



Urteil vom 11. April 2017

Besetzung

Richterin Christine Ackermann (Vorsitz),
Richter Maurizio Greppi, Richter Christoph Bandli,
Gerichtsschreiber Benjamin Kohle.

Parteien

A. _____,
vertreten durch
Gerhard Hauser-Schönbächler, Rechtsanwalt,
Schwarztorstrasse 7, Postfach 6520, 3001 Bern,
Beschwerdeführer,

gegen

Logistikbasis der Armee LBA,
Viktoriastrasse 85, 3003 Bern,
vertreten durch Rechtsdienst Gruppe Verteidigung, Rechts-
dienst 2, Papiermühlestrasse 14, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Arbeitgeberentscheid Streichung VAZ Zulage.

Sachverhalt:**A.**

A._____ ist seit dem (...) 2011 unbefristet als (...) angestellt. Die Arbeitsstelle ist gemäss dem Arbeitsvertrag vom (...) in der Lohnklasse (...) eingereiht. Als Arbeitszeitmodell wurde Vertrauensarbeitszeit (VAZ) vereinbart; anstelle der Kompensation für Mehrarbeit, Überzeit und Gleitzeit erhielt A._____ eine jährliche Entschädigung in Form einer Barvergütung von zunächst 5 % und zuletzt 6 % des Jahreslohns ausgerichtet.

B.

Seit dem (...) 2015 ist A._____ – gemäss eigenen Angaben u.a. aufgrund von Konflikten am Arbeitsplatz – wegen Krankheit zu 100 % an seiner Arbeitsleistung verhindert.

C.

Mit Schreiben vom 6. November 2015 orientierte die Arbeitgeberin, die Logistikbasis der Armee (LBA), A._____ über verschiedene administrative Massnahmen als Folge von dessen länger andauernder krankheitsbedingter Arbeitsverhinderung. Demnach war u.a. eine Anpassung des Arbeitszeitmodells rückwirkend per 1. November 2015 vorgesehen. Für A._____ sollte fortan das Arbeitszeitmodell der Jahresarbeitszeit gelten mit der Folge, dass die Barvergütung für Vertrauensarbeitszeit (nachfolgend: Barvergütung VAZ) nicht mehr ausgerichtet würde. Die Arbeitgeberin stützte sich für besagte Massnahme auf die Richtlinie über die Arbeitszeitmodelle im Eidgenössischen Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) vom 1. Oktober 2013 (nachfolgend: Richtlinie Arbeitszeitmodelle), welche dem Schreiben beilag.

D.

A._____ teilte der Arbeitgeberin mit E-Mail vom 13. November 2015 und nochmals mit Schreiben vom 4. Januar 2016 mit, mit der Änderung des Arbeitszeitmodells bzw. der Streichung der Barvergütung VAZ nicht einverstanden zu sein. Er verlangte sinngemäss den Erlass einer anfechtbaren Verfügung für den Fall, dass die Arbeitgeberin an der einseitigen Änderung des Arbeitsvertrages bzw. der Änderung des Arbeitszeitmodells und – in der Folge – der Streichung der Barvergütung VAZ festhalten sollte. Er hielt weiter fest, die Richtlinie Arbeitszeitmodelle sei ihm bisher nicht bekannt gewesen und auch aus diesem Grund ohne rechtliche Wirkung. Vielmehr sei die Barvergütung VAZ als Lohnbestandteil auch während seiner krankheitsbedingten Arbeitsverhinderung zu entrichten. Schliesslich hielt er der Vorinstanz in formeller Hinsicht vor, ihn vorgängig nicht angehört zu haben.

E.

Nachdem sich die Arbeitgeberin zunächst geweigert hatte, eine anfechtbare Verfügung zu erlassen und A._____ beim Bundesverwaltungsgericht eine Rechtsverweigerungsbeschwerde anhängig gemacht hatte, erliess sie am 9. März 2016 die nachgesuchte Verfügung und hob die Vereinbarung über die Wahl des Arbeitszeitmodells rückwirkend ab dem 8. Mai 2015 auf. Sie erwog zusammenfassend, die Barvergütung VAZ werde als Gegenleistung für erbrachte Mehrarbeit oder Mehrbelastung ausgerichtet. Zufolge der längeren krankheitsbedingten Arbeitsverhinderung von A._____ sei diese Mehrbelastung und damit die Anspruchsgrundlage für die Barvergütung VAZ weggefallen, weshalb die Vereinbarung über die Wahl von Vertrauensarbeitszeit entsprechend der Richtlinie Arbeitszeitmodelle einseitig aufzuheben sei.

F.

Mit Schreiben vom 22. April 2016 lässt A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) gegen die Verfügung der Arbeitgeberin (nachfolgend: Vorinstanz) vom 9. März 2016 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht führen. Er beantragt zur Hauptsache, es sei die Verfügung der Vorinstanz vom 9. März 2016 aufzuheben und es sei ihm weiterhin der Lohn gemäss dem vertraglich vereinbarten Arbeitszeitmodell der Vertrauensarbeitszeit auszurichten. Eventualiter sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und es sei ihm der Lohn gemäss dem vertraglich vereinbarten Arbeitszeitmodell der Vertrauensarbeitszeit bis zum 31. Oktober 2015 auszurichten.

Zur Begründung verweist der Beschwerdeführer im Wesentlichen auf die Vereinbarung über das Arbeitszeitmodell und führt an, eine einseitige Änderung der Vereinbarung als Folge bzw. während seiner Arbeitsverhinderung wegen Krankheit sei nicht zulässig; eine hinreichende Grundlage für eine solche Änderung finde sich weder im Arbeitsvertrag noch im Gesetz. Vielmehr dürfe er entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung während seiner Arbeitsverhinderung nicht schlechter gestellt werden, als wenn er gearbeitet hätte, weshalb die angefochtene Verfügung aufzuheben und ihm der Lohn entsprechend dem Arbeitszeitmodell der Vertrauensarbeitszeit auszurichten sei. Jedenfalls aber habe die Vorinstanz mit ihrem Schreiben vom 6. November 2015, in welchem sie eine Änderung des Arbeitszeitmodells per 1. November 2015 angezeigt habe, die berechnete Erwartung erweckt, dass bis zu diesem Zeitpunkt hin das Arbeitszeitmodell der Vertrauensarbeitszeit bestehen bleibe und entsprechend die Barvergütung VAZ ausgerichtet werde. Das Vorgehen der Vorinstanz, die

Arbeitszeitvereinbarung später mittels Verfügung rückwirkend ab dem 8. Mai 2015 aufzuheben, sei treuwidrig.

G.

Die Vorinstanz schliesst mit Vernehmlassung vom 20. Juni 2016 auf Abweisung der Beschwerde. Zusammenfassend führt sie aus, das VBS habe gestützt auf die gesetzlichen Bestimmungen zur Arbeitszeit und das ihm zustehende (allgemeine) Weisungsrecht die Richtlinie Arbeitszeitmodelle erlassen. Demnach sei das Arbeitszeitmodell anzupassen, wenn ein Arbeitnehmer etwa wegen Krankheit mehr als 30 Tage an der Arbeit verhindert sei. In diese Regelung habe der Beschwerdeführer eingewilligt, weshalb die Massnahme auch nicht im Widerspruch zur gesetzlich vorgeschriebenen Lohnfortzahlungspflicht im Falle einer Arbeitsverhinderung wegen Krankheit stehe. Die Anpassung des Arbeitszeitmodells sei zudem auch betriebswirtschaftlich gerechtfertigt, da der Grund für die Vertrauensarbeitszeit und damit die Barvergütung VAZ, nämlich die Leistung von Mehrarbeit, bei einer Arbeitsverhinderung entfalle. Schliesslich sei mit dem Schreiben vom 6. November 2015 keine berechtigte Erwartung erweckt worden, das Arbeitszeitmodell werde per 1. November 2015 angepasst; das Schreiben der Arbeitgeberin sei weder rechtsverbindlich ausgestaltet gewesen noch sei es der Vorinstanz verwehrt, später erkannte Fehler nachträglich zu korrigieren.

H.

Der Beschwerdeführer hält mit Replik vom 7. Juli 2016 an seinen Rechtsbegehren fest. Er weist sodann (erneut) auf die gesetzlichen Bestimmungen zur Lohnfortzahlungspflicht und den allgemeinen Grundsatz hin, wonach der Arbeitnehmer bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung nicht schlechter gestellt werden dürfe, wie wenn er gearbeitet hätte. Letzterer gelte auch vorliegend im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses, wobei der Arbeitnehmer auf die sich daraus ergebenden Ansprüche während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht rechtsgültig verzichten könne und die Richtlinie Arbeitszeitmodelle daher von vornherein keine Anwendung finde.

I.

Die Vorinstanz reicht mit Schreiben vom 18. August 2016 eine weitere Vernehmlassung ein. Sie weist darauf hin, dass der im Falle einer Arbeitsverhinderung wegen Krankheit fortzuzahlende Lohn gemäss Art. 56 Abs. 1 der Bundespersonalverordnung (BPV, SR 172.220.111.3) die Barvergütung VAZ nicht einschliesse und daher auch kein Raum für eine sinngemässe

Anwendung der obligationenrechtlichen Bestimmungen zur Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit bleibe.

J.

Mit Stellungnahme vom 25. August 2016 weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass der Arbeitgeber in seinen Ausführungsbestimmungen von den zwingenden obligationenrechtlichen Bestimmungen nur zu Gunsten des Arbeitnehmers abweichen dürfe. Die einseitig zwingenden Bestimmungen des OR zur Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung wegen Krankheit sowie die gestützt darauf entwickelten Grundsätze seien aus diesem Grund auch vorliegend anzuwenden.

K.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien und die bei den Akten liegenden Schriftstücke ist, soweit für den Entscheid relevant, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Verfügungen des Arbeitgebers können gemäss Art. 36 Abs. 1 des Bundespersonalgesetzes (BPG, SR 172.220.1) mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Bei der Vorinstanz handelt es sich um eine Arbeitgeberin im Sinne des BPG; sie ist innerhalb des VBS der Gruppe Verteidigung unterstellt und mit den als Bundesämter bezeichneten Verwaltungseinheiten gleichzustellen (Art. 3 Abs. 2 BPG; Art. 2 Abs. 4 und 5 BPV; Art. 11 Bst. g der Organisationsverordnung für das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport [OV-VBS, SR 172.214.1]).

Der angefochtene Entscheid wurde von der Vorinstanz gestützt auf Art. 34 Abs. 1 BPG erlassen. Er ist eine Verfügung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021) und somit ein taugliches Anfechtungsobjekt (Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes [VGG, SR 173.32]). Da zudem kein Ausnahmegrund i.S.v. Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde sachlich wie funktional zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG und das Bundespersonalrecht nichts anderes bestimmen (Art. 37 VGG).

1.2 Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Der Beschwerdeführer hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist Adressat der angefochtenen Verfügung, mit welcher die Vorinstanz die geschlossene Vereinbarung über das Arbeitszeitmodell einseitig geändert hat. Er ist durch die angefochtene Verfügung formell wie materiell beschwert und daher als zur Beschwerdeerhebung berechtigt anzusehen.

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

2.

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich der unrichtigen und unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und von Rechtsfehlern bei der Ausübung des Ermessens, sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG). Es stellt dabei den rechtserheblichen Sachverhalt unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien von Amtes wegen fest (Art. 12 und Art. 13 VwVG) und wendet das Recht grundsätzlich frei an, ohne an die Anträge oder die rechtlichen Begründungen der Parteien gebunden zu sein (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

3.

3.1 Die Vorinstanz hat einseitig die zwischen den Parteien geschlossene Vereinbarung über das Arbeitszeitmodell geändert und über diese Änderung, nachdem keine Einigung zu Stande kam, eine Verfügung erlassen. Der Beschwerdeführer bestreitet, dass während seiner Arbeitsverhinderung wegen Krankheit eine solche Anpassung zulässig ist, wohingegen die Vorinstanz geltend macht, die Richtlinie Arbeitszeitmodelle sehe eine solche (einseitige) Anpassung bzw. Änderung ausdrücklich vor. Es ist somit im Folgenden zu prüfen, ob die Vorinstanz berechtigt war, die Vereinbarung über das Arbeitszeitmodell unter den vorliegenden Umständen einseitig mittels Verfügung abzuändern.

3.2 Das Arbeitsverhältnis entsteht gemäss Art. 8 Abs. 1 BPG durch Abschluss eines schriftlichen öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrages; der Bund ist (somit) auch als Vertragspartner in seinem Handeln an die verfassungsrechtlichen Grundsätze wie die Rechtsgleichheit sowie Treu und Glauben

gebunden (vgl. PETER HELBLING, in: Handkommentar BPG, 2013, Art. 8 Rz. 14 ff. mit Hinweisen insbesondere auf die Materialien). Das Anstellungsverhältnis beruht demnach auf einer Vereinbarung, welche eine gegenseitige Vertrauensbasis schafft. Die Parteien dürfen davon ausgehen und darauf vertrauen, dass die Anstellungsverträge tatsächlich eingehalten und aufrechterhalten werden. Es gilt der Grundsatz *pacta sunt servanda* (vgl. Urteil des BGer 1C_168/2008 vom 21. April 2009 E. 5.2; MALLA/GREBSKI, in: Handkommentar BPG, 2013, Art. 16 Rz. 8).

Der Arbeitsvertrag hat zumindest die in Art. 25 Abs. 2 BPV genannten Punkte zu regeln. Nicht zu diesen sog. wesentlichen Bestandteilen des Arbeitsverhältnisses gehört die Festlegung der Arbeitszeit (vgl. HELBLING, a.a.O., Art. 8 Rz. 103 und 105). Diese findet sich – abgesehen von der Festlegung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit gemäss Art. 17 BPG – in allgemeiner Weise in den Ausführungsbestimmungen geregelt (Art. 17a Abs. 1 BPG). Dies betrifft auch die Ausgestaltung der Arbeitszeitmodelle (Botschaft vom 14. Dezember 1998 zum Bundespersonalgesetz [BPG], BBl 1999 1597, 1618 [nachfolgend: Botschaft BPG 1998]). Gemäss Art. 64 Abs. 4^{bis} BPV leisten die Angestellten ihre Arbeitszeit grundsätzlich mit dem Modell der Jahres- oder der Vertrauensarbeitszeit. Aus betrieblichen Gründen können die Departemente zusätzlich das Arbeitszeitmodell der gleitenden Arbeitszeit anbieten. Das Modell der Vertrauensarbeitszeit wurde insbesondere eingeführt für Arbeitnehmer, die aus betrieblichen Gründen regelmässig Überzeitarbeit in grösserem Umfang leisten müssen; es sollte insbesondere das Anhäufen grosser Überzeitguthaben verhindert werden (Urteil des BVGer A-3753/2013 vom 22. August 2013 E. 3.4 f. mit Hinweis). Nach der gesetzlichen Regelung sind Arbeitnehmer mit Vertrauensarbeitszeit von der Erfassung der Arbeitszeit befreit und verfügen entsprechend über die Zeitsouveränität. Sie können jedoch auch keine Mehrarbeit, Überzeit und Gleitzeit kompensieren (Art. 64a Abs. 1 BPV). Anstelle dieser Kompensation erhalten sie eine jährliche Entschädigung in Form einer Barvergütung von 6 % des Jahreslohns oder können sich im Einvernehmen mit den Vorgesetzten anstelle der Barvergütung zehn Ausgleichstage oder 100 Stunden auf ein Sabbaticalkonto gutschreiben lassen (Art. 64a Abs. 5 BPV). Für Angestellte der Lohnklassen 30–38 ist Vertrauensarbeitszeit obligatorisch (Art. 64a Abs. 2 BPV). Angestellte der Lohnklassen 24–29 können Vertrauensarbeitszeit mit ihrem Vorgesetzten vertraglich vereinbaren (Art. 64a Abs. 3 BPV; vgl. ebenso Art. 29 der Verordnung des Eidgenössischen Finanzdepartements [EFD] zur Bundespersonalverordnung [VBPV, SR 172.220.111.31]).

Der Arbeitgeber kann im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen (weitere) Ausführungsbestimmungen auch zur Arbeitszeit und zu den Arbeitszeitmodellen erlassen (Art. 6 Abs. 3 und Art. 37 Abs. 3 i.V.m. Art. 17a Abs. 1 BPG). Dabei gelten als Arbeitgeber u.a. die Gruppen und Ämter, soweit ihnen der Bundesrat die entsprechenden Befugnisse überträgt (Art. 3 Abs. 2 BPG). Die Zuständigkeit bei den Bundesämtern und den ihnen gleichgestellten Organisationseinheiten wie vorliegend der Vorinstanz wird vermutet (Art. 2 Abs. 5 BPV; Urteil des BVGer A-2694/2015 vom 28. September 2015 E. 5.2.2.1; vgl. auch HELBLING, a.a.O., Art. 17 Rz. 20).

3.3 Arbeitsverträge können im gegenseitigen Einvernehmen grundsätzlich jederzeit geändert werden; für Änderungen gilt gleich wie für die Entstehung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich das Konsensprinzip (Botschaft BPG 1998, BBl 1999 1597, 1627). Kommt über eine Vertragsänderung keine Einigung zu Stande, so muss der Vertrag gemäss der Bestimmung von Art. 10 BPG mit Ausnahme der Fälle nach Art. 25 Abs. 3, 3^{bis} und 4 BPV gekündigt werden (Art. 30 Abs. 2 BPV), wobei es aus Gründen etwa der Verhältnismässigkeit geboten sein kann, mit der Kündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter geänderten Bedingungen zu offerieren (sog. Änderungskündigung; vgl. auch Art. 19 Abs. 1 BPG und zur Änderungskündigung sowie den hierzu in der privatrechtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF, 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).

Die Rechtsprechung erlaubt dem Arbeitgeber ferner die Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses mittels Verfügung. Das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis wird (im Wesentlichen) durch die jeweilige Gesetzgebung bestimmt, welche entsprechend dem Demokratieprinzip geändert werden kann. Es macht daher, auch was die vermögensrechtliche Seite betrifft, die Entwicklungen mit, welche die Gesetzgebung erfährt (BGE 134 I 23 E. 7.1; Urteil des BGer 1C_230/2007 vom 11. März 2008 E. 4.1; Urteil des BGer 2P.298/1998 vom 2. Juli 1999, publiziert in: ZBl 102/2001 S. 321). Dem Arbeitgeber ist es sodann verwehrt, das Arbeitsverhältnis aus beliebigen Gründen aufzulösen (vgl. Art. 10 BPG); anders als im privaten Arbeitsvertragsrecht herrscht im Bundespersonalrecht keine Kündigungsfreiheit (vgl. Botschaft vom 31. August 2011 zu einer Änderung des Bundespersonalgesetzes, BBl 2011 6703, 6714 [nachfolgend: Botschaft BPG 2011]). Der

Arbeitgeber muss daher die Möglichkeit haben, das Arbeitsverhältnis – sofern über eine Änderung keine Einigung zu Stande kommt – einseitig anzupassen, wenn sich die Verhältnisse geändert haben. Er ist dabei jedoch nicht völlig frei. Zunächst bedarf die einseitige Vertragsänderung mittels Verfügung bereits von Verfassungsrechts wegen eines sachlichen bzw. dienstlichen Grundes (Botschaft BPG 2011, BBI 2011 6703, 6714). Ein solcher kann etwa in organisatorischen Veränderungen (vgl. hierzu auch Art. 25 Abs. 3 BPV), Veränderungen der zu erfüllenden Bundesaufgaben oder Budgetrestriktionen (aufgrund veränderter politischer Anschauungen) liegen (vgl. Urteil des BGer 2P.276/1995 vom 3. April 1996, publiziert in: ZBI 98/1997 S. 67). Die einseitige Änderung des Arbeitsvertrages konkurriert zudem mit dem Anspruch des Arbeitnehmers auf Vertrauensschutz, welcher Ausfluss des verwaltungsrechtlichen Vertrages ist. Eine einseitige Anpassung etwa der Lohnregelung wird nach der Rechtsprechung deshalb nur dann als zulässig erachtet, wenn sie nicht allzu drastisch ausfällt und eine angemessene Übergangsfrist besteht bzw. die Zeitspanne bis zum Wirksamwerden der Änderung zumindest der Kündigungsfrist entspricht (Urteil des BGer 1C_230/2007 vom 11. März 2008 E. 4.2 und E. 5.3 f.; zum Ganzen Urteile des BVGer A-7560/2015 vom 18. Mai 2016 E. 4.1 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung und A-1764/2010 vom 14. Oktober 2010 E. 4.5 und E. 5.1.1, je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; vgl. auch das Urteil des BGer 2P.298/1998 vom 2. Juli 1999, publiziert in: ZBI 102/2001 S. 321 ff.).

3.4

3.4.1 Die Vorinstanz hat vorliegend keine (Änderungs-)Kündigung ausgesprochen, sondern das Arbeitsverhältnis einseitig mittels Verfügung geändert, nachdem über die Anpassung des Arbeitszeitmodells keine Einigung zu Stande gekommen war. Sie stützt sich dabei im Wesentlichen auf die Richtlinie Arbeitszeitmodelle. Es ist daher im Folgenden zunächst zu prüfen, ob diese eine hinreichende Grundlage für die Anpassung des Arbeitszeitmodells darstellt.

3.4.2 Die Richtlinie Arbeitszeitmodelle datiert vom 1. Oktober 2013 und ersetzt gemäss Ziff. 7.1 per 1. Januar 2014 die Richtlinie über die flexible Arbeitszeit im VBS vom 27. März 2009. Sie enthält allgemeine Grundsätze und gestaltet die Arbeitszeitmodelle der Jahresarbeitszeit sowie der Vertrauensarbeitszeit (weiter) aus. Zur Vereinbarung über das Arbeitszeitmodell ist unter Ziff. 2.3 festgehalten:

Die Arbeitszeitmodelle gemäss Ziffern 3 – 5 sowie die Arbeits- und Ansprechzeiten sind zwischen Vorgesetzten und den Mitarbeitenden schriftlich zu vereinbaren. Die Vereinbarung wird für ein Jahr geschlossen. Die Angemessenheit des Arbeitszeitmodells muss jährlich überprüft werden. Wenn keine Änderung des Arbeitszeitmodells notwendig ist, verlängert sich die Vereinbarung um ein weiteres Jahr.

Das Arbeitszeitmodell der Vertrauensarbeitszeit gemäss Art. 64a BPV findet sich unter Ziff. 4 konkretisiert. Es wird festgehalten, dass das Arbeitszeitmodell der Vertrauensarbeitszeit für Mitarbeitende mit überdurchschnittlicher zeitlicher Belastung vorgesehen ist (Ziff. 4.1) und sich die Gestaltung der Arbeitszeit nach den zu erledigenden Aufgaben richtet (Ziff. 4.3). Unter Ziff. 4.7 schliesslich werden die Folgen von unbezahlter und bezahlter Abwesenheit geregelt:

Bei unbezahlten Abwesenheiten und bei zusammenhängenden bezahlten Abwesenheiten (z.B. Militär, Krankheit, Unfall, Mutterschaft) von mehr als 30 Tagen werden die VAZ-Vereinbarungen [Vertrauensarbeitszeit-Vereinbarungen] für den Rest des Jahres aufgehoben. [...]

Soweit aus den Akten und aufgrund der Ausführungen der Parteien ersichtlich, sind weder die Richtlinie über die flexible Arbeitszeit im VBS vom 27. März 2009 noch die Richtlinie Arbeitszeitmodelle dem Beschwerdeführer zur Kenntnis gebracht und (nachträglich) zum Bestandteil des Arbeitsvertrages erklärt worden (zur Mitwirkungspflicht der Parteien bezüglich Tatsachen, die der zuständigen Behörde nicht oder nur schwer zugänglich sind vgl. Urteil des BVGer A-1231/2012 vom 18. Dezember 2013 E. 3.2). Der geltende Arbeitsvertrag berechnete die Vorinstanz mithin nicht dazu, diesen in Bezug auf das Arbeitszeitmodell einseitig zu ändern.

Entgegen der Ansicht der Vorinstanz vermag auch das allgemeine Weisungsrecht gemäss Art. 321d OR, welches gemäss Art. 6 Abs. 2 BPG als ergänzendes öffentliches Recht zur Anwendung kommt (vgl. Urteil des BVGer A-1117/2014 vom 30. April 2015 E. 4.1.2), der Richtlinie Arbeitszeitmodelle keine unmittelbare Verbindlichkeit im Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer zu geben. Zwar kann der Arbeitgeber gestützt auf diese Bestimmung über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb allgemeine Anordnungen erlassen und besondere Weisungen erteilen. Das Weisungsrecht besteht jedoch stets nur im Rahmen von Gesetz und Arbeitsvertrag sowie der betrieblichen Bedürfnisse; es ist insofern subsidiär. Vorliegend haben die Parteien vertraglich das Arbeitszeitmodell der Vertrauensarbeitszeit vereinbart. Eine Regelung, wonach

das Arbeitszeitmodell von der Vorinstanz jährlich überprüft und unter Umständen einseitig angepasst werden kann, enthält der Arbeitsvertrag nicht und es ist auch nicht ersichtlich, dass dem Beschwerdeführer im Voraus eine entsprechende allgemeine Anordnung bekannt gemacht worden wäre. Unter diesen Umständen kann das vereinbarte Arbeitszeitmodell nicht durch eine Weisung einseitig abgeändert werden; die Vorinstanz hätte sich eine solche Möglichkeit vertraglich ausbedingen müssen. So durfte und darf der Beschwerdeführer grundsätzlich auf die Beibehaltung des vereinbarten Arbeitszeitmodells vertrauen, umso mehr, als vorliegend betriebliche Gründe für eine einseitige Änderung nicht ersichtlich sind (vgl. auch nachfolgend E. 3.4.3; Urteil des BGer 1C_168/2008 vom 21. April 2009 E. 5.2; zudem STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF, a.a.O., Art. 321d Rz. 3, JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. Aufl. 2014, Art. 321d Rz. 4 und REHBINDER/STÖCKLI, in: Berner Kommentar [Art. 319–330b OR], 2010, Art. 321d Rz. 38, je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung zu den vertraglichen Schranken des Weisungsrechts; zur funktionalen Bindung des Weisungsrechts an die betrieblichen Bedürfnisse vgl. Urteil des BGer 2C_103/2008 vom 30. Juni 2006 E. 6.2).

3.4.3 Auch unmittelbar auf die Richtlinie Arbeitszeitmodelle kann die angefochtene Verfügung nicht abgestützt werden. Zwar sind die Arbeitgeber, wie vorstehend ausgeführt, berechtigt, im Rahmen von Rechtsverordnungen (weitere) Ausführungsbestimmungen zu erlassen (Art. 37 Abs. 3 BPG; vorstehend E. 3.2), wobei Arbeitgeberin vorliegend die Vorinstanz ist (vgl. vorstehend E. 1.1). Die Richtlinie Arbeitszeitmodelle wurde jedoch nicht von der Vorinstanz erlassen, sondern ist vom Leiter der Personalabteilung innerhalb des Generalsekretariats des VBS unterzeichnet und eine Delegation von entsprechenden Rechtsetzungsbefugnissen ergibt sich weder aus der OV-VBS noch aus Art. 41 ff. des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG, SR 172.010). Die Richtlinie stellt daher keine gestützt auf Art. 37 Abs. 3 BPG kompetenzmässig erlassene Rechtsverordnung dar und vermag nicht als gesetzliche Grundlage für die streitbetreffende Änderung des Arbeitsverhältnisses dienen. Es liegen somit andere Verhältnisse vor als im Beschwerdeverfahren A-2694/2015 betreffend das Entgelt für die Nutzung von Dienstwohnungen; jene Verfügung konnte sich auf eine kompetenzmässig erlassene und dem Beschwerdeführer zur Verfügung gehaltene Rechtsverordnung stützen (Urteil des BVerger A-2694/2015 vom 28. September 2015 E. 5.2.2. f.; vgl. im Übrigen zur Verwaltungsverordnung und der Abgrenzung zur Rechtsverordnung HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016

Rz. 81 ff., insbes. Rz. 83 f. und Rz. 87; zudem TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 41 Rz. 11 ff.).

Zwar erscheint es vorliegend nicht von vornherein als ausgeschlossen, die Vereinbarung über die Wahl des Arbeitszeitmodells und damit den Arbeitsvertrag einseitig mittels Verfügung zu ändern. Das Arbeitszeitmodell der Vertrauensarbeitszeit ist in erster Linie für Angestellte vorgesehen, die regelmässig Überzeitarbeit in grösserem Umfang leisten müssen; sie erhalten im Ausgleich eine Barvergütung in der Höhe von 6 % des Jahreslohnes (Art. 64a Abs. 5 BPV; vgl. auch vorstehend E. 3.2). Das Arbeitszeitmodell stellt ein modernes personalpolitisches Führungsinstrument dar, dessen Ausgestaltung der Verordnungsgeber im Rahmen seines Ermessens wahrnimmt (vgl. Nachkontrolle zur Inspektion "Bundespersonalgesetz: Steuerung der Personalpolitik und Zielerreichung", Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 25. November 2011, BBI 2012 4121, 4135). Die diesbezüglichen (finanz-)politischen Anschauungen und Wertungen können sich im Verlaufe der Zeit ebenso ändern wie die betrieblichen Verhältnisse; die Arbeitszeitmodelle unterliegen den Veränderungen der Gesetzgebung. Vor diesem Hintergrund sowie mit Blick auf Sinn und Zweck des Arbeitszeitmodells der Vertrauensarbeitszeit scheint es sachgerecht, das Arbeitsverhältnis in diesem Punkt (periodisch) zu überprüfen und es muss dem Arbeitgeber grundsätzlich möglich sein, das Arbeitsverhältnis auch einseitig mittels Verfügung ändern und ein anders Arbeitszeitmodell vorzuschreiben, sollte über die Änderung keine Einigung zu Stande kommen (vgl. Urteil des BGer 2P.298/1998 vom 2. Juli 1999, publiziert in: ZBI 102/2001 S. 323; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen B 111/1998 vom 26. August 1998, publiziert in: ZBI 100/1999 S. 226; vgl. auch vorstehend E. 3.3). Vorliegend fehlt es jedoch an einem solch dienstlichen oder sachlichen Grund für eine einseitige Änderung des Arbeitsvertrages. Die Vorinstanz begründet die Änderung allein mit der Arbeitsverhinderung des Beschwerdeführers wegen Krankheit bzw. dem Umstand, dass ihrer Lohnfortzahlungspflicht keine entsprechende Gegenleistung bzw. Mehrleistung des Beschwerdeführers mehr gegenüberstehe. Dies liegt jedoch in der Natur der Sache und es würde Sinn und Zweck der Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 56 Abs. 1 und 2 BPV widersprechen, allein aus Gründen der ausbleibenden Arbeits- bzw. Mehrleistung eine einseitige Änderung auch während der Arbeitsverhinderung wegen Krankheit zuzulassen. Auch das Eidgenössische Personalamt (EPA) als das gemäss Art. 4 BPG für die Entwicklung und Umsetzung der Personalpolitik der Bundesverwaltung zuständige Bundesamt geht davon

aus, dass der Lohnanspruch während Krankheit alle dauernd und regelmässig ausbezahlten Lohnbestandteile und Zulagen einschliesslich der Barvergütung VAZ umfasst (Eidgenössisches Personalamt EPA, Bundespersonalrecht, März 2017, Erläuterungen zu Art. 56 Absätze 1 und 2 BPV, abrufbar unter < intranet.infopers.admin.ch > Recht > Personalrecht [besuch am 30. März 2017]). Dies entspricht den im Privatrecht zur Lohnfortzahlungspflicht entwickelten Grundsätzen; war schon vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit geplant, angeordnet oder sicher, dass der Arbeitnehmer Überstunden zu leisten hat, etwa weil während einer längeren Zeit regelmässig Überstunden anfielen, so sind dem Arbeitnehmer auch die Überstunden zu entschädigen (vgl. BRÜHWILER, a.a.O., Art. 324a Rz. 11 mit Hinweisen).

Die Vorinstanz vermag ihre Verfügung nach dem Gesagten weder unmittelbar auf die Richtlinie Arbeitszeitmodelle noch auf einen hinreichenden dienstlichen oder sachlichen Grund zu stützen; ein Grund, gestützt auf welchen die Beschwerdegegnerin die Vertragsanpassung unabhängig der Erkrankung des Beschwerdeführers vorgenommen hätte, ist nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht. Eine einseitige Änderung des Arbeitsverhältnisses mittels Verfügung war daher vorliegend nicht zulässig, weshalb die Verfügung der Vorinstanz vom 9. März 2016 in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben ist. Bei diesem Ergebnis braucht nicht weiter geprüft zu werden, ob eine einseitige Änderung des Arbeitsverhältnisses mittels Verfügung unter Wahrung einer angemessenen Übergangsfrist möglich gewesen wäre und ob die Vorinstanz in formeller Hinsicht korrekt vorgegangen ist und insbesondere den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör gewahrt hat. Dasselbe gilt für das Eventualbegehren des Beschwerdeführers. Offen bleiben kann zudem, ob und unter welchen Umständen aus betrieblichen oder subjektiven Gründen wie etwa einer fehlenden Vertrauensgrundlage eine entsprechende einseitige Änderung des Arbeitsverhältnisses auch während einer Arbeitsverhinderung wegen Krankheit möglich wäre.

4.

Insgesamt ergibt sich, dass sich die Vorinstanz für die einseitige Änderung des Arbeitsvertrages weder auf eine arbeitsvertragliche noch auf eine generell-abstrakte Regelung stützen kann und auch keine dienstlichen oder sachlichen Gründe ersichtlich sind, welche die Änderung (per Weisung) rechtfertigen würden. Die Verfügung der Vorinstanz vom 9. März 2016 ist daher aufzuheben und es ist festzustellen, dass eine einseitige Änderung des Arbeitszeitmodells vorliegend nicht zulässig ist.

5.

5.1 Das Beschwerdeverfahren ist in personalrechtlichen Angelegenheiten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens grundsätzlich kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG). Davon ist vorliegend nicht abzuweichen. Es sind aus diesem Grund keine Verfahrenskosten zu erheben.

5.2 Ganz oder teilweise obsiegenden Parteien ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihnen erwachsene notwendige oder verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 des Reglements 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 keine Kostennote eingereicht wird, aufgrund der Akten fest (Art. 14 VGKE). Bei der Beurteilung, ob es sich bei geltend gemachten Kosten um notwendige Kosten handelt, steht dem Bundesverwaltungsgericht ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Es hat ausgehend von den konkreten Umständen des Einzelfalles und der jeweiligen Prozesslage frei zu würdigen, ob und in welcher Höhe eine Parteientschädigung geschuldet ist (Abschreibungsentscheid des BVGer A-2474/2014 vom 29. Mai 2015 E. 2.3 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

Der Beschwerdeführer ist vorliegend als obsiegend anzusehen, weshalb ihm eine Parteientschädigung zuzusprechen ist. Er hat dem Bundesverwaltungsgericht eine Kostennote über insgesamt Fr. 3'553.20 einschliesslich Mehrwertsteuer eingereicht. Diese erscheint angemessen; insbesondere stehen die geltend gemachten Kosten weder was den zeitlichen Aufwand noch was den verrechneten Stundenansatz betrifft in einem Missverhältnis zur Schwierigkeit der Streitsache. Es ist dem Beschwerdeführer daher eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 3'553.20 inkl. Mehrwertsteuerzuschlag i.S.v. Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE zuzusprechen. Die Parteientschädigung ist der Vorinstanz zur Bezahlung nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils aufzuerlegen. Die Vorinstanz hat von Vornherein keinen Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Verfügung der Vorinstanz vom 9. März 2016 wird aufgehoben und es wird festgestellt, dass der Arbeitsvertrag vom (...) 2010 in Bezug auf das Arbeitszeitmodell nicht einseitig geändert werden darf.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Dem Beschwerdeführer wird eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 3553.20 zugesprochen. Diese ist ihm von der Vorinstanz nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu entrichten.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Einschreiben)
- das Generalsekretariat VBS (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Christine Ackermann

Benjamin Kohle

Rechtsmittelbelehrung:

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse können beim Bundesgericht angefochten werden, sofern es um eine vermögensrechtliche Angelegenheit geht, bei welcher der Streitwert mindestens Fr. 15'000.– beträgt oder bei der sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. Art. 85 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGG). Bei einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit ist die Beschwerde nur zulässig, wenn sie die Gleichstellung der Geschlechter betrifft (vgl. Art. 83 Bst. g BGG). Steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen, kann sie innert 30 Tagen nach Eröffnung dieses Entscheids beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: