

**Mitgliederversammlung Kirchgemeindeverband des Kantons Bern vom 10. Mai 2014**

## **Staatliche Pfarrbesoldung im Kanton Bern: Alter Zopf oder mehr? Überlegungen aus rechtlicher Sicht**

### **I. Einleitung**

Im letzten November hatte der Grosse Rat über die Motion Schöni-Affolter „Weg mit alten Zöpfen im Kirchenrecht“ zu entscheiden. Die Motion verlangte die Aufhebung der staatlichen Besoldung von Pfarrpersonen und wurde schliesslich in ein Postulat umgewandelt. Der Rat lehnte das Postulat mit 47 Ja zu 75 Nein bei 13 Enthaltungen ab. Das Thema bleibt allerdings auf dem Tisch. Der Regierungsrat hat gemäss seiner Antwort auf die Motion einen Bericht in Auftrag gegeben, der „die finanziellen wie auch die rechtlichen, politischen, gesellschaftlichen und kirchlichen Konsequenzen, die sich aus einer Änderung des Verhältnisses von Kirche und Staat oder der Finanzierungsgrundlagen ergeben, genau untersuchen und bewerten“ und dazu dienen soll, „Vorschläge für das künftige Verhältnis von Kirche und Staat auszuarbeiten und breit zu diskutieren“.

In dieser Diskussion dürfte die Besoldung von Pfarrpersonen eine zentrale Rolle spielen. Frau Schöni hat das heutige System als „alten Zopf“ kritisiert. Der Ausdruck bezeichnet – ich zitiere nach zeitgemässen Gepflogenheiten Wikipedia – „abwertend eine altbekannte, aber veraltete und nicht mehr geläufige Mode, Verhaltensweise, Idee oder Vorschrift. Die Redewendung alte Zöpfe abschneiden bezieht sich ebenfalls auf die Abkehr von veralteten Einrichtungen und Ideen“. Das System der Pfarrbesoldung durch den Kanton besteht sei mehr als zweihundert Jahren und darf dementsprechend selbst im Kanton Bern als „alt“ gelten. Ob es auch ein blosser „alter Zopf“ ist, der jede Bedeutung und Berechtigung verloren hat und abgeschnitten gehört, oder ob allenfalls mehr dahinter steckt, ist eine andere Frage, der ich im Folgenden nachgehen möchte. Ich tue dies, wie der Titel zum Referat sagt, aus rechtlicher Sicht und äussere mich nicht zur politischen Opportunität des Systems. Das Urteil dazu ist Sache der Landeskirchen und ihrer Kirchgemeinden und damit natürlich auch Ihres Verbandes.

### **II. Blick auf die Geschichte**

Die Geschichte der kirchlichen Güter reicht in die ersten Jahrhunderte der christlichen Kirche zurück. Schon kurz nach der „Justinianischen Wende“ verliehen die römischen Kaiser der Kirche vermögensrechtliche Privilegien. Die Kirche wusste ihren Spielraum zu nutzen. So erklärte etwa die fränkische Synode von Macon 585 die Entrichtung des Zehnten unter Androhung der Exkommunikation zur Rechtspflicht.

Ab dem 5. Jahrhundert bildete sich in Europa das *System der sog. „Eigenkirche“* aus. Der Stifter einer Kirche verfügte nach diesem System über weitgehende Rechte. Er war Eigentümer der Kirche und hatte das Recht, die kirchlichen Einkünfte als Sondervermögen zu nutzen und Geistliche zu ernennen. Dieses Eigenkirchenrecht wandelte sich ungefähr ab dem 12. Jahrhundert zum *Patronatsrecht*. Das kirchliche Gut gehörte rechtlich nicht mehr einem Eigenkirchenherrn, sondern der Pfründe als selbstständiger Stiftung. Patron konnte die Kirche selbst, ein Kloster, ein Geistlicher kraft seines Amtes oder auch ein Privater sein. Der Patronat umfasste Rechte und Pflichten, so das *ius presentandi* (Recht, dem Bischof Geistliche vorzuschlagen), die *cura beneficii providentialis* (Recht auf Vertretung der Pfründe sowie auf Aufsicht über dieselbe), vermögenswerte Rechte wie das Recht auf eine Rente sowie Ehrenrechte, aber auch die sog. Kompetenzpflicht (Gewährung des Lebensunterhalts für Geistliche) und die Baupflicht (Bau und Unterhalt der Kirche). Der Patronat bildete Gegenstand des Vermögensverkehrs und wurde wie eine Kapitalanlage gehandelt.

Die Situation im *Kanton Bern* unterschied sich grundsätzlich nicht von derjenigen in andern Gegenden. Auch hier hatten Eigenkirchen und später Patronate grosse praktische Bedeutung. Bezeichnend für Bern war, dass sich die weltliche Obrigkeit ab dem ausgehenden Mittelalter auch in kirchlichen Angelegenheiten sehr selbstbewusst auführte und bereits vor der Reformation Ansätze zu einem weltlichen Kirchenregiment entwickelte (die für Bern zuständigen Bischöfe in Konstanz und Lausanne residierten erstens weit weg und blieben zweitens nach Auffassung der Berner Obrigkeit offenbar allzu untätig).

Mit der Aufhebung der Klöster während der *Reformation* wurden die Klostersgüter säkularisiert. Die weltliche Obrigkeit sicherte den Klostergeistlichen aber den weiteren Genuss der Klosterpfründen zu und tastete das übrige Kirchengut nicht an. Sie übernahm die Patronatsrechte und -pflichten der Klöster unverändert und leistete später zusätzliche Zuschüsse an die Besoldung Geistlicher. Die Obrigkeit beabsichtigte keine inhaltliche Änderung des Patronatsrechts und wollte – so Art. 7 des Reformationsmandats vom 7. Februar 1528 – „nit gestatten, das sondrig patronen, so man nempt lächenherrn der pfarrpfründen, einichen Gewalt haben, die pfründen zemindern, noch zuo iren handen zeziehen das, so zuo söllichen pfarpfründen gehört, damit dhein [...] abgang der pfarren entstande“.

Die Patronatsverhältnisse bestanden auch am Anfang des 19. Jahrhunderts weiter. Die kirchlichen Güter standen nach wie vor im *Eigentum der Pfründen als selbstständiger Stiftungen*, ihr Vermögen war *zweckgebunden* und diente dem Unterhalt der kirchlichen Gebäude und der Besoldung der Geistlichen. Ein Problem bestand darin, dass die einzelnen Pfründen sehr unterschiedlich dotiert waren, was entsprechende Unterschiede in Bezug auf die Einkünfte der Geistlichen zur Folge hatte. Diese Situation führte nach längeren Verhandlungen schliesslich zum Dekret vom 7. Mai 1804, mit welchem der Kanton – ganz im Sinn eines „Finanzausgleichs“ – das Kirchengut zur „Beziehung und Verwaltung“ und im Gegenzug auch die Besoldung der Geistlichen übernahm. Das Dekret bestimmte in den §§ 1 und 6 das Folgende:

- § 1 Der Staat übernimmt nach dem Wunsch der Geistlichkeit die Beziehung und Verwaltung aller derselben zugehörenden urbarisirten Einkünfte, und wird samtlichen 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.

- § 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.

Die weltliche Obrigkeit kam ihren Pflichten gemäss dem zitierten § 1 des Dekrets in der Folge tatsächlich nach. Mit der Übernahme von Patronaten durch den Kanton, aufgrund des Anschlusses des Juras an Bern durch völkerrechtlichen Vertrag (Vereinigungsurkunde mit dem ehemaligen Bistum Basel von 1815, im Anschluss an den Wiener Kongress) und mit der staatlichen Errichtung von Pfarrstellen dehnte sie den Geltungsbereich des Dekrets auf weitere Pfarrstellen aus.

Ausgiebigen Gebrauch machte die Obrigkeit auch von der Möglichkeit, „die zweckmässigen Abänderungen in Betreff der Pfarrgüter, deren Verkauf oder Abtausch treffen zu können“ (§ 6 des Dekrets), namentlich zur Tilgung von Staatsschulden. Die Veräusserung von Teilen des Kirchenguts führte zu teilweise *heftige Kontroversen um die Rechte am Kirchengut*. Vor dem Hintergrund dieser Kontroversen liess die Obrigkeit im Jahr 1831 das „Verzeichniss der Kirchengüter dessen Bezug und Verwaltung die Regierung des Cantons Bern durch das Dekret vom 7. May 1804 übernommen hat“ erstellen, das nachträglich ausweisen sollte, welche Vermögenswerte gestützt auf das Dekret an den Staat übergegangen waren.

### III. Grundsätzliches zur Rechtslage

#### 1. Massgeblichkeit des geltenden (Verfassungs-)Rechts

Rechtliche Verpflichtungen eines Gemeinwesens ergeben sich aus der anwendbaren verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Ordnung. Ob eine Verpflichtung besteht und ob allenfalls bestimmte geschichtliche Ereignisse wie etwa das Dekret von 1804 gesetzesbeständige Ansprüche begründet haben, ist dementsprechend *ausschliesslich nach dem heute geltenden Recht zu beurteilen*. Allein die Geschichte begründet keinen solchen Anspruch.

#### 2. Grundsatz der „Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt“

Das Bundesgericht hat vor einigen Jahren im Zusammenhang mit Sondernutzungen öffentlicher Gewässer den Begriff der „Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt“ geprägt. Der Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt besagt vereinfacht gesagt, dass *der Staat allein und „souverän“ bestimmt, was „Recht“ ist* und dass er sich in dieser Hinsicht *nicht beliebig selbst binden kann*, beispielsweise durch „ewige“ Verträge mit Privaten. Der Staat kann sein eigenes Recht grundsätzlich jederzeit ändern, indem das zuständige Organ (Volk oder Gesetzgeber) die verfassungsrechtliche oder gesetzliche Ordnung veränderten Verhältnissen und Bedürfnissen oder neuen politischen Überzeugungen anpasst. Dieser Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt ist ein unverzichtbares und wohl auch unbestrittenes Grund-Prinzip des modernen, demokratisch geprägten Rechtsstaats.

### 3. Rechtsbindung des Staats

Staatliche Souveränität und Hoheit bedeutet für den neuzeitlichen Staat allerdings nicht schrankenlose Herrschaft. Sie ist vielmehr immer „*rechtsstaatlich verfasst*“ und *normativ gebunden*, insbesondere gebunden an Grundrechte und andere verfassungsmässige Grundsätze. Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV)<sup>1</sup> sagt: „Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht“. Die Kantone sind dabei nicht nur an ihr eigenes Recht, sondern auch an die Vorgaben der BV gebunden, namentlich an den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) und an die Grundrechte, unter anderem an die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV). Eine besondere Kategorie verfassungsmässiger Rechte stellen die sog. wohl-erworbenen Rechte dar, die nur gegen entsprechende Entschädigung entzogen werden dürfen. Rechtsprechung und Lehre unterscheiden verschiedene Arten wohl-erworbenen Rechte, namentlich sog. vorbestandene, „ehehafte“ Rechte (Tavernenrechte, Wasserbezugsrechte, private Fischenzen, Weidenutzungsrechte), Rechte aus Verträgen oder vertragsähnlichen Verhältnissen, Rechte aufgrund besonderer individueller Zusicherung (z.B. im öffentlichen Dienstrecht) und vereinzelte weitere Fälle. Soweit die Kantone im Rahmen des Privatrechts handeln, sind sie überdies an das Bundeszivilrecht gebunden (Art. 122 BV).

Der Grundsatz der „Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt“ bedeutet somit *nicht*, dass ein Gemeinwesen seine Rechtsordnung beliebig, willkürlich und folgenlos, gewissermassen „ohne Rücksicht auf Verluste“, ändern kann. Er „beseitigt“ nicht schlichtweg bestehende Verpflichtungen des Kantons und Ansprüche aus wohl-erworbenen Rechten, sondern erlaubt Änderungen oder die Aufhebung dieser Verpflichtungen nur *nach Massgabe des geltenden (Verfassungs-)Rechts*.

### 4. Verpflichtung und subjektiver Anspruch

In der Diskussion um die Pfarrbesoldung steht nicht selten die Frage im Zentrum, ob die „Kirche“ tatsächlich ein Recht darauf habe, dass der Kanton ihre Pfarrpersonen besoldet. Dabei wird gerne übersehen, dass *einer Verpflichtung nicht notwendigerweise immer ein „deckungsgleicher“ subjektiver Anspruch gegenüber stehen muss*. Allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze der Bundesverfassung wie beispielsweise das Legalitätsprinzip oder der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verpflichten Bund, Kantone und Gemeinden als sog. objektives Recht unbestrittenermassen auch dann, wenn sie nicht oder nicht ohne weiteres durch Private oder andere Rechtssubjekte „einklagbar“ sind. Entsprechendes gilt im Stiftungsrecht. Die Zweckbindung von Stiftungsvermögen ist für diejenigen, die über die Verwendung dieses Vermögens zu entscheiden haben, verbindlich – unabhängig davon, ob einzelne konkrete Personen wie namentlich Destinatäre, die vom Stiftungszweck (möglicherweise) profitieren können, die Einhaltung des Stiftungszwecks auf dem Gerichtsweg durchsetzen können. Dies ist auch der Grund dafür, dass privatrechtliche Stiftungen in der Regel einer Aufsicht durch das zuständige Gemeinwesen unterstehen (Art. 84 ff. ZGB).

---

<sup>1</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

## IV. Verpflichtungen und Rechtstitel im Zusammenhang mit der Pfarrbesoldung

### 1. Rechtliche Ausgangslage

Die Kantonsverfassung (KV)<sup>2</sup> sieht vor, dass die Landeskirchen ihren Aufwand unter anderem durch „die vom Gesetz bezeichneten Leistungen des Kantons“ bestreiten (Art. 123 Abs. 3 KV). Sie geht mit dieser Formulierung wohl davon aus, dass der Kanton grundsätzlich bestimmte Leistungen zugunsten der Landeskirchen erbringt; konkrete Leistungspflichten lassen sich aus dieser allgemein gehaltenen Formulierung aber kaum ableiten. Demgegenüber schreibt das *Kirchengesetz (KG)*<sup>3</sup> dem Kanton die Besoldung der landeskirchlichen Geistlichen vor (Art. 54 Abs. 1 KG). Der Grosse Rat legt die Zahl der zu besoldenden Stellen durch einfachen Beschluss fest (Art. 19 Abs. 1 KG). Nach dem heute geltenden Beschluss<sup>4</sup> stehen der evangelisch-reformierten Landeskirche 36 050 Pfarrstellenprozente zur Verfügung.

Nach dem Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt kann der Grosse Rat die gesetzlichen Bestimmungen über die Pfarrbesoldung unter Vorbehalt des fakultativen Referendums (Art. 62 Abs. 1 Bst. a KV) *grundsätzlich jederzeit ändern oder aufheben*. Soweit der Kantonsverfassung eine (Grundsatz-)Pflicht des Kantons zu Leistungen an die Landeskirchen zu entnehmen ist, kann diese Pflicht durch einen entsprechenden Beschluss der Stimmberechtigten aufgehoben werden. Die Verpflichtung des Kantons zur Pfarrbesoldung ist in diesem Sinn rechtlich betrachtet *keineswegs unantastbar*.

Eine andere Frage ist, was die *rechtlichen Folgen* einer allfälligen Aufhebung der Pfarrbesoldungen wären und ob sich z.B. *aus verfassungsrechtlichen oder andern Bestimmungen Konsequenzen in Bezug auf das Kirchengut* ergeben. Die Antwort hängt davon ab, ob im Zusammenhang mit diesen Besoldungen Rechtspflichten des Kantons unabhängig von der gesetzlichen Regelung im KG begründet worden sind. Ein Indiz in dieser Richtung ist Art. 54 Abs. 2 KG, nach welchem der Kanton bei der Pfarrbesoldung „insbesondere wohlerworbene Rechte aufgrund historischer Rechtstitel“ zu wahren hat. Als historischer Rechtstitel kann der rechtliche Anlass bezeichnet werden, der unter der Herrschaft einer früheren, heute überholten Rechtsordnung ein Recht begründet hat, das heute noch besteht und geltend gemacht werden kann. Die Frage stellt sich somit, ob sich aufgrund der skizzierten geschichtlichen Entwicklung ein solcher Rechtstitel begründen lässt.

### 2. Stiftungscharakter des Kirchenguts

Das Kirchengut stand vor dem Erlass des Dekrets von 1804 nach wohl unbestrittener Auffassung im *Eigentum rechtlich selbstständiger Pfrundstiftungen*. Diese Pfrundstiftungen hatten namentlich zum Zweck, den Geistlichen den Lebensunterhalt zu gewährleisten. Nach stiftungsrechtlichen Grundsätzen dient Stiftungsvermögen grundsätzlich „ewig“ dem einmal festgelegten Stiftungszweck. Dementsprechend kann nach den Vorgaben des ZGB die zuständige Behörde (nicht die Stiftung selbst!) den Stiftungszweck nur ändern, wenn der ursprüngliche „Zweck eine ganz andere Bedeutung oder Wirkung erhalten hat, so dass die Stiftung dem Willen des Stifters offenbar entfremdet worden ist“ (Art. 86 Abs. 1 ZGB), d.h. wenn

<sup>2</sup> Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1)

<sup>3</sup> Gesetz vom 6. Mai 1945 über die bernischen Landeskirchen (Kirchengesetz, KG; BSG 410.11)

<sup>4</sup> Grossratsbeschluss vom 28. März 2012 betreffend die Festsetzung der Pfarrstellen für die bernischen Landeskirchen (BSG 412.11)

sich eine Zweckänderung aus diesen Gründen gebieterisch aufdrängt. Dieser Grundsatz gilt auch für rechtlich unselbstständige oder fiduziarische Stiftungen des öffentlichen Rechts, z.B. für so genannte zweckbestimmte Zuwendungen Dritter bzw. verwaltete unselbstständige Stiftungen im Sinn der kantonalen Gemeindeverordnung (GV)<sup>5</sup>. Solche Zuwendungen sind zwingend immer „im Rahmen der Zweckbestimmung zu verwenden“ (Art. 92 Abs. 1 GV). Eine vergleichbare Regelung gilt für den Finanzhaushalt des Kantons.<sup>6</sup>

Diese stiftungsrechtlichen Grundsätze galten auch um 1804. Indem der Kanton die Kirchengüter nicht nur, wie dies § 1 des Dekrets formuliert, in die „Verwaltung“, sondern jedenfalls später auch zu Eigentum übernahm, machte sich der Kanton zum *Rechtsnachfolger der aufgehobenen Stiftungen*. Er übernahm dementsprechend die *Verpflichtungen, die bis anhin den Pfrundstiftungen obgelegen hatten*. Das gleiche Ergebnis ergibt sich unter dem Gesichtswinkel des Rechts über unselbstständige Stiftungen: Mit der Übernahme des zweckbestimmten Vermögens zu Eigentum übernahm der Kanton gleichzeitig die *Pflicht, das Vermögen seiner Zweckbestimmung entsprechend einzusetzen*.

### 3. Das Dekret vom 7. Mai 1804

Das Dekret vom 7. Mai 1804 war der Form nach ein *einseitiger staatlicher Erlass*, kein Vertrag. Verträge können nur zwischen verschiedenen (natürlichen oder juristischen Personen) abgeschlossen werden. Weder die Landeskirche noch „die Geistlichkeit“ war zu diesem Zeitpunkt als eigenständige juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit organisiert. Ein eigentliches wohl erworbenes Recht *aus Vertrag* lässt sich somit nicht begründen. Mit guten Gründen lässt sich aber argumentieren, dem Dekret komme ein „*vertragsähnlicher*“ Charakter zu. Das Dekret war das Ergebnis längerer Verhandlungen mit der Geistlichkeit und wurde „auf Wunsch der Geistlichkeit“ erlassen (§ 1), die in diesen Verhandlungen mindestens de facto wie eine selbstständige Partei auftrat.

Das Dekret bestimmt wie erwähnt in § 1, dass der Kanton „sammtlichen von der Regierung besoldeten Geistlichen mit Inbegriff der vormaligen obrigkeitlichen Beyschüsse alljährlich zu ihrer Besoldung [...] die Summe der Liv. 275'000“ ausrichten wird. Eine zeitliche Beschränkung dieser Verpflichtung enthält das Dekret nicht. Dem Dekret muss nach anerkannten Regeln juristischer Interpretation eine *verbindliche und präzise Zusicherung andauernder Pfarrbesoldungen auf unbestimmte Zeit* entnommen werden. Aus der „Vertragsähnlichkeit“ des Dekrets und dieser Zusicherung lässt sich wohl ein wohl erworbenes Recht „der Geistlichkeit“ im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf Pfarrbesoldungen ableiten. Dass der „Geistlichkeit“ zu diesem Zeitpunkt keine Rechtspersönlichkeit zukam, steht der Annahme eines Anspruchs nicht prinzipiell entgegen. Argumentiert werden könnte, die Landeskirche sei mit ihrer rechtlichen Entstehung als juristische Person des kantonalen öffentlichen Rechts in die Rechte der kantonalen „Geistlichkeit“ eingetreten. Im Übrigen kennt das kantonale öffentliche Recht durchaus auch subjektive Rechte, die nicht unbedingt einer besonderen juristischen Person zustehen. Beispielsweise befindet sich das burgerliche Vermögen in gemischten Gemeinden nach Art. 120 Abs. 3 des Gemeindegesetzes (GG)<sup>7</sup> unter Umständen

<sup>5</sup> Gemeindeverordnung vom 16. Dezember 1998 (GV; BSG 170.111).

<sup>6</sup> Art. 35 Gesetz vom 26. März 2002 über die Steuerung von Finanzen und Leistungen (FLG; BSG 620.0)

<sup>7</sup> Gemeindegesetz vom 16. März 1998 (GG; BSG 170.11)

„im Eigentum der Burgerschaft“, die ebenfalls keine Rechtspersönlichkeit aufweist.

#### 4. Zwischenergebnis

Aus dem Dekret von 1804 lässt sich eine *Verpflichtung des Kantons zur Pfarrbesoldung ableiten, solange der Kanton das Kirchengut behält und direkt oder indirekt nutzt*. Diese Verpflichtung ergibt sich aber nach meiner Beurteilung – unabhängig vom Dekret – bereits *unmittelbar aus der stiftungsrechtlichen Zweckbestimmung des Kirchenguts*. Dementsprechend ist der Stellenwert des Dekrets aus rechtlicher Sicht wohl letztlich auch gar nicht entscheidend. Eine Beurteilung allein aufgrund der Frage, ob das Dekret der Kirche ein subjektives wohlerworbenes eingeräumt habe, greift zu kurz.

Das Dekret kann immerhin als *Bestätigung* der stiftungsrechtlichen Situation durch den Kanton bzw. die damalige Obrigkeit verstanden werden. Es war und ist mit seinen ausdrücklichen Zusagen geeignet, unter dem Gesichtswinkel von Treu und Glauben *zusätzlich Vertrauen zu schaffen*, ebenso wie spätere Erklärungen des Kantons bis in die neuste Zeit. So sollte das erwähnte Kirchengutsverzeichnis von 1831 gemäss Einleitung dazu dienen, dass „*man zu allen Zeiten wisse, wie hoch das im Jahre 1804 der Verwaltung des Staates übertragene Kirchengut sich belaufen habe*“ (was als Bestätigung der Auffassung verstanden werden muss, dass das Kirchengut als Basis für fortwährende Pfarrbesoldungen dienen sollte). In dieser Linie wird beispielsweise im Vortrag zur Teilrevision des Kirchengesetzes von 1995 unter Hinweis auf das Dekret von 1804 ausgeführt, die Pfarrbesoldungen stützten „sich auf alte historische Rechtstitel, welche als wohlerworbene Rechte der Landeskirchen zu werten sind“. Sollte es einmal zu einer Trennung von Staat und Kirche kommen, „würde das ‚wohlerworbene Recht‘ zugunsten der Landeskirchen hinfällig, da diese aufhörten, ‚Landeskirchen‘ zu sein. In einem solchen Falle müssten die Ansprüche der Kirchen an den Staat in einer vermögensrechtlichen Auseinandersetzung, gestützt auf Artikel 24 Absatz 2 KV, ausgehandelt und abgegolten werden“.

Zusammengefasst: Eine Rechtspflicht des Kantons zur Besoldung von Pfarrpersonen lässt sich aufgrund der Übernahme des zweckbestimmten Kirchengut unabhängig von der aktuellen verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Regelung im Kanton Bern begründen. Diese Verpflichtung ist nach dem Grundsatz der Unveräusserlichkeit der staatlichen Gewalt allerdings nicht in dem Sinn „unantastbar“, als der Kanton sich der Verpflichtung als solcher nicht entledigen könnte. Der Kanton hätte bei dieser Gelegenheit allerdings dafür zu sorgen, dass das übernommene Kirchengut oder entsprechendes „Ersatzvermögen“ weiterhin seiner Zweckbestimmung entsprechend eingesetzt wird. Dafür kämen grundsätzlich wohl verschiedene Lösungen in Betracht. Zu denken ist abgesehen von der Übertragung der entsprechenden Vermögenswerte an die Kirche oder Kirchengemeinden (mit entsprechenden Auflagen) etwa auch an die Gründung einer Stiftung mit entsprechender Zweckbestimmung.

#### 5. Dahinfallen einer Rechtspflicht des Kantons ...

Gegen das vorstehende Ergebnis ist gelegentlich eingewendet worden, eine allfällige Verpflichtung des Kantons sei heute auf jeden Fall dahingefallen. Argumentiert wird etwa, der Kanton habe seine Verpflichtung durch die Besoldung während mehr als zwei Jahrhunderten längst erfüllt, die Verpflichtung widerspreche dem Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt oder der Kanton könne sich unter dem Gesichtswinkel der sog. Clausula

rebus sic stantibus auf veränderte Verhältnisse berufen. Auf diese Einwände möchte ich zum Schluss kurz eingehen.

### **... durch Erfüllen der Verpflichtung?**

Soweit man im Zusammenhang mit dem Dekret von 1804 von einem Rechtsverhältnis sprechen kann, ging der Kanton damit ein *Dauerschuldverhältnis* ein. Die Pfarrbesoldungen sollten gemäss Dekret aus dem *Ertrag* des Kirchenguts finanziert werden und die Substanz des Vermögens nicht angreifen. Im Vorfeld wurde dementsprechend mit einigem Aufwand berechnet, welchen Ertrag das Kirchengut abwerfen würde. Unter diesen Umständen kann *keine Tilgung der „Dauerschuld“ durch bisher erbrachte Leistungen* angenommen werden. Die Situation lässt sich z.B. mit der Verzinsung eines Hypothekendarlehens oder mit einer dinglich gesicherten Grundlast vergleichen. Die Verpflichtung zu solchen Leistungen bestehen grundsätzlich für unbeschränkte Dauer, solange das Darlehen nicht amortisiert oder die Grundlast abgelöst wird. Anderes gälte unter Umständen, wenn der Nachweis gelänge, dass der Kanton für seine Leistungen die *Substanz* des Kirchenvermögens bzw. der entsprechenden „Ersatzwerte“ hätte angreifen müssen. Dieser Nachweis dürfte allerdings kaum zu erbringen sein. Zu beachten ist dabei, dass der Kanton schon verhältnismässig kurze Zeit nach dem Erlass des Dekrets erhebliche Teile des übernommenen Kirchenguts veräusserte und den Erlös zur Tilgung seiner Schulden verwendete, was ihm auch entsprechende Kritik von kirchlicher Seite eintrug.

### **... nach dem Grundsatz der „Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt“?**

Der Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt steht dem Ausgeführten nicht entgegen. Er „beseitigt“ nicht schlichtweg bestehende Verpflichtungen oder wohlerworbene Ansprüche, sondern erlaubt Änderungen oder die Aufhebung dieser Verpflichtungen immer nur *nach Massgabe des geltenden (Verfassungs-)Rechts*. Der aktuelle *Bestand* einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung zur Schadloshaltung oder eines wohlerworbenen Rechts wird damit nicht in Frage gestellt. Der Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt setzt auch stiftungsrechtliche Grundsätze nicht schlichtweg ausser Kraft. Könnte oder müsste sich der Staat im Rechtsverkehr nicht „wie ein Privater“ binden, würde ihm in der Konsequenz die Möglichkeit zugestanden, Ansprüche und privatrechtliche Grundsätze, die er den Privaten vorschreibt, „in eigener Sache“ schlicht zu ignorieren und beispielsweise Private entschädigungslos zu enteignen oder das Vertrauen Privater in ein berechenbares staatliches Verhalten zu enttäuschen. Dies will die Verfassungsordnung offensichtlich *nicht* (Art. 5 Abs. 3 und Art. 26 BV).

Im vorliegenden Fall bedeutet dies: Der Grundsatz der „Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt“ besagt (nur), dass der Kanton Bern die Möglichkeit haben muss, seine Rechtsordnung zu ändern und die heutige Besoldung der Pfarrpersonen abzulösen. Noch nicht beantwortet ist damit die weitere Frage, unter welchen *Voraussetzungen* bzw. mit welchen *vermögensrechtlichen Folgen* dies erfolgen kann und muss.

### **... aufgrund der Clausula rebus sic stantibus?**

Die sog. Clausula rebus sic stantibus erlaubt unter bestimmten Umständen ein Abweichen



von der Regel, dass abgeschlossene Vereinbarungen prinzipiell binden (*pacta sunt servanda*). Eine Vertragspartei kann sich gestützt auf die *Clausula* von vertraglichen Verpflichtungen befreien (oder diese Verpflichtungen anpassen lassen), wenn die Umstände seit dem Vertragsschluss derart geändert haben, dass ihr die Erfüllung ihrer Verpflichtungen *nicht mehr zugemutet* werden kann, weil durch nachträgliche, nicht voraussehbare Umstände ein derart *offenbares Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung* eingetreten ist, dass das Beharren einer Partei auf ihrem Anspruch als missbräuchlich erscheint.

Auch wenn im vorliegenden Fall nicht ein Vertragsverhältnis im eigentlichen Sinn anzunehmen ist, ist denkbar, dass die *Clausula* im Zusammenhang mit der Pflicht zur Pfarrbesoldung angerufen werden könnte. Sie greift allerdings nur, wenn *das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung* einer Partei nicht mehr zumutbar ist. Dies kann nach dem Ausgeführten nicht behauptet werden. Erbringt der Kanton Leistungen im Bereich der Pfarrbesoldung aus den *Erträgen* von Vermögenswerten, die er zu diesem Zweck übernommen hat, ist er nach wie vor *Nutznieser dieser „Gegenleistung“*. Dies gilt, wirtschaftlich betrachtet, auch dann, wenn er diese Vermögenswerte teilweise veräussert und den Erlös vereinnahmt hat. Ist davon auszugehen, dass die Pfarrbesoldungen die (hypothetischen) Erträge aus dem ursprünglichen Kirchengut nicht übersteigen, bleibt die „Leistungsäquivalenz“ auch in diesem Fall gewahrt. Das *Verhältnis von Leistung und Gegenleistung* hat sich grundsätzlich *nicht verändert* und kann demzufolge auch nicht unzumutbar geworden sein.

Gesellschaftliche und anderweitige Entwicklungen mögen unter Umständen aus *politischer* Sicht für eine anderweitige Lösung sprechen. Sie können unter dem Gesichtswinkel der „Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt“ bedeutsam sein, wirken sich aber nicht auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung aus und sind damit für eine rechtliche Beurteilung nach der *Clausula rebus sic stantibus* unbeachtlich.

## V. Schluss

Sei ahnen wohl, was ich zum Schluss gerne einräume: Im Zusammenhang mit der staatlichen Pfarrbesoldung im Kanton Bern stellen sich eine Reihe vielschichtiger Fragen, die alles andere als trivial sind. Dazu sind dementsprechend – auch in der bisherigen Diskussion um die staatliche Pfarrbesoldung – unterschiedliche Auffassungen vertreten worden. Meine Überlegungen beziehen sich zudem auch nur auf die *Grundsatzfrage*, ob sich Rechtspflichten des Kantons im Zusammenhang mit dem Kirchengut begründen lassen. Was dies *in quantitativer Hinsicht* bedeutet, d.h. in *welchem Umfang* genau der Kanton zu Leistungen verpflichtet ist, ist nochmals eine ganz andere Frage, die wiederum ein weites Feld für Abklärungen und wohl auch für Diskussionen öffnen dürfte.

Ueli Friederich