

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: ja

Pr. Staatsges. betreffend Anordnung kirchlicher Neu- und Reparaturbauten in den katholischen Diözesen v. 24. November 1925, GS 161, Art. 1 Abs. 3

Die Bestimmung des Art. 1 Abs. 3 des angeführten Gesetzes (Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für Streitigkeiten über die Baulast an Kirchen usw.) ist, soweit es sich um öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten handelt, auch unter der Geltung des Grundgesetzes rechtsgültig.

GVG § 13; Kirchenrecht - Allgemeines (Kirchenbaulast)

Leitet eine Kirchengemeinde ihren Anspruch gegen eine politische Gemeinde auf Tragung der Baulast hinsichtlich des Turmes der Pfarrkirche aus einem unter der Geltung des Gemeinen Rechtes entstandenen, einen Vertrag ersetzenden Herkommen ab, so sind zur Streitentscheidung die ordentlichen Gerichte nicht zuständig.

BGH, Urt.v. 28. Oktober 1959 - V ZR 70/58 - OLG Köln

V ZR 70/58

Verkündet
am 28. Oktober 1959
Hirth, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der K K N (S:),
vertreten durch den Kirchenvorstand,

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. : -

gegen

die Z N (S:), vertreten durch
den Rat der Gemeinde, und dieser vertreten durch den Amts-
direktor,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 28. Oktober 1959 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Dr. Augu-
stin, Dr. Freitag, Dr. Mattern und Offterdinger

für Recht erkannt:

Die Urteile der 3. Zivilkammer des Landgerichts
Bonn vom 2. März 1956 und des 3. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts in Köln vom 24. April 1958 werden aufge-
hoben. Der Rechtsstreit wird an das Landesverwaltungsge-
richt in Köln verwiesen, dem auch die Entscheidung über
die Kosten der ersten Instanz übertragen wird. Die Kosten
des Berufungs- und des Revisionsverfahrens hat die
Klägerin zu tragen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin ist Eigentümerin des Kirchengrundstücks von N und der darauf vor 1382 errichteten Pfarrkirche, deren Turm im Jahre 1886 erneuert wurde. Sie begehrt die Feststellung, daß die beklagte Zivilgemeinde verpflichtet ist, die bauliche Unterhaltung dieses Kirchturms zu tragen. Ihren Anspruch leitet sie aus Herkommen ab, das einen Vertragsabschluß ersetze. Sie trägt vor, ihr Anspruch sei unter der Geltung des Gemeinen Rechts durch langjährige beständige Übung, in der ein Anerkenntnis zum Ausdruck komme, entstanden. Die Beklagte und deren Vorgänger hätten nämlich schon vor 1516 und bis 1947 die Instandsetzungs- und sonstigen Kosten für den Kirchturm und das Glockengeläute allein getragen. Die Ein- und Ausgangsrechnungen der Kirche für die Jahre 1516, 1582, 1756, 1778, 1781 bis 1787, 1791, 1792, 1808 bis 1811 enthielten keine disponiblen Mittel für Turm und Glocken. Von 1832 bis 1876 habe die Beklagte wiederholt Ausgaben für Glocken und Turm gemacht, auch die Feuerversicherungsbeiträge beglichen und ab 1893, nach zwischenzeitlicher Bezahlung durch die Klägerin, diese Ausgaben wieder getragen. Der ordentliche Rechtsweg sei für die begehrte Feststellung gegeben.

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten. Sie bestreitet die Zulässigkeit des Rechtsweges; es handelt sich nach ihrer Auffassung bei dem Klagebegehren um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch. Überdies sei für alle Ansprüche aus dem kirchenrechtlichen Verhältnis nach Art. 1 Abs. 3 des Preußischen Gesetzes vom 24. November 1925 der Rechtsweg ausgeschlossen. Im übrigen stellt die Beklagte in Abrede,



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

vor 1810 überhaupt Leistungen erbracht zu haben. Nach diesem Zeitpunkt habe sie nicht fortwährend gezahlt und nach 1880 sich an der Instandhaltung des Turmes überhaupt nicht mehr beteiligt. Die Klägerin habe 1924 und 1936 mehrfach auf eigene Kosten Turmausbesserungen vornehmen lassen.

Das Landgericht hat abgesonderte Verhandlung über die Zulässigkeit des Rechtsweges angeordnet und, weil dieser nicht gegeben sei, die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter, die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hält in Übereinstimmung mit dem Landgericht den ordentlichen Rechtsweg für ausgeschlossen. Es vertritt die Auffassung, die Klägerin leite ihr Feststellungsbegehren aus dem öffentlichen Rechte ab, deshalb sei das preußische Gesetz betreffend Anordnung kirchlicher Neu- und Reparaturbauten in den katholischen Diözesen vom 24. November 1925 (GS 161) anzuwenden. Dieses Gesetz bestimmt in Art. 1 Abs. 3, daß Streitigkeiten der Beteiligten darüber, wem von ihnen die öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit zum Bau und zur Unterhaltung eines der in Abs. 1 bezeichneten Gebäude (Kirche, Pfarrhaus und Küsterhaus) ganz oder teilweise obliege, der Entscheidung im Verwaltungsstreitverfahren unterliegen.

Die Revision greift diese Ausführungen an; sie sieht darin insbesondere Verstöße gegen § 4 EGZPO, § 13 GVG,

Art. 140 GG, Art. 137 WRV. Dem Berufungsgericht tritt jedoch der Senat bei; für die begehrte Feststellung ist der ordentliche Rechtsweg nicht gegeben.

1. Die Parteien fordern im gegenwärtigen Rechtsstreit die Entscheidung darüber, ob die beklagte Gemeinde die Baulast hinsichtlich des Kirchturms auf Grund eines alten Herkommens trifft. Streitigkeiten dieser Art, mögen sie nun auf dem Boden des bürgerlichen Rechtes oder des öffentlichen Rechtes entstanden sein, rechnete man bei Inkrafttreten des Gerichtsverfassungsgesetzes zu den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Nach der vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung vertretenen Auffassung wollte aber der Gesetzgeber des Gerichtsverfassungsgesetzes unter die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im Sinne des § 13 GVG alle Rechtssachen fallen lassen, die bis zu diesem Zeitpunkt als solche angesehen wurden. An diesem Grundsatz der zivilrechtlichen Rechtsstreitigkeiten kraft Überlieferung hat der Bundesgerichtshof festgehalten (BGHZ 9, 339, 343 = Verwaltungsrechtsprechung Bd 5 S. 777). Eine Ausnahme ist nur dort zu machen, wo Bundes- oder Landesrecht ausdrücklich etwas anderes bestimmt.

Daß die Länder, denen die staatliche Gesetzgebung über die Kirchenbaulast vorbehalten ist (Art. 132 EGBGB), über die Frage, ob und inwieweit hierbei ordentliche oder andere Gerichte, insbesondere Verwaltungsgerichte, zur Entscheidung zuständig sein sollen, wirksame Bestimmungen treffen konnten und noch jetzt treffen können, soweit Reichsrecht nicht entgegenstand oder Bundesvorschriften nicht entgegenstehen, ist allgemein anerkannt (BGHZ 21, 214, 217) und wird auch von der Revision nicht bestritten. Entgegenstehende Vorschriften des Bundesrechtes will nun die

Revision in § 4 EGZPO sehen, der bestimmt, für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, für welche der Rechtsweg zulässig sei, dürfe aus dem Grunde, weil als Partei der Fiskus, ein Land oder eine andere öffentliche Körperschaft beteiligt sei, durch die Landesgesetzgebung der Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden. Geht man mit der Revision davon aus, daß der Rechtsbegriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in § 4 EGZPO dergleiche ist, den der Gesetzgeber in § 13 GVG verstanden wissen will, so wäre die Zuständigkeitsbestimmung des Art. 1 Abs. 3 des erwähnten preußischen Gesetzes vom 24. November 1925, da gegen ein Bundesgesetz verstoßend, ungültig, wenn hier die Streitentscheidung den ordentlichen Gerichten entzogen wäre, weil der Fiskus oder eine Gemeinde als Streitpartei beteiligt sei. § 4 EGZPO will nämlich verhindern, daß Zivilprozesse des Fiskus, der Gemeinden oder anderer öffentlicher Körperschaften in denjenigen Fällen, wo gleichartige Fälle unter Privaten vor die ordentlichen Gerichte gehören, diesen genommen werden mit Rücksicht auf die Beteiligung des Fiskus, einer Gemeinde oder einer öffentlichen Körperschaft (Seuffert/Walsmann, ZPO 12. Aufl. § 4 EGZPO Anm. 1). Schon der Wortlaut des preußischen Gesetzes ergibt aber, daß ein derartiger Sachverhalt hier nicht gegeben ist. Das Gesetz spricht ganz allgemein von Streitigkeiten der Beteiligten darüber, wem die öffentlichrechtliche Verbindlichkeit zum Bau oder zur Unterhaltung einer Kirche, eines Pfarrhauses oder eines Küstergebäudes obliegt. Hierzu können aber nicht nur Staat, Gemeinde oder öffentliche Körperschaften, sondern auch Einzelpersonen wie der Pfründeinhaber, der Patron, der Grundbesitzer in einer Pfarrei verpflichtet sein. In Art. 1 Abs. 1 und 2 dieses Gesetzes wird denn auch von Kirchengemeinden, kirch-

lichen Verbänden und Drittverpflichteten gesprochen, ohne daß der Kreis der Drittverpflichteten eine Einschränkung erfährt. Auch die Begründung zum gleichlautenden Art. 17 des Staatsgesetzes betreffend die Kirchenverfassungen der evangelischen Landeskirchen vom 8. April 1924 - GS 221 - (Sammlung der Drucksachen des Preußischen Landtags 1. Wahlperiode 12. Band Seite 7708) spricht in diesem Zusammenhang allgemein von den Beteiligten. Staat, Gemeinde und öffentliche Körperschaften werden mithin im Bereich des Art. 1 Abs. 3 des genannten Gesetzes vom 24. November 1925 nicht anders behandelt wie Privatpersonen, die zur Baulast aus öffentlich-rechtlichem Grunde verpflichtet sind, ihre Verbindlichkeit aber bestreiten. Es handelt sich hier also um die sachliche Regelung eines Rechtsgebietes mit Einschluß der dafür in Frage kommenden Rechtsprechungszuständigkeit, die ohne Rücksicht auf die öffentliche oder private Eigenschaft der am Streit beteiligten Rechtsträger getroffen ist. Damit erledigt sich auch der Einwand der Revision, die Klägerin werde, nur weil sie Körperschaft des öffentlichen Rechts sei, schlechter behandelt als eine natürliche Person. Die Auffassung der Revision, einer Privatperson stünde in einem gleichgelagerten Falle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen, trifft nach vorstehenden Ausführungen nicht zu.

Gewichtiger sind die Bedenken, die gegen die Gültigkeit des Art. 1 des Gesetzes vom 24. November 1925 aus verfassungsrechtlichen Grundsätzen erhoben werden. Es wird geltend gemacht, die in Abs. 1 und 2 dieses Artikels getroffene Regelung, wonach die Staatsbehörde eine vorläufige Entscheidung über die Anordnung von Neu- und Reparaturbauten bei Kirchen, Pfarr- und Küstergebäuden zu treffen habe,

widerspreche Art. 136 ff WRV, 140 GG (Landesverwaltungsgericht Schleswig, Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht (ZeK) Band 3, 419). Mit der Begründung, Art. 1 diene nicht der Beaufsichtigung der Kirchen, sondern ihrer Unterstützung bei der Heranziehung verpflichteter Dritter, haben das Obergerverwaltungsgericht Lüneburg sowie die Verwaltungsgerichte Kassel und Frankfurt/Main die Gültigkeit dieser Bestimmung dagegen bejaht (ZeK Band 5, 324, 326; ebenso LG Bielefeld ZeK 3, 417). Welcher Auffassung zu folgen ist, kann dahinstehen. Jedenfalls hat die etwaige Ungültigkeit der Absätze 1 und 2 des Art. 1 nicht zur Folge, daß auch die Zuständigkeitsbestimmung des Abs. 3 dieser Vorschrift nicht mehr zu beachten ist. Aus der Nichtigkeit einzelner Vorschriften folgt die Nichtigkeit des ganzen Gesetzes nur dann, wenn sich aus dem objektiven Sinn des Gesetzes ergibt, daß die übrigen mit der Verfassung zu vereinbarenden Bestimmungen keine selbständige Bedeutung haben; ferner dann, wenn die verfassungswidrigen Vorschriften Teile einer Gesamtregelung sind, die ihren Sinn und ihre Rechtfertigung verlöre, wenn man einen ihrer Bestandteile herausnimmt (BGHZ 16, 192, 198; 26, 91, 93, 94; Bundesverfassungsgericht BVerfGE 8, 274, 301). Zutreffend hat aber das Berufungsgericht ausgeführt, daß Abs. 3 der bezeichneten Vorschrift kein unselbständiges Annex zu den Absätzen 1 und 2 bildet. Er eröffnet vielmehr für alle Interessentenklagen unabhängig von einer vorausgegangenen Entscheidung der Staatsaufsichtsbehörde den Verwaltungsrechtsweg. Das Gesetz hat also auch bei etwaiger nachträglicher Unwirksamkeit der Absätze 1 und 2 des Art. 1 durchaus seinen Sinn und seine Rechtfertigung behalten, indem es, an die Regelung der Baulast hinsichtlich der Schulge-

bäude anknüpfend, statt des Zivilrechtsweges den Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Irrig ist die Auffassung der Revision, diese Zuständigkeitsregelung sei, wie überhaupt die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf die Staatsaufsicht, darauf zurückzuführen, daß der Staat die Aufsicht über die Kirchen beansprucht habe. Die Regelung beruht, wie bemerkt, auf sachlichen Erwägungen. Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, daß die Verweisung dieses Sachgebietes an die Verwaltungsgerichte zweckmäßig und sachdienlich sei. Mit der Ausübung der Staatsaufsicht über die Kirchen hat dies nichts zu tun, wie auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht als Ausfluß der Staatsaufsicht bezeichnet werden kann. Als unmittelbar nach der Gründung des Verfassungsstaates die Forderung auf Einsetzung einer unabhängigen Rechtsschutzinstanz auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes erhoben wurde, wurden zum Schutze des subjektiven Rechtes nach dem Vorbild der Justiz wie zur Erfüllung des rechtstaatlichen Verlangens nach einer gesetzmäßigen Verwaltung die Verwaltungsgerichte als Verwaltungsrechtspflegeinstanzen geschaffen (O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht 2. Auflage, Bd 1 S. 134; Meyer-Dochow, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 4. Aufl. S. 69 ff; Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. S. 236 ff; vgl. auch Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Aufl. Bd I S. 470 ff). Die Verwaltungsgerichtsbarkeit bildet eine Stütze gegen die Staatsaufsicht; sie kontrolliert die staatsaufsichtlichen Verfügungen auf ihre Gesetzmäßigkeit; sie stellt nicht, wie die Revision meint, den verlängerten Arm der Staatsaufsicht dar.

Wollte man aber der Auffassung folgen, das Gesetz sei insgesamt mit dem Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes

unwirksam geworden - die Gültigkeit des gleichlautenden oben erwähnten Art. 17 des Gesetzes vom 8. April 1924 ist während der Weimarer Zeit vom Reichsgericht ohne Begründung bejaht worden (RGZ 110, 160) - so wäre doch mit dem Oberlandesgericht Celle (ZeK Bd 5, 312, 314) anzunehmen, daß die Zuständigkeit der Gerichte kraft Tradition (§ 13 GVG) durch das Gesetz vom 24. November 1925 für dieses Teilgebiet zunächst beseitigt war. Mit dem etwaigen Unwirksamwerden dieses Gesetzes wäre aber die Zuständigkeit der Gerichte nicht von selbst wiederhergestellt worden. Denn auch diese Zuständigkeit beruhte, wie das Oberlandesgericht Celle zutreffend bemerkt, auf dem Rechte, nämlich dem Gewohnheitsrecht. Da sich aber ein neues Gewohnheitsrecht nicht gebildet hat, wonach die gerichtliche Zuständigkeit wieder gegeben sei, verbliebe es, soweit es sich um öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten zum Bau oder zur Unterhaltung von Kirchen, Pfarrhäusern oder Küstergebäuden handelt, bei der nunmehr maßgebenden Regelung der Verordnung Nr. 165 der Britischen Militärregierung. Danach ist aber für solche Streitigkeiten die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit gegeben.

2. Es kommt daher für die in der Revisionsinstanz allein zu prüfende Frage der Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs nur darauf an, ob der geltend gemachte Anspruch eine öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit zur Unterhaltung des Turms der Pfarrkirche zur Grundlage hat. Dabei ist, wenn Art. 1 Abs. 3 des preußischen Gesetzes vom 24. November 1925 von öffentlich-rechtlicher Verbindlichkeit spricht, dieser Begriff nach neuerer Auffassung über das Wesen der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung im Gegensatz zu einer zivilrechtlichen Verbindlichkeit auszu-

legen. Dafür, daß der Gesetzgeber des Jahres 1925 unter der öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeit etwa das verstanden wissen wollte, was derselbe Begriff in § 47 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 (GS 237) ausdrücken sollte, dem Art. 1 des Gesetzes von 1925 nachgebildet ist, gibt weder der Gesetzeswortlaut noch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes einen ausreichenden Anhalt. § 47 des genannten Zuständigkeitsgesetzes handelt von der Pflicht zum Bau und zur Unterhaltung einer der Erfüllung der allgemeinen Schulpflicht dienenden Schule, trifft mithin eine Regelung auf einem Sachgebiet, das sich von dem hier in Frage stehenden schon deshalb wesentlich unterscheidet, weil hier außer dem staatlichen Recht meist auch das Kirchenrecht der beiden großen Religionsgemeinschaften zu beachten ist. Dem Berufungsgericht ist bei dieser Sachlage zu folgen, daß der Gesetzgeber, wollte er 1924/1925 mit dem Begriff der öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeit die Vorstellungen des Jahres 1883 hierüber für maßgebend erklären, dies ausdrücklich hätte bestimmen müssen.

Die Frage, ob es sich im vorliegenden Fall um eine öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit zur Tragung der Baulast am Kirchturm handelt oder nicht, entscheidet sich aus der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem die Klägerin ihr Feststellungsbegehren ableitet. Maßgebend ist ihr tatsächliches Vorbringen, nicht ihre rechtliche Würdigung. Sie leitet das geltend gemachte Recht aus Herkommen ab, das durch langjährige seit dem 14. Jahrhundert beständige Übung, in der ein Anerkenntnis zum Ausdruck komme, entstanden sei und wie ein Vertrag das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien regele. Das Berufungsgericht hat nun

im einzelnen dargetan, daß das Gemeine Recht vertragser-
setzende Herkommen als Rechtstitel anerkenne und daß
im Gebiet des ehemaligen Herzogtums B , in dem der
Ort N liegt, subsidiär das Gemeine Recht
bis zum 1. Januar 1810, dem Inkrafttreten des Code Civil,
gegolten habe. Diese Ausführungen sind frei von Rechts-
irrtum und werden auch von der Revision nicht angegrif-
fen. Sie unterliegen der revisionsgerichtlichen Nachprü-
fung (§ 549 Abs. 1 ZPO), weil der Geltungsbereich des im
Herzogtum B geltenden Landesrechtes sich über den
Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckte. Das Her-
zogtum B umfaßte den Stadt- und Landkreis Düsseldorf,
die Kreise M , E , L , S , O
den S , den Kreis M , die Bür-
germeistereien M , W und E
(Maurenbrecher, Die Rheinpreußischen Landrechte, 1830,
Band 1 S. 119, 120). Teile des Herzogtums B liegen
demnach im heutigen Oberlandesgerichtsbezirk Köln, andere
im Oberlandesgerichtsbezirk Düsseldorf.

Der Klagegrund des Herkommens findet im Gemeinen Recht
auf bürgerlich-rechtlichem wie auch auf öffentlich-recht-
lichem Gebiete Anwendung (OLG Celle ArchfkkR Band 93, 130).
Daß ein Herkommen den Verpflichtungsgrund für ein Klage-
begehren bildet, besagt demnach noch nichts darüber, ob
der Anspruch privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher
Natur ist. Da nun die behauptete, sich über Jahrhunderte
erstreckende Übung, bestehend in der Übernahme der Unter-
haltungskosten für den Turm der Kirche, das Rechtsverhält-
nis zwischen den Beteiligten so geregelt haben soll, als
wäre ein Vertrag abgeschlossen worden, so wirft sich die
Frage auf, welche Rechtsnatur der Vertrag gehabt hätte,
wenn nach Vollendung des Kirchenbaues die Beteiligten eine

gleiche Regelung der Baulast hinsichtlich des Turmes vertraglich getroffen hätten. Die Rechtsnatur eines solchen Vertrages muß dann auch für das Herkommen maßgebend sein. Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man der Rechtsauffassung folgt, wonach, soweit ein Herkommen in Betracht kommt, das Recht nicht erst durch Fristablauf geschaffen wird, sondern als von altersher begründet gilt und die ständige Übung nach den Regeln des Gemeinen Rechts nur eine Vermutung der rechtmäßigen Entstehung begründet (vergl. OLG Celle aaO 133). Auch in diesem Falle ist die Rechtsnatur der ursprünglichen Übereinkunft maßgebend. Nach heutiger Auffassung, die allein entscheidend sein kann, kommt es aber für die Bestimmung der Rechtsnatur eines Vertrages auf den in ihm behandelten Gegenstand an (Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Auflage S. 255; Pohle MDR 1959, 824/5; OVG Münster DÖV 1957, 374). Die Prüfung unter diesem Gesichtspunkte ergibt, daß das Rechtsverhältnis, aus dem die Feststellung begehrt wird, dem öffentlichen Recht angehört.

Durch den - gedachten - Vertrag hätten die Beteiligten die Kirchenbaulast, also ein kirchliches und damit ein öffentlichrechtliches Verhältnis untereinander geregelt. Dabei wird mit der Klägerin unterstellt, daß die Beklagte Rechtsnachfolger jener Gemeinschaft (communitas loci) ist, welche im Laufe der Jahrhunderte die Zahlungen leistete und im Falle der vertraglichen Vereinbarung der Partner der Klägerin gewesen wäre. Beide Vertragsteile wären aber nach dem damals geltenden Rechte mindestens zur subsidiären Kirchenbaulast verpflichtet gewesen: Die Klägerin durch die von ihr re-

präsentierte Kirchenstiftung (Kirchenfabrik), ihr - gedachter - Vertragspartner als Gesamtheit der Parochianen; die Gemeinschaft (communitas loci) stellte nämlich bei der damaligen Glaubenseinheit die Gesamtheit der Pfarrangehörigen dar. Zwar gab es bis zum Konzil von Trient, also bis zur Mitte des 16. Jahrhunderts kein allgemeines Kirchengesetz, das die Pfarrangehörigen zur Baulast an Kirchen verpflichtete. Doktrin und örtliches Gewohnheitsrecht haben aber unter Berufung auf das Alte und Neue Testament den Grundsatz der subsidiären Baulast der Parochianen von jeher festgehalten (Permaneder, Die kirchliche Baulast, 1890 S 27. Fussn 46). Friedberg (Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts, 2. Auflage 1884 S 424 mit Fussn 10) fügt dem unter Hinweis auf einen Richterspruch aus dem 14. Jahrhundert hinzu, die wegen mangelnder Organisation fast wehrlosen Landgemeinden seien vielfach sogar zur primären Baulast herangezogen worden. Da sie Aufforderungen, die erforderlichen Reparaturen zu übernehmen, in der Regel nicht unbeachtet ließen, entwickelten sich Observanzen, die eine Baulast der Parochianen (Gemeinden) vorsahen (Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts 1833 S 806 mit Nachweisen). Wenn nun im gedachten Falle die Gemeinschaft der Pfarrangehörigen - eine Kirchengemeinde im heutigen Sinne gab es damals nicht - mit der von der Klägerin repräsentierten Kirchenstiftung eine Vereinbarung über die Verteilung der Baulast getroffen hätte, wonach die Gemeinschaft den Turm zu unterhalten habe, das Fabrikvermögen insoweit also von der Baulast befreit werde, so wäre demnach die Gemeinschaft der Pfarrangehörigen kein unbeteiligter Dritter gewesen, der aus freiem Entschluß eine fremde Verpflichtung übernommen hätte; es hätte sich vielmehr um eine Vereinbarung zwischen Partnern gehandelt,

die, wie dargelegt, zur Baulast hätten herangezogen werden können. Die Vereinbarung hätte sich also auf ein im kirchlichen Recht begründetes Rechtsverhältnis bezogen; aus ihr abgeleitete Verpflichtungen gehören nicht dem bürgerlichen Rechte an (vergl. RGZ 125, 186).

Mit einem ähnlichen Sachverhalt hat sich übrigens schon der preußische Revisions- und Cassationshof in seinem Urteil vom 1. März 1853 (RheinArch Bd 48 Abt 2 A Seite 61) befaßt. Eine im ehemaligen Herzogtum Berg gelegene Kirchengemeinde verlangte damals von der Zivilgemeinde Erstattung der Kosten für eine Ausbesserung des Kirchturms. Der Gerichtshof stellte (aaO S. 69) fest, daß im Bergischen Lande ein Brauch bestehe, wonach die Gemeinde den Turm, der Pastor den Chor und der Zehntherr das Kirchenschiff zu unterhalten habe. Er sprach dabei die Auffassung aus, es handle sich hier um kirchliche Verhältnisse, die Beitragspflicht der Gemeinde sei eine kirchliche, nicht eine bürgerliche Last der Gemeinde. Um dieselbe kirchliche, nicht bürgerliche Last hätte es sich aber gehandelt, hätten die Beteiligten nach Erstellung der Kirche ein Abkommen über die Tragung der Baulast am Kirchturm getroffen.

Was aber für den Rechtscharakter der - gedachten - vertraglichen Übereinkunft gilt, trifft dann auch für das von der Klägerin behauptete Herkommen zu, das wie ein Vertrag diesen dem kirchlichen Gebiet angehörenden Gegenstand behandelt haben soll.

Der öffentlich-rechtlichen Natur des Herkommens entsprächen auch die Zwecke, für die die Rechtsvorgänger der Beklagten nach den Angaben der Klägerin den Kirch-

turm benutzten. Danach diente er als Wachturm und in Zeiten der Gefahr als Wehrturm für die Ortsansässigen; im Turm wurden nach dem Vortrag der Klägerin Bücher und die Gerichtskiste verwahrt; im Turmeingang wurde, wie vielfach auch von anderen Orten bezeugt ist, Gericht gesprochen. Die Glocken des Turmes wurden zur Erfüllung der Aufgaben der Gemeinschaft im außerkirchlichen Raum benutzt. Mit der Übernahme der Baulast für den Turm sicherte sich somit die Gemeinschaft die Möglichkeit, zur damaligen Zeit besonders wichtige Aufgaben zu erfüllen: Sicherung des Rechtsfriedens, Verteidigung der Gemeinschaft. Daß es sich hierbei nicht um einen vereinzelter Vorgang handelt, ergibt sich aus dem Schrifttum zur Baulast an Kirchtürmen. Müller (Lexikon des Kirchenrechts 1842 S. 138) berichtet, daß der Turm gewöhnlich zum Teil auf Kosten der Gemeinde, zum Teil auf Kosten der Kirche erbaut worden sei. Es sei aber auch möglich, daß der Turm allein von der Gemeinde hergestellt und unterhalten werden müsse, weil die Religion und der Kult an sich ihrer entbehren könnten und sie mehr zum Gebrauch der Gemeinden dienten. Meurer (Bayerisches Kirchenvermögensrecht Band 3 S. 467 ff) will zwar einen in einem dörflichen Weistum aufgestellten Satz: "Der Turm soll, wie an allen Orten, von der Gemein gebaut werden", nicht verallgemeinern, weist aber nach, daß nach vielen deutschen Partikularrechten der Kirchturm von der Gemeinde zu unterhalten sei, wobei es sich seiner Meinung nach um die Kirchengemeinden handelt. Im Herzogtum B bestand, wie bereits bemerkt, ein allgemeiner Brauch, daß den Kirchturm die Gemeinden zu erneuern und auszubessern hätten. Dies bezeugt die Verordnung des Kurfürsten Johann Wilhelm von B. vom 10. September 1711 (abgedruckt bei Schilgen,

Das Kirchenvermögensrecht und die Vermögensverwaltung 1891 Band 1 S. 61 Fußn. 6); danach gilt in Bergischen Landen "ein allgemein löblicher, durch die statuta Synodalia und andere Constitutiones bestätigter Landesbrauch und fundierte Regul, daß die Gemeinde den Thurm und Abhäng zu unterhalten und repariren schuldig sei". Als im Jahre 1733 Streit wegen der Heranziehung zu den Unterhaltungskosten eines Kirchturms entstand, berichtete die Landesregierung in Düsseldorf dem Landesherrn: der "Thurm diene der politischen Gemeinde ebenso wie die Glocken bei Feuersalarm, Empörung, Ankündigung von Jagden und Haltung von Gerichten, Beerdigung der Todten beider Religionen und Anzeige der Zeit durch die Kirchenuhr"; deshalb mußten hinsichtlich des Turms der katholischen Pfarrkirche "auch die Evangelischen in Gemäßheit des Landesbrauches nicht in Rücksicht ihrer Confession, sondern als Mitglieder der dortigen Civilgemeinde zu den Beiträgen herangezogen werden" (RheinArch aaO S. 66).

Ergibt sich sonach aus allen diesen Erwägungen, daß die begehrte Feststellung nach dem Vorbringen der Klägerin auf einem öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsgrund beruht, so bedarf es nicht mehr des Eingehens auf jene Gründe, die das Oberlandesgericht weiterhin für seine Auffassung vorgetragen hat. Daher erübrigt sich auch die Beantwortung der Revisionsangriffe, die sich gegen diesen Teil der Urteilsbegründung richten.

Die Revision kann mithin keinen Erfolg haben, soweit sie die Zulässigkeit des Rechtsweges erstrebt. Gemäß § 81 BVerwGG muß jedoch der Senat, ohne daß ein Antrag der Klägerin erforderlich ist, die Sache an das zuständige Verwaltungsgericht verweisen, dem auch die Entschei-

· dung über die Kosten des landgerichtlichen Verfahrens obliegt. Die Kosten der Berufung und der Revision hat dagegen die Klägerin zu tragen, da ihre beiden Rechtsmittel im Ergebnis keinen Erfolg hatten (BGHZ 11, 43, 57; 12, 52, 70).

Dr. Tasche

Dr. Augustin

Dr. Freitag

Mattern

Offterdinger