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: 54 (1935)

Artikel: Die sachliche Zuständigkeit des Bundesgerichts für die Beurteilung vermögensrechtlicher Ansprüche aus dem Bundesdienstverhältnis

Autor: Kern, Theodor

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895948

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: 07.01.2026

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

Die sachliche Zuständigkeit des Bundesgerichts für die Beurteilung vermögensrechtlicher Ansprüche aus dem Bundesdienstverhältnis.

Von Dr. iur. Theodor Kern, Bern.

INHALTS-ÜBERSICHT.

Seite
§ 1. Einleitung 328
§ 2. Die Voraussetzungen der sachlichen Zuständigkeit: Berechtigung aus öffentlichem Recht; vermögensrechtliche Natur des Rechts; ein Anspruch 330
§ 3. Wann liegt eine Berechtigung aus „öffentlichem Recht" vor? 332
§ 4. Wann ist eine Berechtigung vermögensrechtlicher Natur? 341
§ 5. Wann ist ein Vermögensrecht ein Anspruch? . . . 346
§ 6. Ausnahmen von der allgemeinen Regel 349

Kürzungen:

BtG Bundesgesetz über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten vom 30. Juni 1927 (Beamtengesetz).

BO I Verordnung über das Dienstverhältnis der Beamten der allgemeinen Bundesverwaltung vom 24. Oktober 1930 (Beamtenordnung I).

BO II Verordnung über das Dienstverhältnis der Beamten der Schweizerischen Bundesbahnen vom 24. Oktober 1930 (Beamtenordnung II).

VDP Bundesgesetz über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom 11. Juni 1928.

§ 1. Einleitung.

1. Das Bundesdienstverhältnis ist der Inbegriff der rechtlichen Beziehungen zwischen dem Bund als Arbeitgeber und dem Bundesdienstnehmer[1]). Ob die vermögensrechtlichen Ansprüche aus diesem Rechtsverhältnis bei

[1]) Kern, Das Dienstrecht des Bundespersonals. Polygr. Verlag Zürich 1935, S. 19.

den Zivilgerichten oder beim Verwaltungsgericht — als solches funktioniert das Bundesgericht — geltend zu machen sind, hängt ab von der rechtlichen Natur des Dienstverhältnisses.

2. Das Dienstverhältnis zwischen dem Staat und seinen Beamten wurde anfänglich als gewöhnlicher Dienstvertrag aufgefasst; somit waren für die Beurteilung von Streitigkeiten die zur Entscheidung von Privatrechtsstreitigkeiten eingesetzten Zivilgerichte zuständig.

Seit etwa anfangs der 80er Jahre begann man auch in der Schweiz das Beamtenverhältnis als öffentlich-rechtliches zu betrachten (aOR, Art. 349, Abs. 1, und revOR, Art. 362). Nach der Theorie der gemischten Rechtsverhältnisse — eine Erscheinung der Fiskustheorie — hielt man jedoch die vermögensrechtlichen Ansprüche aus einem solchen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis für privatrechtlich. Darum blieben weiterhin die Zivilgerichte zuständig.

Aber auch nachdem die Fiskustheorie und damit die Lehre von den gemischten Rechtsverhältnissen überwunden war und man auch die vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis für öffentlich-rechtlich ansah, blieben die Zivilgerichte kraft Gewohnheitsrecht[2]) weiterhin zuständig, weil sich einerseits die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz noch nicht entwickelt hatte und man andererseits dem Beamten die Möglichkeit, an die Gerichte zu gelangen, nicht nehmen wollte[3]).

Erst mit dem Erlass des Bundesgesetzes über die eidg. Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom

---

[2]) Gewohnheitsrecht kann sich ausnahmsweise auch im öffentlichen Recht bilden, besonders in der Form der Observanz; siehe darüber Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage. Tübingen 1928, S. 86/87.

[3]) Über diese Entwicklung siehe Giacometti, Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des Schweiz. Bundesgerichts. Tübingen 1924.

11. Juni 1928 (VDP) ist beim Bunde die Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeführt und nach Art. 1 und 2 dieses Gesetzes und Art. 3 Ziff. 12 des Reglementes für das Schweizerische Bundesgericht vom 26. November 1928 der staats- und verwaltungsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts übertragen worden. Für Streitigkeiten aus dem Dienstverhältnis der Bundesdienstnehmer wurde gemäss Art. 2 Abs. 3 VDP und Art. 9 des genannten Reglementes für das Bundesgericht an der staats- und verwaltungsrechtlichen Abteilung eine besondere Kammer für Beamtensachen geschaffen, welche nun unter anderem auch die vermögensrechtlichen Streitigkeiten aus dem öffentlichen Bundesdienstverhältnis zu beurteilen hat.

§ 2. Die Voraussetzungen der sachlichen Zuständigkeit:

Berechtigung aus öffentlichem Recht; vermögensrechtliche Natur des Rechts; ein „Anspruch".

1. Der Umfang der sachlichen Zuständigkeit des Bundesgerichts für Streitigkeiten aus dem Bundesdienstverhältnis ist geordnet in den Art. 17 VDP und 60 BtG. Ausnahmen von der allgemeinen Abgrenzung in diesen Gesetzesbestimmungen ergeben sich aus den Vorschriften über das formelle Beamtendisziplinarrecht. Es ist niedergelegt in den Art. 32 und 33 des BtG, im VDP, in der BO I (Art. 26—36) und in der BO II (Art. 21—29).

Art. 17 des VDP lautet:

„Das Bundesgericht urteilt als einzige Instanz über in der Bundesgesetzgebung begründete streitige vermögensrechtliche Ansprüche des Bundes oder gegen den Bund aus öffentlichem Recht. Zu diesen Ansprüchen gehören insbesondere:

a) Streitigkeiten aus dem Bundesbeamtenverhältnis, inbegriffen Streitigkeiten über Leistungen einer Versicherungskasse des Bundes.

b) . . ."

Art. 60 BtG lautet:

„Das Bundesgericht urteilt als Gericht einziger Instanz über streitige vermögensrechtliche Ansprüche des Bundes oder gegen den Bund aus dem Dienstverhältnis, inbegriffen Ansprüche auf Leistungen einer Versicherungskasse des Bundes an Anspruchsberechtigte.

Bei der Beurteilung von Ansprüchen auf Kassenleistungen wegen Auflösung des Dienstverhältnisses oder Nichtwiederwahl entscheidet das Bundesgericht selbständig, ob die Massnahme vom Versicherten oder Spareinleger verschuldet ist, gegebenenfalls, ob dauernde Invalidität vorliegt."

2. Massgebend ist Abs. 1 von Art. 17 VDP. Art. 60 BtG dagegen bezieht sich lediglich auf das Dienstverhältnis der Beamten im Sinne des Beamtengesetzes[4]) und stellt eine Wiederholung — pro memoria — der allgemeineren Bestimmung von Art. 17 VDP dar; er gibt aber keine Auskunft darüber, welche Instanzen für die vermögensrechtlichen Streitigkeiten aus andern Bundesdienstverhältnissen zuständig sind. Auch auf lit. a von Art. 17 Abs. 1 VDP darf nicht abgestellt werden, wie manche meinen[5]), weil die Aufzählung in lit. a, wie das Wort „insbesondere" deutlich bekundet, nicht abschliessend, sondern exemplifikativ ist[6]).

3. Aus Art. 17, Abs. 1, der also auf unsere Frage Antwort gibt, geht hervor, dass drei Voraussetzungen

---

[4]) BtG. Art. 1: „Beamter im Sinne dieses Gesetzes ist, wer als solcher vom Bundesrate, von einer ihm nachgeordneten Amtsstelle, oder von einem eidgenössischen Gerichte gewählt wird. Das Verzeichnis der Ämter, deren Träger die Eigenschaft von Beamten haben, wird vom Bundesrate aufgestellt. Es bedarf der Genehmigung durch die Bundesversammlung."

[5]) So Im Hof, Das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis, Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins, 2. Heft, Basel 1929, und Zeitschrift für schweiz. Recht, NF, Bd. 48 S. 389a ff.

[6]) Gl. Auff. Kirchhofer, Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht. Basel 1930, S. 77 und 83.

erfüllt sein müssen, damit eine Streitigkeit aus dem Bundesdienstverhältnis beim Bundesgericht als einzige Instanz[7]) geltend gemacht werden kann[8]), nämlich:

1. Es muss sich um eine Berechtigung des Bundes oder gegen den Bund „aus öffentlichem Recht" handeln.

2. Die Berechtigung muss vermögensrechtlich sein.

3. Die Berechtigung muss ein „Anspruch" sein.

Diese allgemeine Regel erleidet einige Einschränkungen, die wir aber erst nach Abklärung der obengenannten drei allgemeinen Voraussetzungen umschreiben können (siehe § 6 hiernach).

§ 3. Wann liegt eine Berechtigung „aus öffentlichem Recht" vor?

1. Das Erfordernis, wonach eine Berechtigung „aus öffentlichem Recht" vorliegen muss, kann in zweifachem Sinne verstanden werden, entweder so, dass nur die ein-

[7]) Nach dem Titel des 3. Unterabschnittes im 1. Abschnitt betrachtet das VDP diesen Rechtsbehelf im Gegensatz zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde nach Art. 4—16 VDP als verwaltungsrechtliche Klage auf Leistungen, über die das Bundesgericht als einzige Instanz urteilt. Diese Unterscheidung lässt sich jedoch nicht aufrecht erhalten; es handelt sich in Wirklichkeit auch hier um eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde (wie beim Rechtsmittel nach Art. 4—16 VDP), denn die Verwaltung muss nach VDP Art. 20 in Verbindung mit BO I, Art. 67, resp. BO II, Art. 58, vorher zum Anspruch Stellung nehmen, was doch nichts anderes bedeutet, als dass eine (anfechtbare) Verwaltungsverfügung ergangen sein muss. Es wäre ja auch absurd und unnatürlich, wenn in allen Fällen und solange nicht beim Bundesgericht Klage erhoben ist, der Bestand eines vermögensrechtlichen Anspruches unentschieden und — mangels einer Verjährungsfrist — ewig in der Schwebe bliebe. (S. auch Burckhardt, Zeitschrift d. bernischen Juristenvereins, 1930, Bemerkungen zur Rechtsprechung des Bundesgerichts.)

[8]) Nach Art. 17 Abs. 1 VDP käme als weitere Voraussetzung hinzu, dass der vermögensrechtliche Anspruch in der Bundesgesetzgebung begründet ist. Das ist jedoch selbstverständlich, weil ja keine andern Rechtsquellen für die Ordnung von Bundesdienstverhältnissen in Frage kommen.

zelne Norm, welche die Berechtigung gewährt, oder aber so, dass das ganze Dienstverhältnis als solches öffentlich-rechtlicher Natur sein muss.

2. Einzelne Normen sind öffentlichen Rechtes, wenn sie zwingend und von Amtes wegen anzuwenden sind[9]), z. B. jene der Lohnordnungen I und II für (auch privatrechtlich angestellte) Bundesarbeiter, der Disziplinarvorschriften, der Normen über das Versicherungskassenverhältnis usw., Bestimmungen, die auch auf privatrechtliche Bundesdienstverhältnisse anwendbar sind.

Art. 17 VDP meint jedoch, obschon der Wortlaut eigentlich darauf schliessen liesse, nicht Berechtigungen auf Grund einzelner öffentlich-rechtlicher Normen, sondern auf Grund öffentlich-rechtlicher Bundesdienstverhältnisse. Aus den Materialien des Gesetzes[10]) geht nämlich deutlich hervor, dass Ansprüche aus privaten Rechtsverhältnissen unbekümmert um die Natur der berechtigenden Einzelnorm (abgesehen von einigen Ausnahmen, s. § 6 hiernach) von den Zivilgerichten zu beurteilen sind[11]). Dem entspricht auch die Theorie und Praxis ganz allgemein, nicht nur in diesem besondern Fall. Eine andere Lösung ist schon deshalb nicht tunlich, weil sonst für das nämliche Rechtsverhältnis, je nach der Art des Anspruches, gleichzeitig die Zivil- und die Verwaltungsgerichte zuständig wären. Es ist also offensichtlich, dass Art. 17 VDP vermögensrechtliche Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verhältnissen meint. Das Bundesgericht ist somit für vermögensrechtliche Streitigkeiten aus dem Bundesdienstverhältnis nur dann zuständig, wenn das betreffende Dienstverhältnis öffentlichrechtlicher Natur

---

[9]) Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927. S. 16 u. 17 (inkl. Fussnote 1 daselbst).

[10]) Botschaft zum VDP S. 79; Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat 1926, S. 132.

[11]) Gl. Auff. Kirchhofer, Disziplinarrechtspflege beim Bundesgericht, Zeitschrift für schweiz. Recht, NF Bd. 52, S. 18 und Separatabdruck Basel 1933; BGE 59 I 90.

ist; andernfalls haben die Zivilgerichte (in der Regel die Gewerbegerichte) zu urteilen.

3. Welche Bundesdienstverhältnisse sind aber öffentlich-rechtlich?

Die Antwort hängt ab vom Kriterium, das wir der Einteilung in privates und öffentliches Recht überhaupt zugrunde legen. Ein solches Kriterium kann nicht schlechthin richtig oder falsch sein[12]). Verschiedene Kriterien können für verschiedene Unterscheidungen zutreffen. Es fragt sich nur, welche Unterscheidungen zu machen sind, bezw. welches ihre Bedeutung zur Lösung praktischer Fragen ist[13]).

Eine bedeutsame praktische Frage ist nun, wie ein Rechtsverhältnis im weitern Sinne entsteht, ob kraft einseitiger zwingender gesetzlicher Norm oder kraft privater Willkür (in ungebundener Entschliessung), d. h. durch privates Rechtsgeschäft. Bedeutsam ist diese Unterscheidung, weil im ersten Fall die vom objektiven Recht selbst begründete Pflicht, z. B. die Dienstpflicht, besteht, ohne Rücksicht auf die Willkür der Beteiligten[14]), für das Staatsorgan und den Dienstpflichtigen, sowohl was die Existenz wie auch was den Inhalt betrifft, im zweiten Fall dagegen vielmehr nach Massgabe der willkürlichen Entschliessung, also nur, wenn sie (die Pflicht) gewollt wird, und folgerichtigerweise auch nur so, wie sie gewollt wird. Das Rechtsgeschäft ist die Form der Betätigung privater Interessen, das zwingende Recht die Form der Betätigung des öffentlichen Interesses (durch den Staat). Das erste begründet subjektive (verzichtbare, aufhebbare)

---

[12]) Über die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht siehe Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 1—105, ferner Burckhardt, Der Vertrag im öffentlichen Recht.

[13]) Burckhardt, Organisation, S. 12; Schild, Die Fabrikordnung (vom öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkt aus betrachtet). Diss. Zürich 1924.

[14]) „Jus publicum privatorum pactis mutari non potest" (Papinian D. 2. 14. 38).

Rechte — aufhebbar aber nur mit Willen der Beteiligten, und nicht durch Gesetz —, also wohlerworbene Rechte; das zweite begründet solche Rechte nicht[15])[16]). Das ist

[15]) Burckhardt, Organisation, S. 16, 27 u. 228; Burckhardt, Gutachten über die Zulässigkeit der Rentenherabsetzung (nicht veröffentlicht).

[16]) Die wichtigsten Theorien, die der Einteilung in öffentliches und privates Recht ein anderes (aber unzweckmässiges) Kriterium zu Grunde legen, stellen ab entweder auf das öffentliche Interesse (Interessentheorie), die beteiligten Personen (Subjekttheorie), oder darauf, ob der beteiligte Staat dem Bürger nicht als Gleichberechtigter, sondern hoheitlich, als potentior persona, gegenübertritt; ein öffentliches Rechtsverhältnis liegt nach dieser Theorie vor, wenn es ein Gewaltverhältnis ist (Mehrwerttheorie).

Die weiteste Verbreitung hat die Mehrwerttheorie gefunden. — Übergeordnet kann doch auch, wenn das Dienstverhältnis einmal begründet ist, eine private Partei der andern gegenüberstehen (Dienstvertrag, Lehrvertrag, Hausgewalt), wie Eichenberger, Schweiz. Juristenzeitung 1929, S. 37, und Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts (Leipzig 1927), S. 380, richtig bemerken. Allerdings ist die private Gewalt im Gegensatz zur öffentlichen eine andere, subjektive und nicht von Amtes wegen zu betätigende. Der Unterschied liegt somit nicht in der Gewalt als solcher, sondern in der absolut zwingenden Natur der Normen.

Anhänger der Mehrwerttheorie sind z. B. Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen 1928, S. 51; Bundesrichter Jäger, Verhandlungen der Expertenkommission für das VDP, Materialien Bd. 1, 1917, S. 244; Escher, Schweiz. Bundesbeamtenrecht, Diss. Zürich 1903, S. 16; Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1929, S. 384; Brand, Das Beamtenrecht, 3. Aufl. 1928, Handbücher des preussischen Verwaltungsrechts, Berlin 1928, S. 13/17; Matschek, Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, Leipzig 1931, S. 15; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, München und Leipzig 1924, S. 14; Gutachten des Eidg. Justizdepartements in Burckhardt, Walther, Schweiz. Bundesrecht, Staats- und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesverwaltung seit 1903, Frauenfeld, Bd. II von 1930, Nr. 721; Müller, Hans, Staatsarbeiter- und Beamtenrecht, Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Bd. 22, S. 169; Huber, Das Dienstverhältnis des Bundesarbeiters, Diss. Zürich 1928, S. 25, 26 und 30; Antoniewitsch, La nature juridique de la fonction publique, Diss. Genf 1914, S. 49; BGE 54 II 373.

doch offenbar die Frage, die man mit der Zuteilung eines Rechtsverhältnisses zum privaten oder öffentlichen Recht beantworten will. Die Militärdienstpflicht oder die gesetzliche Pflicht zur Führung eines Amtes (Amtszwang) sind der ersten Art, die auf Privatdienstvertrag beruhenden Dienstpflichten der zweiten Art.

Welcher Art ist nun die Begründung von Bundesdienstverhältnissen (Anstellung), die das positive Recht öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse nennt?

Statuiert das Gesetz selbst die Dienstpflicht (Amtszwang), so ist das Dienstverhältnis öffentlich-rechtlich im Sinn der obigen Unterscheidung; überlässt es die Begründung dieser Pflicht dem Belieben des Dienstnehmers, so ist es ein privatrechtliches.

Abgesehen von der Bestellung der Geschworenen (Gerichtsorganisationsgesetz Art. 112 und Art. 4, Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934) kennt das Bundesrecht jedoch den Amtszwang nicht. Auch die öffentlich-rechtlich genannten Dienstverhältnisse werden begründet nach willkürlicher rechtsgeschäftlicher Anmeldung (oder Zustimmung), nur wenn und weil es der Dienstnehmer will. Und dementsprechend kann der Dienstnehmer — abgesehen von Ausnahmezuständen in Zeiten von Krieg oder Kriegsgefahr (BtG Art. 53, MO Art. 202 u. 217/220) — unter Beobachtung der vorgeschriebenen Fristen durch rechtsgeschäftliche, also auch willkürliche Rücktrittserklärung die Auflösung des Dienstverhältnisses veranlassen. Wenn auch der Inhalt des Dienstverhältnisses, das Wie,

---

Die Interessentheorie vertreten BGE 55 II 215, Ulpian, Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim." (D. 1, 1, 1, 2.).

Die Subjektstheorie wird, wie übrigens auch die Interessentheorie, in der Regel vertreten in Verbindung mit der Mehrwerttheorie.

durch zwingende und von Amtes wegen anzuwendende Vorschriften bestimmt wird, die durch Rechtsakte (rechtmässigerweise) nicht abgeändert werden können, so beruht doch das Ob, die Entstehung — und darauf kommt es an — nicht auf Gesetz allein, sondern auf einem Rechtsgeschäft; das öffentlich genannte Dienstverhältnis ist also in Wirklichkeit privatrechtlicher Natur und folgerichtigerweise müsste man es durchwegs als ein solches behandeln. Für die Begründung müsste die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien (OR Art. 1) notwendig sein (Konsens), und für die Auslegung wäre nicht die Meinung des Gesetzes, sondern der nachweisbare oder vermutliche Parteiwille massgebend; die so begründeten (privaten) Rechte wären ohne den dahingehenden Willen der Berechtigten unabänderlich, sie dürften durch öffentliches Recht (wenn man schon die Grundsätze des Privatrechts überhaupt anerkennen will) grundsatzgemäss nicht aufgehoben werden (weil diese Rechte wohlerworben sind); und zur Beurteilung von Streitigkeiten aus dem Dienstverhältnis wären die Zivilgerichte zuständig. Tatsächlich ist es aber nach dem positiven Recht nicht so. Trotzdem die öffentlich-rechtlich genannten Dienstverhältnisse nicht kraft einseitigen gesetzlichen Befehls begründet werden, wie es konsequent wäre (was noch nicht sagen soll, dass es so sein muss), sondern nur, wenn der Dienstnehmer zustimmt, hat das Gesetz dieses Rechtsverhältnis so geregelt, wie wenn dem so wäre; das ist darauf zurückzuführen, dass diese Dienstverhältnisse dem öffentlichen Interesse dienen. Sie entstehen zwar kraft Zustimmung des Dienstnehmers, aber von seiten der Verwaltung ist für das Zustandekommen nicht wie beim Vertragsschluss eine gleichgerichtete rechtsgeschäftliche Willenserklärung notwendig, sondern eine Verfügung, d. h. die Verwirklichung einer im objektiven Recht begründeten, verbindlichen Vorschrift. Die anstellende Behörde soll anstellen, und zwar kraft Vorschrift des objektiven Rechtes; sie soll auch den Geeignet-

sten anstellen. Sie handelt also im Gegensatz zum zustimmenden Dienstnehmer in Erfüllung einer Pflicht. Die Konsensuallehre ist somit nicht rein durchgeführt. Das hat zur Folge, dass auch für die Auslegung des Anstellungsinhalts nicht wie beim Vertrag der Wille der Verwaltung massgebend ist, sondern die Meinung des Gesetzes. Der Inhalt, das Wie, wird nicht durch die (zwingenden und nachgiebigen) Rechtssätze der Privatrechtsordnung bestimmt, sondern durch eine besondere Ordnung, die abschliessend durch zwingende und von Amtes wegen anzuwendende Rechtssätze, die unabänderlich sind, bestimmt wird. Diese Dienstverhältnisse unterstehen endlich nicht der Zivil-, sondern der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Und doch kommt das Dienstverhältnis nicht zustande kraft einseitigen Gesetzesbefehls, sondern nur wenn der Beamte zustimmt (Burckhardt, Die wohlerworbenen Rechte des Beamten, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. 64, Jg. 1928, S. 57, und Burckhardt, Gutachten betreffend die Zulässigkeit der Rentenkürzung, nicht veröffentlicht). Es ist daher zwiespältigen Charakters; keiner der beiden Gedanken wurde allein folgerichtig durchgeführt. Trotzdem wir somit die sogenannten öffentlichen Dienstverhältnisse ihres widerspruchsvollen Wesens wegen weder den privatrechtlichen noch den öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen ganz zuzählen können, werden sie in Theorie und Praxis doch stets öffentlich-rechtlich genannt.

Wenn deshalb in Art. 17 VDP von vermögensrechtlichen Ansprüchen aus öffentlichem Recht gesprochen wird, so soll das heissen „aus öffentlich-rechtlich genannten Dienstverhältnissen".

5. Welches sind nun öffentlich-rechtlich genannte Dienstverhältnisse? Dieser Begriff ergibt sich aus den Merkmalen, die wir bei dessen Charakterisierung festgestellt haben: Begründung durch rechtsgeschäftliche Anmeldung (oder Zustimmung) in Verbindung mit Wahl

oder Ernennung durch die Verwaltung (statt Vertragsschluss), Auslegung nach dem Willen des Gesetzes (statt nach dem Willen der Verwaltung), abschliessende und (rechtmässigerweise) unabänderliche Bestimmung des Anstellungsinhalts durch zwingende und von Amtes wegen anzuwendende Rechtssätze (statt durch den Vertragswillen) und Unterstellung unter die Verwaltungsgerichtsbarkeit (statt unter die Zivilgerichte).

Diese Merkmale sind, soweit sich das Gesetz darüber nicht ausdrücklich ausspricht, in der Regel schwer zu erkennen, insbesondere die Wahl oder die Ernennung ist vom Vertragsschluss kaum unterscheidbar, weil die Verwaltung, wie es grosse juristische Personen, z. B. Privatbahnen, auch häufig zu tun pflegen, meist den Vertragsschluss ebenfalls in die Form der Wahl oder Ernennung kleidet, während sie auf der andern Seite mitunter auch für die öffentlich-rechtliche Wahl oder Ernennung die Form des Vertrages beachtet. Ob ein Dienstverhältnis der Zivil- oder der Verwaltungsgerichtsbarkeit untersteht, ist ebenfalls selten im Gesetz ausdrücklich gesagt. Dies ist nur der Fall in Art. 60 BtG in Verbindung mit Art. 17 VDP.

Es ist nur indirekt erkennbar, ob ein Dienstverhältnis durch Vertrag oder durch eine Verfügung (Wahl oder Ernennung) in Verbindung mit der Anmeldung (oder Zustimmung) des Dienstnehmers, also durch Anstellung, und somit nicht durch Vertragsschluss zustande gekommen ist. Liegt ein öffentlich-rechtlich genanntes Dienstverhältnis vor, so ist sowohl die Entstehung des Dienstverhältnisses, das Ob — abgesehen von der Zustimmung des Dienstnehmers — wie auch der Inhalt, das Wie des Dienstverhältnisses, abschliessend durch zwingendes und von Amtes wegen anzuwendendes Recht geordnet. Die Entstehung, das Ob des Vertrags-Dienstverhältnisses beruht dagegen auf freier, willkürlicher Vereinbarung; auch der Inhalt, das Wie, ist in der Regel (wenigstens teilweise) nicht zwingend bestimmt, sondern

vereinbart. Allerdings kann auch ein Vertrag vorliegen, wenn bloss das Ob durch Vereinbarung bestimmt, während der Inhalt, das Wie, abschliessend durch zwingendes und von Amtes wegen anzuwendendes Recht geregelt ist; das trifft z. B. zu beim Verlobungsvertrag und bei der Ehe. Ist aber der Inhalt, das Wie eines Bundesdienstverhältnisses abschliessend durch zwingendes Recht geordnet, so muss man vernünftigerweise annehmen, dass nicht das Dienstvertragsrecht, sondern das öffentliche Bundesdienstrecht anwendbar ist, denn das positive Recht sieht (ausnahmsweise) den Abschluss von Dienstverträgen an Stelle der Begründung sogenannter öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse vor, damit der Inhalt des Dienstverhältnisses nach den Bedürfnissen des Einzelfalles durch Vereinbarung bestimmt werden kann, und nur dort, wo das notwendig erscheint. Praktisch gibt es somit keine Bundesdienstverhältnisse, die durch Vertrag entstehen, während der Inhalt restlos durch zwingendes Recht geordnet würde. Aus dem Umstand, dass gar nichts mehr der willkürlichen Vereinbarung überlassen und alles durch zwingende und von Amtes wegen anzuwendende Normen geregelt ist, kann also geschlossen werden, dass das Dienstverhältnis nicht durch Vertrag, sondern durch Wahl oder Ernennung in Verbindung mit der Anmeldung oder Zustimmung des Dienstnehmers, also durch Anstellung (nicht durch Vertrag) zustande gekommen ist und dass daher die Privatrechtsordnung in jeder Beziehung ausgeschlossen und das Dienstverhältnis somit ein sogenanntes öffentlich-rechtliches ist.

Ein Irrtum ist es jedoch, auf ein öffentliches Dienstverhältnis zu schliessen, wenn bloss einzelne (zwingende) Vorschriften des öffentlichen Bundesdienstrechts, etwa das Disziplinarrecht oder das Streikverbot, nachgewiesenermassen anwendbar sind. Die Vertragsautonomie ist notwendig durch öffentlich-rechtliche Schranken begrenzt

(Burckhardt, Organisation, S. 3); sie ist auch beim gleichen Vertragstyp, je nach der Person der Beteiligten oder nach der Art der Leistung bald mehr, bald weniger beschränkt (siehe z. B. OR Art. 455). Das trifft in besonders augenfälliger Weise bei dem uns naheliegenden Dienstvertrag zwischen Privatpersonen zutage[17])[18]). So ist sie auch beim Bundesdienstverhältnis durch zahlreiche öffentlich-rechtliche Sondervorschriften des Bundesdienstrechts beschränkt. Von OR und Fabrikgesetz abweichende Bestimmungen beweisen deshalb noch keineswegs, dass ein Dienstverhältnis öffentlich-rechtlich ist, wie viele meinen[19]).

§ 4. Wann ist eine Berechtigung vermögensrechtlicher Natur?

1. Berechtigungen vermögensrechtlicher Natur sind solche, die den Zweck haben, den Dienstnehmer zu bereichern, ihm seine Existenzmittel zu verschaffen also Entgeltungscharakter haben; für Ansprüche dieser Art will das Gesetz doch offenbar dem Bundesdienstnehmer die besondern Rechtsschutzmittel der Verwaltungsgerichtsbarkeit gewähren. Ein Recht z. B., das dem Dienstnehmer zwar regelmässig

[17]) OR Art. 326 bringt das zum Ausdruck: „Der Vertragsinhalt kann innerhalb der Schranken des Gesetzes und der guten Sitten beliebig vereinbart werden."

[18]) Abt, Der Dienstvertrag, Basel 1923; siehe auch Schönenberger, Das Verhältnis des Arbeitnehmerschutzrechtes zum Dienstvertrag. Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins, 1933, 1. Heft, Basel 1933.

[19]) Schmidt-Leonhardt, Das Dienststrafrecht, in Anschütz-Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechts, 2. Bd. S. 60, hat deshalb unrecht, wenn er sagt, die Einrichtung des Dienststrafrechts stehe in schärfstem Gegensatz zu allen vertrags- und privatrechtlichen Einrichtungen. Auch Brand, Das Beamtenrecht, 3. Aufl. 1928, Handbücher des preussischen Verwaltungsrechts, Berlin 1928, hält bei Vertragsdienstnehmern das Disziplinarrecht für ausgeschlossen, ebenso Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, S. 249, und Letsch, Disziplinargewalt über Bundesbeamte und Rechtsschutz in Disziplinarsachen, Diss. Zürich 1934.

einen vermögensrechtlichen Vorteil bringt (z. B. das Recht auf Dienstkleider) ist somit kein Vermögensrecht, wenn diese Wirkung nur ein zufälliger Reflex ist. Die Bereicherung, die Verschaffung von Vermögenswerten, muss zum Inhalt des Rechtes gehören, sein Selbstzweck sein, damit es vermögensrechtlicher Natur im Sinne des Beamtengesetzes ist. Anderer Auffassung sind Kirchhofer, Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht (Basel 1930), und Wimmer, Das Verfahren bei Streitigkeiten aus dem Bundesdienstverhältnis (Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 22. Jg. 1931, S. 33); nach diesen sind vermögensrechtliche Ansprüche solche, die einer Abschätzung in Geld zugänglich sind. — Aber es kann schliesslich doch jedes Recht in Geld „abgeschätzt" werden, ohne deswegen für den Berechtigten objektiv einen Vermögenswert darstellen zu müssen.

2. Vermögensrechte des Dienstnehmers gegenüber dem Bund im Sinne unserer Unterscheidung sind somit:

das Recht auf

ordentliche Besoldung (bezw. Gehalt oder Lohn)[20]), welche sich zusammensetzt aus Grundbesoldung[21]), Ortszuschlag[22]) und Zulagen (Auslands- und Kinderzulagen)[23]),

---

[20]) Besoldung ist die Bezeichnung für Jahreslohn, Gehalt für Monatslohn, Lohn für Tag- oder Stundenlohn.

[21]) BtG Art. 37—41; Ämterklassifikation; Beamtenordnung I Art. 38—41; BO II Art. 31—34; VO über die vorübergehende Herabsetzung der festen Bezüge des Bundespersonals vom 22. Dezember 1932 (in Ausführung des eidg. Finanzprogramms); Lohnordnung I und II usw.

[22]) BtG Art. 37 Abs. 4—9; BRB über die Regelung der Ortszonen für das Bundespersonal vom 1. Juni 1931; Verfügung des Eidg. Finanz- und Zolldepartements betr. die Aufstellung des Ortsverzeichnisses für die Amtsdauer 1933/35 vom 28. November 1932; BO I Art. 37 und 42; BO II Art. 30 und 35.

[23]) BtG Art. 42; BO I Art. 43; BO II Art. 36 (Auslandszulagen); BtG Art. 43; BO I Art. 44; BO II Art. 37 (Kinderzulagen).

ausserordentliche Zuschüsse

für Nachtdienst,

gleichzeitige Verwendung in verschiedenen Zweigen des Bundesdienstes,

Ueberzeitarbeit,

ausserordentliche Dienstleistungen,

Stellvertretungen in einem höher eingereihten Amt von langer Dauer oder stetiger Wiederholung[24]);

Prämien und Belohnungen[25]) für

hervorragende Leistungen im Dienst,

brauchbare Vorschläge über technische oder wirtschaftliche Verbesserungen in Verwaltung und Betrieb,

Verhütung von dienstlichen Unfällen und Schäden,

die Entdeckung missbräuchlicher Benutzung eidgenössischer Betriebe und Anstalten,

das Dienstalters„geschenk"[26]),

Entschädigung für Erfindungen[27])

die freien Zuwendungen für Erfindungen[28]),

die Entschädigungen für Auslagen[29]), die mit Dienstreisen[30]) und auswärtiger Verwendung[31]) verbunden sind oder wegen Versetzung entstehen[32]),

Leistungen[33]),

---

[24]) BtG Art. 44; BO I Art. 48—51; BO II Art. 41—44.

[25]) BtG Art. 44 Abs. 2; BO I Art. 52; BO II Art. 45.

[26]) BtG Art. 49; BO I Art. 55; BO II Art. 48.

[27]) BtG Art. 16 Abs. 2.

[28]) BtG Art. 16 Abs. 3.

[29]) BtG Art. 44.

[30]) BO I Art. 45; BO II Art. 38.

[31]) BO I Art. 46; BO II Art. 39.

[32]) BO I Art. 47; BO II Art. 40.

[33]) Statuten der Versicherungskasse für die eidg. Beamten, Angestellten und Arbeiter, vom 6. Oktober 1920, Art. 19; Statuten der Pensions- und Hilfskasse für das Personal der Schweiz. Bundesbahnen, vom 31. August 1921, Art. 19.

Abgangsentschädigungen[34]) und
Rückzahlungen[35]) der Versicherungskassen,
Entschädigungen für vorzeitige Beendigung und Umgestaltung des Dienstverhältnisses[36]),
ordentlichen und ausserordentlichen Besoldungsnachgenuss[37]),
Unfallzuschüsse[38]),
Unterstützungen[39]) bei disziplinarischer Entlassung.

Vermögensrechte des Bundes gegenüber dem Dienstnehmer in diesem Sinne sind ferner der Anspruch des Bundes auf Ersatz des Schadens, den der Dienstnehmer durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung seiner Dienstpflichten dem Bunde zugefügt hat (BtG Art. 29, Abs. 1), der Regressanspruch des Bundes gegen den Beamten für Schaden, den dieser einem Dritten schuldhaft zugefügt hat, wenn der Bund dafür haftet (BtG Art. 29, Abs. 2) usw.

---

[34]) Statuten der Versicherungskasse, Art. 8; Statuten der Pensionskasse SBB, Art. 7.

[35]) Statuten der Versicherungskasse, Art. 54; Statuten der Pensionskasse SBB, Art. 55.

[36]) Solche Entschädigungen sind jene wegen unrechtmässiger disziplinarischer Entlassung (VDP Art. 40 Abs. 1), wegen administrativer Entlassung infolge Aufhebung des Amtes (BtG Art. 54) und wegen ungerechtfertigter administrativer Entlassung (BtG Art. 55 Abs. 4).

[37]) Ordentlicher Besoldungsnachgenuss BtG Art. 47 Abs. 1; BO I Art. 56; BO II Art. 49; ausserordentlicher Besoldungsnachgenuss BtG Art. 47 Abs. 2; BO I Art. 56; BO II Art. 49.

[38]) Unfallzuschüsse gestützt auf die Promesse Comtesse und Art. 48 Abs. 5 BtG, Art. 59 BO I und Art. 52 BO II (siehe auch Zuschussreglement der SBB vom 20. November 1917, Buser, Jakob, Die Haftpflichtbestimmungen usw., Burgdorf 1918, Wimmer, Gestaltung usw., ZSR u. FB 52, 1933, Heft 2 S. 235/36, Zollikofer, Die sozialpolitischen Einrichtungen der Schweiz. Bundesbahnen, Diss. Zürich 1929).

[39]) BtG Art. 56; BO I Art. 61; BO II Art. 54; BRB betr. Unterstützungen an Angestellte und Arbeiter, die aus eigenem Verschulden nicht wiedergewählt oder entlassen werden.

3. Nicht vermögensrechtlicher Natur sind die Freiheitsrechte[40]), insbesondere der Anspruch auf Ferien[41]), Urlaub und Freizeit[42]), auf die Beobachtung der Privatsphäre und der Anspruch auf ein Dienstzeugnis[43]). Die Fahrbegünstigungen[44]) sind wie die Ferien Naturalansprüche und werden, wie schon der Ausdruck besagt (Begünstigung), den Beamten gewährt, mehr um ihnen die Annehmlichkeiten von Bahn-, Schiffs- oder Postautofahrten ohne oder zu ermässigten Taxen[45]) zu ermöglichen, und weniger zu dem Zweck, ihnen dadurch als Gegenwert für ihre Arbeitsleistung einen vermögensrechtlichen Vorteil zukommen zu lassen; der tatsächliche vermögensrechtliche Vorteil, der allerdings durch diese Begünstigung regelmässig entsteht, wird denn auch nicht auf die Besoldung angerechnet, wie etwa die zugewiesenen Dienstwohnungen. Die Ansprüche gehören daher nicht zu den Vermögensrechten. Das geht auch hervor aus Art. 19, Abs. 2 BtG, wonach aus einer (generellen) Einschränkung der Fahrbegünstigungen kein Entschädigungsanspruch entsteht. Auch das Recht auf unentgeltliche Abgabe von

---

[40]) Im Hof, a. a. O. S. 366a.

[41]) Wimmer, Die Gestaltung des Rechtsschutzes bei den Besoldungs-, Pensions- und andern vermögensrechtlichen Ansprüchen aus dem Bundesbeamtenverhältnis, ZSR NF Bd. 52, 1933, H. 2, S. 240. Schweingruber, Die Entwicklung des Dienstvertragsrechts durch die Gerichtspraxis, Zbern. JV Bd. 68, S. 258/9.

[42]) BtG Art. 10 und 50; BO I Art. 8; BO II Art. 7; Vorschriften der Oberzolldirektion über das Dienstverhältnis des Personals der Zollverwaltung vom 1. August 1933; Fabrikgesetz; Arbeitszeitgesetz; ADV Nr. 67, Vorschriften der SBB über die Arbeitszeit beim Betriebe vom 21. Januar 1927.

[43]) BtG Art. 51; Wimmer, Die Gestaltung usw., a. a. O. S. 241; Schweingruber, a. a. O., S. 261, BGE i. S. Tomascholsky vom 27. Januar 1923, nicht veröffentlicht.

[44]) BtG Art. 19; BO I Art. 18; BO II Art. 14.

[45]) Auf den Bundesbahnen hat nur das SBB.-Personal, in den Postautos nur das Post- und SBB.-Personal Fahrvergünstigungen.

Dienstkleidern[46]) ist kein Vermögensrecht; denn die Dienstkleider werden abgegeben, um den Dienstnehmer kenntlich zu machen, und nicht, um ihm einen vermögensrechtlichen Vorteil mit Entgeltscharakter zu verschaffen. Das geht schon daraus hervor, dass z. B. bei den SBB die Besoldung gleich hoch ist, ob zufälligerweise der Beamte im innern Dienst nicht uniformiert oder im äussern Dienst uniformiert verwendet wird. Dem Dienstnehmer erwächst zwar durch die Gewährung von Fahrbegünstigungen und die Abgabe von Dienstkleidern regelmässig ein vermögensrechtlicher Vorteil[47]). Das sind aber lediglich zufällige Reflexwirkungen[48]). Die Ansprüche auf Dienstkleider und Fahrbegünstigungen sind somit nicht vermögensrechtlicher Natur.

Nicht vermögensrechtlicher Natur sind ferner alle Klage-, Beschwerde- und Verfahrensrechte[49]).

§ 5. Wann ist ein Vermögensrecht ein Anspruch?

1. Unter den Rechtssätzen, die Vermögensrechte zugunsten des Dienstnehmers einräumen, gibt es solche, deren Anwendbarkeit ohne weiteres durch logisches Urteil feststellbar ist. Wenn der gegebene Tatbestand dem der Norm entspricht, tritt die vom Rechtssatz an diesen Tatbestand geknüpfte Rechtsfolge ein, ohne dass daneben noch andere Umstände berücksichtigt werden dürfen. Daneben gibt es andere Rechtssätze, deren Anwendbarkeit nicht nur durch ein logisches Urteil, sondern auch durch ein Werturteil festgestellt werden muss, wo der Richter innerhalb des vom Gesetzgeber abgesteckten Gebietes frei von positiven Normen (an Stelle des Gesetzgebers) nach pflichtmässigem Ermessen (aber nicht

---

[46]) BtG Art. 18.

[47]) Wimmer, Die Gestaltung usw., a. a. O., S. 240.

[48]) Anderer Auffassung Wimmer, Die Gestaltung usw., a. a. O., S. 240.

[49]) BtG Art. 58.

willkürlich) das sachlich richtige, das Recht[50]), zu finden hat. Es ist in der Rechtssprache geläufig, Rechte der erstgenannten Art, die neben andern Gründen um einer bestimmten Person willen[51]) gewährt werden, subjektive öffentliche Rechte zu nennen[52]) (trotzdem doch eigentlich alles öffentliche Recht objektives Recht ist[53]). Man verwechsle aber nicht den Ausdruck subjektives Recht in dieser Bedeutung mit der gleichnamigen Bezeichnung, unter der man private verzichtbare Rechte im Gegensatz zu öffentlichen Rechten versteht. Es sind in Wirklichkeit konkrete Rechte, aber nicht eigentliche subjektive, d. h. verzichtbare Rechte.

Das Recht, Leistungen zu verlangen, also einen Anspruch[54]) hat der Dienstnehmer nur, wenn ihm solche subjektiven Rechte zustehen[55]). Die Ermessensrechte sind wie die Berechtigungen nicht vermögensrechtlicher Natur gerichtlicher Überprüfung entzogen und können lediglich Gegenstand einer Verwaltungsbeschwerde bil-

---

[50]) Burckhardt, Organisation, S. 44.

[51]) Anschütz-Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechts, 2. Bd., Tübingen 1930, S. 43: „Subjektive Rechte des Beamten sind subjektive Rechte in dem Sinn, dass das objektive Recht im Interesse des Beamten Bestimmungen getroffen hat...“; ähnlich W. Jellinek, Verwaltungsrecht, Berlin 1928, S. 191.

[52]) Gleicher Auffassung Kirchhofer, Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht, Basel 1930, S. 52; Senn, Rechtliche Natur des Pensionsanspruches der Bundesbeamten, Angestellten und Arbeiter, Diss. Zürich, ohne Datum (Buchdruckerei Aargauer Tagblatt), Aarau, S. 57; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, Berlin 1928, S. 201; Wimmer, Verfahren usw., a. a. O., S. 203; diese Autoren halten aber das Erfordernis, dass das Recht um einer bestimmten Person willen gegeben sein muss, nicht für notwendig.

[53]) Man sollte daher im öffentlichen Recht nicht von subjektiven Rechten sprechen (Burckhardt, Organisation, S. 78).

[54]) v. Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweiz. Obligationenrechts, 1. Halbband, Tübingen 1924, S. 12.

[55]) Wimmer, Verfahren usw., a. a. O., S. 3: „Unter Anspruch ist ein subjektives Recht zu verstehen.“

den[56])[57]). Selbstverständlich werden auch Ermessensrechte, wenn sie einmal rechtsgültig, und nicht bloss auf Zusehen hin gewährt worden, also Konkretitiert sind, zu „Ansprüchen" auf Leistungen.

Nur Ansprüche im oben dargelegten Sinne können bei der Beamtenkammer eingeklagt werden (falls die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind).

2. Keine subjektiven Vermögensrechte in unserem Sinne, also keine vermögensrechtlichen Ansprüche sind das Dienstalters-„Geschenk" nach Art. 49 BtG, die Prämien und Belohnungen nach Art. 44, Abs. 2 BtG, sowie die Belohnungen nach freiem Ermessen (nicht aber die Vergütungen) für Erfindungen, der ausserordentliche Besoldungsnachgenuss (BtG Art. 47, Abs. 2), die Unterstützungen an Beamte, die aus eigenem Verschulden nicht wiedergewählt oder entlassen werden (Art. 56 BtG) und die Unterstützungen aus dem Unterstützungsfonds der Versicherungskasse (Art. 42 der Statuten der Versicherungskasse und Art. 43 der Statuten der Pensionskasse für das SBB.-Personal), sowie die Unterstützungen auf allgemeine Rechnung der Versicherungskasse (Art. 43 der Statuten der Versicherungskasse und Art. 44 der Statuten der Pensionskasse für das SBB.-Personal). Alle diese Leistungen werden nach dem Ermessen der Verwaltung gewährt. Sind sie aber einmal unwiderruflich versprochen, das heisst konkretisiert worden, dann haben wir natürlich doch wieder Ansprüche.

---

[56]) VDP Art. 22—31; Wimmer, Verfahren usw., a. a. O., S. 2.

[57]) Die Beantwortung der Frage, ob ein subjektives Recht, resp. ein Rechtsanspruch vorliegt, hängt aber grundsätzlich nicht davon ab, ob dem Berechtigten ein Rechtsschutzanspruch verliehen wird, der ihm die Anrufung des Richters ermöglicht. Es gibt auch Rechtsansprüche, die nicht an ein Gericht weitergezogen werden können. Umgekehrt können auch Ermessensentscheide richterlicher Nachprüfung unterstellt werden, wenn es das positive Recht so will (im gleichen Sinn Burckhardt, Organisation, S. 45, und ImHof, a. a. O., S. 242/43).

§ 6. Ausnahmen von der allgemeinen Regel.

1. Wir haben nun festgestellt, dass Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche von der Beamtenkammer zu beurteilen sind, wenn das Dienstverhältnis öffentlich-rechtlich ist, während solche Streitigkeiten aus Vertrags-Bundesdienstverhältnissen von den Zivilgerichten zu beurteilen sind. Diese allgemeine Regel erfährt jedoch kraft Sondervorschriften zwei Ausnahmen.

2. Die erste Ausnahme betrifft vermögensrechtliche Ansprüche, die durch einen Disziplinarentscheid entzogen worden (disziplinarische Besoldungsherabsetzung, Entzug der Versetzungsentschädigung, der Entschädigung für ausserordentliche Beendigung des Dienstverhältnisses — BtG Art. 55, VDP Art. 40 —) oder entstanden sind (Bussen). Sie werden in einem Spezialverfahren, nämlich im Disziplinarverfahren beurteilt[58]). Dieses schliesst nach dem Grundsatz „lex specialis derogat generali" das normalerweise vorgesehene Verfahren vor Bundesgericht oder vor den Zivilgerichten aus. Jede weitere gerichtliche Überprüfung ist ausgeschlossen. Einer Klage könnte in einem solchen Falle die exceptio rei iudicatae entgegengehalten werden.

In gewissen Fällen ist allerdings für die Überprüfung von Disziplinarentscheiden auch die bundesgerichtliche Kammer für Beamtensachen zuständig, nämlich wenn ein Beamter während der Amtsdauer disziplinarisch entlassen oder ins Provisorium versetzt worden ist (VDP Art. 34)[59]). In diesen Fällen hat das Bundesgericht auch über die vermögensrechtlichen Ansprüche zu urteilen, aber nicht als Verwaltungsgerichtshof, sondern als Disziplinargerichtshof.

3. Eine wirkliche Ausnahme von dieser Ausnahme bilden dagegen die Streitigkeiten über vermögensrecht-

---

[58]) BtG Art. 32 und 33; BO I Art. 26—36; BO II Art. 21 bis 29; VDP Art. 33—43.

[59]) Dieser Rechtsschutz kommt aber den Beamten des Bundesgerichts nicht zu (VDP Art. 40 Abs. 3).

liche Ansprüche aus dem Versicherungskassenverhältnis, die auf Grund eines Disziplinarentscheides entzogen worden sind. Sie können trotz und neben dem speziellen Disziplinarverfahren gesondert im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bei der Beamtenkammer geltend gemacht werden, weil Art. 60, Abs. 2 BtG ausdrücklich vorschreibt, dass bei der Beurteilung von Ansprüchen auf Kassenleistungen wegen Auflösung des Dienstverhältnisses oder Nichtwiederwahl das Bundesgericht selbständig entscheidet, ob die Massnahme vom Versicherten oder Spareinleger verschuldet ist[60]). „Selbständig" bedeutet hier: ohne Rücksicht auf ergangene Verfügungen, die das Dienstverhältnis aufgelöst haben, unbekümmert um die Art der Entlassung, m. a. W. das Bundesgericht hat auch die Vorfrage zu prüfen, nämlich ob die disziplinarische Entlassung gerechtfertigt war[61]). Eine Auflösung, wie Art. 60, Abs. 2 BtG sagt, ist eben auch die disziplinarische Entlassung, denn diese Beendigungsart ist ebenfalls, soweit sie nicht in anderem Zusammenhang geregelt ist und deshalb einer weitern Erörterung nicht mehr bedurfte, in Abschnitt VI des BtG (Umgestaltung und Auflösung des Dienstverhältnisses) berücksichtigt (BtG Art. 52 und 56). Warum das Verschulden bei diesen Ansprüchen zum zweitenmal überprüfbar sein soll, ist allerdings nicht recht einzusehen; der Gesetzgeber hat diese Lösung getroffen, weil er offensichtlich von der unzutreffenden Vorstellung ausging, das Versicherungskassenverhältnis habe mit dem Dienstverhältnis selbst nichts zu tun, während es in Wirklichkeit einen integrierenden Bestandteil des Dienst-

---

[60]) BGE i. S. Jakob vom 14. Juli 1931, nicht veröffentlicht, und BGE 58 I 336 (Praxis Bd. 21, Nr. 192, S. 524).

[61]) Bis zum Jahre 1928, als für Versicherungskassen-Streitigkeiten noch das Eidg. Versicherungsgericht zuständig war, musste sich das Gericht an die Erledigung der Vorfrage durch die Verwaltung halten (Botschaft zum BtG S. 194; Versicherungsgerichtsentscheid 1927, Nr. 35, S. 127 und Nr. 36, S. 132; BGE 58 I 336; Praxis, Bd. 21, Nr. 192, S. 524).

verhältnisses darstellt (Kern, Das Dienstrecht des Bundespersonals, Polygraphischer Verlag Zürich 1935, S. 14 ff.).

4. Aber auch diese Ausnahme von der Ausnahme gilt nicht ausnahmslos. Hat das Bundesgericht als Disziplinargerichtshof im Disziplinarbeschwerdeverfahren über eine disziplinarische Entlassung und damit auch über die Versicherungskassenansprüche geurteilt, so können auch diese nicht mehr gesondert eingeklagt werden, weil es keinen Sinn hätte, dass die gleiche Kammer für Beamtensachen zum zweitenmal — das erstemal als Disziplinargerichtshof, das zweitemal als Verwaltungsgerichtshof — zu entscheiden hätte.

5. Die zweite Ausnahme von der allgemeinen Regel betrifft nur die Vertragsdienstverhältnisse. Alle Streitigkeiten aus diesen sind nach der allgemeinen Regel von den Zivilgerichten zu entscheiden. Davon sind aber nach der ausdrücklichen Vorschrift von BtG Art. 62, Abs. 1 in Verbindung mit Art. 60 BtG ausgenommen die Ansprüche aus dem Versicherungskassenverhältnis, die unbekümmert um die Natur des Dienstverhältnisses in allen Fällen beim Bundesgericht einzuklagen sind.