

Die Disziplinarrechtspflege beim Bundesgericht

Autor(en): **Kirchhofer, Emil**

Objektyp: **Article**

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

Band (Jahr): **52 (1933)**

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896216>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Die Disziplinarrechtspflege beim Bundesgericht.

Von Bundesrichter Dr. Emil Kirchhofer, Lausanne.

INHALT:

	Seite
I. Einleitung	1
II. Die rechtliche Natur der Beamtendisziplinarstrafe .	3
III. Disziplinarbeschwerde ans Bundesgericht und Verfahren im allgemeinen	14
IV. Die anfechtbare Verfügung	17
V. Die Parteien	23
VI. Die Beurteilung der Beschwerde	25
1. Die Entscheidungsbefugnis des Bundesgerichts .	25
2. Die Überprüfung der Zulässigkeit der Bestrafung .	34
VII. Das Urteil*)	43

I. Einleitung.

Der im Jahre 1914 in die BV aufgenommene Art. 114bis postuliert eine eidg. Disziplinargerichtsbarkeit für die Beurteilung von Disziplinarfällen der Bundesverwaltung; die Disziplinargerichtsbarkeit soll dem zu errichtenden Verwaltungsgericht zugewiesen werden, sofern dafür nicht ein gesondertes Gericht geschaffen wird. Es blieb der Gesetzgebung vorbehalten, die Disziplinargerichtsbarkeit in der einen oder andern Form zu verwirklichen und die Art und den Umfang ihrer Zuständigkeit zu bestimmen.

*) Abkürzungen: VDG = BG über die eidg. Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom 11. Juni 1928. BtG = BG über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten vom 30. Juni 1927. 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 SBB vom 24. Oktober 1930 (Beamtenordnung II).

Das BG über die eidg. Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom 11. Juni 1928, das am 1. März 1929 in Kraft getreten ist, hat, mit der eidg. Verwaltungsgerichtsbarkeit, auch die eidg. Disziplinargerichtsbarkeit dem Bundesgericht übertragen¹⁾. Während die Verwaltungsgerichtsbarkeit von der staats- und verwaltungsrechtlichen Abteilung und innerhalb dieser hauptsächlich von der verwaltungsrechtlichen Kammer ausgeübt wird, ist die Disziplinargerichtsbarkeit Aufgabe der Beamtenkammer, die, wie die verwaltungsrechtliche Kammer, aus fünf Mitgliedern besteht²⁾.

Das Bundesgericht ist disziplinarische Beschwerdeinstanz, und zwar nur in bezug auf die beiden schwersten Disziplinarstrafen, die über Bundesbeamte verhängt werden können: die Entlassung und die Versetzung ins provisorische Dienstverhältnis. Bei den übrigen Strafen steht die Beschwerde innerhalb der Verwaltung offen, wobei die Disziplinarcommissionen in begutachtender Weise mitwirken³⁾.

In dieser Abhandlung soll die Disziplinarrechtspflege beim Bundesgericht nach Wesen und Form, Voraussetzungen, Gegenstand und Ziel dargestellt werden. Zum Verständnis der Materie gehört auch, dass man sich über

¹⁾ Art. 1 und 33. Zur Entstehungsgeschichte des Art. 114bis Abs. 2 BV und des VDG, 2. Abschnitt „Disziplinarrechtspflege“ s. die Botsch. zu Art. 114bis vom 20. Dez. 1911 S. 25 ff. und die Botsch. zum VDG vom 27. März 1925 75 ff.

²⁾ VDG Art. 2¹, 33², OG Art. 16 (in der durch Art. 49 VDG abgeänderten Fassung). Die Kammer für Beamtensachen beurteilt auch die verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten aus dem Dienstverhältnis der Bundesbeamten: Art. 2², 17a, Regl. des Bundesgerichts vom 26. Nov. 1928 Art. 9. Seit Anfang 1931 besteht Personalunion zwischen der verwaltungsrechtlichen und der Beamtenkammer.

³⁾ VDG Art. 43, BO I Art. 30 ff., BO II Art. 24 ff. Vdg über die Disziplinarcommissionen vom 4. Okt. 1930 Art. 4 ff. Die Disziplinarcommissionen sind nicht zuständig bei Verweis und Busse bis auf 5 Fr. Der Beschwerdeführer kann auf ihre Mitwirkung verzichten.

die Natur der Beamtendisziplinarstrafe Rechenschaft gibt. Deshalb werden einige Bemerkungen hierüber vorausgeschickt⁴).

II. Die rechtliche Natur der Beamtendisziplinarstrafe.

Die Beamtenstrafe hat zur Voraussetzung objektiv ein Unrecht, das in einem Zuwiderhandeln gegen die Rechtsordnung, in einem Angriff auf rechtlich geschützte Interessen besteht, und subjektiv ein Verschulden des Täters, das Vorsatz oder Fahrlässigkeit sein kann. Sie bildet die Reaktion gegen dieses Unrecht in der Form eines Übels, das dem Schuldigen zugefügt wird. Insofern besteht kein begrifflicher Unterschied zwischen der Disziplinarstrafe und der gewöhnlichen Strafe, der Rechtsstrafe, und erscheint das Disziplinarrecht als Strafrecht in einem weitern Sinn.

Das Beamtendisziplinarrecht ist indessen kein Bestandteil des allgemeinen öffentlichen Strafrechts. Nach der historisch-systematischen Entwicklung und nach seiner positivrechtlichen Ausgestaltung fällt es in den Rahmen nicht des Strafrechts⁵), sondern des Verwaltungsrechts (oder des Staatsrechts, wenn man das Beamtenrecht diesem zuteilen will)⁶). Das Disziplinarrecht weist denn auch gegenüber dem Kriminalstrafrecht, neben verwandten

⁴) Die vorliegende Arbeit ist das Gegenstück zu Kirchhofer, Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht, ZSR 1930 1 ff., auch sep. Basel 1930 (zit. als Kirchhofer, Verwaltungsrechtspf.).

⁵) Das Beamtendisziplinarrecht ist nicht Strafrecht im Sinn von Art. 64bis BV. Die Kompetenz des Bundes, das Disziplinarrecht für seine Beamten zu regeln, fliesst nicht aus dieser Verfassungsbestimmung. Andererseits wäre der Bund nicht kompetent, Disziplinarvorschriften für die kantonale Verwaltung zu erlassen. Burckhardt, BV³, 594 f.

⁶) Über die Frage, ob das Beamtenrecht zum Staatsrecht oder zum Verwaltungsrecht gehört, s. Jellinek, Verwaltungsrecht, 41.

Zügen, Wesensverschiedenheiten auf, die seine Sonderung von diesem erklären und rechtfertigen⁷⁾.

Das Disziplinarrecht gehört zur Ordnung eines engeren öffentlichen Lebenskreises, der Verwaltung. Die Disziplinarstrafe ist ein Ausfluss der besondern Dienstgewalt des Gemeinwesens über den Beamten, nicht, wie die Kriminalstrafe, eine Äusserung der allgemeinen Staatsgewalt, der jedermann unterworfen ist. Die disziplinarische Bestrafung dienstlicher Verfehlungen ist eine interne Angelegenheit jenes Kreises. Sie trifft den Schuldigen grundsätzlich nur in seiner Eigenschaft und Stellung als Beamten, nicht, wie die öffentliche Strafe, in seinem menschlichen und staatsbürgerlichen Dasein, wenn auch die schwerste Strafe, die Entlassung, tatsächlich intensiv die allgemeine Lebensstellung berühren mag. Das System der Disziplinarstrafen⁸⁾ steht in engem Zusammenhang mit dem Beamtenverhältnis, dem es angepasst ist. Bei allen Strafen, mit Ausnahme des Verweises, handelt es sich um Eingriffe in die dienstliche Lage des Beamten, auch bei der Busse, die man als Schmälerung der Besoldung ansehen kann⁹⁾. Die disziplinarische Bestrafung

⁷⁾ Burckhardt, a. a. O. und 802 f.; Fleiner, Bundesstaatsrecht, 267 ff.; Kaufmann, Die Revision des BG über die Verantwortlichkeit der eidg. Behörden und Beamten, Referat Juristentag 1912, 116 ff.; ImHof, Das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis, Referat Juristentag 1929, 340a ff.

⁸⁾ Nach Art. 31 BtG sind Disziplinarstrafen: 1. Verweis; 2. Busse bis auf hundert Franken; 3. Entzug von Fahrbegünstigungen; 4. vorübergehende Einstellung im Amte mit Kürzung oder Entzug der Besoldung; 5. strafweise Versetzung im Dienste oder Rückversetzung im Amte mit gleicher oder geringerer Besoldung, gegebenenfalls unter Kürzung oder Entzug der Umzugskosten; 6. Herabsetzung der Besoldung im Rahmen der für das Amt massgebenden Ansätze; 7. Kürzung oder Einstellung der ordentlichen Besoldungserhöhung; 8. Versetzung in das provisorische Dienstverhältnis; 9. disziplinarische Entlassung.

⁹⁾ Die disziplinarische Entlassung und die öffentliche Nebenstrafe der Amtsentsetzung bringen beide das Dienstverhältnis zur Auflösung. Die Wirkung ist aber eine grundsätzlich verschie-

verliert auch dadurch nicht ihren internen Charakter, dass das Bundesgericht, also eine ausserhalb der Verwaltung stehende Behörde, in einzelnen Fällen Beschwerdeinstanz ist. Nur das Verfahren ist hier, aus Gründen des Rechtsschutzes, zum Teil aus der Verwaltung herausverlegt worden. Auch wenn das Bundesgericht über die disziplinarische Bestrafung entscheidet, handelt es sich sachlich um ein Internum der Verwaltung.

Die Disziplinarstrafe dient ganz wesentlich den Aufgaben und Bedürfnissen der Verwaltung. Sie ist eine Massnahme zur Aufrechterhaltung von Zucht und Ordnung innerhalb der Verwaltung, während die Rechtsstrafe, wenigstens heute noch, in erster Linie die Rechtsordnung bewahren und dem Rechtsbrecher gegenüber wiederherstellen soll. Auch der Disziplinarstrafe ist zwar der Sühngedanke nicht völlig fremd, wie sie ja ein Verschulden voraussetzt und nach Art und Mass der Grösse des Verschuldens Rechnung trägt. Doch stehen bei ihr im Vordergrund die praktischen Ziele der Sicherung der Verwaltung. Sie soll den fehlbaren Beamten bessern; sie soll eine Warnung sein für andere Beamte, sie soll nötigenfalls die Verwaltung von einem unbotmässigen Glied reinigen.

Scheidet der Schuldige, bevor die Disziplinarverfügung ergeht, freiwillig aus dem Dienst, so ist das Disziplinarverfahren, wenigstens aller Regel nach, einzustellen. Mit der Auflösung des Dienstverhältnisses fällt ja die Dienst- und damit auch die Disziplinargewalt grundsätzlich dahin. Auch ist den Schutzbedürfnissen der Verwaltung hiebei in anderer Weise genügt¹⁰⁾.

dene. Der disziplinarisch Entlassene steht nach aussen rechtlich nicht anders da als der Beamte, dessen Dienstverhältnis sonstwie zu bestehen aufgehört hat. Mit der Amtsentsetzung ist zudem die Unfähigkeit verbunden, während einer Reihe von Jahren ein öffentliches Amt zu bekleiden. BStR Art. 4 und 6; Entw. schweiz. StGB Art. 49.

¹⁰⁾ Das BtG nimmt zu der Frage der Wirkung des Austritts des Beamten auf das Disziplinarverfahren nicht Stellung. Die

Die Eigenart der Disziplinarstrafe gegenüber der öffentlichen Strafe zeigt sich ferner darin, dass ihr Tatbestand keine nähere Umschreibung zulässt. Der einzige und ausschliessliche Tatbestand liegt in der allgemeinen Formel der Verletzung der Dienstpflichten¹¹⁾. Es fehlt dem Disziplinarrecht diejenige Präzisierung des strafbaren Tatbestands, die für das Strafrecht durch den Grundsatz *nulla poena sine lege* postuliert wird. Auch das Strafrecht weist zwar gelegentlich recht unbestimmte Tatbestände auf¹²⁾. Aber das sind Mängel der Strafgesetz-

Botsch. 119 steht zwar auf dem Standpunkt, dass das freiwillige Ausscheiden des Beamten das Verfahren gegenstandslos mache, möchte aber doch die Einstellung dem Ermessen der Behörde überlassen. Nach dem Rücktritt des Beamten kann von den verschiedenen Disziplinarstrafen nur noch die Busse in Betracht kommen (der Verweis hat keinen Sinn mehr). Wo ausnahmsweise ein besonderes Bedürfnis der Warnung oder auch der Sühne vorhanden ist, wird die Busse auch noch dem Exbeamten gegenüber verhängt werden können. In dieser Beziehung würde die Dienstgewalt zeitlich über das Dienstverhältnis hinauswirken. Auch in anderer Hinsicht kann das Dienstverhältnis nach seiner Auflösung noch weiterwirken. So bestimmt Art. 27² BtG: „Die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bleibt auch nach Auflösung des Dienstverhältnisses bestehen.“ Der ehemalige Beamte kann also noch eine Dienstpflichtverletzung begehen (auch eine solche krimineller Natur, BStR Art. 53c und f; s. Bbl 1920 II 107).

Der Beamte kann das Dienstverhältnis übrigens nicht einseitig aufheben. Nach Art. 53 BtG hat er aber ein Recht darauf, dass dem Entlassungsgesuch innert drei Monaten entsprochen wird, sofern nicht wesentliche Interessen des Bundes entgegenstehen.

Nach dem deutschen ReichsBtG, § 100, muss die Einstellung des Disziplinarverfahrens erfolgen, sobald der Angeschuldigte seine Entlassung aus dem Reichsdienst mit Verzicht auf Titel, Gehalt und Pensionsanspruch nachsucht.

¹¹⁾ BtG Art. 30¹: „Der Beamte, der absichtlich oder fahrlässig seine Dienstpflichten verletzt, ist disziplinarisch strafbar.“

¹²⁾ Z. B. BStR Art. 53, der unter a bis e besondere Amtspflichtverletzungen mit Strafe bedroht und dann unter f beifügt: die sonstige absichtliche Verletzung der Amtspflichten, oder der berüchtigte Art. 1 des aarg. ZuchtpolG von 1868, der unter

gebung, während man es bei der Disziplinarstrafe mit einer ihrem Wesen gemässen Eigentümlichkeit zu tun hat.

Die Dienstpflichten sind freilich insofern zum Teil näher bestimmt, als das BtG einige wichtige Pflichten besonders hervorhebt, so die Pflicht der Beamten zu ausschliesslich persönlicher Dienstleistung und zu gegenseitiger Vertretung und Unterstützung (Art. 21), das Streikverbot (Art. 23), die Pflicht zur vernünftigen und gewissenhaften Vollziehung der Dienstbefehle (Art. 25), das Verbot der Annahme von Geschenken (Art. 26), die Amtsverschwiegenheit (Art. 27). Andere im Gesetz speziell erwähnte Pflichten sind ihrer Natur entsprechend nur in ganz allgemeinen Umrissen angegeben, wie würdiges Verhalten in und ausser Dienst, taktvolles Benehmen im Dienst (Art. 25). Und neben und über allen diesen Pflichten steht die umfassende Pflicht zur treuen Erfüllung alles dessen, was der Dienst fordert (Art. 22). Im Disziplinarrecht kommt es indessen nicht so sehr darauf an, welcher besondern Pflicht der Beamte durch sein Verhalten zuwidergehandelt hat. Die Verletzungen der einzelnen Pflichten sind keine speziellen disziplinarischen Tatbestände. Das Wesentliche ist vielmehr die Verletzung der Dienstpflicht überhaupt und die darin zum Ausdruck kommende fehlerhafte dienstliche Gesinnung. Das Disziplinarrecht hat es ebensowohl oder fast noch mehr als mit der konkreten Tat mit der Gesamthaltung des Beamten und seiner Persönlichkeit zu tun.

Aus der umfassenden Natur des disziplinarischen Tatbestands folgt dann, dass es eine Konkurrenz einzelner Dienstvergehen nicht gibt. Durch dieselbe Handlung kann zwar der Beamte verschiedene besondere Dienstpflichten verletzen, aber immer nur ein Dienstvergehen verüben. Der allein massgebende Tatbestand der Verletzung der

Strafe stellt: „Vergehen gegen die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sittlichkeit“ (vgl. BGE 35 I 760). Einige Kantone, Uri und Nidwalden, besitzen kein StGB, sondern wenden Gewohnheitsrecht an (BGE 39 I 42; 46 I 206 = Praxis 9 Nr. 114).

Dienstpflichten umschliesst die Tat nach allen ihren Richtungen, so dass von Idealkonkurrenz mehrerer Vergehen hier nicht die Rede sein kann. Bei mehreren zeitlich auseinander liegenden Verstössen handelt es sich nicht um eine Kumulation an sich selbständiger Vergehen (Realkonkurrenz), sondern um eine dem strafrechtlichen Kollektivdelikt ähnliche Erscheinung: die verschiedenen Handlungen oder Unterlassungen bilden eine innere Einheit mit Rücksicht auf die Identität der Dienstpflicht und der fehlerhaften dienstlichen Gesinnung. Man wird hier am ehesten von einem fortgesetzten Vergehen sprechen können, analog der Figur des fortgesetzten Delikts im Strafrecht, wie denn ja das BtG in Art. 31⁴ bei den Voraussetzungen der beiden schwersten Disziplinarstrafen den Begriff der fortgesetzten Dienstpflichtverletzung verwendet. Bei solcher Sachlage ist nicht eine Gesamtstrafe für mehrere Vergehen auszusprechen, sondern eine Strafe für ein Vergehen; die Mehrheit der Handlungen kommt höchstens strafscharfend in Betracht.

Eine weitere Besonderheit des Disziplinarrechts liegt darin, dass es eine gewisse Nachgiebigkeit aufweist. Es hat nicht die dem Strafrecht (mit wenigen Ausnahmen) inwohnende Unbedingtheit. Man sagt, im Disziplinarrecht gelte nicht, wie im Strafrecht, das Legalitäts-, sondern das Opportunitätsprinzip¹³). Diese Nachgiebigkeit ist natürlich nicht dahin zu verstehen, dass die zuständige Disziplinarbehörde in der Frage, ob und wie gestraft werden soll, nach subjektivem Belieben verfahren könnte. Doch hat ihr pflichtgemässes Ermessen hier einen weiten Spielraum. Während die Strafbehörde verfolgen und strafen muss, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, kann die Disziplinarbehörde bei einer dienstlichen Verfehlung auch von Strafe Umgang nehmen und sich etwa mit Belehrung oder Mahnung begnügen, sobald die besondern Zwecke der Disziplinarstrafe, die

¹³) S. z. B. ImHof in der Anm. 7 zit. Schrift, 341a, 345a; O. Mayer, Verwaltungsr.³ 1, 199.

Sicherung der Verwaltung, eine Sanktion nicht verlangen¹⁴). Und auch in der Wahl und Bemessung der Strafe bewegt sich die Verwaltungsbehörde freier als der Strafrichter. Bei solchen Zweckmässigkeitserwägungen ist ihr Ermessen immerhin auch insofern ein pflichtgebundenes, als sie die Anforderungen der Rechtsgleichheit zu beachten hat. Das Opportunitätsprinzip kann sich aber nur zugunsten des Beamten auswirken. Aus blossen Zweckmässigkeitserwägungen darf der Beamte nicht in einer Weise bestraft werden, die der Schwere des dienstwidrigen Verhaltens, insbesondere nach der subjektiven Seite hin, nicht mehr entspricht. Auch kann diese Nachgiebigkeit des Disziplinarrechts nur im Verfahren innerhalb der Verwaltung sich äussern und nicht auch in der Disziplinarrechtspflege durch den Richter, der bei seinem Urteil auf das Vorhandensein und die Schwere der Verfehlung im Rahmen der Gesamthaltung des Beamten abstellt und Zweckmässigkeitserwägungen höchstens insoweit Raum geben kann, als es der Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit erfordert¹⁵).

Aus der Selbständigkeit des Disziplinarrechts ergibt sich, dass die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts darauf nicht anwendbar sind. Insbesondere gelten die allgemeinen Bestimmungen des BStR nicht für das eidg. Beamtendisziplinarrecht¹⁶). Die Lehre vom Versuch,

¹⁴) Botsch. BtG 113. BO I Art. 23¹, BO II Art. 18¹: „Bei geringfügigen Verletzungen der Dienstpflicht ist von einer Disziplinarstrafe Umgang zu nehmen, wenn Belehrung, Mahnung oder Warnung ausreichen.“

¹⁵) Darin liegt die Kehrseite des richterlichen Verfahrens. Es mag grössere Garantien der Unparteilichkeit bieten als das Verfahren in der Verwaltung und insofern die Rechtsstellung des Beamten sichern. Aber die stärkere Gebundenheit des Richters kann ein Nachteil für den Beamten sein. Botsch. zu Art. 114bis BV, 26. Auch kann die Möglichkeit der Beschwerde an den Richter zur Folge haben, dass schon die Verwaltung in ihren Verfügungen strenger und starrer ist, da ja der Richter in letzter Linie die Verantwortung trägt.

¹⁶) Art. 77 BStR behält unter c und d ausdrücklich vor: das VerantwortlichkeitsG von 1850 und die in den Bundesgesetzen

von der Teilnahme¹⁷⁾ usw. haben hier keinen Platz. Die Verjährungsbestimmungen können nicht herangezogen werden. Das BtG selber kennt keine Verjährung der Disziplinarvergehen¹⁸⁾. Soweit das Gesetz ausdrücklich oder dem Inhalt nach allgemeine Begriffe verwendet, die verschiedenen Rechtsgebieten gemeinschaftlich sind, wie Vorsatz, Fahrlässigkeit, Zurechnungsfähigkeit¹⁹⁾, ist auf deren Bedeutung in den andern Materien, speziell im Strafrecht und Zivilrecht, abzustellen.

Neben der disziplinarischen besteht die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Bundesbeamten nach Massgabe der Art. 53 ff. BStR, was die eigentlichen Amtsdelikte, und des kantonalen Strafrechts, was die gemeinen, mit der amtlichen Tätigkeit in Zusammenhang stehenden Delikte anlangt. Auch im Amtsdelikt liegt ein Verstoß gegen die Pflichten des Amtes, der dann aber eine Durchbrechung nicht mehr bloss der Dienstordnung, sondern der allgemeinen Rechtsordnung bildet. Die Beamten-eigenschaft des Täters ist dabei strafbegründend. Während aber das Disziplinarrecht das Dienstverhältnis zur eigentlichen Grundlage hat, ist dieses beim Amtsdelikt nur ein

vorgesehenen Disziplinarbefugnisse der administrativen Behörden. Der Vorbehalt bezieht sich sinngemäss auf das eidg. Beamtenrecht überhaupt und bedeutet, dass es durch die Bestimmungen des BStR nicht direkt berührt wird.

¹⁷⁾ Ist der Teilnehmer ein Beamter, so verletzt er seine eigene Dienstpflicht.

¹⁸⁾ Der Bundesrat hat in der BO I Art. 23³ und in der BO II Art. 18³ vorgeschrieben: „Die disziplinarische Ahndung hat zu unterbleiben, wenn die Verletzung der Dienstpflicht mehr als fünf Jahre zurückliegt.“ Das ist nicht eine Verjährungsbestimmung, sondern eine Dienstanweisung an die zuständigen Stellen, bei dieser Voraussetzung von einer Bestrafung abzusehen. Es ist wesentlich eine Anwendung des Opportunitätsprinzips. Das Grenzwachtregl. (s. Anm. 45) Art. 50b sieht eine eigentliche fünfjährige Verfolgungsverjährung vor bei Verletzung der Pflichten, die den Angehörigen des Grenzwachtkorps als Beamten obliegen.

¹⁹⁾ BGE 56 I 497.

Moment eines allgemein mit Strafe bedrohten Tatbestands²⁰⁾. Im Gegensatz zur ganz allgemeinen Formulierung des Disziplinarfehlers sind die Tatbestände der einzelnen Amtsdelikte im Strafrecht näher umschrieben²¹⁾; eine Ausnahme macht freilich das Delikt der absichtlichen Verletzung der Amtspflicht, dessen Tatbestand das, was auch Tatbestand des Disziplinarvergehens ist, nur nach der subjektiven Seite begrenzt. Wann ist beim gemischten Vergehen, sofern der strafrechtliche und der disziplinarische Tatbestand in Betracht kommen, kriminell und wann nur disziplinarisch zu verfolgen? Wann liegt z. B. eine kriminell und wann eine bloss disziplinarisch strafbare Annahme von Geschenken, Verletzung der Amtsverschwiegenheit vor? Wann ist eine absichtliche Amtspflichtverletzung gerichtlich und wann nur mit Dienststrafe zu ahnden²²⁾? Es gibt wohl kein anderes Kriterium als die Schwere des Verstosses und daneben und damit in Zusammenhang, ob er mehr nach aussen oder nur nach innen wirkt, Rechte und Interessen Dritter oder nur der Verwaltung berührt.

²⁰⁾ Die Strafandrohung richtet sich auch beim Amtsdelikt gegen jedermann. Ein Dritter kann zwar nicht physischer Täter, wohl aber als Teilnehmer strafbar sein; Hafter, Schweiz. Strafrecht, 215, 221, 226.

²¹⁾ BStR 4. Titel: „Verbrechen, welche von Bundesbeamten in ihrer amtlichen Eigenschaft verübt werden“; Art. 53 bis 57: sog. eigentliche Amtsdelikte; Art. 75 betr. gemeine Verbrechen, die von Bundesbeamten in ihrer amtlichen Stellung verübt werden, sog. uneigentliche Amtsdelikte, je nachdem das Tatbestandsmerkmal des Dienstverhältnisses die Strafbarkeit begründet oder nur verschärft. S. auch Entw. schweiz. StGB 18. Abschnitt: „Vergehen gegen Amts- und Berufspflicht.“

²²⁾ Art. 53f BStR ist wohl selten zur Anwendung gelangt. In BGE 43 I Nr. 29 ist ein Fall publiziert, wo die Annahme von Geschenken seitens eines Bundesbeamten für amtliches Verhalten unter Umständen, welche die Anwendung von Art. 53a und 56 ausschlossen, unter Art. 53f gebracht wurde (Erw. 4). Beigefügt wurde, dass in geringfügigen Fällen nur ein Disziplinarfehler vorliege. S. auch Bbl 1920 II 107, wo ein ähnlicher, vom kantonalen Richter beurteilter Fall erwähnt ist.

Die Abgrenzung wird freilich häufig schwankend und unsicher sein.

Die Disziplinarstrafe ist keine Zwangs-, Ungehorsamsstrafe, wenn man darunter eine Strafe versteht, welche die Erzwingung eines Gebots oder Verbots bezweckt und im einzelnen für den Fall des Ungehorsams angedroht wird²³). Die Disziplinarstrafe ist durch Rechtssatz allgemein angedroht. Wie jede abstrakte Strafandrohung wirkt auch diejenige der Disziplinarstrafe im Sinne eines psychischen Druckes zu rechtmässigem Verhalten. Und da die Disziplinarstrafe in erster Linie die Aufrechterhaltung der guten Ordnung innerhalb der Verwaltung zum Ziele hat, kann man sie immerhin auch als administratives Zwangsmittel zur Erreichung dieses Zweckes bezeichnen.

Der Unabhängigkeit des Disziplinarrechts im Verhältnis zum Strafrecht entspricht eine solche des Disziplinarverfahrens gegenüber dem Strafverfahren. Der Satz *ne bis in idem* gilt hier nicht²⁴). Das Strafurteil hat keine konsumierende und auch keine formell bindende Wirkung für das Disziplinarverfahren, was aber nicht ausschliesst, dass es dieses sachlich mehr oder weniger intensiv beeinflusst. Die Verurteilung hindert die Verwaltungsbehörde nicht, den Beamten auch noch disziplinarisch zu bestrafen, sofern nicht schon das Strafurteil den Bedürfnissen und Interessen der Verwaltung Genüge tut. Hat der Richter die Amtsentsetzung ausgesprochen, so wird das Disziplinarverfahren gegenstandslos. Andernfalls kann sich die disziplinarische Entlassung je nach den Umständen noch rechtfertigen. Auch die Freisprechung steht der disziplinarischen Bestrafung nicht im Wege.

²³) Über die Ungehorsamsstrafe s. Fleiner, Institutionen des Verwaltungsr.⁸, 218 ff., und die dort angegebene Literatur.

²⁴) BtG Art. 30⁴: „Ist in einem Straf- oder Zivilprozess gegen den Beamten auf Verurteilung oder auf Freisprechung oder Abweisung der Klage erkannt worden, so bleibt der zuständigen Amtsstelle das Recht gewahrt, den Beamten wegen der nämlichen Tatsache disziplinarisch zu bestrafen.“

Sie kann sich auf rechtliche oder auf tatsächliche Erwägungen stützen: der Angeklagte ist entweder nicht überführt worden, oder die als erwiesen angenommene Tat erscheint nicht als strafbar. Stellt der Richter im letztern Fall fest, dass der Tatbestand des speziell in Betracht kommenden Amtsdelikts nicht gegeben ist, so schliesst das nicht aus, dass nicht wenigstens ein Disziplinarfehler vorliegt. Ist der Sinn des Urteils der, dass das Verhalten des Beamten überhaupt einwandfrei sei, so ist die Verwaltungsbehörde grundsätzlich dadurch nicht gebunden. Ebenso wenig sind für sie verbindlich die tatsächlichen Feststellungen, auf denen die Freisprechung (oder auch die Verurteilung) beruht²⁵⁾. Tatsächliche Feststellungen und rechtliche Würdigung des Strafurteils werden aber häufig, wohl sogar in der Regel, für das Disziplinarverfahren materiell massgebend sein. Die Verwaltungsbehörde wird sich nicht ohne ganz schwerwiegende Gründe damit in Widerspruch setzen²⁶⁾. Dieselbe Freiheit, welche die Disziplinarbehörde gegenüber dem Strafurteil hat, steht natürlich auch dem Strafrichter gegenüber der Disziplinarverfügung zu.

Mit Rücksicht auf die allfällige sachliche Einwirkung des Strafurteils auf das Disziplinarverfahren ordnet das BtG an, dass das Strafverfahren in der Regel die Priorität hat; das Disziplinarverfahren ist bis nach dessen Beendigung auszusetzen²⁷⁾.

²⁵⁾ Ein Antrag, die Disziplinarbehörde an das richterlich festgestellte Beweisergebnis zu binden, „soweit der vom Gericht beurteilte Tatbestand in Frage kommt“, wurde im Ständerat bei der Beratung des Art. 30 BtG abgelehnt. Sten. Bull. 1925, 121 ff.

²⁶⁾ Für das deutsche Reichsbeamtenrecht ist die Frage umstritten, ob die Disziplinarbehörde an die tatsächlichen Feststellungen des Strafrichters gebunden sei; ReichsBtG Art. 78. Nach dem klaren Wortlaut unseres BtG, Art. 30⁴, ist eine formelle Bindung nicht anzunehmen.

²⁷⁾ Art. 30³. Eine Ausnahme wird gemacht für den Fall, dass die Umstände die Belassung des Beamten im Amte im Interesse der Verwaltung ausschliessen.

Innerhalb des disziplinarischen Gebiets gilt der Satz ne bis in idem. Der gleiche Verstoss kann nicht mehrfach disziplinarisch geahndet werden²⁸⁾ ²⁹⁾.

III. Disziplinarbeschwerde ans Bundesgericht und Verfahren im allgemeinen.

1. Das Bundesgericht hat in der Disziplinarrechtspflege nicht die Stellung einer Disziplinarbehörde, sondern diejenige einer Rechtsmittelinstanz. Es verhängt nicht selber die beiden schwersten Disziplinarstrafen, sondern hat auf Beschwerde hin darüber zu urteilen, ob die Verwaltung eine solche Strafe verhängen durfte³⁰⁾.

Nach ihrer prozessualischen Ausgestaltung ist die Disziplinarbeschwerde ans Bundesgericht ein prinzipiell unbeschränktes Rechtsmittel; sie hat überwiegend den

²⁸⁾ O. Mayer, Verwaltungsr. ³ II 201. Wolff, Der Grundsatz ne bis in idem im Disziplinarrecht, Verw.Archiv, 12, 581 ff. S. auch unten S. 45 f.

²⁹⁾ Was für das Beamtendisziplinarrecht zutrifft, wird den grossen Umrissen nach auch für das Disziplinarrecht anderer öffentlicher Lebenskreise gelten. Im einzelnen mögen Abweichungen vorhanden sein. So ist das Verhältnis des militärischen Disziplinarrechts zum militärischen Strafrecht etwas anders. Das MStG von 1927 regelt auch das Disziplinarrecht. Auch sieht es bei zahlreichen Delikten vor, dass in leichten Fällen disziplinarische Bestrafung erfolgt, die auch vom Richter (wenn er in bezug auf das Delikt freispricht) verhängt werden kann. Die Disziplinarstrafe wird hier zum Surrogat der Kriminalstrafe, und der Satz ne bis in idem gilt jedenfalls in dem Sinn, dass das Strafurteil auch in Hinsicht auf die Disziplinarstrafe konsumierende Wirkung hat.

³⁰⁾ Es war ursprünglich beabsichtigt, dem Disziplinargerichtshof die Stellung einer Disziplinarbehörde zu geben in der Weise, dass die beiden schwersten Strafen, auf Antrag der Wahlbehörde, nur von ihm verhängt werden können. Botsch. zu Art. 114bis BV, 27; Vorentwürfe Fleiner und auch noch der Vorentwurf des eidg. Justiz- und Polizeidep. vom 5. März 1923. Das Bundesgericht ist Disziplinarbehörde nur für die von ihm gewählten Beamten; BtG Art. 33¹.

Charakter einer Appellation. Sie führt zu einer Neubeurteilung des Disziplinarfalles in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung. Das Bundesgericht kann, wenn es die Beschwerde gutheisst, in der Sache selber entscheiden. Von der Appellation unterscheidet sich die Beschwerde dadurch, dass sie, von Gesetzes wegen, keine aufschiebende Wirkung hat (Art. 36). Die der Beschwerde unterliegende Disziplinarverfügung ist sofort verbindlich und vollziehbar, nicht erst nach unbenutztem Ablauf der Rekursfrist, und auch die Einlegung der Beschwerde hemmt jene Folge nicht, sofern ihr nicht der Präsident der Kammer durch vorsorgliche Verfügung Suspensiveffekt verleiht. Von der Appellation weicht das Rechtsmittel ferner darin ab, dass der Devolutiveffekt kein unbeschränkter ist: der Abweisung der Beschwerde kommt die negative Bedeutung der Verwerfung des Rechtsmittels zu, nicht auch die positive einer Bestätigung der angefochtenen Verfügung in dem Sinn, dass das Urteil an die Stelle der Verfügung treten würde³¹).

Das Disziplinarverfahren vor Bundesgericht ist ein Parteiprozess. Der Beschwerdeführer und die Disziplinarbehörde stehen sich darin als gleichberechtigte Parteien gegenüber. Als solche haben sie auch die Möglichkeit, über das Verfahren in gewissem Umfang zu verfügen. Der Beamte hat die Wahl, ob er die Beschwerde ergreifen will oder nicht. Er kann sie bis zum Urteil jederzeit zurückziehen. Die Behörde kann das Verfahren gegenstandslos machen, indem sie sich mit dem Beschwerdeführer verständigt oder die Verfügung sonstwie zurücknimmt. (Über die Frage, wieweit die Anträge der Parteien den Richter binden, s. unten S. 33 f.)

Die Gestaltung des Beschwerdeverfahrens als eines Parteiprozesses ist freilich nur der äussere Aspekt der Einrichtung. Sie entspricht nicht der Natur des Diszi-

³¹) S. auch unten S. 44. Dieselbe Bedeutung hat die Abweisung der verwaltungsrechtlichen Beschwerde ans Bundesgericht. S. Kirchhofer, Verwaltungsrechtspf., 65 f.

plinarverfahrens, das, ähnlich dem Strafprozess, seinem Wesen nach ein einseitiges Officialverfahren gegen den Beschuldigten ist. Die Behörde verfolgt dabei nicht ein subjektives Recht des Staates. Es gibt keinen Disziplinarstrafanspruch in diesem Sinn, sowenig es einen subjektiven Strafanspruch des Staates gibt³²). Indem sie gegen den fehlbaren Beamten vorgeht, erfüllt die Behörde lediglich ihre Pflicht der Durchführung des objektiven Rechtes³³). Das Beschwerdeverfahren hat deshalb die Form eines Parteiprozesses erhalten, damit der Rekurrent die Fakultät möglichst freier und selbständiger Verteidigung habe. Die Behörde hat hier, wenn schon sie als Partei auftritt, keine andere Aufgabe als im Disziplinarverfahren überhaupt. Sie wirkt mit im Interesse der richtigen Anwendung des Rechtes. Das ist das ausschliessliche Ziel ihrer Parteitätigkeit³⁴).

2. Das Verfahren vor Bundesgericht ist sachgemäss, einfach und so formlos, als es mit den Anforderungen eines geordneten Prozessganges vereinbar ist. Die Beschwerdefrist ist gleich derjenigen des staatsrechtlichen und des verwaltungsrechtlichen Rekurses, 30 Tage (Art. 35). Es findet ein einfacher oder auch ein doppelter Schriftenwechsel (Art. 37) und eine mündliche Schlussverhandlung statt, bei der der Vertreter der Verwaltung, der Beschwerdeführer

³²) Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 81 f.; Gerland, Der deutsche Strafprozess, 7.

³³) Im Disziplinarverfahren ist alles Pflicht, wie im Strafprozess. Gerland, a. a. O. 11. Auch bei der Frage, ob aus Zweckmässigkeitserwägungen von Disziplinarstrafe abzusehen sei, handelt es sich überall um pflichtgemässes Ermessen; s. oben S. 8 f.

³⁴) Die Behörde darf den Prozess vor Bundesgericht nicht von einem einseitigen Parteistandpunkt aus führen und die angefochtene Verfügung unter allen Umständen zu halten suchen. Sie soll in der Art und im Ziele ihrer Prozessführung ebenso objektiv sein, wie sie es beim Disziplinarverfahren innerhalb der Verwaltung zu sein hat.

und sein Vertreter zu Wort kommen (Art. 39²)³⁵). Der Instruktionsrichter ordnet das Nötige an zur weiteren Abklärung des Sachverhalts (Art. 37³). Die Beratung des Gerichts ist nicht öffentlich (Art. 39³). Bei Abweisung der Beschwerde werden die Kosten ganz oder teilweise dem Beschwerdeführer auferlegt; bei Gutheissung der Beschwerde erhält er eine Prozessentschädigung (Art. 42). Ein amtlicher Vertreter wird dem Beschwerdeführer nur bestimmt, wenn die Voraussetzungen des Armenrechts vorliegen (OG Art. 212).

IV. Die anfechtbare Verfügung.

Die Disziplinarbeschwerde knüpft an die Disziplinarverfügung an, die den Beamten „während der Amtsdauer“ entlässt oder ins provisorische Dienstverhältnis versetzt (VDG Art. 34). Die Entlassung ist die Auflösung des Dienstverhältnisses während der Amtsdauer. Die Versetzung ins Provisorium ist eine Umgestaltung des Dienstverhältnisses, wobei die Garantie der Amtsdauer und der gesetzlichen Besoldung dahinfällt, im übrigen aber die Bestimmungen über das Beamtenverhältnis sinngemäss gelten³⁶).

Die Verfügung muss von der kompetenten Behörde erlassen sein³⁷). Sollte es vorkommen (was kaum anzu-

³⁵) Darin, dass die Verwaltung den ersten Vortrag hat, kommt zum Ausdruck, dass auch das Beschwerdeverfahren als Teil des Disziplinarverfahrens seinem Wesen nach ein Verfahren gegen den Beamten, nicht ein solches des Beamten gegen die Verwaltung ist.

³⁶) Nach BtG Art. 31⁵ umschreibt der Bundesrat die Stellung der ins Provisorium versetzten Beamten, was geschehen ist in BO I Art. 25 und BO II Art. 20. Die Versetzung eines bei einer Versicherungskasse des Bundes versicherten Beamten hat nicht den Verlust der Versicherung zur Folge; Art. 12 bzw. 11 der Statuten der beiden Kassen.

³⁷) Nach BtG Art. 33³ ordnet der Bundesrat die disziplinarische Zuständigkeit. In der allgemeinen Bundesverwaltung sind für die beiden schwersten Disziplinarstrafen zuständig: der Bundesrat,

nehmen ist), dass die Disziplinarverfügung von einer unzuständigen Behörde ausgeht, so eignet sie sich nicht zur Anfechtung beim Bundesgericht. Eine solche Verfügung ist nichtig; sie ist von der Oberbehörde von Amtes wegen aufzuheben; der Beamte kann ihre formelle Beseitigung auch im Beschwerdeverfahren innerhalb der Verwaltung betreiben³⁸⁾. Das Verfahren vor Bundesgericht kann, wie noch auszuführen sein wird, nur zu einer materiellen Entscheidung, nicht zu einer bloss formellen Aufhebung der Verfügung führen.

Ihrem Inhalt nach muss die Verfügung sich gegen einen Bundesbeamten richten und ihn während der Amtsdauer treffen. Diese beiden Voraussetzungen bedingen sich gegenseitig. Bundesbeamter ist, wer als solcher zum Träger eines der im BRB vom 7. April 1930 (Ämterverzeichnis) angeführten Ämter gewählt wird (BtG Art. 1). Was den Beamten u. a. charakterisiert, ist gerade die Amtsdauer, die drei Jahre beträgt, soweit bundesrechtliche Bestimmungen nicht eine längere Amtsdauer vorsehen (BtG Art. 6). Die Entlassung und Versetzung ins Provisorium während der Amtsdauer ist daher nur bei einer Person möglich, welche die Eigenschaft des Bundesbeamten hat, und diese Disziplinarstrafen berühren den Beamten notwendigerweise in seiner Amtsdauer. Dem ohne Amtsdauer angestellten Personal gegenüber, das auch nicht Beamtenqualität hat, wird die Entlassung oder Versetzung ins Provisorium auch kaum zur Anwendung kommen, weil es jederzeit auf kurze Frist entlassen werden kann.

der Departementsvorsteher und der Bundeskanzler (gegenüber dem Personal der Bundeskanzlei); die Oberzolldirektion, die Oberpostdirektion und die Obertelegraphendirektion, sowie der Schularat der technischen Hochschule, sind hiefür zuständig, ausgenommen gegenüber Beamten der Besoldungsklasse 1 bis 4; BO I Art. 26. Bei den SBB sind hiefür zuständig die Generaldirektion gegenüber dem Personal der Zentralverwaltung und die Kreisdirektoren gegenüber dem Personal der Kreise; Disziplinarordnung SBB vom 6. Juni 1931.

³⁸⁾ BO I Art. 30, BO II Art. 24.

Und wenn es ausnahmsweise der Fall sein sollte, hat die Massnahme eine ganz andere, geringere Bedeutung als bei dem mit dreijähriger oder längerer Amtsdauer angestellten Beamten. Zu den ohne Amtsdauer angestellten Personen gehört auch der ins Provisorium versetzte Beamte, der nicht mehr die volle Beamteneigenschaft hat und jederzeit entlassen werden kann³⁹⁾. Gegen die Entlassung steht ihm die Disziplinarbeschwerde nicht zur Verfügung, auch wenn sie sich als Sanktion für Pflichtverletzungen darstellt, eben weil es keine Entlassung während der Amtsdauer ist⁴⁰⁾. Die auf Grund eines privatrechtlichen Dienstvertrags mit Kündigungsfrist angestellten Personen können bei ungerechtfertigter Entlassung sich an die Zivilgerichte um Schutz wenden⁴¹⁾ ⁴²⁾.

Kein Eingriff in die Amtsdauer liegt ferner vor, wenn ein Beamter nach Ablauf der Amtsdauer nicht oder nur provisorisch wiedergewählt wird. Die Wahlbehörde entscheidet nach freiem Ermessen über die Erneuerung des

³⁹⁾ „Die Wahlbehörde kann das provisorische Dienstverhältnis durch schriftliche Voranzeige auf 14 Tage auflösen oder, wenn wichtige Gründe vorliegen, sofort aufheben.“ BO I Art. 25³, BO II Art. 20³.

⁴⁰⁾ Nach dem Entw. zum VDG sollte die Beschwerde nicht gegen die Versetzung ins Provisorium gegeben sein, sondern erst gegen die nachherige Entlassung des Versetzten, die wegen Verletzung der Dienstpflichten erfolgt.

⁴¹⁾ Über das ausserhalb der Disziplinargerichtsbarkeit stehende Personal s. Botsch. zum VDG 78 f.

⁴²⁾ Den Beamten des Bundesgerichts steht die Beschwerde nicht zu (VDG Art. 34²). Disziplinarbehörde ist hier das Gesamtbundesgericht. Es geht nicht wohl an, dass seine Verfügungen durch eine Kammer des Gerichts überprüft werden, wofür auch kein praktisches Bedürfnis besteht (Botsch. VDG, 78).

Nicht in Betracht kommen für die Disziplinarbeschwerde ans Bundesgericht die von der Bundesversammlung gewählten Bundesbeamten. Sie unterstehen der Disziplinargewalt der Bundesversammlung. Eine disziplinarische Entlassung wegen Verletzung der Amtspflichten ist nicht vorgesehen. Bei jedem schweren Verstoss gegen die Amtspflichten muss Kriminalklage beschlossen werden. VerantwG von 1850 Art. 23 b.

Dienstverhältnisses⁴³⁾. Der Beamte hat keinen Anspruch auf Wiederwahl, wenn schon sie aller Regel nach erfolgt. Die Beschwerde ans Bundesgericht steht ihm nicht offen, auch wenn Motiv der Nichtwiederwahl pflichtwidriges Verhalten ist⁴⁴⁾.

Für das Personal des Grenzwachtkorps gilt ein besonderes Disziplinarrecht, das im Grenzwachtreglement niedergelegt und im BtG vorbehalten ist (Art. 34)⁴⁵⁾. Dieses Reglement sieht als schwerste Disziplinarstrafen ebenfalls die Entlassung und die Versetzung ins provisorische Dienstverhältnis vor (Art. 60, 61). Die Verfügungen der Oberzolldirektion, welche diese Strafen verhängen, können ans Bundesgericht weitergezogen werden, sofern sie während der Amtsdauer erfolgen, d. h. sofern der Betroffene ein Beamter des Grenzwachtkorps ist (Art. 69)⁴⁶⁾.

⁴³⁾ BtG Art. 57¹. Die verfügte Nichtwiederwahl ist dem Beamten spätestens drei Monate vor Ablauf der Amtsdauer unter Angabe der Gründe schriftlich mitzuteilen; Art. 57².

⁴⁴⁾ Botsch. zum VDG, 76 f. Ein Antrag, die Beschwerde auch gegen die Verfügung zuzulassen, welche die Wiederwahl aus disziplinarischen Gründen verweigert, wurde im Nationalrat abgelehnt. Sten. Bull. 1927, 714 ff.

Der BRB über die Wiederwahlen der Bundesbeamten für die am 1. Jan. 1933 beginnende Amtsdauer vom 23. Juli 1932 bestimmt in Art. 6: „Will die Wahlbehörde den Beamten wegen Verletzung der Dienstpflicht von der Wiederwahl ausschliessen oder die Wiederwahl an besondere Bedingungen knüpfen, so ist dafür das Disziplinarverfahren zu eröffnen; nötigenfalls ist der Entscheid über die Wiederwahl bis nach Durchführung des Verfahrens zu verschieben.“ Die Nichtwiederwahl soll also danach nicht zu einer Umgehung des Disziplinarverfahrens und des dem Beamten dabei gewährten Rechtsschutzes führen.

⁴⁵⁾ Es wird von der Oberzolldirektion erlassen gestützt auf Art. 137 letzter Abs. ZollG vom 1. Oktober 1925. Zurzeit gilt das Reglement vom 1. Jan. 1932.

⁴⁶⁾ Art. 34 BtG behält auch das militärische Disziplinarrecht vor (und damit auch die Kompetenz der militärischen Disziplinarinstanzen) für die der Militärgerichtsbarkeit unterstellten Beamten. Dieser Vorbehalt trifft zu für die Beamten der Militärverwaltung des Bundes, sofern sie in Uniform auftreten, und allgemein im

Die Verfügung muss disziplinarischen Charakter haben, d. h. sie muss eine Strafe sein für pflichtwidriges Verhalten. Es kommt indessen bei der Frage, ob es sich um eine disziplinarische Massnahme handle, nicht sowohl auf die äussere Bezeichnung als auf die wahre Natur der Verfügung an. Das BtG sieht auch die Auflösung und Umgestaltung des Beamtenverhältnisses während der Amtsdauer aus wichtigen Gründen vor als administrative Massnahme ohne spezifischen Strafcharakter, die nicht Anlass zur Beschwerde ans Bundesgericht geben⁴⁷⁾, sondern höchstens eine Entschädigungsklage wegen ungerechtfertigter Entlassung begründen kann⁴⁸⁾. Administrative Entlassung oder Versetzung ins Provisorium aus wichtigen Gründen sind nach Natur und Voraussetzungen durchaus verschieden von den entsprechenden disziplinarischen Massnahmen. Allerdings könnten an sich auch Pflichtverletzungen des Beamten ein Umstand sein, bei dem der Wahlbehörde nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Aber der Zusammenhang mit den Bestimmungen über die disziplinarische Verantwortlichkeit zeigt, dass der

Falle aktiven Dienstes und in Kriegszeiten; MilStG Art. 2², 3³, 182. Der Vorbehalt spielt hier keine Rolle. Die disziplinarische Entlassung eines solchen Beamten oder seine Versetzung ins Provisorium können nur erfolgen auf Grund des BtG.

⁴⁷⁾ BGE 56 I 494.

⁴⁸⁾ Art. 55. Als solche wichtige Gründe gelten: „Dienstuntauglichkeit, Konkurs, fruchtlose Pfändung, Verlust der in Art. 2 umschriebenen Wahlfähigkeit und der Eintritt von Ausschlussverhältnissen nach Art. 7, sowie jeder andere Umstand, bei dessen Vorhandensein der Wahlbehörde nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Als wichtiger Grund kann bei weiblichen Beamten auch die Verhehlung gelten.“ Die Massnahme setzt eine Untersuchung und die Anhörung des Beamten voraus. Sie ist diesem unter Angabe der Gründe schriftlich mitzuteilen. „Der Anspruch des Beamten auf Entschädigung wegen ungerechtfertigter Umgestaltung oder Auflösung des Dienstverhältnisses bleibt vorbehalten.“

Tatbestand, der zur disziplinarischen Bestrafung führt, nicht zugleich wichtiger Grund im Sinn von Art. 55 sein und dass bei pflichtwidrigem Verhalten des Beamten die Verwaltung nicht die Wahl haben kann zwischen dem disziplinarischen und dem administrativen Vorgehen, sondern nur die disziplinarische Massregel treffen darf⁴⁹⁾. Andernfalls hätte es die Verwaltung in der Hand, die Garantien des Disziplinarverfahrens und insbesondere der Beschwerde ans Bundesgericht dadurch hinfällig zu machen, dass sie beim Vorliegen des disziplinarischen Tatbestands zur administrativen Massnahme greift⁵⁰⁾. Wird der Beamte während der Amtsdauer wegen Pflichtverletzungen gestützt auf Art. 55 entlassen oder ins Provisorium versetzt, so hat man es nur äusserlich mit einer administrativen Verfügung, in Wahrheit aber mit einer disziplinarischen Bestrafung zu tun, und die Beschwerde ans Bundesgericht

⁴⁹⁾ Das wird auch anerkannt in der Botsch. zum BtG, 119: „Wir legen Wert darauf, dass die Sicherung der Verwaltung vor pflichtwidrigen Individuen im Wege der Disziplinar-massnahme und in der Form des Disziplinarverfahrens bewerkstelligt werde und dass die Auflösung und Umgestaltung des Dienstverhältnisses nicht gestützt auf Art. 55 des Entwurfes Platz greife.“

Art. 56 ordnet die Gewährung von Unterstützungen an Beamte, die „aus eigenem Verschulden“ entlassen werden. Damit ist in erster Linie die disziplinarische Entlassung gemeint. Auch die administrative Entlassung braucht nicht unverschuldet zu sein. Das Verschulden kann aber hier nicht in einer Pflichtverletzung im Sinne von Art. 30¹ bestehen. In gleicher Weise ist zu verstehen die Ausführungsbestimmung in den beiden BO, Art. 63 und 55, nach der die Wahlbehörde, die aus einem wichtigen Grunde das Dienstverhältnis auflösen oder umgestalten will, dem Beamten Gelegenheit geben soll, sich über den Tatbestand und „gegebenenfalls über die Frage des Verschuldens“ zu äussern, und die Behörde dem Beamten schriftlich mitzuteilen hat, ob die Auflösung des Dienstverhältnisses als Entlassung aus eigenem Verschulden (im Sinne der Statuten der Versicherungskassen, s. Anm. 62) gelte.

⁵⁰⁾ Das Bundesgericht könnte dann nur in einem allfälligen Schadenersatzprozess des Beamten gegen den Bund die Frage der Rechtmässigkeit der Entlassung als Vorfrage prüfen.

ist zulässig trotz der unzutreffenden Benennung der Verfügung⁵¹).

Sind bei einem Beamten gleichzeitig die Voraussetzungen der disziplinarischen Entlassung oder Versetzung ins Provisorium und wichtige Gründe für die analoge administrative Massnahme vorhanden, so ist es der Verwaltung freilich unbenommen, die letztere zu treffen, die dann der Weiterziehung ans Bundesgericht nicht unterliegt. Nur dürfen natürlich die wichtigen Gründe nicht bloss vorgeschoben sein, um eine im Grunde disziplinarische Massregelung zu verschleiern.

V. Die Parteien.

Parteien im Verfahren vor Bundesgericht sind der bestrafte Beamte und die Disziplinarbehörde als Organ des Bundes. Der Ehemann eines weiblichen Beamten erscheint nach seiner allgemeinen familienrechtlichen Stellung nicht als legitimiert, die Beschwerde selbständig einzulegen.

Stirbt der Beamte während der Rekursfrist vor Ergriffung der Beschwerde oder während des Beschwerdeverfahrens, so erhebt sich die Frage, ob die Hinterbliebenen, speziell die Witwe und die Kinder, befugt sind, die Beschwerde zu ergreifen oder ins Verfahren als Beschwerdepartei einzutreten. Das Gesetz gibt hierauf keine positive Antwort. Da der Disziplinarbeschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt (s. oben S. 15), macht der Tod des Beamten nicht etwa das ganze Disziplinarverfahren hinfällig. Die Tatsache bleibt vielmehr bestehen, dass der Betroffene von der Verfügung an bis zu seinem Tode im provisorischen Dienstverhältnis sich

⁵¹) BGE 56 I 494 (Praxis 20 Nr. 39). Ein Beamter der Zollverwaltung wurde wegen Pflichtwidrigkeiten administrativ entlassen gestützt auf Art. 55 BtG. Die Verwaltung bestritt die Zulässigkeit der Beschwerde. Das Bundesgericht trat aber darauf ein mit der Begründung, dass eine auf Dienstpflichtverletzung gestützte Entlassung der Sache nach disziplinarischer Natur sei.

befunden hat oder nicht mehr Beamter war⁵²⁾. Durch eine posthume Guttheissung der Beschwerde würde immerhin festgestellt, dass die Massnahme nicht gerechtfertigt gewesen ist. Im Falle der Entlassung könnte damit auch der Zuspruch einer Entschädigung verbunden werden.

Die blossen pekuniären Interessen bilden indessen keinen genügenden Grund, um den Hinterbliebenen die Einlegung oder Aufnahme des Rechtsmittels zu gestatten. Allfällige Entschädigungsansprüche, die auf sie übergegangen sind, können sie im direkten verwaltungsrechtlichen Prozess nach VDG Art. 17a geltend machen, wobei der Richter die Vorfrage, ob die Entlassung gerechtfertigt gewesen sei, frei zu prüfen hat, ohne in diesem Punkte durch die Disziplinarverfügung gebunden zu sein. Dasselbe gilt für Pensionsansprüche der Hinterbliebenen an die Versicherungskasse, soweit diese Ansprüche davon abhängen, dass der Versicherte ohne eigenes Verschulden entlassen worden ist⁵³⁾.

Es bleibt also nur das moralische Interesse der Hinterbliebenen an der in einer Guttheissung der Beschwerde liegenden Rehabilitation des Verstorbenen. Bei der blossen Versetzung ins Provisorium, die nach aussen nicht in die Erscheinung tritt, kann dieses Interesse von vornherein nicht als hinreichend erachtet werden. Und auch bei der Entlassung wird man Bedenken gegen die Legitimation der Hinterbliebenen haben: die Disziplinarverfügung ist

⁵²⁾ Im Strafprozess ist die Sachlage anders. Die ordentlichen, und zum Teil auch die ausserordentlichen Rechtsmittel hemmen die Rechtskraft des angefochtenen Urteils. Nach dem Tode des Angeschuldigten braucht das Rechtsmittel nicht weiterverfolgt zu werden, weil das Urteil nicht rechtskräftig war und es auch nicht mehr werden kann. Das Wiederaufnahmeverfahren dagegen, womit ein rechtskräftiges Urteil angefochten wird, kann in der Regel auch von den nähern Hinterbliebenen beantragt werden.

⁵³⁾ S. Anm. 62. Über die Frage der präjudizierenden Wirkung des Disziplinarurteils und der Disziplinarverfügung im Prozess über vermögensrechtliche Ansprüche des Bundesbeamten s. unten S. 46 ff.

zwar verbindlich geworden; aber sie war beim Tod des Beamten noch nicht unanfechtbar; es fehlt an der Feststellung ihrer Begründetheit durch die in letzter Linie massgebende richterliche Instanz; sie hat daher immerhin nur eine beschränkte, relative Bedeutung; der Sache, wenn auch nicht der Form nach, hat doch der Tod des Beamten nicht nur das Beschwerdeverfahren, sondern im angegebenen Sinn auch das Disziplinarverfahren insgesamt gegenstandslos gemacht.

Gegen die Legitimation der Hinterbliebenen spricht auch folgende Überlegung: für die Revision des bundesgerichtlichen Urteils gelten die Bestimmungen des Bundeszivilprozesses, nicht diejenigen der Bundesstrafrechtspflege (Art. 41, s. unten S. 44 f.). Während im Strafprozess auch die Hinterbliebenen, und zwar aus eigenem Recht, die Revision verlangen können, ist im Zivilprozess hiezu nur die Partei und ein allfälliger Rechtsnachfolger befugt. Eine Rechtsnachfolge kommt im Disziplinarrecht, abgesehen vom Entschädigungsanspruch, nicht in Frage. Die Hinterbliebenen können daher im Strafpunkt die Revision des Disziplinarurteils nicht beantragen, weder aus eigenem Recht, noch als Rechtsnachfolger des entlassenen Beamten. Mit dieser Ordnung würde nicht wohl übereinstimmen, dass sie im Beschwerdeverfahren Partei sein könnten.

VI. Die Beurteilung der Beschwerde.

1. Die Entscheidungsbefugnis des Bundesgerichts.

Streitthema im Verfahren vor Bundesgericht können nur solche Punkte sein, über die das Gericht im Urteil entscheiden kann⁵⁴). Die Hauptfrage ist immer die, ob

⁵⁴) Art. 40 VDG lautet:

¹ Hält die Kammer für Beamtensachen die Entlassung für nicht gerechtfertigt, so bestimmt sie die dafür zu leistende Entschädigung. Sie kann die Wiederanstellung des Beamten anordnen.

die Disziplinarverfügung gerechtfertigt gewesen sei. Nebenfragen sind, ob bei ungerechtfertigter Entlassung der Beamte mit einer Entschädigung, und eventuell in welcher Höhe, abzufinden oder ob seine Wiederanstellung anzuordnen sei, ferner ob bei Gutheissung der Beschwerde und Verbleiben des Beamten eine mildere Strafe auszusprechen sei.

Das Gesetz sieht nur ein meritorisches Urteil vor, nicht aber eine Aufhebung der Verfügung wegen bloss formeller Verstösse. Als solche formelle Mängel kommen in Betracht und werden nicht selten gerügt, dass die Disziplinarbehörde dem Beamten das rechtliche Gehör nicht oder nicht in der vorgeschriebenen Weise gewährt, dass sie sonstige Verfahrensbestimmungen nicht beachtet habe⁵⁵⁾. Waren Unterlassungen dieser Art überhaupt geeignet, einen materiellen Einfluss auf die Verfügung auszuüben, so genügt es, wenn das Versäumte im Verfahren vor Bundesgericht nachgeholt wird. Der Beamte kann hier alles vorbringen, was er für seine Verteidigung als zweckmässig erachtet; er kann Einsicht in die Akten der Verwaltung nehmen; alle zur weiteren Abklärung des Sachverhalts notwendigen Beweise sollen erhoben werden (VDG Art. 37³). Die Mängel können daher, auch soweit sie den Beamten wirklich beschweren, gutgemacht werden, und für eine formelle Aufhebung der Verfügung besteht auch kein praktisches Bedürfnis. Bei der diszi-

² Hält die Kammer die Versetzung in das provisorische Dienstverhältnis für nicht gerechtfertigt, so hebt sie diese Verfügung auf.

³ Wenn die Kammer die Beschwerde gutheisst und findet, dass eine mildere Disziplinarstrafe auszusprechen ist, so kann sie auf diese Strafe erkennen oder die Angelegenheit zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückweisen.

⁵⁵⁾ BtG Art. 32, BO I Art. 27 ff., BO II Art. 21 ff. Vorgeschrieben sind: vorgängige Untersuchung, Einvernahme des Beamten, Protokollierung der Verhöre, Gewährung der Akteneinsicht mit genügender Frist, ausreichende Gelegenheit zur Verteidigung, schriftlich motivierte Verfügung.

plinarischen Entlassung könnten sich hieraus auch insofern Unzukömmlichkeiten ergeben, als mit der Aufhebung der Verfügung aus formellen Gründen die Massnahme dahinfallen würde und der Beamte für einmal wieder eingestellt wäre, bis eine allfällige neue Entlassungsverfügung nach verbessertem Verfahren ergeht⁵⁶). Eine Rückweisung wegen formeller Mängel der Verfügung ist immerhin in der Weise möglich, dass, als Instruktionssmassnahme im Verfahren vor Bundesgericht, die Disziplinarbehörde angewiesen wird, Versäumtes nachzuholen⁵⁷).

Heisst das Bundesgericht die Beschwerde gut, so wäre die an sich gegebene Folge die, dass es die Verfügung aufhebt, und zwar mit Wirkung ex tunc: die Verfügung fällt dahin und es ist so zu halten, als ob sie nie getroffen worden wäre. Diesen Sinn hat die Gutheissung der Beschwerde in der Tat bei der Versetzung ins provisorische Dienstverhältnis (VDG Art. 40²). Sie kann diese Bedeutung auch haben bei der Entlassung: „Das Gericht kann die Wiederanstellung des Beamten anordnen.“ Nach dem Wortlaut des Gesetzes — „Wiederanstellung“ — könnte man zwar annehmen, dass das Beamtenverhältnis erst mit der richterlichen Anordnung wieder auflebt, indem es dabei sein Bewenden hätte, dass der Beschwerdeführer in der Zeit von der Verfügung bis zum Urteil nicht mehr Beamter gewesen ist. Das kann indessen nicht die Meinung des Gesetzes sein. Eine vom Richter als ungerechtfertigt erklärte und aufgehobene Entlassung kann auch nicht für jene längere oder kürzere Zwischenzeit aufrechterhalten bleiben. Die Wiederanstellung muss unmittelbar an die Entlassung anknüpfen. Sie ist nichts anderes als die

⁵⁶) S. unten S. 28 f. Immerhin ist nach Art. 52 BtG eine vorläufige Dienstenthebung des Beamten möglich, wenn dienstliche Gründe sie als notwendig erscheinen lassen.

⁵⁷) Das Bundesgericht hat die Frage noch offen gelassen, ob eine Rückweisung unter Aufhebung der Verfügung aus formellen Gründen zulässig sei: Urteil Zingg vom 11. Febr. 1932 (nicht publ.). Es ist jedenfalls gut, wenn in den Urteilsabwägungen zu formellen Rügen Stellung genommen wird.

Wiedereinsetzung in den frühern Zustand, d. h. die Entlassungsverfügung wird rückwirkend aufgehoben⁵⁸⁾.

Das Gesetz sieht jedoch bei der ungerechtfertigten Entlassung zunächst nicht diese Wiedereinsetzung vor, sondern die Abfindung des Beamten mit einer Entschädigung. Das geht auf praktische Erwägungen zurück. Die Wiedereinsetzung des einmal entlassenen Beamten kann zu Unzukömmlichkeiten führen; sie ist unter Umständen geeignet, die Autorität der Verwaltung zu untergraben; der Beamte selber kann in eine schiefe Stellung kommen; ein gedeihliches Zusammenarbeiten ist oft erschwert oder sogar unmöglich; nach Ablauf der Amtsdauer hat die Verwaltung die Möglichkeit, den Beamten nicht wiederzuwählen⁵⁹⁾. Das Gesetz bezeichnet diese

⁵⁸⁾ Mit allen Konsequenzen in bezug auf Besoldung, Pensionsberechtigung usw. Dass man es hier mit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu tun hat, war auch die Auffassung der Berichterstatter in den eidg. Räten; s. die folg. Anm.

⁵⁹⁾ S. Botsch. zum VDG Art. 80 ff., wo diese Bedenken gegen die Wiedereinsetzung ausführlich dargelegt und wohl etwas überbetont sind. Der Entw. ging so weit, die Wiedereinsetzung überhaupt auszuschliessen. Der Art. 40 hat in den eidg. Räten viel zu reden gegeben. Die Kommission des Ständerats schlug vor, dem Bundesgericht die Fakultät der Wiedereinsetzung zu geben, wenn die Entlassung nicht nur als ungerechtfertigt, sondern als willkürlich erscheint. Mit Stichentscheid des Präsidenten schloss sich aber der Ständerat dem bundesrätlichen Entw. an (Sten. Bull. 1926, 134 ff.). Im Nationalrat wurde einstimmig die jetzige Fassung des Art. 40 beschlossen, einschliesslich des neuen Abs. 3 (1927, 721 ff.). Der Ständerat nahm nunmehr den frühern Antrag seiner Kommission an und wollte auch von Abs. 3 der nationalrätlichen Fassung nichts wissen (1927, 247 f.). Der Nationalrat heilt an seinem Beschluss fest (1928, 137 ff.), und der Ständerat gab schliesslich nach (1928, 84).

Es ist gut, dass der Beschluss des Ständerats vom Jahre 1927 nicht Gesetz geworden ist. Ob die Wiedereinsetzung am Platze sei, hängt meistens von ganz andern Momenten ab als von dem Grade, in dem die Verfügung als unhaltbar erscheint (gewöhnlicher Irrtum oder Willkür); auch wäre es sehr bedauerlich gewesen, wenn der unglückliche Willkürbegriff hier Eingang in das Gesetz erhalten hätte.

Lösung indessen nicht etwa als die Regel und die Wiedereinsetzung als die Ausnahme. Es gibt der Geldabfindung nur insofern einen gewissen Vorrang, als es sie an erster Stelle erwähnt. Auch kann man der Entstehungsgeschichte des Art. 40 entnehmen, dass der Richter bei der Frage der Wiedereinsetzung vorsichtig und eher zurückhaltend sein soll. Im übrigen ist es seinem Ermessen überlassen, ob er die eine oder andere Folge wählt. Er wird die Wiedereinsetzung anordnen, wenn er die Überzeugung hat, dass dadurch keine legitimen Interessen der Verwaltung verletzt werden, insbesondere da, wo die Möglichkeit besteht, den Beamten in ein anderes Milieu zu versetzen, was bei den untern Beamten in der Regel zutrifft⁶⁰).

Die für die ungerechtfertigte Entlassung zu leistende Entschädigung ist öffentlich-rechtlicher Natur. Die Regeln des OR über die Entschädigung des Dienstpflichtigen bei Aufhebung des Dienstvertrags (OR Art. 353) können höchstens im Wege der Analogie herangezogen werden. Es handelt sich um einen Anwendungsfall des allgemeineren Rechtssatzes, dass der Bundesbeamte Anspruch auf Schadenersatz hat, wenn das Dienstverhältnis ungerechtfertigterweise aufgehoben wird, sei es durch disziplinarische Entlassung, sei es durch administrative Auflösung aus wichtigen Gründen⁶¹). Ansprüche dieser Art gegen den Bund sind im allgemeinen durch die direkte verwaltungsgerichtliche Klage vor Bundesgericht zu verfolgen (VDG Art. 17a). Über den Entschädigungsanspruch des ohne zureichenden Grund disziplinarisch Entlassenen wird indessen im Verfahren der Disziplinarbeschwerde adhäsionsweise entschieden.

⁶⁰) Nach Art. 9 BtG kann der Beamte während der Amtsdauer versetzt oder es kann ihm eine seiner Berufsbildung oder Eignung entsprechende Tätigkeit zugewiesen werden, die nicht zu den Obliegenheiten des ihm übertragenen Amtes gehört, wenn es der Dienst oder die wirtschaftliche Verwendung der Arbeitskräfte erfordert.

⁶¹) S. Anm. 48.

Die Entschädigung soll den Schaden decken, den der Beamte zufolge der ungerechtfertigten Entlassung erleidet. Allfällige Leistungen der Versicherungskasse⁶²⁾ und die Möglichkeit anderweitigen Verdienstes sind zu berücksichtigen. Der in der lebenslänglichen Pension

⁶²⁾ S. die Statuten der allgemeinen Versicherungskasse des eidg. Personals und diejenigen der Pensions- und Hilfskasse der SBB, jeweiligen Art. 19, 24 und 41. Es handelt sich um den (nicht invaliden) Versicherten, der „ohne eigenes Verschulden“ entlassen wird. Bei 15 Dienstjahren hat er Anspruch auf lebenslängliche Pension, bei 5 bis 15 Dienstjahren auf eine bestimmte Abfindung. Der unverschuldet entlassene Spareinleger hat Anspruch auf Auszahlung nicht nur der eigenen, sondern auch der Bundeseinlagen (Statuten der allg. Kasse, Art. 55). Dieselben Ansprüche bestehen bei Nichtwiederwahl ohne eigenes Verschulden.

Über diese Ansprüche ist im direkten verwaltungsrechtlichen Prozess zu entscheiden (VDG Art. 17a, s. auch BO I Art. 67, BO II Art. 58). Die verwaltungsrechtliche Klage kann mit der Disziplinarbeschwerde verbunden werden (die beiden Kassen haben keine Rechtspersönlichkeit; auch bei den Kassenansprüchen ist daher der Bund beklagte Partei). Dann ist darüber zugleich mit dem Urteil über die Beschwerde zu entscheiden. Diesen Fall hat wohl die Botschaft (82) im Auge, wenn sie sagt, jene Ansprüche seien im Beschwerdeurteil ebenfalls festzusetzen. Eventuell kann bestimmt werden, dass die allfälligen Leistungen der Kasse von der Entschädigung abgehen (wobei anzugeben wäre, wie die allfällige Pension zu kapitalisieren ist). Wünschenswert ist es jedenfalls, dass über Entschädigung und Kassenansprüche im gleichen Verfahren entschieden wird. Der Instruktionsrichter kann, wenn eine Gutheissung der Beschwerde ohne Wiedereinsetzung ernstlich in Betracht kommt, den Beschwerdeführer veranlassen, seine Kassenansprüche zugleich geltend zu machen, wenn er dies nicht von sich aus getan hat.

Unter Entlassung „ohne eigenes Verschulden“ im Sinne der Statuten ist bei der disziplinarischen Entlassung die unverschuldete, d. h. die ungerechtfertigte Entlassung zu verstehen. Für den Ausschluss des Kassenanspruchs genügt es nicht, dass sich der Beamte gewisse Pflichtwidrigkeiten hat zuschulden kommen lassen, die aber nicht als hinlänglich gravierend erscheinen, um die Entlassung zu begründen (gang unschuldig wird der entlassene Beamte kaum je sein). So ein Urteil des Bundesgerichts vom 6. Oktober 1932 in Sachen S. (BGE 58 I Nr. 57 = Praxis 21 Nr. 192).

(die beim Tode zum Teil auf die Witwe und die Kinder unter 18 Jahren übergeht) liegende Vorteil wird den materiellen Nachteil aus der Entlassung häufig aufwiegen. Kann ein Abzug gemacht werden, wenn das pflichtwidrige Verhalten des Beamten zwar nicht leicht ist, aber doch nicht erheblich genug für eine Entlassung? Die Frage ist jedenfalls zu bejahen, wenn die Versetzung ins Provisorium zulässig gewesen wäre, womit der Verlust der Amtsdauer verbunden ist. Auch im übrigen wird jenes Moment berücksichtigt werden können; von einem für die Entlassung kausalen Mitverschulden kann zwar nicht wohl die Rede sein; aber bei der Bemessung der Entschädigung kann der Richter in freier Würdigung allen Umständen Rechnung tragen⁶³⁾. Sofern es die Verhältnisse rechtfertigen, ist auch eine Genugtuungssumme für das in der grundlosen Entlassung liegende moralische Unrecht zuzubilligen⁶⁴⁾ ⁶⁵⁾.

⁶³⁾ Auf dem Boden des Art. 353 OR wird ein Mitverschulden des Dienstpflichtigen berücksichtigt. Becker, OR Z. 4 zu Art. 353.

⁶⁴⁾ Über die bei der Bemessung der Entschädigung zu berücksichtigenden Momente s. Botsch. 82. Die Botsch. scheint auf dem Standpunkt zu stehen, dass für die Bestimmung des Schadens nur in Betracht komme, dass der Beamte vor Ablauf der Amtsdauer entlassen worden ist. War das Verhalten des Beamten im ganzen einwandfrei, so wird je nach den Umständen wohl auch zu berücksichtigen sein, dass er nach dem normalen Lauf der Dinge mit einer Wiederwahl hätte rechnen dürfen. (S. auch Anm. 44.)

⁶⁵⁾ Kann der disziplinarisch entlassene Beamte den Entschädigungsanspruch auch separat durch direkte Klage geltend machen, wenn er auf die Beschwerde verzichtet oder sie versäumt hat? Die Frage dürfte zu verneinen sein. Der Entschädigungsanspruch hat nach Art. 40 Abs. 1 doch wohl zur Voraussetzung, nicht nur, dass der Beamte zu Unrecht disziplinarisch entlassen worden ist — was der Richter im Entschädigungsprozess als Vorfrage prüfen könnte —, sondern auch, dass dies in aller Form vom Bundesgericht als Beschwerdeinstanz ausgesprochen wird. Es gäbe danach keinen Entschädigungsanspruch wegen ungerechtfertigter disziplinarischer Entlassung ausserhalb des Beschwerdeverfahrens. Sonst könnte der Beamte das Beschwerde-

Können Wiederanstellung und Entschädigung kombiniert werden? Der französische Berichterstatter im Nationalrat hat die Frage bejaht⁶⁶). Sie dürfte aber eher zu verneinen sein. Funktion der Entschädigung nach dem Gesetz ist, die Folgen der Entlassung wirtschaftlich (und eventuell moralisch) wiedergutzumachen⁶⁷). Wenn die Entlassung selber rückgängig gemacht wird, bleibt für eine solche Entschädigung kein Raum. Der Ausfall an Besoldung und Zulagen wird dem wiedereingesetzten Beamten nachträglich vergütet⁶⁸), und die moralische Genugtuung liegt in der Gutheissung der Beschwerde und der Wiedereinsetzung. Eine Entschädigung ist jedenfalls ausgeschlossen, wenn die Versetzung ins Provisorium als unbegründet aufgehoben wird.

Erscheint die Beschwerde als begründet, so wird doch der Beamte in den seltensten Fällen als völlig un-

verfahren umgehen und die Rehabilitation, ohne zeitliche Beschränkung, ausser der allfälligen Verjährung, im Entschädigungsprozess suchen (eine derartige Möglichkeit hat der Beamte allerdings, was den Anspruch auf Kassenleistung anlangt, indem er im Kassenprozess die Frage der unverschuldeten Entlassung als Vorfrage aufwerfen kann. S. unten S. 46 f.). Von jener Regel wären immerhin zwei Ausnahmen zu machen: die eine zugunsten der Hinterbliebenen des während der Beschwerdefrist oder während des Beschwerdeverfahrens verstorbenen Beamten, die nicht als Beschwerdepartei legitimiert sind (s. oben S. 23 ff.); die andere Ausnahme betrifft den Beamten, der formell aus wichtigen Gründen entlassen worden ist, während es sich materiell um eine disziplinarische Entlassung handelt; wenn er auch trotz der Form der Verfügung zur Beschwerde berechtigt ist (s. oben S. 22), so kann man ihm mit Rücksicht auf diese Form die Beschwerde doch nicht wohl zumuten.

⁶⁶) Sten. Bull. 1927, 724.

⁶⁷) Art. 40¹: Das Gericht bestimmt die „dafür“, d. h. für die Entlassung zu leistende Entschädigung.

⁶⁸) Das ist die automatische Folge der Wiedereinsetzung ex tunc, welche Folge im Urteil nicht ausdrücklich angeordnet zu werden braucht (aus einer vom Bundesgericht oder auf Grund des Urteils von der Verwaltung verhängten mildern Disziplinarstrafe kann sich eine Kürzung der Besoldung ergeben).

schuldig dastehen. Irgend eine Verletzung dienstlicher Pflichten wird meistens vorliegen. Wenn der Richter sie nicht für ernst genug hält, um die verhängte Strafe zu rechtfertigen, so mag doch eine mildere disziplinarische Bestrafung am Platze sein. Das Bundesgericht kann diese mildere Strafe selber aussprechen oder die Sache zu neuer Entscheidung an die Disziplinarbehörde zurückweisen (Art. 40³). Das Gesagte gilt auch für das Verhältnis von Entlassung und Versetzung ins Provisorium: wird die Wiederanstellung des entlassenen Beamten angeordnet, so kann damit als mildere Strafe auch die Versetzung ins provisorische Dienstverhältnis verbunden werden, wenn der Beamte zwar schwer belastet ist, die Entlassung aber doch nach der Sachlage als zu harte Strafe erscheint.

Eine *reformatio in pejus* ist nicht zulässig. Das Bundesgericht kann nicht die Entlassung eines ins Provisorium versetzten Beschwerdeführers verfügen, auch wenn sich der Tatbestand als schwerer herausgestellt hat, als die Verwaltungsbehörde bei ihrer Verfügung annahm.

Ist mit diesen Ausführungen die Entscheidungsbefugnis des Bundesgerichts als Disziplinarinstanz umschrieben, so fragt es sich noch, ob und wieweit innerhalb dieses Rahmens das Gericht durch die Anträge der Parteien gebunden ist. Kann es die Wiederanstellung anordnen, wenn der Beschwerdeführer auf eine Entschädigung anträgt? Ist die Wiederanstellung wenigstens dann unzulässig, wenn auch die Verwaltung eventuell die Abfindung durch Entschädigung wünscht? Kann das Gericht von einer mildern Disziplinarstrafe absehen, wenn der Beamte selber sich mit einer solchen einverstanden erklärt? Kann es eine schwerere Strafe verhängen, als die Verwaltung eventuell beantragt? Der Natur der Materie entspricht es jedenfalls nicht, dass hier die Verhandlungsmaxime gelten soll, und es sind auch keine prozessualen Gesichtspunkte ersichtlich, die zwingend dafür sprechen würden. Das Gesetz verlangt freilich, dass die Beschwerde

die Anträge des Beschwerdeführers enthalte (Art. 35). Es genügt aber, dass sich die Beschwerde in einem ausdrücklich formulierten Antrag oder dem Inhalte nach gegen die Disziplinarverfügung richtet. Im übrigen haben die Anträge nur informatorische Bedeutung. Die Ablehnung einer formellen Bindung des Richters an solche Nebenanträge schliesst natürlich nicht aus, dass sie materiell wegleitend sein können und meistens auch sein werden.

2. Die Überprüfung der Zulässigkeit der Bestrafung.

Der allgemeine disziplinarische Tatbestand ist die absichtliche oder fahrlässige Verletzung der Dienstpflichten (BtG Art. 30¹). Der Tatbestand der beiden schwersten Disziplinarstrafen ist demgegenüber ein qualifizierter: der Beamte muss sich „schwerer oder fortgesetzter Dienstpflichtverletzungen“ schuldig gemacht haben⁶⁹). Der Wortlaut des Gesetzes scheint dafür zu sprechen, dass mehrere Dienstpflichtverletzungen erforderlich sind, die entweder sich als schwere darstellen oder unter den Begriff von fortgesetzten Vergehen fallen. Doch ist der Text ungenau. Es sollte heissen: „schwere oder fortgesetzte Dienstpflichtverletzung“⁷⁰). Es leuchtet ein, dass schon eine einmalige Verfehlung so schwer sein kann, dass sie die Versetzung ins Provisorium oder die Entlassung begründet⁷¹). Und beim fortgesetzten Vergehen handelt

⁶⁹) BtG Art. 31⁴: „Versetzung in das provisorische Dienstverhältnis und disziplinarische Entlassung dürfen nur verfügt werden, wenn sich der Beamte schwerer oder fortgesetzter Dienstpflichtverletzungen schuldig gemacht hat.“

⁷⁰) Der Wortlaut von Art. 31⁴ stammt unverändert aus dem Entw. In der Botschaft (120) heisst es: „In Würdigung der Natur der Disziplinarstrafe und des für ihre Anwendung in Betracht fallenden einzigen Tatbestands der Verletzung der Amtspflicht begnügt sich der Entwurf mit der Wegleitung, dass die beiden schwersten Disziplinarstrafen nur bei schwerer oder fortgesetzter Dienstpflichtverletzung zur Anwendung gelangen dürfen.“

⁷¹) BGE 57 I Nr. 27 (Praxis 20 Nr. 96).

es sich um die Zusammenfassung von zeitlich auseinanderliegenden Verstössen in eine Deliktseinheit, wobei für die Zusammenfassung schon genügt, dass die einzelnen Verfehlungen Verletzung derselben einheitlichen Dienstpflicht und Ausdruck derselben fehlerhaften dienstlichen Gesinnung sind (s. oben S. 8). Der Sinn des Gesetzes ist also der, dass vorliegen müssen entweder eine schwere Dienstpflichtverletzung oder mehrere Dienstpflichtverletzungen, von denen jede, für sich allein betrachtet, nicht schwer zu sein braucht.

Die schwere Dienstpflichtverletzung ist ein sehr unbestimmter Rechtsbegriff, der sich nicht in allgemeiner Weise näher umschreiben lässt. Es hängt im einzelnen Fall von einer Würdigung der gesamten Umstände ab, ob eine Dienstpflichtverletzung als gewöhnliche oder als schwere anzusehen ist. Subjektiv kommen dabei in Betracht der Grad des Verschuldens, objektiv die Wichtigkeit der verletzten Pflicht, die Grösse und Bedeutung des entstandenen Nachteils, ferner das dienstliche Vorleben usw.⁷²⁾.

⁷²⁾ Auch frühere Disziplinarstrafen spielen eine Rolle. Doch bestimmt Art. 32⁴ BtG: „Sind mehr als fünf Jahre verstrichen, seitdem die Disziplinarstrafe verhängt worden ist, so fällt sie bei der Verhängung einer neuen Disziplinarstrafe ausser Betracht.“ Es ist eine Art Rückfallverjährung: die mehr als fünf Jahre zurückliegende Bestrafung soll nicht mehr straferschwerend wirken. Die Vorschrift kann aber nicht den Sinn haben, dass bei der Würdigung des Gesamtverhaltens des Beamten nicht mehr als fünf Jahre zurückgegangen werden dürfte. Die Bestimmung (die auf ein Begehren des Föderativverbands des eidg. Personals zurückgeht, Botsch. 122 f., und zu keiner Diskussion in den Räten Anlass gab) ist nicht gerade glücklich, weil man es im Disziplinarrecht in der Regel nicht mit isolierten Handlungen, sondern mit der Gesamthaltung des Beamten zu tun hat und jede einzelne Verfehlung im Rahmen dieser Gesamthaltung zu beurteilen ist, wobei man nicht wohl einzelne Glieder der Kette ignorieren kann. In dem Falle A (Urteil vom 21. Dez. 1932) war der wegen Alkoholismus entlassene Beamte vor etwas mehr als fünf Jahren aus demselben Grunde ins Provisorium versetzt worden, um dann nach zwei Jahren, nachdem er sich wohlverhalten hatte und in Erwartung fernern Wohlverhaltens, wieder fest angestellt zu werden.

Haben die beiden härtesten Disziplinarstrafen eine schwere oder fortgesetzte Dienstpflichtverletzung zur unerlässlichen Voraussetzung, so sind sie doch nicht umgekehrt notwendige Folge dieses Tatbestands. Nicht jede schwere und nicht jede fortgesetzte Dienstpflichtverletzung rechtfertigt eine dieser Strafen. Das ist ohne weiteres klar für die fortgesetzte Pflichtverletzung, die ja nichts anderes ist als mehrere Pflichtverletzungen, welche auch unbedeutender Natur sein können. Es trifft aber auch zu für die schwere Dienstpflichtverletzung⁷³⁾. Es gibt Dienstpflichtverletzungen, die zwar schwer sind, aber doch nicht schwer genug, um eine so harte Massregel zu rechtfertigen. Häufig wird auch beim Vorliegen des qualifizierten Disziplinar-tatbestands nur eine geringere Strafe am Platze sein. Es kommt immer darauf an, ob der konkrete Sachverhalt insgesamt derart erheblich ist, dass die Entlassung oder die Versetzung ins Provisorium als zulässig erscheinen. Nicht nur der einfache, auch der qualifizierte Tatbestand ist viel zu unbestimmt, als dass daran eine feste und starre Straffolge geknüpft werden könnte. Und für die Anwendung der beiden schwersten Disziplinarstrafen ist daher recht wenig gewonnen mit einer Umschreibung, die im Grunde nur etwas Selbstverständliches besagt, nämlich dass eine einmalige, nicht schwere Dienstpflichtverletzung nicht genügt.

Die Vorstrafe der Versetzung durfte an sich nicht in Betracht fallen bei der Frage der Zulässigkeit der Entlassung. Aber die Disziplinarbehörde und der Richter konnten doch nicht die Augen davor verschliessen, dass der Beamte sich bis vor drei Jahren wegen seines Alkoholismus im Provisorium befunden hatte und nachher trotzdem mehrmals wieder in sein Laster zurückgefallen war.

⁷³⁾ Man müsste denn als schwere Amtspflichtverletzung nur diejenige ansehen, die so schwer ist, dass Versetzung ins Provisorium oder Entlassung als begründet erscheinen. Das geht aber nicht an. Die schwere Pflichtverletzung als Voraussetzung der beiden Strafen kann ihre nähere Bestimmung nicht erst aus ihnen erhalten.

Bei der Ausübung der Disziplinarrechtspflege ist in erster Linie nach der tatsächlichen Seite hin festzustellen, was der Beamte getan oder unterlassen hat und welches überhaupt sein Verhalten war. Sodann fragt es sich, ob die festgesetzten Handlungen oder Unterlassungen Dienstpflichtverletzungen sind. Das ist eine Rechtsfrage. Handelt es sich um eine einzelne Pflichtverletzung, so ist, sofern eine der beiden schwersten Strafen in Betracht kommt, weiterhin zu entscheiden, ob sie eine schwere sei. Sodann stellt sich das Problem der Strafzumessung. Welche Strafe ist, speziell beim Vorliegen einer schweren oder mehrerer Verfehlungen, am Platze, die Entlassung oder die Versetzung ins Provisorium oder eine leichtere Strafe? Die Strafzumessung nach der Natur und Schwere des Verstosses ist Ermessensfrage⁷⁴). Ermessensfrage ist es auch, ob aus blossen Zweckmässigkeitserwägungen (s. oben S. 8 f.) milder zu bestrafen sei, als der Fehlbare eigentlich verdient hätte, oder ob von Strafe sogar abzusehen sei.

Das sind die Feststellungen und Überlegungen, welche die Disziplinarbehörde im einzelnen Fall zu machen hat. Das Bundesgericht, das als Beschwerdeinstanz darüber befindet, ob die angefochtene Bestrafung „gerechtfertigt“ sei (Art. 40), hat die nämliche Freiheit der Prüfung nach der Seite der Tatsachen, der Rechtsanwendung und der Ermessensfragen (mit einer einzigen die Ermessensfragen betreffenden Beschränkung).

Es ist Pflicht der Verwaltung, den Tatbestand so vollständig als möglich abzuklären unter Mitwirkung des Beschuldigten (s. oben S. 26), und zu der vom Gesetze

⁷⁴) Über den Ermessensbegriff s. Kirchhofer, Verwaltungsrechtspf. 47 ff. Schwere Dienstpflichtverletzung ist ein unbestimmter, aber kein mehrdeutiger Begriff. Ob eine Pflichtverletzung schwer sei, ist keine Ermessensfrage, weil die Antwort immer nur ein Ja oder ein Nein, niemals aber ein Ja und ein Nein sein kann. Die eigentlichen Ermessensregeln sind durch die Mehrdeutigkeit charakterisiert; es können gleichzeitig verschiedene Lösungen rechtmässig sein.

geforderten Angabe der Gründe in der Verfügung (BtG Art. 32⁵) gehört in erster Linie die Darstellung der für die Bestrafung wesentlichen Tatsachen. Der Beamte soll in der Beschwerde seine eigene Darstellung derjenigen der Verwaltung gegenüberstellen. In diesem Sinn verlangt das VDG (Art. 35), dass die Beschwerde eine Begründung und ferner die Angabe der Beweismittel enthalte. Der Beschwerdeführer, wie auch die Verwaltung, können im Verfahren vor Bundesgericht auch neue Tatsachen vorbringen, gleichgültig, ob sie sie zur Zeit des administrativen Verfahrens schon gekannt haben oder nicht. Von den nicht bestrittenen Tatsachen wird der Richter im allgemeinen annehmen dürfen, dass sie der Wirklichkeit entsprechen.

„Der Instruktionsrichter ordnet die zur Abklärung des Sachverhalts erforderlichen Beweisaufnahmen an“ (VDG Art. 37³). Wie im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vor Bundesgericht⁷⁵), so hängt es auch bei der Disziplinarbeschwerde von der freien Würdigung zunächst des Instruktionsrichters und dann des Gerichtes ab, ob und in welcher Richtung der administrative Tatbestand zu ergänzen sei. Bindend sind dabei weder die Anbringen der Parteien, noch ihre Beweisanträge. Die Untersuchung kann sich auch über die streitige Dienstpflichtverletzung hinaus auf Verfehlungen erstrecken, die der Verwaltung beim Erlass der Verfügung nicht bekannt waren. Es folgt aus der Natur des Disziplinarvergehens als einer Verletzung der Dienstpflicht überhaupt und den Zwecken der Disziplinarrechtspflege, dass die Rekursinstanz ihren Entscheid auf Grund des gesamten dienstlichen Verhaltens des Beamten, wie es sich schliesslich darstellt, zu fällen hat.

Zur Abklärung des Sachverhalts kann sich der Instruktionsrichter auch der Verwaltung bedienen, indem er ihr aufgibt, gewisse Erhebungen zu machen, für die Beibringung von Akten zu sorgen, die unterlassene Proto-

⁷⁵) Kirchhofer, Verwaltungsrechtspf. 45 f.

kollierung von Zeugen nachzuholen usw. Hier bietet sich das Mittel, die Verwaltung anzuhalten, Mängel des administrativen Verfahrens nachträglich zu heben⁷⁶⁾.

Vor einer Beweislast des Beschwerdeführers im zivilprozessualen Sinn kann nicht die Rede sein. Die Beweispflicht ruht auf der Disziplinarbehörde und dem Gericht. Belastungs- und Entlastungstatsachen sind mit derselben Sorgfalt festzustellen. Fehlt schliesslich der Beweis einer für die Bestrafung wesentlichen Tatsache, so muss die Beschwerde gutgeheissen werden. Können entlastende Tatsachen, für die keine natürliche Vermutung spricht, nicht erwiesen werden, so fragt es sich, ob sie wenigstens insofern als glaubhaft erscheinen, dass nach den gesamten Umständen Zweifel an der Schuld des Beamten bestehen. Die Maxime in dubio pro reo gilt auch im Disziplinarrecht.

Der Beschwerdeführer hat ein Interesse, an der Beweisführung mitzuwirken. Verpflichtet ist er hiezu nicht. Bleibt er unentschuldigt aus, so wird die Beweisaufnahme in seiner Abwesenheit durchgeführt (Art. 37⁴⁾).

Die Beurteilung nach der rechtlichen Seite ist nicht auf eidgenössisches Recht beschränkt; die Nachprüfung erstreckt sich auch auf Fragen des kantonalen und ausländischen Rechts, sofern sie die Bedeutung einer

⁷⁶⁾ S. oben S. 27. Botsch. 80: „In einzelnen Fällen und für bestimmte Beweisaufnahmen wird die Bundesverwaltung selbst herangezogen werden können, wenn es sich z. B. um die Beibringung von Akten, allfällig auch, wenn es sich um die Abhörung von Zeugen handelt.“ Der Ständerat hat freilich dem Art. 37 den Satz beigefügt: „Die Bestimmungen des Bundeszivilprozesses finden dabei sinngemässe Anwendung“ (Sten. Bull. 1926, 133). Doch darf man daraus nicht schliessen, dass die Verwaltung nicht in der im Texte angegebenen Weise herangezogen werden könne. Zeugenabhörungen mit richterlichem Charakter wird die Verwaltung freilich nicht vornehmen können; aber sie kann doch innerhalb ihres Kreises Personen zu informatorischen Zwecken einvernehmen. Das „sinngemäss“ bedeutet auch, dass die Bestimmungen des Bundeszivilprozesses Anwendung finden, soweit es nach Art und Natur der Erhebungen möglich ist.

Vorfrage haben, was freilich nur ganz ausnahmsweise der Fall sein wird.

In den Fällen von Ungehorsam gegen einen Dienstbefehl wird häufig die Verbindlichkeit des Befehls für den Beamten streitig sein. Das Bundesgericht kann diese Frage zunächst in dem Umfang prüfen, in dem der Beamte selber ein Prüfungsrecht dienstlichen Befehlen gegenüber hat. Der Beamte kann den Befehl zwar nicht auf seine allgemeine Rechtmässigkeit und noch weniger auf seine Zweckmässigkeit untersuchen, wohl aber darf er ihn unbefolgt lassen, wenn er gewisse qualifizierte Mängel aufweist: Unzuständigkeit der befehlenden Amtsstelle, Überschreitung des dienstlichen Bereiches, verbotener, insbesondere strafbarer Inhalt⁷⁷⁾. Im übrigen wird die Rechtmässigkeit und Zweckmässigkeit des Befehls im Beschwerdeverfahren nur insofern eine Rolle spielen, als Rechtswidrigkeit und offensichtbare Unzweckmässigkeit geeignet sein können, den Ungehorsam in milderem Lichte erscheinen zu lassen.

Die Kontrolle des Bundesgerichts erstreckt sich nicht nur auf die Tat- und Rechtsfragen, sondern auch auf das Ermessensgebiet. Ermessensfrage ist es, ob nach dem festgestellten Gesamttatbestand die angefochtene, eventuell eine andere (mildere) Strafe, und welche, am Platze sei. Die Disziplinarverfügung ist „nicht gerechtfertigt“ nicht nur, wenn sie rechtswidrig ist, sondern auch, wenn sie sich in den Augen des Richters als unangemessen darstellt. Der Richter hat daher nicht bloss zu untersuchen, ob die Verwaltung sich einer Ermessensüberschreitung schuldig gemacht habe; er hat mit seinem eigenen Ermessen an

⁷⁷⁾ Art. 25 BtG bestimmt: „Der Beamte hat die Dienstbefehle seiner Vorgesetzten gewissenhaft und vernünftig zu vollziehen.“ Damit postuliert das Gesetz keinen blinden Gehorsam. Nach der Botschaft (100) sollte die Abgrenzung des Prüfungsrechts und der Prüfungspflicht des Beamten der Vollziehung überlassen werden. Die beiden BO enthalten darüber nichts. S. zu der Frage: Fleiner, Bundesstaatsrecht, 258 f., Institutionen des Verwaltungsr.⁸, 96; O. Mayer, Verwaltungsr.³, II, 134 f.; Jellinek, Verwaltungsr. 358 ff. S. auch BGE 56 I 496 ff.

jene Frage heranzutreten und gegebenenfalls die Verfügung wegen blosser Unangemessenheit aufzuheben⁷⁸⁾. Es liegt aber in der Stellung der Beschwerdeinstanz gegenüber der Verwaltung, dass sie auf diesem Ermessensfeld eine gewisse Zurückhaltung beobachtet und im Zweifel sich nicht leichthin von der Auffassung der Verwaltung entfernt. Das ist eine Frage des richterlichen Taktes. So mag es vorkommen, dass das Bundesgericht in Fällen, wo es als Disziplinarbehörde vielleicht geneigt gewesen wäre, eine mildere Strafe zu verhängen, doch Bedenken trägt, die von der Verwaltung ausgesprochene schärfere Strafe als ungerechtfertigt zu erklären⁷⁹⁾.

Bei den Ermessensfragen ist indessen ein Vorbehalt zu machen: diejenigen Ermessensfragen sind dem Bundesgericht entzogen, die dem Gebiet der reinen Opportunitätsmaxime angehören. Es ist grundsätzlich auf den Legalitätsstandpunkt beschränkt. Es kann eine Beschwerde nur gutheissen, wenn die Bestrafung als tatsächlich oder rechtlich unhaltbar oder dem Grade nach unangemessen erscheint. Es kann nicht wie die Verwaltung Gnade für Recht ergehen lassen (s. oben S. 9). Dies gilt speziell auch für die Frage, ob aus blossen Zweckmässigkeitsgründen — nicht aus Gründen der Strafzumessung — die Versetzung ins Provisorium statt der Entlassung zu verhängen sei. Die Verwaltung wird nicht selten in den Fall kommen, sich mit der Versetzung zu begnügen, wo eigentlich die Entlassung zulässig wäre^{79a)}. Das Bundesgericht kann nicht umgekehrt eine an sich be-

⁷⁸⁾ Die Disziplinarbeschwerde könnte ihre Schutzfunktion zugunsten des Beamten nur sehr unvollkommen erfüllen, wenn der Richter vor der Frage der Strafzumessung haltmachen müsste. Das VDG sagt in Art. 40¹: „hält die Kammer für Beamten sachen die Entlassung für nicht gerechtfertigt . . .“ und bringt damit zum Ausdruck, dass der Richter auch in den Ermessensfragen sein eigenes Urteil walten lassen soll.

⁷⁹⁾ Vgl. Kirchhofer, Verwaltungsrechtspfl. 60.

^{79a)} BO I Art. 25¹, BO II Art. 20¹: „Die Versetzung in das provisorische Dienstverhältnis ist namentlich zu verfügen, wenn die Entlassung angezeigt wäre, aber berücksichtigungswerte Gründe für die weitere Verwendung im Dienst auf Zusehen hin sprechen.“

gründete Entlassung aufheben und den Beamten provisorisch wieder ins Dienstverhältnis einsetzen. Überlegungen der Strafzumessung und blosse Zweckmässigkeitserwägungen lassen sich theoretisch auseinanderhalten; praktisch werden sie freilich vielfach ineinander übergehen⁸⁰⁾.

⁸⁰⁾ Über die bisherige Praxis des Bundesgerichts in Disziplinarsachen kann folgendes mitgeteilt werden:

Das Gericht hat bis Ende 1932 neun Beschwerden beurteilt, worunter ein Fall von Versetzung ins Provisorium. Alle diese Beschwerden sind abgewiesen worden. Zwei Urteile sind publiziert: BGE 56 I Nr. 78, 57 I Nr. 25 (Praxis 20 Nr. 39 und 96). Von neun weiteren Beschwerden sind drei zurückgezogen worden; die übrigen wurden infolge Vergleichs gegenstandslos, sei es nun, dass die Entlassung durch eine mildere Strafe ersetzt, sei es, dass der Beamte pensioniert wurde, etwa auf Grund einer nachträglichen psychiatrischen Begutachtung. Die Fälle, in denen mit einer Gutheissung ernstlich zu rechnen war, sind also gütlich erledigt worden.

Zwei Beschwerdeführer waren Zollbeamte, einer Beamter der Telephonverwaltung, die übrigen Beamte der SBB, meistens Arbeiter (zwei Güterexpedienten, ein Kondukteur).

Über die Tatbestände, die als hinlänglich erheblich angesehen wurden, um die angefochtene Bestrafung zu rechtfertigen, folgendes:

Ungehorsam eines Zollbeamten gegen dienstliche Befehle; wiederholte Weigerung, den Befehlen der Verwaltung nachzukommen: verweigerte Ermächtigung zur Bekleidung eines öffentlichen Amtes (BtG Art. 14¹), Rücknahme der Bewilligung, ausserhalb des Dienstortes zu wohnen (ibid. Art. 8¹). BGE 56 I Nr. 78 (Praxis 20 Nr. 39).

Verteilung einer kommunistischen Propagandaschrift durch einen Bahnhofarbeiter an seine Arbeitsgenossen während des Dienstes. BGE 57 I Nr. 25 (Praxis 20 Nr. 96).

Alkoholismus; zahlreiche darauf zurückzuführende Verfehlungen eines Bahnarbeiters. Urteil vom 18. Juni 1931 i. S. B. Ähnlich Urteil vom 31. Dezember i. S. A.

Entnahmen aus einer Gemeinschaftskasse und Verwendung der Beträge für dringende private Bedürfnisse; Bahngepäckexpedient. Urteil vom 22. Okt. 1931 i. S. S.

Fortgesetzte Renitenz und ungehöriges Benehmen eines Bahnarbeiters. Die einzelnen Vorfälle wären wohl nicht gerade schwerer Natur, rechtfertigen aber in ihrem Zusammentreffen die Entlassung, auch mit Rücksicht auf frühere Bestrafungen. Urteil vom 26. Nov. 1931 i. S. C.

VII. Das Urteil.

Das Urteil ist, sofern auf die Sache eingetreten werden kann, Abweisung oder Gutheissung der Beschwerde. Auch wenn im erstern Fall die Urteilsformel einfach lautet: die Beschwerde wird abgewiesen, liegt darin doch auch die Feststellung, dass die Bestrafung materiell gerechtfertigt war, welche Feststellung hier mehr ist als blosses Motiv⁸¹). Das gutheissende Urteil lautet auf Aufhebung der Ent-

Der Beamte, Bahnhofarbeiter, war disziplinarisch zurückversetzt worden. Eines Morgens trat er infolge Alkoholenusses und, damit im Zusammenhang, fehlender Nachtruhe in dienstunfähigem Zustand an. Er wurde nicht entlassen, sondern nur ins Provisorium versetzt. Urteil vom 11. Febr. 1932 i. S. Z.

Ein Grenzwächter machte sich folgender Verfehlungen schuldig: verspäteter Dienstantritt; falsche Diensteintragung; schläft in einer Hütte, statt die nächtliche Diensttour auszuführen; Drohungen gegenüber dem Postenchef (Milderungsgründe: unkorrektes Verhalten des letztern); höchst ungehöriges Verhalten ausser Dienst: aggressives Vorgehen gegen einen Fascisten in einer Wirtschaft; Erklärung in einer Wirtschaft, wenn auch vielleicht nur zum Spass, er werde die Dorfgenossen bei Übertretungen nicht anzeigen. Urteil vom 2. Juni 1932 i. S. M.

Unverbesserlicher Alkoholismus ausser Dienst eines Bahnbeamten, worin eine Dienstpflichtverletzung nach BtG Art. 21¹ mit Rücksicht auf die zu befürchtenden Rückwirkungen auf den Bahnbetrieb erblickt wurde, wenn schon der Alkoholismus nicht in einer Form auftrat, die als Verstoss gegen Art. 24¹ erschien. Urteil vom 2. Nov. 1932 i. S. B.

In einem Kassenprozess betr. Art. 24² der Statuten, wo die Frage der Zulässigkeit der disziplinarischen Entlassung als Vorfrage zu prüfen war, wurde die Entlassung als ungerechtfertigt erklärt mit Rücksicht darauf, dass auf Grund einer nachträglichen psychiatrischen Begutachtung die Zurechnungsfähigkeit des Beamten als stark vermindert erschien. Es ist der Anm. 62 zit. Fall S.

⁸¹) Dies dürfte dem Wesen der Disziplinargerichtsbarkeit besser entsprechen als die für die Verwaltungsgerichtsbarkeit zutreffende Annahme, dass das die Beschwerde abweisende Urteil nur über das Rechtsmittel entscheidet, ohne eine formell verbindliche Feststellung über die Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung zu enthalten. S. Kirchhofer, Verwaltungsrechtspf. 69 f., BGE 56 I 478 f. (Praxis 20 Nr. 4).

lassungsverfügung im Sinne der Wiedereinsetzung des Beamten oder auf Aufhebung der Versetzung ins Provisorium, ferner auf die allfällige mildere Disziplinarstrafe oder Rückweisung. Wird von Wiedereinsetzung abgesehen, so ist richtigerweise ins Dispositiv nicht nur die Entschädigung aufzunehmen, sondern auch der Ausspruch, dass die Entlassung nicht gerechtfertigt war. Das Verfahren ist nicht ein blosser Schadenersatz-, sondern in erster Linie ein Disziplinarprozess. Die Feststellung, dass die Entlassung unzulässig war, ist hier nicht nur ein Motiv für den Zuspruch einer Entschädigung. Wird die Entlassung nicht rückgängig gemacht, so ist ihr doch im Tenor des Urteils in aller Form der disziplinarische Charakter und Stachel zu nehmen.

In der Abweisung der Beschwerde liegt, wie bereits bemerkt (oben S. 15), formell keine Bestätigung der Verfügung, sondern die Verwerfung des Rechtsmittels (und damit die Feststellung der Rechtmässigkeit der Bestrafung). Das Urteil tritt nicht an die Stelle der Disziplinarverfügung. Die Bestrafung beruht nach wie vor auf der letztern, nicht auf dem Urteil, wie denn ja von Gesetzes wegen die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat, und die Verbindlichkeit der Verfügung lediglich resolutiv bedingt ist dadurch, dass eine allfällige Beschwerde zu ihrer Aufhebung führen kann. Auch die im Urteil liegende Feststellung, dass die Entlassung oder Versetzung ins Provisorium gerechtfertigt war, hat nur deklaratorische und keine für die Bestrafung konstitutive Wirkung⁸²⁾.

Das Urteil ist formell rechtskräftig. Es kann nur noch im Wege der Revision angefochten und abgeändert werden, wofür nach ausdrücklicher Anordnung

⁸²⁾ Das abweisende Urteil hat auch dann keine für die Bestrafung konstitutive Wirkung, wenn der Präsident der Beamtenkammer der Beschwerde Suspensiveffekt erteilt hat. Mit dem Urteil fällt diese vorsorgliche Verfügung dahin.

des Gesetzes (Art. 41) die Bestimmungen des OG, Art. 95 bis 98, massgebend sind, die ihrerseits auf die einschlägigen Bestimmungen des Bundeszivilprozesses, Art. 192 ff., verweisen. Die Revision kann von beiden Parteien, also auch von der Verwaltung, angebeht werden⁸³⁾. Die Möglichkeit der Erläuterung des Disziplinarurteils ist nicht ausdrücklich vorgesehen, wohl weil hierfür kein praktisches Bedürfnis zu bestehen schien. Eine Erläuterung, die sich als notwendig herausstellen sollte, wird immerhin nach Analogie von OG Art. 188 und 99 erfolgen können.

Das Urteil hat ferner die Wirkung, die man als materielle Rechtskraft bezeichnet. Sie umfasst auch die Feststellung, dass die Bestrafung gerechtfertigt oder ungerechtfertigt war. Die materielle Rechtskraft äussert sich innerhalb des disziplinarischen Gebiets in dem Grundsatz *ne bis in idem* (s. oben S. 14). Die erledigte Disziplinarsache darf nicht zum Gegenstand eines neuen Disziplinarverfahrens gemacht werden. Wird die Beschwerde abgewiesen, so ergibt sich die Unzulässigkeit einer weiteren disziplinarischen Bestrafung für denselben Tatbestand freilich nicht nur aus der Rechtskraft des Urteils, sondern schon aus der konsumierenden Wirkung der Disziplinarverfügung. Da es im Disziplinarrecht nicht so sehr auf einzelne Verfehlungen, als auf das strafbare Gesamtverhalten des Beamten ankommt, wird man den Verbrauch der Strafe noch auf weitere frühere Dienstfehler erstrecken dürfen; dies jedenfalls dann, wenn sie

⁸³⁾ Als Revisionsgründe kommen hauptsächlich in Betracht, dass der Richter in den Akten liegende erhebliche Tatsachen aus Versehen gar nicht oder auf irrtümliche Weise gewürdigt hat, und der Fall, wo der Gesuchsteller entschiedene Beweismittel auffindet, deren Beibringung ihm im frühern Verfahren unmöglich gewesen war (BZP Art. 192 Z. 1c und Z. 2). Der letztere Revisionsstatbestand beruht freilich auf dem Gedanken der zivilprozessualen Beweislast, der für die Disziplinarbeschwerde nicht zutrifft, zumal nicht, was die Stellung des Rekurrenten anlangt (oben S. 16 und 39).

der Verwaltung bekannt waren oder bei sorgfältiger Untersuchung hätten bekannt sein sollen⁸⁴).

Der Satz *ne bis in idem* gilt hingegen nicht im Verhältnis der Disziplinargerichtsbarkeit zur Strafjustiz (s. oben S. 12). Auch das Urteil des Bundesgerichts bildet kein rechtliches Hindernis für ein Strafverfahren wegen desselben Tatbestands, was von Bedeutung ist, wenn etwa nachträglich neue Tatsachen sich herausstellen, die geeignet sind, dem Verhalten des Beamten einen kriminellen Charakter zu verleihen.

Das abweisende Urteil bedeutet die Feststellung, dass die Entlassung gerechtfertigt war; damit ist die Entlassung als eine selbstverschuldete bezeichnet. Dieselbe Frage ist Vorfrage bei den Ansprüchen an die Versicherungskasse, die zur Voraussetzung haben, dass der Beamte ohne eigenes Verschulden entlassen worden ist⁸⁵) und die vom Bundesgericht im direkten verwaltungsrechtlichen Prozess beurteilt werden. Ist der Richter hiebei an jene Feststellung des Disziplinarurteils gebunden, oder kann er die Verschuldensfrage neu prüfen? Die Frage stellt sich nicht nur in Hinsicht auf das Urteil, sondern schon, und zwar in erster Linie, für die Disziplinarverfügung.

Art. 60² BtG enthält die positive Anordnung, dass der Richter im Prozess gegen die Kasse die Verschuldensfrage selbständig beurteilt⁸⁶). Die Vorschrift gilt nicht nur

⁸⁴) S. Anm. 28. Aus diesem Gesichtspunkt beurteilt es sich auch, ob, nachdem das Bundesgericht die Beschwerde über die Versetzung ins Provisorium abgewiesen hat, die Verwaltung den Beamten nachträglich entlassen darf auf Grund weiterer (früherer) Dienstverletzungen, die erst im Beschwerdeverfahren oder nachher festgestellt worden sind. Eine *reformatio in pejus* ist ja ausgeschlossen (s. oben S. 33).

⁸⁵) S. Anm. 62.

⁸⁶) Art. 60² BtG lautet: „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.“

für den Fall der Auflösung des Dienstverhältnisses aus einem wichtigen Grund (BtG Art. 55) und der Nichtwiederwahl⁸⁷⁾, sondern vor allem auch bei der disziplinarischen Entlassung, und sie bedeutet hier, dass der Richter in jener Verschuldensfrage nicht an die Feststellung der Disziplinarverfügung gebunden ist. Der Beamte, der die letztere nicht ans Bundesgericht weitergezogen hat, kann daher im Prozess über die Kassenleistung die Frage, ob die Entlassung gerechtfertigt, d. h. verschuldet gewesen sei, neuerdings aufwerfen⁸⁸⁾.

Anders indessen, wenn das Bundesgericht die Disziplinarbeschwerde abgewiesen hat. Die rechtskräftige richterliche Feststellung, dass die Entlassung gerechtfertigt war, muss auch präjudizierend gegen den Kassen-

Art. 60¹ und 61 BtG sind ersetzt worden durch Art. 17a und 21 VDG. Dagegen ist Art. 60² BtG in Kraft geblieben (Sten. Bull. Ständerat, 1927, 235). Man hätte wohl besser getan, diese Bestimmung auch noch in das VDG hinüberzunehmen, wo sie ihren natürlichen Platz hat.

⁸⁷⁾ S. auch BO I Art. 83 f., BO II Art. 55 f.

⁸⁸⁾ In diesem Sinn das Anm. 62 erwähnte Urteil im Falle S. Ebenso ImHof in dem Anm. 7 erwähnten Referat, 439a ff.

Die Frage der Verbindlichkeit der Verwaltungs-, speziell Disziplinarverfügung für den Richter im Prozess gegen die Versicherungskasse war früher kontrovers. Das eidg. Versicherungsgericht, das vor dem Inkrafttreten des BtG die Kassenansprüche zu beurteilen hatte, hat sie bejaht (Entsch. 1927, Nr. 35 und 36), unter Berücksichtigung seiner damaligen Stellung auf Grund des BG vom 20. Sept. 1919 über die Versicherungskasse für die eidg. Beamten, Art. 7, und der Statuten der beiden Kassen. Nach dem Entw. zum BtG, Art. 58, sollte der Bundesrat als oberste Verwaltungs- und Beschwerdeinstanz endgültig — gemeint war mit Verbindlichkeit für den Richter im Prozess gegen die Versicherungskasse (Entw. Art. 60², Botsch. 194 f.) — entscheiden u. a. über verschuldete Entlassung und Nichtwiederwahl. Die Botschaft erwähnt a. a. O. speziell auch den Fall der Entlassung wegen Pflichtwidrigkeiten, also der disziplinarischen Entlassung. In der parlamentarischen Beratung wurde Art. 58 gestrichen und die neue Fassung von Art. 60² beschlossen; s. Sten. Bull. Ständerat 1925, 165; Nationalrat 1926, 676; Ständerat 1927, 82.

anspruch wirken. Es ist nicht anzunehmen, dass Art. 60² BtG hier, entgegen der Rechtskraftwirkung der Urteils, eine Neu Beurteilung der Schuldfrage zulassen wolle. Der Zweck der Bestimmung ist, dem Beamten im Kassenprozess eine freie richterliche Prüfung der Vorfrage des Verschuldens zu garantieren; deshalb soll der Richter nicht durch die frühere administrative Feststellung hierüber gebunden sein; in diesem Sinn ist sein Entscheid selbständig, d. h. unabhängig von Verfügungen der Verwaltung. Jenem Zweck ist aber Genüge geschehen, wenn der Richter im Disziplinarurteil die Zulässigkeit der Entlassung festgestellt hat. Präjudizierende Wirkung für den Kassenanspruch hat natürlich nicht nur das abweisende, sondern auch das gutheissende Urteil (das von der Wiedereinsetzung des Beamten Umgang nimmt)⁸⁹⁾. Die Verwaltung kann die Leistung der Kasse nicht verweigern mit der Begründung, die Entlassung sei, entgegen der Feststellung des Urteils, eine selbstverschuldete. Die Partei, die auf eine vom Disziplinarurteil abweichende Beurteilung über den Kassenanspruch abzielt, muss das Urteil zuerst erfolgreich im Wege der Revision anfechten.

Die Frage, ob der Beamte die Entlassung verschuldet habe, ist auch Vorfrage bei seiner Schadenersatzklage wegen ungerechtfertigter Entlassung. Ist die Disziplinarbeschwerde abgewiesen, so steht einer spätern Geltendmachung dieses Anspruchs, auch wenn man sie im übrigen als zulässig erachten sollte⁹⁰⁾, wiederum die Rechtskraft des Urteils im Wege, das die Entlassung als gerechtfertigt erklärt und damit zugleich auch eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter Entlassung versagt.

⁸⁹⁾ Entscheidet das Urteil im Zusammenhang mit der Regelung der Entschädigungsfrage bereits formell auch über den Kassenanspruch (s. Anm. 62), so ist ein weiterer Kassenprozess natürlich ausgeschlossen.

⁹⁰⁾ S. Anm. 65.
