

Rechtsprechung zum öffentlichen Dienstrecht von Bund und Kantonen

## Nebenbeschäftigung von Angestellten im öffentlichen Dienst

Urteil des Bundesgerichts vom 23. Juni 2006 (2P.301/2005)

Mit Urteil vom 23. Juni 2006 entschied das Bundesgericht, dass es nicht zulässig ist, einer zu 50% angestellten Gerichtsschreiberin die Bewilligung zu einer Nebenbeschäftigung als Anwältin auf dem gesamten Kantonsgebiet zu untersagen. Die höchstrichterlichen Erwägungen setzen sich insbesondere mit der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Justiz auseinander, welche die Bewilligungsbehörde als gefährdet angesehen hatte.

Das Urteil weist jedoch über den Bereich der Justiz hinaus, indem es in allgemeiner Weise aufzeigt, unter welchen Voraussetzungen die Bewilligung einer Nebenbeschäftigung verweigert werden darf. Es ist insbesondere für all jene zahlreicher werdenden Angestellten des öffentlichen Dienstes von Bedeutung, deren Arbeitspensum weniger als 100% beträgt und die auf zusätzliches Einkommen zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes nicht verzichten können oder wollen.



Beat Dold  
Dr. iur.



Dr. Michael Merker  
Rechtsanwalt

### Sachverhalt

X war bereits mehrere Jahre als Gerichtsschreiberin an einem aargauischen Bezirksgericht tätig, als sie die Verwaltungskommission des Obergerichts um Bewilligung einer Nebenberufstätigkeit als Anwältin in einer Kanzlei in Aarau ersuchte. Ihr Arbeitspensum als Gerichtsschreiberin betrug 50% und die angestrebte Tätigkeit als Anwältin hätte einen Umfang von 20 bis 30% annehmen sollen.

Die Verwaltungskommission entschied indessen, die Nebenbeschäftigung als Anwältin im gesamten Kantonsgebiet nicht zu bewilligen. Die von X in der Folge angerufene kantonale Schlichtungskommission für

Personalfragen stützte diesen Entscheid und auch vom Personalrekursgericht als letzter kantonaler Instanz wurde er bestätigt. Die Begründung ging dahin, die gleichzeitige Tätigkeit als Gerichtsschreiberin und als Anwältin im Kanton Aargau bringe die Gefahr von Interessenkollisionen mit sich. X sah sich durch die Bewilligungsverweigerung in ihrer Wirtschaftsfreiheit verletzt. Sie gelangte mit staatsrechtlicher Beschwerde an das Bundesgericht, welches ihr Recht gab.

### Erwägungen

*Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit*

Die Wirtschaftsfreiheit ist zentraler Gehalt der schweizerischen

Wirtschaftsverfassung. Art. 27 der schweizerischen Bundesverfassung, der die Wirtschaftsfreiheit verankert, gewährleistet insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung. Eine Bewilligungspflicht bzw. ein Verbot für die Ausübung eines Berufes qualifiziert das Bundesgericht als schweren Eingriff in dieses Grundrecht. Das trifft auch dann zu, wenn die Nebenbeschäftigung zwar nicht generell, aber immerhin im ganzen Kanton verwehrt wird. Wie jedes andere Grundrecht gilt jedoch auch die Wirtschaftsfreiheit nicht absolut, sondern kann – von

einem unantastbaren, im vorliegenden Fall jedoch nicht betroffenen Kerngehalt abgesehen – Einschränkungen unterworfen werden. Vorausgesetzt sind eine gesetzliche Grundlage, welche die Einschränkung vorsieht, deren Rechtfertigung durch ein öffentliches Interesse und die Verhältnismässigkeit. Die letztgenannte Voraussetzung verlangt, dass der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit nicht weiter geht, als es das öffentliche Interesse erfordert und dass er zu diesem nicht in einem Missverhältnis steht.

*Gesetzliche Grundlage und öffentliches Interesse*

Die gesetzliche Grundlage, auf welche sich Beschränkun-

gen der Zulässigkeit von Nebenbeschäftigungen von Angestellten des Kantons Aargau stützen, bildet § 27 des aargauischen Personalgesetzes. Diese Bestimmung sieht in Abs. 1 vor, dass Nebenbeschäftigungen die Erfüllung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nicht beeinträchtigen dürfen. In Abs. 2 wird unter anderem für den Fall möglicher Interessenkollisionen eine Bewilligungspflicht vorgesehen. Aus der Statuierung der Bewilligungspflicht geht hervor, dass die Bewilligung im Einzelfall verweigert werden kann, wenn die gegenläufigen privaten Interessen der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers weniger schwer wiegen als die Beeinträchtigungen der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis.

Das öffentliche Interesse, welches im Falle der Gerichtsschreiberin X mit der individualrechtlichen Wirtschaftsfreiheit in Konflikt geriet, ist der Grundsatz der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Justiz. Dieser Grundsatz ist unter anderem dann verletzt, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit einer Richterin oder eines Richters zu erwecken. Obwohl nicht mit Entscheidungsbefugnis ausgestattet,



hat eine Gerichtsschreiberin doch einen bedeutenden Einfluss auf die Willensbildung der richterlichen Behörde und auf den Inhalt der Urteilsbegründung. Das Bundesgericht unterstrich deshalb, wer als Richter oder Urteilsredaktor bei einem Gericht tätig sei und als Anwalt auf Grund von privaten Mandaten zugleich bestimmte Rechtspositionen vertrete, der Gefahr ausgesetzt sei, dadurch in seiner Mitwirkung bei der Rechtsprechung beeinflusst zu werden.

### *Verhältnismässigkeit der Einschränkung*

Trotz der justizpolitischen Bedenken hielt das Bundesgericht die Bewilligungsverweigerung für unzulässig. Dabei standen zwei Überlegungen im Vordergrund. Zum einen, so das Bundesgericht, komme der Freiheit eines teilzeitlich beschäftigten Funktionärs, in

der ihm verbleibenden Zeit eine andere Erwerbstätigkeit auszuüben und so seinen Lebensunterhalt vollständig erarbeiten zu können, ein hoher Stellenwert zu. Zum anderen könne der beschriebenen Gefahr für die Unabhängigkeit der Justiz bei einem Bezirksgericht in einer die individuelle Wirtschaftsfreiheit weniger beeinträchtigenden Weise begegnet werden. Das öffentliche Vertrauen in die Unabhängigkeit der Justiz werde hinreichend gewahrt, wenn die Gerichtsschreiberin nur Mandate für solche Streitigkeiten übernehmen dürfe, die klar ausserhalb der Zuständigkeit des Bezirksgerichts liegen, an welchem sie tätig sei. Die anvisierte generelle Verweigerung ging damit über das zum Schutze des öffentlichen Interesses Erforderliche hinaus und war deshalb unzulässig.

Von Bedeutung war im vorliegenden Fall zudem die Tatsache, dass nach aargauischem Recht die anwaltliche Tätigkeit von Ersatzrichtern zulässig ist. Ersatzrichter referieren zwar pro Jahr nur sechs bis zehn Fälle und sind damit weniger stark als Gerichtsschreiber in die Gerichtsorganisation eingebunden, doch kommen ihnen dafür im Gegensatz zu letzteren Entscheidungskompetenzen zu. Ein Vergleich ergibt mithin, dass bei Ersatzrichtern die Unabhängigkeit der Justiz durch die anwaltliche Tätigkeit eher stärker gefährdet ist. Auch aus dieser Perspektive scheint es unverhältnismässig, teilzeitlich beschäftigte Gerichtsschreiber eines Bezirksgerichts über den Zuständigkeitsbereich dieses Gerichts hinaus für das ganze Kantonsgebiet von der Anwaltstätigkeit auszuschliessen.



### Bemerkungen

#### *Die Tragweite des höchstrichterlichen Entscheids*

Dreh- und Angelpunkt des Entscheids über die Zulässigkeit der Nebenbeschäftigung von X war das Abwägen zwischen der Wirtschaftsfreiheit auf der einen Seite, der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Justiz auf der anderen. Interessenkollisionen ist im

Bereich der Rechtspflege mit besonderer Umsicht vorzubeugen. Die eminente Bedeutung der Unabhängigkeit der Justiz spiegelt sich etwa in den Ausstandsregeln kantonaler und eidgenössischer Prozessgesetze, wo regelmässig der blosse Anschein der Befangenheit zur Aktualisierung der Ausstandspflicht genügt.

Das Spannungsverhältnis zwischen individualrechtlicher Wirtschaftsfreiheit und öffentlichem Interesse an unbefangener und unparteiischer Erfüllung der Dienstpflicht trat unlängst im öffentlichen Diskurs über die private Anwaltstätigkeit von zürcherischen Kassationsrichtern wieder zu Tage.

Indessen beschränkt sich die Problematik nicht auf den Bereich der Rechtspflege, sondern ist darüber hinaus in all jenen, zahlreicher werdenden Fällen von Bedeutung, in denen sich die Frage der Vereinbarkeit von Teilzeitanstellung und Nebenbeschäftigung stellt. Dass das Bundesgericht im vorliegenden Fall die Bewilligungsverweigerung als unverhältnismässig ansah, zeigt, wie wichtig es für Angestellte sein kann, mit Hilfe einer Nebenbeschäftigung ihren Lebensunterhalt in befriedigender Weise sicherzustellen.

## *Kriterien des Nebenbeschäftigungsverbot*

Wie aus dem Fall der Gerichtsschreiberin X ersichtlich, geht das Bundesgericht heute (zu Recht) davon aus, dass sich auch Angestellte des öffentlichen Dienstes auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können. Das war nicht immer so.

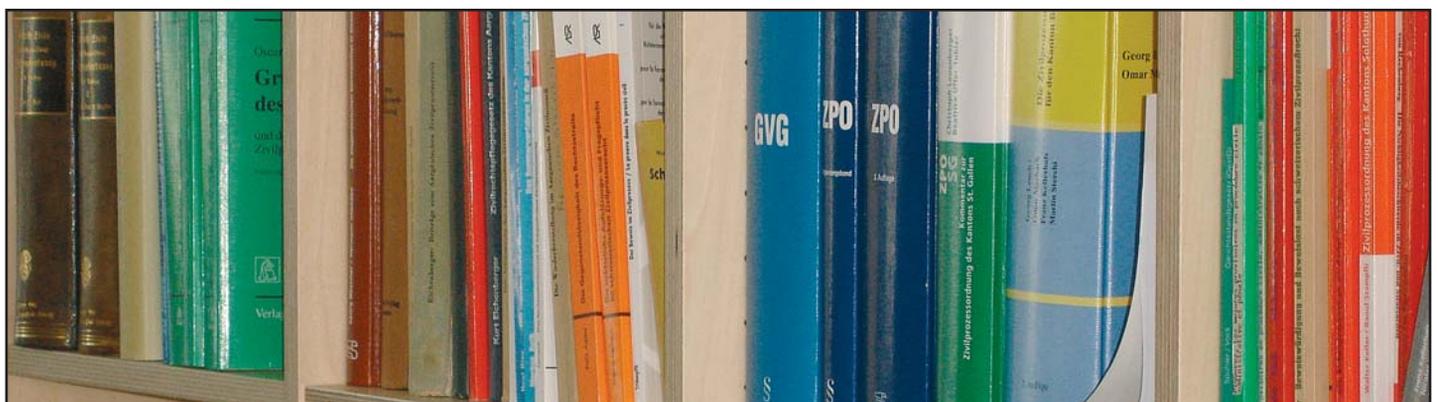
Nach der früheren Praxis des Bundesgerichts galt, dass im Rahmen des freiwillig begründeten, besonderen Rechtsverhältnisses zwischen Angestelltem und Staat gewisse Grundrechte von Anfang an gar keine Wirkung entfalten. Neben der Wirtschaftsfreiheit (damals noch Handels- und Gewerbefreiheit genannt) war im Beamtenverhältnis insbesondere auch die Vereinsfreiheit nicht anwendbar. Heute gelten alle Grundrechte auch im öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnis. An ihre Einschränkung sind zudem die gleichen Anforderungen zu stellen wie bei anderen Grundrechten. Sie bedarf

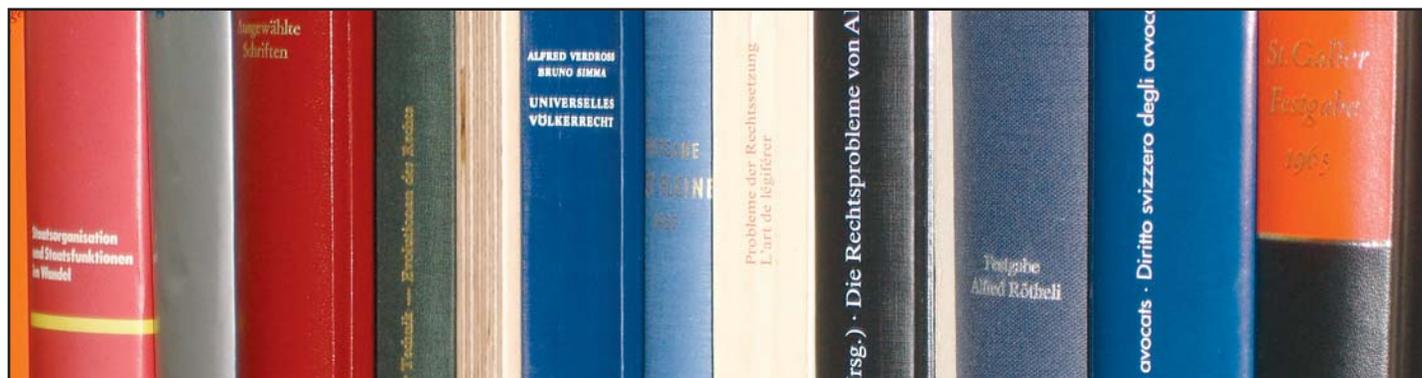
einer gesetzlichen Grundlage, muss im öffentlichen Interesse begründet und verhältnismässig sein.

Da sich Angestellte jedoch in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Staat befinden, sind an die gesetzliche Grundlage gelockerte Anforderungen zu stellen, soweit nicht schwere Eingriffe in Frage stehen. Letzteres trifft indessen gerade auf die Bewilligungspflicht für eine ergänzende Teilzeitbeschäftigung zu. Aus diesem Grund dürften wohl weder eine blosse Verordnung noch eine gesetzlich verankerte, allgemein gehaltene Treupflicht ausreichend sein. Die kantonalen Personalgesetze

sehen denn in der einen oder anderen Form eine Bewilligungspflicht oder ein Verbot für Nebenbeschäftigungen ausdrücklich vor.

Eine grosszügigere Regelung besteht oftmals für die Ausübung öffentlicher Ämter, da es hier wiederum die öffentliche Hand ist, welche von der zusätzlichen Arbeitsleistung profitiert. In welchen Fällen die Ausübung öffentlicher Ämter bewilligungspflichtig ist, ob dafür Arbeitszeit beansprucht werden darf und inwieweit ein dabei erzielt Entgelt abzuliefern ist, beurteilt sich nach dem in Frage stehenden personalrechtlichen Erlass. Die in





Bezug auf Nebenbeschäftigungen angestellten Überlegungen gelten sinngemäss auch in diesem Bereich.

*Teilzeit- und Vollzeitangestellte*  
Bei Vollzeitangestellten ist die Vereinbarkeit des Verbots einer Nebenbeschäftigung mit der Wirtschaftsfreiheit eher zu bejahen als bei Teilzeitangestellten. Hier verliert (auf Seiten des Angestellten) das Bedürfnis nach Bestreitung des Lebensunterhaltes an Gewicht und tritt (auf Seiten der öffentlichen Hand) zur Forderung nach Vermeidung von Interessenkollisionen jene nach ungeteilter Widmung der Arbeitskraft hinzu. Gedacht sei dabei etwa an den

Funktionär mit einem Arbeitspensum von 100%, der einen Verwaltungsratsitz übernehmen möchte oder den hauptberuflichen Arbeitnehmer einer Versicherungsgesellschaft, der um Erlaubnis ersucht, in geringem Umfang weiterhin als Notar tätig sein zu dürfen. In beiden Fällen hielt das Bundesgericht die Bewilligungsverweigerung für verfassungskonform.

Eine absolute Grenze setzt die individuelle Leistungsfähigkeit den Nebenbeschäftigungswilligen, seien sie nun Teilzeit- oder Vollzeitangestellte. Im öffentlichen Dienstrecht wie auch im privaten Arbeitsrecht gilt, dass die Treuepflicht verletzt wird,

wenn die Nebenbeschäftigung einen solchen Umfang annimmt, dass der Arbeitnehmer dadurch in seiner Leistungsfähigkeit herabgesetzt wird. Für den Fall der entgeltlichen Nebenbeschäftigung hält dies Art. 321a Abs. 3 OR ausdrücklich fest.

Im Übrigen kann die Zulässigkeit von Nebenbeschäftigungen nicht nach starren Regeln beurteilt werden. Entscheidende Kriterien sind das Arbeitspensum und die Möglichkeit von Interessenkollisionen.

In jedem Fall darf aber die Bewilligungsverweigerung nicht über das zur Wahrung des entgegenstehenden öffentlichen Interesses Erfor-

derliche hinausgehen. Es ist im Einzelfall zu überlegen, ob nicht mit einer mildereren Massnahme, beispielsweise mit einem territorial beschränkten Verbot, derselbe Zweck erreicht werden könnte.

*Dr. Beat Dold  
Dr. Michael Merker*

<b>IMPRESSUM</b>	<b>AUFLAGE</b>	<b>ANZEIGENVERKAUF</b>	<b>REDAKTIONSSCHLUSS</b>		
	26 271 Exemplare (WEMF-beglaubigt 15. 3. 2005)	Kretz AG, Zürichsee Zeitschriftenverlag Seestrasse 86, 8712 Stäfa Tel. 044 928 56 11, Fax 044 928 56 00 E-Mail: zsverlag@seenet.ch Internet: zsverlag.ch	Nr.	Red. Schluss	Erscheint
	<b>HERAUSGEBER</b>	<b>REDAKTION / LAYOUT</b>	12 • 06	04. 12. 06	20. 12. 06
	Zentralverband Staats- und Gemeindepersonal Schweiz (ZV) Postscheckkonto Aarau 50-7075-3 Präsident: Urs Stauffer Beaulieuweg 23a, 2504 Biel Tel. G 032 326 23 25, Fax G 032 326 13 94 Tel. P 032 341 43 09 E-Mail: urs.stauffer@fin.be.ch	Sandra Wittich und Michael Merker Redaktion ZVinfo Langhaus 3 Postfach 1863, 5401 Baden Tel. 056 204 02 90, Fax 056 204 02 91 E-Mail: zentral@zentral.ch www.zentral.ch	1/2 • 07	22. 01. 07	07. 02. 07
	<b>VERBANDSSEKRETARIAT</b>	<b>ADRESSVERWALTUNG, SATZ UND DRUCK</b>	3 • 07	26. 02. 07	14. 03. 07
Dr. Michael Merker Langhaus 3 Postfach 1863, 5401 Baden Tel. 056 204 02 90, Fax 056 204 02 91 E-Mail: zentral@zentral.ch	Druckerei Läderach AG, Beundenfeldstr. 17 Postfach, 3000 Bern 25 Tel. 031 331 61 26, Fax 031 333 00 05 E-Mail: admin@laedera.ch	4 • 07	26. 03. 07	12. 04. 07	
		5 • 07	23. 04. 07	09. 05. 07	
		6 • 07	21. 05. 07	06. 06. 07	
		7/8 • 07	23. 07. 07	08. 08. 07	
		9 • 07	20. 08. 07	05. 09. 07	
		10 • 07	17. 09. 07	03. 10. 07	
		11 • 07	29. 10. 07	14. 11. 07	
		12 • 07	03. 12. 07	19. 12. 07	