

JAAC 68.150

Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission
vom 16. Juni 2004 [PRK 2004-002]

Employés fédéraux. Licenciement avec effet immédiat. Juste motif. Décision d'une autorité incompétente. Nullité. Réparation.

Art. 12 al. 3, art. 12 al. 6 let. a et b, art. 12 al. 7 LPers. Art. 337 CO.

- La nullité d'une décision n'advient que de manière exceptionnelle et pour autant qu'elle présente un grave vice juridique, que celui-ci soit manifeste, à tout le moins facilement reconnaissable, et que la sécurité du droit ne soit pas sérieusement mise en danger par l'admission de la nullité. L'incompétence fonctionnelle et ratione materiae constitue de manière générale un motif de nullité, à moins que l'autorité prenant la décision dispose d'un pouvoir général de décision dans le domaine considéré ou que les conséquences de la nullité ne se concilient pas avec la sécurité du droit (consid. 3a, 3b).

- Une guérison doit aussi être possible en présence de vices de procédure autres que la seule violation du droit d'être entendu. Le vice résultant de l'incompétence - laquelle, en l'espèce, permet seulement une annulation de la décision - a pu être réparé en seconde instance (consid. 3c).

- Pour déterminer si la résiliation prononcée avec effet immédiat est justifiée ou non, l'on peut se référer à la pratique développée à l'égard de l'art. 337 CO (consid. 4b). Dans les rapports de travail de droit public également, des manquements anciens ou peu graves ne peuvent justifier une résiliation avec effet immédiat que pour autant qu'ils se répètent malgré un avertissement (consid. 4c, 5a/bb).

- Si la Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral (CRP) tient la résiliation immédiate pour inadmissible et admet ainsi le recours, elle peut réformer la décision et prononcer une résiliation ordinaire. Cette jurisprudence adoptée par la CRP doit être maintenue dans le domaine d'application de la LPers (consid. 6a).

- En l'espèce, les fautes imputées au recourant doivent être considérées comme de justes motifs au sens de l'art. 12 al. 6 let. a LPers et justifient une résiliation ordinaire (consid. 6c).

Bundesangestellte. Fristlose Kündigung. Wichtiger Grund. Verfügung einer unzuständigen Behörde. Nichtigkeit. Heilung.

Art. 12 Abs. 3, Art. 12 Abs. 6 Bst. a und b, Art. 12 Abs. 7 BPG. Art. 337 OR.

- Die Nichtigkeit einer Verfügung tritt ausnahmsweise und nur dann ein, wenn ein schwer wiegender Rechtsfehler vorliegt, der Fehler offenkundig oder zumindest leicht erkennbar ist und die Annahme der Nichtigkeit nicht zu einer ernsthaften Gefährdung der Rechtssicherheit führt. Die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit stellt im Allgemeinen einen Nichtigkeitsgrund dar, es sei denn, der verfügenden Behörde komme auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zu oder der Schluss auf Nichtigkeit verträge sich nicht mit der Rechtssicherheit (E. 3a, 3b).

- Eine Heilung muss auch bei anderen Verfahrensfehlern als bei Verletzungen des rechtlichen Gehörs möglich sein. Der - vorliegend bloss zur Anfechtbarkeit der Verfügung führende - Mangel der Unzuständigkeit konnte im Rechtsmittelverfahren geheilt werden (E. 3c).

- Für die Beurteilung der Frage, ob eine ausgesprochene fristlose Kündigung gerechtfertigt war oder nicht, kann auf die zu Art. 337 OR entwickelte Praxis Rückgriff genommen werden (E. 4b). Auch im öffentlichen Anstellungsverhältnis können weniger schwere oder zeitlich zurückliegende Pflichtverletzungen nur dann eine fristlose Kündigung rechtfertigen, wenn sie trotz Mahnung wiederholt vorkommen (E. 4c, 5a/bb).

- Befindet die Personalrekurskommission (PRK) die fristlose Auflösung für unzulässig und heisst sie die Beschwerde diesbezüglich gut, kann sie im Sinne eines reformatorischen Entscheides auf eine ordentliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses erkennen. Diese Rechtsprechung der PRK ist auch unter dem Geltungsbereich des BPG fortzuführen (E. 6a).

- Dem Beschwerdeführer sind Verfehlungen vorzuwerfen, welche als triftige Gründe nach Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG zu gelten haben und eine ordentliche Kündigung rechtfertigen (E. 6c).

Impiegati federali. Licenziamento in tronco. Motivo importante. Decisione di un'autorità non competente. Nullità. Riparazione.

Art. 12 cpv. 3, art. 12 cpv. 6 lett. a e b, art. 12 cpv. 7 LPers. Art. 337 CO.

- Una decisione è eccezionalmente nulla unicamente quando vi è un grave errore giuridico, tale errore è manifesto o almeno facilmente riconoscibile e la nullità non comporta una seria messa in pericolo

della sicurezza del diritto. In generale, la mancanza di competenza funzionale e materiale costituisce un motivo di nullità, a meno che l'autorità che prende la decisione non abbia un potere decisionale generale nel campo specifico oppure se la nullità sarebbe inconciliabile con la sicurezza del diritto (consid. 3a, 3b).

- Una riparazione deve essere possibile non solo per le violazioni del diritto di essere sentito ma anche per altri errori procedurali. Il vizio dell'incompetenza, che nel caso concreto porta solo all'impugnabilità della decisione, ha potuto essere riparato nella procedura di ricorso (consid. 3c).

- Per valutare se un licenziamento in tronco era giustificato oppure no, ci si può basare sulla prassi concernente l'art. 337 CO (consid. 4b). Anche nel rapporto di impiego pubblico, le violazioni dei doveri non gravi o lontane nel tempo giustificano un licenziamento in tronco solo se si ripetono nonostante una diffida (consid. 4c, 5a/bb).

- Se la Commissione di ricorso in materia di personale federale (CRP) ritiene inammissibile il licenziamento in tronco e ammette il ricorso su questo punto, essa può decidere in modo riformatorio nel senso di una disdetta ordinaria del rapporto di lavoro. Questa giurisprudenza della CRP deve essere mantenuta anche per la LPers (consid. 6a).

- Al ricorrente sono imputabili manchevolezze che sono considerate motivi gravi secondo l'art. 12 cpv. 6 lett. a LPers e che giustificano una disdetta ordinaria (consid. 6c).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. X. war seit 2001 beim Bundesamt B. beschäftigt und ab 2002 in der Hauptabteilung Z. angestellt. Er wurde der Einheit T. zugeteilt, wobei er administrativ der Einheit Y. unterstellt blieb. Im Jahre 2002 weilte er für die T. im Ausland auf einer Dienstreise. Im Herbst 2002 fanden mehrere Beurteilungsgespräche statt, wobei X. vom Vorgesetzten in der T. mit «A», vom damaligen Leiter der Y. hingegen mit «C» eingestuft wurde. Zur Endqualifikation wurde ihm vom Leiter der Abteilung, G., die Durchschnittsnote «B» vergeben.

Am 22. November 2002 kam es aufgrund von Spannungen innerhalb der Y. auf Vorschlag von X. zu einer Aussprache mit den Mitarbeitern der Y. Ebenfalls im November 2002 fanden Gespräche betreffend einer möglichen Rückkehr von X. in die Y. statt. In der Folge kam es zwischen den Verantwortlichen der Y. und der T. zu Meinungsverschiedenheiten über den zukünftigen Einsatz von X., wobei G. auf dessen Rückkehr in die Y. drängte.

Der Vorgesetzte G. verfasste über X. einen «Rapport d'information» (im Folgenden: Rapport). Dieser bildete Grundlage für ein Personalgespräch vom 6. März 2003, an welchem X., G., der Chef der Z., sowie ein Vertreter der Sektion Personal des Bundesamtes B., teilnahmen. In dessen Verlauf wurde X. auf Unzulänglichkeiten in seinem Verhalten und seinen Leistungen aufmerksam gemacht. Nach dem Grund einer Abwesenheit bzw. einer

Verletzung der Blockzeit vom Anfang 2003 befragt (er habe 12 Minuten zu spät eingestempelt sowie wegen Arztbesuchs 42 Minuten an die Arbeitszeit angerechnet), gab X. an, er habe sich im Spital eine Platzwunde nähen lassen. Am Schluss des Gesprächs äusserte G. seine Ansicht, wonach das Vertrauen gebrochen sei und er die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorschlage. Aufgefordert, sich bis zu diesem Datum zu seiner Zukunft zu äussern, teilte X. am 10. März 2003 E. mit, er wolle nicht kündigen, sondern wieder in der Y. arbeiten. Am selben Tag ergab eine Anfrage im Spital, dass X. dort am fraglichen Tag nicht behandelt worden sei. Auf Vorhalt gab jener seine falsche Aussage E. gegenüber zu und begründete diese damit, dass er während der Sitzung vom 6. März 2003 emotional unter Druck gestanden habe. E. bat gleichentags den Chef Sektion Personal des B., zu prüfen, ob eine fristlose Entlassung angebracht sei.

B. Nachdem X. am 11. März 2003 mündlich das rechtliche Gehör gewährt worden war, verfügte das Bundesamt B. am selben Tag in Anwendung von Art. 12 Abs. 7 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 11. März 2003 wegen irreversiblen Vertrauensbruchs. In der zusammenfassenden Würdigung erläuterte das Bundesamt, dass man X. mit dem Gespräch vom 6. März 2003 eine Chance für einen Neuanfang habe bieten wollen. Dies obwohl das Vertrauensverhältnis schon vorher teilweise zerstört gewesen sei. Mit der vorsätzlichen Falschaussage sei das Vertrauen jedoch irreversibel zerstört worden.

C. Am 10. April 2003 liess X. eine Verwaltungsbeschwerde erheben mit den Begehren, die angefochtene Verfügung vom 11. März 2003 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nach wie vor bestehe.

In der vom Direktor des Bundesamtes B. unterzeichneten Vernehmlassung vom 23. Mai 2003 wurde ausgeführt, dass nicht allein die von X. anlässlich der Sitzung vom 6. März 2003 gemachte Falschaussage zum Entschluss geführt habe, das Arbeitsverhältnis fristlos aufzulösen, sondern eine Mehrzahl von Verfehlungen das Vertrauensverhältnis zunehmend belastet hätten. So wurde beanstandet: der Gebrauch von Dienstwagen ohne Bewilligung, die mehrfache Verletzung der Blockzeiten, unverhältnismässig hohe Natelkosten während des Einsatzes im Ausland, Information von Dritten über eine interne Sitzung, Meinungsumschwung betreffend Rückkehr in die Y. und das Nichterstellen von Rapporten. Die Sitzung vom 6. März 2003 hätte in den Augen des Bundesamtes einen Neuanfang ermöglichen sollen, durch die Lüge von X. gegenüber dem Chef der Z. sei das Vertrauen aber endgültig zerstört worden.

D. Mit Beschwerdeentscheid des Departements D. vom 10. Dezember 2003 wurde die Beschwerde vom 10. April 2003 abgewiesen und die Verfügung des Bundesamtes vom 11. März 2003 bestätigt. Betreffend Zuständigkeit zum Erlass der fraglichen Kündigungsverfügung wurde festgestellt, dass diese fälschlicherweise nicht vom Amtsdirektor, sondern vom Chef der Z. und dem Chef Sektion Personal des Bundesamtes unterzeichnet wurde. Eine gültige

Delegation der Zuständigkeiten bestehe nicht. Die fragliche Verfügung sei mit einem Mangel behaftet, welcher aber nicht zur Nichtigkeit, sondern nur zur Anfechtbarkeit der Verfügung geführt habe. (...)

E. Gegen diesen Beschwerdeentscheid lässt X. (im Folgenden: Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 12. Januar 2004 bei der Eidgenössischen Personalrekurskommission (PRK) Beschwerde führen mit den Begehren, es sei der Entscheid der Vorinstanz aufzuheben und festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und dem Bundesamt B. nach wie vor andauere. Bezüglich des formellen Mangels der Verfügung vom 11. März 2003 wird vorgebracht, dass die Gründe für die Annahme der Nichtigkeit überwiegen. (...)

Aus den Erwägungen:

1.-2. (...)

3.a. Die Fehlerhaftigkeit einer Verfügung führt in der Regel nur zu deren Anfechtbarkeit und nicht zur Nichtigkeit. Die Nichtigkeit tritt ausnahmsweise und nur dann ein, wenn ein schwer wiegender Rechtsfehler vorliegt, der Fehler offenkundig oder zumindest leicht erkennbar ist und die Annahme der Nichtigkeit nicht zu einer ernsthaften Gefährdung der Rechtssicherheit führt ([BGE 122 I 99](#) E. 3a/aa, [BGE 118 Ia 340](#) E. 2a, [BGE 116 Ia 219](#) E. 2c; [VPB 68.25](#), E. 2.1; *Ulrich Häfelin/Georg Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 955 ff.). Offenkundig ist der schwere Fehler der Verfügung, wenn er schon dem juristisch nicht geschulten Durchschnittsbürger auffällt. Ungeachtet der von der Praxis und Lehre herausgearbeiteten Fallgruppen ist die Grenze zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit im Einzelfall aufgrund einer Interessenabwägung zwischen dem Interesse an der Rechtssicherheit und dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung zu ziehen (*Häfelin/Müller*, a.a.O., Rz. 956; *René Rhinow/Beat Krähenmann*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 40 IV; Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichtes in Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 2001, S. 586, mit weiteren Hinweisen).

Die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit stellt im Allgemeinen einen Nichtigkeitsgrund dar, es sei denn, der verfügenden Behörde komme auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zu oder der Schluss auf Nichtigkeit verträge sich nicht mit der Rechtssicherheit ([BGE 127 II 47](#) E. 3g; *Häfelin/Müller*, a.a.O., Rz. 961). Betreffend den Fall der Verfügung durch eine nicht zuständige untergeordnete Verwaltungsbehörde sind Praxis und Lehre nicht einheitlich (für Nichtigkeit z. B. [BGE 117 Ia 175](#) E. 5 [«Entscheid» eines Gerichtsschreibers]; für blosser Anfechtbarkeit [BGE 100 Ia 435](#) E. 3; *Pierre Moor*, *Droit administratif*, Bd. II, Bern 2002, S. 314 f.; ähnlich auch *Benoît Bovay*, *Procédure administrative*, Bern 2000, S. 281; *Blaise Knapp*, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, Basel/Frankfurt a. M. 1992, Nr. 1220 Abs. 1; diese Autoren gehen von der blossen Anfechtbarkeit der Verfügung aus, wenn diese auf dem Rechtsmittelweg oder im Rahmen der Aufsicht von der zuständigen Behörde überprüft wird).

b. Vorliegend hätte die Verfügung vom 11. März 2003 richtigerweise durch den zuständigen Amtsdirektor des Bundesamtes B. erlassen werden müssen; eine rechtsgültige Delegation der Zuständigkeit wurde zudem nicht vorgenommen

(vgl. Art. 3 BPG, Art. 2 Abs. 4 der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 [BPV], SR 172.220.111.3 in Verbindung mit Art. 2 der Weisung über die personalrechtlichen Zuständigkeiten im D. [...] sowie Anhang zu Art. 6 Abs. 4 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV], SR 172.010.1; sowie Ausführungen des D. im Beschwerdeentscheid vom 10. Dezember 2003, Ziff. 16.3). Da fälschlicherweise der Chef der Hauptabteilung Z. sowie der Chef der Sektion Personal des Bundesamtes B. die Verfügung unterzeichnet haben, leidet diese unbestrittenermassen am Formmangel der sachlichen bzw. funktionellen Unzuständigkeit.

Für die Nichtigkeit spricht vorerst, dass die sachliche bzw. funktionelle Unzuständigkeit grundsätzlich einen schweren Mangel darstellt. Hingegen ist vorliegend die für eine Bejahung der Nichtigkeit verlangte offensichtliche Fehlerhaftigkeit nicht vorhanden. Die Tatsache, dass die Kündigung immerhin durch den Chef der Z. und den Chef der Sektion Personal des B. unterschrieben wurde, hat Vertrauen in die Korrektheit der Verfügung geschaffen, so dass einem Durchschnittsbürger die Unzuständigkeit kaum auffallen konnte. Entsprechend ist davon auszugehen, dass auch der Beschwerdeführer von der formellen Rechtmässigkeit der Verfügung ausging, wurde doch die Problematik der Zuständigkeit nicht vom - im Übrigen anwaltlich vertretenen - Beschwerdeführer aufgeworfen. Weiter verfügten die unterzeichnenden Personen grundsätzlich durchaus über personalrechtliche Kompetenzen; sie erscheinen mithin nicht als eine gänzlich unzuständige Behörde, sondern haben ihre Kompetenz lediglich überschritten. Die nach dem Gesagten vorzunehmende Interessenabwägung spricht ebenfalls nicht für die Nichtigkeit. Der Grundsatz der Rechtssicherheit erfordert vorliegend die Annahme der Nichtigkeit keineswegs, ebenso wenig derjenige des Vertrauensschutzes. Dem Beschwerdeführer stand der Rechtsweg unverändert zur Verfügung. Zugunsten der blossen Anfechtbarkeit wirkt sich weiter die Tatsache aus, dass der zuständige Amtsdirektor die Verfügung im Nachhinein abgesegnet hat und er auch in das Rechtsmittelverfahren eingebunden war. Aus allen diesen Gründen hatte der vorliegende Mangel nur die Anfechtbarkeit der Kündigungsverfügung zur Folge.

c. Nach der Rechtsprechung können Mängel des vorinstanzlichen Verfahrens ausnahmsweise dann geheilt werden, wenn der Rechtsmittelinstanz die gleiche Kognition wie der Vorinstanz zusteht (statt vieler: [BGE 116 Ia 96 E. 2](#)). Die Heilung ist aber ausgeschlossen, wenn es sich um eine besonders schwer wiegende Verletzung der Parteirechte handelt, zudem darf dem Beschwerdeführer kein Nachteil erwachsen und die Heilung soll die Ausnahme bleiben ([BGE 126 V 132 E. 2b](#), [BGE 126 I 72 E. 2](#)). Die Rechtsprechung zur Problematik der Heilung von Verfahrensfehlern hat in der Regel Verletzungen des rechtlichen Gehörs zum Gegenstand. Die Heilung muss aber auch bei anderen Verfahrensfehlern möglich sein (vgl. z. B. [BGE 114 Ia 156 f. E. 3a](#): Heilung bei Verletzung von Ausstandsbestimmungen). Nachdem die genannten Voraussetzungen für eine Heilung vorliegend gegeben sind, konnte der Mangel der fehlenden Zuständigkeit im Rechtsmittelverfahren vor dem Departement D. geheilt werden.

4.a. Das BPG kennt - wie auch das vor dessen Inkrafttreten geltende Dienstrecht des Bundes - zwei Arten der Auflösung des Arbeitsverhältnisses: die ordentliche Kündigung gemäss Art. 12 Abs. 6 BPG und die

ausserordentliche, fristlose Kündigung aus wichtigem Grund nach Art. 12 Abs. 7 BPG. Als Grund für die fristlose Kündigung durch eine Vertragspartei gilt nach der genannten Bestimmung jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Entsprechende Formulierungen fanden sich in Art. 55 Abs. 2 des Beamtengesetzes vom 30. Juni 1927 (BtG, BS 1 489) und Art. 77 Abs. 2 (2. Teil) der Angestelltenordnung vom 10. November 1959 (AngO, AS 1959 1181), so dass die betreffende Rechtsprechung sinngemäss herangezogen werden kann.

Die Weiterführung des Angestelltenverhältnisses ist unzumutbar, wenn dadurch die öffentlichen Interessen, namentlich das Vertrauen der Verwaltung in ihre Bediensteten, sowie das gute Funktionieren des Dienstes in Frage gestellt würden (Entscheidung der PRK vom 21. Oktober 1999, veröffentlicht in [VPB 64.36](#) E. 4a; vom 27. August 2003, veröffentlicht in [VPB 68.7](#) E. 2a, je mit Hinweisen). Ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 12 Abs. 7 BPG muss schwerer wiegen als ein Grund für eine ordentliche Kündigung gemäss Art. 12 Abs. 6 BPG. Eine Mehrzahl von Gründen im Sinne von Art. 12 Abs. 6 BPG können allerdings zu einem wichtigen Grund werden, wenn sie in ihrer Gesamtheit die Fortführung des Anstellungsverhältnisses untragbar machen (Entscheidung der PRK vom 27. August 2003, a.a.O., E. 2a mit Hinweis; *Hermann Schroff/David Gerber*, Die Beendigung von Dienstverhältnissen in Bund und Kantonen, St. Gallen 1985, Rz. 109).

Die Generalklausel betreffend der wichtigen Gründe lässt der Verwaltung einen beträchtlichen Ermessensspielraum. Die Behörde muss ihren Ermessensentscheid jedoch unter Berücksichtigung aller besonderen Umstände treffen. Was in einem Fall als unzumutbarer Umstand gilt, kann in einem anderen Fall nach objektiven Kriterien gemessen noch als durchaus zumutbar gelten. Jeder Einzelfall muss in Verbindung mit der Stellung und Verantwortlichkeit des Einzelnen und allen anderen Gegebenheiten geprüft werden (Entscheidung der PRK vom 27. August 2003, a.a.O., E. 2a mit Hinweisen; *Elmar Mario Jud*, Besonderheiten öffentlichrechtlicher Dienstverhältnisse nach schweizerischem Recht, insbesondere bei deren Beendigung aus nicht disziplinarischen Gründen, Diss., St. Gallen 1975, S. 197; ebenso für das Privatrecht [BGE 127 III 154](#) f. E. 1a).

b. Für die Beurteilung der Frage, ob eine ausgesprochene fristlose Kündigung gerechtfertigt war oder nicht, kann auf die zu Art. 337 des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht [OR], SR 220) entwickelte Praxis Rückgriff genommen werden (Entscheidung der PRK vom 27. August 2003, a.a.O., E. 2b; Botschaft des Bundesrats zum BPG vom 14. Dezember 1998, BBl 1999 1615). Die Formulierung von Art. 337 OR ist identisch mit derjenigen in Art. 12 Abs. 7 BPG. Wie im öffentlichen Dienstrecht wird für die fristlose Entlassung im Sinne von Art. 337 Abs. 2 OR verlangt, dass das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien endgültig zerstört ist (statt vieler: *Adrian Staehelin/Frank Vischer*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 2c, Zürich 1996, Rz. 3 zu Art. 337, mit Hinweisen).

c.aa. In der privatrechtlichen Rechtsprechung und Lehre wird unterschieden zwischen sehr schweren Pflichtverletzungen und weniger schweren Fehlverhalten. Schwer wiegende Pflichtverletzungen können eine sofortige

Kündigung ohne vorausgehende Mahnung rechtfertigen. Weniger schwere oder zeitlich zurückliegende Verfehlungen können nur dann eine fristlose Kündigung zur Folge haben, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt vorkommen (BGE 130 III 31 E. 4.1, BGE 130 III 220 f. E. 3.1, BGE 127 III 154 f. E. 1a mit Hinweisen, übersetzt in Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2001 S. 1232 ff.; Staehelin/Vischer, a.a.O., Rz. 9 f., 14 zu Art. 337 mit Hinweisen). Unterlässt der Arbeitgeber im Falle von nicht schwer wiegendem Fehlverhalten die verlangte Mahnung (Abmahnung, Ermahnung, Verwarnung), wird angenommen, er sei an einer Weiterbeschäftigung interessiert und die Fortführung des Arbeitsverhältnisses sei für ihn nicht unzumutbar. Damit fällt die Vertragsverletzung als Grund für die fristlose Auflösung ausser Betracht (Staehelin/Vischer, a.a.O., Rz. 9 zu Art. 337 mit Hinweisen; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl., Zürich 1992, N. 7 zu Art. 337).

Das Bundesgericht hat auch für das öffentliche Dienstrecht festgestellt, dass jener, der sich bereit erklärt, ein Arbeitsverhältnis trotz Kenntnis von Tatsachen fortzuführen, die eine Entlassung rechtfertigen könnten, zeigt, dass er ihnen nicht die Eigenschaft wichtiger Gründe beimisst. Der Behörde ist es demnach mit Rücksicht auf den Grundsatz von Treu und Glauben verwehrt, sich auf frühere Vorkommnisse zu berufen, wenn sie diese unbeanstandet gelassen und das Dienstverhältnis ohne Ermahnung fortgesetzt hat (Urteil des Bundesgerichts vom 9. Dezember 1982, veröffentlicht in *Peter Hänni*, das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, Zürich 2002, S. 523 f.; vgl. auch Entscheid des St. Galler Regierungsrats in St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis [GVP] 1990 Nr. 90). Auch die PRK hat in einem Entscheid unter dem Regime des Beamtengesetzes - hinsichtlich einer disziplinarischen Entlassung - festgehalten, dass der disziplinarischen Entlassung grundsätzlich eine Mahnung mit Androhung der fraglichen Massnahme vorausgehen müsse, dies unter dem Vorbehalt, dass das Verhalten des Beamten nicht absolut unvereinbar sei mit seinem offiziellen Status (Entscheid der PRK vom 23. Januar 1996, veröffentlicht in VPB 61.27 E. 4c).

bb. Welche Voraussetzungen eine solche für eine fristlose Kündigung bei weniger schwer wiegenden Pflichtverletzungen vorausgesetzte Mahnung hinsichtlich Form und Inhalt erfüllen muss, ist auch für das Zivilrecht nicht restlos geklärt. Die Mahnung erfüllt grundsätzlich zwei Funktionen: einerseits hält der Kündigende dem anderen die begangene Vertragsverletzung vor und mahnt ihn zu künftigem vertragsgemäsem Verhalten (Rügefunktion), andererseits drückt sie die Androhung einer Sanktion aus (Warnfunktion; Staehelin/Vischer, a.a.O., Rz. 10 zu Art. 337 mit Hinweisen). Umstritten ist insbesondere, ob in der Mahnung die fristlose Entlassung ausdrücklich angedroht werden muss oder ob es genügt, dass sich die Androhung einer Sanktion aus den Umständen ergibt. In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht festgestellt, die Rechtsprechung sei nicht in der Lage, starre Regeln über Zahl und Inhalt von solchen Verwarnungen aufzustellen. Entscheidend seien die Umstände in jedem einzelnen Fall (BGE 127 III 155 ff. E. 1b und c, inklusive Zusammenfassung der Lehre und Rechtsprechung; vgl. auch Staehelin/Vischer, a.a.O., Rz. 10 zu Art. 337 mit Hinweisen).

d. Als Beispiele für sehr schwere Pflichtverletzungen werden im Privatrecht namentlich genannt die beharrliche Arbeitsverweigerung oder unberechtigtes Fernbleiben von der Arbeit über mehrere Tage, die Missachtung klarer

Weisungen, Straftaten zum Nachteil des Arbeitgebers, besonders schwere Straftaten ausserhalb des Arbeitsplatzes, Konkurrenzierung des Arbeitgebers, Entgegennahme von Schmiergeldern, eigenmächtiger Ferienbezug, Verrat von Geschäftsgeheimnissen, Schlechtmachen des Arbeitgebers gegenüber Dritten und sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz (Stahelin/Vischer, a.a.O., Rz. 15, 20 und 22 zu Art. 337; AJP 2001 S. 1236, Bemerkungen von *Hans-Peter Egli* zu [BGE 127 III 153](#); vgl. auch Bejahung der Zulässigkeit der fristlosen Kündigung in den Entscheiden der PRK vom 21. Oktober 1999, a.a.O., E. 4c; vom 27. August 2003, a.a.O., E. 3). Als weniger schwere Verfehlungen wurden erachtet das verspätete Erscheinen oder frühzeitige Verlassen des Arbeitsplatzes sowie das unentschuldigte Fernbleiben für kurze Zeit ([BGE 127 III 158](#) E. 1c; Stahelin/Vischer, a.a.O., Rz. 15, 19 zu Art. 337) sowie das Abliefern einer unrichtigen Spesenabrechnung durch den Arbeitnehmer ([BGE 116 II 151](#) E. 6b).

e. Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass eine Verwaltungsmassnahme das richtige Mittel zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles ist. Zudem darf der Eingriff nicht schärfer sein, als der Zweck der Massnahme es verlangt; lässt sich das im öffentlichen Interesse liegende Ziel mit einem schonenderen Mittel erreichen, so ist dieses zu wählen ([BGE 123 II 33](#) E. 9; *Pierre Moor*, Droit administratif, Bd. I, Bern 1994, S. 351 ff.). Auch bei der (ordentlichen oder fristlosen) Auflösung des Dienstverhältnisses muss der Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachtet werden, die Verwaltung muss jene Massnahme wählen, welche angemessen ist bzw. jene, die genügt (Entscheid der PRK vom 21. Oktober 1999, a.a.O., E. 4b; Schroff/Gerber, a.a.O., Rz. 107). Im Privatrecht untersteht die fristlose Kündigung ebenso dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, diese wird als ausserordentliche Massnahme angesehen, welche restriktiv gehandhabt werden muss. Damit ist sie ausgeschlossen, wenn dem Kündigenden mildere Massnahmen zur Verfügung stehen, um die eingetretene Störung des Arbeitsverhältnisses in zumutbarer Weise zu beheben, z. B. durch ordentliche Kündigung, Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz usw. ([BGE 130 III 31](#) E. 4.1; Stahelin/Vischer, a.a.O., Rz. 3 f. zu Art. 337).

5. Gemäss den Ausführungen des Departements D. im Beschwerdeentscheid vom 1. Dezember 2003 habe Auslöser der fristlosen Kündigung die vom Beschwerdeführer gemachte Falschaussage anlässlich der Personalsitzung vom 6. März 2003 gebildet. Jedoch sei das Arbeitsverhältnis ab dem Sommer 2002 durch eine Mehrzahl von Verfehlungen des Beschwerdeführers zunehmend belastet gewesen und das Vertrauensverhältnis sei mehr und mehr gestört gewesen. Die «Notlüge» habe das Fass dann zum Überlaufen gebracht.

a. Als Erstes ist zu prüfen, welche der verschiedenen Vorwürfe zur Begründung der fristlosen Kündigung überhaupt herangezogen werden durften.

aa. Vorab ist dem D. (vgl. Entscheid vom 10. Dezember 2003) beizupflichten, dass der Meinungsumschwung betreffend Weiterbeschäftigung im Bundesamt dem Beschwerdeführer offensichtlich nicht als Pflichtverletzung angelastet werden kann. Ebenfalls ausser Betracht fällt der Vorwurf der angeblich vom Beschwerdeführer nicht erstellten Rapporte, welche (...) hätten abgeliefert

werden sollen. Mangelhafte Arbeitsleistungen des Beschwerdeführers sind nicht genügend dokumentiert und wurden auch von seinen direkten Vorgesetzten in der Einheit T. anlässlich der öffentlichen Verhandlung in Abrede gestellt; ein vom Bundesamt in diesem Zusammenhang genanntes Schreiben (...) stellt objektiv gesehen bloss einen Personalmangel in der T. fest. Die verschiedenen im Herbst 2002 vorgenommenen Qualifikationen ergeben keine brauchbaren Hinweise diesbezüglich (...). Das D. hatte in seinem Entscheid im Übrigen versichert, die Kündigung sei primär aufgrund des Verhaltens des Beschwerdeführers und nicht wegen ungenügender Leistungen erfolgt.

bb. Die abgesehen von der Falschaussage vorliegend noch relevanten, weiter zurückliegenden Vorhalte stellen allesamt offensichtlich keine schwer wiegenden Pflichtverletzungen dar (vgl. auch Fallbeispiele in E. 4d). Nach dem vorstehend Ausgeführten (E. 4c/aa) ist es unzulässig, sich zur Begründung einer fristlosen Entlassung auf frühere Vorkommnisse zu berufen, welche keine schwerwiegenden Pflichtverletzungen darstellten und die damals unbeanstandet geblieben sind. Auch im öffentlichen Anstellungsverhältnis hat zu gelten, dass nicht schwer wiegende bzw. weiter zurückliegende Pflichtverletzungen nur dann eine fristlose Kündigung rechtfertigen können, wenn es zu einer Mahnung durch den Arbeitgeber und in deren Folge zu einer neuerlichen Verfehlung kam (vgl. E. 4c/aa Abs. 2). Das Argument des Departements, wonach das BPG eine schriftliche Mahnung nur für die ordentliche Kündigung (Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG) vorsehe, es einer solchen für eine fristlose Kündigung aber nicht bedürfe, greift offenkundig nicht. Die fristlose Kündigung ist die schärfere Massnahme als die ordentliche. Sie kann ohne Mahnung zwar möglich sein bei einer schwer wiegenden Pflichtverletzung, bei einer Mehrzahl minder schweren Vergehen hingegen ist (wie bei Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG) eine Mahnung durch den Arbeitgeber zu verlangen.

Folglich ist zu klären, ob die betreffenden Vorhalte eine Mahnung in der verlangten Art zur Folge hatten. Auf die hohen Natelkosten (...) und den Gebrauch des Dienstwagens ohne Bewilligung (...) wurde der Beschwerdeführer bloss hingewiesen bzw. er wurde um seine Stellungnahme gebeten. Im Fall der Information Dritter über eine vertrauliche Sitzung (...) ist keinerlei Reaktion von Vorgesetzten gegenüber dem Beschwerdeführer aktenkundig. In diesen Fällen liegt offensichtlich keinerlei Mahnung im fraglichen Sinne vor. Dem Arbeitgeber ist es somit verwehrt, diese Vorkommnisse zur Begründung der fristlosen Kündigung noch anzurufen (vgl. E. 4c/aa). Ob diese Vorwürfe überhaupt als Pflichtverletzungen zu qualifizieren wären, muss unter diesen Umständen nicht geprüft werden.

Einzig betreffend der wiederholten Unpünktlichkeit (total 16 Verspätungen in der Zeit vom April bis Oktober 2002) kam es zu «Ermahnungen» im Rahmen von Zielvereinbarungen bzw. Personalbeurteilung (...). Die Frage, ob diesbezüglich den Anforderungen an eine Mahnung im vorliegenden Sinne genüge getan wurde, kann, wie sogleich zu sehen sein wird, offen bleiben.

b. Zu untersuchen ist als Nächstes, ob die übrig bleibenden Verfehlungen, nämlich die Falschaussage vom 6. März 2003 und die Blockzeitverletzungen, einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung dargestellt haben.

Das Verhalten des Arbeitnehmers muss in Berücksichtigung des konkreten Einzelfalls und der Umstände geprüft werden (E. 4a vorstehend). Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer an der Sitzung vom 6. März 2003 in Gegenwart seines direkten Vorgesetzten im Bundesamt, einer Personalverantwortlichen des Bundesamtes sowie dem Chef der Z. in Beantwortung der Frage, wie es zu der Verletzung der Arbeitszeit am fraglichen Datum gekommen sei, fälschlicherweise angegeben, er sei beim Arzt gewesen. An der öffentlichen Verhandlung schilderte der Beschwerdeführer, er habe am fraglichen Morgen wegen einer Platzwunde am Bein die Apotheke aufgesucht und deswegen erst um 8.42 Uhr eingestempelt. Er habe dabei den Code «Arztbesuch» eingegeben, da dies für ihn die naheliegendste Lösung dargestellt habe.

Die falsche Aussage des Beschwerdeführers den genannten Vorgesetzten gegenüber zur Erläuterung einer Absenz kann nicht als leichte Pflichtverletzung eingestuft werden. Es kommt hinzu, dass der Beschwerdeführer sich schon pflichtwidrig in diese Situation hineinmanövriert hat, indem er am fraglichen Tag nicht nur zu spät eingestempelt, sondern zudem fälschlicherweise den Code «Arztbesuch» eingegeben hat. Andererseits wirkt sich das Vorgehen seiner Vorgesetzten im Zusammenhang mit der Sitzung vom 6. März 2003 zugunsten des Beschwerdeführers aus. Die Traktanden dazu wurden dem Beschwerdeführer erst am 5. März 2003 eröffnet. Der 25-seitige und mit 62 Beilagen versehene Rapport, mit welchem der Beschwerdeführer an der Sitzung selbst erstmals konfrontiert wurde, enthält erhebliche Vorhalte und als Schlussfolgerung (...) schlägt G. schliesslich die Kündigung vor. Selbst das Departement räumt in der Vernehmlassung ein, dass der Rapport subjektiv gefärbt sei. Dafür spricht auch die an der öffentlichen Verhandlung von den Zeugen bestätigte Tatsache, dass die direkten Vorgesetzten des Beschwerdeführers in der T. (...) nicht in die Gespräche betreffend weiterer Zukunft des Beschwerdeführers einbezogen worden sind. Die internen «Reibereien» zwischen den Einheiten Y. und T. haben die Situation des Beschwerdeführers zumindest nicht vereinfacht. Dass der Beschwerdeführer sich in dieser Situation unter Druck fühlte, ist somit in gewissem Masse nachvollziehbar. Die Falschaussage kann unter den gegebenen Umständen jedenfalls nicht als dermassen grobe Pflichtverletzung angesehen werden, die für sich alleine eine ausserordentliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen vermöchte (oben E. 4c/aa).

Betreffend dem wiederholten Nichtrespektieren der Blockzeit ergab die Zeugenbefragung in der öffentlichen Verhandlung, dass in der T. die Einhaltung der Blockzeit nicht als sehr wichtig eingestuft wurde, da die Arbeitszeiten sich häufig in den Abend hinein verlagert hätten. Beide direkten Vorgesetzten in der T. haben als Zeugen ausgesagt, dass kleinere Blockzeitverletzungen am Morgen für sie - falls sie überhaupt davon gewusst hätten - kein Problem dargestellt hätten. Somit können die Abweichungen von den Blockzeiten, die ab 1. Juli 2002 vorkamen, (wenn überhaupt) höchstens als untergeordnete Pflichtverletzungen angesehen werden. Auch den vor dem 1. Juli 2002 vorgefallenen und damit weiter zurückliegenden Blockzeitverletzungen von in der Regel wenigen Minuten ist kein allzu grosses Gewicht zuzumessen. Somit kann auch die Kombination von Falschaussage vom 6. März 2003 und Blockzeitverletzungen noch nicht zu der vom Gesetz verlangten Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses

geführt haben. Dem Departement bzw. dem Bundesamt ist der Nachweis der vollständigen Zerstörung des Vertrauensverhältnisses und des Vorliegens eines wichtigen Grundes nicht gelungen.

Unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismässigkeitsprinzips (E. 4e vorstehend) ist überdies nicht zu sehen, weshalb es dem Arbeitgeber nicht zumutbar gewesen wäre, den Beschwerdeführer zumindest bis zum Ablauf einer ordentlichen Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen. Vor dem Hintergrund, dass aus dem damals aktuellen Tätigkeitsumfeld des Beschwerdeführers, nämlich der T., keine Beanstandungen zu vernehmen waren, erscheint offensichtlich, dass die fristlose Kündigung sich keineswegs als einziger Ausweg aufdrängte. Die fristlose Auflösung erweist sich somit auch als unverhältnismässig, es hätten durchaus zumutbare mildere Mittel zur Verfügung gestanden. Die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäss Art. 12 Abs. 7 BPG war folglich nicht gerechtfertigt und die Beschwerde ist insoweit gutzuheissen.

6.a. Bei ganzer oder teilweiser Gutheissung hat die Beschwerdeinstanz die Sache in der Regel in einem reformatorischen Entscheid selbst zu entscheiden (Art. 61 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG], SR 172.021). Dies gilt selbst dann, wenn kein entsprechender Antrag seitens des Beschwerdeführers vorliegt. Nur ausnahmsweise weist sie die Beschwerde mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. Letzteres kann sich vor allem dort rechtfertigen, wo der Sachverhalt ungenügend abgeklärt ist sowie wenn die Regelung des Rechtsverhältnisses besondere Sachkunde verlangt oder in den Ermessensbereich hineinragt (*André Moser*, in: *Moser/Uebersax*, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt am Main 1998, Rz. 3.86 ff.; *Fritz Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 233). Entsprechend hat die PRK (unter der Geltung des früheren öffentlichen Dienstrechts) in mehreren Fällen, in welchen sie die fristlose Auflösung für unzulässig befunden und die Beschwerde diesbezüglich gutgeheissen hat, im Sinne eines reformatorischen Entscheids auf eine ordentliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses erkannt (Entscheide der PRK vom 26. November 1996 i.S. M. [PRK 1996-010] E. 6; vom 31. Oktober 1996 i.S. A. [PRK 1996-028] E. 5, bestätigt durch Urteil des Bundesgericht vom 2. April 1997 [2A.563/1996]; vom 30. November 2000 i.S. G. [PRK 2000-023] E. 3e). Diese Vorgehensweise muss gleichsam unter dem Geltungsbereich des BPG möglich sein. Der rechtserhebliche Sachverhalt ist vorliegend erstellt. Die Einschätzung des Verhaltens des Beschwerdeführers reicht zwar in den Ermessensbereich der Vorinstanz hinein. Deren Auffassung ist jedoch bekannt und ausreichend dokumentiert. Die PRK kann demnach in der Sache selbst entscheiden.

b. Nach Ablauf der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis auf Ende jeden Monats mit einer Mindestfrist von drei Monaten in den ersten fünf Dienstjahren ordentlich gekündigt werden (Art. 12 Abs. 3 Bst. a BPG). Im Gegensatz zur ausserordentlichen Auflösung des Dienstverhältnisses aus einem wichtigen Grund genügt für die ordentliche Kündigung ein (nach der Terminologie des alten Dienstrechtes) triftiger Grund, welcher objektiv begründet und sachlich haltbar sein muss ([BGE 108 Ib 210](#) E. 2; Entscheid der PRK vom 8. Juni 1995, veröffentlicht in [VPB 60.74](#) E. 5a; *Tobias Jaag*, Das öffentliche Dienstverhältnis im Bund und im Kanton Zürich - ausgewählte Fragen, in *ZBl* 1994, S. 463). Als triftiger Grund galt z. B. der fehlende Wille

zur Zusammenarbeit, verspätetes Erscheinen zur Arbeit oder ungenügende Leistung (Schroff/Gerber, a.a.O., Rz. 143 und Rz. 147 f.). Das neue BPG nennt in einer (abschliessenden) Aufzählung Sachverhalte, die als (triftige) Gründe für die ordentliche Kündigung gelten. Genannt werden unter anderem die Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten (vgl. Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG) oder Mängel in der Leistung oder im Verhalten, die trotz schriftlicher Mahnung anhalten oder sich wiederholen (Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG). In jedem Fall muss auch für die ordentliche Auflösung des Dienstverhältnisses der Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachtet werden (vgl. oben E. 4e; Entscheid der PRK vom 27. Februar 2001 i.S. L. [PRK 2000-057] E. 3).

c. Dem Beschwerdeführer sind Verfehlungen vorzuwerfen, welche als triftige Gründe nach Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG zu gelten haben. Die Falschaussage stellte zwar aufgrund der Umstände keinen wichtigen Grund dar, doch handelte es sich dessen ungeachtet um eine relativ schwer wiegende Verfehlung, die als triftiger Grund für eine ordentliche Kündigung bzw. als Pflichtverletzung im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG angesehen werden kann. Hinzu kommen die (insbesondere vor dem 1. Juli 2002 vorgekommenen) Blockzeitenverletzungen. Die PRK kommt nach Würdigung der Umstände zum Schluss, dass im Verhalten des Beschwerdeführers Gründe für eine ordentliche Kündigung zu sehen sind, dies mithin die sachlich richtige, verhältnismässige und angemessene Lösung gewesen wäre. Das Arbeitsverhältnis hat unter Beachtung der Kündigungsfrist gemäss Art. 12 Abs. 3 BPG demnach als auf den 30. Juni 2003 aufgelöst zu gelten. Das B. hat dem Beschwerdeführer somit bis Ende Juni 2003 den Lohn zu entrichten.

7. Im Sinne der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde somit teilweise gutzuheissen, der Entscheid des Departements D. vom 10. Dezember 2003 aufzuheben und festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer als ordentlich gekündigt gilt und somit auf den 30. Juni 2003 geendet hat.

[Informations générales sur la Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral](#)

**JAAC 68.150 - Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission vom 16. Juni
2004 [PRK 2004-002]**

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2004
Année	
Anno	
Band	68
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 006 356

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.