

hang, in welchem die Vorschrift steht, jeden Zweifel aus. Da Art. 17 für Streitigkeiten über Kassenleistungen die Beurteilung durch eine einzige Instanz vorsieht, kann unter Einreichung des Begehrens (*dépôt de la demande*) nur die gerichtliche Klage verstanden werden. An dieser Ordnung ist bei Übertragung dieser Geschäfte an das Bundesgericht nichts geändert worden. Auch das Bundesgericht urteilt als einzige Instanz. Soweit Klagefristen vorgesehen sind, ist daher der Vorbescheid der Verwaltung nach Art. 20 VDG vor deren Ablauf zu erwirken.

3. — Die Klagefrist von zwei Jahren nach Art. 17, Abs. 3, der Statuten bestimmt sich nach dem Zeitpunkt, in welchem der Anspruch wirksam wird. Die Invalidenrente beginnt mit dem Tage, bis zu welchem das Gehalt oder der Lohn ausgerichtet wurde (Art. 24, Abs. 4 der Statuten). Hier wurde der Lohn ausbezahlt bis Ende Juni 1938. Die Invalidenrente, auf die Anspruch erhoben wird, hätte, wenn sie geschuldet wäre, am 1. Juli 1938 begonnen. Die zweijährige Klagefrist ist daher am 1. Juli 1940 abgelaufen. Die vorliegende Klage wurde am 5. August 1940, demnach verspätet, eingereicht.

Unhaltbar, ja trölerisch ist die Behauptung, der Verwaltungsentscheid sei verzögert worden. Das Gesuch an das Finanzdepartement wurde erst am 26. März 1940, also nur ein Vierteljahr vor Ablauf der Klagefrist eingereicht. Es musste zunächst dem Oberarzt der Bundesverwaltung zur Begutachtung unterbreitet werden. Es ist am 8. Juli, also innert der für nicht dringliche Angelegenheiten üblichen Frist, beantwortet worden. Wenn der Kläger im Hinblick auf den bevorstehenden Ablauf der Klagefrist eine raschere Behandlung des Gesuches wünschte, so hätte er dies geltend machen müssen. Es hätte auch nichts im Wege gestanden, dass er, zur Wahrung der Frist, die gerichtliche Klage vorsorglich eingereicht hätte, ohne die Stellungnahme der Verwaltung abzuwarten, sofern diese, trotz Hinweis auf die Dringlichkeit, nicht rechtzeitig erhältlich gewesen wäre.

52. Urteil vom 13. Dezember 1940 i. S. Kanton Bern gegen Schweiz. Eidgenossenschaft.

1. *Direkter verwaltungsrechtlicher Prozess*: a) Forderungen an den Bund aus einem verwaltungsrechtlichen Vertrag werden vom Bundesgericht als einziger Instanz in dem Verfahren nach Art. 17 VDG (nicht nach Art. 48, Ziff. 1 OG) beurteilt.
 - b) Unter «Bundesgesetzgebung» im Sinne von Art. 17 VDG ist das Bundesrecht überhaupt, auch das ungeschriebene, zu verstehen.
 2. *Freizügigkeitsvertrag zwischen Beamtenversicherungskassen*. Frage, ob das Deckungskapital, das der Bund für den Einkauf von Versicherungszeit bei der eidgenössischen Beamtenversicherungskasse einbezahlt hat, um eine «hervorragende Arbeitskraft» für den Bundesdienst zu gewinnen (Art. 5, Abs. 3, letzter Satz der Statuten der eidg. Beamtenversicherungskasse), auf Grund eines Freizügigkeitsvertrages mit einer kantonalen Beamtenversicherungskasse an diese Kasse zu überweisen ist, wenn die Arbeitskraft den Bundesdienst nach kurzer Zeit verlässt, um eine Stellung im Dienste des Kantons zu übernehmen.
1. *Procès administratif direct*: a) Le Tribunal fédéral connaît, en instance unique, selon l'art. 17 JAD (et non pas selon l'art. 48 ch. 1 OJ), des prétentions dérivées, à l'égard de la Confédération, d'un contrat de droit administratif.
 - b) A l'art. 17 JAD, le législateur a désigné par le terme «Législation fédérale» l'ensemble du droit fédéral, fût-il non écrit.
 2. *Contrat de libre passage entre des caisses d'assurance pour fonctionnaires*. Lorsque la Confédération a fait des versements complémentaires à la Caisse d'assurance des fonctionnaires en faveur d'une personne «particulièrement qualifiée» qu'elle voulait s'attacher (art. 5 al. 3 i. f. des statuts de cette caisse), doit-elle remettre le capital ainsi versé à la Caisse d'assurance des fonctionnaires cantonaux, en vertu du contrat de libre passage qu'elle a conclu avec cette caisse, dans le cas où le fonctionnaire qu'elle a engagé quitte son service au bout de peu de temps et entre dans l'administration cantonale?
1. *Processo amministrativo diretto*: a) Le pretese contro la Confederazione derivanti da un contratto di diritto amministrativo sono giudicate dal Tribunale federale come istanza unica secondo la procedura prevista dall'art. 17 GAD (e non dall'art. 48 cifra 1 OGF).
 - b) Col termine «legislazione federale» usato nell'art. 17 GAD si deve intendere l'insieme del diritto federale, anche quello non scritto.
 2. *Contratto concernente il libero passaggio tra casse di assicurazione per funzionari*: Allorchè la Confederazione, per assumere al proprio servizio una persona di «particolare valore», ha effettuato versamenti suppletivi alla Cassa di assicurazione dei funzionari (art. 5 cp. 3 i. f. degli statuti), deve rimettere il capitale costituito da questi versamenti alla Cassa di assicurazione dei funzionari cantonali in virtù del contratto di libero passaggio concluso con essa qualora il funzionario in questione lasci il servizio federale dopo breve tempo ed entri nell'amministrazione cantonale?

A. — Zwischen der « Versicherungskasse für die eidgenössischen Beamten, Angestellten und Arbeiter » (im folgenden « eidg. Beamtenversicherungskasse » genannt), und der « Hilfskasse für die Beamten, Angestellten und Arbeiter der Staatsverwaltung des Kantons Bern » (im folgenden bernische Beamtenhülfskasse » genannt) besteht eine Vereinbarung vom 27. Mai 1931 betreffend « den Übertritt von Versicherten der einen Kasse zur andern ». Darin wird bestimmt, dass bei Übertritten von Versicherten der einen Kasse in die andere die Bestimmungen über Gesundheitsausweis und Altersgrenze nicht angewendet werden (§ 2). « Dem Übertretenden wird die in der Kasse, aus der er austritt, angerechnete Versicherungszeit voll angerechnet, sofern der Beginn der Versicherungszeit in der neuen Kasse dadurch nicht weiter als bis zum 22. Altersjahr zurückverlegt wird » (Art. 3). « Die Kasse, aus welcher der Versicherte austritt, entrichtet der neuen Kasse für jeden anrechenbaren Monat der Prämienzahlung vor dem Übertritte 0,6 % des anrechenbaren Jahresverdienstes. Ein angefangener Monat wird voll berechnet. — Als Jahresverdienst für die Berechnung dieser Zahlungen gilt vorbehaltlich der Bestimmungen von Absatz 3 hienach der unmittelbar vor dem Übertritt versichert gewesene Jahresverdienst. Die Ordnung der Beiträge für eine allfällige mit dem Übertritt verbundene Besoldungserhöhung durch den Versicherten und den neuen Arbeitgeber richtet sich nach den betreffenden Vorschriften der neuen Kasse. — Ist der versicherte Jahresverdienst nach dem Übertritte niedriger als vorher, so ist der Zahlung der Verdienst nach dem Übertritte zu Grunde zu legen » (Art. 4). Art. 5 und 6 betreffen Inkrafttreten und Kündigung der Vereinbarung.

B. — Der Bundesrat wählte am 9. November 1937 Vet. Oberstlt. Dr. Hans Neuenschwander, geb. am 9. August 1892, als Adjunkten des eidgenössischen Oberpferdearztes mit Amtsantritt auf den 1. November 1937 und verfügte gleichzeitig, dass derselbe — gemäss der von ihm

bei der Anmeldung gestellten Bedingung — bis zum 35. Altersjahr zurück in die eidgenössische Beamtenversicherungskasse einzukaufen sei unter Übernahme der vollen Einkaufssumme durch den Bund. In der Folge zahlte auch die Finanzverwaltung diese Summe im Betrage von Fr. 9991.70 bei der eidg. Beamtenversicherungskasse ein.

Am 12. Januar 1939 teilte Dr. Neuenschwander dem Chef des eidg. Militärdepartementes mit, dass er mit dem Regierungsrat des Kantons Bern in Unterhandlungen stehe betreffend Übernahme des Amtes eines Kantons-tierarztes. Der bernische Regierungsrat wählte dann auch am 20. Januar 1939 Dr. Neuenschwander als Kantons-tierarzt mit Amtsantritt auf. 1. Februar 1939. Hiervon machte letzterer am 20. Januar 1939 dem eidg. Oberpferdearzt zu Handen des eidg. Militärdepartementes Mitteilung und ersuchte um Entlassung aus dem Bundesdienste auf den 1. Februar 1939. Mit Beschluss vom 26. Januar 1939 entsprach der Bundesrat diesem Gesuche unter Verdankung der geleisteten Dienste.

Mit Schreiben vom 8. Februar 1939 machte die bernische Beamtenhülfskasse der eidg. Beamtenversicherungskasse Mitteilung vom Übertritt Neuenschwander's in die bernische Staatsverwaltung und ersuchte um Überweisung des diesen Versicherten betreffenden Deckungskapitals gemäss dem Gegenseitigkeitsvertrag vom 27. Mai 1931.

Die eidg. Finanzverwaltung besprach die Angelegenheit am 3. März 1939 mündlich mit dem Verwalter der bernischen Beamtenhülfskasse und legte hernach in einem Schreiben vom 6. März die Gründe dar, aus denen sie sich für berechtigt hielt, bei der Bemessung des zu überweisenden Deckungskapitals jene Dienstjahre nicht zu berücksichtigen, für die der Bund Dr. Neuenschwander in die eidg. Beamtenversicherungskasse eingekauft hatte.

Die bernische Beamtenhülfskasse verlangte jedoch mit Schreiben vom 20. April 1939, dass ihr das Deckungskapital für Tierarzt Neuenschwander, auch soweit es sich

auf die aus Bundesmitteln eingekaufte Versicherungszeit beziehe, überwiesen werde.

In einem an Tierarzt Neuenschwander gerichteten Schreiben vom 2. August 1939 führte die eidg. Finanzverwaltung aus : « Durch Bundesratsbeschluss vom 9. November 1937... wurde bestimmt, Sie seien bis zum 35. Altersjahr zurück in die eidg. Versicherungskasse einzukaufen unter Übernahme der vollen Einkaufssumme... durch den Bund. Dieses Entgegenkommen hat der Bundesrat Ihnen gegenüber gezeigt unter der Voraussetzung, dass sie im Bundesdienste verbleiben. Ihre anrechenbare Versicherungszeit wurde denn auch auf das 35. Altersjahr zurückverlegt, um Ihnen auf das 65. Altersjahr hin die volle Invalidenrente zu sichern. Leider gingen die Erwartungen, die der Bund an Ihre Gewinnung geknüpft hat, nicht in Erfüllung, indem Sie nach einer 15 monatigen Tätigkeit in den kantonalen Dienst übergetreten sind. Damit fallen die Voraussetzungen, unter denen der Einkauf Ihrer Versicherungszeit erfolgt ist, ohne weiteres dahin und der Bund muss deshalb die für Sie durch den Einkauf erbrachte Leistung zurückziehen ».

Am 18. August 1939 erwiderte Dr. Neuenschwander : « Am 9. November 1937 erfolgte die Wahl (zum Adjunkten des eidg. Oberpferdearztes) und die von mir gestellten Bedingungen wurden ohne Einschränkung erfüllt. Es wurde damals von der Wahlbehörde unterlassen, mich für eine bestimmte Zeit für den Bund zu verpflichten. Es wurde auch unterlassen, mir für den Fall meines Austrittes aus der Bundesverwaltung irgendwelche besondern Bedingungen zu stellen... Falls ich vom Bunde weg in die Privatbetätigung zurückgekehrt wäre, hätte ich Anspruch auf die Rückzahlung der von mir selbst in die Versicherungskasse gemachten Einzahlungen gehabt. Es ist selbstverständlich, dass ich diesfalls... auch keine anderen Ansprüche gestellt hätte... Bei einer Besprechung mit Hrn. Regierungsrat Stähli... und Reg.präsident Guggisberg machte ich darauf aufmerksam, dass mir in Sachen Hilfs- und

Pensionskasse hinsichtlich Versicherungszeit die gleichen Bedingungen gewährt werden müssten, wie ich sie bei der Eidgenossenschaft habe, d. h. dass meine Pensionsberechtigung vom 35. Lebensjahr an berechnet werde. Ich machte darauf aufmerksam, dass mich der Bund in die Eidg. Versicherungskasse eingekauft habe und dass daraus Schwierigkeiten entstehen könnten. Hr. Regierungsrat Guggisberg... erklärte mir, dass zwischen Bund und Kanton ein Vertrag bestehe, wonach beim Übertritt von Beamten und Angestellten vom Bund zum Kanton und umgekehrt die Deckungskapitalien der respektiven Versicherungskassen ohne weiteres übertragen würden, gleichviel, woher diese Kapitalien stammen. Da ich annehmen durfte, dass auch der Bund einem Kanton gegenüber die Bestimmungen eines schriftlichen Vertrages erfüllen würde, gab ich mich beruhigt und erklärte, mich dem Kanton Bern zur Verfügung zu stellen... ».

Auch die erneuten Begehren der bernischen Beamtenhilfskasse um Bezahlung des Deckungskapitals auf Grundlage der vollen angerechneten Versicherungszeit wurden von der eidg. Finanzverwaltung mit Schreiben vom 25. September und 15. Dezember 1939 abgewiesen.

C. — Am 4. Januar 1940 reichte die bernische Beamtenhilfskasse, als Klägerin, gegen die eidgenössische Beamtenversicherungskasse, als Beklagte, beim Bundesgericht die vorliegende Klage ein mit dem Rechtsbegehren :

« Die Beklagte... sei der Klägerin... gegenüber zur Bezahlung eines Betrages von Fr. 8280.— nebst Zins zu 4 % seit 31. Januar 1939 zu verurteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. »

Da Dr. Neuenschwander auf das 35. Altersjahr, d. h. den 6. August 1927, in die eidg. Versicherungskasse eingekauft worden und am 31. Januar 1939 aus dem Bundesdienst ausgeschieden sei, so falle nach der Vereinbarung vom 27. Mai 1931 für die Berechnung des von der eidg. Beamtenversicherungskasse an die bernische Beamtenhilfskasse zu vergütenden Deckungskapitals eine Zeit-

spanne von 138 Prämienmonaten in Betracht. Unter Zugrundelegung des bei der bernischen Beamtenhülfskasse versicherten Jahresverdienstes Neuenschwander's im Betrage von Fr. 10,000.— ergebe sich, dass die eidg. Beamtenversicherungskasse der bernischen Beamtenhülfskasse zu vergüten habe :

$$\text{Fr. } 10,000.— \times 0,006 \times 138 = \text{Fr. } 8280.—$$

Dieser Betrag sei seit dem Übertritt Neuenschwander's in die bernische Beamtenhülfskasse, also seit 31. Januar 1939, fällig und daher von diesem Zeitpunkt an, eventuell seit der mit Schreiben vom 8./9. Februar 1939 erfolgten Inverzugsetzung, zu verzinsen.

D. — Die schweiz. Eidgenossenschaft bezw. die eidg. Beamtenversicherungskasse beantragt die kostenfällige Abweisung des Klagebegehrens.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Sofern die vorliegende Streitigkeit nicht unter Art. 17 VDG fällt, ist das Bundesgericht zu deren Beurteilung auf Grund von Art. 48 OG zuständig. Da weder die bernische Beamtenhülfskasse noch die eidg. Beamtenversicherungskasse eine eigene juristische Persönlichkeit besitzt, sondern die erstere ein Zweig der bernischen Staatsverwaltung und die letztere ein Zweig der Bundesverwaltung ist, so liegt eine Streitigkeit zwischen dem Kanton Bern und dem Bund vor. Eine solche aber hat das Bundesgericht gemäss Art. 48 Ziff. 1 OG — ohne Rücksicht auf den Streitwert — zu beurteilen, wenn sie zivilrechtlicher Natur ist. Dieser Charakter aber steht einem auf Grund einer Vereinbarung erhobenen Geldanspruch nicht nur dann zu, wenn diese Vereinbarung nach der heutigen Doktrin dem Privatrecht angehört. Auch der auf Grund einer öffentlichrechtlichen Vereinbarung erhobene Geldanspruch fällt nach der Praxis unter den Begriff der zivilrechtlichen Streitigkeit im Sinne von Art. 48 OG, sofern sich die Parteien beim Abschluss der Vereinbarung als gleichwertige, selbständige Rechtssubjekte gegenüber-

standen, also kraft freier Willensübereinstimmung das Verhältnis so geordnet haben, aber auch anders hätten ordnen können (BGE 58 II S. 473 ; 63 II S. 50 ; nicht publizierter Entscheid i. S. Aargau Staat c. Aarau, Einwohnergemeinde vom 21. Juni 1929, Erw. 2). Diese Voraussetzung liegt aber im vorliegenden Falle vor. Wenn auch der Kanton Bern als Gliedstaat dem Bunde untergeordnet ist, so sind doch die beiden Gemeinwesen bei Abschluss der Vereinbarung vom 27. Mai 1931, auf die die eingeklagte Geldforderung gestützt wird, sich als gleichberechtigte Parteien gegenüber getreten ; die Vereinbarung regelt das Verhältnis zwischen zwei Versicherungskassen, von denen die eine der Souveränität des Bundes und die andere der Souveränität des Kantons Bern untersteht.

2. — Gleichwohl hat den vorliegenden Rechtsstreit das Bundesgericht nicht als Zivilgericht gemäss Art. 48 OG, sondern als Verwaltungsgericht gemäss Art. 17 VDG zu beurteilen, wenn seine Zuständigkeit auch auf Grund dieser letzteren Bestimmung gegeben ist, also wenn « ein in der Bundesgesetzgebung begründeter streitiger vermögensrechtlicher Anspruch aus öffentlichem Recht » geltend gemacht wird ; denn die Zuständigkeitsnorm des Art. 17 VDG erscheint gegenüber derjenigen des Art. 48 OG als die spezielle und geht daher vor (KIRCHHOFER, Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht S. 81 ; RUCK, Schweiz. Verwaltungsrecht Bd. I S. 35).

a) Der eingeklagte Anspruch ist nun jedenfalls ein solcher « aus öffentlichem Recht ». Bei der Handhabung von Art. 17 VDG ist nicht auf die veraltete, bei der Auslegung von Art. 48 OG aus praktischen Gründen des Rechtsschutzes beibehaltene Auffassung über die Abgrenzung von privatem und öffentlichem Recht abzustellen, sondern auf die in bezug auf diese Abgrenzung heute in der Doktrin herrschende Auffassung (vgl. hierüber die überzeugenden Ausführungen bei KIRCHHOFER, l. c. S. 80). Nach dieser Auffassung liegt ein publizistischer und zwar verwaltungsrechtlicher Vertrag vor, wenn zwei oder meh-

re Korporationen des öffentlichen Rechts eine Vereinbarung zwecks Erfüllung, Sicherung oder Förderung einer Aufgabe der öffentlichen Verwaltung abschliessen (RUCK, l. c. S. 84; JEDLIČKA, Der öffentliche Vertrag im Verwaltungsrecht, S. 94 ff.; KORMANN, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte S. 30). Einen solchen Zweck verfolgt aber die Vereinbarung vom 27. Mai 1931. Sie sucht den Beamten, die aus dem Dienste des einen Gemeinwesens in den Dienst des andern übertreten, nach Möglichkeit die ihnen bisanhin als Versicherten zustehenden Rechte ohne ihr Zutun zu erhalten (GRÜTTER in der Festschrift für MOSER, S. 266). Die auf diese Weise geförderte Beamtenversicherung aber ist im Bund und im Kanton Bern eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung (FLEINER, Bundesstaatsrecht S. 262; Bundesblatt 1925 II S. 203).

b) Fraglicher ist, ob mit der vorliegenden Klage « ein in der Bundesgesetzgebung begründeter Anspruch » gegen den Bund erhoben wird. Da der Kanton Bern den eingeklagten Anspruch auf die Vereinbarung vom 27. Mai 1931 stützt und diese Vereinbarung — jedenfalls soweit hieraus Verpflichtungen des Bundes, bzw. der eidg. Versicherungskasse abgeleitet werden — nicht dem bernischen, sondern nur dem eidgenössischen Recht unterstehen kann, so stützt sich die Klage auf einen Rechtssatz des Bundes, nämlich auf den ungeschriebenen, auch für die verwaltungsrechtlichen Verträge des Bundes geltenden Satz *pacta sunt servanda*, d. h. den Satz: die vertragsschliessenden Parteien bleiben nach Massgabe der von ihnen abgegebenen Willenserklärungen an den Vertragszweck gebunden und unterliegen der Verpflichtung, alles zur Verwirklichung des Vertragsinhaltes zu tun, was für sie im Bereiche des Möglichen und Erlaubten liegt (RUCK, l. c. S. 86; JEDLIČKA, l. c. S. 115; APELT, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S. 41 ff., 206). Ein in der Bundesgesetzgebung begründeter Anspruch im Sinne von Art. 17 VDG liegt daher im vorliegenden Falle dann vor, wenn bei Auslegung dieses Artikels unter Bundesgesetzgebung

— wie dies KIRCHHOFER (l. c. S. 81) annimmt — das Bundesrecht überhaupt, auch das ungeschriebene, zu verstehen ist. In dem Entscheide i. S. Gschwind vom 14. Oktober 1932 (BGE 58 II S. 474) hat das Bundesgericht diese Frage aufgeworfen, aber offen gelassen.

Der Ausdruck « über in der Bundesgesetzgebung begründete streitige vermögensrechtliche Ansprüche des Bundes oder gegen den Bund aus öffentlichem Recht » ist von den eidgenössischen Räten unverändert aus der bundesrätlichen Vorlage übernommen worden. Für die Auslegung dieses Ausdruckes fällt daher aus den Gesetzesmaterialien nur die Botschaft des Bundesrates vom 27. März 1925 in Betracht. Aus dieser ergibt sich, dass mit der Beifügung der Worte « in der Bundesgesetzgebung begründet » ein doppelter Zweck verfolgt wurde. Einmal wollte damit zum Ausdruck gebracht werden, dass auf dem Wege der verwaltungsrechtlichen Klage nur im Bundesrecht und nicht auch im kantonalen Recht begründete Ansprüche geltend gemacht werden können. Weiterhin wollte damit auch noch gesagt werden, dass das VDG ein blosses Prozessgesetz sei und daher nur das Verfahren regle, in dem ein im materiellen Bundesrecht begründeter Anspruch im Streitfalle geltend zu machen und zu beurteilen sei (Schweiz. Bundesblatt 1925 II S. 202/3). Der Gesetzgeber wollte demnach die verwaltungsrechtliche Klage nicht auf Ansprüche beschränken, die sich auf Sätze des geschriebenen Bundesrechtes stützen, sondern gebrauchte den Ausdruck « Bundesgesetzgebung » im Sinne von Bundesrecht. Wenn nun auch die Gesetzesmaterialien für den Richter nicht bindend sind, so besteht doch im vorliegenden Falle keine Veranlassung, dem Gesetze einen andern Sinn beizulegen. Die Anordnung eines verschiedenen Prozessverfahrens, je nachdem sich der vermögensrechtliche Anspruch aus öffentlichem Recht auf einen Satz des geschriebenen oder des ungeschriebenen Bundesrechtes stützt, lässt sich nicht rechtfertigen; in beiden Fällen entspricht das in den Art. 20 und 21 VDG vorgesehene Verfahren der

Natur der Klage besser, als das für den direkten Zivilprozess beim Bundesgericht gemäss BZP massgebende Verfahren.

3. — Für den Fall, dass ein Bundesbeamter, der der eidg. Beamtenversicherungskasse als Versicherter angehört, in die bernische Staatsverwaltung, oder ein kantonalbernischer Beamter, der der bernischen Beamtenhülfskasse als Versicherter angehört, in den Bundesdienst übertritt und auch in seiner neuen Stellung zum Eintritt in die Versicherungs- bzw. Hülfskasse verpflichtet oder berechtigt ist, stellt die Vereinbarung vom 27. Mai 1931 für die neue Kasse die Verpflichtung auf, den übertretenden Beamten — ohne Rücksicht auf seinen Gesundheitszustand und sein Alter und unter voller Anrechnung der ihm bisanhin angerechneten Versicherungszeit — aufzunehmen, sofern ihr von der frühern Kasse das gemäss Art. 4 der Vereinbarung berechnete Deckungskapital überwiesen wird.

Die Vereinbarung stellt aber auch umgekehrt für die Kasse, aus der der Beamte austritt, die Verpflichtung auf, das gemäss Art. 4 berechnete Deckungskapital an die Kasse, in die der Beamte übertritt, zu überweisen, falls diese den Übertretenden — ohne Rücksicht auf seinen Gesundheitszustand und sein Alter und unter voller Anrechnung der ihm bei der frühern Kasse angerechneten Versicherungszeit — aufnimmt.

4. — Bei Feststellung der in der frühern Kasse angerechneten Versicherungszeit ist es — jedenfalls in der Regel — bedeutungslos, ob diese Zeit durch Prämienzahlungen während der Anstellung oder durch Einkauf zustande gekommen ist. Art. 4 der Vereinbarung, der die Berechnung des zu vergütenden Deckungskapitals festlegt, stellt freilich auf die Zeit « der Prämienzahlungen » ab; denn er bestimmt, dass die Kasse, aus der der Versicherte austritt, « für jeden anrechenbaren Monat der *Prämienzahlung* vor dem Übertritt » 0,6 % des anrechenbaren Jahresverdienstes an die neue Kasse zu vergüten

hat. Doch unter « Prämienzahlung » muss auch die vom Beamten oder der Verwaltung oder von beiden gemeinschaftlich einbezahlte Einkaufssumme — die ja nichts anderes als eine nachträgliche Prämienzahlung für die eingekaufte Versicherungszeit ist — verstanden werden, nachdem in Art. 3 der Vereinbarung « die volle Anrechnung der in der frühern Kasse angerechneten Versicherungszeit » (mit der einzigen — im vorliegenden Falle bedeutungslosen — Einschränkung, dass die Versicherungszeit in der neuen Kasse dadurch nicht weiter als bis zum 22. Altersjahr zurückgelegt wird) vorgesehen ist, ohne dass hiebei ein Unterschied gemacht wird, je nachdem die Versicherungszeit durch Prämienzahlung während der Anstellung oder durch Einkauf zustande gekommen ist. Für die gegenteilige Auffassung bildet auch keine Stütze die Tatsache, dass in den Vereinbarungen, die die eidg. Versicherungskasse einige Jahre später mit der bernischen Lehrerversicherungskasse (20. März 1933), der stadt-bernischen Pensionskasse (8. Mai 1933) und der Pensionskasse der Kantonalbank von Bern und Hypothekarkasse des Kantons Bern (17. Januar 1935) abschloss, bei Art. 4 der Zusatz angebracht wurde: « Hat der Übertretende in der Kasse, aus der er austritt, durch Einkauf oder sonstige Bezahlung Versicherungszeit erworben, so gilt diese Zeit als Prämienzeit ». Damit wurde nicht nur, wie die eidg. Versicherungskasse anzunehmen scheint, die durch Selbsteinkauf des Beamten, sondern ausserdem die durch sonstige Bezahlung erworbene Versicherungszeit der Prämienzeit gleichgestellt. Damit könnte wohl auch die durch Einkauf der Verwaltung erworbene Versicherungszeit gemeint sein. Die Beifügung dieser Bestimmung konnte daher auch nur der Abklärung dienen. Nur wenn in den spätern Vereinbarungen ausschliesslich die durch Selbsteinkauf erworbene Versicherungszeit der Prämienzeit gleichgestellt und damit die durch Einkauf der Verwaltung erworbene Versicherungszeit ausgeschlossen worden wäre, läge hierin ein gewisses Indiz dafür, dass die einige Jahre

früher abgeschlossene Vereinbarung, deren Auslegung heute in Frage steht, sich über die durch Einkauf erworbene Versicherungszeit nicht aussprechen wollte, also in dieser Hinsicht eine Lücke aufweise.

5. — Doch die frühere Kasse muss der neuen Kasse das Deckungskapital für jene Versicherungszeit, die die bisherige Verwaltung dem übertretenden Beamten durch Einkauf erworben hatte, dann nicht überweisen, wenn die Verwaltung den Einkaufsbetrag unter der Bedingung geleistet hat, dass dieser Betrag an sie zurückfalle, wenn der Beamte aus ihrem Dienste ausscheide. Dies nimmt auch die bernische Beamtenhülfskasse an; denn sie gibt zu, dass die eidg. Beamtenversicherungskasse im vorliegenden Falle die Überweisung des Deckungskapitals für die durch Einkauf erworbene Versicherungszeit verweigern dürfte, wenn der Bundesrat bei der Anstellung Neuenschwanders die Einkaufssumme unter der Bedingung geleistet hätte, dass Neuenschwander längere Zeit im Bundesdienste verbleibe. Diese Auffassung ist auch richtig. Die Vereinbarung vom 27. Mai 1931 schliesst die Anbringung eines solchen Vorbehaltes nicht aus. Da sie die Verwaltungen, denen die beiden vertragsschliessenden Kassen angegliedert sind, nicht verpflichtet, für ihre Beamten durch Einkauf Versicherungszeit zu erwerben, so dürfen diese Verwaltungen, wenn sie sich zu einem Einkauf entschliessen, ihn an beliebige Bedingungen knüpfen, also auch an die Bedingung, dass der Beamte, überhaupt oder wenigstens während einer gewissen Zeit, in ihrem Dienste verbleibe. Verlässt dann der Beamte vor Ablauf der vereinbarten Zeit die Stelle, so steht ihm die durch den Einkauf der Verwaltung erworbene Versicherungszeit beim Eintritt in die neue Kasse nicht mehr zu. Diese hat infolgedessen dem Übertretenden nur die noch verbleibende Versicherungszeit anzurechnen und kann auch nur die Überweisung des auf diese Zeit entfallenden Deckungskapitals verlangen.

6. — Als der Bundesrat im Jahre 1937 Dr. Neuen-

schwander zum Adjunkten des eidg. Oberpferdearztes wählte, wurde in den Anstellungsakt, der dem Gewählten den Einkauf in die eidg. Beamtenversicherungskasse zusicherte, keine Bedingung aufgenommen. Das Schicksal der vorliegenden Klage hängt daher davon ab, ob nicht aus den Umständen, insbesondere aus den Gesetzes- bzw. Reglements Vorschriften, gestützt auf welche die Einkaufssumme bezahlt wurde, gefolgert werden muss, dass die Bundesverwaltung bei einem vorzeitigen Ausscheiden Neuenschwanders aus dem Bundesdienste berechtigt ist, den einbezahlten Betrag zurückzuziehen.

7. — Über den Erwerb von Versicherungszeit durch Einkauf in die eidg. Beamtenversicherungskasse bestimmt Art. 5 Abs. 3 der Statuten vom 6. Oktober 1920:

« Bei ihrem Dienstantritt können Beamte, Angestellte und Arbeiter, die die Altersgrenze von vierzig Jahren überschritten haben, als Versicherte aufgenommen werden, wenn sowohl sie als auch der Bund der Kasse Nachzahlungen leisten. Dabei sind in den bei der Anstellung zu bestimmenden Fristen so viele ordentliche Jahresbeiträge (Art. 47 a und Art. 45 a) nachzuzahlen, als seit Überschreitung der Altersgrenze Jahre verflossen sind. Diese Zeit zählt alsdann bei der Anrechnung der Dienstjahre mit. *Zur Gewinnung hervorragender Kräfte kann der Bundesrat beschliessen, dass die gesamten Nachzahlungen durch den Bund übernommen werden.* »

Es wird also neben dem gewöhnlichen Einkauf, bei dem die Einkaufssumme zu 7/12 vom Bund und zu 5/12 vom Beamten geleistet wird, auch noch ein ausserordentlicher — der Gewinnung hervorragender Kräfte dienender — Einkauf vorgesehen, bei dem ausschliesslich der Bund die Nachzahlungen leistet. Da die ganze Einkaufssumme für Dr. Neuenschwander vom Bund bestritten wurde, so lag im vorliegenden Fall ein ausserordentlicher Einkauf gemäss dem letzten Satz von Art. 5 Abs. 3 der Statuten für die eidg. Beamtenversicherungskasse vor, wie dies auch die bernische Beamtenhülfskasse anerkennt. Die Leistungen des Bundes gingen im vorliegenden Falle sogar in

doppelter Beziehung über die von ihm bei einem gewöhnlichen Einkauf zu erbringenden Leistungen hinaus; er leistete nämlich nicht nur die beim gewöhnlichen Einkauf vom Beamten zu erbringenden 5/12 der Nachzahlungen, sondern nahm auch den Einkauf auf das 35. und nicht bloss auf das 40. Altersjahr zurück vor.

8. — Hat aber der Bundesrat bei der Anstellung Neuenchwanders, um diese « hervorragende Kraft » für den Bundesdienst « zu gewinnen », bei der eidg. Versicherungskasse für denselben eine Einzahlung von ca. Fr. 10,000.— geleistet, so kann diese Zahlung nur erfolgt sein in der Annahme, dass Neuenchwander dauernd (d. h. bis zur Auflösung des Dienstverhältnisses infolge Invalidität, Alter oder Tod) oder doch mehrere Jahre im Bundesdienste verbleibe. Es muss als ausgeschlossen gelten, dass auch für den Fall seines baldigen Ausscheidens aus dem Bundesdienste der Bundesrat einen Betrag von Fr. 10,000.— für denselben oder gar zu Gunsten jener kantonalen Verwaltung, in deren Dienst er übertreten sollte, aufwenden wollte. Die « Voraussetzung », unter der der Bund die Einkaufssumme bezahlt hat, hat sich somit nicht verwirklicht.

9. — Die von Windscheid begründete Voraussetzungslehre, die der « unentwickelten Bedingung » rechtliche Bedeutung beilegte, wird heute in der privatrechtlichen Literatur und Praxis allgemein abgelehnt. (In BGE 28 II S. 374 wurde die Frage, ob die Windscheid'sche Lehre im modernen Privatrecht verwendbar sei, offen gelassen.) Voraussetzungen, unter denen ein Vertrag abgeschlossen wurde, sind — wie heute allgemein angenommen wird — nur rechtserheblich, wenn sie nach den Grundsätzen über wesentlichen Irrtum (Art. 23 ff. OR; vgl. BGE 43 II S. 779 ff.) oder nach denen über die Bedingung (Art. 151 ff. OR) beachtlich sind (vgl. STIEFEL, Über den Begriff der Bedingung S. 162/3). Nach den Grundsätzen über den wesentlichen Irrtum kann nur eine Voraussetzung beachtlich sein, die sich auf die Gegenwart oder die Vergangenheit

bezieht (*condicio in praesens vel praeteritum relata*; vgl. OSER-SCHÖNENBERGER, Kommentar zu OR Art. 23, Note 4). Eine Voraussetzung, die sich auf die Zukunft bezieht, ist nur rechtserheblich, wenn sie zur Bedingung gemacht wurde. Eine Bedingung ist jedoch nicht nur dann rechtswirksam, wenn sie der Willenserklärung ausdrücklich, sondern auch wenn sie ihr « stillschweigend », d. h. durch ein schlüssiges konkludentes Verhalten beigelegt wird (BGE 12 S. 741 E. 3). Bei einem Vertrag muss jedoch der Bedingungswille *beider* Parteien irgendwie zum Ausdruck kommen; die Bedingung muss zum Vertragsbestandteil geworden sein (STIEFEL l. c. S. 92 ff., BECKER, Kommentar, Vorbem. zu Art. 151/157 Note 18). Um aus dem Vertragszweck die Vereinbarung einer Bedingung kraft ergänzender Auslegung folgern zu können, reicht die Willensrichtung nur einer Partei nicht aus; die Beifügung muss im Sinne des objektiven Vertragszweckes liegen (OERTMANN, Rechtsordnung und Verkehrssitte S. 197 ff.).

Die Beamtenernennung ist aber kein Vertrag, sondern eine einseitige hoheitliche Verfügung des Staates, deren Wirksamkeit im Bunde durch die Einwilligung des Beamten bedingt ist (MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. Bd. II S. 262; FLEINER, Institutionen, 8. Aufl. S. 192; FLEINER, Bundesstaatsrecht, S. 250; RUCK, l. c. S. 84). Grundsätzlich sind die den Beamten zukommenden Rechte und ihnen obliegenden Pflichten durch Rechtsnormen geregelt. Ob ein dem Beamten eingeräumtes Recht bedingt ist, ist daher — jedenfalls in der Regel — nicht eine Frage der Vertragsauslegung, sondern eine solche der Gesetzesauslegung (APELT, l. c. S. 102 ff., insbesondere 105); eine Ausnahme ist höchstens für den Fall zu machen, dass bei der Beamtenernennung eine Vereinbarung getroffen wird, bei der es sich nicht um die Anwendung einer gesetzlichen Bestimmung handelt (APELT, l. c. S. 107). Dieser Ausnahmefall liegt heute nicht vor. Der Bundesrat hat die Einkaufssumme von ca. Fr. 10,000. —

— was unbestritten ist — in Anwendung von Art. 5 Abs. 3 letzter Satz der Statuten für die eidg. Beamtenversicherungskasse — welche Statuten den Charakter einer Verordnung besitzen (vgl. BGE 63 I S. 116 ff.) — bezahlt. Es bedarf daher im vorliegenden Falle nicht des Nachweises, dass auch der Wille Neuenschwanders auf eine bloss bedingte Einzahlung der Einkaufssumme gerichtet war. Entscheidend ist, ob sich die Bedingung in einer für Neuenschwander erkennbaren Weise aus Art. 5 Abs. 3 letzter Satz der Statuten für die eidg. Versicherungskasse ergibt. Diese Frage ist aber zu bejahen. Es würde dem in dieser Bestimmung erwähnten Zwecke widersprechen, wenn die gestützt auf diese Vorschrift geleistete Einkaufssumme einem Beamten, der nur etwas mehr als ein Jahr im Bundesdienste geblieben ist, zur Verfügung gestellt würde, auf dass er sich damit bei der Versicherungskasse einer andern Verwaltung einkaufen könnte. Dieser Widerspruch besteht, auch wenn die Organe des Bundes die vorzeitige Demission genehmigen und wenn der Gehalt der kantonalen Beamtung, die dem frühern Bundesbeamten übertragen wird, vom Bund subventioniert wird. Die Statuten der eidg. Beamtenversicherungskasse haben wohl nur deshalb das Schicksal der gemäss Art. 5 Abs. 3 letzter Satz einbezahlten Einkaufssumme bei einem vorzeitigen Ausscheiden des Beamten nicht dem verfolgten Zwecke entsprechend ausdrücklich geregelt, weil damals noch keine Freizügigkeitsvereinbarungen bestanden. Da der Beamte selbst bei einem vorzeitigen Ausscheiden keinen Anspruch auf die Einkaufssumme erheben kann (Art. 8 der Statuten), konnte sich vor dem Abschluss von Freizügigkeitsvereinbarungen nur die Frage stellen, ob die Einkaufssumme der eidg. Beamtenversicherungskasse verbleibe oder an die Kasse der allgemeinen Bundesverwaltung zurückzuerlösen sei. Eine Entscheidung dieser Frage aber durfte als überflüssig betrachtet werden, da die eidg. Beamtenversicherungskasse nur ein Zweig der Bundesverwaltung, eine *statio fisci*, ist und der Bund ein eventuelles Defizit

dieser Kasse zu tragen hat (Art. 45 Abs. 2 der Statuten). Auch Dr. Neuenschwander betrachtete die Überweisung der Einkaufssumme an die bernische Beamtenhilfskasse nicht als selbstverständlich; er hat — wie er in seinem Schreiben an die eidg. Finanzverwaltung vom 18. August 1939 bemerkt hat — die bernischen Regierungsräte, mit denen er vor seiner Wahl zum Kantonstierarzt unterhandelte, darauf aufmerksam gemacht, dass der Bund möglicherweise diese Überweisung verweigern werde. Es wäre Sache des bernischen Regierungsrates gewesen, diese Frage abzuklären, bevor er Dr. Neuenschwander die Zusage gab, dass er bei der bernischen Beamtenhilfskasse die gleichen Rechte geniessen werde, die ihm bis anhin bei der eidg. Beamtenversicherungskasse zustanden. Aus dem Umstand, dass der Bundesrat, als er dem Demissionsgesuch Neuenschwanders entsprach, keinen Vorbehalt bezüglich der Einkaufssumme angebracht hat, kann nicht gefolgert werden, dass er auf die dem Bunde bezüglich dieser Summe zustehenden Rechte verzichten wollte. Bedeutungslos ist auch, dass seit dem Bekanntwerden des vorliegenden Streitfalles der Bundesrat, wenn er einen Einkauf gemäss Art. 5 Abs. 3 letzter Satz der Statuten der eidg. Beamtenversicherungskasse beschloss, den Rückzug der Einkaufssumme bei einem vorzeitigen Ausscheiden aus dem Bundesdienste sich vorbehielt; denn wer sich durch Anbringung eines Vorbehaltes gegen eine für ihn ungünstige Auslegung zu schützen sucht, gibt damit nicht zu, dass ohne diesen Vorbehalt eine für ihn günstige Auslegung nicht möglich sei.

10. — Offengelassen wird die in den Prozessschriften nicht aufgeworfene Frage, ob sich die Bedingung, die sich aus Art. 5 Abs. 3, letzter Satz der Statuten der eidg. Beamtenversicherungskasse folgern lässt, auf die ganze Einkaufssumme bezieht oder nur auf jenen Teil der Einkaufssumme, der den Betrag übersteigt, den der Bund bei einem gewöhnlichen Einkauf (vgl. oben Erwägung 7) gemäss Art. 5 Abs. 3, Sätze 1 und 2, einbezahlt hätte, und

ob sich daraus oder aus einem andern, bis dahin nicht geltend gemachten Gesichtspunkt ein Anspruch auf Überweisung wenigstens eines Teils der geforderten Prämienzahlungen herleiten liesse. Die weitere Prüfung dieser Fragen soll den Parteien vorbehalten bleiben, weshalb die Klage nur im Sinne der Erwägungen abgewiesen wird.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Klage wird, soweit mit derselben mehr als der anerkannte Betrag von Fr. 900.— gefordert wird, im Sinne der Erwägungen abgewiesen.

IV. VERFAHREN

PROCÉDURE

Vgl. Nr. 47, 51 und 52. — Voir nos 47, 51 et 52.

C. STRAFRECHT — DROIT PÉNAL

MOTORFAHRZEUG- UND FAHRRADVERKEHR

CIRCULATION DES VÉHICULES AUTOMOBILES ET DES CYCLES

53. Urteil des Kassationshofs vom 7. Oktober 1940

i. S. Reinert gegen Staatsanwaltschaft Schwyz.

Einmündung einer *Hauptstrasse* in eine andere Hauptstrasse. *Vortrittsrecht* durch Vortrittsignal (Nr. 7) geregelt. Langsames und vorsichtiges Einfahren aus der Hauptstrasse mit aufgehobenem Vortrittsrecht. — Begriff der *Gleichzeitigkeit*. — Wenn der Vortrittsberechtigte in der durch den Fehler des andern herbeigeführten Gefahrensituation nicht sofort anhalten kann oder nicht die objektiv zweckmässigste Notmassnahme ergreift, bildet das keine Nichtbeherrschung des Fahrzeugs im Sinne des Art. 25 MFG. (Art. 27 MFG, Art. 6 BRB über Hauptstrassen mit Vortrittsrecht).

Jonction de deux *routes principales*. *Priorité de passage* réglée par un signal routier (No 7). Devoir de celui qui débouche de la route dont la priorité est supprimée de ne s'engager sur l'autre chaussée que lentement et prudemment. — Notion de la *simultanéité*. — Lorsque le titulaire de la priorité, dans la situation dangereuse où l'a mis la faute de l'autre usager de la route, ne peut s'arrêter immédiatement ou n'effectue pas la manœuvre objectivement la plus indiquée, on ne saurait conclure de ce fait même qu'il n'était pas maître de sa machine conformément à l'art. 25 LA (art. 27 LA ; art. 6 ACF sur les routes principales avec priorité de passage).

Sbocco di una *strada principale* in un'altra strada principale. *Diritto di precedenza* indicato da un segnale stradale (No 7). Colui che sbocca dalla strada, il cui diritto di precedenza è soppresso, è tenuto ad inoltrarsi sull'altra strada lentamente e prudentemente. Nozione della *simultaneità*. Se il titolare del diritto di precedenza, trovandosi nella situazione pericolosa ove l'ha messo l'altro utente della strada, non può fermarsi immediatamente o non effettua la manovra oggettivamente più indicata, non se ne può concludere ch'egli non era padrone del suo veicolo conformemente all'art. 25 LCAV (art. 27 LCAV ; art. 6 DCF concernente le strade con diritto di precedenza).