

BVGer A-3627/2018 vom 14. März 2019

Bundesverwaltungsgericht, 2019-03-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-3627_2018

FR: TAF A-3627/2018 du 14 mars 2019

IT: TAF A-3627/2018 del 14 marzo 2019

Regeste

Auflösung des Arbeitsverhältnisses

Erwägungen

E. 1.1

Da die Verfügung vom 20. August 2018 mit einer Bedingung erlassen wurde, ersetzt sie die Verfügung vom 23. Mai 2018 nicht. Beide Verfügungen sind deshalb nachfolgend auf ihre Rechtmässigkeit hin zu prüfen.

E. 1.2

Aus prozessökonomischen Gründen können einzelne, rechtlich oder sachlich zusammenhängende Verfahren vereinigt werden (Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.17 mit Hinweisen).

E. 1.3

Die Rechtsschriften in den Verfahren A-3627/2018 und A-5344/2018 sind grösstenteils identisch. Die in diesen Verfahren angefochtenen Verfügungen der Vorinstanz beziehen sich auf denselben Sachverhalt und betreffen die gleichen Rechtsfragen. Es rechtfertigt sich deshalb, die beiden Verfahren unter der Verfahrensnummer A-3627/2018 zu vereinigen und über die Beschwerden in einem einzigen Urteil zu befinden.

E. 2.1

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern diese von einer Vorinstanz nach Art. 33 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) stammen und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt (vgl. Art. 31 VGG). Die angefochtenen Entscheide sind Verfügungen im genannten Sinn. Sie stammen von einer zulässigen Vorinstanz gemäss Art. 33 Bst. d VGG, eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist demnach für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerden zuständig (vgl. auch Art. 36 Abs. 1 BPG).

E. 2.2

Zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführerin hat an den vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist mit ihren Vorbringen nicht durchgedrungen. Sie ist durch die Kündigungsverfügungen auch materiell beschwert und damit ohne Weiteres zu den beiden Beschwerden legitimiert.

E. 2.3

Die Beschwerden wurden ausserdem frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), weshalb auf sie einzutreten ist.

E. 3.1

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit voller Kognition und überprüft angefochtene Verfügungen auf Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Unangemessenheit (vgl. Art. 49 VwVG). Es auferlegt sich allerdings namentlich dann eine gewisse Zurückhaltung, wenn es um die Beurteilung der Leistungen von Bundesangestellten, um verwaltungsorganisatorische Fragen oder um Probleme der betriebsinternen Zusammenarbeit und des Vertrauensverhältnisses geht. Es weicht im Zweifel nicht von der Auffassung der Vorinstanz ab und setzt sein eigenes Ermessen nicht an die Stelle deren Ermessens. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass keine Anhaltspunkte für eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts bestehen und davon ausgegangen werden kann, die Vorinstanz habe die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-169/2018 vom 23. Januar 2019 E. 2.1 und A-1246/2018 vom 29. Oktober 2018 E. 2.1).

E. 3.2

Das Bundesverwaltungsgericht stellt den Sachverhalt unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien von Amtes wegen fest (Art. 12 und Art. 13 VwVG). Es würdigt dabei die Beweise grundsätzlich frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss (Grundsatz der freien Beweiswürdigung; vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273]; BGE 137 II 266 E. 3.2 und BVGE 2012/33 E. 6.2.1). Es erachtet eine rechtserhebliche Tatsache, für die der volle Beweis zu erbringen ist (Regelbeweis-mass), nur dann als bewiesen, wenn es gestützt auf die freie Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt, sie habe sich verwirklicht. Absolute Gewissheit ist indes nicht erforderlich. Es genügt, wenn es an der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2; BVGE 2012/33 E. 6.2.1). Bleibt eine entscheidrelevante Tatsache unbewiesen, gilt im Bereich des öffentlichen Rechts grundsätzlich die Beweislastregel von Art. 8 ZGB als allgemeiner Rechtsgrundsatz. Demnach hat jene Partei die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, die aus der unbewiesen gebliebenen Tatsache Rechte ableitet (vgl. BGE 133 V 205 E. 5.5; BVGE 2008/24 E. 7.2; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 3.150). Im Beschwerdeverfahren betreffend eine Kündigung trägt die kündigende Behörde daher namentlich die (objektive) Beweislast für das Vorliegen eines rechtsgenügenden Kündigungsgrundes, die von der Kündigung betroffene Person dagegen namentlich jene für die - allenfalls behauptete - Missbräuchlichkeit der Kündigung (vgl. Urteile des BVGer A-1399/2017 vom 13. Juni 2018 E. 2.2 und A-7515/2014 vom 29. Juni 2016 E. 2.1).

E. 4

Im vorliegenden Fall stellt sich zunächst die Frage, ob die Vorinstanz im Arbeitsvertrag vom 5. März 2018 mit der Beschwerdeführerin eine neue Probezeit von drei Monaten vereinbaren durfte.

E. 4.1

Um diese Frage beantworten zu können, ist vorab zu klären, ob der neue Arbeitsvertrag vom 5. März 2018 gültig zustande gekommen ist.

E. 4.1.1

Gemäss Art. 8 Abs. 1 BPG entsteht das Arbeitsverhältnis des Bundespersonals durch den Abschluss eines schriftlichen öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrags, wobei zum Mindestinhalt des schriftlichen Arbeitsvertrags namentlich die Festlegung der Lohnklasse und des Lohns gehört (Art. 25 Abs. 2 Bst. f BPV). Diese Formvorschrift dient der Rechtssicherheit (vgl. Harry Nötzli, in: Portmann/Uhlmann [Hrsg.], Bundespersonalgesetz [BPG], 2013, Art. 13 Rz. 5, Peter Hänni, Personalrecht des Bundes, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Organisationsrecht, Koller/Müller/Rhinow/Zimmerli [Hrsg.], Bd. I Teil 2, 2. Aufl. 2004, Rz. 52). Ferner bedarf auch jede Änderung des Arbeitsvertrages zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form (Art. 13 BPG und Art. 30 Abs. 1 BPV; vgl. Urteil des BVGer A-7560/2015 vom 18. Mai 2016 E. 4.1).

E. 4.1.2

Die Parteien haben vorliegend am 5. März 2018 einen schriftlichen öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrag mit Angaben zur Lohnklasse und des festgelegten Lohnes vereinbart. Weder die Beschwerdeführerin noch die Vorinstanz bestreiten, dass dieser Arbeitsvertrag gültig zustande gekommen ist. Es kann deshalb offen bleiben, ob es sich dabei um eine (einseitige) interne Versetzung im Sinne von Art. 25 Abs. 3 Bst. a BPV handelt, wonach der Arbeitgeber ohne Kündigung des Arbeitsvertrages unter Einhaltung der Fristen nach Art. 30a Abs. 1 - 3 BPV Änderungen der Funktion bzw. des Arbeitsbereichs und des Arbeitsorts oder nach Art. 25 Abs. 2 Bst. b BPV Änderungen der organisatorischen Eingliederung im Zusammenhang mit einer Umstrukturierung oder einer Reorganisation vornehmen kann. Auch die Frage, ob es sich dabei allenfalls um eine von der Vorinstanz ausgesprochene (einseitige) Änderungskündigung handelt (vgl. hierzu die in der privatrechtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertragsrecht, 7. Aufl. 2012, Art. 336 Rz. 4; ferner Rehbinder/Stöckli, in: Berner Kommentar [Art. 331-335 und Art. 361-362 OR], 2014, Art. 335 Rz. 2; Urteil des BVGer A-2498/2016 vom 11. April 2017 E. 3.3), muss nicht beantwortet werden, haben sich die Parteien doch gemeinsam auf einen neuen Arbeitsvertrag geeinigt.

E. 4.2

Nachfolgend ist allerdings zu prüfen, ob es rechtmässig ist, dass der neue Vertrag wiederum eine Probezeit von drei Monaten vorsieht.

E. 4.2.1

Das Probearbeitsverhältnis soll es dem Arbeitnehmer ermöglichen, einen Eindruck vom Arbeitsumfeld zu gewinnen und auf Seiten des Arbeitgebers dient es der Überprüfung der Eignung und der Fähigkeiten des Arbeitnehmenden. Nach Art. 12 Abs. 2 BPG i.V.m. Art. 30a Abs. 1 BPV kann das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis in der Bundesverwaltung während der Probezeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen ordentlich gekündigt werden. Art. 6 Abs. 2 BPG statuiert sodann, dass für das Arbeitsverhältnis sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts (OR, SR 220) gelten, soweit dieses Gesetz und andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen (Urteile des BVGer A-1058/2018 vom 27. August 2018 E. 4.1; A-6870/2017 vom 11. Juni 2018 E. 4.1 und

A-3949/2012 vom 29. Januar 2013 E. 5.5.3).

E. 4.2.2

Aus Art. 29 Abs. 2 BPV geht implizit hervor, dass auch bei internen Übertritten eine Probezeit vereinbart werden kann. Wann bei einem neuen Arbeitsvertrag mit dem gleichen Arbeitgeber eine neue Probezeit zulässig ist, ergibt sich aus dem Bundespersonalrecht hingegen nicht. Die Frage ist deshalb vorab in Analogie zum OR und der dazugehörigen Praxis zu beantworten. Schliessen dieselben Parteien einen neuen privaten Arbeitsvertrag ab, so soll demnach grundsätzlich keine neue Probezeit laufen und kann eine solche auch nicht vereinbart werden (Portmann/Rudolph, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, Art. 335b Rz. 5; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 335b Rz. 3 m.w.H.). Andernfalls könnten die Schutzbestimmungen zugunsten des Arbeitnehmers leicht umgangen werden. Eine neue Probezeit ist im privaten Arbeitsrecht dann zulässig, wenn von einem neuen Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien auszugehen ist, insbesondere nach einer längeren Unterbrechung oder infolge Übernahme einer völlig andersgearteten Funktion durch den Arbeitnehmer. Eine neue Probezeit ist weiter dann zulässig, wenn ein Temporärarbeiter für einen anderen Einsatzbetrieb tätig wird (BGE 117 V 248 E. 3) oder wenn die Probezeit des ursprünglichen Vertrags noch nicht abgelaufen ist und die Parteien im neuen Arbeitsvertrag deren Fortsetzung vereinbart haben (Portmann/Rudolph, a.a.O., Art. 335b Rz. 5 m.H.). Eine zweite Probezeit mit demselben Arbeitgeber ist also nur ausnahmsweise zulässig.

E. 5

Bei der Frage der Zulässigkeit einer zweiten Probezeit im Bundespersonalrecht ist sodann das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten.

E. 5.1

Das in Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) verankerte Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass eine staatliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles geeignet und erforderlich sowie bezüglich Eingriffszweck und -wirkung ausgewogen, mithin der betroffenen Partei zumutbar ist (BGE 141 I 1 E. 5.3.2, 140 II 194 E. 5.8.2; Urteile des BVGer A-1625/2018 vom 4. Januar 2019 E. 4.3; A-5034/2015 vom 11. April 2016 E. 5 und A-6361/2015 vom 27. April 2016 E. 7.2; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 21). Dieser Grundsatz gilt auch für die Vorinstanz, soweit sie staatliche Aufgaben wahrnimmt bzw. als öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin handelt, was vorliegend ohne Weiteres der Fall ist (vgl. Art. 35 Abs. 2 BV, Art. 6 Abs. 1 BPG sowie statt vieler Urteil des BVGer A-6361/2015 vom 27. April 2016 E. 7.1). Geeignet ist eine verwaltungsrechtliche Massnahme dann, wenn mit ihr das angestrebte Ziel erreicht wird oder sie zu dessen Erreichung einen nicht zu vernachlässigenden Beitrag leisten kann, das heisst wenn sie mit Blick auf das angestrebte Ziel Wirkungen entfaltet und dessen Erreichung erleichtert (sog. Zwecktauglichkeit). Die Erforderlichkeit liegt vor, wenn mit keiner gleichermassen geeigneten, aber für die betroffene Partei weniger einschneidenden Massnahme der angestrebte Erfolg ebenso erreicht werden kann. Die Massnahme ist schliesslich nur dann gerechtfertigt, wenn eine angemessene Zweck-Mittel-Relation (sog. Zumutbarkeit) zwischen der Massnahme und dem Erfolg besteht. Der damit verbundene Eingriff in die Rechtsstellung der betroffenen Partei soll im Vergleich zur Bedeutung des verfolgten öffentlichen Interesses nicht unverhältnismässig schwerer wiegen (BGE 140 I 353 E. 8.7, BGE 140 I 2 E. 9.2.2; zum Ganzen

Urteile des BVGer A-6699/2015 vom 21. März 2016 E. 6.3 und A-6956/2013 vom 16. September 2014 E. 5.1.1 m.w.H.).

E. 5.2

Bezüglich der erneut vereinbarten Probezeit zwischen der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin ist zunächst festzuhalten, dass eine Probezeit durchaus geeignet war, um der Beschwerdeführerin die Möglichkeit zu geben, ihr neues Arbeitsumfeld kennenzulernen. Auch der Vorinstanz diene diese Zeit dafür, die Fähigkeiten der Beschwerdeführerin und deren Eignung in der neuen Funktion überprüfen zu können.

E. 5.3

Um beurteilen zu können, ob eine zweite Probezeit auch erforderlich war, sind die beiden Funktionen, die die Beschwerdeführerin ausübte, zu vergleichen.

E. 5.3.1

Die ursprüngliche Stelle der Beschwerdeführerin als "Sachbearbeiterin Kontrollstelle" ist der Lohnklasse 12 zugeteilt und für ein 50 %-Pensum erhielt die Beschwerdeführerin gemäss Arbeitsvertrag vom 3. Juni 2016 einen Lohn in der Höhe von Fr. (...) pro Jahr. Die Anforderungen an die Stelle sind u.a. eine abgeschlossene kaufmännische Ausbildung, Handelsschule oder eine vergleichbare Grundausbildung. Als Spezialausbildung werden gemäss Pflichtenheft eine Weiterbildung im Bereich Versicherungen/Sozialversicherungen, gute Buchhaltungskennntnisse, Kenntnisse im Bereich Finanz- und Rechnungswesen sowie sehr gute EDV-Kennntnisse (Office-Produkte, SAP erwünscht) verlangt. Schliesslich erfordert die Stelle gemäss Angaben der Vorinstanz ein ausgesprochenes Zahlenflair und eine äusserst exakte Arbeitsweise. Im Vergleich dazu, wird die Stelle "Sachbearbeiterin Operationszentrale LW" in der Lohnklasse 13 eingestuft und für ein 50 %-Pensum erhält die Beschwerdeführerin Fr. (...) pro Jahr. Dabei wird ein Berufsabschluss mit 2-3 Jahren funktionsrelevanter Erfahrung (kaufmännische Ausbildung, Handelsschule oder gleichwertige Ausbildung) als Grundausbildung vorausgesetzt. Die EDV-Anwendungen (Word, Excel, PowerPoint, SAP iGeko) werden als Spezialausbildung gefordert. Sodann sind fundierte PC-Kennntnisse, sehr gute Deutschkennntnisse, Kenntnisse im Rechnungswesen, Erfahrung in der Protokollführung und eine strukturierte, selbstorganisierte Arbeitsweise erwünscht.

E. 5.3.2

Der Aufgabenbereich und die Kompetenzen der "Sachbearbeiterin Kontrollstelle" beinhalten u.a., dass die Stelleninhaberin verantwortliche Ansprechstelle des Miliz- und Profipersonals (Sprung- und Flugdienst) in sämtlichen Versicherungsfragen ist. Dies umfasst zum Beispiel die Beratung bei sämtlichen Versicherungsfragen aller fliegenden und springenden Besatzungen. Sie trägt sodann die Verantwortung für die gesamte Administration der Kollektiv-Versicherungspolicen (Prämienberechnung, -verrechnung und -abrechnung). Sie ist zuständig für die Überwachung der Rechnungen für externe Angehörige des Flug- und Sprungdienstes (armasuisse, Armeestab, GS VBS) und der finanziellen Abläufe im Zusammenhang mit den Pauschalversicherungsbeträgen der fliegenden Besatzungen und Passagiere sowie für die Abwicklung der Umbuchungen / Rückerstattungen zu Gunsten der Finanzen der Luftwaffe. Zusätzlich war die Beschwerdeführerin als "Sachbearbeiterin Kontrollstelle" zuständig für die Personaladministration und -sachbearbeitung zu Gunsten des Milizpersonals. Dabei war sie verantwortlich für die Berechnungen und die Abrechnung der Quellensteuer, für alle

Arbeiten im Zusammenhang mit den Familienzulagen und die Erstellung der Lohnabrechnungen und Lohnausweise. Zudem umfasste die Stelle die Administration der Finanzen, d.h. die Erstellung von Monats- und Jahresabschlüssen der Versicherungen, die Kontrolle, Verifizierung, Bearbeitung und Abwicklung im elo-Workflow von Landtaxenrechnungen, die Erstellung der AHV-Rechnungen oder die selbständige Abwicklung und Betreuung der entsprechenden Revisorenkontrollen der AHV. Schliesslich war sie Superuserin für das "FIS LW" sowie verantwortlich für die Definition der Anforderungen für das EDV-System "TVneu" und sie veranlasste Korrekturen, Überarbeitungen und Fehlerkontrollen mit der Herstellerfirma und wickelte Testläufe ab.

E. 5.3.3

Die Aufgaben und Kompetenzen der neuen Stelle "Sachbearbeiterin Operationszentrale LW" umfassen demgegenüber die Erstellung des Budgets Op Zen LW in direkter Zusammenarbeit mit den Bereichsleitern sowie dessen Bewirtschaftung und Überwachung. Zudem erledigt die Sachbearbeiterin die delegierten Tätigkeiten im Rechnungswesen und ist für das Führen der Kasse verantwortlich. Sie leitet das Sekretariat des C Op Zen LW und stellt den Betrieb innerhalb des Sekretariats sicher, koordiniert die Postverteilung innerhalb der Op Zen LW und führt die Pendenzen- und Terminkontrolle für den C Op Zen LW. Sie ist zudem zuständig für Dienstreiseanträge und die Beschaffung und Vorbereitung von Unterlagen und holt Informationen ein und organisiert Besuche im AOC (Air Operation Center). Sie bearbeitet Sachgeschäfte im Auftrag des C Op Zen LW (Korrespondenz, Sitzungsunterlagen, Protokolle, Terminlisten etc.) und ist verantwortlich für die Geschäftssteuerung. Sie pflegt zudem die personellen Daten im Bereich Miliz in Absprache mit den Bereichsleitern und organisiert und koordiniert Dienstreisen, Sitzungen und Rapporte.

E. 5.3.4

Der Vergleich der beiden Stellen ergibt, dass das Anforderungsprofil der Stelle "Sachbearbeiterin Operationszentrale LW" deutlich geringer ausfällt, als jenes der von der Beschwerdeführerin ursprünglich inne gehaltenen Stelle "Sachbearbeiterin Kontrollstelle". Dies zeigt sich insbesondere hinsichtlich der spezifischen Kenntnisse im Bereich der (Sozial-)Versicherungen sowie der guten Buchhaltungskennntnisse. Im Bereich der Grundausbildung sind die zwei Stellen ohne Weiteres vergleichbar bzw. identisch, da für beide eine kaufmännische Ausbildung, Handelsschule oder eine gleichwertige Ausbildung verlangt wird. Auch die Entlohnung ist praktisch identisch. Dass die neue Stelle in einer höheren Lohnklasse eingereiht ist, hängt gemäss eigenen Angaben der Vorinstanz lediglich mit der Hierarchiestufen der entsprechenden Verwaltungseinheiten zusammen. Von den Aufgaben und Kompetenzen her stellt die Stelle "Sachbearbeiterin Operationszentrale LW" eine klassische Sekretariats- bzw. Assistenzstätigkeit dar, die deutlich weniger komplex und anspruchsvoll ist als die Tätigkeiten bei der Stelle "Sachbearbeiterin Kontrollstelle". Weshalb beim Abschluss des neuen Arbeitsvertrages erneut eine Probezeit erforderlich gewesen sein soll, ist deshalb nicht ersichtlich. Von Seiten der Vorinstanz wären vielmehr weniger einschneidende Massnahmen für die Beurteilung der Beschwerdeführerin denkbar gewesen, wie beispielsweise die Durchführung von regelmässigen Zwischengesprächen. Die Vereinbarung einer zweiten Probezeit war demzufolge nicht erforderlich.

E. 5.4

Die Beschwerdeführerin war seit Mitte Juni 2016, also etwas mehr als zwei Jahre bei der Vorinstanz tätig. Dabei profitierte sie seit Ablauf der Probezeit Mitte September 2016 vom ordentlichen Kündigungsschutz. Zudem wurde der Beschwerdeführerin gemäss ihren unbestritten gebliebenen Angaben in ihrer Stellungnahme vom 11. Februar 2019 die neue Stelle angeboten. Unter diesen Umständen ist das Interesse der Beschwerdeführerin am ordentlichen Kündigungsschutz gemäss Art. 10 Abs. 3 BPG höher zu gewichten, als das Interesse der Vorinstanz an einer kurzen Kündigungsfrist. Die Vereinbarung einer neuen Probezeit war demnach auch nicht zumutbar und erweist sich auch deshalb als unverhältnismässig.

E. 5.5

Als Zwischenergebnis kann folglich festgehalten werden, dass die Vereinbarung einer erneuten Probezeit für die Stelle "Sachbearbeiterin Operationszentrale LW" unzulässig war. Der Arbeitsvertrag vom 5. März 2018 erweist sich insofern als rechtswidrig und ist anzupassen. Infolgedessen ist auch die mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen erfolgte Kündigung als rechtswidrig einzustufen. Eine Kündigung wäre lediglich unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist gemäss Art. 30a Abs. 2 BPV bei Vorliegen eines sachlich hinreichenden Grundes (Art. 10 Abs. 3 BPG) und einer vorangehenden Mahnung (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-169/2018 vom 23. Januar 2019 E. 4.3) zulässig gewesen. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt.

E. 6

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Kündigung sei während einer Sperrfrist erfolgt und deshalb nichtig.

E. 6.1

Folgt auf den bisherigen Arbeitsvertrag unterbruchlos ein neuer Arbeitsvertrag, so finden gemäss Art. 29 Abs. 2 BPV die Schutzbestimmungen nach Art. 336c OR auch während der Dauer der vereinbarten Probezeit Anwendung. Gleiches muss selbstverständlich gelten, wenn - wie vorliegend - im neuen Arbeitsvertrag zu Unrecht nochmals eine Probezeit vereinbart worden ist. Somit kann der Arbeitnehmerin ab dem zweiten Dienstjahr während 90 Tagen nicht gekündigt werden, wenn diese ohne ihr eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist (Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR). Wird die Kündigung während eines in Art. 336c Abs. 1 OR genannten Zeitraums ausgesprochen, ist sie qualifiziert rechtswidrig i.S.v. Art. 34c Abs. 1 Bst. c BPG (BVGE 2015/45 E. 3.1). Der Arbeitgeber hat der angestellten Person die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare anderer Arbeit anzubieten. Anstelle einer Weiterbeschäftigung nach Art. 34c Abs. 1 BPG kann das Bundesverwaltungsgericht der angestellten Person bei einer Gutheissung der Beschwerde auf deren Gesuch hin eine Entschädigung von in der Regel mindestens sechs Monatslöhnen und höchstens einem Jahreslohn zusprechen (Art. 34c Abs. 2 BPG).

E. 6.2

Anders verhält es sich, wenn die Arbeitsunfähigkeit arbeitsplatzbezogen ist.

E. 6.2.1

Liegt ein Fall einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit vor, ist der Sperrfristenschutz von Art. 336c OR nicht anwendbar. Denn mit den gesetzlichen Sperrfristen wird der Zweck verfolgt, die Arbeitnehmerin vor dem Verlust ihres Arbeitsplatzes zu schützen in Zeiten, in

denen sie in der Regel keine Chance bei der Stellensuche hat, weil sie von einem Arbeitgeber in Kenntnis der Arbeitsverhinderung nach der Kündigungsfrist wohl nicht angestellt würde (BGE 128 III 212 E. 2c m.w.H.; Urteile des BGer 4A_391/2016 vom 8. November 2016 E. 5 f. und 8C_1074/2009 vom 2. Dezember 2010 E. 3.4.5; BVGE 2017 I/1 E. 9.1.3; Urteil des BVGer A-5819/2016 vom 22. November 2017 E. 4.5.1; Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich PB.2005.00034 vom 21. Dezember 2005 E. 4.3; Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 19. September 2014, in: Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts [JAR] 2015, S. 671; Geiser/müller/Pärli, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl. 2019, Rz. 612a; Portmann/Rudolph, a.a.O., Art. 336c Rz. 6; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c N 2 und 8 m.w.H.; Rudolph/von Kaenel, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit, in: SJZ 106 (2010) Nr. 15, S. 364).

E. 6.2.2

Bei der sogenannten arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit ist die Arbeitnehmerin nur in Bezug auf ihre konkrete Stelle an der Arbeit verhindert, im Übrigen aber ganz normal einsatzfähig und auch in ihrer privaten Lebensgestaltung kaum eingeschränkt. Insbesondere ist sie nicht daran gehindert, eine andere Stelle zu finden und anzutreten. Solche Konstellationen treten häufig im Umfeld von psychischen Belastungen am Arbeitsplatz auf, beispielsweise bei Konflikt- oder Mobbing-situationen oder bei "Stress" am Arbeitsplatz (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c Rz. 8; Rudolph/von Kaenel, a.a.O., S. 361; Portmann/Rudolph, a.a.O., Art. 336c Rz. 6; vgl. Urteile des BVGer A-5819/2016 vom 22. November 2017 E. 4.5.3 und BVGE 2017 I/1 E. 9.1.3). Ob die Arbeitsverhinderung lediglich arbeitsplatzbezogen ist oder nicht, ist eine im konkreten Einzelfall zu untersuchende, primär medizinische Frage, die sich in erster Linie mit eingeholten ärztlichen Zeugnissen und Gutachten beantworten lässt (Rudolph/von Kaenel, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit: Entgegnungen zum Beitrag von Luginbühl/Brühlmann in Jusletter vom 19. August 2013, in: Jusletter 9. September 2013, Rz. 5).

E. 6.3

Die Vorinstanz hält fest, dass aus der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 22. Mai 2018, in der diese ausführe, dass sie "aufgrund der vom Arbeitgeber an den Tag gelegten Vorgehensweise erkrankt" sei und aufgrund der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin kurz nach ihrer anwaltschaftlichen Beratung vom 18. Mai 2018 ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis ab dem 22. Mai 2018 vorlegt habe, zu schliessen sei, dass es sich bei der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit um eine reine Schutzbehauptung handle, um in den Genuss des Sperrfristenschutzes nach Art. 336c OR zu kommen. Ausserdem würde diese Aussage für eine rein arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit sprechen.

E. 6.4

Aus den Berichten des Medical & Health Service vom 15. und 22. August 2018 ergibt sich, dass bei der Beschwerdeführerin im Kündigungszeitpunkt bereits Gesundheitsstörungen bestanden hätten, die Arbeitsfähigkeit dadurch jedoch nicht eingeschränkt gewesen sei. Auf Arbeitsplatzprobleme vor dem 22. Mai 2018 werde nicht hingewiesen, sondern lediglich auf die bereits bestehenden Leiden. Entsprechend dürfe davon ausgegangen werden, dass vor dem 22. Mai 2018 eine normale Arbeitsfähigkeit bestanden habe und der Zustand ab dem 22. Mai 2018 als individuelle Reaktion auf die Anzeige der Verfügung zu bewerten sei. Die damit einhergehende Arbeitsunfähigkeit ab dem 22. Mai 2018 würde einzig

bezüglich der bisherigen Stelle bei der Vorinstanz bzw. den bisherigen Arbeitgeber bestehen. Ein zusätzliches Arztzeugnis liege von den Kliniken X. _____ vor, aus deren augenärztlichen Bericht hervorgehe, dass es sich um eine vorübergehende Gesundheitsstörung handle, die nicht in Zusammenhang mit der Arbeit gebracht werden könne.

E. 6.5

Die Beschwerdeführerin bringt dazu vor, dass eine Konfliktsituation am Arbeitsplatz sehr wohl dazu geeignet sei, eine generelle Arbeitsunfähigkeit zu bewirken. Bei depressiven Verstimmungen sei der betroffene Arbeitnehmer auch nicht in der Lage, eine Arbeit bei einem anderen Arbeitgeber zu verrichten. Entscheidend sei allein, ob der betroffene Arbeitnehmer nur seine konkret geschuldete Arbeit zu leisten nicht imstande sei oder ob er generell nicht in der Lage sei, Arbeit zu leisten. Der Arzt des Medical & Health Service habe sich nicht die Mühe gemacht, die Beschwerdeführerin zu untersuchen und wage eine Ferndiagnose. Es wäre eine klinische Untersuchung zu erwarten gewesen. Selbst wenn es sich bei der Arbeitsunfähigkeit um eine "individuelle Reaktion" auf die angedrohte Kündigung handeln würde, sei damit noch nichts über die Art und Weise der Arbeitsunfähigkeit gesagt. Die Vorinstanz sei für den Nachweis einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit beweispflichtig, was ihr aber mit diesen Berichten nicht gelungen sei.

E. 6.6

Wie die Beschwerdeführerin richtig ausführt, ist die Vorinstanz hinsichtlich der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit beweispflichtig, was aus der allgemeinen Beweislastregel gemäss Art. 8 ZGB hervorgeht. Für das Beweismass gilt im Zusammenhang mit einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit ebenfalls das "Regelbeweismass der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit" (vgl. vorne E. 3.2; BGE 130 III 321 E. 3.2; Stephan Hartmann, Arztzeugnisse und medizinische Gutachten, in: AJP 11/2018 S. 1340). Tatsächlich hat der Vertrauensarzt der Vorinstanz die Beschwerdeführerin weder medizinisch untersucht noch mit ihr über ihre damalige konkrete Arbeitssituation gesprochen. Stattdessen stützt er sich nur auf die ärztlichen Berichte, die bereits vorbestehende Gesundheitsstörungen bestätigen. Allein gestützt auf diese Berichte ist der Vorinstanz der Beweis, dass aus dem Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin lediglich eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit resultierte, nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gelungen. Es ist demnach von einer allgemeinen Arbeitsunfähigkeit auszugehen, weshalb die Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR im vorliegenden Fall zur Anwendung kommt.

E. 6.7

Die Beschwerdeführerin reichte neun Arztzeugnisse ein und war seit dem 22. Mai 2018 bis und mit 24. August 2018 zu 100 % arbeitsunfähig. Da sie sich im zweiten Dienstjahr befindet, dauerte die Sperrfrist demzufolge 90 Tage, also bis zum 19. August 2018. Trotz Kenntnis des Vorliegens eines Arztzeugnisses ab dem 22. Mai 2018, das die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 22. Mai 2018 erwähnte und am 23. Mai 2018 nachreichte, löste die Vorinstanz das Arbeitsverhältnis mit Verfügung vom 23. Mai 2018 auf. Damit hat sie der Beschwerdeführerin während der Sperrfrist gekündigt, während der diese 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. Damit leidet die am 23. Mai 2018 ausgesprochene Kündigung an einem Mangel, der zur Aufhebung der Verfügung führen würde (BVGE 2015/45 E. 3.1 und 3.7). Da die Vorinstanz am 20. August 2018, also unbestrittenermassen nach Ablauf der Sperrfrist, erneut die Auflösung des Arbeitsverhältnisses verfügte, wurde der Mangel der Verfügung vom 23. Mai 2018 bezüglich der Sperrfrist allerdings geheilt, weshalb die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung nach Art. 34c Abs. 1 Bst. c BPG geltend machen kann. Die neue Verfügung löste das Arbeitsverhältnis jedoch wiederum unter der Annahme einer gültig vereinbarten Probezeit innert einer Frist von sieben Tagen auf, weshalb sie diesbezüglich unter demselben Mangel leidet, wie die ursprüngliche Verfügung (vgl. E. 5.3.4). Auch die Verfügung vom 20. August 2018 erfolgte somit nicht unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist gemäss Art. 30a Abs. 2 BPV, ohne einen sachlich hinreichenden Grund gemäss Art. 10 Abs. 3 BPG sowie ohne eine vorangehende Mahnung (vgl. Urteil des BVGer A-169/2018 vom 23. Januar 2019 E. 4.3 f.). Die ordentliche Kündigungsfrist beträgt ab dem zweiten Dienstjahr drei Monate. Die Beschwerdeführerin hätte von der Vorinstanz im August 2018 somit frühestens per Ende November 2018 entlassen werden können. Bis zu diesem Zeitpunkt ist ihr der Lohn gemäss Art. 34b Abs. 1 Bst. c BPG auszurichten.

E. 7.1

Ist eine Kündigung nicht durch einen sachlichen Grund gemäss Art. 10 Abs. 3 BPG gerechtfertigt, spricht das Bundesverwaltungsgericht der Arbeitnehmerin auf Beschwerde hin zudem eine Entschädigung zu (Art. 34b Abs. 1 Bst. a BPG). Diese beträgt in der Regel mindestens sechs Monatslöhne und höchstens einen Jahreslohn. Die Entschädigung ist von der Beschwerdeinstanz unter Würdigung aller Umstände festzulegen (vgl. Art. 34b Abs. 2 BPG). Gemäss der Rechtsprechung ist dabei auf die Schwere der Persönlichkeitsverletzung bzw. des Eingriffs in die Persönlichkeit der angestellten Person, die Intensität und Dauer der vertraglichen Beziehungen, die Art und Weise der Kündigung, die Strafwürdigkeit des Verhaltens des Arbeitgebers sowie die Schwere eines allfälligen Mitverschuldens der angestellten Person abzustellen, ausserdem auf das Mass der Widerrechtlichkeit der Entlassung, die soziale und finanzielle Lage der angestellten Person sowie deren Alter und Stellung im Unternehmen des Arbeitgebers (vgl. Urteile des BVGer A-169/2018 vom 23. Januar 2019 E. 9 und A-5819/2016 vom 22. November 2017 E. 5.3.1). Nachfolgend ist demnach anhand dieser Kriterien zu prüfen, welche Entschädigung für die Beschwerdeführerin angemessen erscheint.

E. 7.2

Die (...) geborene Beschwerdeführerin stand im Zeitpunkt der Kündigung seit rund zwei Jahren im Dienst der Vorinstanz. Über die sozialen und finanziellen Verhältnisse der Beschwerdeführerin können aus den Akten keine Hinweise entnommen werden. Mit Blick auf das Vorgehen der Vorinstanz hinsichtlich der erneuten Vereinbarung einer Probezeit sowie der Kündigung ohne sachlich hinreichenden Grund oder einer vorangehenden Mahnung ist vorliegend von einer mittleren Persönlichkeitsverletzung der Beschwerdeführerin auszugehen. Aufgrund ihrer soliden Grundausbildung dürften ihre Chancen grundsätzlich gut stehen, auf dem Arbeitsmarkt eine neue Stelle zu finden.

E. 7.3

Unter Berücksichtigung dieser Umstände und aufgrund des doch eher kurzen Arbeitsverhältnisses rechtfertigt es sich, der Beschwerdeführerin eine Entschädigung von sieben Bruttomonatslöhnen zuzusprechen. Sozialversicherungsbeiträge sind keine abzuziehen, da auf der Entschädigung nach Art. 34b Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 BPG keine solchen zu entrichten sind (vgl. Urteil des BVerG A-169/2018 vom 23. Januar 2019 E. 9.4.).

E. 8

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde im Ergebnis vollständig gutzuheissen. Die Vorinstanz ist zu verpflichten, der Beschwerdeführerin bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist Ende November 2018 den Lohn zu bezahlen sowie eine Entschädigung in der Höhe von sieben Bruttomonatslöhnen ohne Abzug der Sozialversicherungsbeiträge auszurichten.

E. 9.1

Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist in personalrechtlichen Angelegenheiten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens, ausser bei Mutwilligkeit, kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG). Da der Beschwerdeführerin keine Mutwilligkeit vorzuwerfen ist, hat sie keine Verfahrenskosten zu bezahlen. Der unterliegenden Vorinstanz sind ebenfalls keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

E. 9.2

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 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).

E. 9.3

Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin obsiegt mit ihren Anträgen im Ergebnis vollständig. Folglich hat sie Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG sowie Art. 7 Abs. 1 und 2 VGKE) in der Höhe von Fr. 3'000.- (inkl. Auslagen). Die Parteientschädigung ist der Vorinstanz nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Keine Parteientschädigung ist der Vorinstanz zuzusprechen (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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