



Reformierte Kirchen
Bern-Jura-Solothurn
Eglises réformées
Berne-Jura-Soleure

Ueli Friederich

Verpflichtung des Kantons Bern zur Besoldung von Pfarrpersonen der Landeskirchen

Stellungnahme zum Gutachten Prof. Dr. Markus Müller / Dr. Kaspar Sutter
«Der Anspruch auf staatliche Pfarrbesoldung im Kanton Bern»
zuhanden der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern
vom 30. März 2012

Vorwort

Im Jahr 1994 erschien in der Schriftenreihe des Synodalrates das Gutachten «Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen» von Dr. Ueli Friederich. Darin schildert der Gutachter ausführlich, wie sich die Patronate mit ihrem Stiftungscharakter in der bernischen Rechtsordnung entfaltet haben. Der stiftungsrechtliche Gedanke der Zweckbindung prägte die Entwicklung zum Kirchengut in massgeblicher Weise. Als der Staat kirchliches Vermögen auf der Grundlage des Dekrets vom 7. Mai 1804 übernahm, sicherte er denn auch zu, dessen Erträge weiterhin für Pfarrbesoldungen einzusetzen. Unter breitem Einbezug der rechtshistorischen, staats-, verwaltungs- und kirchenrechtlichen Grundlagen wies Ueli Friederich nach, dass zugunsten der Kirche historische Rechtstitel entstanden sind, die als wohlerworbene Rechte den Schutz der Eigentumsfreiheit und des Prinzips des Vertrauensschutzes geniessen.

Prof. Christina Schmid-Tschirren, die sich ebenfalls eingehend mit der Thematik der Kirchengüter auseinandersetzte, hat in ihrer im Jahre 2011 veröffentlichten Berner Habilitationsschrift diesen Befund umfassend bestätigt. Zu einer teilweisen abweichenden Auffassung gelangten demgegenüber Prof. Markus Müller und Dr. Kaspar Sutter in einem Gutachten, das sie im Jahre 2012 zuhanden der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern erstellten.

Ueli Friederich wurde deshalb vom Synodalrat gebeten, sein Werk aus dem Jahre 1994 unter Berücksichtigung der Positionen von Markus Müller und Kaspar Sutter zu überprüfen. Der Angefragte kam zum Schluss, dass aus der neueren Rechtsprechung und Doktrin keine entscheidenden Erkenntnisse gewonnen werden können, welche die Ausführungen und Ergebnisse im Gutachten «Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen» in Frage stellen würden. Damit ist weiterhin vom Bestand wohlerworbener Rechte zugunsten der Kirche auszugehen. Der Staat selbst hat bei verschiedenen Gelegenheiten diese Haltung bestätigt, etwa im Vortrag zur Teilrevision des Kirchengesetzes vom 12. Oktober 1995.

Der Synodalrat sieht deshalb keine Veranlassung, von der vielfach bestätigten Auffassung zu den historischen Rechtstiteln abzuweichen. Da es sich um wohlerworbene Rechte handelt, wäre eine allfällige Aufhebung der staatlichen Pfarrbesoldungspflicht nur gegen Entschädigung möglich. Eine solche tiefgreifende Neuorientierung im Verhältnis zwischen Kirche und Staat würde zudem eine Änderung der Kantonsverfassung bedingen. In diesem Zusammenhang weist der Synodalrat darauf hin, dass sich die Pfarrerinnen

und Pfarrer der Reformierten Kirchen Bern-Jura-Solothurn in einer offenen Volkskirche engagieren und ihre Dienste deshalb zugunsten der gesamten Bevölkerung erbracht werden.

Nachdem der Synodalrat bereits das Gutachten «Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen» veröffentlichen durfte, ist es ihm eine grosse Freude, nun auch die Stellungnahme von Ueli Friederich aus dem Jahre 2013 einem breiteren Publikum zugänglich zu machen. Der Synodalrat ist davon überzeugt, dass die darin enthaltenen Ausführungen einer sachlichen Beurteilung der Thematik dienlich sind.

Der Präsident des Synodalrates der
Reformierten Kirchen Bern-Jura-Solothurn

Andreas Zeller

Bern, im September 2013

Inhalt

1	Ausgangslage und Auftrag	6
1.1	Ausgangslage	6
1.2	Auftrag	8
1.3	Inhalt der vorliegenden Stellungnahme	9
2	Inhalt und Ergebnisse der beiden Gutachten	11
2.1	Gutachten «Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen»	11
2.2	Gutachten MÜLLER / SUTTER	15
2.3	Übereinstimmungen	19
2.3.1	Massgeblichkeit der Rechtsordnung nach geltendem Verfassungs- und Gesetzesrecht	19
2.3.2	Grundsatz der «Unveräusserlichkeit der staatlichen Gewalt».....	21
2.3.3	Keine «ewigen» Verträge	22
2.4	Differenzen	23
3	Grundsätzliche Anmerkungen	27
3.1	Verpflichtung und subjektiver Anspruch	27
3.2	Bedeutung der Praxis zu den wohlerworbenen Rechten	28
3.3	Historische Rechtstitel	30
4	Stiftungscharakter des Kirchenguts	32
4.1	Rechtsverhältnisse zu Beginn des 19. Jahrhunderts	32
4.2	Stiftungsrecht	33
4.2.1	Erscheinungsformen von Stiftungen	33
4.2.2	Stiftungsrechtliche Grundsätze nach Art. 80 ff. ZGB	34
4.2.3	Unselbstständige Stiftungen	36
4.3	Bedeutung für die Übernahme von Kirchengut durch den Kanton	37
5	Das Dekret vom 7. Mai 1804	38
5.1	Allgemeines	38
5.2	Vertragsähnlichkeit des Dekrets?	38
5.3	Inhalt des Dekrets	42
5.3.1	Argumentation im Gutachten MÜLLER / SUTTER	42
5.3.2	Methodischer Hinweis: Zur Auslegung des Dekrets	42
5.3.3	Anordnungen des Dekrets im Allgemeinen	44
5.3.4	Besoldung der Geistlichen aus dem Ertrag des Kirchenguts	45

5.3.5	Fehlende (hinreichend bestimmte) Zusicherung einer andauernden Besoldung?	45
5.4	Exkurs: Weitere Akte und Verlautbarungen	47
6	Fortbestand der Verpflichtung und Folgen einer Ablösung der Pfarrbesoldungen	48
6.1	Argumentation im Gutachten MÜLLER / SUTTER	48
6.2	Fortbestand der Verpflichtung	51
6.3	Anwendung der clausula rebus sic stantibus?	52
6.4	Unvereinbarkeit mit dem Grundsatz der «Unveräußerlichkeit der öffentlichen Gewalt»?	54
6.5	Voraussetzungen und Folgen einer Ablösung	57
7	Ergebnis	60

1 Ausgangslage und Auftrag

1.1 Ausgangslage

- 1 Im Vorfeld der Totalrevision der Kantonsverfassung Anfang der 1990er Jahre stand auch das Verhältnis des Kantons Bern zu «seinen» Landeskirchen zur Diskussion.¹ Vor diesem Hintergrund beauftragte mich der Synodalrat der evangelisch-reformierten Landeskirche mit der Prüfung verschiedener Rechtsfragen im Zusammenhang mit einer allfälligen künftigen Aufhebung der Pfarrbesoldungen. Von Interesse waren in erster Linie allfällige Ansprüche an das Kirchengut, aber auch weitere Fragen, insbesondere betreffend die rechtliche Einordnung solcher Ansprüche. Meine Überlegungen zu diesen Fragen finden sich in einem Gutachten mit dem Titel «Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen» vom Oktober 1993, das im folgenden Jahr in der damaligen Schriftenreihe des Synodalrates des Evangelisch-reformierten Synodalverbandes Bern-Jura publiziert worden ist.²
- 2 Die Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV)³ hat in Bezug auf die Pfarrbesoldungen schliesslich keine Änderung gebracht. Sie regelt die Pfarrbesoldungen als solche selbst nicht, sondern verweist in allgemeiner Weise auf «die vom Gesetz bezeichneten Leistungen des Kantons» an die Landeskirchen (Art. 123 Abs. 3 KV).
- 3 Die Pfarrbesoldungen waren seit den 1990er Jahren auch ausserhalb der Verfassungsrevision gelegentlich ein Thema, so im Zusammenhang mit der Motion Grossniklaus und Mitunterzeichnende «Rechtlicher und materieller Wert des Kirchengutes» vom 27. April 1992 (M 268/1992) und, mindestens indirekt, mit der Motion Messerli / Löffel und Mitunterzeichnende «Grundsatzdebatte zum künftigen Verhältnis zwischen Kirche und Staat: Trennung, Entflechtung oder Status quo?» vom 3. September 2007 (M 218/2007).

¹ Hinweise zur Diskussion im Vorfeld der Verfassungsrevision bei BOLZ, Handbuch, Art. 121 N 1 ff. Zu den Konsequenzen einer grundsätzlichen Trennung von Kirche und Staat in diesem Zusammenhang ULRICH FRIEDERICH, Auswirkungen einer Trennung von Kirche und Staat im Kanton Bern. Kurzer praxisorientierter Bericht zuhanden der Verfassungskommission des Kantons Bern, Bern 1991.

² ULRICH FRIEDERICH, Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldung. Gutachten zu historischen Rechtstiteln der Evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Bern, Bern/Stuttgart/Wien 1994.

³ BSG 101.1.

- 4 Am 1. Dezember 2011 reichten Grossrat Adrian Wüthrich und sieben Mitunterzeichnende die Motion «Pfarrerinnen- und Pfarrerlöhne via Kirchensteuer finanzieren» (M 327/2011) ein. Die Motion wollte den Regierungsrat beauftragen, «die Finanzierung der Löhne der Pfarrerinnen und Pfarrer der Berner Landeskirchen via Kirchensteuern mittels Bericht zu prüfen». Im Hinblick auf die Beantwortung der Motion holte die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern bei Prof. Dr. Markus Müller, Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Bern, und Dr. Kaspar Sutter, wissenschaftlicher Mitarbeiter, ein Gutachten zum Anspruch auf staatliche Pfarrbesoldung im Kanton Bern ein. Prof. Müller und Dr. Sutter gelangten in ihrem Gutachten vom 30. März 2012⁴ zum Schluss, dass sich kein wohlerworbenes Recht der Kirche auf Pfarrbesoldungen begründen lässt. Zur Frage, ob eine Aufhebung der Pfarrbesoldungen einen Anspruch der Kirche auf Rückübertragung des Kirchenguts bzw. auf eine entsprechende Entschädigung begründen würde, äussern sich die Gutachter skeptisch bis ablehnend, erachten dies gemäss ihren Schlussfolgerungen aber als «eine Frage, die einer separaten Prüfung bedürfte».
- 5 Die drei Landeskirchen nahmen, zusammen mit der Interessengemeinschaft der Jüdischen Gemeinden im Kanton Bern, im Rahmen ihres Vorberatungs- und Antragsrechts ablehnend zur Motion Wüthrich Stellung; das Gutachten MÜLLER / SUTTER enthalte keine relevanten neuen Einsichten.⁵ Der Regierungsrat beantragte dem Grossen Rat schliesslich die Ablehnung der Motion. Er ging zwar davon aus, dass den politischen Behörden Handlungsspielräume offenstehen, sprach sich aber trotzdem gegen den verlangten Bericht aus, weil ein solcher nur Sinn mache, wenn eine grundsätzliche Neuausrichtung des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche ernsthaft ins Auge gefasst werde, was nicht angezeigt sei.⁶ Der Grosse Rat lehnte die Motion Wüthrich am 5. September 2012 schliesslich mit 128 gegen 15 Stimmen bei 6 Enthaltungen ab.⁷ In der Diskussion wurde unter anderem bemerkt, mein Gutachten «Kirchengut und staatliche Pfarr-

⁴ MARKUS MÜLLER / KASPAR SUTTER, Der Anspruch auf staatliche Pfarrbesoldung im Kanton Bern. Gutachten zuhanden der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 30. März 2012.

⁵ Schreiben der Evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Bern, der Römisch-katholischen Landeskirche des Kantons Bern, der Christkatholischen Kommission des Kantons Bern und der Interessengemeinschaft der Jüdischen Gemeinden im Kanton Bern vom 11. Mai 2012.

⁶ Antwort des Regierungsrats vom 30. Mai 2012 auf die Motion Wüthrich; RRB Nr. 805/2012; vgl. auch Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 2012, S. 920 ff.

⁷ Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 2012, S. 920 ff., S. 928.

besoldungen» bezeichne das heutige System als «unantastbar»; das Gutachten MÜLLER / SUTTER zeige aber, dass «die Besoldung der Pfarrer eben nicht unantastbar ist, wie einige hier sagten, sondern dass man darüber durchaus reden kann»; dies sei «vorher aufgrund des Gutachtens Friederich nicht bekannt gewesen».⁸

- 6 Der Bericht des Regierungsrats über die Angebots- und Strukturüberprüfung (ASP 2014) vom 26. Juni 2013⁹ sieht im Zusammenhang mit den Pfarrbesoldungen keine Änderungen vor. Dieser Entscheid ist in der Presse kritisiert worden, unter anderem in zwei ausführlichen Berichten mit den Titeln «Schubladierte Expertise setzt Pfarrerlöhne unter Druck» und «Pfarrer-Löhne: Regierungsrat widerspricht eigenem Gutachten» im «Bund» vom 25. Juli 2013, ebenso in einem Leserbrief im «Bund» vom 2. August 2013 mit dem Titel «Trennung von Staat und Kirche überfällig».

1.2 Auftrag

- 7 Vor dem Hintergrund der erwähnten Ereignisse und Äusserungen ist zu erwarten, dass das heutige System der Pfarrbesoldungen in näherer Zukunft wiederum zur Diskussion gestellt werden wird. Sowohl für den Kanton als auch für die Landeskirchen ist in dieser Situation von Interesse, wie gross der rechtliche Handlungsspielraum des Kantons tatsächlich ist. Namentlich interessiert, ob das Gutachten MÜLLER / SUTTER Anlass gibt, die Anfang der 1990er Jahre angestellten Überlegungen im Gutachten «Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen» zu überdenken oder zu revidieren.
- 8 Der Synodalrat der Evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Bern hat mich ersucht, zu dieser Frage Stellung zu nehmen. Zu diesem Zweck stehen mir namentlich das Gutachten MÜLLER / SUTTER selbst (das auch auf Internet publiziert ist¹⁰) sowie die erwähnte Stellungnahme der drei Landeskirchen und der Interessengemeinschaft der Jüdischen Gemeinden im Kanton Bern vom 11. Mai 2012 zur Motion Wüthrich bzw. zum Entwurf der regierungsrätlichen Antwort zur Verfügung.

⁸ Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 2012, S. 928.

⁹ Angebots- und Strukturüberprüfung (ASP 2014). Bericht des Regierungsrates an den Grossen Rat vom 26. Juni 2013.

¹⁰ Vgl. z. B. http://www.reformiert.info/files_reformiert/7493_0.pdf sowie <http://www.freidenken.ch/de/wp-content/uploads/2012/06/Gutachten-Pfarrerbesoldung.pdf>.

1.3 Inhalt der vorliegenden Stellungnahme

- 9 Das Gutachten MÜLLER / SUTTER und meine eigene Beurteilung gelangen zwar tatsächlich zu (teilweise) anders lautenden Schlüssen. Wie zu zeigen sein wird, besteht aber in verschiedenen Punkten – und wohl in mehr, als dies auf den ersten Blick den Anschein haben mag – durchaus auch Einigkeit. In der politischen Diskussion sind die (angeblichen) Ergebnisse der Gutachten auch nicht durchwegs zutreffend dargestellt worden. Ich selbst vertrete beispielsweise keineswegs die Auffassung, das heutige System der Pfarrbesoldung sei «unantastbar». Andererseits lässt das Gutachten MÜLLER / SUTTER die Frage nach einer Entschädigungspflicht im Fall einer Ablösung der staatlichen Pfarrbesoldungen (Pflicht zur Rückerstattung von Kirchengut oder Ersatzpflicht) letztlich ausdrücklich offen.
- 10 Es erscheint deshalb angezeigt, im Folgenden vorweg kurz darzustellen, wo das Gutachten MÜLLER / SUTTER und meine eigene Beurteilung zu übereinstimmenden Ergebnissen gelangen und in welchen Punkten Differenzen bestehen (nachfolgende Ziffer 2). Nach einigen grundsätzlichen Anmerkungen (nachfolgende Ziffer 3) folgen Ausführungen zum Stiftungscharakter des Kirchenguts (nachfolgende Ziffer 4), zum Dekret vom 7. Mai 1804 (nachfolgende Ziffer 5) sowie zur Frage nach dem Fortbestand einer Verpflichtung des Kantons und nach vermögensrechtlichen Folgen einer Ablösung der Pfarrbesoldungen (nachfolgende Ziffer 6). Das Papier schliesst mit einer knappen Zusammenfassung der Ergebnisse (nachfolgende Ziffer 7).
- 11 Die folgenden Überlegungen konzentrieren sich auf die *Grundsatzfrage*, ob sich eine Verpflichtung des Kantons zur Besoldung von Pfarrpersonen oder Ansprüche im Fall einer Ablösung dieser Besoldung rechtlich begründen lassen bzw. ob das Gutachten MÜLLER / SUTTER die im Gutachten «Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen» angestellten Überlegungen und Schlüsse widerlegt. Mit der Beantwortung dieser Grundsatzfrage sind bei Weitem nicht alle Fragen geklärt. Dies gilt etwa für den genauen Umfang einer Leistungspflicht. Dieser Umfang könnte – sofern eine Verpflichtung im Grundsatz bejaht wird – nur mit erheblichem Aufwand und letztlich auch kaum mit mathematischer Genauigkeit ermittelt werden.¹¹

¹¹ FRIEDERICH, Gutachten, S. 216. Vgl. dazu die differenzierten Überlegungen im Zusammenhang mit der Situation im Kanton Zürich bei ERNST MOOR, Die Unterhaltspflicht des Kantons Zürich gegenüber der zürcherischen reformierten Landeskirche (Allgemeiner Teil), Affoltern a.A. 1937, passim.

Ebenfalls nicht Gegenstand der Ausführungen ist eine Beurteilung der politischen Opportunität einer Ablösung der Pfarrbesoldungen.

- 12 Die vorliegende Stellungnahme ist in verhältnismässig kurzer Zeit entstanden und kann nicht den Stellenwert eines «ausgebauten» Gutachtens beanspruchen, das alle angesprochenen Fragen vertieft und erschöpfend beleuchtet. Sie konzentriert sich vielmehr auf die Frage, ob das Gutachten MÜLLER/SUTTER Anlass gibt, die Äusserungen und Ergebnisse im Gutachten «Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen» zu überdenken. In vielen Punkten muss für Einzelheiten auf die ausführlicheren Erörterungen und weiterführenden Hinweise in diesem Gutachten verwiesen werden.
- 13 Vorweg sei – Gebot intellektueller Redlichkeit – eingeräumt, dass die hier zu beurteilende Situation *heikle Fragen* aufwirft, die höchstens am Rand eine «autoritative» gerichtliche Klärung erfahren haben. MÜLLER/SUTTER warnen auch zu Recht, dass ein «salomonischer Richterspruch» kaum erwartet werden kann.¹² Im Kanton Zürich, der das Verhältnis des Kantons zu den Landeskirchen und die finanziellen Leistungen des Kantons mit der neuen Kantonsverfassung von 2005¹³ und dem Kirchengesetz vom 9. Juli 2007 (KiG)¹⁴ neu geregelt hat, war eine Annäherung der unterschiedlichen Standpunkte nicht möglich.¹⁵ Der Bundesrat sah sich in seiner Botschaft zur Volksinitiative «betreffend die vollständige Trennung von Staat und Kirche» von 1976 «zu seinem Bedauern ausserstande, die Unsicherheit über die rechtlichen Auswirkungen der Initiative auszuräumen». Er musste es deshalb «dabei bewenden lassen, die möglichen wesentlichen Auswirkungen und Schwierigkeiten aufzuzeigen, ohne stets abschliessend dazu Stellung zu nehmen».¹⁶ Offenbar stand für den Bundesrat immerhin der *Grundsatz* ausser Frage, dass staatliche Leistungen, die auf besonderen Rechtstiteln beruhen, mit entsprechenden vermögensrechtlichen Konsequenzen abzulösen sind.¹⁷

¹² MÜLLER/SUTTER, Gutachten, S. 34.

¹³ Art. 130 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (LS 101).

¹⁴ LS 180.1. Vgl. insbesondere §§ 19 ff. KiG.

¹⁵ MARTIN RÖHL, Neugestaltung des Verhältnisses zwischen Kirchen und Staat im Kanton Zürich – Reformpostulate und Reformbedarf, in: Schweizerisches Jahrbuch für Kirchenrecht, S. 39 ff., insb. S. 43 ff., mit Hinweisen.

¹⁶ Botschaft über die Volksinitiative «betreffend die vollständige Trennung von Staat und Kirche» vom 6. September 1978, BBl 1978 II 665, S. 684.

¹⁷ Vgl. Botschaft Volksinitiative Trennung von Staat und Kirche, S. 697: «Soweit staatliche Leistungen auf historischen Rechtstiteln beruhen, wären sie abzulösen, was in einzelnen Kantonen auf erhebliche rechtliche und finanzielle Schwierigkeiten stiesse.»

2 Inhalt und Ergebnisse der beiden Gutachten

2.1 Gutachten «Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen»

14 Im Zusammenhang mit der Totalrevision der Kantonsverfassung interessierten neben dem Bestand einer Verpflichtung des Kantons zur Pfarrbesoldung wie erwähnt auch grundsätzliche Fragen zur rechtlichen Einordnung der Thematik und zum Kirchengut überhaupt. Das Gutachten «Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen» sollte gemäss Schreiben des Synodalrats vom 15. Mai 1992 zu folgenden Fragen Stellung nehmen:

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)?

15 Das Gutachten beschränkt sich dementsprechend nicht auf die Frage nach der Möglichkeit und den Rechtsfolgen einer Ablösung der staatlichen Pfarrbesoldungen, sondern holt in einigen Punkten einermassen aus. Erörtert werden in einem ersten Teil allgemeine Grundlagen und Begriffe wie die heutigen Staatsleistungen, Rechte und Rechtstitel, Kirchengut und Kirchenvermögen sowie das Patronat. In einem zweiten Teil wird die Geschichte des Kirchenguts und der Staatsleistungen im Kanton Bern nachgezeichnet, in einem dritten Teil die Frage nach dem Bestand historischer Rechtstitel im Zusammenhang mit der Pfarrbesoldung gestellt und (positiv) beantwortet. Die Ergebnisse sind am Schluss des Gutachtens wie folgt zusammengefasst:

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. Wohlerworbene 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 wohlerworbene Recht. Eine durch einen historischen Rechtstitel begründete Berechtigung kann – anders als das wohlerworbene Recht – in Zukunft unter Umständen entschädigungslos dahinfliegen.
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 z. B. 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 Bedürfnissen dienende Güter grundsätzlich das Zweckentfremdungsverbot unter Vorbehalt der regierungsrätlichen Ausnahmegewilligung 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 Patronatsrecht verdrängt. Danach war der Patron als Rechtsnachfolger des ursprünglichen Stifters nicht mehr Eigentümer des Pfrundvermögens; er hatte aber nament-

lich das Recht, dem Bischof einen Geistlichen vorzuschlagen und gewisse 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 verselbstständigte sich das Kirchenvermögen; *Eigentümerin wurde die Pfrund als selbstständige Stiftung*. Ihr oblag die (primäre) Pflicht zur Besoldung des Geistlichen und zum Unterhalt der Gebäude. Das selbstständige Kirchengut war stets *zweckgebundenes Gut*.
9. Patronatsrechte 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 Kloostervermögen gehörten zahlreiche Patronatsrechte über Kirchen innerhalb und ausserhalb des Kantons. Das (*objektive*) Patronatsrecht 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, z. B. 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* stellt 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 bzw. 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.

2.2 Gutachten MÜLLER/SUTTER

- 16 Das Gutachten MÜLLER/SUTTER behandelt «mit Blick auf die Motion Wüthrich primär die Frage, ob und inwieweit staatliche Besoldungspflichtigen sich derart verfestigen bzw. «qualifizierte» Bestandeskraft gewinnen können, dass sie auch vom *Gesetzgeber nicht* oder zumindest nicht entschädigungslos *entzogen* werden können». ¹⁸ Es enthält nach einleitenden Bemerkungen zum Auftrag zunächst allgemeine Erörterungen zu historisch begründeten Rechtspositionen im geltenden Recht (Kapitel II) sowie zu wohlerworbenen Rechten (Kapitel III) und nimmt anschließend zur Wohlerworbenheit der staatlichen Pfarrbesoldung Stellung (Kapitel IV).
- 17 Kapitel II würdigt zunächst «die Verfassungsordnung als Grundlage des Rechts». Einzig die Verfassung lege «verbindlich fest, inwiefern Rechtspositionen, die unter einer früheren Verfassungsordnung begründet wurden, heute weiterhin Geltung beanspruchen können und allenfalls über eine qualifizierte (Rechts-)Beständigkeit verfügen». ¹⁹ Als mögliche verfassungsrechtliche Grundlagen für einen Anspruch auf Pfarrbesoldungen werden Art. 123 Abs. 3 KV, die Figur der sog. wohlerworbenen Rechte und besondere «historische Rechtstitel» erörtert.
- 18 MÜLLER/SUTTER kommen zum Schluss, dass sich aus Art. 123 Abs. 3 KV kein Anspruch ableiten lässt. Auch die Verwendung des unklaren Begriffs «historische Rechtstitel» führe nicht weiter, weil eine separate Kategorie solcher Rechtstitel nicht nachweisbar sei. ²⁰ Somit könne sich für historisch begründete Ansprüche mit besonderer (Gesetzes-)Beständigkeit «*einzig* aus der Praxis zu den *wohlerworbenen Rechten* ergeben, ob und inwieweit diese im Einzelfall fortwirken und zugleich den Staat bzw. den Gesetzgeber heute noch (qualifiziert) zu binden vermögen». ²¹
- 19 Kapitel III enthält allgemeine Erörterungen zu den wohlerworbenen Rechten. MÜLLER/SUTTER betonen, dass ein bestimmter Anspruch «*einzig* aufgrund einer umfassenden *Interessenabwägung ex post* Anerkennung» als wohlerworbenes Recht finden kann, womit im konkreten Fall

¹⁸ MÜLLER/SUTTER, Gutachten, S. 6.

¹⁹ MÜLLER/SUTTER, Gutachten, S. 7.

²⁰ MÜLLER/SUTTER, Gutachten, S. 10.

²¹ MÜLLER/SUTTER, Gutachten, S. 10.

«das besondere Vertrauen in den Fortbestand und die Dauerhaftigkeit der Rechtsposition gegenüber den widerstreitenden öffentlichen Interessen an der Rechtsänderung überwiegt».²² Sie stellen anschliessend die kasuistische Praxis des Bundesgerichts dar und unterscheiden die Kategorien der vorbestandenen, ehehaften Rechte, der Rechte aus verwaltungsrechtlichen Verträgen und Konzessionen und der durch Gesetz oder individuelle Zusicherung eingeräumten Ansprüche im Bereich des öffentlichen Dienstverhältnisses, mit dem Hinweis, dass das Bundesgericht – über diese Kategorien hinausgehend – vereinzelt weitere Ansprüche als wohl erworben qualifiziert hat.²³ Als verbindendes Element aller Kategorien wohl erworbener Rechte wird die Rechtsfolge, d. h. die erhöhte Bestandskraft der wohl erworbenen Rechte im Vergleich zu «normalen» öffentlichrechtlichen Ansprüchen, bezeichnet.²⁴ Dies habe zur Konsequenz, dass wohl erworbene Rechte grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe nach Art. 36 Abs. 1–3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV)²⁵ (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Wahrung der Verhältnismässigkeit) entzogen werden können.²⁶

- 20 Die Frage, ob und inwieweit Eingriffe in wohl erworbene Rechte einen *Entschädigungsanspruch* der betroffenen Privaten begründen, bleibt nach MÜLLER / SUTTER «*äusserst unsicher*».²⁷ Auch in diesem Punkt dürfte «eine klare, allgemeine Regelung [...] einzig eine *differenzierende Betrachtungsweise* bringen, die jeweils im Einzelfall eine umfassende Berücksichtigung der aus dem Verfassungsrecht fliessenden, privaten und öffentlichen Interessen ermöglicht».²⁸
- 21 Gewisse Besonderheiten gelten nach MÜLLER / SUTTER für staatliche Eingriffe in vertragliche oder vertragsähnliche vermögenswerte Ansprüche, die «im öffentlichen Recht nicht einzig nach den Grundsätzen zu den wohl erworbenen Rechten beurteilt» werden.²⁹ Vielmehr fänden auch dem Privatrecht entnommene Institute wie der Grundsatz *pacta sunt*

²² MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 11

²³ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 13.

²⁴ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 14.

²⁵ SR 101.

²⁶ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 15.

²⁷ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 16.

²⁸ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 17.

²⁹ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 17.

servanda, aber auch die *clausula rebus sic stantibus* Anwendung, die stets eine umfassende Abwägung des öffentlichen Interesses an einer Anpassung der Rechtslage gegenüber dem privaten Interesse an der Einhaltung der vertraglichen Pflichten verlange. Eine Grenze setze solchen Ansprüchen aber jedenfalls der Grundsatz der «Unveräusserlichkeit der staatlichen Gewalt», der «ewigen» vertraglichen Verpflichtungen entgegensteht.³⁰

- 22 Gestützt auf diese allgemeinen Erörterungen nimmt Kapitel IV zur Wohlerwordenheit der staatlichen Pfarrbesoldung Stellung. Nach einigen Hinweisen zur Argumentation in meinem Gutachten setzt sich das Gutachten mit der rechtlichen Bedeutung des Dekrets vom 7. Mai 1804 auseinander. Es gelangt zum Ergebnis, dass sich «eine auf unbestimmte Zeit eingegangene, vertragsähnliche Verpflichtung des Staates aufgrund des Dekrets vom 7. Mai 1804, wonach sich der Kanton Bern – jedenfalls bis zu einer allfälligen Rückübertragung des Kirchengutes – zur fortwährenden Besoldung verpflichtet haben sollte, nicht begründen» lässt. Eine «in zeitlicher Hinsicht mässige Ablösung dieser Ansprüche würde demnach nicht in einen allfälligen wohlerwordenen Besoldungsanspruch mit vertragsähnlichem Charakter eingreifen und damit auch keinen Entschädigungsanspruch auslösen».³¹ Ein allfälliges wohlerwordenes Recht wäre unter Berücksichtigung einer angemessenen Übergangsfrist «jedenfalls entschädigungslos ablösbar»³² (vgl. zur Begründung im Gutachten MÜLLER / SUTTER auch hinten Ziffer 6.1).
- 23 Bejaht wird demgegenüber ein wohlerwordener Besoldungsanspruch der durch den Kanton besoldeten Pfarrpersonen ad personam gestützt auf Art. 54 Abs. 2 KG.
- 24 Das Gutachten MÜLLER / SUTTER gelangt zu folgenden Ergebnissen:³³
1. Die *geltende Verfassung* bestimmt abschliessend, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen historisch begründete Rechte «gesetzesbeständig» sind, mithin bei Gesetzesänderungen erhöhten Schutz geniessen. Solchen Schutz erfahren heute nur die sog. wohlerwordenen Rechte. Es stellt sich daher die Frage, ob die hier interessierenden historisch begründeten Besoldungsansprüche wohlerwordene Rechte

³⁰ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 18.

³¹ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 24.

³² MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 27.

³³ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 33 f.

darstellen. Und falls ja, wieweit sie einen Anspruch vermitteln, der über den «allgemeinen» Lohnanspruch nach geltendem Gesetzesrecht hinaus geht.

2. *Wohlerworbene Rechte* werden nach ständiger, restriktiver bundesgerichtlicher Praxis aus der Eigentumsgarantie und dem Prinzip von Treu und Glauben abgeleitet. Zu ihnen zählen typischerweise Rechte mit sog. vertragsähnlichem Charakter sowie gesetzlich oder behördlich zugesicherte Ansprüche aus dem öffentlichen Dienstverhältnis. Sowohl die Entstehung wie auch die Beschränkung dieser Rechte lässt sich jeweils nur aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung beurteilen.
3. Weder das *Dekret vom 7. Mai 1804* noch andere «historische» Akte des Staates bilden eine hinreichende (Vertrauens-)Grundlage, die ein wohl erworbenes Recht der Kirche auf staatliche Pfarrbesoldung zu begründen vermöchte. Eine fortwährende («gesetzesbeständige») staatliche Besoldungspflicht lässt sich insofern rechtlich nicht begründen. Kommt hinzu, dass damals (d.h. im Jahre 1804) weder die Kirche noch die Geistlichkeit über eigene Rechtspersönlichkeit verfügten, mithin gar nicht Rechtsträger sein konnten. Sodann wäre auch für die Gegenwart zweifelhaft, ob die heutigen kirchlichen Körperschaften als (Grund-) Rechtsträger und Rechtsnachfolger überhaupt in Frage kämen.
4. Selbst wenn – entgegen den vorangehenden Darlegungen – von einem historisch begründeten wohlerworbenen Besoldungsanspruch der Kirche ausgegangen würde, wäre dieser *nicht unantastbar*. Nach den beiden Prinzipien der «Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt» sowie der «*clausula rebus sic stantibus*» könnte er unter Beachtung eines mässigen Übergangsregimes vom Gesetzgeber abgelöst werden. Ob damit gleichzeitig ein Anspruch der Kirche auf Rückübertragung des Kirchengutes – bzw. auf entsprechende finanzielle Entschädigung – verbunden wäre, ist eine Frage, die einer separaten Prüfung bedürfte. Selbst wenn sich jedoch hierfür Rechtstitel (z. B. Vertrag, Gesetz) nachweisen liessen, könnten auch diese nach den erwähnten Prinzipien nur beschränkt Geltung beanspruchen.
5. Ein *institutioneller* Anspruch, mithin ein wohlerworbenes Besoldungsrecht zugunsten der Kirche, lässt sich nach dem Gesagten somit nicht begründen (Ziff. 1–3). Indes schafft Art. 52 Abs. 2 KG³⁴ einen *indi-*

³⁴ Gemeint dürfte, wie auch aus der Begründung auf S. 29 ff. hervorgeht, Art. 54 Abs. 2 KG sein. Art. 52 KG wurde mit der Teilrevision des KG vom 12. September 1995 aufgehoben.

viduellen wohlerworbenen Besoldungsanspruch. Dieser erstreckt sich auf sämtliche Pfarrpersonen, die unter Geltung dieser Vorschrift angestellt wurden bzw. dies in Zukunft noch werden. Sollen künftige Anstellungen von diesem Anspruch nicht mehr profitieren, bedarf es hierzu einer entsprechenden Gesetzesänderung; diese müsste allerdings die altrechtlich entstandenen (wohlerworbenen) Ansprüche unberührt lassen.

6. Die *Untersuchung* hat deutlich gemacht: Die staatliche Pfarrbesoldung im Kanton Bern hat eine lange Geschichte. Eine Geschichte jedoch, die keine gesetzesbeständige Besoldungsordnung zu begründen vermochte. Zumindest in rechtlicher Hinsicht ist eine Neuregelung somit grundsätzlich möglich. Im Vordergrund muss so oder anders die politische und nicht die gerichtliche Lösungssuche stehen; ein salomonischer Richterspruch ist hier jedenfalls von den Gerichten nicht zu erwarten.

2.3 Übereinstimmungen

- 25 In verschiedenen Punkten stimmen das Gutachten MÜLLER / SUTTER und meine eigene Beurteilung im Gutachten «Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen» (weitgehend) überein. In Bezug auf allgemeine Grundsätze des Staats- und Verwaltungsrechts bestehen kaum Differenzen. Übereinstimmung besteht namentlich auch in folgenden Punkten:

2.3.1 Massgeblichkeit der Rechtsordnung nach geltendem Verfassungs- und Gesetzesrecht

- 26 Ungeteilte Zustimmung verdient das Gutachten MÜLLER / SUTTER zunächst insofern, als der Bestand eines Anspruchs auf Pfarrbesoldungen durch den Kanton ausschliesslich aufgrund des *geltenden staatlichen Rechts* zu beurteilen ist.
- 27 In Bezug auf die *Normstufe* ist zu differenzieren: Zutreffend ist, dass die Verfassungsordnung «Grundlage des Rechts» ist und dass sich staatliches Recht auf die Verfassung zurückführen lassen muss.³⁵ Ansprüche können sich allerdings sowohl direkt aus der Verfassung als auch aus untergeordnetem Recht (Gesetz, Verordnung) ergeben. Die Verfassung ist dementsprechend nicht die einzige Rechtsquelle; eine (explizite) verfas-

³⁵ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 7.

sungsrechtliche Grundlage ist nicht unabdingbare Voraussetzung für den Bestand eines subjektiven Anspruchs. *De lege lata* besteht heute unstreitig eine Pflicht des Kantons zur Besoldung nach kantonalem Gesetzesrecht.³⁶ Art. 54 Abs. 1 des Gesetzes vom 6. Mai 1945 über die bernischen Landeskirchen (Kirchengesetz, KG)³⁷ sieht vor, dass der Kanton «die Geistlichen an den vom Kanton errichteten Pfarrstellen»³⁸ besoldet, und zwar «nach gleichen Grundsätzen». Die Zahl der vom Kanton besoldeten Pfarrstellen wird für jede Landeskirche durch den Grossen Rat durch sog. einfachen Beschluss festgelegt (Art. 19 Abs. 1 KG).³⁹ Die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion bewirtschaftet diese Stellen im Einvernehmen mit den kirchlichen Oberbehörden (Art. 19a Abs. 1 KG). Der Regierungsrat regelt die Einzelheiten durch Verordnung.⁴⁰ Der Kanton wahrt dabei «insbesondere wohlerworbene Rechte aufgrund historischer Rechtstitel» (Art. 54 Abs. 2 KG).

- 28 Ebenso unbestritten ist, dass der bestehende gesetzliche Anspruch durch Revision des KG, d.h. durch entsprechenden, dem fakultativen Referendum unterstehenden (Art. 62 Abs. 1 Bst. a KV) Beschluss des Grossen Rates, aufgehoben werden kann. Ein *«gesetzesbeständiger»*, d.h. unabhängig von der konkreten Regelung im KG bestehender Anspruch lässt sich nur mit übergeordnetem Verfassungsrecht begründen. Wie das Gutachten MÜLLER / SUTTER zu Recht betont,⁴¹ interessiert in dieser Hinsicht somit einzig, ob *das geltende Verfassungsrecht* einer Landeskirche oder andern Rechtssubjekten im Zusammenhang mit der Besoldung von Pfarrpersonen gesetzesbeständige Verpflichtungen begründet oder entsprechende Ansprüche einräumt.

³⁶ Ebenso MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 8.

³⁷ BSG 410.11.

³⁸ Die Kirchgemeinden haben die Möglichkeit, zu ihren Lasten weitere Pfarrstellen zu errichten. Diese Stellen bilden nicht Teil der durch den Kanton besoldeten Stellen. Auf die Inhaberinnen und Inhaber solcher Stellen ist das KG nicht (direkt) und jedenfalls nicht qua kantonaler Vorschrift anwendbar. Sinngemäss Anwendung finden diese Vorschriften aber für die evangelisch-reformierten Pfarrerrinnen und Pfarrer aufgrund *kirchlicher* Vorschrift; vgl. Art. 135 Abs. 1 der Kirchenordnung des Evangelisch-reformierten Synodalverbands Bern-Jura vom 11. September 1990 (KES 11.020).

³⁹ Heute gilt der Grossratsbeschluss vom 28. Januar 2009 betreffend die Festsetzung der Pfarrstellen für die bernischen Landeskirchen (BSG 412.11).

⁴⁰ Für die evangelisch-reformierte Landeskirche gilt die Verordnung vom 19. Oktober 2011 über die Zuordnung der vom Kanton entlöhnten evangelisch-reformierten Pfarrstellen (BSG 412.111).

⁴¹ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 7 f.

2.3.2 Grundsatz der «Unveräusserlichkeit der staatlichen Gewalt»

- 29 Unbestritten ist ebenfalls der durch MÜLLER / SUTTER hervorgehobene Grundsatz der «Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt».⁴² Das Bundesgericht hat diesen Begriff, soweit mir bekannt, erstmals im Jahr 2000 in BGE 127 II 69 im Zusammenhang mit Sondernutzungsrechten an öffentlichen Gewässern verwendet und erwogen, ein durch Konzession eingeräumtes ewiges Recht hätte zur Folge, «dass das Gemeinwesen sich seiner Rechte und seiner Hoheit entäusserte, was nicht zulässig ist (Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt)».⁴³
- 30 Diesem Prinzip kommt fraglos allgemeine Gültigkeit zu. Aus der staatlichen «Souveränität» folgt, dass der neuzeitliche Staat grundsätzlich jederzeit die Möglichkeit haben muss, geltendes Recht zu ändern und sich «demokratisch zu reformieren». Im Bereich des Staatskirchen- oder Religionsverfassungsrechts weist die staatliche Souveränität dem Staat die «Kompetenz-Kompetenz»⁴⁴ im Sinn der Kompetenz zu, die Kompetenzen (Zuständigkeiten) des Staats einerseits und anderer gesellschaftlicher

⁴² MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 18 f., 24. Ebenso FRIEDERICH, Gutachten, S. 234. Vgl. auch die da zitierte Äusserung von KURT EICHENBERGER im Schreiben an die Erziehungsdirektion des Kantons Schaffhausen betreffend Pfarrerbesoldungen vom 1. Dezember 1980: «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.»

⁴³ Das Bundesgericht erwog in diesem Urteil unter anderem: «Nach heutiger Rechtsanschauung kann das Gemeinwesen Sondernutzungsrechte nicht auf unbefristete Dauer erteilen [...]. Die öffentlichen Gewässer sind öffentliche Sachen im Gemeingebrauch. Dieser Zweckbestimmung werden sie durch ein Sondernutzungsrecht an einem bestimmten Wasserlauf entfremdet [...]. Das Gemeinwesen muss deshalb von Zeit zu Zeit Gelegenheit erhalten, sich darüber zu vergewissern, ob die Sondernutzung mit dem öffentlichen Interesse noch in Einklang steht. Wäre das durch Konzession dem Privaten eingeräumte Recht ein ewiges, liefe dies darauf hinaus, dass das Gemeinwesen sich seiner Rechte und seiner Hoheit entäusserte, was nicht zulässig ist (Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt, [...]).» Vgl. BGE 127 II 69 E. 4c S. 74 f.

⁴⁴ Der Begriff «Kompetenz-Kompetenz» entstammt der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts; vgl. z. B. ALBERT HAENEL, Deutsches Staatsrecht, Bd. I, Leipzig 1892, S. 221, 769. Zur Verwendung in der Schweizer Lehre z. B. FRITZ FLEINER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, S. 52; PETER SALADIN, Bund und Kantone. Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat, in: ZSR 1984 II S. 431 ff., 449.

Kräfte andererseits abzugrenzen. Der Grundsatz der «Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt» bedeutet da, dass die für die Regelung des Staat-Kirche-Verhältnisses zuständigen Kantone (Art. 72 Abs. 1 BV) ihr Verhältnis und ihre Beziehungen zu Kirchen und Glaubensgemeinschaften grundsätzlich frei bestimmen können. Diese Freiheit ist allerdings nicht schrankenlos, sondern durch die Religionsfreiheit als «objektive Grundsatznorm» für das kantonale Staatskirchenrecht «grundrechtsgebunden».⁴⁵ Beispielsweise gelten das Verbot prinzipieller «Religionsfeindlichkeit» oder die Gebote der weltanschaulich-religiösen Neutralität, der Parität (Gleichbehandlung der Kirchen und Glaubensgemeinschaften) und der Toleranz.⁴⁶ Ein Kanton darf unter dem Gesichtswinkel der Religionsfreiheit einerseits durchaus einigermassen enge Beziehungen zu bestimmten Konfessionen pflegen und – wie das Bundesgericht vor kurzem für den Kanton Bern bestätigt hat⁴⁷ – auch Pfarrbesoldungen zulasten der Steuerzahlenden ausrichten. Ausser Frage steht andererseits, dass die Kantone auch ein System der Trennung mit weitestgehender (finanzieller) «Entflechtung» der Staat-Kirche-Beziehungen wählen können.

2.3.3 Keine «ewigen» Verträge

- 31 MÜLLER / SUTTER folgern aus dem Grundsatz der «Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt», dass auch vertragliche oder vertragsähnliche Ansprüche nicht auf «ewige Zeiten» bestehen können.⁴⁸ Dementsprechend lasse sich «eine auf unbestimmte Zeit eingegangene, vertragsähnliche Verpflichtung des Staates aufgrund des Dekrets vom 7. Mai 1804, wonach sich der Kanton Bern – jedenfalls bis zu einer allfälligen Rückübertragung des Kirchengutes – zur fortwährenden Besoldung verpflichtet haben sollte, nicht begründen».⁴⁹
- 32 Der Grundsatz, dass es aus rechtlicher Sicht keine «ewigen Verträge» gibt und der Kanton dementsprechend grundsätzlich die Möglichkeit haben muss, die staatliche Pfarrbesoldung abzulösen, kann nicht ernsthaft

⁴⁵ Die Glaubens- und Gewissensfreiheit nach Art. 15 BV ist zwar in erster Linie ein verfassungsmässiges Recht einzelner Personen, muss aber «in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen» (Art. 35 Abs. 1 BV). Zur Religionsfreiheit als «objektive Grundsatznorm» des Staatskirchenrechts UELI FRIEDERICH, Kirchen und Glaubensgemeinschaften im pluralistischen Staat. Zur Bedeutung der Religionsfreiheit im schweizerischen Staatskirchenrecht, Bern 1993, S. 297 ff.

⁴⁶ FRIEDERICH, Kirchen und Glaubensgemeinschaften, S. 312 ff.

⁴⁷ BGer 2C_360/2010 vom 22. November 2011.

⁴⁸ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 18 f., 24.

⁴⁹ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 24.

in Frage gestellt werden.⁵⁰ Wenn im Gutachten MÜLLER / SUTTER vermutet wird, ich vertrete in Bezug auf die Ablösbarkeit eine andere Auffassung,⁵¹ betrifft dies die Frage der *Rechtsfolgen* einer solchen Ablösung (Entschädigung), nicht die Grundsatzfrage, ob sich der Staat auf «unendliche» Zeiten verpflichten kann. In diesem Sinn ist die Pfarrbesoldung durch den Kanton sicher nicht unantastbar. Eine andere Frage ist, ob eine Ablösung Ansprüche auf das Kirchengut oder gegebenenfalls auf eine entsprechende Entschädigung zur Folge hat (dazu hinten Ziffer 6, insb. 6.5).

2.4 Differenzen

- 33 Differenzen bestehen im Wesentlichen in der Frage, ob heute (noch) eine *gesetzesbeständige Verpflichtung des Kantons zur Besoldung von Pfarrpersonen* besteht und welche *vermögensrechtlichen Folgen* die Ablösung einer allfälligen Verpflichtung nach sich zieht. Das Gutachten MÜLLER / SUTTER kommt zum Schluss, dass sich eine fortwährende («gesetzesbeständige») staatliche Besoldungspflicht – abgesehen von einem wohlerworbenen Recht der Pfarrpersonen, die unter der Geltung des heutigen Art. 54 Abs. 2 KG angestellt worden sind – nicht begründen lässt. Die Frage, ob eine Ablösung der staatlichen Besoldung vermögensrechtliche Folgen wie namentlich eine Rückübertragung des Kirchenguts oder eine entsprechende finanzielle Entschädigung auslösen würde, wird zwar schliesslich explizit offen gelassen; entsprechende Rechtstitel könnten allerdings «nur beschränkt Geltung beanspruchen». Ich selbst habe sowohl den Bestand einer Verpflichtung des Kantons zur Pfarrbesoldung als auch vermögensrechtliche Ansprüche in diesem Zusammenhang bejaht.
- 34 Das Gutachten MÜLLER / SUTTER stützt sich nach eigenen Angaben weitgehend auf Überlegungen im Gutachten «Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen»⁵² und begründet abweichende Ergebnisse damit, dass meine Beurteilung zu Beginn der 1990er Jahre erfolgte, womit sie «weder die neuste Entwicklung der Rechtsprechung zu den wohlerworbenen Rechten, noch – zumindest nicht umfassend – die Revision der Staatsverfassung des Kantons Bern und die nachfolgende Revision der Kirchengesetzgebung» habe berücksichtigen können. Für die Begründung eines

⁵⁰ Ebenso z. B. FRIEDERICH, Gutachten, S. 211 f.

⁵¹ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 23, Anm. 124.

⁵² MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 6.

wohlerworbenen Rechts auf staatliche Pfarrbesoldung sei aber «gerade die Revision der Kirchengesetzgebung aus dem Jahr 1995 von erheblicher Bedeutung». Aufgrund «der *rechtlichen und gesellschaftlichen Entwicklung* der letzten rund zwanzig Jahre» seien «einige (Rechts-)Erkenntnisse von damals heute neu zu beurteilen». ⁵³

- 35 Die Verpflichtung des Kantons zur Pfarrbesoldung und vermögensrechtliche Folgen einer Aufhebung dieser Besoldung werden in meinem Gutachten mit Normen des *Bundesverfassungsrechts* und damit unabhängig von der gesetzlichen Regelung und der verfassungsrechtlichen Situation im Kanton Bern begründet. Weder der Revision der Staatsverfassung noch der Anpassung des Kirchengesetzes kommt in diesem Zusammenhang entscheidende Bedeutung zu. Die Kantonsverfassung war zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Gutachtens (Oktober 1993) angenommen und damit auch bekannt; das Gutachten nimmt insbesondere ausdrücklich auf Art. 123 Abs. 3 KV Bezug. ⁵⁴ Ebenso kann kaum von wirklich neuen, für den vorliegenden Fall entscheidenden Erkenntnissen aus der neueren Rechtsprechung zu den wohlerworbenen Rechten gesprochen werden. Die bundesgerichtliche Praxis hat nach meiner Beurteilung in den wesentlichen Punkten seit Anfang der 1990er Jahre keine Änderungen oder massgebliche Modifikationen erfahren. Vielmehr hat das Gericht auch im jüngsten, im Gutachten MÜLLER / SUTTER zitierten Entscheid (BGE 134 I 23) ⁵⁵ auf die bereits im Jahr 1980 mit BGE 106 Ia 163 begründete Rechtsprechung verwiesen. ⁵⁶ Die neuste mir bekannte, einigermaßen umfassende Auseinandersetzung mit den wohlerworbenen Rechten in der Doktrin, nämlich das im Jahr 2007 publizierte umfassende Gutachten von ENRICO RIVA, ⁵⁷ zeichnet sich zwar durch das Bemühen um eine neue dogmatische Erfassung der wohlerworbenen Rechte aus, nimmt aber in der Sache im Wesentlichen auf eine Jahrzehnte alte Rechtsprechung Bezug. Auch das Gutachten MÜLLER / SUTTER führt in vielen Punkten (auch) Entscheide an, die vor Anfang der 1990er Jahre ergangen sind. Beispielsweise geht die im Gutachten dargestellte zurückhaltendere

⁵³ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 20.

⁵⁴ Z. B. FRIEDERICH, Gutachten, S. 29 f.

⁵⁵ Bei MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 25, Anm. 139, findet sich ein Hinweis auf BGE 136 I 23; gemeint sein dürfte BGE 134 I 23.

⁵⁶ BGE 134 I 23 E. 7.1 S. 35 f.

⁵⁷ ENRICO RIVA, Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen. Dogmatische Grundlagen und Anwendung auf die Restwassersanierungen nach Art. 80 des eidgenössischen Gewässerschutzgesetzes, Bern 2007.

«Praxislinie» zur Frage der Entschädigung für Eingriffe in wohlerworbene Rechte⁵⁸ auf einen Entscheid aus den 1980er Jahren zurück.⁵⁹ Vor allem aber bestehen – jedenfalls nach meiner Beurteilung – in Bezug auf die bisherige Praxis zu wohlerworbenen Rechten und deren Würdigung kaum Differenzen zwischen den beiden Gutachten.⁶⁰

36 Unter diesen Umständen dürften andere als die im Gutachten MÜLLER / SUTTER erwähnten Gründe den Ausschlag für die unterschiedlichen Ergebnisse gegeben haben. Die Differenzen gehen nach meiner Beurteilung auf folgende Punkte zurück:

1. Das Gutachten «Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen» setzt an beim *Stiftungscharakter des Kirchenguts*, das der Kanton gestützt auf das Dekret vom 7. Mai 1804 in die Verwaltung und jedenfalls im Ergebnis zu Eigentum übernommen hat. Das Gutachten MÜLLER / SUTTER erwähnt diesen Umstand zwar einmal beiläufig,⁶¹ setzt sich damit aber nicht näher auseinander und beginnt die kritische Auseinandersetzung mit meinen Überlegungen mit dem Dekret von 1804.
2. Ausgehend von der stiftungsrechtlichen Situation steht nach meiner Beurteilung die *Verpflichtung des Kantons* zur Besoldung im Vordergrund. Begründet wird in meinem Gutachten dementsprechend in erster Linie eine Rechtspflicht des Kantons.⁶² Die Frage, ob dieser Pflicht ein (wohlerworbener) subjektiver *Anspruch* gegenübersteht und ob die Kirchen im Fall einer Ablösung der Pfarrbesoldung vermögensrechtliche Ansprüche stellen könnten, wird erst anschliessend erörtert.⁶³ Das Gutachten MÜLLER / SUTTER geht demgegenüber von der Frage nach einem Anspruch der Kirche aus und beurteilt die Rechtslage ausschliesslich im Licht der Praxis und Lehre zu den wohlerworbenen Rechten, weil eine anderweitige separate Kategorie von Rechtstiteln nicht nachweisbar sei.⁶⁴
3. Das *Dekret vom 7. Mai 1804* und andere spätere Ereignisse werden unterschiedlich beurteilt. Das Gutachten MÜLLER / SUTTER verneint, dass dem Dekret von 1804 vertragsähnlicher Charakter zu-

⁵⁸ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 17.

⁵⁹ BGE 107 Ib 140.

⁶⁰ Unterschiedlich wird dagegen der Stellenwert dieser Praxis für die Beurteilung einer Verpflichtung des Kantons zur Pfarrbesoldung gewürdigt; vgl. hinten Ziffern 3.1 und 3.2.

⁶¹ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 27.

⁶² FRIEDERICH, Gutachten, S. 155 ff.

⁶³ FRIEDERICH, Gutachten, S. 225 ff.

⁶⁴ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 9 f.

kommt und eine verbindliche Zusicherung der andauernden Pfarrbesoldung entnommen werden kann. Solche Zusicherungen könnten auch späteren behördlichen Akten nicht entnommen werden. In meinem Gutachten werden sowohl ein vertragsähnlicher Charakter des Dekrets als auch das Vorliegen einer vertrauensbegründenden Zusicherung bejaht.

4. Schliesslich hält das Gutachten MÜLLER / SUTTER dafür, dass ein allfälliges wohlerworbenes Recht nach dem Grundsatz der «Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt» und der *clausula rebus sic stantibus* unter Beachtung eines mässigen Übergangsregimes abgelöst werden könnte. Die Frage nach vermögensrechtlichen Folgen wird in der Zusammenfassung der Ergebnisse zwar skeptisch beurteilt, aber explizit offen gelassen.⁶⁵ An anderer Stelle wird aber die Ansicht geäussert, auch ein wohlerworbenes Recht wäre «unter Berücksichtigung einer angemessenen Übergangsfrist [...] entschädigungslos ablösbar»;⁶⁶ auch ein Eingriff in einen «allfälligen wohlerworbenen Besoldungsanspruch mit vertragsähnlichem Charakter» würde «keinen Entschädigungsanspruch auslösen».⁶⁷ Ich selbst vertrete die Ansicht, dass weder allgemeine staatsrechtliche Grundsätze noch die *clausula rebus sic stantibus* dem Fortbestand der Verpflichtung und einem Anspruch auf das Kirchengut oder eine entsprechende Entschädigung entgegenstehen.

- 37 Zu diesen Differenzen ist im Folgenden Stellung zu nehmen. Erörtert werden der Stiftungscharakter des Kirchenguts (nachfolgende Ziffer 4), der Stellenwert und der Inhalt des Dekrets vom 7. Mai 1804 (nachfolgende Ziffer 5) sowie die Frage nach dem Fortbestand der Verpflichtung des Kantons und nach vermögensrechtlichen Folgen einer Ablösung der Pfarrbesoldungen (nachfolgende Ziffer 6). Angezeigt erscheinen vorweg einige grundsätzliche Anmerkungen zum Verhältnis von Verpflichtung und subjektivem Anspruch, zur Praxis zu den wohlerworbenen Rechten und zu (historischen) Rechtstiteln.

⁶⁵ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 33, Ziff. 4.

⁶⁶ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 27.

⁶⁷ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 24.

3 Grundsätzliche Anmerkungen

3.1 Verpflichtung und subjektiver Anspruch

- 38 Einer Verpflichtung steht nicht notwendigerweise immer ein «deckungs-gleicher» subjektiver Anspruch gegenüber. Allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze der Bundesverfassung wie beispielsweise das Legalitätsprinzip oder der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verpflichten Bund, Kantone und Gemeinden unbestrittenermassen, auch wenn sie nicht oder nicht ohne Weiteres durch Private oder andere Rechtssubjekte «einklagbar» sind.⁶⁸
- 39 Entsprechendes gilt im Besonderen auch für das Stiftungsrecht. Ergibt sich eine Verpflichtung aus stiftungsrechtlichen Gründen, steht nicht – wie im Fall der bisher durch das Bundesgericht beurteilten wohlerworbenen Rechte – der subjektive Anspruch bestimmter (natürlicher oder juristischer) Personen im Vordergrund.⁶⁹ Auch wenn eine Stiftung durchaus an verbindliche Auflagen betreffend die Verwendung des Stiftungsvermögens oder seiner Erträge gebunden sein kann, ist die Rechtstellung der Destinatäre mindestens teilweise «erschreckend schwach ausgeprägt und geht nicht über die Position von Bittstellern hinaus».⁷⁰
- 40 Im Gutachten «Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen» ist dementsprechend – wie dies offenbar auch bei andern Gelegenheiten der Fall war⁷¹ – zunächst der Bestand einer Verpflichtung des Kantons zur Besoldung von Pfarrpersonen geprüft (und bejaht) worden.⁷² Die Frage, wer die Einhaltung einer solchen Verpflichtung rechtlich einfordern könnte, wird erst am Schluss geprüft⁷³ und in einigermassen offener Form beantwortet.⁷⁴

⁶⁸ In BGer 2C_485/2012 vom 3. Juli 2012 (Sachversicherung Glarus) hat das Bundesgericht in E. 8.2 vor kurzem wiederum seine Rechtsprechung bestätigt, wonach das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht als selbstständiges verfassungsmässiges Recht geltend gemacht werden kann.

⁶⁹ Zum Problem im Stiftungsrecht z. B. PIA MARIA AIGNER, Der Schutz der Stiftung vor Einflussnahme Dritter. Rechtsvergleichung im deutschsprachigen Raum, Frankfurt a.M. etc. 2000, S. 40 ff., 121 ff.

⁷⁰ DOMINIQUE JAKOB, Das Stiftungsrecht der Schweiz im Europa des dritten Jahrtausends, SJZ 2008, S. 533 ff., 537.

⁷¹ Vgl. z. B. das bei FRIEDERICH, Gutachten, S. 157 zitierte Schreiben von WERNER KÄGI an den Präsidenten des Evangelisch-reformierten Kirchenrats des Kantons Schaffhausen vom 25. Juli 1982.

⁷² Vgl. die Fragestellungen auf S. 155 f. sowie den Titel auf S. 156 und die anschliessenden Erörterungen.

⁷³ FRIEDERICH, Gutachten, S. 225 ff.

⁷⁴ FRIEDERICH, Gutachten, S. 233.

41 Nach meiner Beurteilung *kann* gestützt auf die historischen Ereignisse ein wohlerworbenes Recht der Landeskirche oder allenfalls der Kirchgemeinden begründet werden.⁷⁵ Für den Bestand einer Verpflichtung des Kantons ist dies allerdings nicht unbedingte Voraussetzung. Einzig entscheidend ist vielmehr, ob sich der Verfassung eine konkrete Norm entnehmen lässt, die – aus welchen Gründen auch immer – eine Verpflichtung oder einen Anspruch begründet. Als solche Norm kommen neben den heute ausdrücklich gewährleisteten Grundsätzen und Ansprüchen wie z. B. dem Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) oder der Eigentums-garantie (Art. 26 BV) grundsätzlich auch ungeschriebene Gewährleistungen in Betracht.⁷⁶ Rechtlich nicht entscheidend ist demgegenüber, ob der Anspruch auch als «wohlerworbenes Recht» (im üblicherweise bzw. bisher verwendeten Sinn) zu qualifizieren ist. Dementsprechend können Kategorien wie «wohlerworbene Rechte», aber auch etwa «historische Rechtstitel», aus rechtlicher Sicht nicht per se ausschlaggebend sein. Ein Ansatz, der eine Verpflichtung des Kantons «*einzig* aus der Praxis zu den *wohlerworbenen Rechten* ableiten» will,⁷⁷ greift dementsprechend unter Umständen zu kurz.

3.2 Bedeutung der Praxis zu den wohlerworbenen Rechten

42 Die Ausführungen im Gutachten MÜLLER / SUTTER zur Entstehung, zur Eigenart und zu den Rechtswirkungen wohlerworbener Rechte *als solche* lassen keine grundsätzlichen Einwände zu. Einigkeit besteht namentlich darin, dass auch wohlerworbene Rechte nicht absolut geschützt sind, sondern – gegebenenfalls unter Entschädigungsfolge (dazu hinten Ziffer 6.5) – durch die Gesetzgebung eingeschränkt oder aufgehoben werden dürfen, wenn ein besonderes, wichtiges (öffentliches) Interesse es erfordert und die Massnahme verhältnismässig ist.⁷⁸

43 Der Auffassung, ein gesetzesbeständiger Anspruch könne sich «*einzig* aus der Praxis zu den wohlerworbenen Rechten» ergeben, kann

⁷⁵ FRIEDERICH, Gutachten, S. 234 ff.

⁷⁶ Auch die beiden genannten Grundsätze stellten ursprünglich ungeschriebenes Bundesverfassungsrecht dar. Das Bundesgericht leitete den Grundsatz von Treu und Glauben aus dem Rechtsgleichheitsgebot ab; der Grundsatz fand erst mit der Totalrevision der BV Aufnahme in den Verfassungstext.

⁷⁷ So MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 10.

⁷⁸ BGE 138 V 366 E. 6.1 S. 372; ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, S. 225 N 1008 f.

ich wie erwähnt nur beschränkt zustimmen. In der Regel werden die in dieser Praxis entwickelten *Grundsätze* einen verlässlichen Massstab für die Beurteilung der Frage abgeben, ob ein Anspruch als «gesetzesbeständig» oder «wohlerworben» gelten kann. Demgegenüber kann sich die «Gesetzesbeständigkeit» einer Verpflichtung oder eines Anspruchs auch aus Gründen ergeben, die im Rahmen der Praxis zu den wohlerworbenen Rechten (bisher) nicht erörtert worden sind. MÜLLER/SUTTER weisen beispielsweise darauf hin, dass der Bestand vertraglicher oder «vertragsähnlicher» Rechte «im öffentlichen Recht nicht einzig nach den Grundsätzen zu den wohlerworbenen Rechten beurteilt» werden kann;⁷⁹ vielmehr bestünden für derartige Ansprüche «weitere (Rechts-)Institute, die bisweilen Voraussetzungen und Wirkungen einer Verkürzung ebenfalls zu regeln beanspruchen».⁸⁰ Dies gilt nicht nur für eine «vertragsähnliche» Konstellation (die durch MÜLLER/SUTTER in casu verneint wird), sondern generell. Im vorliegenden Fall zu berücksichtigen sind namentlich – im Gutachten MÜLLER/SUTTER nicht thematisierte – stiftungsrechtliche Grundsätze (hinten Ziffer 4).

- 44 Vorsicht ist insbesondere auch in Bezug auf *negative Schlüsse e contrario* aus der bisherigen Praxis zu wohlerworbenen Rechten geboten. Rechtsprechung ist – im Gegensatz zur generell abstrakten gesetzlichen Regelung – stets Rechtsanwendung im konkreten Fall. Das Bundesgericht beurteilte dementsprechend im Rahmen seiner Rechtsprechung zu den wohlerworbenen Rechten jeweils (nur) ganz bestimmte Konstellationen. Es entwickelte die Rechtsfigur des wohlerworbenen Rechts in einer pragmatischen, kasuistischen Praxis zu besonderen Sachverhalten und bildete dabei – ausgehend von diesen Sachverhalten – verschiedene Kategorien solcher Rechte wie namentlich vorbestandene, eheliche Rechte, Rechte aus verwaltungsrechtlichen Verträgen und Konzessionsverhältnissen und Rechte aufgrund besonderer Zusicherungen im Rahmen eines Dienstverhältnisses. Weder der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch der Lehre wäre aber zu entnehmen, dass die (bisher) gebildeten Kategorien zwingend *abschliessend* zu verstehen sind. Dieser Schluss lässt sich namentlich nicht aus dem durch MÜLLER/SUTTER erwähnten Urteil des Bundesgerichts vom 10. April 1985 ziehen. Das Bundesgericht stellte in diesem Entscheid zwar klar, dass wohlerworbenen Rechten «eine

⁷⁹ MÜLLER/SUTTER, Gutachten, S. 17.

⁸⁰ MÜLLER/SUTTER, Gutachten, S. 17.

eigentliche Ausnahmestellung» zukommt und bei ihrer Anerkennung dementsprechend Zurückhaltung zu üben ist.⁸¹ Im konkreten Fall erwog es indes, verschiedene Gruppen wohlervorbener Rechte könnten «aufgrund je verschiedener Entstehungsarten *klar als solche qualifiziert werden*», darunter namentlich die in casu zu beurteilenden Rechte, die im Rahmen eines Konzessionsverhältnisses «aufgrund freier Vereinbarung der Parteien entstanden» sind. In *negativer* Hinsicht lässt sich dem Urteil nichts entnehmen.

- 45 Der hier interessierende Fall, in dem sich eine Verpflichtung in erster Linie aus der Zweckbestimmung des Kirchenguts ergibt und die Verpflichtung des Kantons aufgrund dieser Zweckbestimmung und nicht ein Anspruch einzelner Geistlicher, der Kirchengemeinden oder der Kirche im Vordergrund steht, ist bisher offenbar nicht entschieden worden. Im Hinblick auf solche, bisher nicht beurteilte Konstellationen können der bisherigen Praxis somit auch keine zwingenden Schlüsse entnommen werden. Wie das Gutachten MÜLLER / SUTTER zu Recht ausführt, hat das Bundesgericht – über die genannten herkömmlichen Kategorien wohlervorbener Rechte hinaus – vereinzelt weitere Ansprüche als wohlervorben qualifiziert.⁸² Insbesondere hat das Gericht gerade letzthin wiederum ausdrücklich anerkannt, dass wohlervorbene Rechte namentlich auch «auf historischen Titeln beruhende Rechte» sein können.⁸³

3.3 Historische Rechtstitel

- 46 Der Begriff «Rechtstitel» bezeichnet ganz allgemein den Rechtsgrund, auf den ein Anspruch oder ein anderes Recht zurückgeführt werden kann. «Historisch» ist ein solcher Rechtstitel, wenn er in rechtsgeschichtlicher Zeit, also vor dem Inkrafttreten der gegenwärtig geltenden Rechtsordnung, entstanden ist.⁸⁴ In meinem Gutachten wird als «historischer Rechtstitel» der «rechtliche Anlass» bezeichnet, «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».⁸⁵ Historische

⁸¹ BGer vom 10. April 1985, wiedergegeben in ZBl 1985 S. 498 E. 2b.

⁸² MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 13.

⁸³ BGE 132 II 485 E. 9.5 S. 513.

⁸⁴ SCHMID-TSCHIRREN, Säkularisation, S. 183.

⁸⁵ FRIEDERICH, Gutachten, S. 55.

Rechtstitel werden dabei nicht, wie vermutet,⁸⁶ als «selbstständige, anspruchsbegründende Kategorie» *neben* «den klassischen Rechtsquellen des öffentlichen Rechts (Verfügung, Vertrag, Rechtssatz etc.)» behandelt. Vielmehr sind «historische Rechtstitel» als Oberbegriff zu verstehen, der alle genannten «Rechtsquellen», aber möglicherweise auch noch andere «Entstehungsgründe» für Rechte oder Pflichten umfasst.

47 Ausgehend vom Grundsatz, dass nicht jeder Verpflichtung zwingend ein «deckungsgleicher» subjektiver Anspruch gegenübersteht (vorne Ziffer 3.1), kann ein Rechtstitel unter Umständen eine Verpflichtung statuieren, ohne ein genau entsprechendes subjektives Recht einzuräumen.⁸⁷ Dementsprechend werden Rechtstitel in der Verfassungs- und Gesetzgebung gelegentlich in erster Linie mit staatlichen Verpflichtungen und nicht mit entsprechenden subjektiven Ansprüchen in Verbindung gebracht. So sah die (heute nicht mehr geltende) Verfassung des eidgenössischen Standes Zürich vom 18. April 1869 in Art. 64 (in der Fassung vom 7. Juli 1963) vor, dass «die auf historischen Rechtstiteln beruhenden *Verpflichtungen* des Staates [...] gewahrt» bleiben. Von Bedeutung ist im vorliegenden Fall insbesondere, dass ein bestimmtes Vermögen mit einer verbindlichen Zweckbestimmung verbunden sein kann, was nach stiftungsrechtlichen Grundsätzen eine Verpflichtung zu begründen vermag (hinten Ziffer 4.2).

48 Aufgrund der Verwurzelung historischer Rechtstitel in «rechtsgeschichtlicher Zeit» ist die Frage, ob ein historischer Rechtstitel *entstanden* ist, nicht anhand der heute geltenden Rechtsordnung, sondern aufgrund des im fraglichen Zeitpunkt in Kraft stehenden Rechts zu beurteilen. Ein historischer Rechtstitel weist dementsprechend nicht zwingend die Form der heute üblichen «Verpflichtungsgründe» (Verfügung, Vertrag, Rechtssatz) auf. Zu den diesbezüglichen Ausführungen im Gutachten MÜLLER/SUTTER und insbesondere zur Auffassung, das geltende Verfassungsrecht kenne keine «konkrete (Global-)Anerkennung sämtlicher Rechtspositionen, die in einem bestimmten «vorkonstitutionellen» Sachverhalt – hier der Säkularisierung der Kirchengüter – gründen», ist

⁸⁶ MÜLLER/SUTTER, Gutachten, S. 9.

⁸⁷ Vgl. z.B. auch URS BROSI, Einführung in das Staatskirchenrecht der Schweiz, Luzern 2002 (Manuskript, vgl. auch http://www.unilu.ch/files/skript_stkr.pdf), S. 13, im Zusammenhang mit historischen Rechtstiteln auf Pfarrbesoldungen in den Kantonen Zürich und Bern: «Der Rechtstitel besagt nun also, dass der Staat – theoretisch aus den Erträgen des früheren Kirchenvermögens, faktisch aus der Staatskasse – die Pfarrer/-innen-Besoldung tragen muss.»

zu präzisieren, dass das geltende Verfassungsrecht für die *Entstehung* eines historischen Rechtstitels grundsätzlich nicht massgebend ist. Nach geltendem (Verfassungs-)Recht ist (nur) zu beurteilen, ob ein gestützt auf einen solchen Rechtstitel erhobener Anspruch *heute noch Bestand* hat. Kritisch einzuwenden ist zu diesen Ausführungen überdies, dass aus Art. 123 Abs. 3 KV in dieser Hinsicht kaum negative Schlüsse gezogen werden können. Mit dieser Bestimmung ist es zwar unbestrittenermassen dem Gesetzgeber überlassen, die Leistungen des Kantons im Einzelnen festzulegen; eine eigentliche «Abkehr» von der Vorstellung, der Kanton sei aufgrund historischer Rechtstitel in der Pflicht, lassen allerdings die Materialien nicht erkennen. Jedenfalls ging der Gesetzgeber kurze Zeit später anlässlich der Anpassung des Kirchengesetzes klarerweise von der Existenz solcher Rechtstitel aus (hinten Ziffer 5.4). Vor allem aber ist entscheidend, dass sich die Frage nach dem Fortbestand einer Besoldungspflicht in erster Linie nach dem *Bundesverfassungsrecht* und nicht nach der KV richtet.

4 Stiftungscharakter des Kirchenguts

4.1 Rechtsverhältnisse zu Beginn des 19. Jahrhunderts

49 Die Rechtsverhältnisse zu Beginn des 19. Jahrhunderts und in früherer Zeit sind an dieser Stelle nicht darzustellen. Dazu kann auf die vor kurzem erschienene Habilitationsschrift von CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN⁸⁸ und die umfangreiche weitere Literatur verwiesen werden, die darin und im Gutachten «Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen» angegeben wird. Von Bedeutung für die hier interessierende Frage nach einer Verpflichtung des Kantons zur Pfarrbesoldung ist das Folgende:

50 Das kirchliche Vermögen geht im Wesentlichen auf *Stiftungen* zurück, wobei das Vermögen nach den Grundsätzen des mittelalterlichen Eigenkirchenrechts zunächst wohl noch im Eigentum der Stifterinnen und Stifter verblieb. Unter dem späteren Patronatsrecht verselbstständigten sich die Pfrundstiftungen. Jedenfalls für die Zeit um 1800 ist weitgehend unbestritten, dass es sich um *rechtlich selbstständige Stiftungen*, d. h. um juristische Personen mit eigener Rechtspersönlichkeit, handelte.⁸⁹ Zu Beginn des

⁸⁸ SCHMID-TSCHIRREN, Säkularisation.

⁸⁹ FRIEDERICH, Gutachten, S. 112 ff.

19. Jahrhunderts stand das örtliche, dem Unterhalt der Geistlichen dienende Kirchengut demnach in der Regel im sachenrechtlichen Eigentum dieser Pfrundstiftungen. Dementsprechend bildeten die «Kirchengüter der einzelnen Kirchen [...] das selbstständige abgesonderte Kirchengut des hiesigen Kantons».⁹⁰ Vereinzelt wurde die Auffassung vertreten, Eigentümerinnen des örtlichen Kirchenguts im sachenrechtlichen Sinn seien die Kirchgemeinden gewesen.⁹¹

- 51 Unabhängig von der Frage der rechtlichen Selbstständigkeit der Pfrundstiftungen war unbestritten, dass das örtliche Kirchengut *zweckgebundenes Vermögen* war, das nur für kirchliche Zwecke, namentlich für den Unterhalt der Geistlichen, verwendet und im Übrigen nicht angetastet werden durfte.⁹² Das kirchliche Vermögen war auch nach der Reformation durch die Regierung «fortwährend als eine eigene Stiftung anerkannt», über welche «die Regierung nicht willkürlich verfügen durfte».⁹³ Die Pfründen waren «bleibende und unantastbare kirchliche Stiftungen».⁹⁴

4.2 Stiftungsrecht

4.2.1 Erscheinungsformen von Stiftungen

- 52 Das Bundeszivilrecht regelt die privatrechtliche Stiftung – als einzige juristische Person des Privatrechts in anstaltlicher Form – in den Art. 80 ff.

⁹⁰ FRIEDRICH STETTLER, Staats- und Rechtsgeschichte des Kantons Bern. Von den ältesten geschichtlichen Zeiten bis zur Einführung der Verfassung vom Juli 1831, Bern 1845, S. 146.

⁹¹ KARL HEUBERGER, Die aargauischen Pfrundgüter und ihre Herausgabe an die Kirchgemeinden, Aarau 1909, S. 6: «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 missiger. 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.»»

⁹² BEAT WEBER, Die kirchliche Autonomie in der Entwicklung der bernischen Kirchengesetzgebung der Jahre 1804–1874, Bern 1948, S. 41.

⁹³ JOHANN PETER ROMANG, Beiträge zur Beleuchtung der rechtlichen Stellung der reformierten Kirche im Kanton Bern, Bern 1836, S. 29.

⁹⁴ RUDOLF WYSS, Die Rechte der evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Bern, Bern / Zürich 1847, S. 17.

ZGB.⁹⁵ Neben der «Grundform» der Stiftung bestehen die Sonderformen der Familienstiftung und der kirchlichen Stiftung (Art. 87 ZGB) sowie der Personalfürsorgestiftung (Art. 89a ZGB).

- 53 Als weitere, gesetzlich nicht geregelte Sonderform gilt die unselbstständige Stiftung, gelegentlich auch fiduziarische Stiftung genannt.⁹⁶ Unselbstständige Stiftungen existieren in verschiedenen Erscheinungsformen. Sie können durch Schenkungen unter Auflage, Zweckschenkungen oder Sammelvermögen, gemischte Schenkungen, Verfügungen von Todes wegen unter Auflage oder Aufträge mit Einschluss fiduziarischer Verträge begründet werden.⁹⁷ In der Regel wird die Empfängerin oder der Empfänger – in der Praxis oft ein Gemeinwesen⁹⁸ – mittels Auflage verpflichtet, das zugewendete Vermögen oder dessen Ertrag für einen bestimmten Zweck zu verwenden. Das entsprechende Rechtsgeschäft kann unterschiedlicher Natur sein und muss namentlich nach der Lehre nicht unbedingt in einem «zweiseitigen Vertrag» bestehen. «Stiftungsbegründende» Auflagen

«kommen nicht nur bei einer einzigen, bestimmten Art von Rechtsgeschäften vor, und demzufolge kann man auch nicht von dem Rechtsgeschäft, das den unselbstständigen Stiftungen zugrunde liegt, sprechen».⁹⁹

4.2.2 Stiftungsrechtliche Grundsätze nach Art. 80 ff. ZGB

- 54 Die privatrechtliche Stiftung entsteht durch die *Widmung eines Vermögens für einen besonderen Zweck* (Art. 80 ZGB). Sie wird errichtet durch öffentliche Urkunde oder letztwillige Verfügung und Eintragung in das Han-

⁹⁵ Für öffentlichrechtliche Stiftungen gilt das anwendbare öffentliche Recht. Beispiel einer öffentlichrechtlichen Stiftung des Bundes ist die Stiftung Pro Helvetia nach Art. 31 ff. des Bundesgesetzes vom 11. Dezember 2009 über die Kulturförderung (Kulturförderungsgesetz, KFG; SR 442.1). Ein allgemeines «öffentliches Stiftungsrecht» besteht nicht. Im Kanton Bern werden juristische Personen in «anstaltlicher Grundform» in der Regel als Anstalten und nicht als öffentlichrechtliche Stiftungen bezeichnet und geregelt, so im Gemeinderecht in den Art. 65 und 66 des Gemeindegesetzes vom 16. März 1998 (GG; BSG 170.11). Eine kommunale Anstalt nach diesen Bestimmungen wird im GG als «Gemeindeunternehmen» bezeichnet.

⁹⁶ NINA LOREA BECKMANN, Die unselbständige, nichtrechtsfähige Stiftung, in: Rupert Graf Strachwitz / Florian Mercker (Hrsg.), Stiftungen in Theorie, Recht und Praxis. Handbuch für ein modernes Stiftungswesen, Berlin 2005, S.220 ff., 220; HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar, 3. Abteilung, 3. Teilband: Die Stiftungen. Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80–89bis ZGB, Bern 1981, S.263 ff.

⁹⁷ RIEMER, Stiftungen, S.266 ff.

⁹⁸ RIEMER, Stiftungen, S.267.

⁹⁹ RIEMER, Stiftungen, S.266 f.

delsregister (Art. 81 Abs. 1 und 2 ZGB). Zweck und Organisation gemäss Stiftungsurkunde sind grundsätzlich unveränderlich. Die zuständige Behörde (nicht die Stiftung selbst) kann den Stiftungszweck 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 sich eine Zweckänderung aus diesen Gründen «gebietend aufdrängt».¹⁰⁰ Die Organisation gemäss Stiftungsurkunde kann durch die zuständige Behörde geändert werden, «wenn die Erhaltung des Vermögens oder die Wahrung des Stiftungszwecks die Änderung dringend erfordert» (Art. 85 ZGB).

55 Aus Art. 85 ZGB geht hervor, dass die Stiftung ihren Zweck nach den Vorstellungen des Gesetzgebers grundsätzlich mit dem *Ertrag* des Stiftungsvermögens verfolgt. Dementsprechend verlangt die Praxis für die Errichtung der Stiftung auch ein minimales Stiftungskapital. Rechtlich zwingend sind die Beschränkung der Ausgaben auf den Vermögensertrag und damit die Wahrung des Stiftungsvermögens allerdings nicht. In der Praxis bestehen zahlreiche Stiftungen, etwa im Bereich der Kultur oder der stationären Altersbetreuung, die im Wesentlichen durch Beiträge Dritter und nicht durch den Ertrag des Stiftungsvermögens finanziert werden.

56 Bezeichnend für die Stiftung ist aufgrund der strengen Vorgaben in Art. 85 und 86 ZGB die *Starrheit von Zweck und Organisation*. Die Stiftung kann sich auch nicht selbst auflösen. Sie wird durch die zuständige Behörde oder ein Gericht aufgehoben, wenn ihr Zweck unerreichbar, widerrechtlich oder unsittlich geworden ist (Art. 88 ZGB). Die Stiftungsorgane haben «dienende» Funktion: Sie entscheiden nicht, wie die Organe von Körperschaften, «souverän» über Änderungen des Zwecks oder der Organisation, sondern müssen im Wesentlichen den ursprünglichen Stifterwillen mit den vorhandenen Vermögensmitteln ausführen. Eine «stiftungseigene Willensbildung» ist immer nur im Rahmen der statutarischen Vorgaben möglich. Die Stiftung gilt deshalb als «starres, unbewegliches, dem Fortschritt verschlossenes Gebilde». Ihre Organe «können das Wesen, den Zweck, die Gestalt der Stiftung nicht ändern».¹⁰¹

¹⁰⁰ RIEMER, Stiftungen, S. 284.

¹⁰¹ PETER TUOR / BERNHARD SCHNYDER / JÖRG SCHMID, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Auflage, Zürich 1995, S. 148.

57 Eine Stiftung wird dementsprechend für unbestimmte Zeit, gewissermassen «für die Ewigkeit», errichtet, soweit das Stiftungskapital selbst nicht für den vorgesehenen Zweck verwendet wird. Die *Dauerhaftigkeit* gilt als konstitutives Element des Stiftungsbegriffs.¹⁰² Die Wahrung des Stiftungszwecks gehört zu den «zwingenden Komponenten» des Stiftungsbegriffs.¹⁰³

4.2.3 Unselbstständige Stiftungen

58 Unselbstständige oder fiduziarische Stiftungen sind «genau wie eine rechtsfähige Stiftung [...] durch die Dauerhaftigkeit des verfolgten Zweckes, das Fehlen einer verbandsmässigen Struktur und eine Vermögensübertragung gekennzeichnet».¹⁰⁴ Auf sie findet das Stiftungsrecht nach Art. 80 ff. ZGB mindestens sinngemäss Anwendung.¹⁰⁵ Stiftungsrechtliche Grundsätze gelten namentlich für Zweckänderungen (Art. 86 ZGB).¹⁰⁶ Dies gilt nach der Gemeindegesetzgebung des Kantons Bern im Besonderen für zweckbestimmte Zuwendungen Dritter bzw. so genannte verwaltete unselbstständige Stiftungen nach Art. 92 ff. der Gemeindeverordnung vom 16. Dezember 1998 (GV)¹⁰⁷, die zwingend im Rahmen der Zweckbestimmung zu verwenden sind (Art. 92 Abs. 1 GV). Zweckänderungen sind nach Art. 93 GV nur nach stiftungsrechtlichen Grundsätzen, d. h. unter den Voraussetzungen von Art. 86 ZGB, möglich.¹⁰⁸

¹⁰² ACHIM WESTEBBE, Die Stiftungstreuhand. Eine Untersuchung des Privatrechts der unselbstständigen gemeinnützigen Stiftung mit rechtsvergleichenden Hinweisen auf den charitable trust, Baden-Baden 1993, S. 35.

¹⁰³ DOMINIQUE JAKOB, Schutz der Stiftung. Die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen, Tübingen 2006, gelangt auf S. 540 zu folgendem Ergebnis: «Der Stiftungsbegriff setzt sich auch heute zusammen aus der Trias Zweck, Vermögen und Organisation. Diese Bestandteile können variieren und – versteht man die Stiftung als Typusbegriff – auch in jeweils unterschiedlicher Intensität ausgeprägt sein. Verzichtbar ist allerdings keiner vor ihnen, und auch eine allzu funktionale Interpretationsweise kann diesen Stiftungsbegriff in Gefahr bringen und gegebenenfalls sprengen. Ist man sich einig, dass der Stiftungsbegriff aus drei zwingenden Komponenten besteht, müssen alle diese drei geschützt werden. Dabei hat sich der Zweck als Schutzziel, das Vermögen als Schutzgegenstand und die Organisation als Schutzmittel herausgestellt.»

¹⁰⁴ BECKMANN, Stiftung, S. 220.

¹⁰⁵ RIEMER, Stiftungen, S. 278 ff.

¹⁰⁶ RIEMER, Stiftungen, S. 281 f.

¹⁰⁷ BSG 170.111.

¹⁰⁸ UELI FRIEDERICH, Gemeinderecht, in: Markus Müller / Reto Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, Bern 2008, S. 133 ff. N 204.

4.3 Bedeutung für die Übernahme von Kirchengut durch den Kanton

59 Das Stiftungsrecht nach Art. 80 ff. ZGB stand um 1804 noch nicht in Kraft. Dennoch ist davon auszugehen, dass zu diesem Zeitpunkt vergleichbare stiftungsrechtliche Grundsätze galten. Jedenfalls war und ist soweit ersichtlich unbestritten, dass die Zweckbestimmung kirchlicher Vermögenswerte als unabänderlich galt.

60 Das Verhältnis des Kantons zur «Kirche» (der um 1804 noch keine Rechtspersönlichkeit zukam) oder zur «Geistlichkeit» war wohl auch im Kanton Bern mindestens teilweise durch öffentliches Recht geprägt.¹⁰⁹ Die Übernahme von Patronaten (die regelrecht «gehandelt» worden waren)¹¹⁰ und vor allem die Übernahme der vor 1804 im Eigentum der Pfrundstiftungen stehenden Vermögenswerte durch den Kanton (der im Ergebnis sachenrechtlicher Eigentümer wurde) stellten jedenfalls nach damaliger Anschauung hingegen *privatrechtliche Akte* dar. Der Kanton Bern wurde damit – wie dies ERNST MOOR für den Kanton Zürich festhält – mit der Übernahme von Patronaten und kirchlichen Gütern

«zum Träger ausgedehnter privatrechtlicher Verpflichtungen. Er hatte diese wie jedes private Rechtssubjekt zu beachten; die einmal errichteten, «brief und sigel» durfte er, wenn sie in seinen Besitz gelangten, nicht zerreißen».¹¹¹

61 Mit der Aufhebung der Pfrundstiftungen als rechtlich selbstständige Stiftungen, der Übernahme des kirchlichen Vermögens zu Eigentum und der Vermengung dieses Vermögens mit dem allgemeinen Staatsvermögen wurde der Kanton *Rechtsnachfolger* der Pfrundstiftungen. Er übernahm dementsprechend nach den Grundsätzen der Rechtsnachfolge die diesen Stiftungen obliegenden Verpflichtungen.¹¹² Begründen liesse sich die Übernahme der Verpflichtungen auch mit den für die unselbstständigen Stiftungen geltenden Grundsätzen (vorne Ziffer 4.2.3) so, dass der Kanton Vermögen mit der Auflage übernommen hat, dies für bestimmte Zwecke einzusetzen.

¹⁰⁹ Aufschlussreich zur Unterscheidung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Verhältnisse im Kanton Zürich MOOR, Unterhaltspflicht, S. 129 ff.

¹¹⁰ FRIEDERICH, Gutachten, S. 85 ff.

¹¹¹ MOOR, Unterhaltspflicht, S. 153.

¹¹² FRIEDERICH, Gutachten, S. 161 ff.; vgl. insbesondere die Hinweise auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts auf S. 163.

62 Dementsprechend misst das Gutachten «Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen» dem Stiftungscharakter des Kirchenguts und der Zweckbestimmung dieser Vermögen entscheidende Bedeutung für die Begründung einer Verpflichtung des Kantons zur Pfarrbesoldung bei. Diese Verpflichtung wird im Gutachten zusammenfassend wie folgt begründet:

«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 präzierte die Staatsleistungen, welche 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*.»¹¹³

5 Das Dekret vom 7. Mai 1804

5.1 Allgemeines

63 Das Gutachten MÜLLER / SUTTER beginnt die Auseinandersetzung mit den Überlegungen im Gutachten «Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen» wie erwähnt mit dem Dekret vom 7. Mai 1804. Zu den erwähnten stiftungsrechtlichen Aspekten äussert es sich nicht. Es beschränkt sich auf den Hinweis, dass der Nachweis eines Rechtstitels aufgrund des staatlichen Erwerbs von Patronaten ähnliche Schwierigkeiten bereiten dürfte wie ein Nachweis im Zusammenhang mit dem Dekret (für welches zu bezweifeln sei, dass sich ein Entschädigungsanspruch auf der Grundlage eines Vertrags oder eines andern Rechtstitels nachweisen lässt).¹¹⁴

¹¹³ FRIEDERICH, Gutachten, S. 175; Hervorhebungen im Original.

¹¹⁴ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 27.

- 64 Wie dem vorne unter Ziffer 4.3 wiedergegebenen Zitat zu entnehmen ist, kommt dem Dekret als solchem nach meiner Beurteilung eine Bedeutung zu, die als deklaratorisch bezeichnet werden könnte. Eigentlicher Grund für die Verpflichtung des Kantons ist der Umstand, dass der Kanton die zweckbestimmten Vermögenswerte der Pfrundstiftungen zu Eigentum übernommen hat («*Zunächst und im wesentlichen* übernahm der Staat die Pflicht als Rechtsnachfolger der Pfrundstiftungen und als neuer Eigentümer des Kirchenguts»). Das Dekret war lediglich die *Form* bzw. «gesetzgeberischer Anlass» der Übernahme. Es statuierte «grundsätzlich keine über die genannten hinausgehenden Pflichten, sondern bekräftigte und präziserte die Staatsleistungen, welche der Kanton als Rechtsnachfolger der Pfrundstiftungen und als Patron zu erfüllen hatte».
- 65 Eine Verpflichtung des Kantons besteht nach meiner Beurteilung dementsprechend *grundsätzlich unabhängig vom Dekret selbst*. Dem Dekret wird in meinem Gutachten dennoch einige Bedeutung zugemessen, weil es nicht nur als «blosses, jederzeit widerrufliches Gesetz, sondern ein vertragsähnliches Gebilde» gelten könne, das «eine qualifizierte, verbindliche Zusicherung einer künftigen Leistung an die ‹Geistlichkeit› enthielt». Das Gutachten MÜLLER/SUTTER verneint sowohl einen vertragsähnlichen Charakter des Dekrets als auch das Vorliegen einer hinreichend klaren und verdichteten Zusicherung betreffend die andauernde künftige Besoldung der Geistlichen.

5.2 Vertragsähnlichkeit des Dekrets?

- 66 MÜLLER/SUTTER erachten es als mindestens zweifelhaft, dass das Dekret vom 7. Mai 1804 «über einen vertragsähnlichen Charakter verfügt», weil zum damaligen Zeitpunkt nicht zwei unabhängige, d. h. voneinander zu unterscheidende (Vertrags-)Parteien bestanden.¹¹⁵ Höchst umstritten sei überdies, ob ein derart mit dem Staat verbundenes «Subjekt» überhaupt als Grundrechtsträgerin in Frage komme.
- 67 Ausser Frage steht zunächst, dass weder «die Geistlichkeit» noch «die Kirche» im Jahr 1804 über Rechtspersönlichkeit in dem Sinn verfügte, dass sie als eigenständige juristische Person qualifiziert werden könnte. Die «Kirche» war im Jahr 1804 kein vom Staat zu unterscheidendes besonderes Rechtssubjekt, womit dem Dekret vom 7. Mai 1804 *kein vertraglicher*

¹¹⁵ MÜLLER/SUTTER, Gutachten, S. 21 f.

Charakter im eigentlichen Sinn zukommt. Das Dekret weist auch nach meiner Beurteilung im Gutachten «Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen» vielmehr «vorwiegend die Merkmale eines staatlichen Hoheitsakts auf» und ist «nach seiner Form ohne Zweifel ein einseitig erlassenes staatliches Gesetz», enthält aber «eine Reihe vertraglicher Elemente», womit ihm immerhin ein «vertragsähnlicher Charakter» zuzubilligen ist.¹¹⁶

68 Für die Qualifikation des Dekrets als «vertragsähnlicher» Akt lassen sich einige Gründe anführen. Vorweg sei betont, dass das Adjektiv «vertragsähnlich» klarerweise bedeutet, dass eben gerade nicht von einem tatsächlichen Vertragsverhältnis ausgegangen werden kann; die mangelnde Rechtspersönlichkeit «der Kirche» oder «der Geistlichkeit» kann dementsprechend für die Beurteilung der *Vertragsähnlichkeit* nicht entscheidend sein. Bereits aus dem Normtext des Dekrets selbst geht hervor, dass der Erlass «auf Wunsch der Geistlichkeit» ergangen ist (§ 1). In einem späteren Vortrag einer regierungsrätlichen Kommission aus dem Jahr 1837 wird zur Situation um 1804 ausgeführt, die Verwaltung des Kirchenguts und die Pflicht zur Besoldung der Geistlichen sei nicht auf einseitige staatliche Initiative, sondern «infolge von Unterhandlungen mit der Geistlichkeit» an den Kanton übergegangen.¹¹⁷ Tatsächlich zeigt die Entstehungsgeschichte, dass die Geistlichkeit, die auf die Erträge der Pfrundstiftungen verzichtete, bei der Vorbereitung des Dekrets mitwirkte.¹¹⁸ Der Kanton betrachtete offenbar die Dekane «zur Erleichterung der Verhandlung» auch ohne förmlich beschlossenes Mandat «als bevollmächtigte Repräsentanten der ganzen Geistlichkeit».¹¹⁹ Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass «die Geistlichkeit», die in diesen Verhandlungen ihre eigenen Interessen organisiert vertrat, jedenfalls *de facto* wie eine rechtlich selbstständige Partei und damit «ähnlich» wie eine Partei auftrat, was das Attribut der «Vertragsähnlichkeit» m. E. rechtfertigt.

69 In rechtlicher Hinsicht ist die Frage, ob das Dekret wirklich als «vertragsähnlich» zu qualifizieren ist oder nicht, letztlich nicht von entscheidender Bedeutung. Rechte aus vertraglichen oder vertragsähnlichen Verhältnissen sind wie erwähnt nur *eine* mögliche Kategorie wohlervorbener Rechte (vorne Ziffer 3.2). Dazu kommt, dass eine Verpflichtung des Kantons nach

¹¹⁶ FRIEDERICH, Gutachten, S. 173.

¹¹⁷ Vortrag für Reform des Finanz-, Armen und Gemeindetellwesens, S. 40.

¹¹⁸ FRIEDERICH, Gutachten, S. 120 ff.

¹¹⁹ ROMANG, Beiträge, S. 33.

hier vertretener Ansicht nicht einzig mit dem Nachweis eines wohlerworbenen Rechts begründet werden kann (vorne Ziffer 3.1). Schliesslich ist die *Entstehung* eines rechtshistorischen Rechtstitels wie dargelegt nicht nach heute geltendem Recht, sondern nach den zum betreffenden Zeitpunkt in Kraft stehenden Recht zu beurteilen. Dementsprechend sind Folgerungen aufgrund der heutigen Rechtslage «mit gewisser Vorsicht zu geniessen». Ist schon im geltenden Recht angesichts der tatsächlichen Vielfalt mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakte formalen Unterscheidungen «jede Absolutheit abzusprechen» und ist namentlich ein «schroffes Festhalten an der tradierten Antithese Vertrag-Verfügung [...] nicht geeignet, den Weg zur funktionsadäquaten rechtlichen Verfassung solcher Akte zu öffnen»,¹²⁰ gilt dies noch vielmehr für Vorgänge in rechtsgeschichtlicher Zeit.

- 70 Ob *heute* ein subjektiver, gerichtlich durchsetzbarer *Anspruch* als Korrelat zu einer Verpflichtung des Kantons begründet werden kann, ist demgegenüber nach geltendem Recht zu beurteilen. Im Gutachten werden als anspruchsberechtigte Subjekte die Landeskirche oder die Kirchgemeinden zur Diskussion gestellt.¹²¹ Diesen kommt heute unbestrittenemassen Rechtspersönlichkeit zu (Art. 107 Abs. 1 und 2 Bst. d, Art. 121 Abs. 2 KV). Die (heikle) Frage nach der Möglichkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts, sich auf Grundrechte zu berufen, kann an dieser Stelle nicht abschliessend behandelt werden. Immerhin sei darauf verwiesen, dass gute Gründe für diese Möglichkeit sprechen, wenn «genuin religiöse» Fragen oder Fragen im Spiel sind, die mit Auftrag und Existenz der kirchlichen Körperschaft direkt verbunden sind.¹²² Mögliche Anknüpfungspunkte wären auch die Betroffenheit «wie ein Privater»¹²³ oder die Autonomie der Landeskirchen in Bezug auf die Vermögensverwaltung, die nach gesetzlicher Vorschrift eine «innere» kirchliche Angelegenheit darstellt (Art. 3 Abs. 1 KG).

¹²⁰ PETER SALADIN, Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht, ZSR 1975 II S. 307 ff., 324.

¹²¹ FRIEDERICH, Gutachten, S. 226 ff.

¹²² FRIEDERICH, Kirchen und Glaubensgemeinschaften, S. 439 ff., insb. S. 465 ff.

¹²³ BGE 112 Ia 356 E. 5a S. 363 f.

5.3 Inhalt des Dekrets

5.3.1 Argumentation im Gutachten MÜLLER / SUTTER

71 Dem Dekret kann nach MÜLLER / SUTTER keine verbindliche, ein wohlerworbenes Recht begründende Zusicherung entnommen werden, wie sie das Bundesgericht gelegentlich im Bereich des öffentlichen Dienstrechts bejaht hat. Eine solche qualifizierte Zusicherung sei

«im Dekret vom 7. Mai 1804 nicht zu erkennen. Allenfalls liesse sich für die damals im Amt stehenden Geistlichen begründen, diesen sei ein – ziffernmässig bestimmter bzw. ein minimaler Besoldungsanspruch im erwähnten Sinn zugesichert worden und begründe deshalb ein wohlerworbenes Recht. Hingegen *fehlt* im Gesetz – auch unter Berücksichtigung von Materialien und allgemeiner Entstehungsgeschichte – eine klare, verdichtete Zusicherung für eine *andauernde* (zeitlich unbefristete) *Besoldungspflicht*, die insbesondere auch (unbeschränkt) zukünftige (Pfarr-)Personen erfassen sollte».¹²⁴

72 Auch späteren behördlichen Akten lasse sich keine hinreichend qualifizierte entsprechende Zusicherung entnehmen.

5.3.2 Methodischer Hinweis: Zur Auslegung des Dekrets

73 Was dem Dekret in inhaltlicher Hinsicht entnommen werden kann oder muss, ist – wie immer – nach anerkannten Grundsätzen juristischer Interpretation zu entscheiden. Auslegung ist – so AXEL TSCHENTSCHER in seinen «Grundprinzipien des Rechts» – nicht etwa eine «Reparaturmassnahme für Sondersituationen, sondern ein in jedem Fall nötiger Vorgang innerhalb der Rechtsanwendung».¹²⁵ Dies gilt auch dann, wenn die in Frage stehende Norm, vordergründig betrachtet, klar erscheint, denn selbst eine sprachlich einwandfreie Aussage bedarf «noch der Deutung auf ihren Rechtssinn», und es muss immer «einleuchtend dargetan werden können, dass dem klaren Sprachsinne ein ebenso eindeutiger Rechtssinn zur Seite steht».¹²⁶

74 Für die Auslegung von Erlassen gilt anerkanntermassen ein «Methodenpluralismus». Zum «Kanon der Auslegungsmittel»¹²⁷ rechnen Praxis

¹²⁴ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 25.

¹²⁵ AXEL TSCHENTSCHER, Grundprinzipien des Rechts. Einführung in die Rechtswissenschaft mit Beispielen aus dem schweizerischen Recht, Bern 2003, S. 106.

¹²⁶ FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 135.

¹²⁷ TSCHENTSCHER, Grundprinzipien des Rechts, S. 108.

und Lehre die grammatikalische, systematische, historische und teleologische Auslegung:

- Die *grammatikalische Auslegung* geht vom Wortlaut einer Vorschrift aus. Massgebend ist grundsätzlich der allgemeine, übliche Sprachgebrauch,¹²⁸ d. h. die Frage, wie Normen und Begriffe vernünftigerweise verstanden werden dürfen.
- Die *systematische Auslegung* berücksichtigt weitere Bestimmungen des betreffenden Erlasses,¹²⁹ aber auch den Zusammenhang einer Regelung mit weiteren Vorschriften und letztlich mit der gesamten Rechtsordnung.¹³⁰
- Die *historische Auslegung* stellt ab auf den Willen des historischen Gesetzgebers, wie er in den Materialien zur Entstehungsgeschichte zum Ausdruck kommt.¹³¹
- Die *teleologische Auslegung* einer Norm stellt auf Sinn und Zweck (telos) der konkreten Regel und des in Frage stehenden Erlasses ab, wie er sich aus Programm- oder Zielformulierungen im Erlass selbst,¹³² aber auch etwa aus Äusserungen im Gesetzgebungsprozess,¹³³ ergeben kann.

75 Die einzelnen Gesichtspunkte gelten als gleichwertig, d. h., keines der genannten Elemente kommt ausschliesslich oder vorrangig zur Anwendung.¹³⁴ Ausgangspunkt der Auslegung ist stets die grammatikalische Methode, also der *Wortlaut einer Vorschrift*.¹³⁵ Für die grammatikalische Auslegung gilt das Vertrauensprinzip.¹³⁶ Massgebend sind nicht die subjektiven Vorstellungen des historischen Gesetzgebers, sondern der objektive Sinn eines Rechtssatzes¹³⁷ und die Bedeutung «que ses destinataires peuvent objectivement et raisonnablement lui attribuer»,¹³⁸ also «das Ver-

¹²⁸ BGE 107 Ia 112 E. 2b S. 115; 103 Ia 288 E. 2b S. 290; RENÉ A. RHINOW / BEAT KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung. Ergänzungsband, Basel / Frankfurt a. M. 1990, S. 66.

¹²⁹ GYGI, Verwaltungsrecht, S. 139 f.

¹³⁰ PETER FORSTMOSER / WALTER R. SCHLUEP, Einführung in die Rechtswissenschaft, Band I: Einführung in das Recht, Bern 1992, S. 437.

¹³¹ GYGI, Verwaltungsrecht, S. 139.

¹³² GYGI, Verwaltungsrecht, S. 140.

¹³³ FORSTMOSER / SCHLUEP, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 438 f.

¹³⁴ VGE 18838 vom 2. August 1993, E. 2b, wiedergegeben in BVR 1994 S. 361 f.

¹³⁵ BGE 114 Ia 25 E. 3c S. 28; GYGI, Verwaltungsrecht, S. 134 f.; FORSTMOSER / SCHLUEP, Einführung, S. 435, 444.

¹³⁶ RHINOW / KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, S. 59.

¹³⁷ FORSTMOSER / SCHLUEP, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 430.

¹³⁸ BGE 112 Ia 116 E. a S. 118.

ständnis eines idealtypischen Adressaten, des «reasonable man», des vernünftigen und korrekten Bürgers, der eine Rechtsnorm und ihr Umfeld unvoreingenommen betrachtet». ¹³⁹

- 76 Der Wortlaut ist allerdings nicht unbedingt die Grenze zulässiger Auslegung. Die Auslegung darf oder muss sogar vom an sich klar scheinenden Wortlaut abweichen, sofern triftige Gründe dafür bestehen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. ¹⁴⁰ Für ein solches Abweichen gelten aber grundsätzlich strenge Anforderungen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss ein Gesetz

«in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Auszurichten ist die Auslegung auf die ratio legis, die zu ermitteln dem Gericht bzw. dem zur Entscheidung berufenen Organ allerdings nicht nach ihren eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach den Vorgaben des Gesetzgebers aufgegeben ist». ¹⁴¹

- 77 Ziel jeder Auslegung ist immer die Ermittlung des «wahren Sinns» einer Aussage ¹⁴² oder, so das Bundesgericht, «die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis». ¹⁴³ Noch anders gesagt: «Es geht darum, zu verstehen, was der Gesetzgeber (i.w.S.) mit einer Norm gemeint und gewollt hat.» ¹⁴⁴

5.3.3 Anordnungen des Dekrets im Allgemeinen

- 78 Zur sachenrechtlichen Situation und namentlich zur Frage, ob der Kanton das Kirchengut zu Eigentum übernehmen sollte, lässt sich dem Wortlaut des Dekrets vom 7. Mai 1804 nichts entnehmen. Das Dekret regelt gemäss Ziffer 1 die «Verwaltung des Kirchen-Guts und Besoldung der Geistlichkeit» und bestimmt in § 1, dass der Staat «nach dem Wunsch der Geistlichkeit die Beziehung und Verwaltung aller derselben urbarisirten Einkünfte» übernimmt und im Gegenzug unter Vorbehalt von § 6 «sammtlichen von der Regierung besoldeten Geistlichen mit Inbegriff der vormaligen obrigkeitlichen Beyschüsse alljährlich zu ihrer Besoldung [...] die Summe der Liv. 275 000» ausrichten wird.

¹³⁹ FORSTMOSER / SCHLUEP, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1992, S. 430.

¹⁴⁰ GYGI, Verwaltungsrecht, S. 134.

¹⁴¹ BGE 128 I 34 E. 3b S. 40 f.

¹⁴² FORSTMOSER / SCHLUEP, Einführung, S. 427, 429.

¹⁴³ BGE 129 III 335 E. 4 S. 340.

¹⁴⁴ PETER SALADIN, Die Würde der Kreatur, in: DERS., die Kunst der Verfassungserneuerung. Schriften zur Verfassungsreform 1968-1996, Basel / Frankfurt a. M. 1998, S. 291 ff., 315.

79 Die §§ 2–6 regeln Einzelheiten und weitere Leistungen, darunter den Gebäudeunterhalt (§ 4) und Naturalbezüge (§§ 2, 3, 6). § 7 legt die (vierteljährliche) Auszahlung an die einzelnen Geistlichen und deren Modalitäten fest (2/3 in Dinkel, 1/3 in Geld). Die §§ 9–11 regeln die künftige Besetzung von Pfarrstellen und damit zusammenhängende Fragen. Das Dekret trat rückwirkend auf den 1. Januar 1804 in Kraft (§ 12). Eine zeitliche Befristung sieht es nicht vor.

5.3.4 Besoldung der Geistlichen aus dem Ertrag des Kirchenguts

80 Wie aus der Wendung «Beziehung und Verwaltung aller derselben urbanisirten *Einkünfte*» hervorgeht, sollte die Besoldung der Geistlichen aus den *Erträgen* des kirchlichen Vermögens finanziert werden. Die Besoldung erfolgte mithin, wirtschaftlich betrachtet, zwar «durch den Staat, aber nicht aus staatlichen Mitteln, sondern aus dem der Kirche «eigentümlich zustehenden Gute»». ¹⁴⁵ Dies entsprach der damaligen Vorstellung, dass die Substanz des Kirchenguts nicht angetastet werden durfte. Die jährlich auszurichtende Summe von 275 000 Livres entsprach offenbar tatsächlich dem Ertragswert des übernommenen Kirchenguts. ¹⁴⁶ Aus der Entstehungsgeschichte des Dekrets ¹⁴⁷ geht hervor, dass diesem Ertragswert einige Bedeutung zugemessen wurde und der Wert offenbar mit einigem Aufwand ermittelt wurde. Das Geschäft musste unter anderem verschoben werden, weil «die wesentlichen Data und Berechnungen über diesen wichtigen Gegenstand noch nicht haben zur Hand gebracht werden können». ¹⁴⁸

5.3.5 Fehlende (hinreichend bestimmte) Zusicherung einer andauernden Besoldung?

81 Die Anordnungen des Dekrets sollten (rückwirkend) «von dem 1sten Jenner 1804 ihren Anfang nehmen». Zur zeitlichen Geltung enthält das Dekret weder eine explizite positive noch eine negative Bestimmung. Ent-

¹⁴⁵ SCHMID-TSCHIRREN, *Säkularisation*, S. 192, mit Hinweis auf ältere Autoren.

¹⁴⁶ SCHMID-TSCHIRREN, *Säkularisation*, S. 193. Vgl. auch RUDOLF WYSS, *Die Rechte der evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Bern, welche der §. 80 der Staatsverfassung gewährleistet*, Bern 1847, S. 36: Der Staat bezahlte «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 Corpusbeschüsse, selbst an Pfarreinkünften einnahm.»

¹⁴⁷ Vgl. FRIEDERICH, *Gutachten*, S. 120 ff.

¹⁴⁸ Protokoll des Grossen Rats vom 30. Dezember 1803, Akten Staatsarchiv A VII 4001, S. 291 f., 292.

gegen der im Gutachten MÜLLER / SUTTER vertretenen Auffassung lässt sich dem Dekret nach meiner Beurteilung durchaus die verbindliche Zusicherung der Besoldung auf unbestimmt lange Zeit entnehmen:

- 82 Das Dekret regelt wie erwähnt nicht nur die Besoldungen, sondern unter Ziffer II mit dem Titel «Wahlart» auch die künftige Besetzung von Pfarrstellen. Schon der enge Zusammenhang dieser beiden Regelungen (systematische Auslegung) verbietet die Annahme, die Regelungen über die Besoldungen und die entsprechenden Zusicherungen seien, wie im Gutachten MÜLLER / SUTTER angenommen, auf «die damals im Amt stehenden Geistlichen» beschränkt.¹⁴⁹ Für eine unbestimmt lange Geltungsdauer spricht auch die Formulierung in § 1, wonach der Staat die Besoldungen gemäss Dekret «alljährlich» ausrichtet. Auch weitere massgebliche Äusserungen im Zusammenhang mit dem Dekret sprechen für die Annahme, dass eine Regelung auf (unbestimmt) lange Dauer getroffen werden sollte. Das durch die Regierung im Jahr 1831 erstellte «Verzeichniss der Kirchengüter dessen Bezug und Verwaltung die Regierung des Cantons Bern durch das Dekret vom 7. May 1804 übernommen hat» sollte nachträglich ausweisen, welche Vermögenswerte gestützt auf das Dekret übernommen worden waren.¹⁵⁰ Seine Errichtung wurde in der Einleitung mit dem Anliegen begründet, dass «*man zu allen Zeiten wisse, wie hoch das im Jahre 1804 der Verwaltung des Staates übertragene Kirchengut sich belaufen habe*».¹⁵¹ Schliesslich – und vor allem – kann unter dem Gesichtswinkel des Vertrauensprinzips nicht unbeachtlich bleiben, dass *das Kirchengut nach damaliger Vorstellung unantastbares, zweckgebundenes Stiftungsgut war*, das «auf ewig» nur im Rahmen seiner Zweckbestimmung verwendet werden durfte.

¹⁴⁹ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 25.

¹⁵⁰ Zur Entstehung des Verzeichnisses FRIEDERICH, Gutachten, S. 131 ff.

¹⁵¹ Vgl. das bei FRIEDERICH, Gutachten, S. 132 wiedergegebene Zitat: «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 Pfarr-Einkünfte 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 ausziehen, und dem Kirchen-Convente zur Aufbewahrung in dem Convent Archive übergeben lassen.»

- 83 Das Dekret ist auch in Bezug auf die *Höhe der Besoldungen* präzise und enthält überdies eine Reihe von Sonderregelungen für besondere Fälle.
- 84 Mit den Augen «des vernünftigen und korrekten Bürgers, der eine Rechtsnorm *und* ihr Umfeld unvoreingenommen betrachtet»,¹⁵² muss dem Dekret unter diesen Umständen nach meiner Beurteilung durchaus eine *verbindliche und hinreichend präzise Zusicherung andauernder Pfarrbesoldungen auf unbestimmte Zeit* entnommen werden. Hätte der Kanton eine Verpflichtung nur «auf Zeit», namentlich nur gegenüber den um 1804 im Amt stehenden Geistlichen, eingehen wollen, hätte er kaum im gleichen Erlass auch die künftige Besetzung von Pfarrstellen geregelt oder ein Inventar erstellt, welches das übernommene Kirchengut, d. h. gewissermassen die wirtschaftliche Grundlage für die ausgerichteten Leistungen, «zu allen Zeiten» ausweist. Eine solche enge Auslegung wäre somit nicht «die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis».¹⁵³

5.4 Exkurs: Weitere Akte und Verlautbarungen

- 85 In Bezug auf weitere Akte und Verlautbarungen kann auf die Ausführungen im Gutachten «Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen» verwiesen werden.¹⁵⁴ Bei verschiedenen Gelegenheiten wurde die Regelung gemäss dem Dekret von 1804 explizit bestätigt. Erwähnt sei an dieser Stelle lediglich der Vortrag zur Teilrevision des Kirchengesetzes vom 12. Oktober 1995, wo zunächst in allgemeiner Weise festgehalten wird:

«Die heutige Gehaltsordnung geht auf das beginnende 19. Jahrhundert zurück. Vorher bezogen die Pfarrer ihr Einkommen aus den Einkünften ihrer Pfründe. Da die Pfrundeinkommen enormen Schwankungen ausgesetzt waren, entsprach es einem Wunsch der Pfarerschaft, direkt vom Staat bezahlt zu werden. Zu diesem Zweck entwidmete die Obrigkeit am 7. Mai 1804 das Kirchengut und verpflichtete sich, aus dessen Ertrag die Pfarrer zu entlönnen. In besonderen Rechtstiteln ist die Leistung später auch gegenüber den römisch-katholischen und den christkatholischen Geistlichen zuerkannt worden.»¹⁵⁵

¹⁵² FORSTMOSER / SCHLUEP, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1992, S. 430.

¹⁵³ BGE 129 III 335 E. 4 S. 340.

¹⁵⁴ FRIEDERICH, Gutachten, S. 174 ff.

¹⁵⁵ Vortrag der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates betreffend das Gesetz über die Organisation des Kirchenwesens (Kirchengesetz); (Änderung), S. 2 f.

86 In den Erläuterungen zu Art. 54 Abs. 2 KG wird vermerkt, die Besoldung der Geistlichen durch den Kanton stütze «sich auf alte historische Rechtstitel, welche als wohlervorbene Rechte der Landeskirchen zu werten sind».¹⁵⁶ Sollte es einmal zu einer Trennung von Staat und Kirche kommen, «würde das ‹wohlervorbene 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».¹⁵⁷ Zum Rechtstitel der evangelisch-reformierten Landeskirche wird anschliessend ausgeführt:

«Mit Dekret vom 7. Mai 1804 nahm der Staat das Pfrundgut der Kirchgemeinden in seine Verwaltung und verpflichtete sich, die Pfarrer zu besolden. Dieser Tatbestand war an sich nicht ausserordentlich, handelten doch auch andere eidgenössische Staatswesen in diesem Sinne. Von besonderer Bedeutung für die heutigen Verhältnisse ist jedoch die Tatsache, dass der Kanton Bern, ebenso der Kanton Zürich und im Gegensatz zu den meisten übrigen Kantonen, nie eine Vermögensausscheidung vorgenommen hat. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass der Kanton Bern in der Mitte des letzten Jahrhunderts Kirchengut zur Tilgung von Staatsschulden veräussert hat.

Bereits das Kirchengesetz vom 18. Januar 1874 anerkennt die aus dem Kirchengut erwachsenen Verpflichtungen des Staates ausdrücklich, wenn Artikel 50 – er regelt die Bar- und Naturalbesoldung der Geistlichen – festhält: ‹Mit den Leistungen, welche der Staat infolge dieses Gesetzes anerkennt, fallen alle Ansprüche an das sogenannte Kirchengut dahin.› In diesem Sinne spricht sich auch das geltende Gesetz vom 6. Mai 1945 aus. Im Vortrag dazu wird ausgeführt, dass eine Ausscheidung des seinerzeit säkularisierten Kirchengutes ein Ding der Unmöglichkeit ist. Die Aufhebung der im Gesetz vorgesehenen staatlichen Leistungen könnte nur durch eine Verfassungsrevision und im Rahmen einer güterrechtlichen Verständigung geschehen.»¹⁵⁸

6 Fortbestand der Verpflichtung und Folgen einer Ablösung der Pfarrbesoldungen

6.1 Argumentation im Gutachten MÜLLER/SUTTER

87 Selbst wenn ein wohlervorbener Anspruch auf Pfarrbesoldung aufgrund eines «vertragsähnlichen» Charakters des Dekrets von 1804 anzunehmen wäre, dürfte dies nach dem Gutachten MÜLLER/SUTTER «seinem

¹⁵⁶ Vortrag Änderung Kirchengesetz, S. 8.

¹⁵⁷ Vortrag Änderung Kirchengesetz, S. 9.

¹⁵⁸ Vortrag Änderung Kirchengesetz, S. 8.

Inhalt bzw. Umfang nach einer gesetzgeberischen Ablösung – jedenfalls nach Ablauf einer angemessenen Übergangsfrist – nicht prinzipiell entgegenstehen». Vorweg lasse sich mit guten Gründen argumentieren, die tatsächlichen Verhältnisse hätten sich seit 1804 grundlegend verändert (religiöse und weltanschauliche Pluralisierung, Emanzipation der Kirche gegenüber dem Staat);¹⁵⁹ eine Anpassung der (Vertrags-)Pflichten nach den Grundsätzen der *clausula rebus sic stantibus* sei daher zwingend. Die Entwicklung der Gesellschaft in den letzten Jahrzehnten und insbesondere das Verhältnis von Kirche und Staat dürften «für die vermeintlichen «Vertragspartner» von 1804 fern jeglicher Vorstellung gelegen haben». Ein striktes Festhalten an Verpflichtungen gemäss dem Dekret vom 7. Mai 1804, insbesondere an einer zwingend direkten Finanzierung der Pfarrlöhne durch den Kanton Bern, erscheine «unter diesen Umständen schwer haltbar». Vielmehr dürfte die erforderliche umfassende Interessenabwägung «eher einer Anpassung an die heutigen Verhältnisse das Wort reden», insbesondere dann, wenn der Kanton die Kirche nach Ablösung der staatlichen Besoldungspflicht auch weiterhin, wenn auch in anderer Form, finanziell zu unterstützen gedenken sollte.¹⁶⁰

- 88 Auf jeden Fall könnten wohlverworbene Rechte – unabhängig von der Frage einer allfälligen Anpassung der vertraglichen Pflichten nach der *clausula rebus sic stantibus* nach dem *Grundsatz der «Unveräusserlichkeit der staatlichen Gewalt»* – nicht auf ewige Zeiten (Fort-)Bestand haben. Dementsprechend lasse sich

«eine auf unbestimmte Zeit eingegangene, vertragsähnliche Verpflichtung des Staates aufgrund des Dekrets vom 7. Mai 1804, wonach sich der Kanton Bern – jedenfalls bis zu einer allfälligen Rückübertragung des Kirchengutes – zur fortwährenden Besoldung verpflichtet haben sollte, nicht begründen. Eine in zeitlicher Hinsicht mässige Ablösung dieser Ansprüche würde demnach nicht in einen allfälligen wohlverwobenen Besoldungsanspruch mit vertragsähnlichem Charakter eingreifen und damit auch keinen Entschädigungsanspruch auslösen».¹⁶¹

- 89 Zur Frage der *Entschädigung* enthält das Gutachten MÜLLER / SUTTER unterschiedliche Aussagen. In den allgemeinen Ausführungen zu den wohlverwobenen Rechten wird die Frage, ob und inwieweit Eingriffe in wohlverworbene Rechte einen *Entschädigungsanspruch* der betroffenen Pri-

¹⁵⁹ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 23.

¹⁶⁰ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 23 f.

¹⁶¹ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 24.

vaten begründen, als «äusserst unsicher» bezeichnet.¹⁶² MÜLLER / SUTTER verweisen auf unterschiedliche Praxislinien des Bundesgerichts und kommen zu folgendem Schluss:

«Eine klare, allgemeine Regelung der Entschädigungsfrage dürfte einzig eine *differenzierende Betrachtungsweise* bringen, die jeweils im Einzelfall eine umfassende Berücksichtigung der aus dem Verfassungsrecht fliessenden, privaten und öffentlichen Interessen ermöglicht. Nur unter diesen Bedingungen erscheint heute eine Entschädigungspflicht verfassungsrechtlich hinlänglich verankert, d. h. wird den jeweils betroffenen Verfassungsrechten und den allgemeinen Grundsätzen der Haftung bei rechtmässiger Staats- bzw. Legislativtätigkeit tatsächlich gerecht. Dabei wird ein staatlicher Eingriff in eigenem, etwa finanziellem Interesse, eher für eine volle Entschädigung nach den Grundsätzen des Enteignungsrechts sprechen. Hingegen dürften die primär im allgemeinen, öffentlichen Interessen liegenden, regulatorischen Verkürzungen nur ausnahmsweise eine Entschädigungspflicht auslösen; etwa wenn ein Eingriff besonders schwer wiegt oder ein Sonderopfer vorliegt. Dabei wird jeweils zu prüfen bleiben, ob volle Entschädigung nach den Grundsätzen des Enteignungsrechts oder nur der Ersatz des Vertrauensschadens gerechtfertigt erscheint.»¹⁶³

- 90 Im Zusammenhang mit dem Dekret vom 7. Mai 1804 führen MÜLLER / SUTTER aus, eine «in zeitlicher Hinsicht mässige Ablösung» der Besoldung würde «nicht in einen allfälligen wohlerworbenen Besoldungsanspruch mit vertragsähnlichem Charakter eingreifen und damit auch keinen Entschädigungsanspruch auslösen».¹⁶⁴ Unter Berücksichtigung einer angemessenen Übergangsfrist wäre dementsprechend auch ein wohlerworbenes Recht «jedenfalls entschädigungslos ablösbar».¹⁶⁵ Im folgenden Exkurs zur Frage nach einer Pflicht zur Rückerstattung des Kirchenguts bzw. einer Entschädigungspflicht aus andern Rechtstiteln wird demgegenüber zunächst festgehalten, aus dem Fehlen eines Anspruchs auf fortwährende staatliche Pfarrbesoldung lasse sich nicht ohne Weiteres folgern,

«dass eine allfällige künftige Ablösung des Anspruchs auf staatliche Pfarrbesoldung auch keine Rechtspflicht zur Rückerstattung des Kirchengutes bzw. – da Letzteres nur schwer in Betracht fallen wird (vgl. Veräusserung von Kirchengut bzw. dessen Vermengung mit dem Staatsgut) – eine *entsprechende Entschädigungspflicht* begründen würde».¹⁶⁶

- 91 Aufgrund «der dürftigen Fakten- bzw. Beweislage» bezüglich des Dekrets vom 7. Mai 1804 und dessen Entstehung sei allerdings «jedenfalls zu be-

¹⁶² MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 16.

¹⁶³ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 17.

¹⁶⁴ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 24.

¹⁶⁵ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 27.

¹⁶⁶ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 27.

zweifeln, dass sich ein solcher Anspruch auf der Grundlage eines Vertrages (vgl. Dekret vom 7. Mai 1804) oder eines anderen Rechtstitels (insbesondere wohl erworbenes Recht, Gesetz, historischer Rechtstitel) nachweisen lässt.¹⁶⁷ Selbst eine bestehende Entschädigungspflicht würde «kaum eine staatliche Pflicht zur fortwährenden (ewigen) Besoldung begründen».¹⁶⁸

- 92 In der zusammenfassenden Darstellung der Ergebnisse wird die Frage, ob mit einer Ablösung bzw. Aufhebung dieser Leistungen «gleichzeitig ein Anspruch der Kirche auf Rückübertragung des Kirchengutes – bzw. auf entsprechende finanzielle Entschädigung – verbunden wäre», als Frage bezeichnet, «die einer separaten Prüfung bedürfte»; es sei aber davon auszugehen, dass entsprechende Rechtstitel «nur beschränkt Geltung beanspruchen» könnten.¹⁶⁹
- 93 Bejaht wird indes ein wohl erworbener Besoldungsanspruch der heute angestellten Pfarrpersonen ad personam gestützt auf Art. 54 Abs. 2 KG.¹⁷⁰

6.2 Fortbestand der Verpflichtung

- 94 Mein Gutachten «Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldung» hält dafür, dass die Verpflichtung des Kantons zur Besoldung der Pfarrpersonen – unter Vorbehalt der Rückgabe des Kirchenguts¹⁷¹ – bis heute Bestand hat. Ist davon auszugehen, dass die Besoldungen ausschliesslich aus dem (im Vorfeld des Dekrets von 1804 nach damaligen Grundsätzen berechneten) *Ertrag* des Kirchenguts finanziert werden, kann keine Tilgung der «Dauerschuld» durch bisher erbrachte Leistungen angenommen werden, weil die Substanz des Vermögens (und damit der wirtschaftliche Gegenwert der Leistung) beim Kanton verblieben oder jedenfalls nicht für Pfarrbesoldungen, sondern z. B. für die Tilgung anderweitiger staatlicher Schulden verwendet worden ist.¹⁷² In dieser Hinsicht lässt sich die Situation durchaus mit einer dinglich gesicherten Verpflichtung begründen, die, wie z. B. eine Grundlast, grundsätzlich für unbeschränkte Dauer gilt.¹⁷³

¹⁶⁷ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 27.

¹⁶⁸ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 27.

¹⁶⁹ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 33.

¹⁷⁰ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 29 ff.

¹⁷¹ FRIEDERICH, Gutachten, S. 201 f.

¹⁷² FRIEDERICH, Gutachten, S. 198 ff.

¹⁷³ Vgl. etwa BGE 131 I 321 E. 6.1 und 6.2 S. 130 f.

- 95 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. Vielmehr ist unbestritten, dass der Kanton schon verhältnismässig kurze Zeit nach dem Dekret erhebliche Teile des übernommenen Vermögens veräusserte und den Erlös zur Tilgung seiner Schulden verwendete, was ihm u.a. Kritik von kirchlicher Seite eintrug.¹⁷⁴
- 96 Das Gutachten MÜLLER / SUTTER wendet gegen den Fortbestand einer Verpflichtung namentlich ein, einem solchen stünden die *clausula rebus sic stantibus* und der Grundsatz der «Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt» entgegen.

6.3 Anwendung der *clausula rebus sic stantibus*?

- 97 Nach MÜLLER / SUTTER lässt sich argumentieren, eine Anpassung der (Vertrags-)Pflichten sei angesichts der tatsächlichen Veränderungen (gesellschaftliche Entwicklung, religiöse und weltanschauliche Pluralisierung, Emanzipation der Kirchen hin zu einem kritisch-konstruktiven, partnerschaftlichen Verhältnis gegenüber dem Staat) nach den Grundsätzen der *clausula rebus sic stantibus* «zwingend».¹⁷⁵
- 98 Die (im Gutachten MÜLLER / SUTTER nicht näher erörterte) *clausula rebus sic stantibus* stellt einen Einbruch in die naturrechtlich begründete Regel dar, dass abgeschlossene Vereinbarungen prinzipiell binden (*pacta sunt servanda*). Die *clausula* kommt aus diesem Grund nicht ohne Weiteres, sondern nur unter bestimmten verhältnismässig strengen Voraussetzungen zur Anwendung. Im Bereich des *Privatrechts* kann sich eine Vertragspartei gestützt auf die *clausula rebus sic stantibus* von einer vertraglichen Bindung befreien (oder ihre Verpflichtungen entsprechend anpassen lassen), wenn die Umstände seit dem Vertragsschluss derart geändert haben, dass ihr die Erfüllung ihrer Verpflichtungen *nicht mehr zugemutet* werden kann,¹⁷⁶ mit andern Worten: wenn «durch nachträgliche, nicht voraussehbare Umstände ein derart *offenbares Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung* eingetreten ist, dass das Beharren einer Partei auf ihren Anspruch als missbräuch-

¹⁷⁴ FRIEDERICH, Gutachten, S. 141 ff.

¹⁷⁵ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 23.

¹⁷⁶ Dazu grundsätzlich PAUL GRÄTZER, Die *clausula rebus sic stantibus* beim öffentlich-rechtlichen Vertrag, Einsiedeln 1953. Vgl. auch RALF KÖBLER, Die «*clausula rebus sic stantibus*» als allgemeiner Rechtsgrundsatz, Tübingen 1991.

lich erscheint».¹⁷⁷ Ein richterlicher Eingriff aufgrund veränderter Umstände setzt «voraus, dass die Verhältnisänderung weder vorhersehbar noch vermeidbar war, für Fälle wie den vorliegenden eine gravierende Äquivalenzstörung zur Folge hat und der Vertrag nicht vorbehaltlos erfüllt wurde».¹⁷⁸

- 99 Im Bereich des Privatrechts ist die *clausula* nach diesen Grundsätzen somit nur anwendbar, wenn das Beharren auf einem Vertrag eine eigentliche «Ausbeutung der Zwangslage des Schuldners, einen offenkundigen Rechtsmissbrauch» darstellt.¹⁷⁹ Tendenziell weniger strenge Voraussetzungen gelten für öffentlichrechtliche Verträge.¹⁸⁰ Berücksichtigt werden dürfen unter Umständen nicht nur Änderungen der tatsächlichen Gegebenheiten, sondern auch Rechtsänderungen.¹⁸¹
- 100 Auch wenn im vorliegenden Fall nicht ein Vertragsverhältnis im eigentlichen Sinn anzunehmen ist, wird die *clausula* unter den erwähnten Voraussetzungen grundsätzlich sinngemäss auch auf die Pfarrbesoldungen anwendbar sein. Auch in diesem Fall ist *Massstab* bzw. Voraussetzung für die Anwendung der *clausula* aber stets das (*veränderte*) *Verhältnis von Leistung und Gegenleistung*.
- 101 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. Die «Leistungsäquivalenz» bleibt auch in diesem Fall grundsätzlich gewahrt. Das *Verhältnis von Leistung und Gegenleistung* – das für die Anwendbarkeit der *clausula* einzig massgebend ist – hat sich grundsätzlich *nicht* verändert und kann demzufolge auch nicht unzumutbar geworden sein. Aus diesem Grund und aus weiteren, in meinem Gutachten näher erörterten Gründen¹⁸² könnte die *clausula* im vorliegenden Fall nicht angerufen werden. Möglich wäre dies allenfalls, wenn der Kanton *einseitig* Leistungen erbrächte, ohne eine entsprechende «Gegenleistung» (in Form des Kirchenguts) empfangen zu haben – oder unter Umständen auch dann, wenn der Nachweis gelänge,

¹⁷⁷ BGE 97 II 390 E. 6 S. 398.

¹⁷⁸ BGE 127 III 300 E. 5b S. 304 f.

¹⁷⁹ BGE 68 II 170, vgl. auch BGE 97 II 398.

¹⁸⁰ ALFRED KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, ZSR 1983 II S. 101 ff., 181 f.

¹⁸¹ RHINOW / KRÄHENMANN, Verwaltungsrechtsprechung, S. 145; VPB 43 [1979], Nr. 79 E. 4.

¹⁸² FRIEDERICH, Gutachten, S. 195 ff.

dass seine Leistungen im Verhältnis zur (ursprünglichen!) Gegenleistung unverhältnismässig hoch geworden wären.

- 102 Die im Gutachten MÜLLER/SUTTER angeführten gesellschaftlichen oder anderweitigen Entwicklungen mögen unter Umständen aus *politischer* Sicht für eine anderweitige Lösung sprechen, was unter dem Gesichtspunkt der «Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt» (dazu sogleich Ziffer 6.4) beachtlich sein könnte. Sie wirken sich aber nicht auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung aus und sind damit *für eine rechtliche Beurteilung unter dem Gesichtspunkt der clausula rebus sic stantibus unbeachtlich*.

6.4 Unvereinbarkeit mit dem Grundsatz der «Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt»?

- 103 Der Grundsatz der «Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt» als solcher ist wie erwähnt unbestritten. Dieses Prinzip hat allerdings *nicht* zur Folge, dass der Staat bei Rechtsänderungen oder Eingriffen in bisherige Rechte nicht an die durch ihn selbst vorgegebenen Voraussetzungen für solche Vorkehren gebunden ist. Staatliche Souveränität ist immer «rechtsstaatlich verfasste» und normativ gebundene, insbesondere grundrechtsgebundene Staatlichkeit.¹⁸³ Die «Rechtsbindung der Verwaltung»¹⁸⁴ (und des Staats überhaupt) ist unverzichtbarer und auch unbestrittener Grundsatz moderner Rechtsstaatlichkeit, der nicht zuletzt in der Kodifizierung des Legalitätsprinzips in der Bundesverfassung (Art. 5 Abs. 1 BV: «Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht») zum Ausdruck kommt:

«Es ist das Grundanliegen des Rechtsstaates, im Staat die Herrschaft des Rechts und damit verbunden die Freiheit des Menschen sicherzustellen. Die Idee des Rechtsstaates fordert, dass der Staat in seiner gesamten Tätigkeit ans Recht gebunden ist. Der Einzelne (wie auch die von ihm getragenen Organisationen) soll so vor einer ungebundenen und damit unberechenbaren und unkontrollierten Staatsmacht geschützt werden.»¹⁸⁵

¹⁸³ Ausführlich beispielsweise KONRAD HESSE, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag, hrsg. von Konrad Hesse, Siegfried Reike und Ulrich Scheuner, Tübingen 1962, S. 71 ff.

¹⁸⁴ PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009, S. 87 ff.

¹⁸⁵ ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 52 N 170.

- 104 In diesem Sinn ist die im Anschluss an die Souveränitätslehre von Jean Bodin (1530–1596)¹⁸⁶ auch in der Schweiz lange Zeit vertretene Vorstellung zu relativieren, der Staat sei «souveräner Herrschaftsverband», seine «Herrschaft» sei «auf dem betreffenden Gebiete nach innen und aussen eine höchste, keiner andern Gewalt unterworfenen»,¹⁸⁷ und der «Staatswille» bestimme auch im Verhältnis zu den Kirchen den Grad an Einschränkung staatlicher Gewalt grundsätzlich frei und kenne «a priori bloss natürliche, physische und psychologische Schranken».¹⁸⁸
- 105 Der Grundsatz der «Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt» besagt demzufolge (nur), dass der Staat die Möglichkeit haben muss, seine Rechtsordnung zu ändern und beispielsweise die heutige Besoldung der Pfarrpersonen abzulösen. In diesem Sinn ist die heute bestehende Verpflichtung *nicht* «unantastbar». Eine andere Frage ist, unter welchen Voraussetzungen bzw. mit welchen *vermögensrechtlichen Folgen* dies erfolgen kann und muss. In dieser Hinsicht gelten die verfassungsrechtlichen Grundsätze, die sich der Staat selbst gegeben hat (oder die im vorliegenden Fall die Eidgenossenschaft dem Kanton Bern vorschreibt), und damit namentlich die gestützt darauf entwickelten Voraussetzungen für Eingriffe in wohlerworbene Rechte. Anders gesagt: Der Grundsatz der «Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt» «beseitigt» nicht schlichtweg bestehende Verpflichtungen und wohlerworbene Ansprüche, sondern erlaubt Änderungen oder die Aufhebung dieser Verpflichtungen immer nur *nach Massgabe des geltenden (Verfassungs-)Rechts*. Der aktuelle *Bestand* eines wohlerworbenen Rechts wird damit nicht in Frage gestellt. Zu erörtern wird somit die Frage sein, unter welchen Voraussetzungen oder mit welchen Folgen der Kanton seine heutige Verpflichtung ablösen kann (hinten Ziffer 6.5).
- 106 Nach dem Ausgeführten steht namentlich die Bindung des Staats an den Stiftungszweck bestimmter Vermögenswerte *nicht im Widerspruch zum Grundsatz der «Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt»*. Könnte oder müsste sich der Staat im Rechtsverkehr nicht «wie ein Privater» binden,

¹⁸⁶ JEAN BODIN, *Six livres de la République*, Paris 1576, Bd. I 8 S.122: «La souveraineté est la puissance absolue et perpetuelle d'une République.»

¹⁸⁷ ZACCARIA GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*. Neubearbeitung der ersten Hälfte des gleichnamigen Werkes von Dr. F. Fleiner, unveränderter Nachdruck der Neubearbeitung 1949, Zürich 1976, S. 36 f.

¹⁸⁸ WALTER HILDEBRANDT, *Die autonome Kirchengewalt evangelisch-reformierter Landeskirchen und ihre Entwicklung im Kanton Zürich seit 1803*, Zürich 1928, S. 43.

würde ihm in der Konsequenz die Möglichkeit zugestanden, privatrechtliche Grundsätze und Ansprüche, 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 gerade *nicht* (Art. 5 Abs. 3 und Art. 26 BV).

- 107 Aus der Rechtsprechung zum Grundsatz der «Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt» im Zusammenhang mit Sondernutzungsrechten an öffentlichen Gewässern lassen sich nicht unbesehen Folgerungen für den vorliegenden Fall ziehen. Das Bundesgericht hat aus dem Prinzip (nur) geschlossen, dass keine Sondernutzungsrechte auf unbefristete Dauer erteilt werden können, womit unbefristete Konzessionen auch nicht wohlervorbenen Charakter haben (und damit keinen Entschädigungsanspruch auslösen), soweit die zulässige Befristung überstiegen wird.¹⁸⁹ In diesen Fällen hat der Staat – anders als im vorliegenden Fall – keine Gegenleistung erhalten, die wirtschaftlich eine zeitlich unbeschränkte Nutzung rechtfertigt. Eher mit dem vorliegenden Fall liesse sich eine (auf unbestimmte Zeit eingeräumte) altrechtliche Verpflichtung zur unentgeltlichen Wasserlieferung in Form einer Grundlast vergleichen, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur gegen Entschädigung abgelöst werden kann.¹⁹⁰

¹⁸⁹ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 101.

¹⁹⁰ BGE 131 I 321 E. 6.1 und 6.2 S. 130 f. Das Bundesgericht erwog: «Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich, selbst wenn ihre Berechtigung nicht auf einem historischen oder vorbestandenen Recht, sondern nur auf einem obligatorischen Anspruch beruhen sollte, könnte ihr dieser als wohlervorbenes Recht nur gegen volle Entschädigung auf dem Wege der Enteignung entzogen werden. [...]. Die Rüge ist begründet. Nach dem oben Ausgeführten handelt es sich bei der in Frage stehenden altrechtlichen unentgeltlichen Wasserlieferungspflicht nicht um einen rein obligatorischen Vertrag, sondern um eine an bestimmte Grundstücke bzw. Anlagen geknüpfte altrechtliche Grundlast bzw. eine grundlastähnliche und damit (auch) dingliche Verpflichtung [...]. Wird diese – nach dem Gesagten zulässigerweise – in direkter oder analoger Anwendung der Bestimmungen über die Grundlasten (Art. 788 ZGB) als ablösbar bzw. kündbar erachtet, so muss – schon aufgrund der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie – auch die für einen solchen Fall gesetzlich vorgesehene Entschädigungsregelung (direkt oder analog) Anwendung finden. [...] Die Ablösung bzw. Kündigung der altrechtlichen Grundlast ist somit vergleichbar mit der formellen Enteignung, bei welcher ebenfalls in einem geregelten Verfahren ein privates Recht dem Enteigneten entzogen und auf den Enteigner übertragen wird; auch bei dieser findet mit der Übertragung des Eigentums und der Entrichtung der dafür geschuldeten Entschädigung ein (mit dem freihändigen Verkauf vergleichbarer) Leistungsaustausch statt: Die Entschädigung ist in diesem Fall Voraussetzung für die Zulässigkeit des Eingriffs [...] bzw. Rechtmässigkeitsvoraussetzung [...]»

6.5 Voraussetzungen und Folgen einer Ablösung

- 108 In Bezug auf die Voraussetzungen und Folgen einer Ablösung der Pfarrbesoldungen im Allgemeinen kann auf die ausführlichen und differenzierten Ausführungen im Gutachten MÜLLER / SUTTER zur Praxis im Zusammenhang mit wohlerworbenen Rechten verwiesen werden. Tendenziell wohl weniger streng wäre ich selbst angesichts der beschränkten Vergleichbarkeit mit den durch das Bundesgericht bisher beurteilten Fällen wohlerworbener Rechte (vorne Ziffer 3.2) in Bezug auf die allgemeinen, aus Art. 36 BV abgeleiteten Voraussetzungen für Eingriffe in wohlerworbene Rechte. Die vorliegende Situation «passt» insbesondere auch insofern nicht ganz, als der «Eingriff» im vorliegenden Fall in Form einer Gesetzesänderung, evtl. einer Verfassungsrevision erfolgen würde, womit diese Voraussetzungen weitgehend Theorie bleiben dürften. Das Problem der gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV) stellt sich diesfalls nicht. Beschliesst der Gesetzgeber oder bestimmen evtl. gar die Stimmberechtigten eine anderweitige Lösung, dürfte darüber hinaus der Nachweis eines mangelnden öffentlichen Interesses (Art. 36 Abs. 2 BV) oder (sofern eine angemessene Übergangsregelung gewählt wird) mangelnder Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV) kaum zu erbringen sein.
- 109 Eingriffe in wohlerworbene Ansprüche sind, wie auch im Gutachten MÜLLER / SUTTER dargelegt, insbesondere unter den verfassungsrechtlichen Prinzipien von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) und der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) zu beurteilen. Das Bundesgericht beurteilte die Entschädigungsfrage zunächst jeweils im Licht der Eigentumsgarantie. Später berücksichtigte es in Anschluss an ein Postulat von PETER SALADIN¹⁹¹ nicht selten (auch) den Grundsatz von Treu und Glauben.¹⁹² Dies sollte aber nicht bedeuten, dass die wohlerworbenen Rechte damit unter einem geringeren als dem bis anhin gewährten Schutz stehen sollten.¹⁹³

¹⁹¹ SALADIN, Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht, S. 339.

¹⁹² Vgl. insbesondere BGE 101 Ia 443 E. 2a S. 446.

¹⁹³ BGE 106 Ia 163 E. 1b S. 167.

- 110 Das Gutachten MÜLLER / SUTTER unterscheidet zwei «Praxislinien», nach denen entweder grundsätzlich volle Entschädigung zu leisten ist¹⁹⁴ oder aber eine Entschädigung nur für Eingriffe in die Substanz des wohl-erworbenen Rechts geschuldet ist.¹⁹⁵ Im vorliegenden Fall betrifft eine Änderung der kantonalen Leistungen unmittelbar die Verpflichtung bzw. einen korrelierenden Anspruch direkt, womit eine Ablösung der Pfarrbesoldungen per definitionem einen Eingriff in die «Substanz» des Rechts darstellte, für welchen nach beiden «Praxislinien» eine (volle) Entschädigung geschuldet wäre.
- 111 Eine volle Entschädigung legen auch die unter dem Gesichtswinkel von Treu und Glauben entwickelten Prinzipien nahe. Nach diesen ist in der Regel von Bedeutung, ob die betroffene Partei *Dispositionen* getätigt hat. Die Entschädigung aus Vertrauensschutz soll «den Privaten finanziell so stellen, wie wenn er sich auf die Vertrauensgrundlage gar nie eingelassen hätte».¹⁹⁶ Dispositionen sind jedenfalls de facto im Jahr 1804 getroffen worden, indem die Kirchgemeinden, die «Geistlichkeit» und ihre Vertretungen im Vertrauen auf die andauernde künftige Pfarrbesoldung durch den Kanton auf den bisherigen Bezug der Erträge aus den Pfründen verzichtet und diesen für unbestimmte Dauer dem Kanton überlassen haben. Hätten sie nicht in dieser Weise disponiert, wären sie (direkte) Nutznießer der Erträge aus den Pfrundstiftungen geblieben.
- 112 Von Bedeutung erscheint mir im vorliegenden Fall vor allem auch, dass die Übernahme des Kirchenguts durch den Kanton einen privatrechtlichen Akt darstellte und sowohl der Kanton selbst als auch «die Kirche» bzw. «die Geistlichkeit» mit dem Verzicht auf die eigene (direkte) Nutzung der Erträge aus den Pfrundstiftungen «wie Private» handelten. Dieser Umstand wird in erster Linie unter dem Gesichtswinkel der Eigentumsgarantie (nach welchem grundsätzlich volle Entschädigung geschuldet ist) zu beurteilen sein.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Vgl. insbesondere BGE 117 Ia 35 E. 3b S. 38 f.

¹⁹⁵ MÜLLER / SUTTER, Gutachten, S. 16 f.

¹⁹⁶ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 125.

¹⁹⁷ Dazu, wiederum für den Kanton Zürich, MOOR, Unterhaltspflicht, S. 154 f. (Hervorhebungen im Original): «Seit dem Besoldungsgesetz von 1832 herrscht allein und unbestritten das öffentliche Recht im Verhältnis des zürcherischen Ministeriums zum Staate. Das Alte ist scheinbar in Vergessenheit geraten. Aber es darf gegebenenfalls nicht ausgewischt werden. Wohl unterstellt das positive Gesetz die Besoldungsverhältnisse dem kantonalen öffentlichen Recht; aber damit ist noch durch nichts die Vermutung berechtigt, der Kanton dürfe diese Verhältnisse nach seinem Gutdünken anders gestalten. Es bewahrheitet sich hier der Satz, dass Rechtsverhältnisse, die

- 113 ENRICO RIVA schlägt für die Beurteilung der Entschädigungsfrage ein Modell vor, das zwischen regulatorischen Eingriffen, d. h. Eingriffen, die zur Verfolgung bestimmter anderweitiger öffentlicher Interessen (z. B. Umweltschutz) und damit eher «beiläufig», im Sinn eines «Reflexes», erfolgen, einerseits und Eingriffen im eigenen Interesse andererseits unterscheidet.¹⁹⁸ Greift der Staat in «unternehmerischer Funktion», d. h. zur Verfolgung eigener Interessen gezielt in ein wohl erworbenes Recht ein und verkürzt er dieses Recht zu seinen Gunsten, bleibt – sofern der Eingriff überhaupt zulässig ist – nur «der Weg der formellen Enteignung mit vorgängiger voller Entschädigung». (Nur) Einschränkungen aufgrund regulatorisch bedingter Eingriffe sind demgegenüber «grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen».¹⁹⁹ Auch nach diesen Grundsätzen wäre im Fall der Ablösung von Pfarrbesoldungen volle Entschädigung geschuldet, weil die Ablösung jedenfalls in erster Linie im eigenen (finanziellen) Interesse des Kantons und nicht nur «beiläufig» im Zusammenhang mit anderweitig motivierten Massnahmen erfolgt.
- 114 Schliesslich spricht auch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise für eine volle Entschädigung. Ist davon auszugehen, dass die Pfarrbesoldung grundsätzlich dem Ertragswert des durch den Kanton übernommenen Kirchenguts entspricht und die ausgerichteten Leistungen in etwa dem (hypothetischen) Ertrag aus dem übernommenen Kirchengut (im ursprünglichen Umfang) entsprechen, bleibt der Grundsatz der «Leistungsäquivalenz» damit gewahrt.²⁰⁰

heute dem öffentlichen Recht angehören, einst im privatrechtlichen Erdreich gekeimt haben, im Privatrecht gewachsen sind und erst in einem späteren Stadium in das öffentliche Recht herüber verpflanzt wurden. Das positive Recht ist weder das primäre noch das endgültige; es ist nur die momentane Spielart des Reflexes einer langen historischen Entwicklung, eine Spielart, welche die Zukunft durch eine neue von anderem Effekt abzulösen imstande ist. Es ist infolgedessen, sollte von gleichgültig welcher Seite eine Ablösung der staatlichen Pfarrbesoldungspflicht angestrebt werden, nicht von öffentlich-rechtlichen Erwägungen auszugehen, die jedenfalls für sich allein eine Ablösungspflicht des Staates nicht zu begründen vermöchten. Es ist zurückzugehen auf die historischen Titel, denen gemäss der Staat verpflichtet worden ist, die Geistlichen der Landeskirche zu besolden. Diesen historischen Titeln kommt bei der Bewertung der Ablösungspflicht als den primären die entscheidende Bedeutung zu. Sie gehören, wie aus den vorstehenden Ausführungen erhellt, ihrem Ursprung und Wesen nach dem *Privatrecht* an. Über sie darf der Staat nicht hinwegschreiten. Daher gilt der Satz: *Will der Kanton Zürich die ihm einst bei der Übertragung von Patronatsrechten angefallene Besoldungspflicht gegenüber den Geistlichen ablösen, so kann er es nur gegen eine, seinen Leistungen entsprechende, Kapitalentschädigung.* Dabei sind für die Höhe dieser Entschädigung natürlich die im Zeitpunkt der Ablösung bestehenden Leistungen massgebend.»

¹⁹⁸ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 90 ff.

¹⁹⁹ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 98.

²⁰⁰ Dazu auch FRIEDERICH, Gutachten, S. 198 ff.

7 Ergebnis

- 115 In vielen Punkten kann ich den Ausführungen im Gutachten MÜLLER / SUTTER ohne Weiteres zustimmen. Insbesondere überzeugen die differenzierten Ausführungen zu allgemeinen Grundsätzen des Staats- und Verwaltungsrechts und insbesondere zur Praxis betreffend die wohl-erworbenen Rechte.
- 116 Die wohl wesentlichste Differenz besteht darin, dass dem *Stiftungscharakter des übernommenen Kirchenguts* nach meiner Beurteilung entscheidende Bedeutung zukommt (auf diesen ist die Verpflichtung des Kantons gemäss meinem eigenen Gutachten «*zunächst und im wesentlichen*» zurückzuführen), wogegen dieser Aspekt im Gutachten MÜLLER / SUTTER nicht behandelt wird. Namentlich diese unterschiedlichen Ansätze dürften insbesondere auch zur abweichenden Beurteilung des Stellenwerts des Dekrets vom 7. Mai 1804 geführt haben. Ich selbst halte, auch in Kenntnis der Argumente im Gutachten MÜLLER / SUTTER, nach wie vor dafür, dass der Kanton mit diesem Vorgang die bis heute andauernde Verpflichtung zur Pfarrbesoldung übernommen hat, solange er das Kirchengut bzw. entsprechende «Ersatzwerte» nicht wieder entweder der Landeskirche (oder allenfalls den Kirchgemeinden) übergibt oder in anderer Weise dafür sorgt, dass diese Vermögenswerte für die Pfarrbesoldungen eingesetzt werden.
- 117 Der Auffassung, dass diese Verpflichtung nach der *clausula rebus sic stantibus* oder dem Grundsatz der «Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt» untergegangen ist, kann ich mich nicht anschliessen. Die *clausula* käme nur zur Anwendung, wenn die unbestrittenermassen veränderten Verhältnisse auch zu einem *unzumutbaren Verhältnis von Leistung und Gegenleistung* geführt hätten (was nach den vorliegenden Erkenntnissen nicht anzunehmen und jedenfalls nicht nachgewiesen ist). Der Grundsatz der «Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt» räumt dem Kanton zweifellos die Möglichkeit ein, die heutigen Pfarrbesoldungen grundsätzlich jederzeit abzulösen; die Pfarrbesoldungen sind in diesem Sinn sicher *nicht «unantastbar»*. Dieses Prinzip hat aber *nicht* zur Folge, dass die Ablösung auch ohne Weiteres *entschädigungslos* erfolgen kann; vielmehr ist der Staat (auch) in dieser Hinsicht an die verfassungsrechtlichen Vorgaben gebunden.
- 118 Unter diesen Umständen gibt das Gutachten MÜLLER / SUTTER nach meiner Beurteilung nicht Anlass, die im Gutachten «Kirchengut und staatliche Pfarrbesoldungen» vertretene Auffassung grundsätzlich zu re-

vidieren. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass dieses Gutachten nur die Grundsatzfrage einer andauernden Verpflichtung beantwortet hat. Zu vielen Einzelfragen bestehen nicht unerhebliche Rechtsunsicherheiten. Dies und die Tatsache, dass die beiden Gutachten in vielen Punkten gar nicht so weit auseinanderliegen, wie dies auf den ersten Blick erscheinen mag, könnte unter Umständen dafür sprechen, je nach Fortgang der politischen Entwicklung den Versuch einer gemeinsamen, konsolidierten Haltung von Kanton und Landeskirche(n) zu unternehmen.²⁰¹

Bern, 14. August 2013

Ueli Friederich

²⁰¹ Schritte in dieser Richtung wurden in den Jahren 1993 / 1994 im Hinblick auf die Beantwortung der eingangs erwähnten Motion Grossniklaus unternommen. Mein Gutachten wurde damals Prof. Peter Saladin, Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht und Prof. Pio Caroni, Ordinarius für Rechtsgeschichte und Privatrecht, zur Stellungnahme zugestellt und mit den Genannten besprochen. Die (positiven) Stellungnahmen flossen schliesslich in die regierungsrätliche Antwort auf die Motion vom 27. April 1994 ein.

