

Haftung von Gemeindemitarbeitenden in den Kantonen AG, BL und SO

von Michel de Roche und Noémi Biro

Für Gemeindeangestellte gilt grundsätzlich kommunales Recht. Gemäss § 30 Gemeindegesetz Basel-Landschaft (BL-GeG) richtet sich jedoch die Haftung von Gemeindeangestellten nach dem kantonalen Haftungsgesetz (BL-HG). Auch in den Kantonen Aargau und Solothurn ist die Haftung der Gemeinden und ihren Mitarbeitenden im jeweiligen kantonalen Haftungsgesetz geregelt (§ 1 Abs. 1 i.V.m. § 3 Haftungsgesetz [AG-HG]; § 1 Verantwortlichkeitsgesetz [SO-VG]).

1. Öffentlich-rechtliche Haftung

Die Haftung im Rahmen dienstlicher Verrichtungen beurteilt sich nach dem kantonalen Haftungsgesetz. Dienstliche Verrichtungen sind dabei jegliche Tätigkeiten, welche zum Aufgabengebiet des jeweiligen Gemeindemitarbeitenden gehören und somit auf eine gesetzliche Vorschrift zurück zu führen sind.

1.1. Haftung der Gemeinde

Erfolgt eine Schädigung eines Dritten *in* dienstlicher Verrichtung gilt zunächst eine ausschliessliche Staatshaftung (§ 3 Abs. 1 BL-HG; § 2 Abs. 1 SO-VG).¹ Das Gemeindepersonal wird vor teils langwierigen und kostenintensiven Prozessen geschützt. Das heisst, dass Gemeindearbeitende weder über den zivil- noch über den strafprozessualen Weg für vermögensrechtliche Forderungen von geschädigten Dritten belangt werden können (vgl. § 3 Abs. 2 BL-HG; § 10 Abs. 1 AG-HG; § 2 Abs. 2 SO-HG). Letztere können ausschliesslich gegen die Gemeinde vorgehen. Im Kanton BL ist hierzu eine verwaltungsrechtliche Klage an das Kantonsgericht zu erheben (§ 7 Abs. 1 BL-HG); im Kanton Solothurn ist zunächst ein Schadenersatzbegehren beim Gemeindepräsidium einzureichen und erst in zweiter Instanz eine Klage beim Verwaltungsgericht einzureichen (§ 11 Abs. 1 und 2 SO-VG); im Kanton Aargau ist die Schadenersatzforderung bei der Kompetenzstelle für Haftungsrecht anzumelden, um einen Vergleich zu suchen und im Übrigen ebenfalls der verwaltungsgerichtliche Weg einzuschlagen (§ 11 AG-HG sowie § 1 der entsprechenden Haftungsverordnung).

Grundsätzlich ist es also der Staat, der für einen allfälligen Schaden aufkommt, den Gemeindemitarbeitende in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit an Dritte verursachen. Auf einer zweiten Stufe kann der Staat jedoch unter Umständen auf den/die jeweilige/n Gemeindemitarbeiter/in Regress nehmen. Es ist deshalb zunächst auf die Voraussetzungen eines öffentlich-rechtlichen Haftungsanspruchs einzugehen. Hierauf wird erklärt, unter welchen Voraussetzungen der Mitarbeitende persönlich belangt werden kann.

Um einen öffentlich-rechtlichen Haftungsanspruch geltend zu machen, müssen folgende Voraussetzungen durch die geschädigte Person nachgewiesen werden:

¹ Anders noch § 1 Abs. 1 aBL-VG, der vorsah, dass Mitarbeitende nicht nur gegenüber dem Staat, sondern auch direkt gegenüber Dritten haften (sog. externe Beamtenhaftung). Sie galt in der Schweiz als einzigartige Regelung, wurde in der Praxis jedoch schon lange nicht mehr angewendet.

- Schaden
- Widerrechtlichkeit
Vorausgesetzt ist eine *wesentliche* Amtspflichtverletzung: Entscheide, die in zweiter Instanz aufgehoben wurden, gelten noch nicht unbedingt als widerrechtlich. Damit eine Verfügung als widerrechtlich im Sinne der Haftpflichtbestimmungen bezeichnet werden kann, muss eine schwere Gesetzesverletzung gegeben sein, beispielsweise durch klare Ermessensüberschreitung, durch Missbrauch des Ermessens, durch die Verletzung einer klaren Gesetzesvorschrift oder eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes oder bei böswilligem Handeln (BGE 107 I b 166). So nunmehr explizit festgehalten in § 3 Abs. 3 BL-HG sowie § 4 Abs. 1 AG-HG: Wird eine Verfügung oder ein Entscheid im Rechtsmittelverfahren geändert, haftet der Staat nur, wenn der Mitarbeitende der Vorinstanz *vorsätzlich* falsch gehandelt hat. Vgl. den damit einhergehenden Haftungsausschluss in § 5 Abs. 1 lit. b BL-HG sowie die eingeschränkte Prüfungsbefugnis bei formeller Rechtskraft, wonach im Verfahren um Haftungsforderungen die Rechtmässigkeit eines formell ergangenen Entscheids nicht nochmals überprüft werden kann.
(Ausnahme Billigkeitshaftung gemäss § 6 Abs. 1 BL-HG, wenn der Einzelne unverhältnismässig schwer betroffen ist und ihm nicht zugemutet werden kann, den Schaden selbst zu tragen, Art. 13 Abs. 2 KV; ebenso § 7 AG-HG; § 10 SO-VG)
- Kausalzusammenhang
(abzulehnen etwa bei Selbstverschulden der geschädigten Person)
- Amtliche Handlung von Gemeindepersonal

Ein Verschulden des Mitarbeitenden ist nicht Haftungsvoraussetzung (vgl. die ausdrückliche Regelung in § 2 Abs. 1 SO-VG) und muss deshalb nicht nachgewiesen werden. Man spricht von einer sog. Kausalhaftung. Eine Ausnahme kann je nach kantonalem anwendbarem Recht für Schäden aus unrichtiger Auskunft oder Empfehlung bestehen: Hier ist die staatliche Haftung teilweise auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit eingeschränkt (vgl. § 3 Abs. 4 BL-HG; § 6 Abs. 1 AG-HG; anders offenbar im Kanton SO, wo diese Einschränkung nicht vorgesehen wurde). Weiter sind verschiedentliche Haftungsausschlüsse vorgesehen, etwa das Nichtausschöpfen des Rechtsmittelzuges gemäss § 5 Abs. 1 lit. b BL-HG.

Wenn keine eigenständige kantonale Regelung besteht, richtet sich die Verjährung nach OR, d.h. nach Art. 60 und 127 OR (vgl. die subsidiäre Anwendung des OR gemäss § 2 Abs. 3 BL-HG; anders etwa § 16 AG-HG – beschränkt jedoch auf den Rückgriffsanspruch).

Ein (teils weitergehender) Haftungsanspruch gegen die Gemeinde kann sich weiter aus spezialrechtlichen Bestimmungen ergeben. So bestimmt sich etwa die Haftpflicht für Gemeindefahrzeuge nach SVG (siehe Art. 73 SVG).

1.2. Regressmöglichkeit gegen den Gemeindeangestellten

1.2.1. Regressvoraussetzungen

Besteht nun ein öffentlich-rechtlicher Haftungsanspruch gegenüber einem Dritten, kommt also zunächst der Staat – unabhängig vom Vorliegen eines Verschuldens des konkreten Mitarbeitenden – für den Schaden auf. Bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit des Mitarbeitenden besteht jedoch eine staatliche Regressmöglichkeit nach § 12 BL-HG; § 12 AG-HG; § 13 Abs. 1 SO-VG. Hier besteht also eine *Verschuldenshaftung*. Diese greift jedoch nicht bei leichter Fahrlässigkeit. Dies ist als Schutz angedacht, um zu verhindern, dass das Personal bei der Erfüllung seiner Aufgaben eine zu grosse Zurückhaltung an den Tag legt. Die Voraussetzungen für den Regress sind demnach folgende:

- Schaden
- Widerrechtlichkeit
- Kausalzusammenhang

- verschuldete amtliche Handlung von Gemeindepersonal
(Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit. Von *grober* und nicht nur einfacher Fahrlässigkeit ist auszugehen, wenn unter Verletzung der elementarsten Vorsichtsgebote das ausser Acht gelassen wurde, was jedem verständigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen hätte einleuchten müssen, es sich also hierbei nicht um eine bloss leichte Verletzung von allgemeinen Vorsichtsgeboten handelt.

Ist der Staat selbst geschädigt, haftet der Mitarbeitende nach dem gleichen Prinzip nur, wenn er schuldhaft gehandelt hat (vgl. die explizite Bestimmung in § 11 BL-HG Direkter Schaden – Eigenschadenforderung; § 31 AG-PersG; § 34 AG-GAL).

1.2.2. Verfahren

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist im **Kanton Basel-Landschaft** der Gemeinderat für den Entscheid betr. Eigenschaden- und Rückgriffsforderungen gegen Mitarbeitende der Gemeinden zuständig. Dies erscheint sinnvoll, da der Gemeinderat zugleich Aufsichtsinstanz von Gemeindeangestellten ist. Der Entscheid des Gemeinderats kann innert 10 Tagen seit dessen Eröffnung an den Regierungsrat weitergezogen werden (§ 174 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. § 80 sowie 175 Abs. 1 lit. b GeG). Danach ist die verwaltungsgerichtliche Beschwerde wiederum innert 10 Tagen seit der Eröffnung des regierungsrätlichen Entscheids beim Kantonsgericht gemäss § 43 VPO und letztlich u.U. die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht gemäss Art. 82 ff. BGG möglich.

Im **Kanton Aargau** ist zunächst ein verwaltungsinternes Schlichtungsverfahren bei der kantonalen Schlichtungskommission für Personalfragen durchzulaufen. Die Schlichtungskommission gibt eine Empfehlung ab, woraufhin ein neuer Entscheid über die Regressforderung innert 30 Tagen zu ergehen hat. Nach Zustellung des neuen Entscheids kann die betroffene Person innert sechs Monaten eine gerichtliche Klage an das Verwaltungsgericht erheben (Vgl. § 17 AG-HG mit Verweis auf § 37 und § 39 Abs. 1 lit. b des Personalgesetzes bzw. § 35 und § 36 Abs. 1 lit. b des Gesetzes über die Anstellung von Lehrpersonen; § 60 ff. AG-VRPG). Zu beachten gilt, dass der staatliche Rückgriffsanspruch im Kanton AG gemäss § 16 AG-HG innert einem Jahr seit der rechtskräftigen Feststellung des Haftungsanspruchs verjährt.

Im **Kanton Solothurn** werden Schadenersatz- oder Rückgriffsansprüche auf kommunaler Ebene vom Gemeinderat (bzw. sofern sich der Anspruch gegen ein Mitglied des Gemeinderates richtet von der Gemeindeversammlung) geltend gemacht. Ist der Anspruch streitig, urteilt wiederum das Verwaltungsgericht als einzige Instanz (siehe § 16 und § 18 Abs. 3 SO-VG mit Verweis auf § 48 Abs. 1 lit. a des Gerichtsorganisationsgesetzes).

2. Privatrechtliche Haftung

Gemeindemitarbeitende haften nach Zivilrecht grundsätzlich nur ausserhalb ihrer amtlichen Tätigkeit. Dies ist etwa dann anzunehmen, wenn eine Schädigung nur *bei Gelegenheit* der Ausübung dienstlicher Tätigkeit, nicht aber *in* Ausübung der amtlichen Tätigkeit erfolgt. Zur Annahme einer – die zivilrechtliche Haftung ausschliessenden – Schädigung in Ausübung der amtlichen Tätigkeit genügt es also nicht, dass die Schädigung am Arbeitsplatz und/oder während der Arbeitszeit erfolgt ist. Nicht-dienstliche und somit zivilrechtlich belangbare Verrichtungen sind alle privaten Handlungen von Gemeindemitarbeitern, die nicht in einem sog. *funktionalen Zusammenhang zur dienstlichen Aufgabe* stehen. Zu denken ist hierbei vor allem an die Haftung für unerlaubte Handlung nach Art. 41 ff. OR.

- Schaden
- Widerrechtlichkeit
- Kausalzusammenhang
- Verschulden

Besteht dagegen ein funktionaler Zusammenhang zwischen der dienstlichen Aufgabe und der Schädigung ist die zivilrechtliche Haftung ausgeschlossen.

Fallbeispiele:

A. Haftung von Gemeindemitarbeitenden im Rahmen eines kommunalen Betreuungsangebots für ältere und betagte Menschen. Annahme: Während eines Ausflugs kommt eine Handtasche weg.

- Öffentlich-rechtliche Haftung der Gemeinde, wenn der Verlust der Handtasche auf eine unzureichende Beaufsichtigung beruht, weil das Betreuungspersonal sich vor der Abfahrt etwa nicht versichert hat, dass alle Teilnehmende ihre Siebensachen einpacken.
- Privatrechtliche Haftung des Gemeindemitarbeitenden, wenn die Handtasche von einer Betreuungsperson gestohlen wurde.

B. Haftung eines kommunalen Büroangestellten. Annahme: Vermögensrechtlicher Schaden nach Telefonat.

- Privatrechtliche Haftung des Gemeindemitarbeitenden, wenn der Büroangestellter via Geschäftstelefon private Dritte betrügt. Hier fehlt jeglicher Zusammenhang zur dienstlichen Tätigkeit
- Öffentlich-rechtliche Haftung der Gemeinde, wenn der Büroangestellte die Möglichkeit einer Bewilligungserteilung telefonisch ablehnt, in der Folge kein Gesuch eingereicht wird, sich später jedoch herausstellt, dass das entsprechende Projekt dennoch hätte bewilligt werden können, wenn ein Gesuch rechtzeitig eingereicht worden wäre.
 - Sofern eine öffentlich-rechtliche Haftungskonstellation vorliegt ist primär zu klären, ob der Staat tatsächlich haftet, bevor sodann eine allfällige Regressmöglichkeit beurteilt werden kann. In casu geht es um eine Haftung bei unrichtiger Auskunft und Empfehlung. Als solche gelten alle Handlungen ohne Verfügungscharakter, die keine unmittelbare rechtliche Wirkung zeitigen. Hier gilt eine Ausnahme zur staatlichen Kausalhaftung: Die Gemeinde haftet in den Kantonen BL und AG nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Gemeindearbeiters. Liegt ein solches Verschulden vor, kann die Gemeinde in einem zweiten Schritt auch Regress gegen den Mitarbeiter nehmen. Anders offenbar im Kanton SO, wo auch diesfalls eine Kausalhaftung der Gemeinde besteht. Der Regress bleibt aber wiederum am Erfordernis des Verschuldens gekoppelt.

C. Erstinstanzlich abgelehntes Baugesuch

Ein komplexes Baugesuch wird eingehend überprüft und erstinstanzlich abgelehnt. Die zweite Instanz beurteilt die Rechtslage anders und bewilligt das Baugesuch. Aufgrund des zweistufigen Verfahrens verzögert sich das Bauvorhaben um sechs Monate. Dem Bauunternehmen entstehen dadurch Kosten in Millionenhöhe. Kann der für die erstinstanzliche Ablehnung verantwortliche Mitarbeiter belangt werden?

Der Mitarbeiter könnte höchstens über eine staatliche Rückgriffsforderung belangt werden, sofern der Staat für den Schaden aufzukommen hat. Vorfrageweise muss deshalb beurteilt werden, ob die Gemeinde den Millionenschaden ersetzen muss.

Hier greift der Haftungsausschluss nach § 3 Abs. 3 BL-HG, wonach bei Änderung einer Verfügung oder eines Entscheids durch die Rechtsmittelinstanz die Staatshaftung nur besteht, wenn Mitarbeitende der Vorinstanz eine Amtspflicht vorsätzlich verletzt haben. Anders wäre der Fall zu beurteilen, wenn der Mitarbeiter aus persönlichen Gründen vorsätzlich das Baugesuch in erster Instanz abgelehnt hätte. Hier wäre der Staat haftbar, der aufgrund des Verschuldens des Mitarbeitenden (Vorsatz) auf ihn Regress nehmen könnte.

3. Strafrechtliche Verantwortlichkeit

Grundsätzlich können Gemeindemitarbeitende für Vergehen, die sie in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit begehen, strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Hinsichtlich der in Frage kommenden Straftatbestände stehen regelmässig Vermögensdelikte im Vordergrund, etwa

- **Veruntreuung**
Unrechtmässige Verwendung von Vermögenswerten
Qualifikation gemäss Art. 138 Abs. 2 StGB, wenn die Tat als Gemeindemitarbeiter begangen wird
- **Betrug**
Wer jemanden arglistig irreführt oder arglistig in einem Irrtum bestärkt und dadurch die Person dazu bringt, sich selbst oder einen anderen finanziell zu schädigen (Art. 146 Abs. 1 StGB)
Bereicherungsabsicht.
- **Ungetreue Geschäftsbesorgung**
Setzt voraus, dass Gemeindemitarbeiter damit betraut ist, öffentliche Gelder zu verwalten oder die Vermögensverwaltung über die Gelder zu beaufsichtigen
Wer in Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass die Gemeinde am Vermögen geschädigt wird (Treuebruchtatbestand, Art. 158 Abs. 1 StGB)
Bereicherungsabsicht wirkt strafschärfend
Wer die Vermögensschädigung durch Missbrauch der Vertretungsmacht begeht (Missbrauchstatbestand, Art. 158 Abs. 1 StGB)

Darüber hinaus sieht das StGB spezielle Strafbestimmungen für sog. «Beamte» vor [18. Titel: Strafbare Handlungen gegen die Amts- und Berufspflicht, Art. 312 ff. StGB], namentlich:

- **Amtsmissbrauch**
Wer die Amtsgewalt missbraucht, um sich selbst oder einen anderen einen Vorteil zu verschaffen oder einem anderen einen Nachteil zuzufügen (Art. 312 StGB)
- **Gebührenüberforderung**
Wer in gewinnsüchtiger Absicht Taxen, Gebühren oder Vergütungen erhebt, die nicht geschuldet werden oder die gesetzlichen Ansätze überschreiten
- **Ungetreue Amtsführung**
Wer bei einem Rechtsgeschäft die von ihnen zu wahren öffentlichen Interessen schädigt, um sich oder einem andern einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen
- **Urkundenfälschung im Amt**
Insb. vorsätzliche unrichtige Beurkundung/Beglaubigung
Bei Fahrlässiger Handlung nur Busse (d.h. blosse Übertretung)
- **Verletzung des Amtsgeheimnisses**
Strafbar auch dann Beendigung des Arbeitsverhältnisses
Allgemein straflos, wenn das Geheimnis mit schriftlicher Einwilligung der vorgesetzten Behörden geoffenbart.

- Sich bestechen lassen (Art. 322quater) / Vorteilsannahme (Art. 322sexies)

Eine Vorteilsannahme begeht, wer im Hinblick auf seine Amtsführung einen nicht gebührenden Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. Als Vorteile gelten sämtliche unentgeltlichen Zuwendungen (also auch solche immaterieller Natur). Anders als bei der Bestechung steht die Vorteilsannahme nicht im Zusammenhang mit einer konkreten, mindestens bestimmbar Amtshandlung als Gegenleistung (sog. sich Anfüttern lassen). Sie muss aber im Hinblick auf die Amtsführung geschehen und somit zukunftsgerichtet sein. Sie muss geeignet sein, die Amtsführung des Empfängers zu beeinflussen. (Fehlt etwa, wenn – auch ein grosses Geschenk, bspw. eine Rolex – als Belohnung geschenkt wird).²

Anzumerken ist dabei, dass das kantonale Recht – ähnlich wie dies für die parlamentarische Immunität gilt – gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b StPO ein Ermächtigungserfordernis vorsehen *kann*. Sofern im Kanton ein Strafverfolgungsprivileg für Behördenmitglieder besteht, bleibt die Strafverfolgung von Gemeindeangestellten von der Ermächtigung einer (nicht-)richterlichen Behörde abhängig.³ Ziel soll es sein, (leitenden) Gemeindeangestellten Schutz vor mutwilliger Strafverfolgung zu bieten und damit letztlich die gute Funktionierung der Gemeindetätigkeit zu gewährleisten.

Ein solches Ermächtigungsverfahren ist insbesondere in den Kantonen AI (Art. 4 EG-StPO), SG (Art. 17 Abs. 2 lit. b EG-StPO) und ZH (§ 148 GOG) vorgesehen

So wurde bspw. in BGER 1C_427/2017 vom 15. Dezember 2017 die Ermächtigung hinsichtlich der Strafverfolgung von zwei Polizisten mit Blick auf angezeigte Körperverletzungen zunächst von der kantonalen Anklagekammer abgelehnt, vor Bundesgericht jedoch erteilt. In casu war eine Person im Rahmen einer polizeilichen Intervention verschiedentlich verletzt worden. Sie wies insbesondere eine Verletzung unterhalb des linken Auges auf, die eine anschliessende medizinische Betreuung erforderlich machte.

Gemäss § 13 AG-GOG ist ein solches Ermächtigungsverfahren im Kanton AG einzig für Mitglieder des Obergerichts vorgesehen. Hiernach bedarf die strafrechtliche Verfolgung von Mitgliedern des Obergerichts wegen Verbrechen und Vergehen im Amte der Ermächtigung durch den Grossen Rat.

In den Kantonen BL und SO sind entsprechende Ermächtigungsverfahren soweit ersichtlich nicht vorgesehen.

4. Disziplinarische Verantwortlichkeit

Verletzen Gemeindemitarbeitende eine Amtspflicht, kann gegen sie ein Disziplinarverfahren eingeleitet werden (§ 32 i.V.m. 15 BL-GeG; § 103 AG-GeG; § 22 SO-VG). Für Gemeindeangestellte gilt etwa grundsätzlich eine Schweige- und Ausstandspflicht (gemäss § 21 und 22 BL-GeG sowie § 38 und 44 BL-PersonalG). Zudem ist es den Gemeindeangestellten – soweit sie unter das Personalgesetz fallen - verboten, Geschenke oder andere Vorteile, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen, für sich oder für andere zu fordern, anzunehmen oder sich versprechen zu lassen (§ 37 Abs. 1 BL-PersonalG). Weiter bedarf es gemäss § 41 BL-PersonalG einer Bewilligung für entgeltliche Nebenbeschäftigungen.

Der Gemeinderat des **Kanton BL** als Aufsichtsinstanz kann bei einer Pflichtverletzung je nach Verschulden folgende Disziplinar massnahmen verhängen:

- Verweis
- Geldbusse bis CHF 1'000.00
- Abberufung vom Amt

² Vgl. BGE 135 IV 198, 203 f. E. 6.3 f.

³ Dies gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch hinsichtlich Gemeindeangestellte (BGE 137 IV 269, 279 f. E. 2.7.2).

Dagegen (und insb. auch gegen Verweise) kann gemäss § 15 Abs. 6 BL-GeG innert 10 Tagen eine verwaltungsgerichtliche Beschwerde beim Kantonsgericht (Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht) und wiederum u.U. eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht erhoben werden.

Im Kanton Solothurn besteht in § 25 SO-VG ein längerer Sanktionenkatalog, wobei gemäss dessen Abs. 2 ausnahmsweise auch 2 Disziplinarstrafen verbunden werden können.

- Verweis
- Geldbusse bis CHF 3'000.00
- vorübergehende Einstellung im Amt mit Entzug der Besoldung
- Herabsetzung der Besoldung im Rahmen der für das Amt massgebenden Ansätze
- strafweise Versetzung im Dienst oder Rückversetzung mit geringerer Besoldung
- Versetzung in das provisorische Dienstverhältnis
- disziplinarische Entlassung

Disziplinarbehörde im Kanton SO ist der Regierungsrat, dessen Disziplinarentscheide ebenfalls innert 10 Tagen an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden können (§ 24 Abs. 1 lit. b SO-VG).

Im Kanton AG ist generell vorgesehen, dass der Regierungsrat Mitglieder von Behörden, die Aufforderungen von Aufsichtsbehörden missachten, mahnen kann. Bei schwerer Pflichtversäumnis kann er eine disziplinarische Entlassung aussprechen und bei einstweiligen Strafuntersuchungen wegen eines schweren Vergehens und Verbrechens die betroffene Person im Amt einstellen (§ 103 AG-GeG). Weiter sind spezialgesetzliche Disziplinar massnahmen vorgesehen. So stehen der Aufsichtsbehörde gemäss § 36 Abs. 1 AG-PersG bei pflicht- oder vorschriftswidrigem Verhalten oder wenn eine vorausgegangene Mahnung erfolglos war folgende Disziplinar massnahmen zur Verfügung:

- Verweise
- Versetzung ins Provisorium
- Entlassung aus dem Amt

Zudem ist vorgesehen, dass mit Disziplinar massnahmen auch eine angemessene Lohnkürzung verbunden werden kann (§ 36 Abs. 2 AG-PersG). In schwerwiegenden Fällen kann zudem eine vorsorgliche Sistierung in der Amtstätigkeit angeordnet werden (§ 36 Abs. 3 AG-PersG).

Der Rechtsmittelweg führt wiederum zunächst über die Schlichtungskommission, die eine Empfehlung abgibt. Der daraufhin neu zu fällende Disziplinarentscheid kann sodann mit verwaltungsgerichtlicher Klage angefochten werden (vgl. zur Anfechtung des staatlichen Regressanspruchs im Kanton AG).

Fallbeispiele

A. Kommunalen Steuersekretär gerät an einen systematischen Steuerverweigerer⁴

Ein kommunaler Steuersekretär, der schon seit etlichen Jahren zur vollsten Zufriedenheit aller Beteiligten seines Amtes waltet kriegt es mit einem systematischen Steuerverweigerer zu tun. Dieser schuldet der Gemeinde immer wieder Geld und begründet seine wiederholten Zahlungsverweigerungen jeweils mit haltlosen Vorbringen. Nun teilt der Steuerverweigerer dem kommunalen Steuersekretär mit, er habe sowieso vor, in den nächsten Wochen ins Ausland zu ziehen, da könne der Staat dann selbst schauen, wie er zu seinem Geld komme. Die hierzu nötige Abmeldebestätigung war bei der Einwohnerkontrolle der fraglichen Gemeinde noch nicht beantragt worden.

Nachdem jegliche bisherigen Zahlungsaufforderungen missglückt waren und eine Betreuung mit Blick auf den anstehenden Wegzug aussichtslos schien, ergriff der Steuersekretär kurz entschlossen die Gelegenheiten, die Gemeindeschulden ein für alle Mal zu tilgen: Er forderte den Steuerverwalter gleich mehrmals per Email auf, seine Schulden umgehend zu begleichen, ansonsten ihm die für den Wegzug nötige Abmeldebestätigung verweigert werden würde. Dies obwohl er erstens für die Aushändigung der Abmeldebestätigung nicht zuständig war und ihm zweitens die diesbezügliche bundesgerichtliche Praxis bekannt war, welche in einem ähnlich gelagerten Solothurner Fall die Verweigerung einer polizeilichen Abmeldung aufgrund offener Steuerbeiträge als mit dem Willkürverbot unvereinbar hielt.⁵

- Es liegt kein Amtsmissbrauch vor, da der Steuerverweigerer die Abmeldebestätigung noch gar nicht verlangt hatte und davon auszugehen ist, dass er diese auf Verlangen auch erhalten hätte.
- Erfüllt ist jedoch der Tatbestand der Nötigung, da ihm mit der in Aussicht gestellten Verweigerung der Bescheinigung zumindest erhebliche Nachteile angedroht worden sind.
- Bei der Sanktionierung können das geringe Verschulden des Gemeindearbeiters sowie dessen uneigennütigen Motive berücksichtigt werden. (Das Bezirksgericht Bülach hatte damals gänzlich von einer Strafe abgesehen)

B. Nettigkeiten für den Vergabebeamten

Im Kanton Graubünden gab es bekanntlich erhebliche Submissionsabsprachen unter Firmen im Bauhauptgewerbe. Die Kartelle betrafen u.a. Ausschreibungen des Kantons GR und von Gemeinden des Unterengadins. Die Auftragshöhe der abgesprochenen Bauarbeiten reichte bis zu mehreren Millionen Franken, die verhängten Bussen der Wettbewerbskommission (WEKO) an die involvierten Unternehmen beliefen sich auf 7.5 Mio.⁶ [Anmerkung: Wenn WEKO eingeschaltet ist und Strafverfügungen erlässt, sind diese mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und danach beim Bundesgericht anfechtbar.

Annahme, dass das kommunale Beschaffungsverfahren anders umgangen wird, in dem der für Vergaben zuständige Mitarbeitende sich entweder Preise voranschlagen lässt, für welche kein Submissionsverfahren erforderlich

⁴ Eine ähnliche Fallkonstellation stellte sich vor dem Bezirksgericht Bülach im Jahr 2016.

⁵ BGE 127 I 97.

⁶ Anmerkung: Wenn die WEKO eingeschaltet ist und Strafverfügungen erlässt, sind diese mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und danach beim Bundesgericht anfechtbar.

ist und sich die weiteren Mehrkosten später als unvorhersehbare Posten fakturieren lässt⁷ oder er etwa ein Unternehmer jeweils über das bestunterbreitete Angebot informiert, damit dieses knapp unterboten werden kann. In der zweiten Variante ist weiter anzunehmen, dass beide (also der Gemeindemitarbeiter und der Unternehmer) eine lange Freundschaft pflegen und sich immer wieder gegenseitig zum Essen einladen und die üblichen Weihnachtsgeschenke, etc. zusenden. Die Auswahl der Restaurants und Gelegenheitsgeschenke des Unternehmers fällt im Laufe von wichtigen Submissionsverfahren jeweils „angemessen“ gediegen aus.

- Grundsatz: Vergabeverfahren müssen transparent gestaltet sein und einen wirksamen Wettbewerb gewährleisten; eingereichte Angebote müssen vertraulich behandelt werden (Vgl. § 9 Beschaffungsgesetz BL). Die Wahl des Verfahrens richtet sich nach den kantonalen – in BL vom Regierungsrat – gesetzten Schwellenwerten⁷; ein Auftrag darf nicht in der Absicht erteilt werden, dass Beschaffungsgesetz zu umgehen und wiederkehrende Vergaben müssen periodisch ausgeschrieben werden (§ 13 Beschaffungsgesetz BL).
- In Frage kommt eine qualifizierte ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 3 StGB (d.h. mit Bereicherungsabsicht): Wer aufgrund eines behördlichen Auftrages damit betraut ist, Vermögen zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird
- Als Vorfrage wäre zu prüfen, ob der Gemeindearbeiter tatsächlich eine Vermögensfürsorgepflicht hatte. Ist aber wohl anzunehmen, wenn er für das Submissionsverfahren zuständig ist.
- Sich bestechen lassen gemäss Art. 322^{quater} StGB/Annahme eines nicht gebührenden Vorteils:⁸
In direktem Zusammenhang mit Geschäften wie Bewilligungserteilung, Erlass von Verfügungen, Auftragsvergaben usw. (→ Bestechung) sind nur Werbegeschenke mit geringem Wert (Kugelschreiber mit Logo, etc.) zulässig. Abzulehnen sind Weinflaschen, Pralinen, Einladungen zum Mittagessen.
Ohne direkter Zusammenhang (→ Vorteilsannahme) dürfen Höflichkeitsgeschenke im Wert von CHF 50.00 -100.00 angenommen werden, sofern keine Gefahr der Beeinflussung besteht (Blumenstraus, Weinflasche, Pralinenschachtel, etc.). Grundsätzlich unproblematisch, wenn die Geschenke als Belohnung für bereits erbrachte Dienstleistungen, Auskunftserteilung etc. überreicht werden. Früher galt verbreitete Faustregel: „Alles, was man in einem Tag essen oder trinken kann, darf man als übliches Höflichkeitsgeschenk annehmen“. Heute ist Zurückhaltung angezeigt und im Zweifelsfall, d.h. wenn unklar ist, ob die Bagatellschwelle erreicht ist, die Geschenke zu retournieren. Klar ist, wenn sich ein Bestechungs- oder Beeinflussungsversuch abzeichnet, dass darüber hinaus eine Strafanzeige zu prüfen ist.

Im Fallbeispiel liegt eine Mischung vor, da grundsätzlich ohne direkten Zusammenhang mit amtlicher Tätigkeit, aber gediegenere Restaurationauswahl/Geschenke mit Blick auf konkrete Vergaben haben insgesamt zumindest den Charakter einer Vorteilsannahme (im Sinne einer zukünftigen guten Gesinnung).

In einem so gelagerten Fall, in dem ein Vergabebeamten seine Dienstpflicht verletzt, stellen sich weiter verschiedene Fragen bezüglich Disziplinar massnahmen. Der Beamte dürfte sich der Verletzung von Schweigepflichten schuldig gemacht haben, zudem stellen sich auch Fragen mit Blick auf die Vorteilsannahme. Fraglich ist, wo die Schwelle von verbotenen Geschenken oder Vorteilen anzusetzen ist. Keine ungebührlichen Vorteile im Sinne des StGB sind sozial übliche Vorteile (kleiner Gelegenheitsgeschenke). Gleiches muss wohl für das Disziplinarverfahren gelten. Vorliegend ist die Bagatellschwelle klar überschritten. Der Vergabebeamte muss mit Sanktionen rechnen.

⁷ Gemäss § 7 der Beschaffungsverordnung BL ist das freihändige Verfahren gemäss § 18 des Beschaffungsgesetzes BL, wo die Vergabe ohne öffentliche Ausschreibung erfolgt, zulässig bis CHF 300'000.00 für Aufträge im Bauhauptgewerbe; bis CHF 150'000.00 für Aufträge im Bau-nebengewerbe; bis CHF 100'000.00 für Lieferungen; bis CHF 150'000.00 für Dienstleistungen.

⁸ Nachfolgende Ausführungen lehnen sich an den Faustregeln des Personalamts Zürich an.