

# **BVGer A-3474/2013 vom 7. Oktober 2013**

Bundesverwaltungsgericht, 2013-10-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-3474\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-3474_2013)

FR: TAF A-3474/2013 du 7 octobre 2013

IT: TAF A-3474/2013 del 7 ottobre 2013

## **Regeste**

Auflösung des Arbeitsverhältnisses

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Am 1. Juli 2013 traten die Änderungen vom 14. Dezember 2012 des BPG in Kraft (vgl. AS 2013 1493). Gemäss dem revidierten Art. 36 Abs. 1 BPG sind Verfügungen des Arbeitgebers nun direkt beim Bundesverwaltungsgericht anzufechten. Die Verfügung des Führungsstabs der Armee vom 27. November 2012 wurde indes zu Recht noch nach dem damaligen Art. 35 Abs. 1 BPG in der Fassung vom 1. Oktober 2012 (AS 2001 894) bei der internen Beschwerdeinstanz angefochten (vgl. Art. 36 Abs. 1 BPG in der Fassung vom 1. Oktober 2012 [AS 2006 2197] und Art. 110 Bst. a der damals gültigen Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 in der Fassung vom 15. September 2012 [BPV, AS 2001 2206]). Der Entscheid des VBS vom 15. Mai 2013 stellt demnach ein zulässiges Anfechtungsobjekt dar, weshalb das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig ist.

### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung unmittelbar betroffen und kann ein schutzwürdiges Interesse nachweisen, weshalb sie zur Beschwerde berechtigt ist (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]).

### **E. 1.3**

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

### **E. 2**

Wird ein Nichteintretensentscheid angefochten, prüft das Bundesverwaltungsgericht nur die Rechtsfrage, ob die Vorinstanz auf die bei ihr erhobene Beschwerde zu Recht nicht eingetreten ist. Es kann folglich nur geltend gemacht werden, die Vorinstanz habe zu Unrecht das Bestehen einer Eintretensvoraussetzung verneint. Der Streitgegenstand bleibt auf die Eintretensfrage beschränkt, deren Verneinung als Verletzung von Bundesrecht mit Beschwerde gerügt werden kann (BGE 132 V 74 E. 1.1). Die beschwerdeführende Partei kann entsprechend nur die Anhandnahme beantragen; auf materielle Begehren kann nicht eingetreten werden (vgl. zum Ganzen statt vieler: Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A 6542/2012 vom 22. April 2013 E. 1.4 und A-6922/2011 vom 30. April 2012 E. 1.3 m.w.H.; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.8 und 2.164). Im Folgenden ist zu prüfen, ob

die Vorinstanz zu Recht auf die Beschwerde gegen die Kündigungsverfügung des Arbeitgebers vom 27. November 2012 nicht eingetreten ist.

### **E. 3.1**

Gemäss Art. 34 Abs. 1 VwVG werden Verfügungen von den Behörden schriftlich eröffnet und regelmässig individuell, per Post oder durch persönliche Übergabe, zugestellt (Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 616; Regina Kiener/Bernhard Rütsche/Mathias Kuhn, *Öffentliches Verfahrensrecht*, Zürich/St. Gallen 2012, N 817). Die Behörde trägt die Beweislast, dass und wann ihre Zustellung erfolgte (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A 514/2012 vom 27. August 2012 E. 2.3 und A-4166/2010 vom 17. Mai 2011 E. 1.2.1). Die Eröffnung einer Verfügung ist eine empfangsbedürftige, nicht aber annahmbedürftige einseitige Rechtshandlung. Fristen beginnen daher bereits im Zeitpunkt der ordnungsgemässen Zustellung und nicht erst bei tatsächlicher Kenntnisnahme durch den Empfänger zu laufen. Dabei ist nach allgemeinem Rechtsgrundsatz genügend, wenn die Verfügung in den Machtbereich der betreffenden Person gelangt, so dass diese sie zur Kenntnis nehmen kann. Nicht erforderlich ist die tatsächliche Empfangs- oder Kenntnisnahme (BGE 122 III 316 E. 4b; Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., Rz. 577; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.114; Bernard Maitre/Vanessa Thalmann [Kaspar Plüss], in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zürich/Basel/Genf 2009 [nachfolgend: *Praxiskommentar VwVG*], Art. 20 N 17; Kathrin Amstutz/Peter Arnold, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], *Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz*, 2. Aufl., Basel 2011 [nachfolgend: *BSK BGG*], Art. 44 N 10). Gewöhnliche, uneingeschriebene Post gilt als zugestellt, wenn sie in den Briefkasten oder das Postfach des Empfängers abgelegt worden und damit in dessen Verfügungsbereich gelangt ist (BGE 122 I 139 E. 1; Urteil des Bundesgerichts 1C\_121/2007 vom 11. September 2007 E. 2.3; Maitre/Thalmann [Plüss], *Praxiskommentar VwVG*, Art. 20 N 24). Wird für die Eröffnung einer Verfügung eine Zustellform gewählt, bei welcher der Eingang beim Adressaten nicht genau nachweisbar ist, obliegt es der Behörde, den Beweis dafür zu erbringen, dass und an welchem Tag ihr Entscheid dem Adressaten zugestellt worden ist. Der Nachweis der Zustellung kann dabei auch aufgrund von Indizien oder gestützt auf die gesamten Umstände erbracht werden (Urteil des Bundesgerichts 2C\_430/2009 vom 14. Januar 2010 E. 2.4), etwa durch Zeugen oder bei einer nachweisbaren Reaktion des Betroffenen unter Hinweis auf die Sendung (Urs Peter Cavelti, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG]*, Zürich 2008 [nachfolgend: *Kommentar zum VwVG*], Rz. 14 zu Art. 20).

### **E. 3.2**

Art. 11 VwVG regelt die Vertretung im Verwaltungsverfahren. Danach kann sich eine Partei, wenn sie nicht persönlich zu handeln hat, auf jeder Stufe des Verfahrens vertreten lassen (Art. 11 Abs. 1 VwVG). Die Behörde hat bei Vorliegen eines solchen Vertretungsverhältnisses Mitteilungen an den Vertreter und nicht an die Vertretene zu machen (vgl. Art. 11 Abs. 3 VwVG). Zweck der Bestimmung ist es, von vornherein allfällige Zweifel darüber zu beseitigen, ob eine Mitteilung - etwa die Zustellung von Verfügungen und Entscheiden - an die Partei selbst oder an ihren Vertreter zu erfolgen hat, und klarzustellen, welches die für einen Fristenlauf massgebende Mitteilung ist (Res Nyffenegger, *Kommentar zum VwVG*, Rz. 23 f. zu Art. 11; Amstutz/Arnold, *BSK BGG*,

Art. 44 N 12). Gemäss dem Wortlaut von Art. 11 Abs. 3 VwVG hat sich die Behörde bis zum Widerruf der Vollmacht durch die vertretene Partei an den Vertreter zu halten. Unter dem Widerruf ist die einseitige, empfangsbedürftige und an den Bevollmächtigten gerichtete Erklärung der vertretenen Partei zu verstehen, wonach der bisher zur Vertretung Befugte nicht mehr dazu berufen sein soll (Rolf Watter, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 34 N. 2 f.). Dem Vertreter seinerseits steht es zu, die Vollmacht durch Niederlegung zum Erlöschen zu bringen. So oder anders ist der Widerruf der Vertretung der Behörde mitzuteilen. Diese hat dabei, entgegen dem zu engen Wortlaut, auch die Mitteilung der Niederlegung durch den Vertreter, und nicht nur die Mitteilung des Widerrufs durch die vertretene Partei zu beachten (Nyffenegger, Kommentar zum VwVG, Rz. 26 zu Art. 11).

### **E. 3.3**

Vorliegend informierte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin im Rahmen der Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs mit Schreiben vom 26. November 2012 den Arbeitgeber, dass seine Kanzlei nicht Adressatin oder Zustellungsadresse für eine allfällige Verfügung betreffend Auflösung des Arbeitsverhältnisses sei. Wenn auch nicht ausdrücklich ausformuliert wurde, geht hieraus doch implizit hervor, dass das Vertretungsverhältnis zumindest in Bezug auf die Entgegennahme der zu erwartenden Kündigungsverfügung aufgehoben werden solle. Der Rechtsvertreter durfte daher die Entgegennahme der Kündigung zu Recht verweigern, ohne dadurch den Beginn des Fristenlaufs auszulösen (vgl. Cavelti, Kommentar zum VwVG, Rz. 12 zu Art. 20). Ob des Weiteren die Zustellung per Email (vgl. dazu Art. 34 Abs. 1bis VwVG) und Fax zuhänden des Rechtsvertreters als fristauslösende Eröffnung anzusehen sind, braucht daher an dieser Stelle nicht weiter geprüft zu werden.

### **E. 3.4**

Nachdem der Rechtsvertreter die Entgegennahme der Kündigungsverfügung verweigert hatte, gelangte X.\_\_\_\_\_ vom Rechtsdienst des Bereichs Verteidigung am 29. November 2012 in Begleitung zweier Zeugen an den Wohnort der Beschwerdeführerin. Wie der von ihm erstellten Aktennotiz vom 30. November 2012 zu entnehmen ist, läutete er in Anwesenheit von Oberleutnant Y.\_\_\_\_\_ sowie Hauptfeldweibel Z.\_\_\_\_\_, beide von der Militärpolizei (Militärische Sicherheit), mehrmals an der Türe der Beschwerdeführerin. Als diese nicht öffnete, legte X.\_\_\_\_\_ den beiden Zeugen den Briefumschlag mit der Kündigungsverfügung sowie das Begleitschreiben vor und warf diese in den Briefkasten ein. Dem Begleitschreiben ist zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin in der Beilage die Verfügung vom 27. November 2012 des Arbeitgebers betreffend die Auflösung des Arbeitsverhältnisses erhalte. Dieses Vorgehen wird auch durch die Aktennotiz von demselben Datum, unterzeichnet durch die beiden Zeugen, bestätigt. Es ist demnach als erstellt anzusehen, dass die fragliche Verfügung vom 27. November 2012 am 29. November 2012 in den Briefkasten der Beschwerdeführerin eingeworfen wurde. Damit gelangte diese in den Machtbereich der Beschwerdeführerin, womit sie als ordnungsgemäss zugestellt gilt. Eine tatsächliche Empfangs- oder Kenntnisnahme ist, wie gesehen (soeben E. 3.1) nicht erforderlich, vielmehr ist alleine die Zustellung fristauslösend. Dass diese auch tatsächlich am 29. November 2012 stattfand, konnte durch die Anwesenheit der beiden Zeugen und deren unterzeichnete und aktenkundige Bestätigung belegt werden. Vom Inhalt der Verfügung hatten sie zwar, wie die Beschwerdeführerin anführt, keine Kenntnis, doch wussten sie aufgrund des Begleitschreibens, dass es sich um eine Kündigungsverfügung

handelte. Was den Inhalt betrifft, ist aber auch bei eingeschriebenen Sendungen nicht ohne Weiteres sichergestellt, dass der angenommene Inhalt auch wirklich darin enthalten ist. Die Rechtsprechung geht daher von der Vermutung aus, dass der fragliche Rechtsakt in der Sendung enthalten war, soweit die Zustellung der Sendung bewiesen werden konnte (BGE 124 V 400 E. 2c). Die Beschwerdeführerin vermag vorliegend keine Umstände anzuführen, die Zweifel am Inhalt des zugestellten Briefumschlags aufkommen liessen und die Vermutung, dass der Umschlag tatsächlich auch die fragliche Verfügung enthielt, umzustossen vermöchten (vgl. Maitre/Thalmann [Plüss], Praxiskommentar VwVG, Art. 20 N 20).

### **E. 3.5**

Die rechtsgültige und fristauslösende Zustellung der Verfügung ist daher bereits am 29. November 2012 erfolgt und nicht wie die Beschwerdeführerin geltend macht am 4. Dezember 2012 mit Abholung der eingeschriebenen Sendung am Postschalter. Unter Berücksichtigung der Gerichtsferien (Art. 22a Abs. 1 Bst. c VwVG) lief die 30-tägige Beschwerdefrist somit am 14. Januar 2013 ab, womit die Eingabe vom 21. Januar 2013 zu spät erfolgt ist.

### **E. 4**

Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist somit abzuweisen.

### **E. 5**

Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist in personalrechtlichen Angelegenheiten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens, ausser bei Mutwilligkeit, kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG). Die Beschwerdeführerin ist daher von der Bezahlung von Verfahrenskosten befreit.

### **E. 6**

Angesichts ihres Unterliegens steht der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

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