## 58

Auszug aus dem Urteil der Abteilung I
i. S. A. gegen Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport
A-76/2009 vom 24. August 2009

**Bundespersonal. Rechtsfolgen bei Feststellung der Nichtigkeit einer Kündigung durch eine Beschwerdeinstanz. Lohnfortzahlung und Anrechnung anderen Einkommens.**

**Art. 12 Abs. 3, Art. 12 Abs. 6 Bst. a und b, Art. 14 Abs. 5, Art. 19 Abs. 3 BPG. Art. 79 Abs. 6 Bst. b BPV. Art. 35 Abs. 1 VwVG. Art. 324 Abs. 2, Art. 337*c* Abs. 2 OR.**

1. **Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung beim bisherigen Arbeitgeber als Voraussetzung für eine Entschädigung nach Art. 19 Abs. 3 BPG (E. 6.1–6.3, 9.2–9.3).**
2. **Ausschluss der Weiterbeschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber nach Art. 3 BPG als Voraussetzung für eine Entschädigung nach Art. 19 Abs. 3 BPG (E. 11.1).**
3. **Berechnung der Höhe der Entschädigung gemäss Art. 19 Abs. 3 BPG und Art. 79 Abs. 6 Bst. b BPV (E. 11.2–11.3).**
4. **Lohnfortzahlung und Anrechnung eines während der Freistellung bei einer anderen Arbeitgeberin erzielten Lohnes (E. 12.1–12.2).**

**Personnel fédéral. Conséquences de la constatation, par une autorité de recours, de la nullité d'une résiliation. Maintien du salaire et imputation d'autres revenus.**

**Art. 12 al. 3, art. 12 al. 6 let. a et b, art. 14 al. 5, art. 19 al. 3 LPers. Art. 79 al. 6 let. b OPers. Art. 35 al. 1 PA. Art. 324 al. 2, art. 337*c* al. 2 CO.**

1. **L'indemnité prévue à l'art. 19 al. 3 LPers suppose l'impossibilité pour l'ancien employeur de garder l'employé à son service (consid. 6.1–6.3, 9.2–9.3).**
2. **L'indemnité prévue à l'art. 19 al. 3 LPers suppose l'exclusion de tout autre emploi auprès d'un des employeurs visés à l'art. 3 LPers (consid. 11.1).**

**3. Calcul du montant de l'indemnité prévue à l'art. 19 al. 3 LPers et à l'art. 79 al. 6 let. b OPers (consid. 11.2–11.3).**

**4. Maintien du salaire et imputation du salaire gagné par l'employé auprès d'un autre employeur pendant la libération de l'obligation de travailler (consid. 12.1–12.2).**

**Personale federale. Conseguenze giuridiche in caso di accertamento della nullità di una disdetta da parte dell'autorità di ricorso. Continuazione del versamento dello stipendio e computo di altri redditi.**

**Art. 12 cpv. 3, art. 12 cpv. 6 lett. a e b, art. 14 cpv. 5, art. 19 cpv. 3 LPers. Art. 79 cpv. 6 lett. b OPers. Art. 35 cpv. 1 PA. Art. 324 cpv. 2, art. 337*c* cpv. 2 CO.**

**1. Impossibilità del precedente datore di lavoro di continuare ad impiegare la persona interessata quale condizione per un'indennità ai sensi dell'art. 19 cpv. 3 LPers (consid. 6.1–6.3, 9.2–9.3).**

**2. Esclusione di qualunque altro impiego della persona interessata presso un altro datore di lavoro ai sensi dell'art. 3 LPers quale condizione per un'indennità ai sensi dell'art. 19 cpv. 3 LPers (consid. 11.1).**

**3. Calcolo dell'ammontare dell'indennità ai sensi dell'art. 19 cpv. 3 LPers e dell'art. 79 cpv. 6 lett. b OPers (consid. 11.2–11.3).**

**4. Continuazione del versamento dello stipendio e computo di un reddito versato durante la sospensione dell'impiegato da un altro datore di lavoro (consid. 12.1–12.2).**

A. (Beschwerdeführerin) war seit dem 1. März 2003 mit einem unbefristeten öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrag im Eidgenössischen Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) beim C. angestellt. Der Arbeitseinsatz richtete sich gemäss Arbeitsvertrag nach den dienstlichen Bedürfnissen in Form von Tageseinsätzen. Am 9. Juni 2008 erliess die Arbeitgeberin eine Verfügung, in der sie das Arbeitspensum von A. per 1. November 2008 auf 0 % reduzierte. Die Verfügung wurde vor allem mit einer Neuverteilung der Arbeit und mit dem Verlust des Vertrauens in A. begründet. Diese habe sich im E-Mail-Verkehr mit einem Arbeitskollegen negativ über ihren Vorgesetzten geäussert, weshalb eine gedeihliche Zusammenarbeit nicht mehr möglich sei. Dagegen erhob A. am 7. Juli 2008 sowohl Einsprache an die Arbeitgeberin als auch Beschwerde an das VBS. Sie beantragte in beiden Eingaben über-

einstimmend die Aufhebung und Nichtigerklärung der Verfügung der Arbeitgeberin. Des Weiteren beantragte sie, das Arbeitsverhältnis sei fortzuführen und ihr die frühere, eventualiter eine andere zumutbare Arbeit anzubieten, subeventualiter sei ihr eine Entschädigung in der Höhe von mindestens einem Jahreslohn auszurichten. Mit Entscheid vom 19. November 2008 hiess das VBS die Beschwerde teilweise gut und hob die angefochtene Verfügung auf. Gleichzeitig stellte es aber fest, dass das Arbeitsverhältnis per 31. Oktober 2008 aufgelöst worden sei. Es hiess eine von der Arbeitgeberin im Laufe des Verfahrens beantragte Lohnreduktion teilweise gut, reduzierte den Lohn von A. rückwirkend per 1. Juli 2008 und verpflichtete sie zur Bezahlung einer Lohnrückforderung für die Monate Juli bis Oktober 2008. Das VBS sprach A. eine Entschädigung von drei (reduzierten) Monatslöhnen sowie eine reduzierte Parteientschädigung zu. Gegen diesen Entscheid erhebt A. Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (BVGer).

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird.

*Aus den Erwägungen:*

**5.** Nicht einverstanden ist die Beschwerdeführerin mit der Feststellung der Vorinstanz, das Arbeitsverhältnis zwischen ihr und ihrer Arbeitgeberin sei per 31. Oktober 2008 aufgelöst worden. So beantragt die Beschwerdeführerin, es sei ihr die frühere, eventualiter eine andere zumutbare Arbeit anzubieten. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, die Vorinstanz hätte es dabei bewenden lassen müssen, die angefochtene Verfügung aufzuheben. Sie sei indessen nicht befugt gewesen, darüber zu befinden, ob das Arbeitsverhältnis zwischen der Arbeitgeberin und der Beschwerdeführerin als aufgelöst zu betrachten sei. Die Vorinstanz habe damit ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie sich nie zu einer korrekt begründeten Verfügung habe äussern können. Die Vorinstanz hat zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses ausgeführt, das Vertrauensverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Vorgesetzten sei zerstört und eine Weiterbeschäftigung für die Arbeitgeberin nicht zumutbar. Im Wesentlichen hat sie sich in ihrer Begründung aber auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGer) gestützt, wonach Konstellationen denkbar seien, in denen eine Weiterbeschäftigung nicht angemessen erscheine, ohne dass zuvor geprüft werden müsse, ob eine Weiterbeschäftigung möglich sei oder nicht (E. 6.3).

**6.** Nachfolgend ist zunächst in allgemeiner Weise aufzuzeigen, wie zu verfahren ist, wenn – wie vorliegend die Vorinstanz – eine Beschwerdeinstanz feststellt, dass eine Kündigung fehlerhaft war.

**6.1** Gemäss Art. 14 Abs. 1 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) kann eine von einer Kündigung betroffene Person innert 30 Tagen nach Kenntnisnahme eines mutmasslichen Nichtigkeitsgrundes beim Arbeitgeber schriftlich geltend machen, dass die Kündigung nichtig sei, weil sie wichtige Formvorschriften verletze (Bst. a), nach Art. 12 Abs. 6 und 7 BPG nicht begründet (Bst. b) oder zur Unzeit nach Art. 336*c* des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) erfolgt sei (Bst. c). In der Folge bietet der Arbeitgeber der betroffenen Person die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit an (provisorischer Kündigungsschutz). Verlangt der Arbeitgeber darauf bei der Beschwerdeinstanz nicht innert 30 Tagen nach Eingang der geltend gemachten Nichtigkeit die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung, so ist diese nichtig und die betroffene Person wird mit der bisherigen oder, wenn dies nicht möglich ist, mit einer anderen zumutbaren Arbeit weiterbeschäftigt (endgültiger Kündigungsschutz, Art. 14 Abs. 2 BPG; vgl. zu Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG Wolfgang Portmann, Überlegungen zum bundespersonalrechtlichen Kündigungsschutz, in: LeGes Gesetzgebung und Evaluation 2002/2, S. 55 ff.). Bei einer im Sinn von Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG nichtigen Kündigung handelt es sich dem Wesen nach nicht um eine im allgemeinen verwaltungsrechtlichen Sinn nichtige, das heisst von ihrem Erlass an und auch ohne amtliche Aufhebung rechtlich unverbindliche Kündigung (...), sondern um eine anfechtbare Kündigung (Portmann, a. a. O., S. 63 f.).

**6.2** Das BPG lässt offen, wie zu verfahren ist, wenn der Arbeitgeber gemäss Art. 14 Abs. 2 BPG die Beschwerdeinstanz fristgerecht anruft und die Beschwerdeinstanz die Nichtigkeit der Kündigung feststellt. Nach Sinn und Zweck von Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG vermag eine im Sinne dieser Bestimmungen nichtige Kündigung ein Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht zu beenden, sondern hat die Weiterbeschäftigung der betroffenen Person zur Folge (vgl. Urteil des BVGer A-309/2009 vom 15. Mai 2009 E. 4.1 ff.; Harry Nötzli, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Bern 2005, Rz. 325; Portmann, a. a. O., S. 60). Vorbehalten bleibt indessen die Entschädigung nach Art. 19 BPG (Art. 14 Abs. 5 BPG). Wird eine Kündigung nach Art. 14 Abs. 1 BPG aufgehoben, so erhält die betroffene Person eine Entschädigung, wenn sie aus Gründen, die nicht sie zu vertreten hat, nicht bei einem Arbeitgeber nach Art. 3 BPG weiterbeschäftigt wird (vgl. Art. 19 Abs. 3 BPG).

Stellt eine Beschwerdeinstanz die Nichtigkeit einer Kündigung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG fest, kommt das Ausrichten einer Entschädigung anstelle der Weiterbeschäftigung grundsätzlich nur subsidiär in Frage, nämlich wenn die Weiterbeschäftigung beim bisherigen Arbeitgeber nicht möglich ist und die betroffene Person auch nicht bei einem anderen Arbeitgeber nach Art. 3 BPG weiterbeschäftigt wird (PORTMANN, a. a. O., S. 67 f.; NÖTZLI , a. a. O., Rz. 382 ff.).

**6.3** Im Urteil 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 7 kam das BGer allerdings – ohne die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung zu prüfen – zum Schluss, die Aufhebung einer unbegründeten Kündigung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 BPG sei nicht angemessen. Das BGer stellte in diesem Fall fest, dass der betroffenen Person von der Arbeitgeberin gekündigt worden sei, ohne dass sie zuvor – wie vom Gesetz verlangt – schriftlich ermahnt worden sei. Weil die betroffene Person aber durch ihr Verhalten einen Kündigungsgrund gesetzt habe und das Verschulden der Arbeitgeberin nicht als hoch einzustufen sei, rechtfertige es sich, anstatt auf Wiedereinstellung zu erkennen, der betroffenen Person in sinngemässer Anwendung von Art. 19 BPG eine Entschädigung zuzusprechen. Das BGer wies in seinem Urteil darauf hin, aus Art. 14 BPG ergebe sich nicht eindeutig, dass die Beschwerdeinstanz verpflichtet wäre, eine unrechtmässige Kündigung unter allen Umständen aufzuheben und eine Wiedereinstellung vorzunehmen. Auch aus der Botschaft zum Bundespersonalgesetz (BPG) vom 14. Dezember 1998 ergebe sich dies nicht eindeutig, da der bundesrätliche Gesetzesentwurf ursprünglich anders gelautet habe (BBl 1999 1616 und 1642, nachfolgend: Botschaft zum BPG).

Nach der Rechtsprechung des BGer gilt die Subsidiarität der Entschädigung anstelle der Weiterbeschäftigung im Falle der Aufhebung einer Kündigungsverfügung durch die Beschwerdeinstanz demzufolge nicht absolut. Vielmehr sind Konstellationen denkbar, in denen eine Weiterbeschäftigung nicht angemessen erscheint, und zwar ohne dass zuvor geprüft werden muss, ob eine Weiterbeschäftigung möglich ist oder nicht.

**7.** Was den Vorwurf der Beschwerdeführerin angeht, die Vorinstanz sei gar nicht befugt gewesen, über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu entscheiden, ist festzuhalten, dass es sich bei der Reduktion des Beschäftigungsgrads durch die Arbeitgeberin auf 0 % faktisch um eine Kündigung handelte, zumal aus der Verfügung eindeutig hervorging, dass die Beschwerdeführerin nicht mehr weiterbeschäftigt werden sollte. Die von der Beschwerdeführerin angerufene Vorinstanz war deshalb in Anwendung von Art. 14 Abs. 1 und 2 sowie Art. 19 Abs. 3 BPG nicht nur befugt, darüber zu entscheiden, ob die Verfügung der Arbeitgeberin

rechtmässig war, sondern – nachdem sie zum Schluss kam, dass die Verfügung aufzuheben sei – auch über die Rechtsfolge zu befinden, nämlich ob das Arbeitsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Arbeitgeberin dennoch als aufgelöst zu betrachten oder die Beschwerdeführerin weiterzubeschäftigen sei.

Die Vorinstanz verletzte mit ihrem Entscheid insbesondere auch nicht den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) sowie Art. 29 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), zumal dieser Anspruch nur die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts beschlägt, nicht aber die rechtliche Würdigung desselben. Die betroffene Person ist deshalb zwar anzuhören, bevor die Behörde verfügt (Art. 30 Abs. 1 VwVG), ihr ist aber in der Regel kein Recht auf vorgängige Stellungnahme bezüglich Fragen der rechtlichen Beurteilung und Würdigung von Tatsachen einzuräumen, es sei denn, die Behörde gedenke, sich in ihrem Entscheid auf einen völlig unüblichen und nicht voraussehbaren Rechtsgrund abzustützen (vgl. BGE 132 II 257 E. 4.2, BGE 132 II 485 E. 3.4). Die Vorinstanz hat ihren Entscheid nicht auf einen völlig unüblichen und nicht voraussehbaren Rechtsgrund abgestützt und die Beschwerdeführerin erhielt im vorinstanzlichen Verfahren ausreichend Gelegenheit, sich zum Sachverhalt und den Eingaben der Arbeitgeberin zu äussern.

**8.** Im Unterschied zum vom BGer in seinem Urteil 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 entschiedenen Fall erweist sich die vorliegend von der Arbeitgeberin ausgesprochene Kündigung formell als grob fehlerhaft. Neben der fehlenden vorgängigen Mahnung (...) fällt insbesondere ins Gewicht, dass die Arbeitgeberin die Kündigung nicht auf einen in Art. 12 Abs. 6 BPG genannten Kündigungsgrund abgestützt und entsprechend begründet, sondern den Beschäftigungsgrad unzulässigerweise auf 0 % reduziert hat (...). Es rechtfertigt sich deshalb vorliegend nicht, vom Grundsatz abzuweichen, dass eine von der Beschwerdeinstanz aufgehobene Kündigung prinzipiell die Weiterbeschäftigung der betroffenen Person zur Folge hat und das Zusprechen einer Entschädigung nur subsidiär in Frage kommt (E. 6.2 f.). Vielmehr muss zunächst geprüft werden, ob eine Weiterbeschäftigung möglich ist (E. 9). Nur falls das Ergebnis dieser Prüfung negativ ausfällt, kann das Arbeitsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Arbeitgeberin – trotz der unrechtmässigen Kündigung – als aufgelöst gelten.

Weil das Arbeitsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Arbeitgeberin nach den vorstehenden Erwägungen nur als aufgelöst gelten kann, falls eine Weiterbeschäftigung nicht möglich ist oder die Beschwerdeführerin nicht bei einem anderen Arbeitgeber nach Art. 3 BPG weiterbeschäftigt wird, muss im vorliegenden Verfahren nicht geprüft werden, ob die Beschwerdeführerin mit ihrem Verhalten einen Kündigungsgrund im Sinne von Art. 12 Abs. 6 BPG gesetzt hat. Offen bleiben kann insbesondere auch, ob das Verhalten der Beschwerdeführerin nicht eher im Lichte von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG (mangelhafte Leistung und mangelhaftes Verhalten) als von Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG zu prüfen wäre. Nicht beantwortet werden braucht schliesslich die Frage, ob für die Begründung der Kündigung auf den Inhalt der beiden von der Beschwerdeführerin an einen Mitarbeiter versandten E-Mail-Nachrichten hätte abgestützt werden dürfen oder ob das Abstützen auf die besagten E-Mail-Nachrichten – wie die Beschwerdeführerin einwendet – unzulässig gewesen sei, weil diese privater Natur gewesen seien.

**9.** Zu prüfen bleibt die umstrittene Frage, ob eine Weiterbeschäftigung der Beschwerdeführerin beim bisherigen Arbeitgeber möglich ist oder nicht.

**9.1** Die Vorinstanz erklärt dazu in ihrer Stellungnahme vom 2. Juni 2009, eine Wiederbeschäftigung bei der bisherigen Arbeitgeberin komme nicht in Frage. Aufgrund des Verhaltens der Beschwerdeführerin am Arbeitsplatz und während des Verfahrens hätten die Vorgesetzten sowie der Personalchef das Vertrauen in die Beschwerdeführerin verloren. Dazu komme, dass weder beim C. noch bei einem anderen (...) eine Stelle frei sei. Auch eine anderweitige Anstellung bei der Arbeitgeberin sei nicht denkbar, da die Beschwerdeführerin die entsprechenden Anforderungen nicht erfülle. Die Beschwerdeführerin äussert sich in ihren Bemerkungen vom 29. Juni 2009 dahingehend, dass sich die Arbeitgeberin bzw. die Vorinstanz die angeblich schwierigen Folgen einer Wiederbeschäftigung sowie den angeblichen Vertrauensverlust selber zuzuschreiben hätten. Zudem komme es nicht darauf an, ob im C. oder in einem anderen (...) eine Stelle vakant sei.

**9.2** Das BPG regelt nicht näher, welche Umstände die Weiterbeschäftigung einer von einer im Sinne von Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG nichtigen Kündigung betroffenen Person verunmöglichen könnten. Auch in der Botschaft zum BPG finden sich dazu keine Hinweise (vgl. BBl 1999 1619). Weil die Weiterbeschäftigung nach der gesetzlichen Regelung den Grundsatz und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Entschädigung die Ausnahme darstellt, darf nicht allzu leichthin von der Unmög-

lichkeit einer Weiterbeschäftigung ausgegangen werden. Insbesondere hängt die Beantwortung der Frage, ob eine Weiterbeschäftigung im konkreten Fall möglich ist, nicht alleine von der Bereitschaft der Arbeitgeberin ab, die betroffene Person weiterzubeschäftigen, denn dem Arbeitgeber kommt diesbezüglich kein Wahlrecht zu (PORTMANN, a. a. O., S. 67 f.). Andererseits soll ein Arbeitgeber nicht entgegen aller Schwierigkeiten, welche sich durch eine Weiterbeschäftigung für ihn unter Umständen ergeben können, zur Weiterbeschäftigung verpflichtet werden können (NÖTZLI, a. a. O., Rz. 384; in diesem Sinne auch Urteil des BGer 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 7). So können die rechtlichen Rahmenbedingungen oder organisatorische Schwierigkeiten eine Weiterbeschäftigung verunmöglichen. Weiter können sich auch persönliche Differenzen zwischen einer zu Unrecht gekündigten Person sowie ihren Vorgesetzten als derart gravierend erweisen, dass das Vertrauensverhältnis zwischen diesen Personen endgültig zerstört und eine Weiterbeschäftigung faktisch gar nicht mehr möglich ist (vgl. auch Urteil des BVGer A-5893/2007 vom 11. April 2008 E. 4.2).

**9.3** Vorliegend ist aufgrund der gegenseitig erhobenen Vorwürfe davon auszugehen, dass das Vertrauensverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem direkten Vorgesetzten in gravierender Weise gestört ist und die persönlichen Differenzen eine sinnvolle Zusammenarbeit faktisch verunmöglichen würden. Weiter ist bei der Arbeitgeberin keine Stelle frei, für welche die Beschwerdeführerin die nötigen Anforderungen erfüllen würde. Eine Weiterbeschäftigung der Beschwerdeführerin bei der bisherigen Arbeitgeberin mit der bisherigen oder einer anderen zumutbaren Arbeit ist demnach nicht möglich.

**10.** Die Vorinstanz hat somit im Ergebnis richtig festgehalten, dass das Arbeitsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Arbeitgeberin als aufgelöst gilt, obwohl die Kündigung durch die Arbeitgeberin nichtig im Sinne von Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG war. Die von der Beschwerdeführerin gestellten Anträge, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben, das Arbeitsverhältnis mit ihr fortzusetzen und ihr die frühere, eventualiter eine andere zumutbare Arbeit zuzuweisen, sind demnach abzuweisen.

Kann ein Angestellter trotz formeller Aufhebung einer Kündigung nicht weiterbeschäftigt werden, erfolgt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Sinne einer Fiktion zu demjenigen Zeitpunkt, da feststeht, dass der Angestellte trotz Aufhebung der Kündigung nicht weiterbeschäftigt werden kann (NÖTZLI, a. a. O., Rz. 381). Demzufolge gilt das Arbeitsver-

hältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Arbeitgeberin als mit Datum des vorliegenden Urteils aufgelöst.

**11.** Die Beschwerdeführerin stellt subeventualiter den Antrag, es sei ihr eine Entschädigung in der Höhe von mindestens einem Jahreslohn auszurichten.

Nicht umstritten ist, dass für die Berechnung der Höhe einer solchen Entschädigung grundsätzlich von der Höhe des im Kalenderjahr vor der (unrechtmässigen) Kündigung erzielten Lohns auszugehen ist. In ihrer Beschwerde an die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin noch geltend gemacht, der im Jahr 2007 erzielte durchschnittliche Monatslohn sei höher gewesen als die von der Arbeitgeberin errechneten Fr. (...). Demgegenüber beantragt sie in ihrer Beschwerde ans BVGer, es sei für die Berechnung der Entschädigung von einem Monatslohn in der Höhe von Fr. (...) auszugehen. Sie wehrt sich somit nur noch dagegen, dass die Vorinstanz für die Berechnung der Entschädigung von einem wegen der Anstellung bei der E. gekürzten Monatslohn ausgegangen ist.

**11.1** Voraussetzung für das Ausrichten einer Entschädigung nach Art. 19 Abs. 3 BPG ist neben der Aufhebung einer Kündigung und der Unmöglichkeit einer Weiterbeschäftigung beim bisherigen Arbeitgeber, dass die betroffene Person nicht bei einem anderen Arbeitgeber nach Art. 3 BPG weiterbeschäftigt wird (E. 6.2).

Die Beschwerdeführerin arbeitet seit dem 1. Juli 2008 mit einem Beschäftigungsgrad von 80 % und seit dem 1. Januar 2009 mit einem Beschäftigungsgrad von 50 % in einem befristeten Anstellungsverhältnis als Praktikantin bei der E. Bei der E. handelt es sich zwar um einen möglichen Arbeitgeber nach Art. 3 BPG, das Absolvieren eines Praktikums stellt allerdings keine Weiterbeschäftigung im Sinne von Art. 19 Abs. 3 BPG dar, zumal auch der Lohn der Beschwerdeführerin im Verhältnis zu ihrem Beschäftigungsgrad einiges tiefer ist als zuvor bei der bisherigen Arbeitgeberin.

Weil eine Weiterbeschäftigung der Beschwerdeführerin trotz nichtiger Kündigung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG nicht möglich ist (E. 9) und die Beschwerdeführerin auch nicht im Sinne von Art. 19 Abs. 3 BPG bei einem anderen Arbeitgeber nach Art. 3 BPG weiterbeschäftigt wird, hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Entschädigung gemäss Art. 19 Abs. 3 BPG.

**11.2** Für die Berechnung der Höhe der Entschädigung ist vom im Jahr 2007 durchschnittlich erzielten Monatslohn, nämlich Fr. (...), auszugehen. Die soziale und wirtschaftliche Lage der betroffenen Person ist zwar

ein Kriterium für die Bestimmung der Höhe der Entschädigung, mithin der Anzahl der zu entschädigen Monatslöhne (E. 11.3). Es ist dagegen nicht zulässig, den für die Berechnung der Entschädigung heranzuziehenden Monatslohn wegen einer inzwischen aufgenommenen anderweitigen Beschäftigung zu kürzen.

**11.3** Die Höhe der Entschädigung beträgt gemäss Art. 79 Abs. 6 Bst. b BPV im Falle einer nach Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG nichtigen Kündigung mindestens drei Monats- und maximal zwei Jahreslöhne. Als Bemessungskriterien kommen insbesondere die soziale und wirtschaftliche Lage der Parteien, die Intensität und die Dauer der Anstellung sowie die Art und Weise der Kündigung in Frage. Kein geeignetes Bewertungskriterium ist im Falle einer im Sinne von Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG nichtigen Kündigung dagegen ein allfälliges Verschulden der von der Kündigung betroffenen Person (NÖTZLI, a. a. O., Rz. 385 ff.).

In Anbetracht der groben formellen Mängel der Kündigung erscheint die von der Vorinstanz zugesprochene Entschädigung in der Höhe von drei Monatslöhnen als zu tief, zumal die Beschwerdeführerin immerhin während fünf Jahren für die Arbeitgeberin tätig war. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin während dieser Zeit bloss in einem Teilzeitpensum bei der Arbeitgeberin arbeitete und dass sie auch nicht geltend macht, die Kündigung habe sie in eine soziale oder wirtschaftliche Notlage gebracht. In Abwägung sämtlicher Umstände erscheint eine Entschädigung in der Höhe von neun Monatslöhnen angemessen.

**11.4** Der Beschwerdeführerin ist demzufolge eine Entschädigung in der Höhe von neun Monatslöhnen à je Fr. (...), das heisst von insgesamt Fr. (...), auszurichten.

**12.** Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, es sei nicht gerechtfertigt, ihren Lohn für die Zeit vom 1. Juli 2008 bis 31. Oktober 2008 um insgesamt Fr. (...) zu kürzen, weil die Stelle bei der E. problemlos mit der Arbeit bei der Arbeitgeberin zu vereinbaren gewesen wäre und die Summe des bisherigen sowie des bei der E. erhaltenen Lohnes tiefer liege als der Lohn, den sie bei der bisherigen Arbeitgeberin bei einem Pensum von 100 % erhalten hätte. Ihr sei deshalb auch für die Zeit ab dem 1. Juli 2008 das volle Salär von Fr. (...) auszurichten. Die Vorinstanz hat sich für die Kürzung des Lohnes der Beschwerdeführerin für die Zeit vom 1. Juli 2008 bis 31. Oktober 2008 auf Art. 324 Abs. 2 OR abgestützt und die Kürzung damit begründet, dass die Beschwerdeführerin neben dem 80 % Pensum bei der E. nur noch 35.67 Stunden statt wie

bisher durchschnittlich 87.36 Stunden pro Monat für die Arbeitgeberin arbeiten dürfte.

**12.1** Das Bundespersonalrecht regelt den Fall, dass ein von seiner Arbeit freigestellter Angestellter ein anderweitiges Erwerbseinkommen erzielt und insbesondere die Frage, ob beziehungsweise unter welchen Voraussetzungen sich der Angestellte in diesem Fall das anderweitig erzielte Erwerbseinkommen auf seinen Lohn anrechnen lassen muss, nicht. Nach Art. 6 Abs. 2 BPG gelten für öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse allerdings sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des OR, soweit das BPG und andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen.

Kommt ein Arbeitgeber in Annahmeverzug, so bleibt er zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist (Art. 324 Abs. 1 OR). Der Arbeitnehmer muss sich in diesem Fall allerdings auf den Lohn anrechnen lassen, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat (Art. 324 Abs. 2 OR). Auch im Falle einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung anstatt einer ordentlichen Kündigung hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendigt worden wäre (Art. 337*c* Abs. 1 OR). Allerdings muss sich der Arbeitnehmer daran anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (Art. 337*c* Abs. 2 OR).

**12.2** Während ein Teil der Lehre die (unfreiwillige) Freistellung eines Arbeitnehmers als Anwendungsfall des Arbeitgeberverzuges behandelt und in einem solchen Fall Art. 324 Abs. 2 OR für anwendbar erklärt (vgl. Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319−362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, N. 13 zu Art. 324) hat das BGer in BGE 118 II 139 E. 1 festgestellt, dass sich eine Freistellung sowohl vom Fall des Annahmeverzugs des Arbeitgebers als auch einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung unterscheide. Der Gesetzgeber habe die Frage, ob sich der freigestellte Arbeitnehmer einen anderweitig erzielten Lohn anrechnen lassen müsse, nicht geregelt. Es liege diesbezüglich eine Gesetzeslücke vor, welche vom Richter auszufüllen sei. Weil die zu findende Norm den Charakter einer allgemein gültigen Regel tragen (Art. 1 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]) und sich in das Gesetz möglichst nahtlos einfügen solle, müsse bei der Lückenfüllung primär von analogen ge-

setzlich bereits geregelten Tatbeständen ausgegangen werden. Im Falle einer Freistellung dränge sich eine analoge Anwendung von Art. 337*c* Abs. 2 OR auf, weil der Arbeitgeber sowohl bei der fristlosen Entlassung als auch bei der Freistellung den Arbeitnehmer mit sofortiger Wirkung vom Arbeitsplatz fernhalten wolle und der ungerechtfertigt fristlos Entlassene sich in einer ähnlichen Situation befinde wie der Freigestellte. Betreffend die Pflicht zur Anrechnung des andernorts verdienten Lohnes sei die Lage eines freigestellten Arbeitnehmers mit derjenigen des zu unrecht fristlos entlassenen zu vergleichen. Es sei nicht einzusehen, wieso der freigestellte Arbeitnehmer bezüglich der Anrechnungspflicht bessergestellt sein sollte als derjenige, den die ungerechtfertigte fristlose Entlassung schon für sich allein in aller Regel hart treffe.