit ist zugesichert.

Die Rechte der bestehenden evangelisch-reformierten Landeskirche, so wie die der römisch-katholischen Kirche, in den sich zu ihnen bekennenden Gemeinden, werden gewährleistet.

Die Einrichtung der Kapitelsversammlungen und einer Generalsynode soll der reformierten Geistlichkeit das Recht zu Anträgen und zu der freien Vorberathung in Kirchensachen zusichern. Die Zusammensetzung der Generalsynode soll auf dem Grundsatz der freien Stellvertretung beruhen."

⁶⁴⁶ § 90 Abs. 1 des Entwurfs lautete: "Die Rechte der bestehenden evangelisch-reformierten Landeskirche, sowie der römisch-katholischen Kirche in den zu ihr sich bekennenden Gemeinden des Jura, und die öffentliche Ausübung ihres Gottesdienstes, sind gewährleistet" (zit. nach dem Tagblatt der Verhandlungen des Verfassungsrathes der Republik Bern Nr. 10).

⁶⁴⁷ Vgl. Tagblatt der Verhandlungen des Verfassungsrathes der Republik Bern Nr. 33, S. 13 ff.

⁶⁴⁸ Tagblatt der Verhandlungen des Verfassungsrathes der Republik Bern Nr. 84, S. 2.

stand die Gewährleistung der Glaubensfreiheit und die teilweise Verselbstständigung der evangelisch-reformierten Landeskirche. Die durch den Verfassungsrat verabschiedete Formulierung stimmte mit derjenigen von 1831 weitgehend überein⁶⁴⁹.

2.2 In der Grossratsdebatte vom 18. Dezember 1835

In Zusammenhang mit der Diskussion um das Eigentum am Kirchengut warf die Kontroverse um das Stiftsgebäude in Bern von 1835 besondere Wellen. Die Aufforderung des Regierungsrats an den damaligen Dekan Emanuel Stierlin, die bisherige Dekanatswohnung zu räumen und eine Wohnung der Münstergeistlichen zu beziehen, veranlasste diesen zu einer Denkschrift zuhanden des Grossen Rats. Dieser Umstand bot wiederum Anlass zur grossrätlichen Debatte vom 18. Dezember 1835⁶⁵⁰. Das Finanzdepartement bestritt in seinem Vortrag an den Rat die Existenz eines Kirchenguts mit der Begründung, zur Zeit der Reformation habe *keine Rechtsnachfolge der evangelischen auf die katholische Geistlichkeit* stattgefunden. Die Kirche als juristische Person sei aufgehoben worden, das Kirchengut als *bona vacantia* an den Staat gegangen. Konsequenterweise änderte deshalb in den Augen des Finanzdepartements

"das Dekret vom 7. Mai 1804 über die Besoldung der Geistlichkeit ... an dem so eben nachgewiesenen Eigentumsverhältnisse des Staates über das Kirchengut durchaus nichts, weil es seiner Form nach eine bloss finanzielle administrative Massregel ist, und ihm alle gesetzlichen Erfordernisse zu einem gültigen Verträge oder Uebereinkunft fehlen ..."⁶⁵¹.

Grossrat Friedrich Stettler, wie früher erwähnt gleichzeitig Beamter des Finanzdepartements (Lehenkommissär), sah sich durch den Vortrag zu einem längeren Grundsatzvotum herausgefordert⁶⁵², welches den Rat

⁶⁴⁹ § 80 Abs. 1 lautete: "Die Rechte der bestehenden evangelisch-reformierten Landeskirche, sowie der römisch-katholischen Kirche, in den zu ihnen sich bekennenden Gemeinden, sind gewährleistet" (zit. nach dem Tagblatt der Verhandlungen des Verfassungsrates der Republik Bern Nr. 95).

⁶⁵⁰ Vgl. für die nachstehenden Zitate die Verhandlungen des Grossen Rathes der Republik Bern 1835, Nro. 74.

⁶⁵¹ S. 3.

⁶⁵² S. 4 ff.

offensichtlich überzeugte⁶⁵³. Er unterstützte zwar die Schlussfolgerung des Departements, nach welcher die Reklamation Stierlins abzuweisen sei, doch widersprach er deren Begründung, weil diese "die allergrössten Blößen" böten und eines Rechtsstaats nicht würdig seien. Nach der Reformation seien die Kirchengüter – mit Ausnahme der Klostergüter – nie *bona vacantia* gewesen, und die reformierten Geistlichen seien als Nachfolger der katholischen "Nutzniesser des Kirchengutes" geworden. Die *Confessio Helvetica*, welche in Artikel 28 vom Bestand des Kirchenguts handelt, sei "gar kein verwerflicher Beweis, dass auch nach der Reformation ein Kirchengut existirt habe. Diese confessio helvetica" sei im Gegenteil "die Basis unseres ganzen Kirchenrechtes und ein rechtsgültiger Titel". Vor allem aber widersprach Stettler der Deutung des Mediationsdekrets durch das Finanzdepartement,

"denn just durch das Dekret von 1804 wurde die Stellung des Kirchengutes durchaus verändert. Bis zu Erlassung dieses Dekretes hatte ein unabhängiges Kirchengut bestanden, allein durch dasselbe hörte das Kirchengut auf und wurde Staatsgut ... Worin bestand nun die damalige Änderung? darin, dass das Kirchengut, welches sonst von der Geistlichkeit selbst verwaltet worden war, überging in die Hände der Regierung, und dass letztere dafür der Geistlichkeit eine jährliche Summe anwies, welche ungefähr dem jährlichen Ertrage des Kirchenvermögens gleich kam. Man sieht überhaupt, dass dieses Kirchenvermögen damals der Regierung nicht bloss zur Administration anvertraut, sondern als Staatsgut übergeben wurde ..."

Andererseits vertrat Stettler im Gegensatz zum Finanzdepartement ebenso dezidiert die Auffassung, der Staat sei an die Verpflichtung zur Besoldung der Geistlichen nicht nur gebunden, "so lange das obenerwähnte Dekret von 1804 besteht ...". Mit dieser Behauptung setze man

"die ganze Geistlichkeit in Zweifel, ob die Regierung die Besoldung, worauf die Geistlichkeit ein Recht hat, auch in Zukunft ihr zukommen lassen wolle oder nicht. Das hängt aber durchaus nicht von der Willkür der Regierung ab, denn jenes Dekret ist keineswegs nur eine administrative Massregel, sondern ja freilich ein förmlicher und gültiger Vertrag."

⁶⁵³ Stettlers Gegenantrag ("Mein Antrag geht somit dahin, dass Hr. Dekan Stierlin mit seiner Reklamation als unbegründet abgewiesen werde, weil seit 1804 kein unabhängiges Kirchengut mehr besteht, und die Regierung, sofern sie nur der Geistlichkeit ihre gehörige Besoldung zufließen lässt, das freie Dispositionsrecht über jedes einzelne Stück des Kirchengutes besitzt") wurde schliesslich mit grosser Mehrheit angenommen. Auf den Antrag des Finanzdepartements entfielen neun Stimmen.

2.3 Im Bericht der Spezialkommission von 1837

Wie bereits früher erwähnt setzte der Regierungsrat am 2. September 1836 eine Spezialkommission zur Behandlung der Frage einer Revision des Finanzwesens des Staats und der Gemeinden, des Armenwesens und der burgerrechtlichen Verhältnisse ein. Als deren Präsident amtierte Grossrat Friedrich Stettler, Lehenskommissär der Republik. Die Kommission führte in ihrem Bericht vom 14. Brachmonat 1837 zum Kirchenzehnten aus:

"Bekanntlich kamen die Kirchenezhnten erst im Jahr 1804, infolge von Unterhandlungen mit der Geistlichkeit, in den eigenthümlichen Besitz der Regierung, welche dagegen die Besoldung der Geistlichkeit übernahm, und dieser dazu eine bestimmte, auf die Schatzung des Ertrags der Zehnten und der übrigen Kircheneinkünfte gegründete, jährliche Summe zusicherte, welche seither noch vermehrt worden ist."⁶⁵⁴

Die Kommission betonte die Notwendigkeit, diese Zusicherung der Geistlichkeit gegenüber auch in Zukunft aufrechtzuerhalten, weil diese auf die Ausrichtung der Dotationssumme "*einen förmlichen Rechtsanspruch*" habe:

"Dass nun seither der Gesetzgeber einseitig, aus Gründen gemeinen Wohls, den Zehnten niedriger gewerthet, und nun – wenn obigen Anträgen beigepflichtet wird – ganz aufgehoben hat, das soll natürlich die Geistlichkeit keineswegs büssen, und solches kann auch unmöglich in den Gesinnungen der Regierung liegen. Diese hat den Kirchenezhnten unbedingt und ohne Vorbehalt übernommen, und der Geistlichkeit ebenso unbedingt die bestimmte jährliche Dotationssumme zugesichert, auf deren fortwährende Verabfolgung dieselbe also einen förmlichen Rechtsanspruch hat, wie solches auch im Jahre 1835 bei einem besonderen Anlass von dem Grossen Rathe anerkannt worden ist. Damit nun der Geistlichkeit zum voraus jede allfällige Besorgniss genommen werde, als könnte durch die Abschaffung der Zehnten gedacht ihr Rechtsanspruch gefährdet werden, stellt die Kommission folgenden Antrag: 'dass, ungeachtet der erkannten Aufhebung jeder Art von Zehnten, der Geistlichkeit die ungeschmälerte Fortbezahlung der ihr durch das Gesetz vom 7ten Mai 1804 und 11ten Juni 1806 zugesicherten jährlichen Dotationssumme förmlich gewährleistet werde."⁶⁵⁵

2.4 In Zusammenhang mit dem Gesetz vom 18. Januar 1874 über die Organisation des Kirchenwesens im Kanton Bern

Anlässlich der Vorarbeiten zum Kirchengesetz von 1874 stand mit Bezug auf das Kirchengut der Vorschlag des Regierungsrats im Zentrum des Interesses, den Kirchengemeinden das kirchliche Vermögen und die entsprechenden Verpflichtungen zu übertragen. Von kirchlichen Ansprüchen in Zusammenhang mit der Übernahme von Kirchengut durch den Staat war nur eher beiläufig die Rede. Im erläuternden Bericht zum Entwurf für ein Kirchengesetz von 1872⁶⁵⁶ wurde zu den §§ 44 und 45 ausgeführt:

"Der Vorschlag des Entwurfs geht von der Voraussetzung aus, dass das sog. Kirchengut zwar nicht herausgegeben, aber in eine *fixe Jahresrente* von 650,000 Fr., entsprechend ungefähr dem jetzigen Kultusbudget, umgewandelt und bis auf Weiteres, d.h. bis zur dereinstigen, reellen Herausgabe als jährlicher Beitrag an die Kultusbedürfnisse (Besoldungen der Pfarrer u.s.w.) in näher zu normirender Weise verabreicht werden solle. Gegen Uebernahme dieser Verpflichtung würde dann der Staat für dahin und daweg von allen weitem Verpflichtungen in Bezug auf das Kirchengut befreit. Es hätte dies den Sinn, dass einerseits neu entstehende Kultusbedürfnisse, falls sie die Fr. 650,000 überschreiten würden, von den betreffenden Gemeinden selbst aufzubringen wären und dass andererseits der Staat im Fall der wirklichen Herausgabe des Kirchenguts an die Kirchengemeinden unter keinen Umständen ein Mehreres als die auf dem Fusse von Fr. 650,000 *kapitalisirte* Rente herauszugeben hätte."⁶⁵⁷

In den grossrätlichen Beratungen selbst führte der Berichterstatter des Regierungsrats zu § 51 über die Lieferung von Holz⁶⁵⁸ etwa aus, dies seien "theilweise Leistungen des Staates, theilweise Leistungen einzelner Korporationen (Burggemeinden). Diese Leistungen beruhen zum Theil auf privatrechtlichen Titeln und können schon aus diesem Grunde nicht mit dem

⁶⁵⁶ Erläuternder Bericht zum Projekt-Gesetz über die Organisation des Kirchenwesens im Kanton Bern. Erster Entwurf der Kirchendirektion vom Februar 1872. Vortrag, gehalten zur Eröffnung der Verhandlungen der protestantischen und katholischen Abtheilung der Begutachtungs-Kommission am 12. und 17. August 1872, von deren Vorsitzenden, Herrn Regierungsrath und Kirchendirektor Teuscher.

⁶⁵⁷ Zit. nach ROBERT MORGENTHALER, Kirchengut, S. 29 f.

⁶⁵⁸ Die Bestimmung lautete: "Die Pfarrholzlieferungen sollen in der bisherigen Art und Weise fortbestehen.

Die daherigen Naturalleistungen des Staates können im Einverständniss mit der Kirchengemeinde in Geld umgewandelt werden" (Tagblatt des Grossen Rathes des Kantons Bern 1873, S. 287).

⁶⁵⁴ Vortrag für Reform des Finanz-, Armen- und Gemeindetellwesens, S. 40.

⁶⁵⁵ Vortrag für Reform des Finanz-, Armen- und Gemeindetellwesens, S. 40.

nassen Finger durch gestrichen werden. Auch von Seite des Staates beruhen sie auf Verpflichtungen, die er durch Kantonement übernommen hat ..."⁶⁵⁹. Anlass zu Kritik im Rat bot § 52 Abs. 2, welcher bestimmte:

"Mit den Leistungen, welche der Staat in Folge dieses Gesetzes übernimmt, fallen alle Ansprüche an das sog. Kirchengut dahin."⁶⁶⁰

Geltend gemacht wurde – irrigerweise –, dass der Staat bereits zur *Reformationszeit* die Kirchengüter eingezogen und damit die Verpflichtung zur Besoldung der Geistlichen übernommen habe⁶⁶¹. Dies veranlasste den Berichtstatter des Regierungsrats zu einer grundsätzlichen Stellungnahme. Regierungsrat Teuscher führte vor dem Grossen Rat am 30. Mai 1873 aus:

"Zwar nimmt auch die kirchliche Oberbehörde den gleichen Standpunkt ein, und man hört noch oft von einem besondern Kirchengute reden. Ein solches existirt aber nach der Ansicht des Regierungsrathes schon seit 1804 nicht mehr. Das Dekret vom 7. Mai 1804 sagt in § 1: 'Der Staat übernimmt nach dem Wunsche der Geistlichkeit die Beziehung und Verwaltung aller derselben zugehörenden urbarisirten Einkünfte, und wird sämmtlichen von der Regierung besoldeten Geistlichen mit Inbegriff der vormaligen obrigkeitlichen Beischüsse alljährlich zu ihrer Besoldung ausrichten die Summe der L. 275,000.' In den 20er Jahren wurde die Dotationssumme auf L. 303,000 erhöht, was in neuer Währung über Fr. 400,000 ausmacht. Seit 1804 hat der Staat eine Menge neuer Pfarreien kreirt und Besoldungen dafür ausgesetzt, in Folge dessen das Kultusbudget von Fr. 400,000 auf Fr. 660,000 für beide Konfessionen angewachsen ist. Wie ist es aber mit dem Gegenwerthe, mit den urbarisirten Einkünften zugegangen, welche bekanntlich in den Feudallasten, den Zehnten und Bodenzinsen bestanden haben? Herr Brunner als gewesenes Mitglied des Regierungsrathes weiss dies genau, und die Frage, ob der Staat bei der Liquidation der Feudallasten einen genügenden Gegenwerth erhalten habe, ist bald beantwortet. Was bleibt bei einem solchen historischen Gang der Dinge noch für ein Kirchengut übrig? Ist es nicht ein rein in Dunst und Nebel gehülltes Gebilde? Ich halte das zweite Alinea des § 52 für vollkommen begründet."⁶⁶²

⁶⁵⁹ Tagblatt des Grossen Rathes des Kantons Bern 1873, S. 287.

⁶⁶⁰ Tagblatt des Grossen Rathes des Kantons Bern 1873, S. 287.

⁶⁶¹ Grossrat Müller führte aus: "Vor der Reformation gehörten die Pfrunddomänen den Gemeinden, und die betreffenden Stifte hatten bedeutende Einkünfte (Zehnten, Bodenzinse u.s.w.), woraus der Pfarrer besoldet werden konnte. Bei der Reformation hat der Staat diese Güter zu Staatskirchengut gemacht, damit aber die Verpflichtung übernommen, die Geistlichen zu besolden und die Pfarrhäuser zu unterhalten" (Tagblatt des Grossen Rathes des Kanton Bern 1873, S. 286).

⁶⁶² Tagblatt des Grossen Rathes des Kantons Bern 1873, S. 288.

2.5 Anlässlich der versuchten Revision der Staatsverfassung von 1884

Auf einen am 7. Juni 1882 eingereichten Antrag hin wurde ein besonderer Verfassungsrat mit der Ausarbeitung einer neuen Staatsverfassung beauftragt. Der Entwurf wurde durch den Rat schliesslich nur mit knappem Mehr angenommen, die Revision scheiterte in der Volksabstimmung deutlich⁶⁶³. Der Vorentwurf sah diesmal nicht eine allgemeine Gewährleistung der "Rechte" der Landeskirchen, sondern der "bisherigen Leistungen des Staates an die Landeskirchen" vor⁶⁶⁴. Im Verfassungsrat wurde ein Antrag auf Trennung von Staat und Kirche gestellt. Die beantragte Formulierung lautete wie folgt:

"Der Staat Bern bekennt sich zum Grundsatz der Trennung von Kirche und Staat. Das Gesetz wird die Anwendung desselben regeln und sowohl die Interessen des Staates, als die zu Gunsten gewisser Konfessionen durch die früheren Verfassungen aufgestellten Garantien wahren."

Wie dem Wortlaut des Antrags zu entnehmen ist, ging offensichtlich auch der Antragsteller Xavier Kohler, Porrentruy, selbst davon aus, dass die "durch die früheren Verfassungen aufgestellten Garantien" zu wahren seien und eine Trennung (und eine damit verbundene Aufhebung der staatlichen Besoldung landeskirchlicher Geistlicher) demnach nicht ohne entsprechende Entschädigung vollzogen werden dürfte. Kohler gab dieser Auffassung auch in seiner Begründung des Antrags Ausdruck, in welcher er in Zusammenhang mit der staatlichen Übernahme von Kirchengut von *wohlerworbenen Rechten (droits acquis)* der Kirchen sprach und daraus folgerte "que l'on doit restituer aux deux Eglises leur part respective, à charge par elles d'administrer ces biens librement, par leurs synodes ou d'autres autorités"⁶⁶⁵.

⁶⁶³ JAKOB TOMASCHPOLSKY, Geschichte der bernischen Staatsverfassung, S. 27.

⁶⁶⁴ Art. 61 Abs. 2 des Entwurfs der Redaktionskommission vom März 1884 lautete: "Die bisherigen Leistungen des Staates an die Landeskirchen sind gewährleistet" (Verhandlungen des Verfassungsrathes des Kantons Bern 1884, S. 260).

⁶⁶⁵ Kohler führte am 16. Mai 1884 vor dem Verfassungsrat unter anderem aus: "Je fais aussi la part de l'Eglise dans les revenus qui lui appartiennent. Il s'agit ici de droits acquis, comme pour les bourgeoisies ... A l'époque de la réformation comme après la révolution française, l'Etat a bénéficié de la sécularisation de biens appartenant au clergé, avec lesquels il a constitué des traitements, prélevés encore aujourd'hui sur ces fonds spéciaux. Or, ma proposition ne tend nullement à frustrer quelqu'un du bénéfice des ces prébendes. Au contraire, je suis d'avis que l'on doit restituer aux deux Eglises leur part respective, à charge par elles d'administrer ces biens

Eine Entschädigungspflicht des Staats im Fall der Aufhebung der Staatsleistungen an die Kirchen bejahte auch der Berichterstatter der Kommission Frank. Er empfahl deshalb mit folgenden Worten die Ablehnung des Antrags auf Trennung:

"Die Frage der vollständigen Trennung von Kirche und Staat ist kürzlich im Kanton Zürich diskutiert worden. Es ist der Vorschlag gefallen, die Kirche auszu-kaufen (denn Rechte hat sie dort wie bei uns), ihr zehn Millionen zu zahlen und sie dann sich selbst zu überlassen ... Auch in unserm Kanton hat die Frage eine grosse finanzielle Tragweite. Ich möchte keine Rechnung aufstellen; jedenfalls aber müssten die Leistungen des Staates, zu denen er sich bis dahin verpflichtet hat, auf irgend eine Weise abgelöst werden. Darum möchte ich Ihnen vorläufig empfehlen, auf die zwei gefallenen Anträge nicht einzutreten, sondern den Antrag der Kommission anzunehmen."⁶⁶⁶

Dieselbe Auffassung vertrat in diesem Punkt Regierungsrat Gobat. Er wies einen Antrag auf besondere Behandlung der evangelisch-reformierten und der römisch-katholischen Kirche analog der Verfassung von 1846 zurück, weil eine solche aufgrund der unterdessen in Kraft getretenen Bundesverfassung nicht mehr zulässig sei. In diesem Zusammenhang führte Gobat aus:

"Wir haben nur *ein* Recht diesen zwei sogenannten Landeskirchen gegenüber, nämlich zu sagen: wir besolden und unterhalten diese beiden Kirchen. Das dürfen wir thun, weil sie erworbene Rechte haben, welche durch eine Verfassung nicht verletzt werden dürfen. Also ist es vollkommen im Einklange mit der Bundesverfassung, wenn es im zweiten Alinea von Art. 61 des Entwurfs heisst: 'Die bisherigen Leistungen des Staates an die Landeskirchen sind gewährleistet'. "⁶⁶⁷

2.6 Keine explizite Bestätigung in den Beratungen der Staatsverfassung vom 4. Juni 1893

In den grossrätlichen Beratungen der Verfassung von 1893⁶⁶⁸ kam das Thema des Kirchenguts und damit zusammenhängender Rechte der Kirche

librement, par leurs synodes ou d'autres autorités, sous la seule surveillance de l'Etat" (Verhandlungen des Verfassungsrathes des Kantons Bern 1884, S. 266).

⁶⁶⁶ Verhandlungen des Verfassungsrathes des Kantons Bern 1884, S. 263.

⁶⁶⁷ Verhandlungen des Verfassungsrathes des Kantons Bern 1884, S. 273.

⁶⁶⁸ Die Stimmbürger hatten am 20. November 1892 beschlossen, den Grossen Rat und nicht einen besondern Verfassungsrat mit der Ausarbeitung der neuen Verfassung zu beauftragen.

nicht zur Sprache. In Zusammenhang mit dem heutigen Art. 84 StV wurde praktisch nur die Frage der Anerkennung der christkatholischen Kirche als Landeskirche diskutiert⁶⁶⁹.

2.7 In Zusammenhang mit dem Gesetz vom 6. Mai 1945 über die Organisation des Kirchenwesens

Die Kirchendirektion schnitt in ihrem Vortrag zum Entwurf für das heute geltende Kirchengesetz beiläufig die Frage einer grundsätzlichen Reform des bernischen Staatskirchenrechts an, welche allerdings "unter den heutigen Verhältnissen nur in der *völligen Trennung von Kirche und Staat gipfeln*" könnte und deshalb nicht aktuell sei. In Zusammenhang mit einer allfälligen Trennung führte die Kirchendirektion aus:

"Sachlich würde die Aufrollung dieser Frage einer ganzen Reihe schwieriger Probleme rufen, deren Lösung nicht einfach sein würde. Die Finanzgebarung der kirchlichen Gemeinschaften müsste auf einen ganz neuen Boden gestellt werden und dabei wäre eine finanzielle Auseinandersetzung zwischen dem Staat und den in freie Gemeinschaften umgewandelten Landeskirchen nicht zu vermeiden. Man braucht hier nur die Frage der Herausgabe des vom Staat nach der Reformation an sich gezogenen Kirchengutes aufzuwerfen, um sich Rechenschaft zu geben, vor welche Probleme man hier gestellt würde. Formell müsste einer Revision auf diesem Wege eine Verfassungsrevision vorangehen."⁶⁷⁰

In der grossrätlichen Beratung des heutigen Art. 54 KiG kam das Thema offenbar nicht mehr zur Sprache⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ Vgl. Tagblatt des Grossen Rathes des Kantons Bern 1893, S. 76 ff. (1. Lesung) und S. 204 ff. (2. Lesung).

⁶⁷⁰ Vortrag der Direktion des Kirchenwesens an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates betreffend das Gesetz über die Organisation des Kirchenwesens vom November 1943/April 1944, in: Beilagen zum Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 1944 II, Beilage 19, S. 438.

⁶⁷¹ Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 1944 I, S. 833 f., und 1945 I, S. 28.

2.8 In der Stellungnahme des Regierungsrats zur eidgenössischen Trennunginitiative von 1976

Eine am 17. September 1976 eingereichte Volksinitiative verlangte die "vollständige Trennung von Staat und Kirche" auf Bundesebene. Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens nahm auch der Regierungsrat des Kantons Bern Stellung. Soweit die evangelisch-reformierte Landeskirche betreffend, führte er in seiner Eingabe vom 17. August 1977 zum Verhältnis von Staat und Kirche im Kanton Bern und im besonderen zu finanziellen Aspekten aus⁶⁷²:

"Durch Dekret vom 7.5.1804 hat der *Staat* Bern die Kirchengüter säkularisiert und zum Unterhalt übernommen. Gleichzeitig verpflichtete er sich, die Geistlichen aus dem Ertrag dieser Güter zu besolden. Aufgrund dieser Verpflichtung sieht das Kultus-Budget des Kantons Bern für 1977 Gesamtausgaben von rund 45 Mio. Franken vor, was rund 1,8 Prozent der gesamten Staatsausgaben entspricht. Hinzu kommen die Aufwendungen für den Unterhalt der staatlichen Pfarrhäuser und für die beiden theologischen Fakultäten an der Universität Bern."

Im Rahmen seiner eigenen rechtlichen Erwägungen zur Initiative bemerkte der Regierungsrat weiter⁶⁷³:

"Die Verpflichtungen des Staates Bern gegenüber den Landeskirchen beruhen auf verschiedensten Rechtstiteln, inbezug auf die römisch-katholische Kirche auf internationalen Verträgen ... Inbezug auf die evangelisch-reformierte Landeskirche beruht die Besoldungspflicht des Staates gegenüber den Pfarrern auf der Säkularisierung des Kirchengutes. Hinzuweisen ist ferner auf die Ende des letzten Jahrhunderts zwischen den Kirchgemeinden einerseits und den Einwohner- und Bürgergemeinden andererseits abgeschlossenen Güterausscheidungsverträge. In diesen Verträgen haben sich namentlich die Bürgergemeinden gegenüber den Kirchgemeinden vielfach zur Lieferung von Brenn- und Bauholz oder des entsprechenden Gegenwertes in Geld verpflichtet. Ihnen wird in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle heute noch nachgelebt. Der vorgeschlagene Artikel 51 Bundesverfassung würde in wohlerworbene Rechte eingreifen. Im Falle seiner Annahme würde die Eidgenossenschaft entschädigungspflichtig."

Als rechtliche Auswirkungen der Initiative nannte der Regierungsrat u.a. die "Verletzung internationaler Verträge; Entschädigungspflicht der Eidgenossenschaft auch wegen Eingriffs in wohlerworbene Rechte, die durch innerstaatliche Erlasse und Verträge begründet wurden", die "Rückgabe der Kir-

⁶⁷² Ziff. 1.31 der Stellungnahme vom 17. August 1977.

⁶⁷³ S. 5 f. der Stellungnahme.

chengüter an die Nachfolgeorganisationen der heutigen Kirchgemeinden", für die Geistlichen den "Verlust des Beamtenstatus' und des Anspruchs auf staatliche Besoldung und Rentenzahlungen. Entschädigungspflicht der Eidgenossenschaft". Unter den finanziellen Auswirkungen nannte er "für die Eidgenossenschaft: massive Entschädigungspflicht wegen Eingriffs in wohlerworbene Rechte (Pfarrbesoldungen etc.)"⁶⁷⁴.

2.9 Im Bericht der Expertenkommission für die Neuordnung der staatlichen Leistungen im Kirchenwesen vom 18. Oktober 1990

Die bereits früher erwähnte, mit Beschluss des Regierungsrats vom 15. Februar 1989 eingesetzte Expertenkommission für die Neuordnung der staatlichen Leistungen im Kirchenwesen empfahl in ihrem Bericht vom 18. Oktober 1990 dem Regierungsrat unter anderem mit folgender Begründung "dringend, von der Einführung der Beitragspflicht der Kirchgemeinden an den Staat abzusehen":

"Die Besoldungspflicht des Staates gegenüber den Pfarrern der Landeskirchen beruht auf historischen Rechtstiteln. Als Ausdruck staatlicher Verantwortung für das Kirchenwesen und das Wohl der Geistlichkeit hat sie auch heute noch ihren tieferen Sinn."⁶⁷⁵

2.10 In Zusammenhang mit der neuen Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993

Anlässlich der Vorarbeiten für die neue Verfassung des Kantons Bern diskutierte die Verfassungskommission die Option einer grundsätzlichen Trennung von Staat und Kirche. Die zwei in diesem Zusammenhang einge-

⁶⁷⁴ S. 7 f. Die rechtliche Begründung der durch den Regierungsrat erwähnten Behauptung einer Entschädigungspflicht der *Eidgenossenschaft* für den Fall, dass der Bund den Kantonen die Trennung vorschreibt, dürfte einige Probleme aufwerfen. Die Frage bildet allerdings nicht Gegenstand dieses Gutachtens und wird deshalb nicht weiter erörtert.

⁶⁷⁵ Bericht Neuordnung der staatlichen Leistungen, S. 5.

holten Gutachten⁶⁷⁶ äusserten sich unter anderem auch zur Frage der Ablösung bisheriger Staatsleistungen. Der Gutachter ISELIN vertrat die Ansicht, dass eine solche eine Entschädigungspflicht in der Grössenordnung von einigen hundert Millionen Franken nach sich ziehen würde⁶⁷⁷. Die Trennung wurde durch die Kommission nicht vorgeschlagen. Im Gegenteil sah der Vernehmlassungsentwurf vom 9. April 1991 in Art. 119 Abs. 3 ausdrücklich vor, dass der Kanton die Geistlichen der Kirchgemeinden, Anstalten und Regionalpfarrämter besoldet. Damit sollte nicht materiell eine neue Lösung eingeführt, sondern lediglich die heute aufgrund von Art. 54 KiG bestehende Pflicht des Kantons "neu ausdrücklich auf Verfassungsstufe verankert" werden⁶⁷⁸. Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens erfuhr diese Bestimmung mehrheitlich Kritik. Geltend gemacht wurde namentlich, der Absatz sei "nicht verfassungswürdig und sollte auf Gesetzesebene geregelt werden", er mute "von der Gedankenfreiheit her ... bedenklich an" und die Verfassung würde "frappant den Gleichheitssatz verletzen"; es sei besser "die Autonomie der Kirchen zu fördern", und die Kirchgemeinden seien zur Besoldung der Geistlichen (teilweise) zu verpflichten⁶⁷⁹. Verfassungskommission und Regierungsrat verzichteten schliesslich auf eine entsprechende Vorschrift und legten dem Grossen Rat betreffend die Staatsleistungen an die Landeskirchen den folgenden Wortlaut vor:

"Sie bestreiten ihren Aufwand durch die Beiträge ihrer Kirchgemeinden und durch die vom Gesetz bezeichneten Leistungen des Kantons."⁶⁸⁰

Im Rahmen der grossrätlichen Beratungen wurde zwar nicht diese konkrete

⁶⁷⁶ DIETRICH ISELIN-SARAUW, Gutachten; UELI FRIEDERICH, Auswirkungen einer Trennung von Staat und Kirchen im Kanton Bern. Kurzer, praxisorientierter Bericht, Bern 1991.

⁶⁷⁷ DIETRICH ISELIN-SARAUW, Gutachten, S. 39 f.

⁶⁷⁸ Erläuterungen zum Kommissionsentwurf vom 9. April 1991. Für eine neue Verfassung des Kantons Bern, Bern 1991, S. 79.

⁶⁷⁹ Vernehmlassungsbericht II zum Kommissionsentwurf vom 9. April 1991. Systematische Darstellung der Eingaben, Bern 1991, S. 161, 198. Auch der Regierungsrat beantragte in seiner Stellungnahme vom 4. September 1991 S. 16 die Streichung der Vorschrift mit folgender Begründung: "Die Regelung hat nicht Verfassungsrang und gehört auf Gesetzesebene."

⁶⁸⁰ Gemeinsamer Antrag von Verfassungskommission und Regierungsrat betreffend die Totalrevision der Verfassung, Beilage 21 zum Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 1992, Art. 122 Abs. 3.

Bestimmung, wohl aber – in Zusammenhang mit einem entsprechenden Antrag⁶⁸¹ – die Trennung von Staat und Kirche im grundsätzlichen diskutiert. In der ersten Lesung des Entwurfs vom 24. Juni 1992 wurde gegen die Trennung "die tiefe Verstrickung der offiziellen Kirchen im güterrechtlichen Bereich" angeführt und darauf hingewiesen, dass eine Trennung "zu Auseinandersetzungen führen" würde, "die gar nicht zu bewältigen sind"⁶⁸². Befürworter des Antrags kritisierten dagegen die heute erbrachten Staatsleistungen unter anderem mit dem Argument, eine allfällige Schuld sei durch "die 200jährige Besoldung von Pfarrern ... längst abgegolten"⁶⁸³. Hinterfragt wurde im Rat auch die Herkunft des Kirchenguts:

"Mit welchem Recht beansprucht die evangelisch-reformierte Landeskirche ihren Anteil an den Kirchengütern, die während des Mittelalters angesammelt worden sind? Die Kirche hat sich Güter angeeignet, die ihr eindeutig nicht gehören. So wurden Täufer verfolgt und deren Güter eingezogen. Diese kamen der evangelisch-reformierten Landeskirche zugute, beispielsweise die Kirche von Schwarzenegg."⁶⁸⁴

Der Antrag auf Trennung wurde schliesslich verworfen⁶⁸⁵. In der zweiten Lesung kam das Thema der Staatsleistungen und des Kirchenguts nicht mehr zur Sprache. Der zitierte Vorschlag der Kommission und des Regierungsrats wurde damit, nun als Art. 123 Abs. 3, dem Volk am 6. Juni 1993 zum Entscheid vorgelegt⁶⁸⁶.

3. Verminderung oder Aufhebung der Verpflichtung durch besondere Gründe?

Der Kanton Bern hat sich nach dem Gesagten verpflichtet, die Geistlichen der evangelisch-reformierten Landeskirche *andauernd* zu besolden. Diese

⁶⁸¹ Grossrat Waber beantragte einen Artikel 120 mit dem Wortlaut: "Staat und Kirche sind getrennt" (Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 1992, S. 787).

⁶⁸² Votum Blaser (Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 1992, S. 789).

⁶⁸³ Votum Rey-Kühni (Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 1992, S. 791).

⁶⁸⁴ Votum Külling (Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 1992, S. 792).

⁶⁸⁵ Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 1992, S. 794.

⁶⁸⁶ Vgl. Botschaft des Grossen Rates des Kantons Bern zur kantonalen Volksabstimmung vom 6. Juni 1993, S. 68.

Verpflichtung besteht heute noch unter der Voraussetzung, dass nicht besondere Gründe für deren Beendigung oder Verminderung sprechen. Eine einseitige Beendigung dieses Dauerschuldverhältnisses durch "Kündigung" hat bisher nicht stattgefunden⁶⁸⁷. Zu prüfen sind damit noch drei mögliche Einwände gegen den Fortbestand der Verpflichtung, nämlich das *Erlöschen durch Zeitablauf*, der *Untergang bzw. die umfangmässige Veränderung der staatlichen Verpflichtung aufgrund veränderter Umstände* unter dem Gesichtspunkt der *clausula rebus sic stantibus* sowie die (teilweise) *Tilgung* der Schuld durch bisher erbrachte Staatsleistungen.

3.1 Erlöschen durch Zeitablauf?

Die Frage des Erlöschens einer auf unbestimmte Dauer abgeschlossenen Vereinbarung prüfen und bejahen beispielsweise BUCHER/SALADIN als Gutachter in Zusammenhang mit einer Vereinbarung zwischen der Stadt Bern und der Eidgenossenschaft betreffend den Flugplatz Bern-Belpmoos aus dem Jahr 1929, nach welcher sich die Stadt gegen eine Bundessubvention von Fr. 200'000.-- verpflichtete, die Flugplatzanlage "dauernd" in gebrauchsfähigem Zustand zu erhalten. BUCHER/SALADIN betonen, dass für die "Untersuchung der Bindungswirkung des Vertrages ... einzig die im Vertrag selber statuierten Pflichten und die Vorstellungen und Absichten der Parteien bei Vertragsabschluss zu berücksichtigen" sind, und führen dazu zunächst aus:

"Wie lange die Stadt Bern durch die Vereinbarung von 1929 gebunden bleibt, wird primär durch das Verständnis des Vertrages selber bestimmt. Massgebend ist nach dem Vertrauensprinzip die Frage: Wie durfte die Schweizerische Eidgenossenschaft nach Treu und Glauben die Zusicherung der Stadt Bern auffassen, die Flugplatzanlage 'dauernd' in gebrauchsfähigem Zustand zu erhalten und den ganzjährigen Betrieb des Flugplatzes sicherzustellen? Die Antwort kann nur dahin gehen, dass eine derartige Verpflichtung nur für eine beschränkte Dauer, für die absehbare nähere Zukunft nach 1929, angenommen werden kann und ein weitergehender Verpflichtungswille Berns aus der Vereinbarung nicht abgeleitet werden darf. Dass eine präzise Terminierung der Verpflichtung unterblieb und von einer 'dauernden' Verfügbarkeit des Flugplatzes gesprochen wurde, erklärt sich einmal aus dem Umstand, dass vermutlich bei den die Stadt Bern vertretenden Funktionären die subjektive Vorstellung bestand, die Einrichtung des Flugplatzes

werde ohnehin eine dauernde sein. Sodann ist zu berücksichtigen, dass die Parteien nie zu einem förmlichen Vertragsschluss gelangt sind, der in einer sorgfältig überlegten und präzise ausgehandelten Vertragsurkunde seinen Niederschlag gefunden hätte."⁶⁸⁸

Die Gutachter stellen damit zunächst auf den (hypothetischen) *Willen der Vertragsparteien* und deren *Vorstellungen über die künftige Entwicklung* sowie auf die Tatsache ab, dass der *Wortlaut der Vereinbarung offenbar nicht allzu sorgfältig gewählt* wurde. Die Kriterien können analog wohl auch für die Auslegung des "vertragsähnlichen" Dekrets vom 7. Mai 1804 angewendet werden.

Wie erwähnt lassen die Formulierungen des Dekrets selbst und die Umstände seines Erlasses nur den Schluss zu, dass sich der Kanton nicht nur für eine beschränkte Zeitdauer, sondern – entsprechend dem andauernden Genuss der Erträge aus dem Kirchengut – *auf unbestimmte Zeit*, jedenfalls bis zur allfälligen "dereinstigen reellen Herausgabe" desselben zur Ausrichtung der Besoldung verpflichten wollte und verpflichtete⁶⁸⁹. "Entscheidend" für die Annahme der Gutachter BUCHER/SALADIN, die Stadt Bern habe sich nicht auf unbeschränkte Dauer verpflichten wollen, ist der Umstand, dass die Vereinbarung ausdrücklich die Möglichkeit der "Entlastung Berns ohne Subventionsrückzahlung" nach Ablauf von 15 Jahren vorsah, falls die "Entwicklung des Luftverkehrs" mit "derartigen Veränderungen" verbunden wäre, dass "diese Verpflichtungen nicht mehr der allg. Situation angepasst wären"⁶⁹⁰: Die Stadt behielt sich also die Berufung auf die *clausula rebus sic stantibus*⁶⁹¹ ausdrücklich vor. Anhaltspunkte für die Annahme eines entsprechenden, auch nur stillschweigenden Vorbehalts des Gesetzgebers in Zusammenhang mit dem Dekret von 1804 sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil sicherte der Kanton mit § 1 des Dekrets "unbedingt die bestimmte jährliche Dotationssumme" und deren "fortwährende Verabfolgung" zu⁶⁹².

⁶⁸⁸ EUGEN BUCHER/PETER SALADIN, Rechtsgutachten, S. 101 f.

⁶⁸⁹ Vgl. vorn S. 119 ff., 131 ff., 176 f.

⁶⁹⁰ EUGEN BUCHER/PETER SALADIN, Rechtsgutachten, S. 102.

⁶⁹¹ Zur *clausula rebus sic stantibus* sogleich S. 195 ff.

⁶⁹² Vortrag für Reform des Finanz-, Armen- und Gemeindetellwesens, S. 40.

⁶⁸⁷ Zur Möglichkeit der künftigen Aufhebung der staatlichen Besoldung hinten S. 211 ff.

Auch nicht vergleichen lässt sich die subjektive Vorstellung der Beteiligten im Fall der durch BUCHER/SALADIN beurteilten Vereinbarung und im Fall des Dekrets von 1804. Wie sich eine Flugplatzanlage und die finanziellen Aufwendungen für den Betrieb in Zukunft im einzelnen genau entwickeln würden, war um 1929 nicht zuverlässig abschätzbar; dass eine Partei in einer solchen Situation nicht ohne weiteres beliebige "Blankoverpflichtungen" eingehen kann, liegt auf der Hand. Demgegenüber betraf die Regelung des Dekrets einen *jahrhundertealten und entsprechend bekannten Sachverhalt*; der Kanton verpflichtete sich zudem nicht zu einer beliebig hohen, nicht im voraus abschätzbaren Leistung, sondern zu einer *bezzifferten Dotationssumme* von Liv. 275'000.--.

Die Materialien zum Dekret und namentlich der Umstand, dass der Wortlaut der Bestimmungen wiederholt verändert wurde⁶⁹³, verbieten die (im Fall der durch BUCHER/SALADIN begutachteten Vereinbarung zutreffende) Annahme, der Wortlaut der Regelung sei nicht sorgfältig redigiert worden⁶⁹⁴.

Auch unter dem Gesichtspunkt der *Leistungsäquivalenz* ist die Besoldungspflicht des Kantons Bern nicht erloschen. Die mit dem Dekret von 1804 zugesicherte Dotationssumme entsprach dem (geschätzten) Ertrag des Kirchenguts, welcher dem Kanton daraus (alljährlich!) zugute kam; die Verpflichtung des Staats war und ist verhältnismässig. Im Fall der Vereinbarung zwischen der Eidgenossenschaft und der Stadt Bern war demgegenüber bereits um 1929 "erkennbar, dass die Entwicklung des Luftverkehrs und dessen Technik eine Richtung nehmen könnte, welche kostspielige und in keinerlei Verhältnis zur Summe von Fr. 200'000.-- stehende Aufwendungen des Flugplatzhalters notwendig machen könnte"⁶⁹⁵. Der Nachweis *tatsächlich* veränderter Verhältnisse, namentlich des Erfordernisses unvergleichlich grösserer Aufwendungen, könnte "mit Leichtigkeit geleistet werden"⁶⁹⁶.

⁶⁹³ Vgl. z.B. das Protokoll des Kleinen Rats vom 26. April, Akten Staatsarchiv A II 1049, S. 422.

⁶⁹⁴ Wiederholt wurde in den Materialien auf die Bedeutung der zu erlassenden Besoldungsordnung als eines "in mannigfaltiger Rücksicht höchst wichtigen Gegenstandes" (so der Vortrag des Kirchenrats vom 10. September 1803, Akten Staatsarchiv B III 293, S. 29 ff., 29) verwiesen. Vgl. z.B. auch das Protokoll des Grossen Rats vom 30. Dezember 1803, Akten Staatsarchiv A II 4001, S. 291 f., 292.

⁶⁹⁵ EUGEN BUCHER/PETER SALADIN, Rechtsgutachten, S. 102.

⁶⁹⁶ EUGEN BUCHER/PETER SALADIN, Rechtsgutachten, S. 103.

Gegen ein Erlöschen durch Zeitablauf spricht im vorliegenden Fall schliesslich der Umstand, dass die kantonale Gesetzgebung die *Besoldungspflicht immer wieder ausdrücklich statuiert* und in diesem Zusammenhang kirchliche Ansprüche an das Kirchengut (im abwehrenden Sinn) als mit diesen (aktuellen!) Leistungen abgegolten erklärt hat⁶⁹⁷. Auch in dieser Hinsicht liegt der Fall "Belpmoos" anders: Die Stadt Bern gab später in Zusammenhang mit der Verlängerung der Betriebskonzession für den Flugplatz ausdrücklich zu erkennen, dass sie sich grundsätzlich nicht (mehr) verpflichtet sehe, Beiträge an die Defizitdeckung des Flugplatzbetriebs zu leisten⁶⁹⁸.

Damit bieten die durch BUCHER/SALADIN entwickelten Kriterien keine Anhaltspunkte für die Annahme einer Beendigung der Besoldungspflicht. Anderweitige Gründe für ein Erlöschen sind nicht ersichtlich. Durch blossen Zeitablauf ist die staatliche Verpflichtung zur Besoldung der evangelisch-reformierten Geistlichen damit nicht "erodiert".

3.2 Unter dem Gesichtspunkt der *clausula rebus sic stantibus*?

Grundsätzlich gilt im Vertragsrecht ganz allgemein die letztlich naturrechtlich begründete Regel, dass abgeschlossene Vereinbarungen prinzipiell binden: *pacta sunt servanda*. Unter dem Gesichtspunkt der sogenannten *clausula rebus sic stantibus* kann sich eine Vertragspartei allerdings dann von einer vertraglichen Bindung befreien, wenn die Umstände seit dem Vertragsschluss derart geändert haben, dass ihr die Erfüllung ihrer Verpflichtungen nicht mehr zugemutet werden kann. Für das *Privatrecht* gelten hinsichtlich der Annahme derart veränderter Umstände grundsätzlich strenge Voraussetzungen. In einem Entscheid aus dem Jahr 1942⁶⁹⁹ führte das Bundesgericht dazu aus:

"Die Störung des Verhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung infolge ausserordentlicher Änderung der Umstände wird als Grund der Auflösung oder Abänderung des Vertrages anerkannt, wenn sie gross, auffällig oder übermässig

⁶⁹⁷ Ab 1874 bis zum heute geltenden Kirchengesetz § 50 Abs. 3 des Gesetzes vom 18. Januar 1874 über die Organisation des Kirchenwesens im Kanton Bern, heute Art. 54 Abs. 3 KiG.

⁶⁹⁸ EUGEN BUCHER/PETER SALADIN, Rechtsgutachten, S. 104.

⁶⁹⁹ BGE 68 II 170.

ist; wenn das Beharren auf dem Vertrag durch den Vertragsgegner eine Ausbeutung der Zwangslage des Schuldners, einen offenkundigen Rechtsmissbrauch darstellt."

Allgemein anerkannt ist, dass die Klausel in Zusammenhang mit *öffentlich-rechtlichen* Verträgen weniger streng zu handhaben ist; in jedem Fall hat aber eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen zu erfolgen⁷⁰⁰. Die Grenze der Zumutbarkeit ist anhand der konkreten Verhältnisse, des Vertragsinhalts und der beteiligten Rechtssubjekte festzusetzen; koordinationsrechtliche Verträge sind deshalb einer Anpassung im allgemeinen leichter zugänglich als subordinationsrechtliche⁷⁰¹.

Grundsätzlich ist der Anwendungsbereich der *clausula rebus sic stantibus* nicht auf vertragliche Vereinbarungen beschränkt. Auch *andere Rechtstitel* können gestützt auf diesen Grundsatz dahinfallen. Das deutsche Bundesverwaltungsgericht hat – deswegen in der Lehre allerdings kritisiert⁷⁰² – mehrmals unter Berufung auf den "Wegfall der Verhältnisse als Grund für die Unwirksamkeit von Normen" und damit sinngemäss auf die *clausula* entschieden, dass (nicht-vertragliche) historische Rechtstitel betreffend Staatsleistungen an Kirchen obsolet geworden seien⁷⁰³.

Bezogen auf die hier interessierende Frage lässt sich unter dem Gesichtspunkt der *clausula rebus sic stantibus* das folgende sagen: Hinsichtlich der *Besoldung landeskirchlicher Geistlicher als solcher* lassen sich keine (wesentlich) veränderten Umstände erkennen. Der Nominalwert der Pfarrgehälter hat sich zwar vervielfacht, doch lässt sich in Anbetracht der Geldwertverhältnisse um 1804 wohl nicht belegen, dass die Besoldung deshalb unverhältnismässig geworden wäre. Demgegenüber hat sich der *Bestand des Kirchenguts* dadurch nicht unwesentlich verändert, dass der Kanton eine grosse Zahl von *Liegenschaften veräussert* hat. Zudem sind die

⁷⁰⁰ Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern Nr. 18672U vom 2. August 1993 i.S. Einwohnergemeinde Thun gegen Staat Bern, E. 5a, m.H. auf Lehre und Judikatur.

⁷⁰¹ RENÉ A. RHINOW/BEAT KRÄHENMANN, Verwaltungsrechtsprechung, S. 145.

⁷⁰² Vgl. die kritischen Bemerkungen bei ULRICH SCHEUNER, Fortfall gemeindlicher Kirchenbaulasten durch völlige Änderung der Verhältnisse, in: ZevKR 14 (1968/69), S. 353, auch wiedergegeben in: DERS., Schriften zum Staatskirchenrecht, Berlin 1973, S. 263 ff.

⁷⁰³ Vgl. z.B. BVerwGE 28, S. 179 ff.

Zehnten, welche zu Beginn des 19. Jahrhunderts einen beträchtlichen Teil der Einkünfte ausmachten, später *abgelöst* worden. Beide Veränderungen sind insofern beachtlich, als die dem Staat zufallenden Erträge des Kirchenvermögens gewissermassen die Gegenleistung für die staatliche Besoldung der Geistlichen darstellen. Allerdings hat der Kanton Bern selbst diese Änderungen durch gesetzgeberische Massnahmen und den Abschluss von Rechtsgeschäften verursacht. Im Rahmen der geforderten Interessenabwägung ist in Anschlag zu bringen, dass das *Vertrauensprinzip* (auch) im öffentlichen Recht verlangt,

"dass einer Willensäusserung der Sinn zu geben ist, den ihr der Empfänger aufgrund der Umstände, die ihm im Zeitpunkt des Empfangs bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen, in guten Treuen beilegen durfte und beilegen musste"⁷⁰⁴.

Unter diesem Gesichtspunkt könnten Veränderungen nur unter ganz besonderen Umständen dazu führen, dass der Weiterbestand einer Verpflichtung *für die Partei* unzumutbar wird, welche diese *Veränderungen durch eigenes Verhalten verursacht* hat. Solche Umstände sind nicht ersichtlich; im Gegenteil wäre eine staatliche Berufung auf Unzumutbarkeit zumindest nahe an der Grenze des Rechtsmissbrauchs. Der Kanton Bern kann sich deshalb – was staatlicherseits übrigens ausdrücklich bestätigt worden ist⁷⁰⁵ – nach dem Grundsatz von Treu und Glauben in diesem Zusammenhang nicht auf die *clausula rebus sic stantibus* berufen.

Veränderte Umstände auf seiten der Kirche hat schliesslich die *Steuerhoheit der Kirchgemeinden* bewirkt, durch welche diesen und indirekt auch der Landeskirche als solcher⁷⁰⁶ Mittel in beträchtlicher Höhe zufließen. Diese Mittel berühren aber den Gegenstand der Staatsleistungen nicht oder nur

⁷⁰⁴ BGE 103 Ia 509.

⁷⁰⁵ Vgl. die vom S. 182 zitierte Stelle aus dem Vortrag für Reform des Finanz-, Armen- und Gemeindetellwesens, S. 40, wonach es "die Geistlichkeit keineswegs büssen" soll, dass der Gesetzgeber seit 1804 "einseitig, aus Gründen des gemeinen Wohls, den Zehnten niedriger gewerthet, und nun ... ganz aufgehoben hat". Denn die Regierung hat "den Kirchenzehnten unbedingt und ohne Vorbehalt übernommen, und der Geistlichkeit ebenso unbedingt die bestimmte jährliche Dotationssumme zugesichert".

⁷⁰⁶ Vgl. Art. 59 Abs. 1 KiG: "Die Landeskirchen sind befugt, zur Bestreitung ihrer Bedürfnisse von ihren Kirchgemeinden Beiträge zu erheben, die nach der finanziellen Leistungsfähigkeit der Kirchgemeinden bemessen werden sollen..."

sehr am Rand. Sie werden – allenfalls mit Ausnahme von Gemeindezulagen – nicht zur Besoldung der durch den Kanton entlöhnten Pfarrerinnen und Pfarrer, sondern für "eigentliche" Gemeindeaufgaben, z.B. soziale Tätigkeiten, verwendet. Auch diese Veränderungen stehen damit *in keinem direkten Zusammenhang mit der staatlichen Besoldung der Geistlichen*. Sie vermögen deshalb die Anrufung der *clausula* ebenfalls nicht zu rechtfertigen.

Eine Berufung des Kantons auf die *clausula rebus sic stantibus* erscheint schliesslich aufgrund des Vertrauensgrundsatzes deshalb grundsätzlich ausgeschlossen, weil er sich immer wieder zu seiner (vom aktuellen Gesetz unabhängigen) Verpflichtung, die evangelisch-reformierten Geistlichen zu besolden, *bekannt* hat⁷⁰⁷. Was das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Bezug auf die Verbindlichkeit einer 1759 zwischen dem Staat Bern und der Einwohnergemeinde Thun abgeschlossene Vereinbarung über den Unterhalt von Brücken im Gebiet der Stadt Thun festgestellt hat, gilt analog auch im vorliegenden Fall:

"Dadurch, dass er ... gewissermassen eine Zusicherung betreffend die Weiterzahlung an den Brückenunterhalt abgab, bestärkte der Staat Bern die EG Thun in ihrem Vertrauen, er werde sich auch künftig an den Vergleich von 1759 halten. Angesichts dieses Verhaltens ist es dem Staat Bern verwehrt, sich in bezug auf die seit 1957 aufgelaufenen Unterhaltskosten der Allmendbrücke auf veränderte Umstände und damit auf die *clausula rebus sic stantibus* zu berufen. Eine Berufung auf veränderte Umstände könnte allenfalls nur im Hinblick auf zukünftig entstehende Kosten erfolgen."⁷⁰⁸

3.3 Durch Tilgung aufgrund bisher erbrachter Leistungen?

Im Vorfeld der Abstimmung über die eidgenössische Volksinitiative "betreffend die vollständige Trennung von Staat und Kirche" haben namentlich Personen aus dem Kreis der Initianten die Auffassung vertreten, eine allfällige staatliche Verpflichtung aufgrund der seinerzeitigen Übernahme von Kirchengut sei durch die bisher erbrachten Staatsleistungen an die Landeskirchen längst *abgegolten*. Vereinzelt wurde in der Tagespresse gar geltend

⁷⁰⁷ Vgl. vorn S. 177 ff.

⁷⁰⁸ Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern Nr. 18672U vom 2. August 1993 i.S. Einwohnergemeinde Thun gegen Staat Bern, E. 7c. Zur Frage künftiger "Rechtsbeständigkeit" des hier zu beurteilenden kirchlichen Anspruchs hinten S. 234 ff.

gemacht, der Kanton *seinerseits* könnte den Kirchen gegenüber Ersatzforderungen stellen. Eine Tilgung machte in jüngster Zeit Grossrätin Rey-Kühni im bernischen Grossen Rat im Rahmen der Beratung der neuen Verfassung geltend:

"Das Argument, die Besoldung sei eine Abgeltung für Kirchengüter, die im 18. Jahrhundert eingezogen wurden, ist nicht haltbar. Durch eine 200jährige Besoldung von Pfarrern ist das längst abgegolten! Es wäre dasselbe, wie wenn heute in Frankreich oder in Russland Adelige eine Abgeltung für Güter, die ihnen im vorletzten bzw. zu Beginn dieses Jahrhunderts weggenommen wurden, verlangen und auch eine lebenslängliche Rente beanspruchen würden. Das einzige akzeptierbare Argument für Zahlungen an die Kirche sind ihre sozialen Leistungen."⁷⁰⁹

Bereits im Rahmen der Beratung der Staatsverfassung von 1831 wurde in der vorberatenden Kommission bemerkt, "die geistlichen Güter seyen längst nicht mehr was sie gewesen, ihre Bestimmung liege grossentheils ausser der Sphäre der diessmaligen kirchlichen Verhältnisse, der Staat habe seit langem bei weitem mehr auf die Erhaltung der Kirche und die Besoldung ihrer Diener verwendet, als den Ertrag der geistlichen Güter"⁷¹⁰.

In der Literatur des 19. Jahrhunderts wird mehrheitlich darauf verwiesen, der Staat habe per Saldo mehr aufgewendet als eingenommen. STETTLER berichtet, dass die reformierten Geistlichen des aufgrund von Art. 10 der Vereinigungsurkunde von 1815 und des Gesetzes vom 21. Dezember 1818 und vom 1. Dezember 1819 "in das Besoldungs- und Progressivsystem des alten Kantons aufgenommen" wurden, "obgleich die dafür bisher angewiesenen Einkünfte, welche von der Regierung zu Händen gezogen wurden, zur Ausrichtung der nunmehrigen, von der Staatskassa entrichteten Besoldung bei Weitem nicht hinreichten"⁷¹¹. Auch ROMANG verweist darauf, dass namentlich "in Ansehung der leberbergischen Kirche ... ohne Zweifel die Staatskasse im Nachtheil" war⁷¹². DÜRRENMATT schreibt im Jahr 1944, dass die staatlichen finanziellen Leistungen an die Landeskirchen "bei weitem über das hinausgehen, was das von ihm nach der Reformation eingezogene Kirchengut dem Staat eingebracht hat"⁷¹³.

⁷⁰⁹ Votum Rey-Kühni (Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 1992, S. 791).

⁷¹⁰ So der Wortlaut des Protokolls im Tagblatt der Verhandlungen des Verfassungsrathes des Cantons Bern 1831, S. 25 f.

⁷¹¹ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 181 f.

⁷¹² JOHANN PETER ROMANG, Beiträge zur Beleuchtung, S. 46.

⁷¹³ HUGO DÜRRENMATT, Fragen, S. 55.

In welchem Verhältnis die dem Kanton Bern seit 1804 zugeflossenen Erträge aus dem übernommenen Kirchengut *tatsächlich* zu den erbrachten Staatsleistungen standen und stehen, kann im Rahmen eines Rechtsgutachtens nicht beantwortet werden. In *rechtlicher Hinsicht* ist zunächst von der Regelung des Dekrets vom 7. Mai 1804 auszugehen. Mit dieser wurde der Grundsatz der *Leistungsäquivalenz* beachtet; die auf unbestimmte Zeit zugesicherten Staatsleistungen entsprachen dem (geschätzten) Ertrag des Kirchenguts. Mit der Übertragung des Kirchenguts⁷¹⁴ an den Staat bzw. die Zustimmung zu dieser Lösung war die Leistung kirchlicherseits erbracht. Minderungen des Ertrags, welche der Staat z.B. durch Abschaffung der Zehntpflicht selbst verursacht hat, können nach den zur *clausula rebus sic stantibus* angestellten Überlegungen nicht zur Begründung einer Inäquivalenz angeführt werden. Eine Tilgung könnte jedenfalls nur unter der Voraussetzung geltend gemacht werden, dass die Staatsleistungen (wesentlich) über das hinaus gingen, was das gesamte Kirchengut *inklusive Bezugsrechte*, wäre es heute noch vorhanden, einbringen würde.

Zu beachten ist im weiteren, dass allfällige die Erträge des Kirchenvermögens übersteigende Staatsleistungen an die evangelisch-reformierte Landeskirche *nicht ohne weiteres als Tilgung einer Schuld zu qualifizieren* sind. Sie können durchaus auch eine *Subventionierung* von Aufgaben z.B. in sozialen Bereichen bedeuten, welche die Kirche an Stelle staatlicher Instanzen erfüllt⁷¹⁵.

Nach Art. 54 Abs. 3 KiG machen die (aktuellen) "gesetzlichen Leistungen des Staates ... alle Ansprüche an das sogenannte Kirchengut hinfällig". Diese Vorschrift darf und muss wohl so interpretiert werden, dass die Ansprüche auch *nur* unter der Voraussetzung der fortwährenden Ausrichtung der Staatsleistungen "hinfällig" geworden sind, weil das Kirchengut zu einem guten Teil gewissermassen in einen Besoldungsanspruch "umgewandelt"⁷¹⁶ wurde bzw. in einem solchen besteht. Auch anderweitig hat sich

⁷¹⁴ Z.B. das Kirchengutsverzeichnis von 1831 spricht ausdrücklich davon, dass die Verwaltung des Kirchenguts "der Regierung *übertragen*" wurde; vgl. das vorn S. 132 wiedergegebene Zitat aus der Einleitung zum Verzeichnis.

⁷¹⁵ Vgl. z.B. JOHANNES GEORG FUCHS, Praxis, S. 333.

⁷¹⁶ Vgl. den Erläuternden Bericht zum Projekt-Gesetz über die Organisation des Kirchenwesens im Kanton Bern. Erster Entwurf der Kirchendirektion vom Februar 1872. Vortrag, gehalten zur Eröffnung der Verhandlungen der protestantischen und katholischen Abtheilung der Begutachtungs-Kommission am 12. und 17. August

der Kanton Bern immer wieder zu seiner (andauernden) Verpflichtung bekannt⁷¹⁷, was nach dem *Vertrauensgrundsatz* wie erwähnt die Einrede der *clausula rebus sic stantibus* und damit auch die Annahme einer Tilgung ausschliesst.

4. Der Vorbehalt der Rückgabe des Kirchenguts

Immerhin anerkannte der Kanton seine Verpflichtung – ausgesprochen oder unausgesprochen – immer nur unter dem *Vorbehalt*, dass er dafür in den *Genuss der Erträge* aus dem Kirchenvermögen kommt. Bereits nach dem Dekret vom 7. Mai 1804 besteht zwischen der "Beziehung und Verwaltung" der Kirchengüter und der Ausrichtung der Barbesoldung an die Geistlichkeit offensichtlich ein *direkter Zusammenhang*: Die Besoldung soll grundsätzlich durch den Ertrag des staatlich verwalteten Kirchenvermögens finanziert werden⁷¹⁸. Die Bestimmung in Art. 54 Abs. 3 KiG und deren Vorgängerin in § 50 Abs. 3 des Gesetzes vom 18. Januar 1874 über die Organisation des Kirchenwesens im Kanton Bern ("Mit den Leistungen, welche der Staat infolge dieses Gesetzes anerkennt, fallen alle Ansprüche an das sogenannte Kirchengut dahin") legen wie erwähnt die Deutung nahe, dass der Kanton Bern *entweder* die gesetzlich bestimmten Staatsleistungen erbringt *oder* andernfalls die Ansprüche an das Kirchengut wieder aufleben. Tatsächlich

1872, von deren Vorsitzenden, Herrn Regierungsrath und Kirchendirektor Teuscher, hier zit. nach ROBERT MORGENTHALER, Kirchengut, S. 29: "Der Vorschlag des Entwurfs geht von der Voraussetzung aus, dass das sog. Kirchengut zwar nicht herausgegeben, aber in eine *fixe Jahresrente* von 650,000 Fr., entsprechend ungefähr dem jetzigen Kultusbudget, umgewandelt und bis auf Weiteres, d.h. bis zur dereinstigen reellen Herausgabe als jährlicher Beitrag an die Kultusbedürfnisse (Besoldungen der Pfarrer u.s.w.) in näher zu normirender Weise verabreicht werden solle. Gegen Uebernahme dieser Verpflichtung würde dann der Staat für dahin und daweg von allen weiteren Verpflichtungen in Bezug auf das Kirchengut befreit."

⁷¹⁷ Vgl. vorn S. 177 ff.

⁷¹⁸ Nach JOHANN PETER ROMANG, Beiträge zur Beleuchtung, S. 45, werden die Geistlichen "*durch* den Staat, aber nicht *von* dem Staat, sondern aus eigenen Fonds besoldet ..." Auch BEAT WEBER, Autonomie, S. 43, nimmt "mit Bestimmtheit" an, dass der Staat "das ganze Kirchengut als zu Nutzen der Geistlichkeit bestehende Einrichtung anerkennen wollte. Die Geistlichen werden somit prinzipiell nicht aus staatlichen Mitteln als Staatsangestellte, sondern administrativ durch den Staat als Kirchenfunktionäre aus dem der Kirche 'eigentümlich zustehenden Gute' besoldet."

war staatlicherseits gerade in Zusammenhang mit dem Kirchengesetz von 1874 von der "dereinstigen reellen Herausgabe" des Kirchenguts die Rede, welche eine Besoldungspflicht des Kantons beenden würde⁷¹⁹. Unter dem Gesichtspunkt des Stiftungszwecks des übernommenen Kirchenvermögens erscheint dies nicht unmöglich, weil nach stiftungsrechtlichen Grundsätzen blosser "Verschiebungen des Stiftungsvermögens oder eines Teils desselben auf andere Trägerpersonen mit *gleichem oder ähnlichem Zweck*" an sich nicht unzulässig sind⁷²⁰. Nicht einzusehen ist, weshalb der Kanton das übernommene Vermögen nicht etwa wiederum besonderen Stiftungen oder andern Rechtsträgern zuwenden und sich damit seiner Verpflichtungen entledigen könnte.

5. Schlussfolgerungen

Mit der Übernahme des Kirchenguts und von Patronaten verpflichtete sich der Kanton Bern unabhängig von der aktuellen gesetzlichen Regelung grundsätzlich auf *unbestimmte Zeit* zur Ausrichtung der Besoldung an die evangelisch-reformierten Geistlichen. Die zugesicherten Staatsleistungen stellten um 1804 den Gegenwert zu den laufenden Erträgen aus dem Kirchengut dar. Die Dauerschuld wurde durch die einzelnen Zahlungen nicht getilgt; sie ist weder durch den Zeitablauf als solchen noch unter dem Gesichtspunkt der *clausula rebus sic stantibus* aufgrund veränderter Umstände erloschen, weil der Kanton selbst allfällige wesentliche Veränderungen bewirkt hat und sich deshalb nach dem Vertrauensgrundsatz nicht auf die *clausula* berufen kann. Der Kanton ging die Verpflichtung nur unter dem Vorbehalt ein, dass er das Kirchengut selbst verwalten (und nutzen) darf. Er hat grundsätzlich jederzeit die Möglichkeit, sich von seiner Verpflichtung durch Rückgabe der seinerzeit eingezogenen Vermögenswerte zu entledigen.

⁷¹⁹ So der Erläuternde Bericht zum Projekt-Gesetz über die Organisation des Kirchenwesens im Kanton Bern von 1872; vgl. das in Anm. 716 wiedergegebene Zitat.

⁷²⁰ HANS MICHAEL RIEMER, Stiftungen, systematischer Teil, N. 30.

IV. Zum Umfang der Verpflichtung

Der Umfang der Staatsleistungen in Form von Besoldungen wird im wesentlichen durch zwei Grössen bestimmt: erstens durch die Anzahl der besoldeten Pfarrerinnen und Pfarrer, zweitens durch die Höhe des jeweils ausgerichteten Gehalts. Der Umfang der staatlichen Leistungspflicht berechnet sich demnach aufgrund der Antwort auf die folgenden beiden Fragen:

1. Mit Bezug auf welche Stellen gründet die staatliche Besoldung auf einem von Art. 54 KiG unabhängigen historischen Rechtstitel?
2. Wie hoch ist die für diese Stellen geschuldete Besoldung?

1. Anzahl der zu besoldenden Stellen

PESTALOZZI vertritt die Auffassung, der Staat Zürich sei sowohl "durch die Übernahme fremder" als auch durch "die Gründung eigener Patronate zur Besoldung der Geistlichen und zum Bau und Unterhalt von Pfarrhäusern und Kirchen rechtlich verpflichtet worden"⁷²¹. FLEINER kritisiert in seinem Gutachten aus dem Jahr 1924 PESTALOZZI in diesem Punkt; er kommt seinerseits zum Schluss, die Ausstattungspflicht des Kantons bestehe nur

"zu Gunsten derjenigen Gemeinden, deren Collaturen der Staat auf Grund der dargestellten geschichtlichen Entwicklung an sich gebracht hat. Für die Pfarrämter dagegen, die der Staat seit dem 19. Jahrhundert von sich aus, auf gesetzlichem Wege und unabhängig von den alten Patronaten – sei es infolge der Gründung neuer Kirchgemeinden gemäss Kantonsverfassung Art. 47 Abs. 3, sei es durch Schaffung neuer Pfarrstellen in bestehenden Gemeinden gemäss Kirchengesetz von 1902 § 53 – neu gegründet hat, liegen die Verhältnisse anders. Die Meinung geht fehl ..., welche in solchen staatlichen Akten die Begründung neuer Patronate erblickt."⁷²²

⁷²¹ CARL PESTALOZZI, Kirchengut, S. 104.

⁷²² FRITZ FLEINER, Rechtsgutachten, S. 7 f. Denn "hier handelt es sich vielmehr um die Errichtung öffentlicher Aemter in öffentlichrechtlicher Form und hier fehlt der rechtsgeschichtliche Titel, der den Staat zur Ablösung gegen Entschädigung verpflichten würde. In diesen Fällen kann sich die Kirche allein auf überragende Billigkeitserwägungen berufen, um auch hier vom Staat ein Kapital zu erhalten, das den Bestand der staatlich errichteten Pfarrämter sichert."

Mit FLEINER übereinstimmend unterscheidet auch MOOR zwischen den Pfarrstellen, die zur Zeit der Begründung der Verpflichtung bereits bestanden haben, und denjenigen, die der Staat in der Zwischenzeit auf der Grundlage eigener öffentlichrechtlicher Bestimmungen geschaffen hat:

"Der Kanton Zürich ist rechtlich verpflichtet, die *Besoldungen* derjenigen Pfarrämter zu tragen, die aus ehemaligen Zehntenpfründen hervorgegangen oder an Stelle von solchen errichtet worden sind ... Für die übrigen Pfarrämter, die nach der Reformation als sogenannte 'Kastenpfründen' oder seit dem 19. Jahrhundert als öffentliche Aemter errichtet wurden, besteht keine Rechtspflicht des Staates zur Besoldung."⁷²³

Eine gleichlautende Ansicht vertritt in neuerer Zeit auch der Kirchenrat der evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Zürich in seiner Orientierung über die historischen Rechtstitel. Er macht geltend, dass sich "die Fachleute von Kirche und Staat" über die folgenden Grundsätze "weitgehend einig" sind:

"Der Staat löst seine Verpflichtung ab, indem er der Kirche ein Kapital leistet, aus dessen Erträgen die im Zeitpunkt der Ablösung geltenden Besoldungspflichten und durchschnittlichen Baupflichten, soweit sie auf alten Pfründen basieren, dauernd erfüllt werden können ... Nicht in die Berechnung einzubeziehen sind die Pfarrstellen, die neu geschaffen worden sind, ohne dass der Staat dafür in Form eines Pfrundgutes einen Gegenwert erhalten hat. Das sind ... sehr zahlreiche Pfarrstellen."⁷²⁴

Wie erwähnt lässt sich keine *generelle* Besoldungspflicht des Kantons Bern allein dadurch begründen, dass dieser mit "seiner" evangelisch-reformierten Kirche historisch besonders eng verbunden ist⁷²⁵. Der Ansicht FLEINERS, MOORS und des Zürcher Kirchenrats ist insoweit zuzustimmen, als der *Bestand eines historischen Rechtstitels grundsätzlich für jede Stelle gesondert*

zu prüfen ist⁷²⁶. Die Verhältnisse sind in Bern allerdings möglicherweise insofern komplizierter als in Zürich, als die Verpflichtung des Staats, die evangelisch-reformierten Pfarrer zu besolden, auf *verschiedenen Rechtstiteln* gründet. Im Gefolge des Dekrets vom 7. Mai 1804 übernahm der Kanton Bern als *Rechtsnachfolger* der Pfründen mit dem entsprechenden Kirchengut die darauf lastende Pflicht zur Besoldung derjenigen 152 Pfarrstellen und der Helfereien, welche Gegenstand des Dekrets waren. Zusätzlich schuldet der Staat die Besoldung denjenigen 15 Stellen, deren Gut er später, bis zur Aufhebung der letzten Patronate durch das Dekret von 1839, eingezogen hat⁷²⁷. Eine (subsidiäre) Pflicht zur Besoldung Geistlicher im Sinn einer Einkommens-*ergänzungspflicht* übernahm der Kanton für diese Stellen in seiner Eigenschaft als *Patron*. In Art. 10 der *Vereinigungsurkunde von 1815* verpflichtete sich Bern zudem, die Pfarrer "in den Bezirken des Bisthums Basel, die sich zur reformierten Religion bekennen", in gleicher Weise zu besolden wie die Geistlichen des übrigen Kantons. In bescheidenem Umfang statuieren *interkantonale Vereinbarungen* weitere Besoldungspflichten. Soweit die Staatsleistungen auf diesen Rechtstiteln gründen, ist eine bis heute andauernde, von der aktuellen gesetzlichen Ordnung unabhängige Verpflichtung des Kantons Bern anzunehmen.

Mit Bezug auf die übrigen heute bestehenden staatlich besoldeten evangelisch-reformierten Pfarrstellen gilt grundsätzlich, dass der Staat frei ist, die gesetzliche Ordnung beamtenrechtlicher Ansprüche abzuändern⁷²⁸. Aus dem Umstand allein, dass der Kanton Bern gestützt auf verschiedene dem Dekret von 1804 nachfolgende Erlasse von sich aus weitere Stellen errichtet hat, lässt sich keine von dieser gesetzlichen Ordnung unabhängige dauernde Verpflichtung zur Besoldung dieser Stellen ableiten.

⁷²³ ERNST MOOR, Unterhaltungspflicht, S. 241. Denn "der Unterhalt dieser Aemter aus öffentlichen Mitteln stützt sich allein auf das positive öffentliche Recht. Dessen Normen können auf dem Wege der Gesetzgebung geändert werden, ohne dass der Staat, wenn diese Aenderung eine Aufhebung seiner Leistungen mit sich bringt, an die Kirche oder die Kirchgemeinden Entschädigung zu leisten hätte."

⁷²⁴ Die "historischen Rechtstitel" der Zürcher Landeskirche, S. 10 f.

⁷²⁵ Vorn S. 157 ff.

⁷²⁶ FRITZ FLEINER, Rechtsgutachten, S. 10, verdient Zustimmung, wenn er meint, "dass für den Staat *keine allgemeine* Rechtspflicht besteht, bei einer Trennung von Staat und Kirche die reformierte Kirche mit einer Summe auszustatten, die den gegenwärtigen gesetzlichen Leistungen des Staates für das reformierte Kirchenwesen entspricht. Es muss vielmehr juristisch zwischen den einzelnen Rechtsbeziehungen ... unterschieden werden ... Dabei ist genau festzustellen, wie weit der Staat durch historische Rechtstitel der Kirche gegenüber vermögensrechtlich verpflichtet geblieben ist."

⁷²⁷ Fünf Patronate erwarb Bern zwischen 1804 und 1831, zehn wurden mit dem Dekret vom 12. März 1839 aufgehoben.

⁷²⁸ Vgl. auch vorn S. 45.

Eine solche Verpflichtung wäre z.B. dann anzunehmen, wenn die Schaffung von Pfarrstellen durch den Kanton gestützt auf § 6 Abs. 2 lit. b) des Gesetzes vom 18. Januar 1874 oder auf Art. 19 KiG, wie PESTALOZZI annimmt, eine "Gründung eigener Patronate" darstellte. FLEINER bestreitet die Auffassung PESTALOZZIS wie erwähnt mit dem Hinweis, dass diese Stellen "unabhängig von den alten Patronaten" geschaffen worden seien und sich mit Bezug auf diese aus dem Patronatrecht nichts ableiten lasse. Stechende Argumente gegen FLEINERS Einwand lassen sich schwerlich finden. Es kann kaum angenommen werden, dass sich der Gesetzgeber z.B. gegen Ende des letzten oder in diesem Jahrhundert noch Rechenschaft darüber gegeben hat, was der Inhalt der Patronatpflichten im einzelnen ausmache. In Anbetracht der allgemeinen Beweislastregel, wonach "derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen" hat, "der aus ihr Rechte ableitet"⁷²⁹, hat meines Erachtens die Behauptung, auch die durch den Staat selbst errichteten Pfarrstellen seien als Patronate zu würdigen und zu behandeln, nach den Ausgeführten wenig Aussicht auf Erfolg.

Zugunsten eines aussergesetzlichen Verpflichtungsgrundes liesse sich auch etwa das Argument anführen, das örtliche Kirchengut habe nicht einfach einer individualisierbaren Stelle, sondern ganz *grundsätzlich der lokalen geistlichen "Versorgung"* zu dienen und der *Patron* sei aufgrund seiner (*subsidiären*) *Unterhaltspflicht* unter Umständen verpflichtet, für neue Bedürfnisse *zusätzlich* aufzukommen. TÜRLER geht in seinem Gutachten zu den Ansprüchen der reformierten Kirchgemeinde Zofingen davon aus, dass Bern seinerzeit alle Lasten des Chorherrenstifts Zofingen, "darunter *speziell die Sorge für die Pastoration der Kirchgemeinde Zofingen*" übernahm⁷³⁰. In Zusammenhang mit der staatlichen Normierung von Besoldungsansprüchen führt er weiter aus:

"Durch diese gesetzliche Festlegung der Höhe der Besoldung hat der Staat einseitig darüber statuiert. *Aber nicht im freien Belieben des Staates liegt es, das Mass seiner Aufwendungen zu bestimmen, sondern der Massstab für seine Leistungen liegt in ihrem Zwecke, nämlich das Bedürfnis der Pfarrei für die Seelsorge zu befriedigen. Es kommt auf das Bedürfnis der Pfarrei an, und das ist zu konstatieren durch Vergleichung der frühern und der heutigen Verhältnisse und Erfordernisse.*"⁷³¹

⁷²⁹ Art. 8 ZGB.

⁷³⁰ H. TÜRLER, Gutachten, S. 32.

⁷³¹ H. TÜRLER, Gutachten, S. 38.

Mit diesen Überlegungen begründet TÜRLER ausdrücklich eine Verpflichtung des Staats, eine wegen der Bevölkerungsentwicklung notwendig gewordene *zusätzliche dritte Pfarrstelle* zu finanzieren⁷³². Folgt man dieser Argumentation, ergibt sich jedenfalls in den (wohl die überwiegende Mehrheit ausmachenden) Fällen, in denen nicht eine neue Kirchgemeinde gegründet, sondern in einer bestehenden, z.B. wegen grösserer Bevölkerungsdichte, eine zusätzliche Stelle geschaffen wurde, eine auf die Übernahme von Kirchengut und (subsidiär) auf die Einkommensergänzungspflicht des Patrons abgestützte, vom Gesetz unabhängige Besoldungspflicht.

Als Hinweis auf den Bestand einer vom Gesetz unabhängigen Verpflichtung zur Besoldung staatlich geschaffener Stellen kann auch der Wortlaut von Art. 54 Abs. 3 KiG und des dieser Bestimmung entsprechenden § 50 Abs. 3 des Gesetzes vom 18. Januar 1874 über die Organisation des Kirchenwesens im Kanton Bern gedeutet werden, nach welchen die "gesetzlichen Leistungen des Staates" bzw. die "Leistungen, welche der Staat infolge dieses Gesetzes anerkennt", alle "Ansprüche an das sogenannte Kirchengut" hinfällig machen. Nicht völlig abwegig erscheint eine Auslegung, wonach (nur) die gestützt auf das jeweilige Gesetz *insgesamt* erbrachten Leistungen kirchliche (Eigentums-)Ansprüche auf das Kirchengut ausschliessen⁷³³.

Als sicher kann nach dem Gesagten gelten, dass die heutige Verpflichtung des Kantons die Besoldung derjenigen Pfarrstellen und (nach damaliger Terminologie so bezeichneter) Helfereien umfasst, welche Gegenstand des Dekrets vom 7. Mai 1804 oder später abgeschlossener Vereinbarungen wie namentlich der Vereinigungsurkunde von 1815 (soweit diese noch im Gebiet des Kantons Bern liegen) waren oder über welche der Staat Bern nach 1804 den Patronat erworben hat. In diesen Fällen wurde der Staat als Rechtsnachfolger der Pfrundstiftungen oder durch Vertrag verpflichtet. Für

⁷³² H. TÜRLER, Gutachten, S. 39.

⁷³³ Vgl. den Erläuternden Bericht zum Projekt-Gesetz über die Organisation des Kirchenwesens im Kanton Bern. Erster Entwurf der Kirchendirektion vom Februar 1872. Vortrag, gehalten zur Eröffnung der Verhandlungen der protestantischen und katholischen Abtheilung der Begutachtungs-Kommission am 12. und 17. August 1872, von deren Vorsitzenden, Herrn Regierungsrath und Kirchendirektor Teuscher. Zur gesetzlich vorgeschriebenen Besoldung der Geistlichen meinte Teuscher: "Gegen Uebernahme *dieser Verpflichtung* würde dann der Staat für dahin und daweg von allen weitem Verpflichtungen in Bezug auf das Kirchengut befreit" (zit. nach ROBERT MORGENTHALER, Kirchengut, S. 29; Hervorhebung nicht im Original).

weitergehende Verpflichtungen lassen sich zwar Argumente anführen. Ich erachte diese allerdings nicht als unanfechtbar⁷³⁴. Dass ein entsprechender Anspruch damit wirklich "gerichtsfest" begründet werden kann, glaube ich kaum.

2. Höhe der Besoldung

Nach dem gemeinen Patronatrecht oblag dem Patron wie erwähnt grundsätzlich eine Einkommensergänzungspflicht, soweit das Pfrundgut für die Ausrichtung der *portio congrua* nicht ausreichte⁷³⁵. Diese Verpflichtung hat der Kanton Bern mit dem Erwerb von Patronaten grundsätzlich übernommen. Was heute die *portio congrua* ausmacht, ob ihr – um ganz konkret zu werden – die Lohnklassen 18 bis 20 angemessen sind oder nicht, ist nicht einfach zu entscheiden. Das Dekret von 1804 bestimmte für die Besoldung der ordentlichen Geistlichen einen Rahmen von 1'000 bis 2'200 Livres; die durch das Dekret zunächst nicht erfassten Stellen wurden dieser Ordnung später schrittweise ebenfalls unterstellt. Diese Beträge wurden später wiederholt angepasst. Es ist wohl davon auszugehen, dass dabei die Geldwertverhältnisse angemessen berücksichtigt worden sind. Unter dieser Voraussetzung kann die heute geltende Höhe der Besoldung als der *portio congrua* entsprechend betrachtet werden; gute Gründe für die gegenteilige Annahme wären mir jedenfalls nicht ersichtlich. Jedenfalls ist – trotz gelegentlicher späterer Klagen über die zu geringe Besoldung⁷³⁶ – aus

⁷³⁴ In der Sache kritisch zur wiedergegebenen Ansicht TÜRLERS z.B. auch KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 118: "Der Aargau, als Rechtsnachfolger von Bern, löst dadurch die 1803 übernommenen Verpflichtungen betreffend Zofingen, doch hätte er hiezu nie gezwungen werden können."

⁷³⁵ Vorn S. 83 f.; ebenso FRITZ FLEINER, Rechtsgutachten, S. 7; vgl. auch BGE 47 I 380 ff.

⁷³⁶ Um 1837 schreibt FERD. FRIEDRICH ZYRO, Evangelisch-reformierte Kirche, S. 180 f.: "Die Erfahrung und die Natur der Sache selbst lehren zur Genüge, dass die unterste Klasse der Geistlichen zu gering besoldet ist, und Manche daher in die bittersten Verlegenheiten kommen, aus welchen sie sich nicht anders retten können als durch Schuldenmachen. Das Amt des Predigers ist wahrlich nicht ein Amt zum Reichwerden; darum schütze man ihn wenigstens vor Mangel und Nahrungssorgen, wie jeder redliche Arbeiter seines Lohnes werth ist. Dann wird man auch nie in die gefährliche Nothwendigkeit gesetzt werden, Leute in den geistlichen Stand aufzunehmen, die desselben nicht würdig sind, nur um den schreiendsten Bedürfnissen begegnen zu

den Umständen zu schliessen, dass das Dekret von 1804 selbst jedenfalls mehr als nur einen absoluten Minimallohn der Geistlichen garantieren wollte⁷³⁷.

Nicht Bestandteil der staatlichen Besoldung sind die *Gemeindezulagen*⁷³⁸. Diese werden – Ausfluss der Gemeindeautonomie – den Pfarrern durch die Kirchgemeinden ausbezahlt. Eine Verpflichtung *des Staats* zur Ausrichtung dieser Zulagen (deren Berechtigung im übrigen bekanntlich auch kirchenintern nicht unbestritten war und ist), lässt sich rechtlich nicht begründen.

3. Ruhegehälter

Die Besoldungspflicht des Kantons umfasst auch die *Ruhegehälter*⁷³⁹. Diesen Grundsatz hat offenbar auch die Direktion des Innern des Kantons Zürich in Zusammenhang mit der Diskussion um historische Rechtstitel in den siebziger und achtziger Jahren schliesslich anerkannt⁷⁴⁰. Das Dekret vom 7. Mai 1804 ging, dem alten Grundsatz der "Perpetuität des beneficium"⁷⁴¹ entsprechend, wohl davon aus, dass die Pfarrer ihre Stelle lebenslang versehen und entsprechend besoldet werden. Für besondere Fälle waren in § 5 lit. d) ausdrücklich *Pensionen* ("Leib-Gedinge") vorgesehen. Die "gesetzlichen Leistungen", welche nach Art. 54 Abs. 3 KiG die Ansprüche an das Kirchengut hinfällig werden lassen, umfassen, wie aus Abs. 2 desselben Artikels hervorgeht, auch die Ruhegehälter.

können."

⁷³⁷ Vgl. ROBERT MORGENTHALER, Kirchengut, S. 4, unter Hinweis auf den Wortlaut des Ingresses zum Dekret von 1804: "Pfarrer konnten damals für 1000 bis 2200 Franken im Jahr offensichtlich recht ('Aufmunterung') leben."

⁷³⁸ Ebenso: Die "historischen Rechtstitel" der Zürcher Landeskirche, S. 11.

⁷³⁹ Ausführlich dazu ERNST MOOR, Unterhaltspflicht, S. 160 ff.

⁷⁴⁰ Der Züricher Kirchenrat führt in seiner Orientierung über die historischen Rechtstitel dazu aus: "Hingegen hat das Sekretariat der Direktion des Innern, auf Einwendungen der kirchenrätlichen Kommission gegen das erste staatliche Exposé hin, anerkannt, das der Ruhegehaltsanspruch des Pfarrers Bestandteil seines Lohnanspruchs ist und deshalb auch die Leistungen des Arbeitgebers an die Beamtenversicherungskasse, an die AHV und die ALV in die Berechnung des Ablösungskapitals einzubeziehen sind" (Die "historischen Rechtstitel" der Züricher Landeskirche, S. 11).

⁷⁴¹ ERNST MOOR, Unterhaltspflicht, S. 175.

4. Exkurs: Pflicht zum Unterhalt von Pfarrgebäuden

Die Rechtstitel, welche die Besoldungspflicht begründen, verpflichten den Kanton grundsätzlich auch zum Unterhalt der zum Kirchengut gehörenden Liegenschaften⁷⁴². Die hier angestellten Überlegungen zur Besoldungspflicht können deshalb *grundsätzlich analog auch mit Bezug auf die Baupflicht* gelten. Namentlich gilt auch in dieser Hinsicht, dass die *clausula rebus sic stantibus* nicht angerufen werden kann; 98 der 113 heute noch in staatlichem Eigentum stehenden Pfarrhäuser sind über 200 Jahre alt und existierten damit bereits vor der staatlichen Übernahme im Gefolge des Dekrets von 1804⁷⁴³. Mit Bezug auf den Umfang ist allerdings zu beachten, dass der Kanton seine Unterhaltspflicht in relativ vielen Fällen bereits durch Vereinbarung den betreffenden *Kirchgemeinden überbunden* hat. Wie erwähnt wurden bis zum 8. Juli 1988 mit insgesamt 71 Gemeinden des Kantons sogenannte "Pfundabtretungsverträge" abgeschlossen; in 63 Fällen kaufte sich der Staat zudem von der Pflicht zur Entrichtung einer Wohnungsentschädigung los⁷⁴⁴. Diese Regelungen entsprechen dem Grundsatz, dass sich der Kanton jedenfalls nicht durch blosser Rückgabe der Gebäude von seiner Unterhaltspflicht befreien kann. Tatsächlich wurden im Kanton Aargau zu Beginn dieses Jahrhunderts im Rahmen von Abtretungsverträgen regelmässig einerseits die Liegenschaften in natura den Kirchgemeinden zu Eigentum übertragen, andererseits zusätzlich Kapitaleistungen für den künftigen Unterhalt der Gebäude ausgerichtet⁷⁴⁵.

⁷⁴² Vgl. § 4 des Dekrets vom 7. Mai 1804. Zur Baupflicht des Patrons vorn S. 84. Primär oblag die Pflicht zum Unterhalt der Gebäude der sogenannten Kirchenfabrik (fabrica); vgl. ERNST MOOR, Unterhaltspflicht, S. 74 ff.

⁷⁴³ Bericht Neuordnung der staatlichen Leistungen, S. 12.

⁷⁴⁴ Vorn S. 151 f.

⁷⁴⁵ Vgl. den bei KARL HEUBERGER, Pfundgüter, S. 171 ff. (Beilage VI) wiedergegebenen Abtretungsvertrag zwischen dem Staat Aargau und der reformierten Kirchgemeinde Rued. Auch der Kirchenrat der evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Zürich vertritt die Auffassung, dass im Fall einer Ablösung der Staatsleistungen sowohl die Pflicht zum Unterhalt der Pfarrhäuser und Kirchen abzugelten als auch die Gebäude in natura abzutreten sind (Die "historischen Rechtstitel" der Zürcher Landeskirche, S. 11).

V. Folgerungen für eine allfällige Ablösung der Besoldungen

1. Zulässigkeit der Ablösung

Nach dem Gesagten bedarf es keiner weiteren Erörterung, dass die Besoldung der evangelisch-reformierten Geistlichen durch den Kanton abgelöst werden kann. Die Unterhaltspflicht des Staats und entsprechende Rechte kirchlicherseits bestehen wie erwähnt (nur) unter der Voraussetzung, dass der Staat Eigentümer des Kirchenguts bleibt. Sogar wenn der Kirche oder den einzelnen Kirchgemeinden ein grundsätzlich unbedingtes wohlverworbenes Recht auf Besoldung ihrer Geistlichen durch den Kanton zustünde, könnte dieser Anspruch jedenfalls unter den Voraussetzungen für die Entziehung eingeschränkt oder aufgehoben werden⁷⁴⁶.

Die prinzipielle Zulässigkeit einer Ablösung der staatlichen Besoldung ergibt sich auch aus der in Lehre und Rechtsprechung – trotz der Kontroverse über die rechtliche Begründung im einzelnen⁷⁴⁷ – einhellig vertretenen Ansicht, dass obligatorische Verträge auch öffentlichrechtlicher Natur⁷⁴⁸ nicht auf "ewige" Zeiten abgeschlossen werden können⁷⁴⁹. Was für Vereinbarungen mit ihrer besonders intensiven "Bindungswirkung"⁷⁵⁰ gilt, muss nach dem Grundsatz *ad maiore minus* auch für andere Rechtstitel Geltung haben.

Für die Möglichkeit der Ablösung sprechen schliesslich *grundsätzliche Erwägungen aus staatskirchenrechtlicher Sicht*. In Anbetracht des Gebots weltanschaulich-religiöser Neutralität wäre eine unbedingte Pflicht des Staats, zu einer oder mehreren Konfessionen ungeachtet der künftigen Entwicklung etwa mit Bezug auf deren Mitgliederzahl ein enges (finanziel-

⁷⁴⁶ Dazu vorn S. 47.

⁷⁴⁷ Umstritten ist, ob Art. 2 (Treu und Glauben) oder Art. 27 ZGB (Persönlichkeitsschutz) "ewige" Verträge verbietet; vgl. die BGE 93 II 300 und 97 II 399 sowie die Kritik PETER LIVERS in der Besprechung in ZBJV 1969, S. 9 ff.

⁷⁴⁸ EUGEN BUCHER/PETER SALADIN, Rechtsgutachten, S. 105.

⁷⁴⁹ Statt vieler EUGEN BUCHER, Obligationenrecht, S. 228 f.

⁷⁵⁰ Vgl. vorn S. 44 ff.

les) Verhältnis zu pflegen, heute nicht mehr zu halten⁷⁵¹. Gerade auch Autoren, welche weitgehende staatliche Unterhaltungspflichten der Kirche gegenüber begründen, reden einer finanziellen Entflechtung durch Ablösung der Staatsleistungen das Wort⁷⁵². In der Bundesrepublik Deutschland besteht eine Verpflichtung der Länder zur Ablösung von Verfassungen wegen⁷⁵³.

2. Grundsatz der Entschädigungspflicht

Konsequenz der dargelegten Verpflichtung ist, dass eine Aufhebung der staatlichen Besoldung evangelisch-reformierter Geistlicher nicht ohne Entschädigung erfolgen kann. Der *Grundsatz* der Entschädigungspflicht wird bei aller Uneinigkeit und Unklarheit über deren Ausmass im einzelnen soweit ersichtlich durch die überwiegende Mehrheit der Lehre bejaht⁷⁵⁴. CAVELTI, welcher sich mit dem Prinzip *im allgemeinen* befasst, nennt als Möglichkeiten der (finanziellen) Entflechtung von Staat und Kirche die "Abschaffung der kantonalen Kultusbudgets, soweit sie nicht auf historischen Rechtstiteln beruhen. Gehen die direkten Staatsleistungen auf die Säkularisationen des 16. und 19. Jahrhunderts zurück, so sind sie abzulösen"⁷⁵⁵. Auch GAREIS/ZORN meinen, dass, "wenn die Kirchen finanziell vom Staatshaushalt losgelöst werden sollen, auf die Säkularisationen Rücksicht genommen und dadurch eine Basis für die Ablösung geschaffen werden" müsste⁷⁵⁶. Der Bestand historischer Rechtstitel aufgrund der

Säkularisation von Kirchengut im allgemeinen ist auch angesprochen in der Stellungnahme der Schweizer Bischofskonferenz vom 16. August 1977 zur eidgenössischen Volksabstimmung "betreffend die vollständige Trennung von Staat und Kirche". Der Eingabe der Bischofskonferenz lag ein Gutachten des kirchenrechtlichen Seminars der juristischen Fakultät der Universität Freiburg "Zur Trennung von Staat und Kirche in der Schweiz" vom Juli 1977⁷⁵⁷ bei, in welchem zur "Eliminierung der Kultusbudgets" S. 12 und 14 unter anderem ausgeführt wird:

"Dabei ist zu unterscheiden zwischen den freiwilligen Leistungen der Kantone an die Kirchen aus allgemeinen Steuermitteln und den Leistungen aus besonderen Rechtstiteln, insbesondere Säkularisationen. Die ersteren entfallen, die zweiten sind abzulösen. Die Ablösung hat durch Kapitalisierung der jährlichen Leistungen zu erfolgen und bringt einzelnen Kantonen grössere finanzielle Probleme. Der Nachweis eines besonderen Rechtstitels wird oft nur schwer zu erbringen sein und einigen Konfliktstoff bieten, da diese Verpflichtungen teils auf die Reformation, teils auf die Säkularisationen des 19. Jahrhunderts zurückgehen ... für den Staat wären, mindestens kurzfristig, die finanziellen Auswirkungen beträchtlich, da einzelne Kantone und Gemeinden recht umfangreiche Ablösungssummen an die Religionsgenossenschaften zu bezahlen hätten."

Auch in Zusammenhang mit der *konkreten Situation in verschiedenen Kantonen* nimmt die Lehre regelmässig eine Pflicht zur Ablösung der Staatsleistungen an, soweit der betreffende Kanton dafür Kirchengut übernommen hat. Das gilt namentlich mit Bezug auf den – mit Bern in vielem vergleichbaren – Kanton *Zürich*⁷⁵⁸. Auch für *Schaffhausen* bejaht EICHENBERGER in seinem Gutachten von 1973 einen Anspruch der Kirche, "dass ihr Vermögenswerte aus dem kantonalen Kirchen- und Schulfonds zugewiesen werden"; dabei habe der Kanton im Minimum "so viel aufzubringen, als jene rechtshistorischen Titel ausweisen"⁷⁵⁹. Soweit sich die Lehre ausdrücklich mit der Frage einer Verpflichtung des *Kantons Bern* befasst, vertritt sie die Auffassung, dass dieser die Besoldung der evangelisch-reformierten

⁷⁵¹ Zum Neutralitätsgebot als objektivrechtlichem Teilgehalt der Religionsfreiheit UELI FRIEDERICH, Kirchen und Glaubensgemeinschaften, S. 314 ff. Ausführlich auch KLAUS SCHLAICH, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, vornehmlich im Kulturverfassungs- und Staatskirchenrecht, Tübingen 1972.

⁷⁵² Vgl. z.B. CARL PESTALOZZI, Kirchengut, S. 100 ff.

⁷⁵³ Art. 138 Abs. 1 WRV (welcher aufgrund der Verweisung in Art. 140 GG Bestandteil des Bonner Grundgesetzes bildet) bestimmt: "Die auf Gesetz, Vertrag oder besonderen Rechtstiteln beruhenden Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften werden durch die Landesgesetzgebung abgelöst. Die Grundsätze hierfür stellt das Reich auf." Dazu JOSEF ISENSEE, Staatsleistungen.

⁷⁵⁴ Zur Auffassung kantonalen Exekutivbehörden hinten S. 256 ff.

⁷⁵⁵ URS JOSEF CAVELTI, Volksabstimmung, S. 184.

⁷⁵⁶ CARL GAREIS/PHILIPP ZORN, Staat und Kirche I, S. 24.

⁷⁵⁷ Akten Bundesarchiv E 4110D, Bd. 70.

⁷⁵⁸ FRITZ FLEINER, Rechtsgutachten; ARNOLD KUSTER, Schweizer Pfarrer, S. 122; ERNST MOOR, Unterhaltungspflicht, S. 152 ff.; ALOYS V. ORELLI, Landeskirche, S. 41 f.; CARL PESTALOZZI, Kirchengut, S. 104.

⁷⁵⁹ KURT EICHENBERGER, Rechtsgutachten, S. 24. Wesentlich weitergehende kirchliche Ansprüche machte WERNER KÄGI als Berater der evangelisch-reformierten Landeskirche geltend; vgl. z.B. vorn S. 157.

Geistlichen nicht entschädigungslos aufheben könne⁷⁶⁰. Einige Autoren nehmen diesfalls eine Verpflichtung an, das seinerzeit in staatliche Verwaltung übernommene Kirchengut zurückzuerstatten⁷⁶¹, andere sprechen davon, dass die Kirche anderweitig zu entschädigen⁷⁶² oder ihr zumindest die Nutzniessung am Kirchengut einzuräumen wäre⁷⁶³.

Andererseits wird gelegentlich auch in Zweifel gezogen, ob eine Rechtspflicht zur Entschädigung tatsächlich bestehe. Kritische Anfragen an den Bestand einer Verpflichtung werden allerdings soweit ersichtlich nur rudimentär und nicht unangreifbar begründet. So führt etwa HUBER – immerhin mit dem ausdrücklichen Eingeständnis, dass es sich um eine "äusserst heikle verfassungsrechtliche Frage" handle – zur Begründung seiner Skepsis aus:

"Unseres Erachtens folgt aus dem Prinzip der staatlichen Souveränität, dass die Kantone auf dem Weg der Gesetzgebung das Verhältnis des Staates zur Kirche und auch zu den einzelnen Kirchgemeinden beliebig ordnen können, so weit wenigstens eine allgemeine, nicht einzelne Gemeinden willkürlich herausgreifende Regelung in Betracht kommt. Was einmal Recht war, muss nicht immer Recht bleiben. Immerhin soll nicht verschwiegen werden, dass erhebliche Argumente zugunsten der Entschädigungspflicht des Staates gegenüber den Kirchgemeinden, über deren Kirchen der Staat den Patronat hatte, beziehungsweise noch hat, vorgebracht werden können und dass der Ausgang eines gerichtlichen Verfahrens keineswegs sicher ist."⁷⁶⁴

In Zusammenhang mit der *Motion Jauch* vom 27. Juni 1977 befasste sich auch die Direktion des Innern des Kantons Zürich in umfangreichen Expo-

⁷⁶⁰ Vgl. etwa neben den in den folgenden Anmerkungen genannten Autoren RUDOLF DELLSPERGER/JOHANNES GEORG FUCHS/PETER GILG/FELIX HAFNER/WALTER STÄHELIN, Kirche, S. 267; WERNER KOHLI, Beiträge, S. 47 f.

⁷⁶¹ DIETRICH ISELIN-SARAUW, Gutachten, S. 39.

⁷⁶² Eher in dieser Richtung HUGO DÜRRENMATT, Gesetz, S. 50: "Eine allfällige Ausscheidung des s.Z. säkularisierten Kirchengutes wäre u.E. heute ein Ding der Unmöglichkeit. Die Aufhebung der im Gesetz vorgesehenen staatlichen Leistungen könnte nur durch eine Verfassungsrevision und mit Verständigung über die Ablösung der bisherigen staatlichen Leistungen erfolgen, was nicht ganz einfache Verhandlungen bedingen würde."

⁷⁶³ FRITZ BALMER, Stellung, S. 29, sieht diese Möglichkeit als Alternative vor. Im Fall einer Trennung "müsste der Staat der Kirche das Kirchengut zurückerstatten, das er seinerzeit in Verwaltung genommen hatte, oder ihr die Nutzniessung daran einräumen ...".

⁷⁶⁴ MAX HUBER, Trennung von Staat und Kirche, S. 161.

sés mit historischen Rechtstiteln der evangelisch-reformierten Landeskirche. Sie kam zum Schluss, dass solche nicht bestehen. Die Direktion führte aus, dass bereits die Reformation "durch einseitigen Rechtsakt das geltende Kirchenrecht" aufgehoben habe. Sie argumentierte deshalb unter anderem wie folgt:

"Die 'Kirche' als Anspruchssubjekt bestand nun nicht mehr. Die Pfrundgüter brauchte der Staat zur Besoldung der Pfarrer, die seine Beamten waren. Die kirchlichen Vermögen wurden zum grossen Teil expropriert und verstaatlicht. Enteignungsrechtliche Entschädigungsansprüche existieren daraus längst nicht mehr; die Expropriationsakte sind rechtsverbindlich ... Die bundesgerichtliche Praxis über die 'vorbestandenen' Rechte anerkennt jedoch nur ganz wenige Ansprüche auf Nutzung bestimmter Sachen und damit zusammenhängend Abgabebefreiungen, die an bestimmte Immobilien geknüpft sind. Was die Kirche bezüglich der verschwundenen Pfrundgüter geltend machen will, fällt von vornherein nicht unter den Bereich der vorbestandenen oder wohlerworbenen Rechte nach moderner Auffassung und wird weder durch die Eigentumsgarantie des Bundes noch durch Grundsätze wie diejenigen von Treu und Glauben und dgl. gedeckt."⁷⁶⁵

Zu HUBER ist kritisch zu bemerken, dass die kantonale Souveränität nach einhelliger Auffassung nur im Rahmen des Bundesrechts und namentlich der Vorschriften der *Bundesverfassung* besteht⁷⁶⁶. Stützt sich ein kirchlicher Anspruch auf eine Norm des Bundesverfassungsrechts, etwa auf den aus Art. 4 BV abgeleiteten Vertrauensgrundsatz oder die Eigentumsgarantie nach Art. 22^{ter} BV, kann er auch durch eine kantonale Verfassungsrevision nicht (entschädigungslos) beseitigt werden. Entgegen der Argumentation der Direktion des Innern hob die Reformation zumindest in Bern (und wohl auch in Zürich) das Kirchenrecht nicht rundweg auf; sie bestätigte im Gegenteil die Patronatrechtsverhältnisse ausdrücklich. Die entsprechenden Schlussfolgerungen entbehren deshalb ihrer Grundlage⁷⁶⁷. Im weiteren

⁷⁶⁵ So die Wiedergabe des Standpunkts der Direktion durch den Regierungsrat im Zürcher Amtsblatt 1983, S. 198 f.

⁷⁶⁶ Vgl. Art. 3 und Art. 2 UeB BV.

⁷⁶⁷ Offenbar teilte der Regierungsrat die Ansicht der Direktion des Innern auch nicht vorbehaltlos. Er kam in seinem Bericht und Antrag an den Kantonsrat zur Motion Nr. 1751 betreffend die Entflechtung zwischen Staat und Kirche vom 12. Januar 1983 nach der Darstellung der gegensätzlichen Standpunkte des Kirchenrats und der Direktion zum Schluss, "dass der Fragenkomplex bei weitem noch nicht geklärt ist und dass es keiner Seite angelastet werden kann, wenn sie sich dem Standpunkt der Gegenseite nicht anzuschliessen vermag".

spricht die Direktion ausschliesslich von "vorbestandenem" historischen Rechten und macht diesbezüglich geltend, die bundesgerichtliche Praxis habe (abschliessend) "nur ganz wenige Ansprüche" anerkannt. Weshalb das Bundesgericht nicht auch weitere Ansprüche anerkennen könnte, ist nicht ersichtlich. Das Gericht hat meines Wissens insbesondere nie entschieden, kirchliche Ansprüche auf Staatsleistungen könnten kein vorbestandenes wohlerworbenes Recht darstellen. Die Möglichkeit der Begründung eines wohlerworbenen Rechts aufgrund vertrauensbegründeten Verhaltens wird offenbar überhaupt nicht in Betracht gezogen. Schliesslich ist der Bestand eines wohlerworbenen Rechts auch keine unbedingt notwendige Voraussetzung für die Anerkennung eines historischen Rechtstitels⁷⁶⁸.

3. Art und Umfang der Entschädigung

Die Begründung und Berechnung der Entschädigung für die aufgehobene Besoldung dürften in jedem Fall *umfangreiche Abklärungen* notwendig machen. GAREIS/ZORN sprechen in diesem Zusammenhang von "ausserordentlichen Schwierigkeiten"⁷⁶⁹, und FUCHS meint, dass für die Substantiierung der Ansprüche aus allfälligen wohlerworbenen Rechten im Fall der Aufhebung der staatlichen Pfarrbesoldung "umfassende Erhebungen" notwendig wären⁷⁷⁰.

3.1 Möglichkeiten im grundsätzlichen

Für die Ablösung der Staatsleistungen kommen *grundsätzlich zwei Möglichkeiten* in Betracht. Unter dem Gesichtspunkt, dass sich der Kanton Bern als Gegenleistung für die Übernahme des Kirchenguts zur Besoldung verpflichtet hat und diese Verpflichtung nur solange trägt, als er dieses Gut in Händen hat, kann die Ablösung zunächst durch "Ausscheidung des Kirchengutes aus der Verfügungsmacht des Staates" und "durch gänzliche Überführung des kantonalen Kirchengutes auf anspruchsberechtigte Kirchen" er-

folgen⁷⁷¹. Diese Lösung kommt gewissermassen einer "*Rückabwicklung des Geschäfts*" gleich. Grundsätzlich denkbar ist auch eine *Entschädigung* unter dem Gesichtspunkt der *Enteignung*, wonach nicht die seinerzeit übernommenen Vermögenswerte, sondern die *aktuellen Staatsleistungen* zum Ausgangspunkt genommen werden, soweit der Staat zu solchen verpflichtet ist.

In der *Literatur* ist die Ansicht verbreitet, dass die massgebende Bezugsgrösse nicht der *Wert des seinerzeit eingezogenen Kirchenguts*, sondern die *aktuellen Staatsleistungen* sind. Das gilt namentlich für den Kanton Zürich. Nach PESTALOZZI kann sich der Staat seiner Verpflichtungen "nur entledigen durch Auskauf, d.h. durch Auszahlung eines Kapitals, dessen Zinsen seiner bisherigen jährlichen Leistung gleich kommen"⁷⁷². Auch FLEINER kommt in seinem Gutachten aus dem Jahr 1924 zum Schluss, dass der Kanton Zürich aufgrund der seinerzeitigen Übernahme von Kirchengut und Patronaten mit den jeweils damit verbundenen Verpflichtungen (welche nach ihm weniger weit gehen als nach PESTALOZZI⁷⁷³) im Fall einer Trennung von Staat und Kirche "gehalten ist, diese staatliche Besoldungsverpflichtung abzulösen und zwar durch Aushingabe eines Kapitals an die Kirche, dessen Erträgnisse zur Ausrichtung der Pfarrbesoldung ausreichen in dem Umfang, wie sie im Augenblick der Trennung bestehen..."⁷⁷⁴ Ebenso meint MOOR, dass "für die Höhe dieser Entschädigung natürlich die im Zeitpunkt der Ablösung bestehenden Leistungen massgebend" sind⁷⁷⁵. HUBER meint, dass sich die im Fall einer Trennung aufdrängende "finanzielle Ausscheidung ungefähr mit einer Kapitalisierung des bisherigen Kultusbudgets decken" würde⁷⁷⁶, und auch das Gutachten des kirchenrechtlichen Seminars der juristischen Fakultät an der Universität Freiburg vom Juli 1977 geht davon aus, dass die Ablösung "durch Kapitalisierung der jährlichen Leistungen zu erfolgen" habe⁷⁷⁷. Diese Auffassung teilt der

⁷⁷¹ So in Zusammenhang mit den Schaffhauser Verhältnissen KURT EICHENBERGER, Rechtsgutachten, S. 33.

⁷⁷² CARL PESTALOZZI, Kirchengut, S. 104.

⁷⁷³ Vorn S. 203 ff.

⁷⁷⁴ FRITZ FLEINER, Rechtsgutachten, S. 7 f.

⁷⁷⁵ ERNST MOOR, Unterhaltspflicht, S. 155.

⁷⁷⁶ MAX HUBER, Trennung von Kirche und Staat, S. 176.

⁷⁷⁷ Vgl. das vorn S. 213 wiedergegebene Zitat.

⁷⁶⁸ Vgl. den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern Nr. 18672U vom 2. August 1993 i.S. Einwohnergemeinde Thun gegen Staat Bern. Dazu vorn S. 55 f.

⁷⁶⁹ CARL GAREIS/PHILIPP ZORN, Staat und Kirche I, S. 24.

⁷⁷⁰ JOHANNES GEORG FUCHS, Praxis, S. 287.

Kirchenrat der evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Zürich in seiner Orientierung über die historischen Rechtstitel der Zürcher Landeskirche:

"Darüber, wie die Ablösungssummen zu berechnen sind, sofern die Existenz historischer Rechtstitel bejaht wird, sind sich die Fachleute von Kirche und Staat weitgehend einig. Der Staat löst seine Verpflichtung ab, indem er der Kirche ein Kapital leistet, aus dessen Erträgen die im Zeitpunkt der Ablösung geltenden Besoldungspflichten und durchschnittlichen Baupflichten, soweit sie auf alten Pfründen basieren, dauernd erfüllt werden können. Eine Rückgabe von Pfrundgütern, die längst ins Staatsvermögen integriert sind, kommt nicht in Frage. Es erübrigt sich deshalb, Zusammensetzung und Wert der einzelnen Pfründen zu ermitteln und die Beträge in heutige Geldwerte umzurechnen."⁷⁷⁸

Demgegenüber gehen namentlich Autoren, welche sich speziell mit der Situation im Kanton Bern befassen, eher von der Annahme aus, es sei grundsätzlich auf das *seinerzeit übernommene Kirchengut* abzustellen. BALMER etwa meint, der Staat müsse im Fall einer Aufhebung der Staatsleistungen "der Kirche das Kirchengut zurückerstatten, das er seinerzeit in Verwaltung genommen hatte, oder ihr die Nutzniessung daran einräumen" müsste⁷⁷⁹. ZEERLEDER spricht – allerdings unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit – von der "Rückgabe der ca. 10 Millionen Kirchengut, welche die Geistlichkeit s.Z. der Regierung zur Verwaltung übergeben" hatte⁷⁸⁰. Auch MORGENTHALER geht davon aus, dass im Fall einer Ablösung der staatlichen Besoldung grundsätzlich das Kirchengut zurückzuerstatten wäre⁷⁸¹. Schliesslich vertritt ISELIN in seinem Gutachten vom 17. Januar 1990 die Ansicht, im Fall der Aufhebung der Staatsleistungen müsste "der Staat die Kirchengüter der Kirche zurückgeben bzw. die verkauften in bar bezahlen"⁷⁸².

Die kantonale *Praxis* hat unterschiedliche Lösungen gewählt. In Zusammenhang mit der "hinkenden Trennung" im *Kanton Basel-Stadt* zu Beginn dieses Jahrhunderts⁷⁸³ erhielt die evangelisch-reformierte Kirche im wesent-

lichen "das gesamte Kirchen- und Schulgut und das übrige in staatlicher Verwaltung befindliche reformierte Stiftungsgut, alles mit Einschluss der in jenem Zeitpunkt der dauernden Benutzung jenes Gutes gewidmeten Fahrnis, unentgeltlich in ihr Eigentum und in ihre Verwaltung übertragen"⁷⁸⁴. Demgegenüber kamen im *Kanton Aargau* verschiedene Gutachter – allerdings in Anbetracht der Tatsache, dass das damals geltende Verfassungsrecht eine Güterausscheidung "unter Zugrundelegung der bisher erforderlichen Leistungen des Staates"⁷⁸⁵ vorschrieb – zum Schluss, dass eine Ablösung durch *Kapitalisierung der aktuell ausgerichteten Staatsleistungen* zu erfolgen habe⁷⁸⁶. Tatsächlich trat der Kanton Aargau in der Folge den Kirchgemeinden regelmässig durch Vereinbarung die Liegenschaften des Pfrundvermögens ab und entrichtete darüber hinaus einen Betrag, welcher den kapitalisierten Leistungen für die Pfarrbesoldung, die Ortszulagen, die Entschädigung für verminderten Pfrundlandnutzen, den Unterhalt der Gebäude und die Verwaltung des Pfrundguts entsprach⁷⁸⁷.

3.2 Massgebendes Kriterium für den Kanton Bern?

Einleuchtend begründen lässt sich die Auffassung, die Ablösung habe durch Kapitalisierung der aktuellen Staatsleistungen zu erfolgen, etwa mit folgendem Argument: Eine *unbedingte* Verpflichtung des Kantons zur Besoldung und ein entsprechendes wohl erworbenes Recht kirchlicherseits kann grundsätzlich (nur) unter den *Voraussetzungen der Enteignung* aufgehoben werden⁷⁸⁸; besteht die abzulösende Leistung in einer periodischen Geldleistung, stellt eine einmalige Abfindung die praktisch einzig mögliche Form der Entschädigung dar.

⁷⁷⁸ HERMANN HENRICI, Entwicklung, S. 114 f.

⁷⁷⁹ Art. 70 der Kantonsverfassung von 1885.

⁷⁸⁰ Bericht des Regierungsrates an den Grossen Rat über die Vollziehung des Art. 70 der aarg. Staatsverfassung betreffend die Ausscheidung der Pfrund- und Kirchengüter in Bezug auf die reformierten Kirchgemeinden vom 14. April 1906, in: Herausgabe der Pfrund- und Kirchengüter II, S. 13 ff.

⁷⁸¹ Vgl. den bei KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 171 ff. (Beilage VI) wiedergegebenen Abtretungsvertrag zwischen dem Staat Aargau und der reformierten Kirchgemeinde Rued. Näheres zur Aargauer Lösung hinten S. 246 ff.

⁷⁸² Vorn S. 47.

Wie vorn dargestellt ist demgegenüber davon auszugehen, dass sich der Kanton Bern nicht unbedingt, sondern stets unter dem *Vorbehalt* zur Ausrichtung der Besoldungen verpflichtet hat, dass er das *Kirchengut in seiner Verwaltung (und wohl auch in seinem Eigentum)* behält, dass er sich also sinngemäss eine Art "*Rücktrittsrecht*" ausbedungen hat. Unter dieser Voraussetzung kann er sich von seiner Besoldungspflicht sowohl durch Ausrichtung eines Betrags in der Höhe der kapitalisierten durch historische Rechtstitel begründeten Leistungen als auch durch die Herausgabe des seinerzeit übernommenen Kirchenguts befreien. In dieser Hinsicht steht ihm diesfalls also grundsätzlich ein *Wahlrecht* zu – es sei denn, besondere, bisher nicht in Betracht gezogene Gründe sprechen gegen die eine oder andere Möglichkeit bzw. für ein "Anrecht" der Kirche auf die eine oder andere Option.

Ein denkbare Argument zugunsten eines prinzipiellen Anspruchs der Kirche auf Aushändigung des Kirchenguts in natura bzw. auf Wertersatz für nicht mehr vorhandene Bestandteile bietet etwa die Tatsache, dass der Kanton im Jahr 1831 ein Verzeichnis der durch das Dekret vom 7. Mai 1804 übernommenen Kirchengüter⁷⁸⁹ erstellen liess. Gemäss seiner Einleitung soll das Verzeichnis

"darstellen, worin das gesammte Kirchengut bestehnd und wie hoch es sich belief, als dessen Verwaltung durch das Dekret von 1804 der Regierung übertragen ward. Es soll zeigen, welche Capital-Ansprache die Kirche gegen den Staat, als Sicherheits Fond der Dotationssumme von L 275 000 zu machen hat."

Meines Erachtens lässt sich allerdings auch gestützt auf diese Formulierung kein unbedingter kirchlicher Anspruch auf "Rückgabe"⁷⁹⁰ des Kirchenguts im seinerzeitigen Umfang begründen. Die erwähnte "Capital-Ansprache" meinte wohl kaum einen Anspruch auf eine *realiter* vorzunehmende Ausscheidung im Fall der Aufhebung der staatlichen Besoldung. Eine solche hätte bereits um 1831 nicht mehr vorgenommen werden können. Wie erwähnt verschafften die Dekrete von 1804 und 1839 und die rechtsgeschäftlichen Erwerbungen von Patronatrechten dem Kanton – im *Ergebnis* jedenfalls – das Eigentum am Kirchengut, und durch § 6 des Dekrets von

⁷⁸⁹ Akten Staatsarchiv B III 255. Dazu vorn S. 131 ff.

⁷⁹⁰ Genau genommen ist der Ausdruck der "Rückgabe" nicht korrekt, weil das Kirchengut vor 1804 nicht im Eigentum einer kirchlichen Körperschaft, sondern der lokalen Pfrundstiftungen stand.

1804 wurde dem Staat ausdrücklich die Befugnis eingeräumt, "die zweckmässigen Abänderungen in Betreff der Pfarrgüter, deren Verkauf oder Abtausch treffen zu können". Angesichts der zahlreichen Veräusserungen von Liegenschaften und der Aufhebung von Zehntrechten konnte bereits um 1831 von einer "dereinstigen *reellen* Herausgabe"⁷⁹¹ des Kirchenguts insgesamt keine Rede mehr sein. Die "Capital-Ansprache" war vielmehr die Sicherheit für die *genannte* *Dotationssumme* und in diesem Sinn eine rein *rechnerische Grösse*.

Auch für den Bestand eines unbedingten Anspruchs auf eine aufgrund der seinerzeit eingezogenen Güter berechneten *Entschädigung in Geld* sind keine stichhaltigen Gründe ersichtlich. Im Gegenteil wurde von Seiten des Kantons durch gesetzliche Bestimmungen⁷⁹² und Stellungnahmen von Behörden immer wieder betont, dass der Anspruch auf das Kirchengut in ein Recht auf die Besoldung "umgewandelt" worden sei und der Staat "unter keinen Umständen ein Mehreres als die ... *kapitalisirte* Rente herauszugeben hätte"⁷⁹³.

Umgekehrt stellt sich die Frage, ob bestimmte besondere Gründe *gegen* die Möglichkeit der Ablösung durch Herausgabe der seinerzeit übernommenen Vermögenswerte bzw. einer entsprechenden Entschädigung sprechen. Gegen eine Rückabwicklung lässt sich das Argument anführen, der Staat habe sich wie dargestellt nicht nur als Rechtsnachfolger der Pfrundstiftungen, sondern ebenso als *Patron* (und als solcher grundsätzlich unabhängig von übernommenen Vermögenswerten) zum Unterhalt der Geistlichen verpflichtet. Dagegen kann allerdings wohl mit einiger Aussicht auf Erfolg wiederum einge-

⁷⁹¹ Davon sprach Regierungsrat Teuscher in einem Vortrag zur Eröffnung der Verhandlungen der protestantischen und katholischen Abtheilung der Begutachtungs-Kommission am 12. und 17. August 1872 in Zusammenhang mit dem späteren Gesetz vom 18. Januar 1874 über die Organisation des Kirchenwesens im Kanton Bern: "Der Vorschlag des Entwurfs geht von der Voraussetzung aus, dass das sog. Kirchengut zwar nicht herausgegeben, aber in eine *fixe Jahresrente* von 650,000 Fr., entsprechend ungefähr dem jetzigen Kultusbudget, umgewandelt und bis auf Weiteres, d.h. bis zur dereinstigen *reellen* Herausgabe als jährlicher Beitrag an die Kultusbedürfnisse (Besoldungen der Pfarrer u.s.w.) in näher zu normirender Weise verabreicht werden solle" (zit. nach ROBERT MORGENTHALER, Kirchengut, S. 29).

⁷⁹² § 50 Abs. 3 des Gesetzes vom 18. Januar 1874 über die Organisation des Kirchenwesens im Kanton Bern; Art. 54 Abs. 3 KiG.

⁷⁹³ Vgl. das vorn S. 183 wiedergegebene Zitat von Regierungsrat Teuscher.

wendet werden, dass Patronatspflichten, welche der Staat vor rund 200 Jahren ohne Gegenleistungen übernommen hat, tatsächlich mit der Zeit "auslaufen" und erlöschen, umso mehr, als das alte Patronatsrecht heute kaum mehr das Rechtsbewusstsein der Beteiligten prägen dürfte. Dazu kommt, dass sich der Kanton bei verschiedenen Gelegenheiten – ohne erkennbaren Widerspruch von kirchlicher Seite – die Option einer Ablösung der Staatsleistungen durch Herausgabe des Kirchenguts bzw. einer diesem entsprechenden Entschädigung vorbehalten hat. Stichhaltige Gründe, weshalb dieses Vorgehen in rechtlicher Hinsicht nicht grundsätzlich zulässig sein sollte, sind nicht ersichtlich.

Unter rechtlichen Gesichtspunkten kann sich der Kanton Bern damit *grundsätzlich auf zwei Arten* von seiner Besoldungspflicht befreien: Er kann sich entweder "*vom Geschäft zurückziehen*" und das *Kirchengut in natura* bzw. *in Form einer entsprechenden Entschädigung für nicht mehr vorhandene Vermögensbestandteile herausgeben*, oder er kann seine *aktuellen "obligatorischen" Leistungen dadurch ablösen, dass er diese kapitalisiert* und damit deren Wegfall nach enteignungsrechtlichen Grundsätzen entschädigt⁷⁹⁴.

3.3 Zur Berechnung der Ablösungsleistung

Entscheidet sich der Kanton Bern im Fall einer Aufhebung der Besoldungen zur Ablösung durch Kapitalisierung der Leistungen, gestaltet sich die Berechnung der Ablösungssumme verhältnismässig einfach. Zu bestimmen ist diesfalls zunächst, *welche Leistungen* tatsächlich unabhängig von der gesetzlichen Vorschrift geschuldet sind und welche in diesem Sinn "freiwillig" erbracht werden⁷⁹⁵. Zum zweiten ist zu entscheiden, *aufgrund welchen Satzes die Kapitalisierung zu erfolgen hat*; diese Frage kann allerdings im Rahmen eines Rechtsgutachtens nicht beantwortet werden.

Wesentlich mehr Schwierigkeiten sind zu erwarten, wenn die Option der "Rückabwicklung des Geschäfts" gewählt wird. Diesfalls ist auf den (hypothetischen) heutigen Wert des seinerzeit übernommenen Kirchenguts

⁷⁹⁴ Ebenso in Zusammenhang mit den Schaffhauser Verhältnissen KURT EICHENBERGER, Rechtsgutachten, S. 33 f. Die dritte durch EICHENBERGER erwähnte Möglichkeit besteht in der Fortführung der staatlichen Besoldung.

⁷⁹⁵ Zu dieser Frage vorn S. 203 ff.

(in der damaligen Zusammensetzung) abzustellen, dessen zuverlässige Berechnung wohl eine *praktisch unlösbare Aufgabe* darstellt⁷⁹⁶. Bereits die Erhebung des Werts von heute noch vorhandenen Gütern müsste erhebliche Probleme bieten. HEUBERGER berichtet beispielsweise, dass im Kanton Aargau ein Experte sechs Jahre (1887-1893) damit beschäftigt war, die Daten betreffend das Pfrundgut der Gemeinden zu erheben⁷⁹⁷. Besonders schwierig erscheint eine einigermaßen plausible (und durch die Beteiligten akzeptierte) Bewertung der Vermögenswerte, welche als solche nicht mehr vorhanden sind, etwa der *Zehntrechte* oder der *Rechte auf Bezug von Bodenzinsen*. Dazu kommt, dass das seinerzeit in staatliche Verwaltung übernommene Kirchengut nicht nur der Besoldung, sondern (teilweise) auch dem Unterhalt von Gebäuden des Pfrundvermögens diente; entsprechende Ausscheidungen wären vorzunehmen⁷⁹⁸. ISELIN, nach welchem "die Ermittlung des Barwertes" heute "kaum mehr möglich" wäre, stellt im Hinblick auf die Berechnung des Werts die folgenden Überlegungen an:

"Zunächst müsse ein Verzeichnis über die Kirchengüter erstellt werden, die seit der Reformation bis 1804 bzw. bis auf den heutigen Tag veräussert worden sind. Im Staatsarchiv befinden sich Ertragsrechnungen der Kirchengüter seit der Reformation, aus welchen im Vergleich mit den heute noch vorhandenen Kirchengütern festgestellt werden könnte, welche Güter veräussert worden sind. Dabei liesse sich nur ermitteln, was im Minimum weggegangen ist; denn es ist nicht ausgeschlossen, dass die Abrechnungen nicht vollständig sind. Die Bewertung dieser Güter wäre dann der nächste Schritt. Obwohl es nicht Aufgabe des Verzeichnisses 1831 war, Kapitalbewertungen vorzunehmen, findet sich die Zahl von Fr. 1,241 Mio. für die fraglichen Kirchengüter im alten Kantonsteil (also ohne Jura), eine Zahl, die angesichts der Erträge als viel zu niedrig angesehen werden muss. Dazu kämen noch die seit der Reformation veräusserten und im Verzeichnis nicht erfassten Grundstücke. Die mit Hilfe der Akten im Staatsarchiv ermittelbaren Verzeichnisse würden schlüssige Bewertungen für heute trotzdem nicht erlauben, weil die Wertsteigerungen der Bodenpreise und die erzielbaren Bodennutzungen viel höher sind als die fragwürdigen Umrechnungsformeln des

⁷⁹⁶ Vgl. auch KURT EICHENBERGER, Rechtsgutachten, S. 33, in Zusammenhang mit der Situation im Kanton Schaffhausen: "Wenn man mir das Urteil gestattet, so würde ich auf die vielen ergebnislosen Versuche hinweisen, die für diese Lösung unternommen wurden, und auf die Tatsache, dass auch sorgfältige Untersuchungen, wie z.B. die von H. Werner, keine Einigungen herbeizuführen vermochten. Mittlerweile haben die in der Sache liegenden Schwierigkeiten eher zugenommen."

⁷⁹⁷ KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 69.

⁷⁹⁸ Die Frage einer staatlichen Verpflichtung zum Unterhalt der Gebäude ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

Geldwertes von 1804 zum heutigen Wert. Fest steht lediglich, dass Beträge von mehreren Hundert Millionen im Spiele sind, die der Staat bei Ablösung seiner Pfarrbesoldungspflicht den Kirchen entrichten müsste."⁷⁹⁹

Wie erwähnt erscheint die Ablösung durch Herausgabe des Kirchenguts in rechtlicher Hinsicht nicht unzulässig. Sie ist immerhin unter dem Gesichtspunkt der *Rechtssicherheit* insofern nicht ganz ohne Probleme, als sich der tatsächliche (hypothetische) Wert des Kirchenguts in letzter Konsequenz nicht "hie- und stichfest" berechnen lässt. Gewisse Bedenken in diesem Sinn erscheinen nicht unbegründet, doch bleibt es letztlich, wie EICHENBERGER feststellt, "keine Rechts-, sondern eine politische und finanzverwaltungstechnische Frage, ob dieser Weg gangbar ist"⁸⁰⁰.

4. Weitere Voraussetzungen einer Ablösung

Im Fall einer Ablösung der staatlichen Besoldung wird zu fragen sein, ob – abgesehen von der dargestellten Entschädigungspflicht – weitere Voraussetzungen rechtlicher Natur zu beachten sind. Weil es sich hierbei grundsätzlich um "staatliche" Probleme handelt, sind die nachstehenden Hinweise knapp gehalten.

4.1 Verfassungsrevision?

Verschiedentlich wird geltend gemacht, die staatliche Besoldung landeskirchlicher Geistlicher könne nur unter der Voraussetzung einer Revision der (heute geltenden) Staatsverfassung vom 4. Juni 1893 aufgehoben werden⁸⁰¹. Von praktischer Relevanz dürfte heute einzig die Frage sein, ob eine Aufhebung der Staatsleistungen auch eine Revision der neuen Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 voraussetzt. Diese bestimmt über die Landeskirchen in Art. 123 Abs. 3:

⁷⁹⁹ DIETRICH ISELIN-SARAUW, Gutachten, S. 39 f.

⁸⁰⁰ KURT EICHENBERGER, Rechtsgutachten, S. 33.

⁸⁰¹ Vgl. z.B. HUGO DÜRRENMATT, Gesetz, S. 50; Vortrag der Direktion des Kirchenwesens an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates betreffend das Gesetz über die Organisation des Kirchenwesens vom November 1943/April 1944, in: Beilagen zum Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 1944 II, Beilage 19, S. 438.

"Sie bestreiten ihren Aufwand durch die Beiträge ihrer Kirchgemeinden und durch die vom Gesetz bezeichneten Leistungen."

Die Verfassung setzt damit voraus, dass der Staat grundsätzlich und wohl auch in einem nicht zu vernachlässigenden Umfang Leistungen an die Kirchen erbringt. Die Aufwendungen für die Besoldung der Geistlichen machen einen Grossteil dieser Staatsleistungen aus; mit ihnen entfielen diese Leistungen *zum wesentlichsten Teil*. Das legt den Schluss nahe, dass eine Verfassungsrevision tatsächlich Voraussetzung einer Ablösung wäre. In praktischer Hinsicht ist wenig wahrscheinlich, dass zwar die Besoldungen abgelöst, die andern Staatsleistungen wie z.B. der Unterhalt von Gebäuden des Kirchenguts aber weiter ausgerichtet würden. Mit einer Änderung des Besoldungssystems entfielen deshalb aller Wahrscheinlichkeit nach die Staatsleistungen *überhaupt*, was sicher eine Revision des Art. 123 der neuen Verfassung bedingte.

4.2 Sicherung der Zweckbestimmung des Kirchenvermögens

Ausgehend vom Befund, dass die staatliche Verpflichtung zur Besoldung im wesentlichen in der Zweckbestimmung des Kirchenguts gründet, wäre eine Ablösungsleistung an die Kirche *nicht bedingungslos* auszurichten. Der Kanton Aargau überband den Kirchgemeinden in Zusammenhang mit der Abtretung von Liegenschaften und der Ausrichtung von Kapitalien stets die Pflicht, diese Werte *dauernd ihrer Zweckbestimmung entsprechend* zu verwenden⁸⁰². Ähnliche Klauseln enthalten in aller Regel auch die "Pfundabtretungsverträge" des Kantons Bern mit einzelnen Kirchgemeinden.

VI. Rechtsansprüche der Kirche

Wie ist das mit der staatlichen Verpflichtung korrelierende *subjektive Recht*⁸⁰³ der Kirche oder der Kirchgemeinden auf Besoldung ihrer Geistlichen bzw. auf Ausrichtung einer Entschädigung im Fall der Aufhebung dieser Staatsleistungen rechtlich zu qualifizieren? Selbstverständlich

⁸⁰² Vgl. z.B. das bei KARL HEUBERGER, Pfundgüter, S. 172 (Beilage VI) wiedergegebene Beispiel.

⁸⁰³ Zum Begriff des subjektiven Rechts vorn S. 34 ff.

begründet derzeit das Kirchengesetz mit der Vorschrift in Art. 54 einen Anspruch auf Besoldung und stellt damit einen Rechtstitel dar. Das bedarf keiner weiteren Erörterung. Von Interesse ist demgegenüber die Frage, ob die dargestellten Ereignisse *ein von Art. 54 KiG unabhängiges, "gesetzesbeständiges" Recht* begründet haben. Zu prüfen wird sein, wer überhaupt als *Träger* eines Rechts in Betracht kommt und ob dieses Subjekt die *Fähigkeit hat, ihren Anspruch tatsächlich auch (verfahrensrechtlich) geltend zu machen*. Im weiteren stellt sich die Frage, ob im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für die Anerkennung eines *wohlerworbenen Rechts* gegeben sind. Praktische Relevanz dürfte diesen Gesichtspunkten, jedenfalls den beiden zuletzt genannten, erst im Fall einer allfälligen gerichtlichen Auseinandersetzung zukommen (welche heute nicht am Horizont ist). Die *nachstehenden Bemerkungen* sind deshalb *knapp* gehalten und beinhalten nur eine *summarische* Würdigung.

1. Anspruchsberechtigtes Subjekt

Ohne weiteres darf vorausgesetzt werden, dass der Kanton Bern Schuldner der dargestellten früher eingegangenen Verpflichtungen⁸⁰⁴ geblieben ist. Obwohl er seit 1804 mehrere neue Verfassungen erhalten hat⁸⁰⁵, kann er nach unbestrittener Auffassung auch heute grundsätzlich für Verpflichtungen ins Recht gefasst werden, die er früher, sogar in vorrepublikanischer Zeit, eingegangen ist⁸⁰⁶. Ebenfalls kaum zu Diskussionen Anlass geben dürfte die Annahme, dass in Zusammenhang mit dem Dekret vom 7. Mai 1804 und den damit verbundenen tatsächlichen Veränderungen ein entsprechender Anspruch grundsätzlich auf seiten der *evangelisch-reformierten Kirche* besteht⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴ Vgl. vorn S. 156 ff.

⁸⁰⁵ Dazu im einzelnen JAKOB TOMASCHPOLSKY, Geschichte der bernischen Staatsverfassung.

⁸⁰⁶ Entscheid Nr. 18672U des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 2. August 1993, E. 2; vgl. auch PETER LIVER, Rechtsgutachten, S. 15.

⁸⁰⁷ Auch KURT EICHENBERGER, Rechtsgutachten, S. 24, geht in Zusammenhang mit einer Verpflichtung des Kantons Schaffhausen zur Besoldung Geistlicher davon aus, dass "die rechtshistorischen Titel offensichtlich nur der evangelisch-reformierten Kirche als der Rechtsnachfolgerin der alten Staatskirche bzw. der in diesen aufgegangenen alten kirchlichen Güter zustehen".

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, wem, welchen Personen oder Körperschaften, kirchlicherseits ein Anspruch auf die Staatsleistungen bzw. – praktisch wichtiger – ein Anspruch auf Entschädigung im Fall der Aufhebung derselben zusteht. Ausser den *Geistlichen* selbst, den einzelnen *Kirchgemeinden* und der *evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Bern* als solcher kommen wohl keine Rechtssubjekte in Betracht.

Die einzelnen *Geistlichen* scheiden aus. Sie profitierten zwar mit ihrem Recht auf die *portio congrua* bereits unter dem gemeinen Patronatrecht von der Stiftung und Ausstattung durch den Patron, doch erfolgten diese *nicht zu ihren persönlichen Gunsten*, sondern für einen *sakralen Zweck*, dessen *Mittler* sie waren. Heute sind die Pfarrerinnen und Pfarrer nach Art. 32 Abs. 1 KiG auf eine Amtsdauer von sechs Jahren zu wählen; ein Recht auf weitergehende Beschäftigung und Besoldung steht ihnen nicht zu. Sie haben demzufolge kein über ihren zeitlich begrenzten persönlichen Anspruch hinausgehendes Recht darauf, dass der Kanton Bern für die Pfarrbesoldungen insgesamt aufkommt und für den Unterhalt kirchlicher Gebäude sorgt.

Die Frage, ob der Anspruch der Landeskirche oder den einzelnen Kirchgemeinden zustehen soll, wird unterschiedlich beantwortet. ZEERLEDER spricht eher beiläufig davon, dass eine Rückgabe des Kirchenguts "an die evang.-reformierten Kirchgemeinden" zu erfolgen hätte⁸⁰⁸; für einen Anspruch der Kirchgemeinden spricht sich ebenfalls der Berner Regierungsrat in seiner Vernehmlassungsantwort zur eidgenössischen Trennungssinitiative aus⁸⁰⁹. BALMER geht demgegenüber davon aus, dass "der Staat der *Kirche* das Kirchengut zurückerstatten" müsste⁸¹⁰. Ebenso spricht ISELIN von Beträgen in der Grössenordnung von mehreren hundert Millionen Franken, welche der Staat heute im Fall der Ablösung "den Kirchen entrichten müsste"⁸¹¹. Im einzelnen werden die Ansichten nicht begründet.

Für eine Anspruchsberechtigung der *Kirchgemeinden* spricht (anscheinend) zunächst der Umstand, dass das ehemals kirchlich verwaltete Pfrundgut den Bedürfnissen *lokaler Pastoration* diene. Allerdings lässt sich aus der Zweckbestimmung einer Stiftung nicht direkt auf ein subjektives Recht des

⁸⁰⁸ ALBERT ZEERLEDER, Kirchenrecht, S. 83.

⁸⁰⁹ Vgl. vorn S. 188 f.

⁸¹⁰ FRITZ BALMER, Stellung, S. 29; Hervorhebung nicht im Original.

⁸¹¹ DIETRICH ISELIN-SARAUW, Gutachten, S. 39 f.

Destinatärkreises schliessen⁸¹², weshalb dieser Gesichtspunkt allein nicht den Ausschlag geben kann. Ausgehend davon, dass die seinerzeitigen Stifter das Vermögen in aller Regel nicht zugunsten einer bestimmten Organisation, sondern für die Verfolgung eines (allgemeinen) sakralen Zwecks gestiftet haben dürften, liegt es nahe, den *Anspruch grundsätzlich der Organisation zuzugestehen, welche diese Aufgabe tatsächlich wahrnimmt*, welche also für die Besoldung der Geistlichen aufkommt. Diese Ansicht vertrat namentlich der Kirchenrat der evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Zürich gestützt auf ein durch Prof. Jagmetti verfasstes Gutachten:

"Die Kirche als Einheit und die Kirchgemeinden sind es, die als Empfänger in Frage kommen. Bei der Wahl zwischen diesen Körperschaften ist entscheidend, welche derselben die heute dem Kanton obliegenden Pflichten zum Gebäudeunterhalt und zur Ausrichtung der Pfarrbesoldung übernehmen würde."⁸¹³

Ob nach einem Wegfall der Staatsleistungen die Kirchgemeinden oder die Landeskirche für die Besoldung der Pfarrerinnen und Pfarrer aufkäme, ist heute nicht entschieden. Eher in Richtung der "Gemeindelösung" deuten *de lege lata* etwa die bestehenden Gemeindevikariate und der Umstand, dass nur die Kirchgemeinden, nicht aber die Landeskirche zur Erhebung von Kirchensteuern befugt sind⁸¹⁴. Andererseits sind die Kirchgemeinden nach geltendem Recht noch ausgesprochener als die Landeskirche (auch) staatlich normierte Gebilde, für welche der Grosse Rat zuweilen ausgesprochene Details regelt⁸¹⁵. Für eigentlich kirchliche Aufgaben und namentlich für "die religiöse Aufgabe des Pfarramtes" ist grundsätzlich die *Landeskirche* als solche zuständig⁸¹⁶. Für eine "gesamtkirchliche" Lösung spricht im weiteren, dass die Regelung des Dekrets vom 7. Mai 1804 "nach dem Wunsch

der Geistlichkeit"⁸¹⁷ erfolgte, welche als Repräsentantin der *ganzen Kirche* aufgefasst werden muss⁸¹⁸. Nimmt man gar einen vertraglichen Charakter des Dekrets an, wäre Vertragspartnerin die Kirche als solche und nicht die einzelnen Kirchgemeinden. Eine Besoldung durch die Gesamtkirche erscheint sinnvoll, weil wohl nur auf diesem Weg eine einheitliche und ausgewogene kirchliche Besoldungsordnung möglich erscheint; gerade dieser Gesichtspunkt war im übrigen wie dargestellt Anlass für die Lösung des Dekrets von 1804.

Zumindest theoretisch ist nicht undenkbar, dass das staatliche Recht die Aufgabenzuweisung auch noch nach einer Aufhebung der staatlichen Besoldung vornimmt. Ist dies nicht der Fall, wird es – in Anbetracht des *Grundsatzes kirchlicher Selbstbestimmung* (welcher auch die Normierung des Verhältnisses von Kirche und Kirchgemeinden umfasst)⁸¹⁹ – Sache der Gesamtkirche sein zu bestimmen, durch welche Körperschaft die Pfarrerinnen und Pfarrer besoldet werden sollen. Ihr kommt in dieser Hinsicht die "Kompetenz-Kompetenz" zu. Ist dieser Entscheid noch nicht gefallen, wird die Kirche als solche kirchliche Ansprüche jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Verbandsbeschwerde⁸²⁰ geltend machen können.

2. Möglichkeit verfahrensrechtlicher Geltendmachung kirchlicher Ansprüche

2.1 Unter dem Gesichtspunkt der Grundrechtsträgerschaft

Wie noch zu erörtern sein wird⁸²¹, lässt sich der Anspruch auf Besoldung als wohlerworbenes Recht und damit als grundrechtlich gesicherte Position qualifizieren. Die Frage stellt sich, ob sich eine öffentlichrechtlich verfasste Kirche oder eine Kirchgemeinde auf wohlerworbene Rechte stützen und

⁸¹⁷ § 1.

⁸¹⁸ Der damalige Lehenskommissär Stettler bezeichnete in der Grossratsitzung vom 18. Dezember 1835 die Erwähnung der Geistlichkeit anstelle der Kirche als "Fehler in der Redaktion"; vgl. Verhandlungen des Grossen Rathes der Republik Bern 1835, Nro. 74, S. 5.

⁸¹⁹ UELI FRIEDERICH, Kirchen und Glaubensgemeinschaften, S. 361 ff.

⁸²⁰ Vgl. dazu BGE 113 Ia 429.

⁸²¹ Zu dieser Frage sogleich S. 234 ff.

⁸¹² Rechtsansprüche der Destinatäre einer Stiftung entstehen grundsätzlich nicht bereits mit dem Bestand der Stiftung, sondern in der Regel erst bei förmlicher, individueller Zusprechung bestimmter Leistungen; vgl. HANS MICHAEL RIEMER, Stiftungen, systematischer Teil, N. 337.

⁸¹³ Die "historischen Rechtstitel" der Zürcher Landeskirche, S. 13.

⁸¹⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang auch den Vortrag der Direktion des Kirchenwesens vom 12. Mai 1993 an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates betreffend das Gesetz über die Kirchensteuern.

⁸¹⁵ Vgl. z.B. das Dekret vom 15. September 1948 betreffend Verlegung der Grenze zwischen den Kirchgemeinden Sumiswald und Wasen, BSG 411.221.

⁸¹⁶ Art. 3 Abs. 1 und 2 KiG.

eine Verletzung derselben verfahrensrechtlich geltend machen kann. Allgemein anerkannt ist, dass natürliche Personen und juristische Personen des Privatrechts Grundrechtsträger sein können⁸²². Das Bundesgericht geht grundsätzlich davon aus, dass Grundrechte juristischen Personen des öffentlichen Rechts demgegenüber nur (ausnahmsweise) dann zustehen, wenn sie "wie eine Privatperson betroffen werden"⁸²³. Einwohnergemeinden etwa wird unter diesem Gesichtspunkt die Berufung auf wohlervorbene Rechte regelmässig versagt. In Zusammenhang mit einer Vereinbarung über die Pflicht des Kantons, Brücken im Gebiet der Stadt Thun zu unterhalten, führte das Verwaltungsgericht des Kantons Bern aus, diese Vereinbarung schreibe

"zur Hauptsache nur die bestehenden Unterhaltsverpflichtungen der Regierung, der Stadt Thun und der Anstösser fest. Es lässt sich somit nicht sagen, die Parteien hätten mit dem Vergleich zugunsten der Stadt Thun vermögensrechtliche Ansprüche von einer gewissen Bedeutung begründet, denen heute der Charakter von wohlervorbenen Rechten zukomme. Vielmehr ist der Vergleich als ein koordinationsrechtlicher Vertrag zwischen Gemeinwesen zu bezeichnen, in dem die beiderseitigen Unterhaltspflichten an öffentlichen Anlagen niedergelegt wurden. Die EG Thun ist aus dem Vertrag daher nicht wie eine Privatperson berechtigt, sondern als Gemeinwesen und Trägerin hoheitlicher Gewalt. Sie kann für ihre Ansprüche aus der Vereinbarung demnach nicht den Schutz der Eigentumsgarantie beanspruchen, wie er in E. 3a hievordargelegt wurde und den Inhabern wohlervorbener Rechte zukommt."⁸²⁴

Mit Bezug auf die hier zu beurteilende Frage liegen die Verhältnisse anders. Die Kirche als solche und die Kirchgemeinden erfüllen nicht wie die Einwohnergemeinden hoheitlich staatliche Aufgaben "auf dritter bundesstaatlicher Ebene", sondern verfolgen wie die Landeskirchen ein *besonderes, von staatlichen Zwecksetzungen verschiedenes Ziel*. Tatsächlich gestand das Bundesgericht – allerdings eher beiläufig und ohne sich zu diesem Punkt ausdrücklich zu äussern – einer öffentlichrechtlichen *Kirchgemeinde* bereits im Jahr 1910 die Berufung auf die Religionsfreiheit⁸²⁵ zu, weil diese

durch eine kommunale Läuteordnung "in ihrer eigenen rechtlichen Stellung direkt betroffen" sei und daher befugt sein müsse, "im Wege des staatsrechtlichen Rekurses ihre Rechte (die sich freilich mit den kirchlichen Interessen ihrer Angehörigen decken, so dass sie materiell als Vertreterin dieser letztern erscheint) zu wahren"⁸²⁶. Nach dem heutigen Stand der Rechtsprechung ist anerkannt, dass sich privatrechtliche Kirchen und Gemeinschaften sowohl auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit nach Art. 49 als auch auf die Kultusfreiheit nach Art. 50 BV berufen können⁸²⁷. Tatsächlich ist nicht einzusehen, weshalb in dieser Hinsicht öffentlichrechtlich verfasste Kirchen oder Kirchgemeinden anders zu behandeln wären⁸²⁸. Dasselbe muss m.E. grundsätzlich gelten, soweit die kirchliche Körperschaft vermögensrechtliche, ehemals als privatrechtlich qualifizierte Ansprüche⁸²⁹ an den Staat geltend macht, weil sie (gerade!) auch in dieser Hinsicht "wie eine Privatperson betroffen" ist. Ob sich allerdings auch die höchstrichterliche Rechtsprechung dieser Ansicht anzuschliessen vermag, erachte ich nicht als gesichert.

2.2 Unter dem Gesichtspunkt der Autonomie

Autonomie bezeichnet *Gestaltungsfreiheit öffentlichrechtlicher Körperschaften in einem bestimmten, gesetzlich umschriebenen Rahmen*⁸³⁰. In der Praxis kommt namentlich der *Gemeindeautonomie* Bedeutung zu⁸³¹. Nach der Formel des Bundesgerichts ist eine Gemeinde

nach Art. 50 BV; vgl. UELI FRIEDERICH, Kirchen und Glaubensgemeinschaften, S. 449 ff.

⁸²⁶ BGE 36 I 377.

⁸²⁷ Die Berufung auf Art. 50 BV ist seit BGE 36 I 374 ff. anerkannt, diejenige auf Art. 49 BV liess das Bundesgericht erstmals in Zusammenhang mit dem Verbot der Kultussteuern nach Art. 49 Abs. 6 BV in BGE 95 I 354 zu. Seither können sich Kirchen und Glaubensgemeinschaften nach konstanter Praxis auch auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit berufen; vgl. z.B. BGE 97 I 116 ff.; 97 I 221 ff.

⁸²⁸ UELI FRIEDERICH, Kirchen und Glaubensgemeinschaften, S. 457 ff., v.a. 465 ff.

⁸²⁹ Vgl. FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte, S. 93.

⁸³⁰ YVO HANGARTNER, Grundzüge II, S. 173; PETER KARLEN, Religionsfreiheit, S. 48.

⁸³¹ Vgl. z.B. THOMAS PFISTERER, Die neuere Entwicklung der Gemeindeautonomie, insbesondere im Kanton Aargau, in: ZBJV 125 (1989), S. 1 ff.

⁸²² Vgl. vorn S. 48.

⁸²³ BGE 103 Ia 59.

⁸²⁴ Entscheid Nr. 18672U des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 2. August 1993, E. 4d.

⁸²⁵ Genau auf die Kultusfreiheit nach Art. 50 BV. Das Bundesgericht unterscheidet zur Prüfung der Legitimation im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren bis heute stets zwischen der Glaubens- und Gewissensfreiheit nach Art. 49 und der Kultusfreiheit

"in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale Recht diesen Bereich nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt"⁸³².

Nach Art. 68 Abs. 1 der heute noch geltenden Staatsverfassung vom 4. Juni 1893 ist den Gemeinden "ihr Vermögen als Privateigentum gewährleistet". Zu den Gemeinden im Sinn dieser Vorschrift sind, wie aus Art. 63 StV hervorgeht, auch die Kirchgemeinden zu zählen. Mit Bezug auf die *Vermögensverwaltung*, welche ohne Zweifel auch die Geltendmachung allfälliger Ansprüche an den Staat beinhalten muss, sind die Gemeinden damit nach bernischem Recht grundsätzlich autonom. Das wird auch unter der neuen Verfassung vom 6. Juni 1993 gelten. Deren Art. 109 gewährleistet in Abs. 1 die Gemeindeautonomie im Rahmen des kantonalen und des Bundesrechts ausdrücklich und präzisiert in Abs. 2, dass das kantonale Recht "den Gemeinden einen möglichst weiten Handlungsspielraum" gewährt. Zwar wird die Gemeindefinanzordnung (teilweise) durch kantonales Recht normiert⁸³³ und insofern der Gemeindeautonomie entzogen, doch gewährleistet Art. 108 ausdrücklich das "Vermögen der Gemeinden", wozu selbstverständlich auch allfällige Entschädigungsansprüche gegenüber dem Kanton gehören.

Autonomie nach dem Vorbild der Gemeindeautonomie hat das Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung auch andern öffentlichrechtlichen Körperschaften und namentlich einer *Landeskirche* zugebilligt. In BGE 108 Ia 82 ff. entschied es, die evangelisch-reformierte Kirche des Kantons St. Gallen verfüge über eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit, denn die beiden

"Konfessionsteile, auch kantonale Kirchen genannt, haben als Träger hoheitlicher Rechte selbständige Entscheidungsbefugnis, die mindestens so weit reichen wie jene der Kirchgemeinden. Die Voraussetzung, um der kantonalen Kirchenkörperschaft in gleicher Weise das Recht zur Beschwerde wegen Verletzung der Autonomie zuzuerkennen, ist demnach erfüllt."⁸³⁴

⁸³² Statt vieler BGE 113 Ia 213.

⁸³³ Art. 111 Abs. 1 der Verfassung vom 6. Juni 1993. Vgl. das Gesetz vom 13. Dezember 1990 über den Finanzhaushalt der Gemeinden, BSG 170.511, und die dazu gehörende Verordnung vom 3. Juli 1991, BSG 170.511.11.

⁸³⁴ S. 85 E. 1b.

Nach Art. 84 Abs. 4 der geltenden bernischen Staatsverfassung ist namentlich die "Freiheit der Kirche, ihre innern Angelegenheiten zu ordnen", im Rahmen von Verfassung und Gesetzgebung gewährleistet. Die neue Verfassung vom 6. Juni 1993 enthält eine im wesentlichen gleichlautende Vorschrift in Art. 122 Abs. 1⁸³⁵. Solange der Staat die Besoldungen an die Geistlichen ausrichtet, ist diese zwar als "äussere" Angelegenheit im Sinn des Art. 3 KiG zu qualifizieren⁸³⁶, doch sind entsprechende Ansprüche der Kirche an den Staat zweifellos als eigentlich "innere" Angelegenheiten anzusehen, weil die Kirche sonst überhaupt nie die Möglichkeit hätte, solche geltend zu machen. Gelegentlich wird ausdrücklich die Ansicht vertreten, die (kantonalrechtlich regelmässig gewährleistete) Autonomie kirchlicher Körperschaften beziehe sich namentlich auf "nichtreligiöse Angelegenheiten" und "insbesondere auf die Vermögensverwaltung"⁸³⁷.

2.3 Schlussfolgerungen

Sowohl die heutige evangelisch-reformierte Landeskirche als auch ihre Kirchgemeinden haben grundsätzlich die *verfahrensrechtliche Möglichkeit, die ihnen zustehenden Ansprüche gegenüber dem Kanton Bern im Bedarfsfall geltend zu machen*. Sollte eine allfällige künftige Auseinandersetzung nach erfolgter Trennung und Verweisung der Kirche in den Bereich des Privatrechts erfolgen, könnte sich die kirchliche Körperschaft *als "Privatperson"* ohne weiteres auf *Grundrechtspositionen* und namentlich – soweit solche bestehen – auf *wohlerworbene Rechte* berufen. Sollte die Entflechtung unter Beibehaltung des heutigen öffentlichrechtlichen Status vorgenommen werden, hätten sowohl die Kirche als solche als auch deren Gemeinden gestützt auf ihre *Autonomie* nach der heute geltenden und der künftigen Verfassung die Möglichkeit, ihre Ansprüche verfahrensrechtlich durchzusetzen. Mit guten Gründen lässt sich darüber hinaus die Auffassung vertreten, dass der Landeskirche und den Kirchgemeinden als öffentlichrechtlichen Körperschaften Grundrechte und insbesondere wohlerworbene Recht in gleicher Weise wie Privaten zustehen können.

⁸³⁵ Diese Bestimmung lautet: "Die Landeskirchen ordnen ihre inneren Angelegenheiten im Rahmen des kantonalen Rechts selbständig."

⁸³⁶ Vgl. bereits ALBERT ZEERLEDER, Rechtsgutachten.

⁸³⁷ So das Gutachten des Bundesamts für Justiz vom 4. November 1985, wiedergegeben in: VPB 50 (1986), Nr. 5, S. 50.

3. Die Ansprüche als wohlervorbene Rechte?

3.1 Grundsatz der Veränderbarkeit historischer Rechte

Die bisherigen Überlegungen haben sich auf die Frage konzentriert, welche Verpflichtungen und Ansprüche nach dem *heute geltenden* Recht anzunehmen sind. Wie erwähnt⁸³⁸ gilt grundsätzlich, dass (heute bestehende) historische Rechtstitel nicht ohne weiteres für alle Zukunft bestehen. EICHENBERGER meint dazu:

"Historische Rechte' können in der Tat 'auslaufen'. Auf dieser Grundannahme beruht der Moderne Staat mit seinem Verfassungsrecht, dem Gesetzesrecht und den Möglichkeiten der gewollten Rechtsänderungen. Es gibt im Prinzip keine 'Versteinerungen' oder Blockierungen der Rechtsentwicklung. Man kann bisheriges Recht verlassen, es entweder durch neues ersetzen oder ersatzlos fallen lassen. Eine geltende Rechtsordnung kann bisheriges Recht weitergelten lassen, etwa 'alte' Rechtstitel anerkennen, das heisst insbesondere Rechtsverhältnisse, die entstanden waren, bevor sie selbst ihre rechtliche Fundierung erhielt, also ihre Qualität als Verbindlichkeit beanspruchende (gültige) Rechtsordnung begründete."⁸³⁹

Von grundlegenden Veränderungen des Bundesverfassungsrechts einmal abgesehen, haben historische Rechtstitel auch *pro futuro* Bestand, sofern der durch sie begründete Anspruch als wohlervorbene Recht zu qualifizieren ist. Zu fragen ist im folgenden, ob die evangelisch-reformierte Landeskirche oder deren Kirchgemeinden ein wohlervorbene Recht auf Besoldung ihrer Geistlichen geltend machen können.

3.2 Vertragsähnlichkeit des Dekrets vom 7. Mai 1804?

Das Dekret vom 7. Mai 1804 kann zwar wohl nicht als eigentlicher Vertrag bezeichnet werden, weist aber *vertragsähnlichen* Charakter auf⁸⁴⁰. Die "Geistlichkeit" hat dem Staat zumindest die Verwaltung, wenn nicht gar das Eigentum⁸⁴¹ der bisher kirchlich verwalteten Pfrundstiftungen zugebilligt

⁸³⁸ Vgl. vorn S. 55 f.

⁸³⁹ KURT EICHENBERGER, Schreiben an die Erziehungsdirektion des Kantons Schaffhausen betreffend Pfarrerbesoldungen vom 1. Dezember 1980, S. 4.

⁸⁴⁰ Dazu im einzelnen vorn S. 166 ff.

⁸⁴¹ Vgl. zu dieser umstrittenen Frage vorn S. 141 ff.

gegen dessen Versprechen, dafür die Geistlichen in Zukunft dauernd zu besolden. Insgesamt weisen bereits die Regelung des Dekrets von 1804 und die Umstände, welche zu seinem Erlass geführt haben, die "*Elemente der Gegenseitigkeit und der Dauerhaftigkeit*" auf, "welche die beiderseitige Bindung auf Zeit rechtfertigen" und damit ein wohlervorbene Recht begründen⁸⁴².

3.3 Zusicherung des Gesetzgebers?

Wie erwähnt kann sich ein unentziehbarer, wohlervorbener Anspruch auch "aufgrund bestimmter gesetzlicher oder individueller Zusicherungen"⁸⁴³ ergeben. Das Bundesgericht hat in BGE 70 I 22 in Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis des Beamten ausgeführt, dieses mache zwar grundsätzlich

"die Entwicklung mit, die die Gesetzgebung erfährt. Das Gesetz kann allerdings einzelne Beziehungen ein für alle Mal festlegen und damit von den Einwirkungen dieser Entwicklung ausnehmen, z.B. finanzielle Ansprüche aus dem Dienstverhältnis, auch Pensionsansprüche, ihrem Betrage nach unabänderlich erklären und sie damit vor weiteren Eingriffen sicherstellen mit der Wirkung, dass sie als zugesicherte Leistung von bestimmter Höhe jeder späteren Herabsetzung, auch durch die Gesetzgebung, entzogen sind."⁸⁴⁴

Eine derartige Zusicherung lässt sich dem Dekret vom 7. Mai 1804 tatsächlich entnehmen. Der Kanton sicherte der Geistlichkeit in § 1 zu, die Besoldungen "alljährlich" auszurichten. Dass damit eine *Dauerschuld* jedenfalls bis zu einer allfälligen "dereinstigen reellen Herausgabe" des Kirchenguts begründet werden sollte und wurde, kann nach dem Ausgeführten als sicher gelten. Auch unter dem Gesichtspunkt der "durch den Gesetzgeber festgelegten, als unabänderlich zugesicherten Leistung"⁸⁴⁵ ist damit ein wohlervorbene Recht anzunehmen.

⁸⁴² RENÉ A. RHINOW, *Wohlervorbene und vertragliche Rechte*, S. 20; vgl. das ganze vorn S. 43 wiedergegebene Zitat RHINOWS.

⁸⁴³ BGE 101 Ia 448 E. 3.

⁸⁴⁴ Vgl. ebenso BGE 74 I 470.

⁸⁴⁵ BGE 70 I 22.

3.4. Sonstiges vertrauensbegründendes Verhalten des Kantons?

Der staatliche *Bindungswille* wurde im Anschluss an das Dekret *vielfach bestätigt*. Das Verzeichnis der übernommenen Kirchengüter von 1831 etwa sollte gemäss seiner Einleitung "zeigen, welche Capital-Ansprache die Kirche gegen den Staat, als Sicherheits Fond der Dotationssumme von L 275,000 zu machen" habe⁸⁴⁶. Wie gezeigt haben sich staatliche Behörden bis in die jüngste Zeit immer wieder zur andauernden Verpflichtung des Kantons bekannt und gelegentlich in diesem Zusammenhang ausdrücklich von wohl erworbenen Rechten gesprochen. Hinzu kam das entsprechende *tatsächliche Verhalten*. RUDOLF WYSS etwa erwähnt als "schlagendsten Beweis, dass das Verhältniss des Staates zur Kirche stets *als ein Verhältniss gegenseitiger Rechte und Pflichten* angesehen wurde"⁸⁴⁷, das folgende Beispiel der Kirchgemeinde Barga:

"Diese sehr kleine Parochie hatte seit 1806 keinen eigenen Pfarrer mehr, und befand sich der Parochie Aarberg zugetheilt, deren Kirche dem Dorfe Barga ganz nahe liegt. Die Kirchgemeinde Barga beschwerte sich über dieses Verhältniss, producierte den Stiftungstitel ihrer Pfarrei und deutete namentlich auf den in demselben gedrohten Fluch, welcher den Antaster der Stiftung treffen solle. Man gieng schon vor 1831 darauf ein, obschon diess nicht eigentlich als kirchliches Bedürfniss erscheinen konnte, sondern rein aus Achtung für das auf der Stiftungsurkunde beruhende Recht; doch kam die wirkliche Wiederherstellung der Pfarrei erst unter der folgenden Regierung 1832 zu Stande."⁸⁴⁸

Auch nach dem allgemeinen Kriterium des *"erhöhten Schutzbedürfnisses"*⁸⁴⁹ ist damit auf den Bestand eines wohl erworbenen Rechts zu schliessen, weil die Geistlichkeit wie erwähnt dem Kanton die Verwaltung des Kirchenguts im Vertrauen übergab, dieser werde als Rechtsnachfolger der Pfrundstiftungen in Zukunft andauernd die Pfarrbesoldung übernehmen.

3.5 Der kirchliche Anspruch als vorbestandenes Recht?

In der Zürcher Diskussion hat der evangelisch-reformierte Kirchenrat geltend gemacht, der Entschädigungsanspruch im Fall der Aufhebung der Staatsleistungen stelle eine "singuläre, altrechtliche, verkehrsfähige Rechtsfigur" und damit ein wohl erworbenes Recht der historischen Gruppe dar⁸⁵⁰. Wie diese Auffassung im einzelnen begründet wird, ist aus den zugänglichen Quellen nicht ersichtlich⁸⁵¹. In seiner Orientierung über die historischen Rechtstitel weist der Kirchenrat lediglich darauf hin, dass der Stadtstaat und später der Kanton die Patronate "regelmässig auf privatrechtlichem Wege" erwarb und damit "einziger Rechtsnachfolger der ehemaligen Eigenkirchenherren" wurde⁸⁵².

Wie erwähnt hat das Bundesgericht unter der Kategorie der vorbestandenen Rechte namentlich Tavernenrechte, Fischereigerechtigkeiten und Wassernutzungsrechte als wohl erworbene Ansprüche anerkannt⁸⁵³. Ausgehend vom Befund, dass die "Geistlichkeit" bzw. die evangelisch-reformierte Landeskirche des Kantons Bern schon lange vor 1804 ebenso wie heute ihrer Aufgabe der Pastoration nachkam bzw. nachkommt und dafür nach der Regel des alten Patronatrechts stets die Erträge des Kirchenguts – heute gewissermassen "in gewandelter Form"⁸⁵⁴ – in Anspruch nehmen durfte, lässt sich wohl wirklich ein "ehedhaftes" Recht und damit auch unter diesem Gesichtspunkt ein wohl erworbenes Recht begründen.

3.6 Schlussfolgerungen

Unter verschiedenen Gesichtspunkten kann nach dem Gesagten ein wohl erworbenes Recht der evangelisch-reformierten Landeskirche bzw. allenfalls der Kirchgemeinden begründet werden. Mit guten Gründen lässt sich wohl die Ansicht vertreten, der Anspruch qualifiziere sich *sowohl als vor-*

⁸⁴⁶ Vgl. das vorn S. 133 f. wiedergegebene Zitat.

⁸⁴⁷ RUDOLF WYSS, Rechte, S. 42 f.

⁸⁴⁸ Tatsächlich wurde die Pfarrstelle Barga im Jahr 1832 wieder hergestellt; vgl. EMIL BLOESCH, Geschichte II, S. 257.

⁸⁴⁹ BEATRICE WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 63.

⁸⁵⁰ Vgl. die Wiedergabe des kirchenrätlichen Standpunkts im Bericht und Antrag des Regierungsrats vom 12. Januar 1983, Zürcher Amtsblatt 1983, S. 177 ff., 202.

⁸⁵¹ Die durch den Kirchenrat in Auftrag gegebenen Gutachten von Prof. Jagmetti und Daniel Trümpy wurden vertraulich behandelt.

⁸⁵² Die "historischen Rechtstitel" der Zürcher Landeskirche, S. 4.

⁸⁵³ Vgl. vorn S. 42.

⁸⁵⁴ Vgl. das z.B. das vorn S. 183 wiedergegebene Zitat von Regierungsrat Teuscher.

bestandenes Recht als auch als Recht aus vertraglichen oder vertragsähnlichen Rechtsverhältnissen. Dass die anspruchsberechtigten Körperschaften heute grundsätzlich Träger dieser Rechte sein können, ist im vorangehenden Abschnitt dargelegt worden. Weil ein wohlverworbenes Recht nicht nur zum Zeitpunkt der *Übernahme* von Kirchengut, sondern *auch später* begründet bzw. bestätigt wurde, ist unerheblich, ob der evangelisch-reformierten Kirche oder den Kirchgemeinden bereits um 1804 Rechtspersönlichkeit zukam. Entscheidend ist, dass die staatlichen Zusicherungen auch noch lange Zeit nach 1874, also nachdem beide Körperschaften zweifelsfrei⁸⁵⁵ als juristische Personen bestanden, *diesen gegenüber* abgegeben wurden. Damit wird auch der in der Zürcher Diskussion gegen subjektive Rechte der Kirche erhobene Einwand gegenstandslos, der Kirchenrat habe "den strikten Beweis dafür noch nicht geführt ... , dass die Landeskirche oder die Kirchgemeinden tatsächlich die Rechtsnachfolger oder sozusagen die Erben jener schwer fassbaren Gedankengebilde oder Gemeinschaften sind, denen die alten Eigenkirchen gewidmet sein mochten"⁸⁵⁶.

VII. Rechtsvergleichende Hinweise

Bisher ist die Frage nach historischen Rechtstiteln der evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Bern erörtert worden. Mit einem abschliessenden kurzen Blick auf die Situation in andern Kantonen und auf Stellungnahmen schweizerischer Kantonsregierungen soll kritisch nachgeprüft werden, ob die Ergebnisse in etwa einer gewissen "gemeinschweizerischen" Rechtsüberzeugung entsprechen⁸⁵⁷.

⁸⁵⁵ Zur Frage des Beginns der Rechtspersönlichkeit der evangelisch-reformierten Kirche vorn S. 92 ff.

⁸⁵⁶ Zürcher Amtsblatt 1983, S. 204.

⁸⁵⁷ Auf rechtsvergleichende Hinweise auf ausländische Regelungen wird hier verzichtet. In der Bundesrepublik Deutschland etwa stellt sich die Situation schon deshalb ganz anders dar, weil das Bundesverfassungsrecht explizite Vorschriften über den Schutz des Kirchenvermögens und die Ablösung der Staatsleistungen enthält. Vgl. dazu namentlich JOSEF ISENSEE, Staatsleistungen, und die da zitierte reiche Literatur.

1. Besoldung Geistlicher und Behandlung des Kirchenguts in andern Kantonen

Die nachfolgenden Hinweise streben keine vollständige Darstellung der Staatsleistungen und der Behandlung kirchlichen Vermögens in der Schweiz an. Sie sollen lediglich beispielhaft skizzieren, welche Möglichkeiten verschiedene Kantone im grundsätzlichen gewählt haben. Besondere Berücksichtigung finden Diskussionen um historische Rechtstitel aus der jüngeren Zeit. Der Fragestellung des vorliegenden Gutachtens entsprechend wird die Situation in einzelnen Kantonen, namentlich im Kanton Aargau, vor allem mit Bezug auf die reformierte Kirche dargestellt; hinsichtlich der römisch-katholischen Kirche galten aufgrund anderer historischer Gegebenheiten teilweise andere Grundsätze.

1.1 Kantone mit vorübergehender staatlicher Verwaltung des Kirchenguts

Vereinzelte katholische Kantone, namentlich Freiburg und Wallis⁸⁵⁸, haben die Verwaltung des Kirchenguts im vergangenen Jahrhundert unter radikaler Herrschaft zwar vorübergehend den staatlichen Organen zugewiesen, dieses aber nach relativ kurzer Zeit wieder den Kirchen zur Verfügung gestellt. Damit war die Zweckbestimmung des kirchlichen Vermögens grundsätzlich gewahrt. Historischen Rechtstiteln in Zusammenhang mit staatlicher Übernahme von Kirchengut dürfte in diesen Kantonen heute kaum aktuelle Bedeutung zukommen⁸⁵⁹.

⁸⁵⁸ Freiburg entzog um 1848 die Verwaltung der Kirchengüter den kirchlichen Organen, räumte aber der Geistlichkeit das Recht zur Vermögensverwaltung mit Grossratsbeschluss vom 18. November 1857 und mit der Konvention vom 6. Mai 1858 wieder ein. Ebenfalls um 1848 erfolgte der Einzug der Kirchengüter im Kanton Wallis; der Schritt wurde um 1859 rückgängig gemacht. Vgl. EDUARD HIS, Geschichte III, S. 878 f.

⁸⁵⁹ Von der besonderen Situation der gemischt freiburgisch-bernischen Kirchgemeinden sei hier einmal abgesehen.

1.2 Kantone mit vollzogener finanzieller Entflechtung von Staat und Kirche

1.2.1 Genf

Mit der Loi constitutionnelle supprimant le budget des cultes vom 15. Juni 1907 führte Genf unter französischem, laizistischen Einfluss⁸⁶⁰, aber rasch und nach dem Urteil HUBERS "ohne gründliche Erörterung des Problems"⁸⁶¹ als erster Schweizer Kanton die grundsätzliche Trennung von Staat und Kirche ein. Das Verfassungsgesetz⁸⁶² enthielt neben dem Grundsatz der Religionsfreiheit namentlich Vorschriften über die Organisation der Kirchen nach Privatrecht. Eingeführt wurde damit unter anderem der heutige Art. 164 Abs. 2 der Constitution de la République et Canton de Genève vom 24. Mai 1847 mit folgendem Wortlaut:

"L'Etat et les communes ne salarient ni ne subventionnent aucun culte."

Mit Bezug auf das Kirchenvermögen gilt heute nach Art. 166 der Genfer Verfassung folgendes:

"Les temples, églises, cures ou presbytères qui sont propriété communale conservent leur destination religieuse. Ils demeurent comme par le passé gratuitement affectés au culte qui s'y exerçait avant le 1er janvier 1909. La jouissance ne peut avoir lieu que du consentement de la communauté occupante.

Sous réserve de l'approbation du Conseil d'Etat, les communes ont la faculté de transférer la propriété de ces édifices aux représentants du culte qui les occupe, à charge par eux de les entretenir. Cette cession est gratuite et exempte des droits de mutation.

Dans le cas où les communes transfèrent la propriété des édifices précités, il est stipulé qu'ils doivent conserver leur destination religieuse et qu'il ne peut en être disposé à titre onéreux."

⁸⁶⁰ CARL CHRISTOPH BURCKHARDT-SCHAZMANN, *Neuzeitliche Wandlungen des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche in der Schweiz*, Basel 1917, S. 113 ff., v.a. 118 ff.

⁸⁶¹ MAX HUBER, *Trennung von Kirche und Staat*, S. 150: "Die ganze Gesetzgebungskampagne verlief sehr rasch und ohne gründliche Erörterung des Problems; auch von seiten der Regierung wurde kein eingehender Bericht erstattet. Das Resultat der Volksabstimmung kam für viele überraschend und wurde mancherseits als Ergebnis einer Zufallsmajorität betrachtet."

⁸⁶² Die Loi constitutionnelle supprimant le budget des cultes vom 15. Juni 1907 wird hier zit. nach ZACCARIA GIACOMETTI, *Quellen*, S. 542 ff.

Der um 1907 ebenfalls neu eingeführte Art. 167 der Verfassung bestimmt darüber hinaus, dass der temple de Saint-Pierre dem protestantischen Gottesdienst gewidmet bleiben soll und unabhängig vom jeweiligen Eigentümer für staatliche Zeremonien zur Verfügung stehen muss⁸⁶³.

Art. 5 der Loi constitutionnelle sah eine zehnjährliche Übergangslösung für die Pfarrbesoldungen vor. Art. 6 enthielt eine besondere Vorschrift betreffend die evangelisch-reformierte Konfession; dessen Abs. 1 und 2 lauteten:

"Une commission composée de onze membres, dont six nommées par le Consistoire et cinq par le Conseil d'Etat, statuera sur le mode d'administration et sur l'attribution des cédules de la Caisse hypothécaire au montant de 800.000 francs remises au Consistoire en conformité de la loi constitutionnelle du 28 novembre 1886, ainsi que de tous les autres biens ou fonds gérés ou possédés par le Consistoire et les Conseils de paroisse.

Ces capitaux conservent dans la nouvelle organisation de l'Eglise protestante leur destination actuelle."

Diese Lösung wurde durch die grossrätliche Kommission folgendermassen begründet: Im Jahr 1868 wurde in Zusammenhang mit der Gründung des Hospice général der "fonds capital" der Caisse hypothécaire unter den alten Gemeinden aufgeteilt und den Gemeinden unter Vorbehalt der Ausrichtung einer jährlichen Summe von Fr. 40'000.-- an das Consistoire das daraus fliessende Einkommen zugesichert. Zur gleichen Zeit erlangte der Kanton Genf das Eigentum an dem der Banque de Genève zugewiesenen Kapital von Fr. 1'500'000.--, wobei er im Gegenzug die Kosten für den Unterhalt des Gottesdienstes übernahm. In Zusammenhang mit der Erhöhung des Kapitals der Hypothekarkasse wurde der Anspruch des Consistoire auf die jährliche Summe von Fr. 40'000.-- umgewandelt in einen unveräusserlichen Schuldschein (cédule inaliénable) mit einem fixen Jahreszins von Fr. 40'000.--.

⁸⁶³ Art. 167 lautet: "Le temple de Saint-Pierre est affecté au culte protestant. L'Etat continue à en disposer pour les cérémonies nationales, même si la propriété en est transférée en vertu de l'article 166..."

1.2.2 Basel-Stadt

Im Kanton Basel-Stadt wurde das Kirchengut, genauer das "Kirchen- und Schulgut", seit der Reformation als gesonderter Vermögenskomplex ausgedehnt und verwaltet. Es war aufgrund verschiedener staatlicher Erlasse⁸⁶⁴ seinem bisherigen Zweck zu erhalten, und nur die Zinsen durften in Anspruch genommen werden⁸⁶⁵. Nach § 12 der Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 10. Mai 1875 hatte der Staat "die Cultusbedürfnisse" der reformierten und katholischen Kirche" zu bestreiten "und zwar mit Rücksicht auf die zu jeder Kirche resp. jeder durch die Organisation anerkannten kirchlichen Gemeinschaft gehörigen Mitglieder"⁸⁶⁶. HENRICI berichtet, dass vor allem seit dieser Zeit trotz der Vorschrift über die Zweckbindung das Kirchen- und Schulgut durch Kirchenbauten, Ankauf von Sigristenwohnungen und dergleichen "derart in Anspruch genommen" wurde, "dass es bis auf einen kleinen Rest verschwand"⁸⁶⁷.

Am 8. März 1906 stellte der Vorsitzende des Vereins der römisch-katholischen Gemeinde Basel Gutzwiller im Grossen Rat den Anzug auf Prüfung und Bericht, "ob nicht zu Gunsten des Vereins der römisch-katholischen Gemeinde eine jährliche Subvention von Fr. 40'000, erstmals pro 1906, ins Budget aufzunehmen sei". Aus der Prüfung dieses Antrags ging am 22. März 1906 der *Anzug Knörr* mit folgendem Wortlaut hervor:

"In Erwägung, dass das in § 19 der Kantonsverfassung festgesetzte System der Landeskirchen und die damit verbundene Bestreitung ihrer Kultusbedürfnisse durch den Staat den Anforderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit nicht mehr entspricht, wird der Regierungsrat eingeladen, zu prüfen und zu berichten, ob nicht die Kirchen vom Staat grundsätzlich zu trennen seien."

⁸⁶⁴ Z.B. des Grossratsbeschlusses vom 1. August 1836.

⁸⁶⁵ Ausführlich dazu EDUARD SCHWEIZER, Basler Kirchen- und Schulgut.

⁸⁶⁶ Vgl. zum Wortlaut von § 12 der Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 10. Mai 1875 ZACCARIA GIACOMETTI, Quellen, S. 565 f.

⁸⁶⁷ HERMANN HENRICI, Entwicklung, S. 113 f. Vgl. auch die Schilderung im Ratschlag des Regierungsrats betreffend die Anzüge Gutzwiller und Knörr vom 25. Juli 1908, wiedergegeben in: ZACCARIA GIACOMETTI, Quellen, S. 586 ff., 590: "Die äusseren Schwierigkeiten der heutigen Lage unserer Landeskirchen beruhen ... in erster Linie aber doch auf der veränderten Beschaffung des landeskirchlichen Finanzbedarfs, auf der Tatsache, dass in den letzten Jahrzehnten der zinstragende Bestand des Kirchenguts mehr und mehr zu Kirchen- und Pfarrhausbauten verwendet und infolgedessen der kirchliche Betrieb fast ausschliesslich aus allgemeinen Staatsmitteln, also auch aus Steuergeldern ausserlandeskirchlicher Einwohner bestritten werden musste."

Der Regierungsrat äusserte sich in seinem Bericht⁸⁶⁸ unter anderem auch zu allfälligen Rechtsansprüchen der evangelisch-reformierten Kirche. Nach eingehender Auseinandersetzung mit den Stellungnahmen des Kirchenrats⁸⁶⁹ vertrat der Regierungsrat die Ansicht, "dass der Landeskirche im Falle der Ablösung ein Rechtsanspruch auf einen Teil des Kirchen- und Schulgutes zukomme"⁸⁷⁰. Nachdem der Grosse Rat den Anzug Knörr überaus deutlich mit 113 zu 2 Stimmen überwiesen hatte, war von kirchlicher Seite heftig umstritten, ob das Kirchengut den Charakter einer *selbständigen* oder bloss *unselbständigen Stiftung* habe. Gegen die durch die Katholiken vertretene Auffassung, wonach es sich um eine unselbständige Stiftung handle und darum auch den Katholiken ein verhältnismässiger Anteil am Gut zustehe, erachtete der Regierungsrat gestützt auf die Darstellung SCHWEIZERS⁸⁷¹ das Kirchen- und Schulgut als selbständige Stiftung. Er kam im Ratschlag vom September 1908 nach der Darstellung der Geschichte des Kirchen- und Schulguts zu folgendem Schluss:

"In allen diesen Vorgängen tritt die unwidersprochene Überzeugung der Behörden zutage, das Kirchengut komme allein derjenigen Kirche zu, für die es der Staat seinerzeit in Verwaltung genommen habe, der reformierten."⁸⁷²

Am 10. Februar 1910 verabschiedete der baselstädtische Grosse Rat seinen Beschluss betreffend Partialrevision der Verfassung von 1889, welche unter

⁸⁶⁸ Bericht des Regierungsrates an den Grossen Rat des Kantons Basel-Stadt über die Anzüge betreffend staatliche Unterstützung der röm.-kath. Gemeinde und betreffend Trennung von Staat und Kirche vom 13. September 1906, im folgenden zit. nach ZACCARIA GIACOMETTI, Quellen, S. 572 ff.

⁸⁶⁹ Eine Minderheit des Kirchenrats selbst war – anders als dessen Mehrheit – durchaus offen für eine gewisse Veränderung des Staatskirchenrechts. Allerdings setzte sie "dabei als selbstverständlich" voraus, dass der Kirche "vom Staat das vorhandene Kirchengut, insbesondere die kirchlichen Gebäude, als Eigentum zugesichert bleiben; wobei der Staat immerhin sich ein gewisses Verfügungsrecht über die kirchlichen Gebäude würde vorbehalten können; besonders wenn und wo er den Unterhalt derselben übernehme" (S. 577).

⁸⁷⁰ S. 579.

⁸⁷¹ EDUARD SCHWEIZER, Basler Kirchen- und Schulgut.

⁸⁷² Ratschlag betreffend die Anzüge Gutzwiller und Knörr vom 25. Juli 1809, zit. nach ZACCARIA GIACOMETTI, Quellen, S. 586 ff., 602.

anderem die "hinkende Trennung"⁸⁷³ von Staat und Kirche einführte. Bestandteil dieses Beschlusses waren unter anderem die heute noch geltende Vorschrift in § 19 Abs. 3 über das Recht der Landeskirchen zur selbständigen Verwaltung des Vermögens "unter Oberaufsicht des Regierungsrates" und § 19b über die Staatsleistungen mit folgendem Wortlaut:

"Mit Ausnahme der Ausgaben für den Dienst von Geistlichen an den öffentlichen Spitälern, Asylen, Gefängnissen, Waisen- und Zwangsfürsorgeanstalten dürfen eigentliche Kultuszwecke aus Staats- und Gemeindemitteln nicht unterstützt werden.

Von diesem Verbote werden nicht berührt Beiträge für Erhaltung geschichtlicher Kunstdenkmäler und für Anschaffung und Unterhalt von Gegenständen, die nicht ausschliesslich Kultuszwecken, sondern auch andern, öffentlichen oder gemeinnützigen Interessen dienen."

Gleichzeitig beschloss der Grosse Rat unter anderem die folgenden Einführungsbestimmungen:

4. Auf den 1. April 1911 hat der Regierungsrat das Kirchen- und Schulgut, vorbehaltlich der nachfolgenden abweichenden Bestimmungen, ferner das übrige in staatlicher Verwaltung befindliche reformierte Stiftungsgut, sowie Sektion V, Parzelle 5 des Grundbuchs der Stadt Basel mit Gebäude Augustinerstrasse 11, alles mit Einschluss der in jenem Zeitpunkt der dauernden Benutzung jenes Gutes gewidmeten Fahrnis, unentgeltlich in das Eigentum und die Verwaltung der reformierten Kirche zu übertragen.

Die bisher zu Schulzwecken und Lehrerwohnungen verwendeten Liegenschaften des Kirchen- und Schulguts, sowie die Klarakirche sind mit der zugehörigen Fahrnis in jenem Zeitpunkt vom Regierungsrat auf den Kanton Basel-Stadt als Eigentümer zu übertragen.

Auf denselben Zeitpunkt hat der Regierungsrat der christkatholischen Kirche die Predigerkirche, sowie Sektion I Parzelle 1904 mit Gebäude Friedensgasse 40 samt der zugehörigen Fahrnis unentgeltlich zu Eigentum zufertigen zu lassen. Ferner sind ihr Fr. 150,000.--, nämlich am 1. April 1911, 1912 und 1913 je Fr. 50,000.--, aus allgemeinen Staatsmitteln zuzuweisen.

5. Der römisch-katholischen Gemeinde ist vom Regierungsrat auf den 1. April 1911 an der Klarakirche und der zugehörigen Fahrnis ein höchstpersönliches Nutznießungsrecht zu Kultuszwecken nach Massgabe der Bestimmungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches unentgeltlich zu bestellen.

Aus allgemeinen Staatsmitteln sind der römisch-katholischen Gemeinde Fr. 200,000.--, nämlich am 1. April 1911 und 1912 je Fr. 70,000.-- und am 1. April 1913 Fr. 60,000.-- zuzuweisen; ebenso der Israelitischen Gemeinde Fr. 15,000.--, nämlich am 1. April der Jahre 1911, 1912 und 1913 je Fr. 5000.--.⁸⁷⁴

1.2.3 Neuenburg

Im Kanton Neuenburg wurde 1941 die Trennung von Staat und Kirche vorwiegend auf kirchliches Begehren hin beschlossen. Im Jahr 1873 hatte sich, ähnlich wie in andern Westschweizer Kantonen, die Eglise neuchâteloise indépendante de l'Etat von der (sehr "staatsnahen" und tendentiell liberalen) Eglise nationale abgetrennt; sie machte später eine Wiedervereinigung von der grundsätzlichen Trennung von Staat und Kirche abhängig⁸⁷⁵.

Zu den Staatsleistungen bestimmt die Constitution de la République et canton de Neuchâtel vom 21. November 1858 seitdem in Art. 71 Abs. 2:

"L'Etat alloue chaque année à l'Eglise réformée évangélique du canton de Neuchâtel et aux paroisses neuchâtelaises de l'Eglise catholique romaine et de l'Eglise catholique chrétienne des subsides dont le montant total est fixé à 200 000 francs. Le service des subsides de l'Etat fait l'objet de concordats",

und in Art. 73 schreibt sie mit Bezug auf das Kirchengut vor:

"Les revenus des biens de l'Eglise réunis en 1848 au domaine de l'Etat, et dont la destination doit être maintenue selon l'article 6 du Traité de Paris, du 26 mai 1857, sont versés aux Eglises reconnues conformément au décret du Grand Conseil du 17 mai 1916. Les fonds spéciaux du clergé sont remis à l'Eglise réformée."

Die in Art. 71 Abs. 2 der Verfassung vorgesehenen Konkordate wurden tatsächlich mit den drei Hauptkonfessionen, nämlich der evangelisch-reformierten, der römisch-katholischen und der christkatholischen, abgeschlossen. Das Concordat entre l'Etat de Neuchâtel et l'Eglise réformée évangélique du canton de Neuchâtel vom 1. November 1942 bestimmt unter anderem:

⁸⁷³ Die Bezeichnung der Verhältnisordnung von Basel-Stadt (und der Weimarer Reichsverfassung von 1919) als "hinkende Trennung" verwendet z.B. ULRICH STUTZ, Die päpstliche Diplomatie unter Leo XIII., in: Abhandlungen der Preussischen Akademie der Wissenschaften, Phil.-Hist. Klasse 1925, Nr. 3/4, S. 54, Anm. 2.

⁸⁷⁴ Zit nach ZACCARIA GIACOMETTI, Quellen, S. 614 f.

⁸⁷⁵ ALAIN BERTHOUD, Le statut juridique de l'Eglise réformée évangélique du Canton de Neuchâtel, Colombier 1955, S. 13 ff., 27 ff.

"A. *Temples*. Les communes restent propriétaires des temples qui leur appartiennent actuellement et en assument l'entretien (y compris l'éclairage, le chauffage, l'entretien des orgues, les soins de propriété, le sonnage des cloches).

Ces édifices conservent avant tout leur destination religieuse et sont mis gratuitement à la disposition des paroisses de l'Eglise, qui bénéficient à leur égard d'un droit de préférence ...

Par entente entre les communes et les paroisses, celles-ci peuvent acquérir la propriété des temples ...

B. *Cures*. Les cures qui appartiennent à l'Etat ou aux communes sont transférées gratuitement à l'Eglise réformée évangélique du canton de Neuchâtel, qui en assume désormais la charge."

1.2.4 Aargau

Nach längeren Verhandlungen mit Bern erhielt der neue Kanton Aargau zu Beginn des 19. Jahrhunderts "als nunmehriger Kollator ... das Pfrundvermögen in seine Verwaltung, er wurde Patron und Zehntherr und musste für den Unterhalt unbedingt aufkommen"⁸⁷⁶. Mit dem Gesetz vom Dezember 1804⁸⁷⁷ wurde für die reformierten Geistlichen eine der bernischen ähnliche Besoldungsordnung eingeführt. Später wird aber von staatlicher Seite darauf hingewiesen, dass es auch mit diesem Gesetz nicht gelungen sei, "den privatrechtlichen Charakter der Kollatur ganz zu zertrümmern". Wohl habe der Kanton Aargau "das Vermögen der Pfründen in das allgemeine Staatsgut einbezogen, aber in allen Verfassungen und speziell im Gesetze von 1804 ist das Vermögen der Pfründen garantiert. So war der Staat nach diesem Gesetze gehalten, über sämtliche Kapitalien, Zehnten, Bodenzinse, welche für die Besoldung der Geistlichen bestimmt und gewidmet waren, ein besonderes Urbar zu führen und das Kapital sicher zu stellen"⁸⁷⁸.

⁸⁷⁶ KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 26.

⁸⁷⁷ Zum Wortlaut JOHANNES SCHULTHESS, Beiträge I/3, S. 229 ff.

⁸⁷⁸ Bericht des Regierungsrates an den Grossen Rat über die Vollziehung des Art. 70 der aarg. Staatsverfassung betreffend die Ausscheidung der Pfrund- und Kirchengüter in Bezug auf die reformierten Kirchgemeinden vom 14. April 1906, in: Herausgabe der Pfrund- und Kirchengüter II, S. 8.

Im Verlauf des 19. Jahrhunderts stellten verschiedene Kirchgemeinden das Begehren um Herausgabe der Pfrundgüter und strengten – erfolgreich – entsprechende Prozesse an⁸⁷⁹. Wohl nicht zuletzt zur Beruhigung der Situation wurde in die Aargauische Kantonsverfassung von 1885 in Art. 70 eine Bestimmung mit folgendem Wortlaut aufgenommen:

"Die noch in Händen des Staates befindlichen Pfrund- und Kirchengüter sind aus dem allgemeinen Staatsgut auszuschneiden, urkundlich sicher zu stellen und besonders zu verwalten. Ein mit Beförderung zu erlassendes Gesetz soll unter Zugrundelegung der bisher erforderlichen Leistungen des Staates das Nähere festsetzen. Die in Händen des Staates befindlichen, sowie die bereits an die Kirchgemeinden herausgegebenen Kirchen- und Pfrundgüter dürfen zu keinen anderen als den ursprünglichen kirchlichen Stiftungszwecken verwendet werden. Zu einer anderweitigen Verwendung ist die ausdrückliche Bewilligung des Regierungsrates erforderlich."⁸⁸⁰

Das entsprechende Gesetz wurde nie erlassen. Demgegenüber fasste der Grosse Rat im Jahr 1905 auf Antrag der Regierung den Grundsatzbeschluss, die Pfrundgüter seien den Kirchgemeinden herauszugeben⁸⁸¹. Zur Berechnung der Ablösungsleistung holte die Finanzdirektion verschiedene Gutachten ein. Diese kamen aufgrund des Wortlauts von Art. 70 der Verfassung ("Zugrundelegung der bisher erforderlichen Leistungen des Staates") übereinstimmend zum Schluss, dass nicht auf den Wert des seinerzeit eingezeichneten Kirchenguts, sondern auf den Betrag der *aktuell aufgrund des Besoldungsgesetzes von 1859 ausgerichteten Besoldung* und die *Leistungen an den ordentlichen Unterhalt und an allfällige Neubauten der Pfrundgebäude und der Kirchenhöre* abzustellen sei. Dieselben Gutachter erachteten ebenso einhellig trotz des Wortlauts der erwähnten Verfassungsbestimmung eine Herausgabe durch *Vertrag* mit den einzelnen Gemeinden als zulässig⁸⁸².

Nach diesen Grundsätzen wurde tatsächlich im wesentlichen verfahren. Die *bestehenden* Vermögenswerte wurden *in natura* ausgeschieden, die gestützt

⁸⁷⁹ KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 55.

⁸⁸⁰ Zit. nach KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 55.

⁸⁸¹ KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 74.

⁸⁸² Bericht des Regierungsrates an den Grossen Rat über die Vollziehung des Art. 70 der aarg. Staatsverfassung betreffend die Ausscheidung der Pfrund- und Kirchengüter in Bezug auf die reformierten Kirchgemeinden vom 14. April 1906, in: Herausgabe der Pfrund- und Kirchengüter II, S. 12 ff., 18.

auf das damals noch geltende Gesetz vom 23. März 1859 über die Besoldung der reformierten Geistlichen ausgerichteten *Staatsleistungen mit dem Faktor 25 kapitalisiert*. Durch Vertrag mit den einzelnen (reformierten) Kirchgemeinden übergab der Staat Aargau diesen dementsprechend die bisher in seiner Verwaltung befindlichen *Liegenschaften* (Kirchenchor, Pfarrhaus und Land) zu Eigentum sowie ein *Kapital als Ablösung der bisherigen Staatsleistungen*. Dieses bestand aus einem Pfarrbesoldungskapital, einem Kapital für die Ortszulagen, einem Entschädigungskapital für verminderten Pfrundlandnutzen, einem Unterhaltungs- bzw. Baukapital für Chor, Pfarrhaus und Nebengebäude und einem Kapital für die Verwaltung des Pfrundgutes. Im Gegenzug verpflichtete sich die Kirchgemeinde "für jetzt und alle Zukunft" zur Ausrichtung und allfälligen künftigen Erhöhung der Pfarrbesoldung, zum Bau und Unterhalt der Gebäude und zur Einräumung des Nutzungsrechts am Land an den Pfarrer. Schliesslich übernahm die Kirchgemeinde "jede weitere Leistung, die infolge der Zeit die Bedürfnisse der Pfarrei erfordern"⁸⁸³. In dieser Art wurde die Situation mit den meisten Kirchgemeinden bereinigt, nur einige wenige stimmten dem Abtretungsvertrag nicht zu. In der Einleitung zur Schlussabrechnung über die Herausgabe der Pfrund- und Kirchengüter vom 15. November 1907 führte die Rechnungskanzlei des Kantons Aargau dazu aus:

"Diese Güter sind den Gemeinden zu Eigenum und eigener Verwaltung herausgegeben worden, wo die Gemeinden damit einverstanden gewesen sind, wo dies nicht der Fall war, sind die Pfrundgüter bloss ausgeschieden worden, um urkundlich sichergestellt und einer besondern Verwaltung übergeben zu werden ... Das Pfrundgut der Gemeinden Seengen, Reinach, Thalheim, Frick und Olsberg wurde in diesem Sinne in der Verwaltung des Staates belassen. Der Unterhalt der Kirche in Wislikofen, des Chores in Schneisingen, der Pfrundgebäulichkeiten in Brugg und Döttingen und der Kapelle in Böbikon bleibt einstweilen noch Sache des Staates."⁸⁸⁴

Heute bestimmt die Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 in § 113 Abs. 5 lediglich, dass die Landeskirchen und Kirchgemeinden "ihr Vermögen und ihre Einkünfte selbständig nach den staatlichen Grundsätzen, die für die Verwaltung öffentlichen Gutes und öffentlicher Einkünfte gelten", verwalten.

⁸⁸³ Vgl. das bei KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 171 ff. (Beilage VI), wiedergegebene Beispiel eines Abtretungsvertrags zwischen dem Staat Aargau und der reformierten Kirchgemeinde Rued.

⁸⁸⁴ Zit. nach KARL HEUBERGER, Pfrundgüter, S. 175 ff. (Beilage VIII).

1.3 Kanton Basel-Landschaft: Kirchengut als Stiftungsvermögen

Die neue Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Mai 1984 enthält keine ausdrückliche Vorschrift über das Kirchengut. Mit Bezug auf die Staatsleistungen an die anerkannten Landeskirchen bestimmt § 140 Abs. 3 nach den Vorschriften über die Kirchensteuern:

"Der Kanton leistet Beiträge an die Landeskirchen nach Massgabe des Gesetzes."

Das Kirchengesetz vom 3. April 1950⁸⁸⁵ wurde am 9. März 1989 in verschiedenen Punkten revidiert. Nach § 8 des Gesetzes werden nach dieser Fassung die "finanziellen Bedürfnisse der Landeskirchen und ihrer Kirchgemeinden" unter anderem durch Beiträge des Kantons gedeckt. Die ordentlichen Beiträge des Kantons an die Landeskirchen⁸⁸⁶ bestehen nach § 8c aus einem jährlichen Grundbetrag von Fr. 100'000.-- und einem jährlichen Beitrag für jedes Kirchenglied von Fr. 35.--; sie sind indexiert. Mit Bezug auf das Kirchengut schreibt § 9 vor:

"Die Kirchen verwalten ihr Vermögen selbständig unter der Oberaufsicht des Regierungsrates. Das Kirchenvermögen darf zu keinen anderen Zwecken als denjenigen, die die betreffende Kirche verfolgt, verwendet werden.

Das 'Kirchen- und Schulgut' wird in eine Stiftung zu Gunsten der reformierten Landeskirche umgewandelt und weiterhin vom Staate verwaltet. Es darf seiner Zweckbestimmung nicht entfremdet werden.

Der Landrat regelt im Dekret die Verwaltung der Stiftung Kirchen- und Schulgut sowie deren Beziehungen zu den Kirchgemeinden der Evangelisch-reformierten Landeskirche."

1.4 Kantone mit ausdrücklicher Erwähnung historischer Rechtstitel

Die Kantone Schaffhausen und Zürich lassen sich insofern mit Bern vergleichen, als beidenorts der Kanton Kirchengut bis heute im Eigentum behalten, also dieses weder als Stiftung (wieder) rechtlich verselbständigt noch den Kirchen ausgehändigt hat. Beide Kantone verbindet im weiteren, dass ihre Rechtsordnung – in wörtlich übereinstimmender Weise – historische Rechtstitel ausdrücklich erwähnt.

⁸⁸⁵ GS 20.131.

⁸⁸⁶ Als Landeskirchen anerkannt sind nach § 1 die evangelisch-reformierte, die römisch-katholische und die christkatholische Kirche.

1.4.1 Schaffhausen

Im Kanton Schaffhausen⁸⁸⁷ wurde das Kirchengut im 19. Jahrhundert durch staatliches Gesetz in einem durch den Kanton verwalteten "Kirchen- und Schulfonds" vereinigt. Nach der Verfassung von 1876 sollte das Kirchengut aus diesen Fonds ausgeschieden und die evangelisch-reformierte Landeskirche damit ausgestattet werden. Das entsprechende Gesetz über die Leistungen des Staats und der Gemeinden für religiöse Zwecke und über die Verwaltung des Kirchengutes wurde allerdings in der Volksabstimmung vom 29. Juni 1884 verworfen. In der Folge wurden die Pfarrer (im wesentlichen) durch den Kanton besoldet, unter anderem gestützt auf das Gesetz betreffend die Besoldungen der Geistlichen der öffentlichen kirchlichen Korporationen des Kantons Schaffhausen und die Auslösung der Pfarrbesoldungsbeiträge vom 15. Juli 1907. Der Staat verwaltete noch in den sechziger Jahren – so der damalige Regierungsrat Wanner – "als Patron bzw. Fiduziar das Pfrundstiftungsvermögen, das im Kirchen- und Schulfonds enthalten ist".

Die Verfassung des Kantons Schaffhausen vom 24. März 1876 enthält mit Bezug auf Staatsleistungen an die Kirchen und die Verwaltung des Kirchenguts einige Vorschriften. Sie bestimmt zunächst in Art. 103, dass die kirchlichen Bedürfnisse, "soweit sie durch die Kirchgemeinde zu decken sind, aus dem Ertrag des Kirchengutes und, wenn dieser nicht hinreicht, aus Kirchensteuern bestritten" werden; im übrigen wird die Verwaltung des Kirchenguts nach Art. 104 "durch das Gesetz geregelt". Ebenso bestimmt Art. 52 hinsichtlich der Staatsleistungen:

"Die Leistungen des Staates und der Gemeinden für religiöse Zwecke regelt das Gesetz."

Am 6. September 1969 reichte Grossrat Hädener eine Motion ein, mit welcher der Regierungsrat ersucht wurde, "die Ausrichtung der Pfarrerbesoldungen auf ihre Verfassungsmässigkeit zu überprüfen und dem Grossen Rat über das Ergebnis Bericht und Antrag zu erstatten"⁸⁸⁸. Der Vorstoss löste eine längere und kontrovers geführte Diskussion um den Bestand histori-

scher Rechtstitel aus. Während KÄGI als Berater der evangelisch-reformierten Landeskirche relativ weit gehende Ansprüche der Kirche geltend machte⁸⁸⁹, äusserte sich EICHENBERGER als beauftragter Gutachter des Kantons insgesamt zurückhaltender. Auch er anerkannte aber ausdrücklich, dass eine Pflicht des Kantons zu bejahen sei, soweit dieser "den alten Kirchen- und Schulfonds in Händen hat"⁸⁹⁰. Der Grosse Rat verabschiedete am 22. November 1982 das Gesetz über die Ausrichtung von Beiträgen an die Landeskirchen, welches schliesslich in der Volksabstimmung vom 27. Februar 1983 mit 15'839 Ja gegen 12'373 Nein angenommen wurde⁸⁹¹. Dessen Art. 1 bestimmt die Staatsleistungen an die Kirchen mit folgenden Worten:

"Der Staat richtet für kirchliche Zwecke den Landeskirchen einen jährlichen Beitrag von 2,4 Mio. Franken aus. Diese Summe entspricht dem Stand des Landesindex der Konsumentenpreise vom November 1981; sie wird jährlich der Entwicklung dieses Index angepasst.

Diese Leistung erfolgt zum Teil aufgrund von historischen Rechtstiteln."

Nach Art. 2 Abs. 1 entfallen von diesen Leistungen 77,5 % auf die evangelisch-reformierte Landeskirche. Mit Bezug auf das Kirchengut bestimmt Art. 4 weiter:

"Der kantonale Kirchen- und Schulfonds wird in das allgemeine Staatsvermögen überführt.

Die auf historischen Rechtstiteln beruhenden Verpflichtungen des Staates bleiben gewahrt."

Der zweite Satz ist wörtlich Art. 64 Abs. 3 der Zürcher Kantonsverfassung vom 18. April 1869 (in der Version von 1963) entnommen. Er dürfte durch KÄGI, welcher wie erwähnt den evangelisch-reformierten Kirchenrat beriet, aus Zürich "importiert" worden sein⁸⁹².

⁸⁸⁹ Vgl. z.B. vorn S. 157.

⁸⁹⁰ KURT EICHENBERGER, Rechtsgutachten, S. 20: "Der Staat *kann* Leistungen für religiöse Zwecke erbringen. Ob er sie erbringen *müsse*, ist nach bisher im Kanton Schaffhausen unbestrittener Auffassung zumindest so weit zu bejahen, als der Staat den alten Kirchen- und Schulfonds in Händen hat, von dem ein Teil (in bestrittener Höhe) für die Pfarrerbesoldungen dienen muss ... Dieser Auffassung kann ohne Bedenken beigetreten werden."

⁸⁹¹ Amtsblatt für den Kanton Schaffhausen 1983, S. 187.

⁸⁹² Ursprünglich lautete Art. 4 des Gesetzesentwurfs offenbar – inhaltlich ähnlich wie Art. 54 Abs. 3 des bernischen Kirchengesetzes – wie folgt: "Mit dem Inkrafttreten

1.4.2 Zürich

Mit Bezug auf die Geschichte des Kirchenguts und der Staatsleistungen an die evangelisch-reformierte Kirche lässt sich der Kanton Zürich weitgehend mit Bern vergleichen. Im besonderen ist auch in Zürich bisher *keine vermögensrechtliche Auseinandersetzung* zwischen Staat und Kirche erfolgt; bis heute ist das seinerzeit in staatliche Verwaltung übernommene Kirchengut im *Eigentum des Kantons* verblieben.

Immerhin wurden in Zürich bereits wiederholt ausführliche Überlegungen zu einer allfälligen künftigen Ablösung der Staatsleistungen angestellt. Eine kantonsrätliche Kommission nahm beispielsweise im Jahr 1882 für den Fall einer vollständigen Trennung von Staat und Kirche ein Ausstattungskapital von insgesamt zehn Millionen Franken bzw. "einen Jahreszins von 400 000 Franken für die evangelisch-reformierte zürcherische Kirche als Nachfolgerin der Landeskirche in Aussicht"⁸⁹³. Die Kommission entwarf auch ein Gesetz betreffend diese Dotation, worin eine allmähliche Amortisation der Summe inkl. Verzinsung während 40 Jahren durch Jahresraten von je Fr. 500 000 und eine letzte von Fr. 517 346 im 41. Jahr. ORELLI meint, dass die vorberatende Kommission damit "ziemlich das Richtige getroffen haben" dürfte, "denn die Staatsrechnungen der letzten zehn Jahre zeigen durchschnittlich jeweilen in runder Summe ca. 500 000 Franken (also mehr als der obige Zinsertrag)"⁸⁹⁴.

Vor allem in der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts hat sich auch die Lehre – gelegentlich ohne dass ein entsprechender politischer Vorstoss auf dem Tisch lag – mit der Unterhaltspflicht des Kantons und einer Entschädigung im Fall der Aufhebung der staatlichen Leistungen befasst. Ausführlich erörtert haben die Fragen namentlich PESTALOZZI und MOOR, auf deren Ansichten hier öfters verwiesen worden ist. Für den evangelisch-reformierten

dieses Gesetzes fallen sämtliche Ansprüche von Landeskirchen, Kirchgemeinden oder Dritten an den Kanton, insbesondere an den kantonalen Kirchen- und Schulfonds, auf Bezahlung der Pfarrer dahin. Der kantonale Kirchen- und Schulfonds wird ins allgemeine Staatsvermögen überführt." Gemäss seinem Brief vom 28. Mai 1980 an den Regierungsrat des Kantons Schaffhausen (welchem S. 10 das vorstehende Zitat entnommen ist) behielt sich der evangelisch-reformierte Kirchenrat eine eigene Stellungnahme dazu noch ausdrücklich vor.

⁸⁹³ ALOYS V. ORELLI, Landeskirche, S. 42 f.

⁸⁹⁴ ALOYS V. ORELLI, Landeskirche, S. 43.

Kirchenrat erstattete FLEINER im Jahr 1924 ein entsprechendes, hier ebenfalls wiederholt zitiertes Rechtsgutachten. Sie alle bejahen, wie bereits gegen Ende des 19. Jahrhunderts ORELLI⁸⁹⁵, eine Unterhaltspflicht des Staats bzw. eine Entschädigungspflicht, gelangen allerdings mit Bezug auf deren Umfang zu unterschiedlichen Ergebnissen⁸⁹⁶.

Im Rahmen der Revision des zürcherischen Staatskirchenrechts von 1963 wurde in die Kantonsverfassung in Art. 64 Abs. 3 folgender Satz aufgenommen:

"Die auf historischen Rechtstiteln beruhenden Verpflichtungen des Staates bleiben gewahrt."

Im Vorfeld der Abstimmung über die kantonale Volksinitiative von 1975, welche eine Trennung von Staat und Kirche verlangte, brachte der Präsident der mit der Sache befassten kantonsrätlichen Kommission in deren Auftrag am 27. Juni 1977 eine Motion (*Motion Jauch*) mit folgendem Wortlaut ein:

"Der Regierungsrat wird beauftragt, zu prüfen, in welcher Form eine weitere Entflechtung zwischen Staat und Kirche erreicht werden könnte, dem Kantonsrat Bericht zu erstatten und allenfalls Antrag zu stellen. Insbesondere sind folgende Fragen in die Prüfung einzubeziehen: die finanziellen Leistungen des Staates an

⁸⁹⁵ ALOYS V. ORELLI, Landeskirche, S. 41 f.: "Man darf ja nicht glauben, wie Viele irrhümlich wähen, bei einer Verfassungsänderung im Sinne der völligen Trennung von Kirche und Staat, könnte der letztere einfach das Kultus-Budget streichen. Er müsste im Gegentheil diese freie evangelische Kirche mit einem besonderen Vermögen ausstatten, mit andern Worten die in seinem Besitz befindlichen Kirchengüter und kirchlichen Liegenschaften aus dem allgemeinen Staatsgut ausscheiden ... Das Kultusbudget für die Landeskirche beruht also rechtlich auf dem Fundament, *dass der Staat der Rechtsnachfolger des früheren Eigentümers der Pfrundgüter ist und damit alle Lasten, die darauf hafteten, auf sich übernommen hat*. Der Staat könnte daher nicht bei einer Verfassungsänderung dieses Vermögen der Kirche einfach zu seinen Händen nehmen und sich allen weitem Verpflichtungen entschlagen; er dürfte auch nicht, wie Professor Vögtlin wollte, diese Fonds für Zwecke der Krankenpflege und der Erziehung verwenden. Das Eine wie das Andere wäre eine Spoliation, ein Gewaltsakt, gegen welchen jederzeit der Schutz der Gerichte angerufen werden könnte." Nicht zutreffend ist ORELLIs in diesem Zusammenhang aufgestellte Behauptung, der Grund für die erwähnte staatliche Pflicht sei die "Säkularisation aller Kirchengüter im sechszenten Jahrhundert". Abgesehen von den Klostergütern zog wie Bern auch der Kanton Zürich das Kirchengut in der Reformation nicht an sich. An der Richtigkeit der zitierten Argumentation ändert dieser Umstand allerdings nichts.

⁸⁹⁶ Vgl. vorn S. 203 ff.

die öffentlich-rechtlich anerkannten kirchlichen Verbände, die Oberaufsicht des Staates, die Struktur und Organisation dieser Körperschaften."⁸⁹⁷

Der Regierungsrat bestellte Prof. H. Nef zu seinem Experten, unter dessen Leitung die Direktion des Innern den staatlichen Standpunkt ausarbeitete und in verschiedenen Exposés darlegte⁸⁹⁸. Die Direktion des Innern kam zum Ergebnis, dass der Staat seine Leistungspflicht den Kirchen gegenüber zu erfüllen habe, *solange die Verfassungsgarantie nach Art. 64 Abs. 3 bestehe*. In Tat und Wahrheit bestünden aber die im Verfassungstext von 1963 vorbehaltenen historischen Rechtstitel *nicht*; die Formulierung beruhe auf einem Irrtum. Der Kanton könne eine radikale Trennung von Kirche und Staat beschliessen und durchführen, ohne den Kirchen oder allfälligen Rechtsnachfolgern irgendeine Entschädigung bezahlen zu müssen⁸⁹⁹.

Der Zürcher Kirchenrat beauftragte seinerseits eine Expertengruppe mit der Abklärung der Frage nach sogenannten "historischen Rechtstiteln". Die Kommission kam u.a. unter Berufung auf das erwähnte Gutachten FLEINERS im wesentlichen zum Schluss, dass die Landeskirche gestützt auf historische Rechtstitel einen *Anspruch auf staatliche Leistungen bzw. auf Entschädigung im Fall der Ablösung* derselben habe, welcher auch durch eine Verfassungsänderung nicht beseitigt werden könne. Dem letzten Satz in Art. 64 Abs. 3 der Zürcher Kantonsverfassung komme insofern nur *deklarativer* Charakter zu⁹⁰⁰. Historisch seien diese Rechte wie folgt zu begründen: Die mittelalterlichen Kirchenvermögen seien von Privaten zu kirchlichen Zwecken gestiftet worden und später zu Gegenständen des privatrechtlichen Vermögensverkehrs geworden. Sie seien allerdings (im Sinn einer *Reallast*) mit der Verpflichtung belastet gewesen, den Pfarrer angemessen zu besolden und die kirchlichen Gebäude zu unterhalten; der jeweilige Inhaber sei zudem verpflichtet gewesen, die Pfarrbesoldung aus dem eigenen Ver-

mögen aufzubessern, wenn der Grundstücksertrag dazu nicht mehr ausreichen sollte. Mit der Reformation habe sich an diesem Rechtszustand grundsätzlich nichts geändert. Später, vor allem in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, habe der Staat die belasteten Grundstücke erworben und damit die Pflicht zur Besoldung der Geistlichen übernommen. Manche Eigentümer hätten dem Staat für den Erwerb erhebliche Ablössungssummen bezahlt, um sich der Besoldungspflicht zu entledigen. Damit sei die staatliche Besoldungspflicht eine *singuläre, altrechtliche, verkehrsfähige Rechtsfigur*. Der entsprechende Anspruch der Kirche sei ein vorbestandenes Recht ("wohl-erworbenes Recht" der historischen Gruppe) und aufgrund des verfassungsrechtlichen Vertrauensprinzips (Art. 4 BV) und der Eigentumsgarantie (Art. 22^{ter} BV) geschützt. Im Ergebnis unerheblich sei, ob diesem Anspruch privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Charakter zukomme⁹⁰¹.

Angesichts dieser Ergebnisse ging der Regierungsrat in seinem Bericht und Antrag an den Kantonsrat vom 12. Januar 1983 davon aus, dass "der Fragenkomplex bei weitem noch nicht geklärt ist und dass es keiner Seite angelastet werden kann, wenn sie sich dem Standpunkt der Gegenseite nicht anschliessen vermag". Der Regierungsrat sah weder sich selbst noch den Kantonsrat "in der Lage und befugt ..., diesen Rechtsstreit zu lösen". Weil die tatsächlichen Verhältnisse auch gar nicht "reif für eine politische Entscheidung" seien, beantragte er dem Kantonsrat schliesslich, die Frage der historischen Rechtstitel vorderhand nicht weiter zu verfolgen und die Motion als erledigt abzuschreiben⁹⁰². Angesichts der politischen Vorstösse aus jüngster Zeit, namentlich der Einzelinitiative Weidmann betreffend Trennung von Kirche und Staat und der Initiative Lyner betreffend Abschaffung der Kirchensteuerpflicht von juristischen Personen, dürfte das Thema allerdings gerade in Zürich erneut an Aktualität gewinnen.

⁸⁹⁷ Zit. nach dem Zürcher Amtsblatt 1983, S. 177.

⁸⁹⁸ Die einzelnen Exposés werden als vertraulich behandelt und konnten dem Verfasser auf Anfrage hin nicht zugestellt werden; die wesentlichen Schlussfolgerungen sind allerdings wiedergegeben im Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 12. Januar 1983.

⁸⁹⁹ Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Kantonsrat zur Motion Nr. 1752 betreffend die Entflechtung zwischen Staat und Kirche, Zürcher Amtsblatt 1983, S. 177 ff., 196 ff.

⁹⁰⁰ Vgl. die Zusammenfassung der Ergebnisse in: Die "historischen Rechtstitel" der Zürcher Landeskirche.

⁹⁰¹ Vgl. die Wiedergabe der Stellungnahme im Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Kantonsrat zur Motion Nr. 1752 betreffend die Entflechtung zwischen Staat und Kirche, Zürcher Amtsblatt 1983, S. 177 ff., 200 ff.

⁹⁰² Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Kantonsrat zur Motion Nr. 1752 betreffend die Entflechtung zwischen Staat und Kirche, Zürcher Amtsblatt 1983, S. 177 ff., 204 ff.

2. Kantonale Stellungnahmen zur eidgenössischen Trennungsinitiative von 1976

Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zur eidgenössischen Volksinitiative "betreffend die vollständige Trennung von Staat und Kirche"⁹⁰³ haben sich neben dem bernischen Regierungsrat⁹⁰⁴ die Regierungen der Kantone Zürich, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Schaffhausen, Waadt und Wallis explizit zur Frage einer Entschädigungspflicht im Fall der Aufhebung von Staatsleistungen an die Kirchen geäußert⁹⁰⁵. Im einzelnen lauten die Stellungnahmen wie folgt:

Der Regierungsrat des Kantons Zürich führte in seiner Vernehmlassung vom 27. April 1977 aus:

"Die finanziellen Folgen der Trennung gemäss Initiative sind für den Kanton Zürich kaum absehbar, da die Kantonsverfassung der evangelisch-reformierten Landeskirche 'historische Rechte' garantiert, die allenfalls abgelöst werden müssten; ob dem wirklich so wäre und in welcher Höhe, ist derzeit unklar. Im ganzen ergäbe sich, auf die Länge gesehen, für den Staat wahrscheinlich doch eine finanzielle Entlastung, der aber entsprechende Engpässe bei den Kirchen gegenüberstünden."

Der Regierungsrat bemängelte die im Initiativtext vorgesehene zweijährige Übergangsfrist

"besonders deshalb, weil die Nachfolgeorganisationen der anerkannten Kirchen, mit welchen sich der Staat nachher über jene 'historischen Rechte' auseinandersetzen hätte, vom öffentlichen Recht geschaffen oder doch anerkannt werden müssten. Müsste die Trennung direkt gestützt auf die neue Verfassungsvorschrift einseitig und kurzfristig erfolgen, würden sich daran sehr komplizierte und langwierige Gerichtsverfahren über Schadenersatz und dergleichen anschliessen. Ein solches Vorgehen wäre zudem eines Rechtsstaates kaum würdig."

⁹⁰³ Die nachstehenden Stellen sind zitiert nach den im Bundesarchiv befindlichen Akten E 4110D, Bd. 70.

⁹⁰⁴ Zur Stellungnahme des Berner Regierungsrats vorn S. 188 f.

⁹⁰⁵ Der Regierungsrat des Kantons Solothurn äusserte sich zur hier interessierenden Frage nicht direkt, wies aber in seiner Stellungnahme vom 26. August 1977 S. 2 darauf hin, dass die derzeitigen Aufwendungen des Kultus-Departements rund 1 Million Franken betragen, wovon 640 000 Franken gemäss Volksbeschluss vom 7. Juni 1970 als Ablösung für das Kloster Mariastein bestimmt und zeitlich begrenzt sei. Dieser Umstand deutet darauf hin, dass auch im Kanton Solothurn die Aufhebung von Staatsleistungen nicht entschädigungslos erfolgen kann, und bekräftigt damit das Ergebnis dieses Abschnitts.

Der Regierungsrat von Basel-Stadt vertrat in seiner Vernehmlassungsantwort vom 24. August 1977 die Auffassung, im Fall der staatlichen Beiträge an die Landeskirchen z.B. in Form von Pfarrbesoldungen usw. handle es "sich häufig um Leistungen, die als Entgelt für verstaatlichtes Kirchengut zugestanden wurden"⁹⁰⁶. Zum Problem der kurzen Übergangsordnung bemerkte der Regierungsrat unter anderem:

"Dazu kommt in verschiedenen Kantonen die *Abfindung* der Kirchen für ihre *wohlerworbenen Rechte*, namentlich für die vom Staat den Kirchen garantierten Beiträge (Uebernahme der Pfarrbesoldungen usw.) als Entgelt für einst überlassenes Kirchengut."⁹⁰⁷

Auch der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft kritisierte in seiner Stellungnahme vom 30. August 1977 die kurze Übergangsfrist. Er führte in diesem Zusammenhang aus:

"Diese von den drei Landeskirchen des Kantons Basel-Landschaft und von namhaften Sachverständigen, wie z.B. vom Kirchenrechtsspezialisten Prof. Dr. Johannes Georg Fuchs geteilte Meinung lässt sich wie folgt begründen: Die aus der Säkularisation der Kirchengüter erwachsene Pflicht zur ganzen oder mindestens teilweisen Uebernahme der finanziellen Lasten der säkularisierten Kirche, welche seinerzeit von den säkularisierten Staatswesen übernommen wurden, soll durch die von den Initianten vorgeschlagene Revision des Art. 51 BV aufgehoben werden. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass in der dadurch bedingten Reprivatisierung der säkularisierten Kirchengüter die rechtliche Bewältigung eines enteignungsähnlichen Tatbestandes zu erblicken ist, auf welche die bundesrechtlichen Grundsätze über die Enteignung analog anzuwenden sind. Demzufolge wird die von den Initianten geforderte Trennung von Staat und Kirche erst dann als vollzogen betrachtet werden können, wenn auch die diesbezügliche güterrechtliche bzw. finanzielle Auseinandersetzung zum rechtskräftigen Abschluss gekommen sein wird. Die dabei anzustellenden Berechnungen, die mangels Verjährung in gewissen Kantonen bis in die Reformationszeit zurückreichen müssten, könnten – wenn überhaupt – nur in langwierigen Ausscheidungsverfahren und nur ex aequo et bono vorgenommen werden und würden in Einzelfällen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zeitraubende Prozessverfahren nötig werden lassen."⁹⁰⁸

Der Regierungsrat des Kantons Schaffhausen nahm am 19. August 1977 zu den finanziellen Auswirkungen der Initiative wie folgt Stellung:

⁹⁰⁶ S. 13.

⁹⁰⁷ S. 16.

⁹⁰⁸ S. 3 f.

"Wegfallen würden auch die meisten finanziellen Leistungen des Staates an die Kirchen. Wo solche Leistungen auf historischen Rechtstiteln der Kirche beruhen, müssten sie bei einem Hinfall vom Staat abgegolten werden. Im Kanton Schaffhausen träfe dies einerseits für einen Teil der Pfarrbesoldungen zu, andererseits für die Ablösung von Unterhaltungspflichten an kirchlichen Bauten, welche bisher grösstenteils von den Einwohnergemeinden getragen werden."⁹⁰⁹

Der Regierungsrat vertrat die Auffassung, während der vorgesehenen Übergangsfrist sei eine Anpassung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen nicht möglich. Er fuhr fort:

"Dasselbe gilt in Bezug auf die vielfältigen Rechte der Kirchen gegenüber dem Staat, die in dieser Frist kaum umschrieben, geschweige denn durch entsprechende staatliche Entschädigungen abgegolten werden könnten..."⁹¹⁰

Zu den finanziellen Auswirkungen der Initiative meinte der Conseil de l'Etat du Canton de Vaud in der Vernehmlassungsantwort vom 9. September:

"On peut aussi se demander quel serait le sort des sanctuaires, propriété de l'Etat (dans un petit nombre de cas) et des communes (de façon générale)."⁹¹¹

Schliesslich bemängelte auch der Conseil d'Etat du Canton du Valais in seiner Stellungnahme vom 13. Juli 1977 mit folgender Begründung die zu kurze Übergangsfrist:

"Il est possible qu'il soit préalablement nécessaire de faire constater, dans un cas particulier, quelles sont les propriétés respectives, afin de pouvoir les attribuer et, le cas échéant, les racheter. A titre de comparaison, on peut signaler qu'il a fallu approximativement vingt ans pour rétablir une situation plus ou moins satisfaisante dans ce domaine, à la suite de la nationalisation des biens de l'Etat, intervenue en 1848. Dans ce contexte, il faudrait, aujourd'hui encore, prévoir une procédure permettant d'établir avec sécurité si les prestations que l'Etat fournit à l'Eglise constituent de dédommagement pour un bien cédé jadis à l'Etat. L'Eglise devrait bénéficier de tous les droits découlant de la garantie de la propriété privée, telle que certifiée par la constitution fédérale. Enfin, en l'état actuel des finances publiques, une juste et équitable indemnité pourrait-elle être versée dans un délai suffisant? Il faudrait éviter que, sous le couvert d'une séparation rapide ou consommée, on fasse une naturalisation partielle des biens de l'Eglise."⁹¹²

⁹⁰⁹ S. 3.

⁹¹⁰ S. 4 f.

⁹¹¹ S. 5.

⁹¹² S. 3.

3. Schlussfolgerungen

Die beispielhaften Hinweise zeigen, dass auch in der "ausserbernerischen" kantonalen Praxis im grundsätzlichen kaum bestritten ist, dass eine Aufhebung der Staatsleistungen, soweit sie sich auf historische Rechtstitel stützt, *nur unter der Voraussetzung der Entschädigung* erfolgen kann. Im einzelnen sind allerdings durchaus *verschiedene Lösungen* gewählt worden. Dieses Ergebnis entspricht im wesentlichen den Stellungnahmen, welche die Kantonsregierungen im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zur eidgenössischen Trennungsinitiative abgegeben haben; in der überwiegenden Mehrzahl bejahen diese, soweit sie sich mit der Frage ausdrücklich befassen, eine Ablösungspflicht des Kantons. Damit darf davon ausgegangen werden, dass die mit Bezug auf den Kanton Bern entwickelten Ergebnisse im Einklang mit einer gewissen "gemeinschweizerischen" Rechtsüberzeugung stehen.

Zusammenfassung der Ergebnisse

In knappster Form lassen sich die Ergebnisse dieses Gutachtens wie folgt zusammenfassen:

1. Als historischer Rechtstitel kann ganz allgemein der *rechtliche Anlass* bezeichnet werden, *welcher unter der Herrschaft einer früheren, heute in ihren Grundzügen überholten Rechtsordnung der berechtigten Person ein subjektives Recht eingeräumt hat, welches heute noch besteht und geltend gemacht werden kann*. Anhaltspunkte für die Annahme, dass dem Begriff des historischen Rechtstitels im Kanton Bern eine andere Bedeutung zukäme, sind nicht ersichtlich.
2. Wohlererworbene Rechte verleihen eine *besonders intensiv geschützte Rechtsposition, welche* (auch in Zukunft) *grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen für zulässige Eingriffe in das Eigentum aufgehoben oder eingeschränkt werden darf*.
3. Nicht jeder historische Rechtstitel verleiht ein wohlerworbenes Recht. Eine durch einen historischen Rechtstitel begründete Berechtigung kann – anders als das wohlerworbene Recht – in Zukunft unter Umständen entschädigungslos dahinfallen.
4. Das geltende bernische Recht nennt als besondere Kategorien des Kirchenguts einerseits das "sogenannte" oder "ehemalige" Kirchengut, andererseits das "örtliche" oder "Ortskirchengut". Das "sogenannte" oder "ehemalige" Kirchengut steht im *Eigentum des Kantons Bern*. Das "örtliche" oder "Ortskirchengut" dient *lokalen Bedürfnissen*. Es bezeichnet zunächst das Kirchengut, welches heute zum Beispiel infolge von Pfrundabtretungsverträgen im Eigentum von Kirchgemeinden steht, darüber hinaus wohl auch die im Eigentum des Staats stehenden Güter, soweit sie lokalen Bedürfnissen dienen. "Örtliches" Kirchengut und "sogenanntes" oder "ehemaliges" Kirchengut sind *nicht* sich gegenseitig ausschliessende Begriffe. Nicht ausdrücklich erwähnt wird das Vermögen der evangelisch-reformierten Landeskirche als solcher, welches ebenfalls Kirchengut darstellt.
5. Über das Kirchengut verfügen kann grundsätzlich, wer Eigentümer ist, je nachdem also der Kanton, die Kirchgemeinde oder gegebenenfalls die Landeskirche. In allen Fällen gilt für "örtliche", lokalen Bedürfnis-

sen dienende Güter grundsätzlich das Zweckentfremdungsverbot unter Vorbehalt der regierungsrätlichen Ausnahmebewilligung nach Art. 56 KiG.

6. Im Kanton Bern entstand das Kirchengut zu einem wesentlichen Teil durch *Stiftung*. Ursprünglich behielt der Stifter nach den Grundsätzen des Eigenkirchenrechts wohl auch im Kanton Bern das *Eigentum* am Vermögen und das Recht, den Geistlichen selbst einzusetzen.
7. Das Eigenkirchenrecht wurde später durch das gemeine, in den Grundzügen kanonistisch normierte *Patronatrecht* verdrängt. Danach war der Patron als Rechtsnachfolger des ursprünglichen Stifters nicht mehr Eigentümer des Pfrundvermögens; er hatte aber namentlich das Recht, dem Bischof einen Geistlichen *vorzuschlagen*, und gewissen *Verwaltungs- und Nutzungsrechte* am Pfrundvermögen. Demgegenüber oblag ihm die (subsidiäre) *Pflicht, für den Unterhalt des Geistlichen und der Liegenschaften zu sorgen*. Praktisch alle Kirchen des alten Kantonsteils standen unter einem Patronat.
8. Unter der Herrschaft des Patronatrechts verselbständigte sich das Kirchenvermögen; *Eigentümerin wurde die Pfrund als selbständige Stiftung*. Ihr oblag die (primäre) Pflicht zur Besoldung des Geistlichen und zum Unterhalt der Gebäude. Das selbständige Kirchengut war stets *zweckgebundenes Gut*.
9. Patronatrechte waren Gegenstand des Vermögensverkehrs. Sie wurden unter Privaten, aber auch unter Gemeinwesen regelrecht "gehandelt". Vor und vor allem nach der Reformation erwarb namentlich der bernische Stadtstaat von auswärtigen Trägern hoheitlicher Gewalt und von Privaten Patronate über Kirchen im Kanton.
10. Mit der Aufhebung der Klöster zur Zeit der Reformation ging deren Gut in das Eigentum des Stadtstaats über. Zum Klostervermögen gehörten zahlreiche Patronatrechte über Kirchen innerhalb und ausserhalb des Kantons. Das (*objektive*) *Patronatrecht* als solches wurde *durch die Reformation nicht angetastet, sondern ausdrücklich bestätigt*. Es galt im Kanton Bern grundsätzlich bis zum Jahr 1839, als der Kanton Bern die letzten noch bestehenden Patronate Dritter per Dekret aufhob.

11. Gestützt auf das Dekret vom 7. Mai 1804 ging das *Kirchengut* der Pfarreien im Kanton, welche unter staatlichem Patronat standen, *in die Verwaltung und* – jedenfalls im Ergebnis – *in das Eigentum des Kantons Bern* über. Als Gegenleistung übernahm der Kanton die (andauernde) Besoldung der reformierten Geistlichen und die Baupflicht. Mit dem neuen Besoldungssystem sollte namentlich eine Art Finanzausgleich geschaffen werden; bisher waren die Pfarreinkommen je nach Dotierung der Pfründe sehr unterschiedlich hoch gewesen. Am Bestand der Patronate änderte das Dekret grundsätzlich nichts.
12. In verschiedenen Verträgen, zum Beispiel in der Vereinigungsurkunde von 1815, verpflichtete sich der Kanton Bern, weitere Geistliche nach den Grundsätzen des Dekrets von 1804 zu besolden.
13. Die Verpflichtung des Kantons Bern zur Besoldung der evangelisch-reformierten Geistlichen gründet damit auf verschiedenen Rechtstiteln. Zunächst und im wesentlichen übernahm der Staat die Pflicht *als Rechtsnachfolger der Pfrundstiftungen und als neuer Eigentümer des Kirchenguts* im Gefolge des Dekrets vom 7. Mai 1804. *Als Patron* hatte dem Kanton bereits vorher die Pflicht zur Einkommensergänzung und zum Unterhalt der Liegenschaften obgelegen, soweit diese seinem Patronat unterstanden. Das *Dekret von 1804* stellte das Ergebnis von Verhandlungen des Kantons mit der Geistlichkeit dar, hat *"vertragsähnlichen"* Charakter und stellt damit einen weiteren *besonderen Rechtstitel* dar. In relativ bescheidenem Umfang begründete der Staat Bern weitere Verpflichtungen durch *Vertrag*.
14. Die auf diesen Titeln beruhende Besoldungspflicht des Kantons wurde als *Dauerschuldverhältnis* begründet und als solche durch diesen selbst immer wieder bestätigt. Sie ist *weder durch Zeitablauf noch wegen veränderter Verhältnisse* unter dem Gesichtspunkt der *clausula rebus sic stantibus dahingefallen* und auch *nicht durch bisherige Staatsleistungen getilgt* worden. Die Verpflichtung besteht, unabhängig von Art. 54 KiG, heute noch.
15. Der Kanton Bern ist heute zur Besoldung der Pfarrstellen verpflichtet, deren Gut er aufgrund des Dekrets vom 7. Mai 1804 oder später mit der Übernahme von Patronaten zu Eigentum erhalten hat oder welche Gegenstand entsprechender besonderer Vereinbarungen, namentlich der Vereinigungsurkunde von 1815, waren. Weitergehende Besoldungspflichten sind rechtlich nicht ohne weiteres zu begründen.
16. Der Kanton Bern hat grundsätzlich jederzeit die *Möglichkeit, die Pfarrbesoldungen aufzuheben*. Er kann seine Verpflichtung auf zwei Arten ablösen: entweder durch *Herausgabe des seinerzeit übernommenen Kirchenguts beziehungsweise Ausrichtung einer entsprechenden*, auf heutige Verhältnisse umgerechneten *Entschädigung* für nicht mehr vorhandene Vermögenswerte oder durch *Kapitalisierung der heute ausgerichteten Leistungen*, zu welchen er aufgrund der erwähnten Rechtstitel verpflichtet ist.
17. Die Entschädigung ist an die kirchliche Körperschaft (Landeskirche oder die einzelne Kirchgemeinde) auszurichten, welche die Besoldung der Geistlichen in Zukunft übernimmt. Im Zweifel wird dies die *Landeskirche* sein. Mit der Entschädigung wird die Verpflichtung zur andauernden Besoldung zu überbinden sein.
18. Sowohl die Landeskirche als auch die einzelne Kirchgemeinde hat die verfahrensrechtliche Möglichkeit, einen ihr materiell zustehenden Anspruch auf Entschädigung gestützt auf ihre *Autonomie* geltend zu machen. Beide Körperschaften können sich meines Erachtens ebenso auf ein entsprechendes *wohlerworbenes Recht* berufen.

Résumé des résultats

On peut résumer brièvement les résultats de cette expertise de la manière suivante:

1. On désignera tout à fait généralement comme un titre historique le *motif juridique qui a justifié dans un ordre juridique antérieur, dépassé actuellement dans ses principes, pour un ayant-droit donné un droit personnel qui subsiste aujourd'hui et peut être judiciairement revendiqué*. On ne voit pas d'indices qui justifieraient l'hypothèse que dans le canton de Berne, la notion de titres historiques aurait une autre signification.
2. Des droits acquis confèrent *une position juridique spécialement bien protégée qui (même dans l'avenir) ne peut en principe être abolie ou limitée que dans les conditions qui justifient des empiètements sur le droit de propriété*.
3. Un titre historique ne confère pas automatiquement un droit acquis. Au contraire du second, le premier peut selon les circonstances être aboli sans indemnité dans le futur.
4. Le droit bernois en vigueur nomme comme une catégorie particulière de biens ecclésiastiques (en allemand) "les biens dits ecclésiastiques" ou "les anciens biens ecclésiastiques"; d'autre part, "les biens locaux", en français: les biens curiaux. La première catégorie est la *propriété du canton de Berne*. Les *biens curiaux* satisfont à des *besoins locaux*. Ils désignent d'abord les biens échus aux paroisses par les contrats de cession de biens curiaux, mais aussi les propriétés de l'Etat, en tant qu'elles couvrent des besoins locaux: ainsi les concepts de biens curiaux et de biens ecclésiastiques antérieurs ne s'excluent pas. De plus, les propriétés de l'Eglise nationale réformée évangélique ne sont pas mentionnées. Ce sont pourtant des biens ecclésiastiques.
5. En principe, le propriétaire peut disposer des biens ecclésiastiques, et ce sera suivant le cas l'Etat, la paroisse ou l'Eglise cantonale. Mais dans tous les cas devra être respecté l'article 56 de la loi sur l'organisation des cultes qui interdit le changement d'affectation sauf autorisation du Conseil-exécutif.
6. Dans le canton de Berne, c'est avant tout par des *fondations* que les biens ecclésiastiques furent constitués. A l'origine et selon le droit propre à l'Eglise, le fondateur conservait, sans doute aussi dans cet Etat, la *propriété* du bien et le droit de choisir l'ecclésiastique.
7. Plus tard, le droit propre à l'Eglise fut supplanté par le *droit de patronage*, fondamentalement conforme au droit canonique. Le patron succéda au fondateur comme ayant droit (il fut donc "ayant cause"), mais il n'était plus propriétaire des biens curiaux. Il avait notamment le droit de *proposer* un ecclésiastique à l'évêque, et encore des *droits définis d'administrer et de jouir des biens curiaux*. En compensation, il était subsidiairement *responsable d'assurer l'entretien du curé et de la cure*. Toutes les églises de l'Ancien canton étaient pratiquement sous patronage.
8. Sous le régime du droit patronal, les biens de l'Eglises devinrent indépendants. *La cure, comme fondation indépendante, devint la propriétaire*. Sa tâche fut de salarier l'ecclésiastique et d'entretenir les bâtiments. Le bien curial indépendant fut toujours un *bien lié à une affectation précise*.
9. Les droits de patronages furent toujours l'objet d'un commerce, soit entre privés, soit avec des corporations. Dès avant la Réformation, mais surtout après, la République de Berne acquit des porteurs de droits souverains et de privés le patronage d'églises du canton.
10. Au temps de la Réformation, l'abolition des couvents apporta leurs biens à la République. Dans ces biens étaient inclus de nombreux droits de patronage sur des églises à l'intérieur et à l'extérieur du canton. *En tant que tel, le droit (objectif) de patronage ne fut pas aboli, mais bien confirmé par la Réformation*. Il fut maintenu dans le canton de Berne jusqu'en 1839, quand l'Etat abolit par décret les derniers droits de patronage de tiers.
11. Le décret du 7 mai 1804 fit passer les *biens curiaux* de celles des paroisses du canton dont l'Etat possédait le droit de patronage *sous l'administration et finalement dans la propriété du canton*. Celui-ci, en contre-partie, s'engagea durablement à payer le salaire des pasteurs et les frais de construction. Ce nouveau système devait assurer une égalisation des rétributions, car jusque-là, les revenus pastoraux étaient

fort divers, selon la dotation des cures. Mais ce décret ne changea rien au patronat lui-même.

12. Dans divers traités, en particulier dans l'Acte de réunion de 1815, le canton de Berne s'engagea à salarier d'autres ecclésiastiques selon les principes du décret de 1804.
13. Ainsi, l'obligation du canton de Berne à payer les pasteurs réformés évangéliques est basée sur plusieurs titres juridiques. C'est principalement en tant qu'*ayant cause des fondations curiales, et comme nouveau propriétaire des biens d'Eglise* selon le décret de 1804. Comme *patron*, le canton avait déjà le devoir de *compléter* le salaire et d'assurer l'entretien des bâtiments des cures sous son patronage. *Le décret de 1804* fut le résultat de tractations entre le canton et le corps pastoral, et a donc un *caractère quasi contractuel*. C'est donc encore un *titre juridique particulier*. Dans une mesure relativement réduite, des *contrats* imposèrent d'autres obligations à l'Etat de Berne.
14. L'obligation de payer les ecclésiastiques fut reconnue par le canton comme une *dette permanente*, et confirmée régulièrement par celui-ci. *Ni la durée ni le changement de circonstances* (clausula rebus sic stantibus) *ne l'a rendue caduque, et elle n'a pas été acquittée par les prestations de l'Etat jusqu'à ce jour*. C'est indépendamment de l'article 54 de la loi sur l'organisation des cultes que subsiste cette obligation.
15. Aujourd'hui, l'Etat de Berne est obligé à salarier les ecclésiastiques dont les cures ont perdu leurs biens par le décret du 7 mai 1804 ou en liaison avec la reprise du patronage, ou encore par des conventions particulières, en particulier l'Acte de réunion de 1815. On ne peut sans autre baser juridiquement d'autres prétentions salariales.
16. En tout temps, l'Etat de Berne *peut* en principe *abroger la rétribution des ecclésiastiques*. Il peut se dégager de cette obligation de deux manières: *ou bien en rendant les biens ecclésiastiques saisis et un dédommagement* calculé sur la valeur actuelle pour les biens disparus, ou bien par la *capitalisation des versements actuels* auxquels l'obligent les titres juridiques mentionnés.

17. L'indemnité devra être versée au corps constitué (l'Eglise nationale ou la paroisse) qui assurera désormais le salaire de l'ecclésiastique. En cas de doute, ce sera *l'Eglise nationale*. Il y aura lieu de lier le versement à l'engagement permanent de verser le salaire.
18. Pour la procédure, aussi bien l'Eglise nationale que ses paroisses sont habilitées à revendiquer leur droit matériel à indemnité en en appelant à leur autonomie. A mon avis, les deux corporations peuvent invoquer un *droit acquis*.

Traduction: Jacques DE ROULET, pasteur