

BVGer A-4973/2012 vom 5. Juni 2013

Bundesverwaltungsgericht, 2013-06-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-4973_2012

FR: TAF A-4973/2012 du 5 juin 2013

IT: TAF A-4973/2012 del 5 giugno 2013

Regeste

Auflösung des Arbeitsverhältnisses

Erwägungen

E. 1.1

Nach Art. 36 Abs. 1 BPG können im Bereich des Bundespersonalrechts Entscheide der internen Beschwerdeinstanzen im Sinne von Art. 35 Abs. 1 BPG beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Das VBS gehört zu den in Art. 33 VGG erwähnten Behörden und hat vorliegend in Anwendung von Art. 35 Abs. 1 BPG und Art. 110 Bst. a der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV, SR 172.220.111.3) eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG erlassen. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb zur Beurteilung der Beschwerde gegen den Entscheid vom 23. August 2012 zuständig.

E. 1.2

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Der Beschwerdeführer ist als Adressat des angefochtenen Entscheids durch diesen beschwert und mithin zur Beschwerde legitimiert.

E. 1.3

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist demnach einzutreten (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

E. 2

Nachdem die von der Arbeitgeberin verfügte fristlose Kündigung mit Entscheid vom 23. August 2012 aufgehoben wurde und im vorliegenden Verfahren ausserhalb des Streitgegenstands liegend nicht mehr zur Diskussion steht, ist strittig und wird zu prüfen sein, ob die Vorinstanz das Arbeitsverhältnis zu Recht im Sinne einer ordentlichen Kündigung per 31. August 2012 aufgelöst hat. Die Vorinstanz begründet die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit gewichtigen Mängeln im Verhalten des Beschwerdeführers und erachtet die ordentlichen Kündigungsgründe nach Art. 12 Abs. 6 Bst. a - c BPG als gegeben. Hinsichtlich der Verhaltensmängel bezieht sie sich auf die unbestrittene und aktenmässig erstellte Tatsache, dass sich der Beschwerdeführer in der Zeit vom 11. Juli

2001 bis zum 24. Januar 2007 des Herstellens und des Besitzes harter Pornografie (Art. 197 Ziff. 3 und Ziff. 3bis StGB) schuldig gemacht hat und dafür mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons X. _____ mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 70.--, bedingt vollziehbar unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren, sowie einer Busse in der Höhe von Fr. 4'000.-- verurteilt wurde. Der Beschwerdeführer stellt sich hingegen auf den Standpunkt, dass für eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses weder ein hinreichender Grund noch die erforderliche Verhältnismässigkeit vorliege und abgesehen davon die vorgenommene Umwandlung der fristlosen in eine ordentliche Kündigung nicht zulässig sei. Die Vorinstanz habe damit den Streitgegenstand in unzulässiger Weise erweitert. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet darüber grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Allerdings auferlegt es sich nach ständiger Praxis eine gewisse Zurückhaltung, soweit es um die Leistungsbeurteilung von Bediensteten des Bundes, um verwaltungsorganisatorische Fragen oder um Probleme der betriebsinternen Zusammenarbeit und des Vertrauensverhältnisses geht. Es entfernt sich insofern im Zweifel nicht von der Auffassung der Vorinstanz und setzt nicht an deren Stelle ihr eigenes Ermessen (BVGE 2007/34 E. 5; statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A 897/2012 vom 13. August 2012 E. 2; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 77 Rz. 2.160).

E. 3

Vorab ist in formeller Hinsicht zu klären, ob die von der Vorinstanz vorgenommene Umwandlung der fristlos ausgesprochenen in eine ordentliche Kündigung als rechtlich zulässig zu erachten ist.

E. 3.1

Streitgegenstand in der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, soweit es im Streit liegt. Der Streitgegenstand darf im Laufe des Beschwerdeverfahrens weder erweitert noch qualitativ verändert werden und kann sich höchstens verengen und um nicht mehr streitige Punkte reduzieren, nicht aber ausweiten. Fragen, über welche die erstinstanzlich verfügende Behörde nicht entschieden hat, darf die zweite Instanz nicht beurteilen, da andernfalls in die funktionelle Zuständigkeit der ersten Instanz eingegriffen würde (vgl. BGE 136 II 457 E. 4.2, BGE 133 II 35 E. 2; statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2631/2012 vom 6. März 2013 E. 1.4; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., S. 25 f. Rz. 2.7 f.). Bei ganzer oder teilweiser Gutheissung hat die (verwaltungsinterne) Beschwerdeinstanz die Sache in der Regel in einem reformatorischen Entscheid selbst zu entscheiden (Art. 61 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 112 Abs. 1 BPV). Nur ausnahmsweise weist sie die Beschwerde mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. Letzteres kann sich vor allem dort rechtfertigen, wo der Sachverhalt ungenügend abgeklärt ist sowie wenn die Regelung des Rechtsverhältnisses besondere Sachkunde verlangt oder in den Ermessensbereich hineinragt (Philippe Weissenberger, in: Praxiskommentar VwVG [nachfolgend: Praxiskommentar], Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 61 N 10 ff., Madeleine Camprubi, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Zürich 2008, Art. 61 Rz. 2 ff., je mit Hinweisen).

E. 3.2

Vorliegend hatte die Vorinstanz als interne Beschwerdeinstanz über den Bestand eines Arbeitsverhältnisses zu befinden, welches die Arbeitgeberin fristlos aufgelöst hatte. Indem die Vorinstanz auf Umwandlung der fristlosen in eine ordentliche Kündigung erkannte, hiess sie die Beschwerde teilweise gut und wählte im Ergebnis eine für den Beschwerdeführer weniger schwerwiegende Form der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Inwieweit damit der Streitgegenstand in unzulässiger Weise erweitert worden sein sollte, wie vom Beschwerdeführer vorgebracht, ist nicht ersichtlich. Die entsprechende Rüge erweist sich als unbegründet. Liegen die entsprechenden materiellen Voraussetzungen einer ordentlichen Kündigung vor, ist gemäss ständiger Rechtsprechung die Umwandlung einer fristlosen in eine ordentliche Kündigung mittels reformatorischem Entscheid zulässig (BGE 137 I 58 E. 4.3; Urteil des Bundesgerichts 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A 6141/2007 vom 14. Dezember 2007 E. 7; vgl. Peter Hänni, Beendigung öffentlicher Dienstverhältnisse in: Stellenwechsel und Entlassung, Münch/Metz [Hrsg.], 2. Aufl., Basel 2012, Rz. 8.63 mit Hinweisen). Trotz einzelner Kritik in der Lehre (Harry Nötzli, in: Bundespersonalgesetz [BPG], Portmann/Uhlmann [Hrsg.], Bern 2013, Art. 12 N 55) besteht kein Grund, von dieser Praxis im vorliegenden Fall abzuweichen. Da der massgebende Sachverhalt im vorinstanzlichen Verfahren hinreichend erstellt war und die Arbeitgeberin die Beendigung des Arbeitsverhältnisses klar befürwortete, wäre eine Rückweisung an die Arbeitgeberin zur Neuentscheidung einem prozessualen Leerlauf gleichgekommen. Selbst wenn von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz auszugehen wäre, da der Beschwerdeführer zum Vorliegen der ordentlichen Kündigungsgründe nicht angehört wurde, wäre dieser Mangel als im Beschwerdeverfahren geheilt zu betrachten (zu den Voraussetzungen der Heilung vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3 mit Hinweisen). Gerade im öffentlichen Personalrecht ist der Verfahrensökonomie ein besonderes Gewicht beizumessen. Die Verfahrensbeteiligten haben ein schützenswertes Interesse daran, innert nützlicher Frist Klarheit über den Bestand des Arbeitsverhältnisses zu erhalten. Die Vorinstanz durfte somit zu Gunsten der Prozessbeschleunigung auf eine Rückweisung verzichten und über die Umwandlung der fristlos ausgesprochenen in eine ordentliche Kündigung reformatorisch entscheiden.

E. 4

In materieller Hinsicht ist sodann in einem ersten Schritt auf die Frage näher einzugehen, ob die Kündigung zur Unzeit ausgesprochen wurde. Nur wenn dies auszuschliessen ist, sind die weiteren Kündigungsvoraussetzungen zu prüfen.

E. 4.1

Eine Kündigung ist gemäss Art. 14 Abs. 1 Bst. c BPG nichtig, wenn sie zur Unzeit nach Art. 336c des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) erfolgt ist. Hiernach erfolgt eine Kündigung durch die Arbeitgeberin unter anderem zur Unzeit bzw. darf eine Kündigung nicht erfolgen, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen (Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR). Ist die Kündigung jedoch vor Beginn einer Sperrfrist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt (Art. 6 Abs. 2 BPG i.V.m. Art. 336c Abs. 2 OR; BVGE 2007/34 E. 6.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6509/2010 vom 22. März 2011 E. 6).

E. 4.2

Der Beschwerdeführer war vom 21. August 2012 bis zum 23. September 2012 zu 100 % krankgeschrieben. Da das Arztzeugnis erst vom 14. September 2012 datiert und somit offensichtlich rückwirkend ausgestellt wurde, lag dieses der Vorinstanz bei ihrem Entscheid noch nicht vor. Ein rückwirkend ausgestelltes Arztzeugnis ist zwar nicht unproblematisch, kann aber nicht von vornherein als ungültig erachtet werden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6509/2010 vom 22. März 2011 E. 10.2; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 324a/b N 12, Roland Müller, Arztzeugnisse in personalrechtlichen Streitigkeiten, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2010 S. 172). So oder so lässt jedoch der Umstand, dass der Beschwerdeführer krankgeschrieben war, die am 23. August 2012 eröffnete Verfügung nicht als nichtig erscheinen. Denn die Arbeitgeberin sprach die fristlose Kündigung bereits am 1. Dezember 2011 aus, also lange vor Beginn der geltend gemachten Sperrfrist. Die spätere Erkrankung des Beschwerdeführers hätte höchstens einen Unterbrechungstatbestand setzen können hinsichtlich des Ablaufs der ordentlichen Kündigungsfrist, die die Vorinstanz mit sechs Monate ab 1. Dezember 2011 und unter Berücksichtigung des Entscheiddatums vom 23. August 2012 auf den 31. August 2012 festgesetzt hat. Ein Nichtigkeitsgrund liegt folglich nicht vor.

E. 5

Nach Ablauf der Probezeit kann ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis auf Ende jeden Monats mit einer von der Anzahl der Dienstjahre abhängigen Mindestfrist ordentlich gekündigt werden (Art. 12 Abs. 3 BPG). Eine ordentliche Kündigung ist zulässig, wenn einer der folgenden in Art. 12 Abs. 6 BPG abschliessend geregelten Gründe vorliegt: die Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten (Bst. a); Mängel in der Leistung oder im Verhalten, die trotz schriftlicher Mahnung anhalten oder sich wiederholen (Bst. b); mangelnde Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten (Bst. c); mangelnde Bereitschaft zur Verrichtung zumutbarer anderer Arbeit (Bst. d); schwer wiegende wirtschaftliche oder betriebliche Gründe, sofern die Arbeitgeberin der betroffenen Person keine zumutbare andere Arbeit anbieten kann (Bst. e) sowie der Wegfall einer gesetzlichen oder vertraglichen Anstellungsbedingung (Bst. f).

E. 6

Die Vorinstanz stützt ihre Verfügung insbesondere auf die beiden Kündigungsgründe von Art. 12 Abs. 6 Bst. a und b BPG.

E. 6.1

Nach Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG gilt als Grund für die ordentliche Kündigung durch die Arbeitgeberin die Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten. Als solche Pflicht gilt beispielsweise, die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin zu wahren (Treuepflicht [Art. 20 Abs. 1 BPG]; vgl. zum Ganzen Urteile des Bundesgerichts 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 4.3 und 8C_1033/2010 vom 10. Juni 2011 E. 5.3.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A 5076/2012 vom 11. Februar 2013 E. 7.3; Nötzli, a.a.O., Art. 12 N 17 ff.). Mangelhaft im Sinne von Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG ist die Leistung des Angestellten hingegen dann, wenn sie zur Erreichung des Arbeitserfolgs nicht genügt, der Angestellte aber keine gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten verletzt und er sich nicht als untauglich erweist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_245/2008 vom 2. März

2009 E. 5.2; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-6543/2012 vom 22. April 2013 E. 3.3.2, A 3834/2011 vom 28. Dezember 2011 E. 7.5.3 und A 1352/2011 vom 20. September 2011 E. 3.2.2; Nötzli, a.a.O., Art. 12 N 23 ff.).

E. 6.2

Die Unterscheidung zwischen den Kündigungsgründen von Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG (Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten) und Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG (Mängel in der Leistung oder im Verhalten) hat erheblich an Bedeutung eingebüsst, seit das Bundesgericht entschieden hat, dass bei beiden Kündigungsgründen unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes vorgängig eine Mahnung auszusprechen ist (Urteile des Bundesgerichts 1C_245/2008 vom 2. März 2009 E. 5.4 und 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 5.3; statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5076/2012 vom 11. Februar 2013 E. 7.5). Die Mahnung hat grundsätzlich zwei Funktionen zu erfüllen: Einerseits hat die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer das mangelhafte Verhalten oder die begangene Pflichtverletzung detailliert und mit Verweis auf bestimmte Vorkommnisse vorzuhalten und ihn zu künftigem korrektem und pflichtgemäßem Verhalten zu ermahnen, andererseits soll die Mahnung die Androhung einer Sanktion enthalten (Rüge- und Warnfunktion; Urteil des Bundesgerichts 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 6.2; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5076/2012 vom 11. Februar 2013 E. 8.1, A-5670/2011 vom 3. Mai 2012 E. 8.1 und A 1684/2009 vom 14. September 2009 E. 6.2.2; Nötzli, a.a.O., Art. 12 Rz. 28 ff., je mit Hinweisen).

E. 6.3

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz fehlt es vorliegend für eine Kündigung sowohl gestützt auf Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG wie auch gestützt auf Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG an der erforderlichen Mahnung. Soweit im Arbeitsvertrag vorgesehen ist, die Nichterteilung der Sicherheitserklärung stelle einen Kündigungsgrund dar, vermag dies keine hinreichende Mahnung in Bezug auf das beanstandete Verhalten darzustellen. Erforderlich wäre vielmehr gewesen, dass die Arbeitgeberin dem Beschwerdeführer sein im Zusammenhang mit den Straftaten gezeigtes Verhalten konkret vorgehalten und ihn unter Androhung einer Sanktion zur Änderung seiner Verhaltensweise ermahnt hätte. Da eine solche Mahnung nicht erfolgte und nach den klaren Ausführungen des Bundesgerichts kein Raum besteht, im Einzelfall auf eine Mahnung zu verzichten, sind die ordentlichen Kündigungsgründe nach Art. 12 Abs. 6 Bst. a und b BPG nicht erfüllt. Ob das vom Beschwerdeführer im Rahmen der ausschliesslich im Privatbereich begangenen und in keinem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Straftaten gezeigte Gebaren als mangelhaftes Verhalten im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG qualifiziert werden könnte oder mit den strafbaren Handlungen allenfalls die Treuepflicht nach Art. 20 Abs. 1 BPG und damit eine gesetzliche Pflicht im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG verletzt hat, braucht vorliegend somit nicht geklärt zu werden.

E. 7

Die Vorinstanz erachtet ferner den Kündigungsgrund von Art. 12 Abs. 6 Bst. c BPG als gegeben.

E. 7.1

Gemäss Art. 12 Abs. 6 Bst. c BPG ist eine ordentliche Kündigung zulässig wegen mangelnder Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten. Unter den Begriff der fehlenden Eignung bzw. Tauglichkeit fallen all

jene objektiven, nicht vom Arbeitnehmer verschuldeten Gründe, die mit dessen Person in Zusammenhang stehen, und ihn nicht oder nur ungenügend in die Lage versetzen, die vereinbarte Arbeit zu leisten. Gesundheitliche Probleme, ungenügende Fachkompetenz, fehlende Integration und Dynamik sowie mangelnde Intelligenz sind deutliche Indizien einer bestehenden Untauglichkeit oder Ungeeignetheit. Die Eignung ist ein objektiver, nicht vom Arbeitnehmer verschuldeter Hinderungsgrund, der indes nicht leichthin angenommen werden darf und der zunächst durch geeignete Weiterbildung oder Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses zu beheben ist (BVG 2007/34 E. 7.2; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-6543/2012 vom 22. April 2013 E. 3.3.3, A 3834/2011 vom 28. Dezember 2011 E. 7.3 und A 5805/2010 vom 3. Februar 2011 E. 5.2; Nötzli, a.a.O., Art. 12 N 35 f.).

E. 7.2

Während eine Kündigung gestützt auf Art. 12 Abs. 6 Bst. a und b BPG immer einer vorgängigen Mahnung bedarf, ist dies bei der mangelnden Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft zur Verrichtung der vereinbarten Arbeit nach Art. 12 Abs. 6 Bst. c BPG nur für den letztgenannten, vorliegend nicht relevanten Tatbestand der "Bereitschaft" der Fall. Hingegen ist bei einer Kündigung aufgrund mangelnder Eignung oder Tauglichkeit keine vorgängige Mahnung erforderlich, da es sich bei diesen um objektive Merkmale handelt, die vom Arbeitnehmer nicht beeinflusst werden können (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6543/2012 vom 22. April 2013 E. 3.3.1 mit Hinweisen).

E. 7.3

Anders als die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid sind die Vorgesetzten des Beschwerdeführers offensichtlich von der Eignung und Tauglichkeit ihres Mitarbeiters ausgegangen und dies nicht nur zum Zeitpunkt der Anstellung und des Ablaufs der Probezeit, sondern auch in den darauffolgenden Jahren. So ist insbesondere die lohnrelevante Beurteilung des Jahres 2011 vom 31. Oktober 2011 mit der Gesamtbeurteilung 3 (erreicht die Ziele vollständig) positiv ausgefallen und am (...) 2012 wurde ihm hinsichtlich seiner Leistungen wie auch seines Verhaltens ein gutes Zwischenzeugnis ausgestellt. Selbst wenn der Argumentation der Vorinstanz insoweit zu folgen wäre, dass mit Erlass der negativen Risikoerklärung die Eignung und Tauglichkeit des Beschwerdeführers, die vereinbarte Arbeit zu verrichten, nachträglich dahingefallen sei, so sind in diesem Fall die Kündigungsvoraussetzungen von Art. 12 Abs. 6 Bst. c BPG dennoch nicht erfüllt, zumal diese Bestimmung, wie erwähnt, nicht leichthin zu bejahen ist. Denn im Unterschied zu beispielsweise BVG 2007/34, in dem die Tauglichkeit einer Arbeitnehmerin mit psychischer Erkrankung zu beurteilen war, stellt das hier zur Diskussion stehende strafbare Verhalten des Beschwerdeführers kein objektives Merkmal dar, welches seinem Einflussbereich entzogen ist. Des Weiteren hätte gemäss ständiger Rechtsprechung zu Art. 12 Abs. 6 Bst. c BPG die Vorinstanz nicht darauf verzichten dürfen, ernsthaft zu prüfen, ob der Beschwerdeführer in einer anderen zumutbaren, nicht sicherheitsempfindlichen Funktion weiterbeschäftigt werden kann (vgl. hierzu auch E. 8.4.4). Unter diesen Umständen sind die Kündigungsvoraussetzungen von Art. 12 Abs. 6 Bst. c BPG nicht gegeben.

E. 8

Schliesslich ist von Amtes wegen zu prüfen, ob der ordentliche Kündigungsgrund von Art. 12 Abs. 6 Bst. f BPG greift.

E. 8.1

Gemäss Art. 12 Abs. 6 Bst. f BPG gilt als Grund für eine ordentliche Kündigung der Wegfall von gesetzlichen oder vertraglichen Anstellungsbedingungen. Als vertragliche Bedingung fällt dabei jeder Umstand in Betracht, der nach dem individuellen Arbeitsvertrag für das (Weiter)Bestehen des Arbeitsverhältnisses vorausgesetzt ist, beispielsweise das Ausscheiden des Vorstehers des Departements oder die Beendigung des Projekts, wenn das Arbeitsverhältnis nur für dessen Ausführung abgeschlossen worden ist (vgl. Botschaft des Bundesrats zum Bundespersonalgesetz vom 14. Dezember 1998, BBl 1999 1614 f.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A 6609/2007 vom 17. Dezember 2007 E. 5.5; Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission [PRK] 2004 019 vom 22. Dezember 2004, veröffentlicht in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 69.57 E. 3dd; Nötzli, a.a.O., Art. 12 N 42). Der Beschwerdeführer übt in seiner Funktion als (...) eine sicherheitsempfindliche Tätigkeit aus, für welche die periodische Durchführung einer Personensicherheitsprüfung nach dem Bundesgesetz vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS, SR 120) vorgesehen ist. Mit Urteil 8C_683/2012 vom 4. März 2013 hat das Bundesgericht die Beschwerde, die gegen die negative Risikoverfügung der Fachstelle IOS vom 3. November 2011 erhoben wurde, letztinstanzlich abgewiesen und bestätigt, dass der Beschwerdeführer unter Berücksichtigung der gesamten Umstände ein Sicherheitsrisiko darstelle bzw. keine Gewähr für eine risikofreie Erfüllung seiner Aufgaben und Pflichten biete. Wird bei der Personensicherheitsprüfung die Sicherheitserklärung nicht oder nur mit Vorbehalten erteilt, kann das Arbeitsverhältnis nach Ziff. 7 des Arbeitsvertrages vom 20. Februar 2006 aufgelöst werden. Damit wird im Arbeitsvertrag Bezug auf den Kündigungsgrund von Art. 12 Abs. 6 Bst. f BPG genommen. Im Folgenden stellt sich somit die Frage, ob dieser Kündigungsgrund, nämlich der Wegfall einer vertraglichen Anstellungsbedingung, vorliegt. Der Wegfall einer gesetzlichen Anstellungsbedingung kommt hingegen nicht in Betracht, da gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Regelung das Ergebnis der Personensicherheitsprüfung für die Arbeitgeberin rechtlich nicht bindend ist (Art. 21 Abs. 4 BWIS).

E. 8.2.1

Soweit der Beschwerdeführer sich auf den Standpunkt stellt, das nachträglich ergangene Urteil des Bundesgerichts vom 4. März 2013 zur Personensicherheitsprüfung sei in diesem Verfahren nicht zu beachten, kann ihm nicht gefolgt werden. Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht können im Rahmen des Streitgegenstandes bisher noch nicht gewürdigte, bekannte wie auch bis anhin unbekannt neue Sachverhaltsumstände, die sich zeitlich vor (sog. unechte Noven) oder erst im Laufe des Rechtsmittelverfahrens (sog. echte Noven) zugetragen haben, vorgebracht werden. Gleiches gilt für neue Beweismittel. Die Behörde muss mithin jederzeit Vorbringen zum Sachverhalt entgegennehmen und berücksichtigen, falls sie diese für rechtserheblich hält (Art. 32 Abs. 2 VwVG). Dass der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts derjenige Sachverhalt zugrunde zu legen ist, wie er sich im Zeitpunkt der Entscheidung verwirklicht hat und bewiesen ist, hängt entscheidend mit dem Untersuchungsgrundsatz und der mit Bezug auf die Überprüfung des Sachverhalts freien Kognition des Gerichts zusammen (Art. 49 Bst. b VwVG). Für den Beschwerdeentscheid ist die im Zeitpunkt seiner Ausfällung bestehende Aktenlage massgeblich (zum Ganzen BVGE 2012/21 E. 5.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A 6509/2010 vom 22. März 2011 E. 4.1; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., S. 92 f. Rz. 2.204

ff., Frank Seethaler/Fabia Bochsler, Praxiskommentar, Art. 52 N 80).

E. 8.2.2

Auch soweit der Beschwerdeführer argumentiert, der Kündigungsgrund von Art. 12 Abs. 6 Bst. f BPG könne zum jetzigen Verfahrenszeitpunkt nicht mehr angerufen werden, kann dieser Rechtsauffassung nicht zugestimmt werden. Aus dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen folgt, dass das Bundesverwaltungsgericht eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen kann, die von jener der Vorinstanz abweicht (sog. Motivsubstitution). Soll sich der Entscheid allerdings auf Rechtsnormen stützen, mit deren Anwendung die Parteien nicht rechnen mussten, so ist ihnen Gelegenheit zu geben, sich hierzu vorgängig zu äussern (BVGE 2007/41 E. 2, Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., S. 21 Rz. 1.54). Vorliegend kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass bei der ergangenen Risikoerklärung der Kündigungsgrund des Wegfalls einer vertraglichen Anstellungsbedingung im Vordergrund steht und demzufolge der Kündigungsgrund von Art. 12 Abs. 6 Bst. f BPG zu prüfen ist. Dies ist ohne Weiteres zulässig, da der Beschwerdeführer zu den verschiedenen Kündigungsgründen Stellung nehmen konnte (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A 1684/2009 vom 14. September 2009 E. 5.3 mit Hinweisen).

E. 8.3

Vorliegend enthält der Arbeitsvertrag vom 20. Februar 2006 bloss eine "Kann"-Bestimmung hinsichtlich der Kündigung aufgrund einer fehlenden oder einer mit Vorbehalt erteilten Sicherheitserklärung. Auch gemäss der gesetzlichen Bestimmung von Art. 21 Abs. 4 BWIS ist die entscheidende Instanz - wie erwähnt - an die Beurteilung der Fachstelle nicht gebunden (Urteil des Bundesgerichts 8C_683/2012 vom 4. März 2013 E. 6.3). Es liegt somit im sog. Entschliessungsermessen der Arbeitgeberin, ob sie im Einzelfall nach Erlass einer Risikoerklärung eine Kündigung gestützt auf Art. 12 Abs. 6 Bst. f BPG aussprechen möchte oder nicht. Ein gesetzlicher Automatismus, d.h. eine Pflicht zur Kündigung besteht nicht, sondern der Arbeitgeberin wird ein Spielraum für den Entscheid im Einzelfall eingeräumt. Dies bedeutet aber auch nicht, dass sie in ihrer Entscheidung völlig frei ist. Der Entscheid, ob eine Kündigung folgt, ist vielmehr pflichtgemäss zu treffen. Die Arbeitgeberin hat innerhalb ihres Entscheidungsspielraums unter Berücksichtigung der Rechtsgrundsätze der Ermessensausübung die zweckmässigste Lösung zu treffen. Sie ist dabei an die Verfassung gebunden und hat insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot und das Verhältnismässigkeitsprinzip zu befolgen. Die öffentlichen Interessen sind zu wahren sowie Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung zu beachten, namentlich die das betreffende Gebiet beherrschenden Rechtsgrundsätze (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 431, 441 ff.; vgl. zum Entschliessungsermessen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-825/2011 vom 24. Oktober 2012 E. 8.4.2, B 3548/2008 vom 26. Mai 2009 E. 4 und A 4236/2008 vom 1. April 2009 E. 7.4). Bei der hier zu beurteilenden Sachlage sind speziell auch die sozialen Folgen, die der Beschwerdeführer bei einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu gewärtigen hat, in die Interessenprüfung einzubeziehen, da diese bei der Personensicherheitsprüfung gemäss ständiger Praxis nicht massgebend sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_683/2012 vom 4. März 2013 E. 6.3 mit Hinweisen). Zum gleichen Ergebnis hinsichtlich des bestehenden Ermessensspielraums führt die von der Lehre und Rechtsprechung entwickelte Praxis zum allgemeinen

Dienstrecht. Das Begehen einer strafbaren Handlung kann mithin einen sachlichen Grund für die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses darstellen. Nicht jede Straftat rechtfertigt aber eine Entlassung; vielmehr ist eine gewisse Schwere der Tat erforderlich oder ein Zusammenhang mit der dienstlichen Tätigkeit (Peter Hänni, Öffentliches Dienstrecht und Strafrecht, in: *Droit pénal et diversités culturelles, mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo, Queloz/Niggli/Riedo* [Hrsg.], Genf/Zürich/Basel 2012, S. 249 mit Hinweisen).

E. 8.4

Im Rahmen der Überprüfung des Entschliessungsermessens sind nachfolgend die sich gegenüberstehenden Interessen zu eruieren, zu gewichten und gegeneinander abzuwägen.

E. 8.4.1

Das Bundesgericht hat in seinem Urteil vom 4. März 2013 rechtskräftig festgestellt, dass der Beschwerdeführer ein Sicherheitsrisiko darstellt. Da die Einschätzung der Fachstelle gerichtlich überprüft wurde, ist von dieser Sachlage grundsätzlich auszugehen (vgl. Botschaft des Bundesrats zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative "S.o.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei" vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1188).

E. 8.4.2

Vorliegend hat die Arbeitgeberin zweifellos ein hohes Interesse daran, ausschliesslich Mitarbeitende zu beschäftigen, die über eine bestandene Personensicherheitsprüfung und einen einwandfreien Leumund verfügen. Dies gilt insbesondere für Mitarbeitende in Führungspositionen, zu denen der Beschwerdeführer zählt. Bei seiner Vorstrafe handelt es sich um eine Verfehlung, welche als objektiv gravierend einzustufen ist. Mit der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann die Arbeitgeberin, wie von der Vorinstanz zutreffend festgehalten, dem Risiko eines Reputationsverlustes zuvorkommen, sollte die Verurteilung des Beschwerdeführers einer breiten Öffentlichkeit bekannt werden. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits im Rahmen von Personensicherheitsprüfungen erwog, reagiert die Öffentlichkeit auf Delikte gegen die sexuelle Integrität, insbesondere im Zusammenhang mit Minderjährigen, sehr empfindlich (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A 1930/2012 vom 5. November 2012 E. 8.3, A-6563/2011 vom 25. Juni 2012 E. 10.3 und A 4673/2010 vom 7. April 2011 E. 6.7.4). Angesichts der berechtigten Sicherheitsbedenken, die die Arbeitgeberin gegen eine mögliche Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers vorbringt, muss zudem davon ausgegangen werden, dass die Vertrauensbasis für eine weitere Zusammenarbeit in Bezug auf die bisherige, sicherheitsempfindliche Funktion des Beschwerdeführers als (...) nicht mehr vorhanden ist.

E. 8.4.3

Zu Gunsten einer Weiterbeschäftigung lässt sich anführen, dass sich der behauptete, allgemeine Vertrauensverlust den Akten nicht entnehmen lässt, sondern diese vermitteln vielmehr ein gegensätzliches Bild. So ist beispielsweise die lohnrelevante Beurteilung des Jahres 2011 vom 31. Oktober 2011 mit der Gesamtbeurteilung 3 (erreicht die Ziele vollständig) positiv ausgefallen und im Zwischenzeugnis vom (...) 2012 ist die Aussage zu finden, die Vorgesetzten des Beschwerdeführers hofften auf seine weitere Mitarbeit. Aus personalrechtlicher Sicht ist sodann von Belang, dass das strafrechtliche Vergehen im Privatbereich begangen wurde und nicht im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht. Mit der Vorinstanz ist zwar einig zu gehen, dass das vom Beschwerdeführer im

Rahmen der Straftaten gezeigte Verhalten bei Vorgesetzten und Mitarbeitenden auf Ablehnung stossen könnte und deshalb gewisse innerbetriebliche Schwierigkeiten nicht auszuschliessen sind. Eine allfällige Störung des Betriebsklimas lässt aber die Weiterbeschäftigung nicht ohne Weiteres als untragbar erscheinen, zumal die Arbeitgeberin mit Blick auf ihre Fürsorgepflicht zumutbare Massnahmen zu ergreifen hat, falls es zu Spannungen kommen sollte (vgl. BGE 125 III 70 E. 2c mit Hinweisen). Vorliegend fällt schliesslich besonders ins Gewicht, dass der Beschwerdeführer sein ganzes bisheriges Arbeitsleben (über 24 Jahre) im Wesentlichen mit guten Qualifikationen in Bundesbetrieben tätig war, weshalb die Arbeitgeberin eine erhöhte Fürsorgepflicht trifft (vgl. BGE 132 III 115 E. 5.3 f.; BVGE 2008/25 E. 6.3). Dies erscheint umso mehr angezeigt, als es dem Beschwerdeführer aufgrund seines Alters und seiner langjährigen Tätigkeit in Bundesdiensten nur schwer gelingen dürfte, eine andere Anstellung zu finden. Für den Beschwerdeführer würde der Verzicht auf die Weiterbeschäftigung eine besondere Härte darstellen.

E. 8.4.4

In Würdigung der dargelegten Interessenlage kann der Arbeitgeberin nicht vorgeworfen werden, sie habe ihr Ermessen pflichtwidrig ausgeübt, indem sie der Empfehlung der Fachstelle folgte und eine Weiterbeschäftigung in der bisherigen Funktion ablehnte. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz in ihrer Interessenabwägung dem Schutzinteresse des Staates Vorrang einräumt vor demjenigen Interesse des Beschwerdeführers, seine bisherige sicherheitsempfindliche Funktion weiterhin auszuüben. Soweit allerdings eine Weiterbeschäftigung in einer anderen, nicht sicherheitsempfindlichen Funktion möglich und für den Beschwerdeführer zumutbar ist, kommt das festgestellte Sicherheitsrisiko im Sinne des BWIS nicht mehr zum Tragen, was zu einer anderen Ausgangslage in der Interessenbeurteilung führt. Hinsichtlich einer nicht sicherheitsempfindlichen Funktion stehen dem Interesse des Beschwerdeführers an einer Weiterbeschäftigung keine Sicherheitsinteressen des Staates mehr gegenüber. Seine Interessen sind damit noch im Wesentlichen gegenüber denjenigen Interessen der Arbeitgeberin abzuwägen, mit einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses einer allfälligen Störung des Betriebsklimas bzw. dem Risiko eines möglichen Reputationsverlustes des Bundes zuvorzukommen, sollte dessen Vorstrafe allgemein bekannt werden. Wie bereits ausgeführt, ist die Arbeitgeberin gehalten, einer allfälligen Störung des Betriebsklimas mit geeigneten Massnahmen zu begegnen. Dem erstgenannten Interesse der Arbeitgeberin kommt daher nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Dagegen ist das Interesse an der Wahrung des Institutionsvertrauens als gewichtig zu erachten und darf auch bei einer nicht sicherheitsempfindlichen Funktion nicht unterschätzt werden. Im vorliegenden Fall gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass aufgrund des langjährigen Arbeitsverhältnisses und dies bei guten Qualifikationen eine erhöhte Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin besteht. Diese Pflicht führt dazu, dass die Hürde, was für die Arbeitgeberin als zumutbar zu erachten ist, höher anzusetzen bzw. den berechtigten Interessen des Beschäftigten ein besonderes grosses Gewicht beizumessen ist. Angesichts dieser erhöhten Fürsorgepflicht ist - selbst in Beachtung des Ermessensspielraums, welcher der Arbeitgeberin in betrieblichen Belangen zusteht - das immanente Interesse des Beschwerdeführers an einer Weiterbeschäftigung höher zu gewichten als dasjenige der Arbeitgeberin, mit der Entlassung einem allfälligen Reputationsverlust vorzubeugen. Die Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers in einer nicht sicherheitsempfindlichen Funktion ist demgemäss unter Berücksichtigung aller konkret vorliegenden Umstände für die Arbeitgeberin als noch tragbar zu erachten und als mildere Massnahme der

ausgesprochenen Kündigung vorzuziehen.

E. 8.4.5

Da somit aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Falls - namentlich angesichts des langjährigen Arbeitsverhältnisses - die Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers in einer nicht sicherheitsempfindlichen Funktion ein der Arbeitgeberin zuzumutendes milderes Mittel darstellt, kommt Ziff. 7 des Arbeitsvertrages nicht zur Anwendung, womit auch der Kündigungsgrund von Art. 12 Abs. 6 Bst. f BPG entfällt. Die ordentliche Kündigung erweist sich daher im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Bst. b BPG als nichtig.

E. 9

Abschliessend stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen der nichtigen Kündigung.

E. 9.1

Bei der nichtigen Kündigung nach Art. 14 Abs. 1 BPG handelt es sich dem Wesen nach um eine anfechtbare Kündigung. Eine Kündigung, die von der Beschwerdeinstanz als in diesem Sinne nichtig beurteilt wird, beendet das Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht. Das Bundespersonalrecht sieht primär die Weiterbeschäftigung mit der bisherigen oder einer anderen zumutbaren Arbeit vor. Nur subsidiär zur Weiterbeschäftigung wird eine Entschädigung vorbehalten, nämlich für den Fall, dass die von der nichtigen Kündigung betroffene Person aus Gründen, die nicht sie zu vertreten hat, nicht weiterbeschäftigt werden kann (Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG, Art. 14 Abs. 5 BPG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 BPG; Urteile des Bundesgerichts 8C_417/2011 vom 3. September 2012 E. 5.1, 8C_703/2011 vom 1. Mai 2012 E. 7.1 und 8C_722/2010 vom 25. Mai 2011 E. 7.2; statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A 6543/2012 vom 22. April 2013 E. 4.1; Nötzli, a.a.O., Art. 14 N 2 ff.; Wolfgang Portmann, Überlegungen zum bundespersonalrechtlichen Kündigungsschutz, in: LeGes 2002/2, S. 67 f.).

E. 9.2

Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt (vgl. E. 8.4.4), ist das hier strittige Arbeitsverhältnis in einer nicht sicherheitsempfindlichen Funktion fortzuführen, weshalb im vorliegenden Fall die primäre Rechtsfolge der Weiterbeschäftigung zum Tragen kommt und die Entrichtung einer Entschädigung nicht zu prüfen ist. Die Vorinstanz hat somit dem Beschwerdeführer eine nicht sicherheitsempfindliche Funktion zuzuweisen, die für ihn zumutbar ist (vgl. auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A 6543/2012 vom 22. April 2013 E. 4.2, A 4611/2012 vom 18. Dezember 2012 E. 6, A-2999/2012 vom 5. Oktober 2012 E. 6.6 und A-4006/2010 vom 23. November 2010 E. 2.3).

E. 10

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen für eine ordentliche Kündigung nach Art. 12 Abs. 6 BPG nicht erfüllt sind, die Kündigung deshalb im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Bst. b BPG nichtig ist und das Arbeitsverhältnis mit den ausgeführten Einschränkungen fortbesteht. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und die Nichtigkeit der Kündigung im Sinne von Art. 14 BPG festzustellen. Bei diesem Verfahrensausgang erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen des Beschwerdeführers einzugehen. Namentlich kann offenbleiben, ob die Arbeitgeberin für eine Kündigung die Rechtskraft der Personensicherheitsprüfung hätte abwarten müssen, wie in der Beschwerde vorgebracht.

E. 11.1

Gemäss Art. 34 Abs. 2 BPG sind das erstinstanzliche Verfahren sowie das Beschwerdeverfahren nach den Art. 35 und 36 BPG kostenlos. Vorliegend sind demnach keine Verfahrenskosten zu erheben.

E. 11.2

Der obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (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]). Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat am 11. Dezember 2012 eine Kostennote über Fr. 5'932.45 (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) eingereicht sowie am 5. April 2013 nochmals einen zusätzlichen Aufwand von Fr. 648. (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) geltend gemacht. Da die ausgewiesenen Kosten für die Vertretung insgesamt als angemessen erscheinen, hat die Vorinstanz dem obsiegenden Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung von Fr. 6'580.45 (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) zu entrichten.

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