VPB 61.57

(Auszug aus einem Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission vom 30. Oktober 1996)

Gesuch um Ermächtigung zur Bekleidung eines öffentlichen Amtes.

Art. 14 BtG. Begriff des öffentlichen Amtes.

Eine Tätigkeit als nebenamtliche Gemeindeschreiberin ist als Nebenbeschäftigung einzustufen, wenn sie in einem öffentlichrechtlichen Beamtenverhältnis ausgeübt wird und die Entschädigung dafür einen vollen Teilzeitlohn beträgt.

Demande relative à l'autorisation d'exercer une charge publique.

Art. 14 StF. Notion de charge publique.

Une activité de secrétaire communale à titre de fonction annexe doit être considérée comme une occupation accessoire lorsqu'elle est exercée dans un rapport de service de droit public et que l'indemnité perçue à cet effet correspond au salaire d'une activité à temps partiel.

Domanda d'autorizzazione per esercitare una carica pubblica.

Art. 14 OF. Nozione di carica pubblica.

Un'attività di segretaria comunale a titolo di carica secondaria deve essere considerata occupazione accessoria se è esercitata in un rapporto di servizio di diritto pubblico e l'indennità riscossa all'uopo corrisponde al salario di un'attività a tempo parziale.

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. X wurde vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) 1990 als Beamtin beim Bundesamt für Geistiges Eigentum (BAGE) gewählt.

Das BAGE wurde auf den 1. Januar 1996 in eine öffentlichrechtliche Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit, nämlich in das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE), umgewandelt (vgl. Art. 1 in Verbindung mit Art. 18 Abs. 1 und Art. 19 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über Statut und Aufgaben des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum [IGEG], SR 172.010.31, AS 1995 5050).

B. Am 19. Juli 1995 stellte X beim BAGE gestützt auf Art. 14 des Beamtengesetzes vom 30. Juni 1927 (BtG, SR 172.221.10) ein Gesuch um Erteilung einer Ermächtigung für die Bekleidung eines öffentlichen Amtes, da sie am 14. Juli 1995 vom Gemeinderat G. (Kanton Freiburg) zur nebenamtlichen Gemeindeschreiberin gewählt worden war. Sie erklärte sich bereit, die 15 Urlaubstage, die für die Ausübung öffentlicher Ämter gemäss Art. 14 Abs. 4 BtG gewährt werden, auf ein Minimum von fünf Tagen pro Kalenderjahr zu reduzieren oder gänzlich darauf zu verzichten. Mit Schreiben vom 20. September 1995 teilte ihr das BAGE mit, das Generalsekretariat des EJPD und das Eidgenössische Personalamt (EPA) seien der Auffassung, bei der Tätigkeit einer nebenamtlichen Gemeindeschreiberin handle es sich um eine bewilligungspflichtige Nebenbeschäftigung. X wurde aufgefordert, ein neues Gesuch um Bewilligung einer Nebenbeschäftigung zu stellen und darzulegen, welche zeitliche Beanspruchung sich aus dieser Nebenbeschäftigung ergebe. Mit Schreiben vom 26. September 1995 erklärte sich X bereit, ihr Gesuch vom 19. Juli 1995 in ein Gesuch um Erteilung einer Bewilligung für eine Nebenbeschäftigung umzuwandeln, unter der Bedingung, dass vorgängig festgestellt
werde, ob die nebenamtliche Gemeindeschreiberfunktion nach bisheriger Praxis des EPA tatsächlich als bewilligungspflichtige Nebenbeschäftigung betrachtet worden ist.

Am 1. April 1996 verfügte das IGE, das Gesuch von X vom 19. Juli 1995 werde als Gesuch um Erteilung einer Bewilligung für eine Nebenbeschäftigung nach Art. 15 BtG behandelt und ermächtigte sie, eine Nebenbeschäftigung als nebenamtliche Gemeindeschreiberin auszuüben, vorerst befristet bis 31. Dezember 1996. Das IGE hielt zudem fest, dass X, sollte sie mit dieser Nebenbeschäftigung und ihrer Besoldung insgesamt ein höheres Einkommen als 110% des Höchstbetrages ihrer Besoldungsklasse erreichen, den Mehrbetrag dem IGE abliefern müsse (Ziff. 3 der Verfügung).

C. Entsprechend der angegebenen Rechtsmittelbelehrung lässt X diese Verfügung mit Beschwerde vom 8. Mai 1996 bei der Eidgenössischen Personalrekurskommission anfechten. Sie beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Gesuchssache betreffend Ermächtigung zur Bekleidung eines öffentlichen Amtes an das EJPD zum Entscheid zu überweisen, eventuell sei ihr Gesuch um Ermächtigung zur Bekleidung eines öffentlichen Amtes der freiburgischen Gemeinde G. zu bewilligen.

D. Mit Verfügung vom 11. Juni 1996 zog das IGE Ziff. 3 seiner Verfügung vom 1. April 1996 in Wiedererwägung und hob diese ersatzlos auf.

In ihren Vernehmlassungen vom 13. Mai bzw. 12. Juni 1996 beantragen sowohl das IGE als auch das EPA im übrigen die Abweisung der Beschwerde.

Auf die Begründung der Eingaben an die Eidgenössische Personalrekurskommission wird - soweit erforderlich - in den Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:

(...)

4. Es bleibt zu prüfen, ob die Gemeindeschreiberfunktion der Beschwerdeführerin ein öffentliches Amt nach Art. 14 BtG darstellt.

Das IGE stützt sich (...) auf ein Gutachten des EPA[30], welches festhält, dass es sich bei der Tätigkeit des nebenamtlichen Gemeindeschreibers einer bernischen Gemeinde nicht um ein öffentliches Amt nach Art. 14 BtG, sondern um eine bewilligungspflichtige Nebenbeschäftigung nach Art. 15 BtG handle, weil die mit dieser Funktion verbundenen Aufgaben in der

Regel keine hoheitlichen Kompetenzen beinhalten. Da sich die Aufgaben eines nebenamtlichen Gemeindeschreibers einer freiburgischen Gemeinde aufgrund der Gemeindegesetzgebung nicht von solchen eines nebenamtlichen bernischen Gemeindeschreibers unterscheiden, folgert das IGE, dass die Schlüsse des Gutachtens des EPA auch für den nebenamtlichen Gemeindeschreiber einer freiburgischen Gemeinde gelten müssten.

Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend, massgeblich sei einzig, ob das betreffende Amt im öffentlichen Recht der Gemeinde begründet sei. Die Ausübung einer hoheitlichen Funktion durch die Amtsperson sei nicht erforderlich.

a. Gemäss dem Gutachten des EPA ist von einem öffentlichen Amt im Sinne von Art. 14 BtG unter folgenden Voraussetzungen auszugehen:

1. Es muss sich beim öffentlichen Amt um ein Nebenamt und nicht um ein Vollamt handeln.

2. Der Begriff des öffentlichen Amtes richtet sich nach bundes-, kantonal- oder kommunalrechtlicher Umschreibung. Wenn das einschlägige eidgenössische, kantonale oder kommunale Recht eine bestimmte Tätigkeit mit den Attributen der «Hoheitlichkeit» versieht, d. h. wo Bund, Kanton oder Gemeinde der Trägerin bzw. den Träger hoheitliche Funktionen (z. B. die Kompetenz zum Entscheid, zur Erteilung behördlicher Bewilligungen, zur Vornahme behördlicher Kontrollen) übertragen, gilt diese Tätigkeit bundesdienstrechtlich als öffentliches Amt.

3. Das öffentliche Amt wird von einem Träger hoheitlicher Befugnisse verliehen (z. B. durch den Bund, die Kantone und Gemeinden sowie öffentlich-rechtliche Anstalten usw.).

4. Das öffentliche Amt verleiht dessen Inhaber «Hoheitlichkeit», d. h. behördliche Machtbefugnisse.

5. Das öffentliche Amt wird der betroffenen Person in aller Regel durch hoheitlichen Akt übertragen.

6. Das öffentliche Amt konkurrenziert nicht die private Erwerbstätigkeit des Nichtbeamten.

Dem Gutachten des EPA zufolge beinhaltet die Funktion eines Gemeindeschreibers in der Regel keine hoheitlichen Befugnisse; sie erschöpfe sich in der administrativen Tätigkeit. Da die Regierungs- und Verwaltungstätigkeit in der Regel auch auf kantonaler und kommunaler Ebene getrennt sind, sei grundsätzlich davon auszugehen, dass die Gemeindeschreiberfunktion als Verwaltungsfunktion keine hoheitlichen Funktionen beinhalte und daher kein öffentliches Amt nach Art. 14 BtG sei.

b. Es ist zunächst einmal festzustellen, dass der Begriff des hoheitlichen Handelns vor allem zur Abgrenzung von der privatrechtlichen Tätigkeit des Gemeinwesens verwendet wird (vgl. Max Imboden / René A. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel und Frankfurt am Main 1986, Band I, Nr. 47, S. 287; Ulrich Häfelin / Georg Müller, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich 1993, Rz. 15). Das Gemeinwesen ist insofern Träger von Hoheitsrechten, als es die ihm durch Verfassung, Gesetz und Herkommen übertragenen Aufgaben wahrnimmt (vgl. Fritz Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 21). Hoheitlichkeit will zunächst einmal nichts anderes heissen, als im öffentlichen Recht begründet. Dass ein öffentliches Amt im öffentlichen Recht begründet sein muss, ist selbstverständlich. Hoheitliches Handeln oder hoheitliche Funktion sind immer dann gegeben, wenn das Gemeinwesen durch seine Amtsträger dem Privaten als übergeordnetes Rechtssubjekt gegenübertritt und ihn zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichtet (Hoheitlichkeit im engeren Sinn). Die Ausübung der Zwangsgewalt durch das Gemeinwesen ist aber nur ein Aspekt der hoheitlichen Tätigkeit. Der Begriff der Hoheitlichkeit geht weiter und umfasst alle
Aufgaben, die das Gemeinwesen kraft Gesetz wahrzunehmen hat und die von Privaten nicht ausgeübt werden können, da sie Teil des dem Staat eigenen Wirkungskreises sind (Hoheitlichkeit im weiteren Sinn). Damit ist aber noch nichts über die konkreten Machtbefugnisse gesagt, die ein bestimmter Amtsträger innehat. Es ist daher verfehlt, Hoheitlichkeit mit behördlichen Machtbefugnissen gleichzusetzen und diese Machtbefugnisse als Voraussetzung für ein öffentliches Amt nach Art. 14 BtG anzusehen. In diesem Sinne verzichtet der Bericht von H. Schroff «Der Begriff des öffentlichen Amtes nach Beamtenrecht» vom 21. März 1986, der dem Gutachten des EPA zugrunde liegt, zu Recht auf den Begriff der Hoheitlichkeit. Er stellt zusammenfassend fest, dass ein öffentliches Amt bekleide, wer für eine öffentlichrechtliche Einrichtung des Bundes, des Kantons, der Gemeinde, einer öffentlichen Schule oder öffentlichrechtlich anerkannten Kirche Aufgaben der Gesetzgebung, Rechtspflege oder Verwaltung ausübt, gleichgültig ob es unentgeltlich oder entgeltlich, infolge Berufung oder Bewerbung geschieht, z. B. als Stimmbüromitglied, Feuerwehrinspektor, Brennereiaufseher, Mitglied einer kantonalen Schiesskommission für das ausserdienstliche Schiessen
oder als Lehrabschlussprüfungsexperte. Letztlich vermag aber auch diese Definition nicht zu überzeugen, könnte doch daraus geschlossen werden, dass ein öffentliches Amt im Sinne von Art. 14 BtG immer dann vorliegen würde, wenn auf öffentlichem Recht beruhende Aufgaben der Gesetzgebung, Rechtsprechung oder Verwaltung teilzeitlich erfüllt werden.

c. Die allgemeinen Grundsätze, die ein öffentliches Amt auszeichnen, lassen sich anhand der demokratischen Prinzipien, die der kantonalen Ordnung bezüglich ihrer Organe zugrunde liegen, bestimmen. Im einzelnen sind dies 1. die demokratische Berufung des Amtsinhabers durch Volkswahl oder Wahl des Gemeinderates, 2. der Grundsatz der kurzen Amtsdauer, 3. der Grundsatz der allgemeinen Ämterfähigkeit, d. h. Erforderlichkeit der Stimmberechtigung im betreffenden Gemeinwesen und 4. das Prinzip der Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten für ihre amtlichen Verrichtungen (zum Ganzen Zaccaria Giacometti, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941, S. 282 ff.). Eine eigentliche Kompetenz zum Entscheid im Sinne einer Verfügungsgewalt ist für das öffentliche Amt nicht begriffsnotwendig. Es genügt, wenn die Funktion des Amtsträgers im öffentlichen Recht begründet ist. Eine weitergehende Abgrenzung wie sie das EPA in seinem Gutachten vornimmt, wird dem Begriff des öffentlichen Amtes nicht gerecht und war auch vom Bundesgesetzgeber nicht bezweckt, hielt der Bundesrat doch in seiner Botschaft zum Beamtengesetz bezüglich Art. 14 BtG (BBl 1924 III 78) fest, er wolle das im Bundesdienste beschäftigte Personal am Leben
kirchlicher und weltlicher Natur innerhalb der Gemeinde, im Amtsbezirke, Kanton und Bunde, in weitgehendem Masse teilnehmen lassen. Das im Gutachten des EPA aufgestellte zusätzliche Erfordernis der behördlichen Machtbefugnis widerspricht somit dem Sinn und Zweck von Art. 14 BtG.

Das schweizerische Staatswesen ist durch das Milizsystem gekennzeichnet, welches die Ausübung von Staatsfunktionen durch Bürger vorsieht, die im übrigen voll im Berufsleben stehen (vgl. Manfred Rehbinder, Berner Kommentar VI 2/2/1, Bern 1985, N. 9 zu Art. 324a OR). Von jeher wurden die öffentlichen Aufgaben in den schweizerischen Gemeinwesen nicht nur durch Berufsmagistraten und Berufsbeamte ausgeübt, sondern in weitem Ausmass ehren- und nebenamtlich (Fritz Fleiner,

Ausgewählte Schriften und Reden, Zürich 1941, S. 148). Art. 14 BtG will die Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Milizsystem ermöglichen. Miliztätigkeit kennzeichnet sich dadurch, dass sie nicht in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis mit entsprechendem Arbeitslohn ausgeübt wird. Sie wird ehrenamtlich mit einer auf die Ehrenamtlichkeit zugeschnittenen Entschädigung, die nicht voller Arbeitslohn ist, ausgeübt. Offen bleiben kann, ob dabei hoheitliche Aufgaben im engeren oder weiteren Sinn wahrgenommen werden, solange es sich nicht um blosse gewerbliche Verrichtungen im Sinne von Art. 61 Abs. 2 OR handelt. Der Milizgedanke fällt aber weg oder tritt zumindest stark in den Hintergrund, wenn das öffentliche Amt als öffentlichrechtliches Dienstverhältnis
(voll- oder teilzeitlich) ausgestaltet ist und die Entschädigung eine entsprechende Höhe erreicht. In einem solchen Fall lässt sich die Annahme eines öffentlichen Amtes gemäss Art. 14 BtG nicht mehr rechtfertigen.

d. Der freiburgische Gemeindeschreiber wird in demokratischer Wahl vom Gemeinderat bestimmt (Art. 60 Abs. 3 Bst. f in Verbindung mit Art. 64 des Gesetzes vom 25. September 1980 über die Gemeinden [GG], Systematische Gesetzessammlung des Kantons Freiburg [SGF] 140.1; vgl. auch die Wahlbestätigung des Gemeinderates G.). Die Amtsdauer ist auf vier Jahre beschränkt (Art. 70 Abs. 1 GG). Der Gemeindeschreiber muss Aktivbürger sein und seinen Wohnsitz im Kanton Freiburg haben (Art. 77 Abs. 1 GG). Die vom Gemeinderat ausgehenden Schriftstücke sind vom Gemeindeammann und vom Gemeindeschreiber zu unterzeichnen. Die von diesen Personen unterzeichneten Akten sind für die Gemeinde verbindlich. Gemeindeammann und Gemeindeschreiber vertreten somit die Gemeinde nach aussen (Art. 83 GG). Gemäss Art. 77 Abs. 2 GG werden Gemeindeschreiber und Gemeindekassier vor ihrem Amtsantritt vom Gemeinderat vereidigt (vgl. auch die Marginalie zu Art. 34 des Ausführungsreglements vom 28. Dezember 1981 [GR], SGF 140.11). Diese Tatsachen scheinen zunächst für ein öffentliches Amt zu sprechen. Daran vermag nichts zu ändern, dass die Gemeindeschreiberfunktion auch viele rein administrative Tätigkeiten beinhaltet. Im übrigen hat der freiburgische
Gemeindeschreiber gemäss Pflichtenheft die verschiedensten Geschäfte, welche über eine blosse Verwaltungstätigkeit hinausgehen, selbständig auszuführen; so hat er z. B. bei Referenden und Initiativen die Kontrolle und Beglaubigung der Unterschriften vorzunehmen. Es gilt aber zu beachten, dass das Amt des Gemeindeschreibers einer freiburgischen Gemeinde als öffentlichrechtliches Beamtenverhältnis ausgestaltet ist (vgl. Art. 69 Abs. 1 und 2 GG). Für ihre Tätigkeit bezieht die Beschwerdeführerin zudem eine jährliche Entschädigung (inkl. Spesen) von Fr. 27 664.-, wobei sie ihre zeitliche Beanspruchung ausgehend von einem 100%-Pensum von 40 Stunden pro Woche auf gut 20% veranschlagt. Umgerechnet in eine Vollzeitbeschäftigung (100%) würde ihr Jahresbruttoeinkommen demnach Fr. 138 320.- betragen. Damit wird offensichtlich, dass die Beschwerdeführerin für diese Teilzeitarbeit voll entschädigt wird. Eine Tätigkeit mit einem solchen Nebeneinkommen ist nicht mehr als Ausübung eines öffentlichen Amtes im Sinne von Art. 14 BtG zu betrachten, da der finanzielle Aspekt die Ehrenamtlichkeit und den Milizgedanken zumindest klar in den Hintergrund drängt. Die Tätigkeit der Beschwerdeführerin als nebenamtliche Gemeindeschreiberin der
Gemeinde G. ist deshalb als Nebenbeschäftigung (Art. 15 BtG) einzustufen. Die Beschwerde ist daher, soweit sie nicht durch die Verfügung des IGE vom 11. Juni 1996 gegenstandslos geworden ist, als unbegründet abzuweisen und die angefochtene Verfügung mit Ausnahme von Ziff. 3 im Ergebnis zu bestätigen.

[30] Vgl. Nr. 56, oben S. 508 ff.