Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 48 (1929)

Heft: 4

Artikel: Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis

Autor: Im Hof, A.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895846

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 25.03.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis.

Von A. IM HOF, Basel.

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Vorbemerkungen 233a

§ 1. Das öffentliche Recht als Grundlage des Dienstverhältnisses 235a

§ 2. Begriff der öffentlichen Bediensteten 246a

Die Begründung des öffentlichen Dienstverhältnisses.

§ 3. Die Anstellungsverfügung 254a

§ 4. Rechtswirkungen der Anstellungsverfügung 272a

a) Beginn und Dauer der Anstellung 272a

b) Zulassung zum Amt und Anspruch auf den Bestand des Dienstverhältnisses 276a

c) Änderung des bestehenden Dienstverhältnisses . 286a

Die Pflichten und die Verantwortlichkeit der öffentlichen Bediensteten.

§ 5. Uneigentliche Dienstpflichten 289a

§ 6. Inhaltliche Bestimmung der Dienstpflicht 291a

a) Schranken der Dienstpflicht 291a

b) Treupflicht 293a

c) Bestimmung der Dienstpflichten im einzelnen . . 301a

aa) Bestimmung nach dem Gegenstande 302a

bb) Bestimmung des Verhaltens des Bediensteten 305a

§ 7. Mittel zur Bestimmung der Dienstpflichten 317a

a) Gesetz, Verfügung und Dienstbefehl 317a

b) Der Dienstbefehl insbesondere 321a

c) Die dienstliche Erlaubnis 331a

Seite

§ 8. Schutz vor der Überspannung der Dienstpflicht . . 333a

§ 9. Erzwingung des dienstlichen Gehorsams und dienstliche Verantwortlichkeit 338a
a) Dienstaufsicht 338a
b) Disziplinarstrafe 340a

§ 10. Vermögensrechtliche und strafrechtliche Verantwortlichkeit 354a

Die Rechte der Bediensteten.

§ 11. Persönliche Rechte 366a

§ 12. Vermögensrechtliche Ansprüche 371a
a) Besoldung 371a
b) Andere Vermögensrechte 382a
c) Vermögensleistungen ohne Rechtsanspruch . . . 390a
d) Tilgung, Abtretung und Rückforderung von Vermögensleistungen 391a
e) Streitigkeiten 396a

Die Beendigung des Dienstverhältnisses.

§ 13. Ablauf und Untergang des Dienstverhältnisses . . 402a

§ 14. Die Entlassung 409a

§ 15. Rechtswirkungen der Beendigung des Dienstverhältnisses 417a
a) Fortdauer von Rechten und Pflichten 417a
b) Vermögensrechtliche Ansprüche aus der Beendigung des Dienstverhältnisses 418a
aa) Der Entschädigungsanspruch 419a
bb) Die Versorgungsansprüche 423a

§ 16. Das Verhältnis der Verfahren zur Entscheidung über Verantwortlichkeit und über Vermögensansprüche . 434a

Vorbemerkungen.

Mit dem Rechte des öffentlichen Dienstverhältnisses hat sich der Schweizerische Juristenverein schon zweimal befasst, indem er die Verantwortlichkeit der öffentlichen Beamten diskutierte.[1]) Das Dienstverhältnis selber war bisher noch nie Gegenstand seiner Beratungen. Wenn es für das Jahr 1929 auf die Traktanden der Jahresversammlung gesetzt wurde, so geschah das nicht in Verfolgung der Tradition, wonach der Verein seine Aufmerksamkeit namentlich der Fortbildung des Bundesrechtes zuwendet. Denn erst vor kurzem hat der Bundesgesetzgeber die Regelung des öffentlichen Dienstverhältnisses für seinen Bereich bestimmt. Das Bundesgesetz vom 30. Juni 1927 über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten ist seit dem 1. Januar 1928 in Wirksamkeit. Den Referenten wurde nicht die Aufgabe gestellt, dieses Gesetz einer juristischen Betrachtung zu unterwerfen. Das Thema ist weiter gefasst worden: es soll die rechtliche Natur des öffentlichen Dienstverhältnisses im allgemeinen zur Erörterung kommen, wie sie sich nach den Anschauungen des schweizerischen Rechtes darstellt.

In den folgenden Darlegungen versucht nun ein Praktiker, die Grundzüge dieses Rechtsinstitutes zu schildern, indem er sich für die Exemplifikation in der Hauptsache an das Bundesbeamtengesetz hält.[2]) Er ist dabei

---

[1]) Zeitschrift für Schweiz. Recht, n. F. 7, 481 (1888), Referat von E. Ziegler (über die direkte oder subsidiäre Verantwortlichkeit des Staates und der Gemeinden für Versehen und Vergehen ihrer Beamten und Angestellten). Gleiche Zeitschrift, 31, 601 ff. (1912), Referate von Hans Kaufmann und C. Ott (über die Revision des eidg. Verantwortlichkeitsgesetzes vom 9. Dez. 1850).

[2]) Das Gesetz wird hier zitiert als Bundesbeamtengesetz (BBeamtenGes.). Für das Dienstverhältnis der Bundesbeamten ist sodann von wesentlicher Bedeutung das Bundesgesetz vom 30. Sept. 1919 über die Versicherungskasse für die eidg. Beamten, Angestellten und Arbeiter, sowie die Statuten dieser Versicherungskasse vom 6. Okt. 1920. Die Statuten werden zitiert: Statuten

im Elementaren und im Allgemeinen steckengeblieben, offenbar darum, weil das Elementare und das Allgemeine in der Praxis die grössten Schwierigkeiten bereiten. Der Leser darf nicht erwarten, über das materielle Recht der öffentlichen Dienstverhältnisse irgendwie erschöpfende Auskunft zu erhalten. Er wird nur einen Überblick über die Gesichtspunkte und Interessen finden, die bei der materiellen Regelung in Betracht fallen und von der Rechtsordnung berücksichtigt zu werden pflegen, und dabei sind erst noch einzelne Gebiete nicht eingehend behandelt worden. So namentlich, mit Rücksicht auf die früheren Arbeiten des Vereins, das Gebiet der Verantwortlichkeit. Ähnlich hat Hans Müller den gleichen Gegenstand behandelt.[3]) Die vorliegende Darstellung möchte näher auf die rechtliche Struktur des öffentlichen Dienstverhältnisses eingehen, als Müller das getan hat. Sie folgt darin in der Hauptsache der Lehre von Fritz Fleiner.[4])

Die Terminologie macht beim öffentlichen Dienstverhältnis Schwierigkeiten. In dieser Arbeit wird die Person, die ein solches Dienstverhältnis eingeht, als „öffentlicher Bediensteter" bezeichnet; so hässlich diese Bezeichnung ist, erscheint sie allein als geeignet,

---

der Versicherungskasse. Gelegentlich wird auf das baselstädtische Recht Bezug genommen: Gesetz betr. die Dienstverhältnisse und die Besoldungen der Beamten, Angestellten und Arbeiter des Kantons Basel-Stadt vom 25. Nov. 1926 (Beamtengesetz); Gesetz betr. die Pensionierung der Staatsangestellten, vom 9. Febr. 1922 (Pensionsgesetz).

[3]) Hans Müller, Staatsarbeiter- und Beamtenrecht in der Schweiz (Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Jahrg. 1919, S. 168 ff., Jahrg. 1920, S. 5 ff. — Selbständig erschienen als Heft 21 der Beiträge zur schweizer. Verwaltungskunde, hg. von der Schweizer. Staatsschreiber-Konferenz, Zürich, Orell Füssli, 1919).

[4]) Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928 (Inst.); Bundesstaatsrecht, S. 236 ff.; Beamtenstaat und Volksstaat, Festgabe für Otto Mayer, 1916; die Umbildung

für alle Dienstverhältnisse angewendet zu werden, die nach öffentlichem Rechte zu beurteilen sind. Spricht man von öffentlichen Beamten, so bleibt stets zweifelhaft, ob dieser Ausdruck nur die Personen umfassen solle, die im engern Sinn als Beamte betrachtet werden, oder ob darunter auch Angestellte und Arbeiter zu verstehen seien, deren Dienstverhältnis öffentlichrechtlich geregelt ist. Im Gegensatz zum öffentlichen Bediensteten wird die Person, die in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis steht, als (Vertrags-) Dienstpflichtiger bezeichnet.

§ 1. Das öffentliche Recht als Grundlage des Dienstverhältnisses.

I. Dass es ein Dienstverhältnis gibt, in welchem die Rechtsbeziehungen zwischen dem Dienstherrn und dem Dienstpflichtigen grundsätzlich nach öffentlichem Rechte beurteilt werden, das wird durch die Geltung ausführlicher Beamtengesetze praktisch ausser Zweifel gesetzt. Diese Gesetze erheben den Anspruch, für die von ihnen geordneten Dienstverhältnisse die massgebenden Rechtssätze erschöpfend festzusetzen, und jedenfalls die Anwendung der Privatrechtsordnung auszuschliessen. Sie regeln dabei das Rechtsverhältnis zwischen dem Gemeinwesen und den Personen, deren Dienste es für die Erfüllung seiner Verwaltungsaufgaben in Anspruch nimmt; und wenn es zutrifft, dass die Aufgabe des öffentlichen Rechtes in der Bestimmung der Rechtsbeziehungen zwischen ungleichen

---

zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, Tübingen 1907. Reiche Anregung wird ferner dem Deutschen Verwaltungsrecht von Otto Mayer verdankt (2. Aufl. des 2. Bandes 1917).

Für den Überblick über das kantonale Beamtenrecht ist auf Schollenberger, Grundriss des Staats- und Verwaltungsrechts der Schweizer Kantone, Band I, S. 111 ff. zu verweisen. Aus der bundesrechtlichen Literatur vgl. Escher, Schweizer. Bundesbeamtenrecht, 1903; Henri Ott, Théorie juridique de la fonction publique fédérale, 1915.

Rechtssubjekten besteht, nämlich in der Bestimmung der Beziehungen zwischen dem Gemeinwesen und den Einzelnen, so bildet das Dienstverhältnis, das hier untersucht werden soll, einen der Gegenstände, deren Zugehörigkeit zum öffentlichen Rechte am wenigsten zweifelhaft sein kann. Die Frage, ob es gerechtfertigt sei, zwischen öffentlichem Rechte und Privatrecht zu unterscheiden, wird hier unerörtert gelassen. Die Unterscheidung ist in der Schweiz durch das positive Recht anerkannt, und zwar nicht nur allgemein in Art. 6 des Zivilgesetzbuches, sondern insbesondere gerade für das öffentliche Dienstverhältnis in Art. 362 des Obligationenrechtes. Sie ist eines der hauptsächlichsten Mittel, deren sich das schweizerische Staatsrecht für die Verteilung der Zuständigkeit zwischen dem Bunde und den Kantonen bedient; sie darf deshalb ohne weitere Prüfung angewendet werden.

Die Zugehörigkeit des öffentlichen Dienstverhältnisses zum Gebiete des öffentlichen Rechtes ist denn auch von der Rechtsprechung des Bundesgerichts von Anbeginn angenommen worden.[5]) Zweifel haben lange Zeit nur in der Richtung obgewaltet, ob das öffentliche Recht alle Beziehungen ergreife, die den Beamten mit dem Gemeinwesen verbinden, oder ob nicht vielmehr für einzelne Beziehungen das Privatrecht gelte. Auch dieser Zweifel ist durch die neuere Entwicklung der Praxis und der Gesetzgebung beseitigt worden.[6]) Die rechtliche Natur eines Dienstverhältnisses zu bestimmen, das von der öffentlichen Verwaltung begründet wird, konnte allerdings nicht leicht fallen, solange der Gesetzgebung darüber nichts weiter zu entnehmen war, als etwa die Bezeichnung einer Reihe von Ämtern, welche von der Verwaltung für die Besorgung der öffentlichen Geschäfte besetzt werden sollen, die Bestimmung der Geldbeträge, über die sie für die Besoldung der Amtsinhaber verfügen könne,

---

[5]) Klar insbesondere z. B. BGE 12, 697, 13, 526.

[6]) Entscheidend BGE 46, I, 149.

und die Bestimmung der zulässigen Anstellungsdauer. In stetiger Entwicklung hat sich nun aber die Gesetzgebung mit der nähern Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses befasst und es klar als ein selbständiges Institut des öffentlichen Rechtes ausgebildet. Das ist auch für die Gemeinwesen nicht ohne Bedeutung geblieben, die dieser Entwicklung nicht gefolgt sind; denn im Grunde hängt die Anerkennung des öffentlichen Dienstverhältnisses nicht davon ab, ob es in der Gesetzgebung eine solche Ausgestaltung erfahren habe oder nicht: diese Ausgestaltung erlaubt es nur eher, seine Grundzüge auch da zu erkennen, wo sie noch fehlt. Und dazu trägt wesentlich der Umstand bei, dass auch in den Gemeinwesen mit ausgebildetem Beamtenrechte keineswegs alle öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisse von den gesetzlichen Vorschriften betroffen werden, dass vielmehr danebenher andere Dienstverhältnisse bestehen, für die die besondern gesetzlichen Normen nicht massgebend sind, die sich aber dennoch als vom öffentlichen Rechte beherrscht erweisen.

Dass es aber einem Kanton freisteht, das Dienstverhältnis seiner Beamten grundsätzlich dem Privatrechte zu unterstellen, bedarf keines Nachweises; auf diese Möglichkeit wird in den folgenden Darlegungen keine Rücksicht genommen.

II. Auf das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis finden — wenn nicht ausdrücklich eine andere Anordnung besteht — die Grundsätze des Obligationenrechts keine Anwendung, auch nicht als subsidiäres Recht für den Fall, dass für das konkrete Verhältnis keine allgemeinen gesetzlichen Normen vorhanden sind.[7]) Die Grundsätze des öffentlichen Rechtes gelten vielmehr ausschliesslich. Freilich wird sich im Verlauf der Darstellung zeigen, dass doch die Normen des Zivilrechts auch beim öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis von Bedeutung werden kön-

[7]) Anderer Meinung: Müller, Staatsarbeiter- und Beamtenrecht.

nen. Einmal enthält das Zivilrecht Grundsätze, die ihm nicht eigen sind, sondern die ganze Rechtsordnung beherrschen. Zweitens lassen sich aus der Regelung des zivilrechtlichen Dienstvertrages nach manchen Richtungen Anhaltspunkte dafür gewinnen, welcherlei Anforderungen die öffentliche Verwaltung an ihre Bediensteten stellen darf, ohne an Schranken ihres freien Ermessens zu stossen. Und endlich kann aus dem Umstande, dass für Institute des Beamtenrechts Begriffe verwendet werden, die aus dem Zivilrecht herübergenommen worden sind, die analoge Anwendbarkeit obligationenrechtlicher Regeln hervorgehen.[8]) Dies gilt in hervorragendem Masse für die Verantwortlichkeit und den Schadenersatz.[9])

Soweit die Gestaltung des öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses nicht durch besondere Rechtsnormen des öffentlichen Rechtes bestimmt wird, steht sie der öffentlichen Verwaltung im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung frei: dieser Rahmen ist für die Entscheidung der Frage massgebend, wieweit sie auf Grund der Zustimmung des Gewählten dessen Freiheit durch ihre Verfügungen zu beschränken imstande ist. Wenn das Obligationenrecht die Verbindlichkeiten des Dienstpflichtigen durch Gegenrechte auszugleichen sucht, die er gegenüber dem Dienstherrn soll geltend machen können, so rechnet es damit, dass dem Dienstpflichtigen ein Privater gegenübersteht, der die Leistungen des Dienstpflichtigen zu seinen individuellen Zwecken in Anspruch nimmt. Die öffentliche Verwaltung steht ihren Bediensteten in einer andern Stellung gegenüber. Für ihre Zwecke kann nicht nur ein höheres Mass von Verpflichtungen als gerechtfertigt erscheinen, sondern auch geringeres Mass von Gegenrechten des Bediensteten. Denn es besteht

---

[8]) Vgl. hierzu E. Blumenstein, Die Bedeutung zivilrechtlicher Begriffe für das moderne Steuerrecht. Festgabe an Eugen Huber 1919.

[9]) Vgl. BGE 50 II 379.

zwischen der Lage, in die der Dienstpflichtige dem privaten Dienstherrn gegenüber gerät, und der Lage des öffentlichen Bediensteten gegenüber dem Gemeinwesen der grosse grundlegende Unterschied, dass sich die ganze Tätigkeit des Gemeinwesens unter öffentlicher Verantwortlichkeit vollzieht. Diese Verantwortlichkeit gewährleistet die Beobachtung der rechtlichen Ordnung sowohl als die zweckmässige Führung der Geschäfte. Sie bietet daher auch demjenigen Bürger Schutz, der sich zur Verteidigung seiner persönlichen Interessen nicht auf ein subjektives Recht zu berufen vermag. Dass die öffentlichen Behörden für ihre Verfügungen verantwortlich sind, kommt insbesondere dem öffentlichen Bediensteten auch dann zugute, wenn für sein Dienstverhältnis nicht die gleichen Garantien bestehen, wie sie das Obligationenrecht dem privaten Dienstpflichtigen gewährt. Die Verantwortlichkeit bewirkt, dass mit den öffentlichen Bediensteten nach Billigkeit verfahren wird, auch wo sie keine Rechtsansprüche zu erheben vermögen. Freilich nützt dies dem einzelnen nichts, dem gegenüber die vorgesetzten Behörden diese Billigkeit nicht walten lassen. Aber auch er hat in der Beschwerde und schliesslich im Petitionsrecht reichlich Gelegenheit, seinen Wünschen Beachtung zu verschaffen. — Sodann ist nicht zu übersehen, dass die Bediensteten auf solchen Wegen nicht nur vielfach Vorteile erlangen, die sie nicht beanspruchen könnten, sondern auch von Nachteilen verschont bleiben, die sie von Rechts wegen erleiden müssten. Es mag nur an die Handhabung des Disziplinarverfahrens und der Schadensersatzpflicht erinnert werden, die häufig ausserordentlich mild ist. — Mit diesen Erörterungen soll natürlich nicht bewiesen werden, dass ein sachgemässer Ausbau des öffentlichen Beamtenrechtes überflüssig sei. Die Tendenz der Beamtengesetzgebung geht zweifellos dahin, die Rechtsstellung der öffentlichen Bediensteten stärker zu sichern, als es das Obligationenrecht getan hat. Aber neben den durch diese Gesetzgebung eingehend geordneten Dienstverhält-

nissen stösst man unvermittelt immer wieder auf solche, für die die entsprechenden Rechtsnormen fehlen und bei denen man daher in Versuchung gerät, auf die Normen über das privatrechtliche Dienstverhältnis, als die allgemeinern, zurückzugreifen.

Wenn dies grundsätzlich abzulehnen ist, so lässt sich andrerseits doch nicht verkennen, dass öffentlichrechtliche Dienstverhältnisse, für deren Durchführung nach allen möglichen Richtungen nur das freie Ermessen der Verwaltung massgebend wäre, praktisch nicht zu befriedigen vermöchten. Auch da, wo die Gesetzgebung ihre Normen ausdrücklich nur für bestimmte Kategorien von Bediensteten als massgebend erklärt, pflegt sie deshalb dafür zu sorgen, dass auch für andere Dienstverhältnisse eine klare Ordnung geschaffen werde. Sie verlangt zu diesem Zweck die Aufstellung von Verordnungen, die auf die ihren Normen nicht unterstellten Dienstverhältnisse unmittelbar Anwendung finden, oder sie verlangt, dass eine ausdrückliche Ordnung der wichtigsten gegenseitigen Rechtsbeziehungen getroffen werde, oder fordert die Aufstellung von Verwaltungsvorschriften, die bestimmen, wie solche Dienstverhältnisse geordnet werden sollen.[10]) Sind indessen die solchermassen vom Gesetze geforderten besondern Anordnungen unterblieben, so findet auch das Beamtengesetz weder subsidiär noch per analogiam Anwendung. Höchstens dann, wenn sich die ungleiche Behandlung als reine Willkür erwiese, vermöchte sich der Bedienstete ihrer zu erwehren.

Ausser dem Beamtenrechte ist auf das öffentliche Dienstverhältnis vielfach das öffentliche „Arbeitsrecht" anwendbar. Darunter ist der Inbegriff der Normen zu verstehen, die die „unselbständig Erwerbenden" im öffentlichen Interesse vor übermässiger Inanspruchnahme durch ihre Arbeitgeber schützen wollen. Die öffentlichen Be-

---

[10]) Vgl. BBeamtenGes., Art. 62.

diensteten können vom Gesetze aus verschiedenen Gründen zu diesen Schutzbedürftigen gerechnet werden. Wenn der Staat den Privaten in bezug auf die Ausnützung ihrer Arbeiter und Angestellten Beschränkungen auferlegt, die er mit der sozialen Lage der Dienstpflichtigen rechtfertigt, so geht es nicht ohne weiteres an, dass er sich selbst und die übrigen öffentlichen Körperschaften von diesen Beschränkungen ausnimmt, sofern auch er Bedienstete beschäftigt, die sich in derselben Lage befinden. Ihr Schutz muss ihm in gleicher Weise angelegen sein, wie der der Privatangestellten. Ausnahmslos lässt sich die Gleichbehandlung freilich nicht immer durchführen und braucht sie nicht immer durchgeführt zu werden: denn einerseits können stärkere öffentliche Interessen Abweichungen nötig machen, andererseits vermag der Staat, der die Gestaltung des öffentlichen Dienstverhältnisses in der Hand hat, den Schutz, den er für erforderlich erachtet, hier unter Umständen auf andere Weise zu erreichen, als gegenüber den Privaten. Das grosse Beispiel für das besprochene Verhältnis bildet die Geltung des eidg. Fabrikgesetzes für die Arbeiter der öffentlichen Anstalten, die sich als Fabriken charakterisieren, und die Geltung des Gesetzes über die Unfallversicherung für die öffentlichen Bediensteten, für die ihrer Beschäftigung nach ein Versicherungsbedürfnis besteht. Aber auch kantonale Arbeiterschutzgesetze schliessen die öffentlichen Bediensteten in den Kreis der Personen ein, auf die sie Anwendung finden wollen. Das Fabrikgesetz (Art. 20) berücksichtigt allerdings scheinbar die Möglichkeit gar nicht, dass die ihm unterstellten Personen öffentliche Bedienstete sein könnten, indem es neben seinen Vorschriften allein die des Zivilrechts als massgebend bezeichnet. Wollte man das wörtlich nehmen, so würde es heissen, dass das Personal der öffentlichen Fabrikbetriebe von Kantonen und Gemeinden auch dann nicht im öffentlichen Dienstverhältnis beschäftigt werden dürfte, wenn dessen Regelung den Forderungen des Fabrikgesetzes entspräche.

Diese Auslegung wäre aber nicht haltbar, weil das Gesetz in Art. 20 nur die Rechtsstellung der in Fabriken beschäftigten Arbeiter von der der Angestellten unterscheiden will.

III. Die Handhabung des öffentlichen Rechtes ist den Verwaltungsbehörden anvertraut und der Beurteilung durch den Zivilrichter entzogen. Selbst über die Existenz subjektiver öffentlicher Rechte und über die Existenz öffentlichrechtlicher Verpflichtungen haben die Verwaltungsbehörden im Streitfalle zu entscheiden, solange nicht die Einführung einer besondern Verwaltungsgerichtsbarkeit dem Bürger auch für solche Streitigkeiten den Zugang zu einem ausserhalb der Verwaltung stehenden Richter eröffnet. Das Fehlen eines Verwaltungsgerichts ist an sich kein Hindernis für eine Gestaltung des materiellen öffentlichen Rechtes, die die Verwaltung in bezug auf Rechte und Pflichten des einzelnen an feste Rechtssätze bindet, und für die Ausbildung von eigentlichen subjektiven Rechten auf diesem Gebiete. Denn die Verwaltungsbehörden sind im Rechtsstaate, so gut wie der Richter, dem Gesetze unterworfen; sie müssen, so gut wie der Richter, die subjektiven Rechte des Einzelnen respektieren. Ob ein subjektives Recht bestehe, ist eine Frage des materiellen Rechtes und ihre Beantwortung hängt grundsätzlich nicht davon ab, ob dem Berechtigten ein Rechtsschutzanspruch verliehen sei, der ihm die Anrufung des Richters ermöglicht. Indessen bleibt die Existenz eines Rechtsschutzanspruches für die Auslegung des materiellen Rechtes doch nicht ohne jede Bedeutung; namentlich dann nicht, wenn die Gesetzgebung über den Verwaltungsprozess zwischen Rechtssätzen unterscheidet, bei deren Verletzung der Richter angerufen werden kann, und solchen, bei deren Verletzung kein Richterspruch möglich ist. Man muss dann die subjektiven Rechte, die das materielle Recht dem einzelnen gewährt, als subjektive Rechte minderer Kraft ansehen, weil ihnen der Rechtsschutz versagt ist, der für gleichartige andere besteht;

sie werden in den Rang des blossen Reflexrechtes herabgedrückt. Freilich bleibt auch so ihre Verletzung nicht einfach irrelevant: die Personen, die sie verschulden, sind dafür zivilrechtlich, strafrechtlich und disziplinarisch verantwortlich, soweit eine solche Verantwortlichkeit für sie besteht. Aber das Wichtigere, dass die Rechtsverletzung selbst beseitigt wird, erreicht der Betroffene nicht. Das ist das grosse Bedenken gegen die Enumerationsmethode bei der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Ein ähnliches Verhältnis ergibt sich aber, wenn einzelne Rechtsbeziehungen, die vom öffentlichen Rechte beherrscht sind, der Beurteilung durch den Zivilrichter unterworfen werden. Es wird sich im Verlaufe der Darstellung zeigen, dass dies beim öffentlichen Dienstverhältnis vielfach der Fall ist. Lange bevor man an die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit gedacht hatte, erschien es als selbstverständlich, dass nur ein Richter — also der Zivilrichter — darüber entscheiden könne, ob der öffentliche Beamte einen Besoldungsanspruch besitze und ob ihm bei Beendigung des Dienstverhältnisses nicht unter Umständen eine Entschädigung zuzusprechen sei. Dabei ist der zweite dieser Fälle noch besonders dadurch ausgezeichnet, dass die Anerkennung der richterlichen Zuständigkeit einen materiellen Anspruch überhaupt erst begründet, da in den öffentlichrechtlichen Vorschriften von einer Entschädigung für ungerechtfertigte Entlassung usw. regelmässig nichts gesagt wird. Die Existenz dieser Rechtsschutzansprüche hat die Entwicklung des materiellen Beamtenrechtes stark beeinflusst, und zwar in dem Sinne, dass die materiellen Ansprüche, zugunsten deren der Rechtsschutz besteht, die einzigen subjektiven Rechte seien, die dem Bediensteten aus dem öffentlichen Dienstverhältnis erwachsen. Und dies hat bei der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Folge gehabt, dass zwar die Beurteilung dieser Ansprüche dem Zivilrichter entzogen und dem Verwaltungsrichter übertragen wurde, dass es aber in allen andern Beziehungen, mit wenigen

Ausnahmen, bei der ausschliesslichen Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden sein Bewenden behielt. Nicht die Aufhebung rechtswidriger Verfügungen über den Bestand eines Dienstverhältnisses ist auf diesem Gebiete der Gegenstand der Verwaltungsgerichtsbarkeit geworden, sondern die Ausgleichung der vermögensrechtlichen Nachteile, die dem Bediensteten aus solchen Verfügungen erwachsen. Die Verfügung selbst kann höchstens ausnahmsweise, sofern sie von einer kantonalen Behörde ausgegangen ist, auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses beim Bundesgericht wegen Verletzung eines verfassungsmässigen Rechtes angefochten werden.

Auf solche Weise hat aber die Kodifikation des Beamtenrechts und die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach dem System der Enumeration für die öffentlichen Bediensteten nicht eine Erweiterung, sondern eher eine gewisse Einschränkung des Rechtsschutzes zur Folge.[11]) Denn früher konnten sie auf jede „vertragswidrige" Benachteiligung eine Entschädigungsklage stützen, während es nun nicht nur von der Enumeration abhängt, ob das Verwaltungsgericht zur Prüfung ihrer Ansprüche zuständig ist, sondern auch davon, wieweit das materielle Recht Entschädigungsansprüche ausdrücklich gewährt.

IV. Öffentlichrechtliche Dienstverhältnisse vermag ausser dem Staate nur eine Körperschaft oder Anstalt zu begründen, für deren Verwaltung öffentliches Recht massgebend ist. Wo das öffentliche Recht herrschen soll, bestimmt der Staat; in weitgehendem Masse bestimmt er auch den materiellen Inhalt des öffentlichen Rechts. So gut er für den Bereich der eigenen Verwaltung Rechtssätze aufstellt, die das öffentliche Dienstverhältnis regeln, so gut vermöchte er diese Rechtssätze zu verallgemeinern und festzusetzen, dass sie für alle im Staate bestehenden öffentlichen Bediensteten gelten. Indessen wird es im allgemeinen den selbständigen Körperschaften und Anstalten, insbesondere den Gemeinden, überlassen, die Ver-

[11]) Beispiele für solche Einschränkung unten S. 399a.

hältnisse ihrer Bediensteten durch autonome Satzung selber zu regeln. Nur die Verantwortlichkeit — die zivilrechtliche, wie die strafrechtliche (aber mit Ausschluss der disziplinarischen) — pflegt durch allgemeine Rechtssätze bestimmt zu werden. Eine Frage für sich ist es dann aber wiederum, ob der in einer Verfassung aufgestellte allgemeine Grundsatz, dass die öffentlichen Beamten für Schaden verantwortlich seien, auch für alle öffentlichen Bediensteten, die des Staates sowohl als die anderer Körperschaften und Anstalten, durch die Gesetzgebung eine gleichmässige Ausgestaltung erfahren habe.[12])

Die Kompetenz zur Aufstellung von eigenen Satzungen erhalten nur öffentlichrechtliche Körperschaften und Anstalten. Doch ist die Möglichkeit, öffentlichrechtliche Dienstverhältnisse zu begründen, grundsätzlich nicht vom Bestehen dieser Kompetenz abhängig, sondern davon, ob die Körperschaft oder Anstalt öffentliche Verwaltung besorgt. Das Gesetz kann natürlich auch einer Anstalt, bei der diese Voraussetzung nicht zutrifft, dennoch öffentlichrechtliche Anstellungen ermöglichen. Ist dies aber nicht geschehen, so ist anzunehmen, dass ihr Personal durch zivilrechtlichen Dienstvertrag angestellt werde (so z. B. das Personal einer Kantonalbank[13]). Keine öffentlich-

[12]) In Basel-Stadt z. B. sind gesetzliche Vorschriften über die Haftung nur für die öffentlichen Bediensteten des Kantons erlassen worden (Beamtengesetz vom 25. Nov. 1926, § 37 ff.). Dagegen haben die Gemeinden das Recht, die Dienstverhältnisse ihrer Bediensteten durch Reglemente zu ordnen. Dieses Recht umfasst auch die Regelung der Haftung gegenüber Dritten, trotzdem es sich dabei um Aufstellung privatrechtlicher Grundsätze handelt (vgl. unten, S. 354a); denn aus der eigenen Gesetzgebung des Kantons geht hervor, dass diese Seite des Dienstverhältnisses mit zu den den Gemeinden überlassenen Bestimmungen gehört.

[13]) Für die Schweizer. Nationalbank liess sich der Grundsatz des ursprünglichen Bankgesetzes (vom 6. Okt. 1905, Art. 62), wonach ihre Angestellten den Bundesbeamten gleichstanden, darum vertreten, weil die Anstalt mit der Handhabung des dem Bunde zustehenden Notenmonopols ein Stück öffentlicher Verwaltung besorgt (Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 246, 702 ff.).

rechtlichen Dienstverhältnisse vermag sodann der Private zu begründen, dem durch Verleihung der Betrieb einer öffentlichen Anstalt übertragen worden ist.

Die Frage nach der rechtlichen Natur der von Gemeinden und von andern Persönlichkeiten des öffentlichen Rechtes begründeten Dienstverhältnisse gewinnt in dem Augenblick eine besondere Bedeutung, wo sich ein Kanton anschickt, die Verwaltungsgerichtsbarkeit einzurichten. Es muss dann dafür gesorgt werden, dass dieses Gericht nicht nur den Bediensteten des Staates, sondern auch allen andern öffentlichrechtlich angestellten Personen zugänglich sei; sonst wird die innere Einheitlichkeit der Rechtspflege gefährdet.

§ 2. Begriff der öffentlichen Bediensteten.

I. Öffentliche Bedienstete[14]) sind Personen, die kraft öffentlichrechtlicher Verpflichtung entweder ein Amt zu verwalten haben und dabei der Befehlsgewalt der ihnen vorgesetzten Personen oder Behörden unterstellt sind.

Unter einem Amte wird der Inbegriff der Dienstleistungen im Interesse der öffentlichen Verwaltung verstanden, die dazu bestimmt sind, einer einzelnen Person zur Besorgung übertragen zu werden. Zur Errichtung eines öffentlichen Amtes gehört, dass durch Gesetz oder Verwaltungsvorschrift ein gewisser Kreis von Verrichtungen bezeichnet wird, die von einer einzelnen Person versehen werden sollen. Auf die Art dieser Verrichtungen kommt nichts an, es kann an und für sich jede denkbare Tätigkeit in den Bereich eines Amtes fallen. Welche Tätigkeiten freilich die öffentliche Verwaltung von ihren Bediensteten

---

[14]) Eine vorzügliche Zusammenstellung von Merkmalen, denen keine entscheidende Bedeutung zukommt, bei Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 237 f.: Für das Dienstverhältnis ist nicht wesentlich, dass der Dienst Lebensberuf des Beamten sei, dass es sich um ein dauerndes Amt oder um ein auf längere Dauer übertragenes Amt handle, dass Besoldung geleistet werde, dass die Amtstätigkeit in der Ausübung öffentlicher Gewalt bestehe.

rechtmässig verlangen dürfe, hängt von den Aufgaben ab, die ihr durch Verfassung und Gesetz zugewiesen werden, denn was nicht zu ihren Aufgaben gehört, kann die Verwaltung ihren Bediensteten nicht zur Pflicht machen. Die Umschreibung der zu einem Amte gehörigen Dienstverrichtungen ist häufig so allgemein gehalten, dass sie in einem blossen Titel („Jedem Departement ist ein Sekretär beigegeben") oder in einem Hinweis auf die Aufgaben eines andern Amtes besteht.[15])

Regelmässig werden die für den Staat wesentlichen Ämter durch die Verfassung selber geschaffen. Die Verfassung pflegt aber diese Ämter nicht als die einzigen zu betrachten, die im Staate und in den andern öffentlichen Körperschaften bestehen sollen, sondern sie behält die Errichtung weiterer Ämter vor, sei es in der Meinung, dass dazu in jedem Falle ein Gesetz ergehen müsse, sei es, dass die Befugnis zur Errichtung von Ämtern auch der Verwaltung zukommen solle. Die Errichtung von öffentlichen Ämtern gehört nicht notwendigerweise zum Vorbehalt des Gesetzes.

Mit dem Begriffe des Amtes verbindet sich die Vorstellung der Dauer[16]): der Aufgabenkreis, der das Amt ausmacht, bleibt bestehen, auch wenn die Personen wechseln, die das Amt verwalten; die allgemeine Anordnung, durch die das Amt errichtet worden ist, verlangt die Wiederbesetzung des Amtes, wenn es nicht mehr versehen wird. Erst durch die Aufhebung dieser Anordnung wird das Amt beseitigt.

---

[15]) Die nähere Bestimmung des individuellen Amtes kann dann bei der Anstellung erfolgen, und es ist auf diese Weise möglich, dass das Amt des einzelnen von vornherein nur für seine Dienstzeit besteht. Es lässt sich von der Aufgabe des durch Dienstvertrag Verpflichteten dann kaum unterscheiden. Der Unterschied liegt nur noch in der Art der Anstellung.

[16]) Darunter ist nicht zu verstehen: unbeschränkte Dauer; Ämter können auch auf beschränkte Dauer oder zur Erfüllung einer bestimmten Aufgabe errichtet werden, z. B. zur Aushilfe bei Geschäftsandrang. Weitere Beispiele bei Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 236, Note 8.

Nicht jedes Amt ist dazu bestimmt, von einem öffentlichen Bediensteten versehen zu werden. Es gibt Ämter, deren Träger zwar wie die Bediensteten kraft öffentlichrechtlicher Verpflichtung zur Besorgung ihrer Verrichtungen berufen sind, aber nicht in einem Dienstverhältnis stehen,[17]) und es ist auch nicht selten, dass ein Amt kraft besonderer Anordnung durch einen Vertragsdienstpflichtigen verwaltet wird.[18])

Öffentlicher Bediensteter ist aber eine Person auch bei öffentlichrechtlicher Verpflichtung zur Amtsausübung oder Dienstleistung nur dann, wenn sie einer dienstlichen Befehlsgewalt untersteht, kraft deren sie zur Erfüllung ihrer Dienstpflicht angehalten werden kann.[19]) Ein Befehl ist eine Willensäusserung, die eine beim Empfänger bestehende Gehorsamspflicht behauptet und anruft[20]): nur wo bei Übertragung eines Amtes oder Dienstes für die Vorgesetzten die Befugnis begründet wird, dem Amts-

---

[17]) Beispiele bei Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 242, Note 25.

[18]) Fleiner, a. a. O. S. 242, Note 24 (früheres Bundesrecht).

[19]) Nicht das Bestehen einer Dienstgewalt im allgemeinen ist entscheidend, wie Fleiner annimmt (BStR 241 f.), sondern das Vorhandensein dieser spezifischen Befehlsgewalt. Eine Disziplinargewalt besteht auch gegenüber den Basler Notaren, die Fleiner zutreffend als nichtbedienstete Amtsträger charakterisiert (S. 241 Note 19); auch sie stehen in einem „besondern Gewaltverhältnis", aber nicht in dem der öffentlichen Bediensteten. Es können ihnen zwar dienstliche Vorschriften gemacht werden, aber diese gelten nur für den Fall, dass sie amtlich tätig werden, sie können ihnen die Ausübung ihres Amtes nicht vorschreiben (damit ist übrigens nicht unvereinbar, dass sie wegen einer völlig ungerechtfertigten Verweigerung einer Amtshandlung unter Umständen disziplinarisch bestraft werden).

Der Dienstbefehl, der die Erfüllung der Amtspflicht anordnet, ist vielfach zugleich dazu bestimmt, den Inhalt dieser Verpflichtung festzusetzen. Personen gegenüber, die zwar ein Amt verwalten, aber nicht öffentliche Bedienstete sind, kann kein solcher Dienstbefehl erlassen werden, wohl aber ist es möglich, durch Anordnungen, die kraft der Leitungsgewalt getroffen werden, den Inhalt ihrer Amtspflicht zu bestimmen.

[20]) Näheres über die Befehlsgewalt s. unten S. 321a.

träger oder Dienstpflichtigen die Erfüllung seiner Verpflichtungen anzubefehlen, entsteht ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis.

Der Befehl auf Erfüllung der Dienstpflicht hält den öffentlichen Bediensteten an, die Handlungen vorzunehmen, die ihm in Ausübung seines Amts obliegen; er kann sie allgemein oder einzeln bezeichnen. Ob für die Durchsetzung des Befohlenen Zwangsmittel zur Verfügung stehen oder nicht, darauf kommt nichts an, wenn auch Dienstverhältnisse, in denen die Verwaltung auf den Befehl allein angewiesen ist, im ganzen selten sein mögen.[21]) Es kommt immerhin vor, dass sich die Verwaltung z. B. bei einer vorübergehenden Anstellung gar keine weitern Befugnisse sichert. An und für sich ist der Befehl, die Dienstpflicht zu erfüllen, gar nicht vollstreckbar. Dass der Beamte seine Obliegenheiten versieht, ist nur durch indirekte Zwangsmittel zu erreichen. Unmittelbarer Zwang würde seinen Zweck verfehlen, denn nur willentliche Dienstleistung ist Erfüllung der Amtspflicht. Durch die Begründung des Dienstverhältnisses erwächst aber der Verwaltung trotzdem die Befugnis, zu befehlen, was sie unmittelbar gar nicht, mittelbar (durch Androhung von Nachteilen) nicht unter allen Umständen erzwingen kann.

Diese Befehlsgewalt steht der Verwaltung gegenüber einem Amtsträger, der, obschon öffentlichrechtlich verpflichtet, nicht öffentlicher Bediensteter ist, nicht zu. Wohl kann dieser bei Verletzung der Amtspflicht eine strafrechtliche und eine zivilrechtliche Verantwortung tragen, wie sie auch dem öffentlichen Bediensteten auferlegt ist. Ausserdem hat die Verwaltung auch ihm gegenüber die Befugnis, durch Verfügung (Entscheidung) festzustellen, was seine Amtspflicht heischt, ja es ist möglich, dass sie

[21]) Gegenüber den Mitgliedern des Bundesrates hat die Bundesverwaltung nur die Befugnis, eine „Mahnung" zu erlassen, um sie zur Erfüllung ihrer Amtspflicht anzuhalten (Verantwortlichkeitsgesetz, Art. 23, lit. c). Hierdurch charakterisieren sich die Mitglieder des Bundesrates als öffentliche Bedienstete.

ihn wegen Verletzung der Amtspflicht mit Disziplinarstrafe belegen darf und hierdurch auf zukünftige Erfüllung seiner Obliegenheiten einzuwirken vermag.[22])

Was ihr aber im Unterschied zu ihren Bediensteten gegenüber dem nichtbediensteten Amtsträger verwehrt ist, das ist die Erteilung des Befehles, seine Amtspflicht zu erfüllen. Wenn das Amt seinem Inhaber nicht unter Begründung der Befehlsgewalt verliehen worden ist, so muss die Amtspflicht, falls sie bestritten wird, in jedem Einzelfalle durch Verfügung zunächst festgestellt werden; der öffentliche Bedienstete dagegen darf sie nicht zunächst bestreiten, sondern muss dem Befehl gehorchen.[23])

Ob ein Amt unter Befehlsgewalt verwaltet werde oder nicht, lässt sich nicht immer ohne weiteres erkennen. Indessen kann jedenfalls nur das Gesetz Ämter errichten, deren Träger trotz öffentlichrechtlicher Verpflichtung nicht öffentliche Bedienstete sein sollen. Denn es würde der Verantwortlichkeit der Verwaltungsbehörde widersprechen, wenn sie ohne gesetzliche Ermächtigung Personen für den öffentlichen Dienst verwenden wollte, die sie zur Besorgung der ihnen übertragenen Geschäfte nicht anhalten könnte. Wenn sie Hilfskräfte durch Vertrag anstellt, so begründet der Vertrag wenigstens eine privatrechtliche Dienstpflicht.

---

[22]) So wenig wie die Teilnahme an einer Abstimmung dem Stimmberechtigten „befohlen" werden kann, so wenig kann z. B. dem Mitgliede einer Verwaltungskommission der Befehl erteilt werden, zu einer Sitzung zu erscheinen und seine Meinung zu äussern, obschon seine Amtspflicht das erheischt und obschon er möglicherweise eine Disziplinarstrafe zu gewärtigen hat, wenn er sich von der Beratung fernhält. Die Androhung einer Strafe, ebenso die Androhung, dass der Fehlbare entlassen oder nicht wiedergewählt werden könnte, bedeutet keinen Befehl; wer solchen Androhungen ausgesetzt ist, untersteht noch keiner Befehlsgewalt.

[23]) Hieran ändert es nichts, dass unter Umständen auch den nichtbediensteten Amtsträger schon deswegen eine Strafe trifft, weil er eine Einladung oder Instruktion der vorgesetzten Behörde nicht beachtet hat. Das Wesentliche ist, dass das Strafverfahren dadurch hätte vermieden werden können, dass er eine Entscheidung über die Existenz seiner Amtspflicht verlangt hätte.

II. In einem Gemeinwesen, das das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis durch gesetzliche Regeln geordnet hat, spricht die Vermutung dafür, dass das einzelne Dienstverhältnis, das für die Besorgung einer Verwaltungsaufgabe begründet worden ist, vom öffentlichen Rechte beherrscht werde, auch wenn es nicht in eine der gesetzlich geregelten Kategorien passt. Freilich kann die Gesetzgebung die zulässigen Arten der öffentlichen Dienstverhältnisse erschöpfend ordnen. Dann hat die Verwaltung höchstens noch die Möglichkeit, durch Dienstvertrag Arbeitskräfte für die Erfüllung ihrer Aufgaben anzustellen. Besteht aber eine Ermächtigung, ausserhalb der gesetzlichen Kategorien Anstellungen zu vollziehen, so ist kein Grund zu der Annahme vorhanden, dies könne nur durch Dienstvertrag geschehen. Viel näher liegt die Annahme, dass auch die auf Grund einer solchen Ermächtigung begründeten Dienstverhältnisse öffentlichem Recht unterstehen. Freilich gelten dann dafür möglicherweise überhaupt keine gesetzlichen Vorschriften. Allein das ist nach dem früher Dargelegten kein Ergebnis, das zur Beunruhigung Anlass böte; hierfür darf man sich auf die Tatsache berufen, dass trotz der grossen Unsicherheit, die in bezug auf die rechtliche Natur besonders von Aushilfsdienstverhältnissen in der Praxis besteht, Streitigkeiten, die richterlicher Entscheidung bedürften, ausserordentlich selten sind. Die öffentliche Verwaltung hält die bei der Anstellung übernommenen Verpflichtungen, seien sie öffentlichrechtlicher Natur oder seien sie Vertragspflichten, in Tat und Wahrheit stets inne und hat an der Verfolgung von Pflichtverletzungen gegenüber Bediensteten, die sie jederzeit entlassen kann, nur ein geringes Interesse. Ausserdem ist sie gewöhnt, auch ohne gesetzliche Verpflichtung die Bedingungen des Dienstes günstig zu gestalten und eher mehr zu gewähren, als was sie nach Obligationenrecht gewähren müsste. So wickeln sich die Dienstverhältnisse, die ausserhalb des Beamtengesetzes stehen, regelmässig ohne Anstände ab. Vielfach mag dieser

Sachverhalt dadurch beeinflusst werden, dass die Verwaltungen annehmen, sie seien an das Obligationenrecht gebunden. Doch wirkt mindestens ebenso stark die Vergleichung mit den gesetzlich geordneten Dienstverhältnissen ein. Wenn aber derartige Anstellungen ohne eine förmliche Verfügung vorgenommen werden, so zwingt dies nicht zum Schluss, dass die Verwaltung einen Dienstvertrag eingegangen sei. Denn die für die Anstellung erforderliche Verfügung kann dem Anzustellenden auch mündlich mitgeteilt werden.

Ist freilich für eine bestimmte Kategorie von Verrichtungen ausdrücklich bestimmt, die Personen, die sie versehen, seien durch Dienstvertrag anzustellen, so sind die Dienstverhältnisse in diesem Bereiche nach Vertragsrecht zu beurteilen, und zwar auch dann, wenn ihre Gestaltung in einzelnen Beziehungen durch besondere gesetzliche Normen bestimmt oder der Inhalt des Dienstvertrages durch Verwaltungsvorschriften festgelegt sein sollte.[24])

III. Die grossen Kategorien des öffentlichen Dienstverhältnisses: Beamtenverhältnis, Angestellten- und Arbeiterverhältnis, werden regelmässig durch das Gesetz (oder durch ein Gemeindestatut) unterschieden und nebeneinander ausgestaltet.[25]) Aus dem Vorhandensein solcher Kategorien erwächst der Verwaltung die Aufgabe, bei der Begründung jedes Dienstverhältnisses zu verfügen, ob der Bedienstete einer von ihnen zuzuteilen sei, und welcher.[26]) Sie pflegt dabei insofern gebunden zu sein, als das Gesetz

---

[24]) Eine solche ausdrückliche Anordnung kann der Bundesrat auf Grund von Art. 62 des BBeamtenGes. treffen; er muss aber nicht diesen Weg wählen.

[25]) Das Bundesbeamtengesetz hat die früher geltende Einteilung in Beamte und Angestellte beseitigt. Art. 62 überlässt es den Ausführungsvorschriften, das Dienstverhältnis der Arbeitskräfte zu bestimmen, die nicht als Beamte der Dienstgewalt des Bundes unterstellt sind. Diese Vorschriften können öffentlichrechtliche Anstellung und Dienstverträge vorsehen.

[26]) Z. B. BBeamtenGes. Art. 1: Bundesbeamter ist, wer als solcher ... gewählt wird.

gewöhnlich bestimmt, welche Stellen durch Beamte, welche durch Angestellte und welche durch Arbeiter versehen werden sollen. Ist über die Zuteilung keine ausdrückliche Verfügung ergangen, so kann es sich aus der Bezeichnung des Amtes oder den Anstellungsbedingungen ergeben, welches Verhältnis begründet werden solle. Wer ohne nähere Bestimmung eine Beamtenstellung übertragen erhält, ist als Beamter angestellt usw.

Die rechtliche Ausgestaltung des Dienstverhältnisses bei den verschiedenen Kategorien der öffentlichen Bediensteten soll im übrigen hier nicht näher verfolgt werden. Der Hauptunterschied, der die Beamten vor den andern Kategorien auszeichnet, pflegt darin zu liegen, dass die Beamten auf eine feste Amtsdauer angestellt werden, während das Dienstverhältnis von Angestellten und Arbeitern durch Kündigung jederzeit unter Einhaltung bestimmter kurzer Fristen zur Beendigung gebracht werden kann. Es gibt auch Dienstverhältnisse, die auf unbestimmte Zeit begründet werden und bei denen eine Kündigung nach freiem Ermessen nicht zulässig ist; das kommt namentlich beim Personal der öffentlichen Lehranstalten vor. Die Unauflösbarkeit des Dienstverhältnisses führt naturgemäss dazu, dass die Anforderungen, die für seine Begründung gelten, von der Gesetzgebung eingehender geregelt werden und strenger sind als die Anforderungen für andere Anstellungen und dass die Zuständigkeit zur Anstellung den höhern Behörden vorbehalten wird. Auch in bezug auf die Dienstpflichten und die Verantwortlichkeit können sich aus dem gleichen Gesichtspunkt Verschiedenheiten ergeben. Bei der Entscheidung darüber, welche Ämter von Beamten versehen werden sollten und welche von andern Bediensteten, folgen die Gesetze sehr verschiedenen Grundsätzen. In dem einen Gemeinwesen wird die Beamtenstellung den höhern Bediensteten vorbehalten, in andern auch niedrigern dann eingeräumt, wenn ihre dauernde Verwendung beabsichtigt wird. Das eine Gemeinwesen begründet für Personen, die

es für gewerbliche Verrichtungen anstellt, ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis, das andere wählt dafür den zivilrechtlichen Vertrag. So wichtig für den Einzelnen die Entscheidung ist, die sein Dienstverhältnis bestimmt, so hat sie doch für die rechtliche Betrachtung des Institutes keine grundlegende Bedeutung.

Die Begründung des öffentlichen Dienstverhältnisses.

§ 3. Die Anstellungsverfügung.

I. Durch die Begründung öffentlicher Dienstverhältnisse wird für die Besetzung der Ämter gesorgt, die das Gemeinwesen für die Führung seiner Geschäfte nötig hat. Die Besetzung der Ämter ist eine Verwaltungsaufgabe und die Begründung der öffentlichen Dienstverhältnisse geschieht deshalb durch einen Verwaltungsakt; regelmässig ist dies eine Verfügung einer der mit der Führung der öffentlichen Verwaltung beauftragten Behörde, die ihre Wirksamkeit mit der Kundgabe an den Gewählten erlangt und häufig ausserdem zu veröffentlichen ist. Auch die öffentliche Wahl, mag sie durch die gesetzgebende Behörde oder durch die Gesamtheit der Stimmberechtigten vollzogen werden, charakterisiert sich als einen Verwaltungsakt. Die Wahl unterscheidet sich von der (sachlichen) Verfügung nur dadurch, dass das Verfahren für die Herbeiführung der dem Wahlkörper obliegenden Entscheidung vielfach anders geregelt ist und dass auch vielfach besondere Grundsätze über das Zustandekommen einer gültigen Entscheidung aufgestellt sind (z. B. Erfordernis des absoluten Mehrs). Für die Zwecke dieser Erörterungen genügt es zunächst, festzustellen, dass die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften über das Wahlverfahren so gut Voraussetzung für das gültige Zustandekommen des durch Wahl zu begründenden Dienstverhältnisses ist, wie die Einhaltung der Vorschriften über das Verfahren zum Erlass von Verfügungen.

Im übrigen kann die Gültigkeit des Dienstverhältnisses auch von der Erfüllung materieller gesetzlicher Voraussetzungen abhängen, von denen die wichtigsten später hervorgehoben werden sollen. Da es aber öffentliche Dienstverhältnisse gibt, für deren Zustandekommen keine gesetzlichen Vorschriften gelten, ist zunächst dieser Fall ins Auge zu fassen.

Wie vermag die öffentliche Verwaltung einen Bürger ihrer Befehlsgewalt zu unterwerfen, wenn sie zu deren Begründung keine gesetzliche Ermächtigung besitzt? Die Frage ist von allgemeiner Bedeutung; denn auch die gesetzlichen Vorschriften über das öffentliche Dienstverhältnis, die eine solche Ermächtigung erteilen, pflegen die Grundlage, auf welcher die Ermächtigung allein wirksam wird, nicht hervorzuheben. Wenn das Bundesgesetz vom 30. Juni 1927 erklärt: „Beamter ist, wer als solcher gewählt wird", so ist diese Formulierung offenbar nicht dahin zu verstehen, dass es nur einer Wahl durch die zuständige Bundesbehörde bedürfe, um das Dienstverhältnis, das in diesem Gesetze geordnet wird, zu begründen.

Die Verfügung (der Verwaltungsakt), der dazu bestimmt ist, ein öffentliches Dienstverhältnis zu begründen, gehört zu den Verfügungen, die nur erlassen werden können, wenn ein Antrag (oder die Zustimmung) des Betroffenen vorliegt. Der Antrag ist verfahrensrechtliche Voraussetzung dafür, dass die Behörde an die Begründung eines Dienstverhältnisses herantritt; fehlt er, und wird dennoch eine (vorbehaltlose) Anstellungsverfügung getroffen, so ist diese Verfügung nichtig, wie jede Verfügung, die unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften zustandekommt.

Es ist für den Rechtsstaat charakteristisch, dass er es in vielen Beziehungen den öffentlichen Gewalten nicht gestattet, nach eigenem Ermessen das gesetzlich Geforderte oder das ihnen nötig Erscheinende anzuordnen; sie müssen abwarten, bis der Antrag eines in der Sache Beteiligten sie in Bewegung setzt. Im Strafprozessrecht ist dieser

Gedanke so weit zugespitzt worden, dass der Staat, als der an der Erfüllung des Strafanspruches Beteiligte, selbst einen förmlichen Antrag stellen muss, wenn sein Organ, der Richter, ein Urteil soll fällen können. Ist das Verfahren durch den erforderlichen Antrag eingeleitet, so geht es seinen Gang selbständig weiter: sein Abschluss ist der einseitige Akt, der, je nachdem er von einem Richter oder einer Verwaltungsbehörde erlassen worden ist, als Urteil oder als Verfügung bezeichnet wird. Wie aber ein Gerichtsurteil nichtig wäre, das der Richter ausgefällt hätte, ohne mit der beurteilten Sache durch eine Klage befasst worden zu sein, so gibt es auch im Verwaltungsrecht Fälle, wo sich die Verwaltungsbehörde nur auf Antrag eines der Beteiligten auf dessen Sache einlassen und darüber eine Verfügung treffen kann. So verhält es sich in der Regel bei den Verfügungen, die in Abweichung von einer allgemeinen Vorschrift zugunsten des einzelnen Bürgers getroffen werden können, z. B. im Polizeirecht: die Polizeierlaubnis; zu vergleichen die vielen Ausnahmeverfügungen, die nach dem Zivilgesetzbuch behördlich getroffen werden können: Mündigerklärung, Namensänderung, Ermächtigung zur Kindesannahme usw. So verhält es sich aber auch umgekehrt bei Verfügungen, die den einzelnen Bürger in Abweichung von der allgemeinen Regel besonders b e l a s t e n sollen. In Abweichung von einer allgemeinen Vorschrift — das heisst in diesem Zusammenhang: ohne dass er durch Gesetz verpflichtet wäre, die Belastung auf sich zu nehmen; denn allgemeine Regel ist die Freiheit. Beteiligter, auf dessen Willen es ankommt, ist hier immer der, der verpflichtet werden soll.

Hiernach vermag die öffentliche Verwaltung keinen Bürger als ihren Beamten in Pflicht zu nehmen, der sich zum Eintritt in das Dienstverhältnis nicht gemeldet oder bereit erklärt hat, es wäre denn, dass gesetzlich ein Amtszwang statuiert wäre. Die Bereitschaftserklärung steht rechtlich durchaus dem Antrage gleich, der in der andern Gruppe von Fällen Verfahrensvoraussetzung ist. Wo es

sich um eine Verpflichtung handelt, werden sich die Bürger häufig nicht durch Antragstellung hinzudrängen; die Verwaltung muss vielleicht in gewissen Fällen diejenigen aufsuchen, von denen sie annimmt, sie könnten sich für die Übernahme der Verpflichtung gewinnen lassen. Allein, ob die Willensäusserung spontan erfolgt, oder aus Veranlassung der Verwaltung, ist ohne rechtliche Bedeutung, solange keine rechtswidrigen Mittel angewendet werden, um sie zu erwirken. Das Wesentliche ist, dass die öffentliche Verwaltung nur tätig werden kann, wenn sie sich der Zustimmung des Beteiligten versichert hat.

Diese Zustimmung, welche die Bahn für die behördliche Tätigkeit freimacht, ist keine Vertragsofferte, so wenig wie die gerichtliche Klage. Freilich tritt bei der Klage schon ihrem Zweck nach klar hervor, dass der Inhalt des verlangten Urteils vom Inhalt des Antrages unabhängig ist, auf den hin das Urteil erlassen wird. Bei einem Verwaltungsakt, zu dessen Erlass die Zustimmung der Beteiligten erforderlich ist, wird es dagegen häufig vom Inhalte, den die Verfügung erhalten soll, abhängig gemacht werden, ob die Zustimmung erteilt wird oder nicht; bei der Anstellung wird es insbesondere auf die Bedingungen ankommen, die für das Dienstverhältnis festgesetzt werden sollen. Die hierüber geführten Verhandlungen sind ihrer Form und ihrem sachlichen Zwecke nach von Vertragsverhandlungen nicht zu unterscheiden. Allein die Erklärung, dass der Private mit den Bedingungen einverstanden sei, die ihm beim Abschluss der Verhandlungen bezeichnet werden, bedeutet die Unterwerfung unter die nunmehr ergehende einseitige Verfügung der Behörde, die zwar ohne diese Erklärung nicht getroffen werden könnte, die aber deswegen doch ihrer rechtlichen Natur nach durchaus dasselbe ist, wie wenn sie das Bestehen einer gesetzlichen Verpflichtung feststellte. Freilich kann die öffentliche Verwaltung auch privatrechtliche Dienstverträge abschliessen; aber wenn daneben das Institut des öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses besteht, so bedeutet dies,

dass die Verwaltung nicht gezwungen ist, sich des Dienstvertrages zu bedienen, dass sie sich ihre Hilfskräfte auch in den Formen des öffentlichen Rechtes zu sichern vermag.

Die dem öffentlichen Rechte eigentümliche Form, die Verpflichtungen der Bürger zu begründen und geltendzumachen, ist nicht der Vertrag, obschon auch der Vertrag dem öffentlichen Rechte nicht fremd ist.[27]) Handelt es sich darum, die Wirkungen der öffentlichen Gewalt zu entfalten, so ist die gegebene Form vielmehr die Verfügung. Diese muss allerdings aller Regel nach im Gesetze begründet sein; aber es ist, wenn auch nicht unbeschränkt, ausserdem möglich, dass der Bürger der Verwaltung freiwillig Gewalt über sich einräumt. Darin liegt eine besondere Art, durch übereinstimmende Willensäusserungen einen rechtlichen Erfolg herbeizuführen; das vermag nicht allein der Vertrag. Die Allgemeinheit dieser Erscheinung, wonach es der Bürger durch seine Zustimmung der öffentlichen Verwaltung ermöglichen kann, ihm ohne gesetzliche Ermächtigung Pflichten aufzuerlegen, erklärt es nun, dass die Verwaltung öffentliche Dienstverhältnisse auch neben den Dienstverhältnissen zu begründen imstande ist, die im Gesetze vorgesehen sind und deren Wirkungen durch das Gesetz bestimmt werden.

Die Zustimmung aber, welche die unerlässliche Grundlage der Anstellungsverfügung darstellt, gehört nicht zu den materiellrechtlichen Voraussetzungen, sondern zu den verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für die Gültigkeit der Verfügung.[28]) Deshalb ist die Lehre abzulehnen,

---

[27]) Das Gesetz kann auch für die Begründung öffentlichrechtlicher Dienstverhältnisse die Form des Vertrages vorschreiben; ein Beispiel BGE 49, I, 535.

[28]) In diesem Punkte unterscheidet sich die hier vorgetragene Ansicht von der Fleiners (Inst. 8. Aufl. S. 194, 204). Fleiner betrachtet die Zustimmung als materiell-rechtliches Erfordernis — condicio iuris —, dessen Fehlen allerdings ebenfalls die Nichtigkeit der Verfügung nach sich zieht (während er früher — BStaatsrecht, S. 251, Note 7 — mit Otto Mayer bloss ihre Anfechtbarkeit angenommen hatte).

wonach sich die Anstellung als eine „zweiseitige" Verfügung charakterisierte.[29]) Die Zustimmung ist nichts anderes, als der für das Tätigwerden der Behörde erforderliche Antrag. Der ohne seine Zustimmung Gewählte wird nicht öffentlicher Bediensteter.[30])

II. In zwei Fällen bedarf es für die Gültigkeit der Anstellungsverfügung der Zustimmung des Betroffenen nicht.

Die Zustimmung ist erstens nicht notwendig, wenn eine gesetzliche Verpflichtung zum Eintritt in ein Dienstverhältnis besteht.

Das Vorbild hierfür ist der obligatorische Militärdienst. Gleichwie das Gemeinwesen darauf angewiesen ist, dass sich ihm seine Bürger zu seiner Verteidigung zur Verfügung stellen, so kann das Bedürfnis bestehen, dass jeder Bürger auf ergangene Berufung hin die Ämter übernehme, deren Versehung das öffentliche Interesse erfordert. Der grosse Unterschied zwischen den beiden Dienstpflichten liegt aber darin, dass der Militärdienst von jedem Tauglichen verlangt wird, während zum Beamtendienste zwar jedermann verpflichtet ist, aber nur einzelne herangezogen werden. Es liegt darin eine starke Gefahr rechtsungleicher Behandlung der Bürger.

Dass die Anstellung nichts von einem Vertrage an sich hat, wenn der Beamte gesetzlich zur Übernahme des Amtes verpflichtet ist, zu dem er berufen wird, ist unverkennbar. Die Wahlbehörde trifft ihre Verfügung, wonach für den von ihr ausgewählten Bürger das Dienst-

---

[29]) W. Jellinek, Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung (Festgabe für das Preussische Oberverwaltungsgericht 1925, S. 84 ff.). Vgl. Fleiner, Inst. S.193.

[30]) Insbesondere trifft ihn daher keine Verantwortlichkeit, wenn er die Ausübung des Amtes ablehnt.

Ausnahmsweise kommt es vor, dass eine Behörde eine Wahl trifft, ohne sich vergewissert zu haben, dass der Gewählte sie annehmen werde. Das ist dann eine gültige Verfügung, wenn dem Gewählten die Erklärung seiner Zustimmung vorbehalten wird (Verwaltungsakt auf Unterwerfung).

verhältnis begründet wird, auch dann gültig, wenn sie sich gar nicht über dessen Bereitschaft zur Übernahme des Amtes gekümmert hat, oder sogar weiss, dass diese Bereitschaft fehle.

Wird zweitens die Anstellung durch öffentliche Wahl vorgenommen, so ist die Zustimmung des Gewählten nicht Voraussetzung für die Gültigkeit des Verfahrens, sondern nur Voraussetzung für die Rechtmässigkeit der Anstellung. Für die Wahlen, welche die Verfassung der Gesamtheit der Stimmberechtigten vorbehält, gilt zwar der Grundsatz gleich, wie bei den Anstellungen der Verwaltung, dass der Bürger nicht gezwungen ist, in ein Dienstverhältnis einzutreten. Die Vorschriften über die Volkswahl[31]) wollen aber den Stimmberechtigten den freien Entscheid darüber ermöglichen, wer für die zu besetzenden wichtigen Staatsämter ihr Vertrauen geniesse. Sie sehen auch in der Regel kein Vorbereitungsstadium vor, in welchem die Bereitschaft der Kandidaten zur Annahme einer Wahl durch den Wahlkörper oder zu dessen Handen festgestellt werden könnte. Deshalb fällt das Wahlverfahren nicht als gegenstandslos dahin, wenn die Wahl auf eine Person fällt, die schon vorher erklärt hat, sie sei nicht bereit, das Amt zu übernehmen. Diese Bereitschaft wird im Gegenteil vermutet, und die Wahl ist daher als gültig zu erklären, wenn der Gewählte nicht nach erfolgter Anzeige sogleich erklärt, dass er sie ablehne.

III. Zu einer Anstellungsverfügung ist nichts weiter erforderlich, als die Anordnung, dass einer bestimmten Person ein bestimmtes öffentliches Amt übertragen werde. Handelt es sich um die Begründung eines gesetzlich geordneten Dienstverhältnisses, so tritt der Gewählte kraft der Anstellungsverfügung einfach unter die Herrschaft dieser gesetzlichen Ordnung; der Fall, dass die Anstellungsverfügung gar nichts weiter enthält, ist nicht so selten: man denke z. B. an die Ämter, die durch Volks-

---

[31]) Dasselbe gilt für die Wahlen der gesetzgebenden Behörden.

wahl oder Parlamentswahl besetzt werden. Regelmässig werden aber in der Anstellungsverfügung noch andere Anordnungen getroffen, durch welche Rechte und Pflichten des Bediensteten eine nähere Bestimmung erfahren; es wird z. B. der Zeitpunkt des Amtsantrittes festgesetzt und darüber entschieden, ob der Bedienstete Anspruch auf einen Gehalt habe, und wie hoch der Gehalt sein solle. Auch auf diese Nebenbestimmungen muss sich die Einwilligung des Anzustellenden beziehen. Sie wird aber nicht ein unerlässlicher Bestandteil jeder Anstellung; fehlen sie, so gelten beim gesetzlich geordneten Dienstverhältnis eben die gesetzlich bestimmten Rechte und Pflichten, handelt es sich aber um ein Dienstverhältnis, über dessen Gestaltung keine gesetzlichen Normen bestehen, so hat der Bedienstete, dem kein Gehalt zugesprochen worden ist, zwar die mit dem Amte verbundenen Pflichten zu erfüllen, besitzt aber keinen Gehaltsanspruch. Es ist keineswegs mit jedem öffentlichen Dienstverhältnis seiner Natur nach ein Gehaltsanspruch verbunden.

Für die Festsetzung von Nebenbestimmungen ist da kein Raum, wo das Gesetz ein Dienstverhältnis zwingend regelt, es wäre denn, dass es ausdrücklich eine Ermächtigung zu abweichenden Anordnungen erteilte. Die gesetzliche Ordnung des Dienstverhältnisses darf von der Verwaltung ohne solche Ermächtigung weder zu ungunsten noch zugunsten des Bediensteten geändert werden. Zusicherungen, die dem Bediensteten im Widerspruch zur gesetzlichen Ordnung gemacht werden, sind nicht gültig.

IV. Zur formell gültigen Begründung eines öffentlichen Dienstverhältnisses gehört die Einhaltung der Vorschriften über die Zuständigkeit der verfügenden Behörde, der wesentlichen Form- und Verfahrensvorschriften und der bestehenden Verbotsgesetze. Bei Verletzung dieser Vorschriften kommt ein Dienstverhältnis auch nicht zum Schein zustande; die getroffenen Verfügungen sind nichtig.

Die zur Begründung von Dienstverhältnissen erforderliche örtliche und sachliche Zuständigkeit wird

durch Gesetz verliehen.[32]) Das Gesetz kann die Befugnis zur Regelung von Zuständigkeiten delegieren, aber die Verwaltung vermag solche Zuständigkeiten weder durch Verwaltungsvorschriften noch durch Verfügung nach ihrem Ermessen zu begründen. Wo gesetzliche Ermächtigungen fehlen, gehört die Anstellung öffentlicher Bediensteter in die Zuständigkeit der Behörde, welcher allgemein die Leitung der öffentlichen Verwaltung übertragen ist (Bundesrat, Regierungsrat, Gemeinderat). Ist die Anstellung öffentlicher Bediensteter eine Verfügung, so genügt dazu die privatrechtliche Bevollmächtigung nicht, die eine Behörde unter Umständen den ihr unterstellten Behörden und Beamten zu erteilen vermag und die für den Abschluss von Dienstverträgen ausreichte.

Von den wesentlichen Form- und Verfahrensvorschriften ist die wichtigste schon hervorgehoben worden: die Zustimmung des Anzustellenden. Diese Zustimmung braucht in der Regel nicht in einer bestimmten Form erteilt zu werden, die Verwaltung ist berechtigt, sie in mündlicher Besprechung einzuholen und sie kann unter Umständen schon aus konkludenten Handlungen des Anzustellenden erschlossen werden. Die Regel wird allerdings, besonders wo Ausschreibung des zu besetzenden Amtes erforderlich ist, die schriftliche Bewerbung sein.

Doch gehört die Ausschreibung[33]) auch da, wo sie gesetzlich vorgeschrieben ist, im Zweifel nicht zu den unerlässlichen Verfahrensbestandteilen und ein Dienstverhältnis ist daher gültig, auch wenn entgegen dem Gesetze keine Ausschreibung stattgefunden hat oder wenn eine Person angestellt worden ist, die sich nicht angemeldet hatte. Die Ausschreibung der Stellen hat einen doppelten Zweck: sie soll einerseits der Verwaltung die Auswahl unter allen Bewerbern ermöglichen, andrerseits jedem

[32]) BBeamtenGes., Art. 5. Die Zuständigkeit kann auf mehrere Behörden verteilt sein (Bestätigung der Wahl durch eine Oberbehörde).

[33]) Eod. Art. 3.

Bürger, der sich dem Amte gewachsen fühlt, die Gewähr geben, dass seine Bewerbung geprüft und mit den übrigen verglichen wird. Die Auswahl ist aber nicht auf die im Ausschreibungsverfahren gemeldeten Bewerber beschränkt; deshalb ist es z. B. auch zulässig, Bewerber zu berücksichtigen, die sich erst nach Schluss der Ausschreibung angemeldet haben.

Dagegen müssen die Vorschriften über die Beschlussfassung der zur Begründung eines Dienstverhältnisses zuständigen Behörde erfüllt werden; wenn die Vorschriften verletzt worden sind, die das Gesetz als wesentlich für das Zustandekommen eines gültigen Beschlusses bezeichnet,[34]) so folgt daraus die Nichtigkeit des Dienstverhältnisses. In dieser Hinsicht macht nur die öffentliche Wahl eine Ausnahme. Denn da hier regelmässig eine Untersuchung der Gültigkeit des Verfahrens vorgeschrieben ist, muss das öffentlich festgestellte Resultat dieser Untersuchung so lange anerkannt werden, als die Feststellung nicht aufgehoben ist. Verbotssätze, gegen die eine Anstellungsverfügung verstossen könnte, und die sie daher als nichtig erscheinen liessen, werden selten vorkommen. Doch enthält immerhin die Bundesverfassung einen solchen Verbotssatz in Art. 51, der den Gliedern des Jesuitenordens und der ihnen affiliierten Gesellschaften jede Tätigkeit in Kirche und Schule untersagt; die von diesem Verbote betroffenen Personen können daher in den öffentlichen Kirchen- und Schuldienst nicht aufgenommen werden.

V. Werden bei der Begründung eines öffentlichen Dienstverhältnisses andere Rechtssätze verletzt, so zieht dies die Ungültigkeit der Anstellungsverfügung ebenfalls nach sich, diese ist aber nicht von vornherein nichtig:

---

[34]) Wichtig sind namentlich die Vorschriften über die Einholung von Vorschlägen. Ob eine Wahl gültig sei, die unter Missachtung der einer andern Behörde zustehenden Befugnis, sich zu der Besetzung des Amtes zu äussern, getroffen worden ist, bedarf jedoch der Untersuchung auf Grund der im konkreten Falle massgebenden Vorschriften.

sie muss wegen des Mangels von der verfügenden Behörde zurückgenommen werden oder unterliegt der Aufhebung durch eine höhere Behörde, die, sei es von Amtes wegen, sei es auf Beschwerde hin, einschreitet.

Rechtssätze, an deren Beobachtung die öffentliche Verwaltung in dieser Weise gebunden ist, pflegt das Gesetz namentlich in bezug auf die persönlichen Anforderungen aufzustellen, denen ein öffentlicher Bediensteter zu genügen hat. Solche Anforderungen pflegen nach folgenden Richtungen hin gestellt zu werden.[35])

a) Regelmässig liegt es dem Staate nahe, die eigene Staatsangehörigkeit als Anstellungserfordernis zu erklären.[36]) Schweizerischer Auffassung des Bürgerrechtes entspricht es nicht, der Anstellung im öffentlichen Dienste umgekehrt die Wirkung beizulegen, dass dadurch die Staatsangehörigkeit erworben wird. Ebensowenig dürfte aber behauptet werden, dass im Zweifel die Anstellung von Ausländern als rechtswidrig anzusehen sei, auch wenn darüber keine gesetzliche Vorschrift bestände.

Im Zusammenhang mit diesem Punkte ist die Frage aufzuwerfen, wieweit die Kantone und die Gemeinden den Besitz des eigenen Bürgerrechtes zum Anstellungserfordernis für ihre öffentlichen Bediensteten erklären dürfen. Dass sie die niedergelassenen Schweizer von der Bekleidung öffentlicher Ämter nicht ausschliessen können, ist nach Art. 43 BV vollkommen klar, dagegen sind sie nicht verpflichtet, alle Schweizerbürger als wahlfähig zu erklären, auch die nicht in ihrem Gebiete niedergelassenen. Der öffentliche Dienst gehört zu den „Rechten", die nach Art. 43 BV nur auf Grund der Niederlassung beansprucht werden können; Art. 60 BV findet auf dieses Verhältnis keine Anwendung. Wieweit den Gemeinden im Rahmen der Bundesverfassung die Aufstellung von Beschränkungen gestattet sei, hat die kantonale Gesetzgebung zu entscheiden.

[35]) Vgl. BBeamtenGes., Art. 2.

[36]) Das BBeamtenGes. lässt Ausnahmen zu, Art. 2, Abs. 2.

b) Persönliche Handlungsfähigkeit ist für den öffentlichen Dienst seiner Natur nach unerlässlich. Da jedoch das Zivilrecht auch Unmündigen und Entmündigten unter Umständen eine beschränkte Handlungsfähigkeit gewährt, ist beim Stillschweigen des Gesetzes nicht anzunehmen, dass sie nicht in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis eintreten könnten. Wer dabei die Zustimmung zu erteilen hat, bestimmt sich nach den Grundsätzen des Zivilrechts, doch ist ausserdem auch ihre persönliche Zustimmung unerlässlich.

c) Aus der Vorstellung, dass das öffentliche Dienstverhältnis eine Vorzugsstellung bedeute, ergibt sich das Erfordernis des Aktivbürgerrechts. Wenn die Gesetzgebung an bestimmte strafrechtliche Verurteilungen, an den Konkurs und die fruchtlose Pfändung die Rechtsfolge anknüpft, dass der Betroffene damit die bürgerliche Ehrenfähigkeit oder die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter verliere, so muss im Zweifel angenommen werden, er könne nicht öffentlicher Bediensteter werden, es wäre denn, dass der Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte gesetzlich nur für eine bestimmte Kategorie der öffentlichen Bediensteten gefordert sei, z. B. nur für die „Beamten". In Dienstverhältnisse anderer Art kann die Verwaltung dann auch Personen aufnehmen, die diese Anforderung nicht erfüllen.

d) Geschlecht und Alter können für die Zulassung zu einem öffentlichen Dienstverhältnis in Betracht fallen, indem z. B. Unmündige nicht vor Erreichung eines bestimmten Lebensjahres wählbar sind, oder indem von bestimmten Dienstverhältnissen Frauen — oder verheiratete Frauen[37]) — ausgeschlossen werden. Die Rechtsauffassung, dass Frauen im Zweifel öffentliche Ämter nicht bekleiden können, ist aber in solcher Allgemeinheit nicht haltbar, auch wenn nachweislich die Wahl von Frauen vom Gesetze nicht vorausgesehen worden ist.

---

[37]) Baselstädtisches Beamtengesetz, § 9.

e) Mit der Anforderung, dass ein öffentlicher Bediensteter gut beleumdet sei, wird schon ein Gebiet betreten, auf dem das Ermessen eine wesentliche Rolle spielt. Wenn guter Leumund gefordert wird, so darf darunter nicht auch politisches oder religiöses Wohlverhalten verstanden werden. Die Vorschrift schliesst nur Personen aus, die sich durch Vergehen oder durch unsittliches Verhalten in der Achtung ihrer Mitbürger herabgesetzt haben.

f) Im schweizerischen Recht bildet das Erfordernis eines Ausweises über die Tauglichkeit zu dem Amte, das der öffentliche Bedienstete versehen soll, eine Ausnahme,[38]) und ebenso kommt es nur ausnahmsweise vor, dass die Wahl in ein höheres Amt von Rechts wegen nur zugelassen wird, wenn der Bewerber zuvor ein anderes und niedrigeres Amt bekleidet hat.

Die körperliche Gesundheit gewinnt dagegen tatsächlich, wenn auch nicht als eigentliche Wählbarkeitsvoraussetzung, immer grössere Bedeutung, je mehr die Gesetzgebung die Fürsorge ausbildet, welche die Beamten und ihre Hinterbliebenen bei Invalidität und Tod geniessen sollen.[39])

Neben den Vorschriften über die persönlichen Eigenschaften, die von den Bediensteten verlangt werden, hat die Verwaltung die Bestimmungen zu beachten, die festsetzen, welche Art des Dienstverhältnisses für die Besorgung des zu besetzenden Amtes erforderlich sei

---

[38]) Vgl. aber unten, S. 271a.

[39]) Vom Nachweis körperlicher Gesundheit hängt die Aufnahme in die Versicherungskassen für die Bediensteten ab. Nach Bundesrecht kann eine Anstellung gültig zustandekommen, auch wenn der Gewählte von der zuständigen Versicherungskasse nicht als Mitglied aufgenommen wird. Dagegen wird nach baselstädt. Beamtengesetz eine Anstellung nur rechtswirksam, wenn die Witwen- und Waisenkasse den Gewählten auf Grund eines ärztlichen Zeugnisses als aufnahmefähig anerkennt. Es handelt sich hier um eine condicio juris; die Wahl ist gültig, aber durch das Gesetz resolutiv bedingt.

(Beamtenverhältnis oder Angestelltenverhältnis usw.)[40]) und endlich hat sie bei der Festsetzung der Anstellungsbedingungen die Schranken zu beobachten, welche ihrem freien Ermessen durch das Gesetz gezogen werden (z. B. Bestimmung des Gehaltes im Raum zwischen dem gesetzlichen Minimal- und Maximalansatz, Anrechnung von Dienstjahren für den Fall der Pensionierung usw.).

VI. Dienstverhältnisse, die unter Ausserachtlassung einer derartigen Rechtsvorschrift begründet werden, sind nun allerdings nicht in jedem Falle gänzlich aufzuheben. Denn einmal ist es möglich, dass das Gesetz die Begründung eines von seinen Vorschriften abweichenden Dienstverhältnisses selber duldet, andrerseits gibt es allgemeine Grundsätze, nach denen ein an und für sich ungültiges Dienstverhältnis dennoch zu gewissen Wirkungen gelangen kann.

1. Die gesetzlichen Wahlerfordernisse freilich haben regelmässig die Meinung, dass eine Person, die sie nicht erfüllt, nicht gültig gewählt werden kann. Dagegen trifft das bei den Vorschriften über die Kategorie des Dienstverhältnisses, zu der ein Amt gehören soll, nicht immer zu. Die Bestimmung, dass der Inhaber eines Amtes Beamter (nicht Angestellter etc.) sein solle, kann einen doppelten Zweck haben. Erstens will der Gesetzgeber damit erreichen, dass der Träger des Amtes mit der ganzen Verantwortlichkeit belastet sei, die aus dem Dienstverhältnis des Beamten entspringt, zweitens will er ihm auch die rechtliche Sicherung gewährleisten, die dieser Verantwortlichkeit entspricht. Aus dem ersten Gesichtspunkte folgt die Ungültigkeit einer Anstellung, die nicht das gesetzlich geforderte Dienstverhältnis herstellt; wenn dem Bediensteten aber sämtliche Pflichten auferlegt werden, die mit der Beamtenstellung verbunden sind, so besteht kein Grund,

[40]) Zu berücksichtigen ist auch der Ausschluss wegen verwandtschaftlicher Beziehung mit einer Person, die schon im öffentlichen Dienst steht; solche Vorschriften pflegen namentlich für die Zusammensetzung von Kollegialbehörden zu bestehen. Vgl. z. B. Org.Ges. für die Bundesrechtspflege, Art. 13.

das dem Gesetze nicht entsprechende Dienstverhältnis aus dem andern Gesichtspunkte für ungültig zu erachten, dass dem Bediensteten die im Gesetze vorgesehenen Sicherungen nicht gewährt sind. Dem hat er sich durch seine Zustimmung zu den Anstellungsbedingungen unterzogen. Auf Grund dieser Erwägung hält die Praxis vielfach die Besetzung von Beamtenstellen mit Bediensteten für zulässig, die „provisorisch" oder „zur Aushilfe" angestellt werden. Es ist dieser Auffassung beizupflichten, wenn das Dienstverhältnis so gestaltet ist, dass für die Ausübung des Amtes dieselbe Verantwortlichkeit besteht, wie wenn es durch einen Beamten geführt würde.[41]) Durch den Abschluss eines Dienstvertrages würde das nicht erreicht; deshalb kann ein Amt, das nach Gesetz von einem Beamten zu versehen ist, nicht auf diesem Wege besetzt werden. Die Besetzung von Beamtenstellen durch öffentliche Bedienstete, deren Dienstverhältnis den gesetzlichen Vorschriften über Angestellte oder Arbeiter unterstellt wird, hat praktisch kaum Bedeutung und kann deshalb unerörtert bleiben, ebenso der umgekehrte Fall, dass für eine Stelle, die durch einen Angestellten versehen werden soll, ein Beamtenverhältnis begründet werden sollte. Hierzu mag immerhin bemerkt werden, dass zur Begründung des gesetzlich geordneten Beamtenverhältnisses eine gesetzliche Ermächtigung erforderlich ist; wo diese fehlt, kommt das Verhältnis nicht gültig zustande.

2. Das mit einem Ungültigkeitsgrunde behaftete Dienstverhältnis kann trotzdem Rechtswirkungen ausüben, wenn die Voraussetzungen der Konversion[42])

---

[41]) Ob eine solche Gestaltung möglich ist, hängt von dem Inhalt der Verantwortlichkeitsvorschriften ab; wenn für „Angestellte" die Verantwortlichkeit ausgeschlossen ist, kann einem Angestellten keine Beamtenstellung übertragen werden. Doch ist z. B. im Bundesrecht die Verantwortlichkeit nicht auf Beamte beschränkt, sondern trifft auch Aushilfsangestellte: BGE 43, I, 225. Fleiner, BStRecht S. 243, N. 32.

[42]) Fleiner, Inst. S. 208.

gegeben sind. Als Konversion wird der Grundsatz bezeichnet, wonach ein nichtiges Rechtsgeschäft insoweit aufrechterhalten werden soll, als es den Erfordernissen eines andern Rechtsgeschäftes genügt und anzunehmen ist, dass bei Kenntnis des Nichtigkeitsgrundes dieses andere Geschäft zur Erreichung des Zweckes gewählt worden wäre, den das nichtige Geschäft verfolgte. Die eine dieser Voraussetzungen wird häufig erfüllt sein: wenn die Verwaltung Dienstverhältnisse verschiedener Art zu begründen vermag, so kann ein ungültiges Beamtenverhältnis z. B. in ein Angestelltenverhältnis konvertiert werden, wenn das in concreto fehlende Erfordernis nur für Beamte gilt. Dagegen wird gerade bei diesem Beispiele die andere Voraussetzung selten zutreffen: die Annahme, dass die Verwaltung den Gewählten als Angestellten in Dienst genommen hätte, wird regelmässig scheitern; denn bei Kenntnis des Mangels wäre sicherlich einer der andern Bewerber gewählt worden.

3. Von grösserer praktischer Bedeutung ist sodann der Satz, dass ein mit einer Ungültigkeit behaftetes Dienstverhältnis aufrechtbleibt, wenn sich der Mangel nur auf einzelne Anstellungsbedingungen bezieht, und wenn nicht angenommen werden muss, dass die Anstellung ohne die ungültige Klausel überhaupt nicht zustandegekommen wäre. Der Satz hat im Zivilrecht seine Ausbildung erfahren, ist aber auch im öffentlichen Rechte anwendbar, denn die Gesichtspunkte, die für die Beurteilung eines nichtigen Rechtsgeschäftes massgebend sind, haben allgemeine Bedeutung. Hat daher beispielsweise die Wahlbehörde die Besoldung eines Beamten auf einen Betrag festgesetzt, der geringer ist als das gesetzliche Minimum, so kann der Beamte diese Bestimmung anfechten und Gewährung des Minimalansatzes beanspruchen, sofern nicht aus den Umständen hervorgeht, dass die Verwaltung ihn zum Minimalansatz gar nicht hätte anstellen wollen. Die Verwaltung vermag mit dem Einwande, die ungesetzliche Besoldungsfestsetzung mache die ganze

Anstellung ungültig, in diesem Falle nicht durchzudringen.

VII. Keinen Ungültigkeitsgrund können für die Anstellungsverfügung aller Regel nach Ansprüche Dritter bilden. Die Auswahl der Personen, denen ein öffentliches Amt übertragen werden soll, steht gänzlich im freien Ermessen der Verwaltung und niemand hat ein Recht, die Übertragung eines Amtes für sich selbst oder für andere zu beanspruchen. Es besteht insbesondere keine Ämterkarriere in dem Sinn, dass eine Person verlangen könnte, unter bestimmten Voraussetzungen in ein frei werdendes höheres Amt befördert zu werden. Die dienstliche Anciennität bedeutet bei Beförderungen nur einen der Gesichtspunkte, den die Verwaltung in Betracht ziehen darf.

Auch wo die Veranstaltung einer Konkurrenz für die Besetzung eines Amtes vorgeschrieben ist, hat die Verwaltung nach freiem Ermessen zu entscheiden, und ist daher z. B. nicht verpflichtet, den einzigen Bewerber anzustellen, der sich gemeldet hat oder der die gesetzlichen Wahlerfordernisse erfüllt.

Der Missbrauch des freien Ermessens kann freilich auf diesem Gebiete theoretisch so gut wie auf jedem andern dazu führen, dass eine Anstellungsverfügung für ungültig erklärt werden muss. Indessen sind die Erwägungen, welche die Auswahl der Bewerber bestimmen können, so vielfältig, für die Würdigung ihrer Eigenschaften können so vielerlei Gesichtspunkte aufgestellt werden, dass kaum je mit Grund wird behauptet werden können, es seien ausschliesslich Erwägungen massgebend gewesen, die mit der Sache nichts zu tun hätten.[43])

Der Verwaltung steht es frei, Grundsätze darüber aufzustellen, von welchen Erwägungen sich die Wahlbehörden bei der Besetzung eines bestimmten Amtes vornehmlich sollen leiten lassen.

[43]) Deswegen ist schwer gegen Wahlen aufzukommen, die durch Parteirücksichten mitbestimmt worden sind.

Solche Festsetzungen können verschiedene Bedeutung haben.

Wenn sie von einer höhern Verwaltungsbehörde ausgehen und dazu bestimmt sind, den ihr untergeordneten Stellen Weisungen darüber zu erteilen, wie bei der Besetzung von Ämtern die Auswahl zu treffen sei, so handelt es sich um Verwaltungsvorschriften, die kraft der dienstlichen Unterordnung zu befolgen sind. Eine Anstellung, die von einer gesetzlich zu Anstellungen zuständigen Behörde in Verletzung solcher Vorschriften vorgenommen wird, ist jedoch gültig; sie unterliegt nur dann der Aufhebung, wenn einer Oberbehörde von Rechts wegen ein Bestätigungsrecht oder die Befugnis zum Einschreiten gegen eine vorschriftswidrige Anstellung zusteht.

Eine Wahlbehörde kann aber auch von sich aus kundgeben, welche Anforderungen sie an die Bewerber für ein erledigtes Amt zu stellen gedenke. Eine gesetzliche Ermächtigung hat sie hiefür nicht nötig; denn jede Auswahl setzt von vornherein die Aufstellung eines Massstabes voraus. Hält sich die Behörde nicht an die Bestimmungen, die sie in solcher Weise bei der Ausschreibung einer Stelle kundgegeben hat, so macht das die Anstellung des Bewerbers, der den Anforderungen nicht genügt, ebenfalls nicht ungültig.

Dagegen ist die Anstellungsverfügung in solchen Fällen aufzuheben, wenn die Behörde durch falsche Angaben des Bewerbers über das Vorhandensein der von ihr gestellten Anforderungen getäuscht worden ist.[44])

Das Bundesbeamtengesetz sieht die Aufstellung solcher Wahlerfordernisse in Art. 5 vor. Es lässt allerdings nicht klar erkennen, welche rechtliche Bedeutung sie haben sollen; es wäre an und für sich mit seinem Wortlaute nicht unvereinbar, dass den vom Bundesrate aufzustellenden Erfordernissen die Bedeutung einer Beschränkung der Wahlfähigkeit beigelegt würde. Doch besitzt der Bundesrat

---

[44]) Fleiner, Inst. S. 207.

andere Mittel, auf die Einhaltung solcher Vorschriften einzuwirken. Er kann z. B. sich die Bestätigung von Wahlen für Fälle vorbehalten, in denen der Bewerber den gestellten Anforderungen nicht genügen sollte. Auf dem Wege der Aufstellung von Wahlerfordernissen soll insbesondere dafür gesorgt werden, dass die Tauglichkeit der Bewerber richtig untersucht wird. Es soll insbesondere auch die Ablegung von Prüfungen verlangt werden können. Die weitgehende Freiheit, die das Gesetz in bezug auf die Aufstellung solcher Wahlerfordernisse der Verwaltung gewährt, ist im Begriffe, den Grundsatz von der allgemeinen Zugänglichkeit der Ämter für den Bund zum Verschwinden zu bringen.

§ 4. Rechtswirkungen der Anstellungsverfügung.

a) Beginn und Dauer der Anstellung.

I. Das öffentliche Dienstverhältnis erlangt seine Wirksamkeit in dem Zeitpunkte, der durch Gesetz oder Anstellungsverfügung bestimmt wird. In diesem Zeitpunkt hat der öffentliche Bedienstete mit der Leistung seiner Dienste zu beginnen. Das ist regelmässig ein rein tatsächlicher Vorgang; es bedarf keines weitern Verwaltungsaktes mehr, um, wenn die Zeit herangekommen ist, die Dienstpflicht wirksam zu machen.

Indessen kann der Beginn der Dienstleistung davon abhängig gemacht sein, dass der Bedienstete zuvor einen Diensteid oder ein Handgelübde ablege, wodurch er die getreue Erfüllung seiner Amtspflicht verspricht. Ferner ist möglicherweise vor dem Dienstantritt eine Kaution zu leisten.

Im übrigen bedarf es, wenn das Gesetz nichts anderes vorschreibt, keiner förmlichen Einführung in den Dienst. Es kann geschehen, dass ein Beamter einfach am festgesetzten Tage in dem ihm bezeichneten Raum zu arbeiten anfängt, ohne irgendwie „in den Besitz eingewiesen“ zu werden; von rechtlicher Bedeutung ist nur, dass die Tat-

sache des Dienstantrittes festgestellt werde. Das ist zunächst die Aufgabe der Vorgesetzten, die deshalb eine Meldung verlangen und sich vom Dienstantritt überzeugen können. Der Amtsantritt besteht in der Aufnahme der Dienstleistungen, die nach Gesetz oder Weisung zur Verwaltung des Amtes gehören; es brauchen aber nicht die regelmässigen Leistungen zu sein. Unter Umständen wird festgesetzt, dass der Bedienstete seine Amtsführung mit Verrichtungen beginne, die nur ausnahmsweise vorkommen, z. B. mit einer Studienreise; ja gelegentlich mag es sogar vorkommen, dass ein Bediensteter sein Amt mit einer Beurlaubung „antritt". Das muss aber ausdrücklich durch dienstliche Anordnung so geregelt sein, und im Zweifel ist daher anzunehmen, dass der Amtsantritt nicht erfolgt sei.

Bis zum Amtsantritt ist der Bedienstete nur den dienstlichen Weisungen unterworfen, die ihm auf die Zeit des Amtsantrittes hin erteilt werden; soll er schon vorher Leistungen übernehmen, so kann das entweder dadurch erreicht werden, dass diese Leistungen zur Bedingung der Anstellung gemacht werden, oder dass ein besonderes Dienstverhältnis begründet wird, das mit der Übernahme des eigentlichen Amtes endigt. Dagegen ist der Gewählte von der Mitteilung der Anstellungsverfügung an den Vorschriften unterstellt, die für das ausserdienstliche Verhalten der öffentlichen Bediensteten gelten; er kann daher wegen seines Verhaltens disziplinarisch und kriminell bestraft werden, wobei allerdings die Tatsache, dass er seinen Dienst noch nicht aufgenommen hat, unter Umständen mildernd in Betracht fällt.

Tritt der Gewählte zur festgesetzten Zeit seinen Dienst nicht an, so macht er sich einer Dienstpflichtverletzung schuldig. Bleibt er aber deshalb aus, weil er die für die Begründung des Dienstverhältnisses erforderliche Zustimmung nicht aufrechterhält, so fällt die Anstellungsverfügung dahin; es ist in einem solchen Falle nicht notwendig, das Dienstverhältnis durch ein Disziplinar-

verfahren erst aufzuheben. Der Gewählte ist gar nicht öffentlicher Bediensteter geworden.[45]) Selbst im Falle des Amtszwanges tritt die volle Wirkung der Anstellungsverfügung erst ein, wenn der Amtsantritt wirklich erfolgt ist. Der unter Amtszwang Gewählte, der sein Amt nicht antritt, kann zwar wegen Verweigerung des Amtsantrittes bestraft werden, nicht aber dafür, dass er eine Handlung unterlassen hat, die ihm nach der Übernahme des Amtes obgelegen hätte, oder dass er eine Handlung begangen hat, die einem Beamten in Ausübung seines Amtes verboten ist.

II. Die Dauer des einmal begründeten Dienstverhältnisses wird durch die Anstellungsverfügung bestimmt, soweit nicht bindende gesetzliche Vorschriften bestehen. Vorschriften über die Dauer der Dienstverhältnisse sind aber in den Gesetzen, die dieses Verhältnis ordnen, regelmässig enthalten, und es ist anzunehmen, dass die Verwaltung jedenfalls nicht die Ermächtigung besitzt, von sich aus Dienstverhältnisse auf unbeschränkte Dauer zu begründen. Wenn das gesetzlich geordnete Dienstverhältnis auf eine bestimmte Zahl von Jahren begründet wird, kann die Verwaltung auf Grund der Ermächtigung, daneben noch andere Dienstverhältnisse einzugehen, für solche Dienstverhältnisse gültig nicht eine längere Amtsdauer festsetzen, während allerdings kein Grund dafür besteht, weshalb solche Verhältnisse nur auf Kündigung oder unter dem Vorbehalt, sie jederzeit aufheben zu können, sollten errichtet werden können. Aber die gesetzliche Bestimmung einer Amtsdauer hat eine allgemeine Bedeutung; sie spricht den Rechtsgrundsatz aus, dass ein Amt einer Person auf längere Zeit übertragen werden könne und gilt deshalb auch für Dienstverhältnisse, die im übrigen nicht unter die gesetzliche Regelung fallen. Die Amtsdauer ist ein Charakteristikum des schweizerischen Beamtenrechtes. Es spricht sich darin das Bedürfnis der

[45]) Handlungen, durch die er sich in der Zwischenzeit eine Verfolgung zugezogen hat, sind nicht weiter zu verfolgen, wenn er das Amt gar nie angetreten hat.

Demokratie aus, die öffentlichen Ämter in der Hand zu behalten und in kurzen Zeitabständen immer wieder darüber entscheiden zu können, ob jeder Inhaber sein Amt ihr zu Dank versehe. Deshalb vergibt sie die höhern Ämter nicht auf Lebenszeit, wie das z. B. in Deutschland geschieht. Sie vergibt sie aber auch nicht auf Widerruf — wie es in Frankreich Rechtens ist —, weil sie erkennt, dass ohne persönliche Sicherung von den Beamten keine unabhängige Amtsverwaltung zu erwarten ist. Deshalb wird das Amt auf eine bestimmte Zeitdauer übertragen, nach deren Ablauf das Dienstverhältnis von Gesetzes wegen erlischt, und neu begründet werden muss, wenn es weiterdauern soll.

Dabei ist verstanden, dass die Neubegründung des Dienstverhältnisses regelmässig zulässig sein soll; deshalb findet nach dem Ablauf der Amtsdauer nicht etwa eine neue Ausschreibung statt, sondern es kann, wenn sich die Verwaltung zur Fortsetzung des Dienstverhältnisses entschliesst, der Inhaber einfach von der Wahlbehörde „in seinem Amte bestätigt" werden, womit vom Ablauf der ursprünglichen Amtsperiode eine neue Periode von gleicher Dauer zu laufen beginnt. Bestimmungen, wonach eine Person ein Amt nicht während mehrerer Amtsperioden bekleiden darf, sind eine aussergewöhnliche Erscheinung; sie kommen da vor, wo eine Gefahr darin zu liegen scheint, dass die Amtsgewalt missbraucht werden könnte, wenn sie zu lange in den gleichen Händen ruht, oder wo verhindert werden soll, dass sich unter Gleichgestellten ein Primat entwickelt (z. B. Wechsel des Präsidiums in Kollegialbehörden). In der Hauptsache rechnet aber auch das schweizerische Recht damit, dass in Tat und Wahrheit die auf Amtsdauer angestellten öffentlichen Bediensteten in der Regel solange im Dienste bleiben, als sie ihre Leistungsfähigkeit behalten. Das zeigt sich ohne weiteres z. B. in den gesetzlichen Vorschriften über das Aufsteigen vom Minimum zum Maximum der Besoldung, das mehr als eine Amtsdauer in Anspruch nimmt, und in den Bestim-

mungen über die Versorgungsansprüche, die eine lange tatsächliche Dienstzeit voraussetzen.

Eine Amtsdauer pflegt nur für die Bediensteten zu gelten, die als Beamte angestellt sind. Ein öffentliches Dienstverhältnis kann aber auch auf Kündigung oder auf Widerruf begründet werden. Das Institut der Kündigung besteht wie im Privatrechte darin, dass das Dienstverhältnis, das an und für sich nicht befristet ist, durch einseitige Erklärung jeder Partei auf einen bestimmten Zeitpunkt aufgehoben werden kann. Die Befugnis zu solcher Kündigung kann durch Gesetz geregelt sein; wo keine gesetzliche Vorschrift besteht, kann die Verwaltung sie sich auch in der Anstellungsverfügung vorbehalten.

b) Zulassung zum Amt und Anspruch auf den Bestand des Dienstverhältnisses.

I. Der öffentliche Bedienstete hat keinen rechtlich verfolgbaren Anspruch darauf, zur Ausübung seines Amtes zugelassen zu werden. Seine rechtliche Lage ist in dieser Hinsicht dieselbe, wie in bezug auf die Entlassung, so dass hier auf die Darlegungen über die Entlassung verwiesen werden kann.

Es ist aber möglich, dass es sich die Verwaltung ausdrücklich vorbehält, ihn vom Dienste fernzuhalten; diesem Zwecke dient die Einstellung im Dienste, eine Verfügung, die dem Bediensteten generell die Vornahme von Amtshandlungen verbietet. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer solchen Verfügung können verschieden geordnet sein;[46]) sie hat aber regelmässig den Charakter einer vorsorglichen Massnahme, welche entweder im Hinblick auf eine bevorstehende Verfügung oder Entscheidung über den Bestand des Dienstverhältnisses oder im Hinblick auf eine disziplinarische Bestrafung ergeht, und deren Geltung und Folgen von der darauf folgenden endgültigen

[46]) Nach Bundesrecht z. B. steht sie im freien Ermessen der zuständigen Behörde (BBeamtenGes. Art. 52), Basel-Stadt lässt sie nur im Falle der Pflichtverletzung zu (Beamtengesetz § 13).

Massnahme abhängen. Ist die Einstellung im Dienste nicht durch Gesetz oder Anstellungsverfügung vorbehalten, so werden die vermögensrechtlichen Ansprüche des Bediensteten nicht dadurch berührt, dass ihn die Verwaltung von der Dienstleistung ausschliesst. Aber auch dann, wenn die Verwaltung die gesetzlichen Regeln über die Zulässigkeit der Diensteinstellung verletzt hat, bleibt dem Betroffenen der Anspruch auf Besoldung gewahrt, trotzdem er keinen Dienst geleistet hat.[47])

II. Die Festsetzungen, die in der Anstellungsverfügung getroffen worden sind, sollen indessen grundsätzlich während der Dauer des Dienstverhältnisses nicht zu Ungunsten des Bediensteten geändert werden. Der Bedienstete hat ein subjektives Recht darauf, dass sie während der für den Bestand des Dienstverhältnisses in Aussicht genommenen Dauer aufrechterhalten werden, soweit nicht das Gesetz oder ein der Anstellungsverfügung beigefügter Vorbehalt eine Änderung erlauben.

Unabänderlich ist insbesondere zunächst die Bestimmung des Amtes, das dem Gewählten übertragen wird, und zwar in dem Sinne, dass der Bedienstete nicht gegen seinen Willen angehalten werden kann, dauernd an Stelle dieses Amtes ein anderes zu verwalten. Dagegen, dass sich der Kreis der Obliegenheiten im einzelnen ändert, die er in seinem Amte zu erfüllen hat, vermag sich der Bedienstete allerdings in der Regel nicht zu wehren; er hat auch nicht Anspruch auf Aufrechterhaltung aller Zuständigkeiten, die ursprünglich mit dem Amte verbunden waren und auf die Aufrechterhaltung der hierarchischen Leitung, der er zunächst unterstellt war. Aber das, was als die individuelle Aufgabe seines Amtes im Gegensatz zu andern Ämtern durch die Anstellungsverfügung bestimmt worden ist, muss bestehen bleiben. Je unbestimmter freilich die Aufgabe bei der Anstellung bezeichnet wird, desto freier ist die Verwaltung in der Festsetzung der Dienstpflichten,

[47]) Über den Ausschluss von einzelnen Amtshandlungen s. unten S. 305a.

die in jedem Augenblick zu dieser Aufgabe gehören, und es lässt sich infolgedessen namentlich bei den untern Beamten, Angestellten und Arbeitern häufig kein scharf charakterisiertes Amt mehr erkennen. Aber auch ihnen gegenüber darf die Festsetzung, die bei der Anstellung getroffen worden ist, nicht durch eine neue Verfügung geändert werden; wer „Gehilfe" der Steuerverwaltung ist, kann nicht gegen seinen Willen zur Militärverwaltung versetzt werden. Vielfach wird die rechtliche Bestimmtheit, die dem Bediensteten durch die Anstellung gewährleistet werden soll, durch ganz äusserliche Unterscheidungen in der Amtsbezeichnung herbeigeführt, die regelmässig auch für die Besoldungsfestsetzung von Belang sind, aber nicht notwendig auch eine Verschiedenheit in der dienstlichen Verwendung erfordern (Gehilfen „erster bis vierter Klasse").[48])

Unabänderlich sind ferner die Festsetzungen, welche die Anstellungsverfügung für die Bestimmung der vermögensrechtlichen Ansprüche des Bediensteten trifft (Höhe der Besoldung, Anspruch auf Bezug von Zulagen, auf Benützung einer Amtswohnung, Anrechnung von Dienstjahren für den Fall einer Pensionierung usw.). Und endlich gehören hierher die Bestimmungen der Anstellungsverfügung, durch welche die Verwaltung dem Bediensteten in bestimmter Hinsicht Freiheit gewährleistet. Solche Bestimmungen sind z. B. die Gewährung eines Anspruches auf Ferien, oder die Zusage, dass der Gewählte befugt sein solle, neben seinem Amte ein anderes Amt zu bekleiden oder eine Nebenbeschäftigung auszuüben.

Eine Verfügung, die in Verletzung des dem Bediensteten zustehenden Rechtes die Festsetzungen der

[48]) Zur Bestimmung des Amtes gehört regelmässig auch die Bestimmung des Ortes, wo es auszuüben ist. Daher kann der Bedienstete nicht ohne seine Zustimmung an einen andern Dienstort versetzt werden.

Das Bundesrecht macht aber in Bezug auf Versetzung und auf Verwendung in anderer Tätigkeit als der des Amtes weitergehende Vorbehalte: Art. 4, Abs. 2, Art. 9.

Anstellung ändert, kann in der Absicht ergehen, das bestehende Dienstverhältnis aufzuheben und es durch ein neues zu ersetzen; sie kann es aber auch als fortdauernd anerkennen und es nur inhaltlich ändern wollen. Das beabsichtigte neue Dienstverhältnis kommt beim Widerspruche des Bediensteten nicht zustande; will aber die Verwaltung auch das ursprüngliche nicht fortbestehen lassen, so führt ihre Verfügung zur Entlassung des Bediensteten.

III. Der Schutz, den das schweizerische Recht dem öffentlichen Bediensteten angedeihen lässt, wenn er solchergestalt in seinen Rechten verletzt wird, liegt nach einem Gewohnheitsrechtssatze[49]) darin, dass ihm der Richter (und zwar regelmässig der Zivilrichter) Entschädigung zuspricht, falls er findet, diese Zusicherungen seien ungerechtfertigterweise unerfüllt geblieben. Damit wird der Grundsatz, dass diese Festsetzungen bindend seien und nicht geändert werden dürften, in der Weise des Privatrechtes gewahrt.[50]) Die Verpflichtung, zu leisten, wandelt sich in eine Schadensersatzpflicht.

Die Entwicklung eines so gestalteten Gewohnheitsrechtes hat ihren Ausgangspunkt darin, dass die vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen dem Beamten und dem Gemeinwesen dem Privatrechte angehören, dem die Staatsgewalt als Fiskus wie jede andere Persönlichkeit unterworfen sei. Aus dieser Anschauung ergibt sich ohne weiteres die Schadensersatzpflicht des Fiskus in all den

---

[49]) Fleiner, Inst. S. 304, Note 37.

[50]) Infolgedessen erstreckt sich der Schutz nicht auf Rechtsverletzungen, die keinen Schaden nach sich ziehen. Das wäre bei öffentlichrechtlicher Regelung anders. Aber auch das Bundesrecht ist, wie die weitern Darlegungen im Text zeigen werden, beim Grundsatz der Entschädigungsleistung geblieben. Das eidg. Verwaltungsgericht kann eine unzulässige Änderung der Anstellungsverfügung nur daraufhin überprüfen, ob sie dem Betroffenen Schaden zufüge. Ist dies nicht der Fall, so kann sich der Verletzte nur an die Verwaltungsinstanzen wenden.

Fällen, in denen auch der private Dienstherr dem vertragswidrig behandelten Angestellten Entschädigung zu leisten hätte, wenn er sich nicht zur Erfüllung versteht. Entschädigung hat der Fiskus auch zu leisten, wenn die öffentliche Behörde dem Beamten den zugesicherten Gehalt nicht voll zahlen will; denn der Richter kann die Verfügungen, die die Zahlung verweigern, nicht beseitigen.

Von dem Augenblicke an, wo die Rechtsentwicklung dazu gelangte, das öffentliche Dienstverhältnis in allen seinen Beziehungen als ein Verhältnis des öffentlichen Rechtes zu betrachten und wo die Unterscheidung des Fiskus von der eigentlichen Staatsgewalt überwunden war, bestand für die Entschädigungsleistung an entlassene oder sonst in ihrem Vermögen benachteiligte Beamte theoretisch keine Rechtfertigung mehr. Denn von diesem Augenblick an stellte sich die Frage, ob das öffentliche Recht seinerseits dem Benachteiligten einen Entschädigungsanspruch gewähre; auf diese Frage pflegten die Rechtssätze über das Dienstverhältnis der öffentlichen Beamten keine Antwort zu erteilen und es fehlte daher dem Beamten, der sich nicht auf eine ausdrückliche Zusicherung der Verwaltung berufen konnte, jeder Titel für die Geltendmachung einer Entschädigungsforderung. Die Gerichte fuhren jedoch fort, Entschädigungsklagen von Beamten anzunehmen und nach den frühern Gesichtspunkten zu beurteilen, und zwar geschah das opinione necessitatis, so dass sich aus ihrer festen Praxis ein Gewohnheitsrecht zu entwickeln vermochte, das der öffentlichen Rechtsordnung den ausdrücklich nicht ausgesprochenen Rechtssatz von der Entschädigungspflicht beifügt.

Wie stark diese Überzeugung von der Notwendigkeit eines vermögensrechtlichen Ausgleiches war und noch ist, zeigt sich am schlagendsten darin, dass sie auch gegenüber gesetzlichen Anordnungen, die die Besoldung eines Beamten herabsetzen oder sein Amt aufheben, aufrechterhalten wird, obschon nicht einzusehen ist, weswegen der Besol-

dungsanspruch durch einen Rechtssatz nicht sollte berührt werden können.[51])

Ihre Rechtfertigung aber findet die opinio necessitatis nicht nur darin, dass von jeher Entschädigungsansprüche anerkannt worden sind, sondern vor allem auch darin, dass die Entwicklung des öffentlichen Rechtes diese Ansprüche nicht überflüssig gemacht hat. Überflüssig wären sie geworden, wenn der Beamte gegen die Gefahr einer Beeinträchtigung der ihm aus der Anstellung erwachsenden Vermögensrechte auf dem Boden des öffentlichen Rechtes den gleichen Schutz gefunden hätte, wie er ihm durch die Zivilgerichte gewährt wird. Das hätte bedeutet: die Gewähr dafür, dass Verfügungen, die seinen Besoldungsanspruch (widerrechtlich) beschränkten oder die sein Dienstverhältnis (widerrechtlich) beendigten, unter allen Umständen aufgehoben würden: denn dann hätte er es nicht mehr nötig, Entschädigung zu verlangen. Eine solche Gewähr besteht ja grundsätzlich schon in der Bindung der Verwaltungsbehörden an das Gesetz; sie wird aber der richterlichen Entscheidungsbefugnis gegenüber nicht als gleichwertig erachtet und erst die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit lässt daher das Bedenken verschwinden. Mit der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit wird denn auch regelmässig der Anwendung des Gewohnheitssrechtssatzes, der Entschädigung verheisst, der Boden entzogen. Der Beamte, der wegen Nichterfüllung seines Besoldungsanspruches beim Verwaltungsgerichte Schutz finden kann, darf mit einer Klage auf Entschädigung wegen Herabsetzung seiner Besoldung vom Zivilrichter nicht mehr gehört werden.

Trotzdem die Zivilgerichte für die Entscheidung über Entschädigungsklagen der öffentlichen Bediensteten zuständig geblieben sind, handelt es sich materiellrechtlich dabei nicht mehr um einen privatrechtlichen Anspruch, sondern um einen Fall der öffentlichrechtlichen

[51]) BGer. 16, 435; vgl. Zentralbl. f. St. u. Gem.Verw., Jahrg. 1924, S. 116, 141.

Entschädigung. Zu dem öffentlichrechtlichen Anspruche auf Besoldung usw. tritt darnach für den Beamten ein Forderungsrecht gleicher Art hinzu, dessen Voraussetzungen und Wirkungen in der folgenden Darstellung zu berücksichtigen sind, dessen wesentliche Funktion aber im Schutze gegen die Folgen einer Verletzung der durch das Dienstverhältnis begründeten Ansprüche besteht.

Diese Erörterungen genügen aber nicht, um zu erklären, dass sich auch das Gesetz über dieses Gewohnheitsrecht nicht hinwegsetzen darf, wie in der bundesgerichtlichen Praxis wiederholt anerkannt worden ist. Dafür gibt es nur eine Rechtfertigung, nämlich die, dass die Entschädigung bei Entlassung von Beamten und Herabsetzung ihrer Besoldung nötig ist, wenn das Gesetz eine Verletzung verfassungsrechtlicher Grundsätze vermeiden will. Der Verfassungsgrundsatz, dessen Verletzung droht, wenn das Gesetz die Entschädigung ausschliessen wollte, ist die Rechtsgleichheit. Sie hindert die Staatsgewalt, sich oder eine andere öffentliche Körperschaft einseitig und ohne rechtliche Auseinandersetzung von vermögensrechtlichen Verpflichtungen zu befreien, die sie „von Rechtes wegen" selber begründet hat. Eine solche rechtliche Auseinandersetzung erfordert die Erwägung der Nachteile, die den Betroffenen aus dem Verluste ihres Anspruches erwachsen, und zwar namentlich die Überlegung der Frage, ob der Zweck, den das neue Gesetz anstrebt, nicht ebensowohl erreicht werde, wenn dieser Nachteil (durch einen Entschädigungsanspruch) ausgeglichen werde. Bei den durch die sogenannte Eigentumsgarantie geschützten Privatrechten ist diese Frage im voraus durch die Verfassung positiv entschieden; sie dürfen nur gegen volle Entschädigung entzogen werden. Die Eigentumsgarantie ist aber (in dieser Hinsicht) nur ein Anwendungsfall des eben bezeichneten, aus der Rechtsgleichheit herzuleitenden Grundsatzes. Darnach kann das Gesetz die Aufhebung öffentlichrechtlicher Vermögensrechte der Bürger allerdings nicht nur gegen volle Ent-

schädigung anordnen, wie sie die Eigentumsgarantie in Aussicht stellt, sondern es rechtfertigt sich möglicherweise auch eine weniger weitgehende Ausgleichung (ja, wenn der Anspruch selbst als ein mit der Rechtsgleichheit unvereinbares „Privileg" erscheint, sogar vielleicht einmal die Ablehnung einer Ausgleichung). Entscheidend aber ist, dass die Auseinandersetzung vom Gesetze vorgenommen werde, oder dass es wenigstens ihrer Durchführung kein Hindernis in den Weg lege.[52])

Die Bemessung der Entschädigung bleibt, nach der bundesgerichtlichen Praxis, unter der Voraussetzung, dass sich der Gesetzgeber dabei von der Billigkeit leiten lasse, dem Gesetze anheimgestellt. Damit ist aber die Möglichkeit gegeben, den gewohnheitsrechtlichen Entschädigungsanspruch durch einen gesetzlichen Anspruch zu ersetzen.

Dabei ist der Gesetzgeber nicht etwa verpflichtet, dem Zivilrichter die Entscheidung über diesen Entschädigungsanspruch zu belassen, es steht nichts im Wege, dass er die Beurteilung dem Verwaltungsgerichte oder aber auch den Verwaltungsbehörden anheimstelle, sofern er nur den Anspruch selber gemäss der Forderung der Eigentumsgarantie anerkennt.

So hat nunmehr das Bundesrecht den frühern gewohnheitsrechtlichen Entschädigungsanspruch in einen gesetzlichen Anspruch umgewandelt, der dabei den gleichen rechtlichen Charakter behalten hat wie zuvor: Art. 55 des Bundesbeamtengesetzes gestattet es den Bundesbehörden, ein Dienstverhältnis vor Ablauf der Amtsdauer aufzuheben und bestimmt die Voraussetzungen, unter denen das geschehen darf. Für den Fall aber, dass es ungerechtfertigterweise geschehen sollte, behält es dem

---

[52]) Auf diesem Boden steht auch das Bundesgericht (BGE 50, I, 75); das Urteil erweckt freilich den Eindruck, als hätte die Eigentumsgarantie mit der Frage überhaupt nichts zu tun. Bedeutsam ist der Vorbehalt am Schlusse der Entscheidung, wonach sich die Ausgleichung, mit der das Gesetz rechnet, auch für jeden einzelnen als billig erweisen müsse.

Betroffenen einen Anspruch auf Entschädigung[53]) vor; mit diesem Vorbehalte begnügt es sich und fügt nur einige Bestimmungen für besondere Fälle bei, während es für die Regel die Bemessung der Entschädigung völlig dem Richter überlässt, ganz wie sie vorher dem Richter zugestanden hatte (dieser Richter kann nach der Natur des Anspruches nur das eidg. Verwaltungsgericht auf Grund von Art. 60 des BGes. sein).

Allein die Einräumung eines solchen eigentlichen Entschädigungsanspruches ist nicht die einzig mögliche Lösung. Der Entschädigungsanspruch kann auch dadurch ersetzt werden, dass dem Bediensteten für den Fall vorzeitiger Entlassung ein gesetzlich bestimmter Anspruch eingeräumt wird, sofern dieser der Billigkeit entspricht. Die Ansprüche auf Versorgung der aus dem Dienste Ausscheidenden, die sowohl im Bundesrechte als im kantonalen Rechte mannigfaltig ausgebildet worden sind, haben diese Bedeutung: Der Bedienstete, dem solche Ansprüche zuerkannt worden sind, kann daneben nicht noch Entschädigung verlangen.

Dagegen bleibt der gewohnheitsrechtliche Entschädigungsanspruch bestehen, wo er durch keinen gesetzlichen ersetzt worden ist, selbst dann, wenn das Gesetz den Zivilrichter von der Beurteilung ausschliesst und auch keinen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz gewährt, so dass allein die Verwaltungsbehörde zur Entscheidung zuständig wäre.[54]) Freilich wird es auch als zulässig er-

---

[53]) Für den Fall der Aufhebung des Amtes vgl. ausserdem Art. 54.

[54]) Dieser Fall lag z. B. vor, als der Kanton Basel-Stadt durch Gesetz verheiratete Frauen vom Schuldienste ausschloss, ohne denen, die infolgedessen aus dem Dienste ausschieden, Entschädigung zu gewähren. Da diese (auf Lebenszeit angestellten) Lehrerinnen nicht pensionsberechtigt waren, und das VerwGer. nur über die gesetzlichen Pensionsansprüche hätte entscheiden können, da andrerseits die Anrufung des Zivilrichters nach baselstädt. Recht seit der Einführung der Verwaltungsrechtspflege wegen öffentlichrechtlicher Forderungen ausgeschlossen war, musste

achtet werden müssen, dass das Gesetz Entschädigungsansprüche für gewisse Fälle ausdrücklich oder stillschweigend ausschliesse, die sich aus dem allgemeinen Grundsatze ableiten liessen; wenn es nicht unter allen Umständen unbillig ist, die Entschädigung auf einen Teil des Schadens zu beschränken, so kann auch ihr Ausschluss nicht von vornherein als unbillig gelten. Als ausgeschlossen haben Entschädigungsforderungen insbesondere dann zu gelten, wenn das Gesetz die Herabsetzung der Besoldung und die Entlassung als Disziplinarmassnahme vorsieht und für deren Anwendung ein besonderes Verfahren anordnet. In diesem Falle bleibt für eine Entschädigungsklage kein Raum, auch wenn das Disziplinarverfahren nicht durch Richterspruch beendigt wird.

Im System des öffentlichen Rechtes ist der ursprüngliche Entschädigungsanspruch nach seiner ganzen Gestaltung etwas Fremdartiges, weil er einen Tatbestand voraussetzt, der durch die Wirksamkeit des öffentlichen Rechtes eigentlich ausgeschlossen werden sollte. Das materielle öffentliche Recht hat die Aufgabe, zu bestimmen, wie der Staat den Bürger behandeln will; hierzu steht es aber in einem innern Widerspruch, dem Bürger Rechte für den Fall einzuräumen, dass ihn der Staat nicht so behandelt hätte, wie er es tun will. Für diesen Fall kann er nur Vorsorge treffen, dass die unrichtige Behandlung korrigiert wird (und daran mag sich dann noch ein Entschädigungsanspruch anknüpfen). Wenn die Frage gestellt wird: was gebührt vom Standpunkte des öffentlichen Rechtes dem Bediensteten, der zu Unrecht entlassen wurde? so kann die Antwort nur lauten: Die Entlassung ist rückgängig zu machen. Diese Problemstellung aber ist nicht die einzig mögliche. Dem öffentlichen Rechte gemäss ist

---

die Frage, ob den Entlassenen Entschädigung zustehe, von der Verwaltung entschieden werden; die Voraussetzungen für die Entschädigung lagen vor. Die Verpflichtung wurde bejaht; das Mass der Entschädigung wurde vom BGer. als billig anerkannt. Zentralbl. f. St.- u. GemVerw. 1924, S. 141.

es auch, zu bestimmen, dass die vorzeitige Entlassung des öffentlichen Bediensteten unter bestimmten Voraussetzungen unzulässig, unter andern Voraussetzungen zulässig sein solle; die zulässige Entlassung hat in jeder Hinsicht als rechtmässig zu gelten. Das schliesst nicht aus, dass das Gesetz in bestimmten Fällen dem zulässigerweise Entlassenen eine Entschädigung in Aussicht stellt, nicht, weil die Entlassung ungerechtfertigt wäre, sondern weil es unbillig wäre, den davon Betroffenen in seinem Vermögen zu verkürzen.

c) Änderung des bestehenden Dienstverhältnisses.

Die Verwaltung kann einen öffentlichen Bediensteten durch eine neue Anstellungsverfügung in seinem Amte bestätigen oder in ein anderes Amt versetzen. Für diese neue Verfügung hat sie regelmässig die Zustimmung des Bediensteten nötig, wie für die ursprüngliche Anstellung. Sie kann ihn daher gegen seinen Willen weder während seiner Amtsdauer noch nach deren Ablauf in ein höheres Amt befördern oder in ein niedrigeres Amt zurückversetzen, wenn sie dazu nicht eine besondere gesetzliche Ermächtigung besitzt, und kann ihn nach Ablauf der Amtsdauer nicht zu weiterer Dienstleistung verpflichten. Die theoretische Möglichkeit, sich solche Verfügungen bei der Anstellung vorzubehalten, hat praktisch keine erhebliche Bedeutung.

Ist die Amtsdauer abgelaufen oder steht der Verwaltung sonst die Befugnis zu, das Dienstverhältnis aufzuheben, so ist sie in der Entscheidung darüber, welchen Inhalt das neue Dienstverhältnis erhalten solle, gänzlich frei, soweit nicht ausdrückliche Gesetzesvorschriften diese Freiheit beschränken und soweit sie die Zustimmung der Bediensteten erlangt. Diese erhält sie in der Regel ohne Schwierigkeit, wenn es sich um eine dienstliche Besserstellung handelt. Aber auch eine Schlechterstellung wird sich der Bedienstete, der auf erneute Anstellung an-

gewiesen ist, häufig gefallen lassen. Die Gesetzgebung enthält für diese Fälle regelmässig nur ganz vereinzelte Vorschriften. Bei der Amtsbestätigung ist die unveränderte Erneuerung des Verhältnisses so feste Übung, dass die Gesetze gar nicht daran denken, dafür eine rechtliche Garantie zu geben. Das Bundesgesetz stellt im Gegenteil die Erneuerung des Dienstverhältnisses ausdrücklich dem Ermessen der Behörde anheim (Art. 57). Für den wichtigsten Anspruch des Beamten, die Besoldung, besteht im Bundesgesetz allerdings eine ausdrückliche Garantie, und es muss angenommen werden, obschon das aus dem Wortlaute des Gesetzes nicht mit Sicherheit geschlossen werden kann, dass der Besoldungsbetrag, der dem Beamten nach Art. 40 f. zusteht, auch bei Anlass der Amtsbestätigung nur herabgesetzt werden darf, wenn die Voraussetzungen des Art. 55 (wichtige Gründe) vorhanden sind.

Während der Amtsdauer aber vermag die Verwaltung eine Schlechterstellung des Bediensteten nach den vorhin dargelegten Grundsätzen nicht durchzuführen, wenn sie nicht ausnahmsweise die Zustimmung des Betroffenen dazu erlangt. Doch verschafft ihr nach der Bundesgesetzgebung die „Umgestaltung des Dienstverhältnisses" diese Möglichkeit auch gegen den Willen des Bediensteten (Art. 55). Durch die Umgestaltung wird das bestehende Dienstverhältnis vor dem Ablauf der Amtsdauer beendigt und es tritt ein neues (abgeschwächtes) Dienstverhältnis an seine Stelle. Hiergegen lässt sich grundsätzlich schon darum keine Einwendung erheben, weil dem Bediensteten für den Fall einer ungerechtfertigten Umgestaltung ein Entschädigungsanspruch vorbehalten wird. Die Verwaltung hat für die Bestimmung des neuen Dienstverhältnisses völlige Freiheit. Das rechtfertigt sich dadurch, dass die Umgestaltung ein Minus gegenüber der gänzlichen Entlassung darstellt, die unter denselben Voraussetzungen zulässig wäre. Der von der Umgestaltung Betroffene wird also auch bei starker Benachteiligung immer noch günstiger behandelt, als wenn er entlassen würde. Die Verwaltung

ist daher befugt, den Beamten z. B. ins Provisorium zu versetzen oder ihm eine andere Beamtenstelle zu übertragen. Bestehen Rechtssätze, die das Dienstverhältnis der im Provisorium angestellten Beamten regeln, so ist sie freilich auch bei der Umgestaltung an diese Rechtssätze gebunden, falls sie das Provisorium wählt. Entscheidet sie sich für die Übertragung eines andern Amtes, dessen Träger Bundesbeamter ist (Art. 1, Abs. 2), so gilt für das neue Dienstverhältnis das Beamtengesetz. Doch besteht keine gesetzliche Verpflichtung, die eine oder die andere von diesen Formen für die weitere Anstellung anzuwenden. Deshalb ist die Verwaltung auch in bezug auf die Besoldungsfestsetzung frei, wenn sie den Beamten nicht mehr unter das Beamtengesetz stellt. Der Bedienstete ist zu den Dienstleistungen verpflichtet, die ihm nach der Umgestaltungsverfügung zukommen. Er vermag sich freilich durch Kündigung davon zu befreien, dann verliert er aber die Ansprüche, die ihm im Fall einer Entlassung zuständen. Erhalten bleibt ihm nur der Anspruch wegen ungerechtfertigter Umgestaltung, bei dessen Bemessung aber in Betracht fällt, dass er im Dienst hätte bleiben können.

Ein Amtszwang, wie er bei der Umgestaltung des Dienstverhältnisses besteht, pflegt der Verwaltung nicht zur Verfügung zu stehen, wenn sie einen Bediensteten in ein höheres Amt befördern will. Für eine solche Beförderung gelten im allgemeinen dieselben Regeln wie für die Anstellung im Staatsdienste. Dass der Beförderte schon bisher im Dienste gestanden hat, gibt aber der Gesetzgebung Anlass zu Bestimmungen, die ihn davor schützen sollen, unter dem Titel der Beförderung eine Benachteiligung zu erfahren. Eine solche ist an und für sich möglich, weil die Verwaltung das Dienstverhältnis bei Übertragung eines neuen Amtes neu ordnet. Es könnte also geschehen, dass z. B. die Besoldung, die der Beförderte im neuen Amte erhalten solle, niedriger angesetzt würde als die, die der Bedienstete bisher genoss, falls diese höher ist als die Minimalbesoldung des neuen Amtes. Der Betroffene

hat zwar die Freiheit, eine solche Beförderung abzulehnen; dann verliert er aber auch die Aussicht, nach und nach zu den höhern Beträgen aufzusteigen, die für das neue Amt ausgesetzt sind. Aus diesem Dilemma befreien ihn Vorschriften, wonach bei einer Beförderung mindestens der zuletzt bezogene Gehalt fortzugewähren sei, oder wonach sie mit einer Besoldungserhöhung verbunden werden müsse.

Die Pflichten und die Verantwortlichkeit der öffentlichen Bediensteten.

§ 5. Uneigentliche Dienstpflichten.

Unter den Verpflichtungen, welche das öffentliche Dienstverhältnis für den Bediensteten begründet, ist zunächst die Dienstpflicht im eigentlichen Sinne von Verpflichtungen anderer Art zu unterscheiden. Die Dienstpflicht umfasst das Verhalten, wofür die Verantwortlichkeit statuiert ist. Es gibt aber Verpflichtungen, deren Nichterfüllung keine Verantwortlichkeit begründet, sondern den Antritt des Dienstes ausschliesst oder den Fortbestand des Dienstverhältnisses berührt. Hierzu gehört zunächst einerseits die Pflicht zur Ablegung eines Eides oder Handgelübdes, andrerseits die Pflicht zur Leistung einer Amtskaution.[55])

Gelöbnis und Kaution bedeuten Sicherungen für die Erfüllung der Amtspflicht. Sind sie gesetzlich gefordert, so bedeutet das, dass das Amt dem Bediensteten nicht

---

[55]) Das Bundesrecht kennt die Amtskaution als allgemeine Einrichtung nicht mehr: BGesetz betr. die Aufhebung der Amtskautionen der Beamten und Angestellten der schweizerischen Bundesverwaltung, vom 5. Oktober 1911. Das baselstädtische Beamtengesetz sieht sie vor für Bedienstete, die Kassen verwalten oder den Einzug öffentlicher Gelder besorgen, § 30. — Über eine der Kautionspflicht rechtlich entsprechende andere Verpflichtung vgl. unten S. 386a.

ohne diese Sicherung übergeben oder belassen werden dürfe. Die Anstellungsverfügung muss daher zurückgenommen werden, wenn das Gelöbnis verweigert oder die Kaution nicht gestellt oder nicht aufrechterhalten wird. Es ist eine Frage der positiven Gesetzgebung, ob jede Amtshandlung unterbleiben muss, solange diese Auflagen nicht erfüllt sind. Sind die Verpflichtungen nicht im Gesetz begründet, sondern nur durch die Anstellungsverfügung auferlegt, so ist die Verwaltung in der Lage, den Gewählten trotz der Nichterfüllung zum Amte zuzulassen. Aber sie ist auch befugt, auf ihrer Erfüllung zu bestehen und die Anstellung zurückzunehmen, wenn sich der Bedienstete der Erfüllung entzieht.

Der Pflicht, eine Kaution zu stellen, hat der Bedienstete durch die Mittel des Privatrechts zu genügen, und zwar auf die Art und Weise, wie es ihm durch Gesetz oder Verfügung vorgeschrieben wird. Das Gelöbnis wird seinem Inhalt nach ebenfalls durch den Dienstherrn bestimmt; aber der Bedienstete ist durch die Bundesverfassung davor geschützt, dass ihm die Leistung eines Eides auferlegt werde, wenn er erklärt, die Eidesleistung sei mit seiner Überzeugung nicht vereinbar. Denn das Gelübde hat er nicht in Ausübung seines Amtes zu leisten, sondern als Privatmann, der ein Amt übernehmen will, und in dieser Eigenschaft kommt ihm die verfassungsmässige Freiheit zugute.

Eine eigenartige Stellung nimmt der Anspruch des Gemeinwesens auf Erfindungen ein, die der Bedienstete in Ausübung seiner Verrichtungen gemacht hat (vgl. BBeamtengesetz, Art. 16). Das ist ein rein vermögensrechtlicher Anspruch, von dessen Erfüllung der Bestand des Dienstverhältnisses nicht abhängt. Freilich kann es eine Dienstpflichtverletzung bedeuten, dass der Bedienstete es unternimmt, seine Erfindung für sich zu verwerten. Aber darin, dass er den vom Gemeinwesen erhobenen Anspruch zunächst bestreitet, liegt an sich weder eine Pflichtverletzung, noch ein Verhalten, das der

Verweigerung der Kautionsstellung gleichkäme. Der Anspruch ist vielmehr von derselben Natur wie der Anspruch des Gemeinwesens auf Schadenersatz (vgl. unten S. 357a).

Die Auferlegung aller derartigen Verpflichtungen kann nur durch Gesetz oder Anstellungsverfügung erfolgen, nicht durch Dienstbefehl. Die Zulässigkeit solcher Verfügungen bestimmt sich nach denselben Grundsätzen wie bei den eigentlichen Dienstpflichten (vgl. unten S. 317a).

Soweit es sich um vermögensrechtliche Verpflichtungen handelt, gehört der Streit über ihre Existenz und ihren Umfang vor den Zivilrichter, falls keine verwaltungsgerichtliche Kognition besteht (und falls die Anrufung des Zivilrichters nicht etwa ausdrücklich ausgeschlossen wäre). Für das Bundesrecht ist nunmehr die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts gegeben (Art. 60, BBeamtengesetz).

Die Dienstpflicht.

§ 6. Inhaltliche Bestimmung der Dienstpflicht.

a) Schranken der Dienstpflicht.

I. Die Aufgabe der Dienstpflichtregelung ist die Wahrung und Verwirklichung der der öffentlichen Verwaltung anvertrauten Interessen, die in zwei grosse Gruppen zerfallen: auf der einen Seite die sachlichen Interessen, die das Gemeinwesen durch seine Verwaltung verfolgt, auf der andern Seite das Interesse am geordneten Gange der Verwaltungstätigkeit. Nicht jedes staatliche oder öffentliche Interesse geht die Verwaltung an. Diejenigen rechtlichen Beziehungen unter den Einzelnen und zwischen den Einzelnen und dem Gemeinwesen, die durch Rechtssatz geregelt sind und deren Bestimmung auf Grund solchen Rechtssatzes dem Spruche des Richters vorbehalten ist, bleiben der Einwirkung der Verwaltung entzogen. Nur dann, wenn die Verletzung derartiger Rechtssätze zugleich den Gang der öffentlichen Verwaltung

zu stören geeignet ist, wird sie möglicherweise auch für die Dienstpflicht anderer öffentlicher Bediensteten relevant.

Insoweit der öffentliche Bedienstete selber dem Gemeinwesen und Dritten gegenüber unter der Herrschaft solcher Rechtssätze steht, ergibt sich hiernach für ihn von vornherein eine Sphäre der Dienstfreiheit, innerhalb deren er Anspruch darauf hat, auch von der öffentlichen Verwaltung als private Persönlichkeit anerkannt zu werden, wenn sein Verhalten nicht auf den Gang des öffentlichen Dienstes einwirkt. Soll aber rechtswidriges oder unsittliches Verhalten des öffentlichen Bediensteten, das die von der Verwaltung zu wahrenden Interessen unmittelbar nicht berührt, als Störung für den Gang der Verwaltung gelten? Grundsätzlich liesse sich sagen, dass sich der Staat, dessen Hauptaufgabe die Wahrung der Rechtsordnung ist, für die Erfüllung dieser Aufgaben keiner Personen bedienen solle, die sich nicht ihrerseits jeder Verletzung der Rechtsordnung enthalten. Aber das wäre eine unmögliche Forderung. Nach schweizerischer Auffassung hat der öffentliche Bedienstete in bezug auf sein Privatleben, aber auch in bezug auf die Ausübung seiner staatsbürgerlichen Rechte weitgehende Freiheit zu beanspruchen, und der Gebrauch dieser Freiheit wird, falls er nicht sachliche Interessen der Verwaltung verletzt, nur dann für den Gang der öffentlichen Verwaltung als eine Störung betrachtet, wenn der Bedienstete durch sein Verhalten die Achtung und das Vertrauen aufs Spiel setzt, die seine amtliche Stellung erfordert. Ein besonderes Standesrecht aber, das im Hinblick auf den Gang des öffentlichen Dienstes die Freiheit der öffentlichen Bediensteten weiter beschränkte, hat sich nicht entwickelt.

II. Zur Wahrung der sachlichen Interessen der Verwaltung dienen im übrigen die Vorschriften über den Gegenstand der Dienstpflicht. Zur Wahrung des Interesses am geordneten Gange der Verwaltung dienen Vorschriften darüber, wie der Dienst zu leisten sei und wie weit der Bedienstete dafür zur Verfügung zu stehen habe; durch

diese Vorschriften, die auch das ausserdienstliche Verhalten in Betracht ziehen, werden Störungen ferngehalten, die die Verfolgung der dienstlichen Interessen unmittelbar gefährden würden.

Dieser ganzen inhaltlichen Bestimmung der Dienstpflicht liegen die Forderungen der Treue und des Gehorsams zugrunde. Die Gehorsamspflicht erhält ihre besondere Ausprägung durch die Befehlsgewalt, der die öffentlichen Bediensteten unterstellt sind und es ist darauf bei der Darstellung der Befehlsgewalt einzugehen. Die Treupflicht sichert die selbständige Wahrung der dienstlichen Interessen, abgesehen von Vorschrift und Befehl.

Sie lässt sich allerdings im Einzelfall nur auf Grund der Vorschriften über den Inhalt der Dienstpflicht bestimmen; dennoch rechtfertigt es sich, von ihr zu sprechen, bevor auf den Inhalt der Dienstpflicht näher eingegangen wird. Dabei wird sich die Gelegenheit ergeben, das unter I allgemein Angedeutete noch näher auszuführen.

b) Treupflicht.

I. Von der Treue, die der öffentliche Dienst verlangt, ist in den Darstellungen des Beamtenrechtes (und so auch in dieser) ausführlicher die Rede, als in den Quellen.[56]) Sie hat aber in der Tat für das öffentliche Dienstverhältnis auch dann grundlegende Bedeutung, wenn die Gesetzgebung gar nicht ausführlich von ihr spricht. Nur ist sie nichts dem öffentlichen Dienstverhältnis Eigentümliches. Sie besteht ebenso für den Amtsträger, der nicht Bediensteter ist, und besteht auch für den Soldaten, der

[56]) BBeamten-Ges. Art. 22; vgl. auch Art. 21, Abs. 2. Das Gesetz verlangt auffallenderweise Wahrung der Interessen des Bundes nur bei Erfüllung der dienstlichen Obliegenheiten („und hat dabei alles zu tun . . .“). Dennoch ist der Bundesbeamte für ein Verhalten, das die Interessen des Bundes verletzt, gemäss den nachstehenden Ausführungen auch dann verantwortlich, wenn er es sich ausserhalb des Dienstes zuschulden kommen lässt; es berührt das Vertrauen, das seine Stellung erfordert (Art. 24).

kein Amt verwaltet. Ihre Rechtfertigung liegt beim öffentlichen Dienstverhältnis darin, dass das Gemeinwesen zu seinen Bediensteten in ein besonderes Rechtsverhältnis tritt und für sie auf eine andere Weise sorgt als für alle andern Bürger. Die Auswahl des einzelnen zum öffentlichen Dienste bedeutet eine Bevorzugung, die grundlos wäre, wenn sich der Gewählte nicht seinerseits bereitfände, durch sein gesamtes Verhalten seine besondere Verbundenheit mit dem Gemeinwesen zu beweisen. Diese Bevorzugung wird als vorhanden betrachtet, selbst wenn der Gewählte durch Amtszwang zur Übernahme des Dienstes verpflichtet wird oder wenn ihm ausnahmsweise kein Besoldungsanspruch gewährt werden sollte. Die Existenz der Treupflicht wird auch beim Schweigen der Beamtengesetze daraus erkennbar, dass das Strafgesetz auf einzelne Handlungen, in denen sich Untreue der öffentlichen Behörden und Bediensteten äussert, Strafe androht. Das geschieht nicht nur darum, weil die öffentlichen Interessen, die durch solche Handlungen verletzt werden, besonders gewichtig sind, sondern weil für den Bediensteten eine Treupflicht besteht, deren Verletzung eine besondere Schuld ist und in den vom Gesetze bestimmten Fällen sogar eine strafrechtliche Ahndung erfordert. Wenn daher das Beamtengesetz die Treupflicht nicht in ausführlicher Formulierung umschreibt, so heisst das nicht, dass keine solche Pflicht bestehe. Man darf bei seiner Auslegung nicht vergessen, dass das auf Treue gestellte öffentliche Dienstverhältnis lange vor der Kodifikation (die in der Schweiz besonders spät eingesetzt hat) vorhanden gewesen ist. Die allgemeinen Regeln, denen es durch die Kodifikation unterstellt wird, bezwecken vor allem, dem freien Ermessen der Verwaltung in der Gestaltung des Dienstverhältnisses im Interesse der Bediensteten Schranken zu ziehen. Sie pflegen daher gelegentlich solche Schranken auch gegenüber übermässigen Anforderungen an die Treue der Bediensteten aufzurichten, aber die Treupflicht selbst geben sie nicht preis.

II. Treue ist eine Gesinnung, von der das persönliche Tun und Lassen geleitet und beherrscht wird. Ihr Wesen besteht in der Bereitschaft zur Unterordnung der eigenen Person unter eine andere Person und ist insoweit mit dem Gehorsam verwandt; sie unterscheidet sich vom Gehorsam dadurch, dass sie nicht nur freiwillige, sondern selbsttätige Unterordnung bedeutet. Die Selbsttätigkeit äussert sich im Widerstande gegen Zwang, der die Unterordnung erschweren will, und in eigenem Antrieb zum Handeln für den andern. Treue erfordert umfassende Unterordnung; man kann nicht zwei Herren dienen. Man kann höchstens in einzelnen Beziehungen die Erlaubnis erhalten, sich von der Unterordnung freizumachen.

Die öffentlichen Bediensteten sind dem Gemeinwesen solche aktive Unterordnung schuldig, sie müssen sie in ihrem gesamten Verhalten bewähren, wenn sie sich mit keiner Verantwortung belasten wollen, und sie bedürfen einer Befreiung, wenn dieser Massstab in einzelnen Beziehungen nicht an ihr Verhalten soll angelegt werden dürfen.

Befreiung gewährt ihnen von vornherein der ihnen zustehende allgemeine Anspruch auf Anerkennung ihrer privaten Persönlichkeit und dieselbe Wirkung haben alle für ihre Dienstpflicht massgebenden Vorschriften, die von ihnen für einen bestimmten Tatbestand ein bestimmtes Verhalten fordern oder ein beliebiges Verhalten erlauben. Wo aber ihr Verhalten durch allgemeine Regeln bestimmt ist, ist für deren Auslegung und Anwendung die Treupflicht massgebend: Alle allgemeinen Vorschriften sind dahin auszulegen, dass der Dienstpflichtige, den sie angehen, dem Gemeinwesen zum Zweck des übernommenen Dienstes mehr zu leisten habe, als was es von den übrigen Bürgern verlangen kann, nämlich die Aktivität in der Unterordnung, die über den Gehorsam hinausgeht. Die Mehrforderung besteht nicht nur darin, dass der Bedienstete dem Gemeinwesen besondere Leistungen schuldet, die von andern Bürgern nicht beansprucht werden, sondern

sie bezieht sich auf die Art, wie geleistet werden soll. Das ist die eine Seite der Sache. Es kommt aber hinzu, dass die Treupflicht auch Anforderungen rechtfertigt, die sich aus den bestehenden allgemeinen Regeln über den Gegenstand der Dienstpflicht an sich gar nicht ableiten lassen; so beruhen die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit, die Pflicht zur wahrheitsgemässen Auskunfterteilung usw. unmittelbar auf der Treupflicht, und können deshalb auch da geltend gemacht werden, wo die Dienstvorschriften über diese Punkte nichts Ausdrückliches enthalten.

Da Treue ein aktives Verhalten verlangt, liegt die Entscheidung darüber, ob er sich auf Schranken der Treupflicht berufen dürfe, dem Bediensteten selbst ob, und es wird damit gerechnet, dass er im Zweifel zugunsten der Dienstpflicht entscheide. Darin liegt die wesentliche Bedeutung der Treupflicht, zugleich aber auch ein Hinweis darauf, wie sie dem Bediensteten gegenüber geltend zu machen sei. Sie soll ihn zu vollkommener Pflichterfüllung antreiben und sie erfüllt auch im Leben des Gemeinwesens tatsächlich diesen Zweck. Aber es darf dem Bediensteten nicht eine jede Fehlentscheidung über ihre Forderung an ihn zum Verschulden angerechnet werden.

Bei manchen Bediensteten kommt die selbständige Bedeutung der Treupflicht in bezug auf ihren Dienst praktisch nur ausnahmsweise zur Geltung. Wer zu unselbständigen Verrichtungen berufen ist, und diese rechtzeitig und richtig ausübt, hat seine Verpflichtung voll erfüllt. Aber auch für ihn kann es Umstände geben, wo er fehlbar wird, wenn er nicht ausserordentlicherweise selbständig handelt und seine Bereitschaft zur Dienstleistung beweist (z. B. Notfälle).

III. Die Bediensteten sind nicht ihren Vorgesetzten persönlich zur Treue verpflichtet, sondern dem Gemeinwesen; doch kann sich im Verhalten gegenüber den Vorgesetzten (und den Untergebenen) Untreue äussern. Die Treupflicht erstreckt sich auf alle Interessen, die das Gemeinwesen zu wahren hat, nicht nur auf die, die seinem

Rechtskreise unmittelbar angehören. So kann sich der Gemeindebeamte nicht darauf berufen, dass die ihm zum Vorwurf gemachte Handlung nicht die Gemeinde, sondern nur den Kanton oder den Bund angehe, denn die Gemeinde führt nicht ein Eigenleben, das von dem der übergeordneten Gemeinwesen nicht berührt würde. Das gilt aber auch umgekehrt für den Bund, der das Verhalten seiner Bediensteten gegenüber Gemeinde und Kanton ebenfalls nicht von vornherein unberücksichtigt lassen darf. Bestehen freilich Interessenkonflikte, so darf der Dienstherr verlangen, dass seine Bediensteten ihm Treue erweisen und nicht andern Gemeinwesen.

IV. Die dienstliche Treue fordert grundsätzlich Hingabe an jegliches Interesse des Gemeinwesens, demgegenüber keine Befreiung statuiert ist. Doch wird der Grad der Hingabe durch die Art und die Stärke des Interesses beeinflusst, das jeweilen in Frage steht. Das Interesse, das der Bedienstete zur Erfüllung seiner dienstlichen Aufgabe zu fördern hat, geht jedem andern vor, namentlich jeder Rücksicht auf das Interesse anderer Personen und Gemeinschaften. Daher vermag sich der Bedienstete, der das ihm anvertraute Interesse nicht gewahrt hat, nicht auf Treueansprüche zu berufen, die von seinen Angehörigen, von seiner politischen Partei oder von seiner religiösen Gemeinschaft an ihn gestellt würden. Nur ausdrückliche Vorschriften, wie sie z. B. in den Austrittsbestimmungen enthalten sind, vermögen ihn zu befreien. Aber auch die Rücksicht auf seine eigene Person muss er zurückstellen. Und zwar unbedingt, soweit es sich dabei um rein wirtschaftliche Interessen handelt; deshalb darf er, dem das Gemeinwesen den Unterhalt gewährleistet, nicht anderm Erwerb nachgehen. Das Recht der Persönlichkeit macht sich dagegen geltend, wenn das dienstliche Interesse nur durch Opferung von Gesundheit und Leben gewahrt werden kann; in dieser Hinsicht hängt es vom Gewichte des dienstlichen Interesses ab, welcher Grad von Hingabe nötig ist. Dieses Gewicht

wird regelmässig dadurch erkennbar gemacht, dass die gefährlichen Handlungen dem Bediensteten ausdrücklich, trotz der Gefahr, zur Pflicht gemacht werden. Doch erfordert die Treue vielfach auch das Bestehen einer unvermuteten Gefährdung. Äussere Bekundungen der Treue kann dagegen das Gemeinwesen regelmässig nicht verlangen; damit würde es das Recht der Persönlichkeit verletzen. Es darf ohne bestimmte Veranlassung (wie sie z. B. beim Antritt eines Amtes oder bei drohendem Ungehorsam gegeben ist) den Bediensteten keine Treueversprechen abfordern.

Diese Erwägungen gelten für das dienstliche Interesse, das der Bedienstete unmittelbar zu fördern und zu wahren hat. Seine Aktivität muss sich dabei positiv und negativ, im Handeln und im Unterlassen äussern. Soweit er sich im Dienste befindet, fällt die Anforderung im wesentlichen mit der Diligenzpflicht zusammen, die auch im Privatrecht für die Dienstleistung massgebend ist. Ausserhalb des Dienstes verlangt die dienstliche Treue in erster Linie die Unterlassung jeder das dienstliche Interesse schädigenden Handlung; nur wenn gewichtigere Interessen gefährdet sind, liegt dem Bediensteten auch positives Handeln ob. Hierher gehört z. B., dass schwere Pflichtverletzungen von Vorgesetzten und Mitarbeitern nicht verheimlicht werden dürfen, auch wenn man davon ausser Dienst Kenntnis erhalten hat. Die Sphäre der unmittelbaren Dienstinteressen wird durch das bestimmt, was der Bedienstete persönlich in seinem Amte zu leisten hat und womit ihn der Gang des Dienstes in Berührung bringt.

Die Interessen, denen die Tätigkeit des Gemeinwesens ausserhalb dieses seines eigenen Geschäftskreises gilt, erfordern von seiten der Bediensteten nicht dieselbe Berücksichtigung. Ihnen gegenüber kann regelmässig nur verlangt werden, dass kein Bediensteter sie störe. Höchstens in Notfällen erfordert die Treue ihre positive Vertretung auch von einem Bediensteten, den sie an sich nichts angehen. Die öffentlichen Bediensteten dürfen aber weder

die Tätigkeit von Dienstzweigen der öffentlichen Verwaltung, an denen sie nicht beteiligt sind, stören und erschweren, noch steht es ihnen frei, für ihre Person die Leistungen zu verweigern, die das Gemeinwesen von jedem Bürger verlangt, z. B. die Leistung des Militärdienstes.[57])

Solange jedoch die Frage zur Erörterung steht, ob das Gemeinwesen ein bestimmtes Interesse zu dem seinigen machen solle, ist der öffentliche Bedienstete nur dann zu dessen Berücksichtigung verpflichtet, wenn ihm dies durch seine unmittelbare dienstliche Aufgabe geboten wird. Die Politik der ihnen vorgesetzten Behörden ist für die öffentlichen Bediensteten nicht verbindlich, politische Opposition rechtfertigt den Vorwurf der Untreue nicht. Bedienstete freilich, die zu Beratern ihrer Vorgesetzten bestellt sind, dürfen deren Entschliessungen über die zur Diskussion stehenden Fragen nicht bekämpfen, auch wenn ihr Rat in einer Sache nicht nachgesucht oder nicht befolgt worden wäre.

Stört oder benachteiligt ein öffentlicher Bediensteter durch sein ausserdienstliches Verhalten nicht die Tätigkeit des Gemeinwesens, sondern Dritte, so ist, wie schon hervorgehoben, nach schweizerischer Auffassung eine Verletzung der dienstlichen Treue nur anzunehmen, wenn durch sein Verhalten das Ansehen und Vertrauen gemindert wird, das die öffentliche Verwaltung in den Augen der Bürger nötig hat.[58]) Das kann namentlich durch strafbare

[57]) Durch die Erklärung, er bestreite dem Gemeinwesen das Recht, ihn zum Militärdienst heranzuziehen oder Steuern von ihm zu erheben, auch wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben seien, sagt der Beamte dem Gemeinwesen förmlich die Treue auf. Es ist deshalb unvermeidlich, mit Disziplinarmassnahmen gegen ihn vorzugehen.

[58]) BBeamten-Ges., Art. 24: Auch wo diese Grenze in den Beamtengesetzen nicht ausdrücklich bezeichnet wird, sind ihre Anordnungen in diesem Sinne auszulegen, so z. B. die Vorschrift des baselstädtischen Beamtengesetzes, wonach Disziplinarstrafe wegen eines „mit der Ausübung des Dienstes unvereinbaren Verhaltens" verhängt werden kann (Gesetz vom 25. Nov. 1926, §§ 10, 11). Die zitierten Bestimmungen finden freilich nicht nur bei den hier in Betracht fallenden Pflichtverletzungen Anwendung.

Handlungen geschehen, aber auch durch liederlichen oder sittlich anstössigen Lebenswandel. In seiner politischen Tätigkeit ist der öffentliche Bedienstete von der Pflicht eines achtungswürdigen Verhaltens nicht befreit; vielmehr kann die Art, wie er sich an politischen Kämpfen beteiligt — unter Vorbehalt der parlamentarischen Immunität — ein Einschreiten gegen ihn rechtfertigen.

Die Treupflicht wird unter Umständen schon dadurch verletzt, dass das Verhalten des Bediensteten dienstliche Interessen gefährdet. Daraus erklärt es sich, dass sich der Bedienstete regelmässig strafbar macht, der seinen Dienst nicht persönlich versieht, sondern einen andern dafür anstellt. Es gibt freilich Dienstverhältnisse, bei denen die persönliche Dienstleistung nicht unerlässlich ist; so z. B. wenn aus den Dienstvorschriften erhellt, dass mit der Mitarbeit von Angehörigen und Hausgenossen gerechnet wird.

Die Teilnahme an Vereinen, die den Streik vorsehen, gefährdet die Interessen des Dienstes. Es würde der Treupflicht widersprechen, wenn sich die Bediensteten auf den Fall vorbereiteten, dass sie sich zu einem Bruche der Dienstpflicht veranlasst sähen. Wenn freilich die öffentliche Verwaltung in dieser Hinsicht weitgehende Duldung geübt hat, so geht es nicht an, dass sie plötzlich gegen einzelne einschreitet. Nicht ausgeschlossen ist auch für bestimmte Rechtsgebiete die Annahme eines Gewohnheitsrechtes, wonach die Zugehörigkeit zu solchen Vereinen den öffentlichen Bediensteten erlaubt wäre.

V. Die Treupflicht ist nicht nur im Hinblick auf die Verantwortlichkeit der Bediensteten von Bedeutung. An ein Verhalten, das die durch die Treue gebotene Rücksicht auf die Interessen der öffentlichen Verwaltung vermissen lässt, können sich auch andere Folgen als die der Bestrafung anknüpfen, sogar dann, wenn von einer Bestrafung abgesehen wird oder wenn sie als ungerechtfertigt erschiene. Insbesondere können die Versorgungsansprüche, die dem Bediensteten beim Ausscheiden aus dem Dienste zustehen, aus diesem Grunde wegfallen.

c) Bestimmung der Dienstpflichten im einzelnen.

Was dem öffentlichen Bediensteten zu leisten obliegt und wie er sich sonst zu verhalten hat, bedarf der Feststellung durch ausdrückliche Vorschriften. Diese ziehen zugleich die Grenze dafür, was zur Sphäre seines Privatlebens gehört, soweit sich nicht aus der Treupflicht etwas anderes ergibt. Mit welchen Mitteln der Inhalt der dem Bediensteten obliegenden Verpflichtungen bestimmt werden muss, damit die Verpflichtung gültig zustandekomme, wird im nächsten Abschnitt zu zeigen sein. Hier handelt es sich zunächst darum, einen Überblick darüber zu gewinnen, nach welchen Richtungen den öffentlichen Bediensteten regelmässig dienstliche Verpflichtungen auferlegt werden. Die Gesetzgebung betrachtet es als ihre besondere Aufgabe, diese Richtungen zu bestimmen und dadurch die Ansprüche zu beschränken, welche die Verwaltung an die Bediensteten zu stellen vermöchte. Es werden daher im folgenden namentlich gesetzliche Vorschriften über den Inhalt der Dienstpflicht in Betracht gezogen. In welchen Richtungen bei jedem einzelnen Dienstverhältnis die Dienstpflicht durch ausdrückliche Vorschriften bestimmt werden soll, ist im allgemeinen eine reine Zweckmässigkeitsfrage. Vielfach genügt die Bestimmung des Gegenstandes der Dienstpflicht. Das Gesetz wird freilich zwingend bestimmen, wo seine Vorschriften Anwendung zu finden haben oder als anwendbar zu erklären sind; auch die Verwaltung vermag derartige allgemeine Bestimmungen zu treffen. Aber all dies lässt immer noch dem Ermessen bei der Ausgestaltung des einzelnen Dienstverhältnisses erheblichen Spielraum.

Das Fehlen ausdrücklicher Vorschriften über irgendeine Frage des dienstlichen oder ausserdienstlichen Verhaltens erlaubt dem Bediensteten nicht den Schluss, dass ihm keine Verpflichtung obliege, weil stets die allgemeine Verpflichtung zur Dienstleistung und zu getreuer Wahrung der Interessen des Gemeinwesens vorhanden ist.

aa) Bestimmung der Dienstpflicht nach dem Gegenstande (Dienstleistungspflicht).

I. Dem Gegenstande nach bestimmt sich die Dienstleistungspflicht allgemein durch die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung. Alles, was sich das Gemeinwesen zu leisten vornimmt, erfordert die Tätigkeit von Personen; diese Tätigkeit wird (insoweit sie nicht von andern geleistet werden soll) durch die Bestimmung der Dienstpflicht auf die öffentlichen Bediensteten verteilt. Dazu kommt noch alle Tätigkeit, die nötig ist, um durch Leitung, Beaufsichtigung und Nachprüfung die stetige Erfüllung der Verwaltungsaufgaben zu sichern und um die Anhandnahme neuer Aufgaben vorzubereiten.

Körperliche Arbeit und geistige Arbeit sind dabei fast bei allen Bediensteten untrennbar verbunden. Der Bedienstete hat nicht Anspruch darauf, bei der Festsetzung der ihm obliegenden Leistungen von Verrichtungen bestimmter Art von vornherein befreit zu werden. Es können daher auch höhern Beamten rein mechanische Leistungen auferlegt werden. Doch sind im allgemeinen die für höhere Bedienstete geltenden Dienstvorschriften dahin zu verstehen, dass sie mechanische Arbeiten von dem ihnen unterstellten Personal dürfen ausführen lassen. Der Bedienstete hat aber auch keinen Anspruch darauf, dass ihm keine Leistungen übertragen werden, durch deren Erfüllung er sich der Gefahr körperlicher Schädigung aussetzen würde. Das Schulbeispiel bilden die Polizeibediensteten, die rechtswidrigen Angriffen zu wehren haben. Doch schützt den Bediensteten in dieser Hinsicht zunächst die Verantwortlichkeit der Vorgesetzten; denn der Vorgesetzte, der seine Untergebenen nicht vor Schädigungen bewahrt, die er ohne Verletzung der eigenen Dienstpflicht hätte verhüten können, handelt rechtswidrig. Ausserdem kann den Bediensteten ein bestimmter Schutz ausdrücklich gewährleistet sein (z. B. die Befugnis, sich mit der Waffe zu wehren).

Auch persönliche Dienste können zum Aufgabenkreise eines öffentlichen Bediensteten gehören; solche Dienste haben z. B. Anstaltsbeamte vielfach den Benützern der öffentlichen Anstalten zu leisten und es kommt auch vor, dass ein Bediensteter seinem Vorgesetzten gewisse persönliche Dienste zu leisten hat, um ihm die Erfüllung seiner Amtspflicht zu erleichtern. Zu rein privaten Geschäften aber und für den privaten Haushalt von Vorgesetzten können öffentliche Bedienstete nicht verwendet werden. Als reine Privatangelegenheiten haben auch die Parteiangelegenheiten zu gelten. Kein Vorgesetzter darf von den ihm unterstellten Bediensteten Leistungen im Interesse seiner Partei verlangen. Wenn er in Verfolgung seiner politischen Interessen Leistungen der öffentlichen Verwaltung beanspruchen will, so muss er sich als Bürger an die zuständige Behörde wenden. Freilich haben viele Bedienstete die Befugnis, ihre Untergebenen in Bewegung zu setzen, ohne das Motiv anzugeben, aus dem es geschieht, und sie können dann auch Anstössen folgen, die sie von ihrer Partei erhalten. In solchen Fällen muss die Behandlung des Geschäftes aber verwaltungsmässig geschehen; vor allem muss es in die Akten aufgenommen und dadurch der Kontrolle der Oberbehörden und des Parlaments unterstellt werden.

II. Für die gegenständliche Bestimmung der Dienstpflicht fällt sodann die Umschreibung in Betracht, die die Leistungen des einzelnen Bediensteten von denen der übrigen unterscheidet.[59]) In dieser Hinsicht können gesetzliche Vorschriften Schranken ziehen, insofern gewissen Bediensteten bestimmte Leistungen gesetzlich vorgeschrieben sind; das hat möglicherweise auch den Sinn, dass andere davon ausgeschlossen sein sollen (Zuständigkeitsregeln). Unter Wahrung des im Gesetz und in der Anstellungsverfügung Bestimmten ist die Verwaltung regel-

[59]) BBeamten-Ges., Art. 21, Abs. 2, verpflichtet die Beamten, sich auch ohne Aufforderung gegenseitig zu unterstützen und zu vertreten.

mässig auch befugt, einen Beamten durch Dienstbefehl zu Leistungen heranzuziehen, die nicht unter die allgemeine Umschreibung seiner Verpflichtungen fallen. Auf diese Weise ist es möglich, einen Bediensteten zur Vertretung eines andern anzuhalten und ausserordentlichen Bedürfnissen der Verwaltung mit dem vorhandenen Personal zu genügen.

Noch nach einer andern Richtung kann Aussergewöhnliches in die Dienstpflicht eingeschlossen werden; dies geschieht, wenn die öffentliche Verwaltung beansprucht, dass ihr der Bedienstete die in Ausübung seines Dienstes gemachten Erfindungen — und sogar die Erfindungen, die er im Zusammenhang mit seiner dienstlichen Tätigkeit ausserhalb seines Dienstes gemacht hat — zur Verfügung stelle (Bundesgesetz Art. 16; vgl. OR Art. 343). Will die Verwaltung dies erreichen, so muss sie es ausdrücklich festsetzen, denn an und für sich fällt das Ergebnis der Erfindertätigkeit in die Privatsphäre des Bediensteten. Eine Verwendung der Erfindung allerdings, die den öffentlichen Interessen zuwiderliefe, könnte den Vorwurf der Dienstpflichtverletzung begründen.

III. Zur gegenständlichen Bestimmung der Dienstpflicht gehören auch Vorschriften über die Menge und die Gestaltung der geforderten Leistungen. Es können solche Vorschriften selbst für Leistungen gemacht werden, die rein geistiger Art sind, soweit nicht etwa dem Beamten dienstliche Unabhängigkeit zugute kommt. Man kann sich ihnen gegenüber nicht auf die verfassungsmässigen Garantien zugunsten der freien persönlichen Überzeugung berufen. Der Gerichtsschreiber muss die Motive für das beschlossene Urteil so abfassen, dass sie das Urteil zu stützen geeignet sind; der amtliche Techniker muss ein Projekt nach den ihm gestellten Anforderungen ausarbeiten, auch wenn er diese für verkehrt hält usw. Der Geistliche der Landeskirche muss den Gottesdienst nach den dafür geltenden Vorschriften abhalten, auch wenn diese in Einzelheiten seiner religiösen Überzeugung widerstreiten.

IV. Es gibt Erwägungen, die dazu führen, dass der Bedienstete von Dienstleistungen, die zu seinem Geschäftskreise gehören, ausgeschlossen wird. Von Gesetzes wegen kann das zutreffen, wenn er an dem Geschäft, das besorgt werden soll, persönlich beteiligt ist, oder wenn bei seinen Verwandten eine solche Beteiligung besteht.[60]) Es ist aber auch möglich, dass ihm dienstlich vorgeschrieben wird, schwierigere und wichtigere Geschäfte seines Aufgabenbereiches nicht an die Hand zu nehmen oder vorher eine Erlaubnis dazu einzuholen. Anspruch darauf, aus persönlichen Gründen von einzelnen Dienstleistungen ausgeschlossen zu werden, hat der Bedienstete aber nicht.

bb) Bestimmung des Verhaltens der Bediensteten.

I. Neben den Vorschriften über den Gegenstand der den Bediensteten obliegenden Leistungen gibt es solche, die sein persönliches Verhalten betreffen und auf den Gegenstand der Dienstleistung keinen Bezug haben. Es wird mit diesen Vorschriften entweder bezweckt, festzusetzen, wie weit der Bedienstete für die Dienstleistung zur Verfügung stehen muss und wie er sich bei der Dienstleistung zu verhalten habe; oder es kann bezweckt sein, ihn auch in seinem Privatleben zu einem Verhalten zu verpflichten, das eine Gefährdung der dienstlichen Interessen vermeidet.

II. Unter den Vorschriften über das dienstliche Verhalten sind in erster Linie hervorzuheben die Bestimmungen über Ort und Zeit der Dienstleistung. Der Ort der Dienstleistung braucht nicht unverrückbar zu sein. Es kann dem Bediensteten aber nicht nur vorgeschrie-

[60]) Eingehend pflegt dies für die richterlichen Beamten geregelt zu sein; vgl. z. B. Org. Gesetz für die Bundesrechtspflege, Art. 27 ff. Allgemeine Regelung für alle Bediensteten, z. B. Baselstadt: Gesetz betreffend Austritt in den Behörden etc. vom 4. März 1872. Wo keine gesetzliche Regel besteht, ist es Aufgabe der Verwaltung, die Bediensteten vor Versuchung und Konflikten zu bewahren.

ben werden, wo er seine Dienstverrichtungen zu erfüllen hat, sondern es kann auch sein Wohnsitz bestimmt werden, damit er möglichst leicht zur Erfüllung seines Dienstes erreichbar sei. In manchen Fällen wird er aus dem gleichen Gesichtspunkt zum Bezug einer bestimmten, ihm von der Verwaltung zugewiesenen Wohnung verpflichtet. Besonders einschneidend wirkt die Verpflichtung, sich die Versetzung an einen andern Dienstort gefallen zu lassen.[61])

Die Pflicht zur Dienstleistung ist nicht notwendigerweise an örtliche und zeitliche Vorschriften gebunden. Es gibt Bedienstete, die verpflichtet sind, Amtshandlungen jederzeit und überall vorzunehmen, wo das dienstliche Interesse es erheischt, und, was noch wichtiger ist, es gelten alle Dienstpflichten auch dann, wenn der Bedienstete eine Amtshandlung aus eigenem Antriebe ausserhalb seiner Dienstzeit und seines Dienstortes vornimmt, und zwar selbst für den Fall, dass er damit eine Pflichtwidrigkeit begeht. Ferner ist zu beachten, dass auch die öffentlichen Bediensteten, denen Ort und Zeit der Dienstleistung vorgeschrieben ist, zu dienstlichen Zwecken verpflichtet werden können, an anderm Ort und zu anderer Zeit zu erscheinen.

Durch die Vorschriften über die Zeit der Dienstleistung wird der Anspruch des Bediensteten auf eine dienstfreie Sphäre am klarsten verwirklicht. Sie setzen die Dienststunden und die dienstfreien Tage fest und bestimmen die Voraussetzungen und die Dauer von Beurlaubungen, durch welche die Dienstleistungspflicht vorübergehend aufgehoben oder eingeschränkt wird. Es handelt sich dabei um eine Ausgleichung des Widerstreits zwischen dem öffentlichen Interesse und dem des Einzelnen. Wenn aber das öffentliche Interesse zunächst im Gegensatze zu dem des Einzelnen auf starke Inanspruchnahme des Bediensteten geht, damit die Verwaltungsgeschäfte rasch erledigt werden können und damit das

---

[61]) BBeamten-Ges., Art. 9.

Publikum und die Vorgesetzten die Dienstpflichtigen jederzeit zum Dienst bereit finden, so ist dieser Gegensatz nicht durchgreifend. Denn es bestehen auch unmittelbare öffentliche Interessen, die eine Schonung der Kräfte und der Gesundheit der Bediensteten verlangen, wie nicht näher ausgeführt zu werden braucht.

Es besteht aber nicht grundsätzlich ein Anspruch der öffentlichen Bediensteten darauf, in bezug auf die Dienstzeit gleich wie private Dienstpflichtige behandelt zu werden. In summa werden sie allerdings tatsächlich günstiger gestellt sein, als die meisten Privaten, auch wenn man zum Vergleiche nicht bloss die Vorschriften heranzieht, durch welche diesen durch Gesetz Dienstfreiheit gewährleistet wird. Die Frage hat deshalb nur akademische Bedeutung. Aber Abweichungen z. B. von der Regelung der täglichen Arbeitszeit, die für private Dienstpflichtige gilt, sind nicht von vornherein verwerflich. Die öffentliche Verwaltung hat andere Mittel zu ihrer Verfügung, ihre Bediensteten vor gesundheitlicher Gefährdung zu bewahren, als die Beschränkung der Arbeitszeit, die sie zu diesem Zwecke den Privaten gegenüber anwendet, und sie kann auch ein unmittelbares dienstliches Interesse haben, ihr Personal für seine Verrichtungen zur Verfügung zu haben, wenn die Privaten feiern. Indessen spricht vielfach für Gleichstellung, dass die Beschränkungen von den Privaten leichter getragen werden, wenn auch die öffentliche Verwaltung darunter fällt.

Die Pflicht zur Dienstleistung innerhalb der dafür bestimmten Zeit lässt sich nicht in der Weise handhaben, dass dem Bediensteten jedes Versagen zum Verschulden angerechnet würde. Zunächst muss es auch das Gemeinwesen in Kauf nehmen, dass seine Bediensteten unter Umständen körperlich verhindert sind, zum Dienst zu erscheinen. Es muss aber auch andere Abhaltungen als Entschuldigung anerkennen; vor allem geht die Erfüllung allgemeiner öffentlicher Verpflichtungen, die dem Bediensteten wie jedem andern Bürger auferlegt sind, seiner

besondern Dienstpflicht im Zweifel vor; aber auch aus seinem Privatleben können sich Entschuldigungsgründe dafür ergeben, dass er seine Dienstleistung vorübergehend unterbricht. Die Verwaltung ist in der Lage, durch Gewährung von Urlaub ihre Bediensteten vor Vorwürfen sicherzustellen; sie vermag auch die Stichhaltigkeit der Entschuldigungsgründe von sich aus anzuerkennen und dem Bediensteten ein Disziplinarverfahren von vornherein zu ersparen. Aber darin liegt für die Bediensteten keine ausreichende Gewähr. Deshalb legt die Gesetzgebung Gewicht darauf, ihre „Ansprüche“[62]) auf Dienstfreiheit festzulegen. Damit wird aber den Bediensteten nicht das Recht gewährt, unter den gesetzlichen Voraussetzungen jede dienstliche Anforderung abzulehnen. Die Dienstbefehle, die trotz dem Vorliegen dieser Voraussetzungen erteilt würden, sind gültig. Auch ein Schadenersatzanspruch entsteht nicht, wenn die Dienstbefreiung nicht gewährt worden ist.[63]) Der Anspruch auf Aussetzung des Dienstes bildet nur einen Schutz vor dem Vorwurfe der Pflichtverletzung. Dieser Schutz wirkt nicht absolut. Insbesondere ist es möglich, dass ein Bediensteter trotz dem Vorliegen eines gesetzlichen Befreiungsgrundes unter dem Gesichtspunkte der dienstlichen Treue zu Amtshandlungen verpflichtet bleibt.[64]) Eine Frage für sich ist es, ob die Dienstabwesenheit, auch wenn sie erlaubt ist, einen Besoldungsabzug nach sich zieht.

---

[62]) Über die rechtliche Natur dieser Ansprüche vgl. unten S. 366a.

[63]) Doch pflegt die Gesetzgebung, indem sie solche Dienstbefehle zulässt, ausdrücklich eine Vergütung für die geforderte Mehrleistung zu gewähren (vgl. z. B. BBeamten-Ges., Art. 10, Abs. 2, Art. 44).

[64]) Das gilt z. B., wenn ein Beamter, der zum Militärdienste einberufen wird, nicht für gehörige Instruktion seines Stellvertreters über den Stand der laufenden Geschäfte gesorgt hat; es gereicht ihm zum Vorwurf, wenn er dies nicht in der Zeit nachholt, die ihm der Militärdienst übrig lässt.

Vielfach wird den öffentlichen Bediensteten vorübergehend Dienstbefreiung gewährt, um ihnen Gelegenheit zur Erholung zu bieten. Die Dauer der Ferien pflegt gesetzlich geregelt zu sein und vom Dienstalter, manchmal ausserdem auch vom Lebensalter abzuhängen; für diese Dauer kann jährlich Beurlaubung verlangt werden. Auch für den Ferienanspruch gilt das vorhin Gesagte. Doch liegt seine Bedeutung hauptsächlich darin, dass er den Bediensteten vor einem Besoldungsabzuge schützt. Die gesetzlichen Ferien stellen eine Beschränkung der Gesamtleistung vor, die das Gemeinwesen von dem Bediensteten beansprucht und für die es ihm seine Besoldung gewährt, und sie lassen deshalb den Besoldungsanspruch unberührt. Wenn eine Dienstabwesenheit, die auf einen andern Grund zurückgeht, eine Besoldungseinbusse nach sich zieht, so besteht daher die Möglichkeit, diese dadurch zu vermeiden, dass die Abwesenheit auf die Ferien angerechnet wird. Hierdurch werden die Interessen der Verwaltung nicht benachteiligt (höchstens das Interesse daran, dass der Bedienstete eine ausreichende Erholungszeit geniesse, kommt in Betracht). Wichtiger ist aber für sie der umgekehrte Fall, dass in der Zeit, die für die Ferien festgesetzt ist, kein anderer Befreiungsgrund eintritt. Der Bedienstete, der in den Ferien erkrankt, kann nicht verlangen, dass er für die Krankheitsdauer später nochmals Ferien bewilligt erhalte. Der gesetzliche Ferienanspruch bezieht sich nicht auf bestimmte Tage im Jahr; die Ferien jedes Bediensteten bedürfen daher der Festsetzung durch die Verwaltung, die dabei sowohl die Erfordernisse des Dienstes, als die Ansprüche anderer Bediensteter zu berücksichtigen hat. Sie ist befugt, durch einen allgemeinen Plan die Ferien aller miteinander arbeitenden Bediensteten im voraus zu bestimmen; sie muss dies aber nicht tun, wenn es die Aufrechterhaltung des Dienstes nicht erfordert, sondern darf abwarten, ob der Ferienanspruch von den einzelnen geltend gemacht wird. Verbietet es dann das dienstliche Interesse, den Antragsteller

im gewünschten Augenblick zu berücksichtigen, so darf dies geltend gemacht werden, auch wenn sich schliesslich der Ferienanspruch nicht mehr erfüllen lässt. Ebenso kann der Bedienstete, der die ihm bewilligten Ferien nicht antritt, sondern Dienst tut, nicht ohne weiteres Ersatz verlangen. Der Bedienstete, dem auf solche Weise in einem Jahre nicht die ihm zustehenden Ferien zuteil werden, hat keinen Anspruch auf Nachholung in einem folgenden Jahre.[65])

Tritt während der Ferien ein anderer Dienstbefreiungsgrund ein, erkrankt z. B. der beurlaubte Bedienstete oder wird er zum Militärdienst einberufen, so bleibt dieser Grund wirkungslos, es kann nicht eine entsprechende Verlängerung der Urlaubszeit verlangt werden. Dasselbe gilt regelmässig, wenn dienstfreie Tage in die vom Bediensteten gewählte Urlaubszeit fallen. Indessen muss in dieser Hinsicht bei Bediensteten anders entschieden werden, die an dienstfreien Tagen regelmässig zum Dienst herangezogen werden und die dafür Ersatzfreizeit an andern Tagen zu erhalten haben. In solchen Verhältnissen werden regelmässig auch die Ferienzeiten von der Verwaltung bestimmt und hier muss auf den Ausfall von Freitagen auch bei der Bemessung der Ferien Rücksicht genommen werden.

III. An zweiter Stelle ist als eine Verpflichtung von allgemeiner Bedeutung die Pflicht zur wahrheitsgemässen Auskunft in Dienstangelegenheiten hervorzuheben. Die öffentlichen Bediensteten dürfen in solchen Angelegen-

---

[65]) Er hat auch keinen Anspruch auf Entschädigung; jedoch müsste ein solcher Anspruch grundsätzlich anerkannt werden, wenn sich die Verwaltung die Zuteilung der Ferien gänzlich vorbehält, aber im Einzelfall unterlässt. Dies wäre eine ungerechtfertigte Verschlechterung der Anstellungsbedingungen (vgl. oben S. 277a). Es kommt gelegentlich vor, dass ein Beamter, der um seine Entlassung nachgesucht hat, in der Zeit vor seinem Austritt noch Ferien verlangt. Dieses Verlangen darf abgelehnt werden; denn die Ferien sind zur Erhaltung der Dienstfähigkeit bestimmt, und diese kommt für den Austretenden nicht mehr in Betracht.

heiten nichts verheimlichen und sind für unwahre Angaben verantwortlich. Die Treupflicht oder eine Vorschrift kann sie zwingen, ihre Vorgesetzten von wichtigen Vorfällen von selbst zu unterrichten; trifft das nicht zu, so haben sie doch auf Befehl hin Bescheid zu erteilen. Die Pflicht geht auf wahrheitsgemässe Beantwortung der Frage, ob eine Tatsache dem Befragten bekannt sei und wie es sich damit verhalte; auf die Äusserung einer Meinung erstreckt sie sich nicht, die Meinungsäusserung gehört zur Dienstleistung. Aber gleichgültig ist, ob die Tatsache den Befragten selber oder einen Dritten angeht. Die öffentlichen Bediensteten sind zur Auskunfterteilung auch über Tatsachen verpflichtet, aus denen ein Vorwurf gegen sie abgeleitet werden kann. Doch findet dies nicht Anwendung, wenn sich ein Bediensteter durch seine Angaben der Gefahr einer Strafuntersuchung aussetzen würde; der Grundsatz des Prozessrechts, der in diesem Falle von jeder Auskunfterteilung befreit, hat allgemeine Bedeutung. Die Auskunftpflicht bezieht sich nicht nur auf Angelegenheiten des unmittelbaren Dienstes, sie geht weiter. Die öffentliche Verwaltung ist befugt, von jedem Bediensteten Auskunft über alle Tatsachen zu verlangen, an deren Kenntnis für ihre Tätigkeit etwas gelegen ist, auch wenn das Interesse dem Geschäftskreise des Befragten fernliegt. In einem solchen Fall muss die Auskunft von einem Vorgesetzten eingefordert werden, dem die Befehlsgewalt gegenüber dem Befragten zusteht; damit fällt die Beantwortung der Frage in dessen Pflichtenkreis.

Dagegen besteht nur eine beschränkte Auskunftspflicht für Tatsachen des ausserdienstlichen Lebens. In dieser Hinsicht hat der Bedienstete Bescheid zu geben, wenn seine Privatverhältnisse für die Feststellung seiner ausserdienstlichen Pflichten und Ansprüche von Belang sind. Ein Steuerbeamter z. B. ist nicht nur als Steuerpflichtiger, sondern auch als Bediensteter zur wahrheitsgemässen Deklaration seines Einkommens verbunden; der Umstand, dass die Verwaltung gegenüber den übrigen

Bürgern in solchen Dingen kein Mittel hat, sie zur wahrheitsgetreuen Auskunft anzuhalten, kommt dem Bediensteten nicht zugute. Allerdings darf die Verwaltung nicht nach ihrem Belieben Enquêten über die Privatverhältnisse der Bediensteten veranstalten; sie kann das nur unter denselben Voraussetzungen tun, die den übrigen Bürgern gegenüber gelten, bedarf also, wenn der Gegenstand der Befragung nicht zu ihrem gesetzmässigen Aufgabenkreise gehört, gesetzlicher Ermächtigung oder der Zustimmung der Betroffenen. Was der Bedienstete vom Privatleben anderer Personen weiss, darüber ist er der Verwaltung im allgemeinen keine Auskunft schuldig, wenn nicht eine ausdrückliche Verpflichtung rechtmässig begründet ist. Wenn freilich ein Steuerbeamter darüber befragt wird, was er über das private Einkommen eines Lehrers wisse, so darf er die Auskunft nicht verweigern, weil das eine Angelegenheit seines eigenen Dienstbereiches betrifft. Der Lehrer dagegen, dem dieselbe Frage gestellt würde, brauchte sie nicht zu beantworten. Doch gilt auch dies nicht ausnahmslos. Denn wenn es sich um Feststellung einer dienstlichen Verantwortlichkeit oder um die Feststellung von dienstlichen Ansprüchen handelt, so muss ein Bediensteter auch über die privaten Verhältnisse eines andern auf Anfrage Auskunft erteilen. Unter diesem Gesichtspunkte ist die Ermittlung des wahren Sachverhaltes auch für den Unbeteiligten eine dienstliche Angelegenheit, und zwar kraft der gemeinsamen Einordnung in die Verwaltung. Wenn ein Bediensteter bei einem Sonntagsausflug einen Unfall erlitten hat und daher Fürsorgeleistungen verlangt, so ist sein Kollege, der das Ereignis miterlebt hat, zur Auskunft verpflichtet. Der Lehrer darf nicht verheimlichen, was er vom anstössigen Lebenswandel eines Steuerbeamten erfahren hat. Die Verantwortlichkeit darf aber natürlich nicht geltend gemacht werden, um einen Sachverhalt festzustellen, für dessen Ermittlung ein anderer Weg vorgeschrieben ist. Die Steuerverwaltung darf also nicht ein Disziplinarverfahren

gegen einen Lehrer veranlassen, um das Zeugnis eines andern Lehrers über eine vermutete Steuerhinterziehung zu erlangen.

IV. Als weitere Regeln für das Verhalten der Bediensteten im Dienste kommen die Bestimmungen in Betracht, die ihnen Anweisungen für ihren Verkehr mit dem Publikum, mit Vorgesetzten, Mitarbeitern und Untergebenen erteilen.[66]) Diese Anweisungen bezwecken, die ruhige Geschäftserledigung zu sichern und insbesondere bezwecken sie auch, Gefährdungen von Personen und Sachen im Bereiche der öffentlichen Verwaltung auszuschliessen. Solche Gefährdungen zu vermeiden, gebieten dem öffentlichen Bediensteten zwar schon von vornherein die allgemeine Rechtsordnung und die Treupflicht gegenüber dem Gemeinwesen. Durch Dienstvorschriften kann er aber mit Rücksicht auf solche Interessen, ja auch zu seinem eigenen Schutze, zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet werden. Ohne unmittelbare Beziehung zum Gegenstand ihrer Obliegenheiten ist ferner die Pflicht, eine Amtskleidung zu tragen oder eine Amtswohnung zu beziehen,[67]) sich zur Ausbildung im Dienste[68]) verwenden zu lassen oder Verbrechen zur Anzeige zu bringen, die während der Ausübung des Amtes entdeckt werden.[69])

V. Eine besondere Gruppe von dienstlichen Verpflichtungen bilden die, durch welche das Gemeinwesen seine Interessen vor einer Beeinträchtigung von aussen her schützt. Diese Verpflichtungen binden die Bediensteten sowohl im Dienste, als ausserhalb des Dienstes. Die Störungen, denen sie vorbeugen wollen, können vom Bediensteten selber oder von Dritten ausgehen, die einen Bediensteten in ihrem Interesse zu beeinflussen suchen. Es handelt sich dabei stets um Dinge, die grundsätzlich

---

[66]) BBeamten-Ges., Art. 24.

[67]) Eod. Art. 17—18.

[68]) Eod. Art. 11.

[69]) Baselstädtisches Gesetz betreffend Einleitung des Strafverfahrens, § 9.

auf die Treupflicht zurückzuführen sind[70]): Amtsverschwiegenheit, Verbot der Annahme von Geschenken, Verbot, andere Ämter zu bekleiden, Pflicht zu anständigem Lebenswandel, zur Mitteilung der mit Hilfe der Dienststellung gemachten Erfindungen, Verbot des Beitritts zu Vereinen, deren Tätigkeit den Interessen des Gemeinwesens Eintrag tun kann usw. Wenn derartige Verpflichtungen durch ausdrückliche Vorschriften, insbesondere durch die Bestimmungen des Gesetzes formuliert werden, so bilden sie die Grundlage für die Beurteilung der Anforderungen, welche die Treupflicht an den Bediensteten stellt. Vielfach verlangen sie mehr, als was sich bei ihrem Fehlen aus der Treupflicht ableiten liesse. Wenn die Annahme von Geschenken strikt und ohne Einschränkung untersagt ist, so muss der Bedienstete auch eine gänzlich harmlose Zuwendung zurückweisen, wenn sie „im Hinblick auf seine amtliche Stellung" angeboten wird. Es fallen unter ein solches ausdrückliches Verbot auch die Trinkgelder, die der Verkehrssitte entsprechen, und es erscheint deshalb als bedauerlich, dass das Bundesbeamtengesetz und andere Gesetze für solche Leistungen keine Ausnahme vorsehen, obschon von vornherein die Absicht bestand, sie auch in Zukunft zu dulden. Sehr streng ist das Bundesrecht in bezug auf die Duldung von Nebenbeschäftigungen.[71]) Es erklärt als „mit dem Bundesamte unvereinbar" nicht nur Nebenbeschäftigungen des Beamten selber, soweit sie den Interessen des Dienstes Eintrag tun können, sondern auch Beschäftigungen von Gliedern seiner Familie, die in seiner Haushaltung leben, so dass er für das Verhalten dieser Angehörigen dienstlich verantwortlich ist; gewisse Beschäftigungen werden von vornherein als für den Dienst gefährlich untersagt. Der Begriff der Unvereinbarkeit mit dem Amte drückt aus, dass der Beamte, der sich von den ihm verbotenen Beschäftigungen nicht abhalten lässt, sich der Strafe der Entlassung aussetzt,

[70]) BBeamten-Ges., Art. 13—16, 23—28.

[71]) BBeamten-Ges., Art. 15.

abgesehen von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, die ihn trifft. Dagegen besagt er nicht etwa, das Dienstverhältnis gehe von Gesetzes wegen durch die Ausübung einer verbotenen Nebenbeschäftigung unter.[72])

Im entgegengesetzten Sinne beschränken derartige Vorschriften die Dienstpflicht, indem sie die Berechtigung anderer Interessen anerkennen. So die Vorschriften darüber, wie weit den Bediensteten nichtobligatorischer Militärdienst oder die Bekleidung anderer öffentlicher Ämter gestattet sein sollen, namentlich auch die Bekleidung von Ämtern in einem andern Gemeinwesen, dem der Bedienstete als Bürger angehört.[73]) Wenn der Kanton seinen Bediensteten gestattet, dem Grossen Rate anzugehören, so ist das dahin zu verstehen, dass er ihm für seine Tätigkeit in dieser Behörde dieselbe Freiheit einräumt, die alle übrigen Mitglieder geniessen, und dass er insbesondere auch an der parlamentarischen Immunität teilnimmt. Lässt er aber den Eintritt in einen Gemeinderat zu, so gilt grundsätzlich dasselbe: Der Gemeinderat wird von den Stimmberechtigten aus Personen bestellt, die bei ihrer Tätigkeit ihre eigene Überzeugung zur Geltung bringen sollen; der Bedienstete, der in zulässiger Weise in diese Behörde gewählt wird, untersteht bei dieser Tätigkeit keiner dienstlichen Verantwortlichkeit, es sei denn für sein äusseres Verhalten (das hier nicht durch

[72]) Der Beamte, der beim Antritt seines Amtes das von ihm bisher betriebene Gewerbe fortsetzt, ist disziplinarisch zu bestrafen; ebenso der, der sein Amt nicht antritt, weil er vorzieht, seine bisherige Tätigkeit weiterzuführen. Aber in diesem Falle liegt die Pflichtwidrigkeit darin, dass er seine Amtstätigkeit nicht aufnimmt, sie liegt nicht in der Nebenbeschäftigung. Die Annahme Eschers (Bundesbeamtenrecht, S. 50), dass die Anstellung dahinfalle, wenn der Gewählte die bisher ausgeübte Tätigkeit nicht aufgebe, erscheint nicht als haltbar. Es bedarf vielmehr einer Entlassung; für diese ist allerdings nicht notwendig, ein Disziplinarverfahren durchzuführen, wenn die Anhörung des Fehlbaren ergibt, dass er mit der Aufhebung des Dienstverhältnisses einverstanden ist.

[73]) BBeamten-Ges., Art. 14.

Immunität gedeckt ist). Auch die bundesrechtlichen Regeln über die Bekleidung von öffentlichen Ämtern sind in diesem Sinne auszulegen. Der Bundesbeamte ist als Mitglied eines kantonalen Grossen Rates nicht verpflichtet, die Interessen des Bundes zu wahren.

Die Tendenz, den Ansprüchen an die dienstliche Treue auf solche Weise Schranken zu ziehen, ist gerechtfertigt, soweit dabei nicht wesentliche Interessen des Gemeinwesens gefährdet werden. Zu diesen wesentlichen Interessen gehört vor allem, dass die öffentliche Gewalt dem Bürger in allen ihren Äusserungen als eine widerspruchslose Einheit gegenüberstehe. Alles was sie nach aussen zum Unrecht stempelt, muss sie auch in ihrem innern Betriebe als Unrecht behandeln und muss es ausmerzen. Deshalb wäre es verwerflich, wenn sie bei ihren Bediensteten ein Verhalten zum voraus entschuldigen wollte, das sie andern Bürgern gegenüber als rechtswidrig (oder unsittlich) rügt. Verwerflich selbst dann, wenn die Entschuldigung nur für die disziplinarische Verantwortung gelten sollte, der die andern Bürger nicht ausgesetzt sind. Durch eine solche Haltung entsteht notwendigerweise eine Schwächung der Rechtsordnung, deren Aufrechterhaltung der oberste Zweck der öffentlichen Verwaltung ist. Der Massstab dafür, was Recht und was Unrecht sei, muss bei allen Bürgern grundsätzlich derselbe sein und er muss überall gelten, wo die öffentliche Gewalt sich vornimmt, gegen Unrecht einzuschreiten.[74]) Aus diesen Erwägungen erscheint z. B. ein Gesetz, das die öffentlichen Bediensteten im Falle der Verweigerung des

[74]) Dass in einzelnen Beziehungen Verschiedenheiten statuiert werden können, soll damit nicht bestritten werden. Es liegt aber für den Staat näher, für seine Bediensteten unter gewissen Umständen die zivilrechtliche und die strafrechtliche Verantwortlichkeit gegenüber der allgemeinen Regel abzuschwächen und die disziplinarische aufrechtzuerhalten, als umgekehrt die disziplinarische Verantwortlichkeit zu vermindern. Denn er besitzt in dieser ein Mittel zum Einschreiten, das ihm andern Bürgern gegenüber fehlt.

Militärdienstes von disziplinarischer Verantwortung befreit, als sinnwidrig; daran ändert sich nichts, wenn die Befreiung nur solchen zugestanden wird, die sich auf ihr Gewissen berufen: denn auch solchen gegenüber hält ja die allgemeine Rechtsordnung die Pflicht zum Militärdienst aufrecht.

§ 7. Mittel zur Bestimmung der Dienstpflichten.

a) Gesetz, Verfügung und Dienstbefehl.

Die inhaltliche Bestimmung der den öffentlichen Bediensteten obliegenden Verpflichtungen kann durch Gesetz, durch Verfügung oder durch Dienstbefehl (und sein Gegenstück, die dienstliche Erlaubnis) erfolgen.

I. Da das Dienstverhältnis nicht notwendigerweise gesetzlicher Grundlage bedarf, müssen dienstliche Verpflichtungen nur dann durch Rechtssatz bestimmt werden, wenn dadurch die bestehende Rechtsordnung geändert würde. Das vermag aber selbst das Gesetz nicht, insoweit es an Grundsätze der Verfassung gebunden ist.

Verfassungsmässig gesichert ist dem öffentlichen Bediensteten vor allem die Anerkennung einer Privatsphäre,[75]) deren Abgrenzung im einzelnen allerdings dem Gesetze und der Dienstgewalt vorbehalten bleibt. Ein Dienstverhältnis, kraft dessen der Bedienstete der Herrschaft des Privatrechts überhaupt entrückt werden sollte, wäre mit der Rechtsgleichheit unvereinbar und auch die Stellung, welche die Verfassung jedem Bürger in öffentlichrechtlicher Hinsicht zuweist, darf den öffentlichen Bediensteten nicht vorenthalten werden. Wenn das Recht zur Ehe unter dem Schutze des Bundes steht, so vermag

[75]) Infolge der bundesrechtlichen Regelung des Privatrechts sind die kantonalen und Gemeindebeamten im voraus im gesicherten Besitze einer dienstfreien Sphäre; das kantonale öffentliche Recht ist nicht imstande, ihr Verhalten auf diesem Gebiete zu bestimmen, soweit die privatrechtlichen Normen nicht dispositiv sind oder Vorbehalte zugunsten des kantonalen Rechtes machen.

das Gesetz auch die Ehe eines öffentlichen Bediensteten nicht zu hindern, während es aus dienstlichen Gründen den Abschluss bestimmter anderer Rechtsgeschäfte (z. B. von Börsengeschäften) untersagen kann. Soll nach Verfassungsrecht für bestimmte Ämter jeder Bürger wahlfähig sein, so darf das Gesetz den öffentlichen Bediensteten die Wahlfähigkeit nicht absprechen.

Dagegen bilden die verfassungsmässigen Freiheitsrechte für die Dienstleistungspflicht der Beamten keine Schranke, weil sie nur insoweit anerkannt sind, als sich die Freiheit mit der öffentlichen Ordnung vereinbaren lässt. Das Gemeinwesen vermag aber die öffentliche Ordnung überhaupt nur zu wahren, wenn es Personen zur Verfügung hat, die sich ihrerseits (in ihrem Dienste) nicht auf die gewährleistete Freiheit berufen dürfen. Deshalb gehören die aus dem öffentlichen Dienste entspringenden Verpflichtungen im Gegenteil zu den Schranken dieser Freiheit.[76]) Erfordert die Rechtsgleichheit aber die grundsätzliche Anerkennung einer dienstfreien Privatsphäre, so müssen die verfassungsmässigen Freiheitsrechte im Bereiche der tatsächlich gewährten Dienstfreiheit gegenüber den Beamten ebenso respektiert werden, wie gegenüber den übrigen Bürgern.[77]) Beschränkungen bedürfen besonderer Rechtfertigung, die allerdings im Interesse des öffentlichen Dienstes gefunden werden kann.[78])

II. Innerhalb der verfassungsmässigen Schranken vermag das Gesetz die Dienstpflicht frei zu bestimmen.

---

[76]) Diese Schranken bedürfen keiner gesetzlichen Ordnung. Selbst der Dienstbefehl kann einem Bediensteten Handlungen auftragen, die ein Dritter unter Berufung auf seine Glaubens- und Gewissensfreiheit ablehnen dürfte (Teilnahme an einer Kultushandlung zum Zweck der Aufsicht; vgl. aber Note 77).

[77]) Kirchgang am Sonntag darf den öffentlichen Bediensteten nicht zur Pflicht gemacht werden; verboten werden darf er nur, wenn ein Grund zum Verbot des Gottesdienstes besteht.

[78]) Teilnahme an einem staatsgefährlichen Verein darf verboten werden.

Verfügung und Befehl vermögen das nur zu tun, insoweit es ihnen die allgemeine Rechtsordnung und die guten Sitten (vgl. ZGB Art. 27) gestatten und insoweit ihnen die besondere Beamtengesetzgebung dafür Spielraum lässt.

Gesetzliche Anordnungen sind daher z. B. notwendig, wenn eine kantonale Behörde oder eine Gemeindebehörde ihren Bediensteten die Bekleidungen von Ämtern untersagen will, die ihnen durch die Gesamtheit der Stimmberechtigten des Gemeinwesens übertragen werden. In einer solchen Wahl durch den der Verwaltung übergeordneten Wahlkörper liegt eine Befreiung von der Dienstpflicht, insofern sie der Ausübung des Mandates im Weg stände. Dagegen dürften kantonale Behörden ihren Bediensteten ohne besondere gesetzliche Ermächtigung den Besuch der Sitzungen des Nationalrats verweigern, weil die Berufung hier von einer andern Staatsgewalt ausgeht. Dem entspricht es, dass das Zivilgesetzbuch den Kantonen die Befugnis vorbehält, ihre Beamten von der Pflicht zur Übernahme einer Vormundschaft zu befreien (Art. 383).

Nur gesetzliche Vorschriften vermögen ferner die öffentlichen Bediensteten im Interesse des Dienstes von den Verpflichtungen zu befreien, die jedem Bürger obliegen: Militärpflicht, Feuerwehrpflicht, Pflicht zur Zeugnisablegung vor Gericht auch über Angelegenheiten des Dienstes. Für den Bund besteht in bezug auf die Zeugnisablegung seiner Beamten vor den kantonalen Gerichten usw. nicht die ganz gleiche rechtliche Lage, wie im vorigen Beispiel für den Kanton, dessen Beamter in den Nationalrat gewählt worden ist. Da er nur beschränkte (wenn auch übergeordnete) Staatsgewalt besitzt, muss er die Befugnis der Kantone, solche allgemeine Bürgerpflichten zu statuieren, grundsätzlich auch für seine Beamten anerkennen; daraus ergibt sich die Notwendigkeit, Beschränkungen durch Gesetz festzusetzen. Ohne ein solches Gesetz liessen sie sich höchstens durch einen Notstand recht-

fertigen.[79]) Das BBeamtengesetz, Art. 28, hat dieser Forderung nunmehr genügt.[80])

Strafrechtliche und zwingende zivilrechtliche Grundsätze können für die öffentlichen Bediensteten nur durch Gesetz ausser Wirksamkeit gesetzt werden.

Die Beamtengesetzgebung enthält gewöhnlich keine ausdrückliche Gewährleistung der Privatsphäre, obwohl deren rechtliche Sicherung einer ihrer Hauptzwecke zu sein pflegt. Umfassende Beamtengesetze sind aber dennoch dahin auszulegen, dass durch Verfügung und Befehl nur die von ihnen anerkannten Interessen gegenüber den öffentlichen Bediensteten geltend gemacht werden dürfen und dass nur für Verletzung dieser Interessen eine Verantwortlichkeit besteht. Wenn z. B. im Gesetze die Möglichkeit nicht vorgesehen ist, einen Bediensteten zum Bezuge einer Amtswohnung zu verpflichten, so darf diese Verpflichtung durch Verfügung nicht auferlegt werden; ist die Kautionspflicht gesetzlich auf Kassenbeamte beschränkt, so darf die Verwaltung andern Bediensteten keine Kaution abfordern. Gegenüber Bediensteten, deren Verhältnisse durch das Beamtengesetz nicht geregelt werden, wird sich die Verwaltung in der Regel vor Anfechtungen geschützt sehen, wenn ihre Anforderungen sich im Rahmen dessen halten, was auch ein privater Dienstherr seinen Angestellten auferlegen darf und was das Beamtengesetz für die ihm Unterstellten zulässt.

III. Wie die Verfügung den Bezirk des Gesetzes respektieren muss, so der Dienstbefehl den Bezirk, der der Verfügung vorbehalten ist; der Befehl vermag nicht jedwede Dienstpflicht zu begründen, insbesondere ist

---

[79]) Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 258.

[80]) Dass BBeamten-Ges. Art. 28 auch Aussagen regelt, die ein Beamter als Partei vor Gericht macht, gehört nicht in diesen Zusammenhang. Es handelt sich dabei um eine Beschränkung der Amtsverschwiegenheit im Interesse des Beamten, nicht nur eine Einschränkung der allgemeinen Zeugnispflicht im Interesse des Bundes.

zum mindesten eine Verfügung nötig zur Bestimmung des ausserdienstlichen Verhaltens, das dem Bediensteten zur Pflicht gemacht werden soll. Dasselbe gilt für die uneigentlichen Dienstpflichten. Dazu dient die Anstellungsverfügung, die während der Dauer des Dienstverhältnisses nicht zu Ungunsten des Bediensteten geändert werden darf (die Änderung wäre denn vorbehalten). Die Verwaltung ist demnach nicht befugt, nachträglich einem Bediensteten den Bezug einer Dienstwohnung anzubefehlen, weil sie seine Entfernung vom Dienstort als Nachteil empfindet, oder ihm eine Kaution aufzuerlegen, weil sie anfängt, ihn nicht mehr für verlässlich anzusehen. Dass die Anstellungsverfügung derlei Verpflichtungen ausdrücklich aufführe, ist natürlich nicht erforderlich, es genügt z. B. der Hinweis auf eine Amtsordnung, worin sie bestimmt sind. Amtspflichten, die sich unmittelbar aus der Treupflicht ergeben, brauchen aber bei der Anstellung nicht ausdrücklich ausbedungen zu werden. Ist in der Anstellungsverfügung eine Änderung der getroffenen Bestimmungen vorbehalten, so muss sie selbstverständlich durch Verfügung angeordnet werden.

Ausführlicherer Behandlung bedarf nunmehr die Bestimmung der Dienstpflichten durch Dienstbefehl.

b) Der Dienstbefehl insbesondere.

I. Während sonst die öffentlichrechtlichen Verpflichtungen der Bürger von der Verwaltung durch Verfügung festzustellen sind, für deren Zustandekommen bestimmte rechtliche Voraussetzungen gelten und während daher dem Bürger sonst nur befohlen werden kann, was durch Verfügung (und namentlich durch Urteil) festgesetzt ist, hat die Verwaltung bei den besondern Gewaltverhältnissen des öffentlichen Rechtes die Befugnis, dem Gewaltunterworfenen gegenüber ihren Willen unmittelbar geltend zu machen; in diesen Rechtsverhältnissen hat der Bürger zu gehorchen, wenn ihm befohlen wird, nicht erst dann,

wenn über seine Verpflichtung entschieden ist. Der Entscheid über seine Verpflichtung ist für den öffentlichen Bediensteten in der Anstellungsverfügung ergangen, die ihn den Befehlen seiner Vorgesetzten ein für alle Male unterstellt hat. Der Unterschied, den das für ihn gegenüber der rechtlichen Lage der andern Bürger ausmacht, liegt nicht nur darin, dass die für die Verfügungen geltenden Voraussetzungen beim Befehl nicht beobachtet werden müssen, und dass er also des Schutzes entbehrt, der in der Erfüllung dieser Voraussetzungen liegt. Noch wesentlicher ist die Unmittelbarkeit der Befehlswirkung. Wer Befehlen unterstellt ist, kann nicht beanspruchen, dass die Gültigkeit der behaupteten Verpflichtung erst untersucht wird, bevor er sie erfüllt; es können ihm zwar Beschwerderechte eingeräumt sein, aber auch wenn er davon Gebrauch macht, muss er zunächst gehorchen; wenn er nicht gehorcht, setzt er sich dem Zwang und der Strafe aus und allen andern Folgen seines rechtswidrigen Verhaltens.

Für den öffentlichen Bediensteten haben alle Vorschriften, die seine Verpflichtungen bestimmen, den Charakter des Befehles: er hat das, was ihm durch das Gesetz und durch Verfügung vorgeschrieben wird, gleich unmittelbar zu erfüllen, wie das, was ihm durch Dienstbefehl vorgeschrieben wird. Allerdings kann es gesetzliche Verpflichtungen geben, die nach dem Gesetze für ihn erst entstehen, wenn sie durch Verfügung wirksam gemacht sind und solche, die ihm nicht durch blossen Dienstbefehl auferlegt werden dürfen, sondern nur durch Verfügung. Aber die Verfügung, die nötig ist, wird eben regelmässig bei der Anstellung getroffen und von da an beginnt die Befehlswirkung.

Die Verpflichtungen, die dem Bediensteten aus Gesetz und Verfügung erwachsen, bleiben in Tat und Wahrheit vielfach unerfüllt. In diesem Falle kann ihm die Erfüllung befohlen werden; dabei handelt es sich um einen inhaltlich gebundenen Befehl, ganz gleich wie etwa

bei dem Befehle, der zur Vollstreckung eines Urteils ergeht. Der gebundene Befehl unterscheidet sich in seiner Wirkung nicht vom freien Befehl. Sobald befohlen ist, gilt das Befohlene als Dienstpflicht und der Ungehorsam als Pflichtverletzung, wobei es für die Beurteilung einen erschwerenden Umstand bilden kann, dass der Bedienstete die ihm befohlene Handlung nicht von selbst vorgenommen habe, da er doch seine Verpflichtung habe kennen müssen. Eine Dienstpflichtverletzung liegt selbst dann vor, wenn der Befehl nicht rechtmässig erteilt ist; doch kann dies als Milderungsgrund bei ihrer Beurteilung in Betracht fallen. Der Befehl ist in dieser Hinsicht von der blossen Mahnung zu unterscheiden. Die Nichtbeachtung einer Mahnung kann einen Strafschärfungsgrund abgeben, aber wenn die Mahnung die Änderung eines Verhaltens erwirken sollte, das sich gar nicht als strafbar erweist, so kann wegen Missachtung einer Mahnung keine Strafe verhängt werden. Mahnen aber wird die Verwaltung nur da, wo sie nicht zu befehlen befugt ist.

II. Dienstbefehle zu erteilen ist befugt, wer dem öffentlichen Bediensteten vorgesetzt ist. Wem in jedem Einzelfall die Stellung eines Vorgesetzten zukommt, entscheidet vielfach das Gesetz, das die Organisation der öffentlichen Verwaltung regelt; allein es ist zur Begründung der dienstlichen Unterordnung kein Rechtssatz notwendig, sondern es können dem Bediensteten die Personen, die seine Vorgesetzten sein sollen, durch Verfügung oder Dienstbefehl bezeichnet werden (sie brauchen nicht einmal ihrerseits öffentliche Bedienstete zu sein); wenn also z. B. eine Person von der Wahlbehörde zu einem Kanzlisten der Steuerverwaltung gewählt wird, so bestimmt der Leiter dieser Verwaltung durch Dienstbefehl, welcher Abteilung — und damit welchem unmittelbaren Vorgesetzten — der Gewählte zugeteilt werde. Ein solcher Befehl ist natürlich zugleich auch für diesen Vorgesetzten verbindlich und auferlegt ihm, den Gewählten zu verwenden. — Aus dem System der dienstlichen Unterordnung ergibt sich,

dass die Befehlsgewalt über einen öffentlichen Bediensteten mehreren Personen gleichzeitig zustehen kann; er hat ausser dem unmittelbaren noch höhere Vorgesetzte. Es ist auch möglich, dass sich in der Reihe der Vorgesetzten eine Kollegialbehörde befindet, deren einzelne Mitglieder die Befehlsgewalt nicht allein ausüben können, sondern darüber Beschluss zu fassen haben. Die Vorgesetzten eines Bediensteten stehen aber nicht notwendigerweise im Verhältnis gegenseitiger Über- und Unterordnung; der Bedienstete ist möglicherweise mehreren voneinander unabhängigen Ämtern gleichzeitig unterstellt.

Nicht jeder Vorgesetzte hat von vornherein die volle Befehlsgewalt zur Verfügung. Häufig wird insbesondere der Erlass allgemeiner Dienstvorschriften den höhern Behörden vorbehalten, das kann durch Gesetz geschehen; die höhere Behörde vermag aber den Erlass allgemeiner Vorschriften den untern Vorgesetzten auch ohne besondere Ermächtigung zu untersagen. Ist dies nicht geschehen, so haben die untern Vorgesetzten die Befugnis sowohl zu allgemeinen Dienstanordnungen, wie zu Einzelbefehlen, und dürfen den von den höhern Stellen erlassenen Befehlen nicht zuwiderhandeln. Denn wenn der Vorgesetzte durch seinen Befehl selber die ihm obliegende Dienstpflicht verletzt, so ist seine Anordnung rechtswidrig und unterliegt der Aufhebung. Er muss seinen rechtswidrigen Befehl zurücknehmen oder hat das Einschreiten der höhern Behörde zu gewärtigen. Der Untergebene hat aber diese Rechtswidrigkeit nicht zu prüfen und ist auch an einen Befehl gebunden, der im Widerspruch zu den Anordnungen eines höhern Vorgesetzten steht.

III. Durch Dienstbefehl kann der Inhalt der Dienstpflichten auf die verschiedenste Weise bestimmt werden. Es gibt Dienstbefehle, die sich an die Gesamtheit der öffentlichen Bediensteten oder sonst an eine Mehrheit von Bediensteten wenden; diese werden äusserlich wie Verordnungen in allgemeine Sätze gefasst (Verwaltungsverordnungen, Reglemente, Dienstanweisungen). Eine

zweite allgemeine Form ist die der Amtsordnung, die dem jeweiligen Inhaber eines bestimmten Amtes Weisungen über seine Tätigkeit und sein Verhalten geben will. Daneben aber werden häufig auch Befehle für den Einzelfall erteilt. Für die Wirksamkeit des Dienstbefehles ist nichts weiter erforderlich, als dass er dem Bediensteten zur Kenntnis gebracht werde; die Art, wie das zu geschehen hat, pflegt nicht rechtlich bestimmt zu sein. Allgemeine Befehle können durch die Amtsblätter bekanntgemacht werden, aber auch durch andere Zeitungen oder durch Anschlag in den Amtsräumen usw. Die Amtsordnung wird dem Bediensteten übergeben, aber es genügt auch, dass sie ihm zur Kenntnisnahme vorgelegt wird. Der Einzelbefehl kann mündlich oder schriftlich mitgeteilt werden. Das Gesetz vermag darüber nähere Weisungen aufzustellen (z. B. Aushändigung der Amtsordnung), allein die Nichtbeachtung einer solchen Vorschrift zieht nicht die Ungültigkeit der Dienstbefehle nach sich, die auf andere Weise dem Bediensteten mitgeteilt worden sind.

IV. Die Dienstpflicht kann durch allgemeine Anordnungen so bestimmt umschrieben werden, dass Einzelbefehle nur in beschränktem Masse nötig sind, um ihre richtige Erfüllung sicherzustellen. Wo der Beamte an allgemeine Vorschriften — seien es Rechtssätze oder Dienstvorschriften — gebunden ist, ist es seine Aufgabe, diesen allgemeinen Vorschriften zu entnehmen, was ihm die Amtspflicht in jedem Augenblick zu tun und zu lassen gebietet. Es ist ein Gebot zweckmässiger Verwaltungsorganisation, die öffentlichen Bediensteten ein gewisses Mass dienstlicher Unabhängigkeit geniessen zu lassen, indem nicht ihre ganze Tätigkeit durch Dienstvorschriften und Einzelbefehle nach allen Richtungen bestimmt wird.[81])

[81]) Selbst der einzelne Dienstbefehl vermag das in weitgehendem Masse zu tun; er kann sich z. B. darauf beschränken, die verlangte Leistung zu bezeichnen und dem Bediensteten freie Hand für die Gestaltung lassen; aber auch wenn bestimmte Anforderun-

Dienstliche Unabhängigkeit kann die öffentliche Verwaltung ihren Bediensteten in dem ihr richtig scheinenden Masse selbst einräumen; aber ihre Anordnungen sind widerruflich und eine rechtlich gesicherte Unabhängigkeit geniesst der Beamte nur, wenn sie ihm durch das Gesetz oder Verfügung gewährleistet wird. Das Hauptbeispiel für die gesetzliche Unabhängigkeit ist der Richter, der beim Erlass der ihm übertragenen Entscheidungen keiner Dienstvorschrift untersteht. Ähnliches kommt auch bei Verwaltungsbeamten vor, denen Rechtspflegefunktionen zugewiesen sind. Wenn ein Gesetz oder die Anstellungsverfügung einem Beamten die Aufgabe zuweist, sachverständige Gutachten abzugeben, so untersteht er in dieser Funktion keinem Dienstbefehl, und ebenso geniessen dienstliche Unabhängigkeit die Beamten der öffentlichen Unterrichtsanstalten, an denen nach Gesetz Lehrfreiheit gilt.

Dienstliche Unabhängigkeit bedeutet inhaltlich nicht immer dasselbe, wie diese Beispiele zeigen: der Richter ist an das Gesetz gebunden, während der Professor nach seiner persönlichen Überzeugung lehrt und der Experte vielleicht die Regeln einer wissenschaftlichen Methode beachten muss. Das Gemeinsame liegt in allen Fällen darin, dass die Erteilung von Dienstbefehlen für einen bestimmten Teil ihrer Tätigkeit ausgeschlossen ist, dass also keine Gehorsamspflicht besteht.

Auf dem Gebiete seiner dienstlichen Unabhängigkeit ist der Beamte aber nicht Privatmann; er befindet sich vielmehr, wenn er davon Gebrauch macht, in Ausübung seines Amtes. Daher können ihn die Vorgesetzten, deren Befehl nicht die Macht gehabt hätte, ihn von einer bestimmten Amtshandlung abzuhalten, für dieselbe Handlung

---

gen an die Leistung gestellt werden, kann erkennbar gemacht sein, dass Abweichungen zulässig sein sollen: die erteilte Weisung für die Ausführung eines Auftrages will z. B. nur eine allgemeine „Wegleitung" sein, oder es wird vorbehalten, je nach den Umständen etwas anderes vorzukehren.

verantwortlich machen. Dem Richter gegenüber freilich ist dies den Verwaltungsbehörden darum nicht möglich, weil damit der Verfassungsgrundsatz der Gewaltentrennung verletzt würde. Bei Verwaltungsbeamten ist es möglich. Wie weit dann aber die Garantie der Unabhängigkeit die Verantwortlichkeit materiell beschränkt, ist hier nicht zu erörtern.

V. Die zweite Schranke der Befehlsgewalt ist das Privatleben des öffentlichen Bediensteten. Es fehlt der Verwaltung die Zuständigkeit, auf diesem Gebiete das Verhalten der Bediensteten durch Befehl zu bestimmen, so dass der trotzdem erteilte Befehl keine Verbindlichkeit erlangt. Sie kann nur befehlen, um den Bediensteten einerseits zur Leistung seines Dienstes anzuhalten oder um ihn andrerseits an der Störung der von der Rechtsordnung anerkannten dienstlichen Interessen zu verhindern. Nur Gesetz und Verfügung vermögen die Interessen im voraus allgemein zu bezeichnen, die er zu berücksichtigen hat, und ihm das Verhalten vorzuschreiben, das zur Vermeidung von Störungen zu beobachten ist; weitere Beschränkungen können sich für ihn auch ausserhalb des Dienstes aus der Treupflicht ergeben und er ist für deren Einhaltung verantwortlich, obschon ihm darüber keine allgemeinen Dienstvorschriften gemacht sind. Aber die Dienstgewalt umfasst nicht die Befugnis, das durch Rechtssatz oder Verfügung allgemein über das ausserdienstliche Verhalten Bestimmte nun noch durch nähere dienstliche Vorschriften zu regeln. Wenn durch Rechtssatz dem Bediensteten alle Nebenbeschäftigungen untersagt sind, durch welche seine Leistungsfähigkeit beeinträchtigt werden könnte, so vermag die Verwaltung zwar auf Beschäftigungen hinzuweisen, bei denen die Gefahr einer Beeinträchtigung besonders nahe liegt, aber sie kann nicht kraft ihrer Befehlsgewalt solche Beschäftigungen allgemein untersagen, mit der Wirkung, dass sich der Bedienstete schon durch die Übertretung des Verbotes strafbar machte. Ebenso kann sie durch allgemeine Dienstvorschrift nicht bestim-

men, welches ausserdienstliche Verhalten ihres Erachtens allein der Treupflicht entspreche. In allen diesen Beziehungen dient als allgemeine Regel für das Verhalten des Beamten nur der Rechtssatz, der auf sein Dienstverhältnis Anwendung findet, oder die ihn bindende Anstellungsverfügung.

Dagegen steht es der Verwaltung zu, ihn durch Dienstbefehl zur Beobachtung dieser allgemeinen Vorschriften anzuhalten, sobald die unmittelbare Gefahr vorhanden ist, dass er ihnen zuwiderhandle, und erst recht, sobald die Zuwiderhandlung begangen worden ist. Das gilt auch, wenn sein Verhalten zwar nicht eine Vorschrift, wohl aber die Treupflicht verletzt. Gegenüber dem Befehle, der im Hinblick auf eine solche Gefahr die dienstliche Verpflichtung geltend macht, kann sich der Bedienstete nicht auf die Freiheit seines Privatlebens berufen, er muss dem Befehle Folge leisten, selbst wenn er die Verpflichtung mit Grund bestreitet. Es muss aber eine unmittelbare Gefährdung für ein bestimmtes Dienstinteresse vorliegen. Der Verkehr mit einer gewissen Person darf dem Bediensteten nicht darum verboten werden, weil die Möglichkeit besteht, dass ihm diese Person ein Geschenk anbieten könnte, und man darf dem Bediensteten den Abschluss eines einzelnen Rechtsgeschäftes nicht darum verbieten, weil es unstatthaft wäre, solche Geschäfte gewerbsmässig zu betreiben. Wohl aber ist es zulässig, die Liquidation der anhängigen Geschäfte vorzuschreiben, wenn die Befürchtung begründet ist, dass sich der Bedienstete auf eine gewerbliche Tätigkeit eingerichtet habe. Das Dienstinteresse, das der Befehl wahren will, muss für den Bediensteten unverkennbar sein, was nicht bedeutet, dass die Verwaltung es ausdrücklich bezeichnen müsse. Wenn Handlungen untersagt werden, die die Vorbereitung eines Streiks bezwecken (z. B. die Abhaltung einer Versammlung, in der über einen Streik beraten werden soll), so ist für keinen Bediensteten, der diesen Befehl empfängt, der Zusammenhang mit dem dienstlichen Interesse zweifelhaft.

Zur Erfüllung der Pflicht, sich ausserhalb des Dienstes die Achtung zu bewahren, welche die amtliche Stellung erfordert, kann die Verwaltung den Bediensteten indessen nicht durch Befehle anhalten, die ihm für eine gegebene Sachlage ein bestimmtes Verhalten vorschreiben, und zwar auch dann nicht, wenn die Gefahr vorliegt, dass er sich gegen diese Pflicht vergehen könnte. Wohl kann das Dienstinteresse, das durch diese Verpflichtung geschützt wird, durch eine einzige Handlung des Bediensteten verletzt werden, und die Annahme liegt nahe, der Vorgesetzte dürfe dem Bediensteten, der im Begriff steht, eine solche Handlung zu begehen, deren Unterlassung befehlen. Aber das ist nicht der Sinn der Vorschrift. Der Bedienstete muss sich die nötige Achtung und das nötige Ansehen selber wahren; ob er das tut, und somit seiner Pflicht genügt, lässt sich gar nicht entscheiden, wenn sein Verhalten durch Gehorsam gegenüber einem Befehl bestimmt wird. Das durch die Vorschrift geschützte Dienstinteresse kann daher durch einen Befehl nicht geltend gemacht werden. Wenn der Vorgesetzte findet, dass ein Untergebener sein Ansehen gefährde, so steht es ihm zu, ihn zu mahnen oder zu warnen, aber er darf ihm eine beabsichtigte ausserdienstliche Handlung nicht verbieten. Wenn die Handlung trotzdem erfolgt, so fragt sich nur, ob sie der Dienstpflicht widerspreche. Trifft das nicht zu, so darf der Bedienstete nicht wegen Zuwiderhandlung gegen einen ihm erteilten Befehl verantwortlich gemacht werden, der ihm auftrug, sich anders zu verhalten. Dieser Befehl ist unverbindlich. Aus diesem Grunde ist es nicht möglich, z. B. einem durch Alkoholismus gefährdeten Bediensteten durch Dienstbefehl den Besuch von Wirtschaften zu verbieten oder gänzliche Abstinenz zur Pflicht zu machen. Das sachliche Ziel lässt sich in einem solchen Falle nur dadurch erreichen, dass das Dienstverhältnis aufgehoben und dass mit der Begründung eines neuen (provisorischen) Dienstverhältnisses eine solche Auflage verbunden wird.

VI. Auf Grund der vorstehenden Ausführungen sind die dem öffentlichen Bediensteten erteilten Befehle unter drei Voraussetzungen unverbindlich zu erachten und brauchen deswegen nicht befolgt zu werden:

1. wenn die Person, die den Befehl erteilt, nicht zu den Vorgesetzten des Bediensteten gehört,
2. wenn sich der Bedienstete gegenüber dem Befehle auf seine dienstliche Unabhängigkeit berufen kann,
3. wenn der Befehl sein Privatleben berührt und durch sein Verhalten kein dienstliches Interesse gefährdet ist.

Dasselbe gilt, wie nicht näher ausgeführt zu werden braucht:

4. wenn die für bestimmte Befehle ausnahmsweise vorgeschriebene Form nicht eingehalten ist,
5. wenn der Befehl dem Bediensteten eine tatsächlich oder rechtlich unmögliche oder eine mit Strafe bedrohte Handlung vorschreibt.

Diese Voraussetzungen treffen mit denen zusammen, welche auch die Nichtigkeit einer Verfügung nach sich ziehen. Wie die Verfügung formell als gültig zu behandeln ist, wenn keine dieser Voraussetzungen vorliegt, so auch der Dienstbefehl. Nur ist der Bedienstete auch für die Zuwiderhandlung gegen den materiell unrechtmässigen Befehl verantwortlich. Unterzieht er sich einem nichtigen Befehle nicht, so muss er aber jedenfalls den Vorgesetzten, der ihn erteilt hat, oder einen höhern Vorgesetzten von seiner Weigerung unverzüglich in Kenntnis setzen, wenn der Befehl von ihm eine dienstliche Leistung verlangt.

Es genügt aber nicht, zu sagen, dass der Bedienstete einem nichtigen Befehle nicht zu gehorchen braucht: Er darf ihm nicht gehorchen, wenn er durch seinen Gehorsam nicht nur sich selber, sondern das Gemeinwesen oder Dritte benachteiligte; er ist dafür verantwortlich, dass er unzulässigen Befehlen keine Folge leistet. Ist dagegen der ihm erteilte Befehl formell gültig, so ist er von der Verantwortung frei, selbst wenn der Befehl nicht

rechtmässig war. Die Verantwortung trifft allein den Vorgesetzten, der die Anordnung getroffen hat.

c) Die dienstliche Erlaubnis.

Das Gegenstück zum eigentlichen Dienstbefehl bildet die dienstliche Erlaubnis, die ebenfalls der Befehlsgewalt entspringt. Die Verwaltung vermag den Bediensteten durch eine Willensäusserung von den Pflichten, die ihm obliegen, zu befreien, ohne das Dienstverhältnis selber aufzuheben. Dabei handelt es sich nicht um Verfügungen, es brauchen deshalb keine besondern Formen beobachtet zu werden. Wie vielmehr der Befehl eine Dienstpflicht unmittelbar hervorbringt, so hebt die Erlaubnis kraft der Dienstgewalt eine bestehende Dienstpflicht (vorübergehend) auf, so dass das sonst Gebotene nicht mehr geleistet werden muss und das sonst Verbotene geschehen darf. Die Wirkung der dienstlichen Erlaubnis ist somit dem Grundsatze nach dieselbe, wie die der Polizeierlaubnis, die den Bürger von der Beobachtung der polizeilichen Gebote und Verbote befreit; der Unterschied liegt in der Form des Aktes, denn die Polizeierlaubnis kann nur durch Verfügung erteilt werden. Selbstverständlich wäre es an sich auch möglich, für Dienstpflichtbefreiungen die Form der Verfügung zu verlangen, und praktisch wird diese auch häufig ohne weiteres erfüllt. Dennoch muss die dienstliche Erlaubnis von der Verfügung unterschieden werden. Die Erteilung von solchen Erlaubnissen kann namentlich durch Vorgesetzte geschehen, die zum Erlass von Verfügungen nicht zuständig wären, denen aber als Bestandteil ihrer Befehlsgewalt die Befugnis zu Dienstpflichtbefreiungen übertragen ist.

Die dienstliche Erlaubnis macht in irgendeiner Hinsicht eine Ausnahme von dem, was den Bediensteten nach allgemeinen Vorschriften obliegt. Solche Ausnahmen können gegenüber gesetzlichen Regeln so gut zulässig sein, wie gegenüber Dienstbefehlen; doch müssen sie im

Gesetze vorbehalten sein, während dies bei den übrigen Vorschriften nicht unbedingt notwendig ist. Im Rahmen seiner Dienstgewalt kann der Vorgesetzte dem Bediensteten die Erlaubnis zur Abweichung von einer sein Verhalten bestimmenden Regel auch dann erteilen, wenn darüber nichts bestimmt ist, und wenn diese Befugnis in seiner Dienstgewalt nicht enthalten ist, so steht die Erteilung der Erlaubnis möglicherweise einer höhern Behörde zu. Nicht zu den dienstlichen Erlaubnissen gehört es hiernach, wenn die Dienstpflicht eines Beamten von vornherein anders (leichter) gestaltet wird, als die eines andern, oder wenn der Vorgesetzte einen Bediensteten mit einer Anforderung verschont, die er an ihn stellen dürfte.

Die Erlaubnis kann an und für sich jede dienstliche Verpflichtung betreffen; bei den Dienstleistungspflichten kommt sie aber selten vor, doch ist es z. B. möglich, dass für gewisse Handlungen wegen ihrer Wichtigkeit die Erlaubnis eines Vorgesetzten vorbehalten wird. Das Hauptanwendungsgebiet der dienstlichen Erlaubnis sind aber die Regeln über das persönliche Verhalten, und der Prototyp der Erlaubnis ist die Beurlaubung, die die Dienstleistungspflicht vorübergehend aufhebt.

Gerade hier findet sich auch die mannigfaltigste Ausgestaltung des Institutes. Die Verwaltung kann Urlaub je nach den Gründen, die dafür geltend gemacht werden, nach freiem Ermessen verweigern: insbesondere dann wird sie diese Freiheit haben, wenn der Bedienstete nur ein rein persönliches Interesse geltend zu machen in der Lage ist. Es ist möglich, dass die Zulässigkeit einer im freien Ermessen der Behörde liegenden Beurlaubung an das Vorhandensein bestimmter Voraussetzungen geknüpft ist, so dass z. B. der Bedienstete wegen eines Todesfalles Urlaub nur erhalten kann, wenn der Fall unter seinen nächsten Angehörigen eintritt. Sodann wird aber häufig ein Urlaubs-„anspruch“ anerkannt, so insbesondere der Anspruch auf regelmässige Ferien; wenn es sich nicht um einen solchen Anspruch handelt, so wird doch das freie Ermessen der Verwal-

tung durch gewisse Richtlinien eingeschränkt. Ähnlich unterscheidet das Bundesgesetz Nebenbeschäftigungen, für die die erforderliche Ermächtigung regelmässig erteilt, und solche, für die sie nur ausnahmsweise erteilt werden soll. — Die dienstliche Erlaubnis kann, wie die Polizeierlaubnis, mit Auflagen (und auch mit Bedingungen) verbunden werden: so, wenn einem zu Studienzwecken beurlaubten Bediensteten die Einreichung eines Berichtes über die Ergebnisse seiner Studien auferlegt wird. Doch müssen solche Auflagen die Schranken der Befehlsgewalt wahren. Wenn z. B. die Ermächtigung zur Bekleidung öffentlicher Ämter mit Auflagen oder Vorbehalten verbunden werden darf, so wäre es doch unzulässig, dem Bediensteten irgendwelche materielle Weisungen über die Ausübung des Amtes, das er übernehmen möchte, zu erteilen. Eine mit der Erlaubnis verbundene Auflage stellt sich als ein selbständiger Dienstbefehl dar; wird er als unzulässig aufgehoben, so fällt nicht auch die Erlaubnis dahin.

Die dienstliche Erlaubnis ist aber nicht imstande, das Dienstverhältnis selber zu Ungunsten des Bediensteten zu ändern; hierzu ist eine Verfügung nötig. Wenn daher z. B. eine Beurlaubung davon abhängig gemacht werden soll, dass der Bedienstete auf seinen Gehalt verzichtet, so bedarf es einer Verfügung der Wahlbehörde.

Die Erlaubnis kann jederzeit widerrufen werden. Der Widerruf ist ein Dienstbefehl, dem der Bedienstete Gehorsam schuldet, selbst wenn er widerrechtlich erteilt sein sollte, ganz gleich, wie auch die widerrechtliche Verweigerung eines Urlaubs dem Bediensteten nicht das Recht gibt, vom Dienst dennoch fernzubleiben.

§ 8. Schutz vor der Überspannung der Dienstpflicht.

I. Zum Schutze vor einer Überspannung der Dienstpflicht steht den öffentlichen Bediensteten vor allem ein Beschwerderecht zu.

Eine Beschwerde kommt für sie in Frage einerseits gegenüber dienstlichen Ansprüchen, die durch Verfügung an sie gerichtet werden, andrerseits gegenüber den ihnen erteilten Dienstbefehlen und gegenüber allen sie im Dienste belastenden Umstände.

Die Beschwerde gegen die ihre Dienstpflicht bestimmenden Verfügungen untersteht den allgemeinen Regeln über die Beschwerdeführung gegen Verwaltungsverfügungen; sofern für deren Anfechtung eine förmliche Beschwerde eingerichtet ist, kann von diesem Rechtsmittel auch der öffentliche Bedienstete Gebrauch machen. Gegenüber dem Dienstbefehl steht es dem davon Betroffenen nicht zur Verfügung, vielmehr steht ihm in dieser Hinsicht mangels besonderer Anordnungen nur die Möglichkeit offen, bei der Amtsstelle, die den Befehl erlassen hat, Gegenvorstellungen zu erheben oder bei der ihr vorgesetzten Stelle Anzeige zu machen mit dem Antrage, der Befehl möchte ausser Kraft gesetzt werden. Ein solcher Antrag ruft die Verpflichtung der Behörde an, die Dienstgewalt so zu handhaben, wie es Recht und Zweckmässigkeit erheischen, oder für eine solche Handhabung zu sorgen. Ein individueller Anspruch darauf, dass die angerufene Stelle auf seine Prüfung eintrete, besteht aber nicht; es hängt durchaus vom Gewichte der erhobenen Einwendungen ab, ob eine solche Prüfung stattfindet. Wird sie vorgenommen und zum Abschlusse geführt, so kann das Ergebnis in der Zurückweisung der erhobenen Einwände oder in der Aufhebung oder Änderung des erteilten Befehles bestehen; die Behörde, die den Entscheid trifft, macht damit einfach Gebrauch von ihrer Befehlsgewalt. Nicht nur gegenüber Dienstbefehlen, sondern in bezug auf alle Tatsachen, die der Bedienstete, als eine ihn belastende Einwirkung des Dienstes empfindet, sind solche Anträge möglich.

II. Nun kann aber auch auf diesem Gebiete eine förmliche Beschwerde gewährt werden, womit ein Anspruch des Bediensteten auf eine Entscheidung begründet

ist.[82]) Eine Entscheidung, auf die der Bürger gegenüber der öffentlichen Verwaltung Anspruch hat, liegt nicht mehr im Rahmen der Befehlsgewalt (mag sie inhaltlich auch noch so sehr durch Zweckmässigkeitserwägungen bestimmt sein); man hat es vielmehr mit einer echten Verfügung zu tun. Mit einer Verfügung aber, die den Inhalt der Dienstpflicht gegenüber dem Antragsteller festsetzt, die also darüber Bescheid gibt, ob der angefochtene Befehl oder der ihn beschwerende tatsächliche Umstand die Grenze dessen überschreite, was er sich kraft seiner Dienstpflicht gefallen lassen müsse. Wenn diese Grenze als überschritten erachtet wird, so schliessen sich an diese Feststellung selbstverständlich die Anordnungen an, die zur Herstellung des richtigen Zustandes nötig sind: der fehlerhafte Befehl wird verbessert oder es wird die Beseitigung des Übelstandes befohlen, der den Beschwerdeführer bedrückt hat. Aber die Feststellung bestimmt den rechtlichen Charakter des ganzen Rechtsinstituts; das zeigt sich namentlich darin, dass der fehlerhafte Befehl durch die Rücknahme nicht ex tunc unwirksam wird: der Beschwerdeführer bleibt vielmehr verantwortlich dafür, dass er ihn nicht befolgt hat, es wäre denn, dass in der Sache überhaupt kein Dienstbefehl hätte ergehen können.

Für die Einrichtung einer solchen förmlichen Beschwerde hat die Verwaltung keine gesetzliche Ermächtigung nötig, selbst dann nicht, wenn sie die Entscheidungszuständigkeit abweichend von den sonst für den Erlass von Verfügungen geltenden Regeln ordnen will. Es ist möglich, dass z. B. untere Dienststellen zur Entscheidung von solchen Dienstbeschwerden durch Verwaltungsverordnung berufen werden, die sonst keine Verfügungen treffen können. Derartige Vorschriften sind, obschon sie keine Rechtssätze enthalten, auch für den Richter (der sich freilich selten damit zu befassen haben wird)

[82]) BBeamten-Ges., Art. 59, setzt seinem Wortlaut nach die Zulässigkeit einer förmlichen Beschwerde mehr voraus, als dass er sie begründet. Klarer baselstädtisches Beamtengesetz, § 15.

verbindlich, als Teile der für das Dienstverhältnis geltenden allgemeinen Ordnung.

Das Beschwerderecht ist auch da nicht von vornherein überflüssig, wo ein geordnetes Disziplinarverfahren besteht; denn auf die Einleitung eines Disziplinarverfahrens hat der öffentliche Bedienstete keinen Anspruch.

Mit der Beschwerde können sowohl Rechtsverletzungen gerügt werden, als auch Benachteiligungen, die dem Bediensteten durch die Handhabung des freien Ermessens zugefügt werden. Der Beschwerdeentscheid unterliegt der Weiterziehung an die obern Verwaltungsinstanzen, wenn nichts anderes festgesetzt ist. Dagegen kann weder der Zivilrichter angerufen werden, noch gibt es eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht, selbst dann nicht, wenn eine Rechtsverletzung behauptet wird. Der Zivilrichter ist unzuständig, die Wirkungen des öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses zu beurteilen, den Verwaltungsgerichten aber steht regelmässig nur die Beurteilung der vermögensrechtlichen Ansprüche der öffentlichen Bediensteten zu.[83])

III. Vor Überspannung der Dienstpflicht kann das Gemeinwesen seine Bediensteten ausserdem dadurch schützen, dass es ihnen oder den von ihnen gewählten Vertretern Gelegenheit gibt, sich über die Regelung der dienstlichen Verhältnisse auszusprechen, bevor die einschlägigen Vorschriften in Wirksamkeit treten, und Änderungen an den geltenden Vorschriften anzuregen. In grössern Verwaltungen erfordert dies die Bildung besonderer konsultativer Organe. Das Bundesgesetz sieht zweierlei solcher Organe vor: die paritätische Kommission (Art. 65), deren Mitglieder zur Hälfte vom Beamtenpersonal, zur andern Hälfte vom Bundesrat gewählt wird, und die bei einzelnen Verwaltungen einzurichtenden Personalausschüsse (Art.67). Die Aufgabe solcher Organe besteht vornehmlich darin, die Verwaltung über die Interessen des Personals und

[83]) Z. B. BBeamten-Ges., Art. 60, baselstädtisches Gesetz über Verwaltungsrechtspflege, § 11, Ziff. 6.

über die Wirkungen der getroffenen Anordnungen aufzuklären. Zur Beratung der Verwaltung über dienstliche Angelegenheiten kann der einzelne Bedienstete auf Grund seiner Auskunftspflicht ohne weiteres durch Befehl beigezogen werden. Es ist auch kein Gesetz erforderlich, um zu erreichen, dass das Personal Vertreter abordne, mit denen die Verwaltung solche Angelegenheiten zu erörtern wünscht. Nur empfiehlt es sich nicht, die Dienstpflicht zu diesem Zweck geltend zu machen, wenn die Bediensteten Widerspruch erheben, weil man in diesem Falle keine fruchtbare Erörterung erwarten kann. Aus diesem Grunde wird auch bei gesetzlich geordneten Personalvertretungen besser kein Amtszwang für die zu Vertretern Gewählten statuiert.

Die Anhörung solcher Organe kann der Verwaltung für bestimmte Angelegenheiten zur Pflicht gemacht sein. Doch ist sie auch dann regelmässig nicht als wesentliche Verfahrensvorschrift zu erachten, deren Verletzung die erlassenen Bestimmungen nichtig machte. Für das Bundesrecht wäre ein solcher Schluss schon darum abzulehnen, weil die paritätische Kommission Gesetzesänderungen und andere Anordnungen auf Grund der gleichen Vorschriften zu begutachten hat; da das Zustandekommen eines Bundesgesetzes von der Beobachtung dieser Vorschriften zweifellos nicht abhängig ist, gilt dasselbe auch von den andern in Art. 66 bezeichneten Erlassen.

IV. Die öffentlichen Bediensteten, die sich zur Wahrung ihrer Interessen zu privaten Verbänden zusammengeschlossen haben oder allgemeinen Arbeitnehmerverbänden beigetreten sind, hegen gegen die Einrichtung solcher amtlichen Personalvertretungen vielfach Bedenken; sie befürchten, dass dadurch der Einfluss ihrer privaten Organisationen vermindert werden könnte. Diese Organisationen als solche haben jedoch keinen Anspruch darauf, zur Regelung der Verhältnisse der öffentlichen Bediensteten beigezogen zu werden. Es kann ein solcher Anspruch Privaten nicht einmal unter allen Umständen auf Grund

einer Vollmacht der beteiligten Bediensteten zustehen. Soweit nämlich die öffentliche Verwaltung verpflichtet ist, bei ihren Entscheidungen Vertreter der Bediensteten anzuhören, bezieht sich ihre Verpflichtung nur auf Personen, die selbst in ihrem Dienste stehen. Wo dagegen dem Bediensteten eine förmliche Beschwerde zusteht, ist es ihm freigestellt, sich im Beschwerdeverfahren durch einen Bevollmächtigten vertreten zu lassen, falls Vertretung nach allgemeinem Grundsatze vor den Verwaltungsbehörden zulässig ist. Doch bleibt der Behörde die Befugnis, den Beschwerdeführer persönlich einzuvernehmen, unter allen Umständen vorbehalten.

§ 9. Erzwingung des dienstlichen Gehorsams und dienstliche Verantwortlichkeit.

a) Dienstaufsicht.

I. Zur Geltendmachung der Dienstpflicht stehen der öffentlichen Verwaltung neben dem Befehl Zwangsmittel zur Verfügung.

An und für sich würde dazu auch der sogenannte Verwaltungszwang im eigentlichen Sinne gehören, und zwar kämen, da es sich um persönliche Leistungen des Pflichtigen handelt, die Ersatzvornahme und der physische Zwang in Betracht. Allein die Anwendung dieser Zwangsmittel würde regelmässig dem innern Wesen des öffentlichen Dienstverhältnisses widersprechen, das auf persönliche Erfüllung der auferlegten Pflichten und auf freiwillige Leistung gestellt ist. Ihm entspricht allein die Anwendung von indirekten Zwangsmitteln, die darauf berechnet sind, den Bediensteten zu pflichtmässigem Verhalten zu veranlassen. Deshalb ist, wo solche Mittel vorgesehen sind, die Anwendung physischer Gewalt zur Erzwingung dienstlicher Verrichtungen höchstens in Notfällen zulässig, unter den Voraussetzungen, die den „sofortigen Zwang" rechtfertigen (z. B. wäre die polizeiliche Vorführung eines Beamten denkbar, der allein den Gang einer bestimmten

Maschine kennt und nicht zur Bedienung erscheint). Im übrigen aber wäre die Zwangsanwendung mit dem Vertrauens- und Treueverhältnis nicht vereinbar, das zwischen dem Gemeinwesen und seinen Bediensteten besteht. Selbst wenn der Beamte einmal seine Pflicht nicht tut, rechtfertigt sich in diesem Verhältnis die Annahme nicht, er wolle sie überhaupt nicht tun und müsse deshalb dazu gezwungen werden. Das will aber nicht sagen, die Verwaltung müsse es unter Umständen auch hinnehmen, dass die ihr geschuldete Leistung unterbleibe. Auch wenn sie auf indirekte Zwangsmittel beschränkt ist, darf sie auf der geschuldeten Leistung bis zu voller Erfüllung bestehen.

II. Das erste dieser Zwangsmittel ist die dienstliche Aufsicht, kraft deren sich die Vorgesetzten vom Stande der dienstlichen Leistungen und von der Art der Dienstleistung überzeugen können; die Aufsicht wird durch persönliche Überwachung der Dienstleistung, durch Einforderung von Auskünften oder durch Revisionen ausgeübt. Sie dient nicht ausschliesslich dazu, die öffentlichen Bediensteten von Pflichtverletzungen abzuhalten, sondern hat daneben ausserdem den Zweck, den leitenden Behörden den Überblick über den Geschäftsstand zu verschaffen, der für ihre sachlichen Anordnungen nötig ist. Aber nicht nur aus diesem Grunde muss auch der Beamte, der sich voller Pflichttreue bewusst ist, die Massnahmen über sich ergehen lassen, die zum Zweck seiner Beaufsichtigung getroffen werden und darf sie nicht als eine Antastung seiner Ehre betrachten. Selbst im Bereiche seiner dienstlichen Unabhängigkeit sind Aufsichtsmassnahmen zulässig; die Aufsichtsbehörden dürfen vom Stand der Geschäfte und von der Art ihrer Erledigung Kenntnis nehmen, auch wenn sie nicht befugt sind, auf die Erledigung des einzelnen Geschäftes einzuwirken. Die Ausgestaltung der Aufsicht wird durch Verwaltungsvorschriften und Dienstbefehle bestimmt. Gesetzlicher Grundlage bedarf sie nicht, wenn auch vielfach Aufsichtszuständigkeiten und Aufsichtsbefugnisse gesetzliche Regelung erfahren haben.

Die Durchführung der Aufsicht kann für die einzelnen Bediensteten verschieden geregelt sein; es ist insbesondere auch zulässig, sie gegenüber Bediensteten zu verschärfen, gegen deren Pflichttreue Bedenken bestehen. Dass Aufsichtsmassnahmen dem Bediensteten als solche erkennbar gemacht werden, kann er nicht beanspruchen. Doch ist die Verwendung von Spitzeln und namentlich von sog. Lockspitzeln unsittlich und deshalb als unzulässig zu betrachten. Die Personen, die mit Aufsichtsfunktionen betraut werden, dürfen nicht angewiesen werden, ihren Auftrag erforderlichenfalles zu verleugnen. Ausserhalb des Dienstes darf eine fortlaufende Überwachung nicht stattfinden, während Erhebungen über das ausserdienstliche Verhalten zulässig sind, soweit dieses Verhalten die Dienstpflicht berührt.

b) Disziplinarstrafe.

I. Die Beobachtungen, die bei der Beaufsichtigung der Bediensteten gemacht werden, können zu Befehlen in bezug auf die Erfüllung der Dienstpflicht Anlass geben; aber sie können auch zur Anwendung des zweiten Zwangsmittels führen, zur Verhängung einer Disziplinarstrafe.

Auch die Disziplinarstrafe gehört zu den indirekten Zwangsmitteln, nicht zum eigentlichen Verwaltungszwang. Sie muss insbesondere von dem Zwangsmittel der sog. Ungehorsamsstrafe unterschieden werden, die verhängt wird, um den Pflichtigen zur Vornahme einer konkreten Handlung zu veranlassen. Disziplinarstrafe wird ausgesprochen, weil sich im Verhalten des Beamten nicht die pflichtmässige Dienstbereitschaft ausspricht und sie will diese herstellen oder das Dienstverhältnis aufheben, wenn sich der Bedienstete als vertrauensunwürdig erweist. Mit der Rechtsstrafe hat sie gemein, dass sie die Feststellung eines unrechtmässigen Verhaltens, einer Verfehlung voraussetzt; allein im Unterschied von der Rechtsstrafe hängt ihre Zulässigkeit nicht von der Erfüllung eines bestimmt umschriebenen Tatbestandes ab. Wenn die

Beamtengesetze davon sprechen, dass Disziplinarstrafe bei Pflichtverletzung, Nachlässigkeit und unkorrektem Verhalten verwirkt werde, so werden damit nicht Tatbestände gesetzt, sondern es wird nur darauf hingewiesen, in welchen Richtungen die Dienstpflicht wirksam ist. Freilich kann keine Strafe ausgesprochen werden, ohne dass dem Betroffenen ein bestimmter Tatbestand zum Vorwurf gemacht würde; aber es ist nicht erforderlich, dass dieser Tatbestand, etwa wie im Polizeistrafrechte zum voraus durch Verordnung, Verfügung oder Befehl als strafwürdig bezeichnet worden sei. Noch einschneidender aber ist die zweite Verschiedenheit von der Rechtsstrafe: die Anwendung der Disziplinarstrafe steht grundsätzlich im Ermessen der Verwaltung. Die Rechtsstrafe dagegen verlangt Anwendung auf jeden Tatbestand, der ihre Voraussetzungen erfüllt, und es ist Pflicht der im Staate bestehenden Gewalten, das Gesetz zu vollziehen, das sie androht. Wann wegen einer Verfehlung eine Disziplinarstrafe verhängt werden soll und wann nicht, ist eine Frage der Zweckmässigkeit. Die Fassung des Bundesgesetzes lässt dies darin erkennen, dass sie den fehlbaren Beamten nur als strafbar bezeichnet, aber nicht anordnet, dass in jedem Fall der Strafbarkeit auch Strafe verhängt werde. Praktisch wäre die Durchführung des Legalitätsprinzips auf dem Gebiete des Disziplinarstrafrechtes auch in einer Verwaltung, die auf genaueste Pflichterfüllung hält, ein Ding der Unmöglichkeit. Wenn jede Ungenauigkeit daraufhin untersucht werden müsste, ob sie verschuldet sei, so käme die Verwaltung nicht mehr zur Erfüllung ihrer eigentlichen Aufgabe. Dennoch wird die Ermessensfreiheit, die hier notgedrungen besteht, immer wieder zu Bedenken Anlass geben; denn die Schranken, die dem Ermessen nach allgemeinen Grundsätzen gezogen sind, und die auch auf diesem Gebiete beobachtet werden müssen, lassen einen weiten Raum frei: insbesondere ist die Schranke wenig wirksam, die im Verbot der Willkür liegt. Die Rechtfertigung für die Anwendung des Oppor-

tunitätsprinzips liegt aber, abgesehen von der angeführten praktischen Erwägung, in der Natur der Disziplinarstrafe selber. Da sie vor allem auf Besserung hinwirken will, darf sie dem Fehlbaren erspart werden, von dem weitere Verfehlungen nicht zu erwarten sind.

II. Die Befugnis zur Anwendung von Disziplinarstrafen ist kein Ausfluss der Befehlsgewalt. Es handelt sich dabei nicht um die Frage, wie sich der Bedienstete verhalten müsse, sondern um die Entscheidung darüber, was mit Rücksicht auf sein Verhalten Rechtens sei. Zu einem Befehl ist erst Anlass, wenn es gilt, diese Entscheidung zu vollstrecken.

Gesetz und Verfügung allein vermögen den öffentlichen Bediensteten unter Strafe zu stellen. Dass es auch die Verfügung vermag, trotzdem es sich bei den Strafen um Eingriffe in Freiheit und Eigentum handeln kann, die sonst gesetzlicher Grundlage bedürfen, ergibt sich aus der grundsätzlichen Zulässigkeit von Auflagen bei der Anstellungsverfügung. Die Verwaltung ist befugt, die Anstellungsverfügung mit der Auflage zu verbinden, dass sich der Gewählte im Falle von Pflichtverletzungen bestimmten Leistungen zu unterziehen hat, die als Strafe gegen ihn ausgesprochen werden könnten. Insofern diese Leistungen einen kleinern Nachteil darstellen, als die Aufhebung des Dienstverhältnisses (die sich die Verwaltung ohne weiteres für diesen Fall vorbehalten darf), liegt darin keine unzulässige Belastung.[84]) So können z. B. Arreststrafen bei

[84]) Die Verfassungsvorschriften, wonach die öffentlichen Beamten für ihre Verrichtungen nach Massgabe des Gesetzes verantwortlich seien (BVerf. Art. 117, KantonsVerf. von Baselstadt, § 9), hindern die Verwaltung nicht, einem öffentlichen Bediensteten ohne gesetzliche Ermächtigung eine disziplinarische Verantwortlichkeit durch Verfügung aufzuerlegen, nur für zivilrechtliche und strafrechtliche Verantwortlichkeit gilt der Vorbehalt des Gesetzes. Für gesetzlich geordnete Dienstverhältnisse aber ist natürlich allein die gesetzliche Ordnung massgebend und wenn diese die dienstliche Verantwortlichkeit nicht regelt, so können keine Disziplinarstrafen verhängt werden.

den Polizeikorps, die nach militärischem Vorbilde organisiert sind, ohne gesetzliche Ermächtigung zur Anwendung kommen, solange das Gesetz die zulässigen Disziplinarstrafen nicht erschöpfend bestimmt, wie das freilich in neuerer Zeit regelmässig geschieht. Wenn aber ein Beamtengesetz die Strafen bestimmt hat, die bei den seinen Regeln unterstellten Bediensteten einzig angewendet werden dürfen, so hat das als eine Bestimmung zu gelten, die zum ordre public gehört. Es dürfen infolgedessen Strafen anderer Art durch die Anstellungsverfügungen auch den Bediensteten gegenüber nicht angedroht werden, die nicht dem Gesetze unterstehen.

III. Die im positiven Rechte zugelassenen Strafen sollen nicht im einzelnen erörtert werden. Sie bestehen im wesentlichen in der Erteilung von Verweisen, in der Auferlegung von Geldbussen oder in der Einschränkung der aus dem Dienstverhältnis entspringenden vermögensrechtlichen Ansprüche und in der Stillstellung oder der Auflösung des Dienstverhältnisses, die entweder zur gänzlichen Entlassung oder zur Begründung eines weniger vorteilhaften neuen Verhältnisses führen kann. Der Verweis charakterisiert sich als Strafe dadurch, dass er zur Strafe als förmliche Verfügung erlassen wird. Die Dienstvorgesetzten sind aber nicht darauf angewiesen, jeden Einwand, den sie gegen die Pflichterfüllung des Bediensteten zu erheben haben, in die Form des disziplinarischen Verweises zu kleiden; sie dürfen bei der Feststellung von Verfehlungen auch durch Mahnung und Strafandrohung auf die Bediensteten einwirken. Die Strafe des Verweises wendet sich an das Ehrgefühl des Fehlbaren. Auf dieses zielt auch die Einstellung im Dienste, die freilich ausserdem den Vermögensnachteil einer Verkürzung im Bezug der Besoldung nach sich zieht. Diensteinstellung schliesst den Betroffenen von der Dienstleistung aus und lässt es damit nach aussen erkennbar werden, dass er sich verfehlt hat. Sie muss notwendig auf bestimmte Zeit verhängt werden. Ihre Wirkung besteht nicht in einer vorübergehen-

den Aufhebung des Dienstverhältnisses, sondern sie beschränkt sich auf die Fernhaltung vom Dienst und auf die Besoldungsverkürzung. Infolgedessen bestehen die ausserdienstlichen Pflichten, aber auch die Ansprüche, die aus ausserdienstlichen Tatbeständen entstehen können, fort, soweit sie nicht auf Besoldung oder auf eine die Besoldung ersetzende Leistung gehen. Wer während der Einstellung im Dienste die Arbeitsfähigkeit verliert, ist trotz der Einstellung pensionsberechtigt, aber er kann die Pension erst von dem Zeitpunkte an erhalten, wo die Strafe zu Ende gegangen ist. Bei einem Nichtbetriebsunfall, gegen dessen Folgen er gemäss den Grundsätzen des eidg. Unfallversicherungsrechtes gedeckt ist, kann er während der Diensteinstellung keinen Anspruch auf Krankengeld erheben, sofern er nicht nach Bundesrecht zu den obligatorisch Versicherten gehört; gehört er aber zu ihnen, und erhält er die Versicherungsleistungen der eidg. Anstalt, so gibt es nur die Lösung, dass das Gemeinwesen für die Zeit, während welcher der Verletzte Krankengeld bezieht, den Vollzug der Diensteinstellung durch Verfügung unterbricht und auf eine spätere Zeit aufschiebt. Die Beiträge an öffentliche Alters- und Hinterbliebenenkassen und die Beiträge für Unfallversicherung hat der Bedienstete für die Zeit der Diensteinstellung zu entrichten. Die Strafe der Versetzung in ein anderes Amt oder in das provisorische Dienstverhältnis stellt sich sachlich als Auflösung und Ersetzung des bestehenden Dienstverhältnisses dar; das neue Verhältnis kann nur mit Zustimmung des Bediensteten zustandekommen, und wenn diese nicht erteilt wird, so wirkt die Strafe als Entlassung. Anders, wenn eine Verpflichtung für den Bediensteten besteht, sich an einen andern Dienstort oder in eine andere Stelle versetzen zu lassen.

IV. Die Auswahl unter den zur Verfügung stehenden Strafen wird durch den Rechtssatz bestimmt, dass die Strafe nach der Tragweite der Verletzung und nach der

Schuld zu bemessen sei.[85]) Soweit allerdings das Disziplinarverfahren in den Händen nicht der Gerichte, sondern der Verwaltungsbehörden liegt, macht sich dieser Satz nur als Schranke des freien Ermessens geltend. Freilich als eine Schranke, die der Idee nach sehr bestimmt wirkt. Aus Zweckmässigkeitsgründen darf auch die Verwaltung keine Strafe anwenden, die der Fehlbare nach dem von ihr festgestellten Masse seines Verschuldens nicht verdient hätte, dieses ist der einzige Gesichtspunkt, der für ihre Entscheidung in Betracht fällt. Praktisch tritt indessen ihre Freiheit in den Vordergrund. Denn erstens ist die Schwere der Tat und des Verschuldens so gut Sache einer Würdigung, wie die Wahl einer adäquaten Strafe, und zweitens spielen Zweckmässigkeitserwägungen bei der Entscheidung insofern doch ihre Rolle, als eine leichtere als die der Schuld entsprechende Bestrafung nicht von vornherein ausgeschlossen ist: es verhält sich damit gleich, wie bei der Entscheidung darüber, ob überhaupt bestraft werden solle. Der Rücksicht auf die Zweckmässigkeit überhaupt den Riegel zu schieben, geht nicht an. Deshalb kann die Disziplinarrechtspflege nicht in dem Sinne dem Richter überantwortet werden, dass dieser in keiner Weise an die Ansicht der Verwaltungsbehörde gebunden wäre. Sie ist nur dann sachgemäss geordnet, wenn der Richter darauf beschränkt ist, zu prüfen, ob die Strafe, die nach Ansicht der Verwaltung zu verhängen ist, von Rechts wegen verhängt werden darf oder ob sie den Angeschuldigten zu hart trifft. Das Bundesrecht, dessen Gestaltung im übrigen hier nicht zu erörtern ist, trägt diesen Erwägungen Rechnung, indem es überhaupt nur für die Verhängung der härtesten Strafen eine richter-

[85]) Nichts anderes als Entlassung kann angeordnet werden, wenn ein Bediensteter sich weigert, eine Amtspflicht zu erfüllen oder von einem der Amtspflicht widersprechenden Verhalten abzulassen; das gilt auch dann, wenn der Bedienstete von der Rechtmässigkeit seiner Weigerung überzeugt ist. Es muss ihm zum Verschulden angerechnet werden, dass er die ihm gegenüber festgestellte Amtspflicht nicht anerkennen will.

liche Zuständigkeit begründet. Für deren Anwendung gibt es dann noch die weitere Regel, dass sie nur bei schweren oder fortgesetzten Dienstpflichtverletzungen zulässig seien. Diese Strafen — Versetzung in das provisorische Dienstverhältnis und disziplinarische Entlassung — werden damit als die schwersten herausgehoben; im übrigen ist aber unter den zulässigen Strafmitteln keine bestimmte Stufenfolge erkennbar — hier nicht, wie in andern Rechten nicht —, da namentlich die vermögensrechtliche Wirkung bei den verschiedenen Massnahmen gleich schwer gestaltet werden kann. Es wird sich nur sagen lassen, dass Verweis und Busse (die nicht mehr als 100 Franken betragen darf) für geringfügige Pflichtverletzungen allein in Betracht fallen und dass die Massnahmen, die geeignet sind, die Tatsache der Bestrafung in der Öffentlichkeit erkennbar zu machen — Diensteinstellung, Versetzung im Amte —, härter wirken als die, die nicht in dieser Weise sichtbar werden.

Was als Pflichtverletzung strafbar sei, ist auf Grund der Gesamtheit der Vorschriften zu bestimmen, die für das Verhalten des Bediensteten bei dem gegebenen Tatbestande massgebend sind — unter Berücksichtigung der Treupflicht. Gesetz, Verfügung und Dienstbefehl kommen dabei in Betracht, und zwar auch für den Richter, der die Verantwortlichkeit des Bediensteten festzustellen hat und der sonst an Verfügungen und Befehle der Verwaltung nicht gebunden ist. Selbstverständlich muss dabei geprüft werden, ob die Verfügungen und Befehle für den Angeschuldigten verbindlich waren; aber nur bei Nichtigkeit von Verfügung oder Befehl ist die Strafbarkeit ausgeschlossen; erweist sich das Gebot, dem der Angeschuldigte zuwidergehandelt hat, zwar als verbindlich, aber als anfechtbar, so ist dieser Umstand höchstens geeignet, das Urteil über die Schuldfrage zu mildern.

Für die Würdigung des Verschuldens gelten an sich dieselben Kategorien, wie im Zivilrecht und im Strafrecht. Jedoch begründet, ähnlich wie im Polizeistrafrecht, schon

die blosse Tatsache, dass eine Dienstvorschrift verletzt worden ist, die Annahme eines Verschuldens, weil Kenntnis der Vorschrift zu den Pflichten des Bediensteten gehört. Die Annahme kann aber durch den Nachweis besonderer Umstände, die ein Verschulden ausschliessen, widerlegt werden; so z. B. durch den Nachweis, dass die Vorschrift wegen einer Erkrankung unmöglich erfüllt werden konnte.

Wenn über die Verhängung einer Disziplinarstrafe zu entscheiden ist, so darf sich die Untersuchung auf das gesamte Verhalten der Bediensteten erstrecken, also auch auf Verfehlungen, die nicht den Anlass zur Einleitung des Verfahrens gegeben haben. Es können also Tatsachen für die Bemessung der Strafe in Betracht gezogen werden, die der Behörde schon früher bekannt waren, ihr aber bisher keinen Anlass zum Einschreiten gegeben hatten. Eine Verjährung von Pflichtverletzungen pflegt in der Gesetzgebung nicht vorgesehen zu sein. Doch wird der Fehlbare vor dem Hervorzerren alter Dinge durch das Opportunitätsprinzip ausreichend geschützt. Näher liegt es, die Berücksichtigung früherer Strafverfügungen zu beschränken; da diese aktenkundig sind, besteht in der Tat eine gewisse Gefahr, dass allzuschematisch auf Strafenverzeichnisse abgestellt wird. — Ist wegen einer Verfehlung im Disziplinarverfahren eine Strafe verhängt worden, so darf sie nicht später nochmals zum Gegenstand einer Bestrafung gemacht werden. Der aus der Verantwortlichkeit entspringende Anspruch ist mit dem Vollzug der Strafe getilgt.

V. Die Verhängung einer Disziplinarstrafe ist eine Verfügung, kein Befehl. Es gelten also die Vorschriften über den Erlass von Verfügungen in bezug auf Zuständigkeit, Form, Verfahren und Wirkung (Beschwerde). Doch hat das Disziplinarstrafrecht vielfach durch die Gesetzgebung eine besondere Ausgestaltung erfahren; soweit die Verwaltung nicht durch den Vorbehalt des Gesetzes beschränkt wird, also namentlich in bezug auf das Verfahren, können auch Verwaltungsverordnungen und Regel-

mente die Verhängung von Strafen näher regeln, während für die Regelung der Zuständigkeit eine gesetzliche Ermächtigung nötig ist.

Die Behörde, die die Anstellung verfügt hat, ist im Zweifel auch zuständig, die Strafverfügungen gegen den Bediensteten zu treffen, ausser ihr unter Umständen eine ihr vorgesetzte Behörde, nicht dagegen jeder Vorgesetzte, der zu Dienstbefehlen befugt ist.

Die Wahlbehörde ist aber häufig auch die Verwaltungsstelle, deren Interesse durch die behauptete Pflichtwidrigkeit verletzt sein soll oder steht mit ihr in unmittelbarer Verbindung. Hieraus erwächst das Bedürfnis, für die Beurteilung der Pflichtverletzungen, die dem Bediensteten zum Vorwurf gemacht werden, Zuständigkeiten zu begründen, deren Träger diesem Interesse fernstehen. Das kann durch Beiziehung unabhängiger Berater, durch Bildung von unabhängigen Disziplinarinstanzen innerhalb der Verwaltung oder durch Übertragung des Entscheides an den Richter geschehen. Im Bundesrecht ist die Bildung von Disziplinarkommissionen vorgesehen (Art. 33 BBeamten-Ges.); das Gesetz stellt es dem Bundesrate anheim, diesen Kommissionen begutachtende oder entscheidende Funktionen zu übertragen. Auch wenn die Kommission nur zur Abgabe eines Gutachtens befugt ist, wird die Einholung dieses Gutachtens als für das Verfahren wesentlich betrachtet werden müssen, so dass die Verletzung der Vorschrift die Nichtigkeit der Disziplinarverfügung nach sich zieht.[86])

VI. In bezug auf das Verfahren besteht für die Disziplinarverfügungen namentlich das Bedürfnis nach der Gewährleistung des rechtlichen Gehörs. Eine Forderung, die für den Erlass jedweder Verfügung gälte, ist dies aber nicht. Es kann daher nicht jede Disziplinarverfügung, die ohne Anhörung des Bediensteten ergangen ist, schon nach allgemeinem verwaltungsrechtlichen Grundsatze als fehler-

[86]) Die nichtige disziplinarische Entlassung kann dann aber durch Konversion dennoch wirksam werden.

haft bezeichnet werden. In weitem Umfange bleibt vielmehr im Verwaltungsrecht die Forderung des rechtlichen Gehöres unberücksichtigt und der von der Verfügung Betroffene wird auf die Beschwerde verwiesen. Für das Disziplinarstrafrecht lässt sich dies um so weniger rechtfertigen, als tatsächlich die Zuständigkeit zur Verhängung von Strafen vielfach den obersten Behörden übertragen ist, gegen deren Verfügungen keine Beschwerde offensteht.[87]) Wo die Anhörung des Angeschuldigten, sei es auch nur durch Verwaltungsverordnung, vorgeschrieben ist, muss sie, bei Nichtigkeitsfolge, durchgeführt werden. Über die blosse Garantie des rechtlichen Gehörs hinaus ist aber auch die Forderung berechtigt, dass der Angeschuldigte einen Verteidiger solle beiziehen können.

Das Disziplinarverfahren hat zum wesentlichsten Gegenstande die Feststellung des Tatbestandes, aus dem gegen den Angeschuldigten ein Vorwurf abgeleitet wird. Den öffentlichen Bediensteten gegenüber steht auch den Verwaltungsbehörden die Befugnis zu, sie zur Auskunft über den Sachverhalt anzuhalten; andern Personen gegenüber können sie das nur, wenn sie durch Gesetz dazu ermächtigt sind. Das Fehlen einer solchen Ermächtigung ist ein grosses Hindernis für die zuverlässige Ermittlung des Tatbestandes; deshalb rechtfertigt es sich ohne weiteres, dass die Durchführung eines disziplinarischen Verfahrens regelmässig hinausgeschoben wird, wenn wegen der gleichen Sache die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Bediensteten geltend gemacht wird. Die Durchführung des Strafverfahrens bietet grössere Gewähr für die Feststellung des wahren Sachverhalts. — Die Beweispflicht liegt im Disziplinarverfahren regelmässig der Behörde ob. Durch blosse Verfügung könnte sie kaum dem Bediensteten aufgeladen werden. Die nötigen Ermittlungen sind von Amtes wegen durchzuführen.

---

[87]) Das baselstädtische Gesetz lässt ein bedingtes Strafverfahren zu, gegen das das im Text besprochene Bedenken nicht besteht (§ 14, Abs. 1).

VII. Gegen die Disziplinarstrafe, die nach der Ordnung der Zuständigkeiten von einer untern Verwaltungsinstanz verhängt worden ist, steht dem Bediensteten nach den allgemeinen Regeln über die Beschwerde gegen Verfügungen die Anrufung der obern Instanz zu, auch wo sie nicht besonders vorgesehen wäre. Eine Weiterziehung an die Gerichte ist dagegen nur möglich, sofern das Gesetz sie geordnet hat. Die Überprüfung, die die Rekursinstanz vorzunehmen hat, erstreckt sich, wenn es sich um die allgemeine Beschwerde handelt, im Zweifel auch darauf, ob die Anhebung des Disziplinarverfahrens zweckmässig gewesen sei und ob die Strafe aus Zweckmässigkeitsgründen gemildert werden sollte. Dagegen scheiden diese Fragen — jedenfalls die erste — für die richterliche Überprüfung aus und es ist möglich, dass auch Verwaltungsinstanzen auf die rechtliche Beurteilung beschränkt werden. — Für das Rekursverfahren gilt der Grundsatz, dass Reformatio in pejus ausgeschlossen sei, sofern nicht das Gegenteil ausdrücklich vorgeschrieben ist (allgemein oder insbesondere für den Disziplinarrekurs).

VIII. Der Bedienstete kann sich der Disziplinarstrafe entziehen, indem er um Auflösung des Dienstverhältnisses nachsucht. Freilich besitzt er nicht den Anspruch, in jedem ihm passend scheinenden Zeitpunkte aus dem Dienstverhältnis entlassen zu werden. Wenn er sich aber bereit erklärt, den Dienst aufzugeben, falls ihm dadurch die Durchführung eines Disziplinarstrafverfahrens auf Entlassung erspart wird, so darf die Verwaltung die Entlassung nicht verweigern, es wäre denn, dass sein Ausscheiden wesentliche Interessen verletzte. Es besteht keine Rechtfertigung dafür, einen Bediensteten, dessen Entlassung auf dem Wege des Disziplinarverfahrens eingeleitet ist, im Dienste zu behalten, damit die Entlassung als Strafe verhängt werden kann. Das Disziplinarverfahren ist zum Schutze des Bediensteten vor einer Dienstentlassung eingerichtet, mit der er nicht einverstanden ist. Auf sein Begehren darf die Entlassung jederzeit erfolgen,

und sie muss gewährt werden, wenn die Verwaltung selbst sie herbeizuführen wünscht und deshalb das Strafverfahren eingeleitet hat. Mit dem Ausscheiden des Fehlbaren ist dieses Interesse befriedigt. Dritte aber haben kein berechtigtes Interesse, dass die Strafbarkeit festgestellt werde. Wenn freilich das Disziplinarverfahren zugleich etwa dazu dienen soll, Verfehlungen anderer Bediensteter aufzuklären, so kann die nachgesuchte Entlassung solange verschoben werden, bis dieses Ziel erreicht ist. Ebenso ist es ohne weiteres gerechtfertigt, die Entlassung hinauszuschieben, falls etwa die Verwaltung der Auffassung ist, das Disziplinarverfahren müsse gar nicht zur Entlassung führen.

Es kann gegen die hier vorgetragene Ansicht das praktische Bedenken erhoben werden, dass es für den Bediensteten selber eine Gefahr bedeute, wenn die Verwaltung auf Grund seiner Zustimmung die Entlassung ohne Disziplinarverfahren ausspricht. In der Tat, wenn auch die Möglichkeit, einen Pensionsanspruch geltend zu machen, infolge der Zustimmung zur Entlassung nicht unter allen Umständen ausgeschlossen wird, liegt doch in dieser Zustimmung zugleich ein Eingeständnis des Verschuldens, das den Erfolg des Begehrens um Pension von vornherein gefährdet. Das Bedenken ist aber nicht stichhaltig. Die Zustimmung, die zur Begründung des Dienstverhältnisses nötig ist und ausreicht, ist rechtlich auch imstande, es zu beendigen und damit dem Disziplinarverfahren den Boden zu entziehen. Indessen muss sich die Verwaltung hüten, durch irgendwelchen Zwang auf die Erteilung der Zustimmung einzuwirken und einen Irrtum über ihre Haltung in bezug auf allfällige Versorgungsansprüche aufkommen zu lassen.

IX. Auf die Durchführung eines Disziplinarverfahrens hat der öffentliche Bedienstete keinen Anspruch. Er kann nur verlangen, dass ohne dieses Verfahren keine Strafe gegen ihn verhängt werde, nicht aber, dass die Berechtigung irgendeines Einwandes, der gegen seine Amtsführung

erhoben worden ist, in einem förmlichen Verfahren geprüft werde. Auch in dieser Hinsicht entscheidet die Zweckmässigkeit, und zwar notwendigerweise. Die öffentlichen Bediensteten unterstehen dem Urteil ihrer Vorgesetzten nicht nur hinsichtlich der Pflichtmässigkeit ihres Verhaltens, sondern auch unter andern Gesichtspunkten. Neben ihrer Pflichttreue ist insbesondere ihre Leistungsfähigkeit für das dienstliche Interesse wichtig: sie muss in Betracht gezogen werden, wenn es gilt, den Bediensteten mit neuen Aufgaben zu betrauen, ihn zu befördern oder ihn aus dem Dienst zu entfernen. Die Entschliessungen, die sie unter diesem Gesichtspunkte trifft, können den Bediensteten gleich hart ankommen, wie wenn sie mit Strafe belegt werden, namentlich dann, wenn tatsächlich auch Einwendungen gegen die Pflichttreue sie mitbestimmen. Und doch erfordert die Wahrung des dienstlichen Interesses unbedingt, dass Beförderungen nach freiem Ermessen verfügt werden, wie denn auch ein Rechtsanspruch auf Beförderung regelmässig nicht besteht. Noch schwieriger ist das Problem bei den Verfügungen, die, wie Versetzung im Dienste, Versetzung in das provisorische Dienstverhältnis, Entlassung, geradezu als Strafmittel vorgesehen sind, und die daher von der Verwaltung im einen Falle zur Strafe, im andern unter Angabe eines andern (oder keines) Grundes getroffen werden können: das heisst, im einen Fall unter Beobachtung eines bestimmten Verfahrens, das genaue Feststellung des Sachverhalts verbürgt, im andern ohne ein solches Verfahren, auf unkontrollierbare Beobachtungen hin. Und doch ist es unausweichlich, dass man den öffentlichen Behörden die Befugnis einräumt, einen Bediensteten aus seiner Stellung zu entfernen, wenn sie nicht mehr das Vertrauen hat, dass er sie weiterhin richtig ausfüllen werde.

Die sachgemässe Lösung würde darin liegen, dass dem Bediensteten in den Fällen, wo für ihn kein Entschädigungsanspruch in Frage kommt, ein selbständiger Feststellungsanspruch zugebilligt würde, der erhoben

werden könnte, sobald ihm eine (erhebliche) Pflichtverletzung zum Vorwurf gemacht worden wäre, dessen Ergebnis aber die von der Verwaltung getroffene Verfügung unberührt liesse.

Kann er Entschädigung beanspruchen (also z. B. bei ungerechtfertigter Entlassung), so ergibt sich in dem Verfahren, worin über die Entschädigung geurteilt wird, die Feststellung, ob er sich verfehlt habe, von selber. Vermag er aber keinen solchen Anspruch geltend zu machen (z. B. wenn er wegen einer angeblichen Verfehlung bei der Beförderung übergangen worden ist), so erscheint es als gerecht, dass ihm die Möglichkeit gewährt werde, seine Unschuld darzutun. Gelingt dies, so bleibt freilich die Verfügung, die zu dem Verfahren Anlass gegeben hat, unberührt, wenn die Verwaltung sie nicht von sich aus ändert; eine solche Änderung ist nicht notwendigerweise vorzunehmen, weil ausser dem Vorwurf, der sich als unbegründet erwiesen hat, noch andere Erwägungen für die Verfügung massgebend gewesen sein können. Allein wegen des Vorwurfes wird dem Betroffenen Rehabilitation zuteil, und das ist für ihn an und für sich bedeutsam und wertvoll.

X. Die Vollstreckung der Disziplinarstrafen richtet sich nach der Natur der einzelnen Strafart; es braucht darauf nicht ausführlich eingegangen zu werden. Wesentlich bei der Vollstreckung von vermögensrechtlichen Leistungen ist die Möglichkeit der Verrechnung. Besteht die Strafe im Entzuge oder in der Kürzung eines dienstlichen Vermögensanspruches, so wird sie durch Versagung der Leistung vollzogen. Unmittelbarer Zwang zur Vollstreckung kommt kaum in Frage, es wäre denn, dass man einen im Dienst eingestellten Bediensteten vom Betreten der Diensträume abhalten müsste. Ein Bediensteter, dessen Dienstbedingungen zur Strafe erschwert worden sind, der also z. B. versetzt worden ist, und sich diesen Bedingungen nicht fügen will, setzt sich neuer Strafe aus; ihn zwangsweise zum Antritt des Dienstes zu veranlassen,

wäre nicht zulässig und würde jedenfalls unsern Gepflogenheiten nicht entsprechen.

§ 10. Vermögensrechtliche und strafrechtliche Verantwortlichkeit.

Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit[88]) der öffentlichen Bediensteten soll hier ebensowenig in ihren Einzelheiten dargestellt werden, wie die strafrechtliche Verantwortlichkeit. Unumgänglich ist immerhin die Erörterung einiger grundsätzlicher Fragen.

I. Die Haftung des öffentlichen Bediensteten für Schaden, den er in Ausübung seines Amtes verursacht, beruht regelmässig auf dem Gesetze. Vielfach ist sogar in der Verfassung der Grundsatz der Haftung unmittelbar ausgesprochen und die Aufstellung einer gesetzlichen Ordnung vorgeschrieben (BVerf. Art. 118). Kann die Haftung dem öffentlichen Bediensteten, wo ein Rechtssatz fehlt, auch durch Verfügung auferlegt werden? Diese Frage beantwortet sich nach den früher entwickelten Grundsätzen. Eine Haftung für den seinem Dienstherrn selber verursachten Schaden kann für den Bediensteten in den Schranken der allgemeinen Rechtsordnung ohne weiteres begründet werden. Es ist auch möglich, dass der Bedienstete verpflichtet wird, sich für Schaden, den er in Ausübung seines Amtes Dritten[89]) verursachen könnte, zu versichern, und zwar liesse sich der Gegenstand der geforderten Versicherung frei bestim-

[88]) Es handelt sich um die Verantwortlichkeit, die aus der Verletzung der Dienstpflicht folgen soll, sei diese nun durch Gesetz, Verfügung oder Dienstbefehl bestimmt. Wenn die Handlung, die dem Beamten zum Vorwurf gemacht wird, auch jedem andern als unerlaubt angerechnet werden müsste, weil sie zugleich gegen die allgemeine Rechtsordnung verstösst, so haftet der Beamte nach Obligationenrecht. BGE 50 II 379.

[89]) „Dritte" sind auch andere Bedienstete, die im Dienste durch den Fehlbaren geschädigt werden.

men; das Bundesrecht regelt die Haftung des Beamten gegenüber Privaten aus unerlaubter Handlung nicht zwingend: die kantonalen Behörden wären daher nicht verpflichtet, die Versicherung auf den Schaden zu beschränken, für den der Bedienstete gemäss Obligationenrecht aufzukommen hätte (wenn dagegen das Mass der Haftung gegenüber dem Staate und Dritten durch Rechtssätze des kantonalen Rechts bestimmt ist, so darf es bei der Auflage einer Versicherung nicht verschärft werden).[90]) Dagegen vermag die Verwaltung dem öffentlichen Bediensteten nicht durch Verfügung die Auflage zu machen, dass er Dritten gegenüber für den in Ausübung seiner Verrichtungen verursachten Schaden aufzukommen habe, auch wenn er hierzu nach der privatrechtlichen Gesetzgebung nicht verpflichtet wäre. Denn die Ordnung der privatrechtlichen Beziehungen ist dem Gesetze vorbehalten und die gesetzliche Regelung kann durch blosse Verfügung nicht geändert werden.[91]) Es gilt dafür das Obligationenrecht, und zwar für gewerbliche Verrichtungen der öffentlichen Bediensteten zwingend, für andere Verrichtungen insoweit, als nicht besondere Vorschriften der Bundes-

---

[90]) Vgl. hierzu BGE 51 II 423, 54 II 213.

[91]) Die Frage, ob durch eine Verfügung Ansprüche Dritter begründet werden können, wie durch einen Vertrag zugunsten Dritter, erhebt sich aus diesem Grunde nicht. Die Verfügung als öffentlich-rechtliches Rechtsgeschäft ist zur Begründung von Privatrechten nicht geeignet. Es wird freilich für zulässig erachtet, den Inhaber einer Konzession mit Haftungen gegenüber Dritten zu belasten (BGE 42 II 522); darin liegt in der Tat eine Verfügung zugunsten Dritter, die aber nach der Auffassung des Bundesgerichts nicht einen Privatrechtsanspruch, sondern einen öffentlichrechtlichen Anspruch begründet. Dies ist zutreffend, sofern die Auflage auf der Annahme beruht, dass das Gemeinwesen dieselben Ansprüche anerkennen müsste, wenn es die verliehene Anstalt selber errichten wollte, und dass der Konzessionär daher nur verpflichtet werde, das Gemeinwesen in dieser Hinsicht zu entlasten. Für das Dienstverhältnis ist die entsprechende Konstruktion nicht möglich, weil die Haftung des Bediensteten der Privatrechtsordnung angehört.

gesetzgebung[92]) oder der in Art. 61 OR vorbehaltenen Kantonalgesetzgebung[93]) Anwendung verlangen.

Wenn die Gesetzgebung den allgemeinen Grundsatz aufstellt, die Beamten seien dem Bürger für den Schaden verantwortlich, den sie ihm bei der Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen (widerrechtlich) verursachen, so begründet sie eine schärfere Haftung als die, die sich aus dem Obligationenrecht ergäbe. Denn nach diesem Grundsatze wird jede Handlung, in der eine Verletzung der Dienstpflicht liegt, zugleich auch als eine unerlaubte Handlung gegenüber dem geschädigten Dritten erklärt, während die Verletzung eines privatrechtlichen Dienstvertrages Dritten gegenüber nicht als rechtswidrige Handlung zu gelten hat. Selbst wenn eine dienstliche Verpflichtung nur im Interesse des guten Ganges der öffentlichen Verwaltung aufgestellt ist, vermag ihre Verletzung die Haftung des Bediensteten zu begründen, falls dadurch einem Dritten Schaden entsteht. Das deutsche Recht macht in dieser Hinsicht noch eine Unterscheidung, die auch für das schweizerische Recht vertreten wird.[94]) Es lässt den Bediensteten nur haften, wenn er eine Dienstpflicht verletzt, die ihm dem Geschädigten gegenüber obliegt, nicht aber dann, wenn die Dienstpflicht nur im Interesse der öffentlichen Verwaltung statuiert ist.[95]) Dienstpflichten, die ihm „Dritten gegenüber obliegen", sind namentlich die, die er auf Antrag eines Bürgers oder zur Fürsorge für einen Bürger zu erfüllen hat. In dieser bestimmten Form ist diese Einschränkung der Haftung dem schweizerischen Rechte nicht eigen. Liegt indessen die Möglichkeit, dass sein Verhalten Dritten zum Schaden gereichen könnte, ganz ausserhalb der Erwägungen, die

[92]) Z. B. Art. 426 ZGB für die Verrichtungen der Vormundschaftsbehörde.

[93]) Auch die autonome Satzung kann die Haftung begründen; vgl. oben S. 245a.

[94]) v. Tuhr, Obligationenrecht, Bd. I, S. 337.

[95]) Fleiner, Inst., 6. Aufl. S. 276.

dem fehlbaren Bediensteten zuzumuten sind, so kann er auch nach schweizerischem Rechte der Schadensersatzpflicht entgehen, weil dann der Kausalzusammenhang nicht als adäquat anzusehen ist; der Richter kann diesen Umstand nach Art. 43 OR berücksichtigen.[96])

II. Die Haftung der Bediensteten für Schaden, den er dem Dienstherrn zufügt, gehört grundsätzlich dem öffentlichen Rechte an; das wird durch die allgemeine Regel von Art. 362 des Obligationenrechts ausgesprochen. Dem öffentlichen Rechte ist damit vorbehalten, diejenige Verantwortlichkeit zu regeln, die sich aus der Verletzung der dem Gemeinwesen geschuldeten Dienstpflicht ergibt. Macht es davon keinen Gebrauch, so besteht keine öffentlich-rechtliche Haftung. Das heisst aber nicht, dass gegen den Bediensteten überhaupt keine Verantwortlichkeitsklage möglich sei. Vielmehr besteht eine Verantwortlichkeit auch dann wenigstens insoweit, als die schädigende Handlung die allgemeine Rechtsordnung verletzt; dafür haftet er nach Zivilrecht.[97])

Macht dagegen das öffentliche Recht von der Freiheit Gebrauch, die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit für die Verletzung der Dienstpflicht zu regeln, so stehen ihm für deren Ausgestaltung verschiedene Wege zu Gebote. Es kommt vor, dass es sich mit der Aufstellung des Grundsatzes begnügt, dass die Beamten für die Verletzung ihrer Dienstpflicht haften. In diesem Falle ist für die Beurteilung der Haftung das Obligationenrecht massgebend, denn es kann mit der Statuierung der Verantwortlichkeit nichts anderes beabsichtigt sein, als die Unterstellung des Bediensteten unter die allgemeinen Sätze der Rechtsordnung, die die Haftung für rechtswidrig verursachten Schaden regeln. Zweifelhaft bleibt dann nur noch: sollen die Grundsätze über Deliktshaftung oder die Grundsätze über Vertragshaftung anwendbar sein? Vertragshaftung erscheint als ausgeschlossen, wenn davon aus-

[96]) v. Tuhr, Obligationenrecht S. 82, 330.

[97]) Oben S. 354a, Note 88 (BGE 50 II 379).

gegangen wird, dass das Dienstverhältnis auf einseitiger Verfügung beruht. Dieses Bedenken ist aber nicht entscheidend. Denn es handelt sich nicht um subsidiäre, sondern um analoge Anwendung des Obligationenrechtes, und bei analoger Anwendung sind diejenigen Grundsätze auszuwählen, die die nächste innere Verwandtschaft haben. Das sind, wenn die Haftung des öffentlichen Bediensteten gegenüber dem Gemeinwesen bestimmt werden soll, die Grundsätze über die Vertragshaftung.[98])

Die Gesetzgebung kann aber die Verantwortlichkeit gegenüber dem Gemeinwesen auch durch ausdrückliche Regelung ordnen; es steht ihr frei, für diese Regelung die Deliktshaftung oder die Vertragshaftung zum Vorbild zu nehmen oder ein anderes System zu schaffen.

Die rechtliche Natur der Haftung bleibt dabei stets dieselbe. Wird sie indessen von der Gesetzgebung als ein Einzelfall derjenigen Haftung behandelt, die der Bedienstete gegenüber jeder beliebigen Person zu tragen hat, so erhält sie den formalen Charakter eines privatrechtlichen Anspruches. Das Gemeinwesen muss sich, wie jeder Geschädigte, an den Zivilrichter wenden, wenn es die Haftung geltend machen will. Und zwar gilt das auch für den Fall, dass die öffentliche Verwaltung (indem sie sich einem privaten Geschäftsherrn gleichstellt) dem geschädigten Privaten gegenüber für den von ihrem Bediensteten verursachten Schaden aufkommt, sich jedoch den Regress auf den Fehlbaren vorbehält,[99]) trotzdem hier der öffentlichrechtliche Charakter des gegen den Bediensteten gerichteten Anspruches viel augenfälliger ist. Die Bundesgesetzgebung hat nun aber für ihren Bereich den Anspruch des Bundes gegen den Bundesbeamten auf Schadenersatz

[98]) BGE 53 II 411. Anders aber BBeamtengesetz, Art. 29, Abs. 3: Massgebend sind die Grundsätze über Haftung aus unerlaubter Handlung.

[99]) Auf diesem Boden wird insbesondere der Regressanspruch für Schaden aus gewerblichen Verrichtungen durch Art. 61, Abs. 2 OR festgehalten.

und den Regressanspruch auch formal von der Haftung des Beamten gegenüber Dritten als öffentlichrechtliche Ansprüche unterschieden und sie der Beurteilung des Verwaltungsgerichts unterstellt (Art. 29 des BBeamtengesetzes).

Diese Unterscheidung ist indessen nicht zum allgemeinen Grundsatze erhoben worden, der für alle öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisse des Bundes Geltung hätte; denn in Art. 62 des Beamtengesetzes ist die Zuständigkeit des Eidg. Verwaltungsgerichts zur Beurteilung von Streitigkeiten über die Haftung von Bediensteten, die nicht zu den Bundesbeamten zählen, nicht angeordnet (wenn auch nicht ausgeschlossen); auch gilt die Regelung des Beamtengesetzes nicht für die Haftung der von der Bundesversammlung gewählten Beamten usw.

III. Die Haftung gegenüber dem Gemeinwesen wie gegenüber Privaten begründet eine rein vermögensrechtliche Verpflichtung der öffentlichen Bediensteten, und ist daher von der Dienstpflicht zu unterscheiden. Vermag der Bedienstete seiner Verpflichtung nicht zu genügen, so bildet das weder einen Grund für eine disziplinarische Bestrafung (falls nicht etwa in seinem persönlichen Verhalten eine Pflichtverletzung zutage tritt, z. B. offenbare Trölerei), noch für die Rücknahme der Anstellungsverfügung; während die Rücknahme der Anstellung in dem ähnlichen Falle zulässig, ja geboten ist, wo die gesetzlich vorgeschriebene Kaution nicht geleistet werden könnte. Führt freilich die Zahlungsunfähigkeit zu fruchtloser Pfändung oder zum Konkurs, so kann nach Art. 55 des BBeamtengesetzes gegen einen Bundesbeamten vorgegangen werden.

IV. Die Gesetzgebung gewährt den öffentlichen Bediensteten vielfach einen besondern Schutz gegenüber Dritten, die sie auf Schadenersatz belangen möchten. Dieser Schutz besteht darin, dass die Erhebung einer Klage nur zugelassen wird, wenn der Geschädigte seine Forderung zunächst der Verwaltung zur Kenntnis gebracht

hat. Die Verwaltung ist einer solchen Anzeige gegenüber ermächtigt, eine verbindliche Verfügung darüber zu treffen, ob die Verfolgung des Anspruches zulässig sei. Eine solche Verfügung hat z. B. die Bundesversammlung zu treffen, wenn eine Klage gegen die von ihr gewählten Beamten (Mitglieder des Bundesrates, Bundesrichter usw.) erhoben werden soll.[100]) Wird die Ermächtigung abgelehnt, so steht in diesem Falle die Klage gegen den Bund offen, auch wenn dieser sonst für die Handlung nicht haftbar ist, durch die sich der Ansprecher als geschädigt betrachtet. Wird der Bund verurteilt, so ist er zum Regress auf den Fehlbaren berechtigt. Oder die Verwaltungsbehörde ist nur befugt, sich unverbindlich über den Anspruch zu äussern. Dies ist der Sachverhalt, wenn eine Klage gegen einen der vom Bundesrat gewählten Beamten erhoben werden soll. Hält der Bundesrat die ihm mitgeteilte Forderung nicht für begründet, so kann dennoch gegen den Beamten selber geklagt werden, nur ist der Kläger dann zur Sicherstellung der Prozesskosten verpflichtet. Diese Vorschriften bewahren den Beamten nicht vor der Haftung überhaupt; die Vorprüfung des Sachverhalts durch die Verwaltung ist aber geeignet, den Ansprecher von unbegründeten Forderungen abzuhalten, und im ersten Falle wird der Beamte ausserdem von der Prozessführung entlastet. Wo indessen der Staat von Gesetzes wegen für die Verfehlungen seiner Bediensteten einzutreten hat, ist ein solcher Schutz unnötig, weil der Kläger in diesem Falle regelmässig die Klage gegen das Gemeinwesen vorziehen wird.

Auch bei der materiellrechtlichen Ausgestaltung der Verantwortlichkeit kann die Rücksicht auf die individuellen Interessen des Bediensteten eine Rolle spielen; freilich lässt sich dies nur insoweit rechtfertigen, als das

[100]) Dieses Verfahren ist freilich auch zu beobachten, wenn der Bund selber eine dieser Personen auf Schadensersatz belangen will. Lehnt die Bundesversammlung ihre Zustimmung ab, so kann natürlich in diesem Falle keine Klage erhoben werden.

individuelle Interesse mit dem öffentlichen übereinstimmt: die volle Haftung des Bediensteten für jede unerlaubte Handlung kann unter Umständen als ein Nachteil für die öffentliche Verwaltung selber angesehen werden, weil sie geeignet ist, die Aktivität, die den Bediensteten bei der Ausübung ihrer Verrichtungen zur Pflicht gemacht ist, zu lähmen. Das kann dazu führen, dass die Haftung bei leichtem Verschulden entweder auf einen bestimmten Umfang beschränkt, oder gar ganz ausgeschlossen wird (z. B. für Beamte, die mit der Verfolgung von Verbrechen betraut sind).

V. Nicht als Schutz für den Bediensteten, sondern als Gewähr für den Geschädigten ist es gedacht, wenn das Gemeinwesen die Haftung für den Schaden übernimmt, für den seine Bediensteten verantwortlich gemacht werden können. Diese Haftung ist der Haftung des Geschäftsherrn für unerlaubte Handlungen seiner Angestellten nachgebildet, sie hat insofern scheinbar die Natur eines privatrechtlichen Anspruches, als sie nur eintritt, falls und soweit der Geschädigte einen Anspruch an den Fehlbaren nachzuweisen vermag und als ihre Beurteilung regelmässig den Zivilgerichten zugewiesen ist. Ihre Ausgestaltung steht aber dem Bund und den Kantonen frei; die Kantone sind dabei nicht an die Grundsätze des Obligationenrechtes gebunden, und zwar darum nicht, weil die Übernahme dieser Haftung das Verhältnis des Gemeinwesens zu den Bürgern, also eine Frage des öffentlichen Rechtes, regelt. Für das Dienstverhältnis des fehlbaren Beamten ist die Haftung des Gemeinwesens gegenüber den von ihm Geschädigten dadurch von Bedeutung, dass sich das Gemeinwesen regelmässig den Rückgriff ihm gegenüber vorbehält. Auf dieses Rückgriffsrecht ist schon hingewiesen worden. Es steht dem Gemeinwesen zu, das auf Grund des Gesetzes für den Schaden hat aufkommen müssen. Das ist nicht notwendigerweise immer das Gemeinwesen, das den Fehlbaren angestellt hat. So haftet nach baselstädtischem Rechte der Staat auch für Ver-

fehlungen der Gemeindebeamten und ist daher ihnen gegenüber rückgriffsberechtigt, obschon sie nicht in seinem Dienste stehen.

Ob das Gemeinwesen seine Ansprüche gegen den Bediensteten geltend machen will oder nicht, ist eine Frage der Opportunität. Es verhält sich damit ähnlich, wie mit der disziplinarischen Verantwortlichkeit. Praktisch ist es unmöglich, für jeden Schaden, der den Dienstherrn trifft, vollen Ersatz zu verlangen, auch wo die Ersatzpflicht unzweifelhaft besteht. Die Verwaltung wird einerseits erwägen, dass der Richter sowohl die Rechtswidrigkeit der dem Fehlbaren vorgeworfenen Handlung, als die Schuld des Fehlbaren milder beurteilen könnte, als sie selber, andrerseits wird sie aber auch die Einwirkung einer Verurteilung auf den Beamten in Betracht ziehen. Von beiden Gesichtspunkten aus kann sie dazu gelangen, auf die Geltendmachung ihrer Forderung ganz oder teilweise zu verzichten.[101])

VI. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der öffentlichen Bediensteten ist wie das gesamte Strafrecht zweifellos ein Bestandteil der öffentlichen Rechtsordnung und kann dem Bediensteten nur durch Gesetz, nicht durch Verfügung auferlegt werden. Das Problem, das dabei vom Gesetzgeber gelöst werden muss, liegt darin, zu unterscheiden, auf welche Dienstpflichtverletzungen die öffentliche Strafe zu setzen sei und bei welchen es bei der disziplinarischen und vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit sein Bewenden haben solle. Diese Frage gehört nicht in den Zusammenhang der vorliegenden Erörterungen. Es muss der Hinweis auf die Gesichtspunkte genügen, die für ihre Entscheidung in Betracht fallen. Der Grundsatz, dass die öffentlichen Beamten für die Verletzung ihrer Amtspflichten strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können, bedeutet, wie der Grundsatz der vermö-

---

[101]) Über die Verrechnung der Ansprüche vgl. S. 391a.

gensrechtlichen Haftbarkeit, eine Verschärfung der ihnen auferlegten Verpflichtungen gegenüber den Verpflichtungen der übrigen Bürger. Denn diesen ist für Handlungen, die sie im Dienste einer andern Person und in Verletzung der ihnen obliegenden Verpflichtungen begehen, in der Regel keine Strafe angedroht. Ihr Verhalten kann eine Strafklage nicht schon deshalb rechtfertigen, weil es ihrer Dienstpflicht zuwiderläuft. Die öffentlichen Bediensteten aber sind gerade aus diesem Grunde einer Strafklage ausgesetzt. Eine solche Klage muss aber, wenn das Privilegium odiosum nicht unerträglich werden soll, auf Dienstpflichtverletzungen beschränkt werden, in denen entweder die Rechtswidrigkeit oder das Verschulden oder das verletzte Rechtsgut von besonderem Gewichte ist. Und zwar muss eine Beschränkung dieser Art besonders darum stattfinden, weil die Verfolgung der Amtsvergehen nach den Grundsätzen, die das Strafrecht beherrschen, wie die meisten übrigen Vergehen, von Amtes wegen einzutreten hat, während die disziplinarische Verantwortlichkeit nach Opportunitätsprinzip unter Umständen nicht geltend gemacht zu werden braucht und auch die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit dem Fehlbaren gegenüber nicht notwendigerweise wirksam wird: der Geschädigte kann von seiner Forderung abstehen. Was den Beamten strafbar macht, ist vor allem regelmässig eine Verletzung der Amtspflicht, in welcher sich Untreue äussert; die Untreue wird als ein besonders schweres Verschulden betrachtet, und zwar namentlich dann, wenn sie darin liegt, dass der Bedienstete sein persönliches Interesse oder das von Dritten auf Kosten der ihm vom Gemeinwesen anvertrauten Interessen verfolgt oder andere (absichtlich) schädigt, und darin, dass er den übernommenen Dienst im Stich lässt. Dabei kann ein besonderer Grad von Rechtswidrigkeit erforderlich sein: dass er nämlich seine amtlichen Befugnisse zu solchen Zwecken „missbraucht". Endlich handelt es sich bei einzelnen Vergehen um besonders wichtige Rechtsgüter: die Rechts-

sicherheit oder die Aufrechterhaltung des Dienstes von öffentlichen Anstalten usw. — Die Untreue, die sich in seinem Verhalten äussert, ist auch die Rechtfertigung dafür, dass das Gesetz auf Vergehen, wegen deren jedermann bestraft wird, unter Umständen den öffentlichen Beamten gegenüber eine schärfere Strafe androht, als gegenüber andern Bürgern.

Auch vor ungerechtfertigter strafrechtlicher Verfolgung wird der öffentliche Bedienstete vielfach in ähnlicher Weise durch gesetzliche Vorschriften geschützt, wie vor der Zivilklage. Für die von der Bundesversammlung gewählten Beamten gelten in dieser Hinsicht dieselben Vorschriften des Verantwortlichkeitsgesetzes; für die vom Bundesrate gewählten Beamten hat der Bundesrat zu entscheiden, ob sie dem Richter zu überweisen seien oder ob einer von Dritten gegen sie erhobene Strafanzeige Folge gegeben werden dürfe (Verantwortlichkeitsgesetz Art. 40, 41). Ähnliche Bestimmungen bestehen in kantonalen Gesetzen. Die Vorentscheidung der Verwaltungsbehörde muss dabei grundsätzlich als gebundene Entscheidung betrachtet werden, d. h. wenn der Verdacht einer strafbaren Handlung besteht, so muss die strafrechtliche Untersuchung zugelassen werden, Opportunitätsgründe dürfen die Entscheidung nicht bestimmen.

VII. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit gegenüber Dritten und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Verletzung Dritter hängen nicht notwendigerweise von der Existenz eines öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses ab, sie können auch Personen obliegen, die ein Amt ohne Dienstpflicht verwalten.[103]) Wo der Grundsatz durch die Verfassung festgelegt ist, mit der Weisung an den Gesetzgeber, das Nähere darüber zu bestimmen, sind die in der Gesetzgebung für einzelne Dienstverhältnisse aufgestellten Haftungsregeln im Zweifel nicht dahin auszulegen, dass für andere Dienstverhältnisse

[103]) Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 236, N. 3.

keine Haftung bestehen solle, sondern nur dahin, dass die besondere Gestaltung der Haftung auf die vom Gesetze bezeichneten Dienstverhältnisse beschränkt bleibe. Für die übrigen folgt aus dem Verfassungssatze die Haftung nach den Regeln des Obligationenrechts. — Die Frage, ob das Dienstverhältnis gültig begründet worden sei oder ob es der Anfechtung unterliege, ist für die Haftung ohne Belang; ein nichtiges Dienstverhältnis vermag allerdings keine Haftung zu begründen. Für Vertragsdienstpflichtige gilt ausschliesslich das Obligationenrecht.

Wird ein Bürger dadurch geschädigt, dass der öffentliche Bedienstete eine amtliche Handlung vornimmt, die sich nachträglich als ungültig erweist, so kann kein Zweifel an der Haftbarkeit bestehen. Anders, wenn die Handlung wegen Unzuständigkeit des handelnden Beamten nichtig ist: sie lässt sich in diesem Falle nicht mehr als Amtshandlung bezeichnen. Dennoch wird es dem Sinne des Gesetzes allein entsprechen, dass auch in diesem Falle die Haftung eintritt.[104])

Wenn das Gemeinwesen selber durch Handlungen einer Person geschädigt oder (im strafrechtlichen Sinne) verletzt wird, deren Anstellung an einem Mangel leidet, so kann es sich auf die Verantwortlichkeit nicht berufen. Es geriete in einen Widerspruch mit sich selber, wenn es die Verantwortlichkeit einer Person geltend machen wollte, der es gleichzeitig die Eigenschaft eines öffentlichen Bediensteten oder eines Amtsträgers bestritte.

Die Verantwortlichkeit gegenüber Dritten kann durch Verfügungen der Verwaltung nicht ausgeschlossen werden. Ihre Entstehung lässt sich nur da ausschliessen, wo es der Verwaltung freisteht, sich Hilfskräfte durch privatrechtlichen Dienstvertrag zu verschaffen.[105]) Bei öffentlichrechtlichen Dienstverhältnissen aber entsteht die Ver-

[104]) Fleiner, Inst. S. 278, N. 10.

[105]) Hierher gehören die Fälle aber nicht, in denen ein öffentliches Amt laut besonderer Gesetzesvorschrift durch zivilrechtlichen Dienstvertrag zu besetzen ist.

antwortlichkeit unausweichlich. Sie gilt deshalb z. B. auch für Arbeiter, deren Dienstverhältnis dem öffentlichen Rechte unterstellt ist, und ebenso für Bedienstete, die nur vorübergehend, zur Aushilfe oder zur Probe beschäftigt werden; falls die Anstellung nicht auf Vertrag beruht. Selbstverständlich steht es indessen dem Gesetze frei, in dieser Hinsicht Unterscheidungen anzuordnen, wie ja auch umgekehrt die Bundesgesetzgebung Personen, die nicht im öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis angestellt sind, den öffentlichen Bediensteten in bezug auf die Verantwortlichkeit gleichzustellen vermag.[106])

Die Rechte des Bediensteten.

§ 11. Persönliche Rechte.

I. Unter den Rechten, die dem öffentlichen Bediensteten aus dem Dienstverhältnis erwachsen, sind an erster Stelle die Freiheitsrechte zu erwähnen, von denen schon bei früherer Gelegenheit die Rede war. Der öffentliche Bedienstete hat nicht nur Anteil an den jedem Bürger zustehenden politischen Rechten und an den jedem Bürger gewährleisteten verfassungsmässigen Freiheitsrechten, sondern es können ihm ausserdem besondere Freiheitsrechte gewährleistet sein, deren andere Bürger nicht bedürfen, weil sie nicht in einem besondern Gewaltverhältnis zum Staate stehen, die aber grundsätzlich von derselben Art sind, wie die verfassungsmässigen Freiheitsrechte.

Solche Rechte werden durch die Rechtssätze und Verfügungen begründet, die den Bediensteten in einer bestimmten Hinsicht Freiheit von der Dienstgewalt zusichern, und zwar in der Meinung, dass dadurch ein bestimmtes individuelles Interesse geschützt werden solle. Nicht jede Anordnung, wodurch der Dienstgewalt eine

[106]) Vgl. BGesetz betreffend die Schweizer. Nationalbank, von 1921, Art. 61.

Schranke gesetzt wird, hat diese Bedeutung; denn Beschränkungen der Dienstgewalt können an und für sich ebensowohl aus Rücksicht auf das öffentliche Interesse festgesetzt sein, als um des Bediensteten willen, und sie kommen ihm dann nur mittelbar zugute: er ist „in seinen Rechten" nicht verletzt, wenn sie nicht beobachtet werden. Auch mit dem Grundsatze, dass die Dienstgewalt unter allen Umständen eine beschränkte Gewalt ist und nicht die ganze Person ergreift, verhält es sich nicht anders; in der dienstfreien Sphäre, die sich für die öffentlichen Bediensteten aus der Wirkung dieses Grundsatzes von vornherein ergibt, wird er allerdings durch die verfassungsmässigen Freiheitsrechte auch gegenüber der Dienstgewalt geschützt. Aber erst, wenn ein solches Freiheitsrecht auch im Beamtengesetze ausdrücklich gewährleistet wird, erhält es ausserdem noch den Charakter eines besondern Rechtes, dem die Dienstgewalt selbst in ihrem eigenen Gebiete weichen muss. In diesem Sinne schützt das BBeamtengesetz z. B. das Vereinsrecht der Bundesbeamten (Art. 13). Die Vorschrift schneidet jede Erörterung darüber ab, ob es dienstliche Interessen — ausser den im Gesetze selber anerkannten — geben könne, die eine Einschränkung der Vereinsfreiheit zu rechtfertigen vermöchten. Aber sie ist nicht notwendig, damit die Beamten überhaupt dieser Freiheit teilhaftig werden können.

Das typische besondere Freiheitsrecht ist der Anspruch auf Ferienurlaub. Im Bundesgesetze ist seine nähere Bestimmung den Ausführungsvorschriften vorbehalten, aber im Rahmen des dort Festgesetzten hat der Bedienstete kraft des Gesetzes einen Anspruch auf periodische Beurlaubung. Dass dieser Anspruch nach dem früher Dargelegten nicht absolut gilt, sondern unter Umständen dem dienstlichen Interesse weichen muss, teilt er mit den verfassungsmässigen Freiheitsrechten, die ebenfalls derartige Beschränkungen erfahren können und dennoch als subjektive Rechte anzuerkennen sind. Die Möglichkeit,

dass der Bedienstete bei der Geltendmachung seines Anspruches auf eine solche Schranke stösst, nimmt seinem Rechte den Wert nicht. Denn erstens bedarf es zur Geltendmachung der Dienstpflicht gegenüber einem solchen Anspruche stets einer besondern Rechtfertigung, zweitens steht es dem Bediensteten von Rechts wegen zu, seinen Anspruch geltendzumachen, und er ist nicht darauf angewiesen, abzuwarten, ob die Verwaltung rechtmässig mit ihm verfahre. Die Rechtsnatur des Anspruches zeigt sich endlich auch darin, dass durch den Genuss des Ferienurlaubs der Besoldungsanspruch nicht berührt wird.

Welcherlei subjektive Freiheitsrechte durch Verfügung begründet werden können, ist eine Frage, die sich nur durch Auslegung des positiven Beamtengesetzes entscheiden lässt. Bei Dienstverhältnissen, die nicht an die Normen des Beamtengesetzes gebunden sind, steht dem Ermessen der Verwaltung in dieser Hinsicht ein grosser Spielraum zur Verfügung, während z. B. das BBeamtengesetz nicht zuliesse, dass einem Beamten die Ausübung einer bezahlten Nebenbeschäftigung oder die Beibehaltung eines bestimmten Dienstortes durch Verfügung zugesichert werde.

Wird der Bedienstete durch Befehle in Anspruch genommen, durch die solche Freiheitsrechte verletzt werden, so stehen ihm dieselben Schutzmittel zur Verfügung, wie bei jeder andern Überspannung der Dienstgewalt. Da diese Schutzmittel von allgemeiner Bedeutung sind, also auch dann benützt werden können, wenn es sich nicht um die Verletzung eines subjektiven Rechtes handelt, so ist es für den Bediensteten nicht sehr wichtig, zu wissen, ob er sich auf eine Verletzung eines ihm zustehenden Rechtes berufen darf. Es mag daher hier unerörtert bleiben, ob auch die gesetzlichen Vorschriften über die Arbeitszeit subjektive Rechte begründen. Der Punkt aber, in dem die Unterscheidung praktische Bedeutung erhält, ist schon früher bezeichnet worden: die Zusagen, die dem Bediensteten bei der Anstellung in

bezug auf die Schranken der Dienstgewalt gemacht worden sind, begründen subjektive Rechte für die Dauer des Dienstverhältnisses.

Ausser solchen Freiheitsrechten pflegen den öffentlichen Bediensteten keine andern persönlichen Rechte gegenüber dem Gemeinwesen zuzustehen. Zu erwähnen wären höchstens die Befreiung vom Militär- und Feuerwehrdienst, die als subjektives Recht gestaltet sein kann[107]) und der Anspruch auf ein Dienstzeugnis.[108])

II. Gegenüber den Bürgern kennt das schweizerische Recht keine Vorzugsstellung der öffentlichen Bediensteten, was ihren Stand oder Rang[109]) anbetrifft. Gestattet ist ihnen, sich auch ausserhalb des Amtes ihres Amtstitels zu bedienen, aber sie können von niemanden verlangen, dass ihnen gegenüber dieser Titel verwendet werde; eine Vorschrift in dieser Hinsicht kann nur andern Bediensteten oder den Benützern einer öffentlichen Anstalt auf Grund eines persönlichen Gewaltverhältnisses erteilt werden (Schule, Strafanstalt). Dagegen geniessen die Bundesbeamten eine Vorzugsstellung im Interesse des öffentlichen Dienstes insofern, als allen Vereinen und Genossenschaften untersagt ist, sie wegen Nichtteilnahme an einem Streik auszuschliessen oder zu benachteiligen (BBeamtengesetz, Art. 23). Ferner kommt den öffentlichen Beamten vielfach ein besonderer Strafschutz zu, und zwar nicht nur in der Form des Reflexrechtes, sondern auch in der Form des subjektiven Rechtes auf Verfolgung derer,

---

[107]) Dieses Recht gehört nicht zu den vorhin behandelten Freiheitsrechten, es bezieht sich nicht auf die Beamtendienstpflicht. Die Befreiung ist nicht notwendigerweise ein subjektives Recht.

[108]) BBeamten-Ges., Art. 51.

[109]) Einen Anspruch gegenüber der Verwaltung auf die Verwendung eines ihm zustehenden akademischen Titels hat der Beamte nicht; doch kann in der Weglassung eines solchen Titels eine ungebührliche Behandlung liegen. Andrerseits kann die Verwaltung einem Beamten untersagen, im Dienst und in der Öffentlichkeit einen ihm nicht zustehenden Titel zu führen.

die ihr amtliches Ansehen gefährden (Strafantragsrecht wegen Amtsehrbeleidigung).

Einen besondern Schutz gewährt das Bundesrecht den Bundesbeamten gegenüber ihren Gläubigern, indem es gewisse vermögensrechtliche Leistungen dem Zugriff der Gläubiger entzieht; diese Leistungen dürfen weder gepfändet, noch mit Arrest belegt, noch in eine Konkursmasse gezogen werden (Besoldungsnachgenuss und Unterstützungen, Art. 47, 56). Dem kantonalen Rechte ist die Einräumung eines ähnlichen Schutzes verwehrt, weil es die Grundsätze des eidgenössischen Betreibungs- und Konkursrechtes nicht zu ändern vermag.

Ausserdem räumt das Bundesrecht den Bundesbeamten Rechte gegenüber den Kantonen und Gemeinden ein, indem es diese zur Gewährung der Niederlassung und des Aufenthalts an dem Orte verpflichtet, an dem der Bundesbeamte nach dienstlicher Vorschrift seinen Wohnsitz zu nehmen hat (BBeamtengesetz, Art. 8, Abs. 2); solange das Dienstverhältnis besteht und der Beamte seine Ausweispapiere hinterlegt hat, darf er am Aufenthalt nicht gehindert werden, selbst wenn die verfassungsmässigen Voraussetzungen für den Entzug der Niederlassung erfüllt wären. Das ist keine verfassungswidrige Verpflichtung, weil die Erfüllung der Verwaltungsaufgaben des Bundes nicht davon abhängig sein kann, ob die Kantone seine Organe auf ihrem Gebiete dulden wollen; es auferlegt aber den Bundesbehörden die Verpflichtung, bei der Entscheidung über die Verwendung ihrer Beamten auf die Interessen der Kantone, die unter Umständen die Entfernung eines Bundesbeamten erheischen, billige Rücksicht zu nehmen. Der Anspruch des Beamten aus Art. 8 richtet sich nur gegen die Lokalbehörden, nicht auch gegen den Bund; es kann nicht verlangt werden, dass der Bund dem Beamten die Beibehaltung der Niederlassung ermögliche, wenn er eine Versetzung oder Entlassung für geboten erachtet. Die noch weitergehenden Ansprüche aus dem Garantiegesetze von 1851 zugunsten der Mitglieder des

Bundesrates und aus dem Organisationsgesetz für die Bundesrechtspflege zugunsten der Mitglieder des Bundesgerichts (Exterritorialität) sind nur im Vorbeigehen zu erwähnen.

In Bezug auf den Rechtsschutz wird auf § 8 verwiesen.

§ 12. Vermögensrechtliche Ansprüche.

a) Besoldung.

I. Unter den vermögensrechtlichen Leistungen, die sich auf das öffentliche Dienstverhältnis gründen, nehmen den ersten Rang die ein, die der Bedienstete als Gegenleistung für seinen Dienst zu beanspruchen hat. Es fallen aber auch Ansprüche des Gemeinwesens in Betracht. Und es ist zu beachten, dass nicht jede vermögensrechtliche Leistung auf Grund eines Anspruches zu machen ist.

Soweit diese Leistungen nicht durch Rechtssatz geregelt sind, werden sie durch Verfügung festgesetzt. Zuwendungen an die in ihrem Dienste stehenden Bürger verfügt die öffentliche Verwaltung teils nach Massgabe der allgemeinen Vorschriften über die Verwendung der öffentlichen Mittel (auf Rechnung der ihr bewilligten „Budgetkredite"): so, wenn sie gelegentlich einem Bediensteten aus besonderm Anlass eine besondere Gratifikation zuspricht. Ob derartige Zuwendungen geschehen dürfen, beurteilt sich aber nicht allein nach diesen Vorschriften, sondern es ist auch zu prüfen, ob die Bestimmungen des Beamtenrechtes sie nicht etwa ausschliessen. Die Bundesbehörden dürfen „Dienstaltersgeschenke" nur auf die im Gesetz bezeichneten Zeitpunkte hin und nur im gesetzlich bestimmten Wert gewähren, und dürfen für die in die Dienstpflicht fallenden Leistungen auch sonst keine andern als die gesetzlich bestimmten Zuwendungen machen, deren Kreis in Art. 44 des BBeamtengesetzes allerdings weit gezogen ist.

Einen Anspruch auf vermögensrechtliche Leistungen vermag die Verwaltung ihren Bediensteten auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung durch Verfügung

einzuräumen, obwohl an und für sich die Begründung subjektiver öffentlicher Rechte zum Vorbehalt des Gesetzes gehört. Die Ermächtigung liegt in der ihr übertragenen Befugnis zur Anstellung des für den Verwaltungsdienst erforderlichen Personals. Bei der Erteilung dieser Befugnis ist von vornherein damit gerechnet, dass es sich um entgeltlichen Dienst handle und dass die Verwaltung die Gehaltsansprüche der dafür Verwendeten zu bestimmen habe. Der Gefahr, dass Ansprüche begründet werden könnten, die für das Gemeinwesen drückend wären, begegnet aber die Gesetzgebung regelmässig dadurch, dass sie für zeitliche Beschränkung der Anstellung sorgt oder den Rahmen der zulässigen Aufwendungen festsetzt. Den Bediensteten kann endlich auch durch Verfügung die Pflicht zu Vermögensleistungen an die Verwaltung auferlegt werden; Beispiele bieten die Kautionspflicht oder die Pflicht, für eine Amtswohnung eine Vergütung zu entrichten. Für derartige Verpflichtungen wird aber ebenfalls die Auferlegung durch Rechtssatz die Regel bilden.

II. Die Bestimmung dessen, was der öffentliche Bedienstete für seinen Unterhalt vom Staate beziehen soll, wird nur ganz ausnahmsweise dem Ermessen der Verwaltung überlassen. Wohl kann es Dienstverhältnisse geben, in denen der Bedienstete keine Besoldung erhält; dass dies gelten solle, ist im Gesetz bestimmt oder wird bei der Anstellung verfügt. Wenn aber ein Dienstverhältnis auf Besoldung gestellt ist, so wird dem Bediensteten in dieser Hinsicht ein Rechtsanspruch für die Dauer des Dienstverhältnisses eingeräumt. Bei den Beamtungen, für die das Gesetz Besoldungen festsetzt, kann daher aus dem Umstande, dass in der Anstellungsverfügung die Besoldung nicht bestimmt ist, höchstens die Folgerung gezogen werden, dass dies nachgeholt werden müsse. Eine Anstellungsverfügung, die sich nicht auf eine gesetzlich geordnete Stelle bezieht und die über die Besoldung schwiege, wäre als ungültig zu betrachten, weil dem

Bediensteten die Zustimmung zur Übernahme des Amtes ohne Abklärung dieses Punktes nicht zugemutet werden darf.

Der Rechtsanspruch auf den Bezug einer Besoldung kann auf verschiedene Weise gestaltet sein. Beruht er auf der Anstellungsverfügung, so geht er regelmässig auf die dort bezeichnete feste Summe. Das Gesetz dagegen pflegt die Beträge festzusetzen, die der Inhaber einer Stelle mindestens und höchstens erhalten soll. Wenn es so vorgeht, so hat es entweder die Meinung, dass der Bedienstete im Laufe seiner Anstellung nach bestimmten Regeln vom niedrigsten bis zum höchsten Besoldungsansatz aufsteigen solle, oder dass die Verwaltung zu bestimmen habe, welcher Ansatz ihm in dem vom Gesetze gezogenen Rahmen zukomme; in diesem zweiten Fall sind wiederum zwei Lösungen möglich: es kann der Verwaltung überlassen sein, den Ansatz nach ihrem Ermessen zu bestimmen, oder sie kann verpflichtet sein, ihn gemäss gesetzlichen Regeln festzusetzen. Mit andern Worten: der Besoldungsanspruch kann direkt durch das Gesetz begründet werden oder er kann der Bestimmung durch eine Verfügung bedürfen; die Verfügung kann an das Gesetz gebunden sein oder dem Ermessen der Verwaltung Raum lassen. Die beiden Systeme lassen sich auch verbinden: Das Gesetz gewährt einen unmittelbaren Anspruch, ermächtigt aber die Behörde, nach ihrem Ermessen einen höhern Ansatz festzusetzen, als den, der sich nach der gesetzlichen Regel ergäbe. Das Bundesrecht hat diese Verbindung gewählt (BBeamtengesetz, Art. 39 und 40). Ist für die Bemessung der Besoldung keine Verfügung nötig, so kann der Beamte vom Kassendienst des Gemeinwesens die Zahlung des geschuldeten Betrages verlangen, denn er kann verlangen, dass jede Dienststelle, „die es angeht", seinen gesetzlichen Anspruch anerkenne. Ist er dagegen auf eine Verfügung angewiesen, so hat er nur Anspruch darauf, dass die Verfügung erlassen und dass dabei das Gesetz beobachtet werde. Dem Kassendienst gegenüber

muss er sich durch die Verfügung als bezugsberechtigt ausweisen. So tiefgreifend der Unterschied der Systeme scheinen mag — praktisch macht er sich wenig fühlbar. Es wird den Beamten des Kassendienstes regelmässig zur Pflicht gemacht werden, einen gesetzlichen Besoldungsanspruch nur zu erfüllen, wenn seine Existenz und sein Umfang von einer andern — dem Berechtigten vorgesetzten — Verwaltungsstelle nachgeprüft worden ist. Der bei dieser Nachprüfung getroffene Entscheid braucht nicht den Charakter einer Verfügung zu haben, er wirkt dennoch wie eine solche für den Fordernden. Der Unterschied hat aber Bedeutung für die Regelung des bei Streitigkeiten einzuschlagenden Verfahrens: die Klage ist der gegebene Weg zur Geltendmachung eines gesetzlichen Anspruches, die Beschwerde der gegebene Weg für die Anfechtung der Verfügung, die den Anspruch entgegen dem Gesetze bestimmt.

Die Gestaltung des Besoldungsanspruches (als Jahresgehalt, Monatsgehalt, Taglohn usw.) ist für seine rechtliche Natur unerheblich. Vielfach wird aber für die verschiedenen Kategorien der öffentlichen Bediensteten eine verschiedene Gestaltung vorgeschrieben. Beamte erhalten z. B. Jahresgehalt, Angestellte nur Monatsgehalt, Arbeiter Taglohn. Je komplizierter aber das System der Vergütungen wird, auf die die Bediensteten insgesamt Anspruch haben, destoweniger bedeutet der Unterschied, weil die Verwaltung genötigt ist, wegen der Zulagen und Versicherungsleistungen doch den Betrag des Taglohns für jeden einzelnen festzustellen.

III. Dass dem Bediensteten die einmal festgesetzte Besoldung für die ganze Dauer des Dienstverhältnisses gewährleistet ist, wurde schon dargelegt.[110]) Es ist aber möglich, dass Gesetz oder Verfügung eine vorzeitige Herabsetzung der Besoldung ausdrücklich vorbehalten.

[110]) Der Entschädigungsanspruch, der bei Nichterfüllung entsteht, soll hier nicht besonders dargestellt werden. Es genügt der Hinweis auf den Entschädigungsanspruch bei Entlassung.

Ein solcher Vorbehalt ist in den Vorschriften des BBeamtengesetzes enthalten, wonach sich die Höhe der Besoldung je nach dem Wohnorte der Beamten ändert.[111])

Die bei Beginn des Dienstes festgesetzte Besoldung, die nicht ermässigt werden darf, erfährt im Laufe der Dienstzeit regelmässig[112]) eine Reihe von Erhöhungen, sei es von Gesetzes wegen, sei es durch Verfügung, die auf Grund gesetzlicher Anordnungen oder auf Grund der Anstellungsbedingungen ergehen kann oder die nach freiem Ermessen getroffen wird. Jede derartige Verfügung ersetzt die frühere und gilt für den ganzen weitern Verlauf des Dienstverhältnisses. Nach Bundesrecht (BBeamten-Ges., Art. 40) hat der Beamte einen gesetzlichen Anspruch auf periodische Besoldungserhöhung, der nur bei längerer Dienstaussetzung nicht oder nicht in vollem Umfang geltend gemacht werden kann. Ist diese Voraussetzung gegeben, so bedarf es einer Verfügung, um den Anspruch auf Erhöhung auszuschliessen. Die Verfügung soll sich nach Grundsätzen, die der Bundesrat aufstellt, richten; diese Grundsätze sind auch für den Richter verbindlich, insofern sie sich in den gesetzlichen Schranken halten (also nicht für Dienstunterbrechungen den Wegfall des Anspruches vorsehen, die sich nicht als „länger dauernde" bezeichnen lassen).[113]) Es besteht für die Verwaltung keine Rechtspflicht, die Besoldungserhöhung bei längerer Dienstaussetzung zu verweigern. Ist die Verfügung aber

[111]) BBeamten-Ges. Art. 37, Abs. 3 ff. Infolgedessen zieht die Versetzung eines Bundesbeamten an einen andern Dienstort (die den Beamten nach Art. 8 zu einer Verlegung seines Wohnsitzes verpflichtet) ipso iure eine Erhöhung oder eine Verminderung seines Besoldungsanspruches nach sich.

[112]) Es gibt aber auch Dienstverhältnisse, für die ein einziger gesetzlicher Besoldungsansatz besteht. Dieses System ist namentlich bei den Regierungsmitgliedern und bei den richterlichen Beamten verbreitet.

[113]) Dagegen hat das Verwaltungsgericht nicht zu prüfen, ob der Ausschluss der Erhöhung, der durch die angefochtene Verfügung herbeigeführt wurde, zweckmässig war.

entgegen den bundesrätlichen Grundsätzen zu Beginn eines Jahres unterblieben, so kann sie auch später noch getroffen werden; denn da die ordentliche Erhöhung nicht durch Verfügung festgesetzt wird, steht kein rechtliches Hindernis der Kürzung im Wege. — Neben den ordentlichen Besoldungserhöhungen kann die Verwaltung nach freiem Ermessen auch ausserordentliche gewähren (Bundesgesetz, Art. 42, Abs. 5), worüber ebenfalls bundesrätliche Vorschriften Näheres festsetzen sollen.

Auch wo das Gesetz den öffentlichen Bediensteten keinen festen Anspruch auf periodische Erhöhung ihrer Besoldungen einräumt, pflegt es Grundsätze über das regelmässige Aufsteigen in der Besoldung aufzustellen. Diese Grundsätze ziehen dem freien Ermessen der Behörden Schranken im Interesse einer sachgemässen Verwendung der öffentlichen Mittel sowohl, als namentlich im Interesse der Bediensteten. Die Verwaltung darf das geregelte Aufsteigen für den einzelnen nur aus Gründen unterbrechen, die in der Person des Bediensteten liegen und sich aus den dienstlichen Beziehungen herleiten lassen, sie darf insbesondere nicht Einzelne herausgreifen, um durch Verweigerung der Besoldungserhöhung für die Verwaltung Ersparnisse zu erzielen. Wie weit der Beamte beim Verwaltungsgericht gegen solchen Ermessensmissbrauch Schutz finden kann, hängt von der Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ab.[114])

Die einmal festgesetzte oder tatsächlich erreichte Besoldung wirkt unter Umständen über die Dauer des Dienstverhältnisses hinaus. Einen der Fälle, bei denen dies zutrifft, bildet der Anspruch auf Entschädigung nach der Auflösung des Dienstverhältnisses. Einen andern Fall zeigt Art. 41 des Bundesgesetzes, wonach der bisher bezogene Gehalt die Grundlage für die Festsetzung der Besoldung bildet, die bei einer Beförderung zu gewähren ist

---

[114]) Nach baselstädtischem Recht hätte das Verwaltungsgericht keine Befugnis zur Aufhebung einer solchen Verfügung.

(auch bei der Versetzung in ein niedriger besoldetes Amt ist unter Umständen die Weitergewährung der bisher bezogenen höhern Besoldung zulässig).[115])

Drittens kann gesetzlich vorgeschrieben sein, dass bei der Amtsbestätigung der bisher gewählte Gehalt weiterhin geschuldet sei (vgl. oben S. 287a).

IV. Die Höhe des Gehaltsanspruches wird in erster Linie durch die Wertung der Dienste bestimmt, die von den Beamten erwartet werden. Es versteht sich von selbst, dass es für die Bediensteten von grosser Wichtigkeit ist, diese Wertung vom Gesetze durchgeführt zu wissen. Die Aufstellung eines Systems von Besoldungsklassen und die Zuteilung der dem Gesetz unterstellten Bediensteten zu den einzelnen Klassen ist eine Hauptaufgabe der Beamtengesetzgebung, aber auch vom Standpunkte der übrigen Bürger aus, die ein Interesse an der Gewinnung leistungsfähiger Bediensteter, ausserdem ein Interesse daran haben, dass die Verwendung der öffentlichen Mittel für den Verwaltungsdienst nicht ins Schrankenlose anwächst. Dass das Bundesgesetz die Zuteilung der Bediensteten zu den gesetzlichen Klassen dem Bundesrate überlässt, ist bekannt. Es liegt darin eine Delegation der Rechtssetzung, wobei sowohl für den Inhalt der zu erlassenden Verordnung, als für das Verfahren, das bei ihrer Ausarbeitung zu beobachten ist (Art. 66) besondere Weisungen erteilt worden sind.[116]) Hiervon braucht nicht des nähern gehandelt zu werden.

---

[115]) BBeamten-Ges., Art. 45, Abs. 5.

[116]) Eine gerichtliche Entscheidung über die Frage, ob sich die bundesrätlichen Verordnungen im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften halten, ist theoretisch möglich, denn das Bundesgericht ist an Verordnungen nicht gebunden. Praktisch aber sind die Gesichtspunkte, auf die sich die Verwaltung zur Rechtfertigung ihrer Einreihung berufen kann, so vielfältig, dass sich der Vorwurf, es sei durch willkürlichen Gebrauch des Ermessens das Gesetz verletzt worden, kaum je wird belegen lassen. Eine Frage für sich wäre es dann noch, ob der Richter die zutreffende Einreihung selbst vornehmen dürfte.

V. Die Besoldung ist bestimmt, dem Bediensteten die Mittel zum Lebensunterhalt zu gewähren, sie hat zugleich den Charakter eines Entgelts für die Dienstleistung.[117]) Aus dem ersten Gesichtspunkt ergibt sich, dass die Verschiedenheit der Verhältnisse, die für den Lebensunterhalt bestimmend sind, auch eine verschiedene Bemessung der Gehaltsansprüche veranlassen kann, aus dem zweiten Gesichtspunkt folgt ebenso, dass unter Umständen besondere dienstliche Anforderungen für die Besoldungsbemessung von Belang sind. Ein Anspruch auf die Berücksichtigung derartiger Verhältnisse erwächst dem Bediensteten nicht aus der Anstellung von selber, er bedarf besonderer Festsetzung. Fehlt diese, so hat er für seine Dienstleistung, auch wenn besondere Verhältnisse ihn beschweren, neben seinem Gehalte nichts zu beanspruchen, ja, es kann die Auffassung gelten, er solle darüber hinaus auch nichts erhalten.[118]) Bestehen ausdrückliche Anordnungen, so werden sie regelmässig einen Anspruch auf Ergänzung der mit der Besoldung gewährten Leistung durch eine Zulage begründen. Zur Berücksichtigung der Belastung, die dem Bediensteten aus den Kosten des Lebensunterhalts erwächst, können Ortszuschläge zur Besoldung hinzukommen; unter demselben Gesichtspunkt

[117]) Diesen Charakter hat auch die Entschädigung, die dem Bundesbeamten für eine Erfindung nach Art. 16 des Bundesgesetzes zukommt. Die Eigentümlichkeit einer solchen Vergütung besteht darin, dass sie nach dem Werte der dem Gemeinwesen zugute kommenden Leistung bestimmt wird, während für sonstige Zulagen meist andere Gesichtspunkte massgebend sind.

[118]) Vergütung für Überzeitarbeit versteht sich z. B. nicht von selber, auch dann nicht, wenn die Dienstvorschriften die normale Arbeitszeit festsetzen. — Eine kantonale Verwaltung, die sich die Verfügung über Erfindungen ihrer Bediensteten vorbehalten hätte, ohne ihnen eine Entschädigung dafür in Aussicht zu stellen, wäre nicht wie der private Dienstherr zur Entschädigung verpflichtet.

In voller Schärfe prägt sich die Unzulässigkeit weiterer Vergütungen in dem Verbote aus, irgendwelche Leistungen Dritter zu beanspruchen oder anzunehmen (BBeamten-Ges., Art. 26).

fallen Kinderzulagen in Betracht, die dem Bediensteten den Unterhalt seiner Familie erleichtern sollen. Besondere dienstliche Anforderungen werden durch Zulagen für Überzeitarbeit, Nachtarbeit, Stellvertretung Vorgesetzter usw. berücksichtigt. Der Anspruch auf solche Zulagen kann, wie der Besoldungsanspruch, unmittelbar durch Rechtssatz, durch eine allgemeine Verfügung oder durch die Anstellungsverfügung begründet werden oder im Einzelfalle der Festsetzung bedürfen.

VI. Besoldung und Zulagen schuldet das Gemeinwesen grundsätzlich nur für die Zeit der Dienstleistung.[119]) Der Bedienstete kann nicht verlangen, dass ihm seine Besoldung vor dem Antritt des Dienstes ausgerichtet wird; unterbricht er die Dienstleistung, so hat er nur dann Anspruch auf Besoldung für die Zeit der Unterbrechung, wenn dies ausdrücklich festgesetzt ist. Für die Zeit des ordentlichen Urlaubs, für Zeiten vorübergehender Dienstverhinderung sowie für die des schweizerischen Militärdienstes pflegen solche Anordnungen zu seinen Gunsten allgemein getroffen zu sein. Immerhin wird bei starker Inanspruchnahme durch Militärdienst die Besoldung entweder gekürzt oder nur für einen Teil der Dienstabwesenheit ausgerichtet. Dagegen ruht der Gehaltsanspruch, sobald der Bedienstete ohne einen solchen besonders anerkannten Grund den Dienst aussetzt, und zwar selbst dann, wenn er dafür die erforderliche dienstliche Erlaubnis besitzt. Bei Erteilung einer solchen Erlaubnis kann freilich verfügt

[119]) Wer ein Amt ausübt, das ihm nicht durch gültige Verfügung übertragen worden ist, hat keinen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf die dafür ausgesetzte Besoldung; ein solcher Anspruch kann ihm jedoch auf Grund einer Konversion der nichtigen Verfügung zukommen. Der Bedienstete, der nach Ablauf der Amtsdauer nicht in seinem Amte bestätigt, aber weiter zur Dienstleistung zugelassen wird, bedarf daher in bezug auf seine Besoldung besondern gesetzlichen Schutzes; vgl. oben S. 286a. Im übrigen gelten die Grundsätze über die Geschäftsführung ohne Auftrag, wenn jemand ohne gültige Verfügung für das Gemeinwesen tätig wird.

werden, dass die Besoldung fortbezahlt werde; der Vorgesetzte, der kraft seiner Befehlsgewalt die Erlaubnis erteilen kann, ist aber nicht ohne weiteres auch zu dieser Verfügung zuständig. Der Umstand, dass der Besoldungsanspruch für die Periode eines Jahres oder eines Monats bestimmt ist, lässt nicht den Schluss zu, dass die Besoldung für diese Periode voll entrichtet werden müsse, auch wenn die Dienstleistung Unterbrechungen erlitt. Freilich, wenn die Verwaltung die Dienstleistung nicht in Anspruch nehmen wollte, weil sie zeitweise nicht nötig wäre, könnte die volle Besoldung verlangt werden.

Der Anspruch auf Zulagen ist gleicherweise davon abhängig, dass die tatsächlichen Verhältnisse in der vorausgesehenen Weise zutreffen. Manche von ihnen werden überhaupt nicht im voraus festgesetzt, sondern ihre Auszahlung wird nachträglich, nach Massgabe der festgestellten Leistung verfügt. Doch kommt es auch vor, dass auf Grund der Erfahrung über die mit einem Amte verbundenen ausserdienstlichen Anforderungen Pauschalzulagen festgesetzt werden; diese sind dann geschuldet, auch wenn in der massgebenden Periode die Anforderungen das erwartete Mass nicht erreichen. Die oft schwer zu lösende Frage, wie derartige feste Nebenbezüge durch die Unterbrechung der Dienstleistung beeinflusst werden, entscheidet sich in erster Linie darnach, ob sie als Bestandteil des festen Gehaltes zu gelten haben. Das trifft z. B. für die Ortszuschläge des Bundesgesetzes sicher zu, es ist aber auch für Auslands- und Kinderzulagen anzunehmen. Weiter auf diesen Punkt einzugehen, lohnt sich nicht; eine grosse Verwaltung ladet sich mit der Diskussion von Streitfragen dieser Art eine Last auf, der das praktische Interesse an der Lösung häufig nicht entspricht.

Die Qualität der Dienstleistung berührt den Anspruch auf Besoldung und Zulagen nicht. Auch der Bedienstete hat Anspruch auf seinen Gehalt, der sich im Dienste gegen seine Dienstpflicht vergangen hat. Es kann ihm nur unter dem Gesichtspunkte des Schadenersatzes ein Abzug

an seiner Besoldung gemacht werden; das stellt sich aber nicht als eine Kürzung dieses Anspruchs, sondern als Verrechnung mit einer Gegenforderung dar.

VII. Die Besoldung ist grundsätzlich in Geld festzusetzen und in Geld zu entrichten; der Bedienstete ist nicht verpflichtet, sich für den geschuldeten Betrag mit Naturalleistungen abfinden zu lassen. Doch können Naturalleistungen besonders festgesetzt sein: ein Beispiel bildet der Anspruch auf Zuweisung einer Amtswohnung oder auf Übergabe einer Amtskleidung. Da aber die Zuweisung von Wohnungen, die immer nur für einzelne in Betracht fallen kann, die Klassifizierung der Ämter erschwert, wird sie häufig nicht als Bestandteil der Besoldung behandelt, sondern es wird festgesetzt, dass der Bedienstete zwar verpflichtet sei, die Wohnung zu beziehen, dass er dafür aber eine Vergütung zu leisten habe. Ansprüche auf Verpflegung kommen etwa beim Personal öffentlicher Anstalten vor. Ausserdem wird unter Umständen den öffentlichen Bediensteten ein Anspruch auf Vorzugsbehandlung bei der Benützung öffentlicher Einrichtungen gewährt, die auf dem Gedanken beruht, dass es nicht ganz billig sei, die Bediensteten, die bei der Verwaltung einer öffentlichen Anstalt mitwirken, wie gewöhnliche Benützer zu behandeln (z. B. Fahrbegünstigungen für das Personal der eidgenössischen Verkehrsanstalten, BBeamten-Ges., Art. 19[120]). Den öffentlichen Bediensteten auf den Bezug der Gebühren zu verweisen, die er kraft seines Amtes von den Bürgern zu erheben hat, ist mit den herrschenden Anschauungen über die Führung der öffentlichen Verwaltung nicht mehr recht vereinbar. Noch weniger darf der öffentliche Be-

[120]) Das Gesetz bestimmt ausdrücklich, dass solche Begünstigungen ohne Entschädigung eingeschränkt werden können. Damit ist aber nicht gesagt, dass der Bedienstete darauf keinen Rechtsanspruch habe. Ein solcher Anspruch besteht vielmehr, sofern den Bediensteten die Vergünstigung durch allgemeine Vorschriften in Aussicht gestellt wird, und solange sie nicht gemäss diesen Vorschriften durch Verfügung eingeschränkt worden ist.

dienstete das, was er in Ausübung seines Dienstes erfährt, eigenmächtig zu Erwerbszwecken ausnützen; ohne dienstliche Erlaubnis ist auch die an und für sich harmloseste Industrie dieser Art (z. B. die Mitteilung von Adressen, in bezug auf welche gar kein Amtsgeheimnis besteht) unzulässig.

VIII. Die Besoldung wird fällig, wenn der geforderte Dienst geleistet ist — im Zweifel bei Beendigung des Dienstverhältnisses. Regelmässig ist aber, sei es durch Gesetz oder durch Verfügung, ein früherer Fälligkeitstermin bestimmt, bei dessen Eintritt pro rata temporis ein Teil des für das Jahr oder für den Monat festgesetzten Betrages zu entrichten ist. Über diese Zahlungen hat dann nicht nochmals eine Verfügung zu ergehen, und ebenso werden die Zulagen, deren Betrag zum voraus festgesetzt ist und die in Raten zu entrichten sind, ohne weiteres bei Eintritt der Fälligkeit ausbezahlt. Auch darüber, ob für die Periode der volle Gehalt zu entrichten sei, oder ob, z. B. wegen Dienstabwesenheit oder Militärdienstes, ein Abzug stattzufinden habe, braucht nicht notwendig eine Verfügung getroffen zu sein. Vielmehr berechnet die Verwaltung den fällig werdenden Betrag unmittelbar auf Grund der dafür massgebenden Rechtssätze und Verfügungen und händigt ihn dem Bediensteten aus. Ist dieser nicht mit der Berechnung einverstanden, so ist es seine Sache, eine Entscheidung über die Streitfrage herbeizuführen.

b) andere Vermögensansprüche.

Neben dem Gehaltsanspruch gibt es andere vermögensrechtliche Ansprüche der öffentlichen Bediensteten, denen nicht der Charakter eines Entgelts für die Dienstleistung zukommt. [121]) Auch zu ihrer Begründung bedarf es eines Gesetzes oder einer Verfügung.

I. Der Ersatz von Auslagen, zu denen der Bedienstete in Erfüllung seiner Dienstpflicht unter Umständen

[121]) Vom Entschädigungsanspruch soll hier nicht weiter die Rede sein.

veranlasst ist, versteht sich nicht von selbst. Allerdings kann der Bedienstete kraft der Dienstgewalt nicht verpflichtet werden, für eine Amtshandlung, die mit Auslagen verbunden ist, sein Privatvermögen in Anspruch zu nehmen; er muss vielmehr zur Ausführung dieser Handlung dadurch in den Stand gesetzt werden, dass er die für die Deckung der Auslage nötige Summe ausbezahlt erhält oder dass ihm durch Verfügung deren Auszahlung zugesichert wird. Aber ohne eine solche Verfügung steht ihm kein Anspruch auf Ersatz von Auslagen zu, die er nach eigenem Entschluss bei Erfüllung dienstlicher Aufgaben gemacht hat. Solche Auslagen können ihm zurückvergütet werden; eine Ersatzpflicht besteht mangels einer Verfügung nur, wenn ein besonderer Rechtssatz sie begründet. Rechtssatzmässig pflegt die Vergütung von Reisekosten[122]) geordnet zu sein, und zwar in dem Sinne, dass der Anspruch von Gesetzes wegen entsteht, sobald die Reise im Interesse des Dienstes ausgeführt worden ist. Ob dies im Einzelfall zutrifft, entscheidet sich in der Regel nach dem dienstlichen Auftrag, die Reise zu unternehmen. Es gibt aber Bedienstete, die befugt sind, selber über das Vorhandensein eines dienstlichen Interesses zu entscheiden; diese dürfen die gesetzliche Reiseentschädigung liquidieren, ohne einen Auftrag nachweisen zu müssen, sie müssen aber im Streitfall den Zusammenhang der Reise mit ihren dienstlichen Verrichtungen dartun können. Für Reisen zum Dienstort kann regelmässig keine Vergütung beansprucht werden, auch dann nicht, wenn der Bedienstete ausserordentlicherweise während der dienstfreien Zeit erscheinen muss; wird er jedoch zu einer Unterbrechung eines Ferienaufenthalts gezwungen, so ist das als Dienstreise anzusehen, falls es sich nicht etwa darum handelt, Arbeiten nachzuholen, die vorher versäumt worden waren. Die Reiseentschädigung kann im Ersatz der nachgewiesenen Auslagen bestehen, für die Deckung des Unterhalts pflegen aber feste Zulagen (Taggelder) festgesetzt zu werden. — Für

[122]) BBeamten-Ges., Art. 44, lit. a.

seinen Unterhalt hat der Bedienstete im übrigen selbst aufzukommen, und erst recht darf er Dritten nicht ohne besondere Verfügung Unterhalt gewähren. Die Einladung von Gästen aus Höflichkeit muss daher stets von einer Stelle autorisiert sein, die befugt ist, öffentliche Mittel für solche Zwecke zu bewilligen.

Ähnlich wie die Vergütung von Reisekosten werden häufig Umzugskosten durch Rechtssatz zugesichert,[123]) während ohne eine solche Zusicherung der Bedienstete die Auslagen selbst zu tragen hat, die ihm beim Dienstantritt oder bei einer Versetzung durch den Umzug an seinen Dienstort erwachsen.

II. Die Gefahren, die mit der Dienstleistung verbunden sind, bilden Grund für eine andere Gruppe von Ansprüchen, die meist durch Gesetz geordnet sind.

Zunächst ist es möglich, dass diese Gefahren einfach durch die Gestaltung des Besoldungsanspruches berücksichtigt werden. So, wenn dem Bediensteten, der infolge der Dienstleistung erkrankt oder einen Unfall erleidet, die Fortzahlung der Besoldung zugesichert wird. Da dieser Anspruch aber meistens auch gewährt wird, wenn die Krankheit oder der Unfall nicht auf den Dienst zurückzuführen ist, tritt dabei der hier in Frage stehende Gesichtspunkt nicht hervor. Früher haben dagegen die öffentlichen Bediensteten, die der eidgenössischen Fabrikgesetzgebung unterstellt waren, wie alle andern dieser Gesetzgebung unterstellten Personen die Haftpflichtansprüche besessen, die sich aus dieser Gesetzgebung ergaben, und die öffentlichen Verwaltungen haben dieselben Ansprüche auch andern Bediensteten gewährt, die der Bundesgesetzgebung nicht unterstanden. Heute wird die Deckung gegen die mit dem Dienst verbundenen Gefahren namentlich auf dem Wege der Versicherung gesucht und erreicht. Noch viel grössere Bedeutung aber hat dieser Weg bei der Fürsorge für invalide Bedienstete und für die Familien Verstorbener.

[123]) BBeamten-Ges., Art. 44, lit. b.

Die besondern Anforderungen, die das Gemeinwesen an seine Bediensteten stellt, haben (im Auslande früher als in der Schweiz) vielfach die Überzeugung wachgerufen, dass der Bedienstete, der infolge dieser Beanspruchung invalid wird, über die Zeit seiner Dienstleistung hinaus die Fürsorge des Gemeinwesens geniessen sollte: zunächst für sich selber, dann aber auch für seine Hinterbliebenen. Die Gewährung von unmittelbaren Pensionsansprüchen für invalide Bedienstete und für die Hinterbliebenen verstorbener Bediensteter ist aber in der Schweiz auf Bedenken gestossen. Sie mochte als eine ungerechtfertigte Bevorzugung der Bürger scheinen, denen schon die Sicherheit ihres Anstellungsverhältnisses einen wesentlichen Vorzug gegenüber den Angestellten Privater gewährt. Deshalb wurde es meist als richtigere Lösung angesehen, dass das Gemeinwesen seinen Bediensteten die Möglichkeit verschaffe, sich und ihre Familien durch Versicherung vor der Not zu bewahren, die sie beim Fortfall der Besoldung bedrohen könnte; ja, es wurde für geboten erachtet, sie zu solcher Vorsorge zu verpflichten. Es werden zu diesem Zwecke besondere öffentliche Versicherungsanstalten (sog. Versicherungskassen) errichtet (und zwar regelmässig durch Gesetz), denen die Aufgabe überbunden ist, von den Bediensteten Prämien zu erheben, aus deren Ansammlung die erwünschten Fürsorgeleistungen bestritten werden sollen.

Man hat es hier mit einem besonderen Zweige des öffentlichen Versicherungsrechtes (der Sozialversicherung) zu tun, nicht mehr mit dem eigentlichen Beamtenrechte. Nur die Voraussetzungen für die Zugehörigkeit zu diesen Versicherungsanstalten und für die Leistungen, die den Versicherten und den Anstalten obliegen, werden durch Tatbestände bestimmt, die sich aus dem Dienstverhältnis ergeben. Deshalb wird auf diese Versicherungen hier nicht näher eingegangen. Einzig die Hauptfrage: welches die Voraussetzungen der Fürsorge seien, soll (im Zusammenhang mit der Auflösung des Dienstverhältnisses) behandelt werden.

Aus der Sozialversicherung entstehen sowohl dem Bediensteten, als auch der Versicherungsanstalt vermögensrechtliche Ansprüche, die dem öffentlichen Rechte angehören. Die Anstalt erhebt von den Versicherten Beiträge (Einkaufssummen und Prämien). Der Bedienstete hat einerseits Anspruch auf die von der Kasse in Aussicht gestellte Versicherungsleistung,[124]) andrerseits kann ihm ein Anspruch gegenüber dem Gemeinwesen auf Übernahme eines Teiles seiner Beiträge zustehen. Eine solche Leistung des Gemeinwesens ist nicht dem Bediensteten selber, sondern der Versicherungsanstalt auszurichten, der Bedienstete kann aber verlangen, dass sie erfolge und dass bei ihm nur die Differenz zwischen dem vollen für seine Versicherung nötigen Beitrag und dem Zuschuss, den das Gemeinwesen zu leisten hat, erhoben werde.

Auch für den Fall der Krankheit kann auf dieselbe Art für die öffentlichen Bediensteten gesorgt werden, sei es, dass ihnen von einer Versicherungskasse bei einer Erkrankung, während deren Dauer er keine Besoldung erhält, an deren Stelle ein Krankengeld gewährt wird, sei es, dass ihnen die Kasse die Kosten der Krankenpflege abnimmt. Kein öffentlichrechtlicher Anspruch steht dagegen in Frage, wenn sich das Gemeinwesen damit begnügt, seine Bediensteten zum Beitritt zu einer anerkannten Krankenkasse zu verpflichten (BBeamten-Ges., Art. 48, Abs. 5); das ist eine Pflicht, die nach ihrer rechtlichen Gestaltung der Kautionspflicht entspricht (s. oben S. 289a).

Derartige Versicherungsfürsorge wird regelmässig nur den Bediensteten in vollem Umfange zuteil, deren Dienst-

---

[124]) Ausserdem können ihm rein versicherungsrechtliche Ansprüche gegen die Kasse zustehen, wie z. B. der Anspruch auf Rückerstattung eines Teiles seiner Einzahlungen beim Ausscheiden aus der Versicherung; dieser Anspruch besteht auch dann, wenn der Versicherte wegen verschuldeter Entlassung aus der Versicherung ausscheidet. Er entsteht aber nicht, wenn der Versicherte bei seinem Ausscheiden eine Versicherungsleistung erhält. BGE vom 29. April 1929 i. S. Ackermann, Praxis 18, S. 176.

verhältnis auf die Dauer berechnet und daher gesetzlich geordnet ist.[125]) Für sie wird entweder im Beamtengesetz oder im Gesetz über die Versicherungskasse das Obligatorium des Beitritts festgesetzt, und es bedarf dann einer besondern gesetzlichen Ermächtigung, wenn die Verwaltung befugt sein soll, einen Bediensteten vom Beitritt zur Versicherung durch Verfügung zu befreien. Für andere Dienstverhältnisse wird entweder eine beschränkte Fürsorge durch die Versicherungskasse (z. B. nur für den Fall der Invalidität) gesetzlich vorgesehen, sei es im Beamtengesetz oder im Versicherungsgesetz, oder es kann der Verwaltung anheimgestellt sein, einem Bediensteten den Beitritt zur Versicherung durch die Anstellungsverfügung zur Pflicht zu machen. Auf solche Art werden möglicherweise auch Vertragsdienstpflichtige versichert; auch dadurch entstehen öffentliche Leistungspflichten und -ansprüche, die aber nicht auf dem Boden eines Dienstverhältnisses stehen, sondern auf dem des Anstaltsrechtes.

III. Da die öffentlichen Bediensteten je nach der Art ihrer Beschäftigung zum Kreise der Personen gehören, die nach dem Bundesgesetz über Kranken- und Unfallversicherung obligatorisch gegen Unfall versichert sind, hat sich das Bedürfnis ergeben, auch für Bedienstete, die diesem Gesetze nicht unterstellt sind, die Unfallfürsorge besonders zu regeln. Zwar geht ja die eidgenössische Unfallgesetzgebung davon aus, dass eine besondere Unfallgefahr, die eine Versicherung nötig mache, nur mit bestimmten Tätigkeiten verbunden sei; die öffentlichen Verwaltungen haben es aber vielfach für unmöglich erachtet, dass demjenigen Teile ihres Personals, für das diese spezifische Gefahr nicht besteht, keine Fürsorge zuteil werden sollte, wenn es dennoch von Unfällen betroffen würde. Dieser Zustand wäre um so unhaltbarer, als die nach Bundesrecht obligatorisch Versicherten nicht nur bei Betriebsunfällen, sondern auch bei Nichtbetriebs-

[125]) Vgl. hierüber S. 423a.

unfällen Versicherungsleistungen erhalten. Die Gefahr, ausserhalb des Dienstes von Unfällen betroffen zu werden, hängt natürlich in keiner Weise mit der Betriebsgefahr zusammen, und deshalb zieht die Versicherung gegen Nichtbetriebsunfall, die den obligatorisch Versicherten nach Bundesrecht gewährt ist, fast notwendig nach sich, dass auch den übrigen Bediensteten bei Nichtbetriebsunfall Fürsorge zu gewähren ist — jedenfalls denen, die derselben sozialen Schicht angehören, wie die Grosszahl der nach Bundesrecht Versicherten. So hat die Stadt Zürich z. B. allen ihren vollbeschäftigten Arbeitern Fürsorge bei Betriebsunfall und bei Nichtbetriebsunfall zugesichert, ebenso den Beamten und Angestellten, die besonderer Unfallgefahr ausgesetzt sind (während die übrigen Beamten und Angestellten nur gegen Betriebsunfall versichert werden). Noch weiter ist Basel-Stadt gegangen, wo jeder Bedienstete bei Betriebsunfall die im Bundesrecht vorgesehenen Leistungen erhält, und wo die im Bundesrecht für Nichtbetriebsunfälle bestimmten Leistungen allen ständigen Beamten, Angestellten und Arbeitern und einem grossen Teil der nichtständigen zugute kommen.

IV. Die Tatbestände, für welche diese verschiedenen Versicherungen gelten, decken sich vielfach. Der Unfall zieht regelmässig eine Erkrankung nach sich; Unfall und Krankheit können die Dienstunfähigkeit des Bediensteten herbeiführen, die zur Entstehung seines Pensionsanspruches führt oder seinen Tod verursachen, wodurch die Ansprüche seiner Hinterbliebenen ausgelöst werden. Nimmt man hinzu, dass noch Ansprüche an die Militärversicherung — einen andern Zweig der Sozialversicherung — und Ansprüche an eine allgemeine Alters- und Hinterbliebenenversicherung hinzukommen können, so steht man vor einem Gewirr von Forderungen, dessen Abwicklung die mannigfaltigsten Schwierigkeiten bereitet. Zum Leitfaden mag dienen, dass regelmässig die Ansprüche, die auf besondern Versicherungen — Beamtenversicherungskassen — beruhen, nur dann gewährt werden, wenn

und soweit der Versicherte nicht Anspruch auf Leistungen einer allgemeinen Versicherung hat, und dass regelmässig die Leistungen, die für den Fall der Krankheit vorgesehen sind, nicht gewährt werden, wenn die Krankheit durch einen Unfall herbeigeführt wurde, für den Unfallentschädigungen erhältlich sind. Wird ein Bediensteter infolge eines Unfalles dienstunfähig, so lässt sich die Frage verschieden beantworten, ob er neben der von der allgemeinen Versicherung gewährten Invalidenrente noch Pension erhalten soll. Eine Lösung wäre die, zu sagen, es sei die Invalidenrente zu leisten und sie sei, wenn nötig, auf Rechnung der Pensionsversicherung bis zum Betrage der Pension zu ergänzen; denn es bestehe kein Grund, dem durch Unfall dienstunfähig Gewordenen eine bessere Versorgung zu gewähren als dem durch Alter oder Krankheit Betroffenen. Eine andere Lösung ist die, dass beide Leistungen gewährt werden, dass sie zusammen jedoch nicht mehr betragen sollen, als die letzte Besoldung, und dass die Pension gekürzt werde, wenn diese Grenze überschritten würde. Dabei bleibt es bei der — im schweizerischen Recht nun einmal eingeführten — Bevorzugung der von einem Unfall Betroffenen. Bei der Einführung einer allgemeinen Altersversicherung müsste man wohl ebenfalls nach diesem Grundsatze verfahren.

Ein besonderes Problem ergibt sich bei der Unfallversicherung aus dem Verhältnis zwischen der Invalidenrente und der Besoldung, wenn der Bedienstete nach dem Unfall in der frühern Stellung weiterbeschäftigt wird. Er hat trotzdem Anspruch auf eine Invalidenrente nach Versicherungsrecht, aber da sein Besoldungsanspruch während der Amtsdauer nicht herabgesetzt werden kann, besteht die Möglichkeit, dass er nach dem Unfalle ein höheres Einkommen bezieht, als vorher. Nach dem Bundesgesetz könnte dieser Umstand eine Umgestaltung des Dienstverhältnisses (BBeamten-Ges., Art. 55) rechtfertigen. Ob aber da, wo keine derartige Vorschrift besteht, eine Herabsetzung der Besoldung rechtmässig erfolgen könnte

und ob im Falle unrechtmässiger Herabsetzung die Rente als Entschädigung angesehen würde, erscheint als höchst zweifelhaft, namentlich dann, wenn die Rente einen durch Prämienzahlung erworbenen Anspruch darstellt.

c) Vermögensleistungen ohne Rechtsanspruch.

Nicht alle Vermögensleistungen an die Bediensteten, die dem Beamtenrechte bekannt sind, erfolgen auf Grund eines subjektiven Rechtes, das dem Bediensteten durch Gesetz oder Verfügung eingeräumt wäre. In nicht ganz geringem Umfange pflegen die Gesetze und pflegt die Praxis Zuwendungen an das Personal der öffentlichen Verwaltung vorzusehen, auf deren Entrichtung der einzelne selbst dann keinen Anspruch hat, wenn die Voraussetzungen der Entrichtung eingehend geregelt sind. Um Schenkungen im Sinne des Privatrechts handelt es sich dabei regelmässig nicht, wenn auch eigentliche Geschenke gelegentlich vorkommen. Solche ausserordentliche Zuwendungen stehen vielmehr rechtlich den „Staatsbeiträgen" gleich, die der schweizerischen Verwaltungspraxis so wohlbekannt sind. Sie werden nicht aus Liberalität, sondern in Verfolgung der Aufgaben vollzogen, die der öffentlichen Verwaltung obliegen und haben insbesondere den Zweck, die Bediensteten zu pflichtgetreuer Arbeit anzuspornen oder auch Härten auszugleichen, die sich für die Bediensteten aus der Durchsetzung des öffentlichen Interesses ergeben können. Das Bundesbeamtengesetz kennt eine ganze Anzahl solcher Zuwendungen (Prämien, Belohnungen, besonderer Besoldungsnachgenuss, Unterstützungen, Dienstaltersgeschenk); allerdings lässt es der Verwaltung die Möglichkeit, den Bediensteten auf einzelne dieser Leistungen einen Rechtsanspruch einzuräumen. Wo das aber nicht geschehen ist oder wo das Gesetz es ausschliesst, steht ihre Gewährung im freien Ermessen der zuständigen Behörde. Ist die Zuständigkeit nicht besonders bestimmt, so entscheidet sie sich nach den Vorschriften, die die Entscheidung über die öffentlichen Gelder regeln.

Die Leistung wird durch Verfügung festgesetzt. Eine solche Verfügung ist jederzeit widerruflich, es erwächst dem Bediensteten daraus kein subjektives Recht auf ihren Fortbestand für die ganze in Aussicht genommene Zeitdauer. Dagegen kann die Verfügung nicht ex tunc aufgehoben werden, wenn sich erweist, dass der gesetzlich geforderte Tatbestand nicht erfüllt war oder dass die Leistung unrichtig festgesetzt wurde, es wäre denn, dass der Bedienstete die Leistung durch falsche Angaben erschlichen hätte. In diesem Falle schuldet er Schadenersatz nach den Grundsätzen über seine vermögensrechtliche Verantwortung. Dagegen wäre keine Rückforderung möglich, wenn z. B. ein Beamter, der wegen Bedürftigkeit nach Art. 47 des Bundesgesetzes den Betrag eines Jahresgehaltes als Besoldungsnachgenuss (in einem Male) ausbezahlt erhalten hat, während der Dauer des auf seinen Austritt folgenden Jahres unvermutet in günstige Verhältnisse gelangt.

Eine ähnliche Erscheinung bilden Naturalleistungen, die den Bediensteten etwa gewährt werden, um ihnen die Dienstleistung zu erleichtern (Abgabe von Getränk bei anstrengender Arbeit, Verpflegung bei aussergewöhnlicher Inanspruchnahme).

d) Tilgung, Abtretung und Rückforderung von Vermögensleistungen.

I. Vermögensansprüche, die aus dem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis entspringen, sind an und für sich der Verrechnung zugänglich. Die Verrechnung ist auch im öffentlichen Rechte eine zulässige Form der Tilgung. Indessen kann sie von den Parteien des öffentlichen Dienstverhältnisses nur vorgenommen werden, wenn sie entweder durch das Gesetz oder durch Verfügung vorgesehen ist. Wenn dies ohne nähere Regelung geschehen ist, so darf man annehmen, es seien dafür die Normen des Obligationenrechtes massgebend. Bestimmt aber das Gesetz oder die Anstellungsverfügung, dass irgendeine

dem Bediensteten obliegende Leistung durch einen Abzug an der Besoldung erfüllt werden solle, so kann sich der Bedienstete nicht auf Art. 125, Z. 2, OR berufen und einwenden, der ihm auszuzahlende Restbetrag sei für seinen Unterhalt zu gering. Eingehend (aber nicht mit aller wünschenswerten Klarheit) ist die Verrechnung im Bundesgesetze geregelt worden. Der Bund darf nach Art. 46 seine Ansprüche auf Leistungen an Versicherungskassen, auf Entschädigungen für Dienstwohnungen und auf Bussen unbeschränkt mit den Besoldungsansprüchen verrechnen (wozu auch die Ansprüche auf Besoldungsnachgenuss zu zählen sind); dagegen gilt für die Verrechnung anderer Ansprüche das Obligationenrecht, also insbesondere die Beschränkung von Art. 125, Ziffer 2; das ist bedeutsam für Schadenersatzansprüche, die deswegen nicht unbeschränkt zur Verrechnung gelangen können. Noch weiter beschränkt ist die Verrechnung von Schadensersatzansprüchen gegenüber dem Anspruch des Bediensteten und seiner Hinterbliebenen auf Leistungen aus den Versicherungskassen (Art. 48, Abs. 4); sie dürfen gegenüber den Hinterbliebenen überhaupt nicht, gegenüber dem Bediensteten selber nur dann verrechnet werden, wenn er den Schaden absichtlich verursacht hat.

Das Gesetz lässt unklar, ob seine Verrechnungsvorschriften nur für die aus dem Beamtenverhältnis entspringenden Ansprüche gelten und wie es mit der Befugnis des Beamten stehe, seinerseits eine Verrechnung vorzunehmen. Die erste Frage ist zu bejahen; das Gesetz trifft keine Anordnungen über die rechtliche Behandlung von Vermögensansprüchen, die zwischen dem Bunde und seinen Beamten aus andern Gründen, als infolge des Dienstverhältnisses bestehen könnten (Verrechnung der Besoldung mit der Kriegssteuer ist daher z. B. unzulässig). Während aber für Vermögensansprüche aus dem Dienstverhältnis dem Bunde die Verrechnung allgemein zusteht, so hindert der Hinweis auf das Obligationenrecht, der in Art. 46, Abs. 2, enthalten ist, den Beamten, auch seiner-

seits für solche Ansprüche (z. B. einen Anspruch auf Vergütung für eine Erfindung) Verrechnung geltend zu machen. Denn ihm steht Art. 125, Ziffer 3 OR im Wege.

Ist die Verrechnung nicht durch Gesetz oder Verfügung vorgesehen, so ist sie für den Bediensteten schon nach der eben erwähnten Bestimmung des Obligationenrechtes ausgeschlossen, falls die Vermögensleistung, die er zu tilgen wünscht, auf dem öffentlichen Rechte beruht. Ist freilich die Schadensersatz- oder Regressleistung formal als Zivilrechtsanspruch gestaltet, so kann sie der Schuldner durch Verrechnung tilgen.

Die Verwaltung braucht für die Verrechnung ihrer öffentlichrechtlichen Verpflichtungen ebenfalls einer besondern Ermächtigung, obschon sich dies aus Art. 125 OR nicht ergibt.[126]) Sie muss den Gehalt voll auszahlen, auch wenn ihr ein Anspruch auf Schadensersatz zusteht oder wenn der Bedienstete eine Steuer schuldig ist. Die Auffassung, dass das Institut der Verrechnung auch im öffentlichen Rechte ohne weiteres verwendbar sei, ist nicht haltbar, denn das Gesetz erteilt der öffentlichen Verwaltung auf der einen Seite regelmässig ausdrückliche Weisung dafür, auf welchem Wege sie ihre Ansprüche durchzusetzen habe, und auf der andern Seite würde es dem Charakter der Besoldung als eines Versorgungsanspruchs widerstreiten, wenn man der Verwaltung die Befugnis zuerkennen wollte, nach ihrem Ermessen Gegenforderungen damit zu verrechnen. Dieses Bedenken wird durch die Erwägung nicht zerstreut, dass auch nach Obligationenrecht bei der Verrechnung das Unterhaltsbedürfnis respektiert werden muss. Denn auch mit dieser Beschränkung wäre es ein Verstoss gegen die Grundsätze über die Steuererhebung, wenn die Verwaltung die Steuern ihrer Bediensteten durch Verrechnung erhöbe. Das bedarf gesetzlicher Anordnung; denn auch durch Verfügung könnte die Verwaltung sich die Verrechnung von Steuerforderungen nicht sichern, die Verfügung ist zu diesem Zwecke nur verwendbar, soweit es sich um

[126]) A. M. Müller, a. a. O. S. 55.

Ansprüche aus dem Dienstverhältnis selber handelt. — Praktisch besteht natürlich für die Verrechnung ein viel grösseres Anwendungsgebiet; denn mit Zustimmung des Bediensteten ist sie jederzeit möglich und sie ist dem Bediensteten für die Tilgung seiner Verpflichtungen häufig bequemer, als wenn er den geschuldeten Betrag in bar aufbringen müsste.

II. Ähnliches, wie von der Verrechnung, wäre von der Verjährung der Forderungen aus dem Dienstverhältnis zu sagen. Auch hierfür finden die Vorschriften des Obligationenrechts nicht ohne weiteres Anwendung. Die Erörterung der Frage, ob und in welchen Fristen solche Forderungen beim Stillschweigen des Gesetzes (das Bundesgesetz enthält keine Vorschrift) untergehen, kann aber, da sie von geringer praktischer Bedeutung ist, unterbleiben. Baselstadt hat für öffentlichrechtliche Forderungen eine Verjährungsfrist von zehn Jahren allgemein festgesetzt.[126a])

III. Die öffentlichen Bediensteten vermögen über die ihnen zustehenden vermögensrechtlichen Ansprüche regelmässig zu verfügen, sie können sie Dritten abtreten und können sie verpfänden. Diese Verfügungen geschehen durch privatrechtliche Geschäfte, denn sie betreffen einen Bestandteil des Privatvermögens des Bediensteten; dass ihm dieser Teil kraft öffentlichen Rechtes zusteht, berührt seine Verfügungsbefugnis nicht. Dagegen kann ihm das öffentliche Recht diese Befugnis entziehen. Das steht auch dem kantonalen Rechte zu, weil das Bundesprivatrecht die Gestaltung der auf dem kantonalen öffentlichen Rechte beruhenden Forderungen nicht regelt. Der Kanton vermag daher zu bestimmen, ob er eine seinem Beamten geschuldete Leistung auch einem Dritten gewähren wolle, dem sie sein Gläubiger abgetreten hat, während er allerdings die Durchführung einer Abtretung oder einer Verpfändung, falls er sie an und für sich anerkennt, nicht zu regeln

---

[126a]) Einf.-Ges. z. ZGB, § 212.

befugt ist, und während er nicht in der Lage ist, den Anspruch der Zwangsvollstreckung zu entziehen, die zugunsten eines Dritten angehoben wird, da das Betreibungs- und Konkursrecht seiner Zuständigkeit entrückt ist. Abtretung und Verpfändung pflegen namentlich für Versicherungsleistungen ausgeschlossen zu werden (Art. 8 der Statuten der Versicherungskasse für die Bundesbeamten; vgl. aber auch BBeamten-Ges., Art. 47 betr. Besoldungsnachgenuss, Art. 56 betr. Unterstützungen).

IV. Die Bediensteten können (wenn nichts anderes festgesetzt ist) auf ihre vermögensrechtlichen Ansprüche nicht in dem Sinne Verzicht leisten, dass der Anspruch als solcher unterginge. Denn die dem Bediensteten zustehende Leistung liegt dem Gemeinwesen nicht nur im Interesse des Bediensteten, sondern zur Sicherung des geordneten Ganges der Verwaltung ob; es könnte es nicht darauf ankommen lassen, dass der Bedienstete einmal nicht mehr in der Lage ist, seinen Dienst fortzuführen, weil er infolge eines frühern Verzichtes keine Besoldung mehr zu beanspruchen hat. Verzichtet dagegen ein Bediensteter ausdrücklich darauf, eine verfallene Besoldungsrate zu beanspruchen, oder ist aus frühern Erklärungen zu schliessen, dass er in der Absicht des Verzichts die Erhebung verfallener Beträge unterlassen hat, so ist eine Nachforderung ausgeschlossen.[127])

V. Zuwendungen, die einem Bediensteten grundloserweise[128]) zugekommen sind, können auch im öffentlichen Rechte gemäss den Grundsätzen der Kondiktion zurückgefordert werden. Diese Grundsätze finden aber keine Anwendung, wenn etwa einem Bediensteten von seinem Jahresgehalt bei einer Monatszahlung eine zu grosse Rate

[127]) Für die Nachforderung von Pensionsleistungen kommen unter Umständen besondere Grundsätze in Betracht. Vgl. unten S. 431a.

[128]) Nicht grundlos sind Zuwendungen, die durch Verfügung festgesetzt worden sind, auch wenn sich später erweist, dass die Behörde sich über den Tatbestand geirrt hat; vgl. oben S. 390a.

ausgehändigt worden ist; in diesem Falle kann, ohne Rücksicht darauf, ob der Empfänger noch bereichert sei, die nächste fällige Rate entsprechend gekürzt werden, da er für die bis zu deren Fälligkeit geleisteten Dienste die ihm zustehende Vergütung ganz oder teilweise schon im voraus erhalten hat. Das gilt auch für ungerechtfertigte Zulagen und gilt ferner auch dann, wenn an Stelle der Besoldung eine zu ihrem Ersatz bestimmte Leistung ungerechtfertigterweise erfolgt sein sollte; hat z. B. ein Bediensteter für eine bestimmte Periode statt der Besoldung das für diesen Fall vorgesehene Krankengeld bezogen und erweist sich, dass er gar nicht krank war, sondern eigenmächtig den Dienst aussetzte, so ist die Verwaltung befugt, ihm die nächste fällige Besoldungsrate entsprechend zu kürzen, sie ist nicht darauf angewiesen, das Krankengeld zurückzufordern.[129])

Dagegen kommt nur Rückforderung in Frage, wenn sich erweist, dass Auslagen vergütet wurden, die in Wirklichkeit nicht geschuldet waren. Diese Leistungen hat der Bedienstete nicht als Entgelt für die in einer bestimmten Periode geleisteten Dienste erhalten und sie können daher nicht auf das laufende Entgelt angerechnet werden. Der Rückforderungsanspruch gehört dem öffentlichen Rechte an und ist daher gegenüber einem Bundesbeamten vom eidgenössischen Verwaltungsgericht zu beurteilen.

e) Streitigkeiten.

I. Streitigkeiten über die Vermögensleistungen, die auf Grund des Dienstverhältnisses beansprucht werden, sind, wie früher dargelegt, vom Zivilrichter zu ent-

[129]) Anders hat das baselstädtische Verwaltungsgericht in einem Fall entschieden, wo ein im Dienst eingestellter Beamter ungerechtfertigterweise Krankengeld wegen eines Nichtbetriebsunfalles bezogen hatte (vgl. oben S. 344a). Es erklärte, es dürfe keine Kürzung der nächsten fälligen Besoldungsrate stattfinden, sondern es stehe der Verwaltung nur ein Rückforderungsanspruch zu.

scheiden;[129a]) erst in neuerer Zeit ist in einzelnen Kantonen und im Bunde dafür die Verwaltungsgerichtsbarkeit geschaffen worden. Ihrer innern Natur nach sind die vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem öffentlichen Dienstverhältnis nicht in höherem Masse richterlichen Schutzes bedürftig als andere subjektive öffentliche Rechte. Deshalb führt die Einrichtung von Verwaltungsgerichten keineswegs notwendigerweise dazu, dass Streitigkeiten über die vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem Dienstverhältnis unmittelbar an die Verwaltungsgerichte gelangen. Es ist vielmehr durchaus möglich, die Entscheidung darüber in erster Linie der Verwaltung selber zu übertragen und die Anrufung des Richters nur für den Fall vorzusehen, dass sich der Bedienstete durch die Verwaltungsentscheidung verletzt fühlt. Das ist der Weg, den die baselstädtische Gesetzgebung eingeschlagen hat, während andere Rechte, vor allem das Bundesrecht, das Verwaltungsgericht als einzige Instanz für die Entscheidung über solche Streitigkeiten bezeichnen. Wo das Gericht die einzige Instanz bildet, hat sich die Verwaltung mit dem gegen sie erhobenen Streit natürlich ebenfalls zu befassen, aber sie hat dabei ausschliesslich die Rolle einer Partei und was sie vorkehrt, vermag der Streitentscheidung nicht vorzugreifen. Daraus ergeben sich besonders zwei Folgerungen.

In erster Linie ist es kein Erfordernis, dass die Verwaltung sich über das Rechtsbegehren, das der Bedienstete gegen sie beim Richter einreicht, zuvor ausgesprochen habe: es genügt, dass sie es tatsächlich nicht gutgeheissen, sondern geschwiegen hat. In dieser Hinsicht enthält allerdings das eidgenössische Verwaltungsrechtspflegegesetz einen Vorbehalt (Art. 20); es kann durch Verordnung verfügt werden, dass eine Klage gegen den Bund erst zulässig sei, wenn eine bestimmte Verwaltungsinstanz zu dem erhobenen Anspruch „Stellung genommen" (und ihn abgewiesen) hat. Doch ist auch diese Stellungnahme

[129a]) BGE 41 II 180; 46 I 150; 49 II 417.

eine Parteihandlung, keine Verfügung oder Entscheidung, der Rechtsverbindlichkeit zukäme. Sie kann freilich in einer Verfügung zum Ausdruck kommen: dann nämlich, wenn für die Entstehung des Anspruches eine Verfügung erforderlich ist (z. B. Festsetzung der Anfangsbesoldung, Festsetzung der Besoldungserhöhung bei einer Beförderung, BBeamten-Ges. Art. 39, Abs. 1, 41, Abs. 1). Hat die zur „Stellungnahme" zuständige Behörde in diesen Fällen ihre Verfügung getroffen, nachdem der Bedienstete seinen Anspruch bei ihr geltend gemacht hatte, so liegt in der Verfügung zugleich auch die Stellungnahme gegenüber dem Anspruch.

Zweitens gibt es gegen die Verfügungen, die von der Verwaltung in bezug auf die der richterlichen Kognition unterworfenen Ansprüche getroffen werden, keinen Rekurs innerhalb der Verwaltung; denn im Streitfall ist eben der Richter zuständig; es kann nur die einfache Beschwerde ergriffen werden, durch welche die höhere Instanz auf eine Gesetzwidrigkeit hingewiesen wird. Der eben angeführte Art. 20 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes gewährt indessen dem Bediensteten einen Anspruch darauf, dass sich die zur Stellungnahme zuständige Behörde mit seiner Forderung befasse, nicht um darüber zu entscheiden, sondern um ihn wissen zu lassen, ob er genötigt sei, sich an den Richter zu wenden.

II. Ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der einen oder der andern Form für die aus dem öffentlichen Dienstverhältnis entspringenden vermögensrechtlichen Ansprüche eingeführt, so ergibt sich von selber das Postulat, dass sämtliche öffentlichrechtlichen Ansprüche dieser Art vor den Richter sollten gezogen werden können. Für das Bundesrecht hat dieses Postulat weniger Bedeutung als für das kantonale; denn der Kanton hat neben den eigenen öffentlichen Bediensteten auch die der Gemeinden und anderer öffentlichen Körperschaften zu berücksichtigen. Was aber das Bundesrecht anbelangt, so hat die Gesetzgebung nur einen Teil der Ansprüche unmittelbar der

richterlichen Beurteilung unterstellt, die in Betracht fallen können. Die Ansprüche der Personen nämlich, die vom Bunde nicht in der Eigenschaft als Beamte angestellt sind, können vom Verwaltungsgericht nur beurteilt werden, sofern es sich um Leistungen einer Versicherungskasse handelt oder sofern in den Vorschriften über die Ordnung ihres Dienstverhältnisses die Anrufung des Verwaltungsgerichts zugelassen ist (BBeamten-Ges. Art. 62).

Es ist möglich, dass solche Personen durch Dienstvertrag dem Bunde verpflichtet werden. Dann steht ihnen im Streitfalle der Richter zur Verfügung.[130]) Es ist aber auch möglich, sie in öffentlichrechtlichem Dienstverhältnis anzustellen; wenn das geschieht, so besteht keine Rechtfertigung dafür, ihnen den Zugang zum Verwaltungsgericht abzuschneiden. Wird er ihnen durch die bundesrätlichen Vorschriften (Art. 62 BBeamten-Ges.) nicht geöffnet, so kann auch in der Anstellungsverfügung die Anrufung des Bundesgerichts nicht ermöglicht werden, denn die Anstellungsbehörde ist an die bundesrätlichen Vorschriften gebunden. Für die Geltendmachung ihrer Ansprüche steht ihnen aber auch der Weg zum Zivilrichter nicht offen, sondern sie sind auf den Weg der Verwaltungsbeschwerde nach den allgemeinen Vorschriften angewiesen, der für sie beim Bundesrate endigt (Verwaltungsrechtspflegegesetz, Art. 22 ff.). Denn durch die Regelung, die die Verwaltungsrechtspflege im Gesetze erhalten hat, ist die Zuständigkeit des Zivilrichters zur Beurteilung von

[130]) Es bleibt für sie nur unklar, ob Streitigkeiten über Prämien, die sie an die Versicherungskassen des Bundes zu leisten haben, vor das eidgenössische Verwaltungsgericht gehören, da weder der Wortlaut von Art. 60 und 62 des Beamtengesetzes, noch der von Art. 17 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes diese Streitigkeiten einschliesst. Die Frage muss trotzdem bejaht werden; es handelt sich um öffentlich-rechtliche Ansprüche, wie bei den Kassenleistungen; die Annahme, dass darüber der Zivilrichter entscheiden sollte, erscheint als innerlich unhaltbar. In jedem Falle sind die Prämien bundesrechtliche Abgaben im Sinne von Art. 4 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes.

Ansprüchen, die auf dem öffentlichen Rechte des Bundes beruhen, gänzlich abgeschnitten.

III. Die gerichtliche Überprüfung der Vermögensansprüche beschränkt sich regelmässig auf die Frage, ob dem Bediensteten (oder dem Gemeinwesen) ein subjektives Recht auf eine Vermögensleistung zustehe und, wenn ja, in welchem Umfang die Leistung geschuldet sei. Soweit die Gewährung solcher Leistungen in das Ermessen der Behörden gestellt ist, unterliegen sie daher dieser Überprüfung nicht.[131]) Dem freien Ermessen ist aber in bezug auf die Bestimmung der Besoldungshöhe, der Zulagen, beim Entscheide über Besoldung im Urlaub, über Besoldungsnachgenuss usw. ein weiter Spielraum gewährt. Wenn sich der öffentliche Bedienstete durch die Verfügungen benachteiligt fühlt, welche von der Behörde nach ihrem Ermessen getroffen werden, so kann er nur vom Rekursrechte Gebrauch machen, das ihm die Anrufung der obern Verwaltungsinstanzen gestattet. Ein solcher Rekurs ist auch neben der Anrufung des Richters möglich und zulässig, gerade weil sich der Richter mit der Frage, die darin aufgeworfen wird, nicht zu befassen hat. Ein Bundesbeamter z. B., der sich beim Richter darüber beschwert, dass er die seinem Dienstjahr entsprechende Besoldung nicht erhalte, kann gleichzeitig bei den obern Verwaltungsbehörden darüber Beschwerde führen, dass seine Besoldung trotz besonderer Leistungen nicht ausserordentlicherweise über den gesetzlichen Betrag hinaus gesteigert worden sei (BBeamten-Ges., Art. 41, Abs. 5).

---

[131]) Nach baselstädtischem Rechte freilich kann das Verwaltungsgericht auch in diesen Fällen angerufen werden mit dem Ersuchen um Entscheidung darüber, ob 1. die gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche Leistung vorhanden seien, 2. ob die Leistung willkürlich verweigert werde. Ist nur der erste dieser Punkte streitig, so fällt der Rekurs dahin, wenn die Verwaltung erklärt, sie müsse die Leistung (kraft ihres Ermessens) auch dann verweigern, wenn die Voraussetzungen als gegeben zu erachten wären. Gesetz betr. die Verwaltungsrechtspflege v. 14. Juni 1928, § 9.

Dem Verwaltungsgericht steht, wenn es den Umfang eines Anspruches zu überprüfen hat, auch der Entscheid darüber zu, ob die Verrechnung mit einem Gegenanspruche zulässig sei, sofern auch der Gegenanspruch dem öffentlichen Rechte angehört und seiner Gerichtsbarkeit nicht sonst entzogen ist. Soll ein bestrittener zivilrechtlicher Anspruch durch Verrechnung mit einem öffentlichrechtlichen Anspruche getilgt werden, so muss zunächst über den Zivilanspruch entschieden sein. Ist er aber festgestellt, so hat das Verwaltungsgericht zu entscheiden, ob Verrechnung geschehen dürfe. Nach Bundesrecht kann das Verwaltungsgericht Streitigkeiten über Verrechnung der Besoldung mit den Beiträgen des Beamten an die Versicherungskassen schon darum entscheiden, weil diese Verrechnung im Beamtengesetze vorgesehen ist und die daraus resultierende Minderung des Besoldungsanspruchs daher auf dem Beamtenrechte beruht.[132])

Ebenso verhält es sich, wenn an der streitigen Vermögensleistung eine andere anzurechnen ist, z. B. eine Unfallentschädigung an der Pension, und wenn für die beiden Ansprüche die Gerichtsbarkeit verschieden geregelt ist. So entscheidet nach basel-städtischem Recht das Versicherungsgericht über Ansprüche der nicht dem eidgenössischen Obligatorium unterstellten Bediensteten aus Unfall, trotzdem diese Ansprüche gegen den Kanton, nicht gegen die eidgenössische Versicherungsanstalt gehen, während über die Pension, die infolge des gleichen Unfalles entrichtet werden muss, das Verwaltungsgericht zu urteilen hat.

---

[132]) Für den Fall aber, dass einmal ein solcher Beitrag nicht durch Verrechnung eingebracht werden könnte, bietet jedenfalls Art. 4 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes die Lösung. Doch scheint es richtiger, auch in diesem Fall die Klage nach Art. 17 zuzulassen.

Die Beendigung des Dienstverhältnisses.

§ 13. Ablauf und Untergang des Dienstverhältnisses.

Das öffentliche Dienstverhältnis erreicht von Rechts wegen sein Ende entweder durch den Ablauf der Zeit, für welche es nach Gesetz oder Anstellungsverfügung errichtet worden war, oder durch Kündigung, falls es nach Gesetz oder Anstellungsverfügung auf Kündigung gestellt ist. Unabhängig vom Zeitablauf oder von einer Kündigung wird es aber ausserdem beendigt durch den Tod des Bediensteten, durch den Eintritt besonderer gesetzlicher Endigungsgründe und durch die Aufhebung des Amtes. Diesen von selbst wirkenden Endigungsgründen tritt gegenüber die Auflösung des Dienstverhältnisses durch behördliche Verfügung (Rücknahme der Anstellung).

I. Wenn die Amtsdauer abgelaufen ist, so hat das Dienstverhältnis das Ende gefunden, das ihm von Anfang an bestimmt war. Der Bedienstete verliert seine Stelle nicht durch eine Verfügung, sondern dadurch, dass keine neue Verfügung ergeht, die ihn auf eine neue Amtsdauer anstellte. Kein Rechtssatz verpflichtet in der Regel die Verwaltung dazu, das Dienstverhältnis bei seinem Ablaufe zu erneuern; ob das geschehen soll, steht völlig in ihrem Ermessen, und die rechtliche Lage ist genau dieselbe, wie wenn das Amt aus einem andern Grunde frei geworden wäre. Nur darin liegt ein Unterschied, dass die Verwaltung dann, wenn sie sich dazu entschliesst, den gleichen Bediensteten auf eine neue Amtsdauer wieder anzustellen, nicht genötigt zu sein pflegt, für die Besetzung der Stelle neuerdings eine Konkurrenz zu eröffnen. Darin spricht sich die Meinung des Gesetzes aus, dass der bisherige Inhaber auf eine Bevorzugung bei der Neubesetzung des Amtes rechnen dürfe. Aber eine rechtliche Sicherung bietet ihm das nicht.

Der auf Amtsdauer angestellte Bedienstete ist unter diesen Umständen in einer ungünstigen Lage, wenn das Ende seiner Amtsdauer herannaht. Während derjenige,

dessen Dienstverhältnis durch eine Kündigung aufgehoben werden kann, von der Absicht des Dienstherrn, ihn nicht weiter zu beschäftigen, zum voraus Kenntnis erhält und sich während der Kündigungsfrist nach einer andern Beschäftigung umsehen kann, hat der Bedienstete beim System der Amtsdauer an und für sich keinen Anspruch darauf, dass die vorgesetzte Behörde ihm ihre Absichten zum voraus kundgebe; es bedarf keiner Verfügung, um sein Dienstverhältnis zur Beendigung zu bringen. Doch kann durch Gesetz oder durch Verwaltungsanordnung dafür gesorgt werden, dass dieser Nachteil vermieden werde, und gewiss ist es billig, den Bediensteten rechtzeitig, vor dem Ablauf der Amtsdauer, davon zu benachrichtigen, ob er auf eine „Amtsbestätigung" rechnen dürfe oder nicht. So verlangt das BBeamtengesetz, die „verfügte Nichtwiederwahl" sei dem Betroffenen spätestens drei Monate vor Ablauf der Amtsdauer schriftlich mitzuteilen (Art. 57). Eine derartige Bestimmung ist nicht als eine blosse Ordnungsvorschrift aufzufassen, hat aber im Zweifel auch nicht den Sinn, dass sich bei Nichteinhaltung der Frist das Dienstverhältnis von Gesetzes wegen auf eine neue Amtsdauer verlängere. Das Bundesgesetz verlangt, es sei in jedem Fall von der Wahlbehörde über die Ernennung des Dienstverhältnisses zu entscheiden. Vielmehr ist die Wirkung die, dass die Amtsdauer zwar auch beim Ausbleiben der geforderten Entscheidung abläuft, dass aber das Dienstverhältnis von Gesetzes wegen trotz dem Ablaufe der Amtsdauer fortbesteht, bis die Entscheidung über die Frage der Erneuerung ergangen ist. Bis zu dieser Entscheidung bleibt der Betroffene öffentlicher Bediensteter, aber die Wahlbehörde kann frei verfügen, ob er entlassen oder aber auf eine neue Amtsdauer im Dienst behalten werden solle. Nach baselstädtischem Gesetz hat die Nichtbeachtung des Termins ausserdem zur Folge, dass der Bedienstete im Fall der Entlassung eine Entschädigung beanspruchen kann, die in der Fortzahlung des Gehaltes auf drei Monate

von der Beschlussfassung über seine Nichtbestätigung besteht.[133]) Das Bundesgesetz sieht einen solchen Entschädigungsanspruch nicht vor; er muss aber dennoch auch dem Bundesbeamten zuerkannt werden, denn der Grundsatz, dass bei ungerechtfertigter Entlassung Entschädigung geschuldet werde, hat als allgemeiner Grundsatz des Bundesrechts zu gelten, trotzdem er nur in den Art. 54 und 55 ausgesprochen wird.

Der Bedienstete, dem die Amtsbestätigung verweigert wird, kann sich wohl bei der höhern Verwaltungsbehörde über diese Massnahme beschweren. Eine solche Beschwerde hat aber nicht die Wirkung, dass der Lauf der Amtsdauer aufgehoben würde, auch wenn im allgemeinen der Beschwerde im Instanzenzug der Verwaltungsbehörden Suspensivwirkung zukommt. Denn die Suspensivwirkung ist regelmässig nur für Verfügungen vorgeschrieben und hier handelt es sich eben nicht um eine solche. Von der Beschwerdeinstanz kann in jedem Falle eine Entscheidung darüber erwirkt werden, ob die Amtsdauer richtig berechnet sei. Ob dagegen die Beschwerdeinstanz in der Lage ist, die Beendigung des Dienstverhältnisses dadurch zu verhindern, dass sie die Amtsbestätigung ihrerseits ausspricht oder ob sie befugt ist, den ausgeschiedenen Bediensteten, der sich bei ihr beschwert, wieder anzustellen, das hängt von der konkreten Regelung des Beschwerderechtes ab.

II. Das auf Kündigung gestellte Dienstverhältnis endigt nicht durch Zeitablauf, sondern wird durch eine bei der Errichtung vorbehaltene „Verfügung" aufgehoben. Der Begriff der Verfügung, der hier in Frage steht, ist aber nicht der im öffentlichen Recht gebräuchliche der Verwaltungsverfügung, sondern es handelt sich um ein aus dem privaten Vertragsrechte übernommenes Institut. Das zeigt sich schon darin, dass die Kündigung ebensowohl vom Bediensteten, wie von der Verwaltung ausgehen

[133]) § 2, letzter Absatz. Erfolgt die Beschlussfassung zwar verspätet, aber noch vor Ablauf der Amtsdauer, so beläuft sich die Entschädigung nicht auf die Besoldung von drei Monaten.

kann.[134]) Auch wenn die öffentliche Verwaltung kündigt, finden auf ihre Handlung nicht ohne weiteres die Vorschriften über die Verwaltungsverfügung Anwendung; insbesondere übt die Kündigung die ihr zugedachte Wirkung auch dann aus, wenn der Betroffene dagegen bei der höhern Verwaltungsbehörde eine Beschwerde erhebt. Eine solche Beschwerde hat keine Suspensivwirkung, sondern es tritt, auch wenn sich der Bedienstete nach der Kündigung an die Oberbehörde gewendet hat, mit dem Ablaufe der Kündigungsfrist das Ende des Dienstverhältnisses ein. Im Beschwerdeverfahren ist wiederum jedenfalls darüber zu entscheiden, ob die Kündigung vorschriftsgemäss erlassen und somit geeignet ist, das Dienstverhältnis aufzulösen, während nicht ohne weiteres gesagt ist, dass die Beschwerdeinstanz die Kündigung unwirksam zu machen in der Lage sei.

III. Amtsdauer und Kündigung sind bestimmt, die Freiheit der am Dienstverhältnis beteiligten Parteien sicherzustellen; weder die öffentliche Verwaltung noch der Bedienstete sollen auf unbeschränkte Dauer an das einmal begründete Dienstverhältnis in der Weise gebunden bleiben, dass es nicht oder nur aus bestimmten Gründen oder nur unter Gewährung einer Entschädigung aufgehoben werden könnte. Für seine Beendigung soll es unter Umständen genügen, dass es die eine oder die andere Partei nicht fortsetzen will. Der Bedienstete braucht sich nach Ablauf seiner Amtsdauer keine Wiederwahl aufdrängen zu lassen (er kann überdies meistens auch während seiner Amtsdauer durch eine Kündigung oder ein Entlassungsgesuch die Aufhebung des Dienstverhältnisses herbeiführen, siehe unten S. 409a) und wenn er auf Kündigung angestellt ist,

---

[134]) Mit gutem Grunde hat das BBeamten-Ges. die Kündigung durch den Beamten nicht als eine Form der Endigung des Dienstverhältnisses vorgesehen. Es entspricht der Natur des öffentlichrechtlichen Dienstes im Grunde nicht, dass das von der Verwaltung hergestellte Rechtsverhältnis durch einseitige Erklärung des Bediensteten soll aufgehoben werden können.

steht es ihm völlig frei, aus irgendwelchen Erwägungen von seinem Kündigungsrechte Gebrauch zu machen. Dasselbe gilt aber auch für die öffentliche Verwaltung; gerade mit Rücksicht darauf, dass der Bedienstete vollkommen frei ist, kann der Entschluss der Verwaltung, das Dienstverhältnis nicht länger fortzusetzen, nicht von dem Vorwurfe der Willkür, des Ermessensmissbrauches betroffen werden.

Von den Erwägungen aus, die bei der Ausgestaltung des „Arbeitsrechtes" gegenwärtig bestimmend sind, lassen sich hiergegen allerdings Bedenken erheben. Es ist nicht zu verkennen, dass die Kündigung, die der Bedienstete an die öffentliche Verwaltung richtet, für diese meist weit weniger empfindlich ist als die Kündigung, die sie an ihren Bediensteten erlässt. Sie wird regelmässig leicht Ersatz für den Ausgetretenen finden; weit schwerer kann es für den Bediensteten sein, sich wieder eine Stellung zu verschaffen, wenn er aus dem öffentlichen Dienste hat ausscheiden müssen. Deshalb liegt es nahe, die Freiheit der öffentlichen Verwaltung auf diesem Gebiete einzuschränken und zu verlangen, dass Kündigung und Nichtwiederwahl nur dann zulässig sein sollten, wenn bestimmte Gründe gegen die weitere Verwendung des Bediensteten sprächen.

Die Rechtfertigung für die behördliche Freiheit liegt in folgenden Erwägungen. Entscheidend dafür, ob ein öffentliches Dienstverhältnis fortbestehen soll, ist das Interesse des Gemeinwesens. Durch gesetzlich formulierte Entlassungsvoraussetzungen lässt sich aber das, was das Interesse des Gemeinwesens erfordert, nicht erschöpfend bezeichnen. Man kann wohl im voraus festsetzen, dass unter bestimmten Umständen ein Dienstverhältnis auf jeden Fall soll aufgehoben werden dürfen, aber man kann nicht sagen, dass, von diesen Umständen abgesehen, das Gemeinwesen gebunden sein soll, eine Person auf Lebenszeit in seinem Dienste zu behalten, auch wenn sich die Auffassungen über die Nützlichkeit ihrer Dienst-

leistung gänzlich geändert haben. Sobald man zugibt, dass die Auffassung von der Nützlichkeit ihrer Dienstleistung auf den Bestand des Dienstverhältnisses Einfluss haben müsse, gibt man dem freien Ermessen Raum. Es kann sich dann nur noch die Frage erheben, wessen Auffassung massgebend sein soll (welche Behörde den Ausschlag zu geben habe); die Möglichkeit, dass von diesem Ermessen ein objektiv unrichtiger Gebrauch gemacht werde, ist damit unmittelbar gegeben. Hiergegen lässt sich eine gewisse Sicherung rechtlich erreichen, indem auch auf diesem Gebiete ein Schutz gegen Ermessensmissbrauch eingerichtet wird, aber im übrigen hängt auch dann die Dauer der Dienstleistung vom Willen der zuständigen Behörde ab. Ob aber diese Freiheit der im Gange befindlichen Entwicklung zum Beamtenstaate standhalten werde, steht dahin.

IV. Noch aus andern Gründen kann von Rechts wegen das Ende des Dienstverhältnisses eintreten. So namentlich dann, wenn das Gesetz seinen Bestand davon abhängig macht, dass der Bedienstete im Besitze der für eine gültige Wahl erforderlichen Eigenschaften bleibt. Nach derartigen Gesetzesvorschriften hat z. B. die Einstellung im Aktivbürgerrecht[135]) oder die Verheiratung einer weiblichen Bediensteten [136]) ohne weiteres den Verlust des Amtes zur Folge, ebenso die Dienstunfähigkeit, die als dauernd betrachtet werden muss. Damit diese Wirkung eintrete, ist keine Verfügung nötig, sondern es kommt nur eine behördliche Entscheidung in Betracht, die feststellt, dass das Dienstverhältnis durch Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes aufgelöst worden ist. Die Folgen, welche die Auflösung nach sich zieht, treten in dem Augenblick ein, wo sich jener Tatbestand erfüllt hat, nicht erst mit der behördlichen Entscheidung.

---

[135]) Basel-städtisches Beamtengesetz, § 4; es können indessen Ausnahmen statuiert werden.

[136]) Eod. § 9; ebenso unter Vorbehalt von Ausnahmen.

Für den Fall der Dienstunfähigkeit ist aber regelmässig eine abweichende Ordnung getroffen, wonach das Dienstverhältnis erst durch die Verfügung aufgehoben wird, die die Dienstunfähigkeit feststellt. Das ist schon darum gerechtfertigt, weil sich der Eintritt des Beendigungsgrundes zeitlich oft kaum bestimmen lässt. Das Bundesrecht hat dieses System verallgemeinert, indem es auch beim Verlust der für die Wahl erforderlichen Eigenschaften das Ende des Dienstverhältnisses nicht von Gesetzes wegen eintreten lässt, sondern es einer Verfügung anheimstellt, es herbeizuführen.[137]) Für die Bundesbeamten aber, die von der Bundesversammlung gewählt werden, gilt diese Regelung nicht. Der Fall, dass ein solcher Beamter die Wahlfähigkeit verlöre, ist nicht ausdrücklich geordnet, und ebensowenig der einer Dienstunfähigkeit, die den Betroffenen ausserstand setzte, um seine Entlassung einzukommen. Hier wäre anzunehmen, dass das Dienstverhältnis von Gesetzes wegen sein Ende erreichte.

Die Aufhebung des Amtes entzieht dem Dienstverhältnis die Grundlage, auf der allein es errichtet werden und Bestand haben kann; es geht daher mit der Aufhebung des Amtes von Rechts wegen unter, auch wenn die Zeit, für die es begründet worden war, nicht abgelaufen ist. Die Möglichkeit, ein bestehendes Amt aufzuheben, besteht für das Gesetz in den Schranken der Verfassung jederzeit, während die Verwaltung Ämter nicht zu beseitigen vermag, die im Gesetze vorgesehen sind, falls sie nicht dafür eine besondere Ermächtigung besitzt. Dagegen steht die Aufhebung von Ämtern, die durch die Verwaltung selbst errichtet worden sind, in ihrem Ermessen. Der dadurch betroffene Bedienstete hat keine Möglichkeit, die Aufhebung seines Amtes anzufechten oder die Übertragung eines andern Dienstes zu fordern (vgl. BBeamten-Ges., Art. 54).

Den Übergang zum Fall der Entlassung bildet die Amtsentsetzung, die vom Strafrichter als Strafe

[137]) BBeamten-Ges., Art. 55.

wegen eines Vergehens verhängt wird (z. B. Bundesstrafrecht, Art. 6). Ihre rechtliche Natur ist durchaus dieselbe wie die der Entlassung, nur gehört sie nicht zum Dienstrechte, sondern zum Strafrecht.

§ 14. Die Entlassung.

I. Die öffentlichen Dienstverhältnisse können aber auch durch behördliche Verfügung ihr Ende finden. Diese behördliche Verfügung bedeutet rechtlich die Zurücknahme der Anstellungsverfügung; sie soll hier als Entlassungsverfügung bezeichnet werden.[138]) Eine Entlassung liegt im weitern Sinne auch darin, dass der Bedienstete nach dem Ablaufe seiner Amtsdauer nicht in seinem Amte bestätigt wird, dass ihm gekündigt wird oder dass festgestellt wird, der Bedienstete habe sein Amt durch den Verlust der gesetzlich geforderten Eigenschaften eingebüsst. Im engern Sinn ist der Begriff da anwendbar, wo die Verwaltung die Aufhebung des Dienstverhältnisses durch ihre Verfügung herbeiführt.

Das kann ihr zur Pflicht gemacht oder es kann ihrem Ermessen überlassen sein. Ist es ihrem Ermessen überlassen, so kann dieses Ermessen dadurch eingeschränkt sein, dass ihr die Entlassungsverfügung nur unter gewissen Voraussetzungen gestattet ist.

Zur Entlassung verpflichtet ist die Verwaltungsbehörde regelmässig vor allem dann, wenn der Bedienstete um die Entlassung nachsucht, und zwar gilt dies nicht nur, sofern das Gesetz oder die Anstellungsverfügung die Entlassung gewährleisten, sondern auch dann, wenn die Anstellungsverfügung über diesen Punkt schweigt. Sie ist dann dahin auszulegen, dass der Bedienstete jederzeit auf sein Verlangen innert der für dessen Erledigung nötigen Frist zu entlassen ist. Besondere Festsetzung ist daher

[138]) Das BBeamten-Ges. verwendet neben dem Begriff der Entlassung auch den Begriff der Auflösung des Dienstverhältnisses, vgl. z. B. Art. 53, Abs. 2, 55.

nötig, wenn der Anspruch auf Entlassung eingeschränkt werden soll, z. B. dahin, dass die Entlassung erst auf einen bestimmten spätern Termin zu bewilligen sei.[139]) Es wird durch eine solche Vorschrift dasselbe erreicht, wie mit der Kündigung, jedoch mit dem Unterschied, dass die Erklärung des Bediensteten allein die Beendigung des Dienstverhältnisses nicht auslöst. Nach dem Bundesrecht kann die Entlassung auf den normalen gesetzlichen Termin (längstens drei Monate nach dem Antrag) verweigert werden, wenn wesentliche Interessen des Bundes beeinträchtigt würden, und unter Umständen kann für bestimmte Dienstverhältnisse die Entlassung abgelehnt werden, ohne dass im Einzelfall solche Interessen geltend gemacht zu werden brauchen (namentlich für Beamte der Militärverwaltung bei Kriegsgefahr). Mit diesen Vorschriften ist die Entlassung in das Ermessen der Verwaltung gestellt; eine richterliche Überprüfung ist ausgeschlossen, auch für den Fall des Ermessensmissbrauchs, denn das Verwaltungsgericht hat nur vermögensrechtliche Ansprüche zu beurteilen.[140])

Geht das Dienstverhältnis beim Wegfall der Wahlfähigkeit nicht von Gesetzes wegen unter, so kann das Gesetz doch die Behörde verpflichten, den Bediensteten, der die erforderlichen Eigenschaften nicht mehr besitzt,

---

[139]) Art. 53, Abs. 1, des BBeamtengesetzes ist recht unvollkommen. Richtigerweise wäre festzusetzen, erstens, dass über das Gesuch der Beamten unverzüglich zu entscheiden sei, zweitens, auf welchen Termin die Entlassung bewilligt werden müsse. Nach der Fassung des Gesetzes kann der Beamte drei Monate lang im Ungewissen gelassen werden; in einem solchen Fall am Schluss des Termins wichtige Interessen geltend zu machen, ist aber unbillig.

[140]) Vor Disziplinargericht kann der Sachverhalt zur Sprache kommen, wenn ein Beamter, dem die Entlassung willkürlich verweigert worden wäre und der daraufhin den Dienst eingestellt hätte, nunmehr aus diesem Grunde disziplinarisch entlassen worden ist. Das Gericht wird im Kostenentscheid darauf Rücksicht nehmen können, dass die Ablehnung des Entlassungsgesuches dem Rek. ein Unrecht zufügte.

zu entlassen. Auch ohne gesetzliche Anordnung ergibt sich die Pflicht zur Entlassung, wenn der Bedienstete wegen seines körperlichen oder geistigen Zustandes seine Dienstfähigkeit verliert und der Zustand als ein dauernder zu betrachten ist.

II. Die Verwaltung vermag eine Entlassung ferner rechtsgültig auch dann zu verfügen, wenn sie ihr weder zur Pflicht gemacht, noch durch ausdrückliche Vorschrift gestattet ist. Selbst die Aufstellung bestimmter Entlassungsvoraussetzungen, welche das freie Ermessen der Verwaltung scheinbar beschränken, hat nicht die Bedeutung, dass die Entlassung nur bei Beobachtung dieser Voraussetzungen gültig sei. Dies tritt im Bundesrechte deutlich hervor. Wohl gestattet das Bundesgesetz die vorzeitige Auflösung des Dienstverhältnisses nur „aus wichtigen Gründen" (Art. 55).[141]) Für den Fall aber, dass die Auflösung ungerechtfertigterweise verfügt würde, also ohne Nachweis eines wichtigen Grundes, bestimmt es nicht etwa, dass sie rückgängig zu machen sei, sondern es behält dem Beamten einen Anspruch auf Entschädigung vor. Das Vorhandensein eines Entschädigungsanspruches für den Fall vorzeitiger Entlassung hat die Entwicklung eines subjektiven Rechtes auf Schutz vor Entlassung verhindert. Das lässt sich allerdings nicht schon damit zwingend beweisen, dass beim Aufkommen der Verwaltungsrechtspflege dem entlassenen Bediensteten die Anrufung des Richters gegen die Entlassung nicht zu-

[141]) Wichtige Gründe sind insbesondere Dienstuntauglichkeit, Konkurs, fruchtlose Pfändung, Verlust der Wahlfähigkeit und der Eintritt von Ausschlussverhältnissen; ausserdem jeder andere Umstand, bei dessen Vorhandensein der Wahlbehörde nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Bei weiblichen Beamten kann auch Verehelichung als wichtiger Grund gelten. Nach Treu und Glauben wäre z. B. die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht gerechtfertigt gegenüber einem Beamten, der sich vor der Wahl für die in seiner amtlichen Stellung zu leistenden Dienste hätte bezahlen lassen.

gestanden zu werden pflegt; denn es ist gezeigt worden, wie infolge der Enumerationsmethode auch subjektive öffentliche Rechte der Beurteilung des Verwaltungsgerichts entzogen bleiben können. Es soll denn auch nicht bestritten werden, dass sich die positive Gesetzgebung durchaus in diesem Sinne gestalten lässt: dass also der Verwaltungsbehörde verwehrt wird, einen Beamten aus einem andern als den vom Gesetze ausdrücklich bezeichneten Gründen vorzeitig zu entlassen, und dass dem Beamten auf die Einhaltung dieser Vorschriften ein subjektives Recht eingeräumt wird. Die Entwicklung zeigt zweifellos diese Tendenz. Das geltende Recht ist aber bei der dem Zivilrecht entstammenden Auffassung geblieben, wonach die rechtliche Bindung, auf die sich der Beamte berufen kann, in der Entschädigung für ungerechtfertigte Entlassung ihren Ausdruck findet, während die Entlassungsverfügung selbst, sofern sie nur die gebotene Entschädigung gewährt oder vorbehält, gültig ist. Bei diesem Sachverhalte ist dann aber allerdings der Umstand von Bedeutung, dass die Entlassungsverfügung selber — den einzigen Fall des Disziplinarverfahrens ausgenommen — nach Bundesrecht keiner richterlichen Überprüfung unterliegt. Denn nicht einmal dann, wenn die Verwaltung von ihrem Ermessen einen offenbar willkürlichen Gebrauch gemacht und wenn sie sich über die gesetzliche Schranke einfach hinweggesetzt hat, vermag ein Richter das Unrecht zu korrigieren, das der Beamte erleidet.

Vom Standpunkte des öffentlichen Rechtes aus ist es stossend, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit einer „ungerechtfertigten" Entlassung voraussieht und sie bestehen lässt. Die korrekte Lösung wäre die, dass eine ungerechtfertigte Entlassung wirkungslos bliebe, dass aber die gerechtfertigte Entlassung in den einen Fällen einen Entschädigungsanspruch nach sich zöge, in den andern dagegen nicht. Als ungerechtfertigt wäre jede Entlassung zu erachten, für die keinerlei Grund oder nur ein offensichtlich nicht zutreffender Grund geltend gemacht

würde. Die Voraussetzungen für die Gewährung oder Versagung einer Entschädigung hätten dann mit der Frage nichts mehr zu tun, ob die Entlassung zulässig sei.

Zum Vergleich sei das baselstädtische Recht herangezogen.

Das materielle Beamtenrecht sieht hier Entlassung, abgesehen von den gesetzlichen Gründen, durch die das Dienstverhältnis aufgelöst wird, für den Fall der Pflichtverletzung und den Fall der Dienstunfähigkeit vor. Im zweiten Falle gewährt es bei Schuldlosigkeit einen Pensionsanspruch, für den ersten schliesst es einen Entschädigungsanspruch aus. Daraus folgt, dass der Bedienstete einen Entschädigungsanspruch besitzt, sobald der Grund der Entlassung weder in einer Pflichtverletzung, noch in der Dienstunfähigkeit des Bediensteten liegt (andere wichtige Gründe zu vorzeitiger Entlassung ohne Entschädigung bezeichnet das kantonale Gesetz nicht). Gegen die Entlassung gewährt ihm das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege keine Beschwerde, auch dann nicht, wenn sie aus Disziplinargründen verhängt wird. Wohl aber kann der Entlassene beim Verwaltungsgericht Entschädigung beanspruchen,[142]) falls er sie von der Verwaltung nicht zugebilligt erhält. Ob die Entlassung „gerechtfertigt" sei, ist dabei nicht zu untersuchen, weil in allen Fällen Entschädigung zu leisten ist, wo die Entlassung nicht auf Pflichtverletzung oder Dienstunfähigkeit gestützt wird, sondern z. B. auf die Erwägung, dass der Entlassene seiner dienstlichen Aufgabe nicht gewachsen gewesen sei.

---

[142]) Der Entschädigungsanspruch ist in § 11, Ziffer 6 des baselstädt. Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 14. Juni 1928, der die der Beurteilung des Verwaltungsgerichts unterliegenden Ansprüche aus dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis aufzählt, nicht erwähnt. Er ist dennoch vom Verwaltungsgericht zu beurteilen, denn die Aufzählung bezieht sich nur auf Ansprüche, die während der Dauer des Dienstverhältnisses geltend gemacht werden (trotzdem sie auch von der Pension und der Hinterbliebenenfürsorge spricht. Über die Pension kann auch vor Eintritt des Pensionsfalls gestritten werden).

III. Die Entlassungsverfügung ist, wie vorhin angedeutet, nach dem Bundesrechte in einem einzigen Ausnahmsfalle rechtlich gebunden, so dass sie aufgehoben werden kann, wenn der gesetzliche Grund nicht vorliegt: Zur Strafe darf der Bundesbeamte nur entlassen werden, sofern er sich schwerer oder fortgesetzter Dienstpflichtverletzungen schuldig gemacht hat. In diesem Falle kann das Disziplinargericht die Entlassungsverfügung aufheben, wenn sie nicht gesetzmässig ist.

Die Verwaltung wird durch diese Ausnahmevorschrift in ihrem freien Ermessen auf eine eigenartige Weise beschränkt. In der Regel stellt sich der Gesetzgeber die Frage, ob er die Verwaltung zu einer bestimmten Verfügung nur unter bestimmten Voraussetzungen ermächtigen oder ob er es ihr überlassen wolle, diese Verfügung dann zu treffen, wenn sie sie für geboten halte. Hier soll eine Verfügung — die Entlassung — zwar grundsätzlich nach freiem Ermessen getroffen werden können und für den Richter unangreifbar sein; wenn aber von allen möglichen Erwägungen, durch die sich eine Entlassung begründen lässt, die eine geltend gemacht wird, dass der Beamte sie als Strafe verdiene, so soll ihre Gesetzmässigkeit richterlicher Überprüfung unterstehen. Es ist klar, dass es bei dieser Regelung in der Hand der Verwaltung liegt, dem Richterspruch auszuweichen, indem sie die Entlassung nicht auf die Behauptung stützt, der Beamte habe eine Pflichtverletzung begangen. Sie vermag die Entlassung sogar dann durchzusetzen, wenn sie dafür überhaupt keinen Grund angibt.

Die Frage liegt nahe, ob dieser Rechtszustand die Gerichtspraxis nicht nötigen werde, für den innern Widerspruch, der sich darin zeigt, eine Lösung zu suchen. Es lassen sich krasse Fälle konstruieren, die eine solche Lösung gebieterisch zu fordern scheinen. Wenn man z. B. erwägt, dass das Disziplinargericht die Wiederanstellung eines Beamten anordnen kann, der sich als unschuldig erweist, und dass es diese Anordnung unter

Umständen selbst dann treffen kann, wenn ein (seines Erachtens ganz unbedeutender) Verstoss gegen die Dienstpflicht nachgewiesen ist, so wird man es fast als Unmöglichkeit empfinden, dass das Verwaltungsgericht die Wiedereinstellung nicht anordnen darf, wenn zur Begründung der Entlassung die unwahre Tatsache angeführt worden ist, der Beamte sei fruchtlos ausgepfändet, oder wenn als Entlassungsgrund angegeben wird, der Beamte sei seiner vorgesetzten Behörde verleidet.

Einen Weg zu einer Lösung bietet aber die Gesetzgebung nicht dar. Die Befugnis zur Aufhebung der Entlassung steht nur dem Richter zu, der angerufen werden kann, wenn die Entlassung als Strafe verhängt worden ist, und der kann eine gar nicht begründete oder eine anders begründete Entlassung nicht überprüfen. Nun darf immerhin auch die Frage aufgeworfen werden, ob es nicht Gründe gebe, welche die Befugnis zur Anordnung der Wiederanstellung im Disziplinarverfahren rechtfertigen und die bei andern Entlassungsverfügungen nicht im gleichen Masse vorhanden sind. Gerade weil die disziplinarische Entlassung eine Strafe ist und als solche die Ehre und das Ansehen des Betroffenen beeinträchtigt, besteht hier ein besonderes Bedürfnis, dem grundlos Entlassenen unter Umständen durch Aufhebung der Strafe eine eklatante Genugtuung zu erteilen. Der Beamte, der ohne Disziplinarverfahren das Opfer einer willkürlichen, auf unwahre Behauptungen oder auf vorgeschützte Gründe gestützten Entlassungsverfügung geworden ist, hat dieses Bedürfnis nicht im selben Masse: denn ihm gegenüber hat die Verwaltung nicht den ehrenrührigen Vorwurf erhoben, dass er wegen pflichtwidrigen Verhaltens Strafe verdiene. Sie hat diesen Vorwurf im Gegenteil vermieden und hat kein dienstliches Verschulden des Entlassenen geltend gemacht. Diese Erwägung vermag gewiss die Bedenken nicht zu beseitigen, welche gegen die Ungleichheit in der Behandlung der Entlassungsfälle zu erheben sind; wenn aber keine andere Lösung möglich ist, so muss man sich mit dieser

Ungleichheit in der Hoffnung auf eine loyale Praxis der Verwaltung, die Willkür und Umwege vermeidet, abfinden.

IV. Auch dem schweizerischen Rechte sind indessen Dienstverhältnisse bekannt, die nur aus bestimmten Gründen durch Entlassungsverfügung beendigt werden können. Das sind erstens die Bediensteten, die durch die Gesamtheit der Stimmberechtigten gewählt werden (wenn dem Wahlkörper nicht ein Abberufungsrecht zusteht,[143]) und zweitens die richterlichen Beamten. Wenn das Gesetz die Wahl eines Bediensteten der Gesamtheit der Stimmberechtigten vorbehält, so bedarf es einer besondern Zuständigkeit dafür, dass eine Behörde den Gewählten seines Amtes entsetzen könne, und den Richtern gegenüber verlangt der Grundsatz der Gewaltentrennung, dass die zu ihrer Wahl berufenen politischen Behörden eine Entlassung nur aus bestimmten — mit dem Grundsatze vereinbaren — Gründen aussprechen dürfen. Denn der Grundsatz der Gewaltentrennung enthält ein Verbotsgesetz, und eine Verfügung, die ihm zuwiderliefe, wäre als nichtig zu erachten. Als Entlassungsgründe kommen allein in Betracht: der Verlust der für die Amtsausübung nötigen Eigenschaften, Pflichtverletzung und Antrag des Beamten selber. Während aber bei dauernder Dienstunfähigkeit das Dienstverhältnis auch des Richters von Rechts wegen untergeht, ist eine Entlassung wegen Pflichtverletzung nur zulässig, insofern sie gesetzlich vorgesehen ist; hier kann also die Disziplinarstrafe nur mit gesetzlicher Ermächtigung verhängt werden, und ebenso

[143]) Die Annahme, dass ein solches Abberufungsrecht den Stimmberechtigten auch ohne ausdrückliche Gesetzesvorschrift zustehe, wenn sich ein Beamter schwerer Verbrechen schuldig gemacht habe, ist vom Bundesgericht als nicht willkürlich erklärt worden (ZtrBl. 24, 235); sie lasse sich als analoge Anwendung der Grundsätze des Obligationenrechtes rechtfertigen. Willkür lag darin wohl nicht, die Annahme mag sich nach dem Stande des in Frage stehenden kantonalen Rechts rechtfertigen lassen. Aber grundsätzlich bedarf das Abberufungsrecht gesetzlicher Regelung.

verhält es sich bei den vom Volke Gewählten. Der Bundesversammlung würde den Mitgliedern des Bundesrates gegenüber die Zuständigkeit zur Entlassung nicht fehlen, wenn sie aber ein Mitglied des Bundesrates aus einem andern Grunde, als wegen seines Rücktrittes, wegen Verlustes der für das Amt erforderlichen Eigenschaften oder wegen Pflichtverletzung (nach Massgabe des Verantwortlichkeitsgesetzes) ersetzen wollte, so wäre das doch wohl auch als ein verbotener Übergriff und deshalb als nichtig zu betrachten.

§ 15. Rechtswirkungen der Beendigung des Dienstverhältnisses.

a) Fortdauer von Rechten und Pflichten.

Bei der Beendigung des Dienstverhältnisses können ausnahmsweise einzelne Rechte und einzelne Pflichten weiterdauern. Die Bundesgesetzgebung hält die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit aufrecht und ebenso die Pflicht, zur Ablegung eines Zeugnisses vor Gericht eine Ermächtigung einzuholen (BBeamtengesetz, Art. 27, 28). Bestehen bleibt ferner die Haftung des öffentlichen Bediensteten und seine strafrechtliche Verantwortlichkeit. Das braucht nicht ausdrücklich angeordnet zu sein. Denn die Forderung und der Strafanspruch gegen den Fehlbaren gründen sich darauf, dass er sich während seines Dienstverhältnisses und in Ausübung seiner Verrichtungen verfehlt habe und sie werden deshalb durch sein späteres Ausscheiden aus dem Dienste nicht berührt. Sie erlöschen unter denselben Voraussetzungen, wie gegenüber den noch im Dienste stehenden Beamten.

Die disziplinarische Verantwortlichkeit hört nach der Aufhebung eines Dienstverhältnisses nur dann auf, wenn der Bedienstete ganz aus dem Dienste des Gemeinwesens ausscheidet; sie dauert fort, sofern er in ein neues Dienstverhältnis übertritt. Er kann in diesem Falle wegen der

Verfehlungen, die er im frühern Amte begangen hat, bestraft werden, freilich nur nach Massgabe der Vorschriften, die für das neue Dienstverhältnis gelten und nur insofern, als die Verhängung einer Disziplinarstrafe im Hinblick auf seine neue Tätigkeit einen Sinn hat. Hat der Bedienstete in seinem frühern Amte Pflichten vernachlässigt, die im neuen Amte gar nicht mehr für ihn in Betracht kommen, so ist eine Bestrafung ausgeschlossen, wohl aber bleibt sie zulässig, wenn er sich z. B. gegen eine Person vergangen hat, die auch im neuen Amte sein Vorgesetzter ist. Scheidet er aus dem Dienste des Gemeinwesens gänzlich aus, so erlischt auch seine disziplinarische Verantwortlichkeit, selbst wenn einzelne Rechte und einzelne Verpflichtungen für ihn fortbestehen. Er kann weder für die Handlungen, die er während seiner Dienstzeit begangen hat, noch für spätere Handlungen mit Strafe belegt werden, während allerdings die Strafen gegen ihn noch vollstreckt werden können, die während seiner Dienstzeit gegen ihn ausgefällt worden waren und deren Vollstreckung überhaupt noch möglich ist, wenn sich der Betroffene nicht mehr im Dienste befindet. Einer Geldbusse, die rechtskräftig ausgefällt ist, entgeht der Bestrafte durch Aufgabe seines Dienstes nicht, dagegen kann ihm kein Verweis mehr erteilt werden. Die Verpflichtungen, die dem öffentlichen Bediensteten in bezug auf sein ausserdienstliches Verhalten obliegen, können nach Beendigung des Dienstverhältnisses nicht mehr mit der Dienstgewalt geltend gemacht werden, auch nicht einem Pensionierten gegenüber.

b) Vermögensrechtliche Ansprüche aus der Beendigung des Dienstverhältnisses.

An die Beendigung des Dienstverhältnisses knüpfen sich für den ausgeschiedenen Bediensteten unter Umständen vermögensrechtliche Ansprüche an, deren Inhalt, ganz allgemein gesprochen, dahin geht, auf beschränkte oder auf unbeschränkte Zeit Ersatz für den wegfallenden

Besoldungsanspruch zu gewähren. Eine solche Ersatzleistung zieht das Gemeinwesen aus zwei Gesichtspunkten in Betracht: Hat es das Dienstverhältnis nicht auf die vorgesehene Dauer aufrechterhalten können, so darf die vorzeitige Beendigung für den Betroffenen nicht ohne weiteres einen wirtschaftlichen Nachteil zur Folge haben; hat das Gemeinwesen die Arbeitskraft des Bediensteten für den öffentlichen Dienst ausgenützt, so gebührt es sich, dass es ihn weiter versorge, wenn die Arbeitskraft verbraucht ist. Diese beiden Erwägungen führen indessen zur Gewährung eines Anspruches nur dann, wenn sich der Bedienstete die Beendigung des Dienstverhältnisses nicht durch sein eigenes Verhalten zugezogen hat. Auf welche Art das Dienstverhältnis sein Ende gefunden hat, ob von Gesetzes wegen oder durch Verfügung, ist für die Entstehung des Anspruches unerheblich.

Die beiden Erwägungen finden in der Gewährung von Ansprüchen verschiedener Art ihren Ausdruck. Die Ersatzleistung für vorzeitige Aufhebung des Dienstverhältnisses hat die Gestalt eines wirklichen Entschädigungsanspruches, der dem zivilrechtlichen Schadensersatzanspruche nachgebildet ist, aus dem er sich ja herausgebildet hat. Der Anspruch auf weitere Versorgung dagegen entspricht dem Besoldungsanspruch, er ist im voraus seinem Umfange nach bestimmt.

aa) Der Entschädigungsanspruch.

I. Der Anspruch auf Entschädigung wegen vorzeitiger Entlassung beruht entweder auf gewohnheitsrechtlicher Regel und wird dann trotz seiner öffentlich-rechtlichen Natur vom Zivilrichter beurteilt, oder er beruht, wie im Bundesrechte, auf ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung und ist dann auch formal als öffentlich-rechtlicher Anspruch zu behandeln, wenn nichts anderes festgesetzt ist.

In beiden Fällen handelt es sich um eine besondere, durch Rechtssatz begründete Haftung des Gemeinwesens, auf die grundsätzlich die Vorschriften des Obligationen-

rechtes nicht anwendbar sind. Daraus erklärt sich, dass auch durch kantonales Recht die Voraussetzungen und der Umfang der Schadensersatzleistung bestimmt werden kann. Fehlen ausdrückliche Vorschriften, so ist allerdings anzunehmen, dass der Richter bei Bestimmung der Entschädigung die Grundsätze des Obligationenrechtes anwenden darf, da sich die Entschädigungspflicht historisch aus privatrechtlichen Erwägungen herleitet, und zwar werden nicht die Grundsätze über die Haftung für unerlaubte Handlung für ihn massgebend sein, sondern die Grundsätze über die vorzeitige Auflösung eines Dienstvertrages.

Als Schaden fällt namentlich der Verlust des Gehaltsanspruches in Betracht, der dem Bediensteten für die Zeit der Amtsdauer oder der Kündigungsfrist zugestanden hätte. Wird dem Bediensteten der Betrag ersetzt, den er durch vorzeitige Entlassung einbüsst, so darf auch in diesem Falle für den Vorteil der Kapitalabfindung ein Abzug gemacht werden, und der Richter darf ferner berücksichtigen, ob es dem Entlassenen möglich gewesen wäre, schon während der Zeit, für die er entschädigt werden soll, ein anderes Einkommen zu gewinnen.[144])

II. Der Entschädigungsanspruch entsteht nicht, wenn der Bedienstete selber um Entlassung nachgesucht oder den Dienst widerrechtlich verlassen hat. Ist er unfreiwillig ausgeschieden, so entsteht der Anspruch nur, insoweit der Entlassene nicht auf andere Versorgung Anspruch machen kann (oder tatsächlich eine andere Versorgung erhält). Denn solche Versorgung wird regelmässig gerade zum Zweck der Entschädigung gewährt. Das BBeamtengesetz stellt allerdings die Anrechnung allfälliger Leistungen der Versicherungskassen dem Ermessen des Richters anheim (Art. 54, Abs. 2, Art. 55, Abs. 4), lässt gewisse Versorgungsansprüche also neben dem Entschädigungs-

[144]) Insbesondere ist bei der Entschädigung wegen Umgestaltung des Dienstverhältnisses das anzurechnen, was der Betroffene im neuen Verhältnis erwirbt.

anspruch entstehen; es schliesst aber doch jeden Entschädigungsanspruch für den Fall aus, dass die Entlassung wegen Invalidität erfolgt ist, weil für diesen Fall eine besondere Versorgung vorgesehen ist (Art. 55, Abs. 5).[145])

Der Entschädigungsanspruch entsteht nur bei einer ungerechtfertigten Entlassung; die Entlassung ist im allgemeinen ungerechtfertigt, wenn sie aus Gründen erfolgt, die nicht durch Gesetz oder Verfügung vorbehalten sind. Nach Bundesrecht kann aber auch eine im Gesetze vorbehaltene Entlassung einen Entschädigungsanspruch begründen, nur wird nicht näher bestimmt, welche Entlassung oder Umgestaltung als ungerechtfertigt zu gelten habe. Unzweifelhaft fehlt die Rechtfertigung, wenn kein wichtiger Grund im Sinne von Art. 55 nachweisbar ist. Ausserdem ist aber die Entlassung auch beim Vorliegen eines wichtigen Grundes dann als ungerechtfertigt zu betrachten, wenn der Grund nicht im Verhalten des Bediensteten liegt.[146]) Deshalb ist einerseits Entschädigung ohne weiteres zu leisten, wenn das Dienstverhältnis durch Aufhebung des Amtes endigt, das der Bedienstete bekleidet hat,[147]) andererseits ist sie ohne weiteres ausgeschlossen, wenn die Entlassung zur Strafe über den Bediensteten verhängt wird. Aber auch dann, wenn der Bedienstete infolge seines eigenen Verhaltens das Amt von Gesetzes wegen verliert oder wenn die Behörde ermächtigt ist, die Anstellungsverfügung wegen seines Verhaltens zurückzunehmen, wird keine Entschädigung geschuldet. Dabei muss es sich indessen um ein Verhalten handeln, das er verschuldet hat, oder wenigstens — nach der Ausdrucksweise des Obligationenrechts — ein Verhal-

[145]) Im Fall der Invalidität ist ausserdem die Entlassung nicht ungerechtfertigt. Daher hat auch der wegen verschuldeter Invalidität Entlassene keinen Entschädigungsanspruch.

[146]) Vgl. BBeamten-Ges., Art. 54.

[147]) Wenn dies nicht die Meinung des Gesetzes wäre, so hätte kein Anlass bestanden, die Entschädigung für den Fall der Entlassung wegen Invalidität ausdrücklich auszuschliessen; Invalidität ist immer ein wichtiger Grund.

ten, für das er einzustehen hat. In erster Linie fällt die schuldhafte Nichterfüllung der Dienstpflicht in Betracht. Und zwar ist die Dienstpflichtverletzung auch dann relevant, wenn sie nicht zu disziplinarischer Aufhebung des Dienstverhältnisses geführt hat. Jedoch ist nicht allein die Verletzung der Dienstpflicht in Betracht zu ziehen. Es kann vielmehr auch in einem Verhalten, für das der Bedienstete nicht disziplinarisch verantwortlich ist, ein Verschulden liegen, das die Entstehung eines Versorgungsanspruches ausschliesst. Ein Bediensteter ist nicht dienstlich verpflichtet, auf seine Gesundheit Bedacht zu nehmen oder sein Vermögen ordentlich zu verwalten. Aber wenn er sich leichtfertig oder absichtlich in den Zustand der Dienstunfähigkeit versetzt, oder wenn liederliche Vermögensgebarung zu seiner Auspfändung führt, so wird ihm das bei der Beurteilung seiner Vermögensansprüche als Verschulden angerechnet. Das ist eine Wirkung der Treupflicht, die selbst dann eintritt, wenn die Vorschriften über die disziplinarische Verantwortung eine Bestrafung ausschliessen. — Ist aber das Interesse der Verwaltung der wichtige Grund, so gebührt dem Entlassenen Entschädigung. Gewiss kann z. B. „Dienstuntauglichkeit" eine vorzeitige Auflösung des Dienstverhältnisses rechtfertigen; aber dass die Leistung des Beamten den Erwartungen der Verwaltung nicht entspricht, ist kein Umstand, den man ihm zur Last legen darf.

Die Beurteilung der den Bundesbeamten zustehenden Entschädigungsansprüche ist im einzelnen dem richterlichen Ermessen anheimgestellt. Der Richter kann eine Entlassung oder Umgestaltung ihres Dienstverhältnisses für ungerechtfertigt erklären, auch wenn das Verhalten des Betroffenen nicht in allen Punkten den ihw obliegenden Verpflichtungen genügte. Dass das Verwaltungsgericht auch über sein Verschulden urteilen darf — wenn darüber nicht im Disziplinarverfahren entschieden worden ist —, erscheint als unzweifelhaft, obwohl Art. 60, Abs. 2 BBemtenGes. es auszuschliessen scheint. Es wird an späterer

Stelle zu zeigen sein, dass der Wortlaut von Art. 60, Abs. 2, der dem Verwaltungsgericht nur bei Ansprüchen auf Kassenleistungen ein Urteil über das Verschulden des Entlassenen zu gestatten scheint, einschränkend ausgelegt werden muss (unten, § 16, Ziffer III). Der Entschädigungsanspruch gegen den Bund aus Art. 54 und 55 ist in jeder Richtung vom Gerichte zu prüfen, auch daraufhin, ob die Entlassung wegen schuldhaften Verhaltens des (nicht disziplinarisch entlassenen) Beamten gerechtfertigt war.

bb) Die Versorgungsansprüche.

I. Der Anspruch auf Versorgung des wegen Alters oder wegen unverschuldeter Dienstunfähigkeit aus dem Dienste ausscheidenden Bediensteten und die Versorgungsansprüche seiner Hinterbliebenen werden aus der Erwägung heraus gewährt, dass sich das Gemeinwesen bei Erschöpfung der Arbeitskraft, die es für seinen Dienst verwendet hat, nicht jeder Verpflichtung entschlagen dürfe. Diese Erwägung gilt zunächst Bediensteten gegenüber, die tatsächlich ihr Leben im Dienste verbracht haben, obschon ihr Dienstverhältnis ja regelmässig nur auf beschränkte Zeit begründet oder gar jederzeit kündbar war. Sobald aber derartige Ansprüche einmal dem Grundsatze nach anerkannt sind, erhebt sich schon bei der ersten Anstellung einer Person die Frage, ob sie in ein Dienstverhältnis eintreten solle, auf Grund dessen später Versorgungsansprüche erhoben werden können. Die Gesetzgebung pflegt in dieser Hinsicht darnach zu unterscheiden, ob das Dienstverhältnis, in das der Bewerber eintritt, von Anfang an als ein dauerndes zu betrachten sei oder nicht.[148]) Als dauernd („ständig", „definitiv") Angestellte betrachtet sie trotz Amtsdauer und Kündigung nicht nur die Bediensteten, die auf Lebenszeit gewählt werden, sondern alle die, deren Dienstverhältnis nicht von vornherein entweder nur auf bestimmte Zeit oder auf beschränkte Zeit begründet

[148]) BGE 54 I 441.

wird.[149]) Hieraus können sich freilich Schwierigkeiten ergeben. Denn wenn wider die ursprüngliche Erwartung das Dienstverhältnis dennoch lange Zeit dauert, so ist es unbillig, dass der Bedienstete bei eintretender Arbeitsunfähigkeit keinen Versorgungsanspruch hat; geht das ursprünglich nicht auf die Dauer berechnete Verhältnis später in ein dauerndes über, so ist es unbillig, wenn die Aushilfsdienstzeit für die Bemessung des Anspruchs nicht berücksichtigt wird;[150]) verwandelt sich endlich ein dauerndes Dienstverhältnis in ein provisorisches, so läge eine Härte darin, dass bei Dienstunfähigkeit keine Versorgung mehr beansprucht werden kann, trotzdem weiter Dienst geleistet worden ist. Wo die Versorgung auf dem Wege der Versicherung gewährt wird, kann diesen Schwierigkeiten ohne weiteres dadurch begegnet werden, dass die Versicherung auf Bedienstete ausgedehnt wird, die nur auf bestimmte oder beschränkte Zeit angestellt werden. Sonst sind besondere gesetzliche Anordnungen nötig oder es erwächst der Verwaltung die Aufgabe, durch sachgemässe Verfügungen der Billigkeit ohne gesetzliche Verpflichtung zu genügen.[151])

Die Versorgungsansprüche werden vorwiegend durch Versicherung begründet, so namentlich im Bundesrecht.[152]) Es besteht aber die Möglichkeit, dass ihnen das Gemeinwesen dieselbe Form gibt wie dem Besoldungsanspruche,

---

[149]) Auch für Bedienstete, die nur einen Teil ihrer Arbeitskraft (wenn auch dauernd) dem Gemeinwesen zur Verfügung zu stellen haben, werden unter Umständen von der Fürsorge ausgeschlossen (vgl. z. B. Statuten der Versicherungskasse, Art. 4, Abs. 4).

[150]) Z. B. Anrechnung der provisorischen Dienstzeit gesetzlich vorgeschrieben: Baselstädtisches Beamtengesetz, § 7. Fortdauer des Pensionsanspruchs bei Versetzung ins Provisorium vorgeschrieben: Statuten der Versicherungskasse, Art. 12.

[151]) Z. B. Pensionierung eines während langen Jahren provisorisch Beschäftigten ins Ermessen der Verwaltung gestellt (Pensionsgesetz von Baselstadt, § 2).

[152]) Vgl. z. B. Statuten der Versicherungskasse.

die Form der Rente (oder einer einmaligen Abfindung), die von der Staatskasse direkt, nicht als Leistung einer Versicherungsanstalt entrichtet wird. So verfährt der Bund in bezug auf die Ruhegehalte der Mitglieder des Bundesrates,[153]) und so verfährt z. B. auch das Recht von Basel-Stadt für die Pensionierung und Abfindung der dienstunfähig gewordenen Bediensteten, während die Fürsorge für die Hinterbliebenen ebenfalls auf dem Wege der Versicherung bewirkt wird.

Das Bundesrecht verwendet diese Form nur beim Besoldungsnachgenuss (Art. 47). Es wird beim Tode des Bundesbeamten den Hinterbliebenen die Besoldung des Verstorbenen in jedem Falle für einen Monat seit dem Todestage fortbezahlt. Im Fall der Bedürftigkeit kann die Verwaltung diese Leistung noch höher ansetzen, doch steht das in ihrem Ermessen; das Gesetz gewährt keinen Anspruch auf eine Mehrleistung, sondern beschränkt sich darauf, den Höchstbetrag zu bestimmen, der entrichtet werden darf (die Besoldung für ein Jahr unter Abzug des Barwertes statutarischer Leistungen einer Versicherungskasse des Bundes). Es lässt eine entsprechende Leistung — ebenfalls ohne Anerkennung eines Anspruches — auch dann zu, wenn ein Beamter wegen Invalidität entlassen wird, den der Verlust des Besoldungsanspruches wegen seiner Bedürftigkeit besonders empfindlich trifft.

Für die Versorgungsansprüche, die durch Versicherungsleistungen befriedigt werden, wie für die unmittelbaren Pensionsansprüche gelten aber dieselben Voraussetzungen, die zweckmässigerweise in diesem Zusammenhang erörtert werden.

II. Was die Versorgungsansprüche der Hinterbliebenen anbelangt, so hängt ihre Entstehung ausschliesslich davon ab, ob der Bedienstete während der Dauer des Dienstverhältnisses gestorben ist. Diese Ansprüche werden durch eine Einstellung im Dienste, sei sie zur Strafe, sei sie als

[153]) Bundesbeschluss vom 23. Juni 1920.

vorsorgliche Massnahme angeordnet worden, im Zweifel nicht berührt, wenn der Tod des Bediensteten während der Zeit der Einstellung eintritt. Dasselbe gilt für den Fall der Beurlaubung, sofern dabei nichts Gegenteiliges verfügt wurde.[154])

Die Hinterbliebenen pflegen Versicherungsleistungen auch dann zu erhalten, wenn der Tod des Bediensteten erst nach seiner Pensionierung eintritt. In diesem Fall ist Voraussetzung, dass der Verstorbene beim Austritt aus dem Dienste für sich selbst einen Versorgungsanspruch erworben hatte.

III. Anders verhält es sich mit der Versorgung, die der Bedienstete selber bei seinem Austritt aus dem Dienste beanspruchen kann. Auf welche Weise das Dienstverhältnis zur Beendigung gebracht worden sei (durch Ablauf der Amtsdauer, Kündigung, Entlassungsverfügung usw.) ist an und für sich gleichgültig. Es ist auch nicht von vornherein erheblich, ob der Bedienstete mit der Beendigung des Dienstverhältnisses endgültig aus dem Dienste ausscheidet. Der Versorgungsanspruch entsteht auch dann, wenn gleichzeitig ein neues Dienstverhältnis begründet wird, sofern der Bedienstete in diesem neuen Dienstverhältnis nicht wiederum versorgungsberechtigt ist. Wird er in provisorischer Anstellung weiterbeschäftigt, so ist regelmässig die Möglichkeit vorhanden, bei der Festsetzung der Besoldung darauf Rücksicht zu nehmen, dass er eine Pension geniesst.

1. Voraussetzung dafür, dass der Bedienstete einen Versorgungsanspruch erheben kann, ist zunächst (alternativ) entweder Alter (Lebens- oder Dienstalter) oder Dienstunfähigkeit.

Ein Pensionsanspruch kann gegeben sein, wenn das Dienstverhältnis nach einer bestimmten Dauer sein Ende findet oder wenn der Bedienstete ein bestimmtes Altersjahr erreicht; manchmal wird auch verlangt, dass beides

[154]) Durch Selbstmord werden die Ansprüche der Hinterbliebenen ebenfalls nicht ausgeschlossen.

zusammentreffe, so dass z. B. Pensionierung zulässig ist nach fünfunddreissigjähriger Dienstzeit vom 60. Altersjahr an (bei kürzerer Dienstzeit dagegen erst vom 65. Altersjahr an). Die Gewährung eines Pensionsanspruches nach einer bestimmten Dienstdauer hat nicht immer nur den Zweck, betagten Bediensteten das Ausscheiden aus dem Dienste zu erleichtern; das Bundesrecht gewährt vielmehr Invalidenrente bei unverschuldeter Entlassung schon nach fünfzehn Dienstjahren, unabhängig vom Lebensalter des Entlassenen und von der Dienstunfähigkeit, und gleicht damit die Minderung der Erwerbsfähigkeit aus, die dem Entlassenen die Erlangung einer andern Anstellung erschwert.[155])

Der wichtigere Fall aber ist der der Diensunfähigkeit.

Als Dienstunfähigkeit ist ein körperlicher oder geistiger Zustand — Krankheit oder Schwäche — zu betrachten, der den Bediensteten an der Erfüllung seiner Obliegenheiten verhindert. Der Grad der Behinderung, der erforderlich ist, um den Anspruch auszulösen, ist gesetzlich nicht bestimmt; absolute Unmöglichkeit der Dienstleistung muss aber nicht nachgewiesen sein. Es genügt, dass der Bedienstete nicht mehr imstande ist, der Gesamtheit seiner Obliegenheiten nachzukommen und dass es sich dabei um einen Zustand handelt, der voraussichtlich anhalten wird.

Indessen muss hier ein Vorbehalt gemacht werden: Der Anspruch auf Versorgung wegen Dienstunfähigkeit entsteht dann nicht oder nicht im vollen Umfange, wenn die Verwaltung dem Bediensteten eine Tätigkeit anweist, der er trotz der Beeinträchtigung seiner Kräfte zu genügen vermag, und wenn der Bedienstete verpflichtet ist, sich dieser Tätigkeit zu unterziehen. Auf die relative Dienstunfähigkeit, die der Verwaltung erlaubt, das be-

[155]) Statuten der Versicherungskasse, Art. 24, Abs. 2. Dieser Anspruch entsteht aber nicht bei Dienstverhältnissen, die auf bestimmte oder beschränkte Zeit begründet worden sind. Praxis, Jahrg. 18, Nr. 31.

stehende Dienstverhältnis aufzuheben, oder die sie veranlasst, die Amtsbestätigung zu versagen, vermag der Entlassene einen Anspruch auf volle Versorgung nur unter der Voraussetzung zu stützen, dass er gänzlich aus dem Dienste des Gemeinwesens ausscheidet. Weist ihm aber die Verwaltung eine andere (leichtere) Tätigkeit zu, so fragt sich zunächst allerdings, ob für ihn eine Verpflichtung bestehe, diese Tätigkeit zu übernehmen; dies ist z. B. der Fall, wenn das Dienstverhältnis eines Bundesbeamten nach Art. 55 des Bundesgesetzes „umgestaltet" worden ist. Besteht keine Verpflichtung, so kann der Bedienstete, der sich freiwillig zum Übergang in ein anderes Dienstverhältnis verstanden hat, je nach der positiven Gesetzgebung entweder gar keinen oder nur einen reduzierten Anspruch geltend machen.[156]) Lässt er sich nicht weiter verwenden, so steht ihm der volle Versorgungsanspruch zu.

Der Grad der Behinderung kann unter zwei Gesichtspunkten relevant werden: wenn der wegen Dienstunfähigkeit Entlassene behauptet, er sei nicht dienstunfähig, und wenn der aus einem andern Grund oder grundlos Entlassene behauptet, er sei dienstunfähig. Das erste kann vorkommen, sofern dem Entlassenen z. B. im Falle der ungerechtfertigten Entlassung eine Entschädigung in Aussicht steht, die grösser ist als der Versorgungsanspruch. Häufiger aber wird die zweite Behauptung sein. Die Entscheidung, ob die Behinderung ausreiche, steht, wie die Entscheidung über das Verschulden, nach Bundesrecht in beiden Fällen dem richterlichen Ermessen zu. Sie ist nicht in das Ermessen der Verwaltung gestellt. Der Richter hat daher auch zu entscheiden, ob ein Bundesbeamter mit Rücksicht auf den Grad seiner Invalidität verpflichtet sei, sich in eine Umgestaltung seines Dienst-

[156]) Kein Anspruch besteht in diesem Falle nach baselstädtischem Recht. Nach Bundesrecht (Statuten der Versicherungskasse, Art. 28) hat der mit reduzierter Besoldung weiterbeschäftigte Bedienstete Anspruch auf eine Teilrente, die einen Teil der Verdiensteinbusse ausgleicht.

verhältnisses zu fügen, oder ob er Anspruch auf volle Versorgung und gänzliche Dienstbefreiung habe.

2. Ist neben der Invalidität oder dem Alter noch ein anderer Grund für die Beendigung des Dienstverhältnisses vorhanden, so fragt sich, welcher dieser Gründe entscheidend sei. Das basel-städtische Recht schliesst einen Pensionsanspruch aus, sobald nicht die (unverschuldete) Dienstunfähigkeit oder die ihr gleichstehende Erreichung der Altersgrenze, sondern ein vom Bediensteten selber zu vertretender Grund zur Beendigung des Dienstverhältnisses führt. Der Bedienstete, der disziplinarisch entlassen wird, oder der wegen schuldhaften Verhaltens nicht in seinem Amte bestätigt wird, oder der das Aktivbürgerrecht verliert und deshalb aus seinem Amte ausscheidet, kann sich nicht auf seine Dienstunfähigkeit oder auf sein Alter berufen. Trotz dem Wortlaut der Statuten der Versicherungskasse[157]) ist dasselbe für das Bundesrecht anzunehmen. Alter und Dienstunfähigkeit gewähren auch dem Bundesbeamten nur dann Anspruch auf Invalidenrente oder Abfindung, wenn nicht nach der gesamten Sachlage sein eigenes Verschulden die Entlassung oder Nichtwiederwahl veranlasste und rechtfertigte. Daraus, dass ihm ein Versorgungsanspruch nach einer gewissen Dienstzeit im Fall der schuldlosen Entlassung auch dann zusteht, wenn er nicht dienstunfähig ist, folgt nicht etwa, dass er im Falle der Invalidität oder nach Überschreitung der Altersgrenze auch bei Verschulden die Rente beanspruchen könne.

3. Ob das Dienstverhältnis von Amts wegen durch die Verwaltung oder ob es auf den Antrag des Bediensteten

---

[157]) Nach Art. 24 der Statuten wird der Anspruch auf Invalidenrente durch den Eintritt der Invalidität begründet, nicht durch die Entlassung wegen Invalidität. Hieraus liesse sich ableiten, dass es nach Eintritt der Invalidität auf den Grund der Entlassung nicht mehr ankomme. Das wäre aber unrichtig. Zur Ausgleichung von Härten kann im Fall verschuldeter Entlassung Art. 56 BBeamten-Ges. herangezogen werden.

aufgehoben worden ist, ist hier im Gegensatz zur Entschädigung grundsätzlich ohne Belang. Es kann sich auch der um Versorgung bewerben, der selbst um seine Entlassung nachgesucht hat, weil er sich nicht mehr für dienstfähig erachtete. Regelmässig wird indessen ein Entlassungsgesuch nur unter der Voraussetzung gestellt, dass die Versorgung gewährt werde. Im Bundesrechte wird daher dem Bediensteten ein Anspruch auf Feststellung der Invalidität ausdrücklich zugebilligt (Statuten der Versicherungskasse für die Bundesbeamten etc., Art. 25, Abs. 4).[158])

Abweichend von dem angegebenen Grundsatze kann der Bundesbeamte die Abfindung für fünfjährigen Dienst und die Rente für fünfzehnjährigen Dienst nur beanspruchen, wenn er entlassen oder nicht wiedergewählt worden ist; tritt er freiwillig zurück, so entsteht ein Versorgungsanspruch erst bei höherem Dienst- oder Lebensalter, es wäre denn, dass Invalidität vorläge.

4. Die Bemessung der Versorgungsansprüche ist je nach dem positiven Rechte sehr verschieden und soll hier nicht dargestellt werden. Es handelt sich entweder um einmalige Abfindung[159]) oder um Renten auf Lebenszeit, die meist ihrer Höhe nach einen Bruchteil der Besoldung betragen, und zwar einen um so höhern, je länger das Dienstverhältnis gedauert hat. Abfindungen pflegen gewährt zu werden, wenn die Dienstdauer nicht wenigstens eine bestimmte Zahl von Jahren betragen hat.[160]) Die

[158]) Der Wortlaut der Statuten lässt die Vermutung aufkommen, als ob Ansprüche wegen Invalidität nur anerkannt werden sollten, wenn über die Invalidität vor dem Dienstaustritt des Versicherten entschieden worden ist. Nach Art. 60 des BBeamtengesetzes kann indessen zweifellos auch später auf Versicherungsleistungen wegen Invalidität geklagt werden. Vgl. jed. Stat., Art. 8.

[159]) Eine Abfindung besonderer Art ist für die Bundesbeamten vorgesehen, die nicht als Versicherte der Versicherungskasse angehören und deswegen einem Sparzwang unterworfen sind. Sie erhalten als Versorgung die Beiträge des Bundes zu ihrer Spareinlage (Statuten Art. 52).

[160]) Statuten der Versicherungskasse, Art. 24, 40 (fünf Dienstjahre).

Abhängigkeit des Versorgungsanspruches von der Dienstdauer ist oft von Bedeutung für die Anstellung: es kann dem Bediensteten unter Umständen zugesichert werden, dass provisorische Dienstzeit oder dass eine Tätigkeit vor dem Eintritt in das Amt bei späterer Festsetzung der Versorgung eingerechnet werden solle.[161])

IV. Für die Entstehung der Versorgungsansprüche bedarf es möglicherweise, falls die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, einer Verwaltungsverfügung. Nach Bundesrecht trifft dies nicht zu; hier werden die Versorgungsansprüche unmittelbar durch das Gesetz und die Statuten der Versicherungskasse begründet. Wo aber, wie z. B. im baselstädtischen Recht, eine Verfügung erforderlich ist, erhebt sich die Frage, ob diese von Amts wegen oder nur auf Antrag zu erlassen sei. Von Amts wegen muss der Versorgungsanspruch jedenfalls immer dann festgesetzt werden, wenn er die Funktion einer Entschädigung hat, und ausserdem dann, wenn die Beendigung des Dienstverhältnisses von der Verwaltung herbeigeführt wird. Daher kann der Bedienstete, der wegen einer Pflichtverletzung entlassen worden ist, Pensionierung vom Augenblick der Entlassung an beanspruchen, wenn sich nachträglich herausstellt, dass er in jenem Augenblick geisteskrank war und dass ihm deshalb sein Handeln nicht zum Verschulden angerechnet werden durfte. Tritt dagegen der Bedienstete freiwillig von seinem Amte zurück oder erklärt er, eine Wiederwahl nicht anzunehmen, so ist die Verwaltung nach baselstädtischem Recht nicht verpflichtet, über die Frage der Pensionierung eine Verfügung zu treffen, solange kein Antrag vorliegt.[162])

---

[161]) Vgl. Statuten der Versicherungskasse Art. 6.

[162]) Wird der Antrag auf Entlassung mit Pension gestellt, und zwar die Entlassung verfügt, aber keine Pension zugesprochen so ist die Entlassung zwar wirksam, aber es kann wegen Verweigerung der Pension Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben werden. A. M. Fleiner, Inst. S. 204, N. 72.

Dass der Versorgungsberechtigte keinen Antrag stellt, darf aber nicht als Verzicht auf den Pensionsanspruch angesehen werden.[163]) Sind vielmehr die Voraussetzungen der Pensionierung im Augenblick des Austritts erfüllt gewesen, so kann der Antrag auf Gewährung der Pension auch später gestellt werden: nur besteht kein Anspruch auf Nachzahlung.[164]) Einem Geisteskranken, der freiwillig seinen Rücktritt genommen hätte, ohne einen Antrag auf Pensionierung zu stellen, müsste freilich auch die Nachzahlung bewilligt werden.

Die Verfügung, die auf einen bestimmten Termin die Zahlung einer Pension wegen Dienstunfähigkeit oder eine Entschädigung wegen vorzeitiger Entlassung zusichert, ist an und für sich unwiderruflich. Wird der Bedienstete aber nach ihrem Erlass aus einem andern Grund aus dem Dienst entlassen, z. B. wegen eines Verbrechens, so kann sie zurückgenommen werden.

Soweit für die Entscheidung über den Anspruch nicht die Grundsätze des Zivilprozesses massgebend sind, ist von Amts wegen zu untersuchen, ob die Voraussetzungen der Versorgung erfüllt seien. Das bedeutet aber nicht, dass sich der Ansprecher um die Beibringung von Beweismitteln nicht zu kümmern brauche. Vielmehr kann er angehalten werden, sowohl für seine Schuldlosigkeit als seine Dienstunfähigkeit Belege beizubringen, wenn die Angaben, die von der Verwaltung über den Entlassungsgrund gemacht werden, gegen seine Forderung sprechen und durch die Beweiserhebung erhärtet sind. Der Umstand, dass bei der Entlassung keine Versorgung gewährt worden ist und dass der Entlassene dies zunächst hinnahm, wird bei späterer Geltendmachung des Anspruches schon an und für sich meist als ein Indiz dafür gelten müssen, das es rechtfertigt, den Ansprecher zur Vorlage von Beweismitteln anzuhalten.

---

[163]) Anders aber Statuten der Versicherungskasse, Art. 8.

[164]) S. oben S. 395a.

IV. Der Anspruch auf eine Rente kann unter Umständen dahinfallen. Dies geschieht vor allem dann, wenn der Berechtigte wieder in den öffentlichen Dienst eintritt, und zwar in eine Stellung, in der er neuerdings versorgungsberechtigt ist. In diesem Falle besteht für die Weiterzahlung der Rente kein Grund mehr, es wäre denn, dass die neue Besoldung geringer wäre als die Rente, oder wenigstens geringer als die Besoldung, auf Grund deren die Rente berechnet worden war; trifft das zu, so bleibt ihm ein Anspruch auf einen Teil der Rente, für dessen Bemessung verschiedene Gesichtspunkte in Betracht fallen können.[165])

Wird der Rentenempfänger vom Gemeinwesen wieder in ein Dienstverhältnis aufgenommen, in dem er nicht versorgungsberechtigt wird, so rechtfertigt es sich nicht, den Anspruch dahinfallen zu lassen. Dagegen kann er in diesem Falle ruhen, soweit der Neuangestellte durch seinen Besoldungsanspruch versorgt ist, und er lebt dann wieder auf, und zwar von Rechts wegen, wenn das neue Dienstverhältnis zu Ende geht. Für die Bundesbeamten ist ein solches Ruhen des Anspruches nicht vorgesehen. Die Rente ist daher auch bei einer provisorischen Wiedereinstellung zu entrichten; dafür kann die Besoldung niedriger bemessen werden.

Die von einer Versicherungsanstalt gewährten Renten dahinfallen oder ruhen zu lassen, geht nur an, wenn das Gemeinwesen selber den frühern Bediensteten wieder anstellt und für ihn sorgt. Jedenfalls dürften ihm die Versicherungsbeträge nicht entzogen werden, auf die er kraft seiner eigenen Beiträge Anspruch hat. Für die unmittelbar vom Gemeinwesen gewährte Versorgung kommt

---

[165]) Statuten der Versicherungskasse, Art. 29: der Versicherte erhält eine Teilrente, die von der Differenz zwischen der alten und der niedrigeren neuen Besoldung berechnet wird. — Das baselstädtische Pensionsgesetz lässt die Pension insoweit bestehen, als sie zusammen mit der neuen Besoldung nicht die frühere Besoldung übersteigt (§ 1).

dieser Gesichtspunkt nicht in Betracht. Sie darf als subsidiär gestaltet werden. Nach baselstädtischem Gesetz[166]) ruht daher der Pensionsanspruch auch dann, wenn und soweit der Berechtigte „in einer privaten Stellung ein entsprechendes Einkommen findet". Die Vorschrift ist auf jeden Arbeitserwerb anwendbar, nicht etwa nur auf Lohn aus einer Anstellung, aber ausserdem auch auf eine Pension, die auf Grund eines andern Dienstverhältnisses entrichtet würde.

V. Neben den Ansprüchen, die dem Bediensteten bei der Beendigung des Dienstverhältnisses zustehen, pflegen endlich auch Leistungen vorgesehen zu sein, die bei diesem Anlasse nach freiem Ermessen gewährt werden. Das Bundesgesetz hat darüber besonders eingehende Bestimmungen aufgestellt (Besoldungsnachgenuss über die gesetzliche Norm hinaus beim Tod des Beamten für seine Hinterbliebenen, bei Invalidität für den Beamten selbst, Art. 47; Unterstützung für Beamte, die aus eigenem Verschulden aus dem Dienste ausscheiden, Art. 56).

§ 16. Das Verhältnis der Verfahren zur Entscheidung über Verantwortlichkeit und über Vermögensansprüche.

Die Vermögensansprüche der öffentlichen Bediensteten werden vielfach durch ihr persönliches Verhalten, insbesondere ihr Verschulden, beeinflusst. Dieses Verhalten ist gleichzeitig für ihre Verantwortlichkeit bestimmend und aus der Verantwortlichkeit erwachsen dem Gemeinwesen vermögensrechtliche Ansprüche gegen die Bediensteten. Für die Feststellung jeder Art von Verantwortlichkeit gibt es besondere Behörden und ein besonderes Verfahren, daneben gibt es eine eigene Ordnung für die Entscheidung über die Vermögensansprüche. Es soll hier zum Abschluss der ganzen Darstellung ein Überblick über die Beziehungen gegeben werden, die zwischen diesen verschiedenen Verfahren bestehen.

---

[166]) Pensionsgesetz, § 9.

I. Dabei darf man in zwei Richtungen von vornherein auf allgemeine Grundsätze verweisen: Es ist klar, dass der Strafrichter die Verantwortlichkeit der öffentlichen Bediensteten in völliger Freiheit gegenüber dem Zivilrichter feststellt und dass ebenso der Zivilrichter die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit unabhängig vom Strafrichter bestimmt. Diese beiden Arten der Verantwortlichkeit haben für den öffentlichen Bediensteten nur ihrem Inhalte nach besondere Bedeutung. Formell aber belasten sie ihn in der gleichen Weise, wie sie jeden andern Bürger belasten könnten; es ist möglich, dass eine Handlung nur eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit, oder dass sie eine zivilrechtliche und eine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründet; im zweiten Falle ergibt sich eine Kumulation und beide Verantwortlichkeiten werden selbständig geltend gemacht.

Die gleiche Selbständigkeit kommt aber auch der disziplinarischen Verantwortlichkeit zu. Es ist für ihre Geltendmachung grundsätzlich weder nötig, dass zunächst die strafrechtliche oder die zivilrechtliche Verantwortlichkeit festgestellt worden sei, noch wird eine disziplinarische Bestrafung dadurch ausgeschlossen, dass der Fehlbare tatsächlich schon strafrechtlich oder zivilrechtlich verantwortlich gemacht worden sei.

1. Allerdings pflegt die öffentliche Verwaltung das Disziplinarverfahren auszustellen, wenn ein Strafverfahren angehoben ist; der Bundesverwaltung wird dies (durch Art. 31, Abs. 3, BBeamtenGes.) zur Regel gemacht und es rechtfertigt sich durch die Aussicht auf zuverlässige Feststellung des Sachverhalts, die das Strafverfahren bietet. Die Ausstellung des Disziplinarverfahrens kann aber im Hinblick auf einen Verantwortlichkeitsprozess vor dem Zivilrichter ebenso gerechtfertigt sein.

2. Den strafrechtlich oder zivilrechtlich verurteilten Bediensteten auch noch einem Disziplinarverfahren zu unterwerfen, wird durch den Grundsatz des ne bis in idem nicht ausgeschlossen, weil die Disziplinarstrafe von anderer

Natur ist als die Rechtsstrafe (BBeamtenGes., Art. 30, Abs. 4). Allerdings, je mehr die Rechtsstrafe ihrerseits den Charakter eines Besserungsmittels annimmt, desto zweifelhafter wird die Distinktion. Es liesse sich unter diesem Gesichtspunkt sehr wohl die Auffassung vertreten, dass neben der Kriminalstrafe keine Disziplinarstrafe mehr verhängt werden sollte. Dafür müssten freilich zwei Voraussetzungen erfüllt sein: es müsste erstens die Dienstpflichtverletzung in allen Fällen vom Strafgesetze als Strafschärfungsgrund bezeichnet werden und es müsste anerkannt sein, dass die strafrechtliche Verurteilung des Bediensteten einer der Gründe sei, der die Auflösung des Dienstverhältnisses rechtfertige (im Sinn von Art. 55 des BBeamtenGes.). Indessen steht einer solchen Lösung das gewichtige Bedenken im Wege, dass die Einheitlichkeit der Disziplinarrechtspflege dadurch auf das Empfindlichste gestört würde. Wenn in den einen Fällen der Strafrichter, in den andern die Disziplinarbehörden und -gerichte zu entscheiden hätten, inwieweit eine Verfehlung mit Rücksicht auf das Dienstverhältnis zu ahnden sei, so könnte keine feste Linie in der Beurteilung mehr eingehalten werden. So stossend es daher im einzelnen Falle auch sein mag, dass nach dem richterlichen Strafurteile noch ein Disziplinarentscheid folgt, so erscheint die Selbständigkeit dieser Verantwortlichkeit doch als grundsätzlich richtig. Härten kann die Verwaltung dadurch vermeiden, dass sie im Disziplinarentscheide auf die Wirkung der Rechtsstrafe Rücksicht nimmt.

3. Die Feststellungen im Zivilurteil und im Strafurteil binden die Disziplinarinstanzen nicht. Die Verwaltung hat zwar diese Urteile, so wie sie lauten, zu vollstrecken, die Frage jedoch, ob der darin festgestellte Tatbestand vollständig und richtig sei und ob die Folgerungen, die daraus für die Verantwortlichkeit des Fehlbaren gezogen worden sind, zutreffen, ist ihrem selbständigen Entscheide anheimgestellt. Das BBeamtenGes. spricht das mit aller Klarheit aus, wenn es eine disziplinarische

Bestrafung selbst für den Fall ausdrücklich als zulässig erklärt, dass das strafrechtliche und das zivilrechtliche Verfahren nicht zur Feststellung einer Verantwortlichkeit geführt habe. Aber der Satz gilt selbst da, wo er nicht ausdrücklich formuliert worden ist.[167]) Dagegen dürfen selbstverständlich die Ergebnisse des Straf- und Zivilverfahrens bei der Fällung des Disziplinarentscheides in Betracht gezogen werden, soweit das nicht durch Prozessvorschriften (wie Unmittelbarkeit des Verfahrens) ausgeschlossen wird.[168])

4. Aber auch bei der Entscheidung über die Vermögensansprüche des Bediensteten, bei der die Verwaltung an das Ergebnis des Disziplinarverfahrens gebunden ist, steht sie dem Ergebnis der andern Verfahren zur Feststellung der Verantwortlichkeit frei gegenüber. Sie kann ein Verschulden, das der Zivilrichter als leicht eingeschätzt hat, als schweres Verschulden einschätzen und dem Fehlbaren deshalb einen Entschädigungsanspruch verweigern, während das gegenüber einem Disziplinarentscheide, der das Verschulden als leicht behandelt, nicht zulässig wäre. Denn das Disziplinarverfahren hat die Aufgabe, die Rechtsbeziehungen zwischen der Verwaltung und ihren Bediensteten zu bestimmen (vgl. unten II, 2). Von dem Augenblick an freilich, wo nach dem Vorbilde des Bundesrechts die Regressforderung und die Schadensersatz-

---

[167]) Er gilt z. B. auch, wenn in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Haftbarkeit des Bediensteten gegenüber dem Bunde verneint worden wäre, ein Fall, der in Art. 30, Abs. 4 nicht berücksichtigt wird.

[168]) Praktisch hat aber diese Freiheit insofern für die Verwaltung nur beschränkte Bedeutung, als ein verurteilendes Erkenntnis des Strafrichters für die Annahme, dass ein Verbrechen begangen worden sei und dass somit ein disziplinarisch relevanter Tatbestand vorliege, regelmässig genügt und die Rückweisung von Beweismitteln erlaubt, die diese Annahme widerlegen sollen.

Deshalb schreibt das BBeamten-Ges. vor, es sei das Ergebnis des Strafverfahrens abzuwarten, wenn die Interessen des Dienstes das zulassen (Art. 30, Abs. 3).

forderungen der öffentlichen Verwaltung als öffentlich-rechtliche Ansprüche gestaltet würden, wären die darüber ergehenden Urteile in dieser Hinsicht dem Disziplinarentscheid gleichzustellen.

II. In ähnlicher Weise ist die Feststellung von Vermögensansprüchen selbständig gegenüber der Feststellung der Verantwortlichkeit. Doch ergeben sich hier gewisse Einschränkungen.

1. Der Vorwurf, dass ein Verschulden des Bediensteten zur Beendigung des Dienstverhältnisses geführt habe, muss nicht notwendig durch ein Disziplinarverfahren erhärtet worden sein, wenn ein vermögensrechtlicher Anspruch des Bediensteten soll abgelehnt werden können. Auch wenn die Verwaltung ein Disziplinarverfahren unterlassen hat, kann sie den vermögensrechtlichen Ansprüchen des Entlassenen gegenüber den Einwand erheben, dass sich dieser verschuldet habe. Dies ist ohne weiteres einleuchtend in allen Fällen, wo für die Auflösung des Dienstverhältnisses ein Disziplinarverfahren gar nicht vorgeschrieben ist, die Entstehung eines Vermögensanspruches aber dennoch durch schuldhaftes Verhalten ausgeschlossen wird; das Hauptbeispiel bildet die Versagung der Amtsbestätigung, die bei Verschulden unter Umständen den Verlust von Versorgungsansprüchen nach sich zieht. Ähnlich verhält es sich, wenn ein Bediensteter die zur Ausübung seines Amtes erforderlichen Eigenschaften verloren hat und deswegen von Gesetzes wegen aus dem Dienste ausscheidet. In allen diesen Fällen kann allein im Verfahren über den Vermögensanspruch darüber entschieden werden, ob den Entlassenen ein Verschulden treffe.[169])

---

[169]) Ebenso darüber, ob die Dienstunfähigkeit durch ein Verschulden der Bediensteten herbeigeführt worden sei. Denn wenn Dienstunfähigkeit vorliegt, ist die Entlassung von vornherein gerechtfertigt, das Verschulden bedarf keiner disziplinarischen Untersuchung.

Dagegen scheint es der Logik nicht zu entsprechen, dass die Verwaltung vom vorgeschriebenen Disziplinarverfahren absehen, dem Bediensteten aber bei der Beurteilung seiner vermögensrechtlichen Ansprüche dennoch schuldhaftes Verhalten vorwerfen könne. Indessen ist dies der Standpunkt des geltenden Rechtes. Was zunächst den Entschädigungsanspruch wegen Entlassung oder wegen Kürzung der Besoldung anbelangt, so ist er geradezu bestimmt, die Nachteile rechtswidriger oder unbilliger Behandlung auszugleichen; infolgedessen ist die Durchführung des Disziplinarverfahrens nicht Voraussetzung dafür, dass die Entschädigung verweigert werden kann. In Bezug auf die Versorgungsansprüche gilt dieselbe Anschauung jedenfalls im Bundesrechte; denn damit, dass nach Art. 60 des BBeamtenGes. das Verwaltungsgericht selbständig über die Frage des Verschuldens zu entscheiden hat, wird auch ausgesprochen, ein Disziplinarverfahren sei nicht erforderlich. Aber im kantonalen Recht wird es nicht anders sein. Die Lösung ist aber nicht befriedigend. Denn während nach allgemeiner Regel eine Verfügung nichtig ist, die ohne Einhaltung des gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens erlassen wurde, ist die Entlassungsverfügung, selbst wenn sie sich auf ein Verschulden des Beamten stützt, trotz Umgehung des Disziplinarverfahrens unanfechtbar. Richtiger wäre vielmehr, dass in allen Fällen, wo nach dem Gesetze ein Disziplinarverfahren stattzufinden hat, in diesem Verfahren auch darüber entschieden würde, ob dem Angeschuldigten, falls er entlassen wird wegen eigenen Verschuldens, ein Entschädigungsanspruch oder ein Versorgungsanspruch zukomme.[170]) Selbstverständlich setzt dies das Bestehen eines Disziplinargerichts voraus; denn nur dann, wenn man dem Bediensteten die Anrufung eines solchen Gerichtes ermöglicht, darf man ihm den Zugang zum Zivilrichter (oder zum Verwaltungs-

[170]) In diesem Sinne ein Vorschlag des baselstädtischen Justizdepartements betreffend Einführung der Disziplinargerichtsbarkeit.

gericht) wegen ungerechtfertigter Entlassung und wegen seiner Versorgungsansprüche verschliessen.

2. Hat ein Disziplinarverfahren stattgefunden, so ist sein (endgültiges) Ergebnis für die Verwaltung insofern verbindlich, als die darin getroffene Feststellung, ob sich der Bedienstete verschuldet habe, keiner Nachprüfung mehr unterzogen werden kann. Das gilt sowohl für die richterliche, als für die im Verwaltungsverfahren ergangene Feststellung. Der im Disziplinarverfahren der Verwaltung unschuldig Befundene muss, wenn er dennoch entlassen wird, von allen Verwaltungsbehörden, die über seine Vermögensansprüche zu entscheiden haben,[171]) als Unschuldiger behandelt werden, selbst von einer Behörde, die der Disziplinarinstanz übergeordnet und in der Lage wäre, deren Feststellung aufzuheben: Das mag sie tun; solange es aber nicht geschieht, muss es bei dem Ergebnis des Verfahrens bleiben. Nicht anders verhält es sich im umgekehrten Falle; der für schuldig Befundene kann nicht beanspruchen, dass bei der Prüfung seiner Entschädigungs- oder Pensionsforderung auch die Schuldfrage neu geprüft werde. Freilich ist es möglich, dass ihm trotz dem festgestellten Verschulden Vermögensleistungen zugewendet werden, die er nicht einfordern kann (vgl. z. B. Bundes-BeamtenGes., Art. 56). Aber das ändert an der Feststellung des Verschuldens nichts.

Die ausschliessliche Geltung des Disziplinarentscheides muss nach geltendem baselstädtischem Rechte sogar vom Verwaltungsgericht anerkannt werden, das über vermögensrechtliche Ansprüche des entlassenen Bediensteten nicht entscheiden kann, wenn die Entlassung wegen einer Dienstpflichtverletzung verhängt worden war. Dies ist keine richtige Lösung. Denn wenn die vermögensrechtlichen Ansprüche der Bediensteten grundsätzlich der

[171]) Im Bundesrecht hat aber die Verwaltung nicht darüber zu entscheiden, sondern der Richter; die Ansprüche bedürfen nur im Streitfall der Feststellung. Anders da, wo sie durch Verfügung erst begründet werden müssen.

verwaltungsgerichtlichen Kognition unterstellt werden, so sollte nicht gerade der wichtigste Fall, in dem sie streitig werden können, dem Gericht entzogen bleiben.

Im Bundesrechte besteht zwar die ausschliessliche Geltung des Disziplinarentscheides grundsätzlich ebenfalls zu Recht. Allein da der von der Verwaltung bestrafte Beamte hier wenigstens in den schwersten Fällen das Disziplinargericht anrufen kann, ist ihm der Zugang zum Richter nicht überhaupt verwehrt und es bleibt nur übrig, dass das eidgenössische Verwaltungsgericht auch dann an das Ergebnis des Disziplinarverfahrens gebunden ist, wenn das Disziplinarverfahren in den Verwaltungsinstanzen seinen Abschluss gefunden hat. Das ergibt sich e contrario aus Art. 60, Abs. 2 des BBeamtenGes., der dem Verwaltungsgerichte in einer bestimmten Hinsicht die Nachprüfung der Schuldfrage gestattet; in jeder andern Beziehung wird sie dadurch stillschweigend ausgeschlossen. Zulässig ist die Überprüfung der Schuldfrage, wenn über Ansprüche auf Versicherungsleistungen zu entscheiden ist. Der auf dem Disziplinarwege entlassene Bundesbeamte hat somit die Möglichkeit, auf die Zusprechung derjenigen Leistungen der eidgenössischen Versicherungskasse zu klagen, die dem ohne sein Verschulden Entlassenen bei Dienstunfähigkeit oder infolge Alters zukommen. Das Gericht ist dabei weder an das Ergebnis einer in der Verwaltungsinstanz abgeschlossenen, noch an das Ergebnis der disziplinargerichtlichen Untersuchung der Schuldfrage gebunden, es vermag die Kassenleistungen auch dem Bediensteten zuzusprechen, der im Disziplinarverfahren als schuldig befunden worden ist.

Dagegen hat das eidgenössische Verwaltungsgericht nicht die Möglichkeit, die Schuldfrage zu überprüfen, wenn sich der disziplinarisch bestrafte Bundesbeamte in seinen Vermögensansprüchen gegenüber dem Bunde verletzt fühlt.[172]) Als solche fallen namentlich in Betracht

[172]) BGE vom 29. April 1929 i. S. Ambrogini, Praxis 18, S. 174.

der Entschädigungsanspruch nach Art. 55 wegen ungerechtfertigter Auflösung oder Umgestaltung des Dienstverhältnisses und der Anspruch auf die Besoldung, wenn dieser zur Strafe herabgesetzt worden oder sonst beschränkt worden ist.

Die Unterscheidung, die das Ergebnis eines Kampfes zwischen der Verwaltung und dem Gesetzgeber ist,[173]) gründet sich darauf, dass der Bedienstete zur Entstehung der Versicherungsansprüche durch seine eigenen Leistungen beigetragen hat. Doch ist dies keine durchschlagende Begründung; die Ansprüche gegen den Bund sind den Ansprüchen aus Versicherung durchaus gleichwertig und desselben Rechtsschutzes würdig. Dass nicht jedes Disziplinarverfahren, das mit einer Zurücksetzung des Betroffenen in seinen Besoldungsansprüchen abschliesst, auf dem Weg der Besoldungsklage vor das eidgenössische Verwaltungsgericht sollte weitergezogen werden können, ist zwar praktisch zu billigen; denn wenn die Gesetzgebung die Anrufung des Disziplinargerichtes für diese Fälle ausschliesst, so darf sie nicht das Verwaltungsgericht mit der Befugnis ausstatten, den Disziplinarentscheid der Verwaltungsinstanzen unwirksam zu machen. Anders verhält es sich mit dem Entschädigungsanspruch. Lässt das Gesetz die verwaltungsgerichtliche Feststellung zu, dass dem klägerischen Beamten im Disziplinarverfahren zu Unrecht ein Verschulden zum Vorwurf gemacht worden sei und dass er daher die Leistungen der Versicherungskasse zu beanspruchen habe (trotzdem er die ihm zustehende

---

[173]) Vgl. die Botschaft zum BBeamten-Ges., Art. 58; BBl. 1924, III S. 192, 259. — Dass Art. 60, Abs. 2 des Gesetzes dem Verwaltungsgericht ausdrücklich auch den Entscheid über die Frage der Invalidität zugesteht, erklärt sich aus demselben Kampfe. Diese Entscheidung gehörte aber auch beim Stillschweigen des Gesetzes notwendig dem Richter. Die Verwaltung soll nach ihrem Ermessen darüber befinden, ob die Dienstfähigkeit des Beamten so sehr geschwächt ist, dass sie ihn nicht mehr verwenden kann. Wenn sie ihn aber nicht mehr verwendet, so darf es nicht ihrem Ermessen überlassen sein, ob er als Invalider Anspruch auf Versorgung habe.

Beschwerde an das Disziplinargericht nicht ergriffen hat), so wäre es konsequent, dass es auch darüber entscheiden könnte, ob dem Kläger bei der festgestellten Sachlage nicht ein Entschädigungsanspruch zustehe, soweit dieser nicht schon vom Disziplinargericht beurteilt worden ist. Die Tragweite dieser Unstimmigkeit wird aber vermutlich nicht sehr erheblich sein, so dass es sich nicht rechtfertigte, zu verlangen, dass sie behoben werden müsse.

Da, wo der Entscheid über die vermögensrechtlichen Ansprüche der Bediensteten dem Zivilrichter zusteht, ist ihm gegenüber einem Disziplinarentscheid die Überprüfung der Frage entzogen, ob das Verschulden die Entlassung oder die Schmälerung des Besoldungsanspruches rechtfertige. Die Disziplinarstrafe stellt sich ihm als eine im Gesetze vorgesehene (oder durch die Anstellungsverfügung vorbehaltene) Einwirkung auf die vermögensrechtlichen Ansprüche des Bediensteten dar, die dem öffentlichen Rechte angehört und sich darum seiner Beurteilung entzieht.[174]) Nur wenn kein Disziplinarverfahren stattgefunden hat, kann er das Verhalten des Bediensteten untersuchen.

3. Die Entscheidung über den Vermögensanspruch vermag nicht auch umgekehrt eine Disziplinarentscheidung zu beeinflussen, denn diese muss ja zunächst (zu Ungunsten des Bediensteten) ergangen und vollstreckbar sein, damit von einem Vermögensanspruch infolge einer Entlassung die Rede sein kann; gegen den Entlassenen aber gibt es kein Disziplinarverfahren mehr. Möglich wäre nur, dass eine Behörde in der Zeit, in der ein Disziplinarverfahren im Gange ist, vom betroffenen Bediensteten um Feststellung eines Vermögensanspruches angegangen wird. Auf ein solches Gesuch ist nicht einzutreten, weil der Bedienstete keinen Anspruch auf eine Entscheidung hat, solange sein Ausscheiden aus dem Dienste in der Schwebe ist. Sollte aber das Gesuch dennoch behandelt worden sein, und zwar

[174]) BGE 41 II 180.

im Sinne der Gutheissung, so wäre die getroffene Verfügung als nichtig zu erachten, wenn sie nicht mit dem Rückzuge der disziplinarischen Anschuldigung verbunden wäre; denn wenn ein Disziplinarverfahren eröffnet ist, so darf über das Verschulden des Bediensteten nur in diesem Verfahren entschieden werden.

III. Eine neuartige Konkurrenz der Gerichtsbarkeiten in bezug auf den Gegenstand ihrer Entscheidungen ist endlich im Bundesrechte auf dem Gebiete der Verantwortlichkeit begründet worden. Während die Klage des Geschädigten gegen den fehlbaren Bundesbeamten und die Klage gegen den Bund, wo er für Verfehlungen seiner Beamten einzustehen hat, dem Zivilrichter vorbehalten bleibt, hat das BBeamtengesetz den Anspruch des Bundes gegenüber seinen Beamten auf Schadenersatz und auf Rückerstattung der an geschädigte Dritte geleisteten Beträge als öffentlichrechtliche Ansprüche gestaltet und hat sie damit der Beurteilung des Verwaltungsgerichts unterstellt (Art. 29). Das Verwaltungsgericht hat demnach Tatbestände zu überprüfen, die nicht nur zugleich auch für ein Strafverfahren und ein Disziplinarverfahren relevant sein können, sondern die vielmehr unter Umständen schon vom Zivilrichter beurteilt worden sind; es ist auch möglich, dass es sich mit dem gleichen Sachverhalt selbst schon zu befassen hatte, indem es das Verschulden des beteiligten Beamten mit Rücksicht auf seine Ansprüche an die Versicherungskasse prüfte, oder dass umgekehrt diese Ansprüche nach Erledigung des Haftungsstreites zu prüfen sind.

Nach dem Wortlaute von Art. 60 des BBeamtenGes. wäre das Verwaltungsgericht in diesem Falle nicht befugt, über das Verschulden des fehlbaren Beamten selbständig zu entscheiden. Jedoch ist diese Auslegung jedenfalls dann unhaltbar, wenn gar kein Disziplinarverfahren zur Feststellung des Verschuldens stattgefunden hat, denn Art. 60 hat von vornherein nur den Sinn, dass der Verwaltung für die Feststellung des Verschuldens in den durch

Abs. 2 nicht ausgenommenen Fällen die Vorhand gebühre. Macht sie davon keinen Gebrauch, so besteht kein Grund, dem Richter die Fällung eines Urteils über das Verschulden zu verwehren. Aber darüber hinaus muss es als ausgeschlossen erachtet werden, dass das Verwaltungsgericht beim Urteil über die Haftung des Beamten an Disziplinarentscheidungen der Verwaltung gebunden sein sollte. Art. 60, Abs. 2, ist dahin auszulegen, dass er die Überprüfung der Schuldfrage nur bei bestimmten Ansprüchen gegen den Bund ausschliesse, nicht aber bei allen und jedenfalls nicht auch bei Ansprüchen des Bundes gegen Beamte, denen ein Verschulden zum Vorwurf gemacht wird. Denn wenn das Gericht nur in beschränktem Masse zur Beurteilung des Verschuldens zugelassen wird, so hat das keinen andern Zweck als den, die Entkräftung von Disziplinarverfügungen zu verhindern, die eintreten könnte, falls das Verwaltungsgericht den vermögensrechtlichen Nachteil beseitigen könnte, der dem Beamten durch die Disziplinarstrafe zugefügt worden ist. Ein Urteil über die Haftung nach Art. 29 hat diese Wirkung unter keinen Umständen, wie aus Art. 30, Abs. 4, hervorgeht. Deshalb besitzt auch hier das Gericht volle Selbständigkeit zur Entscheidung über das Verschulden. Es ist schon darauf hingewiesen worden, oben S. 423a, dass dasselbe auch für die Beurteilung des Entschädigungsanspruchs nach Art. 54 und 55 des BBeamtenGes. gilt, sofern er nicht von einem disziplinarisch entlassenen Beamten erhoben wird.