3

Auszug aus dem Urteil der Abteilung I i.S. A. gegen Bundesamt X. sowie Eidgenössisches Departement des Innern (EDI)
A-1785/2006 vom 16. April 2007

Bundespersonal. Auflösung eines Arbeitsverhältnisses. Kündigungsschutz, wenn die betroffene Person einen Nichtigkeitsgrund glaubhaft macht.

Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG.

1. **Dass eine Kündigung nach Art. 14 Abs. 2 BPG nichtig ist, wenn der Arbeitgeber es unterlässt, rechtzeitig die Gültigkeit der Kündigung feststellen zu lassen, bedeutet eine Umkehrung der üblichen Parteirollenverteilung und der üblichen Beweislast. Geht der Arbeitgeber davon aus, dass der betroffenen Person die Glaubhaftmachung eines Nichtigkeitsgrundes misslungen ist, muss er die Beschwerdeinstanz anrufen, wenn er die definitive Nichtigkeit der Kündigung verhindern will (E. 3.3).**
2. **Wenn die Person, welcher gekündigt worden ist, die Nichtigkeit der Kündigung glaubhaft geltend gemacht hat, muss der Arbeitgeber von sich aus mit einem unmissverständlichen Begehren, es sei die Gültigkeit der Kündigung festzustellen, an die Beschwerdeinstanz gelangen. Dies gilt auch, wenn die von der Kündigung betroffene Person gleichzeitig Beschwerde an die Beschwerdeinstanz erhebt (E. 4–6).**

Personnel fédéral. Résiliation des rapports de travail. Protection contre la résiliation lorsque la personne concernée indique de manière plausible une cause de nullité.

Art. 14 al. 1 et 2 LPers.

1. **Le fait qu'une résiliation soit nulle en vertu de l'art. 14 al. 2 LPers lorsque l'employeur s'abstient de demander en temps utile la vérification de la validité de la résiliation signifie un renversement de la répartition habituelle des rôles des parties et du fardeau habituel de la preuve. Si l'employeur considère que la personne concernée n'a pas réussi à rendre plausible une cause de nullité, il doit s'adresser à l'autorité de recours, s'il veut empêcher la nullité définitive de la résiliation (consid. 3.3).**

2. Lorsqu'une personne qui a fait l'objet d'une résiliation a fait valoir de manière plausible que la résiliation est nulle, l'employeur doit s'adresser de lui-même à l'autorité de recours en demandant clairement à ce que la validité de la résiliation soit vérifiée. Ceci vaut également lorsque la personne concernée par la résiliation fait en même temps recours auprès de l'autorité de recours (consid. 4–6).

Personale federale. Risoluzione di un rapporto di lavoro. Protezione dalla disdetta se l'impiegato rende plausibile un motivo di nullità.

Art. 14 cpv. 1 e 2 LPers.

1. Il fatto che una disdetta sia nulla ai sensi dell'art. 14 cpv. 2 LPers allorquando il datore di lavoro non chieda tempestivamente la conferma della validità della disdetta medesima, comporta un cambiamento del ruolo delle parti e un'inversione dell'abituale onere della prova. Incombe pertanto al datore di lavoro, che ritiene che l'impiegato non sia riuscito a rendere plausibile un motivo di nullità, di rivolgersi all'autorità di ricorso qualora intenda impedire che la disdetta diventi nulla (consid. 3.3).

2. Se l'impiegato ha fatto valere in modo plausibile la nullità della disdetta per scritto dinanzi al datore di lavoro, quest'ultimo deve rivolgersi di sua iniziativa all'autorità di ricorso con una richiesta esplicita volta alla conferma della disdetta. Questo vale anche se l'impiegato ha allo stesso tempo inoltrato ricorso innanzi all'autorità di ricorso (consid. 4–6).

A. ist als Sachbearbeiterin im Bundesamt X. angestellt. In der Vergangenheit erlittene Knochenbrüche im Bereich des linken Ellbogens hatten eine Fehlstellung des Armes und eine eingeschränkte Ellbogenbeweglichkeit zur Folge. Dies verursachte beim Schreiben auf der Tastatur starke Schmerzen im Arm- und Rückenbereich. Vom 29. Januar bis zum 26. Oktober 2004 war A. zu 100% arbeitsunfähig. In der Folge variierte der Grad der Arbeitsunfähigkeit zwischen 30 und 100%.

Nachdem A. mit einem Vorschlag für eine Vereinbarung über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht einverstanden war, löste das Bundesamt X. das Arbeitsverhältnis mit Verfügung vom 11. Januar 2006 per 31. Juli

2006 auf. Durch die gesundheitlichen Einschränkungen sei A. nicht in der Lage, die Aufgaben gemäss ihrem Arbeitsvertrag zu erfüllen. Das Bundesamt X. könne der Arbeitnehmerin keine neue Tätigkeit anbieten, welche gemäss den Empfehlungen des ärztlichen Dienstes ihren gesundheitlich bedingten Möglichkeiten besser angepasst wäre.

Gegen diese Verfügung erhob A. am 18. Januar 2006 gleichzeitig Beschwerde beim Eidgenössischen Departement des Innern (EDI) und Einsprache ans Bundesamt X. und beantragte die Feststellung der Nichtigkeit der Verfügung, weil sie während der gesetzlichen Sperrfrist erfolgt sei. Seit Dezember 2005 sei sie wegen einer neuen Erkrankung arbeitsunfähig. Eventualiter sei die Verfügung aufzuheben. Das Bundesamt X. habe nicht alles unternommen, um ihr eine andere Arbeit zuzuweisen. Mit Beschwerdeentscheid vom 30. Oktober 2006 wies das EDI die Beschwerde ab.

Gegen den Entscheid des EDI reicht A. (Beschwerdeführerin) am 17. November 2006 Beschwerde bei der Eidgenössischen Personalrekurskommission (PRK) ein. Das Verfahren ist per 1. Januar 2007 vom Bundesverwaltungsgericht übernommen worden.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei gekündigt werden (Art. 12 Abs. 1 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 [BPG, SR 172.220.1]). Will der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit einseitig ohne das Einvernehmen mit der betroffenen Person kündigen, so kann er das nur aus einem der im BPG aufgezählten Kündigungsgründe tun. Art. 12 Abs. 6 BPG nennt in einer (abschliessenden) Aufzählung Sachverhalte, die als (triftige) Gründe für eine ordentliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses gelten.

3.2 Gemäss Art. 14 Abs. 1 BPG kann eine von einer Kündigung betroffene Person innert 30 Tagen nach Kenntnisnahme eines mutmasslichen Nichtigkeitsgrundes beim Arbeitgeber schriftlich geltend machen, dass die Kündigung nichtig sei, weil sie wichtige Formvorschriften verletze (Bst. a), nach Art. 12 Abs. 6 und 7 nicht begründet (Bst. b) oder zur Unzeit nach Art. 336c des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) erfolgt sei (Bst. c). Nach Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr

während 30 Tagen, ab dem zweiten bis und mit fünften Dienstjahr während 90 Tagen und ab dem sechsten Dienstjahr während 180 Tagen.

Nach Art. 14 Abs. 1 BPG braucht die Person, welcher gekündigt worden ist, die Nichtigkeit der Kündigung nicht zu beweisen, sondern bloss glaubhaft zu machen. In der Folge bietet der Arbeitgeber der betroffenen Person die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit an (provisorischer Kündigungsschutz). Verlangt der Arbeitgeber darauf bei der Beschwerdeinstanz nicht innert 30 Tagen nach Eingang der geltend gemachten Nichtigkeit die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung, so ist diese nichtig und die betroffene Person wird mit der bisherigen oder, wenn dies nicht möglich ist, mit einer anderen zumutbaren Arbeit weiterbeschäftigt (endgültiger Kündigungsschutz, Art. 14 Abs. 2 BPG; vgl. zu Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG Entscheid der PRK vom 23. Juni 2004, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 68.151 E. 4.c und Wolfgang Portmann, Überlegungen zum bundespersonalrechtlichen Kündigungsschutz, in LeGes Gesetzgebung und Evaluation 2002/2, S. 55 ff.). (...)

3.3 Dass eine Kündigung nach Art. 14 Abs. 2 BPG nichtig ist, wenn der Arbeitgeber es unterlässt, rechtzeitig die Gültigkeit der Kündigung feststellen zu lassen, bedeutet eine Umkehrung der üblichen Parteirollenverteilung. Die betroffene Person, welche aus der Nichtigkeit der Kündigung ein Recht auf Weiterbeschäftigung ableiten will, muss nicht Beschwerde an die Beschwerdeinstanz erheben, sondern braucht bloss gegenüber dem Arbeitgeber die Nichtigkeit schriftlich und glaubhaft geltend zu machen. Will der Arbeitgeber daraufhin an der Kündigung festhalten, muss er die Initiative ergreifen, indem er rechtzeitig die Beschwerdeinstanz anruft. Ausserdem wird mit Art. 14 Abs. 2 BPG nach dem Willen des Gesetzgebers die übliche Beweislast umgekehrt. Die betroffene Person, welche aus der Nichtigkeit der Kündigung ein Recht auf Weiterbeschäftigung ableiten will, braucht die Nichtigkeit gegenüber dem Arbeitgeber bloss zu begründen und glaubhaft zu machen. Im anschliessenden Verfahren vor der Beschwerdeinstanz ist es Sache des Arbeitgebers zu beweisen, dass er keine nichtige Kündigung ausgesprochen hat (Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB], 2000 N. 11 ff.; Portmann, a.a.O., S. 60 f.).

Damit der Arbeitgeber die betroffene Person nicht durch die blosse Behauptung einer fehlenden Voraussetzung in die Rolle des Beschwerdeführers drängen und ihr das Beweislastprivileg entziehen kann, muss der Arbeitgeber nach Sinn und Zweck von Art. 14 Abs. 2 BPG auch dann an die Beschwerdeinstanz gelangen, wenn er der Meinung ist, dass die Eingabe der betroffenen Person die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt. Geht

der Arbeitgeber davon aus, dass der betroffenen Person die Glaubhaftmachung eines Nichtigkeitsgrundes misslungen ist, so muss er trotzdem innerhalb der vorgeschriebenen Frist die Beschwerdeinstanz anrufen, wenn er die definitive Nichtigkeit der Kündigung verhindern will. Vor der Beschwerdeinstanz kann der Arbeitgeber dann geltend machen, dass die Eingabe der betroffenen Person die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfülle (Entscheid der PRK vom 23. Juni 2004, veröffentlicht in VPB 68.151 E. 4c; PORTMANN, a.a.O., S. 62 f.).

4. Der Beschwerdeführerin wurde vom Bundesamt X. mit Verfügung vom 11. Januar 2006 gestützt auf Art. 12 Abs. 6 Bst. c BPG gekündigt, weil sie auf Grund ihrer gesundheitlichen Einschränkungen nicht in der Lage sei, ihre Aufgaben gemäss Arbeitsvertrag zu erfüllen. Mit Einsprache vom 18. Januar 2006 machte die Beschwerdeführerin beim Bundesamt X. unter anderem geltend, dass sie seit Dezember 2005 wegen einer neuen Ursache (Sehnenscheidenentzündung am rechten Arm) arbeitsunfähig sei, die Kündigung daher innerhalb der Sperrfrist von Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR erfolgt und deshalb nichtig sei. Ein ärztliches Zeugnis bescheinigte, dass die Beschwerdeführerin seit Ende Dezember 2005 an einer Sehnenscheidenentzündung an der rechten Hand / am rechten Handgelenk litt. Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Einsprache begründet, weshalb die Verfügung ihrer Ansicht nach nichtig ist. Sie hat sich auf den Nichtigkeitsgrund von Art. 14 Abs. 1 Bst. c BPG berufen, wonach eine Kündigung nichtig ist, wenn sie zur Unzeit nach Art. 336c OR erfolgt.

Indem die Beschwerdeführerin eine neue Erkrankung geltend gemacht und mit einem ärztlichen Zeugnis bescheinigt hat, hat sie glaubhaft geltend gemacht, dass die Kündigung des Bundesamts X. nach Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR in der Sperrfrist erfolgte, während der das Bundesamt X. das Arbeitsverhältnis nicht kündigen durfte, weil sie ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert gewesen ist. Die frist- und formgerechte Einsprache ans Bundesamt X. entspricht den Anforderungen von Art. 14 Abs. 1 BPG. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Beschwerdeführerin ihr Schreiben nicht nur als Einsprache ans Bundesamt X., sondern gleichzeitig als Beschwerde ans EDI gerichtet hatte. Somit hat die Beschwerdeführerin die Nichtigkeit der Kündigung gemäss Art. 14 Abs. 1 BPG gegenüber ihrem Arbeitgeber glaubhaft geltend gemacht.

5. Das Bundesamt X. hätte innert 30 Tagen nach Eingang der geltend gemachten Nichtigkeit bei der Beschwerdeinstanz die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung verlangen müssen, damit die Kündigung nicht endgültig als nichtig zu betrachten ist.

Das Gesetz führt nicht näher aus, in welcher Form der Arbeitgeber bei der Beschwerdeinstanz die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung zu verlangen hat. Wie gesehen bezwecken Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG jedoch eine Umkehrung der üblichen Parteirollenverteilung und der Beweislast, weshalb der Arbeitgeber von sich aus an die Beschwerdeinstanz gelangen und die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung verlangen muss, wenn die von der Kündigung betroffene Person die Nichtigkeit der Kündigung glaubhaft geltend gemacht hat. Dies gilt auch für den Fall, dass der Arbeitgeber der Meinung ist, die Einsprache der betroffenen Person entspreche nicht den gesetzlichen Voraussetzungen.

Das Bundesamt X. hat – nachdem es vom EDI aufgefordert worden ist, zur gleichzeitig mit der Einsprache erhobenen Beschwerde Stellung zu nehmen – mit Schreiben vom 15. Februar 2006 erklärt, dass es sich nach seiner Einschätzung nicht um eine neue Erkrankung handle, sondern um eine Folgeerkrankung, welche keine Sperrfrist begründen würde. Für eine fundierte Stellungnahme sei man auf eine unabhängige ärztliche Beurteilung des Falles angewiesen, weshalb eine vertrauensärztliche Untersuchung in die Wege geleitet worden sei.

Diese Stellungnahme des Bundesamts X. im Rahmen des Beschwerdeverfahrens reicht nicht aus, die endgültige Nichtigkeit der Verfügung abzuwenden. Das Bundesamt X. hat bloss auf Aufforderung der Beschwerdeinstanz hin reagiert und die behauptete Nichtigkeit in einer vorläufigen Einschätzung verneint. Es ist jedoch nicht – wie von Art. 14 Abs. 2 BPG gefordert – von sich aus mit einem unmissverständlichen Begehren, es sei die Gültigkeit der Kündigung festzustellen, an die Beschwerdeinstanz gelangt.

6. Gleichzeitig mit der Einsprache ans Bundesamt X. hat die Beschwerdeführerin Beschwerde bei der Vorinstanz erhoben und die Feststellung der Nichtigkeit der Verfügung verlangt. Eventualiter sei die Verfügung wegen weiterer Mängel aufzuheben. Die Vorinstanz ist auf die Beschwerde eingetreten und hat sie mit Beschwerdeentscheid vom 30. Oktober 2006 abgewiesen.

Die PRK hat in einem anderen Fall entschieden, dass im Rahmen eines gleichzeitig mit einer Einsprache gemäss Art. 14 Abs. 1 BPG erhobenen Beschwerdeverfahrens die Frage der Gültigkeit einer Kündigungsverfügung materiell beurteilt werden kann, wenn der Arbeitgeber die Feststellung der Gültigkeit der Verfügung nach Art. 14 Abs. 2 BPG fristgerecht bei der Beschwerdeinstanz verlangt hat. Die Möglichkeiten des besonderen Einspracheverfahrens nach Art. 14 BPG seien für den Fall, dass die betroffene Person parallel dazu Beschwerde erhebt, als ausgeschöpft zu be-

trachten, sobald die kündigende Instanz bei der Beschwerdeinstanz die Gültigkeit der Kündigung verlangt habe (Entscheid der PRK vom 24. Januar 2006, veröffentlicht in VPB 70.53 E. 2.a.bb). Da jedoch im vorliegenden Fall der Arbeitgeber es unterlassen hat, bei der Beschwerdeinstanz die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung zu verlangen, war die Vorinstanz nicht zuständig, die Gültigkeit der Verfügung materiell zu beurteilen.

7. Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist festzustellen, dass die Verfügung des Bundesamts X. vom 11. Januar 2006 im Sinne von Art. 14 Abs. 2 BPG nichtig ist. Will der Arbeitgeber in einem solchen Fall an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses festhalten, so hat er eine neue Kündigung auszusprechen (vgl. Entscheid der PRK vom 23. Juni 2004, veröffentlicht in VPB 68.151 E. 4c). Die vorliegende Beschwerde ist gutzuheissen und der Beschwerdeentscheid der Vorinstanz vom 30. Oktober 2006 aufzuheben.