

Einschränkungen der Meinungsfreiheit des Bundespersonals

Dissertation
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde einer Doktorin der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Beatrix Schibli

von

Fislisbach AG und Langenthal BE

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. Beatrice Weber-Dürler

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 2. November 2005

Der Dekan: Prof. Dr. A. Donatsch

Vorwort

Ganz herzlich danke ich Frau Prof. Dr. B. Weber-Dürler für die Betreuung der vorliegenden Dissertation und das entgegengebrachte Interesse. Die Assistenz an ihrem Lehrstuhl gab mir Gelegenheit, mich mit dem Thema meiner Dissertation und mit weiteren interessanten öffentlich-rechtlichen Fragen auseinanderzusetzen.

Ebenso danke ich Herrn lic. iur. Fürsprecher P. Helbling, Rechtskonsulent des eidgenössischen Personalamtes, welcher mir einen umfassenden Einblick in das Personalrecht des Bundes gegeben hat.

Schliesslich danke ich allen, welche mich auf irgendeine Art und Weise bei meiner Dissertation unterstützt haben.

Die Dissertation wurde abgeschlossen im Mai 2005. Die Verfasserin kann unter der E-Mail-Adresse „beatrix.schibli@gmx.net“ kontaktiert werden.

Zürich, 5. November 2005

Beatrix Schibli

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	XV
Literaturverzeichnis	XIX
Einführung.....	1
Kapitel 1: Allgemeines.....	3
§ 1 Meinungsfreiheit	3
§ 2 Bundespersonalgesetz	5
Kapitel 2: Anforderungen an gesetzliche Grundlagen.....	13
§ 3 Problemstellung.....	13
§ 4 Verfassung und Gesetz.....	14
§ 5 Rechtsprechung und Lehre.....	17
Kapitel 3: Gesetzliche Grundlagen im Bundespersonalgesetz	49
§ 6 Problemstellung.....	49
§ 7 Treuepflicht (Art. 20 BPG)	50
§ 8 Schweigepflicht (Art. 22 BPG).....	62
§ 9 Einschränkung von Rechten des Personals (Art. 24 BPG)	72
§ 10 Gesamtwürdigung der gesetzlichen Grundlagen	79
Kapitel 4: Inhaltliche Anforderungen.....	83
§ 11 Problemstellung.....	83
§ 12 Entwicklung der Treuepflicht.....	85
§ 13 Öffentliche Interessen	93
§ 14 Bedeutung für die Ausgestaltung der Treuepflicht	106
§ 15 Verhältnismässigkeit	123
§ 16 Exkurs: Einfluss der Änderungen im Dienstrecht.....	127
§ 17 Fazit	137
Kapitel 5: Lösung.....	141
§ 18 Problemstellung.....	141
§ 19 Gebot der hinreichenden Normbestimmtheit	142
§ 20 Gebot der hinreichenden Normstufe	162
§ 21 Fazit	164
§ 22 Schlusswort	167

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	XV
Literaturverzeichnis	XIX
Einführung.....	1
A. <i>Ziel der Arbeit</i>	1
B. <i>Aufbau der Arbeit</i>	2
Kapitel 1: Allgemeines	3
§ 1 Meinungsfreiheit.....	3
§ 2 Bundespersonalgesetz	5
A. <i>Flexibilisierung der Dienstverhältnisse</i>	5
B. <i>Gegenstand und Geltungsbereich</i>	7
I. <i>Gegenstand</i>	7
II. <i>Geltungsbereich</i>	7
C. <i>Wichtigste Änderungen</i>	8
I. <i>Bundespersonalgesetz als Rahmenerlass</i>	8
II. <i>Inhaltliche Annäherung an das Obligationenrecht</i>	9
III. <i>Instrument des Gesamtarbeitsvertrags</i>	9
IV. <i>Anstellung durch Einzelarbeitsvertrag</i>	10
V. <i>Abschaffung des Amtsdauersystems</i>	10
VI. <i>Neue Instrumente für die Personalpolitik und Personalführung</i>	11
VII. <i>Fazit</i>	11
Kapitel 2: Anforderungen an gesetzliche Grundlagen	13
§ 3 Problemstellung.....	13
§ 4 Verfassung und Gesetz.....	14
A. <i>Allgemeines</i>	14
B. <i>Erfordernis der gesetzlichen Grundlage</i>	14
I. <i>Erfordernis des Rechtssatzes</i>	15
II. <i>Erfordernis der Gesetzesform</i>	15
C. <i>Fazit</i>	16
§ 5 Rechtsprechung und Lehre	17
A. <i>Gebot der hinreichenden Normbestimmtheit</i>	17
I. <i>Allgemeines</i>	17

II.	Kriterien zur Festlegung des Bestimmtheitsgrades	18
1.	Grundsatz	18
2.	Art der zu regelnden Sachverhalte	19
a	Grundsätze	19
b	Würdigung	20
3.	Die mit der Norm verfolgten Interessen	21
a	Grundsätze	21
b	Würdigung	22
4.	Adressatenkreis	24
a	Grundsätze	24
b	Würdigung	25
5.	Vollzugsbedingungen	25
a	Grundsätze	25
b	Würdigung	26
6.	Intensität des Eingriffs	26
a	Grundsätze	26
b	Würdigung	27
7.	Freiwilligkeit	28
a	Grundsätze	28
b	Würdigung	29
8.	Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses	30
a	Grundsätze	30
b	Würdigung	30
9.	Fazit	31
B.	<i>Gebot der hinreichenden Normstufe</i>	33
I.	Allgemeines	33
II.	Kriterien zur Festlegung der erforderlichen Normstufe	34
1.	Grundsatz	34
2.	Wichtigkeit	35
a	Intensität des Eingriffs	35
(1)	Grundsätze	35
(2)	Würdigung	36
b	Zahl der Betroffenen	37
(1)	Grundsätze	37
(2)	Würdigung	37
c	Bedeutung der Norm für das politische System	37
(1)	Grundsätze	37
(2)	Würdigung	38
d	Finanzielle Bedeutung	38
(1)	Grundsätze	38
(2)	Würdigung	38
e	Akzeptanz einer Regelung	39
(1)	Grundsätze	39
(2)	Würdigung	39
f	Üblichkeit	40
(1)	Grundsätze	40

(2) Würdigung	40
g Fazit.....	41
3. Flexibilitätsbedürfnis	42
a Grundsätze	42
b Würdigung	43
4. Eignung der entscheidenden Behörde	44
a Grundsätze	44
b Würdigung	44
5. Fazit	45
C. Fazit.....	46
Kapitel 3: Gesetzliche Grundlagen im Bundespersonalgesetz.....	49
§ 6 Problemstellung	49
§ 7 Treuepflicht (Art. 20 BPG).....	50
A. Allgemeine Rechtsgrundlagen.....	50
B. Fragestellung	50
C. Gebot der hinreichenden Normbestimmtheit	51
I. Grundsatz	51
II. Auslegung	51
1. Grammatikalische Auslegung	51
2. Systematische Auslegung	53
3. Historische, zeitgemässe und teleologische Auslegung	55
a Wille des Gesetzgebers	55
b Allgemeine Betrachtung der Zeit.....	57
4. Auslegungsergebnis.....	59
III. Fazit.....	59
D. Gebot der hinreichenden Normstufe	60
E. Fazit.....	60
§ 8 Schweigepflicht (Art. 22 BPG)	62
A. Allgemeine Rechtsgrundlagen.....	62
B. Fragestellung	62
C. Gebot der hinreichenden Normbestimmtheit	63
I. Grundsatz	63
II. Auslegung	64
1. Grammatikalische Auslegung	64
2. Systematische Auslegung	65
3. Historische, zeitgemässe und teleologische Auslegung	66
a Wille des Gesetzgebers	66
b Allgemeine Betrachtung der Zeit.....	67
4. Auslegungsergebnis.....	68
III. Fazit.....	68

D. Gebot der hinreichenden Normstufe.....	69
I. Grundsatz.....	69
II. Delegationsvoraussetzungen	69
III. Fazit	70
E. Fazit	70
§ 9 Einschränkung von Rechten des Personals (Art. 24 BPG).....	72
A. Allgemeine Rechtsgrundlagen	72
B. Fragestellung	72
C. Gebot der hinreichenden Normbestimmtheit.....	73
I. Grundsatz.....	73
II. Auslegung.....	73
III. Fazit	74
D. Gebot der hinreichenden Normstufe.....	74
I. Grundsatz.....	74
II. Auslegung.....	74
1. Grammatikalische Auslegung	74
2. Systematische Auslegung	75
3. Historische, zeitgemässe und teleologische Auslegung	76
a Wille des Gesetzgebers	76
b Allgemeine Betrachtung der Zeit	77
4. Auslegungsergebnis	77
III. Fazit	77
E. Fazit	78
§ 10 Gesamtwürdigung der gesetzlichen Grundlagen	79
A. Im Allgemeinen	79
B. Einschränkungen der Meinungsfreiheit.....	80
 Kapitel 4: Inhaltliche Anforderungen	83
§ 11 Problemstellung	83
§ 12 Entwicklung der Treuepflicht	85
A. Erlass des Beamtengesetzes von 1927.....	85
B. Verständnis der Treuepflicht in neuerer Zeit	86
I. Kritik am Begriff der Treuepflicht	86
II. Inhalt der Treuepflicht.....	86
1. Allgemeines	86
2. Auswirkungen der Personalrechtsrevisionen	88
3. Lösungsansatz	91
§ 13 Öffentliche Interessen.....	93
A. Grundlagen.....	93

<i>B. Interesse an störungsfreiem Funktionieren des Staates</i>	94
I. Interesse der Bürgerinnen und Bürger	94
II. Interesse des Staates als Arbeitgeber	94
III. Fazit.....	95
<i>C. Interesse an ordnungsgemäßer Aufgabenerledigung</i>	95
I. Interesse der Bürgerinnen und Bürger	95
II. Interesse des Staates als Arbeitgeber	96
III. Fazit.....	97
<i>D. Interesse an effizienter Aufgabenerledigung</i>	97
I. Interessen der Bürgerinnen und Bürger	97
II. Interesse des Staates als Arbeitgeber	97
III. Fazit.....	98
<i>E. Interesse an Flexibilität</i>	98
I. Interesse der Bürgerinnen und Bürger	98
II. Interesse des Staates als Arbeitgeber	98
III. Fazit.....	99
<i>F. Interesse an bürgernahe Aufgabenerledigung</i>	99
I. Interesse der Bürgerinnen und Bürger	99
II. Interesse des Staates als Arbeitgeber	99
III. Fazit.....	100
<i>G. Interesse an unparteilicher Aufgabenerfüllung</i>	100
I. Interesse der Bürgerinnen und Bürger	100
II. Interesse des Staates als Arbeitgeber	100
III. Fazit.....	100
<i>H. Interesse an Experten</i>	101
I. Interesse der Bürgerinnen und Bürger	101
II. Interesse des Staates als Arbeitgeber	101
III. Fazit.....	101
<i>I. Interesse an Schadloshaltung</i>	101
I. Interesse der Bürgerinnen und Bürger	101
II. Interesse des Staates als Arbeitgeber	102
III. Fazit.....	102
<i>J. Interesse an Wissenstransfer</i>	102
I. Interesse der Bürgerinnen und Bürger	102
II. Interesse des Staates als Arbeitgeber	102
III. Fazit.....	103
<i>K. Interesse an Glaubwürdigkeit des Staates</i>	103
I. Interesse der Bürgerinnen und Bürger	103
II. Interesse des Staates als Arbeitgeber	103
III. Fazit.....	104
<i>L. Attraktivität als Arbeitgeber</i>	104
<i>M. Fazit</i>	104

§ 14 Bedeutung für die Ausgestaltung der Treuepflicht	106
A. <i>Innerdienstlich</i>	106
B. <i>Ausserdienstlich</i>	106
I. Öffentliche Interessen an Einschränkung	106
1. Gewährleistung ordentlicher Aufgabenerledigung	106
2. Glaubwürdigkeit des Staates	107
3. Beispiele	109
a Meinungsäusserungen im Rahmen gesellschaftspolitischer Diskussion	109
(1) Beispiel: Asylrekurskommission	109
(2) Beispiel: Bundespolizei	110
(3) Beispiel: Departement für Verteidigung	111
(4) Beispiel: Bezirksrichter	111
(5) Beispiel: Gefangenenbetreuer	112
(6) Beispiel: Staatsanwalt	112
b Staats- und Verfassungsfeindlichkeit	113
(1) Beispiel: SBB	113
(2) Beispiel: Sekundarschule	114
c Konkrete Kritik	115
(1) Beispiel: Bundesamt für Gesundheit	115
(2) Beispiel: Wettbewerbsrekurskommission	115
(3) Beispiel: „Fall Mutzner“	116
(4) Beispiel: Gruppe Rüstung	118
(5) Beispiel: Brigadier	118
(6) Beispiel: Kantonsschule	119
(7) Beispiel: Haftbedingungen	119
d Fazit	120
II. Entgegenstehende öffentliche Interessen?	120
III. Interessenabwägung	121
C. <i>Fazit</i>	121
§ 15 Verhältnismässigkeit	123
A. <i>Allgemeines</i>	123
B. <i>Eignung</i>	123
C. <i>Erforderlichkeit</i>	123
D. <i>Verhältnis von Regelungszweck und Regelungswirkung</i>	125
E. <i>Fazit</i>	125
§ 16 Exkurs: Einfluss der Änderungen im Dienstrecht	127
A. <i>Einleitung</i>	127
B. <i>Abschaffung des Amtsdauersystems</i>	127
I. Situation früher und heute	127
II. Bedeutung für die Treuepflicht	129
C. <i>Änderungen im Disziplinarrecht</i>	130
I. Situation früher und heute	130

II.	Bedeutung für die Treuepflicht	132
D.	<i>Begründung durch Einzelarbeitsvertrag</i>	133
I.	Situation früher und heute	133
II.	Bedeutung für die Treuepflicht	134
E.	<i>Gesamtarbeitsvertrag</i>	134
I.	Situation früher und heute	134
II.	Bedeutung für die Treuepflicht	135
F.	<i>Lohnsystem</i>	135
I.	Situation früher und heute	135
II.	Bedeutung für die Treuepflicht	136
G.	<i>Fazit</i>	136
§ 17	Fazit	137
Kapitel 5:	Lösung	141
§ 18	Problemstellung	141
§ 19	Gebot der hinreichenden Normbestimmtheit	142
A.	<i>Garantie durch Gesetz oder Verordnung</i>	142
B.	<i>Kompensation der ungenügenden Bestimmtheit</i>	142
I.	Materielle Verfassungsgrundsätze	142
1.	Rechtsprechung und Lehre	142
2.	Stellungnahme	143
II.	Verfahrensrecht	145
1.	Rechtsprechung und Lehre	145
2.	Stellungnahme	146
III.	Verwaltungsverordnungen	149
1.	Rechtsprechung und Lehre	149
2.	Stellungnahme	150
IV.	Behördenpraxis	151
1.	Rechtsprechung und Lehre	151
2.	Stellungnahme	151
3.	Fazit	153
a	Behördenpraxis als Bestimmtheitssurrogat	153
b	Behördenpraxis zu Art. 20 Abs. 1 BPG	154
c	Behördenpraxis zu Art. 321a Abs. 1 OR	154
d	Fazit	155
V.	Vertragliche Vereinbarungen	156
1.	Einzelarbeitsvertrag	156
a	Rechtsprechung und Lehre	156
b	Stellungnahme	156
2.	Gesamtarbeitsvertrag	158
a	Rechtsprechung und Lehre	158
b	Stellungnahme	158

VI. Fazit	160
§ 20 Gebot der hinreichenden Normstufe	162
A. <i>Gesetz im formellen Sinne</i>	162
B. <i>Gesamtarbeitsvertrag</i>	162
C. <i>Fazit</i>	163
§ 21 Fazit.....	164
A. <i>Problemstellung</i>	164
B. <i>Lösung</i>	164
I. Vorschlag für eine Neuregelung der Treuepflicht.....	164
II. Begründung	164
§ 22 Schlusswort.....	167

Abkürzungsverzeichnis

AppellGer	Appellationsgericht
Abs.	Absatz
AGer	Arbeitsgericht
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Amtl. Bull. NR/StR	Amtliches Bulletin Nationalrat/Ständerat
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
AS	Amtliche Sammlung
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht
Aufl.	Auflage
BBG	Bundesgesetz über die Berufsbildung vom 13. Dezember 2002 (SR 412.10)
BB1	Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BGRB	Bundesgesetz über die Rüstungsunternehmen des Bundes vom 10. Oktober 1997 (SR 934.21)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BL	Basel-Landschaft
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1)
BPV	Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (SR 172.220.111.3)
BS	Basel-Stadt
BStP	Bundesgesetz vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege (SR 312.0)
BtG	Beamtengesetz vom 30. Juni 1927 (SR 172.221.10)
BTJP	Berner Tage für die juristische Praxis

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung
bez.	beziehungsweise
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung, Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft
E.	Erwägung
éd.	édition
EDA	Departement für auswärtige Angelegenheiten
EFD	Finanzdepartement
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
eidg.	eidgenössisch
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
ETH	Eidgenössische Technische Hochschule
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
Fn.	Fussnote
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GR	Graubünden
Habil.	Habilitation
Hrsg.	Herausgeber
i. V. m.	in Verbindung mit
i. S.	in Sachen
Jh.	Jahrhundert
LeGes	LeGes – Gesetzgebung & Evaluation
lit.	litera
NF	Neue Folge
NPM	New Public Management

NR	Nationalrat
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz) (SR 173.110)
OPers	Ordonnance du 3 juillet sur le personnel de la Confédération / Ordinanza del 3 luglio sul personale federale (RS 172.220.111.3)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
ParlG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) (SR 171.10)
PRK	eidgenössische Personalrekurskommission
PublG	Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG) (SR 170.512)
PVBger	Personalverordnung des Bundesgerichts vom 27. August 2001 (SR 172.220.114)
PVO-ETH	Verordnung des ETH-Rates vom 15. März 2001 über das Personal im Bereich der Eidgenössischen Technischen Hochschulen (Personalverordnung ETH-Bereich) (SR 172.220.113)
RRB	Regierungsratsbeschluss
RS	Recueil systematique/Raccolta sistematica
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010)
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SGVW	Schweizerische Gesellschaft für Verwaltungswissenschaften (Schriftenreihe)
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)

StR	Ständerat
SZ	Schwyz
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2)
unveröff.	unveröffentlicht
USG	Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG) (SR 814.01)
VersGer	Versicherungsgericht
VG	Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) (SR 170.32)
VGer	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
z. B.	zum Beispiel
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZH	Zürich
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
zugl.	zugleich

Literaturverzeichnis

ACHERMANN ALBERTO/CARONI MARTIN/KÄLIN WALTER, Die Bedeutung des UNO-Paktes über bürgerliche und politische Rechte für das schweizerische Recht, in: KÄLIN WALTER/MALINVERNI GIORGIO/NOWAK MANFRED (Hrsg.), Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1997, S. 155 ff.

ALBERTINI MICHELE, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, ASR NF Heft 637, Bern 2000 (zugl. Diss. Bern 1999).

ALLENSPACH HEINZ, Allgemeine Würdigung des öffentlichen Dienstrechts, in: HOFMEISTER ALBERT (Hrsg.), Effizienz und öffentliches Dienstrecht – Versuch einer kritischen Bilanz, SGVW Bd. 12, Bern 1990, S. 39 ff.

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Vol. I: L'Etat, Bern 2000 (zit. Vol. I).

BADEN EBERHARD, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozess, Studien zur juristischen Hermeneutik und Gesetzeslehre, 1. Aufl., Baden-Baden 1977.

BARRELET DENIS, Kommunikationsgrundrechte (§ 45), in: THÜRER DANIEL/AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MÜLLER JÖRG PAUL (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 721 ff. (zit. Verfassungsrecht der Schweiz).

BELLWALD PETER, Die disziplinarische Verantwortlichkeit der Beamten, ASR NF Heft 492, Bern 1985 (zugl. Diss. Bern 1985).

BEUSCH MICHAEL, Der Gesetzesbegriff der neuen Bundesverfassung (Art. 164 BV), in: GÄCHTER THOMAS/BERTSCHI MARTIN (Hrsg.), Neue Akzente in der "nachgeführten" Bundesverfassung, Zürich 2000, S. 227 ff.

BIAGGINI GIOVANNI, Die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung: Rechtsnorm oder Faktum?, ZBl 98/1997, S. 1 ff.

BOLZ URS/LIENHARD ANDREAS, Staatsrechtliche Kernfragen der wirkungsorientierten Steuerung in den Kantonen, ZBl 102/2001, S. 1 ff.

BORER THOMAS G., Das Legalitätsprinzip und die auswärtigen Angelegenheiten, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe B, Öffentliches Recht, Bd. 18, Basel/Frankfurt a. M. 1986 (zugl. Diss. Basel 1986).

BUSCHOR ERNST, Wirkungsorientierte Verwaltungsführung, Wirtschaftliche Publikationen der Zürcher Handelskammer, Heft 52, Zürich 1993.

CAMASTRAL CLAUDIA, Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Diss. Chur/Zürich 1996.

COTTIER THOMAS, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage: Eine Untersuchung zum Legalitätsprinzip und schweizerischen Gesetzesverständnis aus individualrechtlicher Sicht, Reihe Staatsrecht, Bd. 3, 2. Aufl., Chur/Zürich 1991.

DEGIACOMI FRANZ, Erfüllung kommunaler Aufgaben durch Private, Diss. Zürich 1989.

DONATSCH ANDREAS/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 3. Aufl., Zürich 2004.

DUBS HANS, Die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Rechtsnormen, ZSR NF 93 (1974) II 223 ff.

DÜRR DAVID, Kommentar zu Art. 1 und 4 ZGB, in: GAUCH PETER/SCHMID JÖRG (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, 1. Teilband, Art. 1 – 7 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1998 (zit. Zürcher Kommentar).

EICHENBERGER KURT, Hochleistungsverwaltung des entfalteten Sozialstaates, in: MÜLLER GEORG/RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD (Hrsg.), Vom schweizerischen Weg zum modernen Staat: ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, Basel/Genf/München 2002, S. 351 ff. (zit. Hochleistungsverwaltung).

EICHENBERGER KURT, Zur Einleitung: Von der Rechtssetzungsfunktion im heutigen Staat, ZSR NF 93 (1974) II 7 ff. (zit. Rechtssetzungsfunktion).

EIDGENÖSSISCHES PERSONALAMT, Modernisierung im öffentlichen Personalrecht, Schriftenreihe des Eidgenössischen Personalamtes, Bd. 13, Bern 2000 (zit. Eidgenössisches Personalamt).

FEUZ ROLAND, Materielle Gesetzesbegriffe. Inhalt und Tragweite. Dargestellt insbesondere anhand von Art. 164 Abs. 1 der neuen Bundesverfassung, ASR NF Heft 662, Bern 2002 (zugl. Diss. Bern 2001).

FISCH HERMANN, Gegenstand, Inhalt und Grenzen der Treuepflicht des Beamten, ZBl 50/1949, S. 85 ff.

FLEINER-GERSTER THOMAS, Neue Entwicklung im Beamtenrecht, in: HOFMEISTER ALBERT (Hrsg.), Effizienz und öffentliches Dienstrecht – Versuch einer kritischen Bilanz, SGVW Bd. 12, Bern 1990, S. 9 ff.

FLEINER THOMAS/BASTA FLEINER LIDIJA R., Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 2004.

FROWEIN JOCHEN ABRAHAM, Kommentar zu Art. 10 EMRK, in: FROWEIN JOCHEN/PEUKERT WOLFGANG, Europäische MenschenRechtsKonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 1996 (zit. Kommentar zu Art. 10 EMRK).

GERMANN RAIMUND E., Öffentliche Verwaltung in der Schweiz, Bd. 1: Der Staatsapparat und die Regierung, Bern/Stuttgart/Wien 1998.

GRIFFEL ALAIN, Der Grundrechtsschutz in der Armee, Diss. Zürich 1991 (zit. Grundrechtsschutz).

GRIFFEL ALAIN, Bemerkungen zum Entscheid des Bundesgerichts vom 20.07.1994 (2P.11/1994), AJP 1995, S. 648 ff. (zit. Bemerkungen).

GRUBER HANS/SCHWANDER MARIANNE, New Public Management: Das Gesetz in einer Gesellschaft im Wandel, in: KETTIGER DANIEL (Hrsg.), Wirkungsorientierte Verwaltungsführung und Gesetzgebung, Bern/Stuttgart/Wien 2000, S. 33 ff.

HABLÜTZEL PETER/BLINDENBACHER RAOUL, Vorwort, in: EIDGENÖSSISCHES PERSONALAMT (Hrsg.), Modernisierung im öffentlichen Personalrecht, Schriftenreihe des Eidgenössischen Personalamtes, Bd. 13, Bern 2000, S. 7 f.

HABLÜTZEL PETER/REBECCHI REGULA/SCHNEIDER ULRICH, Arbeitsplatzgarantie oder Arbeitsmarktfähigkeit? Plädoyer für eine nachhaltige Personalpolitik, in: EIDGENÖSSISCHES PERSONALAMT (Hrsg.), Modernisierung im öffentlichen Personalrecht, Schriftenreihe des Eidgenössischen Personalamtes, Bd. 13, Bern 2000, S. 43 ff.

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005.

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG, Grundriss des Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002.

HAEFLIGER ARTHUR/SCHÜRMAN FRANK, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999.

HAFNER FELIX, Öffentlicher Dienst im Wandel, ZBl 93/1992, 481 ff.

HÄNER ISABELLE, Die Einwilligung der betroffenen Person als Surrogat der gesetzlichen Grundlage bei individuell-konkreten Staatshandlungen, ZBl 103/2002 S. 57 ff. (zit. Einwilligung).

HÄNER ISABELLE, Grundrechte im öffentlichen Personalrecht, in: HELBLING PETER/POLEDNA TOMAS (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 395 ff. (zit. Grundrechte).

HANGARTNER YVO, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. II, Zürich 1982 (zit. Grundzüge II).

HANGARTNER YVO, Kommentar zu Art. 5 BV, in: EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Lachen 2002 (zit. St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV).

HANGARTNER YVO, Reform des Beamtendisziplinarrechts, ZBl 71/1970, S. 425 ff. (zit. Beamtendisziplinarrecht).

HANGARTNER YVO, Treuepflicht und Vertrauenswürdigkeit der Beamten, ZBl 85/1984, S. 385 ff. (zit. Vertrauenswürdigkeit).

HÄNNI PETER, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, Zürich 2002 (zit. Dienstrecht).

HÄNNI PETER, Die Treuepflicht im öffentlichen Dienstrecht, Diss. Fribourg 1982 (zit. Treuepflicht).

HÄNNI PETER, Personalrecht des Bundes, in: KOLLER HEINRICH/MÜLLER GEORG/RHINOW RENÉ/ZIMMERLI ULRICH (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. 1: Organisationsrecht, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2004 (zit. neues Personalrecht).

HÄNNI PETER, Personalrecht des Bundes, in: KOLLER HEINRICH/MÜLLER GEORG/RHINOW RENÉ/ZIMMERLI ULRICH (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. 1: Organisationsrecht, 1. Aufl., Basel/Frankfurt a. M. 1996 (zit. Personalrecht).

HELBLING PETER, Entwicklung im Personalrecht des Bundes; Anmerkungen zum Bundespersonalgesetz (BPG), in: HELBLING PETER/POLEDNA TOMAS (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999 (zit. Entwicklung).

HELBLING PETER, Gesamtarbeitsverträge (GAV) für den Staatsdienst, AJP 1998, S. 899 ff. (zit. Gesamtarbeitsverträge).

HELBLING PETER, Totalrevision des eidgenössischen Beamtengesetzes – eine rechtliche Auslegung, AJP 1993, 647 ff. (zit. Totalrevision).

HILL HERMANN, Einführung in die Gesetzgebungslehre, Heidelberg 1982.

HINTERBERGER WALTER, Disziplinarfehler und Disziplinarmaßnahmen im Recht des öffentlichen Dienstes, Diss. St. Gallen 1986.

HOFMEISTER ALBERT, Vorwort, in: HOFMEISTER ALBERT (Hrsg.), Effizienz und öffentliches Dienstrecht – Versuch einer kritischen Bilanz, SGVW Bd. 12, Zürich 1990, S. 1 ff.

HOTZ REINHOLD, Methodische Rechtsetzung, Zürich 1983.

HUG-BEELI GUSTAV KARL, Persönliche Freiheit und besondere Gewaltverhältnisse, Diss. Zürich 1976.

IM HOF ADOLF, Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis, ZSR NF 48 (1929) 231a ff.

IMBODEN MAX, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 38, 2. Aufl., Basel/Stuttgart 1962.

JAAG TOBIAS, Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis im Bund und im Kanton Zürich – ausgewählte Fragen, ZBl 95/1994, S. 433 ff. (zit. Dienstverhältnis).

JAAG TOBIAS, „Preferred Freedoms“ im schweizerischen Verfassungsrecht, in: AUER ANDREAS/ZEN-RUFFINEN PIERMARCO (Hrsg.), De la constitution: études en l'honneur de Jean-François Aubert, Basel 1996, S. 355 ff. (zit. Preferred Freedoms).

JENNY KURT, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter des Leistungsstaats, BJM 1991, S. 113 ff.

JUD ELMAR MARIO, Besonderheiten öffentlichrechtlicher Dienstverhältnisse nach schweizerischem Recht, insbesondere bei deren Beendigung aus nichtdisziplinarischen Gründen, St. Galler Beiträge zum öffentlichen Recht, Bd. 1, St. Gallen 1975 (zugl. Diss. Fribourg 1975).

KÄMPFER WALTER, Die ausserdienstliche Meinungsäusserungsfreiheit und die Vereinsfreiheit des Beamten im politischen Bereich in neuerer Sicht, in: AUBERT JEAN-FRANÇOIS/BOIS PHILIPPE (Hrsg.), Mélanges André Grisel, Neuchâtel 1983, S. 481 ff.

KAUFMANN OTTO K., Grundzüge des schweizerischen Beamtenrechts, ZBl 73/1972, S. 379 ff.

KERN THEODOR, Das Dienstrecht des Bundespersonals, Diss. Bern 1935.

KETTIGER DANIEL, Die Forderungen von New Public Management an die Gesetzgebung, in: KETTIGER DANIEL (Hrsg.), Wirkungsorientierte Verwaltungsführung und Gesetzgebung, Bern/Stuttgart/Wien 2000, S. 1 ff.

KIRCHHOF PAUL, Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 107, Berlin/New York 1987.

KLEY ANDREAS/FELLER RETO, Die Erlassformen der Bundesversammlung im Lichte des neuen Parlamentsgesetzes, ZBl 105/2004, S. 229 ff.

KLEY ANDREAS/TOPHINKE ESTHER, Kommentar zu Art. 16 BV, in: EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Lachen 2002 (zit. St. Galler Kommentar zu Art. 16 BV).

KNAPP BLAISE, La violation du devoir de fidélité, cause de cessation de l'emploi des fonctionnaires fédéraux, ZSR NF 103 (1984) I 489 ff.

KÖFER PETER, Das Recht des Staatspersonals im Kanton Aargau, Diss. Zürich 1980.

KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998.

KURMANN MARK, Das Personalmanagement in der Bundesverwaltung, Diss. Fribourg 1979.

LANG FRITZ, Das Zürcher Personalgesetz vom 27. September 1998, in: HELBLING PETER/POLEDNA TOMAS (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 49 ff.

MADER LUZIUS, Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung: Anmerkungen aus legistischer Sicht, Schweizerischer Juristenverein, Referate und Mitteilungen zum Schweizerischen Juristentag 2004, Heft 1, S. 3 ff. (zit. Regulierung).

MADER LUZIUS, Die Erlassformen der Bundesversammlung und der Gesetzesbegriff in der neuen Bundesverfassung, LeGes 2000, S. 7 ff. (zit. Erlassformen).

MAHON PASCAL, Le statut des fonctionnaires fédéraux entre révision partielle et révision totale, in: DUC JEAN-LOUIS (Hrsg.), Le travail et le droit, Enseignement de 3^e cycle de droit 1993, Fribourg 1994, S. 29 ff.

MANSER ILSELORE, Das Recht des Staatspersonals im Kanton St. Gallen, Diss. St. Gallen 1958.

MASTRONARDI PHILIPPE, New Public Management im Kontext unserer Staatsordnung, in: MASTRONARDI PHILIPPE/SCHEDLER KUNO (Hrsg.), New Public Management in Staat und Recht, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2004, S. 47 ff. (zit. Kontext).

MASTRONARDI PHILIPPE, Staatsrecht und Verwaltungsorganisation, Reflexionen am Beispiel des New Public Managements, AJP 1995, S. 1541 ff. (zit. Staatsrecht).

MEYER CHRISTOPH, Leistungslohn im öffentlichen Dienstrecht, in: HELBLING PETER/POLEDNA TOMAS (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 133 ff.

MEILI CHRISTOPH, Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis, insbesondere dessen Beendigung nach zürcherischem Recht, Diss. Zürich 1958.

MICHEL MATTHIAS, Überblick über die Modernisierung des Personalrechts in den Kantonen, in: EIDGENÖSSISCHES PERSONALAMT (Hrsg.), Modernisierung im öffentlichen Personalrecht, Schriftenreihe des Eidgenössischen Personalamtes, Bd. 13, Bern 2000, S. 197 ff. (zit. Modernisierung).

MICHEL MATTHIAS, Beamtenstatus im Wandel. Vom Amtsdauersystem zum öffentlichrechtlichen Gesamtarbeitsvertrag, Diss. Zürich 1998 (zit. Beamtenstatus).

MOOR PIERRE, Droit administratif, Vol. I: Les fondements généraux, 2. éd., Bern 1994, Vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle, 2. éd., Bern 2002 (zit. Vol. I).

MÜLLER GEORG, Die Umschreibung des Inhalts der Bundesgesetze und die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen, in: LeGes 2000, S. 29 ff. (zit. Bundesgesetze).

MÜLLER GEORG, Elemente einer Rechtssetzungslehre, Zürich 1999 (zit. Rechtssetzungslehre).

MÜLLER GEORG, Formen der Rechtssetzung, in: ZIMMERLI ULRICH (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, BTJP 1999, Bern 2000, S. 249 ff. (zit. Formen).

MÜLLER GEORG, Funktionen des Legalitätsprinzips im Organisationsrecht, in: BERCHTOLD DOROTHÉE/HOFMEISTER ALBERT (Hrsg.), Die öffentliche Verwaltung im Spannungsfeld zwischen Legalität und Funktionsfähigkeit: Schnittstellen Verwaltungsrecht und –management, SGVW Bd. 30, Bern 1995, S. 13 ff. (zit. Funktionen).

MÜLLER GEORG, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 119, Basel/Stuttgart 1979 (zit. Rechtssetzung).

MÜLLER GEORG, Möglichkeiten und Grenzen der Verteilung der Rechtssetzungsbefugnisse im demokratischen Rechtsstaat, ZBl 99/1998, S. 1 ff. (zit. Verteilung).

MÜLLER GEORG, Motive, Methoden und Massstäbe für Strukturreformen öffentlicher Verwaltungen, in: CAGIANUT FRANCIS/GEIGER WILLI/HANGARTNER YVO/HÖHN ERNST (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts, Festschrift für Otto K. Kaufmann zum 75. Geburtstag, Bern/Stuttgart 1989, S. 401 ff. (zit. Strukturreformen).

MÜLLER JÖRG PAUL, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999.

MÜLLER MARKUS, Das besondere Rechtsverhältnis, Habil. Bern 2003 (zit. Rechtsverhältnis).

MÜLLER MARKUS, Zum Erfordernis einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage für schwere Grundrechtseingriffe, recht 1994, S. 31 ff. (zit. Erfordernis).

MÜLLER THOMAS P., Verwaltungsverträge im Spannungsfeld von Recht, Politik und Wirtschaft, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe B: Öffentliches Recht, Bd. 51, Basel/Frankfurt a. M. 1997.

NEUENSCHWANDER ANNE, Les libertés des fonctionnaires en droit suisse, Diss. Lausanne 1984.

NOLL PETER, Gesetzgebungslehre, Reinbek bei Hamburg 1973.

OBERHOLZER NIKLAUS, Beamtenrechtliche Treuepflicht und Rechtsstaat, in: DEMOKRATISCHE JURISTEN DER SCHWEIZ (Hrsg.), Demokratische Rechte im öffentlichen Dienst, collection volk + recht, Bern 1983, S. 15 ff.

ODERMATT LUZIAN, Erlassformen der Bundesversammlung für Rechtsetzungs- und Einzelakte, LeGes 2003, S. 107 ff.

PENSKI ULRICH, Staatlichkeit öffentlicher Verwaltung und ihre marktmässige Modernisierung, DÖV 1999, S. 85 ff.

PFENNINGER HANSPETER, Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns. Verwaltungshandeln durch informell-konsensuale Kooperation unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzrechts, Diss. Freiburg 1996.

POLEDNA TOMAS, Annäherungen ans Obligationenrecht, in: HELBLING PETER/POLEDNA TOMAS (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 209 ff. (zit. Annäherungen).

POLEDNA TOMAS, Disziplinarische und administrative Entlassung von Beamten – vom Sinn und Unsinn einer Unterscheidung, ZBl 96/1995, S. 49 ff. (zit. Entlassung).

POLEDNA TOMAS, Leistungslohn und Legalitätsprinzip, in: EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHAFFHAUSER RENÉ/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS J. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 269 ff. (zit. Leistungslohn).

PORTMANN WOLFGANG, Individualarbeitsrecht, Zürich 2000 (zit. Individualarbeitsrecht).

PORTMANN WOLFGANG, Überlegungen zum bundespersonalrechtlichen Kündigungsschutz, LeGes 2002, S. 55 ff. (zit. Kündigungsschutz).

PORTMANN WOLFGANG, Zum Inkrafttreten des Bundespersonalgesetzes und der Bundespersonalverordnung, ARV 2001 179 ff. (zit. Inkrafttreten).

PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Kollektives Arbeitsrecht, Zürich 2004.

RAUSCH HERIBERT, Die Meinungsäusserungsfreiheit der Staatsangestellten, ZBl 80/1979, S. 97 ff.

REHBINDER MANFRED, Arbeitsrechtliche Schranken der politischen Betätigung von Medienschaffenden, SJZ 1978, S. 133 ff. (zit. Medienschaffende).

REHBINDER MANFRED, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/2/2/1, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Bern 1985 (zit. Berner Kommentar).

REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002 (zit. Arbeitsrecht).

REHBINDER MANFRED/KRAUSZ ALEXANDER, Öffentlicher Dienst und New Public Management, ArbR 1997, S. 87ff.

RHINOW RENÉ A., Rechtsetzung und Methodik, Basel/Stuttgart 1979.

RHINOW RENÉ A./KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a. M. 1996.

RHINOW RENÉ A./KRÄHENMANN BEAT, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a. M. 1990.

RICHLI PAUL, Grundrechtliche Aspekte der Tätigkeit von Lehrkräften AJP 1993, S. 673 ff. (zit. Aspekte).

RICHLI PAUL, New Public Management und Personalrecht, in: HELBLING PETER/POLEDNA TOMAS (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 102 ff. (zit. NPM).

RICHLI PAUL, Öffentliches Dienstrecht im Zeichen des New Public Management. Staatsrechtliche Fixpunkte für die Flexibilisierung und Dynamisierung des Beamtenverhältnisses, Bern 1996 (zit. Dienstrecht).

RICHNER ERICH, Umfang und Grenzen der Freiheitsrechte der Beamten nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1954.

RIEMER HANS MICHAEL, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Bern 2003.

RITTER MICHAEL, Das liechtensteinische Beamtenrecht, ASR NF Heft 539, Bern 1992 (zugl. Diss. Bern 1992).

RITTER WERNER, Schutz der Freiheitsrechte durch genügend bestimmte Normen, Chur/Zürich 1994 (zugl. Diss. St. Gallen 1994; mit folgendem Titel: Das Erfordernis der genügenden Bestimmtheit – dargestellt am Beispiel des Polizeirechts).

SÄGESSER THOMAS, Neuordnung der Erlassformen der Bundesversammlung, AJP 1998, S. 677 ff.

SCHEDLER KUNO, Ansätze einer wirkungsorientierten Verwaltungsführung. Von der Idee des New Public Managements (NPM) zum konkreten Gestaltungsmodell: Fallbeispiel Schweiz, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1996.

SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Ergänzungsband zur dritten Auflage des gleichnamigen Werks von Jörg Paul Müller, Bern 2005.

SCHMID NIKLAUS, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004.

SCHWARZENBACH HEUSSER EVI, Das Personalrecht des Kantons Thurgau, Diss. Zürich 1998.

SCHWEIZER RAINER J., Kommentar zu Art. 36 BV, in: EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Lachen 2002 (zit. St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV).

SCHOCH CLAUDIA, Methode und Kriterien der Konkretisierung offener Normen durch die Verwaltung, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Bd. 51, Zürich 1984 (zugl. Diss. Zürich 1984).

SCHÖNENBERGER WILHELM/STAEHELIN ADRIAN, Kommentar zu Art. 319 – 330a OR, in: GAUCH PETER/SCHMID JÖRG (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2c: Der Arbeitsvertrag, Art. 319 – 362 OR, 3. Aufl., Zürich 1998 (zit. Zürcher Kommentar).

SEILER HANSJÖRG, Gewaltenteilung: allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, Habil. Bern 1994.

SEILER ROLF, Allgemeine Würdigung des öffentlichen Dienstrechtes aus der Sicht der Personalorganisationen, in: HOFMEISTER ALBERT (Hrsg.), Effizienz und öffentliches Dienstrecht – Versuch einer kritischen Bilanz, SGVW Bd. 12, Bern 1990, S. 31 ff.

STEINMANN GEROLD, Unbestimmtheit verwaltungsrechtlicher Normen aus der Sicht von Vollzug und Rechtssetzung, ASR NF Heft 473, Bern 1982 (zugl. Diss. Bern 1982).

STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 5. Aufl., Bern 2000.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl., Zürich 1992.

STRUB ALFRED, Das Dienstverhältnis der stadtbernischen Gemeindebediensteten und die Beziehungen des öffentlichen Personalrechts zum Arbeitsrecht, Diss. Bern 1961 (Druck: Basel 1971).

SUTTER-SOMM KARIN, Kommentar zu Art. 164 BV, in: EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Lachen 2002 (zit. St. Galler Kommentar zu Art. 164 BV).

SUTTER-SOMM KARIN, Legalitätsprinzip und New Public Management (NPM), LeGes 1998, S. 47 ff. (zit. NPM).

TRECHSEL STEFAN, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997 (zit. Kurzkommentar).

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005.

UHLMANN FELIX, Gewinnorientiertes Staatshandeln, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe B: Öffentliches Recht, Bd. 52, Basel/Frankfurt a. M. 1997 (zugl. Diss. Basel 1996).

VILLIGER KASPAR, Eine neue Personalpolitik für den Service public, in: EIDGENÖSSISCHES PERSONALAMT (Hrsg.), Modernisierung im öffentlichen Personalrecht, Schriftenreihe des Eidgenössischen Personalamtes, Bd. 13, Bern 2000, S. 11 ff.

VILLIGER MARK E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999.

VISCHER FRANK, Der Arbeitsvertrag, SPR Bd. VII, Teilband 3, Basel/Frankfurt a. M. 1994.

VOGEL STEFAN, Der Staat als Marktteilnehmer, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Bd. 134, Zürich 2000 (zugl. Diss. Zürich 2000).

VON KAENEL DANIEL, Totalrevision des bernischen Beamtenrechts nach geltender Staatsverfassung, BVR 1991, S. 179 ff. (zit. Totalrevision).

VON KAENEL DANIEL, Die Entwicklung des bernischen Dienstrechts, in: HELBLING PETER/POLEDNA TOMAS (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 79 ff. (zit. Entwicklung).

WANK ROLF, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 74, Berlin 1978.

WEBER-DÜRLER BEATRICE, Ablösung der Freiheitsrechte durch rechtsstaatliche Verfassungsprinzipien?, in: AUER ANDREAS/ZEN-RUFFINEN PIERMARCO (Hrsg.), De la constitution: études en l'honneur de Jean-François Aubert, Basel 1996, S. 437 ff. (zit. Ablösung).

WEBER-DÜRLER BEATRICE, Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung, ASR NF Heft 419, Bern 1973 (zugl. Diss. Zürich 1973) (zit. Rechtsetzung).

WEBER-DÜRLER BEATRICE, Grundrechtseingriffe, in: ZIMMERLI ULRICH (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, BTJP 1999, Bern 2000, S. 131 ff. (zit. Grundrechtseingriffe).

WEBER-DÜRLER BEATRICE, Rechtsgleichheit (§ 41), in: THÜRER DANIEL/AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MÜLLER JÖRG PAUL (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 657 ff. (zit. Verfassungsrecht der Schweiz).

WEBER-DÜRLER BEATRICE, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel/Frankfurt a. M. 1983 (Habil. Zürich 1983) (zit. Vertrauensschutz).

WEBER-DÜRLER BEATRICE, Zum Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung, ZBl 2004, S. 1 ff. (zit. Rechtsanwendung).

WEISS REGINA, Das Gesetz im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention, Schriften zum europäischen Recht, Bd. 24, Berlin 1996.

WICKIHALDER URS, Die Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers, Schriften zum Schweizerischen Arbeitsrecht, Heft 60, Bern 2004 (zugl. Diss. Zürich 2004).

WIRTHLIN MARTIN, Das Legalitätsprinzip im Bereich des Planungs- und Baurechts, AJP 2001, S. 513 ff.

WYSS MARTIN PHILIPP, Öffentliche Interessen - Interessen der Öffentlichkeit, Habil. Bern 2001.

WYSS THOMAS, Die dienstrechtliche Stellung des Volksschullehrers im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1986.

Einführung

A. Ziel der Arbeit

Einschränkungen der Meinungsfreiheit von Staatsangestellten waren schon oftmals Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen und wissenschaftlicher Diskussion. Zu Kontroversen führte vor allem die Frage, wieweit die Meinungsfreiheit von Staatsangestellten durch ihre Treuepflicht eingeschränkt werden kann.

Die gesetzlichen Grundlagen für die Einschränkung der Meinungsfreiheit von Bundesangestellten befanden sich früher im eidgenössischen Beamtengesetz von 1927 (BtG)¹. Das Beamtengesetz wurde schliesslich nach jahrzehntelangem Bestehen im Jahr 2001² und 2002³ durch das Bundespersonalgesetz (BPG)⁴ ersetzt. Das Bundespersonalgesetz brachte zahlreiche tiefgreifende Änderungen mit sich wie beispielsweise die Abschaffung des Amtsdauersystems oder die inhaltliche Annäherung des öffentlichen Personalrechts an das Obligationenrecht. Im Gegensatz zum Beamtengesetz stellt das Bundespersonalgesetz aber nur noch einen Rahmenerlass dar. Sehr viele Regelungen befinden sich erst auf Verordnungsstufe und die Normen sind im Vergleich zum Beamtengesetz tendenziell unbestimmter. Aus diesem Grund fragt sich, ob und wieweit Einschränkungen der Meinungsfreiheit der Bundesangestellten gestützt auf das Bundespersonalgesetz tatsächlich möglich sind.

Ziel dieser Arbeit ist es zu prüfen, wie die gesetzlichen Grundlagen in Bezug auf die Einschränkung der Meinungsfreiheit von Bundesangestellten formell und inhaltlich beschaffen sein müssen und ob die Normen des Bundespersonalgesetzes diesen Anforderungen genügen. Wie festzustellen sein wird, ist lediglich die Regelung der Treuepflicht in Art. 20 Abs. 1 BPG problematisch. Während Einschränkungen der Meinungsfreiheit durch die in Art. 22 BPG verankerte Schweigepflicht problemlos möglich sind, können durch die Treuepflicht in Art. 20 Abs. 1 BPG ausserdienstliche Meinungsäusserungen keinesfalls eingeschränkt werden. Ausgehend von diesem Resultat bleibt zu prüfen, ob eine auch ausserdienstliche Tätigkeiten erfassende Treuepflicht überhaupt

¹ Beamtengesetz vom 30. Juni 1927 (SR 172.221.10).

² Art. 1 Abs. 1 Verordnung vom 20. Dezember 2000 über die Inkraftsetzung des Bundespersonalgesetzes für die SBB und über die Weitergeltung von Bundesrecht (Inkraftsetzungsverordnung BPG für die SBB) (SR 172.220.112).

³ Art. 1 Abs. 1 Verordnung vom 3. Juli 2001 über die Inkraftsetzung des Bundespersonalgesetzes für die Bundesverwaltung, das Bundesgericht und die Parlamentsdienste sowie über die Weitergeltung und Aufhebung von Bundesrecht (Inkraftsetzungsverordnung BPG für die Bundesverwaltung) (SR 172.220.111.2); Art. 1 Abs. 1 Verordnung vom 21. November 2001 über die Inkraftsetzung des Bundespersonalgesetzes für die Post und über die Weitergeltung von Bundesrecht (Inkraftsetzungsverordnung BPG für die Post) (SR 172.220.116).

⁴ Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1).

notwendig ist. Es stellt sich somit insbesondere die Frage, wie eine Treuepflicht im Hinblick auf die Einschränkung der Meinungsfreiheit in einem modernen Personalgesetz *inhaltlich ausgestaltet* werden muss und auf welche Art und Weise eine solche Treuepflicht im Bundespersonalrecht *gesetzestechisch verankert* werden kann.

B. Aufbau der Arbeit

Der erste Teil der Arbeit enthält die für diese Arbeit wesentliche Grundlagen. Es wird in einem ersten Schritt kurz auf die Meinungsfreiheit des Staatspersonals eingegangen. Da unter anderem geprüft werden soll, ob das Bundespersonalgesetz die Meinungsfreiheit des Bundespersonals einschränken kann, folgt ein Überblick über das Bundespersonalgesetz. Dabei soll aufgezeigt werden, welche Rolle das Bundespersonalgesetz in der Entwicklung des Personalrechts spielt und was sich durch dieses Gesetz geändert hat.

Im zweiten Teil soll eruiert werden, welche Voraussetzungen gesetzliche Grundlagen im öffentlichen Dienst erfüllen müssen, um die Meinungsfreiheit von Staatsangestellten einschränken zu können. Welche Anforderungen sind zu diesem Zweck an Normbestimmtheit und Normstufe zu stellen? Die Beantwortung dieser Frage ist vor allem auch deswegen von Bedeutung, weil im Zuge des New Public Managements (NPM) neue Forderungen an gesetzliche Grundlagen erhoben werden.

Anschliessend soll im dritten Teil geprüft werden, ob die Normen des Bundespersonalgesetzes den im zweiten Teil festgestellten Anforderungen entsprechen. Die einzelnen Normen des Bundespersonalgesetzes, welche die Meinungsfreiheit des Bundespersonals einschränken sollten, werden zu diesem Zweck nacheinander untersucht. Dabei wird sich die Einschränkung der Meinungsfreiheit durch die in Art. 20 Abs. 1 BPG verankerte Treuepflicht als problematisch erweisen.

Die Resultate des dritten Teils werfen die Frage auf, ob und inwieweit die Treuepflicht die Meinungsfreiheit von Staatsangestellten überhaupt einschränken können soll. Im vierten Teil wird deswegen der Frage nachgegangen, wie eine Treuepflicht in einem modernen Personalrecht inhaltlich ausgestaltet werden sollte. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob die Treuepflicht auch ausserdienstliche Meinungsäusserungen einschränken können muss.

Aufgrund der Resultate im vierten Teil soll am Schluss untersucht werden, wie die notwendige inhaltliche Ausgestaltung der Treuepflicht im Bundespersonalrecht umgesetzt werden kann. Es soll untersucht werden, ob das Ziel nur durch eine Gesetzesänderung erreicht werden kann oder ob es andere Möglichkeiten gibt, um das Defizit des gegenwärtigen Art. 20 Abs. 1 BPG zu beheben.

Kapitel 1: Allgemeines

§ 1 Meinungsfreiheit

Die Meinungsfreiheit wird durch Art. 16 Abs. 1 und 2 Bundesverfassung (BV)⁵ beziehungsweise durch Art. 10 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)⁶ und Art. 19 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II)⁷ garantiert. Sie schützt als Hauptgrundrecht beziehungsweise „Auffanggrundrecht der Kommunikationsrechte“⁸ die Bildung, Äusserung und Verbreitung von Meinungen (Art. 16 Abs. 2 BV; Art. 10 Abs. 1 EMRK; Art. 19 UNO-Pakt II)⁹. Als Mittel der geschützten Meinungsäusserung kommen alle zur Kommunikation geeigneten Äusserungsmöglichkeiten in Frage, namentlich das gesprochene und geschriebene Wort, Spruchbänder, Tonträger, Fotografien, Filme oder Mitteilungen im Internet¹⁰.

Die Meinungsfreiheit steht jeder Person zu (Art. 16 Abs. 2 BV; Art. 10 Abs. 1 EMRK; Art. 19 Abs. 1 UNO-Pakt II). So ist in Rechtsprechung und Lehre anerkannt, dass sich auch Personen in einem besonderen Rechtsverhältnis wie Staatsangestellte¹¹ auf die Meinungsfreiheit berufen können¹². Für Staatsangestellte können sich aber aufgrund ihrer dienstrechtlichen Pflichten besondere *Einschränkungen* ihrer Meinungsfreiheit ergeben¹³. Diese Einschränkungen der Meinungsfreiheit sind auch im öffentlichen Dienstrecht nur

⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

⁶ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101); zu den Garantien von Art. 10 EMRK M. E. VILLIGER, Rz. 603 ff.; dazu auch J. A. FROWEIN, Kommentar zu Art. 10 EMRK, Rz. 1 ff.

⁷ Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2).

⁸ BGE 127 I 145, 151 E. 4b; KLEY/TOPHINKE, St. Galler Kommentar zu Art. 16 BV, Rz. 2 f.; HÄFELIN/HALLER, Rz. 462; J. P. MÜLLER, S. 248.

⁹ M. E. VILLIGER, Rz. 604; J. A. FROWEIN, Kommentar zu Art. 10 EMRK, Rz. 2 ff.; ACHERMANN/CARONI/KÄLIN, S. 211 f.

¹⁰ HÄFELIN/HALLER, Rz. 457; KLEY/TOPHINKE, St. Galler Kommentar zu Art. 16 BV, Rz. 11; D. BARRELET, Verfassungsrecht der Schweiz, § 45 Rz. 9; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 285; ACHERMANN/CARONI/KÄLIN, S. 212 f.

¹¹ Statt vieler BGE 120 Ia 203, 205 E. 3a; in der Lehre insbesondere M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 1 ff., insbesondere S. 173 f., welcher der Rechtsfigur des besonderen Rechtsverhältnisses schärfere Konturen verleiht. Des Weiteren: P. RICHLI, Aspekte, S. 675; F. HAFNER, S. 485; T. JAAG, Dienstverhältnis, S. 441; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 478 f.; P. HÄNNI, neues Personalrecht, Rz. 215. Allerdings wird die Existenzberechtigung des besonderen Rechtsverhältnisses auch von einem Teil der Lehre in Frage gestellt wie beispielsweise durch M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 43 ff., insbesondere S. 45 f.; auch HÄFELIN/HALLER, Rz. 333.

¹² Statt vieler BGE 108 Ia 172, 175 E. 4b/aa; J. P. MÜLLER, S. 185; dazu schon H. RAUSCH, S. 98 mit weiteren Hinweisen; HÄFELIN/HALLER, Rz. 301.

¹³ HÄFELIN/HALLER, Rz. 501 f.; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 287; M. E. VILLIGER, Rz. 608.

zulässig, wenn die allgemeinen Voraussetzungen des Art. 36 BV erfüllt sind. Präzisierend ist allerdings festzuhalten, dass von Lehre und Rechtsprechung an diese Voraussetzungen in besonderen Rechtsverhältnissen nicht durchwegs dieselben Anforderungen gestellt werden wie im allgemeinen Rechtsverhältnis¹⁴.

¹⁴ Statt vieler vgl. BGE 123 I 1, 6 E. 4c; zu den Anforderungen in der Rechtsprechung auch M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 24 ff. und 122 f. Zu den Anforderungen in der Lehre insbesondere M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 21 f. mit weiteren Hinweisen; B. WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe, S. 137 und 140; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 480 ff.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, Rz. 1759; vgl. auch P. MOOR, Vol. I, S. 363 ff.; vgl. auch P. HÄNNI, neues Personalrecht, Rz. 215; Y. HANGARTNER, Grundzüge II, S. 88.

§ 2 Bundespersonalgesetz

A. Flexibilisierung der Dienstverhältnisse

Während Jahrzehnten wurde das Dienstverhältnis im Bund durch das Beamtengesetz vom 30. Juni 1927 geregelt¹⁵. Dieses Gesetz regelte das Dienstverhältnis bis ins letzte Detail¹⁶. Eine solch detaillierte Regelung war nur deswegen möglich, weil sich die Wirklichkeit nach der gesetzlich erfassten Norm entwickelte und nicht jeden Tag neue, nicht voraussehbare Fälle auftauchten¹⁷.

Seit dem Erlass des Beamtengesetzes im Jahre 1927 haben sich die Verhältnisse jedoch stark geändert und die Verwaltung ist mit neuen Herausforderungen konfrontiert¹⁸. Verschiedene Ursachen wie technische Entwicklung, Bevölkerungszunahme, vermehrte Nachfrage nach staatlichen Dienstleistungen und wohlfahrtfördernde Politik¹⁹ führten vor allem in der zweiten Hälfte des 20. Jh. zu einem enormen Anwachsen der Staatsaufgaben²⁰. Im Gegensatz zur Zeit, als das eidgenössische Beamtengesetz erlassen wurde, ist heutzutage der Alltag von raschen Veränderungen geprägt²¹. Post und Bahn beispielsweise stehen in Konkurrenz mit privaten Anbietern, was unter Umständen auch sehr kurzfristige Reaktionen und Veränderungen notwendig macht²². Auch in der allgemeinen Bundesverwaltung ist rasches und innovatives Handeln erforderlich²³. Nicht nur zu privaten Unternehmen besteht ein Wettbewerb, sondern es existiert auch ein Standortwettbewerb zwischen den Staaten²⁴. Aufgrund all dieser Veränderungen strebte man Neuerungen im Personalrecht an, wobei die Flexibilisierung des Dienstverhältnisses als vordringliches Ziel betrachtet wurde²⁵. Nicht zuletzt auch durch das New Public Management wurden vermehrt Flexibilität und Leistungsorientierung im Personalwesen propa-

¹⁵ BBl 1999 II 1597 ff., 1600.

¹⁶ Votum DAVID, Amtl. Bull. NR 1999, S. 2036; K. VILLIGER, S. 12 f.; P. HELBLING, Totalrevision, S. 656.

¹⁷ K. VILLIGER, S. 13.

¹⁸ Votum DAVID, Amtl. Bull. NR 1999, S. 2036; K. VILLIGER, S. 12.

¹⁹ D. VON KAENEL, Entwicklung, S. 81; R. E. GERMANN, S. 174; vgl. auch P. HELBLING, Totalrevision, S. 647.

²⁰ R. E. GERMANN, S. 6; K. JENNY, S. 114; R. SEILER, S. 33; K. EICHENBERGER, Hochleistungsverwaltung, S. 354; vgl. auch F. HAFNER, S. 481.

²¹ Votum SPOERRY, Amtl. Bull. StR 1999, S. 1074; K. VILLIGER, S. 12 f.

²² Votum DAVID, Amtl. Bull. NR 1999, S. 2036; K. VILLIGER, S. 13 f.

²³ K. VILLIGER, S. 13.

²⁴ K. VILLIGER, S. 12.

²⁵ BBl 1999 II 1597 ff., 1600; K. VILLIGER, S. 14.

giert²⁶ und aus diesem Grund zum Beispiel die Abschaffung des Beamtenstatus und des egalitären Gehaltssystems gefordert²⁷.

Die Revision des Beamtengesetzes wurde in zwei Schritten vollzogen. In einer Teilrevision des Beamtengesetzes, welche am 1. Januar 1996 in Kraft trat, wurden die dringendsten und rasch realisierbaren Themen angegangen wie zum Beispiel mehr Gestaltungsmöglichkeiten im Lohnbereich²⁸. Diese Revision stellte den eigentlichen Auftakt der Flexibilisierung dar²⁹. Die grundsätzliche Neuorientierung des Dienstrechts erfolgte schliesslich mit der darauf folgenden Totalrevision des Dienstrechts³⁰, welche zum Bundespersonalgesetz führte. Dieses neue Gesetz stellt einen wichtigen Schritt in der Entwicklung des öffentlichen Dienstrechts in der Schweiz dar. Es führt die Flexibilisierung des Dienstrechts weiter, indem das Dienstrecht sehr stark dem Obligationenrecht angenähert wird³¹. Damit soll gewährleistet werden, dass sich der Bund an die sich stets ändernden arbeitsmarktlichen Bedingungen anpassen und ein arbeitsmarktfähiger Arbeitgeber sein kann³². Das Bundespersonalgesetz setzt damit die mit dem Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG)³³ eingeleitete Regierungs- und Verwaltungsreform im Personalbereich um und verwirklicht einige Forderungen des New Public Management, wie zum Beispiel die Abschaffung des Beamtenstatus oder die Abkehr von einer konditionalen zugunsten einer finalen Normierung³⁴. Das Bundespersonalgesetz stellt ganz im Sinne des New Public Management lediglich einen Rahmenerlass dar³⁵ und enthält zumindest teilweise finale Normen, weshalb das Bundespersonalgesetz auch schon als „Kind des NPM“ bezeichnet wurde³⁶.

²⁶ P. RICHLI, Dienstrecht, S. 18; REHBINDER/KRAUSZ, S. 103; K. SCHEDLER, S. 227.

²⁷ P. RICHLI, Dienstrecht, S. 18; REHBINDER/KRAUSZ, S. 103 und 107 f.

²⁸ BBl 1999 II 1597 ff., 1600.

²⁹ P. HELBLING, Entwicklung, S. 6.

³⁰ BBl 1999 II 1597 ff., 1600.

³¹ BBl 1999 II 1597 ff., 1604, 1609; P. HELBLING, Entwicklung, S. 2 und 15.

³² P. HELBLING, Entwicklung, S. 16.

³³ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010).

³⁴ BBl 1999 II 1597 ff., 1604; GRUBER/SCHWANDER, S. 79.

³⁵ Vgl. zu den Forderungen des NPM an das Rechtssystem HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 1266.

³⁶ P. HELBLING, Entwicklung, S. 15.

B. Gegenstand und Geltungsbereich

I. Gegenstand

Das Bundespersonalgesetz regelt nur das Arbeitsverhältnis des Bundespersonals (Art. 1 BPG)³⁷. Nicht vom Bundespersonalgesetz erfasst werden hingegen die mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen Fragen wie beispielsweise die vermögens- und strafrechtliche Verantwortlichkeit des Bundespersonals, welche Gegenstand der jeweiligen Spezialgesetzgebung ist³⁸.

II. Geltungsbereich

Grundsätzlich gilt das Bundespersonalgesetz für das gesamte Bundespersonal (Art. 2 BPG). Vorbehältlich sonderrechtlicher Normen gilt es aufgrund von Art. 2 BPG für das Personal aller drei Staatsgewalten Legislative, Exekutive und Judikative³⁹ sowie aufgrund von Art. 2 Abs. 1 lit. e BPG auch für die ausgelagerten dezentralisierten Einheiten Post, SBB und weiterer Einheiten nach Art. 2 Abs. 3 RVOG⁴⁰.

Gemäss Art. 2 Abs. 2 BPG nicht dem Bundespersonalgesetz unterstellt sind die von der Bundesversammlung nach Art. 168 BV gewählten Personen und die Lehrlinge, welche dem Berufsbildungsgesetz (BBG)⁴¹ unterstehen. Der umfassende Geltungsbereich des Bundespersonalgesetzes wird zudem durch Spezialgesetze eingeschränkt⁴². Beispielsweise ist aufgrund von Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Rüstungsunternehmen des Bundes (BGRB)⁴³ das Personal der Rüstungsunternehmen ausgenommen. Selbst wenn das Bundespersonalgesetz auf eine bestimmte Personalkategorie grundsätzlich anwendbar ist, können bestimmte Fragen durch ein Spezialgesetz abweichend geregelt sein⁴⁴. So sieht beispielsweise Art. 13 des Bundesgesetz über das Schweizerische Institut

³⁷ BBl 1999 II 1597 ff., 1605.

³⁸ Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) (VG) (SR 170.32); Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB) (SR 311.0); BBl 1999 II 1597 ff., 1605, 1609 f.

³⁹ Dazu BBl 1999 II 1597 ff., 1605; dazu auch P. HELBLING, Entwicklung, S. 17.

⁴⁰ Weiterführend BBl 1999 II 1597 ff., 1605 f.

⁴¹ Bundesgesetz über die Berufsbildung vom 13. Dezember 2002 (SR 412.10).

⁴² Dazu ausführlich BBl 1999 II 1597 ff., 1606; auch P. HELBLING, Entwicklung, S. 17 f.

⁴³ Bundesgesetz über die Rüstungsunternehmen des Bundes vom 10. Oktober 1997 (SR 934.21); dazu auch BBl 1999 II 1597 ff., 1606.

⁴⁴ Dazu ausführlich P. HELBLING, Entwicklung, S. 19 ff., insbesondere S. 21 f.

für Rechtsvergleichung⁴⁵ ein vom Bundespersonalgesetz abweichendes Beschwerdeverfahren vor⁴⁶.

Man wollte mit dem Bundespersonalgesetz ein gemeinsames gesetzliches Dach mit minimalen Vorschriften für sämtliches Bundespersonal schaffen, um damit die Einheitlichkeit des Personalrechts zu wahren⁴⁷. Gleichzeitig wollte man aber auch den unterschiedlichen Bedürfnissen und Gegebenheiten Rechnung tragen, weswegen sehr viele Regelungsgegenstände auf untere Ebenen delegiert werden⁴⁸.

C. Wichtigste Änderungen

I. Bundespersonalgesetz als Rahmenerlass

Das Beamtengesetz regelte selbst zahlreiche Fragen betreffend die Arbeitsverhältnisse beim Bund. Dem Verordnungsgeber wurden nur Fragen untergeordneter Bedeutung überlassen (z. B. Art. 14 BtG)⁴⁹. Das Bundespersonalgesetz hingegen stellt lediglich einen Rahmenerlass dar⁵⁰ und viele Regelsetzungsmöglichkeiten werden auf untere Stufen delegiert (z. B. Art. 15 BPG)⁵¹. Der Gesetzgeber hat im Bundespersonalgesetz lediglich die strategischen Ziele der Bundespersonalpolitik verankert (Art. 4 BPG) und die Mindeststandards für das Arbeitsverhältnis beim Bund definiert⁵². Dichte und Bestimmtheit der Rechtsnormen sind im Vergleich zu vorher tendenziell geringer und es wird zumindest teilweise mit finalen statt konditionalen Regelungen operiert⁵³.

Für die Einschränkung von Freiheitsrechten und somit auch der Meinungsfreiheit ist dies insofern bedeutsam, als dass sich die Struktur der gesetzlichen Grundlage wesentlich geändert hat. Es wird untersucht werden müssen, ob dem Erfordernis der hinreichenden Normbestimmtheit und der hinreichenden Normstufe genügend Rechnung getragen wurde.

⁴⁵ Bundesgesetz über das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung vom 6. Oktober 1978 (SR 425.1).

⁴⁶ Dazu P. HELBLING, Entwicklung, S. 20 f. mit weiteren Beispielen.

⁴⁷ BBl 1999 II 1597 ff., 1605; Votum VOLLMER, Amtl. Bull. NR 1999, S. 2105.

⁴⁸ Votum VOLLMER, Amtl. Bull. NR 1999, S. 2105.

⁴⁹ Vgl. auch Votum DAVID, Amtl. Bull. NR 1999, S. 2036.

⁵⁰ Votum VILLIGER, Amtl. Bull. NR 1999, S. 2045; P. HELBLING, Entwicklung, S. 19.

⁵¹ Dazu Votum DAVID, Amtl. Bull. NR 1999, S. 2036.

⁵² BBl 1999 II 1597 ff., 1604; Votum DAVID, Amtl. Bull. NR 1999, S. 2036.

⁵³ P. HELBLING, Entwicklung, S. 15.

II. Inhaltliche Annäherung an das Obligationenrecht

Nach Art. 6 Abs. 2 BPG gelten für das Arbeitsverhältnis sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts (OR)⁵⁴, soweit das Bundespersonalgesetz und andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen. Trotz inhaltlicher Orientierung am Obligationenrecht ist das Arbeitsverhältnis aber nach wie vor öffentlich-rechtlicher Natur (Art. 8 Abs. 1 BPG). Durch den Verweis in Art. 6 Abs. 2 BPG wird das Obligationenrecht zum Bestandteil des Bundespersonalgesetzes und damit zu öffentlichem Recht⁵⁵. Aufgrund von Art. 6 Abs. 2 und 3 BPG müssen sich die Ausführungsbestimmungen zum Bundespersonalgesetz, die Gesamtarbeitsverträge, die Einzelarbeitsverträge, die Massnahmen und die individuellen Anwendungsakte zumindest an den Rahmen des Obligationenrechts halten, wo nicht im Bundespersonalgesetz selber der Rahmen anders definiert ist⁵⁶.

Auf diese Weise wird das Personalrecht des Bundes weitgehend dem Arbeitsrecht des Obligationenrechts angeglichen, womit Flexibilität bezüglich der Anstellungsbedingungen gewährleistet werden soll⁵⁷. Das Bundespersonalgesetz sieht nur dort eigene, vom Obligationenrecht abweichende Normen vor, wo sich das Obligationenrecht für das Arbeitsverhältnis beim Bund nicht eignet⁵⁸. Darüber hinaus muss das Bundespersonalgesetz angesichts des die gesamte staatliche Tätigkeit beherrschenden Legalitätsprinzips Grundlagen für staatliche Leistungen und Grundrechtseingriffe enthalten, welche in der Privatwirtschaft auch ohne ausdrückliche gesetzliche Verankerung möglich sind⁵⁹.

Es wird die Frage beantwortet werden müssen, ob sich durch die inhaltliche Annäherung an das Obligationenrecht gewisse Konsequenzen für die Beschränkung der Meinungsfreiheit ergeben.

III. Instrument des Gesamtarbeitsvertrags

Art. 38 Abs. 1 BPG sieht für die Post, die SBB und weitere vom Bundesrat dazu ermächtigte Arbeitgeber den Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen (GAV) vor. Auf diese Weise wird durch das Bundespersonalgesetz ein neues Normschöpfungsverfahren eingeführt⁶⁰. Die Normen werden im betreffenden Bereich nicht mehr hoheitlich-einseitig

⁵⁴ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220).

⁵⁵ BBl 1999 II 1597 ff., 1610.

⁵⁶ Dazu auch Votum VILLIGER, Amtl. Bull. NR 1999, S. 2061.

⁵⁷ BBl 1999 II 1597 ff., 1609; Votum DETTLING, Amtl. Bull. NR 1999, S. 2039.

⁵⁸ BBl 1999 II 1597 ff., 1604, 1610; dazu auch P. HELBLING, Entwicklung, S. 23.

⁵⁹ BBl 1999 II 1597 ff., 1604.

⁶⁰ BBl 1999 II 1597 ff., 1630; P. HELBLING, Entwicklung, S. 27.

durch den Bund festgesetzt, sondern sie kommen durch übereinstimmende Willenserklärung zwischen Arbeitgeber und Personalorganisationen zustande⁶¹. Dadurch wird die Sozialpartnerschaft und die Funktion der Personalorganisationen erheblich aufgewertet⁶². Der Gesamtarbeitsvertrag muss sich wie die übrigen Ausführungsbestimmungen an das Bundespersonalgesetz und die zwingenden Bestimmungen des Obligationenrechts halten (Art. 6 Abs. 2 und 3 BPG)⁶³.

Im Hinblick auf dieses neue Normschöpfungsverfahren wird sich insbesondere die Frage stellen, ob und inwiefern der Gesamtarbeitsvertrag auch Grundlage für Einschränkungen von Freiheitsrechten sein kann.

IV. Anstellung durch Einzelarbeitsvertrag

Dass das neue Personalrecht durch den Vertragsgedanken geprägt ist, zeigt sich auch anhand der Form der Anstellung. Das Dienstverhältnis wird nicht mehr wie im Beamtengesetz durch mitwirkungsbedürftige Verfügung, sondern aufgrund von Art. 8 Abs. 1 BPG durch einen öffentlich-rechtlichen schriftlichen Vertrag begründet⁶⁴.

Es wird sich die Frage stellen, ob und inwiefern sich die Anstellung durch Vertrag auf Freiheitsrechtseinschränkungen des Staatspersonals auswirkt. Könnte etwa mittels einer Bestimmung im öffentlich-rechtlichen Einzelarbeitsvertrag die Meinungsfreiheit beschränkt werden?

V. Abschaffung des Amtsdauersystems

Während der Geltung des früheren Beamtengesetzes wurden die Beamten im Bund in der Regel auf die Amtszeit von vier Jahren gewählt (Art. 6 BtG). Das Bundespersonalgesetz enthält das Amtsdauersystem grundsätzlich nicht mehr, sondern ersetzt die Wahl auf Amtsdauer durch ein unbefristetes, kündbares Arbeitsverhältnis (Art. 9 – 12 BPG). Nur für die Mitglieder der eidgenössischen Schieds- und Rekurskommissionen ist weiterhin die Amtsdauer vorgesehen (Art. 9 Abs. 3 BPG). Daneben können aufgrund von Art. 9 Abs. 4 BPG die Bundesversammlung und das Bundesgericht je für ihren Bereich regeln, welches Personal auf Amtsdauer angestellt wird. Art. 9 Abs. 5 BPG erteilt dem Bundesrat die Kompetenz, die Wahl auf Amtsdauer für weiteres Personal vorzusehen, welches vom Anstellungsorgan unabhängig sein muss.

⁶¹ BBl 1999 II 1597 ff., 1630; vgl. auch P. HELBLING, Entwicklung, S. 28.

⁶² BBl 1999 II 1597 ff., 1630 f.; Votum DAVID, Amtl. Bull. NR 1999, S. 2036.

⁶³ Dazu auch BBl 1999 II 1597 ff., 1609.

⁶⁴ BBl 1999 II 1597 ff., 1610.

In der Lehre wird teilweise die Meinung vertreten, dass zwischen der Amtsdauergarantie und der Treuepflicht des Staatspersonals ein Zusammenhang besteht⁶⁵. Die Einschränkung der Meinungsfreiheit von Staatsangestellten wurde in der Vergangenheit oftmals auch durch die Treuepflicht gerechtfertigt⁶⁶. Es wird deswegen untersucht werden müssen, ob tatsächlich ein Zusammenhang zwischen Treuepflicht und Amtsdauergarantie besteht und welche Konsequenzen sich daraus für die Meinungsfreiheit des Staatspersonals ergeben.

VI. Neue Instrumente für die Personalpolitik und Personalführung

Das Bundespersonalgesetz enthält zahlreiche neue Instrumente für eine fortschrittliche Personalpolitik. Das starre und detaillierte Lohnsystem des Beamtengesetzes beispielsweise wurde im Bundespersonalgesetz in Richtung Leistungsentlohnung weiterentwickelt (vgl. Art. 15 Abs. 1 BPG)⁶⁷. Auf diese Weise wird die Entlohnung zu einem wesentlichen Führungsinstrument⁶⁸. Gleichzeitig hält das Bundespersonalgesetz auch am herkömmlichen Führungsinstrument des Disziplinarwesens fest, wobei aber nicht mehr wie im Beamtengesetz von Disziplinarmaßnahmen gesprochen wird, sondern von Massnahmen, welche nach der Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten den geordneten Vollzug der Aufgaben wieder sicherstellen (Art. 25 BPG). Damit wird stärker als bisher zum Ausdruck gebracht, dass die Massnahmen nicht pönalen, sondern lenkenden Charakter haben⁶⁹.

Es fragt sich, ob die moderne Personalpolitik und Personalführung ein Indiz dafür ist, dass andere Bedürfnisse hinsichtlich der Beschränkung der Meinungsfreiheit des Bundespersonals bestehen.

VII. Fazit

Durch das Bundespersonalgesetz haben sich einige wesentliche Elemente des Personalrechts stark geändert. Diese Änderungen könnten sich eventuell auf die zu prüfenden Einschränkungen der Meinungsfreiheit durch das Bundespersonalgesetz auswirken. Den tiefgreifenden Änderungen im Bundespersonalrecht ist somit bei den folgenden Untersuchungen Rechnung zu tragen. Zuerst wird nun aber allgemein beantwortet werden

⁶⁵ Zu dieser Problematik eingehend M. MICHEL, *Beamtenstatus*, S. 39 mit weiteren Hinweisen.

⁶⁶ Statt vieler BGE 108 Ia 172, 175 f. E. 4b/aa.

⁶⁷ P. HELBLING, *Entwicklung*, S. 31.

⁶⁸ BBl 1999 II 1597 ff., 1605.

⁶⁹ BBl 1999 II 1597 ff., 1621.

müssen, wie gesetzliche Grundlagen zur Einschränkung der Meinungsfreiheit im öffentlichen Dienstrecht überhaupt zu konzipieren sind.

Kapitel 2: Anforderungen an gesetzliche Grundlagen

§ 3 Problemstellung

Für Einschränkungen von Freiheitsrechten ist aufgrund von Art. 36 Abs. 1 BV eine gesetzliche Grundlage erforderlich. In diesem Kapitel soll die Frage beantwortet werden, welche formelle Anforderungen gesetzliche Grundlagen nun im Detail erfüllen müssen, um mit der Statuierung dienstrechtlicher Pflichten die Meinungsfreiheit von Bundesangestellten einschränken zu können. Die Beantwortung dieser Frage ist nur möglich, wenn man sich darüber im Klaren ist, *welche* dienstrechtliche Pflichten die Meinungsfreiheit von Bundesangestellten einschränken sollen. Zur Einschränkung der Meinungsfreiheit kommen im Bundespersonalgesetz primär die Treuepflicht (Art. 20 BPG) und die Schweigepflicht (Art. 22 BPG) in Frage. Folglich muss in diesem Kapitel primär die Frage beantwortet werden, wie Normen konzipiert werden sollten, welche zur Einschränkung der Meinungsfreiheit eine Treuepflicht oder Schweigepflicht statuieren. Wenn die Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen feststehen, kann anschliessend geprüft werden, ob die zur Zeit bestehenden gesetzlichen Grundlagen im Bundespersonalgesetz die Meinungsfreiheit der Bundesangestellten tatsächlich einschränken können. Welche Anforderungen müssen also gesetzliche Grundlagen erfüllen, damit gestützt darauf Einschränkungen der Meinungsfreiheit möglich sind? Die Antwort auf diese Frage muss primär anhand der Verfassung und des die Verfassung konkretisierenden Gesetzesrechts grundsätzlicher Art erfolgen. Falls die Beantwortung der Frage aufgrund der Verfassung und des Gesetzesrechts nicht genau möglich ist, kann eventuell auch eine Auseinandersetzung mit den Auffassungen in Lehre und Rechtsprechung zur Lösung führen.

§ 4 Verfassung und Gesetz

A. Allgemeines

Die Bundesverfassung hält in Art. 36 Abs. 1 BV zu den gesetzlichen Grundlagen im Falle der Einschränkung von Freiheitsrechten Folgendes fest:

„Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.“

Für die Gesetzgebung auf Bundesebene wird zudem durch Art. 164 Abs. 1 BV hinsichtlich der Einschränkung verfassungsmässiger Rechte Folgendes vorgeschrieben:

„Alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen sind in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Dazu gehören insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über:

...

b. die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte;

...“

Die Vorgaben der Verfassung werden teilweise durch das Parlamentsgesetz (ParlG)⁷⁰ konkretisiert. So wird in Art. 22 Abs. 4 ParlG ausgeführt, was unter dem Begriff der rechtsetzenden Bestimmungen zu verstehen ist:

„Als rechtsetzend gelten Bestimmungen, die in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Weise Pflichten auferlegen, Rechte verleihen oder Zuständigkeiten festlegen.“

In Art. 22 Abs. 2 ParlG kommt überdies zum Ausdruck, dass auch nicht wichtige rechtsetzende Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes erlassen werden können⁷¹.

B. Erfordernis der gesetzlichen Grundlage

Da im Falle der Einschränkung der Meinungsfreiheit des Bundespersonals kaum Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV denkbar sind, braucht es für die Einschränkung von Verfassungen wegen eine gesetzliche Grundlage. Aus der Verfassung ergeben sich bezüglich der gesetzlichen Grundlage zwei Erfordernisse, nämlich das Erfordernis des Rechtssatzes und das Erfordernis der Gesetzesform.

⁷⁰ Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) (SR 171.10).

⁷¹ Dazu auch L. ODERMATT, S. 109.

I. Erfordernis des Rechtssatzes

Eine Einschränkung der Meinungsfreiheit des Bundespersonals muss von Verfassungs wegen eine Grundlage in einem Rechtssatz, das heisst einer generell-abstrakten Norm haben, welche genügend bestimmt ist⁷². Das Bestimmtheitserfordernis ergibt sich freilich nicht unmittelbar aus dem Verfassungstext⁷³, ist aber zwingenderweise untrennbar mit der Forderung nach einer generell-abstrakten Norm verknüpft und gilt aufgrund des allumfassenden Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV)⁷⁴ über Einschränkungen von Freiheitsrechten hinaus für jede Rechtsnorm⁷⁵. Ist nämlich eine generell-abstrakte Norm viel zu unbestimmt, so kann sie genauso wenig eine wirksame rechtsstaatliche Schranke bilden, wie wenn keine generell-abstrakte Norm vorliegen würde⁷⁶.

II. Erfordernis der Gesetzesform

Für schwerwiegende Einschränkungen von Freiheitsrechten wird von Art. 36 Abs. 1 BV ein Gesetz im formellen Sinne verlangt, womit Anforderungen an die Normstufe gestellt werden⁷⁷. Diese Unterteilung in schwerwiegende und nicht schwerwiegende Eingriffe klingt auf Bundesebene auch in der Bestimmung des Art. 164 Abs. 1 lit. b BV an⁷⁸.

Was die Gesetzesdelegation betrifft, so sieht Art. 164 Abs. 2 BV für den Bund vor, dass Rechtsetzungsbefugnisse durch Bundesgesetz übertragen werden können, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird. Da aufgrund von Art. 36 Abs. 1 BV schwerwiegende Einschränkungen beziehungsweise aufgrund von Art. 164 Abs. 1 lit. b BV wichtige und grundlegende Bestimmungen⁷⁹ über die Einschränkung verfas-

⁷² HÄFELIN/HALLER, Rz. 308; B. WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe, S. 136; R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV, Rz. 11.

⁷³ Kritisch dazu B. WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe, S. 136.

⁷⁴ HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 413.

⁷⁵ Vgl. statt vieler BGE 129 I 161, 163 E. 2.2; 123 I 1, 3 f. E. 2b; vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 386 ff., wonach allerdings bei Eingriffen in Freiheitsrechte besonders hohe Anforderungen zu stellen sind; vgl. zu den Kriterien für die Wahl des Bestimmtheitsgrades G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 222 und Fn. 410 mit weiteren Hinweisen; vgl. W. RITTER, S. 180 ff.; vgl. T. COTTIER, S. 144 ff.; vgl. G. STEINMANN, S. 62 ff.; vgl. H. DUBS, S. 223 ff.; vgl. Y. HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 11; vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, Rz. 1748 ff.

⁷⁶ Vgl. zu dieser Problematik BGE 109 Ia 273, 283 E. 4d; vgl. auch C. SCHOCH, S. 6.

⁷⁷ Dazu eingehend R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV, Rz. 12.

⁷⁸ R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV, Rz. 12; K. SUTTER-SOMM, St. Galler Kommentar zu Art. 164 BV, Rz. 10, welche auf das Prinzip der Einheit der Verfassung hinweist; B. WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe, S. 137.

⁷⁹ In der Lehre herrscht Uneinigkeit über die Frage, ob die Adjektive „wichtig“ und „grundlegend“ in Art. 164 Abs. 1 BV Synonyme darstellen. Bejahend: G. MÜLLER, Formen, S. 260; K. SUTTER-SOMM, St. Galler Kommentar zu Art. 164 BV, Rz. 5; KLEY/FELLER, S. 235. Verneinend: M. BEUSCH, S. 240 f.

sungsmässiger Rechte in einem Gesetz im formellen Sinne verankert sein müssen, ist diesbezüglich eine Gesetzesdelegation von Verfassungs wegen nicht zulässig⁸⁰.

C. Fazit

Aus der Verfassung und dem konkretisierenden Gesetzesrecht ergibt sich hinsichtlich der gesetzlichen Grundlage für die Einschränkung von Freiheitsrechten lediglich, dass der Eingriff durch eine generell-abstrakte, genügend bestimmte Norm vorgesehen sein muss. Bei schwerwiegenden Eingriffen beziehungsweise im Falle wichtiger und grundlegender Bestimmungen über die Einschränkung verfassungsmässiger Rechte ist zudem ein Gesetz im formellen Sinn erforderlich. Die Verfassung und das Gesetzesrecht enthalten aber keine Angaben dazu, wie bestimmt eine Norm sein muss. Es wird auch nicht genau klar, was als schwerwiegender Eingriff beziehungsweise als wichtige, grundlegende Bestimmung über verfassungsmässige Rechte zu gelten hat⁸¹. Aus diesem Grund wird im Folgenden auf Lehre und Rechtsprechung Bezug genommen. Lehre und Rechtsprechung haben seit langem Kriterien entwickelt, um den Entscheid darüber, wie bestimmt eine Norm sein muss und auf welcher Rechtsetzungsebene sie zu verankern ist, fassbarer zu machen⁸². Mit Hilfe dieser Kriterien wird gleich anschliessend untersucht, welche Bestimmtheit eine Norm aufweisen muss, welche die Meinungsfreiheit von Bundesangestellten einschränken soll. Anschliessend soll die Frage beantwortet werden, welche Normstufe gewählt werden muss beziehungsweise ob und wie breit die Einschränkung der Meinungsfreiheit durch ein Gesetz im formellen Sinne demokratisch abgestützt sein muss. Da nur noch die erforderliche *Bestimmtheit* des Rechtssatzes und die erforderliche *Normstufe* mit Hilfe von Lehre und Rechtsprechung eruiert werden müssen, wird im Folgenden vom Gebot der hinreichenden Normbestimmtheit und dem Gebot hinreichender Normstufe gesprochen⁸³.

Meiner Meinung nach sind die Adjektive „wichtig“ und „grundlegend“ wegen der bei G. MÜLLER und K. SUTTER-SOMM genannten Gründe als Synonyme zu verstehen.

⁸⁰ K. SUTTER-SOMM, St. Galler Kommentar zu Art. 164 BV, Rz. 22; Frage offen gelassen in: HÄFELIN/HALLER, Rz. 1870; G. MÜLLER, Bundesgesetze, S. 36 f.

⁸¹ Zu diesem Problem vgl. auch K. SUTTER-SOMM, St. Galler Kommentar zu Art. 164 BV, Rz. 19; vgl. auch L. MADER, Erlassformen, S. 20.

⁸² Vgl. gleich anschliessend unten Kapitel 2:§ 5.

⁸³ Zu diesen Begriffen M. MÜLLER, Erfordernis, S. 35.

§ 5 Rechtsprechung und Lehre

A. Gebot der hinreichenden Normbestimmtheit

I. Allgemeines

Das Bestimmtheitserfordernis ist in Rechtsprechung und Lehre von grosser Bedeutung⁸⁴. Gemäss Rechtsprechung und Lehre darf das Bestimmtheitserfordernis nicht in absoluter Weise verstanden werden⁸⁵. Das Bestimmtheitserfordernis bedeutet vielmehr, dass es dem Rechtssetzer verboten ist, dem Rechtsanwender ohne zwingende praktische Gründe Entscheidungsspielräume zu eröffnen⁸⁶. Es kann nicht in allen Fällen das gleiche Mass an Bestimmtheit verlangt werden, sondern in gewissen Fällen bringt die Natur der zu regelnden Frage zwingendermassen eine gewisse Offenheit der Norm mit sich⁸⁷. Gerade im Bereich des öffentlichen Dienstes betrachtet die bundesgerichtliche Rechtsprechung deshalb aus mehreren Gründen offenere Regelungen als unvermeidlich und zulässig⁸⁸. Auch die Lehre lässt bei besonderen Rechtsverhältnissen wie dem öffentlichen Dienst

⁸⁴ Statt vieler BGE 124 I 40, 43 E. 3b; 117 Ia 472, 479 f. E. 3e; 109 Ia 273, 282 f. E. 4d; sowie statt vieler Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) i. S. Kokkinakis / Griechenland vom 25. Mai 1993, Serie A Bd. 260 sowie www.echr.coe.int, Ziff. 40; HÄFELIN/HALLER, Rz. 308; B. WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe, S. 136; KLEY/TOHPINKE, St. Galler Kommentar zu Art. 16 BV, Rz. 14; R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV, Rz. 11.

⁸⁵ BGE 129 I 161, 163 E. 2.2; 128 I 327, 339 f. E. 4.2; 123 I 1, 5 E. 4b; 123 I 112, 124 E. 7a; 117 Ia 472, 479 E. 3e; 109 Ia 273, 284 E. 4d; Urteil EGMR i. S. Silver / Vereinigtes Königreich vom 25. März 1983, Serie A Bd. 61 sowie www.echr.coe.int, Ziff. 88; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, Rz. 1749; M. MÜLLER, Erfordernis, S. 38; H. DUBS, S. 246; T. COTTIER, S. 27; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 388; zum Gesetz im Sinne der europäischen Menschenrechtskonvention in diesem Zusammenhang R. WEISS, S. 142.

⁸⁶ So explizit BGE 115 Ia 277, 288 E. 7a; B. WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe, S. 136; H. DUBS, S. 225; vgl. auch W. RITTER, S. 180; vgl. auch G. STEINMANN, S. 62 ff.

⁸⁷ Statt vieler BGE 128 I 327, 339 f. E. 4.2; vgl. auch Urteil EGMR i. S. Goodwin / Großbritannien vom 27. März 1996, Recueil 1996 – 2, numéro de requête 17'488/90 sowie www.echr.coe.int, Ziff. 33; H. DUBS, S. 228 und 239; M. MÜLLER, Erfordernis, S. 38; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 388; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, Rz. 1749.

⁸⁸ Vgl. statt vieler BGE 123 I 1, 6 E. 4c, wonach eine gewisse Flexibilität im öffentlichen Dienstrecht unvermeidlich und zulässig ist; BGE 123 I 296, 303 E. 3 wonach die Beamten freiwillig ins besondere Rechtsverhältnis eintreten und deswegen die Bestimmtheit der Norm weniger hohen Anforderungen genügen muss. Vgl. auch BGE 121 I 230, 239 E. 3g/dd, in welchem ebenfalls die Freiwilligkeit eine Rolle spielte. Zur Lockerung der Anforderungen an das Bestimmtheitserfordernis im besonderen Rechtsverhältnis durch die Rechtsprechung M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 31 ff., insbesondere zum öffentlichen Dienst S. 36 ff. mit Hinweisen auf die Judikatur.

unbestimmte Normen in einem grösseren Umfang zu⁸⁹. Es stellt sich also vielmehr die Frage, welches der optimale Bestimmtheitsgrad einer Norm ist, welche die Meinungsfreiheit von Bundesangestellten einschränken soll.

Zur Festlegung des erforderlichen Bestimmtheitsgrades von Normen sind durch Lehre und Rechtsprechung im Laufe der Jahre zahlreiche Kriterien entwickelt worden⁹⁰. Mit Hilfe dieser Kriterien soll nun bestimmt werden, welchen Bestimmtheitsgrad eine Norm aufweisen muss, die eine Treuepflicht oder Schweigepflicht statuiert und die Meinungsfreiheit des Bundespersonals einschränken können muss. Dabei soll eine kritische Auseinandersetzung mit den von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Kriterien stattfinden.

II. Kriterien zur Festlegung des Bestimmtheitsgrades

1. Grundsatz

Meiner Meinung nach muss man sich bei der Festlegung des optimalen Bestimmtheitsgrades immer vor Augen halten, welche Funktion das Bestimmtheitserfordernis hat. Das Bestimmtheitserfordernis dient primär der Rechtsgleichheit und der Rechtssicherheit⁹¹. Durch die Bindung der Behörden an einen *bestimmten* Rechtssatz wird für die Bürger Rechtssicherheit im Sinne von Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit des Verwaltungshandelns garantiert⁹². Durch die Bestimmtheit des Rechtssatzes wird zudem Rechtsgleichheit garantiert, da im Falle einer bestimmten Norm ein genauer Massstab für das Handeln und Entscheiden der Behörden gegeben ist⁹³. Ausserdem dient das Bestimmtheitserfordernis auch der Realisierungsgewissheit, denn nur im Falle eines genügend bestimmten Rechtssatzes können die Bürger mit optimalen Vollzugschancen rechnen⁹⁴. Diese Funktionen des Bestimmtheitserfordernisses sind bei der Beurteilung und Anwendung der einzelnen Kriterien zur Festlegung des optimalen Bestimmtheitsgrades

⁸⁹ Dazu eingehend M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 21 f., wonach in der heutigen Doktrin anerkannt ist, dass im Rahmen der Zwecksetzung des in Frage stehenden besonderen Rechtsverhältnisses offene und unbestimmte Normierungen in einem tendenziell grösseren Umfang zu dulden sind, zumal wenn es sich um freiwillig begründete Rechtsverhältnisse handelt. Des Weiteren: B. WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe, S. 137; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 481; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, Rz. 1759; vgl. auch P. MOOR, Vol. I, S. 363 f.; kritisch A. GRIFFEL, Grundrechtsschutz, S. 26.

⁹⁰ Zu den Bestimmtheitskriterien der Lehre: G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 220 ff. mit weiteren Hinweisen; W. RITTER, S. 182 ff.; T. COTTIER, S. 194 ff.; R. A. RHINOW, S. 263 ff.; H. DUBS, S. 241 ff.

⁹¹ Statt vieler BGE 127 V 431, 434 E. 2b/aa; HÄFELIN/HALLER, Rz. 309; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 386 f.; G. MÜLLER, Funktionen, S. 15; Y. HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 12.

⁹² G. MÜLLER, Funktionen, S. 15 f.; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 387; HÄFELIN/HALLER, Rz. 309.

⁹³ G. MÜLLER, Funktionen, S. 16.

⁹⁴ G. MÜLLER, Funktionen, S. 16; T. COTTIER, S. 147.

stets zu berücksichtigen. Von Lehre und Rechtsprechung als massgebliche Kriterien werden betrachtet die Art der zu regelnden Sachverhalte, die mit einer Norm verfolgten Interessen, der Adressatenkreis der Norm, die im konkreten Fall existierenden Vollzugsbedingungen, die Intensität des Eingriffs, die Freiwilligkeit des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses und gelegentlich auch der Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses⁹⁵. Im Folgenden wird im Einzelnen auf jedes Kriterium eingegangen.

2. Art der zu regelnden Sachverhalte

a Grundsätze

Der Bestimmtheitsgrad hängt in hohem Masse vom zu regelnden Sachverhalt ab⁹⁶. Wenn beispielsweise eine Vielzahl von ähnlich gelagerten Sachverhalten zu regeln ist, sind hohe Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen⁹⁷. Andererseits gibt es Fälle, in welchen aufgrund der Art der zu regelnden Sachverhalte eine hohe Bestimmtheit der Norm gar nicht möglich ist⁹⁸. So ist gemäss Rechtsprechung und Lehre eine gewisse Unbestimmtheit der Norm unvermeidlich, wenn die Vielfalt und Vielgestaltigkeit der zu ordnenden Sachverhalte nicht abstrakt fassbar ist⁹⁹. Unvermeidlich ist die Unbestimmtheit der Norm ebenfalls dann, wenn die im Einzelfall erforderliche Entscheidung sehr komplex ist¹⁰⁰. So können für die Entscheidung des Einzelfalls derart viele Faktoren bedeutsam sein, dass die Bewertung und Gewichtung dieser Faktoren nicht endgültig in einer generell-abstrakten Norm erfolgen kann¹⁰¹. Eine hohe Bestimmtheit der generell-abstrakten Norm ist auch dann nicht möglich, wenn erst bei der Konkretisierung im Einzelfall eine Entscheidung möglich ist¹⁰². Dies ist der Fall, wenn zur Erreichung des Gesetzeszwecks Unterscheidungen getroffen werden müssen, welche sich nicht aus den zu regelnden Sachverhalten ergeben können, sondern auf einer Willensentscheidung beruhen¹⁰³. So kann beispielsweise eine noch so ausgeklügelt formulierte Bestimmung

⁹⁵ Statt vieler BGE 109 Ia 273, 284 E. 4d; G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 220 ff.; G. MÜLLER, Funktionen, S. 16 f.; W. RITTER, S. 182 ff.; H. DUBS, S. 241; G. STEINMANN, S. 246 ff.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, Rz. 1749 ff.; L. MADER, Regulierung, S. 98; M. WIRTHLIN, S. 516; M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 22 mit weiteren Hinweisen.

⁹⁶ BGE 113 Ib 60, 63 E. 3b; vgl. auch BGE 128 I 327, 340 E. 4.2; 124 I 40, 42 f. E. 3b; 123 I 1, 6 E. 4b; 109 Ia 273, 284 E. 4d; M. WIRTHLIN, S. 516; vgl. auch H. DUBS, S. 241; vgl. auch W. RITTER, S. 182 ff.

⁹⁷ BGE 123 I 1, 5 f. E. 4b.

⁹⁸ BGE 109 Ia 273, 284 E. 4d; H. DUBS, S. 241; W. RITTER, S. 182 ff.

⁹⁹ BGE 125 II 417, 429 E. 6c; 123 I 1, 6 E. 4b; 109 Ia 273, 284 E. 4d; vgl. auch BGE 128 I 327, 340 E. 4.2; 117 Ia 472, 479 E. 3e.; H. DUBS, S. 241; W. RITTER, S. 182 f.; P. KIRCHHOF, S. 23.

¹⁰⁰ BGE 109 Ia 273, 284 E. 4d; vgl. auch BGE 128 I 327, 340 E. 4.2; R. WANK, S. 137; H. DUBS, S. 241; W. RITTER, S. 182.

¹⁰¹ W. RITTER, S. 182.

¹⁰² BGE 109 Ia 273, 284 E. 4d; L. MADER, Regulierung, S. 98; W. RITTER, S. 183 f.

¹⁰³ W. RITTER, S. 183 f.; zu diesem Kriterium vgl. auch H. DUBS, S. 240 f.

des Raumplanungsgesetzes nicht die Gründe umschreiben, weshalb ein Grundstück der Bauzone und das andere der Landwirtschaftszone zugewiesen wird, sondern die Zuweisung kann nur durch eine Willensentscheidung bei der Konkretisierung des Raumplanungsgesetzes erfolgen¹⁰⁴. Eine hohe Bestimmtheit der Norm ist ebenfalls nicht möglich, wenn sich die zu regelnden Sachverhalte schnell ändern¹⁰⁵ oder wenn die zu regelnden Sachverhalte noch nicht genau bekannt sind, weil notwendige zum Beispiel wissenschaftliche oder technische Erkenntnisse fehlen¹⁰⁶.

b Würdigung

Das Bundesgericht hat bezüglich des öffentlichen Dienstes festgehalten, dass es gerade bei der Umschreibung der Treuepflicht nicht möglich sei, alle denkbaren Fälle in einer Verhaltensnorm zu erfassen¹⁰⁷. Ob die Treuepflicht verletzt sei, hänge so sehr von den Umständen des Einzelfalles ab, dass es praktisch unmöglich sei, Normen zu erlassen, die einen einigermaßen erheblichen Konkretisierungsgrad aufweisen¹⁰⁸. Auch wird in der Lehre einhellig die Meinung vertreten, dass nicht jede Situation im Zusammenhang mit der Treuepflicht durch eine klare und eindeutige Regelung erfasst werden könne und dass deswegen Generalklauseln zulässig seien¹⁰⁹.

Mit der Treuepflicht und Schweigepflicht werden in der Tat Sachverhalte geregelt, welche sehr vielgestaltig sind. Selbst wenn man beispielsweise die Treuepflicht nur im Hinblick auf die Einschränkung der Meinungsfreiheit betrachtet, wird offensichtlich, dass die mit der Treuepflicht zu regelnden Sachverhalte sehr vielgestaltig sind. So kann eine Meinungsäußerung die unterschiedlichsten Inhalte aufweisen. Die Meinung kann auch in ganz unterschiedlicher Form geäußert werden. Es sind zum Beispiel sachliche, höfliche, angriffige oder polemische Meinungsäußerungen denkbar. Es ist zudem zu berücksichtigen, dass die Treuepflicht für Staatsangestellte mit verschiedenen Funktionen und in unterschiedlicher Stellung gelten muss. Gerade das Bundespersonalgesetz hat einen sehr umfassenden persönlichen Geltungsbereich¹¹⁰ und statuiert somit die Pflicht zur Inte-

¹⁰⁴ W. RITTER, S. 183 f.; H. DUBS, S. 240 f.

¹⁰⁵ W. RITTER, S. 183; L. MADER, Regulierung, S. 99; R. WANK, S. 136 f.; P. KIRCHHOF, S. 23.

¹⁰⁶ BGE 127 V 431, 435 f. E. 2c; 113 Ib 60, 64 E. 3b; P. KIRCHHOF, S. 23.

¹⁰⁷ Entscheid BGer vom 22. Dezember 1983, ZBl 1984, S. 308 ff., S. 312 E. 2c/aa, wobei auf S. 314 in Erwägung 3b allerdings gleichzeitig festgehalten wird, dass die fraglichen Pflichten der Beamten im aargauischen Recht wie die entsprechenden Bestimmungen in Art. 21 und 22 BtG ausserordentlich unbestimmt sind. Vgl. auch unveröff. Urteil BGer vom 29. Oktober 1987, E. 2b, zitiert nach P. HÄNNI, Dienstrecht, S. 104 f., S. 105.

¹⁰⁸ Entscheid BGer vom 22. Dezember 1983, ZBl 1984, S. 308 ff., S. 312 E. 2c/aa.

¹⁰⁹ P. HÄNNI, neues Personalrecht, Rz. 206; M. RITTER, S. 182; Y. HANGARTNER, Vertrauenswürdigkeit, S. 390; schon P. BELLWALD, S. 49 und Fn. 119; schon P. KÖFER, S. 37; vgl. I. HÄNER, Grundrechte, S. 411.

¹¹⁰ Vgl. oben Kapitel 1:§ 2B.II.

ressenwahrung für Bundesangestellte mit den unterschiedlichsten Aufgabenbereichen. Die Vielgestaltigkeit der zu regelnden Sachverhalte rührt also auch daher, dass die Person, welche die Meinung äussert, ganz unterschiedliche Funktionen haben kann¹¹¹. Auch die Schweigepflicht regelt ebenso wie die Treuepflicht eine Vielzahl von ganz verschiedenen, vielgestaltigen Sachverhalten. Es ist nicht möglich, jeden einzelnen Fall, in welchem die Schweigepflicht relevant werden kann, in einer Norm aufzuzählen.

Des Weiteren kann man sich zusätzlich fragen, ob die durch die Treuepflicht und Schweigepflicht geregelten Sachverhalte sich so schnell ändern, dass ein hoher Bestimmtheitsgrad nicht möglich ist. Die Auffassungen darüber, was die Treuepflicht beinhalten soll, haben sich tatsächlich im Laufe der Zeit stark gewandelt¹¹². Dieser Wandel hat sich aber sehr langsam und über einen grossen Zeitraum hin vollzogen¹¹³. Von schnell sich ändernden Sachverhalten derart, dass eine bestimmte Regelung überhaupt nicht möglich ist, kann also keinesfalls gesprochen werden¹¹⁴. Dasselbe gilt auch für die Schweigepflicht.

Es kann somit abschliessend festgehalten werden, dass mit der Treuepflicht und Schweigepflicht im öffentlichen Dienst Sachverhalte geregelt werden sollen, die sehr vielgestaltig sind. Dies ist bei der Festlegung des Bestimmtheitsgrades zu berücksichtigen. Aufgrund der Vielgestaltigkeit der zu regelnden Sachverhalte ist es nicht möglich, in Form einer kasuistischen Normierung alle denkbaren Situationen zu erfassen¹¹⁵, in welchen eine Meinungsäusserung zu unterbleiben hat. Die Treuepflicht oder Schweigepflicht muss aus diesem Grund in Form einer generellen Norm statuiert werden.

3. Die mit der Norm verfolgten Interessen

a Grundsätze

Ebenfalls ein in der Lehre und Rechtsprechung oft genanntes und verwendetes Kriterium für die Festlegung des erforderlichen Bestimmtheitsgrades sind die mit der Regelung verfolgten Interessen¹¹⁶. Ist das Ziel einer Norm vor allem, das Verhalten von Behörden

¹¹¹ Vgl. auch I. HÄNER, Grundrechte, S. 405 f., wonach sich die Treuepflicht in erster Linie auf das konkrete Rechtsverhältnis bezieht, insoweit relativer Natur ist und eine generelle Umschreibung nicht in allen Teilen denkbar ist.

¹¹² Vgl. unten Kapitel 4:§ 12.

¹¹³ Vgl. unten Kapitel 4:§ 12.

¹¹⁴ Etwas anders dagegen Botschaft und Entwurf des Regierungsrates an den Kantonsrat von Solothurn vom 26. März 1991 betreffend das Gesetz über das Staatspersonal, RRB Nr. 1047, S. 19 f., wonach bei der Treuepflicht Raum für die sich weiter entwickelnde Praxis gelassen werden soll.

¹¹⁵ Zur kasuistischen Normierung G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 233.

¹¹⁶ BGE 124 I 40, 43 E. 3b; 123 I 1, 6 E. 4b; 109 Ia 273, 284 E. 4d, wonach das Bedürfnis nach einer sachgerechten Entscheidung im Einzelfall für eine gewisse Offenheit der fraglichen Norm spricht;

und Privaten voraussehbar zu machen, rechtsgleiche Behandlung durch Vorgabe eines genauen Massstabes zu gewährleisten und das staatliche Handeln durch die Bindung an genaue Anordnungen des Gesetzgebers demokratisch breit abzustützen, so muss die Norm einen hohen Bestimmtheitsgrad aufweisen¹¹⁷. Bei Verhaltensnormen beispielsweise, welche unmittelbar durch Androhung von Sanktionen ein bestimmtes Verhalten des Bürgers bewirken sollen, ist das Interesse an Voraussehbarkeit sehr hoch¹¹⁸. Bei solchen Verhaltensnormen hat deswegen die Forderung der Bestimmtheit eine besondere Bedeutung¹¹⁹.

Soll hingegen Raum für die Konkretisierung durch flexiblere Rechtsetzung auf unterer Stufe geschaffen werden, oder soll bei der Anwendung der Norm den Umständen des Einzelfalles Rechnung getragen werden können, so muss die Regel offen und unbestimmt sein¹²⁰. Dasselbe gilt, wenn – ganz im Sinne des New Public Management – den rechtsanwendenden Behörden Handlungsspielraum für wirkungsorientierte, effektive und effiziente Lösungen gewährt werden soll¹²¹.

b Würdigung

Das Bestimmtheitsanforderung dient primär der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit¹²². Für die Festlegung des Bestimmtheitsgrades ist es somit wichtig zu wissen, ob mit der betreffenden Norm überhaupt Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit gewährleistet werden sollen oder ob die Realisierung anderer Interessen wie der Einzelfallgerechtigkeit überwiegt. Der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit kommen im Personalrecht grundsätzlich grosse Bedeutung zu, da dort Rechte und Pflichten der Staatsangestellten geregelt werden¹²³. Gerade auch die Treuepflicht und Schweigepflicht sind Verhaltensnormen, weswegen ein sehr hohes Interesse an Voraussehbarkeit besteht und dem Erfordernis der Bestimmtheit eine grosse Bedeutung zukommt¹²⁴. Rechte und Pflichten müssen so bestimmt umschrieben sein, dass Klarheit besteht, wie Staatsangestellte sich

G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 80 und 221; M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 32 f.; vgl. auch P. NOLL, S. 269 ff.; vgl. auch R. HOTZ, S. 169 ff.

¹¹⁷ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 220 f.; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 1269; G. MÜLLER, Funktionen, S. 16 f.; H. HILL, S. 109; R. HOTZ, S. 169 ff.

¹¹⁸ P. NOLL, S. 269; vgl. N. OBERHOLZER, S. 24.

¹¹⁹ BGE 123 I 1, 6 E. 4b; N. OBERHOLZER, S. 24; T. WYSS, S. 225; H. DUBS, S. 245 f.; P. NOLL, S. 269; L. MADER, Regulierung, S. 98.

¹²⁰ BGE 125 II 417, 429 E. 6c; 123 I 1, 6 E. 4b; G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 80 und 220 f.; G. MÜLLER, Funktionen, S. 16 f.; M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 32; vgl. T. COTTIER, S. 201; vgl. P. NOLL, S. 282; vgl. R. HOTZ, S. 175 ff.

¹²¹ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 220 f.; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 1269.

¹²² Vgl. oben Kapitel 2:§ 5A.II.1.

¹²³ G. MÜLLER, Funktionen, S. 20.

¹²⁴ Vgl. oben Kapitel 2:§ 5A.II.3.a.

zu verhalten haben¹²⁵. Auch der Rechtsgleichheit kommt im Zusammenhang mit solchen Normen eine grosse Bedeutung zu. Akzeptanz und Befolgung der Dienstpflichten statuierenden Normen hängen auch davon ab, ob die Pflichten für alle Staatsangestellten gleichermassen gelten. Staatsangestellte wollen bezüglich ihrer Dienstpflichten gleich behandelt werden und eine ungleiche Behandlung wird nur akzeptiert, wenn sie auf vernünftigen und sachlichen Gründen beruht¹²⁶. Es besteht somit im Falle von Dienstpflichten statuierenden Normen auch ein grosses Interesse an Rechtsgleichheit, was ebenfalls für einen hohen Bestimmtheitsgrad spricht¹²⁷. Ob bezüglich der Treuepflicht und Schweigepflicht statuierenden Normen auch ein Interesse daran besteht, das staatliche Handeln durch die Bindung an genaue Anordnungen des Gesetzgebers demokratisch breit abzustützen, muss im Zusammenhang mit dem Gebot hinreichender Normstufe genau abgeklärt werden. Man wird aber ein gewisses Interesse an demokratischer Legitimation auf den ersten Blick nicht verneinen können, was somit nicht gegen einen hohen Bestimmtheitsgrad auf Gesetzesstufe spricht.

Auf der anderen Seite besteht gerade bei der Umschreibung der Pflichten des Staatsapparats auch das Bedürfnis, Besonderheiten des Einzelfalles berücksichtigen zu können¹²⁸. Wie oben festgestellt wurde, sollen mit Treuepflicht und Schweigepflicht statuierenden Normen Sachverhalte geregelt werden, welche sehr vielgestaltig sind¹²⁹. Aus dieser Vielgestaltigkeit der Fragestellungen resultiert ein besonderes Bedürfnis nach Berücksichtigung des Einzelfalles¹³⁰. Gerade weil beispielsweise die Loyalität des Staatsapparats in so vielen verschiedenen Fällen und Konstellationen relevant werden kann und vielgestaltige Sachverhalte vorliegen, besteht das Bedürfnis, den rechtsanwendenden Behörden einen gewissen Entscheidungsspielraum zuzugestehen, damit sie dem Einzelfall gerecht werdende Entscheide fällen können¹³¹. Auch die bürokratische Organisationsstruktur, welche für das öffentliche Dienstverhältnis typisch ist¹³², macht ein gewisses Interesse an Handlungsspielräumen für einzelfallgerechte Entscheide offensichtlich. Bürokratische, auf dem Hierarchieprinzip beruhende Handlungsmuster, wie sie in der Bundesverwaltung vorkommen können, werden nämlich problematisch, wenn sie

¹²⁵ Vgl. dazu G. MÜLLER, Funktionen, S. 20; vgl. auch T. COTTIER, S. 193.

¹²⁶ B. WEBER-DÜRLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 41 Rz. 11; HÄFELIN/HALLER, Rz. 753.

¹²⁷ Dazu auch G. MÜLLER, Funktionen, S. 20.

¹²⁸ G. MÜLLER, Funktionen, S. 20 f.; Y. HANGARTNER, Vertrauenswürdigkeit, S. 390 f.; kritisch T. WYSS, S. 201 f., welcher zu bedenken gibt, dass dem Vorteil der Einzelfallgerechtigkeit der grosse Nachteil der Rechtsunsicherheit gegenübersteht.

¹²⁹ Vgl. oben Kapitel 2:§ 5A.II.2.

¹³⁰ M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 246 und 253.

¹³¹ Vgl. auch M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 246 bezüglich aller besonderen Rechtsverhältnisse.

¹³² M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 152 ff. und 246.

aufgrund zu enger Normen mit zu wenigen Handlungsspielräumen für die anwendende Behörde einzelfallangepasstes Vollzugshandeln verunmöglichen oder erschweren¹³³.

Es fragt sich nun, wie diese verschiedenen Interessen bei der Konzipierung der die Treuepflicht und Schweigepflicht statuierenden Normen möglichst optimal zu verwirklichen sind. Die in diesem Fall hohen Interessen an Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit verlangen einen hohen Bestimmtheitsgrad. Auf der anderen Seite soll im Zusammenhang mit Treuepflicht und Schweigepflicht auch Einzelfallgerechtigkeit möglich sein, was für eine gewisse Offenheit der Normen spricht.

Meiner Meinung nach muss primär dem hohen Interesse an Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit Rechnung getragen werden¹³⁴. Die Normen, welche eine Treuepflicht oder Schweigepflicht statuieren, können ihre Funktion als Verhaltensnormen nicht erfüllen, wenn sie nicht genügend Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit garantieren können. Die Normen sollten deswegen einen hohen Bestimmtheitsgrad aufweisen. Sie sollten in möglichst bestimmter Weise das geforderte Verhalten umschreiben. Das bedeutet, dass sie möglichst keine unbestimmten Rechtsbegriffe¹³⁵ enthalten sollten. Dem Interesse an Einzelfallgerechtigkeit kann wenigstens in gewissem Masse dadurch Rechnung getragen werden, dass die Normen nicht kasuistisch ausgestaltet werden¹³⁶. Die Normen sollten also als generelle, aber möglichst bestimmte Normen konzipiert werden. Generelle Normen müssen nämlich nicht zwingendermassen unbestimmt sein¹³⁷.

4. Adressatenkreis

a Grundsätze

Als Kriterium für die Festlegung des Bestimmtheitsgrades einer Norm wird gelegentlich auch der Adressatenkreis genannt¹³⁸. Das Problem dieses Kriteriums ist allerdings, dass die Meinungen darüber auseinandergehen, wer als Adressat einer Norm zu gelten hat¹³⁹. Die einen sind der Ansicht, dass sich Gesetze an jedermann richten¹⁴⁰. Andere hingegen betrachten den die Norm ausführenden und anwendenden „Rechtsstab“ als Adressaten¹⁴¹.

¹³³ M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 246.

¹³⁴ Vgl. auch T. WYSS, S. 201 f.

¹³⁵ Zum unbestimmten Rechtsbegriff G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 227; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 445 f.

¹³⁶ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 233, wonach im Fall einer allzu kasuistischen Regelung die Möglichkeit von einzelfallgerechten Entscheidungen erschwert sein kann; vgl. auch H. HILL, S. 111.

¹³⁷ P. NOLL, S. 264.

¹³⁸ BGE 128 I 327, 340 E. 4.2; 123 I 112, 124 E. 7a; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, Rz. 1749 und 1755; vgl. auch R. A. RHINOW, S. 264.

¹³⁹ Zu diesem Problem G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 140.

¹⁴⁰ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 140.

¹⁴¹ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 140.

Als Adressaten werden ferner aber auch die unmittelbar oder mittelbar Betroffenen, die Fachleute oder die interessierten Laien bezeichnet¹⁴². Nochmals anderer Auffassung zu Folge kommt es bei der Normgestaltung auf den Adressatenkreis überhaupt nicht an, weil sich Bürgerinnen und Bürger meistens nicht anhand der Normen, sondern aus anderen Quellen wie Massenmedien, mit Hilfe von Wirtschaftsverbänden, Amtsstellen oder Rechtsanwälten über die Rechtslage orientieren¹⁴³.

b Würdigung

Meiner Meinung nach ist der Adressatenkreis allgemein kein geeignetes Kriterium für die Festlegung des Bestimmtheitsgrades. Es lässt sich tatsächlich darüber streiten, wer überhaupt als Adressat einer Norm zu gelten hat. Der Adressatenkreis ist somit meiner Meinung nach für die Festlegung des Bestimmtheitsgrades von Treuepflicht und Schweigepflicht nicht zu berücksichtigen.

5. Vollzugsbedingungen

a Grundsätze

Ebenfalls als Kriterium für die Festlegung des Bestimmtheitsgrades werden die bezüglich der betreffenden Norm existierenden Vollzugsbedingungen genannt¹⁴⁴. Es wird darauf hingewiesen, dass die Anwendung von unbestimmten Normen in der Regel einen grösseren Personal- und Zeitaufwand verursacht¹⁴⁵ und grössere Qualitäten der die Norm anwendenden Behörden voraussetzt¹⁴⁶. Aus diesem Grund sei eine hohe Bestimmtheit notwendig, wenn die Behörden nicht besonders juristisch qualifiziert sind¹⁴⁷. Werden Normen hingegen durch qualifizierte Organe wie beispielsweise Gerichte angewendet, sei eine geringere Bestimmtheit erforderlich als bei unqualifizierten Behörden¹⁴⁸. Eine Norm muss dementsprechend so bestimmt sein, dass die bestehenden Personal- und

¹⁴² G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 140 mit weiteren Hinweisen.

¹⁴³ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 141 ff. mit weiteren Hinweisen; vgl. auch E. BADEN, S. 264.

¹⁴⁴ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 221; G. STEINMANN, S. 248 f.; vgl. auch T. COTTIER, S. 146 f.

¹⁴⁵ G. STEINMANN, S. 249; G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 221; vgl. auch L. MADER, Regulierung, S. 141.

¹⁴⁶ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 221; vgl. auch L. MADER, Regulierung, S. 141.

¹⁴⁷ G. STEINMANN, S. 250 f.; G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 221.

¹⁴⁸ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 222; G. STEINMANN, S. 250 f.; vgl. A. GRIFFEL, Grundrechtsschutz, S. 18, vgl. auch R. HOTZ, S. 174 f., welcher die Bedeutung von genügendem und sachkundigem Personal bei zunehmendem Entscheidungsspielraum hervorhebt.

Zeitressourcen ausreichen und dass sie für den zuständigen, seiner Aufgabe entsprechend ausgebildeten Beamten bezüglich seiner konkreten Tätigkeit handhabbar ist¹⁴⁹.

b Würdigung

Das Bestimmtheitserfordernis hat neben der Gewährleistung von Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit auch die Funktion, Realisierungsgewissheit und optimale Vollzugsbedingungen zu schaffen¹⁵⁰. Eine Norm muss somit auf jeden Fall so bestimmt sein, dass die bestehenden Zeit- und Personalressourcen zum optimalen Vollzug ausreichen. Das kann tatsächlich zur Folge haben, dass insbesondere bei juristisch ungeschultem Personal ein hoher Bedarf nach Bestimmtheit von Normen besteht. Besteht allerdings ein hohes Interesse an Vorausssehbarkeit und Rechtsgleichheit, soll man meiner Meinung nach nicht wegen der guten juristischen Qualifizierung des vollziehenden Personals auf Bestimmtheit verzichten. Sehr oft hängen die Ansichten darüber, was noch zulässig ist und was nicht, von politisch motivierten Wertungen ab¹⁵¹. Dies gilt auch dann, wenn juristisch geschulte Gerichtsbehörden unbestimmte Normen anwenden. Das Kriterium der optimalen Vollzugsbedingungen kann also ein weiterer Grund für eine hohe Bestimmtheit einer Norm sein. Es kann aber nicht umgekehrt ein Argument dafür sein, auf Bestimmtheit im Falle der Anwendung durch juristisch qualifiziertes Personal zu verzichten, obwohl Bestimmtheit möglich und aufgrund der mit der Norm verfolgten Interessen erforderlich wäre. Somit kann dieses Kriterium auch im Falle der Treuepflicht und Schweigepflicht im öffentlichen Dienst nicht gegen einen hohen Bestimmtheitsgrad sprechen.

6. Intensität des Eingriffs

a Grundsätze

Bei grundrechtsbeschränkenden Normen wird von Rechtsprechung und Lehre vor allem auch die Intensität des Eingriffs als Kriterium für die Festlegung des Bestimmtheitsgrades betrachtet¹⁵². Leichtere Eingriffe können gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch lediglich in einer Generalklausel vorgesehen sein¹⁵³. Ein schwerer

¹⁴⁹ Diese Auffassung kommt zum Ausdruck in BGE 122 I 222, 228 E. 2b; vgl. auch BGE 106 Ia 136, 138 E. 3b; W. RITTER, S. 185; G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 222; G. STEINMANN, S. 248 ff.; vgl. A. GRIFFEL, Grundrechtsschutz, S. 18.

¹⁵⁰ Vgl. oben Kapitel 2:§ 5A.II.1.

¹⁵¹ Vgl. W. RITTER, S. 280.

¹⁵² BGE 128 I 327, 340 E. 4.2; 123 I 112, 124 E. 7a, 122 I 360, 363 E. 5b/bb; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, Rz. 1749; G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 222; M. MÜLLER, Erfordernis, S. 38.

¹⁵³ BGE 123 I 112, 124 E. 7a; 122 I 360, 363 f. E. 5b/bb.

Grundrechtseingriff erfordert hingegen eine bestimmtere Norm als ein geringfügiger Eingriff¹⁵⁴.

Wie oben dargestellt wird von Lehre und Rechtsprechung die Meinung vertreten, dass nicht jede Situation im Zusammenhang mit der Treuepflicht durch eine klare und eindeutige Regelung erfasst werden könne und dass deswegen Generalklauseln zulässig seien¹⁵⁵. Gleichzeitig wird aber von verschiedenen Seiten der Vorbehalt angebracht, dass eine Regelung mittels Generalklausel auch im Dienstverhältnis nur zulässig sei, wenn es sich nicht um einen schweren Eingriff in die Rechtssphäre der Bediensteten handle¹⁵⁶.

Das Kriterium der Intensität des Eingriffs ist allerdings in der Lehre auch schon kritisch betrachtet und relativiert worden. So wird ausgeführt, die an sich naheliegende These, dass bei stärkeren Eingriffen die Forderung der Bestimmtheit um so grössere Bedeutung habe, könne nicht zur allgemeinen Regel führen, dass sich der Gesetzgeber bei geringeren Eingriffen mit unbestimmten Vorschriften ohne weiteres begnügen dürfe¹⁵⁷. Die Tatsache, dass der zu ordnende Eingriff nicht besonders schwer sei, könne die Unbestimmtheit einer Norm nicht rechtfertigen¹⁵⁸. Umgekehrt könne auch für Eingriffe von erheblicher Schwere relative Unbestimmtheit aus sachlichen Gründen unvermeidlich sein, wie zum Beispiel bei freiheitsentziehenden Resozialisierungsmassnahmen¹⁵⁹.

b Würdigung

Die Schwere des Eingriffs ist in der Tat nicht sehr geeignet, um den Bestimmtheitsgrad einer Norm festzulegen. Die Schwere des Eingriffs kann freilich insofern eine Rolle spielen, als dass sich die Unbestimmtheit einer Norm bei schweren Eingriffen gravierender auswirkt. Trotzdem kann auch bei schweren Eingriffen beispielsweise aufgrund der Art der zu regelnden Sachverhalte eine gewisse Unbestimmtheit erforderlich sein. Ausserdem wird in vielen Fällen die Frage nicht klar beantwortet werden können, ob man einen Eingriff nun als schwer oder nicht schwer qualifizieren soll. Dem Kriterium der Intensität des Eingriffs darf also keine allzu grosse Bedeutung beigemessen werden.

Selbst wenn man aber die erforderliche Bestimmtheit der Treuepflicht und Schweigepflicht im öffentlichen Dienstverhältnis unter dem Aspekt der Schwere des Eingriffs betrachtet, ändert das nicht viel an den bisherigen Ergebnissen. Die Schweigepflicht und insbesondere die Treuepflicht können in ganz verschiedenen Situationen relevant werden

¹⁵⁴ BGE 122 I 360, 363 f. E. 5b/bb; G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 222; M. MÜLLER, Erfordernis, S. 38.

¹⁵⁵ Vgl. auch oben Kapitel 2:§ 5A.II.2.b.

¹⁵⁶ M. RITTER, S. 184; M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 45; I. HÄNER, Grundrechte, S. 411; schon P. BELLWALD, S. 49.

¹⁵⁷ H. DUBS, S. 242.

¹⁵⁸ H. DUBS, S. 242; W. RITTER, S. 180.

¹⁵⁹ H. DUBS, S. 242 f.

und den Zweck haben, unterschiedlichste Meinungsäusserungen zu verbieten. So könnte es zum Beispiel aufgrund der Treuepflicht verboten sein, den Vorgesetzten zu kritisieren¹⁶⁰ oder seine eigenen gesellschaftspolitischen Meinungen kund zu tun¹⁶¹. Aufgrund der Schweigepflicht dürfen Staatsangestellte möglicherweise keine Meinungen über Sachverhalte äussern, die unmittelbar mit ihrer Arbeit zusammenhängen und deswegen für sie von grosser Bedeutung sind. Es sollte unbedingt auch die besondere subjektive Situation berücksichtigt werden, in welcher sich Staatsangestellte wie auch andere Personen in einem besonderen Rechtsverhältnis befinden¹⁶². Gerade in besonderen Rechtsverhältnissen wie auch dem Dienstverhältnis besteht eine erhöhte Grundrechtssensibilität¹⁶³. Der oder die Betreffende gliedert sich nämlich durch den Eintritt in ein besonderes Rechtsverhältnis gleich in mehrfacher Hinsicht in die staatliche Sphäre ein¹⁶⁴, was sich auf die Befindlichkeit der Betreffenden auswirkt¹⁶⁵. Da Staatsangestellte personal, räumlich und bürokratisch-hierarchisch in die staatliche Sphäre eingegliedert sind, werden sie sensibler auf Eingriffe reagieren als andere Bürger. Grundrechtsbeeinträchtigungen werden aus psychologischen Gründen von den Betreffenden verstärkt wahrgenommen, was in einer objektiven Bewertung der Eingriffsqualität Berücksichtigung finden muss¹⁶⁶. Selbst wenn man also die Intensität des Eingriffs als Kriterium für die Festlegung des Bestimmtheitsgrades betrachten sollte, so spricht dieses Kriterium für einen hohen Bestimmtheitsgrad.

7. Freiwilligkeit

a Grundsätze

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung können unbestimmte Regelungen insbesondere dann genügen, wenn ein Rechtsverhältnis zur Diskussion steht, welches die Betroffenen freiwillig eingegangen sind¹⁶⁷ oder bei dem die Rechte und Pflichten zwischen

¹⁶⁰ Vgl. Urteil AppellGer BS vom 23. März 1993, BJM 1994, S. 89 ff., S. 96 E. 4b; vgl. auch unveröff. Entscheid VGer vom 20 April 1994, zitiert nach P. HÄNNI, Dienstrecht, S. 115 ff.

¹⁶¹ Statt vieler BGE 108 Ia 172 ff.

¹⁶² In BGE 122 I 222, 228 E. 2b hat das Bundesgericht bezüglich Inhaftierter bereits festgehalten, dass sich solche Personen wegen des Freiheitsentzugs in einer Ausnahmesituation befinden, in welcher sie weitere Beschränkungen ihrer Rechte in stärkerem Masse empfinden. Nicht zuletzt auch deswegen hat das Bundesgericht eine ausreichende Regelungsdichte und klare Fassung des Gefängnisreglements gefordert.

¹⁶³ Dazu M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 239 ff.

¹⁶⁴ Dazu eingehend M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 134 ff.

¹⁶⁵ M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 189 ff.

¹⁶⁶ M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 241.

¹⁶⁷ BGE 129 I 161, 163 E. 2.2 bezüglich Angestelltenverhältnis; 123 I 1, 6 E. 4b bezüglich Angestelltenverhältnis; BGE 123 I 296, 303 E. 3 bezüglich Angestelltenverhältnis als freiwillig eingegangenem Sonderstatusverhältnis; vgl. auch BGE 121 I 230, 239 E. 3g/dd bezüglich Abgabe eines Honoraranteils

Staat und Privaten frei ausgehandelt werden können¹⁶⁸. Aus diesem Grund hat das Bundesgericht insbesondere im öffentlichen Dienstrecht unbestimmte Normen zugelassen¹⁶⁹. Die Lehre steht diesem Kriterium allerdings teilweise kritisch bis ablehnend gegenüber¹⁷⁰. Es wird kritisiert, dass die Freiwilligkeit des Eintritts in ein Rechtsverhältnis an anderen Orten der Leistungsverwaltung nicht als Grund für den Verzicht auf eine formellgesetzliche Grundregelung verstanden wird¹⁷¹ und dass es fraglich ist, ob der Anspruch auf die gesetzliche Grundlage überhaupt verzichtbar ist¹⁷². Zudem wird darauf hingewiesen, dass die These der Freiwilligkeit des Eintritts in einer Vielzahl von Fällen an den sozialen Realitäten vorbeigeht, da sich das Gemeinwesen oft in faktischen Monopolbereichen betätigt¹⁷³. Von anderer Seite wird der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entgegengehalten, dass die Einwilligung in ein Rechtsverhältnis nur dann die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage herabsetzen könne, wenn die Einwilligung im konkreten Fall die Funktionen des Legalitätsprinzips übernehmen könne¹⁷⁴.

b Würdigung

Beim Verhältnis zwischen dem Staat und dem Staatspersonal handelt es sich um ein vom Staatspersonal freiwillig eingegangenes Rechtsverhältnis. Meiner Meinung nach kann jedoch die Freiwilligkeit des Rechtsverhältnisses nicht *generell* ein Kriterium für die Festlegung des Bestimmtheitsgrades sein. Dies zeigt sich schon daran, dass auch bei freiwillig eingegangenen Rechtsverhältnissen genau so ein Interesse an Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit bestehen kann wie bei nicht freiwillig eingegangenen Rechtsverhältnissen¹⁷⁵. Es kann freilich nicht ausgeschlossen werden, dass in gewissen Fällen die Einwilligung die Funktionen des Legalitätsprinzips übernehmen und dadurch ein Surrogat für die gesetzliche Grundlage darstellen kann¹⁷⁶. Generell als Kriterium für die Festlegung des Bestimmtheitsgrades kommt die Freiwilligkeit des Rechtsverhältnisses meiner Meinung nach jedoch nicht in Frage. Für den erforderlichen Bestimmtheitsgrad

aus privatärztlicher Tätigkeit von Belegärzten, welche nicht in einem Dienstverhältnis zum Staat stehen; zur Gerichtspraxis vgl. auch I. HÄNER, Einwilligung, S. 57.

¹⁶⁸ BGE 123 I 1, 6 E. 4b; vgl. auch I. HÄNER, Einwilligung, S. 60.

¹⁶⁹ BGE 123 I 1, 6 E. 4b; 123 I 296, 303 E. 3.

¹⁷⁰ Kritisch bis ablehnend: T. POLEDNA, Leistungslohn, S. 287 f.; vgl. Y. HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 11; vgl. auch P. RICHLI, Dienstrecht, S. 34 bezüglich Gleichbehandlungsgebot. Dagegen weniger kritisch: HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 388; T. JAAG, Dienstverhältnis, S. 441 f.

¹⁷¹ T. POLEDNA, Leistungslohn, S. 287; P. RICHLI, Dienstrecht, S. 35 bezüglich dem Gleichbehandlungsgebot im öffentlichen Dienstrecht.

¹⁷² T. POLEDNA, Leistungslohn, S. 288.

¹⁷³ T. POLEDNA, Leistungslohn, S. 288.

¹⁷⁴ I. HÄNER, Einwilligung, S. 57 ff.

¹⁷⁵ Vgl. auch Y. HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 11.

¹⁷⁶ Dazu eingehend I. HÄNER, Einwilligung, S. 61 ff., insbesondere S. 74 f.

für Treuepflicht und Schweigepflicht kann die Freiwilligkeit des Rechtsverhältnisses somit kein Kriterium sein.

8. Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses

a Grundsätze

In Bezug auf die Bestimmtheit von Normen in einem besonderen Rechtsverhältnis spielt selten auch der Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Rolle. So hat das Bundesgericht in einer Entscheidung bezüglich der Erhebung besonders sensibler Daten über Personen im öffentlichen Schuldienst eine Norm als ungenügend bestimmt betrachtet, weil ein schwerwiegender Eingriff in die persönliche Freiheit vorlag und die Erhebung der Daten nicht eng mit dem Schulbetrieb verbunden waren¹⁷⁷. Auch in der Doktrin wird der Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses gelegentlich im Zusammenhang mit den Anforderungen an die Normbestimmtheit berücksichtigt. Gewisse Autoren erachten unbestimmte Normen im besonderen Rechtsverhältnis dann als zulässig, wenn sich die Einschränkung hinreichend aus dem Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses ergibt¹⁷⁸.

b Würdigung

Meiner Meinung nach ist das Kriterium, ob sich ein Eingriff hinreichend aus dem betreffenden Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses ergibt, kein geeignetes Kriterium für die Festlegung des Bestimmtheitsgrades. Der Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses kann weiter oder enger gefasst werden. So könnte als Zweck des besonderen Dienstverhältnisses lediglich die Dienstpflicht – also die unmittelbare Aufgabenerfüllung – als erfasst gelten. Es könnte aber auch eine Treuepflicht von nahezu beliebigem Umfang als vom Zweck miterfasst bezeichnet werden. Was genau sich alles aus dem Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses ergibt, hängt auch von den Auffassungen der Zeit ab und lässt sich zumindest nicht in allen Fällen objektiv beantworten. Betrachtet man die Rückführung auf den Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses als Rechtfertigung für unbestimmte Normen, so wäre gerade bezüglich der schwer fassbaren Treuepflicht keine Voraussehbarkeit gewährleistet. Dieses Kriterium ist somit abzulehnen. Anders zu entscheiden wäre nur, wenn der Zweck eindeutig und bestimmt gesetzlich verankert wäre¹⁷⁹. Der Eingriff müsste unmittelbar auf die den Zweck beschreibende

¹⁷⁷ BGE 122 I 360, 368 E. 5d; zu dieser Problematik auch M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 37 und Fn. 69.

¹⁷⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI, § 49 Rz. 8, welcher aber gleichzeitig fordert, dass der Grundrechtseingriff nicht schwer wiegt; P. MOOR, Vol. I, S. 364 f.; M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 22 mit weiteren Hinweisen; kritisch A. GRIFFEL, Grundrechtsschutz, S. 18 und 26.

¹⁷⁹ Zum Erfordernis der Regelung des Organisationszwecks M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 262.

Norm abgestützt werden können. Das Bundespersonalgesetz nennt in Art. 4 BPG die wichtigsten Ziele der Personalpolitik. Einschränkungen der Meinungsfreiheit, wie sie herkömmlicherweise mit der Treuepflicht oder der Schweigepflicht im früheren Beamtenengesetz gerechtfertigt wurden, lassen sich jedoch nicht auf diesen Artikel abstützen.

9. Fazit

Für die Festlegung des erforderlichen Bestimmtheitsgrades von grosser Bedeutung sind die mit einer Norm verfolgten Interessen. Ebenfalls ein wichtiges Kriterium für die Festlegung des Bestimmtheitsgrades einer Norm ist die Art der mit der Norm zu regelnden Sachverhalte. In gewissen Fällen ist aufgrund der Art der zu regelnden Sachverhalte eine unbestimmte Norm nämlich unvermeidlich. Die für eine zu konzipierende Norm bereits bestehenden Vollzugsbedingungen sind für die Festlegung des Bestimmtheitsgrades insofern relevant, als dass bei knappen Zeit- und Personalressourcen und insbesondere bei der Anwendung der Norm durch juristisch ungeschultes Personal ein hoher Bestimmtheitsgrad erforderlich ist. Ein ziemlich unbestimmtes Kriterium für die Festlegung des Bestimmtheitsgrades ist die Intensität des Eingriffes. Will man dieses Kriterium für die Festlegung des Bestimmtheitsgrades verwenden, so erfordern meiner Meinung nach alle ausser den ganz leichten Eingriffen in Freiheitsrechte einen hohen Bestimmtheitsgrad der betreffenden Norm. Bei der Beurteilung der Intensität des Eingriffs ist unbedingt auch die subjektive Situation des Betroffenen zu berücksichtigen. Kriterien wie die Freiwilligkeit des Rechtsverhältnisses oder der Adressatenkreis sind meiner Ansicht nach nicht geeignet, um den Bestimmtheitsgrad festzulegen. Der Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses kann die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage nur herabsetzen, wenn er durch bestimmte Normen eindeutig definiert ist und sich der Eingriff unmittelbar auf diese Normen abstützen lässt.

Was verlangen nun die für die Festlegung des Bestimmtheitsgrades relevanten Kriterien bezüglich solcher Normen, welche eine Treuepflicht oder Schweigepflicht im öffentlichen Dienstrecht statuieren und damit die Meinungsfreiheit des Staatspersonals einschränken sollen? Die Vielgestaltigkeit der mit solchen Normen zu regelnden Sachverhalte verlangt generelle, nicht kasuistische Normen. Es ist unmöglich jeden einzelnen Fall zu regeln, in welchem die Meinungsfreiheit durch die Treuepflicht oder die Schweigepflicht eingeschränkt werden soll. Die Treuepflicht und Schweigepflicht müssen somit mittels genereller Normen statuiert werden. Diese generellen Normen sollten aber trotzdem in möglichst bestimmter Weise das geforderte Verhalten und damit die Einschränkung der Meinungsfreiheit umschreiben, da bei solchen Normen ein hohes Interesse an Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit besteht. Was genau sollten demzufolge solche Normen regeln?

Die Normen sollten in möglichst bestimmter Weise das gebotene Verhalten umschreiben und die Tragweite der Einschränkung der Meinungsfreiheit sollte ersichtlich sein. Aufgrund der Normen sollte somit erstens klar sein, dass es überhaupt um die Einschränkung der Meinungsfreiheit geht. Dies kann dann unklar sein, wenn die Norm nicht unmittelbar mit Meinungsäusserungen in Zusammenhang gebracht wird, weil sie zum Beispiel in genereller Weise Treue vom Staatsangestellten fordert¹⁸⁰. Zweitens sollte in sachlicher Hinsicht feststehen, wie sehr die Meinungsfreiheit eingeschränkt wird. Es sollte ersichtlich sein, ob Meinungsäusserungen *verboten* sind, oder ob dem Arbeitgeber nur eine *Meldung* erstattet werden muss, wenn Meinungen geäussert werden. Klar sein muss auch, welche Meinungsäusserungen von der Einschränkung betroffen sind. Im Falle der Einschränkung der Meinungsfreiheit von Staatsangestellten muss insbesondere feststehen, ob nur innerdienstliche oder auch ausserdienstliche Meinungsäusserungen eingeschränkt werden sollen. Dies drängt sich vor allem auch deswegen auf, weil gerade bezüglich der Treuepflicht in der Vergangenheit umstritten war, ob sie nun nur innerdienstliche oder auch ausserdienstliche Meinungsäusserungen erfasst¹⁸¹. Meiner Meinung nach kann eine Dienstpflicht nur dann auch ausserdienstliche Meinungsäusserungen einschränken, wenn die betreffende Norm dies ausdrücklich vorsieht. Als ausserdienstlich gilt eine Meinungsäusserung dann, wenn aufgrund des objektiven Eindrucks davon auszugehen ist, der Staatsangestellte habe die Meinung nicht in seiner Eigenschaft als Staatsangestellter sondern *als Privatperson* abgegeben¹⁸². Drittens muss in der betreffenden Norm die Tragweite der Einschränkung auch in zeitlicher Hinsicht zum Ausdruck kommen. Soll die Meinungsfreiheit auch nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der Dienstpflicht eingeschränkt werden können, muss meiner Meinung nach die betreffende Norm dies ausdrücklich festhalten. Die Tragweite der Einschränkung der Meinungsfreiheit sollte auch in personeller Hinsicht feststehen. So sollte in der Norm zum Ausdruck kommen, ob die Meinungsfreiheit *aller* Staatsangestellten in genau gleichem Mass eingeschränkt werden soll, oder ob aufgrund erheblicher tatsächlicher Unterschiede¹⁸³ zwischen Staatsangestellten die Meinungsfreiheit gewisser Staatsangestellten stärker eingeschränkt werden muss als die der anderen. In der betreffenden Norm nicht extra geregelt werden muss hingegen die Einschränkung der Meinungsfreiheit in örtlicher Hinsicht, da der Ort allein für die Wirkung von Meinungsäusserungen nicht von Belang ist. Es kommt nicht darauf an, ob Staatsangestellte ihre Meinungen an ihrem Wohnort, in der Schweiz oder im Ausland äussern. Von Belang ist vielmehr, welche Meinungen sie kundtun, ob sie als Staatsangestellte auftreten, welche Funktion sie haben und ob sie zum Zeitpunkt der Meinungsäusserung beim Staat angestellt sind.

¹⁸⁰ Zu dieser Problematik auch M. MICHEL, *Beamtenstatus*, S. 49 f. und 86.

¹⁸¹ Vgl. z. B. N. OBERHOLZER, S. 15 ff., insbesondere S. 25 f.; vgl. auch unten Kapitel 4: § 12B.II.1.

¹⁸² P. HÄNNI, *neues Personalrecht*, Rz. 216; H. RAUSCH, S. 105 f.

¹⁸³ B. WEBER-DÜRLER, *Verfassungsrecht der Schweiz*, § 41 Rz. 11; HÄFELIN/HALLER, Rz. 753.

Abschliessend kann somit festgehalten werden, dass die betreffende Norm in möglichst bestimmter Weise das gebotene Verhalten umschreiben muss und die Tragweite der Einschränkung der Meinungsfreiheit in sachlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht zum Ausdruck kommen muss.

B. Gebot der hinreichenden Normstufe

I. Allgemeines

Die Bundesverfassung enthält keine Angaben dazu, wann ein schwerwiegender Eingriff in ein Freiheitsrecht vorliegt beziehungsweise wann eine bundesrechtliche Regelung betreffend die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte als wichtig oder grundlegend zu betrachten ist und deswegen in Form des Bundesgesetzes zu ergehen hat¹⁸⁴. Sie beantwortet auch die Frage nicht im Detail, unter welchen Voraussetzungen eine Gesetzesdelegation zulässig ist. Aus diesem Grund ist auf in Lehre und Rechtsprechung entwickelte Grundsätze zurückzugreifen.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Gesetzesdelegation dann zulässig, wenn die Gesetzesdelegation von der Verfassung nicht ausgeschlossen ist, die Delegationsnorm in einem Gesetz im formellen Sinne enthalten ist, sich die Delegation auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie begrenzt und die Grundzüge der delegierten Materie, also die wichtigen Regelungen im Gesetz im formellen Sinne umschrieben sind¹⁸⁵. Dies wirft wiederum die Frage auf, wann nun eine Regelung als so wichtig erachtet werden muss, dass sie im Gesetz im formellen Sinn stehen muss.

Lehre und Rechtsprechung bedienen sich seit langem gewisser Kriterien, um die Wichtigkeit einer Regelung zu eruieren und damit den Entscheid über die erforderliche Normstufe fassbarer zu machen¹⁸⁶. Um zu entscheiden, wie wichtig Regelungen sind, welche eine Treuepflicht oder Schweigepflicht statuieren und damit die Meinungsfreiheit des Bundespersonals einschränken sollen, wird im Folgenden auf diese Kriterien Bezug genommen. Dabei ist allerdings im vornherein festzuhalten, dass diese Kriterien nicht einfach alternativ oder kumulativ angewendet werden können¹⁸⁷. Es sind bloss Indizien,

¹⁸⁴ Vgl. oben Kapitel 2:§ 4C.

¹⁸⁵ Statt vieler BGE 118 Ia 305, 310 E. 2b; dazu auch HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 407 ff.

¹⁸⁶ Statt vieler BGE 128 I 113, 122 E. 3c; zur Rechtsetzungsdelegation im Personalrecht; zu diesen Kriterien in der Rechtsprechung und der Lehre auch BBl 1996 II, 428 ff., 445 f.; G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 183 und 192 ff.; G. MÜLLER, Verteilung, S. 11; G. MÜLLER, Formen, S. 261; K. SUTTER-SOMM, St. Galler Kommentar zu Art. 164 BV, Rz. 5; T. SÄGESSER, S. 682; H. SEILER, S. 315 mit weiteren Hinweisen; K. EICHENBERGER, Rechtssetzungsfunktion, Fn. 22 (S. 21).

¹⁸⁷ R. FEUZ, S. 103; vgl. auch G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 195.

die bei der Entscheidungsfindung eine rationalere Diskussion ermöglichen sollen¹⁸⁸. Um ein möglichst umfassendes Bild zu erhalten, werden aber im Folgenden alle Kriterien angewandt. Es wird aber am Schluss in einer Gesamtabwägung entschieden werden müssen, welche Kriterien für die Festlegung der Normstufe im Zusammenhang mit der Statuierung von Treuepflicht und Schweigepflicht relevant sind und welche nicht.

Neben den verschiedenen Kriterien für die Bestimmung der Wichtigkeit einer Norm, werden in der Lehre und Rechtsprechung beim Entscheid über die erforderliche Normstufe noch weitere Aspekte berücksichtigt. Für den Entscheid relevant ist auch die im konkreten Fall erforderliche Flexibilität und die Eignung der Behörde für den Erlass der betreffenden Regelung¹⁸⁹. Aus diesem Grund sollen auch diese Aspekte in die Betrachtungen einbezogen werden.

II. Kriterien zur Festlegung der erforderlichen Normstufe

1. Grundsatz

Auch bei der Auseinandersetzung mit den in Lehre und Rechtsprechung angewendeten Kriterien zur Festlegung der erforderlichen Normstufe muss man sich die Funktion des Gebots der hinreichenden Normstufe immer vor Augen halten. Das Erfordernis der hinreichenden Normstufe dient der demokratischen Legitimation des Verwaltungshandelns¹⁹⁰. Es soll gewährleistet werden, dass wichtige Regelungen von einem Staatsorgan erlassen werden, das über eine der Wichtigkeit entsprechende demokratische Legitimation verfügt¹⁹¹. Die Stimmberechtigten sollen mittelbar oder unmittelbar an den für sie besonders wichtigen Regelungen mitwirken können¹⁹². Hilfreiche Kriterien für die Beurteilung der Wichtigkeit einer Norm sind gemäss Lehre und Rechtsprechung die Zahl der von einer Norm Betroffenen, die Intensität der in Grundrechtspositionen eingreifenden Norm, die Bedeutung der Norm für das politische System, die finanziellen Auswirkungen der Norm, die Akzeptanz der Norm bei den Betroffenen beziehungsweise den Stimmberechtigten oder im Parlament und die Üblichkeit einer Regelung¹⁹³. Diese Kriterien werden im Folgenden angewandt und gegeneinander abgewogen. Ist die Wichtigkeit der eine Schweigepflicht oder Treuepflicht statuierenden Normen aufgrund dieser

¹⁸⁸ Vgl. G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 195; vgl. G. MÜLLER, Verteilung, S. 11.

¹⁸⁹ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 202; G. MÜLLER, Funktionen, S. 18; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 402 f.

¹⁹⁰ HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 376; G. MÜLLER, Funktionen, S. 17.

¹⁹¹ G. MÜLLER, Funktionen, S. 17.

¹⁹² G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 191.

¹⁹³ Statt vieler BGE 128 I 113, 122 E. 3c; G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 192; G. MÜLLER, Funktionen, S. 17 f.; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 397 ff.; T. SÄGESSER, S. 682; R. FEUZ, S. 102; H. SEILER, S. 315 f.; K. EICHENBERGER, Rechtssetzungsfunktion, Fn. 22 (S. 21 f.).

Kriterien ermittelt, so sind zusätzlich noch die im konkreten Fall erforderliche Flexibilität und die Eignung der Behörde für die Wahl der Normstufe zu berücksichtigen¹⁹⁴.

2. Wichtigkeit

a Intensität des Eingriffs

(1) Grundsätze

Ein wichtiges Kriterium zur Festlegung der erforderlichen Normstufe für eine Regelung ist in Rechtsprechung und Lehre die Intensität des Eingriffs¹⁹⁵. Bei Normen, die in die Rechtssphäre – insbesondere in die Freiheitsrechte – der Privaten eingreifen, ist die Wichtigkeit um so grösser, je intensiver, einschneidender und schwerer der Eingriff ist¹⁹⁶ und um so breiter muss demzufolge der Grundrechtseingriff im Gesetz demokratisch abgestützt sein¹⁹⁷. Das Bundesgericht fordert demzufolge für schwere Eingriffe in Freiheitsrechte eine klare und ausdrückliche Regelung in einem Gesetz im formellen Sinn¹⁹⁸. Auch für das öffentliche Dienstverhältnis wird in Lehre und Rechtsprechung bei schweren Eingriffen in Freiheitsrechte grundsätzlich ein Gesetz im formellen Sinn gefordert¹⁹⁹.

In der Vergangenheit ist das Bundesgericht allerdings in einigen personalrechtlichen Entscheiden von diesem Grundsatz abgewichen. So hat es auch schon trotz schwerem Eingriff in Freiheitsrechte von Staatsangestellten auf eine substantielle Delegationsnorm in einem Gesetz im formellen Sinn verzichtet²⁰⁰, was von einem Teil der Lehre kritisiert worden ist²⁰¹. In einem neueren Entscheid zur Rechtsetzungsdelegation im Bereich des Dienstrechts²⁰² hat das Bundesgericht aber ausdrücklich die Meinung vertreten, dass die Anstellungsbedingungen die Rechtsstellung der Angestellten in verschiedener Hinsicht

¹⁹⁴ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 199 ff. und 202 f.; G. MÜLLER, Funktionen, S. 18; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 402 f.

¹⁹⁵ BGE 128 I 113, 122 E. 3c; 122 I 360, 363 E. 5b/bb, G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 192; G. MÜLLER, Funktionen, S. 17; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 398; T. SÄGESSER, S. 682; R. FEUZ, S. 102; H. SEILER, S. 316; K. EICHENBERGER, Rechtssetzungsfunktion, Fn. 22 (S. 22).

¹⁹⁶ G. MÜLLER, Funktionen, S. 17; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 398; G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 192; A. GRIFFEL, Grundrechtsschutz, S. 18 f.; vgl. auch T. SÄGESSER, S. 682; vgl. auch R. FEUZ, S. 102, welcher von der erheblichen Intensität der Regelung für die betroffenen Personen spricht.

¹⁹⁷ A. GRIFFEL, Grundrechtsschutz, S. 18 f.; HÄFELIN/HALLER, Rz. 310; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 398 verlangt in solchen Fällen ein Gesetz im formellen Sinne.

¹⁹⁸ BGE 126 I 112, 116 E. 3b; 125 I 322, 326 E. 3b; 124 I 40, 42 E. 3b; 122 I 360, 363 E. 5b/bb.

¹⁹⁹ BGE 128 I 113, 122 E. 3c; 123 I 296, 303 E. 3; 122 I 360, 363 f. E. 5b/bb; P. RICHLI, Dienstrecht, S. 32; P. RICHLI, NPM, S. 117 f.; zum besonderen Rechtsverhältnis allgemein: HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 482; TSCHANNEN/ZIMMERLI, § 49 Rz. 8 f.; A. GRIFFEL, Grundrechtsschutz, S. 19.

²⁰⁰ Z. B. BGE 106 Ia 28, 30 E. 2a; zu dieser Problematik M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 44 f.

²⁰¹ So die Kritik von HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 484 an BGE 106 Ia 28 ff.; so auch die Kritik von A. GRIFFEL, Bemerkungen, S. 648 ff., S. 649 f. an Urteil BGer vom 20. Juli 1994 (2P.11/1994).

²⁰² BGE 128 I 113 ff.

schwerwiegend berühren. Von grundsätzlicher Tragweite seien der Besoldungsrahmen und die wichtigen Kriterien und Grundsätze der Entlohnung²⁰³. Daneben könnten auch besondere Verpflichtungen, beispielsweise im Zusammenhang mit der Treuepflicht, dem Streikverbot, dem Geheimhaltungsverbot, den Nebenbeschäftigungen, der Pflicht zur Leistung von Überstunden und der Nacht- und Sonntagsarbeit grundsätzliche Tragweite haben²⁰⁴.

Von einem Teil der Lehre sind Eingriffe in Freiheitsrechte von Bediensteten durch dienstrechtliche Pflichten wie beispielsweise die Residenzpflicht oder Treuepflicht als schwer qualifiziert worden²⁰⁵. Gleichzeitig findet sich in der Lehre aber auch die Aussage, dass das Personalrecht nicht sehr intensiv in die Rechtsstellung der im öffentlichen Dienst Beschäftigten eingreift²⁰⁶. Begründet wird dies damit, dass diese Personen nicht gezwungen sind, in den Dienst einzutreten²⁰⁷. Dieser Aussage steht wiederum eine andere Auffassung in der Lehre entgegen, wonach sich die Staatsangestellten durch den Eintritt in das öffentliche Dienstverhältnis gleich in mehrfacher Hinsicht in die staatliche Sphäre eingliedern, weswegen sie Eingriffe in ihre Freiheitsrechte als schwerer empfinden und sensibler auf Eingriffe reagieren als andere Bürger²⁰⁸. Diese Tatsache spreche für ein hohes Interesse an demokratischer Legitimation von Regelungen, welche solche Eingriffe vorsehen²⁰⁹.

(2) Würdigung

Die unterschiedlichen und teilweise gegensätzlichen Aussagen zur Intensität von Eingriffen im Zusammenhang mit Dienstpflichten statuierenden Normen machen deutlich, wie unbestimmt das Kriterium der Intensität des Eingriffs ist. Ob ein Eingriff als intensiv gelten soll, ist eine Wertungsfrage²¹⁰. Meiner Meinung nach ist ein hohes Interesse an demokratischer Legitimation nur dann zu verneinen, wenn es sich um ganz leichte Eingriffe handelt. Bei Eingriffen von Freiheitsrechten durch Normen, welche Dienstpflichten statuieren und damit Freiheitsrechte einschränken sollen, ist der subjektiven Situation der Bediensteten Rechnung zu tragen. Es sollte berücksichtigt werden, dass Bedienstete aufgrund ihrer Eingliederung in die staatliche Sphäre Eingriffe subjektiv stärker empfinden, was für ein hohes Interesse an demokratischer Legitimation spricht. Die Schweigepflicht und insbesondere die Treuepflicht können in ganz verschiedenen Situationen relevant werden und den Zweck haben, unterschiedlichste Meinungs-

²⁰³ BGE 128 I 113, 123 E. 3d.

²⁰⁴ BGE 128 I 113, 123 E. 3d.

²⁰⁵ HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 484; M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 44 f.

²⁰⁶ G. MÜLLER, Funktionen, S. 22.

²⁰⁷ G. MÜLLER, Funktionen, S. 22.

²⁰⁸ Vgl. oben Kapitel 2:§ 5A.II.6.b.

²⁰⁹ M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 253.

²¹⁰ Vgl. auch oben Kapitel 2:§ 5A.II.6.b.

äusserungen zu verbieten²¹¹. Meiner Meinung nach können deswegen mit diesen Pflichten durchaus schwere Eingriffe in die Meinungsfreiheit verbunden sein, weswegen ein hohes Interesse an demokratischer Legitimation gegeben ist.

b Zahl der Betroffenen

(1) Grundsätze

Ebenfalls ein von der Lehre entwickeltes Kriterium für die Eruiierung der Wichtigkeit einer Regelung ist die Zahl der von der Regelung Betroffenen²¹². Demzufolge sind Regelungen, die eine grosse Zahl von Personen betreffen wichtiger als solche, von denen nur wenige Personen betroffen sind²¹³. Bezüglich des Personalrechts im Allgemeinen ist festgehalten worden, dass die Zahl der vom Personalrecht Betroffenen relativ gross, aber doch beschränkt ist²¹⁴.

(2) Würdigung

Die grosse Zahl der von einer Regelung Betroffenen kann ein Indiz für die Wichtigkeit einer Regelung sein. Wenn beispielsweise die ganze Schweizer Bevölkerung von einer Regelung betroffen ist, deutet dies auf eine grosse Wichtigkeit der betreffenden Regelung hin. Allerdings ist auch die Zahl der von einer Regelung Betroffenen ein ziemlich unbestimmtes Kriterium. Ab welcher Zahl muss man von einer grossen Zahl der Betroffenen ausgehen? Dieses Problem stellt sich gerade im Zusammenhang mit dem Bundespersonalrecht. Normen, welche eine Treuepflicht oder Schweigepflicht statuieren und damit die Meinungsfreiheit der Bundesangestellten einschränken sollen, betreffen eine nicht gerade kleine, aber trotzdem beschränkte Zahl von Personen. Aus dem Kriterium der Zahl der Betroffenen lassen sich somit für die Wichtigkeit der Normen im Bundespersonalrecht keine eindeutigen Schlüsse ziehen.

c Bedeutung der Norm für das politische System

(1) Grundsätze

Als Kriterium zur Beantwortung der Frage, ob eine wichtige Regelung vorliegt, wird auch die Bedeutung der Norm für das politische System genannt²¹⁵. Zu den wichtigen Regelungen gehören demnach diejenigen Regelungen, bei welchen es um die Grundzüge der Ausgestaltung des politischen Systems geht, beispielsweise um die politischen Rechte

²¹¹ Vgl. auch oben Kapitel 2; § 5A.II.6.b.

²¹² G. MÜLLER, Funktionen, S. 18; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 399; R. FEUZ, S. 102; T. SÄGESSER, S. 682; dazu auch H. SEILER, S. 315 und 317.

²¹³ G. MÜLLER, Funktionen, S. 18; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 399.

²¹⁴ G. MÜLLER, Funktionen, S. 22.

²¹⁵ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 192; G. MÜLLER, Funktionen, S. 18; R. FEUZ, S. 102; T. SÄGESSER, S. 682; dazu auch H. SEILER, S. 315.

des Einzelnen, das Verhältnis der obersten Staatsorgane zueinander und den Prozess der politischen Willensbildung²¹⁶. Diesem Kriterium liegt der Gedanke zugrunde, dass über grundsätzliche Fragen der Machtverteilung im Staat der Gesetzgeber selbst entscheiden soll²¹⁷.

(2) Würdigung

Die grosse Bedeutung einer Norm für die Ausgestaltung des politischen Systems weist auf eine grosse Wichtigkeit der Norm hin. Das Bundespersonalrecht ist im Allgemeinen für die Ausgestaltung des politischen Systems nicht von grosser Bedeutung²¹⁸. Dies gilt auch für Normen, welche eine Schweigepflicht oder Treuepflicht zur Einschränkung der Meinungsfreiheit des Bundespersonals statuieren. Dieses Kriterium spricht somit nicht für eine grosse Wichtigkeit solcher Normen.

d Finanzielle Bedeutung

(1) Grundsätze

Die finanzielle Bedeutung einer Regelung wird ebenfalls als ein mögliches Kriterium für die Bestimmung der Wichtigkeit von Regelungen angeführt²¹⁹. Entscheidungen mit bedeutsamen finanziellen Auswirkungen müssen im Gegensatz zu solchen Entscheidungen, welche für den Staatshaushalt kaum relevant sind, eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinne haben²²⁰. Bezüglich des Personalrechts im Allgemeinen ist festgehalten worden, dass es erhebliche finanzielle Auswirkungen hat²²¹.

(2) Würdigung

Die grosse finanzielle Bedeutung einer Norm für den Staatshaushalt kann ein Indiz für deren Wichtigkeit sein. Allerdings ergibt sich auch bei diesem Kriterium das Problem, dass nicht in allen Fällen eine eindeutige Antwort möglich ist, da keine eindeutige Grenze zwischen finanziell bedeutsamen und nicht bedeutsamen Regelungen gezogen werden kann²²². Gewisse Normen des Bundespersonalrechts wie beispielsweise Normen betreffend den Lohn von Bundesangestellten²²³ sind von eher grosser Bedeutung für den Bundeshaushalt. Normen, welche eine Schweigepflicht oder Treuepflicht zur Einschränkung der Meinungsfreiheit statuieren wirken sich hingegen nicht auf die Bundesfinanzen

²¹⁶ G. MÜLLER, Funktionen, S. 18.

²¹⁷ G. MÜLLER, Funktionen, S. 18.

²¹⁸ G. MÜLLER, Funktionen, S. 22.

²¹⁹ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 192; G. MÜLLER, Funktionen, S. 18; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 400; R. FEUZ, S. 102; T. SÄGESSER, S. 682; dazu auch H. SEILER, S. 316.

²²⁰ G. MÜLLER, Funktionen, S. 18; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 400.

²²¹ G. MÜLLER, Funktionen, S. 22.

²²² Dazu auch H. SEILER, S. 317, wonach eine positivrechtliche Konkretisierung erforderlich ist.

²²³ Vgl. T. POLEDNA, Leistungslohn, S. 290.

aus. Das Kriterium der finanziellen Bedeutung einer Norm spricht somit nicht für eine grosse Wichtigkeit von Normen, welche im Bundespersonalrecht eine Treuepflicht oder Schweigepflicht statuieren.

e Akzeptanz einer Regelung

(1) Grundsätze

Auch die Akzeptanz einer Regelung gilt als Kriterium, um die Wichtigkeit einer Norm zu bestimmen²²⁴. Regelungen, bei welchen ein grosser Widerstand der Betroffenen beziehungsweise der Stimmberechtigten oder des Parlamentes zu erwarten ist, sind wichtiger als solche, die auf verbreitete Akzeptanz stossen²²⁵.

(2) Würdigung

Ist eine Regelung für Betroffene beziehungsweise Stimmberechtigte oder Parlament schwer akzeptierbar, so wird der Entscheid über diese Regelung zweifellos als wichtig empfunden. Muss also bezüglich einer Regelung mit einem grossen Widerstand gerechnet werden, ist dies ein Indiz für die Wichtigkeit einer Norm. Bei Regelungen, welche das Dienstverhältnis beim Bund als bedeutendem Arbeitgeber mit Vorbildfunktion betreffen²²⁶, kann in der Regel Widerstand im Parlament und von Seiten der Gewerkschaften nicht ausgeschlossen werden. So haben gewisse Regelungen im Bundespersonalgesetz wie beispielsweise die subsidiäre Geltung des Obligationenrechts zu grossen Diskussionen im Parlament geführt²²⁷. Die Regelungen bezüglich der Pflicht zur Interessenwahrung und bezüglich der Schweigepflicht führten hingegen nicht zu grossen Auseinandersetzungen. Eine kurze Diskussion fand im Ständerat anlässlich der Regelung der Pflicht zur Interessenwahrung statt²²⁸, während die Regelung der Schweigepflicht zu keinen Diskussionen Anlass gab²²⁹. Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass insbesondere die Treuepflicht in der Vergangenheit in der Lehre zu vielen Auseinandersetzungen führte²³⁰. Je nach konkreter Ausgestaltung kann die Treuepflicht sehr wohl auf grossen Widerstand stossen. Meiner Meinung nach darf deswegen bei der Anwendung des Kriteriums der Akzeptanz einer Regelung nicht nur berücksichtigt werden, ob die konkrete Regelung in der derzeitigen Ausgestaltung auf Akzeptanz stösst. Es muss vielmehr auch beachtet werden, ob die Regelung das *Potential* hat, Widerstand hervor-

²²⁴ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 192; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 401; G. MÜLLER, Funktionen, S. 18; R. FEUZ, S. 102; T. SÄGESSER, S. 682.

²²⁵ HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 401; G. MÜLLER, Funktionen, S. 18; vgl. auch G. MÜLLER, Bundesgesetze, S. 33 f.

²²⁶ Zur Bedeutung des öffentlichen Personalrechts für den Arbeitsmarkt H. ALLENSPACH, S. 41.

²²⁷ Vgl. beispielsweise Voten im NR, Amtl. Bull. NR 1999, S. 2059 ff.

²²⁸ Vgl. Amtl. Bull. StR 1999, S. 1098 ff. zu Art. 18a.

²²⁹ Vgl. Amtl. Bull. NR 1999, S. 2096 zu Art. 20; vgl. Amtl. Bull. StR 1999, S. 1099 zu Art. 20.

²³⁰ Vgl. z. B. N. OBERHOLZER, S. 15 ff. Vgl. auch unten Kapitel 4:§ 12B.

zurufen. Eine Regelung kann in der Zukunft auch wieder geändert werden. So ist es beispielsweise denkbar, dass die Pflicht zur Interessenwahrung oder die Schweigepflicht in Zukunft wieder neu geregelt werden und dass diese zukünftige Ausgestaltung dieser Pflichten nur schwer akzeptierbar sein wird. Es muss der Tatsache Rechnung getragen werden, dass infolge des Formenparallelismus eine gegenwärtige Regelung in einem formellen Gesetz auch nur durch ein formelles Gesetz wieder abgeändert werden kann²³¹. Meiner Meinung nach ist aus diesem Grund das Kriterium der Akzeptanz einer Regelung kein Argument gegen die Wichtigkeit von Normen, welche eine Treuepflicht oder Schweigepflicht im öffentlichen Dienst statuieren.

f **Üblichkeit**

(1) Grundsätze

Für die Wahl der erforderlichen Normstufe wird vom Bundesgericht und einem Teil der Lehre auch berücksichtigt, ob die betreffende Regelung einem allgemein üblichen Standard entspricht oder ob sie eine starke Abweichung von geltenden Regelungen darstellt²³². In einem Entscheid betreffend die Rechtsetzungsdelegation im Bereich des Dienstrechts hat das Bundesgericht festgehalten, dass eine verbreitete, seit langem bestehende und auch in anderen Kantonen gängige Rechtswirklichkeit für den Entscheid über die erforderliche Normstufe wegleitend sein könne²³³. Für bisher unübliche Regelungen sei ein formelles Gesetz erforderlich, während dem allgemein üblichen Standard entsprechende Regelungen eher auf Verordnungsstufe stehen können²³⁴.

(2) Würdigung

Meiner Meinung nach kann dieses Kriterium nur dann ins Gewicht fallen, wenn man sehr hohe Anforderungen an die Üblichkeit der Regelung stellt. Die Üblichkeit muss schon fast gewohnheitsrechtliches Mass erreicht haben. Nur wenn also eine Regel über lange Zeit unangefochten besteht und fest im Rechtsbewusstsein der gesamtschweizerischen Bevölkerung verankert ist²³⁵ wird man eher auf ein Gesetz im formellen Sinne verzichten können. Was bedeutet dies nun für Normen, welche im öffentlichen Dienst eine Treuepflicht oder Schweigepflicht statuieren? Diese Frage wird man erst eindeutig im nächsten Kapitel beantworten können, wenn genau geklärt ist, was Treuepflicht und Schweige-

²³¹ H. SEILER, S. 318.

²³² BGE 128 I 113, 122 E. 3c; 121 I 273, 277 E. 5a; R. FEUZ, S. 102; P. RICHLI, NPM, S. 118 bezüglich des Personalrechts.

²³³ BGE 128 I 113, 122 E. 3c.

²³⁴ BGE 128 I 113, 122 E. 3c; vgl. zum Dienstrecht auch P. RICHLI, NPM, S. 118.

²³⁵ Zum Gewohnheitsrecht D. DÜRR, Zürcher Kommentar zu Art. 1 ZGB, Rz. 430 ff.; H. M. RIEMER, Rz. 124.

pflicht im Bundespersonalgesetz zur Zeit beinhalten²³⁶. Die Beantwortung der Frage hängt wesentlich davon ab, ob die jetzigen Regelungen im Bundespersonalrecht schon vorher während langer Zeit unangefochten bestanden haben und fest im Rechtsbewusstsein der Bevölkerung verankert sind.

g Fazit

Die von Lehre und Rechtsprechung verwendeten Kriterien zur Bestimmung der Wichtigkeit einer Norm sind mehrheitlich sehr unbestimmt²³⁷. In vielen Fällen ergibt sich bei der Anwendung der einzelnen Kriterien kein eindeutiges Resultat. Zudem kann die Anwendung der einzelnen Kriterien zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, welche gegeneinander abgewogen werden müssen. Die Kriterien sind bloss Indizien für die Wichtigkeit von Normen und sollen eine rationale Diskussion über die Wahl der Normstufe erlauben. Die Wahl der erforderlichen Normstufe bleibt aber ein Wertungsentscheid.

Als wie wichtig sind nun Normen zu betrachten, welche eine Treuepflicht oder Schweigepflicht statuieren und die Meinungsfreiheit der Bundesangestellten einschränken sollen? Für die Beantwortung dieser Frage kann nur das Kriterium der Intensität des Eingriffs massgeblich sein, da dieses Kriterium mit Abstand am besten zu den Regelungen passt, für welche hier die erforderliche Normstufe festgelegt werden soll. Meiner Meinung nach können mit einer Treuepflicht oder Schweigepflicht schwere Eingriffe in die Meinungsfreiheit verbunden sein, weswegen die Wichtigkeit in diesem Fall zu bejahen ist. Gegenteilige Resultate im Zusammenhang mit anderen Kriterien wie beispielsweise der finanziellen Bedeutung einer Norm fallen dabei nicht ins Gewicht. Diese Kriterien sind für die Bestimmung der Wichtigkeit der hier zur Diskussion stehenden Normen viel schlechter geeignet als das Kriterium der Intensität des Eingriffs. Bei der Betrachtung der gegenwärtigen Normen im Bundespersonalrecht im nächsten Kapitel wird einzig noch zu berücksichtigen sein, ob die derzeitigen Regelungen einer verbreiteten, seit langem bestehenden und unangefochtenen Rechtswirklichkeit entsprechen und deswegen weniger hohe Anforderungen an die Normstufe gestellt werden können.

Im Folgenden wird nun noch zu prüfen sein, ob die Kriterien der Flexibilität oder der Eignung der Behörde trotz der Wichtigkeit von Normen, welche eine Treuepflicht oder Schweigepflicht statuieren, eine Verankerung erst auf Verordnungsebene erfordern.

²³⁶ Vgl. auch BGE 128 I 113, 126 f. E. 3f.

²³⁷ Zu diesem Problem H. SEILER, S. 317 f.

3. Flexibilitätsbedürfnis

a Grundsätze

Neben dem Kriterium der Wichtigkeit wird in der Lehre auch das Flexibilitätsbedürfnis als Kriterium genannt, um Gesetz und Verordnung voneinander abzugrenzen²³⁸. Die Berücksichtigung dieses Kriteriums rechtfertigt sich dadurch, dass sich Gesetze nicht so leicht abändern lassen wie Verordnungen²³⁹. Soll eine dauerhafte, rechtssichere Ordnung geschaffen werden, so ist die Regelung in einem Gesetz zu verankern, da ein Gesetz relativ schwer abänderbar ist²⁴⁰. Besteht dagegen ein Bedürfnis, Regelungen an sich ständig verändernde Verhältnisse anzupassen oder soll in einem neuen Rechtsgebiet zuerst einmal „experimentiert“ werden, so wird zweckmässigerweise eine Verordnung gewählt, welche in einem einfacheren Verfahren abgeändert werden kann²⁴¹. Grosse Flexibilitätsbedürfnisse bestehen beispielsweise in Bereichen sich schnell ändernder Techniken und bezüglich wirtschaftlicher Entwicklungen²⁴².

Bezüglich der Frage, wie gross das Flexibilitätsbedürfnis im Personalrecht ist, existieren verschiedene Auffassungen. Bei den Neuerungen im Personalrecht durch das Bundespersonalgesetz wurde die Flexibilisierung des Dienstverhältnisses als vordringliches Ziel betrachtet²⁴³. Eine Flexibilisierung wurde deswegen angestrebt, weil sich der Staat viel mehr als früher in einem Wettbewerb mit Privatunternehmen und anderen Staaten befindet und sofort auf sich ändernde Marktverhältnisse reagieren können muss. Unterstützt wurde die Verfolgung dieses Ziels durch das New Public Management, welches mehr Flexibilität für das Personalrecht forderte²⁴⁴. Dementsprechend sollen Verwaltungseinheiten über grosse Entscheidungsspielräume verfügen, um die Aufgaben bedürfnisgerecht und effizient erfüllen zu können²⁴⁵. Zur Erreichung dieses Ziels fordert das New Public Management, dass soweit als möglich blossе Zielnormen verwendet werden, welche auf möglichst tiefer Regelungsstufe stehen²⁴⁶. Im Gesetz sind nur die wichtigsten, grundlegenden Fragen zu regeln und von Detailvorschriften ist so weit als möglich abzusehen²⁴⁷.

²³⁸ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 202; G. MÜLLER, Funktionen, S. 18; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 402.

²³⁹ G. MÜLLER, Funktionen, S. 18.

²⁴⁰ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 202.

²⁴¹ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 202; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 402.

²⁴² HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 402; G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 203.

²⁴³ Vgl. oben Kapitel 1:§ 2A.

²⁴⁴ Vgl. oben Kapitel 1:§ 2A.

²⁴⁵ HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 1263.

²⁴⁶ P. RICHLI, Dienstrecht, S. 33.

²⁴⁷ K. SUTTER-SOMM, NPM, S. 51 f.

Auf der anderen Seite wird sowohl vom Bundesgericht wie auch der Doktrin festgehalten, dass im Personalrecht nicht ein so grosses Flexibilitätsbedürfnis bestehe, dass es schwerer als die Wichtigkeit einer Regelung wiege²⁴⁸. Im Entscheid zur Rechtsetzungsdelegation im Personalrecht hielt das Bundesgericht fest, dass selbst eine flexible Betriebsführung nicht voraussetzt, dass die grundlegenden Vorschriften für das Personal oft und sehr kurzfristig geändert werden. Eine gewisse Planung und Beständigkeit sei unausweichlich, auch aus der Sicht der Mitarbeiter, die sich in persönlicher und finanzieller Hinsicht organisieren können müssen²⁴⁹. Gemäss Bundesgericht können bei allzu starker Zurückbindung des Rechtsstaatsprinzips zu Gunsten wirkungsorientierter Steuerung auf Exekutivebene Regelungsdefizite auftreten und das allgemeine Rechtsstaatsprinzip könne verletzt oder gefährdet werden²⁵⁰. Es sei aus diesem Grund an den Schranken der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive und andere untergeordnete Organe festzuhalten. Die wesentlichen Elemente der Rechtsstellung öffentlich-rechtlicher Angestellter muss formellgesetzlich verankert sein²⁵¹. Auch in der rechtswissenschaftlichen Doktrin wird trotz der Notwendigkeit wirkungsorientierter Verwaltungsführung daran festgehalten, dass die wesentlichen Elemente der Rechtsstellung öffentlich-rechtlicher Mitarbeiter formellgesetzlich verankert sein müssen²⁵². Sowohl Lehre und Rechtsprechung erachten deswegen eine Blankodelegation der Dienst- und Besoldungsregelung an ein Exekutivorgan als unzulässig²⁵³.

b Würdigung

Wenn bezüglich einer Regelung ein grosses Flexibilitätsbedürfnis besteht, ist dieser Tatsache bei der Wahl der Normstufe Rechnung zu tragen. Es ist aber festzuhalten, dass in einem demokratischen Staat das Kriterium der Flexibilität gegenüber dem Kriterium der Wichtigkeit keinen grundsätzlichen Vorrang erlangen darf, nur weil im Allgemeinen die Flexibilitätsbedürfnisse gestiegen sind²⁵⁴. Es muss in jedem einzelnen Fall die Wichtigkeit einer Regelung gegen die im konkreten Fall bestehenden Flexibilitätsbedürfnisse abgewogen werden, wobei der Wichtigkeit der Regelung ein grosses Gewicht zukommen muss.

²⁴⁸ Vgl. BGE 128 I 113, 124 E. 3e; vgl. auch G. MÜLLER, Funktionen, S. 22 f.

²⁴⁹ BGE 128 I 113, 124 E. 3e.

²⁵⁰ BGE 128 I 113, 126 E. 3f. in Anlehnung an die Doktrin.

²⁵¹ BGE 128 I 113, 126 E. 3f. in Anlehnung an die Doktrin.

²⁵² Vgl. T. POLEDNA, Leistungslohn, S. 290 ff.; P. RICHLI, NPM, S. 117, welcher in diesem Zusammenhang auch Zielnormen als zulässig erachtet; BOLZ/LIENHARD, S. 6 f.; CH. MEYER, S. 146; vgl. auch F. LANG, S. 51.

²⁵³ BGE 128 I 113, 125 ff. E. 3f.; P. RICHLI, Dienstrecht, S. 34; T. POLEDNA, Leistungslohn, S. 292; BOLZ/LIENHARD, S. 7 f.

²⁵⁴ Vgl. H. SEILER, S. 325, wonach im demokratischen Staat dem Kriterium der Wichtigkeit ein gewisser Vorrang zukommt.

Was das Personalrecht betrifft, so ist dem Bundesgericht und der Doktrin darin zuzustimmen, dass die grundlegenden Vorschriften für das Personal wie beispielsweise Treuepflicht, Streikverbot und Geheimhaltungsverbot in einem Gesetz im formellen Sinn zu verankern sind. Es bestehen im Personalrecht keine so ausgeprägten Flexibilitätsbedürfnisse, dass auf eine formellgesetzliche Grundlage verzichtet werden müsste. Dies gilt im Besonderen auch bezüglich der Treuepflicht und Schweigepflicht im öffentlichen Dienst, bei welchen Flexibilität noch viel weniger eine Rolle spielt als bei der Anstellungsdauer oder der Entlohnung des Personals. Es besteht im Gegenteil bezüglich dienstrechtlicher Pflichten ein grosses Interesse an Beständigkeit, vor allem auch aus der Sicht der Mitarbeiter.

4. Eignung der entscheidenden Behörde

a Grundsätze

Ebenfalls als Kriterium für die Bestimmung der Rechtsetzungsstufe wird die Eignung der entscheidenden Behörde betrachtet. Der Gesetzgeber ist grundsätzlich weniger als die Exekutive zur Regelung von Fragen geeignet, deren Beurteilung eine besondere Sachkenntnis voraussetzt wie beispielsweise komplexe technische Probleme²⁵⁵. Aus diesem Grund wird die Meinung vertreten, dass der Gesetzgeber die Regelung auch dann der Exekutive im Interesse der Sicherstellung der Qualität der Entscheidung überlassen soll, wenn es um relativ wichtige, aber Sachkenntnis erfordernde Entscheide geht²⁵⁶. Wenn hingegen die politische Tragbarkeit von vorgeschlagenen Lösungen beurteilt werden soll, gesellschaftliche Anliegen in den Entscheidungsprozess einzubringen sind und ein ausreichender Konsens gesucht werden muss, ist das Parlament die geeignete Behörde²⁵⁷. Das Parlament bietet sich vor allem an für grundlegende, allgemeine Fragen, weniger jedoch für gestalterische Detailarbeit²⁵⁸. Diese Auffassungen entsprechen grundsätzlich auch den Prinzipien des New Public Management, wobei jedoch von den Vertretern des New Public Management noch vermehrt eine Konzentration des Parlaments auf die grundlegenden und wichtigen Fragen gefordert wird²⁵⁹.

b Würdigung

Die Gewaltenteilung hat heutzutage nicht mehr nur die übergeordnete Funktion, die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger zu gewährleisten, sondern sie dient auch dazu, die

²⁵⁵ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 200; G. MÜLLER, Funktionen, S. 18; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 403.

²⁵⁶ G. MÜLLER, Funktionen, S. 18; vgl. allerdings auch die Vorschläge bei H. SEILER, S. 325 f.

²⁵⁷ BGE 123 I 254, 256 E. 2b/bb; G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 200.

²⁵⁸ BBl 1996 II 428 ff., 447; G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 200; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 403.

²⁵⁹ BOLZ/LIENHARD, S. 17; vgl. auch BBl 1996 II 428 ff., 447.

Kompetenzen unter den staatlichen Einrichtungen so aufzuteilen, dass die staatlichen Aufgaben am besten erfüllt werden können²⁶⁰. Welches Staatsorgan für welche Entscheidung besonders geeignet ist, ist somit bei der Wahl der Normstufe zu berücksichtigen.

Was das Personalrecht betrifft, so können sich viele grundlegende, allgemeine und politische Fragen stellen wie zum Beispiel die Frage nach der Amtsdauer, die Beibehaltung des Disziplinarrechts oder die Einführung des Leistungslohns. Auch die Frage, wie weit die Treuepflicht oder Schweigepflicht die Meinungsfreiheit des Bundespersonals einschränken soll, ist eindeutig eine grundlegende, politische Frage. Im Zusammenhang mit der Regelung der Treuepflicht oder Schweigepflicht stellen sich auch keine Fragen derart, dass nur die Exekutive aufgrund ihres Spezialwissens zur Regelung geeignet wäre. Dieses Kriterium spricht somit nicht gegen eine Verankerung der Treuepflicht und Schweigepflicht in einer formellgesetzlichen Grundlage.

5. Fazit

Anhand der Untersuchungen im Zusammenhang mit den Kriterien zur Festlegung der erforderlichen Normstufe wird offensichtlich, dass es sich bei der Wahl der Rechtsetzungsebene in höchstem Masse um einen Wertungsentscheid handelt.

Sowohl das Bundesgericht wie auch die Lehre verlangen für die wesentlichen Elemente der Rechtsstellung öffentlich-rechtlicher Angestellter ein klares Gesetz im formellen Sinne²⁶¹, wobei zumindest gewissen dienstrechtlichen Pflichten grundlegende Tragweite zuerkannt wird²⁶². Dies schliesst jedoch eine Konkretisierung von Rechten und Pflichten der Angestellten erst auf Verordnungsebene nicht aus²⁶³.

Meiner Meinung nach sind Regelungen bezüglich der Treuepflicht oder Schweigepflicht des Bundespersonals wegen der damit möglicherweise verbundenen schweren Eingriffe in die Meinungsfreiheit als wichtig zu betrachten. Es bestehen im Personalrecht und insbesondere auch bezüglich der Treuepflicht und Schweigepflicht keine ausgeprägten Flexibilitätsbedürfnisse, welche entgegen der Wichtigkeit dieser Regelungen eine Verankerung der Treuepflicht und Schweigepflicht nur auf der Verordnungsebene rechtfertigen würden. Das Parlament ist für die Regelung der Treuepflicht und Schweigepflicht die geeignete Behörde, da es sich beim Entscheid über die Ausgestaltung dieser Pflichten um grundlegende, politische Fragen handelt. Schweigepflicht und Treuepflicht brauchen demzufolge eine Verankerung in einem Gesetz im formellen Sinne.

²⁶⁰ Dazu BBl 1996 II 428 ff., 477.

²⁶¹ BGE 128 I 113, 126 E. 3f. mit zahlreichen Hinweisen auf die Lehre; vgl. T. POLEDNA, Leistungslohn, S. 290 ff.; P. RICHLI, NPM, S. 117, welcher in diesem Zusammenhang auch Zielnormen als zulässig erachtet; BOLZ/LIENHARD, S. 6 f.; CH. MEYER, S. 146 f.; vgl. auch F. LANG, S. 51.

²⁶² BGE 128 I 113, 123 E. 3d; vgl. auch CH. MEYER, S. 147.

²⁶³ BGE 128 I 113, 125 E. 3f.

Es fragt sich somit lediglich noch wie breit diese Pflichten im Gesetz im formellen Sinn abgestützt sein müssen. Ein hohes Interesse an demokratischer Legitimation verlangt eine bestimmte, substantielle Norm im formellen Gesetz²⁶⁴. Was muss nun genau bei der Treuepflicht und Schweigepflicht in einer bestimmten, substantiellen Norm im formellen Gesetz geregelt werden? Für die Beantwortung der Frage entscheidend ist, was bei der Regelung der Treuepflicht und der Schweigepflicht so wichtig ist, dass es im Gesetz im formellen Sinne stehen sollte. Bei der Regelung der Treuepflicht und Schweigepflicht besteht ein grosses Interesse an demokratischer Legitimation in Bezug auf die Regelung der Einschränkung der Meinungsfreiheit durch diese Pflichten. Demzufolge muss die *Tragweite der Einschränkung der Meinungsfreiheit* durch die Treuepflicht oder Schweigepflicht im Gesetz im formellen Sinne verankert sein. Dies bedeutet, dass die Einschränkung der Meinungsfreiheit in sachlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht dem Grundsatz nach eine Grundlage im Gesetz im formellen Sinne haben muss. Im Gesetz im formellen Sinne muss somit *dem Grundsatz nach in bestimmter Weise* zum Ausdruck kommen, dass es um die Einschränkung der Meinungsfreiheit geht, ob Meinungsäusserungen zu unterlassen sind oder im Falle von Meinungsäusserungen nur eine Meldung an den Arbeitgeber erstattet werden muss, ob die Meinungsfreiheit sowohl inner- wie auch ausserdienstlich eingeschränkt werden soll, ob die Einschränkung über die Dauer des Arbeitsverhältnisses hinaus andauert und ob die Einschränkung für alle Staatsangestellten gleichermassen gilt²⁶⁵. Auf eine Verankerung im Gesetz im formellen Sinne kann allenfalls bezüglich solcher Regelungen verzichtet werden, welche schon seit sehr langer Zeit unangefochten bestehen und fest im Rechtsbewusstsein der Bevölkerung verankert sind²⁶⁶. Das Weiteren können Detailregelungen sprich Konkretisierungen der Schweigepflicht und Treuepflicht auf Verordnungsstufe stehen, wenn die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation gewahrt sind.

C. Fazit

Gesetzliche Grundlagen, welche eine Treuepflicht oder Schweigepflicht von Bundesangestellten statuieren, um die Meinungsfreiheit einzuschränken, müssen dem Gebot hinreichender Normbestimmtheit und dem Gebot hinreichender Normstufe gerecht werden. Die unmittelbar anwendbare Norm sollte das von den Bundesangestellten geforderte Verhalten in bestimmter Weise umschreiben²⁶⁷ und die Tragweite der Einschränkung der

²⁶⁴ Statt vieler BGE 126 I 112, 116 E. 3b bezüglich schwerwiegender Eingriffe in Freiheitsrechte; vgl. auch oben Kapitel 2:§ 5A.II.3.a.

²⁶⁵ Vgl. oben Kapitel 2:§ 5A.II.9.

²⁶⁶ Vgl. oben Kapitel 2:§ 5B.II.2.f(2).

²⁶⁷ Zur Verschiebung des Bestimmtheitspostulats auf den Verordnungsgeber H. DUBS, S. 227.

Meinungsfreiheit sollte in sachlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht genau ersichtlich sein. Wenigstens *dem Grundsatz nach, aber ebenfalls in bestimmter Weise* sollte die Einschränkung der Meinungsfreiheit in sachlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht sogar in einem Gesetz im formellen Sinne verankert sein. Im nächsten Kapitel wird nun geprüft, ob die zur Zeit bestehenden gesetzlichen Grundlagen im Bundespersonalgesetz diese Anforderungen erfüllen.

Kapitel 3: Gesetzliche Grundlagen im Bundespersonalgesetz

§ 6 Problemstellung

Es fragt sich, ob die zur Zeit bestehenden gesetzlichen Grundlagen des Bundespersonalgesetzes die Meinungsfreiheit des Bundespersonals einschränken können. Diese Frage stellt sich vor allem angesichts der Tatsache, dass in neuerer Zeit im Bundespersonalrecht im Sinne des New Public Management gesetzliche Regelungen bewusst offener gestaltet und auf tieferer Normstufe verankert werden²⁶⁸. In diesem Kapitel wird untersucht, ob die Normen des Bundespersonalgesetzes, welche potentiell als gesetzliche Grundlage für die Einschränkung der Meinungsfreiheit in Frage kommen, die im zweiten Kapitel dargestellten Anforderungen an eine gesetzliche Grundlage zur Einschränkung der Meinungsfreiheit des Bundespersonals erfüllen. Zur Einschränkung der Meinungsfreiheit kommen im Bundespersonalgesetz primär Art. 20 BPG (Treuepflicht) und Art. 22 BPG (Schweigepflicht) in Frage. Eventuell könnte auch Art. 24 BPG (Einschränkung von Rechten des Personals) einen Einfluss auf die Einschränkung der Meinungsfreiheit haben. Im Folgenden wird nun jede Norm einzeln darauf hin geprüft, ob dem Gebot hinreichender Bestimmtheit und dem Gebot hinreichender Normstufe bei der Konzipierung der Norm genügend Rechnung getragen wurde. Am Schluss folgt eine Gesamtwürdigung der gesetzlichen Grundlagen.

²⁶⁸ Vgl. oben Kapitel 1:§ 2C.I.

§ 7 Treuepflicht (Art. 20 BPG)

A. Allgemeine Rechtsgrundlagen

Zur Treuepflicht wird im Bundespersonalgesetz Folgendes festgehalten:

„Art. 20 Wahrung der Interessen der Arbeitgeber

¹ Die Angestellten haben die ihnen übertragene Arbeit mit Sorgfalt auszuführen und die berechtigten Interessen des Bundes beziehungsweise des Arbeitgebers zu wahren.

² Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses dürfen die Angestellten keine Arbeit gegen Entgelt für Dritte leisten, soweit sie dadurch ihre Treuepflicht verletzen.“

Für das Bundespersonal im Allgemeinen wird Art. 20 Abs. 1 BPG auf Verordnungsstufe nicht weiter konkretisiert²⁶⁹, weswegen dieser Artikel unmittelbar zur Anwendung kommt.

B. Fragestellung

Für die Einschränkung der Meinungsfreiheit kommt lediglich der erste Absatz von Art. 20 BPG in Frage, da der zweite Absatz nur die Zulässigkeit von Nebenbeschäftigungen regelt. Es fragt sich demnach, ob und inwiefern Art. 20 Abs. 1 BPG die Meinungsfreiheit des Bundespersonals einschränken kann. Zu diesem Zweck ist zu prüfen, ob der unmittelbar zur Anwendung kommende Art. 20 Abs. 1 BPG die Anforderungen erfüllt, welche an eine gesetzliche Grundlage zur Einschränkung der Meinungsfreiheit des Bundespersonals zu stellen sind. Es wird also im Folgenden untersucht, ob Art. 20 Abs. 1 BPG in möglichst bestimmter Weise das von den Bundesangestellten geforderte Verhalten umschreibt und ob damit die Tragweite der Einschränkung der Meinungsfreiheit in sachlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht ersichtlich wird²⁷⁰. Vor allem sollte aufgrund von Art. 20 Abs. 1 BPG klar feststehen, ob und wie weit die Meinungsfreiheit auch im ausserdienstlichen Bereich eingeschränkt

²⁶⁹ Vgl. Rahmenverordnung vom 20. Dezember 2000 zum Bundespersonalgesetz (Rahmenverordnung BPG) (SR 172.220.11); vgl. Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV) (SR 172.220.111.3); vgl. Verordnung des EFD vom 6. Dezember 2001 zur Bundespersonalverordnung (SR 172.220.111.31). Eine Ausnahme stellt lediglich Art. 133 der Verordnung des EDA vom 20. September 2002 zur Bundespersonalverordnung (VBPV-EDA) (SR 172.220.111.343.3) für das der Versetzungspflicht unterstehende Personal des EDA und – sofern vereinbart – das andere im Ausland eingesetzte Personal des EDA oder der anderen Departemente dar.

²⁷⁰ Vgl. oben Kapitel 2:§ 5C.

wird. Diese Frage führte nämlich in der Vergangenheit in der Lehre immer wieder zu teilweise heftigen Diskussionen²⁷¹.

C. Gebot der hinreichenden Normbestimmtheit

I. Grundsatz

Zur Beantwortung der Frage, ob Art. 20 Abs. 1 BPG eine generelle, aber bestimmte Norm darstellt, durch welche die Tragweite der Einschränkung der Meinungsfreiheit in sachlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht festgelegt ist, ist primär der Wortlaut von Art. 20 Abs. 1 BPG im Sinne einer grammatikalischen Auslegung zu betrachten. Wenn sich der Sinn der Norm nicht ganz eindeutig aus dem Wortlaut ergibt²⁷², müssen andere Auslegungsmethoden angewandt werden.

II. Auslegung

1. Grammatikalische Auslegung

Gemäss dem ersten Satzteil von Art. 20 Abs. 1 BPG haben die Angestellten die ihnen übertragene Arbeit mit Sorgfalt auszuführen. Im Hinblick auf die eventuell mögliche Einschränkung der Meinungsfreiheit durch Art. 20 Abs. 1 BPG ist allerdings vor allem der zweite Satzteil bedeutsam, wonach die Angestellten die berechtigten Interessen des Bundes beziehungsweise ihres Arbeitgebers zu wahren haben. Was ist unter der Wahrung der berechtigten Interessen des Bundes zu verstehen? Es handelt sich bei dem Ausdruck „berechtigte Interessen des Bundes“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der dem Rechtsanwendungsorgan einen grossen Entscheidungsspielraum öffnet²⁷³. Zudem ist nicht eindeutig im vornherein definierbar, was genau unter „Interessen wahren“ zu verstehen ist. Der Wortlaut von Art. 20 Abs. 1 BPG ist somit sehr unbestimmt. Es wird in keiner Weise ersichtlich, ob überhaupt und geschweige denn welche Meinungsäusserungen mit Art. 20 Abs. 1 BPG eingeschränkt werden sollen. Es ist unklar, ob sich die in Art. 20 Abs. 1 BPG statuierte Pflicht nur auf das innerdienstliche oder auch auf das ausserdienstliche Verhalten bezieht. Ebenfalls nicht ausdrücklich geregelt wird, ob die

²⁷¹ Vgl. z. B. N. OBERHOLZER, S. 15 ff. Vgl. auch unten Kapitel 4:§ 12B.II.1.

²⁷² Wie sich zeigen wird, liegt hier kein Fall vor, in welchem der Wortlaut nur scheinbar klar ist oder in welchem zweifelhaft ist, ob der an sich klare Wortlaut den wahren Sinn der Norm wiedergibt, vgl. dazu HÄFELIN/HALLER, Rz. 80.

²⁷³ Zu den unbestimmten Rechtsbegriffen G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 227; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 445 f.; vgl. auch H. DUBS, S. 230 ff. mit Beispielen.

Pflicht nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für ehemalige Bundesangestellte weiterhin gilt. Verwirrend ist auch der Titel von Art. 20 BPG. Der Titel lautet “Wahrung der Interessen der Arbeitgeber” und qualifiziert die in Art. 20 BPG statuierte Pflicht somit scheinbar als “Interessenwahrungspflicht“, ohne allerdings diesen Ausdruck explizit zu verwenden. Erst aufgrund des Wortlauts von Art. 20 Abs. 2 BPG wird ersichtlich, dass es sich bei der in Art. 20 BPG statuierten Pflicht um eine Treuepflicht handelt.

Es fragt sich, ob die Fassungen in den anderen Amtssprachen²⁷⁴ auf diese Fragen Antworten geben können. Ein Blick auf den französischen und italienischen Gesetzestext zeigt, dass sich diese nur sehr wenig vom deutschen Text unterscheiden. So lautet der Titel von Art. 20 BPG in der französischen Fassung nicht wie im deutschen Gesetzestext „Wahrung der Interessen der Arbeitgeber“, sondern „*Défense* des intérêts de l’employeur“ und der Text von Art. 20 Abs. 1 BPG in der französischen Fassung lautet „...*défendre* les intérêts légitimes de la Confédération et son employeur“²⁷⁵. Wie der deutsche Text so spricht Art. 20 Abs. 1 BPG in der italienischen Fassung von „...*tutelano* gli interessi della Confederazione, rispettivamente del loro datore di lavoro“²⁷⁶, allerdings gibt es in der italienischen Fassung nichts, was dem Adjektiv „berechtigte“ der deutschen Fassung entsprechen würde. Es handelt sich also nur um kleine Nuancen, in welchen sich die einzelnen sprachlichen Fassungen voneinander unterscheiden. Auch die anderssprachigen Fassungen geben auf den ersten Blick nicht mehr Klarheit darüber, was der zweite Satzteil von Art. 20 Abs. 1 BPG genau beinhaltet.

Betrachtet man also allein den Wortlaut der Norm, so ist in keiner Weise ersichtlich, welches Verhalten durch Art. 20 Abs. 1 BPG gefordert wird. Fest steht einzig, dass die Pflicht für alle Bundesangestellten gleichermassen statuiert wird. Ob und welche Meinungsäußerungen mit dieser Norm eingeschränkt werden sollen, ist aber unklar. Es kommt in keiner Weise zum Ausdruck, ob sich Art. 20 Abs. 1 BPG nur auf innerdienstliches oder auch auf ausserdienstliches Verhalten bezieht. Unklar ist ebenfalls, ob diese Pflicht nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen bleibt. Es ist folglich zu prüfen, ob mittels weiterer Auslegungsmethoden der Sinn der Norm eindeutig ermittelt werden kann. Können weitere Auslegungsmethoden klären, ob die Norm Meinungsäußerungen im innerdienstlichen oder ausserdienstlichen Bereich verbieten soll?

²⁷⁴ HÄFELIN/HALLER, Rz. 95 f. zu den Amtssprachen im Zusammenhang mit der Auslegung.

²⁷⁵ Hervorhebungen durch die Verfasserin.

²⁷⁶ Hervorhebung durch die Verfasserin.

2. Systematische Auslegung

Die Systematik eines Gesetzes hat die Funktion, Regelungen in eine Reihenfolge zu bringen, um das Verhältnis zwischen den einzelnen Normen klarzustellen²⁷⁷. Abgesehen davon, dass damit die Verständlichkeit gefördert werden soll, ist die Systematik vor allem bedeutsam für die Bestimmung des Geltungsbereichs, des Rangs und der gegenseitigen Beziehungen der Regelungen²⁷⁸. Aus diesem Grund ist es durchaus möglich, dass der systematische Aufbau des Bundespersonalgesetzes Klarheit über den Inhalt und die Bedeutung von Art. 20 Abs. 1 BPG verschaffen kann²⁷⁹. Ausserdem ist zu berücksichtigen, ob der Sinn von Art. 20 Abs. 1 BPG durch das Verhältnis dieses Artikels zu Normen anderer Erlasse ermittelt werden kann²⁸⁰.

Art. 20 BPG gehört zum 3. Abschnitt des Gesetzes mit folgendem Titel: „Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis“. Art. 20 BPG steht an der Spitze des Pflichten-katalogs. Abschnitte und Unterabschnitte beginnen in der Regel mit grundlegenden und wichtigen Vorschriften, während weniger wichtige Detailbestimmungen erst daran anschliessend aufgelistet werden²⁸¹. Es kommt Art. 20 BPG somit von der Systematik her die Bedeutung einer grundlegenden Pflicht zu. Es wird in grundsätzlicher Weise die Pflicht zur sorgfältigen Arbeitsausführung festgelegt und im gleichen Atemzug die Wahrung der Interessen des Bundes verlangt. Betrachtet man die auf Art. 20 Abs. 1 BPG folgenden Pflichten, so wird deutlich, dass es sich bei der in Art. 20 Abs. 1 BPG festgelegten Pflicht um eine Art „Auffangpflicht“ handeln muss. Art. 20 Abs. 2, Art. 21, Art. 22 und 23 BPG regeln nämlich jeweils spezifische Verhaltenspflichten. Lediglich der an der Spitze stehende Art. 20 Abs. 1 BPG statuiert eine allgemein gehaltene Pflicht, was somit dem logischen Kriterium entspricht, dass vom „Allgemeinen“ zum „Besonderen“ fortzuschreiten ist²⁸².

Betrachtet man das Verhältnis von Art. 20 BPG zu anderen Rechtsnormen, so ist insbesondere Art. 6 Abs. 2 BPG zu beachten. Art. 6 Abs. 2 BPG gehört zu den allgemeinen Bestimmungen des Bundespersonalgesetzes und gilt somit für das ganze Gesetz. Nach diesem Artikel gelten für das Arbeitsverhältnis sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts, soweit das Bundespersonalgesetz und andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen²⁸³. Im Bundespersonalgesetz wird mit Art. 20 Abs. 1 BPG eine Treuepflicht des Bundespersonals statuiert. Über-

²⁷⁷ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 236.

²⁷⁸ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 236.

²⁷⁹ Zur systematischen Auslegung HÄFELIN/HALLER, Rz. 97 ff.

²⁸⁰ HÄFELIN/HALLER, Rz. 97.

²⁸¹ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 252 und Fn. 459.

²⁸² Dazu G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 252.

²⁸³ Vgl. oben Kapitel 1:§ 2C.II.

raschenderweise weicht diese Norm aber dem Wortlaut nach nicht vom Obligationenrecht ab, sondern weist grundsätzlich denselben Wortlaut wie die privatrechtliche Treuepflicht in Art. 321a Abs. 1 OR auf. Es handelt sich somit dem Wortlaut nach um eine Wiederholung der nach Art. 6 Abs. 2 BPG ohnehin geltenden privatrechtlichen Treuepflicht. Die Wiederholung des Wortlauts der privatrechtlichen Treuepflicht im Bundespersonalgesetz ist verwirrend. Wenn im Bundespersonalgesetz schon ausdrücklich eine Treuepflicht verankert wird, so kann der Sinn und Zweck dieser ausdrücklichen Statuierung doch nur eine Abweichung von der privatrechtlichen Treuepflicht sein. Andernfalls hätte man sich mit dem blossen Verweis auf das Obligationenrecht, wie er in Art. 6 Abs. 2 BPG verankert ist, begnügen können. Verweise dienen schliesslich unter anderem dazu, das Rechtsetzungsorgan dadurch zu entlasten, dass nicht neue Regelungen geschaffen werden müssen, sondern bereits bestehende Regeln übernommen werden können, ohne sie zu wiederholen²⁸⁴. Trotzdem wiederholt nun Art. 20 Abs. 1 BPG den Wortlaut der privatrechtlichen Treuepflicht. Die Berücksichtigung von Art. 6 Abs. 2 BPG ist somit keine Hilfe bei der Frage, wie man Art. 20 Abs. 1 BPG verstehen soll.

Des Weiteren fragt sich, ob Art. 24 BPG mit dem Titel „Einschränkung von Rechten des Personals“ den Inhalt von Art. 20 Abs. 1 BPG klären kann. Gemäss dem Wortlaut von Art. 24 Abs. 1 BPG kann der Bundesrat soweit es für die Staatssicherheit, für die Wahrung von wichtigen Interessen in auswärtigen Angelegenheiten oder für die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebensnotwendigen Gütern und Dienstleistungen erforderlich ist, das Streikrecht für bestimmte Kategorien von Angestellten beschränken oder aufheben. Aus den gleichen Gründen kann der Bundesrat die Niederlassungsfreiheit und die Wirtschaftsfreiheit über die im Gesetz vorgesehenen Einschränkungen hinaus beschränken (Art. 24 Abs. 2 lit. a BPG). Bei Art. 24 BPG geht es demnach um die Wahrung ganz bestimmter, ausserordentlich schwerwiegender Staatsinteressen. Da es um solche schwerwiegende Staatsinteressen geht, soll der Bundesrat aufgrund von Art. 24 BPG die Möglichkeit haben, über die im Gesetz vorgesehenen Einschränkungen hinaus gewisse Freiheitsrechte einzuschränken. Für die Wahrung genau dieser Interessen sieht Art. 24 BPG die Einschränkung der Meinungsfreiheit dem Wortlaut nach nicht vor. Allerdings regelt Art. 24 BPG aufgrund seines Wortlauts eben auch nur die Einschränkung von Rechten, welche über die sonst im Gesetz vorgesehenen Einschränkungen hinausgehen und durch diese schwerwiegenden Staatsinteressen gerechtfertigt sind. Durch Art. 24 BPG werden Einschränkungen der Meinungsfreiheit durch andere Normen des Bundespersonalgesetzes weder ausgeschlossen, noch gefordert, noch irgendwie präzisiert. Art. 24 BPG gibt also keine weiteren Aufschlüsse über den Inhalt von Art. 20 Abs. 1 BPG.

²⁸⁴ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 307.

Auch die Betrachtung verfassungsrechtlicher Normen kann die Norm nicht in genügender Weise näher bestimmen. Meiner Meinung nach ist es deswegen nicht zulässig, Art. 20 Abs. 1 BPG aufgrund verfassungskonformer Auslegung als genügend bestimmt zu betrachten²⁸⁵.

Es kann somit abschliessend festgehalten werden, dass aufgrund der systematischen Auslegung nicht klar wird, wie Art. 20 Abs. 1 BPG zu verstehen ist. Die systematische Auslegung schafft im Gegenteil mehr Verwirrung als Klarheit.

3. Historische, zeitgemässe und teleologische Auslegung

Da das Bundespersonalgesetz erst kürzlich erlassen wurde, fallen in diesem Fall die historische, zeitgemässe und teleologische Auslegung zusammen²⁸⁶. Es ist zu prüfen, ob die Materialien und der darin zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers eindeutigen Aufschluss über das Verständnis von Art. 20 Abs. 1 BPG geben können²⁸⁷. Des Weiteren kann man sich fragen, welchen Sinn der Norm aufgrund der allgemeinen Betrachtung der Zeit zukommt.

a Wille des Gesetzgebers

In der Botschaft des Bundesrates zum Entwurf des Bundespersonalgesetzes war noch keine Treuepflicht vorgesehen. In der Botschaft wird auch nirgends erwähnt, weshalb der Bundesrat auf die Statuierung einer Treuepflicht verzichtet hat²⁸⁸.

Der Nationalrat, der den Entwurf des Bundesrates als Erstrat beraten hatte, sah sich ebenfalls nicht veranlasst, eine Treuepflicht mittels einer Norm im Bundespersonalgesetz zu statuieren²⁸⁹. Aussagen zur Treuepflicht gab es in der Debatte nur jeweils im Zusammenhang mit anderen Fragen. So wurde beispielsweise im Zusammenhang mit den Kündigungsregeln und dem Problem der Korruption festgehalten, dass der Staat wegen des verstärkten Kündigungsschutzes von seinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern auch eine verstärkte Treuepflicht erwartet²⁹⁰. Andererseits wurde aber auch argumentiert, dass wegen der Aufhebung des Beamtenstatus die besondere Treuepflicht wegfällt²⁹¹.

²⁸⁵ Anders das Bundesgericht in BGE 101 Ia 172, 180 f. E. 6, in welchem die unbestimmte Treuepflicht verfassungskonform ausgelegt wurde.

²⁸⁶ Zu den einzelnen Auslegungsmethoden HÄFELIN/HALLER, Rz. 90 ff.

²⁸⁷ Zur subjektiv-historischen Auslegung HÄFELIN/HALLER, Rz. 102 ff.

²⁸⁸ Vgl. BB1 1999 II 1597 ff.

²⁸⁹ Vgl. Amtl. Bull. NR 1999, S. 2035 ff.

²⁹⁰ Votum VILLIGER, Amtl. Bull. NR 1999, S. 2045; vgl. auch Votum FISCHER-Häggligen, Amtl. Bull. NR 1999, S. 2098; vgl. auch Votum DAVID, Amtl. Bull. NR 1999, S. 2037.

²⁹¹ Votum HUBMANN, Amtl. Bull. NR 1999, S. 2098.

Erst durch die Staatspolitische Kommission des Ständerats wurde vorgeschlagen, eine Treuepflicht in das Gesetz aufzunehmen²⁹². Gleich schon zu Beginn der Debatte im Ständerat wurde im Zusammenhang mit dem gut ausgebauten Kündigungsschutz zur Treuepflicht festgehalten: „Die Kündigungsregelung im BPG bietet den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Bundesverwaltung einen deutlich höheren Schutz, als dies für die Angestellten in der Privatwirtschaft der Fall ist. Das ist teilweise das Korrelat dazu, dass von den staatlichen Angestellten auch eine höhere Loyalität ihrem Arbeitgeber gegenüber erwartet wird. Diese Treuepflicht hat Ihre Kommission mit dem neu eingeführten Artikel 18a noch zusätzlich unterstrichen.“²⁹³.

Im Rahmen der Detailberatung wurde näher auf den vorgeschlagenen Artikel eingegangen. Die von der Kommission beantragte Treuepflicht hatte folgenden Wortlaut: „Die Angestellten haben die ihnen übertragene Arbeit mit Sorgfalt auszuführen und die Interessen des Bundes beziehungsweise ihres Arbeitgebers zu wahren“²⁹⁴. Auf die Frage hin, weshalb man grundsätzlich den Art. 321a Abs. 1 OR abgeschrieben habe, jedoch bezüglich der Interessen das Wort „berechtigt“ weggelassen habe²⁹⁵, wurde Sinn und Zweck der vorgeschlagenen Norm erläutert. Vreny Spoerry beantwortete die Frage für die Kommission folgendermassen: „Das Wort „berechtigt“ steht tatsächlich im OR, und bei uns nicht, auch im deutschen Text nicht. Diese Präzisierung könnte man der Redaktionskommission überlassen, denn wir wollten den Grundsatz, der im OR (Art. 321a Abs. 1) festgehalten ist -...- im BPG erwähnen, obwohl es zugegebenermassen eine Wiederholung ist. Die Überlegung war, dass das BPG - immer im Vergleich zum OR für das private Personal - höhere Schutzmechanismen hat und dass das Korrelat dazu die Treuepflicht sein muss, *eventuell sogar eine etwas erhöhte Treuepflicht*. Das wollten wir in diesem Gesetz *expressis verbis* zum Ausdruck bringen“²⁹⁶. Zur selben Frage führte Kaspar Villiger aus: „... man kann das Wort „berechtigte“ einsetzen. Wir haben es weggelassen, weil wir vorne den generellen Verweis auf das OR haben, somit hätte das ohnehin gegolten. Der Bundesrat hat aber nichts dagegen, wenn das ausdrücklich gesagt wird, weil wir diese Treuepflicht erwarten. Ich beantrage Ihnen, das Wort „berechtigte“ einzusetzen, dann haben wir Übereinstimmung mit dem OR...“²⁹⁷. Auf die Forderung Christiane Brunners, auch im französischen Text den Titel „sauvegarde des intérêts“

²⁹² Votum SPOERRY, Amtl. Bull. StR 1999, S. 1074; vgl. auch Amtl. Bull. StR 1999, S. 1098 ff. zur Detailberatung des Art. 18a.

²⁹³ Votum SPOERRY, Amtl. Bull. StR 1999, S. 1074, vgl. auch Votum VILLIGER, Amtl. Bull. StR 1999, S. 1079, wonach dem Staat gegenüber eine eher grössere Loyalität erwartet wird als in der Privatwirtschaft.

²⁹⁴ Amtl. Bull. StR 1999, S. 1098 zu Art. 18a.

²⁹⁵ Vgl. zu dieser Frage Votum BRUNNER, Amtl. Bull. StR 1999, S. 1098.

²⁹⁶ Votum SPOERRY, Amtl. Bull. StR 1999, S. 1098 f. (Hervorhebung durch die Verfasserin).

²⁹⁷ Votum VILLIGER, Amtl. Bull. StR 1999, S. 1099.

anstatt den Ausdruck „défense des intérêts“ zu verwenden²⁹⁸, wurde hingegen nicht eingegangen²⁹⁹. Anhand der zitierten Voten zeigt sich bereits, dass im Parlament keine eindeutige Klarheit darüber bestand, was Art. 20 Abs. 1 BPG genau beinhaltet.

In der Folge wurde die leicht modifizierte Fassung durch den Ständerat³⁰⁰ und anschliessend auch kommentarlos durch den Nationalrat angenommen³⁰¹.

Der heutige Art. 20 Abs. 1 BPG wurde somit erst nachträglich auf Vorschlag der Staatspolitischen Kommission des Ständerats hin im Rahmen der Parlamentsdebatten in das Gesetz aufgenommen, ohne dass eindeutige Klarheit über den Inhalt und die Bedeutung dieser Norm herrschte. In der Parlamentsdebatte kam beispielsweise nicht zur Sprache, ob die Norm nur innerdienstliches oder auch ausserdienstliches Verhalten umfasst. Im Gegensatz dazu hatte die Botschaft zum eidgenössischen Beamtengesetz von 1927 noch klar festgehalten, dass der Beamte aufgrund der Treuepflicht dem Staat innerhalb und ausserhalb des Dienstes Treue halten muss³⁰². Die Problematik der Freiheitsrechtsbeschränkungen wurde im Zusammenhang mit dem heutigen Art. 20 Abs. 1 BPG im Parlament ebenfalls nicht diskutiert. Die Aussagen zur Treuepflicht im Zusammenhang mit Art. 20 Abs. 1 BPG sind widersprüchlich. Den Voten zufolge strebte man einerseits grundsätzlich Übereinstimmung mit dem Obligationenrecht an, andererseits sprach man aber im Vergleich mit der Treuepflicht in der Privatwirtschaft von einer etwas erhöhten Treuepflicht der Staatsangestellten.

b Allgemeine Betrachtung der Zeit

Kann aufgrund der allgemeinen Betrachtung der Zeit³⁰³ der Inhalt von Art. 20 Abs. 1 BPG auf eindeutige Weise ermittelt werden? Das Problem ist, dass oft nicht klar feststeht, was als „allgemeine Betrachtung“ der Zeit zu gelten hat. Oftmals gibt es zu einem Problem mehrere Meinungen. So gibt es einige Aussagen zur Treuepflicht im öffentlichen Dienst, denen zufolge es denkbar wäre, die öffentlich-rechtliche Treuepflicht der weitergehenden privatrechtlichen Treuepflicht bei Tendenzbetrieben anzugleichen³⁰⁴. Tendenzbetriebe sind Betriebe, welche nicht primär rein wirtschaftliche, sondern hauptsächlich geistig-ideelle Ziele wie beispielsweise politische, gewerkschaftliche, karitative,

²⁹⁸ Votum BRUNNER, Amtl. Bull. StR 1999, S. 1098.

²⁹⁹ Vgl. Amtl. Bull. StR 1999, S. 1098 f. zur Detailberatung zu Art. 18a.

³⁰⁰ Dazu Amtl. Bull. StR 1999, S. 1099.

³⁰¹ Dazu Amtl. Bull. NR 2000, S. 16.

³⁰² Vgl. dazu BB1 1924 III 1 ff., 97.

³⁰³ Dazu HÄFELIN/HALLER, Rz. 110 ff.

³⁰⁴ Entscheid des Präsidenten der PRK vom 31. Mai 2001, VPB 2001, Nr. 95, S. 1061 E. 3c; REHBINDER/KRAUSZ, S. 111; T. POLEDNA, Annäherungen, S. 225; vgl. auch M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 96 f.

konfessionelle, erzieherische oder wissenschaftliche Ziele verfolgen³⁰⁵. Nimmt jemand in einem Tendenzbetrieb eine tendenzrelevante Arbeitsstelle an, übernimmt er gemäss der privatrechtlichen Doktrin stillschweigend eine gesteigerte Treuepflicht und muss sich auch im privaten und ausserdienstlichen Bereich "vorbildlich" verhalten³⁰⁶ und alles unterlassen, was die Erreichung der Unternehmensziele behindern könnte³⁰⁷. Für die Meinungsfreiheit im Besonderen bedeutet dies, dass ein Arbeitnehmer eines Tendenzbetriebs auf das Recht verzichtet, Standpunkte öffentlich darzulegen, welche mit der Betriebstendenz nicht zu vereinbaren sind³⁰⁸. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Aussagen, wonach eine Angleichung der öffentlich-rechtlichen Treuepflicht an die Treuepflicht bei Tendenzbetrieben denkbar wäre, tatsächlich die allgemeine Betrachtung der Zeit wiedergeben.

Schon einige Zeit vor Erlass des Bundespersonalgesetzes wurde vorausgesagt, dass im Rahmen einer Reform des öffentlichen Dienstes gemäss den Grundsätzen des New Public Management die Treuepflicht des Staatspersonals in Analogie zum Tendenzbetrieb des privaten Arbeitsrechts bestimmt werden wird³⁰⁹. Es wurde auch schon die Meinung vertreten, dass bei einer sinngemässen Übertragung von Art. 321a OR ins öffentliche Recht es sich durchaus rechtfertigen liesse, das Gemeinwesen als „Tendenzbetrieb“ zu bezeichnen, das für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu sorgen hat und demnach von seinen Angestellten eine verstärkte Ausrichtung auf diese Aufgabenerfüllung verlangen kann³¹⁰. Auch in einem Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission noch zum früheren Beamtenrecht ist bereits festgehalten worden, dass das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis mit den sich daraus ergebenden ausserdienstlichen Verhaltenspflichten mit den für Tendenzbetriebe geltenden Massstäben zu beurteilen ist³¹¹. Andererseits gibt es sogar neuere Personalrechte, welche sich bezüglich der Treuepflicht überhaupt nicht am Privatrecht orientieren, sondern eigene Normen aufstellen³¹². Auch in der Lehre gibt es Autoren, welche im Zusammenhang mit der Treuepflicht im öffentlichen Dienst den Tendenzbetrieb völlig ausser acht lassen oder eine Interpretation der öffentlich-recht-

³⁰⁵ W. PORTMANN, Individualarbeitsrecht, Rz. 541; SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Zürcher Kommentar zu Art. 321a OR, Rz. 31; M. REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 124; M. REHBINDER, Berner Kommentar zu Art. 321 OR, Rz. 3; M. REHBINDER, Medienschaffende, S. 134; M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 96 f.

³⁰⁶ M. REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 124; M. REHBINDER, Berner Kommentar zu Art. 321a OR, Rz. 3; vgl. auch M. REHBINDER, Medienschaffende, S. 134.

³⁰⁷ M. REHBINDER, Berner Kommentar zu Art. 321a OR, Rz. 3, vgl. auch W. PORTMANN, Individualarbeitsrecht, Rz. 541; vgl. auch SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Zürcher Kommentar zu Art. 321a OR, Rz. 31.

³⁰⁸ C. CAMASTRAL, S. 90; vgl. auch das Beispiel bei SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Zürcher Kommentar zu Art. 321a OR, Rz. 31.

³⁰⁹ Dazu REHBINDER/KRAUSZ, S. 111.

³¹⁰ T. POLEDNA, Annäherungen, S. 225.

³¹¹ Entscheid des Präsidenten der PRK vom 31. Mai 2001, VPB 2001, Nr. 95, S. 1061 E. 3c.

³¹² § 50 des luzernischen Gesetzes über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis (Personalgesetz) vom 26. Juni 2001; Art. 67 des St. Galler Staatsverwaltungsgesetzes vom 16. Juni 1994.

lichen Treuepflicht im Sinne der Treuepflicht bei Tendenzbetrieben explizit ablehnen³¹³. Auch in der Parlamentsdebatte zum Bundespersonalgesetz taucht der Begriff „Tendenzbetrieb“ nicht auf³¹⁴. Auch wenn von verschiedenen Seiten die Meinung vertreten wird, dass die Treuepflicht im öffentlichen Dienst analog der Treuepflicht im Tendenzbetrieb zu bestimmen ist, so kann man in diesem Zusammenhang trotzdem nicht von einer allgemeinen Betrachtung der Zeit sprechen. Eine eindeutige allgemeine Betrachtung der Zeit zur Treuepflicht, welche im Rahmen der Auslegung berücksichtigt werden müsste, existiert nicht.

4. Auslegungsergebnis

Fasst man alle Betrachtungen zusammen, so ergibt sich folgendes Bild: Aufgrund der grammatikalischen Auslegung ist nicht klar, wie Art. 20 Abs. 1 BPG zu verstehen ist. Auch die systematische Auslegung bringt keine weitere Klarheit. Die Materialien enthalten ebenfalls keine Definition zu Art. 20 Abs. 1 BPG. Fest steht aufgrund der Materialien einzig, dass man bezüglich der Treuepflicht tatsächlich eine Übereinstimmung mit dem Obligationenrecht beabsichtigt hat. Die Materialien fördern jedoch auch einen gewissen Widerspruch zu Tage: Auf der einen Seite wurde klar Übereinstimmung mit dem Obligationenrecht angestrebt, auf der anderen Seite sprach man gleichzeitig von einer etwas erhöhten Treuepflicht. Es wurde aber nie geklärt, was Art. 20 Abs. 1 BPG genau beinhaltet. Auf die Frage, wie Art. 20 Abs. 1 BPG aufgrund der allgemeinen Betrachtung der Zeit zu verstehen ist, gibt es keine eindeutige Antwort. Art. 20 Abs. 1 BPG bleibt selbst unter Einbezug aller möglichen Auslegungsmethoden sehr unbestimmt.

III. Fazit

Um die Meinungsfreiheit des Bundespersonals einschränken zu können, müsste Art. 20 Abs. 1 BPG eine generelle, aber bestimmte Norm darstellen³¹⁵. Art. 20 Abs. 1 BPG müsste in möglichst bestimmter Weise das gebotene Verhalten umschreiben und die Tragweite der Einschränkung der Meinungsfreiheit der Bundesangestellten müsste in sachlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht ersichtlich sein. In Anbetracht dessen, dass in der Vergangenheit in Lehre und Rechtsprechung schon oftmals Uneinigkeit darüber herrschte, ob und wieweit die Treuepflicht auch ausserdienstliches Verhalten umfasst,

³¹³ Vgl. P. HÄNNI, neues Personalrecht, Rz. 206 ff. zur Treuepflicht im Bundespersonalgesetz; I. HÄNER, Grundrechte, S. 411 und Fn. 107.

³¹⁴ Vgl. Amtl. Bull. StR 1999, S. 1098 f. zu Art. 18a. Vgl. auch Amtl. Bull. NR 2000, S. 16, demzufolge es im NR zu Art. 18a gar keine Debatte gab, sondern die Norm vorbehaltlos anerkannt wurde.

³¹⁵ Vgl. oben Kapitel 2:§ 5A.II.9.

müsste Art. 20 Abs. 1 BPG gerade diesbezüglich Klarheit schaffen. Es sollte feststehen, ob und wieweit die Meinungsfreiheit von Staatsangestellten im und ausser Dienst eingeschränkt wird. Art. 20 Abs. 1 BPG erfüllt diese Voraussetzungen nicht, sondern umschreibt das geforderte Verhalten nur in sehr unbestimmter Weise. Insbesondere unklar ist, ob mit diesem Artikel die Meinungsfreiheit des Staatspersonals auch im ausserdienstlichen Bereich eingeschränkt werden soll.

D. Gebot der hinreichenden Normstufe

Die Treuepflicht wird in einem Gesetz im formellen Sinne statuiert. Da die Norm aber in grossem Masse unbestimmt ist, werden grundlegende Fragen nicht durch den Gesetzgeber geregelt. Die Einschränkung der Meinungsfreiheit ist nicht einmal dem Grundsatz nach demokratisch abgestützt, zumindest nicht was ausserdienstliche Meinungsäusserungen betrifft. Aufgrund seiner Unbestimmtheit kann Art. 20 Abs. 1 BPG auch das Gebot hinreichender Normstufe nicht erfüllen.

E. Fazit

Art. 20 Abs. 1 BPG kann aufgrund seiner Unbestimmtheit die Meinungsfreiheit des Bundespersonals zumindest im ausserdienstlichen Bereich nicht einschränken. Aus der Norm geht in keiner Weise hervor, dass durch die Treuepflicht die Meinungsfreiheit des Bundespersonals im ausserdienstlichen Bereich eingeschränkt werden soll. Ebenfalls gestützt auf Art. 20 Abs. 1 BPG nicht möglich sind mangels dahingehender ausdrücklicher Regelung Einschränkungen der Meinungsfreiheit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Art. 20 Abs. 1 BPG vermittelt im Gegenteil den Eindruck, dass nur innerdienstliches Verhalten Gegenstand der Treuepflicht ist. Die Pflicht zur Wahrung der Interessen des Bundes beziehungsweise des Arbeitgebers wird nämlich im selben Satz gleich anschliessend an die Pflicht zur sorgfältigen Arbeitsausführung genannt. Aus diesem Grund kann man meiner Meinung nach auch nicht argumentieren, dass die Treuepflicht sich auf das ausserdienstliche Verhalten beziehen kann, obwohl die Norm nicht ausdrücklich den ausserdienstlichen Bereich erwähnt³¹⁶. Somit lassen sich Einschränkungen der Meinungsfreiheit im ausserdienstlichen Bereich nicht auf diese Norm

³¹⁶ Vgl. zu dieser Argumentation Urteil BGer vom 22. Dezember 1983, ZBl 1984, S. 308 ff., S. 314 E. 3a. Vgl. auch Entscheid PRK vom 24. Februar 1997, VPB 1997, Nr. 80, S. 773 E. 9b, welcher auf die Botschaft in BB1 1986 II 313 ff., 325 Bezug nimmt, in der ausdrücklich festgehalten war, dass sich die Pflicht auch auf ausserdienstliches Verhalten bezieht. Vgl. auch Entscheid PRK vom 2. Juni 1999, VPB 2000, Nr. 37, S. 495 f. E. 2b.

abstützen. Demzufolge können alle Meinungsäußerungen, bei welchen man aufgrund des äusseren objektiven Eindrucks davon ausgehen muss, dass der Staatsangestellte seine Meinungsäußerung *als Privatperson* abgegeben habe, durch Art. 20 Abs. 1 BPG nicht eingeschränkt werden³¹⁷. Einschränkungen der Meinungsfreiheit im innerdienstlichen Bereich sind meiner Meinung nach aufgrund von Art. 20 Abs. 1 BPG nur soweit möglich, als dass sie sich unmittelbar aus der Pflicht zur sorgfältigen Arbeitsausführung ergeben. So kann beispielsweise aufgrund von Art. 20 Abs. 1 BPG die Meinungsfreiheit von Bundesangestellten dahingehend eingeschränkt werden, dass sie nicht während ihrer Arbeitszeit Abstimmungspropaganda betreiben dürfen.

³¹⁷ Vgl. oben Kapitel 2:§ 5A.II.9.

§ 8 Schweigepflicht (Art. 22 BPG)

A. Allgemeine Rechtsgrundlagen

Die Schweigepflicht wird in Art. 22 BPG folgendermassen umschrieben:

„Art. 22 Berufs-, Geschäfts- und Amtsgeheimnis

¹ Die Angestellten unterstehen dem Berufsgeheimnis, dem Geschäfts- und dem Amtsgeheimnis.

² Die Ausführungsbestimmungen regeln die Schweigepflicht in Ergänzung der Spezialgesetzgebung.“

Für das Bundespersonal im Allgemeinen wird die Schweigepflicht durch die Bundespersonalverordnung (BPV) konkretisiert³¹⁸:

„Art. 94 Berufs-, Geschäfts- und Amtsgeheimnis

(Art. 22 BPG)

¹ Die Angestellten sind zur Verschwiegenheit über berufliche und geschäftliche Angelegenheiten verpflichtet, die nach ihrer Natur oder auf Grund von Rechtsvorschriften oder Weisungen geheim zu halten sind.

² Die Pflicht zur Wahrung des Amts- und Berufsgeheimnisses bleibt auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen.

³ Die Angestellten dürfen sich als Partei, Zeuginnen oder Zeugen oder gerichtliche Sachverständige über Wahrnehmungen, die sie auf Grund ihrer Aufgaben oder in Ausübung ihrer Funktion gemacht haben und die sich auf ihre dienstlichen Aufgaben beziehen, nur äussern, wenn die zuständige Stelle nach Artikel 2 sie schriftlich dazu ermächtigt hat.

...“

B. Fragestellung

Es fragt sich, ob und inwiefern die Meinungsfreiheit des Bundespersonals im Allgemeinen durch Art. 22 BPG und Art. 94 BPV eingeschränkt werden kann. Aus diesem Grund ist erstens zu prüfen, ob der unmittelbar zur Anwendung kommende Art. 94 BPV die im zweiten Kapitel dargestellten Anforderungen hinsichtlich der Normbestimmtheit erfüllt³¹⁹. Es wird somit untersucht, ob Art. 94 BPV das geforderte Verhalten in bestimm-

³¹⁸ Des Weiteren finden sich Konkretisierungen der Schweigepflicht in: Art. 8 und 47 ParlG; Art. 57 Verordnung des ETH-Rates vom 15. März 2001 über das Personal im Bereich der Eidgenössischen Technischen Hochschulen (Personalverordnung ETH-Bereich, PVO-ETH) (SR 172.220.113); Art. 58 Personalverordnung des Bundesgerichts vom 27. August 2001 (PVBger) (SR 172.220.114); Art. 38 Verordnung vom 28. September 2001 über das Personal des Schweizerischen Heilmittelinstituts (SR 812.215.4).

³¹⁹ Zur Verschiebung des Bestimmtheitsgebots H. DUBS, S. 227.

ter Weise umschreibt und die Tragweite der Einschränkung der Meinungsfreiheit in sachlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht ersichtlich wird.

Zweitens ist zu prüfen, ob bei der gesetzlichen Verankerung der Schweigepflicht dem Gebot hinreichender Normstufe genügend Rechnung getragen wurde. Diese Frage stellt sich vor allem in Anbetracht dessen, dass im Vergleich zum früheren Beamtenengesetz³²⁰. viel mehr Regelungen bezüglich der Schweigepflicht nur noch auf Verordnungsstufe verankert sind. Es muss deswegen untersucht werden, ob die im zweiten Kapitel dargelegten Anforderungen an eine Gesetzesdelegation im Bereich des Dienstrechts erfüllt sind. Insbesondere muss die Frage beantwortet werden, ob die Tragweite der Einschränkung der Meinungsfreiheit *dem Grundsatz nach* in sachlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht im Bundespersonalgesetz als Gesetz im formellen Sinn zum Ausdruck kommt³²¹.

C. Gebot der hinreichenden Normbestimmtheit

I. Grundsatz

Es fragt sich, ob der unmittelbar zur Anwendung kommende Art. 94 BPV die im zweiten Kapitel dargestellten Anforderungen hinsichtlich der Bestimmtheit einer Norm erfüllt, um die Meinungsfreiheit der Bundesangestellten einschränken zu können. Es sollte aufgrund von Art. 94 BPV feststehen, wer worüber wann zu schweigen hat. Zur Beantwortung der Frage ist primär der Wortlaut von Art. 94 BPV im Sinne einer grammatikalischen Auslegung zu betrachten. Wenn sich der Sinn der Norm nicht ganz eindeutig aus dem Wortlaut ergibt³²², müssen weitere Auslegungsmethoden angewandt werden. In einem solchen Fall müssten auch Art. 22 BPG und die Materialien dazu berücksichtigt werden, da sich Art. 94 BPV auf Art. 22 BPG stützt.

³²⁰ Vgl. Art. 27 BtG.

³²¹ Vgl. oben Kapitel 2:§ 5C.

³²² Wie sich zeigen wird, liegt hier kein Fall vor, in welchem der Wortlaut nur scheinbar klar ist oder in welchem zweifelhaft ist, ob der an sich klare Wortlaut den wahren Sinn der Norm wiedergibt, vgl. dazu HÄFELIN/HALLER, Rz. 80.

II. Auslegung

1. Grammatikalische Auslegung

Art. 94 BPV trägt den Titel „Berufs-, Geschäfts- und Amtsgeheimnis. Die Meinungsfreiheit wird somit aufgrund des Titels von Art. 94 BPV nur bezüglich solcher Meinungsäusserungen eingeschränkt, welche sich auf ein Geheimnis, also eine der Allgemeinheit unbekannte Tatsache beziehen. Dem allgemeinen Sprachverständnis zufolge wird man unter dem Geschäftsgeheimnis all die Geheimnisse zu verstehen haben, welche sich im Rahmen eines Geschäftsbetriebes ergeben können. Unter dem Berufsgeheimnis sind hingegen wohl solche Geheimnisse zu verstehen, welche mit der Ausübung eines bestimmten Berufes zusammenhängen. So wie das Amtsgeheimnis im allgemeinen Sprachgebrauch verstanden wird, bezieht sich dieser Begriff auf all die Angelegenheiten, welche aus bestimmten Gründen von der Verwaltung beziehungsweise dem Staat geheim zu halten sind.

In Absatz 1 legt Art. 94 BPV genauer fest, unter welchen Voraussetzungen eine Angelegenheit als Geheimnis zu gelten hat. Die Schweigepflicht des Staatspersonals erstreckt sich gemäss Art. 94 Abs. 1 BPV nur auf berufliche und geschäftliche Angelegenheiten. Sie erstreckt sich somit nicht auf Angelegenheiten, welche Bundesangestellte als Privatpersonen erfahren. Der Schweigepflicht unterliegen nur Tatsachen, von denen Bundesangestellte in ihrer Eigenschaft und Funktion als Staatsangestellte Kenntnis erhalten³²³. Dienstliche Angelegenheiten, welche sich auf das Amtsgeheimnis beziehen würden, werden von Art. 94 Abs. 1 BPV nicht explizit genannt. Der Vollständigkeit halber hätte man die dienstlichen Angelegenheiten auch erwähnen sollen.

All diese Angelegenheiten unterstehen gemäss Art. 94 Abs. 1 BPV nur dann der Schweigepflicht, wenn dies Rechtsvorschriften oder Weisungen vorsehen oder dies von der Natur der Sache her verlangt ist. Mittels Rechtsvorschriften und Weisungen lassen sich gewisse Angelegenheiten also klar als Geheimnisse qualifizieren. Unklar ist jedoch, wann eine Angelegenheit ihrer Natur nach als Geheimnis zu gelten hat. Der Ausdruck „ihrer Natur nach“ ist ein unbestimmter Begriff und wird auch in den anderssprachigen Fassungen von Art. 94 Abs. 1 BPV verwendet³²⁴. Der Wortlaut von Art. 94 Abs. 1 BPV gibt also nur teilweise eine bestimmte Antwort auf die Frage, worüber aufgrund der

³²³ Dazu auch unveröff. Entscheid VGer GR vom 6. Januar 1988, zitiert nach P. HÄNNI, Dienstrecht, S. 376 f., insbesondere S. 377; P. HÄNNI, neues Personalrecht, Rz. 191.

³²⁴ Vgl. Art. 94 Abs. 1 Ordonnance du 3 juillet sur le personnel de la Confédération (OPers) (RS 172.220.111.3); vgl. Art. 94 Abs. 1 Ordinanza del 3 luglio sul personale federale (OPers) (RS 172.220.111.3).

Schweigepflicht zu schweigen ist und wie die Meinungsfreiheit in sachlicher Hinsicht eingeschränkt wird. Man wird demzufolge weitere Auslegungsmethoden anwenden müssen, um auch noch zu klären, welche Angelegenheiten ihrer Natur nach geheim zu halten sind.

Was die Einschränkung der Meinungsfreiheit in zeitlicher Hinsicht betrifft, so enthält Art. 94 BPV dazu eine ausdrückliche Regelung. Der Absatz 2 von Art. 94 BPV legt fest, dass die Pflicht zur Wahrung des Amts- und Berufsgeheimnisses auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen bleibt. Er enthält allerdings keine genaue Zeitangabe, bis wann die Schweigepflicht dauert. Es fragt sich deshalb, ob weitere Auslegungsmethoden diesbezüglich noch weitere Klarheit schaffen können. Nicht ganz klar ist auch, weshalb die Dauer der Pflicht zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses in Absatz 2 nicht erwähnt wird. Möglicherweise hielt man es für überflüssig das Geschäftsgeheimnis auch zu nennen, weil in privaten Arbeitsverhältnissen das Geschäftsgeheimnis nach Art. 321a Abs. 4 OR bekannter massen über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus andauert, sofern es zur Wahrung berechtigter Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist³²⁵ Im Sinne möglichst klarer Regelungen wäre es jedoch besser gewesen, das Geschäftsgeheimnis auch zu nennen.

In Absatz 3 von Art. 94 BPV wird die Vorgehensweise geregelt für den Fall, dass eine geheim zu haltende Tatsache für einen Gerichtsprozess von Bedeutung ist. Art. 94 Abs. 3 BPV regelt in bestimmter Weise, unter welchen Voraussetzungen Angestellte als Partei, Zeuginnen oder Zeugen oder gerichtliche Sachverständige im Rahmen eines Gerichtsprozess über eine geheim zu haltende Angelegenheit äussern dürfen.

Abschliessend lässt sich somit festhalten, dass aufgrund des Wortlauts von Art. 94 BPV teilweise bestimmt festgelegt ist, worüber Staatsangestellte zu schweigen haben. Nicht ganz klar ist lediglich, wann eine Angelegenheit ihrer Natur nach geheim zu halten ist. Auch die genaue Dauer der Schweigepflicht wird nicht explizit festgelegt. Es ist deswegen zu prüfen, ob mittels weiterer Auslegungsmethoden ermittelt werden kann, welche Angelegenheiten „ihrer Natur nach“ geheim zu halten sind und wie lange genau die Schweigepflicht dauert.

2. Systematische Auslegung

Es fragt sich, ob der Inhalt von Art. 94 BPV durch das Verhältnis dieser Norm zu anderen Rechtsnormen weiter geklärt werden kann³²⁶. Feststeht, dass Art. 94 BPV in Konkretisierung von Art. 22 BPG eine Pflicht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer

³²⁵ Statt vieler zum Geschäftsgeheimnis im OR BGE 127 III 310, 315 E. 5a; M. REHBINDER, Berner Kommentar zu Art. 321a OR, Rz. 14.

³²⁶ Zur systematischen Auslegung HÄFELIN/HALLER, Rz. 97 ff.

des Bundes regelt. Art. 22 BPG steht unter dem Titel: „3. Abschnitt: Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis“ und Art. 94 BPV figuriert unter dem 5. Kapitel der Bundespersonalverordnung mit dem Titel „Pflichten des Personals“.

Des Weiteren kann man sich fragen, ob sich aus Art. 24 BPG mit dem Titel „Einschränkungen von Rechten des Personals“ Erkenntnisse für das weitere Verständnis von Art. 94 BPV gewinnen lassen. Wie oben dargelegt sieht Art. 24 BPG für den Bundesrat die Möglichkeit vor, zur Wahrung ganz bestimmter schwerwiegender Staatsinteressen gewisse Freiheitsrechte des Personals *über die sonst im Gesetz vorgesehenen Einschränkungen hinaus* einzuschränken³²⁷. Durch Art. 24 BPG werden somit Einschränkungen der Meinungsfreiheit durch andere Normen des Bundespersonalgesetzes weder ausgeschlossen noch gefordert oder weiter präzisiert. Dieser Artikel kann somit auf die Frage, welche Angelegenheiten der Natur nach geheim zu halten keine Antwort geben.

Eindeutige Antworten auf die Frage, welche Angelegenheiten ihrer Natur nach geheim zu halten sind und wie lange genau die Schweigepflicht dauert, ergeben sich somit aus der systematischen Auslegung nicht.

3. Historische, zeitgemässe und teleologische Auslegung

Da das Bundespersonalgesetz und die Bundespersonalverordnung erst kürzlich erlassen worden sind, fallen die historische, zeitgemässe und teleologische Auslegung zusammen³²⁸. Da Art. 94 BPV eine Konkretisierung von Art. 22 BPG darstellt, können durchaus die Materialien zu Art. 22 BPG herangezogen werden. Ausserdem ist zu berücksichtigen, ob der Norm aufgrund der allgemeinen Betrachtung der Zeit ein eindeutiger Sinn zukommt.

a Wille des Gesetzgebers

Die Materialien machen deutlich, dass mit dem Berufs- und Geschäftsgeheimnis die allgemein gebräuchlichen Geheimniskategorien gemeint sind, wie sie auch im Strafgesetzbuch und Obligationenrecht in Erscheinung treten³²⁹. Als Beispiele für das Berufsgeheimnis werden in der Botschaft das Anwaltsgeheimnis und das Arztgeheimnis genannt³³⁰. Die Botschaft nennt damit typische Berufsgattungen, welche auch nach Art. 321 Abs. 1 StGB zur Verschwiegenheit verpflichtet sind³³¹. Unter dem Geschäftsgeheimnis sind gemäss der Botschaft beispielsweise Fabrikations- und Geschäfts-

³²⁷ Vgl. oben Kapitel 3:§ 7C.II.2.

³²⁸ Vgl. HÄFELIN/HALLER, Rz. 121.

³²⁹ BBl 1999 II 1597 ff., 1620.

³³⁰ BBl 1999 II 1597 ff., 1620.

³³¹ Vgl. dazu G. STRATENWERTH, § 59 Rz. 16 f.; DONATSCH/WOHLERS, S. 478 ff.

geheimnisse nach Art. 321a Abs. 4 OR zu verstehen³³². Die Botschaft führt auch einige spezialgesetzliche Bestimmungen als Beispiele für das Amtsgeheimnis auf³³³.

Gemäss der Botschaft ist die Norm weit gefasst, weil man damit auch die in anderen Erlassen geregelten Geheimhaltungspflichten abdecken wollte³³⁴. Das hängt damit zusammen, dass das Bundespersonalgesetz ein Rahmenerlass für das gesamte Bundespersonal ist. Laut der Botschaft wurde mit diesem Artikel bezweckt, alle Geheimnis-kategorien zu erfassen, die beim Bund von Bedeutung sein können³³⁵. So kann das Arztgeheimnis beispielsweise eine Rolle spielen bei einem Sportarzt der eidgenössischen Sportschule Magglingen oder das Fabrikationsgeheimnis kann bei der Münzprägung in der eidgenössischen Münzstätte (Swissmint) von Bedeutung sein. Mit dem Bundespersonalgesetz sollten laut Botschaft aber keine über die spezialgesetzlich geregelten Bereiche hinausgehenden Geheimhaltungsvorschriften statuiert werden³³⁶.

In den Materialien finden sich allerdings keine Aussagen dazu, wann genau eine Angelegenheit geheim zu halten ist³³⁷ und somit lassen sich auch keine Schlussfolgerungen ziehen, was mit dem Ausdruck „ihrer Natur nach“ gemeint sein könnte. Auch zur genauen Dauer der Schweigepflicht lassen sich der Botschaft keine Angaben entnehmen³³⁸.

b Allgemeine Betrachtung der Zeit

Kommt Art. 94 BPV aufgrund der allgemeinen Betrachtung der Zeit ein Sinn zu, so daß feststeht, welche Angelegenheiten ihrer Natur nach geheim zu halten sind und wie lange genau die Schweigepflicht nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses andauert? Ein Sinn aufgrund der allgemeinen Betrachtung der Zeit darf für eine Norm nur zurückhaltend bejaht werden³³⁹. Der Schweigepflicht beziehungsweise dem Berufs-, Geschäfts- und Amtsgeheimnis kommt allerdings eindeutig der Sinn zu, gewisse öffentliche und private Geheimhaltungsinteressen zu schützen³⁴⁰. Aus diesem Grund wird man unter Angelegenheiten, welche ihrer Natur nach geheim zu halten sind solche Tatsachen zu verstehen haben, welche aufgrund eines öffentlichen oder privaten Geheimhaltungsinteresses

³³² BBl 1999 II 1597 ff., 1620.

³³³ BBl 1999 II 1597 ff., 1620.

³³⁴ BBl 1999 II 1597 ff., 1620.

³³⁵ BBl 1999 II 1597 ff., 1620.

³³⁶ BBl 1999 II 1597 ff., 1620.

³³⁷ Vgl. dazu BBl 1999 II 1597 ff., 1620.

³³⁸ Vgl. dazu BBl 1999 II 1597 ff., 1620.

³³⁹ Vgl. oben Kapitel 3:§ 7C.II.3.b.

³⁴⁰ RHINOW/KRÄHENMANN, S. 477; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 1569; G. STRATENWERTH, § 59 Rz. 15; DONATSCH/WOHLERS, S. 477; ST. TRECHSEL, Kurzkomentar zu Art. 321 StGB, Rz. 1; vgl. U. WICKIHALDER, S. 26 f.; vgl. M. REHBINDER, Berner Kommentar zu Art. 321a OR, Rz. 13.

geheim zu halten sind³⁴¹. Aus dem Sinn, welcher aufgrund allgemeiner Betrachtung der Zeit Art. 94 BPV zukommen muß, ergibt sich auch die genaue Dauer der Schweigepflicht. Dem Sinn nach muss die Schweigepflicht so lange bestehen bleiben, wie schützenswerte Interessen eine Geheimhaltung verlangen. Die Schweigepflicht endet somit erst dann, wenn kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse mehr besteht, das Geheimnis tatsächlich nicht mehr existiert oder der betreffende Staatsangestellte von der zuständigen Behörde von der Schweigepflicht entbunden worden ist³⁴².

4. Auslegungsergebnis

In Art. 94 BPV wird gestützt auf Art. 22 BPG eine umfassende Schweigepflicht für das gesamte Bundespersonal statuiert, welche alle Geheimniskategorien umfasst, die beim Bund von Bedeutung sein können. Der Inhalt dieser Pflicht ergibt sich schon fast mit hinreichender Klarheit aus dem Wortlaut. Berücksichtigt man zusätzlich den Sinn, welcher der Norm aufgrund der allgemeinen Betrachtung der Zeit zukommt, ist der Inhalt der Norm und somit die Tragweite der Einschränkung der Meinungsfreiheit in sachlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht hinreichend bestimmt.

III. Fazit

In Art. 94 BPV wird gestützt auf Art. 22 BPG in bestimmter Weise das von den Bundesangestellten geforderte Verhalten umschrieben. Aufgrund von Art. 94 BPV haben Bundesangestellte gleichermassen über alle beruflichen, geschäftlichen und dienstlichen Angelegenheiten zu schweigen, welche aufgrund von Rechtsvorschriften, Weisungen und darüber hinaus ganz allgemein aufgrund von öffentlichen oder privaten Geheimhaltungsinteressen geheim zu halten sind. Die von der Schweigepflicht erfassten Angelegenheiten sind auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses solange geheim zu halten, als öffentliche oder private Geheimhaltungsinteressen eine Geheimhaltung verlangen. Da die Schweigepflicht über die Geltung des Arbeitsverhältnisses hinaus andauert ist auch klar, dass die Schweigepflicht auch ausserdienstliche Meinungsäusserungen erfassen können muss. Art. 94 BPV legt somit in bestimmter Weise fest, wer worüber wann zu schweigen hat. Die Tragweite der Einschränkung der Meinungsfreiheit wird damit in personeller, sachlicher und zeitlicher Hinsicht definiert.

³⁴¹ Dazu auch P. HÄNNI, neues Personalrecht, Rz. 192.

³⁴² P. HÄNNI, neues Personalrecht, Rz. 199.

D. Gebot der hinreichenden Normstufe

I. Grundsatz

Es fragt sich, ob bei der Verankerung der Schweigepflicht im Bundespersonalgesetz und in der Bundespersonalverordnung dem Gebot hinreichender Normstufe genügend Rechnung getragen wurde. Diese Frage stellt sich vor allem deswegen, weil die Regelung der Schweigepflicht vom Gesetzgeber weitgehend dem Verordnungsgeber überlassen wurde. Zur Beantwortung der Frage ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation erfüllt sind. Insbesondere ist zu prüfen, ob die Einschränkung der Meinungsfreiheit in sachlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht *dem Grundsatz nach* im Gesetz im formellen Sinn abgestützt ist. Es muss also eigentlich die Frage beantwortet werden, ob eine genügend bestimmte, substantiierte Delegationsnorm vorliegt³⁴³.

II. Delegationsvoraussetzungen

Die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen ist durch die Bundesverfassung nicht ausgeschlossen, die Delegationsnorm ist mit Art. 22 Abs. 2 BPG in einem Gesetz im formellen Sinne enthalten und bezieht sich auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie, nämlich die Regelung der Schweigepflicht. Es fragt sich somit lediglich nur noch, ob die Grundzüge der delegierten Materie, also die wichtigen Regelungen im Gesetz im formellen Sinne umschrieben sind³⁴⁴.

Wie im zweiten Kapitel festgestellt, ist diese letzte Voraussetzung der Gesetzesdelegation im Falle der Einschränkung der Meinungsfreiheit des Bundespersonals grundsätzlich dann erfüllt, wenn die Einschränkung der Meinungsfreiheit in sachlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht wenigstens *dem Grundsatz nach* im Gesetz im formellen Sinne vorgesehen ist³⁴⁵. Bezüglich der Schweigepflicht sollte somit im Gesetz im formellen Sinne dem Grundsatz nach zum Ausdruck kommen, wer worüber wann zu schweigen hat. Detailregelungen dürfen hingegen durchaus auf Verordnungsstufe stehen. Ist diese Voraussetzung hier erfüllt? Art. 22 Abs. 1 BPG legt fest, dass die Bundesangestellten dem Berufs-, Geschäfts- und Amtsgeheimnis unterstehen. Damit wird meiner Meinung nach eindeutig dem Grundsatz nach festgehalten, worüber Bundesangestellte zu schweigen haben. Berufs- Geschäfts- und Amtsgeheimnis sind allgemein bekannte Geheimnis-

³⁴³ Zum Zusammenhang zwischen dem Interesse an demokratischer Legitimation und der Bestimmtheit einer Norm vgl. oben Kapitel 2:§ 5A.II.3.a.

³⁴⁴ Statt vieler BGE 118 Ia 305, 310 E. 2b; dazu auch HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 407.

³⁴⁵ Vgl. oben Kapitel 2:§ 5C.

kategorien, welche auch im Obligationenrecht und im Strafgesetzbuch in Erscheinung treten³⁴⁶. In keiner Art und Weise durch Art. 22 BPG als Gesetz im formellen Sinne geregelt wird hingegen die Dauer der Schweigepflicht. Erst Art. 94 Abs. 2 BPV legt fest, dass die Schweigepflicht auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen bleibt. Grundsätzlich sollte die Einschränkung der Meinungsfreiheit auch in zeitlicher Hinsicht dem Grundsatz nach im Gesetz im formellen Sinn geregelt werden. Trotzdem kann man meiner Meinung nach die Regelung der Dauer der Schweigepflicht erst auf Verordnungsstufe deswegen als zulässig erachten, weil die Geltung der Schweigepflicht über das Arbeitsverhältnis hinaus seit sehr langer Zeit unangefochten gilt und fest im Rechtsbewusstsein der Bevölkerung verankert ist³⁴⁷. Diese Regelung stellt eine übliche Regelung dar, weswegen in Bezug auf genau diese Regelung die Anforderungen an die Normstufe gelockert werden können. Ebenfalls durch die Verordnung geregelt wird die Ermächtigung zur Zeugenaussage. Dabei handelt es sich jedoch eindeutig um eine Detailregelung, welche nicht auf Gesetzesstufe stehen muss.

III. Fazit

Die Prüfung der Delegationsvoraussetzungen hat gezeigt, dass im Falle der durch Art. 22 BPG i. V. m. Art. 94 BPV geregelten Schweigepflicht der Bundesangestellten dem Gebot hinreichender Normstufe genügend Rechnung getragen wurde. Die Einschränkung der Meinungsfreiheit ist in sachlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht *dem Grundsatz nach* mit Art. 22 Abs. 1 BPG in einem Gesetz im formellen Sinne abgestützt.

E. Fazit

Art. 22 BPG i. V. m. Art. 94 BPV erfüllen die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage sowohl im Hinblick auf die erforderliche Normbestimmtheit wie auch im Hinblick auf die erforderliche Normstufe, um die Meinungsfreiheit des Bundespersonals einzuschränken. Das bedeutet für die Meinungsfreiheit der Bundesangestellten Folgendes:

Grundsätzlich können die Staatsangestellten ihre Erfahrungen als Staatsangestellte in der Öffentlichkeit bekannt und für die gesellschaftspolitische Diskussion fruchtbar machen. Die Staatsangestellten sind nicht deswegen zur Verschwiegenheit über eine Angelegenheit verpflichtet, weil gerade ihre Tätigkeit es ihnen ermöglicht, einen Sachverhalt zu

³⁴⁶ Vgl. oben Kapitel 3:§ 8C.II.3.a.

³⁴⁷ Vgl. oben Kapitel 2:§ 5B.II.2.f(2).

beurteilen³⁴⁸. Liegt aber gemäss der Schweigepflicht eine geheim zu haltende Angelegenheit vor, dann darf diese in der gesellschaftspolitischen Diskussion nicht verwertet werden. So wäre es beispielsweise aufgrund der Schweigepflicht nach wie vor unzulässig, wenn ein Staatsangestellter militärische Geheimnisse zum Zwecke der Propaganda in Form einer Denkschrift verbreitet oder verbreiten lässt³⁴⁹.

Die Staatsangestellten dürfen an und für sich Kritik an einer bestimmten Behörde äussern, sogar wenn diese hierarchisch übergeordnet ist³⁵⁰. Dieses Recht kann allerdings durch die Schweigepflicht eingeschränkt werden, wenn durch Äusserungen zu einem konkreten Fall ein Berufs-, Geschäfts- oder Amtsgeheimnis offenbart würde³⁵¹.

³⁴⁸ H. RAUSCH, S. 100 f.; P. BELLWALD, S. 66 f.; P. HÄNNI, neues Personalrecht, Rz. 198.

³⁴⁹ Vgl. „Fall Däniker“, zitiert nach E. RICHNER, S. 195 f.

³⁵⁰ Vgl. auch P. HÄNNI, neues Personalrecht, Rz. 198.

³⁵¹ Vgl. dazu P. HÄNNI, neues Personalrecht, Rz. 198.

§ 9 Einschränkung von Rechten des Personals (Art. 24 BPG)

A. Allgemeine Rechtsgrundlagen

Art. 24 BPG setzt folgendes fest:

„Art. 24 Einschränkung von Rechten des Personals

¹ Soweit es für die Staatssicherheit, für die Wahrung von wichtigen Interessen in auswärtigen Angelegenheiten oder für die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebensnotwendigen Gütern und Dienstleistungen erforderlich ist, kann der Bundesrat das Streikrecht für bestimmte Kategorien von Angestellten beschränken oder aufheben.

² Aus den gleichen Gründen kann er (Abs. 2):

- a. die Niederlassungsfreiheit und die Wirtschaftsfreiheit über die im Gesetz vorgesehenen Einschränkungen hinaus beschränken;
- b dem Personal über den Arbeitsvertrag hinausgehende Pflichten auferlegen.“

Art. 24 BPG wird in der Bundespersonalverordnung durch verschiedene Artikel konkretisiert³⁵². Für die Einschränkung der Meinungsfreiheit von Bedeutung ist aber lediglich Art. 95 Abs. 1 lit. c BPV. Aufgrund seines Untertitels scheint Art. 95 Abs. 1 lit. c BPV den Art. 24 Abs. 2 lit. b BPG zu konkretisieren. Er hat folgenden Wortlaut:

„Art. 95 Besondere Pflichten des im Ausland eingesetzten Personals

(Art. 24 Abs. 1 BPG)

¹ Der Arbeitgeber kann von Angestellten, die im Ausland eingesetzt werden, verlangen zu melden, wenn sie:

- a. Vereinen zugehören;
- b. sich aus dem Aufenthaltsstaat entfernen;
- c. Texte veröffentlichen oder öffentliche Erklärungen abgeben.“

² ...

B. Fragestellung

Es fragt sich, ob die Meinungsfreiheit des Bundespersonals durch Art. 24 BPG i. V. m. Art. 95 Abs. 1 lit. c BPV eingeschränkt werden kann. Zur Beantwortung dieser Frage muss geprüft werden, ob aufgrund des unmittelbar anwendbaren Art. 95 Abs. 1 lit. c BPV die Tragweite der Einschränkung der Meinungsfreiheit in sachlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht zum Ausdruck kommt. Im Zusammenhang mit Art. 24 BPG als Delegationsnorm steht die Frage im Vordergrund, ob und inwiefern Art. 24 BPG dem

³⁵² Vgl. z. B. Art. 89 BPV; Art. 95 BPV.

Bundesrat überhaupt die Kompetenz einräumt zum Erlass von Normen, welche die Meinungsfreiheit einschränken. In Art. 24 Abs. 2 lit. a BPG wird nämlich die Meinungsfreiheit nicht erwähnt. Andererseits stützt sich der die Meinungsfreiheit tangierende Art. 95 Abs. 1 lit. c BPV gemäss Untertitel auf Art. 24 Abs. 2 lit. b BPG ab.

C. Gebot der hinreichenden Normbestimmtheit

I. Grundsatz

Zur Beantwortung der Frage, ob aufgrund von Art. 95 Abs. 1 lit. c BPV die Tragweite der Einschränkung der Meinungsfreiheit in sachlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht festgelegt ist, ist primär der Wortlaut von Art. 95 Abs. 1 lit. c BPV im Sinne einer grammatikalischen Auslegung zu betrachten. Wenn sich der Sinn der Norm nicht ganz eindeutig aus dem Wortlaut ergibt³⁵³, müssen andere Auslegungsmethoden angewandt werden.

II. Auslegung

Art. 95 Abs. 1 lit. c BPV regelt in bestimmter Weise die Meldepflicht von im Ausland eingesetzten Bundesangestellten für den Fall, dass diese Texte veröffentlichen oder öffentliche Erklärungen abgeben. Aufgrund der Norm ist klar, welche Personen genau die Einschränkung trifft und somit ist die Einschränkung der Meinungsfreiheit in personeller Hinsicht festgelegt. In sachlicher Hinsicht wird klar festgehalten, dass es sich um eine *Meldepflicht* handelt. Es fragt sich lediglich noch, ob aufgrund des Wortlauts von Art. 95 Abs. 1 lit. c BPV auch ausserdienstliche Meinungsäusserungen eingeschränkt werden können. Meiner Meinung nach kommt in Absatz 1 lit. a und b von Art. 95 BPV eindeutig zum Ausdruck, dass Art. 95 BPV auch das ausserdienstliche Verhalten regelt. Somit wird man davon ausgehen können und müssen, dass auch Art. 95 Abs. 1 lit. c BPV den ausserdienstlichen Bereich erfasst, obwohl der ausserdienstliche Bereich in Art. 95 Abs. 1 lit. c BPV nicht ausdrücklich genannt wird. Art. 95 BPV enthält jedoch keinerlei Hinweis darauf, dass die Meldepflicht auch über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus Geltung hat. Somit kann die Meinungsfreiheit nur bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses aufgrund der Meldepflicht in Art. 95 Abs. 1 lit. c BPV eingeschränkt werden.

³⁵³ Wie sich zeigen wird, liegt hier kein Fall vor, in welchem der Wortlaut nur scheinbar klar ist oder in welchem zweifelhaft ist, ob der an sich klare Wortlaut den wahren Sinn der Norm wiedergibt, vgl. dazu HÄFELIN/HALLER, Rz. 80.

Abschliessend kann festgehalten werden, dass schon aufgrund des Wortlauts klar ist, welches Verhalten durch Art. 95 Abs. 1 lit. c BPV gefordert wird und wie die Meinungsfreiheit durch diesen Artikel in sachlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht eingeschränkt wird.

III. Fazit

Art. 95 Abs. 1 lit. c BPV erfüllt die Anforderungen, welche an die Bestimmtheit einer Norm zur Einschränkung der Meinungsfreiheit des Bundespersonals gestellt werden müssen. Fraglich ist aber, ob sich Art. 95 Abs. 1 lit. c BPV wirklich auf Art. 24 BPG abstützen kann, wie dies der Untertitel von Art. 95 BPV suggeriert. Diese Frage stellt sich vor allem deswegen, weil Art. 24 BPG die Einschränkung der Meinungsfreiheit dem Wortlaut nach gar nicht vorsieht. Zur Beantwortung dieser Frage wird Art. 24 BPG genauer betrachtet werden müssen.

D. Gebot der hinreichenden Normstufe

I. Grundsatz

Die Meldepflicht für im Ausland tätiges Personal im Falle der Veröffentlichung von Texten und öffentlicher Erklärungen ist lediglich auf Verordnungsstufe verankert. Es fragt sich deswegen, ob dem Gebot der hinreichenden Normstufe genügend Rechnung getragen wurde. Insbesondere wird zu prüfen sein, ob Art. 24 BPG als Delegationsnorm überhaupt eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an den Verordnungsgeber in Bezug auf die Einschränkung der Meinungsfreiheit vorsieht. Auf den ersten Blick sieht Art. 24 BPG dies nämlich dem Wortlaut nach nicht vor. Art. 24 BPG ist im Hinblick auf dieses Problem genauer zu untersuchen.

II. Auslegung

1. Grammatikalische Auslegung

Art. 24 BPG trägt den Titel „Einschränkung von Rechten des Personals“. Aufgrund dieses Titels könnte man glauben, dass dieser Artikel in grundsätzlicher Weise die Einschränkung der Rechte des Bundespersonals regelt. Der Text von Art. 24 Abs. 1 BPG macht diese Annahme jedoch gleich wieder zunichte. Aufgrund des Wortlauts von Art. 24 Abs. 1 BPG räumt dieser Artikel dem Bundesrat die Kompetenz zur Einschrän-

kung von Rechten nur für ganz bestimmte ausserordentliche Situationen ein. Die Kompetenz zur Einschränkung von Rechten kommt dem Bundesrat nur zu, soweit es für die Staatssicherheit, die Wahrung von wichtigen Interessen in auswärtigen Angelegenheiten oder für die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebensnotwendigen Gütern und Dienstleistungen erforderlich ist. In Art. 24 BPG werden neben dem Streikrecht die Freiheitsrechte aufgezählt, welche der Bundesrat für die Wahrung dieser Interessen über die im Gesetz vorgesehenen Einschränkungen hinaus einschränken kann. Art. 24 BPG nennt die Niederlassungsfreiheit und die Wirtschaftsfreiheit. Die Meinungsfreiheit wird jedoch nicht erwähnt. Rein vom Wortlaut her könnte die Aufzählung der Freiheitsrechte in Art. 24 BPG abschliessend sein, da kein Ausdruck wie „beispielsweise“ oder „insbesondere“ verwendet wurde. Auf der anderen Seite wird der Bundesrat in Art. 24 Abs. 2 lit. b BPG ermächtigt, dem Personal über den Arbeitsvertrag hinausgehende Pflichten aufzuerlegen. Kann er aufgrund von Art. 24 Abs. 2 lit. b BPG auch Pflichten auferlegen, welche die Meinungsfreiheit beschränken? Dem Wortlaut von Art. 24 BPG kann dazu keine Antwort entnommen werden. Dies gilt nicht nur für die deutschsprachige, sondern auch für die französisch- und italienischsprachige Fassung³⁵⁴, weshalb weitere Auslegungsmethoden zur Beantwortung der Frage zur Anwendung kommen müssen.

2. Systematische Auslegung

Es fragt sich, ob der systematische Aufbau des Bundespersonalgesetzes und das Verhältnis von Art. 24 BPG zu Normen anderer Erlasse weitere Aufschlüsse über den Inhalt und die Bedeutung von Art. 24 Abs. 1 BPG geben kann³⁵⁵.

Art. 24 BPG steht am Schluss der einzelnen Rechte und Pflichten im Kapitel: „Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis“ des Bundespersonalgesetzes. Nach diesem Artikel stehen in diesem Kapitel lediglich noch die Vorschriften bezüglich der Verletzung der arbeitsrechtlichen Pflichten, der Datenbearbeitung und der Gesundheitsdaten. Die Stellung von Art. 24 BPG am Schluss des Katalogs von Rechten und Pflichten stimmt damit überein, dass dieser Artikel nur auf ganz gewisse Ausnahmesituationen Bezug nimmt.

Gemäss Art. 6 Abs. 2 BPG gelten für das Arbeitsverhältnis sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts, soweit das Bundespersonalgesetz und andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen. Im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 2 BPG wird deutlich, dass mit Art. 24 BPG bewusst vom Obligationenrecht abgewichen wird.

³⁵⁴ Vgl. Art. 24 Loi sur le personnel de la Confédération (RS 172.220.1); Art. 24 Legge sul personale federale (RS 172.220.1).

³⁵⁵ Zur systematischen Auslegung HÄFELIN/HALLER, Rz. 97 ff.

Es gibt aber keine Rechtsnormen anderer Erlasse, welche den Inhalt von Art. 24 BPG weiter erhellen könnten. Ob und inwiefern die Meinungsfreiheit aufgrund dieses Artikels eingeschränkt werden kann, wird auch mit Hilfe der systematischen Auslegung nicht klar.

3. Historische, zeitgemässe und teleologische Auslegung

Da das Bundespersonalgesetz erst kürzlich erlassen wurde, fallen die historische, zeitgemässe und teleologische Auslegung zusammen³⁵⁶. Es stellt sich die Frage, ob die Materialien und der darin zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers eindeutigen Aufschluss über das Verständnis von Art. 24 BPG geben können. Des Weiteren kann man sich fragen, ob der Norm aufgrund einer allgemeinen Betrachtung der Zeit ein bestimmter Sinn zukommt.

a Wille des Gesetzgebers

Im Entwurf des Bundesrates³⁵⁷ wurde im damaligen Art. 21 BPG noch nicht aufgezählt, welche Grundrechte aufgrund dieses Artikels eingeschränkt werden können. Art. 21 Abs. 1 lit. a BPG sah nur vor, dass der Bundesrat durch Verordnung einzelne Grundrechte beschränken kann³⁵⁸. Erst aufgrund des Vorschlags durch die Kommission des Nationalrates wurden die einzelnen Grundrechte aufgezählt³⁵⁹. Die Botschaft zum damaligen Art. 21 Abs. 1 BPG ist im Übrigen unklar, so daß keine eindeutigen Schlüsse zum Verständnis des Artikels aus der Botschaft gewonnen werden können³⁶⁰.

Bei der Beratung des Bundespersonalgesetzes im Nationalrat stand vor allem zur Diskussion, ob dem Bundesrat oder der Bundesversammlung die Kompetenz von Grundrechtsbeschränkungen über die im Gesetz vorgesehenen Beschränkungen hinaus und die Festsetzung von Verpflichtungen über den Arbeitsvertrag hinaus zukommen solle³⁶¹. Der Entscheid fiel schließlich zugunsten des Bundesrates aus. Bezüglich der Wahrung von Interessen in auswärtigen Angelegenheiten wurde jedoch festgehalten, daß es sich um *wichtige* Interessen handeln müsse³⁶². Der Entwurf des Bundesrates hatte das Adjektiv „wichtige“ noch nicht enthalten³⁶³. In der Parlamentsdebatte wurde im Übrigen klar festgehalten, daß die Aufzählung der Grundrechte in diesem Artikel abschließend ist und

³⁵⁶ HÄFELIN/HALLER, Rz. 121.

³⁵⁷ BBl 1999 II 1597 ff., 1638 ff.

³⁵⁸ BBl 1999 II 1597 ff., 1638 ff., 1644 f.

³⁵⁹ Vgl. Amtl. Bull. NR 1999, S. 2097 ff.; insbesondere Votum DAVID, S. 2099.

³⁶⁰ Vgl. BBl 1999 II 1597 ff., 1620.

³⁶¹ Dazu Amtl. Bull. NR 1999, S. 2097 ff. zu Art. 21.

³⁶² Vgl. Antrag der Kommission (Art. 21), Amtl. Bull. NR 1999, S. 2097.

³⁶³ Vgl. BBl 1999 II 1597 ff., 1644 zu Art. 21.

ausser der Streikfreiheit, der Niederlassungsfreiheit und der Wirtschaftsfreiheit keine weiteren Grundrechte beschränkt werden können³⁶⁴. Die Meinungsfreiheit soll somit aufgrund von Art. 24 BPG nicht eingeschränkt werden können.

b Allgemeine Betrachtung der Zeit

Das Problem bei dieser Auslegungsmethode ist, dass in vielen Fällen keine allgemeine Betrachtung der Zeit zu einer Frage ausgemacht werden kann³⁶⁵. Eine eindeutige, allgemeine Betrachtung der Zeit, welche bei der Auslegung von Art. 24 BPG berücksichtigt werden müsste, existiert in diesem Fall nicht.

4. Auslegungsergebnis

Dem Bundesrat wird hier in ganz bestimmten Ausnahmesituationen die Kompetenz zur Einschränkung von Grundrechten und zur Festsetzung von ausserordentlichen Pflichten eingeräumt. Der Bundesrat kann aufgrund von Art. 24 BPG das Streikrecht und daneben die Wirtschaftsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit über die sonst im Gesetz vorgesehenen Einschränkungen hinaus beschränken. Die Meinungsfreiheit wird jedoch nicht von diesem Artikel erfasst.

III. Fazit

Auf Art. 24 Abs. 2 lit. b BPG kann sich Art. 95 Abs. 1 lit. c BPV nicht abstützen. Die Aufzählung der Grundrechte in Art. 24 Abs. 2 lit. a BPG ist bewusst abschliessend. Die abschliessende Aufzählung darf nicht dadurch umgangen werden, dass gestützt auf Art. 24 Abs. 2 lit. b i. V. m. Art. 95 Abs. 1 lit. c BPV Verpflichtungen aufgestellt werden, welche die Meinungsfreiheit einschränken. Seltsamerweise nimmt jedoch Art. 95 Abs. 1 lit. c BPV, welcher für das im Ausland eingesetzte Personal eine Meldepflicht für Textveröffentlichungen oder öffentliche Erklärungen festsetzt, in seinem Untertitel Bezug auf Art. 24 Abs. 2 lit. b BPG. Art. 95 Abs. 1 lit. c BPV kann sich trotz anderslautendem Untertitel nicht aus Art. 24 BPG ergeben. Dem Inhalt nach stellt Art. 95 Abs. 1 lit. c BPV eher einen besonderen Anwendungsfall der allgemeinen Treuepflicht dar, was hier jedoch nicht weiter geprüft wird.

³⁶⁴ Vgl. zum Antrag der Mehrheit, Votum VILLIGER, Amtl. Bull. NR 1999, S. 2099 f. Der Antrag der Mehrheit wurde im Folgenden durch den Nationalrat und später durch den Ständerat angenommen: vgl. Amtl. Bull. NR 1999, S. 2100; Amtl. Bull. StR 1999, S. 1099.

³⁶⁵ Vgl. oben Kapitel 2;§ 7C.II.3.b.

E. Fazit

Art. 24 BPG räumt dem Bundesrat keine Kompetenz zur Einschränkung der Meinungsfreiheit ein. Die Meldepflicht im Falle von Textveröffentlichungen und öffentlichen Erklärungen in Art. 95 Abs. 1 lit. c BPV kann sich somit nicht auf Art. 24 BPG abstützen. Die Frage, ob sich Art. 95 Abs. 1 lit. c BPV auf den unbestimmten Art. 20 Abs. 1 BPG abstützen lässt, wird hier offen gelassen.

§ 10 Gesamtwürdigung der gesetzlichen Grundlagen

A. Im Allgemeinen

Betrachtet man die einzelnen gesetzlichen Grundlagen des Bundespersonalgesetzes, welche für die Einschränkung der Meinungsfreiheit von Staatsangestellten von Belang sein könnten, ergibt sich ein etwas diffuses Bild. Man erhält den Eindruck, dass das Bundespersonalgesetz – zumindest in diesem Bereich – aus verschiedenen Einzelteilen besteht, die nicht aufeinander abgestimmt sind. So sieht Art. 6 Abs. 2 BPG die Geltung der obligationenrechtlichen Bestimmungen vor, soweit das Bundespersonalgesetz und andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen. Verwirrend ist deswegen, dass in Art. 20 Abs. 1 BPG eine Treuepflicht statuiert wird, die jedoch denselben Wortlaut wie die privatrechtliche Treuepflicht aufweist. Auch im Zusammenhang mit Art. 24 BPG wird offensichtlich, dass die einzelnen Bestimmungen nicht aufeinander abgestimmt sind und dass die Titel der Normen nicht immer sehr zutreffend sind. So könnte man zum Beispiel aufgrund des Titels von Art. 24 BPG glauben, dass nur dieser Artikel Grundlage für Einschränkung von Freiheitsrechten ist. Der Text von Art. 24 BPG macht hingegen diese Annahme gleich wieder zunichte. Diese Unstimmigkeiten sind das Resultat davon, dass bei der Erarbeitung des Bundespersonalgesetzes die Bestimmungen im Parlament teilweise nochmals eine erhebliche Veränderung erfahren haben. Ein Paradebeispiel ist Art. 20 Abs. 1 BPG, welcher in der Botschaft des Bundesrates noch gar nicht vorgesehen war. Der Artikel wurde erst im Rahmen der Parlamentsdebatte eingefügt. Dabei hat man aber zu wenig darauf geachtet, die neue Bestimmung harmonisch in das bereits bestehende Gefüge einzuordnen.

Diese Unstimmigkeiten bekommen eine besondere Dimension dadurch, dass sich das Bundespersonalgesetz als öffentlich-rechtlicher Erlass stark am Privatrecht orientiert. Das Problem ist, dass mit dem Bundespersonalgesetz verschiedene Ziele verfolgt wurden. Man wollte einerseits mehr Flexibilität gewinnen und hat sich deswegen stark am Obligationenrecht orientiert. So hat man in Art. 6 Abs. 2 BPG subsidiär auf das Obligationenrecht verwiesen. Andererseits musste man den Prinzipien des öffentlichen Rechts wie Legalitätsprinzip und Gleichbehandlungsgebot Rechnung tragen³⁶⁶. Aus diesem Grund wurden mit dem Bundespersonalgesetz eigene, vom Obligationenrecht abweichende Regeln aufgestellt. Da die einzelnen Teile aber nicht aufeinander abgestimmt sind, greifen im Bundespersonalgesetz öffentliches Recht und materielles Privatrecht in verwirrender Weise ineinander.

³⁶⁶ Vgl. BBl 1999 II 1597 ff., 1604.

B. Einschränkungen der Meinungsfreiheit

Ebenfalls aus Gründen der Flexibilität delegiert das Bundespersonalgesetz sehr viele Regelungen an den Verordnungsgeber und die Normen sind teilweise ziemlich unbestimmt. Genügen die gesetzlichen Grundlagen des Bundespersonalgesetzes hinsichtlich Normbestimmtheit und Normstufe, um die Meinungsfreiheit des Staatspersonals durch Schweigepflicht und Treuepflicht einzuschränken?

Bei der Regelung der Schweigepflicht ist eine optimale Lösung gelungen. Art. 22 Abs. 1 BPG enthält in bestimmter Weise die Grundsätze, während die weiteren Regelungen auf Verordnungsstufe stehen. Aufgrund von Art. 22 BPG i. V. m. Art. 94 Abs. 1 BPV haben Bundesangestellte über dienstliche, berufliche und geschäftliche Angelegenheiten zu schweigen, welche aufgrund von Rechtsvorschriften, Weisungen und ganz allgemein aufgrund öffentlicher oder privater Geheimhaltungsinteressen geheim zu halten sind. Die Schweigepflicht der Bundesangestellten entspricht dem Bedürfnis der Bürgerinnen und Bürger sowie des Staates, dass Angelegenheiten, bezüglich welcher öffentliche oder private Geheimhaltungsinteressen bestehen, nicht allgemein bekannt werden³⁶⁷. Die Schweigepflicht ist somit nicht nur im Hinblick auf die erforderliche Normbestimmtheit und die erforderliche Normstufe optimal im Bundespersonalrecht verankert, sondern entspricht auch *inhaltlich* den zur Zeit bestehenden Interessen der Öffentlichkeit, schränkt aber die Meinungsfreiheit der Bundesangestellten trotzdem nicht unverhältnismässig ein.

Problematisch hingegen ist die Regelung der Treuepflicht in Art. 20 Abs. 1 BPG. Diese Norm ist so unbestimmt, dass zumindest im ausserdienstlichen Bereich die Meinungsfreiheit der Bundesangestellten gestützt auf diesen Artikel nicht eingeschränkt werden kann. Die Treuepflicht des früheren Beamtengesetzes hingegen erfasste auch ausserdienstliches Verhalten³⁶⁸. Dies wirft die Frage auf, ob sich die Verhältnisse derart geändert haben, dass eine sich auch auf ausserdienstliche Meinungsäusserungen beziehende Treuepflicht als nicht mehr verhältnismässig betrachtet werden kann. Es stellt sich die Frage, ob Art. 20 Abs. 1 BPG *inhaltlich* eine den Bedürfnissen der Öffentlichkeit angepasste Lösung vorsieht. Es muss im Folgenden geprüft werden, ob Art. 20 Abs. 1 BPG zu Recht nur den innerdienstlichen Bereich erfasst, oder ob die Norm auch ausserdienstliche Meinungsäusserungen erfassen sollte. Existieren öffentliche Interessen, welche auch Einschränkungen der Meinungsfreiheit im ausserdienstlichen Bereich nötig machen, oder ist eine sich auch auf ausserdienstliche Meinungsäusserungen beziehende

³⁶⁷ Vgl. auch Art. 10 Abs. 2 EMRK. Gemäss A. J. FROWEIN, Kommentar zu Art. 10 EMRK, Rz. 34 sind Disziplinar massnahmen wegen der erfolgten oder geplanten Veröffentlichung von geheimen dienstlichen Vorgängen durch diese Bestimmung gedeckt.

³⁶⁸ Vgl. z. B. Entscheid PRK vom 2. Juni 1999, VPB 2000, Nr. 37, S. 495 f. E. 2b.

Treuepflicht im Gegenteil unverhältnismässig? Dieser Frage soll im nächsten Kapitel nachgegangen werden. Da nur der Inhalt der Treuepflicht als problematisch erscheint, beschränken sich die folgenden Ausführungen nur noch auf die Treuepflicht.

Da im Folgenden die Notwendigkeit und Berechtigung einer sich auch auf ausserdienstliche Meinungsäusserungen beziehenden Treuepflicht beurteilt werden soll, wird nochmals kurz dargelegt, was genau als ausserdienstliche Meinungsäusserung zu gelten hat. Als ausserdienstlich gilt eine Meinungsäusserung dann, wenn aufgrund des objektiven Eindrucks davon auszugehen ist, der Staatsangestellte habe die Meinung nicht in seiner Eigenschaft als Staatsangestellter sondern als *Privatperson* abgegeben³⁶⁹. Im Falle von Publikationen, Zeitungsartikeln oder anderen schriftlichen Erzeugnissen kommt es darauf an, wie der betreffende Beitrag gezeichnet ist³⁷⁰. Wenn das schriftliche Erzeugnis nur mit dem Namen oder allenfalls mit einem Hinweise auf die Ausbildung wie „dip. Ing. ETH“ unterschrieben ist, muss von einer ausserdienstlichen Meinungsäusserung ausgegangen werden. Ist der Unterzeichnung jedoch ein Zusatz wie „Mitarbeiter des Eidg. Amtes für...“ hinzugefügt, welcher auf die Eigenschaft als Staatsangestellter hinweist, so ist von einer innerdienstlichen Äusserung auszugehen³⁷¹. Umgekehrt hat jedoch die Tatsache, dass die Leserschaft um die Zugehörigkeit des Verfassers zu einem Amt der öffentlichen Verwaltung weiss, nicht zur Folge, dass die Meinungsäusserung deswegen zu einer innerdienstlichen wird³⁷².

³⁶⁹ P. HÄNNI, neues Personalrecht, Rz. 216.

³⁷⁰ H. RAUSCH, S. 105 f.

³⁷¹ H. RAUSCH, S. 105 f.

³⁷² H. RAUSCH, S. 106.

Kapitel 4: Inhaltliche Anforderungen

§ 11 Problemstellung

Es fragt sich, ob die Treuepflicht im Bundespersonalrecht entgegen der derzeitigen Regelung in Art. 20 Abs. 1 BPG auch ausserdienstliche Meinungsäusserungen einschränken können sollte. In diesem Kapitel stellt sich also die Frage, wie die Treuepflicht inhaltlich ausgestaltet werden sollte und wieweit sie die Meinungsfreiheit der Bundesangestellten einschränken können muss und darf.

Die Einschränkung der Meinungsfreiheit von Bundesangestellten durch dienstrechtliche Pflichten statuierende Normen muss und darf genau soweit gehen, als dass öffentliche Interessen eine Einschränkung der Meinungsfreiheit erforderlich machen (Art. 36 Abs. 2 BV) und die Einschränkung verhältnismässig ist (Art. 36 Abs. 3 BV)³⁷³. Die Bundesverfassung enthält keine Angaben dazu, aufgrund welcher öffentlicher Interessen die Meinungsfreiheit eingeschränkt werden darf³⁷⁴. Aus den Konkretisierungen der Bundesverfassung durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung und Doktrin geht hervor, dass grundsätzlich nur polizeiliche Interessen die Meinungsfreiheit einschränken können³⁷⁵. Eine Ausnahme besteht allerdings bezüglich besonderer Rechtsverhältnisse, in welchen auch andere öffentliche Interessen zur Einschränkung der Meinungsfreiheit als zulässig erachtet werden³⁷⁶. Bisher wurde oftmals durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung ein öffentliches Interesse an einer Einschränkung der Meinungsfreiheit durch die Treuepflicht auch im ausserdienstlichen Bereich bejaht³⁷⁷. So wie Art. 20 Abs. 1 BPG aber zur Zeit konzipiert ist, können Einschränkungen der Meinungsfreiheit im ausserdienstlichen Bereich nicht darauf abgestützt werden. Es fragt sich daher, ob sich die Interessen der Öffentlichkeit so geändert haben, dass eine sich auch auf ausserdienstliche Meinungsäusserungen beziehende Treuepflicht gar nicht mehr erforderlich und verhältnismässig ist. Diese Frage sollte nicht losgelöst von der bisherigen Entwicklung der Treuepflicht beantwortet werden. Gerade anhand dieser Entwicklung kann ersichtlich werden, ob und inwiefern sich die Interessen bezüglich der Ausgestaltung der Treuepflicht im Vergleich

³⁷³ Zur Notwendigkeit von Regelungen im Zusammenhang mit der Rechtsetzung vgl. auch G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 149 ff.

³⁷⁴ Dazu B. WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe, S. 140.

³⁷⁵ Vgl. z. B. BGE 128 I 327, 342 f. E. 4.3.1; B. WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe, S. 139; T. JAAG, Preferred Freedoms, S. 360; vgl. zur Pressefreiheit auch HÄFELIN/HALLER, Rz. 317. Dies entspricht auch Art. 10 Abs. 2 EMRK, welcher hauptsächlich polizeiliche Interessen aufzählt.

³⁷⁶ Vgl. z. B. BGE 108 Ia 172, 175 E. 4b/aa; B. WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe, S. 140; T. JAAG, Preferred Freedoms, S. 360; vgl. auch HÄFELIN/HALLER, Rz. 317 und 501.

³⁷⁷ Statt vieler BGE 108 Ia 172, 175 E. 4b.

zu früher in neuerer Zeit geändert haben. Aus diesem Grund folgt zuerst ein kurzer Überblick über die Entwicklung der Treuepflicht. Anschliessend daran werden die einzelnen Interessen der Bürgerinnen und Bürger und des Staates als Arbeitgeber dargestellt, welche einen Einfluss auf die Ausgestaltung der Treuepflicht der Bundesangestellten haben könnten. Anhand der Betrachtung dieser öffentlichen Interessen und einer Interessenabwägung mit allfälligen anderen öffentlichen und mit privaten Interessen soll die Frage beantwortet werden, ob die in Art. 20 Abs. 1 BPG statuierte Pflicht auch den ausserdienstlichen Bereich erfassen sollte.

§ 12 Entwicklung der Treuepflicht

A. Erlass des Beamtengesetzes von 1927

Als 1927 das frühere eidgenössische Beamtengesetz in Kraft trat sowie auch in den ersten Jahrzehnten seiner Geltung, waren die Auffassungen bezüglich der Treuepflicht anders als heute. Nach damaliger Auffassung trat der Beamte mit der Begründung eines öffentlichen Dienstverhältnisses in ein besonderes Gewaltverhältnis zum Staat, aufgrund dessen er nicht nur die Pflicht zur gewissenhaften Erfüllung seiner dienstlichen Aufgaben, sondern auch eine allgemeine, sich auch auf das ausserdienstliche Verhalten erstreckende Treuepflicht übernahm³⁷⁸. Schon damals war der Beamte aber nach verbreiteter Auffassung nicht dem Vorgesetzten persönlich zur Treue verpflichtet, sondern dem Staat³⁷⁹. Gleichzeitig wurde allerdings festgehalten, dass dies umgekehrt nicht ausschliesse, dass sich auch im Verhalten des Beamten gegenüber seinen Vorgesetzten und Untergebenen Untreue äussern könne³⁸⁰. Die Treuepflicht verlangte nach damaliger Ansicht umfassende Unterordnung³⁸¹ und ging weiter als die Gehorsamspflicht³⁸². Aufgrund der Treuepflicht war der Beamte nicht nur zur blossen Ausführung von Befehlen verpflichtet, sondern zu selbsttätigem Handeln für den Staat³⁸³. Es wurde betont, dass Treue eine Gesinnung ist, von der das ganze persönliche Tun und Lassen geleitet und beherrscht werde³⁸⁴. Die Treuepflicht erschien damit auch als eigentliche Gesinnungspflicht³⁸⁵. Die Treuepflicht umfasste den ganzen Menschen und reichte damit spürbar ins Privatleben hinein³⁸⁶. Der Beamte wurde als eigentlicher Repräsentant des Staates betrachtet, welcher auch ausserhalb des Dienstes durch sein Verhalten das Ansehen des Staates nicht schädigen durfte³⁸⁷. Von einem Staatsangestellten wurde generell ein in jeder Hinsicht ehrenhafter Lebenswandel gefordert³⁸⁸. Konkret wurde beispielsweise chronische Trunkenheit, leichtsinniges Schuldenmachen oder bezüglich Lehrpersonen ein Leben im Konkubinat als pflichtwidrig betrachtet³⁸⁹.

³⁷⁸ BGE 75 II 329, 331; BBl 1924 III, 1 ff., 97; I. MANSER, S. 49 f.; CH. MEILI, S. 32; H. FISCH, S. 86.

³⁷⁹ A. IM HOF, S. 296a; H. FISCH, S. 86 f.; E. RICHNER, S. 112.

³⁸⁰ A. IM HOF, S. 296a; E. RICHNER, S. 112.

³⁸¹ A. IM HOF, S. 295a; CH. MEILI, S. 31; vgl. I. MANSER, S. 49.

³⁸² A. IM HOF, S. 295a; I. MANSER, S. 49; E. RICHNER, S. 106.

³⁸³ A. IM HOF, S. 295a; I. MANSER, S. 49; CH. MEILI, S. 31; E. RICHNER, S. 106.

³⁸⁴ A. IM HOF, S. 295a; CH. MEILI, S. 31; I. MANSER, S. 49; T. KERN, S. 63; E. RICHNER, S. 105.

³⁸⁵ Vgl. H. FISCH, S. 86; vgl. dazu auch T. WYSS, S. 206; vgl. auch H. RAUSCH, S. 110.

³⁸⁶ I. MANSER, S. 50; CH. MEILI, S. 32; H. FISCH, S. 86; E. RICHNER, S. 106.

³⁸⁷ CH. MEILI, S. 32.

³⁸⁸ E. RICHNER, S. 120; A. IM HOF, S. 299a f.

³⁸⁹ E. RICHNER, S. 121.

B. Verständnis der Treuepflicht in neuerer Zeit

I. Kritik am Begriff der Treuepflicht

Der Begriff „Treuepflicht“ wird in neuerer Zeit von einem Teil der Lehre abgelehnt³⁹⁰. Es wird die Meinung vertreten, dass es angebrachter sei, von einer Interessenwahrungspflicht zu sprechen³⁹¹. Begründet wird dies damit, dass durch das neue Begriffsverständnis verhindert werde, dass unter Berufung auf den mystischen Begriff der Treue übertriebene Anforderungen an die Arbeitnehmer gestellt werden³⁹². Durch die Verwendung des Begriffes „Interessenwahrungspflicht“ werde bereits begrifflich festgehalten, dass stets eine Abwägung zwischen dem Interesse des Arbeitgebers und demjenigen des Arbeitnehmers vorgenommen werden müsse³⁹³. Auf der anderen Seite findet sich in der neueren Rechtsprechung³⁹⁴ und teilweise auch in der Literatur³⁹⁵ nach wie vor der Begriff „Treuepflicht“, ohne dass zu dessen Verwendung Stellung genommen wird.

II. Inhalt der Treuepflicht

1. Allgemeines

Die Kritik am Begriff der Treuepflicht zeigt bereits, dass sich auch die Auffassungen darüber, was die Treuepflicht beinhalten sollte, geändert haben. Die Ansicht, dass die Treuepflicht vom Staatsangestellten vollkommene Unterwerfung verlange, gilt eindeutig als veraltet und überholt³⁹⁶. Eine Gesinnungspflicht, aufgrund welcher der Staatsangestellte gesinnungsmässig mit dem Gemeinwesen und dem politischen Gedankengut der Mitbürger verbunden sein müsste, wird abgelehnt³⁹⁷. Die Gesinnung als solche kann

³⁹⁰ M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 92; M. RITTER, S. 188 f.; vgl. auch P. HÄNNI, Treuepflicht, S. 46 f.; vgl. auch Y. HANGARTNER, Vertrauenswürdigkeit, S. 392.

³⁹¹ M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 92; Y. HANGARTNER, Vertrauenswürdigkeit, S. 392; vgl. auch T. JAAG, Dienstverhältnis, S. 455.

³⁹² M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 92; vgl. auch M. RITTER, S. 188, welcher allerdings den Begriff „Grunddienstpflicht“ verwendet.

³⁹³ M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 92.

³⁹⁴ Statt vieler BGE 120 Ia 203, 205 E. 3a.

³⁹⁵ Den Begriff „Treuepflicht“ verwenden z. B. folgende Autoren: P. RICHLI, Dienstrecht, S. 25 ff. und S. 114 f.; I. HÄNER, Grundrechte, S. 405 f.; T. POLEDNA, Annäherungen, S. 224 f.; HÄFELIN/MÜLLER, RZ. 1575 ff.

³⁹⁶ F. HAFNER, S. 491; P. HÄNNI, Treuepflicht, S. 46 f.

³⁹⁷ M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 94; M. RITTER, S. 188; N. OBERHOLZER, S. 25; Y. HANGARTNER, Vertrauenswürdigkeit, S. 392; F. HAFNER, S. 491; T. WYSS, S. 207.

die Treuepflicht nicht verletzen, sondern nur allenfalls ein daraus entspringendes pflichtwidriges Verhalten³⁹⁸.

Allerdings lassen sich ansonsten die Meinungen darüber, was die Treuepflicht beziehungsweise die Interessenwahrungspflicht beinhalten soll, nicht kurz in einem Satz zusammenfassen. Die Auffassungen über den Inhalt der Treuepflicht und insbesondere bezüglich der Frage, inwiefern auch das ausserdienstliche Verhalten von der Pflicht erfasst werden sollte, waren lange Zeit in Rechtsprechung und Lehre kontrovers³⁹⁹. Einerseits wurde die grundsätzliche Unbeachtlichkeit des ausserdienstlichen Verhaltens propagiert⁴⁰⁰, allerdings nicht ohne gewisse Ausnahmen zu machen⁴⁰¹. Andererseits wurde die Meinung vertreten, dass sich die Treuepflicht grundsätzlich auch auf das ausserdienstliche Verhalten erstrecke⁴⁰², wobei jedoch ebenfalls Ausnahmen und Vorbehalte gemacht wurden⁴⁰³. Mit der Zeit hat sich aber in Rechtsprechung und Lehre zumindest der Grundsatz durchgesetzt, dass ausserdienstliches Verhalten die Treuepflicht nur verletzt, wenn es die ordnungsgemässe Aufgabenerfüllung beeinträchtigt⁴⁰⁴ oder wegen der Stellung des betreffenden Dienstnehmers der Glaubwürdigkeit und dem Ansehen von Gemeinwesen oder Verwaltung schadet⁴⁰⁵. Das fragliche ausserdienstliche Verhalten kann demzufolge die Treuepflicht nur verletzen, wenn zwischen dem Verhalten und der dienstlichen Stellung ein nicht nur entfernter Zusammenhang gegeben ist⁴⁰⁶. In Lehre und Rechtsprechung herrscht Einigkeit, dass jeweils in funktionsbezogener Betrachtung im Hinblick auf die konkreten dienstlichen Aufgaben und die konkrete Stellung des betreffenden Staatsangestellten bestimmt werden muss, was die

³⁹⁸ M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 95; P. RICHLI, Dienstrecht, S. 27; P. HÄNNI, Treuepflicht, S. 38; Y. HANGARTNER, Vertrauenswürdigkeit, S. 392; T. JAAG, Dienstverhältnis, S. 455.

³⁹⁹ BGE 108 Ia 172, 175 E. 4b/aa; Y. HANGARTNER, Vertrauenswürdigkeit, S. 386 f.; W. HINTERBERGER, S. 234 und 236.

⁴⁰⁰ N. OBERHOLZER, S. 25; T. WYSS, S. 207 f. bezüglich Lehrpersonen; P. HÄNNI, Treuepflicht, S. 39; M. KURMANN, S. 184.

⁴⁰¹ N. OBERHOLZER, S. 26; T. WYSS, S. 221 ff.; P. HÄNNI, Treuepflicht, S. 39 und 54; M. KURMANN, S. 185 f.

⁴⁰² E. RICHNER, S. 104; G. K. HUG-BEELI, S. 128; Y. HANGARTNER, Vertrauenswürdigkeit, S. 391 f.; B. KNAPP, S. 496.

⁴⁰³ E. RICHNER, S. 111; G. K. HUG-BEELI, S. 129; Y. HANGARTNER, Vertrauenswürdigkeit, S. 394; B. KNAPP, S. 497 f.

⁴⁰⁴ BGE 120 Ia 203, 205 E. 3a; unveröff. Entscheid VGer BL vom 8. Dezember 1993, E. 4a und b, zitiert nach P. HÄNNI, Dienstrecht, S. 98 ff., S. 100 f.; T. JAAG, Dienstverhältnis, S. 456; M. RITTER, S. 190; zum früheren eidgenössischen Beamtengesetz P. HÄNNI, Personalrecht, Rz. 118 und 124; I. HÄNER, Grundrechte, S. 406.

⁴⁰⁵ BGE 120 Ia 203, 205 E. 3a; Entscheid des Präsidenten der PRK vom 31. Mai 2001, VPB 2001, Nr. 95, S. 1061 E. 3c; Entscheid PRK vom 2. Juni 1999, VPB 2000, Nr. 37, S. 496 E. 2b; unveröff. Entscheid VGer BL vom 8. Dezember 1993, E. 4a und b, zitiert nach P. HÄNNI, Dienstrecht, S. 98 ff., S. 100 f.; T. JAAG, Dienstverhältnis, S. 456; zum früheren eidgenössischen Beamtengesetz P. HÄNNI, Personalrecht, Rz. 121 und 124; vgl. M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 97 ff. bezüglich bestimmter Berufsgruppen.

⁴⁰⁶ T. JAAG, Dienstverhältnis, S. 456; M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 93; zum früheren eidgenössischen Beamtengesetz P. HÄNNI, Personalrecht, Rz. 117; I. HÄNER, Grundrechte S. 413 f.

Treuepflicht vom einzelnen Staatsangestellten verlangt⁴⁰⁷. Daraus folgt, dass bei leitenden und exponierten Staatsangestellten wie Richtern, Polizisten oder Vorgesetzten höhere Anforderungen an die Treuepflicht gestellt werden müssen⁴⁰⁸. Einigkeit besteht auch darüber, dass sich die Pflichten im ausserdienstlichen Bereich auf Unterlassungspflichten beschränken⁴⁰⁹. Die Staatsangestellten müssen somit nicht die öffentliche Politik verteidigen. Dies gilt nicht nur für die politische Betätigung im eigentlichen Sinn wie etwa die Mitwirkung in Parteien, sondern für das ausserdienstliche Verhalten schlechthin⁴¹⁰.

Die herkömmliche Treuepflicht, wie sie noch im Beamtengesetz verankert war, ist also durch Rechtsprechung und Lehre im Laufe der Jahrzehnte erheblich relativiert worden. Die Treuepflicht umfasst nicht mehr den ganzen Menschen und sein gesamtes Verhalten gleichermaßen. Dem Schutz des Privatlebens und der Gesinnungsfreiheit wird heutzutage eine viel grössere Bedeutung zugemessen als früher⁴¹¹.

2. Auswirkungen der Personalrechtsrevisionen

Die Frage nach dem Inhalt der Treuepflicht hat in jüngster Zeit noch zusätzlich an Bedeutung gewonnen dadurch, dass sich aufgrund von Änderungen in der Gesellschaft, der stark gewachsenen Leistungsverwaltung und dem gewachsenen Bedürfnis nach Flexibilität Neuerungen im öffentlichen Personalrecht aufdrängten⁴¹². Die Revisionen im Personalrecht führten zu grundlegenden Überlegungen über das Verhältnis des Staates zu seinen Arbeitnehmern und deren Pflichten dem Staat gegenüber. Es wurde mehrfach die Meinung vertreten, dass sich der Staat zu einem grossen kundenorientierten Unternehmen entwickelt habe⁴¹³, dessen Aufgabenstellung mit jener einer privatwirtschaftlichen

⁴⁰⁷ Entscheid PRK vom 27. Februar 1997, VPB 1997, Nr. 80, S. 773 E. 9b; unveröff. Entscheid VGer BL vom 8. Dezember 1993, E. 3c, zitiert nach P. HÄNNI, Dienstrecht, S. 98 ff., S. 100; schon BGE 108 Ia 172, 175 f. E. 4b/aa; zum früheren eidgenössischen Beamtengesetz P. HÄNNI, Personalrecht, Rz. 121; M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 92; M. RITTER, S. 190 f.; vgl. I. HÄNER, Grundrechte, S. 405 f.; vgl. T. JAAG, Dienstverhältnis, S. 456.

⁴⁰⁸ Entscheid PRK vom 27. Februar 1997, VPB 1997, Nr. 80, S. 773 E. 9b; vgl. das Beispiel in BGE 120 Ia 203, 208 E. 4b; vgl. schon BGE 108 Ia 172, 176 E. 4b/bb bezüglich der Stellung des Richters; T. JAAG, Dienstverhältnis, S. 456; M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 93; vgl. zum früheren eidgenössischen Beamtengesetz P. HÄNNI, Personalrecht, Rz. 121.

⁴⁰⁹ BGE 120 Ia 203, 207 E. 4b; M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 87 und 94; I. HÄNER, Grundrechte, S. 406; W. HINTERBERGER, S. 242; A. NEUENSCHAWANDER, S. 24.

⁴¹⁰ BGE 120 Ia 203, 207 E. 4b.

⁴¹¹ Dazu eingehend M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 91 ff.

⁴¹² K. VILLIGER, S. 12 ff.; A. HOFMEISTER, S. 2; G. MÜLLER, Strukturreformen, S. 401; vgl. auch HABLÜTZEL/REBECCHI/SCHNEIDER, S. 45 f.

⁴¹³ T. POLEDNA, Annäherungen, S. 225; vgl. D. VON KAENEL, Entwicklung, S. 81 f.; HABLÜTZEL/BLINDENBACHER, S. 7; vgl. auch PH. MASTRONARDI, Staatsrecht, S. 1541 bezüglich der Forderungen des NPM an

Unternehmung vergleichbar ist⁴¹⁴. Im Kanton Bern beispielsweise sollte deswegen eine Annäherung an das private Arbeitsvertragsrecht durch eine Lockerung der allgemeinen Treuepflicht erreicht werden⁴¹⁵. Der Alltag zeige, dass von einem Beamten kaum ein besonderes Verhalten erwartet wird, nur weil er im öffentlichen Dienst steht⁴¹⁶. Als Folge davon wurde beispielsweise für das bernische Personalgesetz gefordert, dass die bisherige Treuepflicht zu lockern sei und auf das dienstlich Notwendige im Sinne von einer Verpflichtung zu partnerschaftlich-kooperativer und initiativer Mitarbeit, zur Pünktlichkeit und zur Einordnung beschränkt werden müsse⁴¹⁷. Die bisherige Würdigkeitsklausel, welche vom Beamten verlangte, sich durch sein Verhalten seiner Stellung würdig zu zeigen, wurde gänzlich abgelehnt⁴¹⁸.

Im Rahmen vieler Personalgesetzrevisionen wurde versucht, den Forderungen des New Public Management Rechnung zu tragen⁴¹⁹. Das New Public Management forderte kurz zusammengefasst vermehrte Flexibilität und Leistungsorientierung im Personalwesen⁴²⁰. Dem Staat sollte seinen Bediensteten gegenüber mehr Handlungsspielräume eröffnet werden⁴²¹. Somit war es aus der Sicht des New Public Management weder notwendig noch wünschenswert die Treuepflicht zu lockern, da die Treuepflicht nur die Bediensteten beschränkt, nicht aber den Staat⁴²². Eine Lockerung der Treuepflicht hätte im Gegenteil den Handlungsspielraum des Staates eingeschränkt. So wurde schon vor einer Reform des Dienstrechts nach den Grundsätzen des New Public Management vorausgesagt, dass sich wohl damit an dem Bild der Treuepflicht nicht viel ändern würde⁴²³. Die Treuepflicht werde in Analogie zum Tendenzbetrieb des privaten Arbeitsrechts bestimmt werden, wo vom Arbeitnehmer auch ausserdienstlich „vorbildliches“ Verhalten gefordert wird⁴²⁴. Der Gedanke, die Treuepflicht in Analogie zum Tendenzbetrieb zu bestimmen, taucht auch im Zusammenhang mit Überlegungen zur Annäherung des öffentlichen

den öffentlichen Dienst. Eine Entwicklung in diese Richtung ist bereits festzustellen bei: M. KURMANN, S. 184; W. KÄMPFER, S. 489.

⁴¹⁴ D. VON KAENEL, *Entwicklung*, S. 81 f.

⁴¹⁵ Dazu D. VON KAENEL, *Entwicklung*, S. 82 ff.

⁴¹⁶ D. VON KAENEL, *Entwicklung*, S. 83; D. VON KAENEL, *Totalrevision*, S. 182; Vortrag der Finanzdirektion an den Regierungsrat [des Kantons Bern] zuhanden des Grossen Rates betreffend Totalrevision des Gesetzes vom 7. Februar 1954 über das Dienstverhältnis der Behördemitglieder und des Personals der bernischen Staatsverwaltung [und des Dekretes ...], S. 4; vgl. auch M. MICHEL, *Beamtenstatus*, S. 87.

⁴¹⁷ D. VON KAENEL, *Entwicklung*, S. 83 f.

⁴¹⁸ D. VON KAENEL, *Entwicklung*, S. 83; D. VON KAENEL, *Totalrevision*, S. 182; Vortrag der Finanzdirektion an den Regierungsrat [des Kantons Bern] zuhanden des Grossen Rates betreffend Totalrevision des Gesetzes vom 7. Februar 1954 über das Dienstverhältnis der Behördemitglieder und des Personals der bernischen Staatsverwaltung [und des Dekretes ...], S. 4.

⁴¹⁹ Vgl. dazu M. MICHEL, *Modernisierung*, S. 197 ff. Vgl. zum Bund oben Kapitel 1:§ 2A.

⁴²⁰ P. RICHLI, *Dienstrecht*, S. 18.

⁴²¹ F. UHLMANN, S. 94, vgl. P. RICHLI, *Dienstrecht*, S. 18 f.

⁴²² P. RICHLI, *Dienstrecht*, S. 115; E. SCHWARZENBACH-HEUSSER, S. 80.

⁴²³ REHBINDER/KRAUSZ, S. 111.

⁴²⁴ REHBINDER/KRAUSZ, S. 111. Vgl. auch oben Kapitel 3:§ 7C.II.3.b.

Dienstrechts ans Privatrecht auf. Es wurde festgehalten, dass in Anbetracht der Angleichung des öffentlichen Dienstrechts an die privatrechtlichen Verhältnisse eine sinn-gemässe Übertragung von Art. 321a OR ins öffentliche Recht möglich wäre⁴²⁵. Bei einer sinn-gemässen Übertragung dieser Norm ins öffentliche Recht liesse es sich durchaus rechtfertigen, das Gemeinwesen als „Tendenzbetrieb“ zu bezeichnen, das für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu sorgen hat und demnach von seinen Angestellten eine verstärkte Ausrichtung auf diese Aufgabenerfüllung verlangen kann⁴²⁶. Im Gegensatz dazu gibt es auch Lehrmeinungen, welche den Tendenzbetrieb völlig ausser acht lassen oder eine Interpretation der öffentlichen Treuepflicht im Sinne der Treuepflicht bei Tendenzbetrieben explizit ablehnen⁴²⁷. Auch in der Parlamentsdebatte zum Bundespersonalgesetz im Zusammenhang mit der Treuepflicht wird der Tendenzbetrieb nicht erwähnt⁴²⁸.

Betrachtet man die Personalrechte in den einzelnen Kantonen, so ergibt sich kein eindeutiges Bild. Auf der einen Seite beschränken sich viele Personalrechte auf eine Forderung nach einer gewissenhaften Aufgabenerfüllung⁴²⁹. Andere sprechen wie das Bundespersonalrecht von einer Interessenwahrung derart, dass sie lediglich für den dienstlichen Bereich gelten kann⁴³⁰. Daneben gibt es nach wie vor Personalrechte, in welchen der ausserdienstliche Bereich von der Treuepflicht erfasst wird⁴³¹. In der Botschaft zum Personalgesetz von St. Gallen beispielsweise wird ausgeführt, es sei davon auszugehen, dass Dienstpflichten auch Auswirkungen auf das Verhalten ausser Dienst

⁴²⁵ T. POLEDNA, Annäherungen, S. 225.

⁴²⁶ T. POLEDNA, Annäherungen, S. 225; vgl. auch M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 96 f., wonach der demokratische Rechtsstaat aus arbeitsrechtlicher Sicht ein Tendenzbetrieb ist. Vgl. auch oben Kapitel 2:§ 7C.II.3.b.

⁴²⁷ Vgl. P. HÄNNI, neues Personalrecht, Rz. 206 ff. zur Treuepflicht im Bundespersonalgesetz; I. HÄNER, Grundrechte, S. 411 und Fn. 107. Vgl. auch oben Kapitel 3:§ 7C.II.3.b.

⁴²⁸ Vgl. Amtl. Bull. StR 1999, S. 1098 f. zu Art. 18a. Vgl. auch oben Kapitel 3:§ 7C.II.3.b.

⁴²⁹ Art. 37 des bernischen Gesetzes über das öffentliche Dienstrecht (Personalgesetz, PG) vom 5. November 1992; § 35 Abs. 1 des solothurnischen Gesetzes über das Staatspersonal vom 27. September 1992.

⁴³⁰ § 28 des Zuger Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz) vom 1. September 1994; Art. 42 Abs. 2 Verordnung über das Arbeitsverhältnis der Mitarbeitenden des Kantons Graubünden (Personalverordnung, PV); Art. 42 des nidwaldischen Gesetzes über das öffentliche Arbeitsverhältnis (Personalgesetz) vom 3. Juni 1998; § 30 Abs. 1 der schwyzerischen Personal- und Besoldungsverordnung vom 26. Juni 1991; § 49 des zürcherischen Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz) vom 27. September 1998.

⁴³¹ § 50 des luzernischen Gesetzes über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis (Personalgesetz) vom 26. Juni 2001; Art. 67 des St. Galler Staatsverwaltungsgesetzes vom 16. Juni 1994; vgl. auch Art. 21 Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux (LPAC) du 4 décembre 1997 de Genève.

haben, indem alles zu unterlassen ist, was die Erfüllung der Aufgaben beeinträchtigen oder der Vertrauenswürdigkeit der Staatsverwaltung schaden könnte⁴³².

3. Lösungsansatz

Aufgrund dieser Ausführungen wird somit ersichtlich, dass zur Zeit wieder eine grosse Unsicherheit darüber besteht, was die Treuepflicht genau beinhalten soll. Einerseits wird von einer Lockerung durch eine Annäherung an das Obligationenrecht gesprochen. Demzufolge soll sich die Treuepflicht auf partnerschaftlich-kooperative Mitarbeit und Einordnung in den Betrieb beschränken, womit nur der innerdienstliche Bereich angesprochen wird. Anderer Auffassung zu Folge sollte die öffentlich-rechtliche Treuepflicht im Sinne der weitergehenden Treuepflicht im Tendenzbetrieb interpretiert werden. Gemäss nochmals anderer Auffassung ist von der herkömmlichen öffentlich-rechtlichen Treuepflicht auszugehen. Diese Unstimmigkeiten bezüglich des Inhalts der Treuepflicht rufen nach einer Klärung der zur Zeit tatsächlich existierenden Bedürfnisse hinsichtlich der Treuepflicht. Was soll und darf die Treuepflicht in einem modernen Personalgesetz beinhalten? Soll sie nur den innerdienstlichen Bereich oder auch den ausserdienstlichen Bereich umfassen und somit auch ausserdienstliche Meinungsäusserungen einschränken können?

Eine gesetzliche Grundlage, mit welcher eine Treuepflicht für Bundesangestellte statuiert wird, soll und darf nur dann auch ausserdienstliche Meinungsäusserungen einschränken, wenn gegenwärtig berechnete öffentliche Interessen des Gemeinwesens an einer solchen Einschränkung bestehen und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung getragen wird⁴³³. Das Problem ist, dass in Art. 20 Abs. 1 BPG in keiner Weise zum Ausdruck kommt, welche öffentlichen Interessen mit der Treuepflicht verfolgt werden sollen. Art. 20 Abs. 1 BPG spricht nur von der Wahrung „berechtigter Interessen“ des Bundes beziehungsweise des Arbeitgebers. Es muss somit im Folgenden dargestellt werden, welche öffentlichen Interessen in einem modernen Personalrecht mit der Treuepflicht verfolgt werden können und sollen. Die berechtigten öffentlichen Interessen des Gemeinwesens werden in der Demokratie im Wesentlichen durch die Interessen der Mehrheit bestimmt⁴³⁴. Sie finden ihren Niederschlag in der Verfassung, in verfassungsmässigen Gesetzen oder in den entsprechenden völkerrechtlichen Normen⁴³⁵. Aus diesem Grund wird im Folgenden zuerst geprüft, welche für die Ausgestaltung der Treuepflicht bedeutsamen öffentlichen Interessen sich aus der Verfassung, verfassungsmässigen Gesetzen oder völkerrechtlichen Normen ergeben. In Konkretisierung dieser verfassungsmässigen öffentlichen Interessen wird anschliessend dargestellt, was

⁴³² Botschaft und Entwurf des St. Galler Regierungsrates vom 9. März 1993 zum St. Galler Staatsverwaltungsgesetz (Nr. 22.93.02/25.93.02), S. 1 ff., S. 35.

⁴³³ Vgl. oben Kapitel 4:§ 11.

⁴³⁴ P. HÄNNI, Treuepflicht, S. 49; R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV, Rz. 19.

⁴³⁵ R. J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV, Rz. 19.

von Seiten der Bürgerinnen und Bürger unter diesen Interessen zu verstehen ist. Gleichzeitig muss auch berücksichtigt werden, was der Staat *als Arbeitgeber* für mit der Verfassung in Einklang stehende Interessen hat, welche Auswirkungen auf die Ausgestaltung der Treuepflicht haben können und müssen. Dabei werden die meisten Interessen des Staates als Arbeitgeber spiegelbildlich die Interessen der Mehrheit der Bürgerinnen und Bürger wiedergeben. Zusätzlich hat der Staat möglicherweise weitere Interessen, die allein aus der Arbeitgeberstellung resultieren. Bei der Betrachtung all dieser öffentlichen Interessen soll auch nicht unberücksichtigt gelassen werden, ob sich der Staat tatsächlich wie teilweise behauptet⁴³⁶ zu einem grossen kundenorientierten Unternehmen entwickelt hat und ob deswegen die Situation des Arbeitgebers „Staat“ mit derjenigen privater Arbeitgeber vergleichbar geworden ist.

Stehen schliesslich die berechtigten öffentlichen Interessen fest, so kann die Frage beantwortet werden, ob sich die Interessen im Vergleich zur Zeit, als das frühere eidgenössische Beamtengesetz erlassen wurde derart geändert haben, dass eine sich auch auf ausserdienstliche Meinungsäusserungen erstreckende Treuepflicht nicht mehr erforderlich ist. Verlangen die öffentlichen Interessen nach wie vor nach einer sich auch auf ausserdienstliche Meinungsäusserungen beziehende Treuepflicht, muss eine Interessenabwägung zwischen den öffentlichen Interessen an einer Einschränkung und dem privaten Interesse der Staatsangestellten an freier Meinungsäusserung stattfinden, um die adäquate inhaltliche Ausgestaltung der Treuepflicht festzulegen.

⁴³⁶ Vgl. oben Kapitel 4:§ 12B.II.2.

§ 13 Öffentliche Interessen

A. Grundlagen

Aus der Verfassung ergeben sich folgende Grundsätze und Handlungsmaximen, welche auch für die Ausgestaltung der Treuepflicht von Bedeutung sind:

Die Bundesverfassung listet in Art. 2 BV verschiedene Zwecke der Eidgenossenschaft auf. In diesem Zweckartikel kommt zum Ausdruck, dass die Eidgenossenschaft primär ideelle und nicht finanzielle Ziele verfolgt, was auch für die Pflichten der Bundesangestellten von Bedeutung sein kann.

Anhand der verfassungsrechtlichen Regelungen über die Bundesbehörden (Art. 143 ff. BV) kommt das Interesse an einem gut funktionierenden Staat, also einer funktionierenden Verwaltung, Rechtsprechung und Gesetzgebung zum Ausdruck.

Aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) und aus Art. 170 BV lässt sich ein Effizienzgebot ableiten⁴³⁷, welches die speditive, wirtschaftliche und rationelle Erfüllung der Aufgaben des Gemeinwesens verlangt⁴³⁸. Das Effizienzgebot kommt auch in Art. 4 Abs. 2 BPG zum Ausdruck, wonach die Arbeitgeber ihr Personal auf zweckmässige und wirtschaftliche Weise einsetzen sollen. Aus dem verfassungsrechtlichen Effizienzgebot lässt sich des Weiteren das Flexibilitätsprinzip⁴³⁹, welches flexibles und anpassungsfähiges staatliches Handeln erfordert⁴⁴⁰.

Aus dem demokratischen Prinzip⁴⁴¹ und aus Art. 6 BV ergibt sich, dass ein verfassungsmässiges öffentliches Interesse an verantwortungsbewussten, initiativen und zum politischen Engagement bereiten Staatsangestellten besteht. Diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechend hält das Bundespersonalgesetz in Art. 4 Abs. 2 lit. i fest, dass die Arbeitgeber geeignete Massnahmen zur Schaffung von Arbeitsbedingungen treffen sollen, die dem Personal erlauben, seine Verantwortung in Familie und Gesellschaft wahrzunehmen.

Des Weiteren ergibt sich aus dem rechtsstaatlichen Prinzip, beziehungsweise aus dem Grundrechtskatalog der Bundesverfassung (Art. 7 ff. BV) und der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 2 ff. EMRK), dass Staatsangestellte in den Genuss ihrer Freiheitsrechte kommen sollen. Dementsprechend hält Art. 6 Abs. 1 BPG ausdrücklich

⁴³⁷ P. HÄNNI, Treuepflicht, S. 50; M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 244.

⁴³⁸ P. HÄNNI, Treuepflicht, S. 50.

⁴³⁹ Vgl. auch M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 244, welcher das Flexibilitätsprinzip primär aus dem Rechtsgleichheitsgebot und Rechtssicherheitsgebot ableitet.

⁴⁴⁰ M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 244.

⁴⁴¹ So schon P. HÄNNI, Treuepflicht, S. 50.

fest, dass das Personal in den von der Bundesverfassung und von der Gesetzgebung geregelten Rechten und Pflichten steht.

Art. 10 Abs. 2 EMRK hält ausdrücklich fest, dass die Freiheit der Meinungsäusserung zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung eingeschränkt werden kann.

Abschliessend lässt sich somit festhalten, dass sich aus der Verfassung und völkerrechtlichen Normen verschiedene Vorgaben zur Gestaltung der Treuepflicht in einem modernen Personalgesetz ableiten lassen. Im Folgenden werden in Konkretisierung dieser verfassungsrechtlichen Grundsätze die berechtigten Interessen von Bürgerinnen und Bürgern sowie des Staates als Arbeitgeber bezüglich der Ausgestaltung der Treuepflicht dargestellt.

B. Interesse an störungsfreiem Funktionieren des Staates

I. Interesse der Bürgerinnen und Bürger

Bürgerinnen und Bürger haben ein Interesse daran, dass der Staat, also insbesondere die öffentliche Verwaltung und die Justiz störungsfrei funktionieren. Nur die Funktionstüchtigkeit des Staates kann das friedliche, ungestörte, und sichere Zusammenleben der Bevölkerung gewährleisten.

II. Interesse des Staates als Arbeitgeber

Der Staat als Arbeitgeber hat nach wie vor ein Interesse daran, dass insbesondere die Verwaltung und Justiz störungsfrei funktionieren⁴⁴². Er ist demzufolge daran interessiert, dass sich seine Angestellten in den Betrieb, beziehungsweise in die Verwaltung einordnen⁴⁴³. Einschränkend ist allerdings festzuhalten, dass das störungsfreie Funktionieren der Verwaltung und die Einordnung der Angestellten nur ein Mittel ist, um die Dienstleistungen und Aufgaben für die Bürger zu erbringen. Das störungsfreie Funktionieren der Verwaltung darf nicht Selbstzweck sein⁴⁴⁴. Eine Überbetonung des Interesses an

⁴⁴² Unveröff. Entscheid VGer SZ vom 20. April 1994, E. 4d, zitiert nach P. HÄNNI, Dienstrecht, S. 115 ff., S. 117; P. HÄNNI, Treuepflicht, S. 52; F. HAFNER, S. 483.

⁴⁴³ Schon P. HÄNNI, Treuepflicht, S. 52.

⁴⁴⁴ Vgl. P. HÄNNI, Treuepflicht, S. 52.

einem störungsfreien Funktionieren der Verwaltung entspricht im Übrigen im Gegensatz zum Zeitgeist des beginnenden 20. Jahrhunderts nicht den heutigen Auffassungen⁴⁴⁵.

III. Fazit

Es besteht ein öffentliches Interesse an der Funktionstüchtigkeit des Staates, was sich auch auf die Pflichten der Staatsangestellten auswirkt. Diesem öffentlichen Interesse läuft es zuwider, wenn Staatsangestellte sich nicht einordnen, sich unkooperativ verhalten oder sonst die Zusammenarbeit verunmöglichen.

C. Interesse an ordnungsgemässer Aufgabenerledigung

I. Interesse der Bürgerinnen und Bürger

Bürgerinnen und Bürger haben primär ein Interesse an ordnungsgemässer Aufgabenerledigung⁴⁴⁶. Dabei sind sie nicht nur daran interessiert, dass die Aufgaben auch tatsächlich ordnungsgemäss erfüllt werden, sondern dass die ordentliche Aufgabenerledigung grundsätzlich nicht gefährdet ist⁴⁴⁷.

Das Interesse an ordnungsgemässer Aufgabenerledigung und ihrer Sicherstellung ist vor allem dann gross, wenn der Staat unter Ausschluss jeglicher Konkurrenz handelt⁴⁴⁸. Dies ist in jenen Bereichen der Fall, in welchen der Staat über ein rechtliches oder faktisches Monopol verfügt⁴⁴⁹. Ausserdem gibt es Tätigkeiten, welche unmittelbar mit dem Bestehen des Staates zusammenhängen und deswegen von derart hohem staatspolitischem Interesse sind, dass sie ausschliesslich durch den Staat wahrgenommen werden wie zum Beispiel die Landesverteidigung, die Strafverfolgung oder die Steuererhebung⁴⁵⁰. Ist eine Tätigkeit dem Staat vorbehalten, so besteht für die Bürgerinnen und Bürger keine Wahlfreiheit. Aus diesem Grund sind sie in diesen Bereichen besonderes darauf angewiesen, dass die entsprechenden Aufgaben und Leistungen pflichtgemäss erfüllt werden⁴⁵¹. Die Betroffenen sind sich dieser Abhängigkeit auch bewusst und werden auf Störungen jeglicher Art sensibler reagieren. Die Macht des Staates wird dabei im

⁴⁴⁵ Dazu M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 55 ff.

⁴⁴⁶ So schon P. HÄNNI, Treuepflicht, S. 49; vgl. auch M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 101 f.

⁴⁴⁷ Vgl. statt vieler BGE 120 Ia 203, 205 E. 3a, wonach das Verhalten des Staatsangestellten das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Verwaltung nicht beeinträchtigen darf.

⁴⁴⁸ Vgl. auch M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 101.

⁴⁴⁹ Vgl. auch M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 101.

⁴⁵⁰ F. DEGIACOMI, S. 138 f.; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 2558.

⁴⁵¹ Vgl. auch M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 101.

Vergleich zu Privatunternehmen mit Monopolstellung tendenziell sogar noch als grösser empfunden, weil der Staat gleich in mehreren wichtigen Bereichen ohne Konkurrenz handelt, während sich die Monopolstellung eines Privatunternehmens in der Regel auf ein Produkt oder eine Dienstleistung beschränkt.

Besonders hohe Ansprüche an die ordnungsgemässe Aufgabenerfüllung stellen Bürgerinnen und Bürger auch in den Fällen, in welchen der Staat hoheitlich handelt. Obwohl gemäss dem Programm des New Public Management der Begriff des Bürgers durch den Begriff des Kunden ersetzt werden soll⁴⁵² und allgemein für den öffentlichen Dienst Kundennähe und Kundenorientierung gefordert wird⁴⁵³, tritt der Staat noch immer in sehr vielen Fällen dem Bürger gegenüber hoheitlich auf, so zum Beispiel bei polizeilichen Massnahmen, im Zusammenhang mit der Erhebung von Steuern oder der Enteignung⁴⁵⁴. Insofern besteht auch ein wesentlicher Unterschied zu Privatunternehmen, welche den Kunden gegenüber nicht hoheitlich auftreten. Tritt der Staat hoheitlich auf, wird dem Bürger seine schwächere Stellung vor Augen geführt. Gerade in diesen Bereichen wird der Bürger wegen seiner schwächeren Stellung ebenfalls sensibler reagieren, wenn bei der Aufgabenerfüllung durch den Staat Unregelmässigkeiten und Störungen auftreten. So lösen beispielsweise Fehler oder Unregelmässigkeiten bei Polizeieinsätzen sehr schnell grosse Diskussionen in der Öffentlichkeit und insbesondere in den Medien aus.

Insgesamt lässt sich somit festhalten, dass Bürgerinnen und Bürger ein grosses Interesse an ordnungsgemässer Aufgabenerfüllung haben, was vor allem in den Bereichen ersichtlich wird, in welchen der Staat hoheitlich oder konkurrenzlos handelt.

II. Interesse des Staates als Arbeitgeber

Auch der Staat ist als Arbeitgeber daran interessiert, dass sich das Personal so verhält, dass die ordnungsgemässe Aufgabenerledigung gewährleistet ist. Dieses Interesse deckt sich mit dem Interesse der Bürgerinnen und Bürger an der Gewährleistung ordentlicher Aufgabenerledigung.

⁴⁵² Kritisch dazu PH. MASTRONARDI, Kontext, S. 91 ff.; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 1263.

⁴⁵³ T. FLEINER-GERSTER, S. 12 f.; F. UHLMANN, S. 94; Votum HABLÜTZEL, Eidgenössisches Personalamt, S. 87 f.

⁴⁵⁴ HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 22 und 24; R. E. GERMANN, S. 181; F. HAFNER, S. 486; vgl. auch die Aufzählung in PH.MASTRONARDI, Kontext, S. 65.

III. Fazit

Es besteht somit sowohl von Seiten der Bürgerinnen und Bürger wie auch von Seiten des Staates als Arbeitgeber ein Interesse daran, dass die ordnungsgemässe Aufgabenerledigung sichergestellt ist. Diesem öffentlichen Interesse läuft jedes Verhalten zuwider, welches die ordentliche Aufgabenerfüllung entweder tatsächlich beeinträchtigt oder zumindest als gefährdet erscheinen lässt.

D. Interesse an effizienter Aufgabenerledigung

I. Interessen der Bürgerinnen und Bürger

Die Bürgerinnen und Bürger haben nicht nur ein Interesse daran, dass die ordnungsgemässe Aufgabenerfüllung gewährleistet ist, sondern auch, dass die Aufgaben effizient erledigt werden⁴⁵⁵. Sie erwarten zum Beispiel, dass ihre Eingaben und Gesuche effizient bearbeitet werden. Das Interesse an Effizienz ist im Vergleich zu früher sicherlich nicht kleiner, sondern eher grösser geworden. Dies hängt damit zusammen, dass der Staat viel mehr als früher mit der Privatwirtschaft verglichen wird, welche grosses Gewicht auf eine effiziente Aufgabenerledigung legt.

II. Interesse des Staates als Arbeitgeber

Der Staat hat nicht nur ein Interesse an ordnungsgemässer Aufgabenerfüllung, sondern darüber hinaus ein Interesse an effizientem und wirtschaftlichem Arbeiten⁴⁵⁶. Das im Vergleich zu früher noch grösser gewordene Interesse an Effizienz hängt einerseits mit dem Standortwettbewerb zwischen den Staaten zusammen⁴⁵⁷. Es ist aber vor allem auch eine Folge davon, dass Bürgerinnen und Bürger eine effiziente Aufgabenerledigung erwarten und der Staat in einigen Bereichen in Konkurrenz zur Privatwirtschaft Dienstleistungen erbringt⁴⁵⁸. Insofern ist das Interesse des Staates als Arbeitgeber an effizientem Arbeiten das spiegelbildliche Abbild der Interesse der Bürgerinnen und Bürger an effizienter Aufgabenerledigung.

Das grosse Interesse des Staates an Effizienz zeigt sich beispielsweise anhand des Diskurses rund um das New Public Management. Gemäss dem Programm des New

⁴⁵⁵ Vgl. auch M. PH. WYSS, S. 334.

⁴⁵⁶ K. VILLIGER, S. 12; so auch schon P. HÄNNI, Treuepflicht, S. 50 f.

⁴⁵⁷ K. VILLIGER, S. 12; E. BUSCHOR, S. 3.

⁴⁵⁸ Vgl. oben Kapitel 1:§ 2A.

Public Management hat die Verwaltung qualitativ gute Leistungen zu möglichst tiefen Kosten zu erbringen⁴⁵⁹. Bezüglich des Dienstrechts im Besonderen wird neben Flexibilität vor allem auch vermehrte Leistungsorientierung verlangt⁴⁶⁰. Aus diesem Grund stand dem New Public Management vor allem das egalitäre Gehaltssystem der früheren Beamten Gesetze in Bund und Kantonen im Wege⁴⁶¹.

III. Fazit

Sowohl die Bürgerinnen und Bürger wie auch der Staat haben ein Interesse an effizienter Aufgabenerledigung. Es existiert somit ein öffentliches Interesse daran, dass die Aufgaben durch die Staatsangestellten effizient erledigt werden.

E. Interesse an Flexibilität

I. Interesse der Bürgerinnen und Bürger

Wie soeben dargestellt haben Bürgerinnen und Bürger ein Interesse an effizienter Aufgabenerledigung. Damit erwarten sie zumindest indirekt auch eine gewisse Flexibilität vom Staat, weil heutzutage nur eine flexible Verwaltung effizient arbeiten kann.

II. Interesse des Staates als Arbeitgeber

Im Gegensatz zur Zeit, als das Beamten Gesetz erlassen wurde, ist heutzutage der Alltag von raschen Veränderungen geprägt⁴⁶². Zudem steht der Staat in gewissen Bereichen wie zum Beispiel bezüglich der Post in Konkurrenz zu privaten Leistungserbringern⁴⁶³. Aus diesen Gründen besteht heutzutage ein verstärktes Interesse des Staates als Arbeitgeber an einem flexiblen Einsatz seines Personals⁴⁶⁴.

Das verstärkte Interesse nach Flexibilität kommt auch im Programm des New Public Management zum Ausdruck⁴⁶⁵. Die Totalrevision des eidgenössischen Beamten Gesetzes

⁴⁵⁹ P. RICHLI, Dienstrecht, S. 16; vgl. REHBINDER/KRAUSZ, S. 93; E. BUSCHOR, S. 10.

⁴⁶⁰ P. RICHLI, Dienstrecht, S. 18; REHBINDER/KRAUSZ, S. 103.

⁴⁶¹ P. RICHLI, Dienstrecht, S. 18.

⁴⁶² K. VILLIGER, S. 12 f.; Votum SPOERRY, Amtl. Bull. StR 1999, S. 1074.

⁴⁶³ K. VILLIGER, S. 13 f.; Votum SPOERRY, Amtl. Bull. StR 1999, S. 1074.

⁴⁶⁴ K. VILLIGER, S. 14; Votum SPOERRY, Amtl. Bull. StR 1999, S. 1074.

⁴⁶⁵ P. RICHLI, Dienstrecht, S. 18; REHBINDER/KRAUSZ, S. 103; K. SCHEDLER, S. 227.

stand sodann unter dem Motto “Flexibilisierung”⁴⁶⁶, weshalb wie vom New Public Management gefordert⁴⁶⁷ die Amtsdauer abgeschafft wurde⁴⁶⁸.

III. Fazit

Es kann somit festgehalten werden, dass ein öffentliches Interesse an Flexibilität des Staates und somit auch an flexiblem Staatspersonal besteht.

F. Interesse an bürgernaher Aufgabenerledigung

I. Interesse der Bürgerinnen und Bürger

Neben den bereits ausgeführten Interessen sind die Bürgerinnen und Bürger daran interessiert, dass „bürgernah“ gearbeitet wird⁴⁶⁹. Im Vergleich zu früher werden höhere Ansprüche daran gestellt, dass der Staat die konkreten Situationen und Bedürfnisse der Bürger berücksichtigt. Verlangt werden beispielsweise lange Öffnungszeiten von Passbüros und anderen wichtigen amtlichen Stellen oder den Bedürfnissen der Bevölkerung entsprechende Möglichkeiten zur Stimmabgabe bei Abstimmungen.

II. Interesse des Staates als Arbeitgeber

Der Staat setzt sich zunehmend zum Ziel die Aufgaben bürgernah zu erbringen⁴⁷⁰. Dies entspricht dem Interesse der Bürgerinnen und Bürger an bürgernaher Aufgabenerledigung und der Forderung des New Public Management, wonach die Verwaltung kundenorientiert zu sein hat⁴⁷¹.

⁴⁶⁶ Vgl. oben Kapitel 1:§ 2A.

⁴⁶⁷ P. RICHLI, Dienstrecht, S. 18; REHBINDER/KRAUSZ, S. 107 f.

⁴⁶⁸ Vgl. oben Kapitel 1:§ 2C.V.

⁴⁶⁹ Vgl. G. MÜLLER, Strukturreformen, S. 413.

⁴⁷⁰ Vgl. G. MÜLLER, Strukturreformen Fn. 63 (S. 413); Votum HABLÜTZEL, Eidgenössisches Personalamt, S. 87 f.; vgl. auch NZZ Nr. 94 vom 23./24. April 2005, S. 57.

⁴⁷¹ REHBINDER/KRAUSZ, S. 93; PH. MASTRONARDI, Kontext, S. 49; P. RICHLI, NPM, S. 105; D. KETTIGER, S. 5.

III. Fazit

Es besteht sowohl von Seiten der Bürgerinnen und Bürger wie auch des Staates als Arbeitgeber ein Interesse an bürgernaher Aufgabenerledigung, was Auswirkungen auf die Pflichten der Staatsangestellten haben muss.

G. Interesse an unparteilicher Aufgabenerfüllung

I. Interesse der Bürgerinnen und Bürger

Als besonderer Aspekt der ordentlichen Aufgabenerfüllung ist das Interesse der Bürgerinnen und Bürger an unparteiischer und unbestechlicher Aufgabenerfüllung hervorzuheben. Bürgerinnen und Bürger wollen unparteiisch und gerecht behandelt werden.

II. Interesse des Staates als Arbeitgeber

Der Staat hat als Arbeitgeber ebenfalls ein Interesse daran, dass die Staatsangestellten unbestechlich und unparteiisch ihre Aufgaben erledigen⁴⁷². So kann beispielsweise durch Unregelmässigkeiten bei der Vergabe von Bauaufträgen oder beim Einkauf von Maschinen der Staat unmittelbar materiell geschädigt werden, weil beispielsweise nicht die günstigste Lösung gewählt wurde⁴⁷³.

III. Fazit

Es kann somit festgehalten werden, dass ein öffentliches Interesse daran besteht, dass die Aufgaben durch die Staatsangestellten in unparteiischer und unbestechlicher Weise erledigt werden.

⁴⁷² Votum VILLIGER, Amtl. Bull. StR 1999, S. 1079; P. HÄNNI, Treuepflicht, S. 51. Vgl. dazu auch Ethik im öffentlichen Dienst, Bericht der parlamentarischen Verwaltungskontrollstelle zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats vom 30. Oktober 1998, auf <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2000/29.pdf>, S. 30 und 39 ff.

⁴⁷³ P. HÄNNI, Treuepflicht, S. 51.

H. Interesse an Experten

I. Interesse der Bürgerinnen und Bürger

Bürgerinnen und Bürger haben ein Interesse an effizienter Aufgabenerledigung. Dementsprechend haben sie zumindest mittelbar auch ein Interesse daran, dass der Staat über gut ausgebildetes Personal verfügt, da gut ausgebildetes Personal eher Gewähr für eine effiziente Aufgabenerledigung bieten kann.

II. Interesse des Staates als Arbeitgeber

Wie für jeden Arbeitgeber ist es auch für den Staat wichtig, dass er über gut ausgebildetes Personal mit grosser Erfahrung und Know-how verfügt. Dementsprechend besteht beispielsweise ein Interesse des Staates daran, dass sich seine Arbeitnehmer der Erweiterung ihres Fachwissen offen zeigen und sich fortbilden. Dieses Interesse ist in Anbetracht der zunehmenden Spezialisierung in der heutigen Arbeitswelt und der Konkurrenzsituation des Staates zu anderen Staaten und der Privatwirtschaft im Vergleich zu früher grösser geworden.

III. Fazit

Es lässt sich somit festhalten, dass ein öffentliches Interesse daran besteht, dass sich die Staatsangestellten fortbilden und ihr Fachwissen vergrössern.

I. Interesse an Schadloshaltung

I. Interesse der Bürgerinnen und Bürger

Bürgerinnen und Bürger haben zumindest mittelbar ein Interesse daran, dass der Staat durch sein Personal materiell nicht geschädigt wird, da eine solche Schädigung letztlich wieder mit Steuergeldern ausgeglichen werden muss.

II. Interesse des Staates als Arbeitgeber

Der Staat als Arbeitgeber hat ein Interesse daran, durch sein Personal materiell nicht geschädigt zu werden⁴⁷⁴. Diesem Interesse läuft es beispielsweise zuwider, wenn der oder die Angestellte Material entwendet oder beschädigt. In dieser Hinsicht befinden sich Staat und private Arbeitgeber in derselben Situation.

III. Fazit

Es besteht ein öffentliches Interesse daran, dass der Staat als Arbeitgeber durch sein Personal materiell nicht geschädigt wird. Diesem Interesse läuft jedes Verhalten zuwider, welches eine materielle Schädigung verursacht.

J. Interesse an Wissenstransfer

I. Interesse der Bürgerinnen und Bürger

Die Bürgerinnen und Bürger haben im Hinblick auf eine gut funktionierende Demokratie ein Interesse daran, dass Staatsangestellte ihr Fachwissen in die öffentliche Diskussion einbringen⁴⁷⁵. Auch in der Doktrin ist mehrfach auf den Nutzen öffentlicher Meinungsäußerungen von Staatsangestellten für das Funktionieren der Demokratie hingewiesen worden⁴⁷⁶. Bürgerinnen und Bürger sind insbesondere auch daran interessiert, dass allfällige Missstände in der Verwaltung und Justiz aufgedeckt und behoben werden.

II. Interesse des Staates als Arbeitgeber

Auch der Staat als Arbeitgeber hat ein Interesse daran, dass die Staatsangestellten ihr Fachwissen in öffentliche Diskussionen einbringen. Dadurch wird ihm nämlich auch ein Teil der Informationsarbeit abgenommen.

⁴⁷⁴ P. HÄNNI, Treuepflicht, S. 52.

⁴⁷⁵ Vgl. z. B. NZZ Nr. 255 vom 1. November 2004, S. 10 und NZZ Nr. 272 vom 20. November 2004, S. 14.

⁴⁷⁶ Dazu H. RAUSCH, S. 104 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch J. P. MÜLLER, S. 196; vgl. auch KLEY/ TOPHINKE, St. Galler Kommentar zu Art. 16 BV, Rz. 15.

III. Fazit

Es besteht somit ein öffentliches Interesse daran, dass Staatsangestellte ihr Fachwissen in die öffentliche Diskussion einbringen können. Dies ist bei der Ausgestaltung der Dienstpflichten zu berücksichtigen.

K. Interesse an Glaubwürdigkeit des Staates

I. Interesse der Bürgerinnen und Bürger

Ganz allgemein haben Bürgerinnen und Bürger ein Interesse daran, dass die Glaubwürdigkeit der Verwaltung, der Justiz und des Staates als solchem sichergestellt ist⁴⁷⁷. Bürgerinnen und Bürger wollen in den Staat als solchen Vertrauen haben können⁴⁷⁸. Das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Verwaltung und in den Staat ist von grosser Bedeutung⁴⁷⁹. Recht kann sich nur in einem Staat erhalten und entfalten, wenn der Staat und somit auch die mit dem Vollzug des Rechts betrauten Organe das Vertrauen der Bevölkerung geniessen⁴⁸⁰. Besteht kein Vertrauen in den Staat, so steht die Autorität und damit letztlich die Existenzberechtigung des Staates in Frage⁴⁸¹.

II. Interesse des Staates als Arbeitgeber

Der Staat als Arbeitgeber hat nach wie vor ein Interesse daran, dass das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Verwaltung, Justiz und den Staat als solchem erhalten bleibt. Dieses Interesse ist wiederum das spiegelbildliche Abbild des Interesses der Bürgerinnen und Bürger an einem glaubwürdigen Staat. In Anbetracht dessen, dass der Staat heutzutage in einigen Bereichen Leistungen in Konkurrenz zu privaten Unternehmen erbringt⁴⁸², ist das Interesse des Staates als Arbeitgeber an seiner Glaubwürdigkeit noch gestiegen. Im

⁴⁷⁷ Entscheid des Präsidenten der PRK vom 31. Mai 2001, VPB 2001, Nr. 95, S. 1061 E. 3c Entscheid PRK vom 2. Juni 1999, VPB 2000, Nr. 37, S. 495 f. E. 2b; Entscheid PRK vom 24. Februar 1997, VPB 1997, Nr. 80, S. 773 E. 9b; M. PH. WYSS, S. 337 ff.

⁴⁷⁸ Vgl. BGE 120 Ia 203, 205 E. 3a; vgl. auch Entscheid des Präsidenten der PRK vom 31. Mai 2001, VPB 2001, Nr. 95, S. 1061 E. 3c; vgl. auch unveröff. Entscheid VGer SZ vom 20. April 1994, E. 4c, zitiert nach P. HÄNNI, Dienstrecht, S. 115 ff., S. 116.

⁴⁷⁹ Vgl. auch Entscheid PRK GE vom 15. März 2004, ZBl 2004, S. 663 ff., S. 669 E. 13 b, wo auch auf die Vereinbarkeit dieses öffentlichen Interesses mit Art. 9 Abs. 2 EMRK hingewiesen wurde.

⁴⁸⁰ Vgl. FLEINER/BASTA FLEINER, S. 343.

⁴⁸¹ Vgl. auch Art. 10 Abs. 2 EMRK, welche die Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung explizit zulässt.

⁴⁸² Vgl. oben Kapitel 1:§ 2A.

Besonderen das Programm des New Public Management macht deutlich, dass ein sehr grosses Interesse des Staates am Vertrauen der Öffentlichkeit in den Staat besteht, da sich gemäss New Public Management die Verwaltung neu über ihre Wirkungen und die Kundenzufriedenheit legitimieren soll⁴⁸³.

III. Fazit

Es besteht somit sowohl von Seiten der Bürgerinnen und Bürger wie auch von Seiten des Staates als Arbeitgeber ein Interesse daran, dass Staatsangestellte nicht durch ihr Verhalten der Glaubwürdigkeit des Staates schaden.

L. Attraktivität als Arbeitgeber

Der Staat hat als Arbeitgeber mehr noch als früher ein Interesse daran, als attraktiver Arbeitgeber zu erscheinen⁴⁸⁴. Die Staatsangestellten wollen nämlich mehr noch als früher vorübergehend oder dauernd vom öffentlichen Dienst in die Privatwirtschaft wechseln und umgekehrt⁴⁸⁵. Dies bedeutet, dass der Staat die Arbeitsbedingungen für potentielle Arbeitnehmer attraktiv ausgestalten muss.

M. Fazit

Die Interessen der Bürgerinnen und Bürger und des Staates als Arbeitgeber gegenüber den Angestellten im öffentlichen Dienst haben sich in den letzten Jahrzehnten teilweise geändert, sind teilweise aber auch gleich geblieben. Von grösserer Bedeutung als früher sind Effizienz, Flexibilität und Bürgernähe. Nach wie vor gross ist das Interesse an der Gewährleistung ordnungsgemässer und unparteilicher Aufgabenerfüllung. In Anbetracht dessen, dass der Staat in vielen Bereichen konkurrenzlos handelt und hoheitlich auftritt, sind in diesen Bereichen die Interessen an der Gewährleistung ordnungsgemässer und unparteilicher Aufgabenerfüllung immer noch besonders hoch. Darin zeigt sich beispielsweise ein Unterschied zur Privatwirtschaft, wo die Privatunternehmen nicht hoheitlich auftreten und oft in Konkurrenz zueinander stehen. Es besteht zudem nach wie vor ein Interesse daran, dass die Glaubwürdigkeit und Vertrauenswürdigkeit des Staates nicht in Frage gestellt wird. Was bedeutet dies nun für die Ausgestaltung der Treuepflicht?

⁴⁸³ Vgl. dazu PH. MASTRONARDI, Kontext, S. 91 ff.

⁴⁸⁴ Vgl. K. VILLIGER, S. 15.

⁴⁸⁵ K. VILLIGER, S. 14.

Verlangen die gegenwärtigen öffentlichen Interessen eine sich auch auf ausserdienstliche Meinungsäußerungen beziehende Treuepflicht? Diese Frage soll im Folgenden beantwortet werden.

§ 14 Bedeutung für die Ausgestaltung der Treuepflicht

A. Innerdienstlich

Die meisten oben dargestellten Interessen wirken sich primär auf das innerdienstliche Verhalten aus. So zum Beispiel die Interessen an ordnungsgemässer, effizienter und bürgernaher Aufgabenerfüllung oder das Interesse daran, dass der Staat durch seine Arbeitnehmer materiell nicht geschädigt wird. Existieren aber auch Interessen, welche nach einer sich auch auf ausserdienstliche Meinungsäusserungen beziehende Treuepflicht verlangen?

B. Ausserdienstlich

I. Öffentliche Interessen an Einschränkung

1. Gewährleistung ordentlicher Aufgabenerledigung

Bürgerinnen und Bürger haben ein Interesse daran, dass die ordentliche Aufgabenerfüllung gewährleistet ist. Diesem Interesse läuft jedes Verhalten von Staatsangestellten zuwider, durch welches die ordentliche Aufgabenerledigung gefährdet wird. Um die Frage zu beantworten, welches Verhalten die ordentliche Aufgabenerledigung gefährden kann, muss man sich vergegenwärtigen, welche Aufgaben Staatsangestellte erfüllen. Staatsangestellte haben nicht einen Gewinn zu erwirtschaften, sondern sie arbeiten primär für ein bestimmtes ideelles Ziel wie zum Beispiel den Umweltschutz (Art. 74 BV) oder die Sicherheit der Bürger (Art. 57 BV). Freilich verfolgt der Staat mit Hilfe seiner Angestellten auch finanzielle Interessen in dem Sinne, dass bei der Bewältigung der staatlichen ideellen Aufgaben der Verwaltungsaufwand und damit die Kosten möglichst tief gehalten werden sollen⁴⁸⁶. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Staatsangestellten Aufgaben wahrnehmen, welche primär auf ein ideelles Ziel ausgerichtet sind⁴⁸⁷. Dadurch, dass Staatsangestellte für ein ideelles Ziel arbeiten, entstehen aber erhöhte Anforderungen an ihr ausserdienstliches Verhalten. Die ordentliche Amtsführung wird nicht nur in Frage gestellt, wenn der Staatsangestellte effektiv zur Erfüllung der Aufgaben unfähig ist, sondern auch wenn er das hinter seiner Aufgabe stehende ideelle Ziel in Frage stellt. Das mit den konkreten Aufgaben eines Staatsangestellten

⁴⁸⁶ Vgl. oben zum Interesse des Staates an Effizienz Kapitel 4:§ 13D.II.

⁴⁸⁷ Vgl. oben Kapitel 4:§ 13A.

verfolgte ideelle Ziel kann sehr wohl auch durch ausserdienstliche Meinungsäußerungen in Frage gestellt werden. Eine ähnliche Situation existiert in den privatwirtschaftlichen Tendenzbetrieben⁴⁸⁸, welche primär ideelle Ziele anstreben, weswegen von der privatwirtschaftlichen Doktrin die Meinung vertreten wird, dass die Treuepflicht in solchen Betrieben verstärkt auch das ausserdienstliche Verhalten erfasst⁴⁸⁹.

2. Glaubwürdigkeit des Staates

Wie oben dargelegt, besteht ein öffentliches Interesse daran, dass das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Verwaltung, die Justiz und den Staat im Allgemeinen erhalten bleibt. Es fragt sich nun, ob auch ausserdienstliches Verhalten und insbesondere ausserdienstliche Meinungsäußerungen mit dem Interesse an der Erhaltung der Glaubwürdigkeit des Staates in Konflikt geraten können. Ausserdienstliches Verhalten von Staatsangestellten kann nur dann der Glaubwürdigkeit des Staates schaden, wenn der Staat von den Bürgerinnen und Bürgern mit dem ausserdienstlichen Verhalten der Staatsangestellten überhaupt in einen gewissen Zusammenhang gebracht wird. Aus diesem Grund ist im Folgenden kurz auf diese Problematik einzugehen.

Früher war der Staatsbeamte Repräsentant eines einheitlichen und umfassenden Staatswillens und sein ganzes Verhalten musste die Staatsidee zum Ausdruck bringen⁴⁹⁰. Er war genau genommen nur das Instrument, mit dem Staatswille und Staatsidee umgesetzt wurden. Das ganze inner- und ausserdienstliche Verhalten jedes Staatsangestellten wurde deswegen unmittelbar dem Staat selbst zugerechnet⁴⁹¹. Diese Auffassung ist seit einiger Zeit überholt⁴⁹². Man unterscheidet zwischen dem Staat einerseits und seinen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern andererseits. So ist jeder Bürgerin und jedem Bürger klar, dass der Staatsangestellte auch seine eigenen Meinungen und Auffassungen hat, welche durchaus auch von den Meinungen seiner Vorgesetzten und auch der Mehrheitsmeinung in der Bevölkerung abweichen können. Insofern ist die Bindung zwischen Staat und Staatsangestellten tatsächlich lockerer geworden und hat sich der Situation in Privatunternehmen angenähert. Nichtsdestotrotz wird der Arbeitgeber „Staat“ letztlich auch über seine Arbeitnehmer wahrgenommen. Dass auch das ausserdienstliche Verhalten für die Wahrnehmung des Arbeitgebers in der Öffentlichkeit von Bedeutung ist, zeigt sich gerade auch anhand der Grundsätze, welche in der privatwirtschaftlichen Doktrin zum Tendenzbetrieb⁴⁹³ entwickelt wurden. Diese Grundsätze basieren nämlich auf der

⁴⁸⁸ Vgl. M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 97, welcher den demokratischen Rechtsstaat als Tendenzbetrieb bezeichnet.

⁴⁸⁹ Vgl. oben Kapitel 3:§ 7C.II.3.b.

⁴⁹⁰ P. HÄNNI, Treuepflicht, S. 47; vgl. auch oben Kapitel 4:§ 12A.

⁴⁹¹ P. HÄNNI, Treuepflicht, S. 46 f.; vgl. auch oben Kapitel 4:§ 12A.

⁴⁹² Vgl. P. HÄNNI, Treuepflicht, S. 46 ff.

⁴⁹³ Vgl. oben Kapitel 3:§ 7C.II.3.b.

Erkenntnis, dass gewisse Arbeitnehmer eines Unternehmens nach Ansicht der Gesellschaft den Tendenzbetrieb repräsentieren⁴⁹⁴. Solche das Unternehmen repräsentierende Arbeitnehmer werden als Tendenzträger bezeichnet⁴⁹⁵ und müssen verstärkt eine Erstreckung der Treuepflicht auch auf den ausserdienstlichen Bereich hinnehmen⁴⁹⁶. Auch wenn Staatsangestellte nicht mehr als blosses Instrument des Staates betrachtet werden, so wird der Staat ebenfalls wie ein Privatunternehmen in der Öffentlichkeit nicht zuletzt auch durch seine Angestellten und auch durch deren ausserdienstliches Verhalten wahrgenommen⁴⁹⁷. Das bedeutet, dass das ausserdienstliche Verhalten von Staatsangestellten durchaus das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Staat zerstören kann. Welches Verhalten genau das Vertrauen in den Staat beeinträchtigen kann, bemisst sich danach, was für Interessen und Erwartungen Bürgerinnen und Bürger Staatsangestellten gegenüber haben. Darauf wird im Folgenden eingegangen.

Bürgerinnen und Bürger haben ein Interesse daran, dass die ordentliche Aufgabenerfüllung in keiner Weise gefährdet wird. Dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung der Glaubwürdigkeit des Staates läuft somit jedes Verhalten der Staatsangestellten zuwider, durch welches die ordentliche Aufgabenerfüllung in Frage gestellt wird. Wenn also Staatsangestellte durch ausserdienstliche Meinungsäusserungen das hinter ihrer konkreten Aufgabe liegende Ziel in Frage stellen, läuft dies nicht nur dem öffentlichen Interesse an der Gewährleistung ordentlicher Aufgabenerledigung zuwider. In einem solchen Fall wird zusätzlich durch ausserdienstliche Meinungsäusserungen die Glaubwürdigkeit des Staates beeinträchtigt.

Erleidet die Glaubwürdigkeit des Staates auch Schaden, wenn sich die Staatsangestellten nicht voll und ganz mit allen vom Gemeinwesen verfolgten Interessen identifizieren und sich entsprechend verhalten? Von Staatsangestellten wird heutzutage nicht mehr erwartet, dass sie sich mit den Interessen des Gemeinwesens identifizieren und jeglicher Politik ihres Gemeinwesens voll nachleben müssten⁴⁹⁸. Bürgerinnen und Bürger haben auch keine besonderen Erwartungen hinsichtlich moralischer und persönlicher Anschauungen von Staatsangestellten und ihrem Lebenswandel. Während früher noch Konkubinat und Homosexualität Anstoss erregt haben, ist dies heutzutage Privatsache des jeweiligen Angestellten⁴⁹⁹. Auch heute noch hat aber die Öffentlichkeit ein Interesse daran, dass Staatsangestellte auch durch ihr ausserdienstliches Verhalten nicht das Grundprogramm

⁴⁹⁴ F. VISCHER, Fn. 39 (S. 77).

⁴⁹⁵ F. VISCHER, Fn. 39 (S. 77); W. PORTMANN, Individualarbeitsrecht, Rz. 541.

⁴⁹⁶ F. VISCHER, S. 77; W. PORTMANN, Individualarbeitsrecht, Rz. 541; vgl. auch STREIFF/VON KAENEL, S. 68 bezüglich Arbeitnehmern, welche eine tendenzrelevante Arbeitsstelle annehmen. Vgl. auch oben Kapitel 3:§ 7C.II.3.b.

⁴⁹⁷ Dazu auch Entscheid PRK GE vom 15. März 2004, ZBl 2004, S. 663 ff., S. 666 f. E. 11 b.

⁴⁹⁸ Vgl. BGE 120 Ia 203, 207 E. 4b.

⁴⁹⁹ M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 93 f.; vgl. auch oben Kapitel 4:§ 12B.II.1.

des Rechtsstaates in Frage stellen. Auch das ausserdienstliche Verhalten von Staatsangestellten sollte wenigstens mit den Grundwerten der Verfassung und des Staates in Einklang stehen⁵⁰⁰.

Die Glaubwürdigkeit des Staates erleidet des Weiteren auch Schaden, wenn Staatsangestellte einer Verwaltungseinheit unter sich total zerstritten sind, einander kritisieren und ihre Meinungsverschiedenheiten über verwaltungsinterne Vorgänge in die Öffentlichkeit tragen⁵⁰¹. Die Glaubwürdigkeit des Staates wird insbesondere auch beeinträchtigt, wenn verfassungswidrige Zustände oder sonstige Missstände in der Verwaltung angeprangert werden. Auch in solchen Fällen können ausserdienstliche Meinungsäusserungen mit dem Interesse an der Erhaltung der Glaubwürdigkeit des Staates in Konflikt geraten.

3. Beispiele

Aufgrund dieser Ausführungen wird somit ersichtlich, dass sich die Interessen der Bürgerinnen und Bürger und des Staates an der Gewährleistung ordentlicher Aufgabenerledigung und an der Erhaltung des Vertrauens der Öffentlichkeit in den Staat auch auf den ausserdienstlichen Bereich auswirken können. Es existieren somit öffentliche Interessen, welche nach einer sich auch auf den ausserdienstlichen Bereich beziehenden Treuepflicht verlangen. Zur Illustration folgen einige Beispiele, in welchen ausserdienstliche Meinungsäusserungen mit diesen öffentlichen Interessen in Konflikt geraten können. Gegenstand dieses Kapitels ist allgemein die Frage, ob gegenwärtig eine Treuepflicht im öffentlichen Dienst auch ausserdienstliche Meinungsäusserungen erfassen können soll. Aus diesem Grund können im Folgenden auch Beispiele zur Illustration dienen, die über den Anwendungsbereich des Bundespersonalgesetzes hinausgehen und sich auf kantonale Verhältnisse beziehen.

a Meinungsäusserungen im Rahmen gesellschaftspolitischer Diskussion

(1) Beispiel: Asylrekurskommission

(a) Sachverhalt

X., welcher ein richterliches Mitglied der Asylrekurskommission ist, ruft in einer Zeitung und mittels in die Privathaushalte versandter Flugzettel im Zusammenhang mit einem bei der Asylrekurskommission hängigen Fall die Öffentlichkeit zu einer Demonstration auf. Nicht X. selber ist mit diesem Fall betraut, sondern seine richterlichen Kollegen⁵⁰². Der

⁵⁰⁰ Dazu Entscheid PRK GE vom 15. März 2004, ZBl 2004, S. 663 ff., S. 667 E. 11 c. Dazu auch M. PH. WYSS, S. 346.

⁵⁰¹ Dies beweist in jüngster Zeit der Fall am eidgenössischen Versicherungsgericht in Luzern, vgl. dazu NZZ Nr. 11 vom 14. Januar 2005, S. 13 und NZZ Nr. 15 vom 19. Januar 2005, S. 13. Zu dieser Problematik auch P. HÄNNI, neues Personalrecht, Rz. 217.

⁵⁰² Vgl. den ähnlichen Fall in BGE 108 Ia 172 ff.

Richter X. weist darauf hin, dass ohne Hilfe und Druck der Öffentlichkeit seine richterlichen Kollegen den Asylsuchenden, um den es im hängigen Fall geht, wohl ausweisen werden. Er hingegen halte es für absolut falsch, den betreffenden Asylsuchenden auszuweisen. Die Schweiz sei ein Land mit einer langen Tradition der Menschlichkeit. Er sei deswegen dafür, dass grundsätzlich jeder Asyl suchende Mensch in der Schweiz aufgenommen werden müsse.

(b) Stellungnahme

Mit der Versendung solcher Flugzettel legt X. ein Verhalten an den Tag, das klar nicht mehr mit der richterlichen Unabhängigkeit vereinbar ist. Es muss somit ernsthaft in Zweifel gezogen werden ob X. seiner Aufgabe als unparteilicher Richter im Asylwesen nachkommen kann. Ein solches Verhalten schadet dem Vertrauen der Öffentlichkeit in die Unparteilichkeit der Rechtsprechung im Asylwesen⁵⁰³. Die Öffentlichkeit wird gerade deshalb besonders sensibel reagieren, weil die Rechtsprechung im Asylwesen einzig und allein Sache des Staates ist. Der Konflikt dieser ausserdienstlichen Meinungsäusserung mit dem Interesse daran, dass das Vertrauen der Bevölkerung in die Justiz und den Staat als solches erhalten bleibt, ist offensichtlich.

(2) Beispiel: Bundespolizei

(a) Sachverhalt

Ein grosser Spionagefall erhitzt die Gemüter der Öffentlichkeit. Im Zeitpunkt, als der Wirbel um den Fall den Höhepunkt erreicht hat, veröffentlicht Y., welcher Mitglied der Bundespolizei ist, einen Artikel in einer wichtigen Tageszeitung. Unterzeichnet ist der Artikel lediglich mit dem Namen des Bundespolizisten ohne weiteren Hinweis auf das von Y. innehabende Amt als Bundespolizist. Im Zeitungsartikel kommt aber implizit zum Ausdruck, dass der Autor ein Bundespolizist sein muss. Y. stellt in diesem Artikel fest, dass die Aufregung über diesen Spionagefall völlig übertrieben sei. Schliesslich entspreche es der menschlichen Natur, sich über politische und wirtschaftliche Angelegenheiten des Landes zu erkundigen, in welchem man sich aufhalte. Er könne deswegen die „Täter“ sehr gut verstehen und finde ihre Tat in keiner Weise verwerflich. Es sei typisch für Herr und Frau Schweizer, sich durch alles Mögliche immer gleich bedroht zu fühlen. Anstatt übertriebene Geheimniskrämerei zu betreiben, sollte man in solchen Fällen vielmehr Offenheit und Toleranz zeigen.

(b) Stellungnahme

Dieses Verhalten lässt Y. für seine Aufgaben als Mitglied der Bundespolizei eindeutig als ungeeignet erscheinen in Anbetracht dessen, dass die Bundespolizei unter anderem in die Aufklärung von Spionagefällen gegen den Bund involviert ist (Art. 340 Ziff. 1 Abs. 6

⁵⁰³ Vgl. auch Art. 10 Abs. 2 EMRK.

StGB i. V. m. Art. 272 StGB und Art. 17 Abs. 3 BStP)⁵⁰⁴. Es muss befürchtet werden, dass Y. seinem Auftrag in Zusammenhang mit Spionagefällen nicht korrekt nachkommen würde. Das ausserdienstliche Verhalten von Y. lässt die korrekte Erfüllung der Aufgaben durch ihn als gefährdet erscheinen. Das Verhalten ist umso mehr geeignet, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Bundespolizei zu zerstören, weil die Öffentlichkeit gegenüber Unregelmässigkeiten im Polizeiwesen besonders sensibel reagiert.

(3) Beispiel: Departement für Verteidigung

(a) Sachverhalt

W. – ein Mitarbeiter des eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport – organisiert in eigener Sache in seinem Wohnort einen Diskussionsabend mit dem Titel: „Abschaffung der Armee“. Im Rahmen dieser Diskussionsveranstaltung gibt W. in einem langen Vortrag seine Meinungen kund bezüglich der Notwendigkeit einer Armee, wobei er für alle Teilnehmer offensichtlich als Privatperson auftritt. W. verlangt in seinem Vortrag in scharfen Tönen die Abschaffung der unnötigen, schlecht geführten und hohe Kosten verursachenden Armee.

(b) Stellungnahme

Angesichts des Verhaltens von W. ist zweifelhaft, ob er für seine Aufgabe im Departement für Verteidigung geeignet ist. Ein solches ausserdienstliches Verhalten läuft den öffentlichen Interessen an der Glaubwürdigkeit des Staates zuwider.

(4) Beispiel: Bezirksrichter

(a) Sachverhalt

In der Stadt W. sind anlässlich von Unruhen mit grossem Sachschaden im Zusammenhang mit dem World Economic Forum (WEF) einige Demonstranten verhaftet und angezeigt worden. Kurz darauf verteilt der in der Stadt W. gut bekannte Bezirksrichter B. mit seinen Parteigenossen Flugblätter, worin er Strafflosigkeit für die Demonstranten fordert⁵⁰⁵. Es müsse berücksichtigt werden, dass den Demonstranten für ihr Handeln ein ehrbares Motiv - die Bekämpfung des WEF – zuerkannt werden müsse. Im Flugblatt wird das uneingeschränkte Demonstrations- und Versammlungsrecht für alle WEF-Demonstranten gefordert. Es sei generell falsch, WEF-Demonstrationen polizeilich zu kontrollieren und zu unterdrücken. Auch in diesem Fall habe der Fehler nicht bei den Demonstranten, sondern bei der ungeschickt und falsch vorgehenden Polizei gelegen.

(b) Stellungnahme

Indem B. ausserhalb seines Dienstes dieses rechtswidrige Verhalten billigt und indem er zu konkreten Vorkommnissen Stellung nimmt, lässt er Zweifel an seiner Unparteilichkeit

⁵⁰⁴ N. SCHMID, Rz. 358.

⁵⁰⁵ Vgl. den ähnlichen Fall in BGE 108 Ia 172 ff.

aufkommen. Damit geht er dem Vertrauen der Öffentlichkeit in ihn als unabhängigen und unparteiischen Richter verlustig. Darüber hinaus schadet dieses Verhalten allgemein dem Ansehen der Justiz. Die ausserdienstliche Meinungsäusserung läuft somit eindeutig dem Interesse an einem glaubwürdigen Staat zuwider.

(5) Beispiel: Gefangenenbetreuer

(a) Sachverhalt

X. und Y. – zwei in der Betreuung von Strafgefangenen tätige Staatsangestellte – erklären sich als Privatpersonen zusammen mit anderen Gleichgesinnten in einem Zeitungsartikel mit Besetzern einer Liegenschaft solidarisch. Sie werten die Besetzung als Ausdruck der allgemeinen Misere auf dem Wohnungsmarkt⁵⁰⁶.

(b) Stellungnahme

Mit ihrer Meinungsäusserung billigen X. und Y. widerrechtliches Verhalten. In Anbetracht dessen, dass sie in ihrem Dienst mit der Rechtsordnung in Konflikt geratene Personen von der Notwendigkeit rechtskonformen Verhaltens zu überzeugen haben, wird die ordnungsgemässe Erfüllung dieser Aufgabe durch ihr Verhalten in Frage gestellt. Damit wird die Öffentlichkeit sie nicht mehr als vertrauenswürdig erachten und die Glaubwürdigkeit zumindest der betroffenen Verwaltungseinheit erleidet Schaden.

(6) Beispiel: Staatsanwalt

(a) Sachverhalt

S. – ein Staatsanwalt – ruft in einer bekannten Tageszeitung in einem Leserbrief dazu auf, gegen Asylsuchende Bürgerwehren zu organisieren. In der Folge wird ein Strafverfahren eingeleitet und bald wieder eingestellt, weil offenbar der Tatbestand der öffentlichen Aufforderung zur Gewalttätigkeit gemäss Art. 259 StGB nicht erfüllt ist⁵⁰⁷.

(b) Stellungnahme

Mit seinen ausserdienstlichen Äusserungen lässt H. Zweifel an seiner Unbefangenheit als öffentlicher Ankläger aufkommen, insbesondere was Verfahren gegen ausländische Angeschuldigte betrifft. Das Verhalten von S. ist geeignet, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Staatsanwaltschaft und Justiz zu untergraben. Eine solche ausserdienstliche Meinungsäusserung gerät somit mit den öffentlichen Interessen an der Gewährleistung ordentlicher Amtsführung und an der Erhaltung der Glaubwürdigkeit des Staates in Konflikt.

⁵⁰⁶ Detaillierter Sachverhalt in unveröff. Urteil BGer vom 29. April 1983, zitiert nach P. HÄNNI, Dienstrecht, S. 110 f.

⁵⁰⁷ Entscheid Disziplinarbehörde BE vom 24. März 1986, zitiert nach P. HÄNNI, Dienstrecht, S. 111 ff.

b Staats- und Verfassungsfeindlichkeit

(1) Beispiel: SBB

(a) Sachverhalt

Ein Angestellter der SBB hatte vom Arbeitsplatz aus zahlreiche Fax-Dokumente an seinen früheren Sportlehrer mit rechtsextremem und rassistischem Inhalt verschickt. Das Verhalten war nicht strafbar, weil das Tatbestandsmerkmal der öffentlichen Vornahme nicht gegeben war. In der Öffentlichkeit bekannt wurde dies nur, weil der Sportlehrer nachträglich die Dokumente in die Öffentlichkeit getragen hatte⁵⁰⁸. Die PRK hielt zu diesem Fall fest, dass Betätigungen, die zu den in der Verfassung verankerten Grundwerten schlechterdings in Gegensatz stehen, mit der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung in keiner Weise vereinbar sind. Zu diesen Verhaltensweisen seien insbesondere jene zu zählen, die abgesehen vom Tatbestandsmerkmal der öffentlichen Vornahme zum Kern der durch Art. 261bis StGB erfassten Tathandlungen gehören. In einem solchen Fall sei es unbeachtlich, wenn ein Angestellter bloss eine untergeordnete Stellung habe.

(b) Stellungnahme

In diesem Entscheid wurde das Verhalten eines Staatsangestellten, welches mit den Grundwerten der Verfassung nicht in Einklang stand, als treuepflichtwidrig betrachtet. Die Verletzung der Treuepflicht wurde bejaht, obwohl es ein nicht leitender Angestellter der SBB war. In diesem Fall handelte es sich um ausserdienstliches Verhalten⁵⁰⁹. Freilich hat der Staatsangestellte von seinem Arbeitsplatz aus mittels der SBB-Infrastruktur seine Meinung verbreitet. Der Angestellte hat seine Meinung jedoch nicht im Rahmen einer dienstlichen Handlung geäußert und hat auch nicht diesen Anschein erweckt. Die Frage, wie es sich verhalten hätte, wenn der Beschwerdeführer die Dokumente völlig losgelöst von seinem Arbeitsplatz bei den SBB verfasst und versandt hätte, wurde allerdings von der PRK offen gelassen.

Dieses Beispiel stellt einen Grenzfall dar. Es zeigt, dass zumindest von Seiten des Staates als Arbeitgeber ein Interesse daran geltend gemacht wird, dass seine Arbeitnehmer selbst wenn sie dadurch die konkrete Amtsführung nicht gefährden, die Grundwerte der Verfassung nicht in Frage stellen dürfen. Grundsätzlich haben auch Bürgerinnen und Bürger ein Interesse daran, dass Staatsangestellte das Grundprogramm ihres Rechtsstaates nicht in Frage stellen. Fraglich ist allerdings, ob tatsächlich genau in diesem konkreten Fall auf Seiten der Bürgerinnen und Bürger ein Interesse an der Unterlassung der hier geschilderten Meinungsäußerung besteht. Dies ist vor allem deswegen fraglich, weil der

⁵⁰⁸ Entscheid PRK vom 24. Februar 1997, VPB 1997, Nr. 80, S. 759 ff.

⁵⁰⁹ Vgl. auch Entscheid PRK vom 24. Februar 1997, VPB 1997, Nr. 80, S. 773 E. 9b, demzufolge auch die PRK das Verhalten als ausserdienstliches Verhalten qualifiziert hat.

Angestellte der SBB keine leitende Funktion innehatte. In der Lehre ist zur Treuepflicht im Gegenteil auch schon festgehalten worden, dass an der Vertrauenswürdigkeit eines oder einer Angestellten nur gezweifelt werden könne, wenn eine bestimmte politische Haltung die Gefahr des Missbrauchs der dienstlichen Position oder der Verletzung wesentlicher Dienstpflichten mit sich bringt⁵¹⁰. Abschliessend wird man jedoch festhalten können, dass auch dieser Grenzfall ein Indiz dafür ist, dass die Treuepflicht auch ausserdienstliche Meinungsäusserungen erfassen können muss. Es muss nämlich eine Abwägung und Bewertung der Interessen auch diesbezüglich im Einzelfall möglich sein.

(2) Beispiel: Sekundarschule

(a) Sachverhalt

Die PRK des Kantons Genf hatte unlängst folgenden Fall zu beurteilen: Ein Französischlehrer einer Sekundarschule und zugleich ehrenamtlicher Generaldirektor des Centre islamique de Genève (CIG) veröffentlichte in der französischen Tageszeitung „Le Monde“ und auf der Webseite des CIG einen Artikel. In diesem Artikel rechtfertigte er die Steinigung als Sanktion für Ehebruch. Die Steinigung sei hart, aber göttlichen Ursprungs. Sie sei eine Bestrafung, aber auch eine Form der Reinigung. Aus diesem Grund wurde der Sekundarlehrer vom Staatsrat wegen Verletzung der Treuepflicht entlassen. Die darauf hin angerufene PRK beurteilte den Fall unter dem Aspekt der Religionsfreiheit, weswegen die Überlegungen sinngemäss auch für die Meinungsfreiheit gelten können⁵¹¹. Die PRK hielt fest, dass der Sekundarlehrer mit seinem Artikel, in welchem er die Grausamkeit der Steinigung verharmlost hat, das Verbot grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung und Bestrafung in Frage stelle (Art. 3 EMRK; Art. 10 Abs. 3 BV). Auch wenn derartige Meinungen im Wettbewerb der Ideen durchaus ihren Platz haben könnten, dürfen sie doch nicht von einem Lehrer vertreten werden, der sich in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Staat befinde. Vorliegend erscheine die Durchsetzung der Pflicht zur Treue und zur Zurückhaltung als legitimer Zweck für einen Eingriff. Der Eingriff sei darauf ausgerichtet, das öffentliche Interesse am Vertrauen in den Staat und dessen Einheit zu sichern, was mit Art. 9 Abs. 2 EMRK vereinbar sei.

(b) Stellungnahme

Dieses Beispiel zeigt eindeutig, dass ausserdienstliche Meinungsäusserungen von Staatsangestellten mit öffentlichen Interessen in Konflikt geraten können. In diesem Fall wird das Grundprogramm des Rechtsstaates durch die Meinungsäusserung des Sekundarlehrers in Frage gestellt. Diese Meinungsäusserung läuft den öffentlichen Interessen gerade deswegen zuwider, weil Lehrpersonen aufgrund ihres erzieherischen Auftrags

⁵¹⁰ M. MICHEL, *Beamtenstatus*, S. 91.

⁵¹¹ HÄFELIN/HALLER, *Rz.* 408; vgl. auch J. P. MÜLLER, S. 84.

auch ausserdienstlich eine gewisse Vorbildfunktion zukommt⁵¹². Dieses Beispiel macht somit deutlich, dass die Treuepflicht auch ausserdienstliche Meinungsäusserungen erfassen sollte.

c Konkrete Kritik

(1) Beispiel: Bundesamt für Gesundheit

(a) Sachverhalt

A., welcher Angestellter des Bundesamtes für Gesundheit ist, übt in einer Zeitung scharfe und polemische Kritik am Direktor des Bundesamtes für Gesundheit und fordert dessen Absetzung.

(b) Stellungnahme

Ein solches Verhalten, welches die Zerrüttung einer Verwaltungseinheit offenbart, ist geeignet, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Verwaltung und insbesondere in das Bundesamt für Gesundheit zu erschüttern. Der Konflikt zwischen dem Verhalten von A. und den öffentlichen Interessen ist offensichtlich.

(2) Beispiel: Wettbewerbsrekurskommission

(a) Sachverhalt

W. – ein richterliches Mitglied der Wettbewerbsrekurskommission – wirft in einem Interview seinen richterlichen Kollegen mangelnde Kooperationsbereitschaft und Mobbing vor⁵¹³. Im Interview beklagt er sich darüber, dass die einzelnen Kollegen unter sich so zerstritten seien, dass die Zusammenarbeit eine Qual sei. W. behauptet, die Unabhängigkeit einzelner Gerichtsmitglieder sei nicht mehr gewährleistet und es drohen deswegen schlechte Urteile.

(b) Stellungnahme

Durch eine solche Meinungsäusserung wird das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Richter der Wettbewerbsrekurskommission erschüttert. Angesichts der von W. dargestellten Zustände scheint für Bürger zweifelhaft, ob die Rekurskommission ihre Aufgaben ordnungsgemäss und effizient erledigen kann⁵¹⁴. Zudem läuft ein solches Verhalten dem Interesse des Gemeinwesens an kooperativen und kollegialen Angestellten zuwider.

⁵¹² Dazu auch M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 98 f.

⁵¹³ Vgl. den ähnlichen Fall in NZZ Nr. 11 vom 14. Januar 2005, S. 13 und NZZ Nr. 15 vom 19. Januar 2005, S. 13.

⁵¹⁴ Vgl. auch NZZ Nr. 11 vom 14. Januar 2005, S. 13 und NZZ Nr. 15 vom 19. Januar 2005, S. 13.

(3) Beispiel: „Fall Mutzner“

Die Rechtsprechung zur Beschränkung der Meinungsfreiheit der Staatsangestellten durch die Treuepflicht massgeblich geprägt hat der Fall „Mutzner“⁵¹⁵. Aus diesem Grund soll er hier kurz dargestellt werden. Es fragt sich, ob in einem solchen Fall auch nach heutiger Auffassung ein Interesse besteht, die ausserdienstliche Meinungsfreiheit einzuschränken.

(a) Sachverhalt

Der Fall „Mutzner“ steht in unmittelbarem Zusammenhang mit den in der Nachkriegszeit unternommenen gesetzgeberischen Bestrebungen zur Sicherstellung einer genügenden Elektrizitätsversorgung in der Schweiz. Der Bund sollte durch eine Revision des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte die Möglichkeit zur Wasserrechtsverleihung für ein Werk erhalten für den Notfall, dass ein verfassungsberechtigtes Gemeinwesen die Erteilung der Konzession verweigert. Der Direktor des eidg. Amtes für Wasserwirtschaft Mutzner hatte den Chefs des damaligen eidg. Eisenbahndepartements in allen den Ausbau der Wasserkräfte berührenden Fragen zu beraten. Mutzner war persönlich ein entschiedener Gegner der bundesrätlichen Revisionsvorlage vom 24. September 1945. Nachdem die Revisionsvorlage vom Nationalrat gutgeheissen worden war, entschloss er sich in einer Broschüre zur Elektrizitätspolitik öffentlich Stellung zu nehmen. Die Broschüre trug in der Folge den Titel „Die Sicherung einer genügenden Elektrizitätsversorgung, kritischer Beitrag zu den Verhandlungen in der Bundesversammlung über die Revision des Wasserrechts“. Die Broschüre wandte sich gegen die Revisionsvorschläge des bundesrätlichen Entwurfs.

Im Anschluss an die Veröffentlichung dieser Broschüre wurde gegen Mutzner ein Disziplinarverfahren eröffnet. Die Disziplinarkommission hielt fest, dass die Vorgesetzten, welche die Verantwortung tragen, grundsätzlich Anspruch darauf haben, dass sich ihre Untergebenen ihrem Ermessen fügen, die Geschäfte nach ihren Intentionen besorgen und nichts tun, was deren Verwirklichung erschweren könnte. In einer besonderen Lage befinden sich die Beamten, die dazu berufen seien, bei behördlichen Entscheidungen zur Bestimmung der Bundesinteressen mitzuwirken und die Behörden dabei zu beraten. Sie seien einerseits verpflichtet, der Behörde gegenüber ihre persönliche Meinung zur Geltung zu bringen; auf der anderen Seite müssten sie sich aber darüber klar sein, dass nicht sie, sondern die Behörde die Verantwortung für die Entscheidung trage, und dass sie sich fügen müssten, wenn ihre eigene Meinung nicht durchdringe. Der Behörde könne die Erreichung ihrer Ziele erschwert werden, wenn Beamte, die bei der Vorbereitung mitgewirkt hätten und deren Ansicht nicht durchgedrungen sei, diese von der Auffassung der Behörde abweichende Ansicht dann öffentlich vertreten. Der Beamte, der trotzdem mit seiner anderen Meinung an die

⁵¹⁵ „Fall Mutzner“ zitiert nach E. RICHNER, S. 183 ff.

Öffentlichkeit trete, setze regelmässig das Vertrauen seitens der Behörde aufs Spiel. Es bedürfe in einem solchen Fall besonderer Umstände, dass ihm dies nicht zum Vorwurf gemacht werden könne. Ein solch besonderer Umstand liege vor, wenn der betreffende Beamte seinen Widerspruch mit rechtlichen Bedenken gegen die behördlichen Bestrebungen begründe. Die Treuepflicht gegenüber der Verfassung könne es im Einzelfall gebieten, dass er zunächst intern, wenn nötig aber auch öffentlich dem Zustandekommen rechtswidriger Entscheidungen entgegentrete. Als ein besonderer Umstand könne ferner auch die auf persönlicher, erarbeiteter Sachkenntnis beruhende Überzeugung gelten, dass bei einer Entscheidung wichtige Gesichtspunkte, die hätten berücksichtigt werden müssen, verkannt worden seien. Bei der Beurteilung seiner Vertrauenswürdigkeit sei dann das Interesse der Allgemeinheit an der völligen Klärung der Interessenlage höher zu werten als die allfällige Störung des Vertrauensverhältnisses, das tatsächlich zwischen ihm und der vorgesetzten Behörde bestanden haben möge. Zur Entlastung des Beamten sei aber in jedem Fall unerlässlich, dass er, bevor er sich zur öffentlichen Geltendmachung seiner abweichenden Meinung entschliesse, alles in seinen Kräften Stehende tue, um seinen Vorgesetzten zu überzeugen. Im konkreten Fall wurde Mutzner letztlich nur zum Vorwurf gemacht, dass er intern, seinen Vorgesetzten gegenüber, seine abweichende Meinung nicht mit der nötigen Energie und Beharrlichkeit vertreten habe.

(b) Stellungnahme

Wie wäre die Interessenlage in einem solchen Fall heute? Das Interesse des Staates als Arbeitgeber an Einordnung der Staatsangestellten in den Betrieb und an einem störungsfreien Funktionieren der Verwaltung verlangt Offenheit und Kooperation der Staatsangestellten⁵¹⁶. Dieses Interesse des Gemeinwesens wirkt sich automatisch auf die Beziehung zwischen den einzelnen Staatsangestellten aus. Die Staatsangestellten haben demzufolge untereinander offen und kooperativ zu sein. Vorgesetzte haben auch heute noch ein berechtigtes Interesse daran, genau zu wissen, welches die persönliche Meinung ihrer Berater ist. Ein Staatsangestellter mit Beraterfunktion, welcher seine abweichende Meinung seinen Vorgesetzten nicht genug klar kund tut und mit seiner persönlichen Meinung an die Öffentlichkeit tritt, stört das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und seinen Vorgesetzten. Dies wird man auch nach heutiger Auffassung bejahen müssen. Hat der Staatsangestellte hingegen intern seine Meinung ganz klar zum Ausdruck gebracht und ist er mit seiner Ansicht nicht durchgedrungen, liegt der Fall wieder etwas anders. Freilich kann es dem öffentlichen Interesse an ordnungsgemässer Aufgabenerledigung und letztlich sogar dem Interesse an der Erhaltung der Glaubwürdigkeit der Verwaltung zuwiderlaufen, wenn öffentlich konkrete behördliche Entscheidungen durch leitende Staatsangestellte mit Beraterfunktion in Frage gestellt werden. Rein theoretisch könnte

⁵¹⁶ Vgl. oben Kapitel 4:§ 13B.III.

der im internen Entscheidungsprozess unterlegene beratende Staatsangestellte jedes Mal die Umsetzung des Entscheides sabotieren, indem er mit seiner Meinung an die Öffentlichkeit tritt. Andererseits hat aber die Bevölkerung unter Umständen ein sehr grosses Interesse an der persönlichen Meinung eines Staatsangestellten. Die Bürger haben das Bedürfnis, alle Argumente in einer Streitfrage zu kennen. Vertreten Staatsangestellte andere persönliche Meinungen als ihre Vorgesetzten und bringen Kritik an, so wird dies heutzutage als wertvoller Diskussionsbeitrag und nicht etwa als Ungehorsam aufgefasst. Dies gilt jedenfalls sofern die Meinungsäusserung der Form nach sachlich und anständig ist. Ist also ein Staatsangestellter mit Beraterfunktion mit seiner Ansicht in der internen Entscheidungsfindung nicht durchgedrungen, so kann nur eine sorgfältige Interessenabwägung im konkreten Fall die Frage beantworten, ob der Staatsangestellte den konkreten Entscheid seiner Vorgesetzten öffentlich kritisieren darf. Auch dieses Beispiel macht aber deutlich, dass ausserdienstliche Meinungsäusserungen von der Treuepflicht grundsätzlich erfasst werden können müssen, damit eine solche Interessenabwägung überhaupt stattfinden kann.

(4) Beispiel: Gruppe Rüstung

(a) Sachverhalt

R., welcher Bundesangestellter in der Gruppe Rüstung ist, kritisiert in einer wichtigen Schweizer Zeitung, dass seine Vorgesetzten vollkommen unfähig und korrupt sind.

(b) Stellungnahme

Die Offenbarung miserabler interner Zustände durch R. ist geeignet, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Gruppe Rüstung zu erschüttern. Auf der anderen Seite haben natürlich die Öffentlichkeit und das Gemeinwesen auch ein Interesse daran, dass solche Missstände bekämpft werden. Welches Interesse im konkreten Fall überwiegt, muss anhand der genauen Umstände durch eine Interessenabwägung entschieden werden. Auch dieses Beispiel zeigt, dass durchaus Interessen an einer Einschränkung der Meinungsfreiheit auch im ausserdienstlichen Bereich bestehen⁵¹⁷.

(5) Beispiel: Brigadier

(a) Sachverhalt

Im Zusammenhang mit einer Diskussionsrunde im Schweizer Fernsehen vertritt Brigadier H., ein charismatischer Militärführer, persönliche Auffassungen über die Durch-

⁵¹⁷ In der Rechtsprechung ist in ähnlichen Fällen gefordert worden, dass der Staatsangestellte zuerst die verwaltungsinternen Möglichkeiten zur Kritik ausschöpft. Erst wenn er alle Mittel ausgeschöpft hat und eine Korrektur ausbleibt, dürfe er externe Kritik üben, dazu unveröff. Entscheid VGer SZ vom 20. April 1994, E. 4c, zitiert nach P. HÄNNI, Dienstrecht, S. 115 ff., S. 116.

führung grösserer Truppenübungen mit mechanisierten Formationen im In- und Ausland, wobei seine Auffassungen leicht von den Meinungen des Armeechefs abweichen⁵¹⁸.

(b) Stellungnahme

Ein solches Verhalten wird kaum das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Funktionstüchtigkeit der Armee erschüttern. Die Öffentlichkeit erwartet nicht, dass Untergebene voll und ganz mit der Meinung ihrer Vorgesetzten einig sein müssen. Dies gilt vor allem dann, wenn das Wissen von Experten gefragt ist und verschiedene Meinungen vertretbar sind. Die Meinungsäußerung wird von der Öffentlichkeit vielmehr als Beitrag verstanden in einer Diskussion, in welcher verschiedene Meinungen möglich sind. Auch hier kommt es jedoch wieder stark auf die Einzelheiten des Falles an. Würde H. den Militärführer gleichzeitig als unfähig bezeichnen, so läge der Fall bereits wieder anders. Die Wirkung der ausserdienstlichen Meinungsäußerung hängt stark davon ab, ob sie sachlich, unsachlich oder sogar angrifflig ist.

(6) Beispiel: Kantonsschule

(a) Sachverhalt

Zwischen dem Rektor einer Kantonsschule und drei Lehrbeauftragten kommt es zu einer Auseinandersetzung über die Frage, ob die Polizei in der Folge von Jugenddemonstrationen Anfragen über Schüler an das Rektorat gerichtet habe. Die persönlich gefärbten Auseinandersetzungen werden in der Öffentlichkeit mittels Leserbriefen und an der Wandzeitung der Schule geführt⁵¹⁹.

(b) Stellungnahme

In der Öffentlichkeit ausgetragene persönlich gefärbte Auseinandersetzungen unter Lehrern und Schulleitung sind geeignet, die Glaubwürdigkeit der Schule und letztlich auch des Staates zu beeinträchtigen. Solche Meinungsäußerungen laufen somit öffentlichen Interessen eindeutig zuwider.

(7) Beispiel: Haftbedingungen

(a) Sachverhalt

Ein Gefangenewart kritisiert in einem Zeitungsartikel die Haftbedingungen eines Bezirksgerichts als verfassungswidrig.

⁵¹⁸ Vgl. den ähnlichen Fall in NZZ Nr. 255 vom 1. November 2004, S. 10 und NZZ Nr. 272 vom 20. November 2004, S. 14. Beim in der NZZ geschilderten Fall handelte es sich allerdings eher um innerdienstliches Verhalten. Bei höheren Staatsangestellten kann die Unterscheidung in inner- und ausserdienstliches Verhalten schwierig sein, vgl. dazu P. HÄNNI, Treuepflicht, S. 38.

⁵¹⁹ Unveröff. Urteil BGer vom 19. Februar 1982, zitiert nach P. HÄNNI, Dienstrecht, S. 123 ff.

(b) Stellungnahme

Ein solches Verhalten läuft einerseits dem Interesse daran, dass das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Strafvollzug erhalten bleiben soll, zuwider und vermindert die Glaubwürdigkeit des Strafvollzugs enorm. Andererseits besteht auch ein Interesse der Bevölkerung, dass gegen solche Missstände vorgegangen wird. Auch dieser Fall zeigt aber, dass die ausserdienstliche Meinungsäußerung nicht zum vornherein unbeachtlich sein darf.

d Fazit

Wie aufgrund dieser Beispiele ersichtlich wird, können ausserdienstliche Meinungsäußerungen von Staatsangestellten durchaus mit öffentlichen Interessen in Konflikt geraten. Es gibt somit öffentliche Interessen, welche für eine Einschränkung auch ausserdienstlicher Meinungsäußerungen durch die Treuepflicht sprechen. Gibt es aber umgekehrt andere öffentliche Interessen, die viel schwerer wiegen und gerade die Nichtbeachtlichkeit des ausserdienstlichen Verhaltens erfordern⁵²⁰?

II. Entgegenstehende öffentliche Interessen?

Die Meinungsäußerung zu einem politisch oder gesellschaftlich relevantem Thema liegt nicht nur im Interesse des privaten Grundrechtsträgers, sondern entspricht in der Demokratie auch einem gewichtigen öffentlichen Interesse⁵²¹. Wie dies in den oben angeführten Beispielen bereits zum Ausdruck gekommen ist, hat dementsprechend in gewissen Fällen die Öffentlichkeit auch ein Interesse daran, die Meinung eines Staatsangestellten zu kennen. Es besteht ein öffentliches Interesse an Wissenstransfer⁵²².

Das vielfach genannte Interesse an Flexibilität verlangt hingegen keine Abschwächung der Treuepflicht, da die Treuepflicht die Staatsangestellten, nicht aber den Staat, beschränkt⁵²³. Auch das im Vergleich zu früher grössere Interesse des Staates ein attraktiver Arbeitgeber zu sein, steht einer sich auch auf den ausserdienstlichen Bereich erstreckenden Treuepflicht nicht entgegen. Nur weil sich die Treuepflicht auch auf ausserdienstliche Meinungsäußerungen erstreckt, wird der Staat nicht zu einem unattraktiven Arbeit-

⁵²⁰ Zur Interessenabwägung zwischen verschiedenen öffentlichen Interessen HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 567 ff.

⁵²¹ KLEY/TOPHINKE, St. Galler Kommentar zu Art. 16 BV, Rz. 15; vgl. auch M. SCHEFER, S. 124.

⁵²² Vgl. oben Kapitel 4:§ 13J.

⁵²³ P. RICHLI, Dienstrecht, S. 114.

geber. Zudem werden auch teilweise in der Privatwirtschaft auf vertraglichem Wege weitgehende Treuepflichten vereinbart⁵²⁴.

Abschliessend kann somit festgehalten werden, dass einzig das Interesse an Wissenstransfer gegen eine sich auch auf ausserdienstliche Meinungsäusserungen beziehende Treuepflicht spricht. Um die Frage zu beantworten, ob und wie weit die Treuepflicht auch ausserdienstliche Meinungsäusserungen einschränken können muss, sind die entgegelaufenden öffentlichen Interessen gegeneinander abzuwägen.

III. Interessenabwägung

Anhand der obigen Beispiele wird ersichtlich, dass das Interesse an Wissenstransfer in gesellschaftspolitisch wichtigen Fragen nicht derart die Interessen an der Gewährleistung der ordentlichen Aufgabenerledigung und an der Glaubwürdigkeit des Staates überwiegt, dass eine Einschränkung der Meinungsfreiheit von Staatsangestellten im ausserdienstlichen Bereich generell unzulässig ist⁵²⁵. Vielmehr muss in jedem konkreten Fall wieder zwischen den verschiedenen öffentlichen Interessen abgewogen werden. Eine solche Interessenabwägung kann im konkreten Einzelfall jedoch nur vorgenommen werden, wenn die Treuepflicht auch ausserdienstliche Meinungsäusserungen erfassen kann. Das Interesse der Öffentlichkeit am Diskussionsbeitrag von Staatsangestellten zu politischen und gesellschaftlich relevanten Themen wiegt nicht so schwer, dass die Treuepflicht sich deswegen ausschliesslich auf den innerdienstlichen Bereich beziehen müsste.

Es ist somit festzuhalten, dass es keine öffentlichen Interessen gibt, die gegen die Erfassung ausserdienstlicher Meinungsäusserungen durch die Treuepflicht sprechen und schwerer als die öffentlichen Interessen an einer Einschränkung der Meinungsfreiheit auch im ausserdienstlichen Bereich wiegen.

C. Fazit

Abschliessend lässt sich somit festhalten, dass die öffentlichen Interessen daran, dass die ordentliche Aufgabenerfüllung gewährleistet ist und dass die Glaubwürdigkeit des Staates gewahrt wird, für eine sich auch auf ausserdienstliche Meinungsäusserungen beziehende Treuepflicht sprechen. Es handelt sich dabei um berechnigte öffentliche Interessen, welche sich aus der Bundesverfassung und der EMRK ableiten lassen⁵²⁶.

⁵²⁴ Vgl. M. REHBINDER, Berner Kommentar zu Art. 321a OR, Rz. 2, wonach Art. 321a Abs. 1 OR dispositiv ist; vgl. auch SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Zürcher Kommentar zu Art. 321a OR, Rz. 36.

⁵²⁵ Vgl. z. B. oben Kapitel 4:§ 14B.I.3.c(4)(b).

⁵²⁶ Vgl. oben Kapitel 4:§ 13A, vgl. oben Kapitel 4:§ 13C; vgl. oben Kapitel 4:§ 13K.

Allerdings steht diesen öffentlichen Interessen auf der anderen Seite das private Interesse des Staatsangestellten an freier Meinungsäußerung gegenüber. Der moderne Mensch ist weniger als früher bereit, die eigenen Interessen den staatlichen Interessen unterzuordnen⁵²⁷. Dem Interesse an freier Meinungsäußerung gerade im ausserdienstlichen Bereich kommt im modernen Staat tendenziell eine grössere Bedeutung zu als früher⁵²⁸. Um herauszufinden, was der Inhalt der Treuepflicht sein soll und vor allem ob sie sich auch auf ausserdienstliche Meinungsäußerungen beziehen darf, muss eine Interessenabwägung stattfinden. Die öffentlichen Interessen müssen somit mit dem privaten Interesse der Staatsangestellten an freier Meinungsäußerung im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung abgewogen werden⁵²⁹. Im Folgenden wird deswegen geprüft, welche Anforderungen an die Ausgestaltung der Treuepflicht sich aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ergeben.

⁵²⁷ Dazu M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 189 ff. bezüglich besonderer Rechtsverhältnisse.

⁵²⁸ Dazu M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 189 ff.

⁵²⁹ HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 565.

§ 15 Verhältnismässigkeit

A. Allgemeines

Eine Norm, welche eine Treuepflicht statuiert und die Meinungsfreiheit von Bundesangestellten einschränkt muss verhältnismässig sein⁵³⁰. Die Norm muss somit geeignet sein, das betreffende Ziel – in diesem Fall die Gewährleistung ordnungsgemässer Aufgabenerfüllung und die Wahrung der Glaubwürdigkeit des Staates – zu erreichen⁵³¹. Sie muss zudem erforderlich sein in dem Sinne, dass es keine andere Regelung gibt, die weniger in die Meinungsfreiheit des Staatspersonals eingreift und das angestrebte Ziel trotzdem erreicht⁵³². Die Norm muss dabei in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Beziehung erforderlich sein⁵³³. Zudem sollte die Schwere des von der Regelung vorgesehenen Eingriffs in einem vernünftigen Verhältnis zum angestrebten Regelungszweck – also der Gewährleistung der ordnungsgemässen Aufgabenerfüllung und der Glaubwürdigkeit des Staates – stehen⁵³⁴.

B. Eignung

Eine Norm, welche für alle Staatsangestellte eine sich auch auf den ausserdienstlichen Bereich beziehende Treuepflicht statuiert, ist geeignet, um die ordnungsgemässe Aufgabenerfüllung und die Glaubwürdigkeit des Staates zu garantieren. Ist eine solche Norm aber auch erforderlich?

C. Erforderlichkeit

Meiner Meinung nach gibt es keine mildere Regelung, welche die ordentliche Aufgabenerfüllung und die Glaubwürdigkeit des Staates im gleichen Mass garantieren kann, wie eine sich auch auf ausserdienstliche Meinungsäusserungen beziehende Treuepflicht.

Eine Treuepflicht, aufgrund welcher Meinungsäusserungen zu unterlassen sind, welche die ordentliche Aufgabenerledigung oder die Glaubwürdigkeit beeinträchtigen könnten, ist in sachlicher Hinsicht erforderlich. Eine blosser *Meldepflicht* beispielsweise kann die

⁵³⁰ Vgl. oben Kapitel 4:§ 11.

⁵³¹ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 149; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 587.

⁵³² G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 149; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 591 ff.

⁵³³ HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 595 ff.

⁵³⁴ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 149; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 613 ff.

Gewährleistung der ordentlichen Aufgabenerledigung und der Glaubwürdigkeit des Staates nicht gleichermassen garantieren. In einem solchen Fall wüsste der Vorgesetzte lediglich, dass der Staatsangestellte einen Text veröffentlichen oder eine Erklärung abgeben wird. Für die Beeinträchtigung der ordentlichen Aufgabenerledigung oder der Glaubwürdigkeit des Staates ist es aber nicht von Belang, ob der Vorgesetzte von der geplanten Meinungsäußerung wusste oder nicht. Eine Treuepflicht, welche gewisse Meinungsäußerungen verbietet, ist somit in sachlicher Hinsicht erforderlich. Ist es aber tatsächlich erforderlich, dass sich die Treuepflicht auf den *ausserdienstlichen* Bereich bezieht und ausserdienstliche Meinungsäußerungen verbietet? Wie im Zusammenhang mit den oben aufgeführten Beispielen⁵³⁵ ersichtlich wurde, können ausserdienstliche Meinungsäußerungen die ordentliche Aufgabenerfüllung und die Glaubwürdigkeit des Staates tatsächlich gefährden. Es ist somit notwendig, dass die Norm auch ausserdienstliche Meinungsäußerungen verbieten kann. Allerdings ist es nicht erforderlich, dass die Norm jegliche ausserdienstliche Meinungsäußerungen verbietet. In der Norm muss somit zum Ausdruck kommen, dass nur die inner- und ausserdienstlichen Meinungsäußerungen zu unterlassen sind, welche die ordentliche Aufgabenerfüllung und die Glaubwürdigkeit des Staates gefährden können.

Ist es zudem erforderlich, dass eine sich auch auf ausserdienstliche Meinungsäußerungen beziehende Treuepflicht alle Staatsangestellten gleichermassen erfasst? Grundsätzlich kann jeder und jede Staatsangestellte die ordnungsgemässe Aufgabenerfüllung und die Glaubwürdigkeit des Staates gefährden. Wie allerdings anhand der oben aufgeführten Beispiele ersichtlich wurde, kommt es im konkreten Fall für die Beurteilung der Wirkung der Meinungsäußerung sehr wohl darauf an, welcher Staatsangestellte mit welcher Funktion, Stellung und Verantwortung die Meinung äussert⁵³⁶. Es sollte somit in der Norm zum Ausdruck kommen, dass nicht alle Staatsangestellten gleichermassen von der Einschränkung betroffen sind, sondern dass es auf ihre konkrete Funktion, Stellung und Verantwortung ankommt.

Ist es erforderlich, dass die Treuepflicht als allgemeine Auffangpflicht über das Arbeitsverhältnis hinaus andauert? Soll die Meinungsfreiheit von Staatsangestellten auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der Treuepflicht eingeschränkt werden können? Zumindest für die Erhaltung der Glaubwürdigkeit des Staates ist es erforderlich, dass die allgemeine Treuepflicht auch über das Arbeitsverhältnis hinaus andauert. Eine unsachliche, diffamierende Kritik eines *ehemaligen* Staatsangestellten an seinem *ehemaligen* Vorgesetzten kann die Glaubwürdigkeit des Staates durchaus gefährden. Es gibt keine mildere Massnahme, welche die Erhaltung der Glaubwürdigkeit des Staates ebenso

⁵³⁵ Vgl. oben Kapitel 4:§ 14B.I.3.

⁵³⁶ Vgl. z. B. oben das Beispiel in Kapitel 4:§ 14B.I.3.a(4), bei welchem es für die Beurteilung der Wirkung der Meinungsäußerung von Bedeutung ist, dass die Meinung äussernde Person ein *Richter* ist.

gewährleisten kann wie eine auch über das Arbeitsverhältnis hinaus andauernde allgemeine Treuepflicht.

D. Verhältnis von Regelungszweck und Regelungswirkung

Abschliessend fragt sich, ob die durch eine derart ausgestaltete Norm vorgesehene Einschränkung der Meinungsfreiheit für Staatsangestellte zumutbar ist⁵³⁷. Besteht ein vernünftiges Verhältnis zwischen der durch eine solche Norm angestrebten Gewährleistung der ordentlichen Aufgabenerfüllung und der Glaubwürdigkeit des Staates auf der einen Seite und der vorgesehenen Einschränkung der Meinungsfreiheit des Staatsappersonals auf der anderen Seite? Wenn die Norm so ausgestaltet ist, wie es soeben im Zusammenhang mit der Erforderlichkeit erörtert wurde⁵³⁸, ist bezüglich der Einschränkung der Meinungsfreiheit in sachlicher und personeller Hinsicht ein vernünftiges Verhältnis von Regelungszweck und Regelungswirkung zu bejahen. In Bezug auf die Einschränkung der Meinungsfreiheit in zeitlicher Hinsicht ist hingegen ein vernünftiges Verhältnis von Regelungszweck und Regelungswirkung allerdings zu verneinen. Es ist unzumutbar, dass aufgrund der allgemeinen Treuepflicht alle ehemaligen Staatsangestellten auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses weiterhin Einschränkungen der Meinungsfreiheit auf sich nehmen müssen. Andernfalls müssten Staatsangestellte auch nach dem Austritt aus dem öffentlichen Dienst gewisse Meinungsäusserungen unterlassen, welche anderen Bürgern nicht verboten sind. Bezüglich dieser Regelung überwiegt das private Grundrechtsinteresse an freier Meinungsäusserung das öffentliche Interesse an der Erhaltung der Glaubwürdigkeit des Staates. Eine öffentliche Kritik an ehemaligen Vorgesetzten sollte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur durch das Zivil- und Strafrecht⁵³⁹ eingeschränkt werden können.

E. Fazit

Eine Norm, welche eine Treuepflicht von Staatsangestellten zur Einschränkung auch ausserdienstlicher Meinungsäusserungen statuiert, entspricht dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Sie muss aber zum Ausdruck bringen, dass nur die ausserdienstlichen Meinungsäusserungen zu unterlassen sind, welche die ordnungsgemässe Aufgabenerfüllung oder die Glaubwürdigkeit des Staates tatsächlich gefährden. Ebenfalls in der Norm festgehalten werden muss, dass es für die Zulässigkeit der Einschränkung der

⁵³⁷ HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 613.

⁵³⁸ Vgl. oben Kapitel 4:§ 15C.

⁵³⁹ Zur Einschränkung der Meinungsfreiheit durch das Zivil- und Strafrecht HÄFELIN/HALLER, Rz. 484 ff.

betreffenden Meinungsäußerung auch darauf ankommt, welcher Staatsangestellte mit welcher Funktion, Stellung und Verantwortung die Meinung äussert.

An diesem Resultat kann auch die Tatsache nichts ändern, dass in der Lehre auch schon die Frage aufgeworfen wurde, ob *angesichts der tiefgreifenden Neuerungen* im Personalrecht die Treuepflicht in ihrer herkömmlichen Gestalt aufrecht erhalten werden könne⁵⁴⁰. Meiner Meinung nach ist die Frage nach der notwendigen und zulässigen inhaltlichen Ausgestaltung der Treuepflicht aufgrund der zur Zeit bestehenden öffentlichen und privaten Interessen und einer Interessenabwägung zu beantworten, wie dies soeben gemacht wurde. Da nun aber die Frage in der Lehre gestellt worden ist, ob angesichts der tiefgreifenden Neuerungen die Treuepflicht in ihrer herkömmlichen Gestalt aufrecht erhalten werden könne, wird im Folgenden im Rahmen eines Exkurses noch kurz auf dieses Problem eingegangen.

⁵⁴⁰ Zu dieser Frage P. RICHLI, Dienstrecht, S. 114 f.

§ 16 Exkurs: Einfluss der Änderungen im Dienstrecht

A. Einleitung

Das öffentliche Dienstrecht hat einige erhebliche Änderungen erfahren⁵⁴¹. So ist im Bund und den meisten Kantonen das Amtsdauersystem abgeschafft worden, das Personal wird neuerdings vorwiegend mittels verwaltungsrechtlichem Vertrag angestellt und das Disziplinarrecht ist ebenfalls abgeschafft oder reduziert worden. Auch die starren Lohnstrukturen wurden umgestaltet. Aus diesem Grund ist in der Lehre die Frage aufgeworfen worden, ob angesichts dieser tiefgreifenden Neuerungen im Personalrecht die Treuepflicht in ihrer herkömmlichen Gestalt beibehalten werden könne⁵⁴². Zur Beantwortung dieser Frage werden im Folgenden jeweils zuerst die Änderungen geschildert und anschliessend die Bedeutung der Änderungen für die Ausgestaltung der Treuepflicht erörtert.

B. Abschaffung des Amtsdauersystems

III. Situation früher und heute

Im Gegensatz zur Bundesrepublik Deutschland und zu Frankreich gab es im Bund und in fast allen Kantonen keine Arbeitsplatzgarantie in Gestalt der lebenslänglichen Anstellung⁵⁴³. Bundesbeamtinnen und Bundesbeamte zum Beispiel wurden grundsätzlich auf eine Amtsdauer von vier Jahren gewählt (Art. 6 Abs. 1 BtG). Die Meinungen über die Bedeutung des Amtsdauersystems gehen auseinander. Auf der einen Seite wird festgehalten, dass die Amtsdauer nur in zeitlicher Hinsicht einen erhöhten Kündigungsschutz bot⁵⁴⁴. Auf der anderen Seite wird die Meinung vertreten, dass in der Regel nach vier Jahren die vorbehaltlose Wiederwahl erfolgte, weswegen im Amtsdauersystem faktisch eine absolute Arbeitsplatzgarantie gesehen werden durfte⁵⁴⁵.

⁵⁴¹ Hierzu und zu den einzelnen Änderungen vgl. oben Kapitel 1:§ 2C.

⁵⁴² Vgl. oben Kapitel 4:§ 15E.

⁵⁴³ P. RICHLI, Dienstrecht, S. 23 und 40 f.; HABLÜTZEL/REBECCHI/SCHNEIDER, S. 43 f.; vgl. auch F. HAFNER, S. 499.

⁵⁴⁴ M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 111; vgl. auch BBl 1999 II 1597 ff., 1611.

⁵⁴⁵ HABLÜTZEL/REBECCHI/SCHNEIDER, S. 44; vgl. auch O. K. KAUFMANN, S. 385.

Wie steht es mit der Beschäftigungssicherheit heute? Im Bund und in den meisten Kantonen besteht für die Staatsangestellten grundsätzlich kein Amtsdauersystem mehr⁵⁴⁶. Statt dessen kann neuerdings im Bundespersonalrecht immer unter Einhaltung gewisser Kündigungstermine und Kündigungsfristen gekündigt werden (Art. 12 Abs. 2 und 3 BPG)⁵⁴⁷. Die Abschaffung des Amtsdauersystems drängte sich auf, da die Wahl auf eine vierjährige Amtszeit dem Bedürfnis nach raschen Veränderungen nicht mehr gerecht wurde⁵⁴⁸. Das Bundespersonalgesetz hat das Verbot der Kündigung zur Unzeit vom Obligationenrecht übernommen (Art. 14 Abs. 1 lit. c BPG), statuiert aber längere Kündigungsfristen als dieses (Art. 12 Abs. 2 und 3 BPG; Art. 335 b und Art. 335c OR). Die längeren Kündigungsfristen entsprechen der Praxis in der Privatwirtschaft, wo einzel- und gesamtarbeitsvertraglich vereinbarte Kündigungsfristen die vom Obligationenrecht geforderte Mindestdauer oft übersteigen⁵⁴⁹. Gekündigt werden kann nur im Falle von sachlichen Kündigungsgründen, welche im Bundespersonalgesetz abschliessend aufgezählt sind (Art. 12 Abs. 6 und 7 BPG). Es besteht die Pflicht des Arbeitgebers, alle sinnvollen Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung auszuschöpfen, bevor er Angestellten ohne deren Verschulden kündigt (Art. 19 Abs. 1 BPG)⁵⁵⁰. Beschäftigungssicherheit bewirkt insbesondere die Tatsache, dass bei Verletzungen der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses dieses weiter besteht, wie wenn keine Kündigung erfolgt wäre⁵⁵¹. Kündigungen durch den Arbeitgeber, welche wichtige Formvorschriften verletzen, nicht durch einen der abschliessend aufgezählten Gründe in Art. 12 Abs. 6 oder Abs. 7 BPG begründet sind oder zur Unzeit erfolgen, sind im Bundespersonalrecht nichtig (Art. 14 Abs. 1 BPG). Der oder die Angestellte muss grundsätzlich weiterbeschäftigt werden, sofern die Nichtigkeit der Kündigung schriftlich innert 30 Tagen nach Kenntnismahme des Nichtigkeitsgrundes beim Arbeitgeber glaubhaft geltend gemacht wird (Art. 14 Abs. 1 BPG)⁵⁵². Ausserdem unterliegen Kündigungen im Bund der gerichtlichen Überprüfung, denn gegen Verfügungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses kann letztinstanzlich Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht erhoben werden (Art. 100 Abs. 1 lit. e OG⁵⁵³).

⁵⁴⁶ Vgl. zur Abschaffung der Amtsdauer in den Kantonen auch M. MICHEL, Modernisierung, S. 204; P. HELBLING, Entwicklung, S. 32. Vgl. zum Bund oben Kapitel 1:§ 2C.V.

⁵⁴⁷ Vgl. auch oben Kapitel 1:§ 2C.V.

⁵⁴⁸ BBl 1999 II 1597 ff., 1611.

⁵⁴⁹ Dazu BBl 1999 II 1597 ff., 1613.

⁵⁵⁰ Dazu BBl 1999 II 1597 ff., 1618.

⁵⁵¹ BBl 1999 II 1597 ff., 1616.

⁵⁵² Dazu eingehend W. PORTMANN, Kündigungsschutz, S. 56 f.; Art. 14 Abs. 5 und Art. 19 Abs. 2 – 8 BPG regeln die Ausnahme, dass an die Stelle der Weiterbeschäftigung die Entschädigung tritt. Dazu auch BBl 1999 II, 1597 ff., 1616.

⁵⁵³ Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz, OG) (SR 173.110).

Insgesamt betrachtet ist die Beschäftigungssicherheit somit sicherlich kleiner als früher. Die Ersetzung der Amtsdauer durch Kündigungsstermine und Kündigungsfristen relativiert auf jeden Fall die Arbeitsplatzsicherheit in zeitlicher Hinsicht⁵⁵⁴. Trotzdem ist die Beschäftigungssicherheit nicht schlecht⁵⁵⁵ angesichts dessen, dass die sachlichen Kündigungsgründe im Gesetz abschliessend aufgezählt sind, währenddem das Obligationenrecht nur Missbrauchstatbestände auflistet (Art. 336 OR)⁵⁵⁶. Im Bundespersonalrecht existiert im Falle einer unbegründeten Kündigung grundsätzlich Zwang zur Weiterbeschäftigung. Das Bundespersonalgesetz verwirklicht somit im Gegensatz zum Obligationenrecht einen echten Bestandesschutz in Form der Weiterbeschäftigung der betreffenden Person⁵⁵⁷. Im Obligationenrecht hingegen ist gemäss Art. 336a OR im Falle einer missbräuchlichen Kündigung nur eine Entschädigung geschuldet, der Arbeitgeber ist aber nicht gezwungen, das Arbeitsverhältnis weiterzuführen⁵⁵⁸.

In der parlamentarischen Debatte zum Bundespersonalgesetz ist mehrmals darauf hingewiesen worden, dass im Bundespersonalgesetz ein stärkerer Kündigungsschutz als im Obligationenrecht als Gegenleistung für eine verstärkte Treuepflicht erforderlich sei⁵⁵⁹. Andererseits wurde in der Parlamentsdebatte aber auch argumentiert, dass wegen der Aufhebung des Beamtenstatus die besondere Treuepflicht wegfällt⁵⁶⁰. Es stellt sich somit die Frage, welche Bedeutung die Abschaffung des Amtsdauersystems für die Treuepflicht hat.

IV. Bedeutung für die Treuepflicht

Welche Bedeutung hatte das Amtsdauersystem überhaupt für die Treuepflicht? Im Zusammenhang mit dem früheren Recht wurde mehrfach die Meinung vertreten, die besonderen Pflichten und die damit verbundenen Einschränkungen der Grundrechte seien durch den Vorteil der Amtsdauergarantie auszugleichen und die mit der Amtsdauer verbundenen relative Sicherheit wurde als eigentliches Korrelat zu den mit dem öffentlichen Arbeitsverhältnis verbundenen besonderen Pflichten und Verantwortlichkeiten betrachtet⁵⁶¹. Gegen diese Betrachtungsweise spricht jedoch, dass im Bund unter dem alten Recht nicht nur die auf Amtsdauer gewählten Beamten, sondern auch die öffentlichen

⁵⁵⁴ Vgl. auch M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 114.

⁵⁵⁵ Zu den Anforderungen der Gewerkschaften M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 114.

⁵⁵⁶ M. REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 327; vgl. dazu auch M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 297; vgl. auch W. PORTMANN, Inkrafttreten, S. 181.

⁵⁵⁷ W. PORTMANN, Inkrafttreten, S. 181.

⁵⁵⁸ M. REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 363; vgl. dazu auch M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 297 und 312; dazu auch W. PORTMANN, Inkrafttreten, S. 181.

⁵⁵⁹ Votum VILLIGER, Amtl. Bull. NR 1999, S. 2045; Votum VILLIGER, Amtl. Bull. StR 1999, S. 76.

⁵⁶⁰ Votum HUBMANN, Amtl. Bull. NR 1999, S. 2098.

⁵⁶¹ M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 39 mit weiteren Hinweisen; F. LANG, S. 52; vgl. E. M. JUD, S. 217.

Angestellten eine besondere Treuepflicht befolgen mussten⁵⁶². Offenbar handelt es sich bei dem viel genannten und geforderten Ausgleich der besonderen Treuepflicht durch die Amtsdauer vielmehr um ein Gedankenkonstrukt, das aber nicht konsequent verwirklicht war⁵⁶³. Es besteht also kein unauflöslicher, absoluter und zwingender Zusammenhang zwischen Treuepflicht und Amtsdauersystem. Auch wenn kein unauflöslicher Zusammenhang zwischen Arbeitsplatzsicherheit und Treuepflicht besteht, so ist eine gute Beschäftigungssicherheit geeignet, eine weitergehende Treuepflicht zu kompensieren⁵⁶⁴. Die Arbeitsplatzsicherheit hat sich im Bundespersonalgesetz im Vergleich zum Beamtengesetz verkleinert, sie ist aber immer noch höher als im Obligationenrecht. Zudem ist zu berücksichtigen, dass sich auch die Intensität der Treuepflicht im Laufe der Zeit verringert hat. Die ursprünglich im Beamtengesetz verankerte Treuepflicht wurde durch die Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten bereits stark relativiert und den sich ändernden Anschauungen der Zeit angepasst⁵⁶⁵. Selbst wenn man also an einer Treuepflicht festhält, welche sich auch auf den ausserdienstlichen Bereich beziehen soll, besteht somit durchaus ein Gleichgewicht zwischen der Intensität der Treuepflicht und der Beschäftigungssicherheit. Ausserdem gibt es neben der Beschäftigungssicherheit auch andere Schutz- und Fürsorgeleistungen, welche eine weitergehende Treuepflicht zu kompensieren könnten⁵⁶⁶. Der Bund sieht in Art. 29 ff. BPG i. V. m. Art. 56 ff. BPV eine Reihe von Massnahmen zu Gunsten des Personals vor, welche grundsätzlich ebenfalls zum Ausgleich der Treuepflicht geeignet sind. So können beispielsweise aufgrund von Art. 32 lit. b BPG Treueprämien vorgesehen werden. Auch damit kann die längerfristige Loyalität mit dem Arbeitgeber individuell gefördert und anerkannt werden⁵⁶⁷.

C. Änderungen im Disziplinarrecht

I. Situation früher und heute

Während der Geltung des Beamtengesetzes konnte im Fall einer Verletzung der Treuepflicht ein Disziplinarverfahren eingeleitet und eine im Gesetz vorgesehene Disziplinar-

⁵⁶² Vgl. z. B. Art. 24 Abs. 2 und Art. 26 Angestelltenordnung vom 10. November 1959, Stand am 28. Dezember 2000 (SR 172.221.104); M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 40 und 129; P. HÄNNI, Treuepflicht, S. 7.

⁵⁶³ Vgl. M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 40 f.

⁵⁶⁴ Dazu M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 243 und Fn. 86.

⁵⁶⁵ Vgl. oben Kapitel 4:§ 12B.II.1.

⁵⁶⁶ Vgl. M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 241 ff.; vgl. auch F. LANG, S. 73 f.

⁵⁶⁷ BBl 1999 II 1597 ff., 1624; vgl. auch P. HÄNNI, neues Personalrecht, Rz. 144.

massnahme verhängt werden (Art. 30 ff. BtG)⁵⁶⁸. Gegenüber der Öffentlichkeit hatte das Disziplinarrecht den Zweck, die ordnungsgemässe Verwaltungstätigkeit sicherzustellen und das Vertrauen der Bevölkerung in die Verwaltung zu erhalten⁵⁶⁹. Gegenüber den Bediensteten bezweckte es, vorbeugend Pflichtverletzungen zu verhindern⁵⁷⁰. Den vorgesetzten Behörden ermöglichte das Disziplinarrecht, die dem Staat geschuldeten Dienst- und Treuepflichten durchzusetzen⁵⁷¹. Auf der anderen Seite schützte es aber auch den Bediensteten vor unberechtigten Anschuldigungen und der willkürlichen Anordnung von Massnahmen⁵⁷².

Im Bund hat das Disziplinarrecht insofern eine Änderung erfahren, als dass die disziplinarische Entlassung durch die fristlose Entlassung ersetzt worden ist (Art. 12 Abs. 7 BPG). Davon abgesehen sind im Bundespersonalgesetz und der Bundespersonalverordnung nach wie vor gewisse disziplinarische Massnahmen vorgesehen (Art. 25 BPG i. V. m. Art. 99 BPV). Nach verbreiteter Auffassung war für den Staat die Bindung an eine mehrjährige Amtsdauer nur zumutbar, wenn er disziplinarische Massnahmen ergreifen und im Notfall den Bediensteten disziplinarisch entlassen konnte⁵⁷³. Dementsprechend wurde die disziplinarische Entlassung als notwendiges Korrektiv zur festen Amtsdauer betrachtet⁵⁷⁴. Allerdings muss der Zusammenhang zwischen Amtsdauersystem und Disziplinarrecht insofern relativiert werden, als dass beispielsweise im Bund auch die Angestellten, welche nicht auf Amtsdauer gewählt waren, dem Disziplinarrecht unterstanden⁵⁷⁵.

In gewissen Kantonen ist das Disziplinarrecht ganz oder weitgehend abgeschafft worden⁵⁷⁶. Die Abschaffung des Disziplinarrechts in den Kantonen hängt ebenfalls mit

⁵⁶⁸ Zur früheren Regelung im Bund P. HÄNNI, Personalrecht, Rz. 167 ff. Zum engen Zusammenhang zwischen Dienst- und Treuepflichten und dem Disziplinarrecht allgemein: P. RICHLI, Dienstrecht, S. 28; REHBINDER/KRAUSZ, S. 112 f.; P. BELLWALD, S. 32 ff.

⁵⁶⁹ P. HÄNNI, Personalrecht, Rz. 164; P. RICHLI, Dienstrecht, S. 28 f.; P. BELLWALD, S. 22; Y. HANGARTNER, Beamtendisziplinarrecht, S. 426; T. POLEDNA, Entlassung, S. 61 bezüglich der disziplinarischen Entlassung.

⁵⁷⁰ P. HÄNNI, Personalrecht, Rz. 164; P. RICHLI, Dienstrecht, S. 29; P. BELLWALD, S. 22 f.; vgl. auch Y. HANGARTNER, Beamtendisziplinarrecht, S. 426; bezüglich der disziplinarischen Entlassung relativierend T. POLEDNA, Entlassung, S. 61.

⁵⁷¹ P. HÄNNI, Personalrecht, Rz. 164; REHBINDER/KRAUSZ, S. 113; vgl. auch P. RICHLI, Dienstrecht, S. 29; vgl. auch P. BELLWALD, S. 22.

⁵⁷² F. HAFNER, S. 498; P. BELLWALD, S. 23; P. RICHLI, Dienstrecht, S. 29.

⁵⁷³ M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 104 und 273; Y. HANGARTNER, Beamtendisziplinarrecht, S. 427 und 432; A. STRUB, S. 127.

⁵⁷⁴ M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 104 und 273; Y. HANGARTNER, Beamtendisziplinarrecht, S. 432; P. BELLWALD, S. 165; M. MAHON, S. 67.

⁵⁷⁵ Vgl. z. B. Art. 31 ff. Angestelltenordnung vom 10. November 1959, Stand am 28. Dezember 2000 (SR 172.221.104); vgl. dazu auch P. HÄNNI, Personalrecht, Rz. 163.

⁵⁷⁶ Vgl. z. B. zürcherisches Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz) vom 27. September 1998; vgl. z. B. auch zugerisches Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals

der Abschaffung des Beamtenstatus zusammen⁵⁷⁷. Ebenfalls ein Grund für die Abschaffung des Disziplinarrechts war die Tatsache, dass das Disziplinarrecht mit seinen aufwendigen und langwierigen Verfahren die mit der Abschaffung der Amtsdauer angestrebte Flexibilisierung gefährdete⁵⁷⁸. Daneben wollte man mit dem Verzicht auf ein Disziplinarrecht auch eine neue Verwaltungskultur⁵⁷⁹ zum Ausdruck bringen. Es wurde die Meinung vertreten, dass ein griffiges Disziplinarrecht als Führungsmittel in einem auf Treue und Gehorsam ausgerichteten Dienstrecht gerechtfertigt war, wohl aber nicht mehr in einem Dienstrecht, welches Wert auf eigenverantwortliches Handeln des Staatspersonals legt und welches dementsprechend von den Vorgesetzten einen kooperativen Führungsstil verlangt⁵⁸⁰.

Welche Bedeutung hat nun der teilweise oder ganze Verzicht auf das Disziplinarrecht für die Ausgestaltung der Treuepflicht? Darf sich die Treuepflicht nur noch auf den innerdienstlichen Bereich beziehen, weil ganz oder teilweise auf das Disziplinarrecht verzichtet wurde?

II. Bedeutung für die Treuepflicht

Die ganze oder teilweise Abschaffung des Disziplinarrechts ist primär eine Folge der Abschaffung des Amtsdauersystems. Mit der vom New Public Management vorgeschlagenen und nun mit dem Bundespersonalgesetz umgesetzten leichteren Kündbarkeit des Personals fällt beispielsweise im Bund der Bedarf nach einer disziplinarischen Entlassung weg⁵⁸¹. Die disziplinarische Entlassung (Art. 12 Abs. 7 BPG) ist im neuen Bundespersonalgesetz überflüssig geworden in Anbetracht dessen, dass ein disziplinarischer Entlassungsgrund nach früherem Recht im neuen Recht als Grund für die fristlose Entlassung ausreicht⁵⁸². Zudem sollte mit der teilweisen oder ganzen Abschaffung des Disziplinarrechts in den Kantonen eine grössere Flexibilität erreicht werden. Die Abschaffung des Disziplinarrechts hat aber keinen unmittelbaren Einfluss auf die Ausgestaltung der Treuepflicht. Im Zusammenhang mit dem Disziplinarrecht geht es lediglich darum, wie auf eine Pflichtverletzung reagiert werden soll, nicht aber wie die Pflichten inhaltlich ausgestaltet werden sollen. Es ergeben sich somit aus der teilweisen

(Personalgesetz) vom 1. September 1994; vgl. z. B. auch aargauisches Gesetz über die Grundzüge des Personalrechts (Personalgesetz, PersG) vom 16. Mai 2000.

⁵⁷⁷ M. MICHEL, Modernisierung, S. 199; F. LANG, S. 57.

⁵⁷⁸ F. LANG, S. 57.

⁵⁷⁹ Vgl. P. RICHLI, Dienstrecht, S. 107.

⁵⁸⁰ M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 104 und 271; P. RICHLI, Dienstrecht, S. 104 f.; vgl. auch F. HAFNER, S. 498.

⁵⁸¹ REHBINDER/KRAUSZ, S. 113; M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 273.

⁵⁸² Vgl. dazu auch P. HELBLING, Totalrevision, Fn. 117 (S. 657).

oder ganzen Abschaffung des Disziplinarrechts keine unmittelbaren Konsequenzen für die Ausgestaltung der Treuepflicht. Von Bedeutung ist einzig, dass mit der Abkehr vom Disziplinarrecht unter anderem auch ein neuer, nämlich nicht mehr autoritativer, sondern kooperativer Führungsstil angestrebt wurde. Das Bild vom kooperativ auftretenden Arbeitgeber „Staat“ wird sich gerade auch in der Ausgestaltung der Treuepflicht widerspiegeln müssen. Meiner Meinung nach ist aber die oben im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit dargestellte, sich auch auf den ausserdienstlichen Bereich beziehende Treuepflicht⁵⁸³ mit dem Bild eines partnerschaftlich auftretenden Arbeitgebers durchaus vereinbar. Abschliessend kann somit festgehalten werden, dass die ganze oder teilweise Abschaffung des Disziplinarrechts nicht eine sich bloss auf den innerdienstlichen Bereich beziehende Treuepflicht verlangt.

D. Begründung durch Einzelarbeitsvertrag

I. Situation früher und heute

Im Bund und in den Kantonen wurden die Arbeitnehmer bis vor kurzem vorwiegend mittels mitwirkungsbedürftigen Verfügungen angestellt⁵⁸⁴. Die Anstellung wurde also einseitig verfügt, erlangte aber ihre Wirksamkeit nur mit der Zustimmung des jeweiligen Angestellten⁵⁸⁵.

Neuerdings wird im Bund und in den Kantonen das Arbeitsverhältnis nun statt dessen vorwiegend durch öffentlich-rechtlichen Vertrag begründet⁵⁸⁶. Der Vorteil eines Vertrags gegenüber der mitwirkungsbedürftigen Verfügung wird zum Einen darin gesehen, dass beim Vertrag das partnerschaftliche Element stärker hervorgehoben wird⁵⁸⁷ und dass damit das Selbstwertgefühl des Bediensteten gesteigert wird⁵⁸⁸. Ebenso wie das Disziplinarrecht brachte auch die mitwirkungsbedürftige Verfügung das aus heutiger Sicht überholte Verständnis eines absoluten Subordinationsverhältnisses zwischen Staat und Staatspersonal zum Ausdruck⁵⁸⁹. Der öffentlich-rechtliche Vertrag als Anstellungsform ist somit wie die Ersetzung des Disziplinarrechts durch Mitarbeitergespräche

⁵⁸³ Vgl. oben Kapitel 4:§ 15.

⁵⁸⁴ M. MICHEL, Modernisierung, S. 200; P. RICHLI, Dienstrecht, S. 55; F. HAFNER, S. 487; vgl. allerdings auch P. HELBLING, Entwicklung, S. 12. Zum Bund vgl. oben Kapitel 1:§ 2C.IV.

⁵⁸⁵ M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 224; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 897 ff.

⁵⁸⁶ M. MICHEL, Modernisierung, S. 200. Für den Bund vgl. oben Kapitel 1:§ 2C.IV.

⁵⁸⁷ REHBINDER/KRAUSZ, S. 108; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 1078.

⁵⁸⁸ P. RICHLI, Dienstrecht, S. 56.

⁵⁸⁹ Vgl. P. HELBLING, Totalrevision, S. 663.

ein Instrument für einen verstärkt kooperativen Führungsstil und eine koordinative statt subordinative Ausgestaltung des öffentlichen Dienstrechts⁵⁹⁰.

II. Bedeutung für die Treuepflicht

Die Tatsache, dass die Staatsangestellten neuerdings mehrheitlich mittels eines öffentlich-rechtlichen Vertrags statt aufgrund einer mitwirkungsbedürftigen Verfügung angestellt werden, stellt grundsätzlich keine unmittelbaren Anforderungen an die inhaltliche Ausgestaltung der Treuepflicht. Die Änderung der Anstellungsform ist für die inhaltliche Ausgestaltung der Treuepflicht lediglich insofern von Bedeutung, als dass auch damit zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass der Staat seinen Arbeitnehmern gegenüber verstärkt partnerschaftlich auftritt. Diesbezüglich kann somit auf die obigen Ausführungen verwiesen werden⁵⁹¹. Die Anstellungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrags ist des Weiteren insofern bedeutsam, als dass die Treuepflicht theoretisch auch im Anstellungsvertrag geregelt werden könnte⁵⁹². Es wird im nächsten Kapitel zu untersuchen sein, ob dies angesichts der im öffentlichen Recht geltenden Prinzipien wie beispielsweise dem Gleichbehandlungsgebot zulässig und möglich ist.

Abschliessend kann somit festgehalten werden, dass die Ersetzung der mitwirkungsbedürftigen Anstellungsverfügung durch den öffentlich-rechtlichen Einzelarbeitsvertrag nicht eine sich bloss auf den innerdienstlichen Bereich beziehende Treuepflicht verlangt.

E. Gesamtarbeitsvertrag

I. Situation früher und heute

Während früher der Gesamtarbeitsvertrag im öffentlichen Dienstrecht praktisch unbekannt war, findet neuerdings dieses Instrument auch in diesem Bereich Anwendung⁵⁹³. Dadurch, dass die zum Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen ermächtigten Arbeitgeber die Freiräume des Bundespersonalgesetzes nicht mehr allein füllen können, sondern den gesamtarbeitsvertraglichen Konsens mit den entsprechenden Personal-

⁵⁹⁰ Vgl. F. HAFNER, S. 487; vgl. auch M. MICHEL, Modernisierung, S. 200.

⁵⁹¹ Vgl. oben Kapitel 4:§ 16C.II.

⁵⁹² Art. 8 BPG i. V. m. Art. 25 Abs. 2 BPV schliessen die Regelung der Treuepflicht im Vertrag nicht aus.

⁵⁹³ M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 268 f.; M. MICHEL, Modernisierung, S. 206 f.; P. HELBLING, Gesamtarbeitsverträge, S. 900.

organisationen suchen müssen, bekommen die Sozialpartnerschaft und die Funktion der Personalorganisationen viel grösseres Gewicht⁵⁹⁴.

II. Bedeutung für die Treuepflicht

Nur weil neuerdings der Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen auch im öffentlichen Dienst zulässig ist, muss sich deswegen die Treuepflicht nicht zwingenderweise nur auf den innerdienstlichen Bereich beschränken. Mit der Möglichkeit, Gesamtarbeitsverträge im öffentlichen Dienst abzuschliessen wird anstatt dem absoluten Subordinationsverhältnis ebenfalls die Kooperation zwischen Staat und Arbeitnehmerseite betont⁵⁹⁵. Wie schon oben dargelegt, ist eine sich auch auf den ausserdienstlichen Bereich beziehende Treuepflicht, wie sie im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit dargestellt wurde⁵⁹⁶, sehr wohl mit einem kooperativen Führungsstil vereinbar. Es wird lediglich im nächsten Kapitel noch die Frage zu beantworten sein, ob und inwiefern der Gesamtarbeitsvertrag eine gesetzliche Grundlage für die Treuepflicht und die damit verbundenen Einschränkungen der Meinungsfreiheit sein kann.

F. Lohnsystem

I. Situation früher und heute

Das Beamtengesetz schrieb durch die Festsetzung von 31 Besoldungsklassen ein detailliertes und starres Lohnsystem vor (Art. 36 BtG)⁵⁹⁷. Das New Public Management kritisierte am früheren Lohnsystem, dass die Bediensteten zu wenig motiviert würden, weil Leistung und Einsatz sich zu wenig auszahlen⁵⁹⁸. Aus diesem Grund wurden leistungsorientierte Gehaltssysteme, insbesondere Leistungslohnanteile und Sparprämien gefordert⁵⁹⁹.

Im Bundespersonalgesetz wird der Grundlohn nach den Kriterien Funktion, Erfahrung und Leistung bemessen (Art. 15 Abs. 1 BPG)⁶⁰⁰. Das Bundespersonalgesetz hingegen enthält keine Auflistung von ordentlichen Lohnklassen mehr, sondern es werden

⁵⁹⁴ BBl 1999 II, 1597 ff., 1630 f.; P. HELBLING, Totalrevision, S. 663.

⁵⁹⁵ Vgl. oben auch zur weitgehenden Abschaffung des Disziplinarrechts Kapitel 4:§ 16C.II; vgl. oben auch zur Anstellung durch Vertrag statt Verfügung Kapitel 4:§ 16D.II.

⁵⁹⁶ Vgl. oben Kapitel 4:§ 15.

⁵⁹⁷ Vgl. auch oben Kapitel 1:§ 2C.VI.

⁵⁹⁸ P. RICHLI, Dienstrecht, S. 30.

⁵⁹⁹ P. RICHLI, Dienstrecht, S. 30; REHBINDER/KRAUSZ, S. 96 f.

⁶⁰⁰ Dazu auch P. HÄNNI, neues Personalrecht, Rz. 122.

Kriterien aufgestellt, nach denen der Lohn festzusetzen ist⁶⁰¹. Erst die Bundespersonalverordnung sieht verschiedene Lohnklassen vor (Art. 36 BPV), wobei die Mindest- und Höchstbeträge relativ weit auseinanderliegen⁶⁰². Die neue Regelung im Bundespersonalrecht zielt darauf ab, im Lohnbereich flexibler und schneller auf den Arbeitsmarkt, die Wirtschaftslage und soziale Bedürfnisse reagieren zu können, als dies unter der Geltung des Beamtengesetzes möglich war⁶⁰³. Zudem soll das Personal mit Leistungsentlohnung stärker motiviert werden⁶⁰⁴.

II. Bedeutung für die Treuepflicht

Wegen der Ersetzung des früheren, starren Lohnsystems durch ein Leistungslohnsystem muss sich die Treuepflicht nicht zwingenderweise nur auf den innerdienstlichen Bereich beziehen. Die Änderung des Lohnsystems bringt vielmehr zum Ausdruck, dass das Bedürfnis nach Flexibilität im öffentlichen Dienst gewachsen ist. Eine sich auch auf den ausserdienstlichen Bereich beziehende Treuepflicht ist aber mit dem Bedürfnis des Staates nach vermehrter Flexibilität durchaus vereinbar. Die Treuepflicht schränkt schliesslich nicht den Staat ein sondern die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer⁶⁰⁵.

G. Fazit

Das öffentliche Dienstrecht hat einige tiefgreifende Änderungen erfahren. Aus diesen Änderungen ergeben sich jedoch keine unmittelbaren Anforderungen an die inhaltliche Ausgestaltung der Treuepflicht. Die Änderungen bringen lediglich zum Ausdruck, dass sich die Auffassungen darüber, wie der Staat gegenüber seinen Angestellten auftreten soll, geändert haben. Anstatt dem absoluten Subordinationsverhältnis soll neuerdings die Kooperation zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer betont werden. Aufgrund der Änderungen ebenfalls ersichtlich wird das verstärkte Bedürfnis des Staates als Arbeitgeber nach Flexibilität. Weder ein kooperativer Führungsstil noch ein verstärktes Flexibilitätsbedürfnis verlangen jedoch, dass die Intensität der Treuepflicht weiter abgeschwächt werden sollte, und dass sich diese Pflicht neuerdings nur noch auf den innerdienstlichen Bereich beziehen darf. Das verstärkte Bedürfnis nach Flexibilität spricht sogar eher für eine weitgehende Treuepflicht, da in einem solchen Fall der Arbeitgeber über einen weiteren Handlungsspielraum verfügt.

⁶⁰¹ Dazu BBl 1999 II 1597 ff., 1617.

⁶⁰² Dazu P. HÄNNI, neues Personalrecht, Rz. 123.

⁶⁰³ Dazu BBl 1999 II 1597 ff., 1617; dazu auch P. HÄNNI, neues Personalrecht, Rz. 121.

⁶⁰⁴ Votum VILLIGER, Amtl. Bull. NR 1999, S. 2045.

⁶⁰⁵ Vgl. dazu schon oben Kapitel 4:§ 14B.II.

§ 17 Fazit

Am Anfang dieses Kapitels wurde die Frage aufgeworfen, ob die Treuepflicht im Bundespersonalrecht auch ausserdienstliche Meinungsäusserungen einschränken können sollte. Es stellte sich also die Frage, wie die Treuepflicht inhaltlich ausgestaltet werden sollte und wieweit sie die Meinungsfreiheit der Bundesangestellten einschränken können muss und darf. Diese Frage stellt sich vor allem deswegen, weil sich Gesellschaft, Staat und öffentliche Verwaltung seit der Erlass des Beamtengesetzes im Jahre 1927 stark verändert haben und weil mit dem derzeitigen Art. 20 Abs. 1 BPG keine ausserdienstlichen Meinungsäusserungen eingeschränkt werden können.

Zur Beantwortung dieser Frage wurde geprüft, ob und welche öffentlichen Interessen für eine Einschränkung auch ausserdienstlicher Meinungsäusserungen sprechen, und ob eine sich auch auf ausserdienstliche Meinungsäusserungen beziehende Treuepflicht verhältnismässig ist. Im Rahmen dieser Prüfung wurde festgestellt, dass nach wie vor mit der Bundesverfassung und der EMRK in Einklang stehende öffentliche Interessen bestehen, welche eine sich auch auf ausserdienstliche Meinungsäusserungen erstreckende Treuepflicht erfordern. Es besteht nach wie vor ein öffentliches Interesse an der Gewährleistung ordentlicher Aufgabenerledigung und an der Wahrung der Glaubwürdigkeit des Staates. Freilich haben sich die Auffassungen darüber, welche Verhaltensweisen mit der Gewährleistung ordentlicher Aufgabenerledigung und mit der Wahrung der Glaubwürdigkeit des Staates nicht in Einklang stehen, geändert. Während früher noch Konkubinat und Homosexualität Anstoss erregt haben, ist dies heutzutage Privatsache des jeweiligen Angestellten⁶⁰⁶ und läuft den öffentlichen Interessen an der Gewährleistung ordentlicher Aufgabenerledigung und der Wahrung der Glaubwürdigkeit des Staates nicht zuwider. Zudem kommt der Meinungsfreiheit der Staatsangestellten im Vergleich zu früher ein viel grösseres Gewicht zu⁶⁰⁷. Wie aber die Darlegungen und Beispiele in diesem Kapitel gezeigt haben, können auch heute noch ausserdienstliche Meinungsäusserungen mit dem Interesse an der Gewährleistung ordentlicher Aufgabenerfüllung und der Wahrung der Glaubwürdigkeit des Staates in Konflikt geraten. Auch wenn sich also die Verhältnisse im Vergleich zur Zeit als das frühere Beamtengesetz erlassen wurde, stark geändert haben, wird man auch in einem modernen Personalrecht auf eine sich auch auf ausserdienstliche Meinungsäusserungen beziehende Treuepflicht nicht verzichten können.

Eine Abwägung der öffentlichen Interessen, welche für eine Einschränkung auch ausserdienstlicher Meinungsäusserungen sprechen mit dem privaten Grundrechtsinteresse an

⁶⁰⁶ M. MICHEL, *Beamtenstatus*, S. 93 f. Vgl. auch oben Kapitel 4:§ 14B.I.2.

⁶⁰⁷ Vgl. oben Kapitel 4:§ 14C.

freier Meinungsäusserung führt zu folgendem Resultat: Eine Norm, welche eine Treuepflicht von Staatsangestellten zur Einschränkung auch ausserdienstlicher Meinungsäusserungen statuiert, entspricht dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Sie muss aber zum Ausdruck bringen, dass nur die ausserdienstlichen Meinungsäusserungen zu unterlassen sind, welche die ordnungsgemässe Aufgabenerfüllung oder die Glaubwürdigkeit des Staates tatsächlich gefährden. Ausserdem muss in der Norm festgehalten werden, dass es für die Zulässigkeit der Einschränkung der Meinungsfreiheit im konkreten Fall auch darauf ankommt, welcher Staatsangestellte mit welcher Funktion, Stellung und Verantwortlichkeit eine Meinung äussert. Unter diesen Voraussetzungen ist es somit legitim, wenn die Treuepflicht auch ausserdienstliche Meinungsäusserungen erfasst.

Andere Argumentationsweisen können daneben nicht ins Gewicht fallen. So kann es angesichts der Verhältnismässigkeit einer solchen Treuepflicht für die Ausgestaltung dieser Pflicht nicht von Belang sein, wenn andere wesentliche Elemente des Dienstrechts sich ändern. Selbst wenn man aber die im öffentlichen Dienst erfolgten Änderungen auf ihre Wirkungen bezüglich der Treuepflicht hin untersucht, erhält man kein abweichendes Resultat. Die mit dem Bundespersonalgesetz erfolgten Änderungen im Bundespersonalrecht erfordern nicht eine Relativierung der Treuepflicht in dem Sinne, dass sie sich nur noch auf den innerdienstlichen Bereich beziehen dürfte.

Als Argument für eine Lockerung der Treuepflicht wurde auch schon genannt, dass die Aufgabenstellung der öffentlichen Verwaltung mit jener einer privatwirtschaftlichen Unternehmung vergleichbar geworden sei⁶⁰⁸. Eine sich bloss auf den innerdienstlichen Bereich erstreckende Treuepflicht lässt sich aber mit dem Hinweis auf die gewachsene Leistungsverwaltung meiner Meinung nach nicht rechtfertigen. Gerade im Rahmen der Betrachtung der öffentlichen Interessen wird deutlich, dass Staat und Privatunternehmen als Ganzes nicht vergleichbar sind. Der Staat tritt beispielsweise nach wie vor in gewissen Bereichen hoheitlich auf und verfügt neben der Leistungsverwaltung über eine Eingriffsverwaltung⁶⁰⁹. Nur weil sich öffentliche Verwaltungen gemäss den Grundsätzen des New Public Management organisieren, wird der Staat als Ganzes nicht zum Unternehmen⁶¹⁰. Am ehesten vergleichbar sind Staat und privatwirtschaftliche *Tendenzbetriebe* im Hinblick auf ihre Zielsetzung. In beiden Fällen werden nicht nur finanzielle, sondern primär ideelle Ziele verfolgt. Dies hat auch Auswirkungen auf die Treuepflicht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Staat und Tendenzbetrieben. Gerade wegen der ideellen Zielsetzung von Staat und Tendenzbetrieben ist von einer sich verstärkt auch auf den ausserdienstlichen Bereich beziehenden Treuepflicht auszugehen.

⁶⁰⁸ Vgl. oben Kapitel 4:§ 12B.II.2.

⁶⁰⁹ Vgl. dazu auch U. PENSKI, S. 87.

⁶¹⁰ Vgl. REHBINDER/KRAUSZ, S. 100; vgl. auch ST. VOGEL, S. 9.

Abschliessend lässt sich somit festhalten, dass eine Treuepflicht auch ausserdienstliche Meinungsäusserungen erfassen können muss. Art. 20 Abs. 1 BPG, welcher die Meinungsfreiheit von Bundesangestellten im ausserdienstlichen Bereich nicht einschränken kann, stellt somit gemessen an den bestehenden öffentlichen Interessen inhaltlich eine ungenügende gesetzliche Grundlage dar. Es stellt sich somit die Frage, auf welche Art und Weise erreicht werden kann, dass die Meinungsfreiheit von Bundesangestellten durch die Treuepflicht auch im ausserdienstlichen Bereich eingeschränkt werden kann. Dieser Frage wird im nächsten Kapitel nachgegangen.

Kapitel 5: Lösung

§ 18 Problemstellung

Wie soeben im dritten Kapitel festgestellt, muss die Treuepflicht auch Meinungsäusserungen im ausserdienstlichen Bereich einschränken können. Die Einschränkung ausserdienstlicher Meinungsäusserungen durch die sehr unbestimmte Pflicht in Art. 20 Abs. 1 BPG in der derzeitigen Fassung ist jedoch nicht möglich⁶¹¹. Es fragt sich deswegen, wie dieses Defizit der gesetzlichen Grundlage behoben werden kann. Muss der Inhalt der in Art. 20 Abs. 1 BPG statuierten Pflicht im Rahmen einer Gesetzesänderung umgestaltet werden oder kann das Defizit von Art. 20 Abs. 1 BPG auf andere Art und Weise ausgeglichen werden?

Für die Beantwortung dieser Frage ist wiederum von den im ersten Kapitel dargestellten Anforderungen an die gesetzliche Grundlage zur Einschränkung der Meinungsfreiheit von Bundesangestellten auszugehen. Eine Einschränkung der Meinungsfreiheit von Bundesangestellten ist nur zulässig, wenn dem Gebot hinreichender Normbestimmtheit und hinreichender Normstufe genügend Rechnung getragen wird⁶¹². Diesen Geboten wird durch Art. 20 Abs. 1 BPG gerade nicht in genügender Weise Rechnung getragen. Sollen also Ausgleichsmechanismen das Defizit von Art. 20 Abs. 1 BPG ausgleichen, müssen sie die Funktionen eines bestimmten Rechtssatzes auf Gesetzesstufe übernehmen können. Im Folgenden wird deswegen zuerst geprüft, wie den Funktionen des Bestimmtheitsanfordernisses – nämlich der Gewährleistung von Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit⁶¹³ – genügend Rechnung getragen werden kann. Anschliessend soll untersucht werden, auf welche Art und Weise man dem grossen Interesse an demokratischer Legitimation⁶¹⁴ gerecht werden kann.

⁶¹¹ Vgl. oben Kapitel 3:§ 7E.

⁶¹² Vgl. oben Kapitel 2:§ 5C.

⁶¹³ Vgl. oben Kapitel 2:§ 5A.II.1.

⁶¹⁴ Vgl. oben Kapitel 2:§ 5B.II.5.

§ 19 Gebot der hinreichenden Normbestimmtheit

A. Garantie durch Gesetz oder Verordnung

Ein genügend bestimmter Rechtssatz als generell-abstrakte Norm ist das geeignetste Mittel, um Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit zu gewährleisten⁶¹⁵. Existiert ein hohes Interesse an Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit, dann sollte die entsprechende Frage durch ein genügend bestimmtes Gesetz im formellen Sinne oder eine genügend bestimmte Verordnung geregelt werden. Ein unbestimmter Rechtssatz wie Art. 20 Abs. 1 BPG kann wegen seiner hohen Unbestimmtheit Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit nicht in genügender Weise gewährleisten. Aus diesem Grund fragt sich, ob die Unbestimmtheit eines Rechtssatzes irgendwie ausgeglichen werden kann.

B. Kompensation der ungenügenden Bestimmtheit

Wenn die fehlende Bestimmtheit des Rechtssatzes ersetzt werden soll, muss das Surrogat die Funktionen übernehmen können, welche normalerweise die Bestimmtheit des Rechtssatzes erfüllt⁶¹⁶. Das Surrogat muss also Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit im Sinne von Voraussehbarkeit, Berechenbarkeit und Erwartungssicherheit wie ein bestimmter Rechtssatz gewährleisten können⁶¹⁷. Dementsprechend wird nun geprüft, ob ein solches Surrogat die Unbestimmtheit von Art. 20 Abs. 1 BPG kompensieren kann.

I. Materielle Verfassungsgrundsätze

1. Rechtsprechung und Lehre

Es fragt sich, ob durch die verstärkte Bindung an materielle Verfassungsgrundsätze die Unbestimmtheit von Normen kompensiert werden könnte.

⁶¹⁵ BGE 119 Ia 445, 449 E. 2a hält fest, dass wo es um die Ausübung von Freiheitsrechten auf öffentlichem Grund geht, es freilich im Interesse der Rechtssicherheit und einer möglichst rechtsgleichen Behandlung der Bewerber wünschbar ist, dass die Kriterien für die Bewilligung einer gesteigerten Inanspruchnahme öffentlichen Grundes wenn nicht formellgesetzlich, so wenigstens rechtssatzmässig normiert sind. Bezüglich der Rechtsgleichheit: I. HÄNER, Einwilligung, S. 69; vgl. auch H. PFENNINGER, S. 121.

⁶¹⁶ Vgl. I. HÄNER, Einwilligung, S. 63 bezüglich der ganzen oder teilweisen Substitution der gesetzlichen Grundlage.

⁶¹⁷ Vgl. auch T. COTTIER, S. 147; zu den Funktionen des Bestimmtheiterfordernisses vgl. auch oben Kapitel 2:§ 5A.II.1. Leicht abweichend W. RITTER, S. 186.

Gemäss Bundesgericht kommt bei Vorliegen einer unvermeidbar unbestimmten Norm anlässlich der materiellen Beurteilung von Grundrechtseinschränkungen dem Verfassungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) eine entsprechend grössere Bedeutung zu⁶¹⁸. In mehreren Entscheiden hält das Bundesgericht fest, dass im Falle offener Normen ein strengerer Massstab bei der Prüfung des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit anzuwenden ist⁶¹⁹.

In der Lehre wird auf das Problem, ob unbestimmte Normen zumindest im klassischen Eingriffsbereich durch die materiellen Verfassungsgrundsätze der Verhältnismässigkeit und des öffentlichen Interesses kompensiert werden können, an verschiedenen Orten eingegangen⁶²⁰. Einige Autoren sprechen sich dafür aus, dass der Entscheidung im Falle unbestimmter Normen eine gründliche Interessenabwägung vorangehen muss⁶²¹. Auch das Gebot der Gleichbehandlung und das Prinzip des Vertrauensschutzes, die eine gewisse Selbstbindung der Behörden an ihre Entscheidungen bewirken und Praxisänderungen erschweren, werden im Zusammenhang mit der Kompensation von unbestimmten Normen genannt⁶²². Allerdings wird in der Lehre auch darauf hingewiesen, dass es sich bei diesen Verfassungsgrundsätzen um sehr offene Prinzipien handelt⁶²³. In der Lehre ist auch schon klar festgehalten worden, dass das öffentliche Interesse und das Verhältnismässigkeitsprinzip selbst die gesetzliche Grundlage nicht zu substituieren vermögen⁶²⁴.

2. Stellungnahme

Ob diese Verfassungsgrundsätze ein Bestimmtheitssurrogat darstellen können, hängt davon ab, ob sie Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit wie eine bestimmte gesetzliche Grundlage gewährleisten können⁶²⁵. Was das Prinzip des öffentlichen Interesses wie auch das Verhältnismässigkeitsprinzip betrifft, ergibt sich das Problem, dass diese Verfassungsgrundsätze nicht dafür konzipiert sind eine rechtsgleiche Behandlung zu bewirken. Einzelne Elemente des Verhältnismässigkeitsprinzips – die Eignung und die Erforderlichkeit – lassen sich im weitesten Sinne noch auf Rechtsgleichheitsüberlegungen zurückführen⁶²⁶. Dies ändert jedoch nichts daran, dass bei der Prüfung, ob eine Massnahme verhältnismässig ist, nicht generell und unter Bezugnahme auf andere vergleichbare Fälle

⁶¹⁸ BGE 119 Ia 178, 188 E. 6b.

⁶¹⁹ BGE 123 I 296, 304 E. 3; 101 Ia 213, 221 E. 6a; 97 I 639, 642 f. E. 6b.

⁶²⁰ T. COTTIER, S. 206 ff.; W. RITTER, S. 188 f.; des Weiteren P. MOOR, Vol. I, S. 343 und 424.

⁶²¹ W. RITTER, S. 189 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI, § 26 Rz. 34 ff.; G. STEINMANN, S. 248 f.

⁶²² G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 223; mit Vorbehalten T. COTTIER, S. 208 f.; relativierend M. IMBODEN, S. 17; ebenso B. WEBER-DÜRLER, Rechtsanwendung, S. 7.

⁶²³ Zu diesem Problem T. COTTIER, S. 209 und W. RITTER, S. 189.

⁶²⁴ I. HÄNER, Einwilligung, S. 71.

⁶²⁵ Vgl. oben Kapitel 5:§ 19B.

⁶²⁶ B. WEBER-DÜRLER, Ablösung, S. 439.

entschieden wird. Die sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergebenden Anforderungen werden vielmehr von Fall zu Fall aufgrund der konkreten Umstände im Einzelfall festgelegt⁶²⁷. Ähnliches gilt für das Prinzip des öffentlichen Interesses. Freilich verlangt der Grundsatz in jedem Fall, dass sich die staatliche Tätigkeit auf ein öffentliches Interesse stützen muss⁶²⁸. Trotzdem muss für jeden konkreten Fall jeweils wieder neu entschieden werden, welche öffentlichen Interessen relevant sind und ob die in Frage stehenden Massnahmen im öffentlichen Interesse liegen⁶²⁹. Zudem handelt es sich bei diesen Verfassungsgrundsätzen um sehr offene Prinzipien⁶³⁰. Sie binden in der Tat alle staatliche Behörden in ihrem gesamten Handeln und setzen ihnen bei der Ermessensausübung Grenzen⁶³¹, doch enthalten sie keine präzisen Handlungsanweisungen⁶³². Anhand dieser Verfassungsgrundsätze alleine lässt sich nicht besser abschätzen, wie eine Behörde eine unbestimmte Norm anwenden wird. Auch die Rechtssicherheit wird also allein durch die Anwendung dieser Prinzipien nicht gewährleistet. Zugegebenermassen kann durch einen besonders strikten Massstab bei der Prüfung von Verhältnismässigkeit und öffentlichem Interesse faktisch ein gewisser Ausgleich für den Betroffenen erzielt werden. Doch insgesamt betrachtet sind meines Erachtens die rechtlichen Voraussetzungen für ein Bestimmtheitssurrogat nicht erfüllt.

Das Gebot der Gleichbehandlung und das Vertrauensschutzprinzip sind eher als Bestimmtheitssurrogate geeignet. Schliesslich ist es gerade der Zweck des Gleichbehandlungsgebots, Rechtsgleichheit zu schaffen und das Vertrauensschutzprinzip wird auch auf den Grundsatz der Rechtssicherheit zurückgeführt⁶³³. Allerdings sind auch diese Verfassungsgrundsätze als Prinzipien naturgemäss sehr offen. Was das Gebot der Gleichbehandlung und das Vertrauensschutzprinzip genau bewirken und ob sie als Bestimmtheitssurrogate in Frage kommen wird weiter unten im Zusammenhang mit dem Bestimmtheitssurrogat der Behördenpraxis beantwortet⁶³⁴.

⁶²⁷ Vgl. BGE 100 Ib 13, 18 E. 5; vgl. auch RHINOW/KRÄHENMANN, S. 180.

⁶²⁸ Art. 5 Abs. 2 BV.

⁶²⁹ Vgl. RHINOW/KRÄHENMANN, S. 175 f.

⁶³⁰ Zu diesem Problem T. COTTIER, S. 209; W. RITTER, S. 189.

⁶³¹ Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 36 Abs. 2 und 3 BV; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 557 ff. und 585; TSCHANNEN/ZIMMERLI, § 20 Rz. 9 f. und § 21 Rz. 2; W. RITTER, S. 188.

⁶³² T. COTTIER, S. 209; W. RITTER, S. 189.

⁶³³ HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 628.

⁶³⁴ Vgl. unten Kapitel 5:§ 19B.IV.2.

II. Verfahrensrecht

1. Rechtsprechung und Lehre

Das Bundesgericht hat in einigen Entscheiden im Zusammenhang mit dem Bestimmtheitserfordernis festgehalten, dass die Unbestimmtheit von Normen in gewissem Ausmass durch verfahrensrechtliche Garantien kompensiert werden kann und muss⁶³⁵. Gemäss einem Entscheid des Bundesgerichts⁶³⁶ kommt den Anforderungen, welche sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergeben, für die Kompensation unbestimmter Normen besondere Bedeutung zu⁶³⁷. Als weitere Möglichkeit zur Kompensation von unbestimmten Normen hat das Bundesgericht auch schon die Beratungspflicht von Behörden betrachtet. In einem Entscheid im Bereich des Umweltschutzes hat das Bundesgericht festgehalten, dass die relative Unbestimmtheit von Art. 10 Abs. 1 Umweltschutzgesetz (USG)⁶³⁸ durch die ebenfalls in diesem Gesetz verankerte Pflicht der Behörden zur Beratung kompensiert werden könne⁶³⁹. In anderen Entscheiden spielte die Ausgestaltung des Rechtsschutzes eine Rolle bezüglich der erforderlichen Bestimmtheit⁶⁴⁰.

In der Lehre findet sich ebenfalls die Auffassung, dass eine unbestimmte Norm durch das Verfahrensrecht kompensiert werden kann, wobei allerdings von verschiedener Seite auch gewisse Vorbehalte und Präzisierungen angebracht werden⁶⁴¹. In Erwägung gezogen wird die Kompensation durch eine entsprechende Ausgestaltung der Zuständigkeiten⁶⁴², Gewährung von Partizipationsrechten⁶⁴³ und eine sorgfältige und detaillierte Begründung des Entscheids⁶⁴⁴. Als Mittel zur Kompensation ebenfalls genannt wird ein Kontrollsystem in Form eines gut ausgebauten Rechtsmittelsystems⁶⁴⁵.

⁶³⁵ Eine intensive Auseinandersetzung mit dieser Problematik findet sich in BGE 127 V 431 ff.; dazu auch BGE 128 I 327, 340 E. 4.2; 122 I 360, 364 E. 5b/bb; 109 Ia 273, 284 E. 4d.

⁶³⁶ BGE 127 V 431 ff.

⁶³⁷ BGE 127 V 431, 435 E. 2b/cc.

⁶³⁸ Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (SR 814.01).

⁶³⁹ BGE 113 Ib 60, 64 E. 3c.

⁶⁴⁰ BGE 123 I 1, 7 E. 4d; vgl. auch umgekehrt BGE 106 Ia 136, 139 E. 3b, in welchem das Bundesgericht unter anderem wegen des erst spät wirksam werdenden Rechtsschutzes eine ausreichende Regeldichte des Gefängnisreglements für Untersuchungshaft forderte.

⁶⁴¹ P. MOOR, Vol. I, S. 343; H. DUBS, S. 244 f., welcher allerdings festhält, dass es sich um eine unvermeidbar unbestimmte Norm handeln muss; T. COTTIER, S. 213 f.; differenzierend T. POLEDNA, Leistungslohn, S. 288 f.; differenzierend auch M. ALBERTINI, S. 74 ff. mit weiteren Hinweisen; M. WIRTHLIN, S. 516.

⁶⁴² T. COTTIER, S. 214; vgl. auch H. DUBS, S. 244 f. mit Beispielen.

⁶⁴³ H. DUBS, S. 244 f.; T. COTTIER, S. 213 f.; T. POLEDNA, Leistungslohn, S. 288 f.; M. ALBERTINI, S. 75.

⁶⁴⁴ W. RITTER, S. 187 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI, § 26 Rz. 38; T. COTTIER, S. 209 ff.; P. MOOR, Vol. I, S. 343; M. WIRTHLIN, S. 516.

⁶⁴⁵ P. MOOR, Vol. I, S. 343; W. RITTER, S. 192 f.; T. COTTIER, S. 214; T. POLEDNA, Leistungslohn, S. 288 f.

2. Stellungnahme

Könnte also die Unbestimmtheit einer Norm durch eine entsprechende Ausgestaltung des Verfahrensrechts kompensiert werden? Wie oben dargelegt⁶⁴⁶ ist rechtlich eine Kompensation der Unbestimmtheit primär nur möglich, wenn Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit wie durch eine bestimmte gesetzliche Grundlage garantiert werden können. Es wird im Folgenden auf die einzelnen oben genannten Aspekte eingegangen.

Es fragt sich, ob durch eine entsprechende Ausgestaltung der Zuständigkeiten die Kompensation einer unbestimmten Norm möglich ist. Welche Behörden müssten im Anwendungsverfahren einer unbestimmten Norm zuständig sein, damit die Unbestimmtheit dadurch kompensiert werden kann? An das Rechtsgleichheitsgebot ist jedes Staatsorgan gebunden und somit ergeben sich rechtlich keine Unterschiede zwischen verschiedenen Behörden. Allerdings kann faktisch bei einem Entscheid von einer – insbesondere unteren – Verwaltungsbehörde die rechtsgleiche Behandlung unter Umständen durch Voreingenommenheit oder persönliche Betroffenheit der Behörde gefährdet sein⁶⁴⁷. Davon abgesehen macht es keinen grossen Unterschied, welche Behörde für den Entscheid zuständig ist⁶⁴⁸. Wenn ein Gremium und nicht nur eine Einzelperson entscheidet, erhöht sich freilich die Chance auf einen ausgeglichenen Entscheid, bei dem alle Gesichtspunkte berücksichtigt werden. Dies ist insbesondere der Fall, wenn es sich um ein paritätisch zusammengesetztes Organ handelt. Auf die Gewährleistung von Rechtsgleichheit hat die Anzahl oder die Zusammensetzung der entscheidenden Personen jedoch keinen Einfluss. Zudem wird der Entscheid bei der Anwendung einer unbestimmten Norm nicht besser voraussehbar dadurch, dass ein paritätisch zusammengesetztes Organ oder eine richterliche Behörde entscheidet. Die Zuständigkeitsordnung allein kann somit die Unbestimmtheit einer Norm nicht kompensieren.

Eine Beratungspflicht von Behörden kann in gewissen Fällen tatsächlich eine kompensierende Wirkung haben. Dies ist der Fall, wenn es sich – wie im oben erwähnten Entscheid des Bundesgerichts⁶⁴⁹ – um eine Frage handelt, welche einfach und eindeutig beantwortet werden kann. In einem solchen Fall kann durch die Auskunft der Behörden Rechtssicherheit geschaffen werden. Ist die Frage einfach und eindeutig zu beantworten, wird auch Rechtsgleichheit so gut wie durch eine gesetzliche Grundlage gewährleistet werden können. In allen anderen Fällen kann der Beratungspflicht hingegen keine kompensierende Wirkung zukommen. Wenn die sich stellenden Fragen nämlich komplex sind, ist nicht gewährleistet, dass die Behörden dem Gebot der rechtsgleichen Behand-

⁶⁴⁶ Vgl. oben Kapitel 5:§ 19B.

⁶⁴⁷ Vgl. auch Y. HANGARTNER, *Beamtendisziplinarrecht*, S. 434 bezüglich des Disziplinarverfahrens.

⁶⁴⁸ Vgl. auch oben bezüglich der juristischen Qualifizierung der entscheidenden Behörde Kapitel 2:§ 5A.II.5.b.

⁶⁴⁹ Vgl. BGE 113 Ib 60, 63 E. 3b.

lung gerecht werden können. In solchen Fällen kann der Behörde die für die rechtsgleiche Behandlung nötige Gesamtschau fehlen, weil sie sich jeweils zu sehr auf die im konkreten Einzelfall stehenden Fragen konzentrieren muss⁶⁵⁰. Eine Beratungspflicht kommt somit bezüglich der Treuepflicht gerade nicht als Bestimmtheitssurrogat in Frage, weil die von der Treuepflicht erfassten Sachverhalte sehr vielgestaltig und die sich stellenden Fragen komplex sind.

Können Partizipationsrechte im Anwendungsverfahren der Norm ein Bestimmtheitssurrogat darstellen? Bei den Partizipationsrechten stehen Rechte im Rahmen der Ausübung des rechtlichen Gehörs im Vordergrund⁶⁵¹. Denkbar sind aber auch Partizipationsrechte im Zusammenhang mit der Festsetzung des Leistungslohns⁶⁵². Was Partizipationsrechte im Rahmen des rechtlichen Gehörs betrifft, so wird ein Recht auf Äusserung zur rechtlichen Würdigung der Tatsachen beziehungsweise zur juristischen Begründung des Entscheides nur ausnahmsweise aus dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleitet⁶⁵³. Die Behörde ist von Ausnahmefällen abgesehen nicht verpflichtet, den Betroffenen über die von ihr vertretene Rechtsauffassung zu orientieren und ihnen eine spezifische Äusserungsgelegenheit einzuräumen⁶⁵⁴. Allerdings hat das Bundesgericht gerade für den Fall, dass eine unbestimmt gehaltene Norm zur Anwendung kommen soll, einen Anspruch des Betroffenen auf Orientierung über die Rechtsauffassung der Behörde und Gelegenheit zur eigenen Stellungnahme bejaht⁶⁵⁵. Dadurch ergibt sich für den Betroffenen die Möglichkeit, die entscheidende Behörde von seiner Rechtsauffassung zu überzeugen. Im Gegensatz zu ihrer Bindung an eine bestimmte gesetzliche Grundlage ist die entscheidende Behörde jedoch an die rechtlichen Auffassungen des Betroffenen nicht gebunden. Der Betroffene oder beziehungsweise dessen Rechtsvertreter kann daher nicht mit Sicherheit davon ausgehen, dass sein Verständnis der unbestimmten Norm dem Entscheid zugrunde gelegt werden wird. Rechtssicherheit kann somit durch Partizipationsrechte keinesfalls in ähnlicher Weise wie durch eine genügend bestimmte gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Auch rechtsgleiche Behandlung wie sie ein bestimmter Rechtssatz gewährleistet, können Partizipationsrechte in den meisten Fällen nicht in demselben Mass garantieren. Ist die anzuwendende Norm nicht genügend bestimmt, fehlt ein genauer Massstab für rechtsgleiche Entscheide⁶⁵⁶. Partizipationsrechte können diese Massstabsfunktion nicht in hinreichender Weise übernehmen, denn sie geben keine Antwort auf die Frage, was gleich und

⁶⁵⁰ B. WEBER-DÜRLER, *Rechtsetzung*, S. 44.

⁶⁵¹ Vgl. BGE 127 V 431, 435 E. 2b/cc.

⁶⁵² Dazu T. POLEDNA, *Leistungslohn*, S. 288 f.

⁶⁵³ BGE 115 Ia 94, 96 f. E. 1b; 114 Ia 97, 99 E. 2a; dazu eingehend M. ALBERTINI, S. 269 ff., insbesondere S. 270 mit weiteren Hinweisen; des Weiteren RHINOW/KOLLER/KISS, *Rz.* 306.

⁶⁵⁴ BGE 117 Ib 481, 495 E. 7a/bb; M. ALBERTINI, S. 221, S. 270 ff.

⁶⁵⁵ BGE 127 V 431, 435 E. 2 b/cc.

⁶⁵⁶ G. STEINMANN, S. 153 f.; G. MÜLLER, *Rechtsetzung*, S. 84 und 104 f.

was ungleich zu behandeln ist. Sie sind der rechtsgleichen Behandlung nur insofern förderlich, als dass sie der genauen Abklärung des Sachverhalts dienen⁶⁵⁷. Die Partizipation im Verfahren kann freilich geeignet sein, um Detailfragen zu regeln⁶⁵⁸ oder Lösungen zu finden, wo Einzelfallgerechtigkeit im Vordergrund steht. So ist durchaus denkbar, dass beispielsweise Leistungskriterien im Zusammenhang mit dem Leistungslohn in paritätisch zusammengesetzten Leistungsbeurteilungsgruppen festgesetzt werden⁶⁵⁹. Wo ein hohes Interesse an Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit wie im Falle von Normen des Personalrechts zur Einschränkung der Meinungsfreiheit besteht, kommt die Partizipation als Bestimmtheitssurrogat jedoch nicht in Frage⁶⁶⁰.

An die Begründungspflicht von Entscheiden im Zusammenhang mit unbestimmten Normen werden besondere Anforderungen gestellt. So wird gefordert, dass die Begründung die dem Entscheid vorangegangene Interessenabwägung aufzeigt. Die einzelnen Abwägungsschritte – die Ermittlung der relevanten Interessen, ihre Gewichtung und der Abwägungsvorgang – müssen in der Begründung sichtbar werden⁶⁶¹. Freilich wird durch eine solche Begründungspflicht die Behörde gezwungen, ihre Überlegungen sehr genau offenzulegen. Dies garantiert jedoch allein noch keine rechtsgleiche Behandlung. Rechtssicherheit im Sinne von Voraussehbarkeit wird auch nicht geschaffen, da die Begründung erst zusammen mit der Entscheidung des konkreten Falles erfolgt. Ein gut begründeter Entscheid gibt dem Betroffenen vielmehr die Möglichkeit, bei der Anfechtung die Richtigkeit der entscheidrelevanten Aspekte zu bestreiten. Ausserdem erleichtert eine gute Begründung die Überprüfung des Entscheids durch die Rechtsmittelinstanz⁶⁶². Insgesamt betrachtet kann aber auch eine sehr gute, detaillierte Begründung die rechtlichen Voraussetzungen für ein Bestimmtheitssurrogat nicht erfüllen. Sie kann aber wenigstens faktisch die Anfechtungs- und Kontrollmöglichkeiten verbessern.

Welche Wirkung hat ein gut ausgebautes Rechtsmittelsystem? Rechtsmittel ermöglichen eine Kontrolle und Korrektur der Entscheide der unteren Instanzen⁶⁶³. Der Umfang der Kontrolle und die Art der Korrektur hängen dabei stark von der Ausgestaltung des Rechtsmittels und der jeweiligen Rechtsfolgen im Falle einer Gutheissung der jeweiligen Beschwerde ab⁶⁶⁴. Rechtssicherheit im Sinne von Voraussehbarkeit kann jedoch selbst dann nicht in genügender Weise gewährleistet werden, wenn die Überprüfung durch die Rechtsmittelinstanz ohne Kognitionsbeschränkung erfolgt. Im Falle unbestimmter Nor-

⁶⁵⁷ BGE 127 I 54, 56 E. 2b; 122 I 53, 55 E. 4a; KÖLZ/HÄNER, Rz. 129.

⁶⁵⁸ Vgl. auch T. POLEDNA, Leistungslohn, S. 289.

⁶⁵⁹ T. POLEDNA, Leistungslohn, S. 289.

⁶⁶⁰ Vgl. auch T. POLEDNA, Leistungslohn, S. 289, wonach die Kompensation durch Partizipation und Verfahren den Gesetzgeber nicht davon entbinden kann, die Grundsätze und den Rahmen selbst festzulegen.

⁶⁶¹ W. RITTER, S. 190; TSCHANNEN/ZIMMERLI, § 26 Rz. 37 f.

⁶⁶² P. MOOR, Vol. I, S. 343.

⁶⁶³ Vgl. RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 664 ff.

⁶⁶⁴ Vgl. KÖLZ/HÄNER, Rz. 396 ff.

men ist im vornherein gerade eben ungewiss, welches Normverständnis die Rechtsmittelinstanz dem Entscheid zugrunde legen wird. Auch Rechtsgleichheit kann durch Rechtsmittel nicht in demselben Masse garantiert werden. Bei der Beurteilung einer Beschwerde geht es primär darum, den besonderen Umständen des konkreten Falles gerecht zu werden. Für die entscheidende Behörde steht der Einzelfall im Vordergrund und nicht die konsequente gleiche Behandlung einer Vielzahl von Fällen nach denselben Kriterien⁶⁶⁵.

Abschliessend kann festgehalten werden, dass die Forderung, dass im Falle einer unvermeidbar unbestimmten Norm wenigstens ein gut ausgebautes Verfahrensrecht vorhanden sein muss, durchaus ihre Berechtigung hat. Durch weitgehende Partizipationsrechte, hohe Anforderungen an die Begründungspflicht, einen mehrfachen Instanzenzug und die Überprüfung durch unabhängige Behörden ohne Beschränkung der Kognition kann immerhin die Berücksichtigung aller relevanten Gesichtspunkte gefördert und ein gewisser Schutz vor willkürlichen Entscheiden gewährleistet werden. Ein gut ausgebautes Verfahrensrecht führt wenigstens faktisch zu einem gewissen Ausgleich und zu einer gewissen Verbesserung der Situation des Betroffenen. Wenn schon die Norm sehr unbestimmt ist, soll nicht auch noch das Verfahren für den Betroffenen ungünstig sein⁶⁶⁶. Ein Bestimmtheitssurrogat kann aber auch ein gut ausgebautes Verfahrensrecht nicht darstellen⁶⁶⁷. Verfahrensrechtliche Garantien können die rechtlichen Voraussetzungen für ein Bestimmtheitssurrogat in den meisten Fällen nicht erfüllen, weil sie nicht Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit wie ein bestimmter Rechtssatz garantieren können. Eine Ausnahme besteht lediglich dann, wenn die Behörde eine Beratungspflicht trifft und es sich um eine sehr einfache Fragestellung handelt, so dass sowohl Rechtssicherheit wie auch Rechtsgleichheit gewährleistet werden kann.

III. Verwaltungsverordnungen

1. Rechtsprechung und Lehre

Das Bundesgericht äussert sich nicht explizit zu Verwaltungsverordnungen im Zusammenhang mit der Kompensation von unbestimmten Normen. Es hat aber der gleichmässigen Behördenpraxis – allerdings ohne diesen Begriff näher zu erläutern – eine gewisse Kompensationsfunktion zuerkannt⁶⁶⁸. Berührungspunkte mit Verwaltungsverordnungen könnten sich dabei insofern ergeben, als dass vollzugslenkende Verwaltungs-

⁶⁶⁵ G. MÜLLER, Rechtssetzung, S. 105; G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 26.

⁶⁶⁶ Vgl. auch BGE 127 V 431 ff.

⁶⁶⁷ Vgl. auch T. POLEDNA, Leistungslohn, S. 289.

⁶⁶⁸ Vgl. nachfolgend unten Kapitel 5:§ 19B.IV.1.

verordnungen die Praxis der Verwaltungsbehörden vorschreiben⁶⁶⁹. In der Literatur wird im Zusammenhang mit der Kompensation offener Normen darauf hingewiesen, dass durch Verwaltungsverordnungen gleichmässige und sachrichtige Rechtsanwendung gewährleistet wird⁶⁷⁰. Beispielsweise legt die Exekutive mit einer Verwaltungsverordnung das Vollzugskonzept fest, um eine gleichmässige und sachrichtige Rechtsanwendung zu gewährleisten⁶⁷¹. Man kann sich deswegen fragen, ob eine solche Verwaltungsverordnung ein Bestimmtheitssurrogat für Art. 20 Abs. 1 BPG darstellen kann.

2. Stellungnahme

Verwaltungsverordnungen kommen schon deswegen nicht als Bestimmtheitssurrogat in Frage, weil sie grundsätzlich nicht veröffentlicht werden (Art. 13 Abs. 2 Publikationsgesetz)⁶⁷². Die Verwaltungsverordnung kennt in der Regel nur die vollziehende Behörde, weswegen durch eine Verwaltungsverordnung keine Rechtssicherheit im Sinne von Voraussehbarkeit gewährleistet werden kann. Wie wäre nun aber die Frage zu beantworten, wenn die Verwaltungsverordnung über den Vollzug von Art. 20 Abs. 1 BPG ausnahmsweise auch den Angestellten und damit den Betroffenen bekannt gegeben würde? Rechtssicherheit wie durch eine gesetzliche Grundlage wird durch die Verwaltungsverordnung auch in einem solchen Fall nicht gewährleistet. Verwaltungsverordnungen sind lediglich generelle Dienstanweisungen, die sich an die der erlassenden Behörde untergeordneten Behörden richten⁶⁷³. Verpflichtend sind Verwaltungsverordnungen grundsätzlich nur im verwaltungshierarchische Verhältnis zwischen der übergeordneten und untergeordneten Behörde⁶⁷⁴. So heben dann Verwaltungsgerichte die wichtige Rolle der Verwaltungsverordnung für die gleichmässige Gesetzesanwendung hervor, betrachten Verwaltungsverordnungen aber nicht als verbindlich⁶⁷⁵. Eine Verwaltungsverordnung kommt somit nicht als Bestimmtheitssurrogat für Art. 20 Abs. 1 BPG in Frage, weil sie weder Rechtssicherheit noch Rechtsgleichheit gewährleisten kann.

⁶⁶⁹ Vgl. G. BIAGGINI, S. 4.

⁶⁷⁰ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 223; P. MOOR, Vol. I, S. 193.

⁶⁷¹ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 223; G. BIAGGINI, S. 4.

⁶⁷² Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG) (SR 170.512); zu diesem Problem auch P. MOOR, Vol. I, S. 193.

⁶⁷³ BGE 121 II 473, 478 E. 2b; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 123.

⁶⁷⁴ TSCHANNEN/ZIMMERLI, § 14 Rz. 9.

⁶⁷⁵ BGE 121 II 473, 478 E. 2b; G. BIAGGINI, S. 5.

IV. Behördenpraxis

1. Rechtsprechung und Lehre

Das Bundesgericht gesteht der Praxis von Behörden im Hinblick auf unbestimmte Normen offenbar eine gewisse kompensierende Wirkung zu. Jedenfalls hat es in mehreren Entscheiden im Zusammenhang mit den Anforderungen an die Bestimmtheit einer gesetzlichen Grundlage festgehalten, dass dem Bedürfnis nach Rechtsgleichheit auch durch eine gleichmässige und den besonderen Umständen Rechnung tragende Behördenpraxis entsprochen werden könne⁶⁷⁶. In einem Fall⁶⁷⁷ äusserte sich das Bundesgericht zur notwendigen Bestimmtheit einer Bedürfnisklausel betreffend das Gastgewerbe und den Handel mit alkoholischen Getränken. Das Bundesgericht hielt fest, dass es nicht erforderlich sei, dass sich die für die Beurteilung der Bedürfnisfrage massgebenden Kriterien aus einer Rechtsverordnung ergeben. Es genüge, wenn sich die kantonalen Behörden in dieser Hinsicht auf eine gleichmässige Praxis stützten. Weitere Anhaltspunkte zur Frage, inwiefern die Praxis von Behörden als Bestimmtheitsurrogat in Frage kommt, lassen sich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedoch nicht entnehmen. Dagegen finden sich in der Lehre verschiedene intensive Auseinandersetzungen mit diesem Problem, wobei zunehmend die Tendenz zu beobachten ist, dass die Behördenpraxis unter gewissen Voraussetzungen als Bestimmtheitsurrogat akzeptiert wird⁶⁷⁸.

2. Stellungnahme

Wie oben festgehalten muss als Grundsatz gelten, dass die Behördenpraxis nur dann als Bestimmtheitsurrogat betrachtet werden darf, wenn sie wie eine bestimmte gesetzliche Grundlage Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit garantieren und eine bestimmte Norm auf sinnvolle Weise ersetzen kann.

Was die Rechtsgleichheit betrifft, so sind rechtsanwendende Behörden wie rechtsetzende Behörden an das Rechtsgleichheitsgebot gebunden⁶⁷⁹. Sie müssen aufgrund des Rechtsgleichheitsgebots bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe von dem ihnen offen

⁶⁷⁶ BGE 129 I 161, 163 E. 2.2; 125 I 361, 364 E. 4a; 123 I 1, 6 E. 4b.

⁶⁷⁷ BGE 111 Ia 31 ff.

⁶⁷⁸ Bejahend unter gewissen Voraussetzungen W. RITTER, S. 194 f.; bejahend auch G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 223. Eher ablehnend hingegen noch: G. MÜLLER, Rechtssetzung, S. 101 ff., insbesondere S. 104 ff.; R. WANK, S. 204; G. STEINMANN, S. 73 f. und 149 ff.; T. BORER, S. 220.

⁶⁷⁹ B. WEBER-DÜRLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 41 Rz. 16; HÄFELIN/HALLER, Rz. 765 ff.; zum Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung eingehend B. WEBER-DÜRLER, Rechtsanwendung, S. 1 ff.

gelassenen Spielraum in allen gleich gelagerten Fällen gleichen Gebrauch machen⁶⁸⁰. Allerdings ergeben sich aus dem Gleichheitsgebot selbst keine eindeutigen Kriterien, wann eine Gleichbehandlung und wann eine Differenzierung angebracht ist. Liegt keine bestimmte Norm vor, welcher Kriterien für die Gleichbehandlung entnommen werden können, fehlt ein genauer Massstab für die Gleichbehandlung⁶⁸¹. Die Kriterien müssen deswegen in einem solchen Fall in der Praxis zuerst geschaffen werden. Die Praxis muss also Grundsätze entwickeln, denen über den Einzelfall hinaus Bedeutung zukommt. Durch die Orientierung an solchen Grundsätzen kann theoretisch Rechtsgleichheit in ähnlicher Weise garantiert werden wie durch die Orientierung an einer gesetzlichen Grundlage. Es ist allerdings zu bedenken, dass für die rechtsanwendende Behörde trotzdem jeweils der Einzelfall im Vordergrund steht⁶⁸², während die rechtssetzende Behörde beim Erlass einer gesetzlichen Grundlage einen Vorausentscheid für alle zukünftigen Sachverhalte trifft. Die Vorausentscheidung zukünftiger Sachverhalte durch die rechtssetzende Behörde ist auf eine konsequente Behandlung nach wesentlichen Kriterien ausgerichtet⁶⁸³. Bei der Entscheidung im Einzelfall durch eine rechtsanwendende Behörde hingegen geht es primär darum, den besonderen Umständen des konkreten Falles gerecht zu werden. Auch wenn beim Entscheid im Einzelfall die präjudizielle Wirkung ebenfalls berücksichtigt werden muss⁶⁸⁴, so sind die Folgen des Entscheides für die Bildung einer Praxis dabei eher sekundär⁶⁸⁵. Die rechtsanwendende Behörde trifft ihren Entscheid aus einer beschränkten Problemsicht heraus und sie verfügt über viel weniger Informationsmaterial⁶⁸⁶. Der rechtsanwendenden Behörde kann die Gesamtschau fehlen, indem sie sich zu sehr auf die Fragestellungen des konkreten Falles konzentriert⁶⁸⁷. Die Gefahr ungleicher Behandlung verstärkt sich zusätzlich, wenn verschiedene Behörden und Organe entscheiden⁶⁸⁸. Alle diese Argumente sprechen dafür, dass die Behördenpraxis allein die Rechtsgleichheit nicht annähernd so gut wie ein bestimmter Rechtssatz gewährleisten kann.

Ein weiteres Problem ergibt sich daraus, dass nach kontinental-europäischem Recht die rechtsanwendenden Behörden nicht an Präjudizien gebunden sind. Sie richten sich lediglich aus Gründen der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit in der Regel an Präjudizien aus⁶⁸⁹. Praxisänderungen sind unter gewissen Voraussetzungen möglich⁶⁹⁰

⁶⁸⁰ HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 507; B. WEBER-DÜRLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 41 Rz. 16.

⁶⁸¹ G. STEINMANN, S. 153 f.; G. MÜLLER, Rechtssetzung, S. 84 und 104 f.

⁶⁸² G. MÜLLER, Rechtssetzung, S. 105; G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 26.

⁶⁸³ B. WEBER-DÜRLER, Rechtssetzung, S. 44 f.

⁶⁸⁴ G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 30.

⁶⁸⁵ G. MÜLLER, Rechtssetzung, S. 105; G. MÜLLER, Rechtssetzungslehre, Rz. 26 und 31.

⁶⁸⁶ B. WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 241.

⁶⁸⁷ B. WEBER-DÜRLER, Rechtssetzung, S. 44.

⁶⁸⁸ B. WEBER-DÜRLER, Rechtssetzung, S. 44; G. MÜLLER, Rechtssetzung, S. 104 f.

⁶⁸⁹ G. MÜLLER, Rechtssetzung, S. 103; Y. HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 17.

und die Rechtsprechung passt sich laufend den Wandlungen in Gesellschaft und Technik an⁶⁹¹. Die Rechtsprechung kann sich freilich besser als eine gesetzliche Grundlage den neuen Entwicklungen schrittweise anpassen und auf Fallvarianten eingehen. Damit einher geht aber gezwungenermassen während der Anpassungszeit eine gewisse Rechtsunsicherheit⁶⁹². Vor allem wenn sich zu einer Norm noch keine konstante und einheitliche Praxis herausgebildet hat⁶⁹³, ist die Entscheidung im Einzelfall schwer voraussehbar.

Ein weiteres Problem ist, dass Entscheide und Urteile unterer Instanzen nur teilweise publiziert sind⁶⁹⁴. Eine Behördenpraxis, welche nicht oder nur teilweise publiziert ist, kann nicht dieselbe Rechtssicherheit bieten wie gesetztes und publiziertes Recht⁶⁹⁵.

3. Fazit

a Behördenpraxis als Bestimmtheitssurrogat

Die Behördenpraxis kann nicht generell ein Bestimmtheitssurrogat darstellen, da sie in vielen Fällen Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit nicht annähernd so gut wie eine genügend bestimmte gesetzliche Grundlage garantieren kann. Die Behördenpraxis kommt nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen als Bestimmtheitssurrogat in Frage. Es muss erstens eine gewisse Anzahl von Entscheiden vorhanden sein. Gerade wenn wie im Falle von Art. 20 Abs. 1 BPG eine grosse Vielgestaltigkeit von Sachverhalten durch eine unbestimmte Norm geregelt werden soll und sich viele Einzelfragen stellen, müssen sehr viele Entscheide vorliegen⁶⁹⁶. Zudem muss aus all diesen Entscheiden mit hinreichender Klarheit hervorgehen, welche Kriterien für die Entscheidungsfindung jeweils ausschlaggebend sind. Die Behördenpraxis muss Massstäbe setzen können. Die Behörde darf jeweils nicht nur den Einzelfall vor Augen haben, sondern immer auch die Auswirkungen auf die ganze Praxis. Es muss sich ausserdem um eine ständige, stabile Praxis handeln, so dass keine Änderungen zu erwarten sind. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist sodann notwendig, dass die Entscheide veröffentlicht sind. Besteht ein mehrfacher Instanzenzug, kann zudem nur die Behördenpraxis der obersten Instanz relevant sein.

⁶⁹⁰ B. WEBER-DÜRELR, Rechtsanwendung, S. 16 f.; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 509 ff.

⁶⁹¹ R. WANK, S. 203 f.; vgl. auch B. WEBER-DÜRLER, Rechtsanwendung, S. 16.

⁶⁹² R. WANK, S. 203.

⁶⁹³ Dazu R. WANK, S. 203.

⁶⁹⁴ B. WEBER-DÜRLER, Rechtsetzung, S. 44; W. RITTER, S. 195; G. STEINMANN, S. 74; T. BORER, S. 220.

⁶⁹⁵ G. MÜLLER, Rechtssetzung, S. 105; zur Forderung nach Publikation Y. HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 17.

⁶⁹⁶ W. RITTER, S. 195; G. STEINMANN, S. 149.

Nur eine reichhaltige, Massstäbe setzende, stabile und publizierte Praxis kann Rechtsicherheit und Rechtsgleichheit in hinreichender Weise gewährleisten und als Bestimmtheitssurrogat dienen⁶⁹⁷. Es fragt sich, ob im konkreten Fall bezüglich Art. 20 Abs. 1 BPG eine Behördenpraxis vorhanden ist, welche diese Voraussetzungen erfüllt und somit als Bestimmtheitssurrogat in Frage kommt.

b Behördenpraxis zu Art. 20 Abs. 1 BPG

Zu Art. 20 Abs. 1 BPG existiert zur Zeit keine reichhaltige, Massstäbe setzende, stabile und publizierte Praxis, welche als Bestimmtheitssurrogat dienen könnte⁶⁹⁸. Prüfwert ist lediglich noch, ob zum gleichlautenden Art. 321a Abs. 1 OR eine solche Praxis existiert und ob eine solche Praxis als Bestimmtheitssurrogat in Frage kommt.

c Behördenpraxis zu Art. 321a Abs. 1 OR

Art. 20 Abs. 1 BPG weist denselben Wortlaut auf wie Art. 321a Abs. 1 OR und aufgrund der Materialien wurde eine Übereinstimmung mit dem Obligationenrecht bewusst angestrebt⁶⁹⁹. Aus diesem Grund sollte die privatrechtliche Behördenpraxis zu Art. 321a Abs. 1 OR nicht zum vornherein unberücksichtigt gelassen werden. Es fragt sich, ob zu Art. 321a Abs. 1 OR eine Behördenpraxis existiert, welche im konkreten Fall als Bestimmtheitssurrogat dienen könnte. In Frage käme am ehesten eine allfällige Behördenpraxis zur privatrechtlichen Treuepflicht im Tendenzbetrieb, da bei sogenannten Tendenzbetrieben weitergehende Anforderungen an die Treuepflicht des privatrechtlich Angestellten gestellt werden dürfen⁷⁰⁰.

Es gibt freilich einige Urteile, in welchen Tendenzbetriebe zumindest ansatzweise eine Rolle spielen⁷⁰¹. Es gibt allerdings fast keine publizierte Urteile, in welchen die weitergehende Treuepflicht im Tendenzbetrieb zur Diskussion steht. In einem Urteil des zürcherischen Obergerichts⁷⁰² spielt die weitergehende Treuepflicht freilich eine Rolle. Es wird jedoch nicht einmal auf das Problem eingegangen, ob die Treuepflicht grenzen-

⁶⁹⁷ In BGE 125 I 369, 379 f. E. 6 wird mit Verweis auf das Urteil des EGMR i. S. Kokkinakis / Griechenland vom 25. Mai 1993, Serie A Bd. 260, Ziff. 40 festgehalten, dass gemäss dem EGMR eine ständige, reichhaltige und publizierte Gerichtspraxis einen vagen gesetzlichen Begriff genügend präziseren könne. In dem Urteil des EGMR i. S. Kokkinakis / Griechenland vom 25. Mai 1993, Serie A Bd. 260 sowie www.echr.coe.int, Ziff. 40 steht jedoch nichts dergleichen.

⁶⁹⁸ Vgl. Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VPB).

⁶⁹⁹ Vgl. oben Kapitel 3:§ 7C.II.4.

⁷⁰⁰ Vgl. oben Kapitel 3:§ 7C.II.3.b.

⁷⁰¹ Vgl. z. B.: BGE 123 III 129, 134 E. 3b/cc; 122 V 267, 269 E. 4a; Urteil OGer ZH vom 20. April 2001, JAR 2002, S. 172 ff.; Urteil Eidg. VersGer vom 2. Juli 1996, JAR 1997, S. 106 ff., S. 108 E. 4a; Urteil AGer ZH vom 13. September 1989, JAR 1991, S. 101 ff., S. 103; Urteil Tribunal des prud'hommes de Genève vom 17. Juli 1986, JAR 1989, S. 158 ff.

⁷⁰² Urteil OGer ZH vom 20. April 2001, JAR 2002, S. 172 ff.

los ist und wo diese Grenzen zu ziehen sind. Das Gericht hat sich bei der Frage, ob die Arbeitnehmerin die Treuepflicht verletzt hatte und die Kündigung deswegen nicht missbräuchlich war, damit begnügt, die entsprechenden Tätigkeiten der Arbeitnehmerin als tendenzwidrig zu bezeichnen. Eine Abwägung mit den Interessen der Arbeitnehmerin fand nicht statt.

Es gibt somit keine reichhaltige, Massstäbe setzende, ständige und publizierte Behördenpraxis zur Frage, wie weit die Treuepflicht im Tendenzbetrieb genau geht und was sie beinhaltet. Eine Behördenpraxis zur weitergehenden Treuepflicht im Tendenzbetrieb, welche als Bestimmtheitssurrogat dienen könnte, existiert nicht einmal ansatzweise.

d Fazit

Zur weitergehenden Treuepflicht im Tendenzbetrieb existiert keine reichhaltige, Massstäbe setzende Behördenpraxis, welche im konkreten Fall als Bestimmtheitssurrogat dienen könnte. Die weitergehende Treuepflicht im Tendenzbetrieb spielt dagegen vor allem in der privatrechtlichen Literatur eine Rolle⁷⁰³. Auch die Literatur kann eine gewisse Orientierungshilfe in Bezug auf das Verständnis unbestimmter Normen darstellen⁷⁰⁴. Sie kann aber niemals ein Bestimmtheitssurrogat sein, da durch Lehrmeinungen nicht unmittelbar Recht geschaffen wird. Lehrmeinungen beeinflussen die Rechtslage nur mittelbar, indem sie den Gesetzgeber anregen, Gesetze zu erlassen oder zu revidieren, oder indem sie die Rechtsprechung kritisieren und Lösungen für juristische Probleme liefern. Dazu kommt, dass es zu einer Frage oftmals gegensätzliche Lehrmeinungen gibt.

In Bezug auf die Rechtsprechung zur privatrechtlichen Treuepflicht im Tendenzbetrieb als Bestimmtheitssurrogat ist zudem auf einen weiteren Punkt hinzuweisen. Im öffentlichen Recht gelten teilweise andere Grundsätze als im Privatrecht. Der Arbeitgeber Staat muss sich an verschiedene verfassungsrechtliche Grundsätze halten, welche für den privaten Arbeitgeber nicht oder nicht gleichermassen gelten⁷⁰⁵. Selbst wenn also eine die Anforderungen eines Bestimmtheitssurrogats erfüllende Behördenpraxis zur weitergehenden Treuepflicht im Tendenzbetrieb existieren würde, wäre sehr fraglich, ob sie als Bestimmtheitssurrogat für eine öffentlich-rechtliche Norm dienen dürfte. In Anbetracht dessen, dass eine solche Behördenpraxis zur privatrechtlichen Treuepflicht im Tendenzbetrieb gar nicht existiert, wird aber auf diese Problematik nicht weiter eingegangen.

⁷⁰³ Vgl. z. B. oben Fn. 306.

⁷⁰⁴ Dazu R. WANK, S. 38 ff.

⁷⁰⁵ Zu dieser Problematik eingehend T. POLEDNA, Annäherungen, S. 219 ff.

V. Vertragliche Vereinbarungen

1. Einzelarbeitsvertrag

Es fragt sich, ob der öffentlich-rechtliche Einzelarbeitsvertrag ein Bestimmtheitssurrogat darstellen kann. Diese Frage ist in vorliegendem Fall gerade in Anbetracht dessen bedeutsam, dass das Staatspersonal im Bund neuerdings mittels öffentlich-rechtlichem Vertrag angestellt wird⁷⁰⁶.

a Rechtsprechung und Lehre

Für das Bundesgericht kann der öffentlich-rechtliche Vertrag durchaus ein Bestimmtheitssurrogat darstellen. Das Bundesgericht hat beispielsweise in einem Entscheid die Meinung vertreten, dass ein vertraglich vereinbartes Gehalt auch im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis eine rechtssatzmässige Festsetzung der Besoldung ersetzen kann, jedenfalls dann, wenn der Vertrag seitens der privaten Partei wissentlich und freiwillig eingegangen worden ist⁷⁰⁷. Auch in der Lehre ist die Frage, ob und inwiefern die Einwilligung im Rahmen eines Vertrags die gesetzliche Grundlage ersetzen könne, erörtert worden⁷⁰⁸. Einer Lehrmeinung zufolge kann die Einwilligung der betroffenen Person die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage dann herabsetzen oder diese gänzlich substituieren, wenn die Einwilligung die Funktionen des Gesetzmässigkeitsprinzip übernehmen kann⁷⁰⁹.

b Stellungnahme

Ob der verwaltungsrechtliche Vertrag die fehlende Bestimmtheit eines Rechtssatzes ersetzen kann, entscheidet sich primär daran, ob er in gleicher Weise Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit wie ein bestimmter Rechtssatz garantieren kann. Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit wird durch den verwaltungsrechtlichen Vertrag insofern gewährleistet, als dem Vertragsschluss Vertragsverhandlungen vorangehen und die private Vertragspartei die Zustimmung zum gesamten Vertragsinhalt abgeben muss⁷¹⁰. Dem Vertragspartner des Gemeinwesens – in diesem Falle also der Staatsangestellte – dürfen anschliessend nicht durch Vertragsauslegung Auflagen gemacht werden, die er vernünftigerweise nicht voraussehen konnte⁷¹¹. Ein Problem hinsichtlich der Voraussehbarkeit könnte sich lediglich daraus ergeben, dass die Möglichkeit zur Änderungskündi-

⁷⁰⁶ Vgl. oben Kapitel 1:§ 2C.IV.

⁷⁰⁷ BGE 129 I 161, 164 E. 2.4; vgl. auch BGE 121 I 230, 239 E. 3g/dd.

⁷⁰⁸ Dazu I. HÄNER, Einwilligung, S. 57 ff.

⁷⁰⁹ I. HÄNER, Einwilligung, S. 74.

⁷¹⁰ I. HÄNER, Einwilligung, S. 64.

⁷¹¹ Z. B. BGE 103 Ia 505, 510 E. 2b; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 1104.

gung besteht⁷¹². In einem solchen Fall hat der Arbeitnehmer die Wahl, einen Vertrag zu anderen Bedingungen abzuschliessen oder auf seine Stelle zu verzichten⁷¹³. Ob man aufgrund dieser Tatsache die Voraussehbarkeit im Zusammenhang mit verwaltungsrechtlichen Arbeitsverträgen als ungenügend qualifizieren will, ist eine Wertungsfrage. In Bezug auf den konkret abgeschlossenen Vertrag ist Voraussehbarkeit gegeben. Keine Voraussehbarkeit besteht im Hinblick auf die ganze mögliche Dauer des Arbeitsverhältnisses, weil die Arbeitsbedingungen durch Änderungskündigung und neuen Vertragsabschluss wieder geändert werden können. Eine Änderung der Anstellungsbedingungen ist aber auch im Falle der Regelung durch Gesetz oder Verordnung durch eine allfällige Revision der gesetzlichen Grundlagen nicht ausgeschlossen. Ein Unterschied ergibt sich lediglich bezüglich der Dauer, während welcher der Arbeitnehmer sich auf die neuen Vertragsbedingungen einstellen kann. Im Falle einer Änderungskündigung und eines neuen Vertragsabschlusses zu neuen Vertragsbedingungen kennt der Arbeitnehmer die neuen Bedingungen so lange im voraus wie die betreffende Kündigungsfrist dauert. Im Falle einer Änderung der Anstellungsbedingungen durch eine Revision des betreffenden Gesetzes oder der Verordnung ist die Änderung auf längere Sicht hinaus voraussehbar. Meiner Meinung nach ist aber trotzdem im Falle einer vertraglichen Regelung grundsätzlich genauso Voraussehbarkeit gegeben wie im Falle einer gesetzlichen Grundlage. Die kürzere Anpassungszeit bezüglich neuer Bedingungen im Falle der Regelung durch Vertrag fällt meines Erachtens nicht schwer ins Gewicht.

Auf jeden Fall problematisch ist im Zusammenhang mit einem öffentlichen Arbeitsvertrag die Gewährleistung der Rechtsgleichheit. Freilich sind die Behörden auch beim Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrags an die Rechtsgleichheit gebunden⁷¹⁴. Gerade Verträge sind aber rechtliche Lösungen im Einzelfalle⁷¹⁵ und es steht die individuelle Betrachtungsweise im Vordergrund⁷¹⁶. So wird im Falle der Gewährleistung der rechtsgleichen Behandlung bei einer Vielzahl von Anwendungsfällen nicht der Vertrag, sondern die Verfügung als angemessene Handlungsform betrachtet⁷¹⁷. Nur dort, wo die Einzelfallgerechtigkeit im Vordergrund steht, ist der Vertrag als Surrogat für eine genügend bestimmt formulierten gesetzlichen Grundlage unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit wenig problematisch⁷¹⁸. Bezüglich der Treuepflicht ist dies jedoch gerade eben nicht der Fall, denn es besteht wie oben dargestellt ein hohes Interesse an Rechts-

⁷¹² Dazu im Allgemeinen I. HÄNER, Einwilligung, S. 66. Im Bund besteht gemäss Art. 12 Abs. 6 lit. e BPG die Möglichkeit zur Kündigung aus schwer wiegenden wirtschaftlichen oder betrieblichen Gründen, sofern der Arbeitgeber der betroffenen Person keine zumutbare andere Arbeit anbieten kann.

⁷¹³ M. REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 312 f.

⁷¹⁴ Vgl. M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 248; vgl. auch P. RICHLI, Dienstrecht, S. 63 f.

⁷¹⁵ T. P. MÜLLER, S. 215.

⁷¹⁶ I. HÄNER, Einwilligung, S. 69.

⁷¹⁷ HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 1071; vgl. auch T. P. MÜLLER, S. 216.

⁷¹⁸ I. HÄNER, Einwilligung, S. 69.

gleichheit⁷¹⁹. Selbst wenn die Möglichkeit zur Anfechtung des Vertrags wegen rechtsungleicher Behandlung besteht, ändert dies am Resultat nichts. Es ergibt sich nämlich generell das Problem, dass die Einzelperson beim Eingehen des Dienstverhältnisses nicht abschätzen kann, ob sie tatsächlich gleich oder ungleich behandelt wird⁷²⁰. Was die Einschränkung der Meinungsfreiheit durch die Treuepflicht betrifft, kann somit der öffentlich-rechtliche Einzelarbeitsvertrag kein Bestimmtheitsurrogat darstellen.

2. Gesamtarbeitsvertrag

a Rechtsprechung und Lehre

Das Bundespersonalgesetz sieht die Möglichkeit vor, Gesamtarbeitsverträge abzuschliessen. Gemäss der Botschaft des Bundesrates wird damit ein neues Normschöpfungsverfahren eingeführt, weil die Normen zwischen Arbeitgeber und Personalorganisationen ausgehandelt werden⁷²¹. Der Botschaft zufolge ersetzen die abgeschlossenen Gesamtarbeitsverträge für ihren Geltungsbereich die traditionelle Regelungsform der Verordnung⁷²². Da der Gesamtarbeitsvertrag aber trotz des ihm vom Bundesrat zugesprochenen Rechtsetzungscharakters gleichzeitig auch einen Vertrag darstellt, kann man sich durchaus fragen, ob und inwiefern er traditionelle gesetzliche Normen ersetzen kann. In der Lehre ist denn auch schon die Frage aufgeworfen worden, ob der Gesamtarbeitsvertrag die gesetzliche Grundlage ersetzen könne⁷²³. Die Frage wurde dahingehend beantwortet, dass er sämtliche Regelungen enthalten darf, welche nicht zwingenderweise in einem Gesetz im formellen Sinne stehen müssen⁷²⁴.

b Stellungnahme

Der Gesamtarbeitsvertrag enthält einen normativen und einen schuldrechtlichen Teil⁷²⁵. Im schuldrechtlichen Teil wird das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien, also zwischen Arbeitgeber(verband) und Arbeitnehmerverband festgelegt⁷²⁶. Im normativen Teil regeln Abschlussnormen das Zustandekommen und die Beendigung des Einzelarbeitsvertrags, während Inhaltsnormen Bestimmungen über den Lohn, die Arbeitszeit

⁷¹⁹ Vgl. oben Kapitel 2:§ 5A.II.3.b.

⁷²⁰ I. HÄNER, Einwilligung, S. 70.

⁷²¹ BBl 1999 II 1597 ff., 1630.

⁷²² BBl 1999 II 1597 ff., 1630.

⁷²³ Vgl. dazu M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 247 f.

⁷²⁴ M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 248.

⁷²⁵ PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 177 ff. und 253 ff.; M. REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 523 ff. und 530 ff.; P. HELBLING, Gesamtarbeitsverträge, S. 909 f.

⁷²⁶ PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 253 ff.; M. REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 523 ff.; P. HELBLING, Gesamtarbeitsverträge, S. 910.

etc. darstellen⁷²⁷. Es wird im Folgenden darauf eingegangen, ob die Regeln des normativen Teils wirklich so gut wie ein Gesetz oder eine Verordnung Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit gewährleisten können.

Wird eine freiheitsrechtsbeschränkende Bestimmung in einem Gesamtarbeitsvertrag verankert, so ist Rechtssicherheit im Sinne von Vorausssehbarkeit und Berechenbarkeit genauso gut gewährleistet wie bei einer Statuierung in einem Gesetz oder einer Verordnung. Der Gesamtarbeitsvertrag wird wie ein Rechtssatz publiziert⁷²⁸. Das eidgenössische Publikationsgesetz verlangt für die eidgenössische Ebene grundsätzlich die Publikation in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts und der Systematischen Sammlung des Bundesrechts (Art. 2 lit. e PublG). Freilich werden die Gesamtarbeitsverträge auch im öffentlichen Dienst jeweils befristet⁷²⁹. Die Angestellten wissen nicht, was im nächsten Vertrag ausgehandelt werden wird. Allerdings können auch in einem Gesetz oder einer Verordnung verankerte Anstellungsbedingungen durch eine Revision geändert werden⁷³⁰. Die Vorausssehbarkeit im Falle der Regelung der Anstellungsbedingungen durch Gesamtarbeitsverträge ist somit nicht wesentlich schlechter als im Falle der Regelung durch Gesetz oder Verordnung.

Wie steht es mit der Gewährleistung der Rechtsgleichheit? Wie bereits oben festgehalten sind die Behörden auch im Rahmen vertraglicher Vereinbarungen an das Rechtsgleichheitsgebot gebunden⁷³¹. Im öffentlichen Personalrecht wäre es mit dem Gleichbehandlungsgebot nicht vereinbar, Arbeitnehmer des Gemeinwesens, welche dem vertragsschliessenden Personalverband nicht angehören, vom Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages auszuschliessen⁷³². Zudem muss der Gesamtarbeitsvertrag die ihm unterstellten Arbeitnehmer grundsätzlich gleichbehandeln⁷³³. Das Bundespersonalgesetz setzt ausdrücklich fest, dass der Gesamtarbeitsvertrag im Personalrecht des Bundes grundsätzlich für sämtliches Personal des betreffenden Arbeitgebers Geltung hat (Art. 38 Abs. 2 BPG)⁷³⁴. Bezüglich der Rechtsgleichheit ist die Situation im Falle einer Regelung durch Gesamtarbeitsvertrag demzufolge durchaus mit einer Regelung durch Gesetz oder Verordnung vergleichbar⁷³⁵. Ein Gesamtarbeitsvertrag gilt ebenso für das

⁷²⁷ PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 177 ff.; M. REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 530 ff.; P. HELBLING, Gesamtarbeitsverträge, S. 909 f.

⁷²⁸ Vgl. dazu P. HELBLING, Gesamtarbeitsverträge, S. 911.

⁷²⁹ M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 259; vgl. auch M. REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 547.

⁷³⁰ Vgl. oben Kapitel 5:§ 19B.V.1.b.

⁷³¹ Vgl. oben Kapitel 5:§ 19B.V.1.b.

⁷³² M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 254; vgl. auch P. RICHLI, Dienstrecht, S. 63.

⁷³³ M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 248; P. HELBLING, Gesamtarbeitsverträge, S. 901 f.

⁷³⁴ BBl 1999 II 1597 ff., 1631.

⁷³⁵ Vgl. auch P. HELBLING, Gesamtarbeitsverträge, S. 901 f.

gesamte Personal des betreffenden Arbeitgebers und darf wie ein Gesetz oder eine Verordnung nicht Gleiches ungleich oder Ungleiches gleich behandeln⁷³⁶.

Man wird diesen Betrachtungen zufolge festhalten können, dass zumindest die Regelungen des normativen Teils des Gesamtarbeitsvertrages als Rechtssätze betrachtet werden können⁷³⁷. Diese Regeln richten sich wie sonstige Rechtssätze des Personalrechts an eine unbestimmte Zahl von Adressaten, erfassen eine unbestimmte Zahl von Fällen und regeln Rechte und Pflichten in generell-abstrakter Weise⁷³⁸. Der Gesamtarbeitsvertrag enthält in seinem normativen Teil Rechtssätze wie eine Verordnung oder ein Gesetz, womit Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit gewährleistet werden kann. Was das Gebot der hinreichenden Normbestimmtheit betrifft, könnte also der Gesamtarbeitsvertrag durchaus dazu dienen, die Treuepflicht von Art. 20 Abs. 1 BPG weiter zu konkretisieren. Es wird des Weiteren aber noch geprüft werden müssen, ob dadurch auch dem Gebot der hinreichenden Normstufe Rechnung getragen werden kann.

VI. Fazit

Von einem eigentlichen Bestimmtheitssurrogat kann man meiner Ansicht nur sprechen, wenn Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit wie durch einen bestimmten Rechtssatz gewährleistet werden. Diese enge Definition des Bestimmtheitssurrogats rechtfertigt sich deswegen, weil vor allem für solche Normen ein Surrogat gesucht wird, bei denen das Interesse an Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit eher hoch ist. Eine enge Definition des Bestimmtheitssurrogats stellt sicher, dass nicht mit dem Hinweis auf irgendwelche Kompensationsmöglichkeiten am Ende auf Bestimmtheit verzichtet wird, wo Bestimmtheit erforderlich und möglich wäre.

Als eigentliches Bestimmtheitssurrogat kommen aus diesem Grund lediglich eine reichhaltige, Massstäbe setzende, stabile und publizierte Behördenpraxis oder in gewissen Fällen eine Beratungspflicht der Behörden in Frage. Zur Zeit besteht zu Art. 20 Abs. 1 BPG jedoch keine reichhaltige, Massstäbe setzende, stabile und publizierte Behördenpraxis. Der grosse Nachteil der Behördenpraxis als Bestimmtheitssurrogat im Allgemeinen ist zudem, dass sie sich erst im Laufe der Zeit bildet. Aus diesem Grund sollte nur dann mit dem Hinweis auf die sich bildende Behördenpraxis auf Bestimmtheit verzichtet werden, wenn die Norm wegen schwer voraussehbarer Sachverhalte nur unbestimmt formuliert werden kann. Dies ist jedoch bei der Treuepflicht gerade nicht der Fall.

⁷³⁶ Vgl. auch P. HELBLING, Gesamtarbeitsverträge, S. 902.

⁷³⁷ Dementsprechend werden die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrags wie Gesetzestexte ausgelegt, dazu Regeste des Entscheids PRK vom 14. Mai 2004, VPB 2004, Nr. 152; S. 7 E. 4b (www.vpb.admin.ch/rohtexte/R/2004/CRP_2003-025.pdf); P. HELBLING, Gesamtarbeitsverträge, S. 911.

⁷³⁸ Zum Rechtsatzbegriff HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 383 ff.

Auch eine Beratungspflicht der Behörden ist als Bestimmtheitssurrogat für Art. 20 Abs. 1 BPG nicht geeignet. Im Zusammenhang mit der Treuepflicht stellen sich vielgestaltige, komplexe Fragen, weswegen eine rechtsgleiche Behandlung durch die Beratung der Behörden nicht gewährleistet werden könnte.

Einzig eine Präzisierung von Art. 20 Abs. 1 BPG durch eine Regel in einem Gesamtarbeitsvertrag könnte genügend Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit gewährleisten und käme somit als Bestimmtheitssurrogat von Art. 20 Abs. 1 BPG in Frage. Im Folgenden ist somit zu prüfen, ob im Falle der Präzisierung von Art. 20 Abs. 1 BPG durch eine Regelung in einem Gesamtarbeitsvertrag auch dem Gebot hinreichender Normstufe genügend Rechnung getragen würde.

§ 20 Gebot der hinreichenden Normstufe

A. Gesetz im formellen Sinne

Soll die Meinungsfreiheit von Staatsangestellten durch eine Treuepflicht statuierende Norm eingeschränkt werden können, besteht wie im zweiten Kapitel festgestellt ein grosses Interesse an demokratischer Legitimation⁷³⁹. Es besteht somit ein grosses Interesse daran, dass diese Norm von einem Staatsorgan erlassen wird, welche über eine der Wichtigkeit entsprechende demokratische Legitimation verfügt⁷⁴⁰. Verlangt wird also die Verankerung der Norm in einem Erlass, welcher in einem qualifizierten Verfahren – nämlich unter Mitwirkung der Volksvertretung und je nach der verfassungsrechtlichen Regelung allenfalls auch unter Mitsprache des Volkes – erlassen worden ist⁷⁴¹. Das Defizit von Art. 20 Abs. 1 BPG könnte somit auf jeden Fall dadurch behoben werden, dass eine Gesetzesänderung vorgenommen wird. Art. 20 Abs. 1 BPG könnte revidiert und dabei bestimmter konzipiert werden. In diesem Fall würde die Treuepflicht eine genügende gesetzliche Grundlage im Bundespersonalgesetz erhalten. Es fragt sich lediglich noch, ob es statt dessen auch möglich wäre, den unbestimmten Art. 20 Abs. 1 BPG durch einen Gesamtarbeitsvertrag zu konkretisieren. Zu diesem Zweck ist zu prüfen, ob der Gesamtarbeitsvertrag dem grossen Interesse an demokratischer Legitimation gerecht werden könnte.

B. Gesamtarbeitsvertrag

Eine genügend grosse demokratische Legitimation zur Regelung der Treuepflicht im öffentlichen Dienst käme dem Gesamtarbeitsvertrag dann zu, wenn er wie die Gesetze im formellen Sinne in einem qualifizierten Verfahren und durch ein Organ erlassen würde, welches über demokratische Legitimation verfügte⁷⁴². Das Bundespersonalgesetz sieht vor, dass der Gesamtarbeitsvertrag auf Bundesebene zwischen der Post, den Schweizerischen Bundesbahnen sowie weiteren vom Bundesrat ermächtigten Arbeitgeber abgeschlossen wird (Art. 38 Abs. 1 BPG)⁷⁴³. Auf der Arbeitgeberseite stehen somit die vom Bundesrat ermächtigten Arbeitgeber und auf Arbeitnehmerseite die Arbeitnehmerverbände. Diejenigen Bürger, welche durch die Regelung am direktesten betroffen sind, weil

⁷³⁹ Vgl. oben Kapitel 2:§ 5B.II.5.

⁷⁴⁰ G. MÜLLER, Funktionen, S. 17.

⁷⁴¹ G. MÜLLER, Funktionen, S. 17; HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 394.

⁷⁴² Vgl. oben Kapitel 2:§ 5B.II.1.

⁷⁴³ Zur Subdelegation an untergeordnete Verwaltungseinheiten M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 264.

sie Arbeitnehmer sind, sind somit bei der Rechtsetzung durch die Arbeitnehmerverbände vertreten. Der Gesamtarbeitsvertrag wird aber auf Arbeitgeberseite nicht durch die Legislative, sondern durch die vom Bundesrat ermächtigten Arbeitgeber abgeschlossen. Der Gesamtarbeitsvertrag ist somit stärker demokratisch legitimiert als eine Verordnung, weil die unmittelbar betroffenen Arbeitnehmer an der Rechtsetzung beteiligt sind. Es kommt ihm aber nicht dieselbe demokratische Legitimation zu wie dem Gesetz im formellen Sinne, weil der Gesamtarbeitsvertrag auf Arbeitgeberseite nicht durch die Legislative abgeschlossen wird. Ob man die demokratische Legitimation des Gesamtarbeitsvertrags nun als für die Einschränkung der Meinungsfreiheit der Bundesangestellten durch die Treuepflicht als genügend erachten will, ist letztlich eine Wertungsfrage. Meiner Meinung nach ist jedoch das demokratische Interesse bezüglich einer die Meinungsfreiheit einschränkenden Treuepflicht im öffentlichen Dienst so gross, dass nur ein Gesetz im formellen Sinne genügend demokratisch legitimiert ist. In der Lehre ist auch bereits gefordert worden, dass zumindest die Grundsatzentscheidungen bezüglich der Besoldung, der Grundrechte, der Beendigung der Dienstverhältnisse und des Rechtsschutzes vom Gesetzgeber zu treffen sind und nicht in einem Gesamtarbeitsvertrag statuiert werden dürfen⁷⁴⁴.

C. Fazit

Dem grossen Interesse an demokratischer Legitimation im Falle der Regelung einer Treuepflicht, welche auch ausserdienstliche Meinungsäusserungen einschränken soll, kann somit nur mittels der Verankerung in einem Gesetz im formellen Sinne Rechnung getragen werden.

⁷⁴⁴ M. MICHEL, Beamtenstatus, S. 266; P. HELBLING, Gesamtarbeitsverträge, S. 901 und S. 906.

§ 21 Fazit

A. Problemstellung

Es sollte die Frage beantwortet werden, auf welche Art und Weise das Defizit von Art. 20 Abs. 1 BPG behoben werden kann. Abschliessend lässt sich nun dazu festhalten, dass dies nur durch eine Gesetzesänderung möglich ist. Es gibt keine andere Möglichkeit, um die Unbestimmtheit von Art. 20 Abs. 1 BPG auszugleichen. Art. 20 Abs. 1 BPG müsste also revidiert und bestimmter gestaltet werden. Dementsprechend folgt ein Vorschlag für eine Neukonzipierung von Art. 20 Abs. 1 BPG.

B. Lösung

I. Vorschlag für eine Neuregelung der Treuepflicht

Die die Meinungsfreiheit einschränkende Norm auf Gesetzesstufe könnte folgendermassen lauten:

Art. 20 BPG Interessenwahrungspflicht

¹ Die Angestellten haben die Interessen des Bundes an rechtmässiger, unparteilicher, wirtschaftlicher, kooperativer und bürgernaher Aufgabenerfüllung zu wahren.

² Die Angestellten müssen sich inner- und ausserdienstlich mit Meinungsäusserungen zurückhalten, welche ihre konkrete Amtsführung beeinträchtigen oder der Glaubwürdigkeit des Staates schaden könnten. Dabei sind der konkrete Aufgabenkreis, die konkrete Stellung und die konkrete Verantwortung der Angestellten zu berücksichtigen.

³ ...[ev. weitere Freiheitsrechte]

II. Begründung

Meiner Meinung nach wählt man am besten den Titel „Interessenwahrungspflicht“. Der Begriff „Treuepflicht“ weckt übertriebene und falsche Erwartungen. Dieser Begriff entspricht nicht mehr den heutigen Auffassungen, wonach bei arbeitsrechtlichen Fragen jeweils Interessen des Arbeitgebers mit Interessen des Arbeitnehmers abzuwägen sind. Mit der Bezeichnung Interessenwahrungspflicht wird schon begrifflich festgehalten, dass jeweils eine Abwägung zwischen dem Interesse des Arbeitgebers und demjenigen der

Bundesangestellten vorgenommen werden muss⁷⁴⁵. Dementsprechend sollte aber in der Norm auch zum Ausdruck kommen, welche öffentlichen Interessen eine Einschränkung der Meinungsfreiheit erfordern. Eine Interessenwahrungspflicht statuierende Norm sollte generell und nicht kasuistisch ausgestaltet werden, aber einen hohen Bestimmtheitsgrad haben. Die Interessenwahrungspflicht sollte somit nicht nur allgemein auf Interessen des Bundes verweisen sondern die einzelnen öffentlichen Interessen nennen und die Grundstruktur der Interessenabwägung festlegen⁷⁴⁶.

Bei der Interessenwahrungspflicht in diesem Sinne handelt es sich um eine Auffangpflicht. Gerade deswegen ist es empfehlenswert, klar festzuhalten, dass die Interessenwahrungspflicht die Meinungsfreiheit einschränkt. Soll die Interessenwahrungspflicht auch andere Freiheitsrechte als die Meinungsfreiheit einschränken, so sollte dies im Gesetz ebenfalls zum Ausdruck gebracht werden. Die Einschränkung von anderen Freiheitsrechten könnte in weiteren Absätzen von Art. 20 BPG geregelt werden. Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist jedoch nur die Meinungsfreiheit, weswegen auf solche Regelungen nicht näher eingegangen werden kann.

Die Tragweite der Einschränkung der Meinungsfreiheit muss in sachlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht wenigstens dem Grundsatz nach in Art. 20 BPG verankert sein. Es muss eindeutig zum Ausdruck gebracht werden, dass auch ausserdienstliche Meinungsäußerungen eingeschränkt werden. Dies ist gerade deswegen notwendig, weil in der Vergangenheit immer umstritten war, ob und inwiefern die Treuepflicht auch den ausserdienstlichen Bereich umfasst⁷⁴⁷. Allerdings muss gleichzeitig zum Ausdruck kommen, dass nicht alle ausserdienstlichen Meinungsäußerungen aufgrund der Interessenwahrungspflicht zu unterlassen sind, sondern nur jene, welche den öffentlichen Interessen zuwider laufen. Es sollte ebenfalls zum Ausdruck gebracht werden, dass es sich bei der Interessenwahrungspflicht um eine relative Pflicht handelt und dass die Anforderungen an das ausserdienstliche Verhalten von den konkreten Aufgaben, der konkreten Stellung und Verantwortung des Staatsangestellten abhängen. Was die Einschränkung der Meinungsfreiheit aufgrund der allgemeinen Interessenwahrungspflicht in zeitlicher Hinsicht betrifft, so sind Einschränkungen *nach* Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gerechtfertigt. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses überwiegt das private Grundrechtsinteresse an freier Meinungsäußerung die mit der Interessenwahrungspflicht verfolgten öffentlichen Interessen. Demzufolge darf Art. 20 BPG bezüglich der Einschränkung der Meinungsfreiheit keine über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinausgehende allgemeine Interessenwahrungspflicht statuieren.

⁷⁴⁵ Vgl. oben Kapitel 4:§ 12B.I.

⁷⁴⁶ Vgl. auch M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 254, welcher insbesondere die erhöhte Konfliktträchtigkeit als Grund für eine Festlegung der Grundstruktur der Interessenabwägung betrachtet.

⁷⁴⁷ Vgl. oben Kapitel 2:§ 5A.II.9.

Die Interessenwahrungspflicht kann und muss auf Verordnungsstufe oder auf der Stufe des Gesamtarbeitsvertrages weiter konkretisiert werden. In einer Verordnung könnte beispielsweise die Interessenwahrungspflicht leitender und beratender Staatsangestellter geregelt werden. Es könnte geregelt werden, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Staatsangestellter die konkreten Entscheide seiner Vorgesetzten kritisieren darf.

§ 22 Schlusswort

Das Bundespersonalgesetz hat das seit 1927 bestehende Beamtengesetz ersetzt. Aufgrund der gewachsenen Flexibilitätsbedürfnisse des Staates und unter dem Einfluss der Forderungen durch das New Public Management wurde das Bundespersonalgesetz als blosser Rahmenerlass konzipiert. Durch das Bundespersonalgesetz werden auf Gesetzesstufe nur noch wenige Fragen geregelt und die Normen sind im Vergleich zum Beamtengesetz von 1927 tendenziell unbestimmter. Inhaltlich erfuhr das Personalrecht beim Bund mit dem Erlass des Bundespersonalgesetzes eine starke Orientierung am privaten Arbeitsrecht. Damit haben sich die gesetzlichen Grundlagen für die Einschränkungen der Meinungsfreiheit des Bundespersonals sowohl in formeller wie auch inhaltlicher Hinsicht stark geändert. Angesichts dieser tiefgreifenden Änderungen stellte sich die Frage, ob beim Erlass des Bundespersonalgesetzes den verfassungsrechtlichen Anforderungen bezüglich der Einschränkung der Meinungsfreiheit Genüge getan wurde.

Ausgegangen wurde von der Frage, welche formellen Voraussetzungen gesetzliche Grundlagen in einem modernen Personalrecht erfüllen müssen, um die Meinungsfreiheit von Bundesangestellten einzuschränken. Es wurde festgestellt, dass eine Treuepflicht oder Schweigepflicht statuierende Norm zur Einschränkung der Meinungsfreiheit der Bundesangestellten generell, aber trotzdem sehr bestimmt sein muss. Die Norm muss in bestimmter Weise das geforderte Verhalten umschreiben und die Tragweite der Einschränkung der Meinungsfreiheit muss in sachlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht ersichtlich sein. Was die erforderliche Normstufe betrifft, so muss die Tragweite der Einschränkung dem Grundsatz nach in einem Gesetz im formellen Sinne verankert sein.

Die Betrachtung der gesetzlichen Grundlagen im Bundespersonalgesetz hat ergeben, dass diese Voraussetzungen im Falle der in Art. 22 BPG i. V. m. Art. 94 BPV statuierten Schweigepflicht erfüllt sind. Hingegen zeigte die Prüfung von Art. 20 Abs. 1 BPG, dass die Treuepflicht im Bundespersonalrecht derart unbestimmt umschrieben ist, dass zumindest Einschränkungen der Meinungsfreiheit im ausserdienstlichen Bereich nicht möglich sind. Dies warf wiederum die Frage auf, ob überhaupt ein Bedürfnis an einer sich auch auf ausserdienstliche Meinungsäusserungen beziehenden Treuepflicht besteht. Diese Frage stellte sich vor allem auch, weil bisher Einschränkungen auch ausserdienstlicher Meinungsäusserungen gestützt auf die Treuepflicht möglich waren. Es stellte sich somit die Frage nach der notwendigen inhaltlichen Ausgestaltung der Treuepflicht in einem modernen Personalrecht.

Es wurde festgestellt, dass auch gegenwärtig durchaus mit der Verfassung in Einklang stehende öffentlichen Interessen existieren, welche Einschränkungen auch ausserdienstlicher Meinungsäusserungen verlangen. Die Interessen an der Gewährleistung ordnungsgemässer Aufgabenerfüllung und an der Erhaltung der Glaubwürdigkeit des Staates

können auch durch ausserdienstliche Meinungsäusserungen beeinträchtigt werden. Andererseits ist auch dem privaten Interesse der Staatsangestellten an freier Meinungsäusserung Rechnung zu tragen. Aufgrund einer Verhältnismässigkeitsprüfung kommt man zum Schluss, dass eine Treuepflicht derart statuiert werden sollte, dass die ausserdienstlichen Meinungsäusserungen zu unterlassen sind, welche die Gewährleistung ordnungsgemässer Aufgabenerfüllung und das Vertrauen der Bevölkerung daran wie auch die Glaubwürdigkeit des Staates gefährden könnten. Es wurde somit festgestellt, dass der Staat nach wie vor auf eine sich auch auf ausserdienstliche Meinungsäusserungen erstreckende Treuepflicht nicht verzichten kann. Die Situation des Staates in arbeitsrechtlicher Hinsicht ist dabei tatsächlich vergleichbar mit derjenigen in privatrechtlichen Tendenzbetrieben. Auch in Tendenzbetrieben wird wegen der primär ideellen Zielsetzung von einer sich verstärkt auch auf ausserdienstliches Verhalten beziehenden Treuepflicht ausgegangen. Könnte somit das zur Zeit bestehende Defizit von Art. 20 Abs. 1 BPG mit dem Hinweis auf die ähnliche Situation in Tendenzbetrieben behoben werden? Könnte Art. 20 Abs. 1 BPG trotz seiner Unbestimmtheit auch ausserdienstliche Meinungsäusserungen erfassen, weil im Privatrecht gestützt auf den gleichlautenden Art. 321a Abs. 1 OR in Tendenzbetrieben auch ausserdienstliche Meinungsäusserungen eingeschränkt werden können?

Im öffentlichen Recht sind Einschränkungen von Freiheitsrechten neben anderen Voraussetzungen nur zulässig, wenn sie sich auf genügend *bestimmte* Normen abstützen lassen. Art. 20 Abs. 1 BPG und Art. 321a Abs. 1 OR stellen jedoch sehr unbestimmte Normen dar. Anhand dieser Normen wird in keiner Weise ersichtlich, dass sie auch den ausserdienstlichen Bereich erfassen. Im öffentlichen Recht ist es aber nicht zulässig, eine sich auch auf den ausserdienstlichen Bereich beziehende Treuepflicht anzunehmen, wenn eine solche gesetzlich nicht in genügender Weise statuiert ist. Möglich wäre eventuell lediglich noch, dass eine reichhaltige, Massstäbe setzende, stabile und publizierte Praxis zur weitergehenden Treuepflicht im privatrechtlichen Tendenzbetrieb als Bestimmtheitssurrogat für Art. 20 Abs. 1 BPG dienen könnte. Wie aber festgestellt wurde, existiert zur Zeit keine solche Praxis zur weitergehenden Treuepflicht im Tendenzbetrieb. Der Hinweis auf die weitergehende Treuepflicht in Tendenzbetrieben kann somit das Defizit von Art. 20 Abs. 1 BPG nicht beheben. Es gibt auch keine anderen Bestimmtheitssurrogate, welche das Defizit von Art. 20 Abs. 1 BPG derart ausgleichen könnten, so dass auch die Einschränkung der Meinungsfreiheit im ausserdienstlichen Bereich möglich ist. Auch eine Konkretisierung durch Gesamtarbeitsvertrag oder Verordnung ist nicht zulässig, weil dann dem Gebot hinreichender Normstufe nicht genügend Rechnung getragen würde.

Abschliessend kann festgehalten werden, dass die Einschränkung der Meinungsfreiheit von Bundesangestellten in formeller und inhaltlicher Hinsicht verfassungsmässig sein muss. Wie in dieser Arbeit festgestellt wurde, kann der Staat auch in einem moder-

nen Personalrecht auf eine sich auch auf ausserdienstliche Meinungsäusserungen beziehende Treuepflicht nicht verzichten. Eine solche Pflicht sollte aber auch in bestimmter Weise auf Gesetzesstufe wenigstens dem Grundsatz nach verankert sein. Im Bundespersonalrecht hat man dagegen den unbestimmten Wortlaut der privatrechtlichen Treuepflicht übernommen. Gerade im Zusammenhang mit der Regelung der Treuepflicht zeigen sich somit die Probleme, welche sich bei der Annäherung des öffentlichen Personalrechts an das privatrechtliche Arbeitsvertragsrecht ergeben können. Man hat bei der Treuepflicht auf die privatrechtliche Regelung zurückgegriffen, ohne den Unterschieden zwischen öffentlichem Recht und dem Privatrecht genügend Rechnung zu tragen. Im Privatrecht ist die Unbestimmtheit von Art. 321a Abs. 1 OR kein Problem. Einschränkungen von Rechten auch im ausserdienstlichen Bereich sind im Privatrecht gestützt auf diese Norm zulässig. Im öffentlichen Recht ist dies aufgrund des Legalitätsprinzips jedoch nicht möglich. Anstatt den Wortlaut der unbestimmten privatrechtlichen Treuepflicht zu übernehmen, hätte man eine eigene Norm schaffen sollen. Bezüglich der Treuepflicht bietet sich als einzige Lösung eine Gesetzesrevision an, womit Art. 20 Abs. 1 BPG bestimmter auszugestaltet ist. Die neue Norm sollte als Interessenwahrungspflicht ausgestaltet werden. Es sollten die verfolgten öffentlichen Interessen bezeichnet und die Grundstruktur der Interessenabwägung festgelegt werden. Die Tragweite der Einschränkung der Meinungsfreiheit sollte ersichtlich sein. Nur auf diese Weise kann die Interessenwahrungspflicht ihre Funktion erfüllen, einen gerechten und transparenten Ausgleich zwischen den öffentlichen Interessen und dem privaten Grundrechtsinteresse zu schaffen.

Lebenslauf

Am 11. Oktober 1975 wurde ich in Schlieren (ZH) geboren. Die Primarschule besuchte ich in Schlieren und Luzern. An der Kantonsschule Luzern schloss ich im Sommer 1995 das Literargymnasium ab und studierte danach Rechtswissenschaft an der Universität Zürich. Im Anschluss an das Lizentiat im Dezember 2000 wurde ich Assistentin am Lehrstuhl von Frau Prof. Dr. B. Weber-Dürler und begann mit meiner Dissertation. Seit dem 1. Mai 2005 arbeite ich als Auditorin am Bezirksgericht Horgen.

Zürich, 5. November 2005

Beatrix Schibli