

BVGer A-3233/2022 vom 17. Januar 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-01-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-3233_2022

FR: TAF A-3233/2022 du 17 janvier 2023

IT: TAF A-3233/2022 del 17 gennaio 2023

Regeste

Bundespersonal

Erwägungen

E. 1

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist. Nach Art. 46a VwVG kann gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer anfechtbaren Verfügung ebenfalls Beschwerde geführt werden. Beschwerdeinstanz ist jene Behörde, die zuständig wäre, wenn die Verfügung ordnungsgemäss ergangen wäre (vgl. BVGE 2016/20 E. 1.3; André Moser et al., *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 3. Aufl. 2022, Rz. 5.18). Das B._____ zählt zu den Behörden nach Art. 33 Bst. d VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Art. 36 Abs. 1 BPG). Da die vorliegende Streitsache nicht in einen nach Art. 32 VGG ausgeschlossenen Sachbereich fällt, ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der fristgerecht erhobenen Rechtsverweigerungsbeschwerde zuständig (vgl. Art. 50 Abs. 2 VwVG).

E. 2.1

Zunächst ist auf das Rechtsbegehren des Beschwerdeführers einzugehen. Die Vorinstanz wendet ein, der Beschwerdeführer habe sein Rechtsbegehren mehrfach in unzulässiger Weise geändert. Im Rahmen einer Rechtsverweigerungsbeschwerde könne zudem kein materielles Begehren gestellt werden. Auch beziehe es sich auf einen Sachverhalt, der zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht abschliessend abgeklärt sei. Der Beschwerdeführer erachtet demgegenüber sein Rechtsbegehren als statthaft.

E. 2.2

Streitgegenstand im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen. Der Streitgegenstand kann sich im Laufe des Beschwerdeverfahrens verengen, darf hingegen nicht erweitert oder qualitativ verändert werden (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-4864/2019 vom 15. September 2020 E. 1.3.1; Moser et al., a.a.O., Rz. 2.7 f. und 2.208; je mit Hinweisen). Im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht sind zudem - gestützt auf die Eventualmaxime - sämtliche Begehren und Eventualbegehren in der Beschwerdeschrift vorzubringen. Erst in der Replik oder später gestellte neue Begehren sind nicht zulässig (vgl. BGE 136 II 173 E. 5; BVGE 2010/12 E. 1.2.1; Moser et al., a.a.O., Rz. 2.215). Gemäss Art. 52 Abs. 1 VwVG hat die Beschwerdeschrift die Begehren zu enthalten. Das Rechtsbegehren muss bestimmt

abgefasst sein und angeben, welche Entscheidung von der Rechtsmittelinstanz zu fällen ist. Die Anforderungen an die Formulierung eines Rechtsbegehrens sind praxisgemäss nicht sehr hoch. Unter Umständen hat die Beschwerdeinstanz einen Antrag mittels Beizug der Beschwerdebegründung nach Treu und Glauben zu ergänzen oder zu korrigieren. Bei rechtskundig vertretenen Parteien sind höhere Anforderungen an die Formulierung des Beschwerdeantrags zu stellen als bei Laien (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-1496/2019 vom 16. Juli 2021 E. 1.4.2; André Moser, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 52 Rz. 1 [nachfolgend: Kommentar VwVG]).

E. 2.3

Der Beschwerdeführer stellte vor der Vorinstanz zunächst das Gesuch, es sei eine beschwerdefähige Verfügung zu erlassen, die rechtsgenügend begründe, weshalb ein Arbeitsversuch beim B. _____ nicht möglich sein solle und weshalb die Rückkehr in die bisherige Funktion ausgeschlossen werde (vgl. Schreiben vom 7. Juni, 14. Juni und 5. Juli 2022). In der Beschwerde vom 25. Juli 2022 beantragte er sodann, die Vorinstanz sei zu verpflichten, ihm ohne Verzug im Rahmen seiner Arbeitsfähigkeit eine qualifizierte Beschäftigung im Amt anzubieten. In der Replik vom 20. September 2022 passte er schliesslich sein Rechtsbegehren dahingehend an, dass er ohne Verzug im Rahmen seiner Arbeitsfähigkeit beim B. _____ zu beschäftigen sei, dies mit dem mittelfristigen Ziel, seine inzwischen reorganisierte Stelle wieder anzutreten. Im ablehnenden Fall sei eine begründete Verfügung zu erlassen. In der Begründung erklärte er sich jeweils mit dem Vorgehen der Vorinstanz in formeller und materieller Hinsicht nicht einverstanden. Aus dieser Aufzählung wird deutlich, dass der Beschwerdeführer sein Rechtsbegehren zwar unterschiedlich formulierte, ohne jedoch sinngemäss etwas anderes in der Beschwerde oder in der Replik einzufordern. Unter Beizug der Begründung ergibt sich mit der nötigen Klarheit, dass er von Anfang an im Wesentlichen verlangte, die Vorinstanz habe unverzüglich eine anfechtbare Verfügung zu erlassen über die teilweise Freistellung von seiner Funktion. Entgegen des Einwands der Vorinstanz bezieht sich bei diesem Auslegungsergebnis das Rechtsbegehren auf die aktuelle Situation und nicht auf einen in der Zukunft liegenden Sachverhalt, von der noch nichts Genaueres bekannt ist. In diesem Sinne liegt ein zulässiges Rechtsbegehren vor.

E. 3.1

Des Weiteren ist zu klären, wie die beantragte Verfügung zu qualifizieren ist. Die Vorinstanz gibt zu bedenken, dass eine solche Verfügung eine nicht anfechtbare Zwischenverfügung darstelle. Die teilweise Freistellung bewirke keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 VwVG. Der Beschwerdeführer macht hingegen geltend, dass ihm sehr wohl ein Nachteil drohe. Insbesondere sei er für seine Gesundung darauf angewiesen, dass eine schrittweise Wiedereingliederung in seine Funktion unverzüglich erfolge.

E. 3.2

Zwischenverfügungen stellen Zwischenschritte auf dem Weg zur Verfahrenserledigung dar, dies im Gegensatz zu End- und Teilverfügungen, die das Verfahren zumindest teilweise prozessual abschliessen. Ob es sich bei einer Verfügung um eine Zwischenverfügung handelt, ist nach ihrem materiellen Inhalt zu bestimmen (vgl. zum Ganzen BGE 139 V 42 E. 2.3, 136 V 131 E. 1.1.2). Gemäss Art. 46 Abs. 1 VwVG sind selbständig eröffnete Zwischenverfügungen - mit Ausnahme der in Art. 45 VwVG genannten - nur dann

anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Bst. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Bst. b; vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-5242/2018 vom 9. März 2020 E. 1.2.2; Moser et al., a.a.O., Rz. 2.43 ff. mit Hinweisen).

E. 3.3

Unter dem Begriff "Freistellung" kann sowohl ein blosser Verzicht des Arbeitsgebers auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers unter gleichzeitiger Lohnfortzahlung als auch eine Massnahme zur Sicherstellung des geordneten Aufgabenvollzugs (vgl. Art. 25 Abs. 2 Bst. b BPG, Art. 103 f. BPV) verstanden werden. Bei letzterem handelt es sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung um eine Zwischenverfügung und die Beschwerde ist nur zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG bewirken kann (vgl. Urteil des BGer 8C_12/2012 vom 30. Mai 2012 E. 3.3 f.; Urteile des BVGer A-2764/2020 vom 29. September 2020 E. 1.4.3 und A-7259/2017 vom 29. Mai 2018 E. 2.3; je mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung zum privatrechtlichen Arbeitsvertrag liegt bei einem Verzicht des Arbeitgebers auf die Arbeitsleistung der arbeitnehmenden Person lediglich ein Annahmeverzug des Gläubigers vor (vgl. Art. 324 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]) und es besteht kein Anspruch auf Beschäftigung. Anders beurteilen Lehre und Praxis dies allerdings in Fällen, in welchen die arbeitnehmende Person ein legitimes Interesse hat, die Arbeitsleistung tatsächlich zu erbringen, weil andernfalls ihr berufliches Fortkommen gefährdet wäre; in diesem Sinn wird etwa bei Künstlern, Berufssportlern und Chirurgen ein legitimes Interesse daran erkannt, dass sie vom Arbeitgeber tatsächlich beschäftigt werden (vgl. BGE 137 III 303 E. 2.1.2; Zwischenentscheid des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2020.00762 vom 2. Februar 2021 E. 4.3.2; je mit Hinweisen). Darüber hinaus kann gemäss Lehrmeinung die Nichtbeschäftigung im Einzelfall persönlichkeitsverletzend sein, wenn sie eine genügende Intensität aufweist, namentlich wenn sie von längerer Dauer ist. Dabei ist jedoch stets zu fragen, ob sich der Arbeitgeber auf einen Rechtfertigungsgrund stützen kann (vgl. Portmann/Rudolph, in: Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, Art. 328 Rz. 22 mit weiteren Hinweisen).

E. 3.4

Strittig ist vorliegend ein konkret umrissener Sachverhalt, nämlich die teilweise Freistellung des Beschwerdeführers von seiner Funktion, die aufgrund seiner eingeschränkten Arbeitsfähigkeit erfolgt ist. Das hier strittige Begehren um Erlass einer anfechtbaren Verfügung steht sodann zum Beurteilungszeitpunkt weder im Zusammenhang mit einem allfälligen Versetzungs- oder Kündigungsverfahren noch im Zusammenhang mit einem anderen Verfahren, wie z.B. einem Disziplinarverfahren. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz handelt es sich entsprechend bei der teilweisen Freistellung nicht um einen blossen Zwischenschritt im Hinblick auf eine rechtsgestaltende Endverfügung, sondern es liegt der Erlass einer Endverfügung im Streit. Die qualifizierten Eintretensvoraussetzungen von Art. 46 Abs. 1 VwVG für selbständig eröffnete Zwischenverfügungen kommen somit nicht zum Tragen (vgl. auch Urteil des BVGer A-4647/2013 vom 26. November 2013 E. 1).

E. 4

Das Recht verweigert eine Behörde, die es ausdrücklich ablehnt oder stillschweigend unterlässt, eine Verfügung zu treffen, obwohl sie dazu verpflichtet ist (vgl. BGE 124 V 130

E. 4; Urteil des BGer 8C_596/2017 vom 1. März 2018 E. 5.1). Voraussetzung für eine Rechtsverweigerungsbeschwerde ist, dass der Rechtsuchende zuvor bei der zuständigen Behörde ein Begehren um Erlass einer anfechtbaren Verfügung gestellt hat. Eine Rechtsverweigerungsbeschwerde soll im Weiteren nur dann zur Anwendung kommen, wenn die verweigerte Verfügung grundsätzlich selbst anfechtbar wäre. Die beschwerdeführende Partei hat im Sinne einer Eintretensvoraussetzung zumindest glaubhaft zu machen, dass ein Anspruch auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung besteht. Ein solcher Anspruch liegt dann vor, wenn einerseits eine Behörde nach dem anzuwendenden Recht verpflichtet ist, in Verfügungsform zu handeln, und wenn andererseits die gesuchstellende Person nach Art. 6 i.V.m. Art. 48 Abs. 1 VwVG Parteistellung beanspruchen kann (vgl. BVGE 2016/20 E. 3; Urteil des BVer A-2968/2021 vom 8. Dezember 2021 E. 3.1; Müller/Bieri, Kommentar VwVG, Art. 46a Rz. 20 ff.). Wenn eine Behörde die Ansicht vertritt, dass sie für den Erlass einer Verfügung nicht zuständig ist, darf sie ebenfalls nicht untätig bleiben, sondern hat gegebenenfalls eine Nichteintretensentscheid zu fällen und ihre Unzuständigkeit festzustellen (vgl. BGE 130 II 521 E. 2.5; BVGE 2009/1 E. 3). Die Prüfungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts beschränkt sich bei Rechtsverweigerungsbeschwerden auf die Frage, ob das Gebot des Rechtsschutzes im konkreten Fall verletzt worden ist oder nicht. Im Falle einer Gutheissung der Beschwerde weist das Gericht die Sache mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Eine andere Möglichkeit, den rechtmässigen Zustand herzustellen, gibt es nicht; insbesondere darf das Gericht - unter Vorbehalt von speziellen Konstellationen - nicht anstelle der das Recht verweigernden Behörde entscheiden, würden dadurch doch der Instanzenzug verkürzt und allenfalls weitere Rechte der Verfahrensbeteiligten verletzt (vgl. BVGE 2008/15 E. 3.2.1; Urteil des BVer A-3501/2018 vom 3. Mai 2019 E. 2; Moser et al., a.a.O., Rz. 5.25 f.).

E. 5.1

In der Hauptsache ist nachfolgend zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Rechtsverweigerungsbeschwerde gegeben sind. Wie in E. 2.3 bereits erwähnt, hat der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 7. Juni, 14. Juni und 5. Juli 2022 die Vorinstanz aufgefordert, eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. Ein hinreichendes Gesuch des Beschwerdeführers liegt damit vor. Näher einzugehen bleibt auf die Frage, ob er den Anspruch auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung glaubhaft machen konnte. Der Beschwerdeführer bringt diesbezüglich im Wesentlichen vor, dass es sich um eine Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis handelt, über die nach Art. 34 Abs. 1 BPG verfügungsweise zu entscheiden sei. Von der Vorinstanz hingegen wird bestritten, dass ein Anspruch auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung besteht.

E. 5.2

Gemäss dem Grundsatz von Art. 34 Abs. 1 BPG hat der Arbeitgeber eine Verfügung zu erlassen, sofern bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis keine Einigung zustande kommt. Art. 3 Bst. b VwVG schliesst sodann dienstliche Anordnungen an das Bundespersonal von den verwaltungsrechtlichen Verfahrensregeln des VwVG aus. Die Rede ist hierbei von individuell-konkreten Anordnungen im Rahmen der Dienstaufsicht, sog. Dienstbefehlen, die von den allgemeinen Dienstanweisungen generell-abstrakter Natur (Verwaltungsverordnungen) zu unterscheiden sind. Der Dienstbefehl trifft die angestellte Person im Gegensatz zur Verfügung nicht in ihrer Rolle als Trägerin von Rechten und Pflichten. Vielmehr bestimmt er, in welcher Art und Weise die kraft arbeitsrechtlicher

Anstellung bereits begründeten Rechte und Pflichten wahrzunehmen sind. Um innerhalb des Dienstverhältnisses anfechtbare Verfügungen von nicht anfechtbaren innerdienstlichen Anordnungen abgrenzen zu können, unterscheidet die Lehre zwischen Grund- und Betriebsverhältnis. Der gerichtlichen Kontrolle unterliegen sollen diejenigen Entscheide, die das gegenseitige Verhältnis von Rechten und Pflichten, mithin die private Rechtssphäre des Adressaten betreffen, wie namentlich solche bezüglich Pflichtenheft, Gehalt oder Niederlassung. Dem nicht justiziablen Betriebsverhältnis werden beispielsweise Anordnungen zugerechnet, welche die Arbeitsorganisation und -weise betreffen. Sobald mit Ausübung des Weisungsrechts jedoch die arbeitsvertraglich begründeten Rechte und Pflichten der arbeitnehmenden Person berührt und damit nicht nur organisatorische bzw. betriebliche Anliegen verfolgt werden, ist von einem Rechtsakt bzw. einer Verfügung auszugehen (vgl. BGE 136 I 323 E. 4.4 und 4.5; Urteile des BVGer A-3558/2018 vom 12. März 2019 E. 1.1.2 und A-4699/2015 vom 11. April 2016 E. 5.1.1).

E. 5.3

Im vorliegenden Fall besteht die Besonderheit, dass die teilweise Freistellung gleichzeitig den vom Beschwerdeführer geltend gemachten Anspruch tangiert, die Vorinstanz habe die in Art. 11a Abs. 1 BPV statuierten Eingliederungsmassnahmen unverzüglich zu ergreifen. Im Hinblick auf die Eingliederungsmassnahmen des Arbeitgebers sieht diese Bestimmung vor, dass die zuständige Stelle bei krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsverhinderung einer angestellten Person alle sinnvollen und zumutbaren Möglichkeiten auszuschöpfen hat, um die betroffene Person wieder in den Arbeitsprozess einzugliedern. Ob die teilweise Freistellung von seiner Funktion zu Recht erfolgt ist bzw. eine Verletzung von Art. 11a Abs.1 BPV vorliegt, stellt eine materielle Frage dar und ist an dieser Stelle nicht abschliessend zu klären. Im Rahmen der Rechtsverweigerungsbeschwerde ist jedoch festzuhalten, dass der Beschwerdeführer substantiiert glaubhaft macht, dass er in seinen arbeitsvertraglich begründeten Rechten und Pflichten berührt ist, indem die Vorinstanz es ablehnte, ihn nach einer krankheitsbedingten Abwesenheit in seiner Funktion teilweise zu beschäftigen. Der Beschwerdeführer kann seine Forderung auf das zwischenzeitlich eingereichte Zeugnis des Hausarztes vom 18. Juli 2022 und den vertrauensärztlichen Bericht vom 22. September 2022 stützen, die übereinstimmend eine schrittweise Wiedereingliederung empfehlen. Der Beschwerdeführer macht hierbei substantiiert geltend, dass der zwischenzeitlich begonnene Arbeitsversuch beim C._____ die Eingliederung in seine bisherige Funktion nicht ersetzen könne. Mit Blick auf den geltend gemachten Anspruch nach Art. 11a Abs. 1 BPV tangiert die Freistellung bei den vorliegenden Gegebenheiten nicht nur das Betriebsverhältnis, sondern auch unmittelbar das Grundverhältnis, mithin Ansprüche, die der privaten Rechtssphäre des Beschwerdeführers zuzurechnen sind. Es handelt sich damit um eine Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis, über die gestützt auf Art. 34 Abs. 1 BPG verfügungsweise zu entscheiden ist.

E. 5.4

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz verpflichtet gewesen wäre, das Gesuch des Beschwerdeführers formell zu behandeln. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde ist demnach gutzuheissen und die Vorinstanz anzuweisen, gegenüber dem Beschwerdeführer unverzüglich eine formelle Verfügung über die teilweise Freistellung von seiner Funktion zu erlassen (Art. 34 Abs. 1 BPG).

E. 6.1

Das Beschwerdeverfahren ist in personalrechtlichen Angelegenheiten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens grundsätzlich kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG). Es sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben.

E. 6.2

Ganz oder teilweise obsiegenden Parteien ist 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 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Das Bundesverwaltungsgericht legt die Parteientschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote oder, wenn keine Kostennote eingereicht wird, aufgrund der Akten fest (Art. 14 VGKE). Der Rechtsvertreter des obsiegenden Beschwerdeführers reichte am 5. Dezember 2022 eine Kostennote über eine Gesamthöhe von Fr. 5'492.70 ein. Die geltend gemachte Parteientschädigung erweist sich in der Höhe als angemessen. Dem Verfahrensausgang entsprechend hat die Vorinstanz dem Beschwerdeführer somit eine Parteientschädigung von Fr. 5'492.70 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. b und c VGKE) zu entrichten. (Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

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