

# **BVGer A-3049/2015 vom 8. Juli 2015**

Bundesverwaltungsgericht, 2015-07-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-3049\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-3049_2015)

FR: TAF A-3049/2015 du 8 juillet 2015

IT: TAF A-3049/2015 del 8 luglio 2015

## **Regeste**

Auflösung des Arbeitsverhältnisses

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt nach Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen i.S.v. Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz i.S.v. Art. 33 VGG entscheiden hat. Bei der Vorinstanz handelt es sich um eine Dienststelle der Bundesverwaltung i.S.v. Art. 33 Bst. d VGG (vgl. Anhang 1, Bst. B Ziff. V./1.7 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung [RVOV, SR 172.010.1]). Die angefochtene Verfügung stellt zudem ein zulässiges Anfechtungsobjekt dar, welches beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden kann (Art. 36 Abs. 1 BPG). Da zudem kein Ausnahmegrund i.S.v. Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde sachlich wie funktional zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 1.2**

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung besitzt. Verlangt wird somit nebst der formellen Beschwer, dass der Beschwerdeführer über eine besondere Beziehungsnähe zur Streitsache verfügt und einen praktischen Nutzen aus der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung zu ziehen vermag. Davon ist vorliegend auszugehen. Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung, mit welcher das Arbeitsverhältnis aufgelöst wurde, auch materiell beschwert. Daran vermag das Schreiben der Vorinstanz vom 6. Mai 2015, auf welches diese verweist, nichts zu ändern. Die Vorinstanz bestätigt darin lediglich, dass die Kündigungsverfügung vom 1. April 2015 nichtig sei und deshalb nach wie vor ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis bestehe. Die angefochtene Kündigungsverfügung ist jedoch, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, nicht nichtig (hierzu nachfolgend E. 3) und wurde von der Vorinstanz bisher nicht (wiedererwägungsweise) aufgehoben. Sie hält in ihrer Vernehmlassung an das Bundesverwaltungsgericht vielmehr erneut fest, sie sehe keine Notwendigkeit für den Erlass einer Verfügung, da die während einer Sperrfrist ausgesprochene Kündigung keine Wirkung entfalte. Der Beschwerdeführer besitzt unter diesen Umständen ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung und ist daher als zur Beschwerdeerhebung berechtigt anzusehen (vgl. Urteil des BVGer A-4862/2014 vom 3. Juni 2015 E. 1.2). Offen bleiben kann bei diesem Ergebnis, ob der Mitarbeiterin, welche das Schreiben vom 6. Mai 2015 unterzeichnet hat, überhaupt die

Befugnis zukommt, die Vorinstanz durch den Erlass einer Verfügung zu binden und insofern die Verfügung vom 1. April 2015 aufzuheben.

### **E. 1.3**

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist demnach einzutreten, wobei Streitgegenstand die Frage ist, welche Rechtsfolgen die während eines in Art. 336c Abs. 1 OR genannten Zeitraums ausgesprochene Kündigung zeitigt. Zu prüfen wird mithin sein, ob eine entsprechende Kündigung nichtig oder - auf Beschwerde hin - aufzuheben ist. Die Anpassung der Rechtsbegehren durch den Beschwerdeführer gemäss dessen Stellungnahme vom 5. Juni 2015 liegt innerhalb des Streitgegenstandes und erweist sich mithin als zulässig.

### **E. 2**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung von Ermessen (Art. 49 Bst. a und b VwVG). Zudem prüft es die Verfügung auf Angemessenheit hin (Art. 49 Bst. c VwVG). Es wendet das Recht von Amtes wegen an und ist an die Begründung der Parteien nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

### **E. 3.1**

Unbestritten ist, dass die Vorinstanz das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer gekündigt hat, während dieser ohne eigenes Verschulden durch Krankheit an der Arbeitsleistung verhindert war. Die Kündigung ist mithin während eines in Art. 336c Abs. 1 OR genannten Zeitraums ausgesprochen worden und insofern qualifiziert rechtswidrig i.S.v. Art. 34c Abs. 1 Bst. c BPG. Nicht einig sind sich die Parteien demgegenüber, welche Rechtsfolgen die Bestimmung von Art. 34c Abs. 1 BPG an diesen Sachverhalt knüpft. Während die Vorinstanz davon ausgeht, die angefochtene Verfügung sei - entsprechend der privatrechtlichen Regelung in Art. 336c Abs. 2 OR - nichtig und ohne rechtliche Wirkung, bringt der Beschwerdeführer unter Verweis auf die Materialien vor, die Verfügung vom 1. April 2015 sei lediglich anfechtbar und - da unbestritten qualifiziert mangelhaft - vom Bundesverwaltungsgericht aufzuheben.

### **E. 3.2**

Nach Art. 10 Abs. 3 BPG kann der Arbeitgeber ein unbefristetes Arbeitsverhältnis aus sachlich hinreichenden Gründen ordentlich kündigen, insbesondere wegen Mängeln in der Leistung und im Verhalten des Arbeitnehmers (Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG). Er hat jedoch - in Nachachtung insbesondere des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes und von Treu und Glauben - alle Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung auszuschöpfen, bevor er einer angestellten Person ohne deren Verschulden kündigt (Art. 19 Abs. 1 BPG). Ist eine Kündigung nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt, spricht das Bundesverwaltungsgericht dem Arbeitnehmer auf Beschwerde hin eine Entschädigung zu und ordnet - unter Umständen - die Fortzahlung des Lohnes und die Erstreckung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist an (Art. 34b Abs. 1 Bst. a-c BPG). Die Kündigung entfaltet jedoch gleichwohl ihre Wirkung (Urteil des BVerwG A-5046/2014 vom 20. März 2015 E. 3.4). Ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung besteht - anders als vor Inkrafttreten des revidierten Bundespersonalrechts zum 1. Juli 2013 - nur noch bei Vorliegen eines schwerwiegenden Verstosses gegen geltendes Recht i.S.v. Art. 34c Abs. 1 Bst. a-d BPG, d.h. im Fall einer qualifiziert rechtswidrigen Kündigung. Welche

Rechtsfolgen das Gesetz für diesen Fall vorsieht - Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Kündigung - ist im Folgenden durch Auslegung von Art. 34c Abs. 1 BPG zu ermitteln.

### **E. 3.3**

Den Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut einer Bestimmung, der anhand des allgemeinen Sprachgebrauchs auf seinen Wortsinn hin zu untersuchen ist. Ist der Wortlaut nicht klar oder bestehen Zweifel, ob ein scheinbar klarer Wortlaut den wahren Sinn der Norm wiedergibt, so ist auf die übrigen Auslegungselemente zurückzugreifen. Abzustellen ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Bestimmung und ihren Zweck, auf die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen sowie auf die Bedeutung, welche der Bestimmung im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Bei neueren Gesetzen, wie vorliegend dem revidierten Bundespersonalrecht, kommt den Gesetzesmaterialien eine besondere Stellung zu (BGE 139 IV 282 E. 2.4.1; Urteil des BVGer A-4586/2014 vom 24. März 2015 E. 5.2.1 mit Hinweisen; Urteil des BVGer A-857/2014 vom 13. November 2014 E. 5.1 mit Hinweisen).

### **E. 3.4**

Der Wortlaut von Art. 34c Abs. 1 BPG ist, was die Rechtsfolgen einer qualifiziert rechtswidrigen Kündigung betrifft, an und für sich klar: Der Arbeitgeber bietet der angestellten Person die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit an, wenn die Beschwerdeinstanz die Beschwerde gegen eine Verfügung über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus einem der in Bst. a-d genannten Gründe gutgeheissen hat. Eine qualifiziert rechtswidrige Kündigung ist demnach nicht nichtig, sondern anfechtbar und der Angestellte muss, will er seines Anspruchs auf Weiterbeschäftigung nicht verlustig gehen, die Verfügung über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit Beschwerde (beim Bundesverwaltungsgericht) anfechten. Entscheidend ist jedoch nicht der (vordergründig) klare Wortlaut einer Norm, sondern dessen wahrer Rechtssinn (sog. ratio legis). Bestehen triftige Gründe dafür, dass der Wortlaut den wahren Rechtssinn einer Vorschrift nicht wiedergibt, ist es zulässig, davon abzuweichen (Urteil des BVGer A-2575/2013 vom 17. September 2014 E. 5.4.2 mit Hinweisen). Es ist daher im Folgenden anhand der übrigen Auslegungselemente zu prüfen, ob der Wortlaut von Art. 34c Abs. 1 BPG die ratio legis zutreffend wiedergibt. Hierzu ist im Folgenden im Rahmen der historischen Auslegung auf die gesetzliche Regelung vor Inkrafttreten des neuen Bundespersonalrechts und die Materialien zu Art. 34c BPG einzugehen.

### **E. 3.5**

Der Tatbestand von Art. 34c Abs. 1 Bst. c BPG entspricht im Wesentlichen aArt. 14 Abs. 1 Bst. c BPG (AS 2001 899, 894). Demnach bot der Arbeitgeber der betroffenen Person die bisherige oder, wenn dies nicht möglich war, eine zumutbare andere Arbeit an, wenn sie innert 30 Tagen nach Kenntnisnahme eines mutmasslichen Nichtigkeitsgrundes beim Arbeitgeber schriftlich und glaubhaft geltend machte, die Kündigung sei nichtig, weil sie zu Unzeit nach Art. 336c OR erfolgt sei. Die Bestimmung sprach zwar von der Nichtigkeit der Kündigung, doch hatte der Gesetzgeber diese - insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit - abweichend von der zivilrechtlichen Regelung lediglich als Anfechtbarkeit im Rahmen eines Einspracheverfahrens ausgestaltet; ohne formelle Aufhebung einer Kündigungsverfügung hätte für die Parteien keine Gewissheit bestanden, ob das Arbeitsverhältnis beendet ist oder nicht (ausführlich Urteil des BGer 2A.116/2005

vom 12. Mai 2005 E. 4.2; zudem Urteil des BGer 2A.761/2006 vom 19. April 2007 E. 3.1.2). Nach altem Recht war eine qualifiziert rechtswidrige Kündigung i.S.v. aArt. 14 Abs. 1 Bst. c BPG somit nicht nichtig, sondern bedurfte der Anfechtung - in einem speziellen Verfahren. Mit der Teilrevision des BPG vom 14. Dezember 2012 sollte der Entscheidungs- und Handlungsspielraum der Parteien im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses vergrössert werden, wobei insbesondere die Auflösung von Arbeitsverhältnissen flexibler gestaltet und - hinsichtlich der Verfahren - vereinfacht wurde. Das interne Beschwerdeverfahren und das spezielle Anfechtungsverfahren gemäss aArt. 14 BPG wurden abgeschafft und die Anfechtung von (qualifiziert rechtswidrigen) Kündigungsverfügungen erfolgt neu im selben Verfahren wie die Anfechtung anderer arbeitsrechtlicher Verfügungen (Botschaft des Bundesrates vom 31. August 2011 zu einer Änderung des Bundespersonalgesetzes, BBl 2011 6703, 6708 f. und 6723). Das Ergebnis der Auslegung nach dem Wortlaut findet sich somit in der historischen Auslegung von Art. 34c Abs. 1 BPG bestätigt: Auch der historische Gesetzgeber ging jedenfalls im Ergebnis davon aus, dass (selbst) qualifiziert rechtswidrige Kündigungen i.S.v. Art. 34c Abs. 1 Bst. a-d BPG nicht nichtig, sondern anfechtbar sind (vgl. auch Harry Nötzli, in: Portmann/Uhlmann [Hrsg.], Bundespersonalgesetz [BPG], 2013, Art. 14 N. 48).

### **E. 3.6**

Dieses Ergebnis entspricht der systematischen Stellung von Art. 34c BPG im sechsten Abschnitt, welcher das Verfahren bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis regelt. Zudem trägt es dem Umstand Rechnung, dass der Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis mit dem Bundespersonal - wie vorliegend und anders als im Zivilrecht - in Verfügungsform und damit hoheitlich handelt, wenn bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis keine Einigung zu Stande kommt (Art. 34 Abs. 1 BPG). Die Rechtsfolge der Nichtigkeit tritt dabei - nach den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen - nur ein, wenn die fehlerhafte Verfügung einen besonders schweren Mangel aufweist, dieser offensichtlich ist und die Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 956). Es kann jedoch keine Rede davon sein, dass das Vorliegen einer der in Art. 34c Abs. 1 Bst. a-d BPG genannten Tatbestände im Allgemeinen als offensichtlich anzusehen ist. Zudem würde - wie vorstehend erwogen - die Rechtsfolge der Nichtigkeit die Rechtssicherheit ernsthaft gefährden, weil regelmässig nicht klar wäre, ob das Arbeitsverhältnis beendet ist oder nicht. Qualifiziert fehlerhafte Verfügungen i.S.v. Art. 34c Abs. 1 Bst. a-d BPG sind demnach nicht nichtig, sondern anfechtbar und entfalten Rechtswirkung, werden sie nicht innert Frist mit Beschwerde angefochten. Die Bestimmung von Art. 34c Abs. 1 BPG regelt somit die Rechtsfolgen einer qualifiziert rechtswidrigen Kündigung selbst in abschliessender Weise, weshalb für die sinngemässe Anwendung der zivilrechtlichen Nichtigkeit gemäss Art. 336c Abs. 2 OR kein Raum bleibt (Art. 6 Abs. 2 BPG).

### **E. 3.7**

Vorliegend ist - wie vorstehend ausgeführt - unbestritten, dass die Kündigung während eines in Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR genannten Zeitraums erfolgte und die angefochtene Kündigungsverfügung somit qualifiziert mangelhaft ist. Die Beschwerde ist aus diesem Grund in Anwendung von Art. 34c Abs. 1 Bst. c BPG gutzuheissen und die Verfügung der Vorinstanz vom 1. April 2015 aufzuheben. Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit anzubieten (Art. 34c Abs. 1 BPG). Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung kann bei diesem

Ergebnis als gegenstandslos geworden abgeschrieben werden.

#### **E. 4**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auch Kündigungen, die in besonders schwerwiegender Weise gegen geltendes Recht verstossen, nicht nichtig, sondern anfechtbar sind. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 34c Abs. 1 BPG, findet sich jedoch insbesondere in einer historischen Auslegung der genannten Bestimmung bestätigt. Die angefochtene Verfügung, die unbestritten qualifiziert mangelhaft ist, ist somit in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben.

#### **E. 5**

Das Beschwerdeverfahren ist in personalrechtlichen Angelegenheiten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens grundsätzlich kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG). Davon ist vorliegend nicht abzuweichen; eine mutwillige Beschwerdeführung liegt mit Blick auf das Obsiegen des Beschwerdeführers offensichtlich nicht vor. Es sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben. Ganz oder teilweise obsiegenden Parteien ist sodann von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihnen erwachsene notwendige oder verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Das Bundesverwaltungsgericht legt die Parteientschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote oder, wenn wie vorliegend keine Kostennote eingereicht wurde, aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Das Bundesverwaltungsgericht erachtet eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'500.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag i.S.v. Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) für angemessen. Die Parteientschädigung ist der Vorinstanz zur Bezahlung nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

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