

# **BVGer A-5194/2011 vom 26. September 2012**

Bundesverwaltungsgericht, 2012-09-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-5194\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5194_2011)

FR: TAF A-5194/2011 du 26 septembre 2012

IT: TAF A-5194/2011 del 26 settembre 2012

## **Regeste**

Öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse Bund (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) 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 gegeben ist. Im Bereich des Bundespersonalrechts besteht einzig in Art. 32 Abs. 1 Bst. c VGG (Verfügungen über leistungsabhängige Lohnanteile) eine derartige Ausnahme, die indessen vorliegend keine Anwendung findet.

### **E. 1.2**

Der direkte Beschwerdeweg an das Bundesverwaltungsgericht gegen personalrechtliche Verfügungen des BFM als Arbeitgeberin im Sinn von Art. 35 Abs. 1 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) steht grundsätzlich nicht offen. Im Normalfall unterliegen lediglich die Beschwerdeentscheide einer internen Beschwerdeinstanz der Anfechtung beim Bundesverwaltungsgericht (Art. 36 Abs. 1 BPG). Gemäss Art. 110 Bst. a BPV sind die Departemente die internen Beschwerdeinstanzen für erstinstanzliche Verfügungen der Ämter. Eine Verfügung ist jedoch mittels Sprungbeschwerde unmittelbar bei der nächsthöheren Beschwerdeinstanz anzufechten, wenn eine nicht endgültig entscheidende Beschwerdeinstanz im Einzelfall eine Weisung erteilt hat, dass oder wie eine Vorinstanz verfügen soll (Art. 47 Abs. 2 VwVG). Gemäss Rechtsprechung genügt es, wenn aufgrund der gesamten Umstände bereits feststeht, wie die interne Beschwerdeinstanz entscheiden würde. In einem solchen Fall rechtfertigt es sich aus prozessökonomischen Gründen, vom Erfordernis der Ausschöpfung des Instanzenzugs abzusehen. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Beschwerdeinstanz massgeblich bei der Entscheidungsfindung der Vorinstanz mitgewirkt hat (BVGE 2009/30 E. 1.2.2 mit Hinweisen, Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-4749/2010 vom 3. Dezember 2010 E. 1.2 und A 7615/2010 vom 22. März 2011 E. 1.2; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.55). Das gemäss Art. 110 Bst. a BPV als interne Beschwerdeinstanz des BFM vorgesehene EJPD hat im Überweisungsschreiben an das Bundesverwaltungsgericht vom 14. September 2011 u.a. ausgeführt, dass es sich seit Monaten teilweise intensiv mit der Streitsache befasst und die angefochtene Verfügung auch federführend mitgestaltet habe. Aufgrund dieses Umstands ist davon auszugehen, dass das EJPD als interne Beschwerdeinstanz zu keinem von der angefochtenen Verfügung abweichenden Ergebnis gelangen würde. Vorliegend rechtfertigt es sich deshalb insbesondere mit Blick auf die Verfahrensökonomie, vom Erfordernis der

Ausschöpfung des Instanzenzugs abzusehen und die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung der Beschwerde im Sinn einer Sprungbeschwerde zu bejahen.

### **E. 1.3**

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Bst. a VwVG berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung durch diese beschwert und mithin zur Beschwerde legitimiert.

### **E. 1.4**

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

### **E. 2**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet 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).

### **E. 3**

Streitig und zu prüfen ist im Wesentlichen, ob die Vorinstanz die Lohnfortzahlung für vom Beschwerdeführer geltend gemachte krankheitsbedingte Abwesenheiten ab 1. Juli 2011 zu Recht von der Bestätigung durch den MedicalService abhängig macht.

#### **E. 3.1**

Gemäss Art. 56 BPV bezahlt der Arbeitgeber bei Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall den vollen Lohn nach Art. 15 und 16 BPG während 12 Monaten (Abs. 1). Nach Ablauf dieser Frist bezahlt der Arbeitgeber während 12 Monaten 90 Prozent des Lohnes. Die Summe des gekürzten Lohnes darf nicht geringer sein als die Leistungen der obligatorischen Unfallversicherung oder als die Leistungen der PUBLICA, auf die der Angestellte bei Invalidität Anspruch hätte (Abs. 2). Die Lohnfortzahlung nach Abs. 2 kann in begründeten Ausnahmefällen bis zum Abschluss der medizinischen Abklärungen oder bis zur Ausrichtung einer Rente, längstens aber um weitere 12 Monate, weitergeführt werden (Abs. 3). Voraussetzung für die Leistungen nach Abs. 1 bis 3 ist, dass ein Arztzeugnis vorliegt und die ärztlichen Anordnungen befolgt werden. Die zuständige Stelle nach Art. 2 BPV kann eine Untersuchung durch einen Vertrauensarzt oder eine Vertrauensärztin oder durch den ärztlichen Dienst veranlassen (Abs. 4).

#### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer hat in seiner Beschwerde zu Recht anerkannt, dass die Vorinstanz grundsätzlich berechtigt ist, eine vertrauensärztliche Abklärung beim MedicalService zu veranlassen. Diese Möglichkeit ergibt sich aus dem eindeutigen und keine weiteren Voraussetzungen enthaltenden Wortlaut von Art. 56 Abs. 4 Satz 2 BPV. Es erübrigen sich deshalb Weiterungen zur - in der Lehre umstrittenen, jedoch weitgehend bejahten - Frage, ob die Pflicht zu einer vertrauensärztlichen Untersuchung auch bereits aus der Treupflicht des Arbeitnehmers fliessen kann (vgl. BGE 125 III 70 E. 3c; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/ Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 - 362 OR, 7.

Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 12 zu Art. 324a/b, S. 424; Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel 2005, S. 128, Fn. 32; Roland Müller, Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2/2010, S. 170).

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz hat gestützt auf die vom Beschwerdeführer verweigerter Mitwirkung bei der vertrauensärztlichen Untersuchung den Lohnanspruch für geltend gemachte krankheitsbedingte Absenzen ab 1. Juli 2011 verneint. Dieses Vorgehen erscheint mit Blick auf die Systematik von Art. 56 BPV naheliegend, wird doch die Möglichkeit zur Veranlassung einer vertrauensärztlichen Untersuchung im gleichen Absatz geregelt, wie die Voraussetzungen für die Lohnfortzahlung bei Krankheit und Unfall (vgl. Art. 56 Abs. 4 BPV). Insofern kann die Pflicht des Arbeitnehmers zur Mitwirkung bei einer vertrauensärztlichen Untersuchung als Voraussetzung für die Lohnfortzahlung bei Krankheit verstanden werden. Zudem ist zu beachten, dass der Beschwerdeführer als Arbeitnehmer den Beweis für die krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung nach der allgemeinen Regel von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) zu erbringen hat, soweit er daraus Rechte - wie beispielsweise die Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit - ableitet (BGE 125 III 70 E. 3c; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Rz. 12 zu Art. 324a/b, S. 419; Müller, a.a.O., S. 169). Ergeben sich - wie vorliegend aufgrund der verweigerter Entbindung vom Arztgeheimnis - begründete Zweifel an einer Arbeitsunfähigkeit (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Rz. 12 zu Art. 324a/b, S. 421), kann diese nicht als ausgewiesen gelten. Daran vermögen auch die vom Beschwerdeführer eingereichten hausärztlichen Arbeitsunfähigkeitszeugnisse nichts zu ändern, zumal diesen kein absoluter Beweiswert zukommt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C\_64/2008 vom 14. April 2008 E. 3.4; Müller, a.a.O., S. 169). Der Beschwerdeführer hat somit die Folgen des nicht rechtsgenügend erbrachten Krankheitsbeweises im Sinn eines Verlusts des Besoldungsanspruchs zu tragen (Thomas Geiser/Roland Müller, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2. Auflage, Bern 2012, Rz. 435; Peter Hänni, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 252; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Rz. 12 zu Art. 324a/b, S. 425 mit Hinweisen). Die Vorinstanz war demnach gestützt auf die vom Beschwerdeführer verweigerter Mitwirkung bei der vertrauensärztlichen Untersuchung grundsätzlich berechtigt, die Lohnfortzahlung für geltend gemachte krankheitsbedingte Abwesenheiten einzustellen.

### **E. 3.4**

Was der Beschwerdeführer vorbringt, vermag daran nichts zu ändern. Soweit er geltend macht, seine Weigerung habe sich lediglich gegen die Entbindung vom Arztgeheimnis, nicht aber gegen eine vertrauensärztlichen Untersuchung gerichtet, was er der Vorinstanz im E-Mail vom 20. Mai 2011 mitgeteilt habe, lässt sich diesem - und soweit ersichtlich auch den übrigen Akten - nichts dergleichen entnehmen. Selbst wenn dem aber so gewesen wäre und der Beschwerdeführer sich im vorinstanzlichen Verfahren dahingehend geäußert hätte, könnte er daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Zwar ist es nicht auszuschliessen, dass in gewissen Fällen eine vertrauensärztliche Untersuchung auch ohne Aufhebung der ärztlichen Schweigepflicht möglich wäre. Vorliegend würde jedoch die Abklärung des medizinischen Sachverhalts ohne vorgängige Kontaktaufnahme mit dem Hausarzt offensichtlich zu einem massiven und gleichsam unnötigen Mehraufwand führen, der insbesondere mit Blick auf die dabei entstehenden und von der Vorinstanz zu tragenden Mehrkosten unverhältnismässig wäre. Dies gilt umso mehr, als keine objektiven Gründe für

die verweigerte Arztgeheimnisentbindung erkennbar sind. Inwiefern der Beschwerdeführer aus den verschiedenen Verhaltensweisen seitens der Vorgesetzten (er erwähnt u.a. Provokationen, psychischen Druck, Schreckauftritte und Leistungsunterbewertungen) auf eine begründete Verweigerung schliesst, ist nicht nachvollziehbar. Soweit er damit allenfalls die Befürchtung eines Missbrauchs der medizinischen Daten durch seine Vorgesetzten zum Ausdruck bringen will, ist darauf hinzuweisen, dass auch ein Vertrauensarzt - bzw. vorliegend der MedicalService - der ärztlichen Schweigepflicht unterliegt. Es ist daher sichergestellt, dass der Arbeitgeberin bzw. den Vorgesetzten weder Befunde noch Diagnosen bekannt gegeben werden und die Erkenntnisse der vertrauensärztlichen Untersuchung geheim bleiben (Urteil des Bundesgerichts 2P.206/2006 vom 24. Januar 2007 E. 3.3; Müller, a.a.O., S. 171; Geiser/Müller, a.a.O., Rz. 435). Eine allfällige Besorgnis des Beschwerdeführers, die Vorgesetzten könnten medizinische Daten zu seinen Ungunsten verwenden, ist demnach unbegründet und kann folglich auch nicht als nachvollziehbares Motiv für die verweigerte Entbindung vom Arztgeheimnis dienen.

#### **E. 4**

Zu prüfen bleibt noch, ob die verfügte Lohneinstellung für die ab dem 1. Juli 2011 geltend gemachten und vom MedicalService nicht bestätigten Krankheitsabsenzen verhältnismässig ist.

##### **E. 4.1**

Das Gebot der Verhältnismässigkeit (vgl. Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) verlangt von einer Massnahme, dass sie geeignet, erforderlich und bezüglich Eingriffszweck und -wirkung ausgewogen, mithin dem Betroffenen zumutbar ist (BGE 136 I 87 E. 3.2 mit Hinweisen; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 581 ff.; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009, § 21 Rz. 2).

##### **E. 4.2**

Wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt, ist die verfügte Massnahme ohne Zweifel geeignet, das betriebliche Bedürfnis nach einer einheitlichen Handhabung von Krankheitsfällen durchzusetzen. Denn ohne die Einstellung der Lohnfortzahlung bei unbewiesener Arbeitsunfähigkeit käme es zu erheblichen Ungleichheiten gegenüber denjenigen Mitarbeitenden, die ihren Pflichten im Zusammenhang mit einer krankheitsbedingten Abwesenheit nachkommen und diese durch den MedicalService überprüfen lassen. Weiter kann mit der verfügten Lohneinstellung im Krankheitsfall die Ausrichtung von allenfalls unrechtmässigen Lohnzahlungen vermieden und damit den berechtigten finanziellen Interessen der Vorinstanz entsprochen werden. Schliesslich ist zu beachten, dass der Beschwerdeführer seit dem Verfügungserlass offenbar ununterbrochen zur Arbeit erschienen ist und keine krankheitsbedingten Abwesenheiten mehr geltend gemacht hat. Insofern scheint die verfügte Massnahme auch eine positive Wirkung auf die im Interesse beider Verfahrensparteien liegende Reintegration des Beschwerdeführers in den Arbeitsprozess zu haben.

##### **E. 4.3**

Weil ferner keine gleich geeignete, aber mildere Alternative zu den angestrebten Zielen führen würde, erscheint die verfügte Massnahme auch erforderlich. Obschon es grundsätzlich denkbar gewesen wäre, die Lohneinstellung für geltend gemachte

krankheitsbedingte Abwesenheiten auf einen gewissen Zeitraum zu beschränken, ist es mit Blick auf das der Vorinstanz zustehende Ermessen nicht zu beanstanden, dass diese vorliegend davon abgesehen hat. Eine solche Befristung würde denn auch keine gleichwertige Alternative zur verfügten Massnahme darstellen, weil sie hinsichtlich der angestrebten Ziele den Nachteil hätte, dass sich der Beschwerdeführer nach Ablauf der Frist wiederum von der Arbeit fernhalten und ohne unmittelbare Konsequenzen der Mitwirkung bei einer vertrauensärztlichen Untersuchung entziehen könnte.

#### **E. 4.4**

Die von der Vorinstanz verfolgten betrieblichen und finanziellen Interessen (vgl. dazu E. 4.1 hiervor) sind gewichtig und lassen die verfügte Massnahme als angezeigt erscheinen. Das entgegenstehende Interesse des Beschwerdeführers beschränkt sich dagegen auf die Abwendung einer Lohneinbusse im Krankheitsfall und damit auf einen finanziellen Aspekt. Diesem kann vorliegend kein besonderes Gewicht beigemessen werden, weil es der Beschwerdeführer in den eigenen Händen hat, einen solchen Lohnausfall zu verhindern. Dazu müsste er allerdings - in Abweichung zu seiner bisherigen Haltung - den Hausarzt vom Arztgeheimnis befreien und eine zukünftige krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit durch den MedicalService bestätigen lassen. Eine solche Mitwirkung erscheint ohne Weiteres als zumutbar, zumal - wie bereits erwähnt (vgl. E. 3.4 hiervor) - keine objektiven Gründe für die bisher verweigerte Arztgeheimnisentbindung ersichtlich sind. Insgesamt übertreffen die Interessen der Vorinstanz an der verfügten Massnahme die damit verbundenen Nachteile für den Beschwerdeführer deutlich, weshalb sich die verfügte Lohneinstellung für die ab dem 1. Juli 2011 geltend gemachten und vom MedicalService nicht bestätigten Krankheitsabsenzen als verhältnismässig erweist.

#### **E. 5**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz die Lohnfortzahlung für vom Beschwerdeführer ab 1. Juli 2011 geltend gemachte krankheitsbedingte Abwesenheiten zu Recht von der Bestätigung durch den MedicalService abhängig gemacht hat. Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist abzuweisen. Anzuführen bleibt, dass die Vorinstanz dem vom Beschwerdeführer gestellten Antrag, das Personaldossier sei zu paginieren und mit einem Aktenverzeichnis zu versehen, im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nachgekommen ist, weshalb sich Weiterungen dazu erübrigen. Dass im umfangreichen Aktendossier der Vorinstanz einige Unterlagen fehlen (so z.B. das Schreiben des Beschwerdeführers an den Direktor des BFM vom 27. März 2011 oder die Aktennotiz zum Zwischengespräch vom 10. Mai 2010), ist zu bedauern, aber nicht weiter von Bedeutung. Denn der Beschwerdeführer hat die fehlenden Akten als Beilagen eingereicht, weshalb sie das Bundesverwaltungsgericht bei der Entscheidungsfindung einbeziehen konnte. Dem Beschwerdeführer sind somit keine Nachteile aus dem nicht ganz vollständigen Aktendossier der Vorinstanz entstanden. Diese wird jedoch zukünftig darauf zu achten haben, dem Bundesverwaltungsgericht bei allfälligen weiteren Beschwerdeverfahren die vollständigen Akten einzureichen.

#### **E. 6**

Gemäss Art. 34 Abs. 2 BPG ist das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht in Personalrechtssachen nach Art. 36 Abs. 1 BPG - unabhängig vom Ausgang des Verfahrens - grundsätzlich kostenlos. Vorliegend sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben. Ebenso wenig ist eine Parteientschädigung zuzusprechen, da

eine solche weder der Vorinstanz als Bundesbehörde noch dem unterliegenden Beschwerdeführer zusteht (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 und 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigung 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.