

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

8C 194/2018

Urteil vom 5. Juli 2018

I. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Maillard, Präsident,
Bundesrichterinnen Heine, Viscione,
Gerichtsschreiberin Riedi Hunold.

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dominic Nellen,
Beschwerdeführer,

gegen

Bundesamt für Polizei fedpol,
Sektion Rechtsberatung,
Nussbaumstrasse 29, 3003 Bern,
Beschwerdegegner.

Gegenstand

Öffentliches Personalrecht (ordentliche Kündigung),

Beschwerde gegen den Entscheid
des Bundesverwaltungsgerichts
vom 18. Januar 2018 (A-2953/2017).

Sachverhalt:

A.

A.a. A. _____ war ab 1. September 1998 wegen seiner Kenntnisse der wirtschaftlichen und politischen Verhältnisse im Land X. _____ beim Bundesamt für Polizei (fedpol) im Bereich Bundeskriminalpolizei (BKP) angestellt. Mit Entscheid vom 22. April 2013 (Ressourcenentscheid) übernahm A. _____ für die Zeit vom 2. April bis 31. Dezember 2013 Projektarbeiten bei der Bundesanwaltschaft (BA), was eine Verlegung seines Arbeitsplatzes in die Räumlichkeiten der BA nach sich zog. Gemäss diesem Ressourcenentscheid richtete sich sein Einsatz nach den ihm vom zuständigen Staatsanwalt B. _____ zugeteilten Aufgaben. A. _____ war dessen fachlichen Weisungen und Verantwortung unterstellt. Die BKP verlängerte seinen Einsatz bei der BA bis Ende 2014.

A.b. Nach eigenen Angaben erhielt A. _____ kurz vor Weihnachten 2016 einen Anruf des stellvertretenden Generalstaatsanwaltes von X. _____, welcher ihn bat, infolge einer vertraulichen Mitteilung dringend nach X. _____ zu fliegen. A. _____ teilte dies seinem direkten Vorgesetzten bei der BKP, C. _____, mit, ohne eine Begründung anzugeben. C. _____ lehnte dies ab. A. _____ reiste vom 27. bis 29. Dezember 2016 dennoch nach X. _____.

A.c. Am 4. Januar 2017 verlangte C. _____, der in der Zwischenzeit von dieser Reise erfahren hatte, eine schriftliche Erklärung von A. _____ und forderte diesen auf, den Diplomatenpass beim Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) zu retournieren. Der angeordneten Hinterlegung kam A. _____ erst nach erneuter Aufforderung am 13. Februar 2017 nach. Bereits am 4. Januar 2017 hatte sich A. _____ schriftlich geäußert: Er habe vermutet, dass es um den sogenannten Fall Y. _____ gegangen sei. Normalerweise komme der stellvertretende Generalstaatsanwalt in dieser Angelegenheit nach Genf, wo er diesen auf eigene Kosten in seiner Freizeit treffe. Das Besprochene kommuniziere er im Anschluss den betroffenen Personen. Er habe den zuständigen Staatsanwalt über die Reise nach X. _____ nicht informiert und keinen Dienstreiseantrag eingereicht, da er privat gereist sei und seine Ferientage dafür verwendet habe. Die Generalstaatsanwaltschaft habe die Hotelkosten übernommen, die übrigen Kosten habe er selbst getragen. Es sei ihm klar gewesen, dass geschäftliche Dinge besprochen würden. Er habe seinen Diplomatenpass benutzt, was nicht unproblematisch sei. Er habe aber der BA und BKP einen Mehrwert gebracht, der dies gerechtfertigt habe. Die Beantragung eines Visums sei aus zeitlichen Gründen nicht möglich gewesen. In X. _____ seien gemeinsam bearbeitete Fälle besprochen worden. Auch habe ohne sein vorheriges Wissen ein Treffen mit der Anwältin des Beschuldigten im sogenannten Fall Z. _____ sowie mit den Anwälten von D. _____ stattgefunden. Er habe jeweils die Interessen der BA vertreten und deren Standpunkt klar gemacht. Er habe am 3. Januar 2017 B. _____ Bericht erstattet und dieser habe sich zufrieden gezeigt.

A.d. Das fedpol reichte am 8. Februar 2017 bei der BA eine Strafanzeige wegen Verdachts auf Amtsanmassung, Amtsmissbrauch, Verletzung des Amtsgeheimnisses und des Sich-bestechen-lassens ein.

A.e. Mit Vereinbarung vom 15. Februar 2017 wurde A. _____ per sofort und bis 31. August 2017 freigestellt. Nachdem Vergleichsgespräche gescheitert waren, kündigte das fedpol das Arbeitsverhältnis mit Verfügung vom 20. April 2017 per 31. August 2017. Es begründete dies mit illoyalem Verhalten, der bewussten Widersetzung gegen Anordnungen des Vorgesetzten und der Verletzung der Dokumentationspflicht, welche eine Kontrolle seiner Arbeit verunmöglicht habe. Sein ausserdienstliches Verhalten habe die ordnungsgemässe Aufgabenerfüllung durch das fedpol beeinträchtigt und das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Verwaltung sowie jenes der Arbeitgeberin in ihn als Arbeitnehmer beschädigt. Zudem habe er die Vorschriften bezüglich der Verwendung des Diplomatenpasses und die Bestimmungen bezüglich Nebenbeschäftigungen missachtet. Angesichts dieses grossen Vertrauensverlustes sei die ordentliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses auch ohne vorherige Mahnung gerechtfertigt.

B.

Das Bundesverwaltungsgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 18. Januar 2018 ab.

C.

A. _____ lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen mit dem Antrag, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben und er sei weiterzubeschäftigen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Subeventualiter sei ihm eine Entschädigung in der Höhe eines Jahreslohns zu bezahlen.

Das fedpol schliesst auf Abweisung der Beschwerde.

D.

Mit Eingabe vom 22. Mai 2018 äusserte sich A. _____ zur Stellungnahme des fedpol und liess an seinen Begehren festhalten.

Erwägungen:

1.

Die Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt, da die Beschwerde unter Einhaltung der gesetzlichen Frist (Art. 100 Abs. 1 BGG) und Form (Art. 42 BGG) von einer durch die Entscheidung besonders berührten Partei mit einem schutzwürdigen Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 89 Abs. 1 BGG) eingereicht wurde

und sich das Rechtsmittel gegen einen von einer zulässigen Vorinstanz (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG) gefällten Endentscheid (Art. 90 BGG) in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG) richtet und keine der in Art. 83 BGG erwähnten Ausnahmen greift. Weiter ist der erforderliche Streitwert nach Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG gegeben.

2.

2.1. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 und 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Pflicht zur Begründung der Beschwerde (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 141 V 234 E. 1 S. 236 mit Hinweisen).

2.2. Nach Art. 105 BGG legt das Bundesgericht seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Abs. 1). Es kann diese Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Abs. 2). Die Voraussetzungen für eine Sachverhaltsrüge nach Art. 97 Abs. 1 BGG und für eine Berichtigung des Sachverhalts von Amtes wegen nach Art. 105 Abs. 2 BGG stimmen im Wesentlichen überein. Soweit es um die Frage geht, ob der Sachverhalt willkürlich oder unter verfassungswidriger Verletzung einer kantonalen Verfahrensregel ermittelt worden ist, sind strenge Anforderungen an die Begründungspflicht der Beschwerde gerechtfertigt. Entsprechende Beanstandungen sind vergleichbar mit den in Art. 106 Abs. 2 BGG genannten Rügen. Demzufolge genügt es nicht, einen von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abweichenden Sachverhalt zu behaupten. Vielmehr ist in der Beschwerdeschrift nach den erwähnten gesetzlichen Erfordernissen darzulegen, inwiefern diese Feststellungen willkürlich bzw. unter Verletzung einer verfahrensrechtlichen Verfassungsvorschrift zustande gekommen sind. Andernfalls können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der von den Feststellungen im angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden. Vorbehalten bleiben offensichtliche Sachverhaltsmängel im Sinne von Art. 105 Abs. 2 BGG, die dem Richter geradezu in die Augen springen (BGE 133 IV 286 E. 6.2 S. 288; 133 II 249 E. 1.4.3 S. 255).

3.

Es kann offen bleiben, ob das vor Bundesgericht erstmals eingereichte Schreiben vom 1. Dezember 2014 auch unter Berücksichtigung des erst nach Erlass des vorinstanzlichen Entscheids ermöglichten Zugangs zu diesem ein unzulässiges Novum darstellt (Art. 99 Abs. 1 BGG). Denn ihm sind keine Umstände zu entnehmen, die zu einer anderen Einschätzung der Sach- oder Rechtslage führen würden. Die mit Eingabe vom 22. Mai 2018 eingereichten Unterlagen sind unzulässige Noven, so dass auf sie nicht weiter einzugehen ist.

4.

Die Vorinstanz hat die Bestimmungen und Grundsätze über das Weisungsrecht des Arbeitgebers (Art. 6 Abs. 2 BPG in Verbindung mit Art. 321d OR), die ordentlichen Kündigungsgründe der Verletzung wichtiger vertraglicher oder gesetzlicher Pflichten resp. der Mängel in der Leistung oder im Verhalten (Art. 10 Abs. 3 lit. a und b BPG) sowie die allgemeine Treuepflicht (Art. 20 Abs. 1 BPG; 136 I 332 E. 3.2.1 S. 335; Urteil 8C 541/2015 vom 19. Januar 2016 E. 6), namentlich bei Angehörigen der Polizei (Urteil 8C 146/2014 vom 26. Juni 2014 E. 5.5), zutreffend dargelegt. Dasselbe gilt für den ausnahmsweisen Verzicht auf eine vorherige Mahnung (BGE 143 II 443 E. 7.5 S. 457 mit Hinweisen), die Massnahmen bei unverschuldeter Auflösung des Arbeitsverhältnisses (Art. 19 Abs. 2 und 3 BPG) sowie den Anspruch auf eine Entschädigung bei unrechtmässig erfolgten Kündigungen (Art. 34b und Art. 34c BPG). Darauf wird verwiesen.

5.

5.1. Das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid

in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 136 I 184 E. 2.2.1 S. 188, 229 E. 5.2 S. 236).

5.2. Der Beschwerdeführer rügt mehrfach, die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, weil ihr Entscheid nicht den Begründungsanforderungen genüge. Diesem Einwand kann nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz hat hinreichend dargelegt, von welchen Überlegungen sie sich hat leiten lassen und auf welche Unterlagen sie ihren Entscheid stützt. Dies gilt namentlich in Bezug auf die Qualifizierung der Verletzung von vertraglichen oder gesetzlichen Arbeitnehmerpflichten als sehr schwer (E. 4.4.1 des vorinstanzlichen Entscheids) sowie den ausnahmsweisen Verzicht auf eine Mahnung infolge des zerstörten Vertrauensverhältnisses der BKP in den Beschwerdeführer als auch jenes der Öffentlichkeit in die BKP unter Verweis auf die dargelegten Ereignisse (E. 4.4.3 des vorinstanzlichen Entscheids).

6.

Die Einwände des Beschwerdeführers gegen die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz erschöpfen sich weitgehend in appellatorischer Kritik und beschränken sich im Übrigen auf eine Darlegung der eigenen Sichtweise. Es wird jedoch nicht aufgezeigt, inwiefern die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz sowohl in der Begründung als auch im Ergebnis willkürlich sein sollen (vgl. E. 2.2). Soweit er geltend macht, er sei gar nicht bei der BKP angestellt, sondern faktischer Mitarbeiter der BA, kann ihm nicht gefolgt werden. Einerseits war sein Einsatz bei der BA anfänglich bis 31. Dezember 2013 befristet und wurde in der Folge bis 31. Dezember 2014 verlängert. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, bei befristeten Verhältnissen von deren Auslaufen auszugehen, sofern sie nicht explizit verlängert werden, ist nicht willkürlich. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Beschwerdeführer weiterhin Aufgaben für die BA ausführte. Die Vorinstanz hat diesbezüglich zu Recht auf das Weisungsrecht der Staatsanwaltschaft nach Art. 15 Abs. 2 StPO verwiesen. Andererseits ist der Beschwerdeführer selbst davon ausgegangen, dass er nach wie vor bei der BKP angestellt war, hat er doch bei C._____ und nicht beim zuständigen Staatsanwalt um Erlaubnis für die Reise nach X._____ ersucht. Damit hat es beim vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt sein Bewenden.

7.

7.1. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, sowohl die BKP als auch die BA seien mit seinen Leistungen stets zufrieden gewesen, kann er daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Einem Arbeitnehmer kann auch bei tadellosen Arbeitsleistungen gekündigt werden, etwa wenn er sich nicht an die Weisungen des Arbeitgebers oder an interne Reglemente hält (Urteil 8C 541/2015 vom 19. Januar 2016 E. 6 in fine). So hat das Bundesgericht die Nichtbefolgung einer expliziten Anweisung des Arbeitgebers als schwere Verletzung der vertraglichen Pflichten gewertet (Urteil 8C 346/2015 vom 9. Juli 2015 E. 6.4). Damit hat die Vorinstanz das Verhalten des Beschwerdeführers, der sich über eine explizite Anweisung seines Vorgesetzten hinweggesetzt hatte (Reise nach X._____) und einer anderen Anweisung erst nach erneuter Aufforderung nachgekommen war (Hinterlegung des Diplomatenpasses) sowie über längere Zeit ausserdienstliche Treffen ohne Wissen seines Vorgesetzten wahrnahm, zu Recht als schwere Verletzungen seiner Pflichten nach Art. 10 Abs. 3 lit. a BPG qualifiziert.

7.2. Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, die Vorinstanz habe seinen Einsatz für einen erfolgreichen Abschluss des von der Einstellung bedrohten Verfahrens Y._____ nicht gewürdigt. Dieser Einwand ist unbehelflich. Denn der Beschwerdeführer hat gegenüber C._____ keine Begründung für seine Reise nach X._____ angegeben, als er diesen über seine Pläne informierte. Auch hatte er sich nicht mit dem zuständigen Staatsanwalt abgesprochen. Dass Letzterer im Nachhinein seinen Einsatz guthiess, vermag die Nichtbefol-

gung einer konkreten Anweisung seines Vorgesetzten nicht zu rechtfertigen.

7.3. Der Beschwerdeführer rügt, der Hinweis der Vorinstanz auf den Vertrauensverlust genüge nicht als Begründung, dass ausnahmsweise auf eine Mahnung verzichtet werden könne, und die Kündigung sei ohne vorherige Mahnung auch unverhältnismässig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BV.

Ein Angestellter des öffentlichen Dienstes ist verpflichtet, während und ausserhalb der Arbeitszeit ein Verhalten anzunehmen, das sich der Achtung und des Vertrauens würdig erweist, das seine Stellung erfordert, und alles zu unterlassen, was die Interessen des Staates beeinträchtigt. Er hat insbesondere alles zu unterlassen, was das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Integrität der Verwaltung und ihrer Angestellten beeinträchtigen und was die Vertrauenswürdigkeit gegenüber dem Arbeitgeber herabsetzen würde. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das zu beanstandende Verhalten in der Öffentlichkeit bekannt geworden ist und Aufsehen erregt hat. Für Polizeiangehörige gelten demnach besonders hohe Anforderungen, da sie mehr als andere Angestellte die Staatsgewalt verkörpern (Urteil 8C 146/2014 vom 26. Juni 2014 E. 5.5).

Angesichts der schwerwiegenden Verletzungen von vertraglichen und gesetzlichen Pflichten durch den Beschwerdeführer ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Voraussetzungen für den ausnahmsweisen Verzicht auf eine vorherige Mahnung (BGE 143 II 443 E. 7.5 S. 457; Urteil 8C 176/2015 vom 9. Februar 2016 E. 3.2) bejaht hat. Denn die ihm zur Last gelegten Verfehlungen zerstörten nicht nur das Vertrauen der BKP in ihn auf nachhaltige Weise, sondern vermögen auch das Vertrauen der Öffentlichkeit in das tadellose Verhalten von Mitarbeitern der BKP erheblich zu beeinträchtigen. Eine blosser Mahnung hätte das Vertrauensverhältnis unter Berücksichtigung der Position des Beschwerdeführers als Ermittler in Strafsachen nicht wiederhergestellt und war angesichts seiner erneuten Missachtung einer konkreten Weisung des Vorgesetzten (verzögerte Hinterlegung des Diplomatenpasses) sowie der über einen längeren Zeitraum erfolgten ausserdienstlichen Treffen mit dem stellvertretenden Generalstaatsanwalt von X. _____ ohne Wissen seiner Vorgesetzten auch nicht erfolgversprechend (Urteil 8C 176/2015 vom 9. Februar 2016 E. 3.4).

7.4. Schliesslich vermag der Beschwerdeführer mit dem Einwand, die Kündigung sei rechtsmissbräuchlich, weil sie erfolgt sei, ohne das Ergebnis des Strafverfahrens abzuwarten, nicht durchzudringen. Die BKP hatte mit der Freistellung keine legitimen Erwartungen beim Beschwerdeführer erweckt, wonach die Angelegenheit durch das Strafverfahren geklärt werde. Vielmehr wurde in der Vereinbarung vom 15. Februar 2017 explizit festgehalten, die personalrechtliche Beurteilung des Sachverhalts, der zur Einreichung der Strafanzeige geführt habe, erfolge unabhängig von dessen strafrechtlicher Würdigung. Somit ist der BKP kein treuwidriges Vorgehen (vgl. Urteil 8C 895/2015 vom 8. März 2016 E. 5.2.3) vorzuwerfen.

7.5. Da die Kündigung nicht zu beanstanden ist, hat der Beschwerdeführer weder Anspruch auf eine Entschädigung noch auf Weiterbeschäftigung.

8.

Das Verfahren ist kostenpflichtig. Der unterliegende Beschwerdeführer hat die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Das fedpol hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung, da es im Rahmen seines amtlichen Wirkungskreises tätig war (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3000.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Bundesverwaltungsgericht schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 5. Juli 2018

Im Namen der I. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Maillard

Die Gerichtsschreiberin: Riedi Hunold