45

Auszug aus dem Urteil der Abteilung I
i.S. A. gegen Bundesamt für Informatik und Telekommunikation
A-3049/2015 vom 8. Juli 2015

Kündigung eines Arbeitsverhältnisses während Krankheit. Rechtsfolgen einer qualifiziert rechtswidrigen Kündigung.**Art. 34c Abs. 1 BPG.**

Eine qualifiziert rechtswidrige Kündigung im Sinne von Art. 34c Abs. 1 BPG ist nicht nichtig und der Angestellte muss, will er seines Anspruchs auf Weiterbeschäftigung nicht verlustig gehen, die Verfügung mit Beschwerde anfechten.

Résiliation des rapports de travail pendant une période de maladie. Conséquences légales d'une résiliation abusive qualifiée.**Art. 34c al. 1 LPers.**

Une résiliation entachée d'une illicéité qualifiée au sens de l'art. 34c al. 1 LPers n'est pas nulle; l'employé doit contester la décision par recours s'il ne veut pas perdre son droit à être réintégré.

Disdetta di un rapporto di lavoro durante un periodo di malattia. Conseguenze legali di un licenziamento abusivo qualificato.**Art. 34c cpv. 1 LPers.**

Una disdetta abusiva qualificata ai sensi dell'art. 34c cpv. 1 LPers non è nulla: se vuole salvaguardare il proprio diritto alla reintegrazione, l'impiegato deve impugnare la decisione.

A. arbeitet beim Bundesamt für Informatik und Telekommunikation (BIT). In der Leistungsbeurteilung für das Jahr 2013 wurde seine Arbeitsleistung als mangelhaft (Note 1) beurteilt. Daraufhin wurde vereinbart, dass A. seine Arbeitsorganisation verbessere und, da ihm grundlegende Kenntnisse im Bereich Informationstechnologie (IT) fehlten, eine Aus- und Weiterbildung in diesem Bereich erfolge.

Nachdem keine Leistungssteigerung feststellbar war, wurde A. im Juli 2014 schriftlich ermahnt.

In der Leistungsbeurteilung für das Jahr 2014 wurde die Leistung von A. erneut als mangelhaft (Note 1) bewertet. Das BIT teilte ihm daraufhin mit, es beabsichtige, das Arbeitsverhältnis wegen Mängeln in der Arbeitsleistung aufzulösen. Zudem wurde ihm ein Entwurf der Kündigungsverfügung übergeben und das rechtliche Gehör gewährt.

Ab dem 27. Februar 2015 war A. krankheitsbedingt arbeitsunfähig.

Mit Verfügung vom 1. April 2015 löste das BIT das Arbeitsverhältnis per 31. Juli 2015 auf. Es hielt fest, die Leistungen von A. seien wiederholt als mangelhaft beurteilt worden und hätten sich trotz Mahnung und der Vereinbarung konkreter Massnahmen bezüglich Arbeitsorganisation nicht verbessert.

Am 6. Mai 2015 teilte das BIT A. schriftlich mit, dass die Kündigungsverfügung vom 1. April 2015 als nichtig angesehen werde beziehungsweise keine Wirkung entfalte und aus diesem Grund nach wie vor ein Arbeitsverhältnis mit dem BIT bestehe. Eine Einigung darüber, ob die Nichtigkeit der Kündigung vom 1. April 2015 verfügungsweise festzustellen oder – so die Ansicht des BIT – die Kündigung von Gesetzes wegen nichtig sei beziehungsweise keine Wirkung entfalte, kam nicht zu Stande.

Am 12. Mai 2015 erhob A. (nachfolgend: Beschwerdeführer) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung des BIT (nachfolgend: Vorinstanz) vom 1. April 2015. Er beantragte, es sei die Kündigungsverfügung vom 1. April 2015 aufzuheben beziehungsweise deren Nichtigkeit festzustellen. Die Kündigung sei unbestritten während der Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR ausgesprochen worden und aus diesem Grund entweder von der Vorinstanz – unter Einhaltung der Formvorschriften des VwVG – oder durch das Bundesverwaltungsgericht aufzuheben beziehungsweise für nichtig zu erklären.

Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung auf Abweisung der Beschwerde. Sie geht mit dem Beschwerdeführer einig, dass die Kündigung während der Sperrfrist ausgesprochen beziehungsweise zugestellt worden ist und daher – entsprechend der analog anwendbaren Bestimmungen des OR – nichtig sei. Die Vorinstanz sei daher nicht verpflichtet, eine Verfügung zu erlassen. Andernfalls sei das Schreiben der Vorinstanz vom 6. Mai 2015 als Verfügung anzusehen; nach der Bestimmung von Art. 35 Abs. 3 VwVG könne auf eine Begründung und die Rechtsmittelbelehrung verzichtet werden, wenn die Behörde den Begehren einer Partei entspreche.

Der Beschwerdeführer bestreitet mit Schreiben vom 5. Juni 2015, dass die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses während einer Sperrfrist die Rechtsfolge der Nichtigkeit im verwaltungsrechtlichen Sinn nach sich ziehe. Nach dem Wortlaut von Art. 34c Abs. 1 des BPG (SR 172.220.1) seien qualifiziert rechtswidrige Kündigungen nicht mehr – wie nach altem Recht – nichtig, sondern anfechtbar. Dies entspreche dem Willen des Gesetzgebers, das spezielle Anfechtungsverfahren aufzuheben und ein einheitliches (Beschwerde-)Verfahren für sämtliche Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis vorzusehen.

Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde gut und hebt die Kündigungsverfügung vom 1. April 2015 auf.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Unbestritten ist, dass die Vorinstanz das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer gekündigt hat, während dieser ohne eigenes Verschulden durch Krankheit an der Arbeitsleistung verhindert war. Die Kündigung ist mithin während eines in Art. 336c Abs. 1 OR genannten Zeitraums ausgesprochen worden und insofern qualifiziert rechtswidrig im Sinne von Art. 34c Abs. 1 Bst. c BPG. Nicht einig sind sich die Parteien demgegenüber, welche Rechtsfolgen die Bestimmung von Art. 34c Abs. 1 BPG an diesen Sachverhalt knüpft. Während die Vorinstanz davon ausgeht, die angefochtene Verfügung sei – entsprechend der privatrechtlichen Regelung in Art. 336c Abs. 2 OR – nichtig und ohne rechtliche Wirkung, bringt der Beschwerdeführer unter Verweis auf die Materialien vor, die Verfügung vom 1. April 2015 sei lediglich anfechtbar und – da unbestritten qualifiziert mangelhaft – vom Bundesverwaltungsgericht aufzuheben.

3.2 Nach Art. 10 Abs. 3 BPG kann der Arbeitgeber ein unbefristetes Arbeitsverhältnis aus sachlich hinreichenden Gründen ordentlich kündigen, insbesondere wegen Mängeln in der Leistung und im Verhalten des Arbeitnehmers (Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG). Er hat jedoch – in Nachachtung insbesondere des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes und von Treu und Glauben – alle Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung auszuschöpfen, bevor er einer angestellten Person ohne deren Verschulden kündigt (Art. 19 Abs. 1 BPG). Ist eine Kündigung nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt, spricht das Bundesverwaltungsgericht dem Arbeitnehmer auf Beschwerde hin eine Entschädigung zu und ordnet – unter Umständen – die Fortzahlung des Lohnes und die Erstreckung des

Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist an (Art. 34b Abs. 1 Bst. a–c BPG). Die Kündigung entfaltet jedoch gleichwohl ihre Wirkung (Urteil des BVerG A–5046/2014 vom 20. März 2015 E. 3.4 [zur Publikation vorgesehen]). Ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung besteht – anders als vor Inkrafttreten des revidierten Bundespersonalrechts zum 1. Juli 2013 – nur noch bei Vorliegen eines schwerwiegenden Verstosses gegen geltendes Recht im Sinne von Art. 34c Abs. 1 Bst. a–d BPG, das heisst im Fall einer qualifiziert rechtswidrigen Kündigung. Welche Rechtsfolgen das Gesetz für diesen Fall vorsieht – Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Kündigung – ist im Folgenden durch Auslegung von Art. 34c Abs. 1 BPG zu ermitteln.

3.3 Den Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut einer Bestimmung, der anhand des allgemeinen Sprachgebrauchs auf seinen Wortsinn hin zu untersuchen ist. Ist der Wortlaut nicht klar oder bestehen Zweifel, ob ein scheinbar klarer Wortlaut den wahren Sinn der Norm wiedergibt, so ist auf die übrigen Auslegungselemente zurückzugreifen. Abzustellen ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Bestimmung und ihren Zweck, auf die dem Text zugrunde liegenden Wertungen sowie auf die Bedeutung, welche der Bestimmung im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Bei neueren Gesetzen, wie vorliegend dem revidierten Bundespersonalrecht, kommt den Gesetzesmaterialien eine besondere Stellung zu (BGE 139 IV 282 E. 2.4.1; BVGE 2015/21 E. 5.2.1 m.H.; Urteil des BVerG A–857/2014 vom 13. November 2014 E. 5.1 m.H.).

3.4 Der Wortlaut von Art. 34c Abs. 1 BPG ist, was die Rechtsfolgen einer qualifiziert rechtswidrigen Kündigung betrifft, an und für sich klar: Der Arbeitgeber bietet der angestellten Person die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit an, wenn die Beschwerdeinstanz die Beschwerde gegen eine Verfügung über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus einem der in Bst. a–d genannten Gründe gutgeheissen hat. Eine qualifiziert rechtswidrige Kündigung ist demnach nicht nichtig, sondern anfechtbar und der Angestellte muss, will er seines Anspruchs auf Weiterbeschäftigung nicht verlustig gehen, die Verfügung über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit Beschwerde (beim Bundesverwaltungsgericht) anfechten. Entscheidend ist jedoch nicht der (vordergründig) klare Wortlaut einer Norm, sondern deren wahrer Rechtssinn (sog. ratio legis). Bestehen triftige Gründe dafür, dass der Wortlaut den wahren Rechtssinn einer Vorschrift nicht wiedergibt, ist es zulässig, davon abzuweichen (Urteil des BVerG A–2575/2013 vom 17. September 2014

E. 5.4.2 m.H.). Es ist daher im Folgenden anhand der übrigen Auslegungselemente zu prüfen, ob der Wortlaut von Art. 34c Abs. 1 BPG die ratio legis zutreffend wiedergibt. Hierzu ist im Folgenden im Rahmen der historischen Auslegung auf die gesetzliche Regelung vor Inkrafttreten des neuen Bundespersonalrechts und die Materialien zu Art. 34c BPG einzugehen.

3.5 Der Tatbestand von Art. 34c Abs. 1 Bst. c BPG entspricht im Wesentlichen aArt. 14 Abs. 1 Bst. c BPG (AS 2001 894, 899). Demnach bot der Arbeitgeber der betroffenen Person die bisherige oder, wenn dies nicht möglich war, eine zumutbare andere Arbeit an, wenn sie innert 30 Tagen nach Kenntnisnahme eines mutmasslichen Nichtigkeitsgrundes beim Arbeitgeber schriftlich und glaubhaft geltend machte, die Kündigung sei nichtig, weil sie zur Unzeit nach Art. 336c OR erfolgt sei. Die Bestimmung sprach zwar von der Nichtigkeit der Kündigung, doch hatte der Gesetzgeber diese – insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit – abweichend von der zivilrechtlichen Regelung lediglich als Anfechtbarkeit im Rahmen eines Einspracheverfahrens ausgestaltet; ohne formelle Aufhebung einer Kündigungsverfügung hätte für die Parteien keine Gewissheit bestanden, ob das Arbeitsverhältnis beendet ist oder nicht (ausführlich das Urteil des BGer 2A.116/2005 vom 12. Mai 2005 E. 4.2; zudem Urteil des BGer 2A.761/2006 vom 19. April 2007 E. 3.1.2). Nach altem Recht war eine qualifiziert rechtswidrige Kündigung im Sinne von aArt. 14 Abs. 1 Bst. c BPG somit nicht nichtig, sondern bedurfte der Anfechtung – in einem speziellen Verfahren.

Mit der Teilrevision des BPG vom 14. Dezember 2012 sollte der Entscheidungs- und Handlungsspielraum der Parteien im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses vergrössert werden, wobei insbesondere die Auflösung von Arbeitsverhältnissen flexibler gestaltet und – hinsichtlich der Verfahren – vereinfacht wurde. Das interne Beschwerdeverfahren und das spezielle Anfechtungsverfahren gemäss aArt. 14 BPG wurden abgeschafft und die Anfechtung von (qualifiziert rechtswidrigen) Kündigungsverfügungen erfolgt neu im selben Verfahren wie die Anfechtung anderer arbeitsrechtlicher Verfügungen (Botschaft vom 31. August 2011 zu einer Änderung des Bundespersonalgesetzes, BBl 2011 6703, 6708 f. und 6723). Das Ergebnis der Auslegung nach dem Wortlaut findet sich somit in der historischen Auslegung von Art. 34c Abs. 1 BPG bestätigt: Auch der historische Gesetzgeber ging jedenfalls im Ergebnis davon aus, dass (selbst) qualifiziert rechtswidrige Kündigungen im Sinne von Art. 34c Abs. 1 Bst. a–d BPG nicht nichtig, sondern anfechtbar sind (vgl. auch HARRY NÖTZLI, in: Bundespersonalgesetz [BPG], 2013, Art. 14 N. 48).

3.6 Dieses Ergebnis entspricht der systematischen Stellung von Art. 34c BPG im sechsten Abschnitt, welcher das Verfahren bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis regelt. Zudem trägt es dem Umstand Rechnung, dass der Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis mit dem Bundespersonal – wie vorliegend und anders als im Zivilrecht – in Verfügungsform und damit hoheitlich handelt, wenn bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis keine Einigung zu Stande kommt (Art. 34 Abs. 1 BPG). Die Rechtsfolge der Nichtigkeit tritt dabei – nach den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen – nur ein, wenn die fehlerhafte Verfügung einen besonders schweren Mangel aufweist, dieser offensichtlich ist und die Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 956). Es kann jedoch keine Rede davon sein, dass das Vorliegen einer der in Art. 34c Abs. 1 Bst. a–d BPG genannten Tatbestände im Allgemeinen als offensichtlich anzusehen ist. Zudem würde – wie vorstehend erwogen – die Rechtsfolge der Nichtigkeit die Rechtssicherheit ernsthaft gefährden, weil regelmässig nicht klar wäre, ob das Arbeitsverhältnis beendet ist oder nicht. Qualifiziert fehlerhafte Verfügungen im Sinne von Art. 34c Abs. 1 Bst. a–d BPG sind demnach nicht nichtig, sondern anfechtbar und entfalten Rechtswirkung, werden sie nicht innert Frist mit Beschwerde angefochten. Die Bestimmung von Art. 34c Abs. 1 BPG regelt somit die Rechtsfolgen einer qualifiziert rechtswidrigen Kündigung selbst in abschliessender Weise, weshalb für die sinngemässe Anwendung der zivilrechtlichen Nichtigkeit gemäss Art. 336c Abs. 2 OR kein Raum bleibt (Art. 6 Abs. 2 BPG).

3.7 Vorliegend ist – wie vorstehend ausgeführt – unbestritten, dass die Kündigung während eines in Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR genannten Zeitraums erfolgte und die angefochtene Kündigungsverfügung somit qualifiziert mangelhaft ist. Die Beschwerde ist aus diesem Grund in Anwendung von Art. 34c Abs. 1 Bst. c BPG gutzuheissen und die Verfügung der Vorinstanz vom 1. April 2015 aufzuheben. Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit anzubieten (Art. 34c Abs. 1 BPG). (...)