

BVGer A-309/2009 vom 15. Mai 2009

Bundesverwaltungsgericht, 2009-05-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-309_2009

FR: TAF A-309/2009 du 15 mai 2009

IT: TAF A-309/2009 del 15 maggio 2009

Regeste

Auflösung des Arbeitsverhältnisses

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht, vorbehältlich der Ausnahmen nach Art. 32 VGG, Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Das EVD ist eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts im Sinne von Art. 33 VGG. Im hier betroffenen Rechtsgebiet besteht keine Ausnahme gemäss Art. 32 (Abs. 1 Bst. c) VGG. Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist damit zulässig.

E. 1.2

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein aktuelles, schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Als formeller Adressat hat der Beschwerdeführer ohne weiteres ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung der Vorinstanz.

E. 1.3

Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 2.1

Der Beschwerdeführer macht geltend, vor dem Aussprechen der Kündigung hätte er verwarnet werden müssen. Eine Mahnung, wie sie Art. 12 Abs. 6 Bst. b des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) für die Kündigung wegen Mängeln in der Leistung oder im Verhalten ausdrücklich vorsehe, sei - wie das Bundesgericht im Entscheid 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 5.3 festgestellt habe - auch bei Fällen von Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG notwendig. Eine Kündigung ohne vorherige Verwarnung sei zudem unverhältnismässig. Die Vorinstanz wendet dagegen ein, die Frage, ob eine Mahnung notwendig sei, müsse im Einzelfall nach dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz geprüft werden. Im vorliegenden Fall, in dem wohl auch eine fristlose Kündigung gerechtfertigt gewesen wäre, hätte das mildere Mittel der Mahnung nicht ausgereicht, so dass die Kündigung auch ohne Mahnung zulässig erscheine.

E. 2.2

Im Unterschied zu Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG, wonach Mängel in der Leistung oder im Verhalten nur unter der Voraussetzung, dass sie trotz schriftlicher Mahnung anhalten oder

sich wiederholen, einen Kündigungsgrund darstellen, ist eine Mahnung oder Verwarnung vor dem Aussprechen der Kündigung in den Fällen von Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG nach dem Gesetzeswortlaut nicht erforderlich. Wie das Bundesgericht aber festgestellt hat, ist auch bei einer Kündigung gemäss Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG eine vorgängige schriftliche Mahnung notwendig (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 5.3 ff., mit zahlreichen Hinweisen).

E. 2.3

Es ist damit zu prüfen, ob eine vorgängige Mahnung gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung generell eine Voraussetzung für eine Kündigung gemäss Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG ist oder ob sich dieses Erfordernis lediglich aus Verhältnismässigkeitsüberlegungen im Einzelfall ergibt. Das Bundesgericht hat im zitierten Entscheid 1C_277/2007, E. 5.3 ff, mittels historischer und teleologischer Auslegung festgestellt, dass eine Kündigung gestützt auf Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG erst nach vorgängiger schriftlicher Mahnung erfolgen dürfe. Es hat dazu ausdrücklich festgehalten, dass die abschliessende Aufzählung der Kündigungsgründe einen verbesserten Kündigungsschutz bezwecke und dass es unter dem Blickwinkel des Gesetzeszwecks nicht einleuchte, je nach Fallkonstellation eine Mahnung zu verlangen oder davon abzusehen. Zusätzlich hat es auch aufgrund verfassungskonformer Auslegung, namentlich in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips, das Erfordernis einer Mahnung bejaht. Nach den unzweideutigen Ausführungen des Bundesgerichtes besteht kein Raum, im Einzelfall auf eine Mahnung zu verzichten.

E. 2.4

Die Vorinstanz macht ferner geltend, es sei im vorliegenden Fall keine vorgängige Mahnung notwendig, da das Fehlverhalten des Beschwerdeführers derart schwer wiege, dass auch eine fristlose Kündigung gerechtfertigt gewesen wäre. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Als Grund für eine fristlose Kündigung gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann (Art. 12 Abs. 7 BPG). Das BLW hat das Arbeitsverhältnis ordentlich aufgelöst und damit zu erkennen gegeben, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumindest bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar war. Ob die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist, beurteilt sich weiter nach der Erklärungsfrist, welche die kündigende Partei nach Kenntnisnahme des Kündigungsgrundes verstreichen lässt. Diese Erklärungsfrist darf bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen aufgrund der Notwendigkeit der Gewährung des rechtlichen Gehörs und der Pflicht zur schriftlichen Begründung der Kündigung etwas länger ausfallen als bei privatrechtlichen (HARRY NÖTZLI, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Bern 2005, Rz. 256 mit Hinweisen). Die zulässige Länge der Erklärungsfrist wird im Gesetz nicht festgesetzt, sondern ist anhand der konkreten Umstände im Einzelfall zu bemessen. So erschien dem Bundesgericht eine Erklärungsfrist von zehn (Kalender-)Tagen als nicht unangemessen lang (Entscheid des Bundesgerichtes 2A.518/2003 vom 10. Februar 2004 E. 5.3), im Entscheid vom 2A.495/2006 vom 30. April 2007, E. 4.1 eine Frist von neun Arbeitstagen zur Abklärung des Sachverhaltes sowie einer anschliessenden - mit einer sofortigen Freistellung verbundenen - Frist von weiteren acht Tagen zur Wahrung des rechtlichen Gehörs und zum Erlass der Kündigungsverfügung als zwar lang, aber angesichts der besonderen Umständen noch hinnehmbar. Im vorliegenden Fall beanspruchte das BLW indessen eine deutlich

längere Frist. Zwischen dem ersten Bekanntwerden der Übergabe des Dossiers am 8. Oktober 2007 und der Kündigungsverfügung vom 6. Dezember 2007 sind annähernd zwei Monate vergangen, selbst nach Erhalt des Schreibens des Beschwerdeführers vom 20. November 2007 hat das BLW weitere zwei Wochen mit dem Erlass der Kündigungsverfügung zugewartet. Die vom BLW für den Erlass der Kündigung beanspruchte Zeitspanne ist damit auch unter Berücksichtigung der Ferienabwesenheit des Beschwerdeführers vom 22. Oktober 2007 bis 9. November 2007 zu lang. Durch sein Zuwarten hat das BLW zu erkennen gegeben, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar war. Der Auffassung der Vorinstanz, dass auch eine fristlose Kündigung möglich gewesen wäre und daher auf das Erfordernis der vorgängigen Mahnung verzichtet werden könne, kann bereits aus diesem Grund nicht gefolgt werden. Ob eine fristlose Kündigung inhaltlich zulässig gewesen wäre und ob dies einen Verzicht auf eine Mahnung gerechtfertigt hätte, braucht deshalb nicht geprüft zu werden.

E. 2.5

Die angefochtene Kündigung erweist sich damit mangels einer dem vorgeworfenen Verhalten vorangegangenen Mahnung als ungültig.

E. 3.1

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Beschwerdeführers wurde am 6. Dezember 2007 ausgesprochen. Das Bundesgericht hat erst zu einem späteren Zeitpunkt, nämlich in seinem Entscheid 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 festgehalten, dass der Arbeitnehmer auch bei Kündigungen gemäss Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG vorgängig schriftlich gemahnt werden müsse. Es ist daher zu prüfen, ob der Arbeitgeber gestützt auf die unterschiedlichen Wortlaute von Art. 12 Abs. 6 Bst. a und b BPG davon ausgehen durfte, im vorliegenden Fall sei keine Mahnung erforderlich und ob er gegebenenfalls in diesem Vertrauen auf den Wortlaut der fraglichen Bestimmung zu schützen sei.

E. 3.2

Eine neue Praxis ist grundsätzlich sofort und in allen hängigen Verfahren anzuwenden. Eine Einschränkung dieses Grundsatzes kann sich bei einer verfahrensrechtlichen Änderung bzw. Klarstellung der bisherigen Rechtsprechung aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes ergeben; diesfalls darf die neue Praxis nicht ohne vorgängige Ankündigung Anwendung finden (BGE 132 II 153 E. 5.1, ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 90 Rz. 2.201).

E. 3.3

Zunächst ist festzuhalten, dass sich das BLW als Behörde nicht zuungunsten des rechtssuchenden Privaten auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes berufen kann (BEATRICE WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel/Frankfurt a.M. 1983, S. 10 f.). Als Behörde hat sie das Recht zu kennen und anzuwenden, auch wenn die anwendbaren Rechtsnormen - wie im vorliegenden Fall - auslegungsbedürftig sind (Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 211 f.).

E. 3.4

Die Voraussetzungen für eine auf dem Vertrauensschutz gründende Nichtanwendung der mit dem Entscheid 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 begründeten Praxis wären auch

inhaltlich nicht gegeben. Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid eine Rechtsfrage geklärt, die bisher noch nicht Gegenstand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung war. Auch das Bundesverwaltungsgericht bzw. die ehemalige Eidgenössische Personalrekurskommission haben die Frage der Notwendigkeit einer Mahnung vor einer Kündigung nach Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG nie in grundsätzlicher Weise entschieden. Immerhin hat das Bundesverwaltungsgericht im Entscheid A-1508/2007 vom 15. November 2007, E. 3.4.4 ff., festgestellt, dass eine Kündigung aufgrund einer Pflichtverletzung im konkreten Fall unverhältnismässig sei und aus der unterschiedlichen Formulierung von Art. 12 Abs. 6 Bst. a und b BPG nicht geschlossen werden könne, bei Pflichtverletzungen im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG dürfe eine Kündigung stets ohne vorgängige Mahnung erfolgen. Es bestand damit keine dem Entscheid 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 zuwiderlaufende Praxis, welche eine Vertrauenssituation des BLW hätte begründen können. Im Übrigen hat auch das Bundesgericht die als richtig erkannte Auslegung von Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG bereits im damaligen Verfahren angewandt. Ob das Erfordernis einer Mahnung materiell- oder verfahrensrechtlichen Charakter hat, kann damit offen bleiben.

E. 3.5

Bei Kündigungen gemäss Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG ist demnach eine vorgängige Mahnung auch zu verlangen, wenn die Kündigungsverfügung vor dem Entscheid 1C_277/2007 des Bundesgerichtes vom 30. Juni 2008 ergangen ist.

E. 4.1

Nach dem Gesagten hätte die Kündigung im vorliegenden Fall nur ausgesprochen werden dürfen, wenn der Beschwerdeführer vorher schriftlich verwarnt worden wäre. Eine Kündigung ohne vorgängige schriftliche Verwarnung stellt eine ungültige Kündigung im Sinn von Art. 14 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BPG dar. Damit stellt sich die Frage der Rechtsfolge.

E. 4.2

Gemäss Art. 14 Abs. 3 BPG bietet der Arbeitgeber der betroffenen Person die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit an, wenn die Beschwerdeinstanz die Kündigung aufgehoben hat, insbesondere weil sie missbräuchlich oder diskriminierend ist. Die Verletzung des Kündigungsschutzes hat im Bundespersonalrecht in den von Art. 14 Abs. 3 BPG erfassten Fällen grundsätzlich die Weiterbeschäftigung und nicht die Entschädigung zur Folge. Der Beschwerdeführer hat während der Verfahrensdauer weiterhin im BLW gearbeitet. Dieses bringt zwar vor, die Weiterbeschäftigung sei auf Anordnung der Vorinstanz erfolgt, so dass daraus nicht auf eine Wiederherstellung des Vertrauensverhältnisses geschlossen werden könne. Wie vorstehend ausgeführt, stellen die dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Handlungen keinen zulässigen Kündigungsgrund dar. Andere Gründe, weshalb die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht möglich oder nicht zumutbar sein soll, werden nicht vorgebracht und sind auch nicht ersichtlich.

E. 4.3

Eine Weiterbeschäftigung scheint im vorliegenden Fall möglich und angebracht.

E. 4.4

Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Nichtigkeit der Kündigung vom 6. Dezember 2007 im Sinne von Art. 14 BPG festzustellen. Das BLW ist anzuweisen, den Beschwerdeführer in einer seiner bisherigen Tätigkeit entsprechenden Funktion weiterzubeschäftigen.

E. 5

Gemäss Art. 34 Abs. 2 BPG sind das erstinstanzliche Verfahren sowie das Beschwerdeverfahren in Personalrechtssachen nach den Artikeln 35 und 36 BPG - unabhängig vom Ausgang des Verfahrens - grundsätzlich kostenlos.

E. 6

Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG ist der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Antrag hin eine Entschädigung für ihr erwachsene und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen. Die Parteientschädigung für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist - entsprechend der vom Beschwerdeführer eingereichten Kostennote - auf Fr. 4'318.95 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu beziffern und der Vorinstanz aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 2 VwVG). War der obsiegende Beschwerdeführer bereits im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren vertreten, ist auch der in diesem Verfahren entstandene Aufwand zu entschädigen (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 4.87). Da bei der Festsetzung der Parteientschädigung ein verhältnismässig grosser Ermessensspielraum besteht und bei einer Festsetzung durch das Bundesverwaltungsgericht die Rechtsmittelmöglichkeiten des Beschwerdeführers eingeschränkt würden, rechtfertigt sich in diesem Punkt eine Rückweisung an die Vorinstanz (MOSER/BEUSCH/ KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.195).

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