Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-2841/2011

Urteil vom 16. August 2011

Besetzung

Richter Christoph Bandli (Vorsitz),
Richter André Moser,
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,
Gerichtsschreiber Toni Steinmann.

Parteien

Eawag,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Alfred Schütz,
Beschwerdeführerin,

gegen

A._____,
vertreten durch Rechtsanwältin Astrid Lienhart,
Beschwerdegegnerin,

und

ETH-Beschwerdekommission,
Vorinstanz.

Gegenstand

Fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses (vorsorgliche Massnahmen).

Sachverhalt:

A.
A._____ wurde mit einem bis 31. Mai 2011 befristeten öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrag vom 25. März 2008 als Abteilungsleiterin bei der Eidgenössischen Anstalt für Wasserversorgung, Abwasserreinigung und Gewässerschutz (Eawag) angestellt.

B.
Am 22. September 2009 verfügte die Eawag, vertreten durch Rechtsanwalt Alfred Schütz, die sofortige Freistellung von A._____. In derselben Verfügung wurde ihr insbesondere die Zutrittsberechtigung auf das Gelände der Eawag entzogen und eine dienstliche Unterredung betreffend die Lohnfortzahlung in Aussicht gestellt.

Mit separater Verfügung vom 1. Oktober 2009 kündigte die Eawag den Arbeitsvertrag mit sofortiger Wirkung. Einer allfälligen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

C.
Mit Eingabe vom 9. Oktober 2009 liess A._____, vertreten durch Rechtsanwalt Eric Stern, sowohl gegen die Freistellungs- als auch gegen die Kündigungsverfügung Einsprache bei der Eawag erheben und beantragen, es sei die Nichtigkeit beider Verfügungen im Wesentlichen wegen Verletzung wichtiger Formvorschriften sowie inhaltlicher Unbegründetheit festzustellen.

D.
Am 12. November 2009 stellte die Eawag bei der ETH-Beschwerdekommission den Antrag auf Feststellung der Gültigkeit der fristlosen Kündigung sowie ein Ausstandsgesuch gegen die Instruktionsrichterin der ETH-Beschwerdekommission (nachfolgend: Instruktionsrichterin).

E.
A._____ beantragte mit Eingabe an die ETH-Beschwerdekommission vom 10. Dezember 2009 u.a. die Abweisung des Antrags auf Feststellung der Gültigkeit der fristlosen Kündigung. In verfahrensrechtlicher Hinsicht verlangte sie die Lohnfortzahlung bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Gültigkeit der Kündigung.

F.
Mit Verfügung vom 15. Dezember 2009 lehnte die ETH-Beschwerde-

kommission das Ausstandsbegehren der Eawag ab und wies die Instruktionsrichterin an, das Verfahren fortzusetzen. Einer allfälligen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

Diese Verfügung liess die Eawag mit Beschwerde vom 11. Januar 2010 beim Bundesverwaltungsgericht anfechten (Verfahren A-161/2010).

G.
Mit einer weiteren Verfügung vom 18. Januar 2010 wies die ETH-Beschwerdekommission in teilweiser Gutheissung des Gesuchs von A._____ vom 10. Dezember 2009 die Eawag an, die Lohnfortzahlung während dem laufenden Beschwerdeverfahren rückwirkend ab 1. Oktober 2009 bis längstens am 31. Mai 2011 wieder aufzunehmen. Einer allfälligen Beschwerde gegen diese Zwischenverfügung wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

Auch gegen diese Verfügung liess die Eawag mit Eingabe vom 27. Januar 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte sie die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde (Verfahren A-505/2010).

H.
Mit Zwischenverfügung A-505/2010 vom 25. Februar 2010 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Eawag um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde vom 27. Januar 2010 ab.

Auf die dagegen eingereichte Beschwerde ist das Bundesgericht mit Urteil 8C_209/2010 vom 29. März 2010 nicht eingetreten.

I.
Mit Urteil A-161/2010 vom 1. Juli 2010 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde der Eawag vom 11. Januar 2010, soweit es darauf eintrat, im Sinn der Erwägungen gut und verpflichtete die Instruktionsrichterin der ETH-Beschwerdekommission, in sämtlichen zwischen den Parteien rechtshängigen Verfahren als Instruktionsrichterin und Teil des Spruchkörpers in den Ausstand zu treten. Dieses Urteil ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

J.
Mit Urteil A-505/2010 vom 7. Dezember 2010 hob das Bundesverwaltungsgericht in Gutheissung der Beschwerde der Eawag vom 27. Januar 2010 die Verfügung vom 18. Januar 2010 betreffend die

Lohnfortzahlung auf und verpflichtete die ETH-Beschwerdekommission, in dieser Sache in anderer Zusammensetzung neu zu entscheiden. Auch dieses Urteil ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

K.
Nachdem die neu eingesetzte Instruktionsrichterin der ETH-Beschwerdekommission den Parteien am 25. Januar 2011 u.a. mittgeteilt hatte, dass vor dem 3. Mai 2011 über das Gesuch von A._____ vom 10. Dezember 2009 betreffend Lohnfortzahlung nicht entschieden werde, gelangte diese, nunmehr vertreten durch Rechtsanwältin Astrid Lienhart, mit Rechtsverweigerungsbeschwerde vom 24. Februar 2011 ans Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte, die ETH-Beschwerdekommission sei zu verpflichten, innerhalb der nächsten 30 Tage seit Zugang des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts in dieser Sache über ihr Gesuch betreffend Lohnfortzahlung vom 10. Dezember 2009 zu entscheiden.

L.
Mit Verfügung vom 23. März 2011 kam die ETH-Beschwerdekommission auf ihre Mitteilung vom 25. Januar 2011 zurück und wies in teilweiser Gutheissung des Gesuchs von A._____ vom 10. Dezember 2009 die Eawag an, die Lohnfortzahlung während dem laufenden Beschwerdeverfahren rückwirkend ab 1. Oktober 2009 bis längstens am 31. Mai 2011 wieder aufzunehmen (Ziffern 2 und 3 des Dispositivs). Einer allfälligen Beschwerde gegen diese Zwischenverfügung wurde die aufschiebende Wirkung entzogen (Ziffer 4 des Dispositivs).

M.
Mit Entscheid A-1340/2011 vom 1. April 2011 schrieb das Bundesverwaltungsgericht das Verfahren betreffend die Rechtsverweigerungsbeschwerde vom 24. Februar 2011 infolge Gegenstandslosigkeit ab.

N.
Die Eawag (nachfolgend: Beschwerdeführerin) erhebt mit Eingabe vom 19. Mai 2011 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragt die Aufhebung der Ziffern 2 bis 4 der Verfügung vom 23. März 2011. Die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde sei wieder herzustellen und das Gesuch von A._____ (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) um vorsorgliche Massnahmen im Sinn einer Lohnfortzahlung sei abzuweisen.

O.
Die ETH-Beschwerdekommission (nachfolgend: Vorinstanz) und die Beschwerdegegnerin beantragen in ihren Stellungnahmen vom 3. Juni 2011 die Abweisung des verfahrensrechtlichen Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

In der Beschwerdeantwort vom 22. Juni 2011 und der Vernehmlassung vom 23. Juni 2011 schliessen sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde vom 19. Mai 2011.

P.
In den Schlussbemerkungen vom 11. Juli 2011 hält die Beschwerdeführerin an den in der Beschwerde gestellten Anträgen fest.

Q.
Auf die eingereichten Akten und die Begründungen in den Rechtsschriften wird – soweit entscheidwesentlich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 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). Die ETH-Beschwerdekommission gehört zu den eidgenössischen Kommissionen nach Art. 33 Bst. f VGG (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, N 1.34 Fussnote 87) und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (vgl. Art. 32 Abs. 1 Bst. c VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 62 Abs. 2 der Verordnung des ETH-Rates vom 15. März 2001 über das Personal im Bereich der Eidgenössischen Technischen Hochschulen [PVO-ETH, SR 172.220.113]).

1.2 Die angefochtene Verfügung stellt eine selbständig eröffnete Zwischenverfügung dar, denn sie betrifft einzig die Frage der

Lohnfortzahlung während dem hängigen Beschwerdeverfahren, nicht aber die Hauptstreitfrage betreffend die Gültigkeit der fristlosen Kündigung. 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; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., N 2.45 ff.; MARTIN KAYSER, in Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich und St. Gallen 2008, N 10 ff. zu Art. 46). Bewirkt eine Zwischenverfügung dagegen keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil, so kann sie erst mit Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden (Art. 46 Abs. 2 VwVG).

Mit der Zwischenverfügung vom 23. März 2011 wurde die Beschwerdeführerin verpflichtet, der Beschwerdegegnerin den Lohn während dem hängigen Beschwerdeverfahren rückwirkend ab 1. Oktober 2009 bis längstens am 31. Mai 2011 auszurichten. Die Beschwerdeführerin hätte für die während dieser Zeit geleisteten Lohnzahlungen keinen Anspruch auf Rückerstattung, selbst wenn sie im Hauptverfahren betreffend die Gültigkeit der fristlosen Kündigung allenfalls obsiegen würde (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-7496/2010 vom 7. März 2011 E. 6.2 und A-4006/2010 vom 23. November 2010 E. 4.3; SUSANNE KUSTER ZÜRCHER, Aktuelle Probleme des provisorischen Rechtsschutzes bei Kündigungen nach Bundespersonalrecht, in: Jahrbuch 2007 der Schweizerischen Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, Bern 2008, S. 160 ff.; HARRY NÖTZLI, Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Bundespersonalrecht, Bern 2005, N 330; WOLFGANG PORTMANN, Überlegungen zum bundespersonalrechtlichen Kündigungsschutz, in LeGes Gesetzgebung und Evaluation 2002/2, N 8). In diesem Sinn könnte die vorliegend angefochtene Zwischenverfügung für die Beschwerdeführerin einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil tatsächlicher Natur bewirken. Die Voraussetzungen von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG sind demnach erfüllt, was denn auch von keiner Seite in Abrede gestellt wird.

1.3 Die Beschwerdeführerin hat als erste Instanz verfügt und ist daher nach Art. 37 Abs. 2 ETH-Gesetz in Verbindung mit Art. 48 Abs. 2 VwVG beschwerdeberechtigt.

1.4 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

2.
Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich auch bei Beschwerden gegen Verfügungen der ETH-Beschwerdekommission grundsätzlich nach dem VwVG. Vorbehalten bleiben abweichende Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH-Gesetz, SR 414.110) oder des VGG (vgl. Art. 37 Abs. 1 ETH-Gesetz i.V.m. Art. 37 VGG).

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie auf Angemessenheit (Art. 49 VwVG).

3.
3.1 Die Systematik von Art. 14 des Bundespersonalgesetzes (BPG; SR 172.220.1) sieht vor, dass bei Auflösung eines Arbeitsverhältnisses zunächst ein provisorischer Kündigungsschutz zu Gunsten der Arbeitnehmerin (Art. 14 Abs. 1 BPG) besteht. Alsdann kann auf Begehren der Arbeitgeberin die Gültigkeit der Kündigung festgestellt werden. Fällt diese Prüfung negativ aus, so ist die Kündigung nichtig und es greift der definitive Kündigungsschutz (Art. 14 Abs. 2 BPG). Art. 14 Abs. 2 BPG sieht ein Verfahren vor, das nicht den Entscheid über die Einsprache der Arbeitnehmerin in Form einer anfechtbaren Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG auf dem Beschwerdeweg nach Art. 44 VwVG erwirkt, sondern dass – in Umkehr der Parteirollen – die verfügende Arbeitgeberin bei der Beschwerdeinstanz die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung zu beantragen hat. Dieses System und die Tatsache, dass nicht in einem eigentlichen Beschwerdeverfahren über eine Verfügung entschieden wird, führen dazu, dass eine nach Art. 55 Abs. 3 VwVG anzuordnende Wiederherstellung der – durch die Arbeitgeberin in ihrer Kündigungsverfügung entzogenen – aufschiebenden Wirkung nicht in Frage steht, strebt diese doch nicht die Beurteilung ihrer eigenen Verfügung an, sondern nur die Feststellung derer Gültigkeit. Das von der

Arbeitnehmerin angestrebte Ziel muss deshalb durch den Erlass vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 56 VwVG verwirklicht werden (Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts A-2646/2011 vom 6. Juni 2011 E. 3.1; NÖTZLI, a.a.O., N 320; PORTMANN, a.a.O., N 6).

3.2 Die Vorinstanz hat die von der Beschwerdegegnerin mit Gesuch vom 10. Dezember 2009 anbegehrte Lohnfortzahlung während des hängigen Verfahrens nach Art. 55 Abs. 3 VwVG (Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung) beurteilt, obschon dies nach Art. 56 VwVG (Erlass vorsorglicher Massnahmen) hätte erfolgen müssen (vgl. oben E. 3.1). Dies ist jedoch vorliegend nicht weiter entscheidend, weil die im Rahmen von Art. 55 VwVG entwickelten Grundsätze sinngemäss auf Massnahmen im Sinn von Art. 56 VwVG übertragen werden können (Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts A-2646/2011 vom 6. Juni 2011 E. 3.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., N 3.32 mit Hinweisen; HANSJÖRG SEILER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], VwVG Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, N 25 zu Art. 56).

3.3 Damit vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden können, müssen gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein. So muss es sich als nötig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen (Dringlichkeit). Weiter muss der Verzicht auf Massnahmen für die Betroffene einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gutzumachen ist, wobei ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügen kann. Erforderlich ist sodann, dass eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint, der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand dadurch jedoch weder präjudiziert noch verunmöglicht wird (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2 mit Hinweisen; SEILER, a.a.O., N 40 f. zu Art. 56). Die Behörde stützt sich auf den Sachverhalt, wie er aus den vorhandenen Akten ergeht, und trifft ohne zeitraubende Abklärungen bloss aufgrund einer summarischen Prüfung einen "prima-facie"-Entscheid. Dabei können auch die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache (sog. Erfolgsprognose) ins Gewicht fallen (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., N 3.27). Herabgesetzt sind neben den Untersuchungspflichten auch die Beweisanforderungen; das Glaubhaftmachen von Anliegen genügt in der Regel (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., N 3.18).

4.
Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zu Recht vorsorglich dazu verpflichtete, die Lohnfortzahlung während dem laufenden Beschwerdeverfahren rückwirkend ab 1. Oktober 2009 bis längstens am 31. Mai 2011 wieder aufzunehmen. Dabei ist folgende Entscheidsystematik zu beachten: Zuerst bedarf es einer Entscheidprognose, dann ist nach dem Anordnungsgrund zu fragen, das heisst nach dem schweren Nachteil, der ohne die Anordnung der vorsorglichen Massnahme droht, und schliesslich muss die angeordnete Massnahme auf deren Verhältnismässigkeit hin geprüft werden (BGE 130 II 149 E. 2.2 mit Hinweisen; vgl. zur Entscheidsystematik ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR] 1997, Band 116, S. 322 ff.).

5.
Die Hauptsachenprognose kann berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist. 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; SEILER, a.a.O., N 28 zu Art. 56).

Eine verlässliche Entscheidprognose über das vor der Vorinstanz hängige Verfahren in der Hauptsache lässt sich – entgegen den Behauptungen der Parteien – zum jetzigen Zeitpunkt nicht treffen. Das Bundesverwaltungsgericht hatte bereits in der Zwischenverfügung A-505/2010 vom 25. Februar 2010 (E. 6) darauf hingewiesen, dass im Hauptverfahren verschiedene Rügen erhoben worden seien, die nicht im Rahmen eines "prima-facie"-Entscheids beantwortet werden können. Es werde genauerer Abklärungen und einer eingehenden Prüfung der einschlägigen Vorakten bedürfen, um über die formelle und materielle Gültigkeit der Kündigung zu befinden. An diesen Umständen hat sich in der Zwischenzeit nichts verändert. Mangels eindeutiger Entscheidprognose hat diese deshalb nachfolgend ausser Acht zu bleiben.

6.
In einem weiteren Schritt ist nach dem Anordnungsgrund zu fragen. Ein solcher liegt vor, wenn zumindest überzeugende Gründe für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegeben sind (SEILER, a.a.O., N 25 zu Art. 56 i.V.m. N 92 ff. zu Art. 55). Dies ist dann zu bejahen, wenn

ein schwerer, wahrscheinlich eintretender Nachteil droht, würde die Massnahme nicht angeordnet (BGE 129 II 286 E. 3.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-897/2010 vom 23. August 2010 E. 11).

6.1 Die Vorinstanz weist in der angefochtenen Verfügung darauf hin, dass die Beschwerdegegnerin zum Zeitpunkt ihrer Entlassung im Oktober 2009 zweifellos einen wichtigen und dringenden Grund gehabt habe, ihren Lohn weiterhin zu beziehen. Die seit der Gesuchseinreichung erfolgten Zwischenverfahren habe sie nicht zu vertreten. Aufgrund der Akten erscheine es sodann unangebracht, von der bisherigen Ausgangslage abzurücken und in Zweifel zu ziehen, dass sie auf die Lohnfortzahlungen bis zum 31. Mai 2011 angewiesen sei. Dies gelte umso mehr, als sie seit Februar 2011 erneut arbeitslos sei.

6.2 Die Beschwerdeführerin macht dagegen geltend, sie habe der Beschwerdegegnerin im November 2009 knapp Fr. 30'000.-- Ferien- und Überstundenentschädigung ausbezahlt. Zudem habe die Beschwerdegegnerin Taggelder der Arbeitslosenversicherung bezogen und ab 1. März 2010 eine neue Arbeitsstelle mit einem Jahresverdienst von ca. Fr. 110'000.-- angetreten. Im Weiteren verfüge sie über regelmässige Einkünfte aus ihrer Unternehmung (B._____ GmbH). Die angeblich prekäre finanzielle Situation sei unter Berücksichtigung dieser Umstände nicht glaubwürdig. Dass sie seit dem 1. Februar 2011 erneut arbeitslos sei, ändere nichts daran, zumal sie wieder Taggelder der Arbeitslosenversicherung beziehen könne. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei nicht davon auszugehen, der Beschwerdegegnerin drohe bei einer Verweigerung der rückwirkenden Lohnfortzahlung im heutigen Zeitpunkt ein ernsthafter Nachteil. Das Vorliegen eines Anordnungsgrundes sei deshalb zu verneinen.

6.3 Demgegenüber führt die Beschwerdegegnerin aus, dass die Konsequenzen der im Oktober 2009 eingestellten Lohnzahlungen bis heute äusserst schwerwiegend seien. Sie sei alleinerziehende Mutter und verfüge über keine anderen nennenswerten Einkommensquellen. Die dringendste finanzielle Bedrohung habe sie durch den Gang zum Arbeitsamt und später mit der Annahme einer schlechter bezahlten Stelle lindern können. Diese Stelle habe sie aber u.a. wegen gesundheitsschädigender Arbeitsbedingungen per Ende Januar 2011 aufgeben müssen; seither sei sie wieder arbeitslos. Aufgrund der Ausfälle in den Monaten Februar und März 2011 (Sperrfrist der Arbeitslosenversicherung) und der späten Taggeldzahlung für den Monat

April 2011 sei die finanzielle Lage äusserst angespannt. Es sei zu erwarten, dass die finanziellen Härten mit Blick auf die andauernde Arbeitslosigkeit und die drohende Aussteuerung noch zunehmen werden. Sie sei deshalb immer dringender auf die ihr schon längst zustehenden Löhne angewiesen. Dass der befristete Arbeitsvertrag per Ende Mai 2011 abgelaufen sei, ändere nichts am Interesse an der Lohnfortzahlung. Dieses bestehe sowohl vor wie auch nach dem Fristablauf darin, das Geld jetzt zur Verfügung zu haben, um damit den finanziellen Engpässen, der Arbeitslosigkeit, den Unterhaltsverpflichtungen und den Anwaltskosten begegnen zu können. Dies seien alles Folgen, die durch die fristlose Kündigung und die sofortige Einstellung der Lohnzahlungen entstanden seien und weiterhin bestünden.

6.4 Die Beschwerdegegnerin bringt einzig finanzielle Interessen für die Anordnung der anbegehrten und von der Vorinstanz verfügten vorsorglichen Massnahme vor. Ihr Interesse richtet sich hingegen, nachdem das Arbeitsverhältnis aufgrund der inzwischen abgelaufenen Befristung per 31. Mai 2011 ohnehin beendet wäre, nicht mehr auf eine allfällige Weiterbeschäftigung, wie sie noch in der Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts A-505/2010 vom 25. Februar 2010 (E. 7.3) erwähnt wurde. Ob die geltend gemachte prekäre finanzielle Situation für sich alleine ein überzeugender Grund für die Anordnung einer Massnahme nach Art. 56 VwVG darstellt, ist aufgrund der gebotenen Zurückhaltung bei der Gewährung vorsorglicher Geldleistungen zweifelhaft (vgl. SEILER, a.a.O., N 48 zu Art. 56). Zudem erscheint es fraglich, ob angesichts des Bezugs von Arbeitslosentaggeldern und der Vermögenssituation der Beschwerdegegnerin (vgl. u.a. Steuererklärungen 2009 und 2010) tatsächlich von einem – dringliche Vorkehren erfordernden – finanziellen Engpass ausgegangen werden könnte. Auf diese offenen Fragen und damit auch die Frage nach einem rechtsgenüglichen Anordnungsgrund braucht vorliegend jedoch nicht näher eingegangen zu werden, da die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme im Sinn einer Lohnfortzahlung ab 1. Oktober 2009 bis längstens am 31. Mai 2011 – wie sich nachfolgend zeigen wird (vgl. hiernach E. 7) – ohnehin nicht verhältnismässig wäre.

7.

Verhältnismässig ist eine Massnahme dann, wenn sie im Hinblick auf das angestrebte Ziel geeignet und erforderlich ist und ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für die betroffene Partei (vorliegend die Beschwerdeführerin) bewirkt, wahrt

(vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-897/2010 vom 23. August 2010 E. 12; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, N 581 ff.).

7.1 Die Vorinstanz weist in der angefochtenen Verfügung u.a. darauf hin, dass in der jüngeren Rechtsprechung zur aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde gegen eine Kündigungsverfügung das Interesse der Arbeitnehmerin an der Lohnfortzahlung höher gewichtet werde als das für die Arbeitgeberin bei einem allfälligen Obsiegen in der Hauptsache bestehende Risiko, einen finanziellen Schaden zu erleiden. Aufgrund dessen sei das Interesse der Beschwerdegegnerin an der Lohnfortzahlung höher zu gewichten als dasjenige der Beschwerdeführerin an der Vermeidung eines finanziellen Schadens.

7.2 Die Beschwerdeführerin bringt dagegen im Wesentlichen vor, sie habe ein berechtigtes öffentliches Interesse daran, die Lohnzahlungen nicht wieder aufzunehmen, um damit eine mögliche finanzielle Schädigung der Steuerzahlenden zu vermeiden. Dieses öffentliche Interesse wiege schwerer als das nicht glaubhaft gemachte und in keinem natürlichen Kausalzusammenhang zur fristlosen Kündigung stehende Interesse der Beschwerdeführerin an der Lohnfortzahlung.

7.3 Vorliegend stehen sich das private Interesse der Beschwerdegegnerin an einer rückwirkenden Lohnzahlung ab 1. Oktober 2009 bis 31. Mai 2011 und das öffentliche Interesse der Beschwerdeführerin an einer finanziellen Schadloshaltung bzw. der Vermeidung einer Schädigung der Steuerzahlenden gegenüber. Beide Parteien beziehen sich somit ausschliesslich auf finanzielle Interessen. Dabei ist vorliegend – wie bereits erwähnt (vgl. hiervor E. 1.2) – zu beachten, dass die Beschwerdeführerin, selbst wenn sie im Hauptverfahren betreffend die Gültigkeit der fristlosen Kündigung obsiegen sollte, keinen Anspruch auf Rückerstattung der gestützt auf die vorsorgliche Anordnung geleisteten Lohnzahlungen hätte. Da das Arbeitsverhältnis aufgrund der Befristung per 31. Mai 2011 inzwischen ohnehin beendet worden wäre, hätte die von der Vorinstanz verfügte vorsorgliche Massnahme somit zur Folge, dass die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin für den gleichen Zeitraum einen Lohn ausrichten müsste, wie wenn das Arbeitsverhältnis ordentlich – mithin durch Ablauf der Befristung – beendet worden wäre. In diesem Sinn würde die vorsorgliche Massnahme die durch den Entscheid in der Hauptsache zu regelnden Folgen – mindestens teilweise – faktisch

vorwegnehmen bzw. verunmöglichen. Eine solche Wirkung gilt es soweit möglich zu verhindern (vgl. E. 3.3). Vor diesem Hintergrund ist im jetzigen Zeitpunkt das öffentliche Interesse der Beschwerdeführerin an einer finanziellen Schadloshaltung gegenüber dem privaten Interesse der Beschwerdegegnerin an der rückwirkenden Lohnfortzahlung als gewichtiger zu qualifizieren. Unter Berücksichtigung aller Umstände erweist sich die vorinstanzliche Anordnung der Lohnfortzahlung deshalb als unverhältnismässig.

Soweit die Vorinstanz ihre Interessenabwägung hauptsächlich auf die Rechtsprechung abstützt, bleibt zu bemerken, dass die Verhältnismässigkeit aufgrund der konkreten Umstände im Einzelfall zu prüfen ist. Im Unterschied zu den von ihr aufgeführten Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts A-385/2007 vom 29. März 2007 und A-8198/2007 vom 21. Februar 2008 handelt es sich vorliegend um ein befristetes Arbeitsverhältnis, das inzwischen – mithin noch vor einem rechtskräftigen Entscheid über die vorsorgliche Massnahme – ohnehin beendet wäre. Die vorsorglichen Lohnzahlungen würden sich damit auf den gleichen Zeitraum beziehen, wie wenn das Arbeitsverhältnis ordentlich beendet worden wäre, was – wie oben bereits erwähnt – aufgrund des fehlenden Rückerstattungsanspruchs der Beschwerdeführerin Auswirkungen auf die im Endentscheid zu regelnden Folgen hätte. Zudem ist mit dem Ablauf der Frist des Arbeitsverhältnisses auch das bei der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigende Interesse einer je nach Verfahrensausgang in der Hauptsache möglichen Weiterbeschäftigung entfallen. Angesichts dieser Besonderheiten im vorliegenden Fall drängt sich im Vergleich zu den von der Vorinstanz aufgeführten Urteilen eine abweichende Beurteilung der Verhältnismässigkeit auf.

8.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die vorinstanzliche Anordnung der rückwirkenden Lohnfortzahlung während dem laufenden Beschwerdeverfahren rückwirkend ab 1. Oktober 2009 bis längstens am 31. Mai 2011 unverhältnismässig ist. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen, und die Ziffern 2 und 3 der Verfügung vom 23. März 2011 sind aufzuheben.

Der von der Beschwerdeführerin gestellte Verfahrensantrag um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde vom

19. Mai 2011 ist mit dem vorliegenden Beschwerdeentscheid als gegenstandslos abzuschreiben.

9.

Gemäss Art. 34 Abs. 2 BPG ist das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht in personalrechtlichen Angelegenheiten unabhängig vom Verfahrensausgang kostenlos, ausser bei Mutwilligkeit. Vorliegend sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben. Eine Parteientschädigung ist nicht zu entrichten (Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, und die Ziffern 2 und 3 der Verfügung vom 23. März 2011 werden aufgehoben.

2.
Der Verfahrensantrag um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

3.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. 6409; Einschreiben)

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: