

# **BGer 8C 459/2021 vom 5. April 2022**

Bundesgericht, 2022-04-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_459\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_459_2021)

FR: TF 8C 459/2021 du 5 avril 2022

IT: TF 8C 459/2021 del 5 aprile 2022

## **Regeste**

Öffentliches Personalrecht (Beendigung des öffentlichen Dienstverhältnisses) | Öffentliches Dienstverhältnis

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen vor Bundesgericht nur so weit vorgebracht werden, als erst das Urteil der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Inwiefern dies der Fall ist, ist in der Beschwerde darzulegen ( Art. 42 Abs. 2 BGG ; BGE 143 I 344 E. 3). Hiervon erfasst sind unechte Noven, also Tatsachen, die im bisherigen Verfahren bereits hätten vorgebracht werden können, aber nicht vorgebracht wurden. Echte Noven, d.h. Tatsachen, die erst entstanden sind, nachdem vor der Vorinstanz keine neuen Tatsachen und Beweismittel mehr vorgetragen werden konnten, sind im Verfahren vor Bundesgericht demgegenüber unbeachtlich ( BGE 143 V 19 E. 1.2; 139 III 120 E. 3.1.2).

### **E. 1.2**

Dem Antrag auf Sistierung des bundesgerichtlichen Verfahrens bis zur Erledigung der am 24. Januar 2020 gegen den Beschwerdegegner eingereichten Strafanzeige, um allenfalls strafrechtlich relevantes Verhalten bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit der Entlassung miteinbeziehen zu können, kann bereits darum nicht entsprochen werden, weil er sich auf für die Entscheidungsfindung neue Tatsachen stützt, indessen nicht dargetan wird, inwiefern erst das angefochtene Urteil Anlass zu deren Vorbringen bot.

### **E. 2**

Die Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt, da die Beschwerde unter Einhaltung der gesetzlichen Frist ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) und Form ( Art. 42 BGG ) von einer durch die Entscheidung besonders berührten Partei mit einem schutzwürdigen Interesse an deren Aufhebung oder Änderung ( Art. 89 Abs. 1 BGG ) eingereicht wurde und sich das Rechtsmittel gegen einen von einer zulässigen Vorinstanz ( Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG ) gefällten Endentscheid ( Art. 90 BGG ) in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts ( Art. 82 lit. a BGG ) richtet und keine der in Art. 83 BGG erwähnten Ausnahmen greift. Weiter ist der erforderliche Streitwert nach Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG gegeben.

### **E. 3.1**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 und 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie

mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Pflicht zur Begründung der Beschwerde ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 141 V 234 E. 1 mit Hinweisen).

### **E. 3.2**

Nach Art. 105 BGG legt das Bundesgericht seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Abs. 1). Es kann diese Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Abs. 2). Die Voraussetzungen für eine Sachverhaltsrüge nach Art. 97 Abs. 1 BGG und für eine Berichtigung des Sachverhalts von Amtes wegen nach Art. 105 Abs. 2 BGG stimmen im Wesentlichen überein. Soweit es um die Frage geht, ob der Sachverhalt willkürlich oder unter verfassungswidriger Verletzung einer kantonalen Verfahrensregel ermittelt worden ist, sind strenge Anforderungen an die Begründungspflicht der Beschwerde gerechtfertigt. Entsprechende Beanstandungen sind vergleichbar mit den in Art. 106 Abs. 2 BGG genannten Rügen. Demzufolge genügt es nicht, einen von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abweichenden Sachverhalt zu behaupten. Vielmehr ist in der Beschwerdeschrift nach den erwähnten gesetzlichen Erfordernissen darzulegen, inwiefern diese Feststellungen willkürlich bzw. unter Verletzung einer verfahrensrechtlichen Verfassungsvorschrift zustande gekommen sind. Andernfalls können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der von den Feststellungen im angefochtenen Urteil abweicht, nicht berücksichtigt werden. Vorbehalten bleiben offensichtliche Sachverhaltsmängel im Sinne von Art. 105 Abs. 2 BGG, die der Richterperson geradezu in die Augen springen ( BGE 133 IV 286 E. 6.2; 133 II 249 E. 1.4.3).

### **E. 4**

Die Vorinstanz hat die Bestimmungen und Grundsätze über die ordentlichen Kündigungsgründe der Verletzung wichtiger vertraglicher oder gesetzlicher Pflichten resp. der Mängel in der Leistung oder im Verhalten ( Art. 10 Abs. 3 lit. a und b BPG ) sowie die Sorgfalts- und Interessenwahrungspflicht ( Art. 20 BPG ) zutreffend dargelegt. Dasselbe gilt für die ausnahmsweise zulässige Kündigung ohne vorgängige formelle Mahnung ( BGE 143 II 443 E. 7.5 mit Hinweisen), die Massnahmen bei unverschuldeter Auflösung des Arbeitsverhältnisses (Art. 19 Abs. 2 bis 5 BPG in Verbindung mit Art. 78 Abs. 1 lit. c BPV und Art. 79 Abs. 1 und Abs. 1bis BPV ) sowie den Anspruch auf eine Entschädigung bei unrechtmässig erfolgten Kündigungen ( Art. 34b BPG ). Darauf wird verwiesen.

### **E. 5.1**

Die Vorinstanz erkannte, das Gespräch vom 30. Januar 2020 (vgl. Sachverhalt lit. A) sei nicht protokolliert worden. Der Beschwerdeführer sei aber gemäss Kündigungsverfügung davon ausgegangen, dass der Beschwerdegegner für die C. \_\_\_\_\_ AG jahrelang einen erheblichen Aufwand gegen Entschädigung betrieben habe und weiterhin betreibe. Zum einen habe der Beschwerdeführer daraus eine Verletzung der Meldepflicht abgeleitet und zum andern das Aussageverhalten des Beschwerdegegners als intransparent und wahrheitswidrig qualifiziert, was zur Vertrauenserschütterung geführt habe. Der Beschwerdeführer könne aber nicht belegen, dass er dem Beschwerdegegner bezüglich des rechtserheblichen Sachverhalts das rechtliche Gehör gewährt habe. Eine entsprechende

Konfrontation lasse sich weder aus dem Inhalt der besprochenen Aufhebungsvereinbarung noch sonstwie herleiten. Dies rechtfertige bereits eine Entschädigung nach Art. 34b Abs. 1 lit. a BPG aufgrund der Gehörsverletzung.

#### **E. 5.2.1**

Weiter seien Art und Umfang der Nebentätigkeit strittig gewesen, so die Vorinstanz. Trotz angekündigter Abklärungen durch eine unabhängige Stelle und der schwerwiegenden persönlichen Konsequenzen einer Kündigung habe es der Beschwerdeführer unterlassen, den Sachverhalt sorgfältig abzuklären. Die Sachlage sei im Kündigungszeitpunkt keineswegs klar gewesen. Es habe nicht ohne gewichtige Zweifel ausgeschlossen werden können, dass der Beschwerdegegner die Wahrheit gesagt habe, weshalb es unverständlich sei, warum der Beschwerdeführer die im vorinstanzlichen Gerichtsverfahren vernehmlassungsweise beantragten weiteren Abklärungen bzw. Beweisvorkehren (wie etwa die Edition der Bank- und Buchhaltungsunterlagen der C. \_\_\_\_\_ AG für die Jahre 2009-2019 sowie ihrer Mitarbeiter- und Kundenliste) nicht selbst durchgeführt habe. Dadurch seien erneut das rechtliche Gehör sowie der Untersuchungsgrundsatz verletzt worden. Die Auffassung des Beschwerdeführers sei unhaltbar, wonach allein aufgrund der Rechtslage und des Internetauftritts der C. \_\_\_\_\_ AG darauf geschlossen werden müsse, dass der Beschwerdegegner offenkundig einen erheblichen Aufwand für diese betrieben habe und bis heute regelmässig aktiv sei. Dasselbe gelte für seine Annahme, dass der Beschwerdegegner aufgrund der Vereinbarung mit E. \_\_\_\_\_ zwangsläufig eine Entschädigung für seine Tätigkeit bei der C. \_\_\_\_\_ AG erhalten haben müsse. Diese unvollständige Sachverhaltsfeststellung sei bei der Höhe der Entschädigung gemäss Art. 34b Abs. 1 lit. a BPG zu berücksichtigen. So wie sich die Sachlage im Zeitpunkt der Kündigung präsentiert habe, sei jedenfalls keine schwere Pflichtverletzung im Sinne von Art. 10 Abs. 3 lit. a BPG begangen worden.

#### **E. 5.2.2**

Nachdem die Vorinstanz eigene Abklärungen getätigt hatte, stellte sie fest, dass der Beschwerdegegner als fiduziarischer Verwaltungsrat und formeller Geschäftsführer eingesetzt worden sei. Für seinen Aufwand als Verwaltungsrat bei der Gründung der C. \_\_\_\_\_ AG sei er mit Fr. 1100.- entschädigt worden. Sporadisch habe er aus sprachlichen Gründen für wenige Tage pro Jahr Einsätze in der Romandie geleistet. Zwischen den Jahren 2009 und 2019 sei er hierfür mit insgesamt Fr. 6659.- entschädigt worden. Überdies habe er einen Auslagenersatz von total mindestens Fr. 2298.60 erhalten. Für sein Verwaltungsratsmandat seien ihm innerhalb von zehn Jahren bloss Fr. 150.- vergütet worden, weshalb seine Aussage, hierfür nicht entschädigt worden zu sein, wohl inkorrekt, aber stark zu relativieren sei.

#### **E. 5.2.3**

Bezüglich des Verwaltungsratsmandats schlussfolgerte die Vorinstanz, der Beschwerdegegner habe weitgehend die Wahrheit gesagt und für die Klärung des diesbezüglichen Sachverhalts Hand geboten. Die verschwiegenen Einsätze in der Romandie seien mit einem geringen zeitlichen Aufwand verbunden gewesen, sodass sie zu keinen Leistungseinbussen bezüglich seiner Angestelltentätigkeit geführt haben dürften und keine Interessenskonflikte auszumachen seien. Daher wertete die Vorinstanz die unterlassene Meldung nicht als schwere Verletzung der Treuepflicht. Indessen qualifizierte sie das Verhalten des Beschwerdegegners mit Blick auf seine erhöhte Vertrauensstellung als nicht

mehr leicht wiegende Treuepflichtverletzung. Denn er habe es in den persönlichen Gesprächen mit dem Beschwerdeführer wiederholt unterlassen, das ganze Ausmass seiner Tätigkeit für die C. \_\_\_\_\_ AG offen zu legen und damit bewusst entscheidrelevante Tatsachen verschwiegen. Die Vorinstanz bejahte demnach das Vorliegen eines sachlichen Kündigungsgrundes nach Art. 10 Abs. 3 lit. a BPG, verneinte jedoch die Verhältnismässigkeit einer ordentlichen Kündigung ohne vorgängige Mahnung. Dies zumal es sich um einen langjährigen und verdienten Mitarbeiter gehandelt habe, der sich nie zuvor etwas habe zu Schulden kommen lassen. Die Aufdeckung der Arbeitseinsätze in der Romandie hätten das Vertrauensverhältnis wohl erschüttert, nicht aber unwiederbringlich zerstört. Es sei daher nicht auszuschliessen gewesen, dass eine Mahnung ein wirksames Mittel für eine zukünftige Verhaltensänderung gewesen wäre.

#### **E. 5.2.4**

Die Vorinstanz erkannte, dass dem Beschwerdegegner ohne sachlich hinreichenden Grund gekündigt wurde. Sie bejahte folglich einen Anspruch auf Entschädigung infolge ungerechtfertigter Kündigung gemäss Art. 34b Abs. 1 lit. a BPG und setzte die Höhe der Entschädigung nach Art. 34b Abs. 2 BPG auf neun Bruttomonatslöhne fest. Darüber hinaus gewährte sie dem Beschwerdegegner aufgrund der unverschuldeten Auflösung des Arbeitsverhältnisses unter Beachtung seines Alters mit über 55 Jahren und einer Anstellungsdauer von 15 1/2 Jahren (am 30. Juni 2020) eine Entschädigung von sechs Monatslöhnen ( Art. 19 Abs. 3 BPG ).

#### **E. 6.1**

Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz vor, sie sei zu Unrecht von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs im Zusammenhang mit dem Gespräch vom 30. Januar 2020 ausgegangen.

#### **E. 6.2.1**

Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ) dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt er ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht der betroffenen Person, sich vor Erlass eines solchen Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen und Einsicht in die Akten zu nehmen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann. Voraussetzung des Äusserungsrechts sind genügende Kenntnisse über den Verfahrensverlauf, was auf das Recht hinausläuft, in geeigneter Weise über die entscheidwesentlichen Vorgänge und Grundlagen vorweg orientiert zu werden. Wie weit dieses Recht geht, lässt sich nicht generell, sondern nur unter Würdigung der konkreten Umstände beurteilen. Im öffentlichen Personalrecht können auch relativ informelle Äusserungsgelegenheiten vor der Kündigung dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch genügen, sofern der betroffenen Person klar war, dass sie mit einer solchen Massnahme zu rechnen hatte ( BGE 144 I 11 E. 5.3 mit Hinweisen). Dabei hat sie nicht bloss die ihr zur Last gelegten Tatsachen zu kennen, sondern sie muss darüber hinaus auch wissen, dass gegen sie eine Verfügung mit bestimmter Stossrichtung in Erwägung gezogen wird (Urteile 8C\_258/2014 vom 15. Dezember 2014 E. 7.2.4, 8C\_728/2013 vom 22. August 2014 E. 3.1.2 und 8C\_158/2009 vom 2. September 2009 E. 5.2, nicht publ. in: BGE 136 I 39 ).

### **E. 6.2.2**

Die Vorinstanz stellte fest, dass mangels Protokollierung des Gesprächs vom 30. Januar 2020 nicht hinreichend belegt sei, ob dem Beschwerdegegner die ihm zur Last gelegten Tatsachen bekannt gewesen seien (vorstehende E. 5.1; vgl. zur Protokollierungspflicht: Urteil 8C\_258/2014 vom 15. Dezember 2014 E. 7.2.6 mit Hinweis auf BGE 124 V 391 ). Dies ist bei der gegebenen Aktenlage nicht willkürlich (vgl. Urteil 8C\_728/2013 vom 22. August 2014 E. 3.2.2 i.f.) und der Schluss im angefochtenen Urteil auf eine Gehörsverletzung im Ergebnis nicht bundesrechtswidrig. Soweit der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang einwendet, die Vorinstanz hätte nicht auf die im vorinstanzlichen Gerichtsverfahren beantragte Parteibefragung verzichten dürfen, damit er ergänzende Angaben zu den Umständen der Gewährung des rechtlichen Gehörs hätte liefern können, legt er nicht dar, welche entscheidenderhebliche Tatsache er mit dem fraglichen Beweismittel hätte beweisen wollen. Hieraus lässt sich nichts zu seinen Gunsten ableiten.

### **E. 6.3**

Liegt eine Verletzung von Verfahrensvorschriften vor, ist nach Art. 34b Abs. 1 lit. a BPG dem Beschwerdegegner eine Entschädigung zuzusprechen. Damit ist die vorinstanzlich bejahte Entschädigungspflicht aufgrund der Gehörsverletzung bei der Kündigung bundesrechtskonform. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers lässt sich ein solcher Verfahrensmangel durch ein nachfolgendes Beschwerdeverfahren mit voller Kognition des Gerichts nicht heilen. Wenn der Anspruch auf eine diesbezügliche Entschädigung durch im gerichtlichen Beschwerdeverfahren geltend gemachte Kündigungsgründe vereitelt werden könnte, würde der Wille des Gesetzgebers umgangen. Denn danach soll der Anspruch auf eine Entschädigung nach Art. 34b Abs. 1 lit. a BPG als Kompensation für die mangelbehaftete Kündigung dienen und es sich für den Arbeitgeber nicht "lohnen", einer angestellten Person ohne rechtlich genügenden Grund oder mittels eines fehlerhaften Verfahrens zu kündigen (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 31. August 2011 zu einer Änderung des Bundespersonalgesetzes, BB1 2011 6703, 6724). Deshalb ist - wie hier - bei der Feststellung einer Verletzung der Verfahrensregeln im Sinne von Art. 34b Abs. 1 lit. a BPG die Zusprechung einer Entschädigung geschuldet, unabhängig von der Frage einer allfälligen Heilung derselben.

#### **E. 6.4.1**

Nicht stichhaltig ist ferner der Einwand des Beschwerdeführers, ihm könne keine Missachtung des Untersuchungsgrundsatzes vorgeworfen werden (vgl. vorstehende E. 5.2.1). Indem er letztinstanzlich vorbringt, er habe keine Befugnisse gehabt zur Anordnung von weitergehenden Untersuchungsmassnahmen, und einzig auf seine Aufforderung an den Beschwerdegegner hinweist, sachdienliche Informationen zu liefern, sowie erneut dessen unkooperatives Verhalten betont, vermag dies keine willkürliche Tatsachenfeststellung oder anderweitige Bundesrechtsverletzung durch die Vorinstanz zu begründen. Insbesondere legt er nicht dar, weshalb er die im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens getätigten Abklärungen nicht selbst hätte vornehmen können. Dass sich der Beschwerdegegner geweigert hätte, die verlangten Dokumente einzureichen, ergibt sich aus der Beschwerde ebenso wenig. Damit hält der vorinstanzliche Schluss auf eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vor Bundesrecht stand.

#### **E. 6.4.2**

Bei den übrigen Einwendungen des Beschwerdeführers handelt es sich grösstenteils um unzulässige appellatorische Kritik, womit er erneut seine eigene Sicht der Dinge darstellt, ohne sich unter Willkür Gesichtspunkten mit den Erwägungen des kantonalen Urteils auseinanderzusetzen. Darauf ist nicht näher einzugehen (vgl. vorstehende E. 3.2).

#### **E. 6.5.1**

Was sodann die Höhe der Entschädigung infolge ungerechtfertigter Kündigung gemäss Art. 34b Abs. 1 lit. a und Abs. 2 BPG anbelangt, ist zu betonen, dass dem Gericht bei der Bemessung der Entschädigung ein grosser Ermessensspielraum zusteht. Das Bundesgericht prüft insbesondere, ob die Vorinstanz grundlos von den in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Bemessungskriterien abgewichen ist oder Tatsachen berücksichtigt hat, die für die Entschädigungshöhe keine Rolle hätten spielen dürfen, oder umgekehrt Umstände beiseite gelassen hat, die zwingend zu beachten gewesen wären. Es hebt einen auf Ermessen beruhenden Entscheid ausserdem auf, wenn sich dieser als offensichtlich unbillig erweist (vgl. Urteil 8C\_75/2018 vom 13. Juli 2018 E. 3.2.2 mit Hinweisen).

#### **E. 6.5.2**

Die Vorinstanz begründete ausführlich und nachvollziehbar, weshalb sie die Entschädigung mit neun Bruttomonatslöhnen in der Mitte des gesetzlichen Rahmens von mindestens sechs Monatslöhnen und höchstens einem Jahreslohn festsetzte. Sie würdigte insbesondere die persönlichen Verhältnisse des Beschwerdegegners (Alter; langjähriger Mitarbeiter mit gewisser Vertrauensposition) und den Umstand, dass der Beschwerdeführer mehrere Rechtsverletzungen begangen hat (Verletzung des rechtlichen Gehörs, unrichtige und unvollständige Sachverhaltsfeststellung, Kündigung ohne sachlichen Grund), weshalb sie das Mass der Widerrechtlichkeit der Kündigung als beträchtlich qualifizierte.

#### **E. 6.5.3**

Indem der Beschwerdeführer die Gehörsverletzung, die unvollständige Sachverhaltsabklärung sowie die Notwendigkeit einer der Kündigung vorangehenden Mahnung bestreitet, legt er nicht dar, inwiefern eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung vorliegt.

#### **E. 6.5.4**

Nach dem Gesagten ist sodann der vorinstanzliche Schluss auf eine unverschuldete Kündigung bundesrechtskonform. Die zugesprochene Entschädigung hierfür von sechs Bruttomonatslöhnen (einschl. regelmässiger Zulagen) mit Abzug der Sozialversicherungsbeiträge stützt sich auf Art. 19 Abs. 3 lit. b BPG und die Tabelle in Anhang 3 BPV (vgl. Art. 78 Abs. 1 lit. c BPV und Art. 79 Abs. 1 und 1bis BPV), wonach bei einer Anstellungsdauer von 16 bis 20 Jahren zwei Monatslöhne geschuldet sind sowie bei einem Lebensalter von über 55 Jahren vier Monatslöhne. Die Vorinstanz berücksichtigte das Alter des Beschwerdegegners von 58 Jahren im Zeitpunkt der Vertragsauflösung am 30. Juni 2020 und die Anstellungsdauer von aufgerundet 16 Jahren. Diese Bemessung der Entschädigung ist ebenso wenig zu beanstanden, zumal der Beschwerdeführer hiergegen einzig vorbringt, die Kündigung sei rechtmässig erfolgt. Die Beschwerde ist insgesamt unbegründet.

#### **E. 7**

Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer die Gerichtskosten zu tragen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ) und dem Beschwerdegegner eine Parteikostenentschädigung

auszurichten.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.