



---

Abteilung I  
A-411/2007  
{T 0/2}

## **Urteil vom 25. Juni 2007**

Mitwirkung: Richter Christoph Bandli (Vorsitz); Richter Beat Forster; Richter  
Florence Aubry Girardin; Gerichtsschreiberin Michelle  
Eichenberger.

A. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Nicole Vögeli Galli,

**gegen**

**Bundesamt für Kultur (BAK),**

**Eidgenössisches Departement des Innern EDI,**  
Vorinstanz,

betreffend  
**Auflösung des Arbeitsverhältnisses; Verfügung des EDI vom 22. Dezember  
2006.**

**Sachverhalt:**

- A. Im Rahmen eines Einsatzprogramms war A. \_\_\_\_\_ vom 1. Juni 2001 bis am 30. November 2001 zu 100% beim Schweizerischen Landesmuseum angestellt. Auf den 1. Januar 2002 wurde sie vom Bundesamt für Kultur (BAK) mittels unbefristetem öffentlich-rechtlichem Arbeitsvertrag vom 6. Dezember 2001 mit einem Beschäftigungsgrad von 50% als Mitarbeiterin Logistik engagiert. Dieser Vertrag wurde durch einen neuen Arbeitsvertrag vom 17. Januar 2003, mit Inkrafttreten rückwirkend auf den 1. Januar 2003, ersetzt.
- B. A. \_\_\_\_\_ unterzeichnete am 7. Oktober 2005 ein Protokoll, dem zu entnehmen ist, der Bereich Logistik werde am 29. Juli 2005 von Zürich nach Affoltern am Albis verlegt. Alle Mitarbeitenden hätten ihren Arbeitsort ab dem 1. Dezember 2005 folglich nicht mehr in Zürich, sondern in Affoltern am Albis. Gemäss Protokoll hat A. \_\_\_\_\_ am 7. Oktober 2005 zwei Exemplare des entsprechend angepassten Arbeitsvertrages erhalten, verbunden mit der Mitteilung, es trete die ordentliche Kündigungsfrist in Kraft, wenn sie bis am 30. Oktober 2005 kein unterzeichnetes Vertragsexemplar an die Arbeitgeberin zurücksende.
- C. Da A. \_\_\_\_\_ keine unterzeichnete Vertragskopie retourniert hat, stellte ihr das BAK am 23. Dezember 2005 einen Verfügungsentwurf betreffend Änderung des Arbeitsortes zu. In ihrer schriftlichen Stellungnahme vom 30. Dezember 2005 hielt A. \_\_\_\_\_ fest, aufgrund der Kinderbetreuung könne sie den neuen, zeitlich längeren Arbeitsweg nicht in Kauf nehmen. Sie bedaure, auf diese Art beim Schweizerischen Landesmuseum aufhören zu müssen. Am 18. Januar 2006 stellt das BAK A. \_\_\_\_\_ eine Vereinbarung zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu; verbunden mit der Bitte um Unterzeichnung und Rücksendung bis am 26. Januar 2006.
- D. Durch ein Unfallereignis ist A. \_\_\_\_\_ seit dem 13. Januar 2006 zu 100% arbeitsunfähig bzw. seit dem 27. Februar 2006 zu 100% krankgeschrieben. Die Unterzeichnung dreier Arbeitsaufhebungsvereinbarungen (9. Februar 2006, 13. März 2006, 3. August 2006) scheiterte.
- E. Mit Verfügung vom 22. September 2006 kündigte das BAK das Arbeitsverhältnis mit A. \_\_\_\_\_ per 31. Januar 2007. Die Lohnfortzahlung höre mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses per 31. Januar 2007 auf. Der Betrag von Feriensaldo, Mehrstunden, Treueprämie und weiterer Guthaben werde A. \_\_\_\_\_ auf ihr Lohnkonto überwiesen. Zudem entzog das BAK der Beschwerde die aufschiebende Wirkung.
- F. Mit Entscheid vom 22. Dezember 2006 wies das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) die gegen die Verfügung des BAK erhobene Beschwerde von A. \_\_\_\_\_ ab. Der neue Arbeitsort sei ihr zumutbar. Weil sie diesen jedoch nicht akzeptiere, könne das Arbeitsverhältnis durch den Arbeitgeber gekündigt werden. Da das BAK die Sperrfrist bei Krankheit gemäss Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des

Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Obligationenrecht [OR], SR 220) berücksichtigt habe, sei die Kündigung rechtmässig erfolgt. Eine Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 56 der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV, SR 172.220.111.3), welche über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus bestehe, existiere vorliegend nicht. A.\_\_\_\_\_ habe eine ihr zumutbare Stelle nicht angenommen und habe somit ihre Kündigung selber verschuldet. Die Krankheit sei nach dem Vorliegen eines gesetzlichen Kündigungsgrundes eingetreten. Folglich schulde ihr das BAK per 31. Januar 2007 keinen Lohn mehr. Schliesslich bestehe bei Barauszahlung der Treueprämie von 5 Arbeitstagen gemäss Art. 73 BPV kein Anspruch auf Zins.

- G. Mit Eingabe vom 16. Januar 2007 führt A.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin) gegen den Entscheid des EDI (Vorinstanz) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Die Beschwerdeführerin verlangt mittels Hauptbegehren die Aufhebung sowohl des angefochtenen Entscheids der Vorinstanz (Rechtsbegehren 1) als auch der Verfügung des BAK (Rechtsbegehren 2). Zudem sei ihr die Treueprämie von 5 Arbeitstagen nach Art. 73 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Abs. 3 Satz 2 BPV auszubezahlen, zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. Juni 2006, ev. seit dem 8. September 2006 (Rechtsbegehren 3). Schliesslich sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Rechtsbegehren 4). Eventualiter sei der Entscheid der Vorinstanz vollumfänglich aufzuheben (Eventualantrag 1). Ebenso sei das Dispositiv Ziff. 2 der Verfügung des BAK aufzuheben und festzustellen, dass die Lohnzahlung gemäss Art. 56 BPV über das Ende des Arbeitsverhältnisses am 31. Januar 2007 geschuldet sei, sofern die Beschwerdeführerin über dieses Datum hinaus arbeitsunfähig sei; unter dem Vorbehalt der Änderung des Begehrens hin zur stufenweisen Erhebung des Leistungsbegehrens nach Eintritt der Fälligkeit (Eventualantrag 2). Des Weiteren sei der Beschwerdeführerin die Treueprämie von 5 Arbeitstagen nach Art. 73 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Abs. 3 Satz 2 BPV auszubezahlen, zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. Juni 2006, ev. seit dem 8. September 2006 (Eventualantrag 3) und der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Eventualantrag 4). Subeventualiter verlangt die Beschwerdeführerin die Aufhebung des Entscheides der Vorinstanz und die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz (Subeventualbegehren 1). Zudem sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Subeventualbegehren 2).

Die Beschwerdeführerin räumt ein, die Kündigung vom 22. September 2006 sei infolge Ablaufs der Sperrfrist grundsätzlich zulässig gewesen. Hingegen bestehe bezüglich der Anwendbarkeit von Art. 56 BPV Uneinigkeit zwischen den Parteien. Die Beschwerdeführerin sei nach wie vor zu 100% arbeitsunfähig. Da mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich auch die Lohnfortzahlungspflicht ende, könne sich der Arbeitgeber in Fällen, in denen die Lohnfortzahlungspflicht länger als die Kündigungsfrist daure, seiner Lohnfortzahlungspflicht durch Kündigung entziehen. Eine Koordinationsregelung hinsichtlich Sperrfristbestimmungen und der Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 56 BPV bestehe nicht, weshalb

Art. 56 BPV gemäss den allgemeinen Auslegungsmethoden zu prüfen sei. Die Auslegung ergebe, dass die Lohnfortzahlungspflicht auch im Falle einer Kündigung weiter bestehe bzw. das Arbeitsverhältnis aufgrund von Art. 56 BPV nicht gekündigt werden könne. Zum gleichen Schluss komme man auch, wenn von einer echten Lücke ausgegangen werde. Zudem sei die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses auch zwecks Gewährleistung der Renten vorzunehmen. Schliesslich treffe die Beschwerdeführerin kein Verschulden. Denn die Lohnzahlung im Krankheitsfall richte sich einzig nach den Voraussetzungen von Art. 56 BPV. Hinsichtlich der Treueprämie habe sie Anspruch auf Barabgeltung. Dieser Anspruch entstehe mit Vollendung des fünften Dienstjahres, mithin am 31. Mai 2006. Folglich trete ab dem 1. Juni 2006 oder spätestens mit Geltendmachung am 7. September 2006 Verzug ein, womit Verzugszins von 5% geschuldet sei.

- H. Mit Noveneingabe vom 1. März 2007 beantragt die Beschwerdeführerin, der Eventualantrag 2 sei dahingehend neu zu formulieren, als das Dispositiv Ziff. 2 der Verfügung des BAK vom 22. September 2006 aufzuheben sei. Das BAK sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin Fr. 2'369.80 brutto Monatslohn, Fr. 212.25 brutto Ortszuschlag und Fr. 557.15 netto Betreuungszulage, alles für Februar 2007, zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. März 2007, zu bezahlen. Weiter sei festzustellen, dass die Lohnzahlung gemäss und entsprechend Art. 56 BPV über das Ende des Arbeitsverhältnisses am 31. Januar 2007 geschuldet sei, sofern die Beschwerdeführerin über den 31. Januar 2007 hinaus arbeitsunfähig sei; unter dem Vorbehalt der Änderung des Begehrens hin zur stufenweisen Erhebung des Leistungsbegehrens nach Eintritt der Fälligkeit der monatlichen Lohnbetreffnisse. Die Beschwerdeführerin bringt vor, diese Änderung des Rechtsbegehrens sei infolge Nichtleistung der Lohnzahlung für Februar 2007 erforderlich.
- I. Die Vorinstanz verlangt in ihrer Vernehmlassung vom 6. März 2007 die Abweisung der Beschwerde. Sie verweist vollumfänglich auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid und auf die Stellungnahme des BAK (Vernehmlassungsbeilage 1). Des Weiteren hält die Vorinstanz fest, eine Barabgeltung des Anspruchs auf eine Treueprämie von einer Woche Urlaub sei gesetzlich nicht vorgesehen. Die Ausrichtung als Barbetrag stelle vorliegend ein Entgegenkommen seitens des BAK dar und begründe keinen Rechtsanspruch, weshalb auch auf eine Verzinsung kein Anspruch bestehe. Ein gleicher Fall sei weder ihr noch dem BAK bekannt, weshalb hierzu auch keine Praxis existiere. Praxis sei jedoch, dass bei einer nachträglichen Umwandlung von 2 Wochen oder 1 Monat Freizeit in einen Barbetrag kein Verzugszins geschuldet sei.
- J. Die Beschwerdeführerin stellt mit Noveneingabe vom 2. April 2007 das Begehren, der Eventualantrag 2 sei dahingehend neu zu formulieren, als das Dispositiv Ziff. 2 der Verfügung des BAK vom 22. September 2006 aufzuheben sei. Das BAK sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin Fr. 2'369.80 brutto Monatslohn, Fr. 212.25 brutto Ortszuschlag und Fr. 557.15 netto Betreuungszulage, alles für Februar 2007 und alles zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. März 2007 sowie Fr. 2'132.80 brutto Mo-

natslohn, Fr. 191.00 brutto Ortszuschlag und Fr. 557.15 netto Betreuungszulage, alles für März 2007 und alles zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. April 2007, zu bezahlen. Weiter sei festzustellen, dass die Lohnzahlung gemäss und entsprechend Art. 56 BPV über das Ende des Arbeitsverhältnisses am 31. Januar 2007 geschuldet sei, sofern die Beschwerdeführerin über den 31. Januar 2007 hinaus arbeitsunfähig sei; unter dem Vorbehalt der Änderung des Begehrens hin zur stufenweisen Erhebung des Leistungsbegehrens nach Eintritt der Fälligkeit der monatlichen Lohnbetriffnisse. Die Beschwerdeführerin führt aus, infolge Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit sei ab dem 1. März 2007 der Lohn und der als Lohnbestandteil zu betrachtende, AHV-pflichtige Ortszuschlag noch zu 90% geschuldet.

- K. Mit Noveneingabe vom 2. Mai 2007 beantragt die Beschwerdeführerin die Ergänzung ihres Eventualantrags 2 dahingehend, dass das BAK zu verpflichten sei, ihr Fr. 2'132.80 brutto Monatslohn, Fr. 191.- brutto Ortszuschlag und Fr. 557.15 netto Betreuungszulage, alles für April 2007 und alles zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. Mai 2007, zu bezahlen.
- L. Die Beschwerdeführerin stellt mit Noveneingabe vom 7. Juni 2007 den Antrag, ihr Eventualantrag 2 sei dahingehend zu ergänzen, dass das BAK zu verpflichten sei, ihr Fr. 2'132.80 brutto Monatslohn, Fr. 191.- brutto Ortszuschlag und Fr. 557.15 netto Betreuungszulage, alles für Mai 2007 und alles zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. Juni 2007, zu bezahlen.
- M. Auf weitere Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

1. Beschwerden gegen Entscheide des EDI im Bereich des Personalrechts werden, da keine Ausnahme nach Art. 32 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) vorliegt, vom Bundesverwaltungsgericht beurteilt (vgl. Art. 31 VGG i.V.m. Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021] und Art. 33 Bst. d VGG). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).
2. Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG befugt, wer durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin des angefochtenen Entscheids zur Beschwerde legitimiert.
3. Als Regel kommt der Verwaltungsbeschwerde aufschiebende Wirkung zu (Art. 55 Abs. 1 VwVG). Zweck der aufschiebenden Wirkung ist es, die nachteiligen Auswirkungen der Verfügung solange nicht eintreten zu lassen, bis über deren Rechtmässigkeit entschieden ist. Beschwerdeführenden wird insoweit ein umfassender vorläufiger Rechtsschutz gewährt, als

der rechtliche und tatsächliche Zustand, der Status quo, wie er vor Erlass der Verfügung bestanden hat, bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in der Sache aufrechterhalten bleibt (ALFRED KÖLZ / ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 647 ff.). Vorliegend hat weder die Vorinstanz in ihrem Entscheid einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen noch ist dies im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht erfolgt. Weil der Entzug der aufschiebenden Wirkung an eine Instanz gebunden ist und darüber hinaus keine weitere Wirkung entfaltet (ANDRÉ MOSER / PETER UEBERSAX, *Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen*, Basel 1998, S. 92 Fn 40), erweist sich der Antrag der Beschwerdeführerin um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung somit als obsolet. Ausserdem ist dieser Antrag mit dem Entscheid in der Hauptsache gegenstandslos geworden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6A.48/2006 E. 4 vom 4. September 2006).

4. Die Beschwerdeführerin verlangt mittels Eventualbegehren unter anderem, Dispositiv Ziff. 2 der Verfügung des BAK sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Lohnzahlung über das Ende des Arbeitsverhältnisses am 31. Januar 2007 geschuldet sei, sofern die Beschwerdeführerin über dieses Datum hinaus arbeitsunfähig sei. Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Feststellungsbegehrens ist das Vorliegen eines Feststellungsinteresses. Ein solches ist gegeben, wenn die antragstellende Person ohne die verbindliche und sofortige Feststellung des Bestandes, Nichtbestandes oder Umfangs öffentlichrechtlicher Rechte und Pflichten Gefahr liefe, dass sie oder die Behörde ihr nachteilige Massnahmen treffen oder ihr günstige unterlassen würde. Ein rechtliches Interesse ist nicht erforderlich, vielmehr genügt auch ein bloss tatsächliches Interesse (vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 200 ff.). Die gesuchstellende Person, die ihr schutzwürdiges Interesse mit einem Leistungs- oder Gestaltungsbegehren wahren kann, hat ein solches und nicht nur ein auf Feststellung gerichtetes Begehren zu stellen, sofern ihr daraus nicht unzumutbare Nachteile entstehen (Grundsatz der Subsidiarität der Feststellungsverfügung; vgl. THOMAS MERKLI / ARTHUR AESCHLIMANN / RUTH HERZOG, *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern*, Bern 1997, N. 20 zu Art. 49, mit Hinweisen; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 207). Im vorliegenden Fall kommt dem obgenannten Begehren um Feststellung, die Lohnfortzahlungspflicht bestehe über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus, neben dem Antrag, die Verfügung der Vorinstanz sei aufzuheben, selbständige Bedeutung zu. Folglich ist darauf einzutreten.
5. Da Eingabeform und -frist sowie die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen gewahrt sind (Art. 11, 50 und 52 Abs. 1 VwVG), ist auf die Beschwerde einzutreten.
6. Das Bundesverwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

7. Die Beschwerdeführerin räumt ein, die Kündigung vom 22. September 2006 sei infolge Ablaufs der Sperrfrist grundsätzlich zulässig gewesen. Sie macht jedoch geltend, die Lohnfortzahlungspflicht im Krankheitsfall stelle einen Fall vertraglicher Leistung ohne Gegenleistung dar. Da mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich auch die Lohnfortzahlungspflicht ende, könne sich der Arbeitgeber in Fällen, in denen die Lohnfortzahlungspflicht länger als die Kündigungsfrist daure, seiner Lohnfortzahlungspflicht durch Kündigung entziehen. Sehe der Arbeitsvertrag ohne Vorbehalt langfristige Versicherungsleistungen vor, sei davon auszugehen, dass diese nach dem Parteiwillen das Vertragsende überdauern sollten. Ansonsten ergäbe der langfristige Sozialschutz kaum einen Sinn. Dies müsse auch für langfristige Leistungszusagen des Arbeitgebers selbst gelten, wenn kein entsprechender Vorbehalt in den Vertrag aufgenommen worden sei. Eine Koordinationsregelung hinsichtlich Sperrfristbestimmungen und der Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 56 BPV bestehe nicht, weshalb Art. 56 BPV gemäss den allgemeinen Auslegungsmethoden zu prüfen sei. Der Wortlaut wie auch der Sinn der Norm würden klar ergeben, dass die Lohnfortzahlungspflicht auch im Falle einer Kündigung weiter bestehe bzw. das Arbeitsverhältnis aufgrund von Art. 56 BPV nicht gekündigt werden könne. Zum gleichen Schluss komme man auch, wenn von einer echten Lücke ausgegangen werde. Lohn als Leistungszusage sei während dem laufenden Arbeitsverhältnis zu zahlen. Aufgrund der Leistungszusage von Art. 56 BPV könne folglich das Arbeitsverhältnis der Beschwerdeführerin nicht gekündigt werden. Zudem sei die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses auch zwecks Gewährleistung der Renten vorzunehmen. Hinsichtlich der Frage des Verschuldens an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses gelte es zu differenzieren: Das Verschulden an der Kündigung beschlage die Folgen der Kündigung, mithin die Frage nach der Entschädigung für die Kündigung. Eine solche werde vorliegend jedoch nicht verlangt. Aus dem Umstand, dass der neue Arbeitsweg für die Beschwerdeführerin zumutbar sei, könne indes kein Verschulden mit Verlust der Ansprüche aus Art. 56 BPV abgeleitet werden. Denn die Lohnzahlung im Krankheitsfall richte sich einzig nach den Voraussetzungen von Art. 56 BPV. Nur wenn die Krankheit absichtlich oder grob fahrlässig herbeigeführt worden sei, nicht jedoch wenn eine an sich zumutbare neue Arbeit nicht angenommen werde, falle eine Kürzung der Leistung in Betracht.
- 7.1 Die Vorinstanz hält dem entgegen, zwischen den Bestimmungen betreffend Kündigung zu Unzeit und denjenigen betreffend Lohnfortzahlungspflicht im Falle von Krankheit oder Unfall bestehe kein direkter Zusammenhang, auch fehle eine Koordinationsregel. Zudem gebe es im öffentlichen Recht keine Bestimmung oder Verpflichtung zum Abschluss einer Taggeldversicherung für den Krankheitsfall von Mitarbeitenden. Auch bestehe weder im Bundesrecht noch im öffentlich-rechtlichen Anstellungsvertrag eine explizite oder stillschweigende Bestimmung, wonach der Lohn im Falle von Krankheit auch dann noch bezahlt werden müsse, wenn das Arbeitsverhältnis beendet worden sei. Entscheidend sei, warum ein Arbeitsverhältnis habe aufgehoben werden müssen. Wenn ein gesetzlicher Kündigungs-

grund ausschlaggebend gewesen sei, gelte die Aufhebung als verschuldet. Folglich wäre es stossend, über die Dauer des Arbeitsverhältnisses hinaus Lohn zu bezahlen.

8. Die Parteien sind sich vorliegend einig, dass die durch das BAK mittels Verfügung vom 22. September 2006 ausgesprochene Kündigung mit Einhaltung der 180-tägigen Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen hinsichtlich Zumutbarkeit auf den 31. Januar 2007 grundsätzlich rechtmässig war. Der Beschwerdeführerin wurde somit durch das BAK rechtsgültig auf den 31. Januar 2007 gekündigt. Zudem besteht Einigkeit darüber, dass die Beschwerdeführerin seit dem 13. Januar 2006 zu 100% arbeitsunfähig ist. Umstritten ist jedoch, ob aufgrund von Art. 56 BPV der Lohn über die rechtmässige Auflösung des Arbeitsverhältnisses hinaus zu entrichten ist bzw. die in Art. 56 BPV statuierte Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit oder Unfall die an sich rechtmässige Kündigung verunmöglicht.
9. Art. 6 Abs. 2 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) sieht vor, dass, soweit dieses Gesetz und andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen, für das Arbeitsverhältnis sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des OR gelten. Gemäss Botschaft vom 14. Dezember 1998 zum BPG war der Wille des Gesetzgebers, mit der Deklaration der sinngemässen Anwendbarkeit der einschlägigen Bestimmung des OR das Arbeitsrecht des öffentlichen Dienstes an jenes der Privatwirtschaft anzunähern (Botschaft, BBl 1999 II 1609). Wird vorliegend eine sich stellende Rechtsfrage weder durch das BPG noch die dazugehörige Verordnung geregelt, sind folglich die Prinzipien des Privatrechts ergänzend heranzuziehen.
10. Nach Ablauf der Probezeit darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen (Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR).
- 10.1 Gemäss Art. 56 BPV bezahlt der Arbeitgeber bei Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall den vollen Lohn nach Art. 15 und 16 BPG während 12 Monaten (Abs. 1). Nach Ablauf dieser Frist bezahlt der Arbeitgeber während 12 Monaten 90 Prozent des Lohnes. Die Summe des gekürzten Lohnes darf nicht geringer sein als die Leistungen der obligatorischen Unfallversicherung oder als die Leistungen der PUBLICA, auf die der Angestellte bei Invalidität Anspruch hätte (Abs. 2). Die Lohnfortzahlung nach Abs. 2 kann in begründeten Ausnahmefällen bis zum Abschluss der medizinischen Abklärungen oder bis zur Ausrichtung einer Rente, längstens aber um weitere 12 Monate, weitergeführt werden (Abs. 3). Voraussetzung für die Leistungen nach Abs. 1-3 ist, dass ein Arztzeugnis vorliegt und die ärztlichen Anordnungen befolgt werden. Die zuständige Stelle nach Art. 2 kann eine Untersuchung durch einen Vertrauensarzt oder eine Vertrauensärztin oder durch den ärztlichen Dienst veranlassen (Abs. 4).

10.2 Der Lohnfortzahlungsanspruch gemäss Art. 324a OR fällt demgegenüber deutlich geringer aus als jener gemäss Art. 56 BPV: Wird der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, so hat ihm der Arbeitgeber für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten, samt einer angemessenen Vergütung für ausfallenden Naturallohn, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen worden ist (Abs. 1). Sind durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nicht längere Zeitabschnitte bestimmt, so hat der Arbeitgeber im ersten Dienstjahr den Lohn für drei Wochen und nachher für eine angemessene längere Zeit zu entrichten, je nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen (Abs. 2). Die Kantone haben aufgrund dessen Skalen entwickelt, welche aufzeigen, wie lange in welchem Dienstjahr die Lohnfortzahlungspflicht andauert. Die Summe der Sperrfristen und der gesetzlichen Kündigungsfristen überschreitet die Dauer der Lohnfortzahlungspflicht nach allen Skalen und für alle Dienstaltersstufen nicht (vgl. ULLIN STREIFF / ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, 6. Auflage, Zürich 2006, N 7 und 34 zu Art. 324a/b OR).

11. Da Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR und Art. 56 BPV unabhängig von einander stehen und auch eine Koordinationsregelung fehlt, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob Art. 56 BPV in dem Sinne über Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR hinausgeht, als die an sich rechtmässige Kündigung verunmöglicht wird bzw. der Lohn über die rechtmässige Auflösung des Arbeitsverhältnisses hinaus zu entrichten ist.

Eine Auslegung ist notwendig, wo der Gesetzeswortlaut entweder unklar ist oder wo Zweifel bestehen, ob der scheinbar klare Wortlaut den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Ziel der Auslegung einer Norm ist es, deren Sinngehalt zu ergründen. Auszugehen ist dabei vom Wortlaut der auszulegenden Bestimmung, doch kann dieser nicht allein massgebend sein, namentlich wenn der Text unklar ist oder verschiedene Bedeutungen zulässt. Vielmehr muss nach der wahren Tragweite des Wortlauts gesucht werden unter Berücksichtigung der weiteren Auslegungselemente, wie namentlich Entstehungsgeschichte und Zweck der Norm. Wichtig ist auch die Bedeutung, welche der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Die Rechtsprechung lässt sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten und stellt nur dann allein auf das grammatikalische Element ab, wenn sich daraus zweifellos eine sachlich richtige Lösung ergibt (Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission vom 9. August 2006 PRK 2005-033 E. 2b mit Hinweisen; ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 214; ULRICH HÄFELIN / WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Auflage, Zürich 2002, Rz. 80 und 92).

11.1 Ausgangspunkt der Auslegung bildet der Wortlaut von Art. 56 BPV, welcher den Lohnanspruch bei Krankheit und Unfall sowohl in zeitlicher als auch in betragsmässiger Hinsicht regelt. Wie sich Art. 56 BPV zu

Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR bzw. zur Frage, ob dieser Lohnanspruch trotz grundsätzlich rechtmässiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses weiter besteht, verhält, ist dem Wortlaut jedoch – in allen drei Amtssprachen – nicht klar zu entnehmen. Im Zusammenhang mit dem Wortlaut sei jedoch Folgendes festgehalten: Gemäss Art. 56 Abs. 1-3 BPV besteht grundsätzlich ein Anspruch auf Lohnfortzahlung bei Krankheit und Unfall während höchstens 3 Jahren. Art. 57 Abs. 3 BPV statuiert, dass der Lohnanspruch zu kürzen oder zu entziehen ist, wenn die antragstellende Person eine Krankheit oder einen Unfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt oder sich bewusst einer aussergewöhnlichen Gefahr oder einem Wagnis ausgesetzt hat. Weiteres allfälliges "Verschulden", wie vorliegend das Nichtakzeptieren des neuen Arbeitsortes, obwohl dieser gemäss der massgeblichen gesetzlichen Bestimmung zumutbar wäre, ist hierbei nicht von Bedeutung. Ob allenfalls ein Verschulden an der Kündigung, welches in der (ungenügenden) Arbeitsleistung der Arbeitnehmerin selber begründet ist, Einfluss auf die Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 56 BPV haben kann, ist vorliegend nicht von Bedeutung und kann somit offen gelassen werden (vgl. zu einem derartigen Verschulden Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission vom 8. Dezember 2005 CRP 2005-024). Fraglich ist vorliegend somit einzig, ob eine Lohnfortzahlungspflicht – unabhängig vom "Verschulden" der Beschwerdeführerin – über eine rechtmässige Auflösung des Arbeitsverhältnisses hinaus besteht bzw. die Lohnfortzahlungspflicht die an sich rechtmässige Kündigung verunmöglicht. Die BPV erwähnt weder ausdrücklich, dass der Lohnfortzahlungsanspruch mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses endet noch dass er über eine Kündigung hinaus Geltung beanspruchen kann bzw. eine Kündigung unmöglich macht. Dies könnte prima vista den Schluss zulassen, dass die Lohnfortzahlungspflicht während der in Art. 56 BPV vorgesehenen Zeit, mithin längstens während drei Jahren, besteht, egal ob das Arbeitsverhältnis noch existiert oder nicht. Auch aus Art. 56 Abs. 3 BPV könnte hergeleitet werden, dass die Lohnfortzahlungspflicht bis zur Entrichtung einer Rente andauert. Diese einzig auf dem Wortlaut beruhende Interpretation vermag jedoch, wie im Folgenden aufgezeigt wird, einer eingehenden Prüfung nicht Stand zu halten.

- 11.2 Aus der teleologischen Auslegung ergibt sich eine Schranke der Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 56 BPV, welche das Bundesgericht (vgl. BGE 113 II 259 E. 3 und BGE 124 III 126 E. 2) in Übereinstimmung mit der Lehre bereits mehrfach dargelegt hat: Dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer als Parteien steht es aufgrund der Vertragsfreiheit grundsätzlich offen, eine über Art. 324a OR hinausgehende Lohnfortzahlungspflicht vorzusehen. Insofern ergibt sich hierbei aber die Auslegungsfrage, ob mit dieser verlängerten Lohnfortzahlungspflicht auch das Erfordernis des Bestandes eines Arbeitsverhältnisses aufgegeben worden ist bzw. eine Kündigung verunmöglicht wird. Diese Frage stellt sich nicht nur bei einer entsprechenden vertraglichen Regelung, sondern auch bei einer gleichlautenden gesetzlichen Regelung wie Art. 56 BPV. Hierbei ist zu bedenken, dass die Lohnfortzahlungspflicht einen Fall vertraglicher Leistung ohne Ge-

genleistung darstellt. Mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses endet deshalb grundsätzlich auch die Lohnfortzahlungspflicht. Der Arbeitgeber könnte sich jedoch in Fällen, in denen die Lohnfortzahlungspflicht länger als die Kündigungsfrist dauert, seiner Pflicht mit einer Kündigung entledigen. Die Fälle, in denen die Lohnfortzahlungspflicht länger als die Kündigungsfrist andauert, sind zwar dank der Verlängerung der Sperrfristen gemäss Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR seltener geworden. Doch in Konstellationen wie der vorliegenden, wo die Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 56 BPV die Sperrfrist nach Art 336c Abs. 1 Bst. b OR überdauert, könnte eine Kündigung unter Umständen missbräuchlich sein. Dies ist jedoch nur dann zu bejahen, wenn ein Fall von Art. 336 Abs. 1 Bst. c OR vorliegt, d.h. wenn die Kündigung ausgesprochen wird, um ausschliesslich die Entstehung von Ansprüchen der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln. Eine solche missbräuchliche Kündigung ist jedoch schwer zu beweisen. Ein Arbeitgeber kann durchaus einleuchtende Gründe haben, einem erkrankten Arbeitnehmer zu kündigen und dessen Stelle neu zu besetzen (vgl. zum Ganzen: STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 34 zu Art. 324a/b OR; THOMAS GEISER, Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, AJP 3/2003, S. 326 f.; JÜRIG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage, Bern 1996, N. 10a zu Art. 324a OR und N. 9 zu Art. 336c OR). Auch das Bundesgericht hielt in BGE 113 II 259 fest, die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers erlösche grundsätzlich bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wenn nichts anderes vereinbart worden sei. Ein Vorbehalt sei nur dahingehend anzubringen, wenn der Arbeitgeber das Vertragsverhältnis in der Absicht kündige, seiner Lohnzahlungspflicht zu entgehen (E. 3 mit Hinweisen). Diese Auffassung wurde jedoch durch BGE 124 III 126 dahingehend abgeschwächt, als ein Arbeitnehmer, dem im Falle einer Arbeitsunfähigkeit ohne irgendwelche Einschränkungen für eine lange Dauer Versicherungsleistungen zuerkannt worden seien, guten Glaubens darauf vertrauen dürfe, dass er diesem Schutz auch noch unterstehe, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Erlöschen des Anspruchs auf Taggelder ende. Wenn der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Lohnausfallversicherung habe, der Arbeitgeber es aber unterlasse, zugunsten des Arbeitnehmers eine Versicherung abzuschliessen, obwohl er sich dazu verpflichtet habe, müsse er den vom Arbeitnehmer erlittenen Schaden wiedergutmachen (E. 2). Die Eidgenössischen Personalrekurskommission stützte sich in ihrem Entscheid vom 14. Mai 2004 CRP 2003-025, wo sie eine öffentlich-rechtliche Bestimmung bezüglich der Lohnfortzahlungspflicht auszulegen hatte, die identisch mit Art. 56 BPV ist, auf diese Rechtsprechung des Bundesgerichts (zur Frage des Verschuldens vgl. E. 11.1 hiervor). Diese privatrechtlichen Prinzipien sind denn aufgrund von Art. 6 Abs. 2 BPG auch auf den vorliegenden Sachverhalt sinngemäss anwendbar (E. 9 hiervor). Die vorliegende Sachlage weicht aber insofern von den eben zitierten Bundesgerichtsurteilen ab, als weder zwischen der Beschwerdeführerin und dem BAK eine entsprechende Vereinbarung hinsichtlich Lohnfortzahlung im Krankheitsfall über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus abgeschlossen wurde noch der Beschwerdeführerin vom BAK eine Taggeldversicherung zugesagt wurde. Der Ansicht der Beschwerdeführerin, dass im Ar-

beitsvertrag ein entsprechender Vorbehalt anzubringen sei, wenn die Lohnfortzahlungspflicht nicht über das Vertragsende hinaus dauern solle, ist nicht beizupflichten. Aufgrund der hiervor wiedergegebenen Lehre und Rechtsprechung ist vielmehr eine entsprechende Vereinbarung nötig, dass die Lohnfortzahlungspflicht eben gerade den (Weiter)-bestand des Arbeitsverhältnisses nicht voraussetzt (vgl. hierzu auch E. 11.3.1 hiernach). Auch tritt, wie nachfolgend ausgeführt wird (vgl. E 11.3.2 hiernach), Art. 56 BPV nicht anstelle einer Krankentaggeldversicherung. Somit stellt sich lediglich die Frage, ob das BAK die Kündigung nach Einhaltung der gesetzlichen Sperrfristen einzig ausgesprochen hat, um seiner Lohnzahlungspflicht zu entgehen, was missbräuchlich wäre.

- 11.2.1 Spätestens am 7. Oktober 2005 war der Beschwerdeführerin klar, dass der Bereich Logistik ab dem 29. Juli 2005 neu in Affoltern am Albis und nicht mehr in Zürich untergebracht sein wird. Bereits vor dem Unfallereignis bzw. der 100% Arbeitsunfähigkeit der Beschwerdeführerin seit dem 13. Januar 2006 teilte diese dem BAK mit, dass sie aufgrund der Kinderbetreuung den neuen, zeitlich längeren Arbeitsweg nicht in Kauf nehmen könne. Sie bedaure, auf diese Art beim Schweizerischen Landesmuseum aufhören zu müssen. Die Verordnung vom 10. Juni 2004 über die Stellen- und Personalbewirtschaftung im Rahmen von Entlastungsprogrammen und Reorganisationen (SR 172.220.111.5) sieht vor, dass bei Reorganisationen wie der vorliegenden die Verwaltungseinheit mit der angestellten Person eine Vereinbarung abschliesst, worin sich die angestellte Person verpflichtet, aktiv an der Suche nach einer Stelle mitzuwirken und eine zumutbare andere Arbeit anzunehmen. Der Arbeitgeber verpflichtet sich, das Möglichste zu tun, um der angestellten Person innerhalb oder gegebenenfalls ausserhalb der Bundesverwaltung eine zumutbare andere Arbeit zu vermitteln und wenn möglich eine Kündigung zu vermeiden (Art. 1, Art. 4 Abs. 2 und 4). Eine zumutbare Arbeit innerhalb der Bundesverwaltung liegt vor, wenn der Arbeitsweg zwischen Wohn- und Arbeitsort mit den öffentlichen Verkehrsmitteln von Tür zu Tür höchstens zwei Stunden für den Hinweg und zwei Stunden für den Rückweg pro Tag beträgt (Art. 5). Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass ihr der neue Arbeitsort gemäss den gesetzlichen Bestimmungen grundsätzlich zumutbar gewesen wäre und die Kündigung nach Einhaltung der Sperrfrist somit rechtmässig erfolgt ist. Dass es ihr die Kinderbetreuung verunmöglicht, die Stelle am neuen Arbeitsort anzutreten, ändert daran mangels diesbezüglicher gesetzlicher Ausnahmebestimmung nichts. Folglich war bereits vor dem Unfallereignis und der 100%-igen Arbeitsunfähigkeit der Beschwerdeführerin klar, dass diese die an sich zumutbare neue Arbeitsstelle nicht antreten wird und somit eine Kündigung erfolgen kann. Die Rechtmässigkeit der Kündigung unter diesem Aspekt wird von der Beschwerdeführerin denn auch nicht bestritten. Entscheidend ist, dass der Kündigungsgrund – Kündigung infolge Nichtannahme einer zumutbaren Arbeitsstelle – bereits vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit der Beschwerdeführerin bestanden hat. Auch wenn das Unfallereignis nicht eingetreten wäre, hätte das BAK der Beschwerdeführerin gekündigt. Es

war nicht dazu verpflichtet, der Beschwerdeführerin mehr als eine zumutbare Stelle anzubieten. Dass diese das Angebot nicht angenommen hat, ist dem BAK nicht zuzurechnen. Es ist seiner Verpflichtung, der Beschwerdeführerin eine zumutbare andere Stelle anzubieten, vollumfänglich nachgekommen. Infolge dessen kann keineswegs behauptet werden, dass BAK habe die Kündigung einzig Zwecks Umgehung seiner Lohnzahlungspflicht ausgesprochen. Eine missbräuchliche Kündigung, welche eine Lohnfortzahlungspflicht rechtfertigen würde, liegt somit vorliegend nicht vor.

- 11.3 Eine weitere und ergänzende, sich aus der teleologischen und systematischen Auslegung ergebende Schranke der Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 56 BPV ergibt sich aus folgender, im Urteil des Bundesgerichts 4C315/2006 E. 3.1 vom 10. Januar 2007 festgehaltenen Überlegung: Der Arbeitgeber hat den Lohn während einer beschränkten Zeit weiterzubezahlen, wenn die Arbeitnehmerin aufgrund einer krankheits- oder unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit ihre Arbeitsleistung nicht erbringen kann. Diese Verpflichtung zur Lohnfortzahlung setzt voraus, dass der Arbeitgeber zur Lohnzahlung verpflichtet wäre, wenn die Arbeitnehmerin ihre Arbeitsleistung erbracht hätte. Die Lohnfortzahlungspflicht gilt somit grundsätzlich nur, soweit und solange ein Arbeitsverhältnis besteht. Soll der Schutz der Arbeitnehmerin dahingehend verbessert werden, als ihr das Einkommen auch für den Fall, dass sie die Stelle verliert, gesichert werden soll, besteht die Möglichkeit des Abschlusses einer entsprechenden Taggeldversicherung. Denn es ist durchaus denkbar, dass das Arbeitsverhältnis endet, bevor die beschränkte Zeit für die Lohnfortzahlung abgelaufen ist – sei es durch Ablauf des befristeten Arbeitsvertrages oder dass der Arbeitgeber eine Kündigung ausgesprochen hat (Urteil des Bundesgerichts 4C315/2006 E. 3.1 vom 10. Januar 2007). Im Falle eines befristeten Arbeitsverhältnisses hält Art. 23 der Verordnung des EFD vom 6. Dezember 2001 zur Bundespersonalverordnung (VBPV, SR 172.220.111.31) denn auch ausdrücklich fest, die Lohnfortzahlung nach Art. 56 Abs. 1 und 2 BPV ende spätestens mit dem Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses (vgl. hierzu auch Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission vom 23. März 2004 CRP 2003-001 E. 3b). Weshalb dies bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis anders sein sollte, ist nicht ersichtlich. Denn bei einem unbefristeten Anstellungsverhältnis schützen das Verbot der missbräuchlichen Kündigung gemäss Art. 336 OR und die Sperrfristen von Art. 336c OR die Arbeitnehmerin in genügender Weise vor einer zu früh ausgesprochenen Kündigung seitens des Arbeitgebers.
- 11.3.1 Somit sind bei einer an sich nicht missbräuchlichen Kündigung (vgl. E. 11.2 f. hiervor) einzig die Sperrfristen gemäss Art. 336c OR zu beachten. Da der Kündigungsschutz und die Lohnfortzahlung nicht koordiniert sind, ist es durchaus möglich, dass eine Kündigung zulässig ist, obwohl die Lohnfortzahlungspflicht noch andauert (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C315/2006 E. 3.1 vom 10. Januar 2007 mit Hinweisen). Vorliegend erfolgte die Kündigung per 31. Januar 2007 unter Einhaltung der Sperrfrist von 180 Tagen, wie bereits erwähnt, rechtmässig und der Arbeitsvertrag

sieht keine Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit oder Unfall über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus vor. Weil es sich bei der Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 56 BPV um Lohn und nicht um eine Versicherungsleistung handelt, "muss im Zweifel angenommen werden, dass die Verpflichtung den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses voraussetzt und ohne entsprechende abweichende Vereinbarung der zeitliche Kündigungsschutz nicht entsprechend ausgedehnt worden ist" (Urteil des Bundesgerichts 4C.315/2006 E 3.1 vom 10. Januar 2007). Folglich entfällt die Lohnfortzahlungspflicht nach dem 31. Januar 2007.

11.3.2 Dass der Gesetzgeber beabsichtigte, Art. 56 BPV an die Stelle einer üblichen Krankentaggeldversicherung mit einer den Kündigungsschutz überdauernden Leistungspflicht zu stellen, ist den Materialien (historische Auslegung) nicht zu entnehmen. Auch die Gesetzessystematik (systematische Auslegung) lässt keinen solchen Schluss zu: Einerseits hält Art. 4 Abs. 1 BPG fest, die Ausführungsbestimmungen seien so auszugestalten, dass sie zur Konkurrenzfähigkeit des Bundes auf dem Arbeitsmarkt und zur Erreichung der in Abs. 2 und 3 genannten Ziele beitragen würden. Abs. 2 Bst. g verpflichtet die Arbeitgeber, geeignete Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit und der Gesundheit sowie zur Arbeitssicherheit ihres Personals zu treffen. Auch gemäss Botschaft soll der Bund als attraktiver und konkurrenzfähiger Arbeitgeber auftreten und zeitgemässe Arbeitsbedingungen bieten (Botschaft, a.a.O., S. 1607). Andererseits sieht Art. 6 Abs. 2 BPG vor, dass, soweit dieses Gesetz und andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen, für das Arbeitsverhältnis sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts gelten (vgl. E. 9 hiervor). Der Gesetzgeber beabsichtigte, mit der Deklaration der sinngemässen Anwendbarkeit der einschlägigen Bestimmung des OR das Arbeitsrecht des öffentlichen Dienstes an jenes der Privatwirtschaft anzunähern. Das OR eigne sich dank seiner Flexibilität als rechtlicher Rahmen auch für die Ausgestaltung der arbeitsrechtlichen Beziehungen beim Bund. Die Annäherung der arbeitsrechtlichen Regelungen schaffe für den öffentlichen Dienst und die Privatwirtschaft auf dem Arbeitsmarkt vergleichbare Voraussetzungen; sie harmonisiere die rechtlichen Bedingungen zwischen öffentlichem Dienst und Privatwirtschaft (Botschaft, a.a.O., S. 1609). All dem ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber bezweckte, die arbeitsrechtlichen Bedingungen beim Bund zwecks Konkurrenzfähigkeit in gleicher Art und Weise auszugestalten wie jene in der Privatwirtschaft. Dass beabsichtigt wurde, Art. 56 BPV weit über die analoge Regelung im OR (Art. 324a OR) auszugestalten, ist den obgenannten Ausführungen nicht zu entnehmen. Es war nicht Ziel des Gesetzgebers, Art. 56 BPV so verstanden zu wissen, dass trotz einer an sich rechtmässiger Kündigung eine Lohnfortzahlungspflicht entsprechend einer Taggeldversicherung weiter besteht. Diese Gleichsetzung von Art. 56 BPV mit einer Taggeldversicherung wäre einzig dann gegeben, wenn der Arbeitsvertrag eine solche ausdrücklich statuieren würde, was jedoch vorliegend nicht der Fall ist.

11.4 Die Auslegung von Art. 56 BPV ergibt somit, dass keine Lohnfortzahlungs-

pflicht über eine an sich rechtmässige Auflösung des Arbeitsverhältnisses hinaus besteht. Auch verunmöglicht die in Art. 56 BPV statuierte Lohnfortzahlungspflicht nicht, eine rechtmässige Kündigung auszusprechen.

12. Zu prüfen bleibt somit weiter, ob allenfalls eine zu schliessende Lücke vorliegt. Von einer Lücke im Gesetz ist dann auszugehen, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf eine sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt oder eine Antwort gibt, die aber als sachlich unhaltbar angesehen werden muss. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), ist kein Platz für richterliche Lückenfüllung (BGE 131 II 562 E. 3.5 und BGE 132 III 470 E. 5, je mit Hinweisen). Massgebend dafür, ob die Regelung vollständig ist oder nicht, sind die dem Gesetz (selber) zugrunde liegenden Wertungen und Zielsetzungen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N. 233 ff., u.a. mit Verweis auf BGE 102 Ib 224 E. 2).
  - 12.1 Formell ist zwar gesetzlich nicht geregelt, wie sich Art. 56 BPV und Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR zu einander verhalten. Die Auslegung von Art. 56 BPV (vgl. E. 11 ff. hiervor), hat jedoch ergeben, dass Art. 56 BPV weder eine Lohnfortzahlungspflicht über die rechtmässige Auflösung des Arbeitsverhältnisses hinaus gewährleistet noch eine an sich zulässige Kündigung verunmöglicht. Angesichts dessen kann nicht die Rede davon sein, die hier massgebliche Regelung (Art. 56 BPV) sei unvollständig bzw. es fehle an einer Koordinationsregel im Sinne einer Lücke. Das Vorliegen einer Lücke ist somit zu verneinen.
13. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass Art. 56 BPV weder eine Lohnfortzahlungspflicht über eine rechtmässige Auflösung des Arbeitsverhältnisses hinaus gewährleistet noch eine an sich zulässige Kündigung verunmöglicht. Die Beschwerde ist somit in diesem Punkt abzuweisen.
14. Des Weiteren bringt die Beschwerdeführerin vor, sie habe Anspruch auf Barabgeltung der Treueprämie von einer Woche Urlaub, da sie infolge unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit diese Treueprämie nicht beziehen könne und eine Besserstellung von Arbeitsfähigen gegenüber Arbeitsunfähigen nicht zulässig sei. Dieser Anspruch entstehe mit Beendigung des vollendeten fünften Dienstjahres, mithin am 31. Mai 2006. Folglich trete ab dem 1. Juni 2006 oder spätestens mit Geltendmachung am 7. September 2006 Verzug ein, womit Verzugszins von 5% geschuldet sei. Da die Umwandlung in Barabgeltung einen Anspruch darstelle, bestehe ebenfalls ein Anspruch auf Verzinsung.
  - 14.1 Art. 73 BPV sieht vor, dass nach 5 Anstellungsjahren und jeweils nach 5 weiteren Anstellungsjahren bis zur Vollendung des 45. Anstellungsjahres eine Treueprämie ausgerichtet wird (Abs. 1). Die Treueprämie besteht aus einer Woche bezahltem Urlaub nach 5 Anstellungsjahren (Abs. 2 Bst. a), 2 Wochen bezahltem Urlaub nach 10 und nach 15 Anstellungsjahren (Abs. 2 Bst. b) und einem Monat bezahltem Urlaub nach jeweils 5 weiteren Anstellungsjahren (Abs. 2 Bst. c). Die Treueprämie nach Abs. 2 Bst. b und c kann höchstens zur Hälfte als Barbetrag ausgerichtet werden. Aus wich-

tigen Gründen kann ausnahmsweise mehr als die Hälfte als Barbetrag ausgerichtet werden (Abs. 3). Ergänzend hierzu führt Art. 52 VBPV aus, dass die Treueprämie nach Vollendung der erforderlichen Anstellungsjahre fällig wird (Abs. 1) und der bezahlte Urlaub ab Fälligkeit innerhalb von fünf Jahren zu beziehen ist (Abs. 2). Des Weiteren richtet sich der Barbetrag nach dem Jahreslohn, der am Tag der Fälligkeit von der angestellten Person unter Einschluss der versicherten Zulagen bezogen wird (Abs. 3).

- 14.2 Unumstritten ist, dass sich die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Kündigung im sechsten Dienstjahr befand und somit gemäss Art. 73 Abs. 2 Bst. a BPV grundsätzlich Anspruch auf eine Treueprämie hat. Umstritten ist jedoch, ob die Beschwerdeführerin infolge Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf Umwandlung der Treueprämie in einen Barbetrag hat, oder ob diese Umwandlung lediglich ein Entgegenkommen des BAK darstellt. Ebenso besteht Uneinigkeit hinsichtlich der Frage, ob die Treueprämie in Form einer Barabgeltung zu verzinsen ist oder nicht.
- 14.3 Die nach Art. 73 Abs. 2 Bst. a BPV auszurichtende Treueprämie besteht aus einer Woche bezahltem Urlaub. Die Möglichkeit der Barabgeltung dieser Treueprämie nach 5 Anstellungsjahren sieht Art. 73 BPV nicht vor. Auch der Fall, dass dieser Urlaub wegen Krankheit nicht bezogen werden kann, wird in der BPV nicht geregelt, weshalb die privatrechtlichen Prinzipien heranzuziehen sind. Hiernach muss Urlaub grundsätzlich real bezogen werden. Eine Abgeltung durch Geldleistungen ist analog zur Regelung bei Ferienguthaben nur zulässig bei nicht bezogenem Urlaub bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses bzw., wenn der Bezug von Urlaubsansprüchen in natura bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr möglich ist. Der Abgeltungsanspruch für nicht bezogenen Urlaub entsteht somit, wenn feststeht, dass dieser nicht mehr in natura gewährt werden kann (vgl. BGE 131 III 451 E. 2.2 mit Hinweisen; BRÜHWILER, a.a.O., N. 4a zu Art. 329d OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 8 zu Art. 329d OR). Im vorliegenden Fall ist der Abgeltungsanspruch folglich bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstanden. Die Barabgeltung der Treueprämie stellt somit nicht bloss ein Entgegenkommen des BAK dar. Vielmehr gründet sie auf einem entsprechenden, am 31. Januar 2007 entstandenen Anspruch der Beschwerdeführerin (zur Höhe der Barabgeltung vgl. nachfolgend E. 14.4).
- 14.4 Weiter stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführerin Anspruch auf Verzinsung der Barabgeltung hat. Für öffentlich-rechtliche Geldforderungen gilt der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass der Schuldner Verzugszinsen zu entrichten hat (vgl. BGE 119 V 78 E. 3a). Aufgrund von Art. 6 Abs. 2 BPG ist damit auch vorliegend Art. 104 OR massgebend. Danach schuldet der Schuldner ab Verzug der Geldforderung Verzugszinsen. Art. 339 Abs. 1 OR sieht vor, dass mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, mithin per 31. Januar 2007, alle aus diesem stammenden Forderungen fällig werden. Darunter fallen auch die Forderungen aus nicht bezogenen Ferien (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 4 zu Art. 339 OR) und alle anderen Entschädigungen aus dem Arbeitsverhältnis (RÉMY WYLER, *Droit du travail*, Berne 2002, p. 437). Folglich hat die Beschwerdeführerin

grundsätzlich ab dem 1. Februar 2007 Anspruch auf eine Verzinsung der Barabgeltung in der Höhe von 5% (Art. 104 Abs. 1 OR).

Das BAK hat in seiner Verfügung vom 22. September 2006 die Barabgeltung der Treueprämie nicht beziffert, sieht jedoch die 5 Tage als Grundlage dieser Abgeltung vor. Hierbei hat es aber verkannt, dass Art. 329b OR unter Umständen ein Kürzung der Ferien vorsieht. Abs. 1 hält fest, dass der Arbeitgeber die Ferien für jeden vollen Monat der Verhinderung um einen Zwölftel kürzen kann, wenn der Arbeitnehmer durch sein Verschulden während eines Dienstjahres insgesamt um mehr als einen Monat an der Arbeitsleistung verhindert ist. Gemäss Abs. 2 dürfen die Ferien vom Arbeitgeber nicht gekürzt werden, wenn die Verhinderung insgesamt nicht mehr als einen Monat im Dienstjahr beträgt und sie durch Gründe, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten, Ausübung eines öffentlichen Amtes oder Jugendurlaub, ohne Verschulden des Arbeitnehmers verursacht ist. Vorliegend liegt zwar kein Verschulden der Beschwerdeführerin vor. Der Anspruch auf die Treueprämie von 5 Tagen Urlaub entstand mit der Beendigung des vollendeten fünften Dienstjahres, mithin am 31. Mai 2006. Zu dieser Zeit war die Beschwerdeführerin bereits zu 100% krankgeschrieben und blieb es auch bis zu ihrer Kündigung auf den 31. Januar 2007. Deshalb hätte das BAK ihr die Treueprämie von 5 Tagen Urlaub in Anwendung von Art. 329b Abs. 2 i.V.m. Abs.1 OR kürzen müssen. Folglich hätte die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Barabgeltung basierend auf den reduzierten Urlaubstagen plus Zins von 5% ab dem 1. Februar 2007. Da aber der Zinsanspruch ab dem 1. Februar 2007 basierend auf der reduzierten Barabgeltung wesentlich geringer ausfallen würde als der vom BAK zu viel zugesprochene Teil der Treueprämie und die Beschwerdeführerin somit ohnehin bessergestellt ist, hat das BAK der Beschwerdeführerin keine weitere (Zins-)zahlung zu entrichten. Die Beschwerde ist in diesem Punkt ebenfalls abzuweisen.

15. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist in personalrechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG). Parteientschädigungen sind bei diesem Ausgang des Verfahrens keine geschuldet (vgl. Art. 7 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 11. Dezember 2006 [VGKE, SR 173.320.2]).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Verfahrenskosten werden keine erhoben.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Die Vorinstanz erhält je ein Exemplar der Noveneingaben der Beschwerdeführerin vom 2. April 2007, 2. Mai 2007 und 7. Juni 2007 zur Kenntnisnahme.
5. Dieses Urteil wird eröffnet:
  - der Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
  - dem BAK (eingeschrieben)
  - der Vorinstanz (Ref-Nr. 7-01-02.3-1/AHH) (eingeschrieben, mit Beilage)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Christoph Bandli

Michelle Eichenberger

**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 am: