Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-828/2012

Urteil vom 10. Mai 2012

Besetzung

Richter Christoph Bandli (Vorsitz),
Richterin Marianne Ryter Sauvant,
Richter Lorenz Kneubühler,
Gerichtsschreiber Toni Steinmann.

Parteien

A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Markus Fischer, Hotelgasse 1, Postfach 316, 3000 Bern 7,
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport VBS, Maulbeerstrasse 9, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses (Wiederherstellung aufschiebende Wirkung; formelle Rechtsverweigerung).

Sachverhalt:

A.
A._____ arbeitet seit dem 1. Juli 1988 in Bundesbetrieben, wobei er seit dem 1. Februar 2006 als Chef (…) für die Logistikbasis der Armee (nachfolgend: Arbeitgeberin) tätig ist.

B.
Die Fachstelle für Personensicherheitsprüfungen im Bereich Informatik- und Objektsicherheit (nachfolgend: Fachstelle IOS) erhielt im Rahmen einer Überprüfung von A._____ davon Kenntnis, dass dieser am 8. Januar 2008 wegen Pornografie im Sinn von Art. 197 Ziff. 3 und 3bis des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) verurteilt wurde. Mit Zwischenverfügung vom 14. Juli 2011 hat sie die Arbeitgeberin über die bisherige Datenerhebung informiert und empfohlen, A._____ bis zum Abschluss der Sicherheitsprüfung keinen Zugang zu vertraulich oder geheim klassifizierten Informationen, Materialien und militärischen Anlagen mit Schutzzonen 2 und 3 zu gewähren. Am 3. November 2011 erliess die Fachstelle IOS eine negative Risikoverfügung, wonach A._____ als Sicherheitsrisiko erachtet werde und von seiner Weiterverwendung in der Funktion als Chef (...) abzusehen sei. Zudem dürfe ihm kein Zugang zu vertraulich oder geheim klassifizierten Informationen oder Materialien und militärischen Anlagen mit Schutzzonen 2 oder 3 gewährt werden.

Gegen diese Verfügung liess A._____ Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben, bei welchem die Angelegenheit unter der Verfahrensnummer A-6563/2011 hängig ist.

C.
Mit Verfügung vom 31. August 2011 stellte die Arbeitgeberin A._____ gestützt auf die Zwischenverfügung der Fachstelle IOS vom 14. Juli 2011 bis auf Weiteres vom Dienst frei, untersagte ihm den Zutritt zum Arbeitsplatz und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) mit Entscheid vom 20. Dezember 2011 ab und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

Gegen diesen Entscheid liess A._____ Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben (Verfahrensnummer A-372/2012), welches die

beantragte Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde mit Zwischenverfügung vom 27. Februar 2012 abwies.

D.
Mit einer weiteren Verfügung vom 1. Dezember 2011 löste die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mit A._____ fristlos auf und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

Zur Begründung machte die Arbeitgeberin im Wesentlichen geltend, dass durch die strafrechtliche Verurteilung wegen Pornografie im Sinn von Art. 197 Ziff. 3 und 3bis StGB das Vertrauen unwiderruflich zerstört worden sei. Aufgrund der Verurteilung bestehe ein erhöhtes Sicherheitsrisiko und es drohe ein Reputationsverlust. Unter diesen Umständen sei eine weitere Zusammenarbeit unmöglich und die sofortige fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses stelle die einzige Möglichkeit dar, die Vertragssituation zu bereinigen.

E.
Am 15. Dezember 2011 liess A._____ beim VBS Beschwerde erheben und die Aufhebung der Verfügung vom 1. Dezember 2011 sowie die Wiederherstellung der entzogenen aufschiebenden Wirkung beantragen.

F.
Mit Zwischenverfügung vom 19. Januar 2012 hiess das VBS die beantragte Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung insofern teilweise gut, als es der Beschwerde bis zum 30. Juni 2012 die aufschiebende Wirkung zuerkannte. Für die Zeit danach wies das VBS das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab (Ziffer 1 des Dispositivs).

Das VBS zog in Erwägung, dass die Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung nach einer ersten Einschätzung als eher unwahrscheinlich erscheine. Denn einerseits seien zwischen der Kenntnisnahme der Verurteilung und der fristlosen Kündigung über vier Monate vergangen, was mit der geltenden Rechtsprechung nicht vereinbar sei. Andererseits stelle die Verurteilung kaum eine schwere Pflichtverletzung dar, die für eine fristlose Entlassung notwendig wäre. Aufgrund dieser Entscheidprognose rechtfertige es sich, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederherzustellen. Jedoch sei zu beachten, dass gemäss Arbeitsvertrag ein Kündigungsgrund vorliegen könne, wenn die Sicherheitserklärung bei der Personensicherheitsprüfung nicht oder nur mit Vorbehalten erteilt werde.

Falls die Beschwerde gegen die negative Risikoverfügung der Fachstelle IOS vom 3. November 2011 abgewiesen werde, sei zu prüfen, ob das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist gestützt auf die genannte Vertragsklausel als beendet erklärt werden könne. Wenn die Beschwerde hingegen gutgeheissen werde, sei abzuklären, ob ein anderer Grund für eine ordentliche Kündigung gegeben sei. Es könne dabei angenommen werden, dass die ordentliche Kündigung im Dezember 2011 zugegangen sei, womit die sechsmonatige Kündigungsfrist Ende Juni 2012 ablaufen würde. Deshalb rechtfertige es sich, die aufschiebende Wirkung befristet bis zum 30. Juni 2012 wiederherzustellen.

G.

A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) lässt am 13. Februar 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben und beantragen, die Zwischenverfügung vom 19. Januar 2012 sei aufzuheben und das VBS (nachfolgend: Vorinstanz) anzuweisen, über die am 15. Dezember 2011 eingereichte Beschwerde gegen die Verfügung betreffend die fristlose Entlassung innert nützlicher Frist förmlich zu entscheiden.

Der Beschwerdeführer bringt im Wesentlichen vor, dass die befristet wiederhergestellte aufschiebende Wirkung mangels gesetzlicher Grundlage unzulässig sei. Die aufschiebende Wirkung stelle einen vorläufigen Zustand her, der mit dem instanzabschliessenden Entscheid dahinfalle. Die Vorinstanz habe es in der Hand, innert nützlicher Frist einen Entscheid in der Sache zu fällen, womit sich die Befristung erübrige. Soweit die Vorinstanz nach Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids über die negative Risikoverfügung zu prüfen beabsichtige, ob die fristlose Kündigung allenfalls in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden könne, sei dies sowohl rechtlich als auch tatsächlich unzulässig. Sie begehe eine Rechtsverweigerung bzw. eine unzulässige Verfahrensverzögerung, weil sie den Ausgang dieses Verfahrens von einer anderen, hier nicht interessierenden Frage (Personensicherheitsprüfung) abhängig mache. Ein allfälliges ordentliches Kündigungsverfahren könne erst im Anschluss an die rechtskräftige Beurteilung des negativen Personensicherheitsentscheids eingeleitet werden, wobei vorab das rechtliche Gehör hinsichtlich dieses (neuen) Kündigungsgrundes zu gewähren sein werde und ein solches Kündigungsverfahren den üblichen rechtlichen Standards auf Erlass einer Verfügung gemäss den Regeln der Bundesrechtspflege zu erfolgen habe. Faktisch habe die Vorinstanz mit der Zwischenverfügung vom 19. Januar 2012 entschieden, nicht über die rechtliche Zulässigkeit der fristlosen Kündigung vom 1. Dezember 2011 urteilen zu wollen.

H.
In der Vernehmlassung vom 19. März 2012 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde, soweit auf sie eingetreten werden könne. Es sei kein Grund ersichtlich, weshalb es nicht möglich sein sollte, die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zu befristen. Dem Beschwerdeführer käme ein zeitlicher und sachlich unbegründeter Vorteil zu, wenn die Verfügung betreffend die fristlose Entlassung aufgehoben würde und die ordentliche Kündigung neu angezeigt und verfügt werden müsste. Es sei davon auszugehen, dass die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses – je nach Ausgang des Verfahrens bezüglich der Personensicherheitsprüfung – in eine ordentliche Kündigung umgegossen werden müsse. Dem Beschwerdeführer erwachse aus diesem Vorgehen kein Nachteil, weil er für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist den Lohn erhalte.

I.
Auf die weiteren Ausführungen in den Rechtsschriften ist – soweit entscheidwesentlich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen, ob es zur Beurteilung einer Beschwerde zuständig ist und ob es darauf eintreten kann. Vorliegend besteht die Besonderheit, dass der Beschwerdeführer einerseits Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 19. Januar 2012 erhebt und gleichzeitig eine formelle Rechtsverweigerung geltend macht. Dabei sind teilweise unterschiedliche Eintretensvoraussetzungen zu erfüllen (vgl. FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], VwVG Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 5 zu Art. 46a).

1.1. Nachfolgend wird zunächst zu prüfen sein, ob auf die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 19. Januar 2012 eingetreten werden kann.

1.1.1. Nach Art. 36 Abs. 1 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) können im Bereich des Bundespersonalrechts Entscheide der internen Beschwerdeinstanzen im Sinn von Art. 35 Abs. 1

BPG beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in den Art. 33 und 34 VGG genannten Behörden. Das VBS gehört zu den in Art. 33 VGG erwähnten Behörden und hat vorliegend in Anwendung von Art. 35 Abs. 1 BPG und Art. 110 Bst. a der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV, SR 172.220.111.3) eine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG erlassen. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb zur Beurteilung der Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 19. Januar 2012 zuständig.

1.1.2. Die angefochtene Verfügung stellt eine selbständig eröffnete Zwischenverfügung dar, denn sie betrifft einzig die Frage der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, nicht aber die Hauptstreitfrage (Auflösung des Arbeitsverhältnisses). Gemäss Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG ist eine solche Verfügung nur dann anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann. Dieser Nachteil muss nicht rechtlicher, sondern kann auch tatsächlicher Natur sein; die Beeinträchtigung in schutzwürdigen tatsächlichen, insbesondere auch wirtschaftlichen Interessen genügt, sofern der Betroffene nicht nur versucht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2160/2010 vom 3. Januar 2011 E. 2.2.3 mit Hinweisen; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.45 ff.; MARTIN KAYSER, in Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [nachfolgend: Kommentar VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 10 ff. zu Art. 46).

Mit der Zwischenverfügung vom 19. Januar 2012 stellte die Vorinstanz die aufschiebende Wirkung der gegen die Kündigungsverfügung erhobenen Beschwerde befristet bis zum 30. Juni 2012 wieder her. Der Beschwerdeführer hätte somit ab diesem Zeitpunkt keinen Anspruch mehr auf Lohnzahlungen und müsste seinen Lebensunterhalt anderweitig organisieren. Der damit verbundene Aufwand und die psychische Belastung, welche die Einstellung der Lohnzahlungen mit sich bringen würde, könnten einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil tatsächlicher Natur bewirken, woran die Möglichkeit einer Lohnrückzahlung bei Gutheissung

der Beschwerde in der Hauptsache nichts zu ändern vermag. Die Voraussetzungen von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG sind demnach erfüllt, was seitens der Vorinstanz denn auch zu Recht nicht in Abrede gestellt wird.

1.1.3. Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung durch diese beschwert und mithin zur Beschwerde legitimiert.

1.1.4. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 19. Januar 2012 (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist demnach einzutreten.

1.2. Im Weiteren ist zu prüfen, ob auch auf die Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde einzutreten ist.

1.2.1. Die Beschwerde gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer Verfügung ist gemäss Art. 46a und Art. 50 Abs. 2 VwVG jederzeit zulässig. Anfechtungsobjekt der Beschwerde bildet das (unrechtmässige) Verweigern oder Verzögern, mithin das Fehlen einer anfechtbaren Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG, auf deren Erlass ein Anspruch des Rechtsuchenden besteht (MARKUS MÜLLER, Kommentar VwVG, a.a.O., Rz. 7 zu Art. 46a). Beschwerdeinstanz ist jene Behörde, die zuständig wäre, wenn die Verfügung ordnungsgemäss ergangen wäre (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 5.18 mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer muss ein Gesuch um den Erlass dieser Verfügung gestellt haben und die Verfügung darf noch nicht erlassen worden sein (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG, siehe auch BVGE 2008/15 E. 3).

1.2.2. Das VBS wird als interne Beschwerdeinstanz im Sinn von Art. 35 Abs. 1 BPG und Art. 110 Bst. a BPV über die Beschwerde gegen die am 1. Dezember 2011 verfügte Kündigung entscheiden müssen. Dieser Beschwerdeentscheid wird nach Art. 36 Abs. 1 BPG beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar sein, zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb auch zur Beurteilung der Beschwerde zuständig, mit welcher das unrechtmässige Verweigern bzw. Verzögern des Entscheids über die Kündigung geltend gemacht wird. Da sich der Beschwerdeführer mit der gegen die Kündigungsverfügung erhobenen Beschwerde um einen Entscheid der Vorinstanz bemüht hat und dieser noch nicht erlassen wurde, ist sein Interesse an der Fest-

stellung einer formellen Rechtsverweigerung aktuell und praktisch. Zudem wurde die Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde formgerecht erhoben (vgl. Art. 52 Abs. 1 VwVG), weshalb darauf einzutreten ist.

2.
Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG).

3.
Zu prüfen ist zunächst die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 19. Januar 2012, mit welcher die Vorinstanz die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen die Kündigungsverfügung befristet bis zum 30. Juni 2012 wiederhergestellt hat.

3.1. In der Regel kommt der Verwaltungsbeschwerde von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu (Art. 55 Abs. 1 VwVG). Aufschiebende Wirkung besagt, dass die in einer Verfügung angeordnete Rechtsfolge vorläufig nicht eintritt, sondern bis zum Beschwerdeentscheid vollständig gehemmt werden soll. Zweck der aufschiebenden Wirkung ist es, die beschwerdeführende Person die nachteiligen Wirkungen der Verfügung solange nicht fühlen zu lassen, bis über deren Rechtmässigkeit entschieden ist. Beschwerdeführenden wird insoweit ein umfassender vorläufiger Rechtsschutz gewährt, als der rechtliche und tatsächliche Zustand, wie er vor Erlass der Verfügung bestanden hat, bis zum Entscheid des Gerichts in der Sache aufrechterhalten bleibt (ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR] 116, 1997 II, S. 274; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.19).

3.2. Gemäss Rechtsprechung müssen für den Entzug der aufschiebenden Wirkung keine ausserordentlichen Umstände vorliegen, aber doch zumindest überzeugende Gründe gegeben sein (BGE 129 II 286 E. 3.1; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 650). Sind solche vorhanden, ist weiter zu prüfen, ob die Massnahme verhältnismässig ist. Insbesondere sind die sich gegenüberstehenden Interessen gegeneinander abzuwägen. Bei der Interessenabwägung steht der Behörde ein ge-

wisser Beurteilungsspielraum zu. Der Entscheid wird in der Regel auf den Sachverhalt abgestützt, der sich aus den Akten ergibt, ohne darüber hinausgehende zeitraubende Erhebungen anzustellen. Es handelt sich um einen sogenannten prima facie-Entscheid (HÄNER, a.a.O., S. 264; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.27). Bei der Abwägung der Gründe für und gegen den Entzug der aufschiebenden Wirkung können auch die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache ins Gewicht fallen, jedenfalls dann, wenn die Erfolgsprognose eindeutig ausfällt (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.24 und 3.27 f.). Bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen (BGE 130 II 149 E. 2.2 mit Hinweisen).

3.3. Nachfolgend gilt es im Lichte der dargestellten Lehre und Rechtsprechung zu prüfen, ob die Vorinstanz die aufschiebende Wirkung zu Recht lediglich bis zum 30. Juni 2012 wiederhergestellt hat. Dabei ist folgende Entscheidsystematik zu beachten: Zuerst bedarf es einer Entscheidprognose; fällt diese eindeutig aus, erübrigt sich ein Entscheid über die aufschiebende Wirkung, weil ebenso gut sofort in der Sache selbst entschieden werden kann. Ist eine Prognose nicht möglich, ist nach einem Anordnungsgrund zu fragen, das heisst nach einem überzeugenden Grund bzw. einem schweren Nachteil, der ohne den Entzug der aufschiebenden Wirkung droht. Schliesslich ist eine Interessenabwägung vorzunehmen und zu untersuchen, ob ein allfälliger Entzug verhältnismässig ist.

3.3.1. Bei einer summarischen Prüfung der Parteistandpunkte lässt sich zum jetzigen Zeitpunkt keine verlässliche Entscheidprognose über das vor der Vorinstanz hängige Verfahren in der Hauptsache treffen. In diesem werden verschiedene tatsächliche und rechtliche Aspekte – wie beispielsweise die Zulässigkeit der allenfalls beabsichtigten Umwandlung der fristlosen in eine ordentliche Kündigung oder das Vorliegen eines ordentlichen Kündigungsgrundes – zu prüfen sein, die sich im Rahmen einer summarischen Prüfung noch nicht beurteilen lassen. Eine eindeutige Entscheidprognose kann deshalb nicht getroffen werden.

3.3.2. Hinsichtlich des Anordnungsgrundes macht die Vorinstanz geltend, dass es der Arbeitgeberin angesichts der rund 10'000 Mitarbeiter und der erheblich reduzierten finanziellen Ressourcen nicht zuzumuten sei, dem Beschwerdeführer für einen Zeitraum Lohn zu bezahlen, in dem der Ar-

beitsvertrag unter Umständen bereits als beendigt erklärt werden könnte. Die Arbeitgeberin ginge damit ein finanzielles Risiko ein, das sie nicht verursacht und mithin auch nicht zu tragen habe.

Die Vorinstanz führt als Anordnungsgrund einzig das finanzielle Interesse der Arbeitgeberin am Entzug der aufschiebenden Wirkung bzw. an der Einstellung der Lohnzahlungen ab Juli 2012 an. Ein solches Interesse stellt indessen praxisgemäss kein ausreichender Anordnungsgrund für den Entzug der aufschiebenden Wirkung dar (vgl. Zwischenverfügungen des Bundesverwaltungsgerichts A-2646/2011 vom 6. Juni 2011 E. 5.3 und A-2864/2011 vom 7. Juni 2011 E. 6.2, je mit Hinweisen; SUSANNE KUSTER ZÜRCHER, Aktuelle Probleme des provisorischen Rechtsschutzes bei Kündigungen nach Bundespersonalrecht, in: Jahrbuch 2007 der Schweizerischen Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, Bern 2008, S. 159 f.). Damit fehlt es vorliegend an einem überzeugenden Grund für den Entzug der aufschiebenden Wirkung der gegen die Kündigungsverfügung erhobenen Beschwerde.

3.3.3. Da kein zureichender Anordnungsgrund vorliegt, erübrigt es sich, die Verhältnismässigkeit bzw. Zulässigkeit einer befristet wiederhergestellten aufschiebenden Wirkung zu überprüfen.

3.4. Nach dem Gesagten ergibt sich, dass kein überzeugender Grund für den Entzug der aufschiebenden Wirkung vorliegt, weshalb die Vorinstanz die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zu Unrecht befristete. Die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 19. Januar 2012 ist somit gutzuheissen und deren Dispositivziffer 1 insofern zu ändern, als die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen die Kündigungsverfügung vom 1. Dezember 2011 unbefristet wiederhergestellt wird.

4.
Im Weiteren ist streitig und zu prüfen, ob der Vorinstanz – wie der Beschwerdeführer geltend machen lässt – eine formelle Rechtsverweigerung vorzuwerfen ist.

4.1. Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) räumt einen Anspruch auf Behandlung frist- und formgerecht eingereichter Eingaben ein und verbietet die formelle Rechtsverweigerung (anstatt vieler BGE 134 I 229 E. 2.3 mit Hinweisen). Unter den Begriff der formellen Rechtsverweigerung fallen die Rechtsverweigerung im engeren Sinn und die Rechtsverzögerung.

Eine Rechtsverweigerung im engeren Sinn liegt vor, wenn eine Behörde es ausdrücklich ablehnt oder stillschweigend unterlässt, eine Entscheidung zu treffen, obwohl sie dazu verpflichtet ist (vgl. u.a. GEROLD STEINMANN, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 10 zu Art. 29; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, S. 413; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 5.24). Um eine Rechtsverzögerung handelt es sich dagegen, wenn sich die zuständige Behörde zwar bereit zeigt, einen Entscheid zu treffen, diesen aber nicht binnen der Frist fällt, welche nach der Natur der Sache und nach der Gesamtheit der übrigen Umstände als angemessen erscheint (BGE 135 I 265 E. 4.4 mit Hinweisen; STEINMANN, a.a.O., Rz. 12 zu Art. 29; UHLMANN/WÄLLE-BÄR, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Rz. 20 ff. zu Art. 46a).

4.2. Wie sich aus der Zwischenverfügung vom 19. Januar 2012 und der Vernehmlassung vom 19. März 2012 ergibt, will die Vorinstanz nach Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids über die negative Risikoverfügung prüfen, ob die fristlose Kündigung allenfalls in eine ordentliche Kündigung umgewandelt werden kann. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers begeht die Vorinstanz mit diesem beabsichtigten Vorgehen keine Rechtsverweigerung im engeren Sinn. Denn mit einer allfälligen Umwandlung würde gleichzeitig materiell über die verfügte fristlose Kündigung entschieden; diese würde als unzulässig betrachtet und aus diesem Grund durch eine ordentliche Kündigung ersetzt. Ob dieses Vorgehen zulässig ist, kann nicht im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens beurteilt werden. Denn Streitgegenstand der Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde kann nicht ein materieller Aspekt des anbegehrten Entscheids, sondern lediglich die Frage einer allfälligen formellen Rechtsverweigerung sein (Urteil des Bundesgerichts 9C_854/2007 vom 18. Januar 2008 E. 1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-2572/2007 vom 4. Oktober 2010 E. 2.4; HANSJÖRG SEILER, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Rz. 30 zu Art. 54). Da es die Vorinstanz weder ausdrücklich noch stillschweigend ablehnt, über die bei ihr angefochtene Kündigungsverfügung der Arbeitgeberin vom 1. Dezember 2011 eine Entscheidung zu treffen, liegt keine Rechtsverweigerung im engeren Sinn vor.

4.3. Im Weiteren ist auch keine unzulässige Rechtsverzögerung ersichtlich. Der Beschwerdeführer hat die von der Arbeitgeberin am 1. Dezember 2011 erlassene Kündigungsverfügung am 15. Dezember 2011 bei der

Vorinstanz angefochten. Bereits am 13. Februar 2012 – mithin knapp zwei Monate nach der Beschwerdeerhebung bei der Vorinstanz – hat er die vorliegend zu beurteilende Rechtsverzögerungsbeschwerde eingereicht. Bei objektiver Betrachtung kann eine Verfahrensdauer von knapp zwei Monaten bis zur Einreichung der Rechtsverzögerungsbeschwerde nicht als übermässig lang bezeichnet werden, zumal die Vorinstanz während dieser Zeit nicht einfach untätig blieb, sondern insbesondere die Zwischenverfügung vom 19. Januar 2012 erlassen hat.

4.4. Nach dem Gesagten liegt keine formelle Rechtsverweigerung vor, weshalb sich die Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde als unbegründet erweist und abzuweisen ist.

5.
Personalrechtliche Beschwerdeverfahren sind grundsätzlich kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG). Es sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben.

6.
Der obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen; obsiegt eine Partei nur teilweise, so ist die Parteientschädigung entsprechend zu kürzen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Aufgrund des Verfahrensausgangs gilt der Beschwerdeführer als teilweise obsiegend, weil die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 19. Januar 2012 gutzuheissen und die Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde abzuweisen ist. Unter diesen Umständen ist er als hälftig obsiegend einzustufen. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat mit Kostennote vom 20. April 2012 einen Aufwand von sechs Stunden bzw. Kosten von Fr. 1'968.30 (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) geltend gemacht, was angemessen erscheint. Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer deshalb entsprechend dem hälftigen Obsiegen eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 984.15 (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) zu entrichten.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 19. Januar 2012 wird gutgeheissen und deren Dispositivziffer 1 insofern geändert, als die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen die Kündigungsverfügung vom 1. Dezember 2011 unbefristet wiederhergestellt wird.

2.
Die Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde wird abgewiesen.

3.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.
Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung von Fr. 984.15 (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

5.
Ein Exemplar der Vernehmlassung der Vorinstanz vom 19. März 2012 geht an den Beschwerdeführer.

6.
Dieses Urteil geht an:

– den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde; Beilage: Vernehmlassung der Vorinstanz vom 19. März 2012)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. 04-14 / 08-2011; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Christoph Bandli	Toni Steinmann

Rechtsmittelbelehrung:

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse können beim Bundesgericht angefochten werden, sofern es um eine vermögensrechtliche Angelegenheit geht, bei welcher der Streitwert mindestens Fr. 15'000.-- beträgt oder bei der sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. Art. 85 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [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, kann sie innert 30 Tagen nach Eröffnung dieses Entscheids beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: