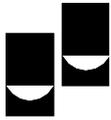


Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-4284/2007/fob/fom
{T 0/2}

Urteil vom 4. November 2007

Besetzung

Richter Beat Forster (Vorsitz), Richter Daniel Riedo, Richter Christoph Bandli,
Gerichtsschreiber Martin Föhse.

Parteien

B._____,
vertreten durch Frau Rechtsanwältin V._____,
Beschwerdeführer,

gegen

**Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
(EVD)**, Generalsekretariat, Recht, Sicherheit, Bundes-
haus Ost, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

Sachverhalt:**A.**

Am 30. November 2006 schloss B._____ (geb. am 13. Januar 1965) mit dem Information Service Center (ISCeco) des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD) einen Arbeitsvertrag. Für den Beginn des Arbeitsverhältnisses wurde der 11. Dezember 2006 festgelegt, die Probezeit auf 3 Monate festgesetzt.

B.

Am 15. Dezember 2006 fand zwischen B._____ und seinem Vorgesetzten das Eintrittsgespräch statt. Diesem folgten ein Zwischengespräch am 2. Februar 2007 sowie ein Abschlussgespräch am 23. Februar 2007. Dem anlässlich des Abschlussgespräches von B._____ und seinem Vorgesetzten unterzeichneten Formular mit dem Titel "Zielvereinbarung/Beurteilung für die Probezeit -> Antrag an den Leiter ISCeco" (nachfolgend "Zielvereinbarung") ist zu entnehmen, dass der Vorgesetzte B._____s unter Ziffer 4 "Eignung für die vorgesehene Tätigkeit (nach dem Abschlussgespräch)" das Feld bei "ja, wird festgestellt" angekreuzt hat. Unter Ziff. 8 "Antrag der/s Vorgesetzten an den Chef ISCeco (nach dem Abschlussgespräch)" wurde die definitive Anstellung beantragt. Bis zu diesem Zeitpunkt war der Beschwerdeführer während insgesamt 10 Tagen krank geschrieben.

C.

Mit Schreiben vom 3. April 2007 wurde B._____ der auf Grund seiner Krankheit seit dem 5. März 2007 nicht mehr zur Arbeit erschienen war von seinem Vorgesetzten ein neu ausgefülltes Formular "Zielvereinbarung", allerdings noch immer auf den 23. Februar 2007 datiert, sowie eine Aktennotiz, welche unter anderem die krankheitsbedingten Absenzen B._____s auflistete, zugestellt; dies mit der Bitte, diese Dokumente zu unterzeichnen und inklusive einer allfälligen Stellungnahme bis zum 18. April 2007 zu retournieren. Im Gegensatz zum ursprünglichen Formular, nach welchem B._____ seine Ziele für die gesamte Probezeit noch teilweise erreicht haben soll, war nun das jeweilige Feld unter "nicht erreicht" angekreuzt. Bei der Frage nach der Eignung für die vorgesehene Tätigkeit wurde neu das Feld "kann noch nicht beurteilt werden, Probezeit wird verlängert" angekreuzt und unter Ziff. 8 dem Leiter des ISCeco ein entsprechender Antrag gestellt. Der beigelegten Aktennotiz war zu entnehmen, B._____ habe auf Grund krankheitsbedingter Abwesenheiten die

ihm gesetzten Ziele nicht erfüllt, weshalb entschieden worden sei, die Probezeit zu verlängern. Zu diesem Zeitpunkt war B._____ während insgesamt 33 Tagen krank geschrieben. Am 17. April 2007 sandte B._____ die von ihm unterzeichneten Dokumente zurück. In seiner gleichzeitig eingereichten Stellungnahme äussert er sich nicht zur Frage der Verlängerung der Probezeit.

D.

Am 30. April 2007 teilte das ISCeco B._____ mit, es beabsichtige, das bestehende Arbeitsverhältnis per Ende Juni 2007 zu beenden. Mit Verfügung vom 23. Mai 2007 löste das EVD das Arbeitsverhältnis per 30. Juni 2007 auf.

E.

Gegen diesen Entscheid des EVD (Vorinstanz) erhob B._____ (Beschwerdeführer) am 22. Juni 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt unter Kosten- und Entschädigungsfolge die Aufhebung der Verfügung vom 23. Mai 2007 sowie die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis fortbestehe.

F.

In ihrer Vernehmlassung vom 14. August 2007 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

G.

Mit Replik vom 17. September 2007 bestätigt und ergänzt der Beschwerdeführer die bisher gemachten Ausführungen sowie die gestellten Rechtsbegehren.

H.

Auf die Vorbringen der Parteien und die sich in den Akten befindlichen Schriftstücke wird soweit entscheidrelevant im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Gemäss Art. 35 Abs. 1 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) unterliegen Verfügungen des Arbeitgebers der Beschwerde an die in den Ausführungsbestimmungen bezeichnete

interne Beschwerdeinstanz. Ausgenommen sind erstinstanzliche Verfügungen des Bundesrates und der Departemente sowie Verfügungen der Verwaltungsdelegation und des Generalsekretärs oder der Generalsekretärin der Bundesversammlung (Art. 35 Abs. 2 BPG). Nach Art. 36 Abs. 1 BPG können Verfügungen der Organe nach Art. 35 Abs. 2 BPG betreffend Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Da vorliegend ein Departement erstinstanzlich verfügt hat (EVD), ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

1.1 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Der Beschwerdeführer ist im vorinstanzlichen Verfahren mit seinen Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid auch materiell beschwert und deshalb zur Beschwerde legitimiert. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

1.2 Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens und damit Prozess-thema ist die Frage nach der Gültigkeit der am 23. Mai 2007 durch die Vorinstanz ausgesprochenen Kündigung.

1.3 Das Bundesverwaltungsgericht überprüft den Entscheid mit voller Kognition (Art. 49 VwVG). Der Beschwerdeführer kann neben der Verletzung von Bundesrecht (Art. 49 Bst. a VwVG) und der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) auch die Rüge der Unangemessenheit erheben (Art. 49 Bst. c VwVG; vgl. ANDRÉ MOSER in: ANDRÉ MOSER / PETER UEBERSAX, *Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen*, Basel und Frankfurt am Main 1998, Rz. 2.59; ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 1632 ff.). Das Bundesverwaltungsgericht hat von Amtes wegen den Sachverhalt festzustellen und das Recht anzuwenden. Es ist dabei nicht an die Begehren der Parteien und deren rechtliche Überlegungen gebunden (vgl. Art. 62 Abs. 4 VwVG; ALFRED KÖLZ / ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 112).

2.

In ihrer Verfügung vom 23. Mai 2007 führt die Vorinstanz aus, die Probezeit sei in gegenseitiger Übereinkunft um drei Monate verlängert worden, weshalb die Kündigung vorliegend gestützt auf Art. 12 Abs. 2 Bst. b BPG per 30. Juni 2007 möglich sei. Die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers sei als mangelnde Eignung beziehungsweise Tauglichkeit zur Verrichtung der Arbeit anzusehen, womit ein Kündigungsgrund gegeben sei. Der Schutz von Art. 336c des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) greife in der Probezeit nicht.

In der Beschwerdeantwort vom 14. August 2007 bemerkt die Vorinstanz, die Probezeit habe sich auf Grund der Krankheit des Beschwerdeführers von Gesetzes wegen verlängert. Sie stützt sich dabei auf Art. 335b Abs. 3 OR. Anlässlich des Abschlussgespräches am 23. Februar 2007 sei keine einvernehmliche Regelung betreffend definitive Anstellung zustande gekommen. Sie lässt, entgegen den Ausführungen in der Verfügung, offen, ob gestützt auf die zweite Version der "Zielvereinbarung", welche der Beschwerdeführer am 17. April 2007 unterzeichnet zurückgesandt hatte tatsächlich eine vertragliche Verlängerung der Probezeit erfolgte.

2.1 Der Beschwerdeführer hält dem entgegen, dass für eine Verlängerung der Probezeit entweder sein Einverständnis vorliegen müsse oder die Verlängerung von der Arbeitgeberin zu verfügen sei.

Wie verlangt habe er die neu formulierte "Zielvereinbarung" und die Aktennotiz unterzeichnet und zurückgesandt. Damit habe er allerdings nur die Kenntnisnahme dieser Dokumente bestätigt und nicht sein Einverständnis zur Verlängerung der Probezeit gegeben. Letzteres könne nach Treu und Glauben nicht angenommen werden. Das widersprüchliche und treuwidrige Verhalten der Vorinstanz, welches sich in der nachträglichen, einseitigen Abänderung und Ersetzung der ursprünglichen "Zielvereinbarung" manifestiere, sei nicht zu schützen. Er sei im Gegenteil in seinem Vertrauen in die Bestätigung der Beendigung der Probezeit, welches sein Vorgesetzter durch das Verhalten anlässlich des Abschlussgespräches am 23. Februar 2007 in ihm erweckt habe, zu schützen.

Da keine einvernehmliche Verlängerung der Probezeit erfolgte, hätte die Verlängerung verfügt werden müssen, was aber nicht geschehen

sei. Folglich sei die Verlängerung der Probezeit auf den 11. Juni 2007 nicht gültig erfolgt.

Die Kündigung sei auch nicht innert der auf Grund von Art. 335b OR verlängerten Probezeit erfolgt. Der Beschwerdeführer sei während der Probezeit 17 Tage krank gewesen, was zu einer Verlängerung der Probezeit bis zum 3. April 2007 geführt hätte. Er sei damit ab dem 4. April 2007 nicht mehr in der Probezeit gewesen. Die Kündigung am 30. April 2007 (recte: 23. Mai 2007) sei demnach zu spät ausgesprochen worden, um noch in die Probezeit zu fallen. Die Kündigung sei daher in die Sperrfrist von Art. 336c OR gefallen und auch deshalb nichtig.

Im Sinne einer Eventualbegründung führt der Beschwerdeführer an, es liege kein Kündigungsgrund nach Art. 12 BPG vor, welcher eine ordentliche Kündigung (ausserhalb der Probezeit) erlauben würde. Insbesondere werde die von der Vorinstanz behauptete mangelnde Eignung des Beschwerdeführers bestritten.

3.

In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob sich der Beschwerdeführer im Kündigungszeitpunkt noch in der Probezeit befand.

3.1 Vorliegend war ursprünglich eine Probezeit von 3 Monaten vereinbart. Sie hätte vom 11. Dezember 2006 bis zum 12. März 2007 dauern sollen (Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 78 Abs. 1 OR). Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, ihm sei anlässlich des Abschlussgesprächs vom 23. Februar 2007 zugesichert worden, er habe die Probezeit bestanden. In diesem von seinem Vorgesetzten erweckten Vertrauen sei er zu schützen. Er rügt damit die Verletzung des Prinzips von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]).

3.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Äusserungen im Verkehr zwischen Behörden und Privaten so zu interpretieren, wie die jeweils andere Seite sie nach Treu und Glauben verstehen durfte (Urteil des Bundesgerichts 1P.551/2004 E. 3.1 vom 10. Februar 2005 mit Hinweisen). Der Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begrün-

dendes Verhalten der Behörden (BGE 122 II 113 E. 3b cc). Dieser Schutz setzt voraus, dass eine Behörde dem betroffenen Bürger eine konkrete Auskunft oder Zusicherung erteilt, dass sie dafür zuständig war, dass der Bürger die Unrichtigkeit der Angabe nicht erkennen konnte und dass er im Vertrauen auf die erhaltene Auskunft nicht wieder rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat (Urteil des Bundesgerichts 4P.48/2002 E. 2c vom 4. Juni 2002 mit Hinweisen).

3.3 Vorliegend wäre die fragliche Zusicherung durch den Vorgesetzten des Beschwerdeführers erfolgt. Wie sich allerdings bereits aus dem Formular "Zielvereinbarung" ergibt, ist dieser nicht zuständig für den Entscheid betreffend die Festanstellung, sondern der Leiter ISCeco, der im Übrigen auch den Arbeitsvertrag unterzeichnet hat. Weiter führt selbst der Beschwerdeführer an, er habe gewusst, dass es noch die Unterschrift des Leiters ISCeco brauchte. Es bestand also ein Vorbehalt. Schliesslich ist nicht erkennbar, inwiefern der Beschwerdeführer auf Grund der vermeintlichen Zusicherung nicht wieder rückgängig gemachte Dispositionen getroffen hätte. Solche werden vom Beschwerdeführer auch nicht geltend gemacht. Nicht zuletzt sei an dieser Stelle erwähnt, dass gemäss Art. 4 der Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung (VBPV, SR 172.220.111.31) mit der Unterschrift auf dem Beurteilungsformular lediglich bestätigt wird, dass das Mitarbeitergespräch und die Personalbeurteilung stattgefunden haben.

3.4 Es liegt demnach kein Sachverhalt vor, nach welchem der Tatbestand des Vertrauensschutzes erfüllt respektive eine schützenswerte Vertrauensgrundlage betreffend das Bestehen der Probezeit geschaffen worden wäre.

4.

In Frage steht folglich, ob die Probezeit von Gesetzes wegen oder allenfalls durch Vertrag verlängert worden ist.

4.1 Gemäss Art. 8 BPG regeln die Ausführungsbestimmungen die Probezeit; diese dauert höchstens sechs Monate. Nach Art. 27 der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV) dauert die Probezeit 3 Monate. Sie kann in begründeten Fällen um höchstens 3 Monate verlängert oder vertraglich auf höchstens 6 Monate festgesetzt werden.

Art. 6 Abs. 2 BPG statuiert, dass für das Arbeitsverhältnis sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) gelten,

soweit dieses Gesetz und andere Bundesgesetze nichts abweichendes bestimmen.

Nach Art. 335b Abs. 3 OR erfolgt bei einer effektiven Verkürzung der Probezeit infolge Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht eine entsprechende Verlängerung der Probezeit.

5.

Der Beschwerdeführer war während des vertraglich vereinbarten Zeitraums (bis zum 12. März 2007) während 17 Tagen krankheitsbedingt an der Arbeit verhindert. Seit dem 5. März 2007 ist er nicht mehr zur Arbeit erschienen, der 4. März 2007 war mit anderen Worten sein letzter Arbeitstag.

5.1 Art. 335b Abs. 3 OR auslegend vertritt der Beschwerdeführer die Ansicht, die Probezeit verlängere sich nur um jene Anzahl Arbeitstage, die während der ursprünglich vereinbarten Probezeit also zwischen dem 11. Dezember 2006 und dem 12. März 2007 wegen Krankheit weggefallen seien. Die Sichtweise der Vorinstanz, wonach sich die Probezeit auch um jene Anzahl ganze Krankheitstage, die in die bereits wegen Krankheit verlängerte Probezeit fallen, verlängere, würde zu einer faktischen Perpetuierung einer Probezeit bis zur Unendlichkeit führen. Die Probezeit sei daher am 4. April zu Ende gewesen.

5.2 Sowohl bei öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen als auch bei privatrechtlichen soll die Probezeit insbesondere dazu dienen, sich kennen zu lernen, ein Vertrauensverhältnis aufzubauen, zu sehen, ob die Zusammenarbeit funktioniert und die Fähigkeiten des oder der Arbeitnehmenden zu überprüfen (vgl. Entscheid der Rekurskommission des Bundesgerichts vom 5. Februar 2005, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 70.4 E. 4.2.2 mit Hinweisen; vgl. auch Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission vom 13. Februar 2004, veröffentlicht in VPB 68.90 E. 4 mit Hinweisen; BGE 129 III 124 E. 3 und Urteil des Bundesgerichts 4C.45/2004 vom 31. März 2004 E. 3.1 jeweils mit Hinweisen, beide zur Regelung im OR). Nach BRÜHWILER sollte die Probezeit zur Ermöglichung einer wirklichen Erprobung prinzipiell anhand der effektiv geleisteten Arbeitszeit berechnet werden (JÜRGEN BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern / Stuttgart / Wien 1996, Ziff. 7 zu Art. 335b OR).

5.3 Dem Wortlaut von Art. 335b Abs. 3 OR ist ein Vorbehalt, wonach sich die Probezeit nur um jene Anzahl Arbeitstage, die während der ursprünglich vereinbarten Probezeit wegen Krankheit weggefallen sind, verlängern würde, nicht zu entnehmen. Vielmehr wird schlicht eine der effektiven Verkürzung entsprechende Verlängerung der Probezeit angeordnet. Es ergeben sich auch keine Anhaltspunkte, die für eine andere Interpretation sprechen würden:

In Art. 335b Abs. 3 OR ist von einer "effektiven" Verkürzung der Probezeit infolge Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht die Rede. Ist einer dieser Tatbestände erfüllt, wollte der Gesetzgeber nicht, dass die tatsächliche Dauer der Probezeit dadurch verkürzt wird. Eine solche effektive Verkürzung wird im Umkehrschluss nur, aber immerhin toleriert im Falle von Ferien, unbezahltem Urlaub, Kurzabsenzen, Schwangerschaft und Niederkunft (vgl. BRÜHWILER, a.a.O., Ziff. 7 zu Art. 335b OR). Die Wendung "effektiv" betont, dass auch nur die tatsächliche Arbeitszeit als Probezeit angerechnet werden soll (vgl. ROLF A. TOBLER / CHRISTIAN FAVRE / CHARLES MUNOZ / DANIELA GULLO EHM, Arbeitsrecht, Obligationenrecht [Art. 319-362 OR], Gleichstellungsgesetz, Arbeitsgesetz, Kommentierte Gesetzesausgabe mit bundesgerichtlicher und kantonaler Rechtsprechung, Lausanne 2006, Ziff. 3.1. zu Art. 335b Abs. 3 OR).

Die Folge ist, dass sich die Probezeit um diejenige Anzahl ganzer Arbeitstage, die wegen Verhinderung weggefallen sind, verlängert, weshalb es sich ergeben kann, dass eine 3-monatige Maximaldauer der Probezeit (maximal 3 Monate gemäss OR; maximal 6 Monate für öffentlich-rechtliche Verträge) wesentlich überschritten wird (vgl. BRÜHWILER, a.a.O., Ziff. 7 zu Art. 335b OR; vgl. auch FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel / Genf / Wien 2005, S. 235 und ULLIN STREIFF / ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, N13 zu Art. 335b OR). Am pointiertesten dazu äussert sich WYLER: Die Dauer der Verlängerung [der Probezeit] ist nicht limitiert, sie kann länger sein als die Probezeit insgesamt oder als die restliche laufende Probezeit (RÉMY WYLER, Droit du Travail, Bern 2002, S. 331 / 332).

Die Auslegung des Beschwerdeführers macht denn auch vor dem Hintergrund des Zwecks der Probezeit (vgl. oben, E. 5.2) keinen Sinn: Ein Arbeitgeber in einer Situation wie der vorliegenden würde zwangsläufig vor die Wahl gestellt, entweder zu kündigen oder das Risiko einzu-

gehen, die Probezeit auslaufen zu lassen. Letzteres mit der Konsequenz, dass die Parteien nunmehr nur noch unter den erschwerten Bedingungen das Arbeitsverhältnis nach der Probezeit kündigen könnten. Der bereits umschriebene Zweck der Probezeit (E. 5.2) würde damit vereitelt.

Da für den Arbeitgeber während der Probezeit grundsätzlich die Möglichkeit besteht, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, insbesondere auch bei (längerer) Krankheit des Arbeitnehmers (vgl. unten, E. 7), dürfte die vom Beschwerdeführer schliesslich befürchtete Verlängerung ad infinitum kaum je Realität werden.

5.4 Art. 335b Abs. 3 OR ist nach dem Gesagten dahin gehend auszulegen, dass sämtliche Tage der vereinbarten Probezeit "abgearbeitet" werden müssen lediglich die in E. 5.3 genannten Unterbrüche sind davon ausgenommen. Dies bedeutet im Ergebnis, dass sich der Beschwerdeführer auf Grund der Regelung von Art. 6 Abs. 2 BPG i.V.m. Art. 335b Abs. 3 OR im Zeitpunkt der Aussprechung der Kündigung am 23. Mai 2007 noch in der Probezeit befand, weshalb in Bezug auf die Kündigung die Vorschrift von Art. 12 Abs. 2 BPG zur Anwendung gelangt. Die Sperrfristen von Art. 336c OR kommen nicht zur Anwendung.

6.

Nach dem Gesagten kann offen bleiben, ob die Probezeit durch gegenseitige Übereinkunft um drei Monate verlängert worden ist. Dem Beschwerdeführer wäre in diesem Punkt zumindest entgegen zu halten, dass er sich dem im Schreiben vom 3. April 2007 mitgeteilten Beschluss des Leiters ISCeco betreffend die Verlängerung der Probezeit um weitere drei Monate nicht widersetzt hat. Mit seiner Krankheit allein wäre dies nicht zu rechtfertigen, ist er doch in der Stellungnahme vom 17. April 2007 in der Lage gewesen, sich zumindest zu den Vorwürfen der mangelnden Erreichbarkeit zu äussern. Ebenso wenig müssen die sich im Zusammenhang mit der ungewöhnlichen Vorgehensweise der Vorinstanz in Bezug auf die nachträgliche Abänderung und Rückdatierung der "Zielvereinbarung" stellenden Rechtsfragen beantwortet werden.

7.

Es bleibt zu prüfen, ob die Voraussetzungen zur Kündigung während

der Probezeit gegeben waren und die entsprechenden Modalitäten eingehalten wurden.

7.1 Das unbefristete Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei gekündigt werden (Art. 12 Abs. 1 BPG). Während der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis in den ersten zwei Monaten auf Ende der auf die Kündigung folgenden Woche und ab dem dritten Monat auf Ende des der Kündigung folgenden Monats ordentlich gekündigt werden (Art. 12 Abs. 2 Bst. a und b BPG). Art. 12 Abs. 6 BPG sieht vor, dass die dort angeführten Gründe für die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber nur für die Zeit nach Ablauf der Probezeit gelten sollen. Während der Probezeit kommen die Sperrfristen von Art. 336 c OR nicht zur Anwendung (Art. 336c Abs. 1 OR e contrario).

Die Behörde entscheidet über die Kündigung in pflichtgemäßem Ermessen. Bei der Überprüfung derartiger Ermessensfragen auferlegen sich die Beschwerdeinstanzen regelmässig Zurückhaltung. Sie entfernen sich im Zweifel nicht von der Auffassung der Vorinstanz und setzen ihr eigenes Ermessen nicht an Stelle desjenigen der Vorinstanz, soweit es um die Leistungsbeurteilung von Bediensteten des Bundes, um verwaltungsorganisatorische Fragen oder um Probleme der betriebsinternen Zusammenarbeit und des Vertrauensverhältnisses geht (vgl. ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 473 mit Hinweisen; VPB 68.8 E.2, mit Hinweisen). Gleiches gilt auch für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1782/2006 vom 24. Mai 2007 E. 2.4.5 mit Hinweis).

7.2 Weil das Probeverhältnis dazu dient, die Fähigkeit und Eignung eines Bediensteten zu prüfen, sind an die Gründe, aus denen dieses schon seiner Natur nach lockere Verhältnis aufgelöst werden kann, keine allzu strengen Anforderungen zu stellen: Die Kündigung eines Probeverhältnisses durch die Verwaltung ist bereits zulässig, wenn auf Grund der Wahrnehmungen der Vorgesetzten die Annahme hinreichend begründet erscheint, dass der Ausweis der Fähigkeit oder Eignung nicht erbracht ist und voraussichtlich auch nicht mehr erbracht werden kann. Die Auflösung muss vom Betroffenen nicht verschuldet sein und kann sich auf objektive Gründe stützen. Die begründete Feststellung etwa, dass der sich um eine definitive Anstellung Bewerbende dem Stellenprofil nicht entspricht, reicht aus. Dasselbe gilt, wenn aus persönlichen Gründen ein für die vorgesehene Funktion unbedingt nöti-

ges Vertrauensverhältnis nicht aufgebaut werden kann oder auf Grund objektiver Anhaltspunkte eine reibungslose Zusammenarbeit und eine effiziente Verwaltungstätigkeit künftig in Frage gestellt erscheinen (BGE 120 Ib 134 E. 2a mit Hinweisen). Diese Rechtsprechung hat sich seither nicht geändert (vgl. Entscheid der Rekurskommission des Bundesgerichts vom 5. Februar 2005, veröffentlicht in VPB 70.4 E. 4.3.1 mit Hinweisen, Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission [PRK] vom 13. Februar 2004 E. 4, veröffentlicht in VPB 68.90 mit Hinweisen).

7.3 Die Vorinstanz stützt die Kündigung auf die unbestrittene Tatsache, dass der Beschwerdeführer von Dezember 2006 bis Februar 2007 wiederholt sowie seit dem 5. März 2007 ununterbrochen krankheitsbedingt abwesend gewesen ist. Eine befriedigende und fruchtbare Zusammenarbeit sei deshalb nicht möglich gewesen und die Annahme liege nicht fern, dass dies auch in Zukunft so sein werde. Die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit sei als mangelnde Eignung beziehungsweise Tauglichkeit zur Verrichtung der Arbeit anzusehen und sogar ein Grund, der eine ordentliche Kündigung nach Ablauf der Probezeit rechtfertigen würde.

Der Beschwerdeführer bringt vor, die Behauptung der Vorinstanz, wonach er für die Stelle nicht geeignet sei, treffe nicht zu. Es sei Tatsache, dass er am 23. Februar 2007 von seinem Vorgesetzten als geeignet beurteilt worden sei. Ganz offensichtlich hätten die Vorgesetzten erst angesichts seiner langen Krankheitsabsenzen Bedenken gehabt und ein potentiell Risiko gesehen, was weitere Absenzen betreffe. Es werde versucht, den wahren Kündigungsgrund – die Angst vor der Einstellung eines gesundheitlich möglicherweise beeinträchtigten Arbeitnehmers – zu verbergen. Im Übrigen sei er seit Mitte Mai 2007 wieder vollumfänglich arbeitsfähig und gesund.

7.4 Unbenommen der Tatsache, dass im Probeverhältnis an die Gründe zur Auflösung des Arbeitsvertrages keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen (vgl. oben E. 7.2), bleibt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen. Allerdings ist der Arbeitgeber, der eine Kündigung auf Grund gesundheitlicher Probleme der oder des Arbeitnehmenden während der Probezeit ausspricht, gerade nicht gehalten, die in Art. 19 BPG vorgeschriebenen Massnahmen zu ergreifen. Für die Beantwortung der Frage nach der Verhältnismässigkeit

keit ist auf die Sachlage im Zeitpunkt der Aussprechung der Kündigung abzustellen (vgl. BVGE A-499/2007 E. 7.2.2).

7.5 Im Zeitpunkt der Kündigung am 23. Mai 2007 war der Beschwerdeführer bereits während rund eineinhalb Monaten nicht mehr zur Arbeit erschienen. Weder aus dem Schreiben des Beschwerdeführers vom 17. April 2007 noch aus den beigelegten Arztzeugnissen ist zu erkennen, ob eine baldige Genesung zu erwarten gewesen wäre. Der Beschwerdeführer hatte lediglich einige Male versichert, er werde wieder arbeiten kommen, ist dann aber trotzdem nicht erschienen. Mit Schreiben vom 30. April 2007 wurde dem Beschwerdeführer schliesslich Gelegenheit gegeben, Stellung zur angedrohten Kündigung wegen ununterbrochener, krankheitsbedingter Abwesenheit zu nehmen. In seiner Stellungnahme vom 14. Mai 2007 äusserte er sich jedoch nur dahingehend, dass er mit der Kündigung nicht einverstanden sei. Wäre er tatsächlich bereits ab Mitte Mai 2007 wieder vollumfänglich genesen und arbeitsfähig gewesen, hätte er zwischen der Stellungnahme am 14. Mai 2007 und der Kündigung, datierend vom 23. Mai 2007, noch eine gute Woche Zeit gehabt, sich wieder zur Arbeit zu melden oder zumindest den Arbeitgeber entsprechend zu informieren.

7.6 Angesichts dieser Tatsachen ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit nicht zu befehlen. Im Zeitpunkt der Kündigung war aus Sicht der Vorinstanz ein Ende der Krankheit des Beschwerdeführers nicht erkennbar. Damit stützt sich die Kündigung auf ausreichende, sachliche Gründe im Sinne der oben erwähnten Rechtsprechung (E. 7.2) und stand im Ermessen der Verwaltung (vgl. Entscheid der PRK 9/95 E. 2b cc vom 13. November 1995). Die Beschwerde ist somit abzuweisen.

8.

Gemäss Art. 34 Abs. 2 BPG sind bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis das erstinstanzliche Verfahren sowie das Beschwerdeverfahren ausser bei Mutwilligkeit, die vorliegend nicht gegeben ist, kostenlos. Es sind demnach keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Dem Beschwerdeführer als unterliegender Partei steht keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzender Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Beat Forster

Martin Föhse

Rechtsmittelbelehrung:

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse können mit Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden, sofern es um eine vermögensrechtliche Angelegenheit geht, bei welcher der Streitwert mindestens 15'000 Franken beträgt oder bei der sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. Art. 85 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [Bundesgerichtsgesetz, BGG]; SR 173.110). 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, so ist sie innert 30 Tagen seit der Ausfertigung des angefochtenen Urteils zu erheben. Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Sie muss spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (vgl. Art. 42, 48, 54 und 100 BGG).

Versand: