



Universität St.Gallen

Institut für Rechtswissenschaft  
und Rechtspraxis

## Personalrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts 2022–2023

Dr. iur. Harry F. Nötzli  
Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht  
Zürich Law Rechtsanwälte

Tagung zum öffentlichen Personalrecht  
Donnerstag, 7. Dezember 2023 – Grand Casino Luzern



From insight to impact.

# Übersicht

- A. Schwerpunkt prozess- und beweisrechtliche Themen
  - 1. Antrag auf Entfernung von Unterlagen aus dem Personaldossier (BVGer A-2201/2021, Urteil vom 29. Juni 2022)
  - 2. Streitwert eines Arbeitszeugnisses (BGer 8C\_553/2022, Urteil vom 13. Januar 2023)
  - 3. Sachverhaltsfeststellung (BVGer A-5236/2022; Urteil vom 21. August 2023; nicht rechtskräftig)
  - 4. Rechtliches Gehör (BVGer A-514/2022, Urteil vom 19. Dezember 2022)

# Übersicht

## B. Schwerpunkt materiell-rechtliche Themen

1. Kündigungsgrund lange Krankheit (BVGer A-2967/2021, Urteil vom 18. Januar 2023)
2. Höhe der Entschädigung bei Fehlen eines sachlichen Kündigungsgrunds (BVGer A-2889/2021, Urteil vom 31. Mai 2023, nicht rechtskräftig)
3. Fristlose Kündigung (BVGer A-514/2022, Urteil vom 19. Dezember 2022 )
4. Fragwürdige Posts auf Social Media (BVGer A-5236/2022, Urteil vom 21. August 2023; nicht rechtskräftig)
5. Weitere Entscheide

# A 1. Antrag auf Entfernung von Unterlagen aus dem Personaldossier (BVGer A-2201/2021)

## A. Sachverhalt

X erhob anlässlich eines Gesprächs mit dem Präsidenten der ETHZ Vorwürfe, worauf der Präsident der ETHZ X schriftlich ermahnte und der Mahnung eine Aktennotiz beilegte.

X ersuchte um Entfernung der gesamten Unterlagen im Zusammenhang mit der Ermahnung aus dem Personaldossier und verlangte eventualiter den Erlass einer anfechtbaren Verfügung betreffend die Ermahnung. X stützte sich dabei insbesondere auf Art. 25 DSG.

Die ETHZ trat auf das Gesuch nicht ein. Die Ermahnung sei keine anfechtbare Verfügung, und auch hinsichtlich des datenschutzrechtlichen Lösungsbegehrens gemäss Art. 25 Abs. 2 Bst. A DSG bestehe kein schutzwürdiges Interesse.

Die dagegen von X erhobene Beschwerde hiess die ETH-Beschwerdekommision insofern teilweise gut, als sie auf das datenschutzrechtliche Lösungsbegehren nach Art. 25 DSG eintrat. Im Übrigen wies sie die Beschwerde aber ab. X focht den Entscheid beim Bundesverwaltungsgericht an.

# A 1. Antrag auf Entfernung von Unterlagen aus dem Personaldossier (BVGer A-2201/2021)

## B. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht prüfte zunächst, ob X ein schutzwürdiges Interesse am datenschutzrechtlichen Löschungsgesuch nach Art. 25 DSG zukommt und die ETH-Beschwerdekommision zu Recht auf dieses Begehren eingetreten ist.

Die ETH-Beschwerdekommision hielt dafür, dass jede Bearbeitung von Daten von X einen Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung darstelle. X als von der Datenbearbeitung Betroffener habe daher ein aktuelles rechtliches Interesse daran, ungerechtfertigte Eingriffe abzuwehren. Dieses Interesse bestehe losgelöst von einem allfälligen späteren Kündigungsverfahren.

Ein schutzwürdiges Interesse an der Überprüfung der Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung sei daher zu bejahen.

# A 1. Antrag auf Entfernung von Unterlagen aus dem Personaldossier (BVGer A-2201/2021)

## B. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Nach Art. 25 Abs. 1 DSG kann, wer ein schutzwürdiges Interesse hat, von einem Bundesorgan verlangen, dass es das widerrechtliche Bearbeiten von Personendaten unterlässt (Bst. a), die Folgen eines widerrechtlichen Bearbeitens beseitigt (Bst. b) oder die Widerrechtlichkeit des Bearbeitens feststellt (Bst. c.) Der Gesuchsteller kann dabei die Vernichtung der Daten verlangen.

Der Begriff des schutzwürdigen Interesses findet sich auch in Art. 25 Abs. 2, Art 25a und Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG sowie in Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG.

Dabei wird vorausgesetzt, dass die beschwerdeführende Person stärker und intensiver als die Gesamtheit der Bürger(innen) von der angefochtenen Verfügung betroffen ist. Es ist sodann ein praktischer Nutzen erforderlich, d.h. die tatsächliche oder rechtliche Situation der beschwerdeführenden Person muss durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden können. Das schutzwürdige Interesse muss darüber hinaus auch im Zeitpunkt der Urteilsfällung noch aktuell und praktisch sein.

# A 1. Antrag auf Entfernung von Unterlagen aus dem Personaldossier (BVGer A-2201/2021)

## B. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Bei einem Realakt ist ein schutzwürdiges Interesse aber dann zu verneinen, wenn der Person genügender Rechtsschutz gegenüber dem Realakt zu einem späteren Zeitpunkt offensteht, es sei denn, dass ihr aufgrund der hinausgeschobenen Eröffnung des Rechtswegs ein unzumutbarer Nachteil droht.

Bei Ansprüchen nach Art. 25 Abs. 1 DSG wird ein schutzwürdiges Interesse grundsätzlich bejaht, wenn das Gesuch Daten betrifft, die sich direkt auf den/die Gesuchsteller(in) beziehen oder Rückschlüsse auf ihn/sie zulassen.

Aber: Die wesentliche Funktion von Art. 25 Abs. 1 DSG besteht darin, den Rechtsschutz bei Realakten, wie sie Datenbearbeitungen durch Bundesorgane häufig darstellen würden, zu gewährleisten.

Die Ermahnung stellt eine formlose Mahnung ohne Verfügungscharakter dar.

# A 1. Antrag auf Entfernung von Unterlagen aus dem Personaldossier (BVGer A-2201/2021)

## B. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Es handelt sich bei der Ermahnung um einen Realakt. X wird die Möglichkeit haben, die Rechtmässigkeit der Ermahnung und den zugrundeliegenden Sachverhalt in einem allfälligen späteren Kündigungsschutzverfahren vollumfänglich überprüfen zu lassen.

Ein schutzwürdiges Interesse von X ist folglich in Bezug auf die Ermahnung zu verneinen. Es ist hervorzuheben, dass es X beim Löschungsbegehren gestützt auf Art. 25 DSG im Kern gar nicht um den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte geht, deren Schutz das DSG eigentlich bezweckt. X möchte die Mahnung deshalb vernichtet haben, weil sie eine Vorstufe zur späteren Entlassung darstellt.

Die ETH-Beschwerdekommision ist folglich zu Unrecht auf die Beschwerde von X eingetreten.



## A 2. Streitwert eines Arbeitszeugnisses (BGer 8C\_553/2022)

### A. Sachverhalt

Mitarbeiterin A. verlangte mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen einen Beschluss des Bezirksrates Dietikon von ihrem ehemaligen Arbeitgeber eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung in der Höhe von CHF 12'000.- sowie eine Berichtigung ihres Zeugnisses mit dem Satz «Sie erledigte die ihr übertragenen Aufgaben zu unserer vollen Zufriedenheit.»

Die Vorinstanz hielt zum Streitwert fest, die Beschwerdeführerin beantrage eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter Kündigung in der Höhe von CHF 12'000.-. Betreffend die verlangten Änderungen des Arbeitszeugnisses sei als Streitwert ein Monatslohn anzunehmen. Dieser habe zuletzt ca. CHF 2'500.- betragen, woraus sich ein Streitwert von CHF 14'500.- ergebe.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist im Zusammenhang mit einer personalrechtlichen Streitigkeit zulässig, wenn der Streitwert wenigstens CHF 15'000.- beträgt (Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG).

## A 2. Streitwert eines Arbeitszeugnisses (BGer 8C\_553/2022)

### B. Erwägungen des Bundesgerichts

Die Schätzung des Wertes eines Arbeitszeugnisses ist regelmässig schwierig.

Verweis auf BGer 8C\_151/2010, Urteil vom 31. August 2010. In diesem Entscheid wies das Bundesgericht darauf hin, dass in einem älteren Entscheid die Erschwerung der beruflichen Zukunft der Arbeitnehmenden als allgemeiner Bewertungsgrundsatz herangezogen wurde. Weiter seien die von den kantonalen Behörden gewählten Bewertungskriterien, wie die berufliche Stellung der Arbeitnehmenden, die bisher ausgeübten Funktionen, die Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie das Gehalt, als relevant betrachtet worden.

Es kam zum Schluss, dass der Wert eines Arbeitszeugnisses nicht losgelöst vom konkreten Fall auf einen Bruchteil oder ein Mehrfaches des Monatslohnes festgesetzt werden könne.

## A 2. Streitwert eines Arbeitszeugnisses (BGer 8C\_553/2022)

### B. Erwägungen des Bundesgerichts

Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei das Arbeitszeugnis dahingehend zu ergänzen, dass sie die ihr übertragenen Arbeiten «zur vollen Zufriedenheit» - und nicht bloss «zur Zufriedenheit» - des Arbeitgebers erledigt habe. Dass diese Änderung hinsichtlich des wirtschaftlichen Fortkommens bedeutend ist, liegt auf der Hand.

Berücksichtigt man zudem das Alter der Beschwerdeführerin (Jahrgang 1973), die Dauer des Arbeitsverhältnisses (Beginn im Jahr 2012), den zuletzt in einem 40-%-Pensum erzielten Lohn (inkl. 13. Monatslohn) von CHF 2670.- und insbesondere die anspruchsvolle Funktion als Chemielaborantin, so ist von einem Streitwert im Zusammenhang mit dem Arbeitszeugnis von zumindest CHF 3000.- auszugehen, weshalb die Streitwertgrenze von insgesamt CHF 15'000.- erreicht ist.

## A 3. Sachverhaltsfeststellung (BVGer A-5236/2022)

### A. Sachverhalt

Anfang Juni 2020 wurden dem Leiter der Bundesverwaltungsbehörde Z. Screenshots zugetragen, die angeblich Äusserungen von X.\_\_\_\_\_ in den sozialen Medien (LinkedIn) zeigen sollen. Die Äusserungen bezogen sich auf die Covid-App. Unter anderem wurde zu einem Artikel des Schweizer Fernsehens «Kontakt Daten im Restaurant – Aus Freiwilligkeit wird nun teilweise Pflicht» Folgendes gepostet: «Alles immer freiwillig, hat der Bundesrat versprochen (Registrierung der Namen im Restaurant). AB 6.6 OBLIGATORISCH! Wie steht es mit der App? Heute freiwillig, morgen dann obligatorisch. LÜGE ÜBER LÜGE... #SCHWEIZ #STOPTHEAPP #COVID19». In einem anderen Post, der ebenfalls von X.\_\_\_\_\_ zu stammen schien, wurde dem Bundesamt für Gesundheit BAG vorgeworfen, die Leute zu tracken, ohne es ihnen zu sagen.

## A 3. Sachverhaltsfeststellung (BVGer A-5236/2022)

### A. Sachverhalt

[...] Am 21. September 2022 wurden dem Leiter der Bundesverwaltungsbehörde Z. diverse Screenshots von Twitterkommentaren zugesandt. Die Anzeigebilder des Kommentators zeigten jeweils ein Bild von X.\_\_\_\_\_, gefolgt vom Anzeigenamen «X.\_\_\_\_\_» sowie dem Nutzernamen «@[...]». Auf den Screenshots war unter anderem Folgendes zu sehen: Das Bild einer Frau, die über sich schreibt «23, bi, poly, and genderfluid, Im a psychiatry researcher, gonna be working with kids soon so it's time to get used to getting roasted all the time – do your worst!» wurde am 22. Mai 2022 kommentiert mit «Who hires such "things"?». Das Bild einer korpulenten Frau, die ein Schild hochhält, auf dem «if my UTERUS shot bullets would it have MORE RIGHTS?» steht, wurde am 26. Juni 2022 kommentiert mit «Why are these "things" (women?) ugly, fat as HELL?»

## A 3. Sachverhaltsfeststellung (BVGer A-5236/2022)

### A. Sachverhalt

[...] Ein Screenshot eines Videos, das eine Frau zeigt, wurde am 10. Juli 2022 kommentiert mit «The only hope is that these "things" don't reproduce!». Ein Beitrag der damaligen Vorsteherin des UVEK zum 4-Milliarden-Kreditrahmen für das Stromunternehmen Axpo wurde am 7. September 2022 kommentiert mit «Abzocker retten, ist das Ganze. Wenigstens müssten in einer funktionierenden Marktwirtschaft der VR und das Management jetzt sofort abgesetzt werden.»

Mit Verfügung vom 7. Oktober 2022 löste die Bundesverwaltungsbehörde Z. das Arbeitsverhältnis mit X fristlos auf.

## A 3. Sachverhaltsfeststellung (BVGer A-5236/2022)

### A. Sachverhalt

X rügte unter anderem eine ungenügende Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz.

Dazu führt er aus, die Vorinstanz habe darauf verzichtet, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären. Erkundigungen habe sie bei ihm nicht eingeholt. Er habe die ihm unterstellten Twitterkommentare gar nicht geschrieben; wer deren Urheber sei, sei bis heute nicht geklärt. Es fehle an Belegen, aus welchen hervorgehe, warum die Posts überhaupt echt sein sollen etc.

## A 3. Sachverhaltsfeststellung (BVGer A-5236/2022)

### B. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Vor Bundesverwaltungsgericht kann eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden.

Unrichtig ist eine Sachverhaltsfeststellung dann, wenn der Verfügung ein falscher und aktenwidriger Sachverhalt zugrunde gelegt wird, sei es, weil die Rechtserheblichkeit einer Tatsache zu Unrecht verneint wird, sei es, weil Beweise falsch gewürdigt worden sind.

Das Bundesverwaltungsgericht hat den Sachverhalt nicht von Grund auf zu ermitteln. Vielmehr hat es nur zu überprüfen, ob die Vorinstanz ihn richtig erhoben hat.

Dabei erstreckt sich die Untersuchungspflicht des Bundesverwaltungsgerichts auch auf Tatsachen, die zuvor noch nicht gewürdigt worden waren, weil sie sich erst im Verlauf des Beschwerdeverfahrens zugetragen haben (echte Noven) oder weil sie aus anderen Gründen im angefochtenen Rechtsakt unberücksichtigt geblieben waren (unechte Noven).



## A 3. Sachverhaltsfeststellung (BVGer A-5236/2022)

### B. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Wirft die beschwerdeführende Partei der verfügenden Behörde vor, dass diese den Sachverhalt falsch oder unvollständig festgestellt habe, oder will sie neue Tatsachen einführen, ist es an der beschwerdeführenden Partei, vor dem Bundesverwaltungsgericht den zutreffenden bzw. vollständigen Sachverhalt zu schildern. Im Lichte ihrer Mitwirkungspflichten darf von der beschwerdeführenden Partei erwartet werden, dass sie ihre Vorbringen substantiiert, damit das Bundesverwaltungsgericht darüber Beweis abnehmen kann.

Die Feststellung des Sachverhalts durch die Verwaltung richtet sich nach Art. 12 ff. VwVG. Im Rahmen des in Art. 12 VwVG statuierten Untersuchungsgrundsatzes sind von der Behörde die rechtserheblichen Tatsachen abzuklären, also jene faktischen Entscheidungsgrundlagen, die für die Regelung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses relevant sind.

## A 3. Sachverhaltsfeststellung (BVGer A-5236/2022)

### B. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Aber: Der Aufwand muss aber insgesamt verhältnismässig bleiben. Je nach Art und Stadium des Verfahrens, der Strittigkeit der Sache sowie der Schwere des Eingriffs der Ermittlungshandlungen kann ein unterschiedlicher Umfang der Sachverhaltsermittlung angezeigt sein.

Für das gesamte Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP).

Danach sind die Beweise frei, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen.

Im Rahmen der freien Beweiswürdigung kann die Behörde das Verhalten der Parteien im Verfahren bei der Entscheidungsfindung berücksichtigen.

## A 3. Sachverhaltsfeststellung (BVGer A-5236/2022)

### B. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Ein Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht oder die Behörde nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden.

Es genügt, wenn am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr bleiben oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. Die erforderliche Überzeugung kann auf Indizien beruhen und bedingt keinen direkten Beweis.

Grundsätzlich dürfte bei zugangsbeschränkten Social-Media-Angeboten ein dringender Verdacht dafür sprechen, dass der jeweilige Inhaber des Profils auch Urheber der veröffentlichten Inhalte ist. Um seine eigene Urheberschaft und Verantwortlichkeit zu widerlegen, muss der Arbeitnehmer detaillierte Angaben zu seiner fehlenden Täterschaft machen (eigene Verhinderung zum Zeitpunkt der Abgabe der fraglichen Äusserung, belegbare Beispiele für sonstige Nutzung des Accounts durch Dritte).

## A 3. Sachverhaltsfeststellung (BVGer A-5236/2022)

### B. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Um den Urheber der Twitter-Kommentare direkt identifizieren zu können, hätte die Vorinstanz Informationen über die IP-Adresse des Absenders und den Zeitpunkt der Twitter-Kommentare benötigt. Im Gegensatz zu den Strafverfolgungsbehörden verfüge sie jedoch nicht über die entsprechenden Zwangsmassnahmen, um allenfalls gegen den Willen des Dateninhabers diese Informationen zu beschaffen.

Angesichts der Natur des Verfahrens, die relativ rasche Abklärungen erfordert, und der mutmasslichen Schwierigkeiten bei den Informationsbeschaffungen konnte von der Vorinstanz nicht verlangt werden, den direkten Beweis für die Urheberschaft zu erbringen. Sie durfte sich deshalb des Indizienbeweises bedienen.

Das Bundesverwaltungsgericht ging im Ergebnis davon aus, dass der Beschwerdeführer Urheber der Twitter-Kommentare war.

## A 4. Rechtliches Gehör (BVGer A-514/2022)

### A. Sachverhalt

Die EZV (heute Bundesamt für Zoll und Grenzsicherheit) stellte X am 8. Dezember 2021 in Aussicht, das Arbeitsverhältnis fristlos aufzulösen, und räumte ihm die Möglichkeit ein, sich dazu zu äussern. Davon machte X. mit Schreiben vom 13. Dezember 2021 Gebrauch. Die EZV löste das Arbeitsverhältnis in der Folge mit Verfügung vom 20. Dezember 2021 fristlos auf.

X. wendet im Verfahren vor Bundesgericht ein, das rechtliche Gehör sei verletzt worden. Bereits vorher sei ihm der Zugriff auf das System, u.a. auf seine E-Mails, umfassend gesperrt worden. Nach Erlass der angefochtenen Verfügung habe sein Rechtsvertreter mit Schreiben vom 4. Januar 2022 Einsicht in die Akten verlangt. Diese habe ihm die Vorinstanz jedoch erst am 19. Januar 2022 zur Verfügung gestellt. Er habe sich daher nur eingeschränkt und unter grossem zeitlichem Druck gegen die Vorwürfe der Vorinstanz zur Wehr setzen können.

## A 4. Rechtliches Gehör (BVGer A-514/2022)

### B. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Der angestellten Person ist gemäss Art. 34b Abs. 1 Bst. a BPG eine Entschädigung zuzusprechen, wenn der Arbeitgeber im Rahmen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses Verfahrensvorschriften, namentlich den Anspruch auf rechtliches Gehör, verletzt.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst namentlich das Recht der Parteien auf Akteneinsicht (Art. 26 ff. VwVG).

Demnach besteht ein Anspruch darauf, alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke einzusehen (Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG). Aus Inhalt und Funktion des Akteneinsichtsrechts folgt nach der Rechtsprechung, dass grundsätzlich sämtliche beweiserheblichen Akten den Beteiligten gezeigt werden müssen. Die betroffene Partei kann sich nur wirksam zur Sache äussern und geeignete Beweise bezeichnen, wenn sie die Möglichkeit erhält, die Unterlagen einzusehen, auf welche sich die Behörde bei ihrer Verfügung stützt.

## A 4. Rechtliches Gehör (BVGer A-514/2022)

### B. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

(Pro memoria: Akteneinsichtsrecht ist nicht absolut -> Es findet Grenze am öffentlichen Interesse des Staats oder an berechtigten Geheimhaltungsinteressen Dritter. Es ist einer Interessenabwägung zugänglich).

Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer mit Schreiben vom 8. Dezember 2021, gleichzeitig mit der Gewährung des rechtlichen Gehörs zur Kündigung, darauf aufmerksam gemacht, dass die Akten ihm oder einem bevollmächtigten Vertreter im HR-Center Bern zur Einsichtnahme offenliegen.

Trotz der Sperrung des Zugangs zum System hatte X somit die Gelegenheit, die Akten einzusehen und sie insbesondere im Rahmen der anschliessenden Stellungnahme vom 13. Dezember 2021 zu verwenden.

## A 4. Rechtliches Gehör (BVGer A-514/2022)

### B. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Weiter treffe es zwar zu, dass dem – nach Erlass der Kündigungsverfügung gestellten – Akteneinsichtsgesuch vom 4. Januar 2021 erst am 19. Januar 2021 durch Übergabe der Akten entsprochen wurde.

Das Bundesverwaltungsgericht weist aber darauf hin, dass die Bestimmung von Art. 34b Abs. 1 Bst. a BPG grundsätzlich nicht bezweckt, ein allfälliges Fehlverhalten des Arbeitgebers nach Erlass der Kündigung zu ahnden.

Es fällt zudem in Betracht, dass dem Beschwerdeführer nach Erhalt der Akten bis zum Ablauf der Beschwerdefrist am 2. Februar 2022 immerhin noch zwei Wochen zur Verfügung standen. Er konnte ich damit zur Kündigungsverfügung sachgerecht äussern sowie geeignete Beweismittel bezeichnen.

Das rechtliche Gehör wurde nicht verletzt.



## B 1. Kündigungsgrund lange Krankheit (BVGer A-2967/2021)

### A. Sachverhalt

Mit Verfügung vom 20. Mai 2021 löste die Vorinstanz den Arbeitsvertrag mit X per 31. August 2021 ordentlich auf, nachdem sie X das rechtliche Gehör gewährt hatte. Die Vorinstanz begründete die Kündigung im Wesentlichen damit, dass die aus medizinischer Sicht erforderlichen Schonauflagen mit den Aufgaben von X nicht vereinbar seien. Hinzu komme die hohe Anzahl von Kurzabsenzen und die seit Juni 2020 anhaltende, zumindest teilweise Arbeitsunfähigkeit. Insgesamt sei von einer langanhaltenden Krankheit auszugehen und eine Besserung bzw. ein Wegfall der Schonauflagen sei nicht absehbar.

X erhob am 25. Juni 2021 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und machte u.a. eine Entschädigung wegen sachlich nicht begründeter Kündigung in der Höhe eines Jahreslohns geltend.

# B 1. Kündigungsgrund lange Krankheit (BVGer A-2967/2021)

## B. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Art. 10 Abs. 3 BPG: Mangelnde Tauglichkeit wegen Krankheit nur dann, wenn dieser Zustand über längeren Zeitraum andauert und nicht von einer baldigen Besserung auszugehen ist.

Diese Annahme rechtfertigt sich gemäss Rechtsprechung bei einer längeren Krankheit im Allgemeinen frühestens nach zwei Jahren.

Diese Zweijahresfrist ist jedoch lediglich ein Indiz für das Vorliegen einer langandauernden Krankheit. Sie ist nicht als starre Frist zu verstehen, sondern belässt den beurteilenden Behörden einen gewissen Ermessensspielraum. Ob eine Krankheit langandauernd ist, kann unter Umständen bereits vor Ablauf von zwei Jahren beurteilt werden, insbesondere, wenn seit geraumer Zeit eine durchgehende Arbeitsunfähigkeit von 100 % vorliegt und der Beurteilungszeitpunkt zeitlich sehr nahe bei der Zweijahresfrist liegt.

# B 1. Kündigungsgrund lange Krankheit (BVGer A-2967/2021)

## B. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Nach Art. 11a Abs. 1 BPV hat die zuständige Stelle alle sinnvollen und zumutbaren Möglichkeiten auszuschöpfen, um die betroffene Person wieder in den Arbeitsprozess einzugliedern. Der Arbeitgeber ist zudem gemäss Art. 19 Abs. 1 BPG verpflichtet, alle Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung auszuschöpfen, bevor er einer angestellten Person ohne deren Verschulden kündigt (z.B. Weiterbildung, Umgestaltung des Arbeitsplatzes, Weiterbeschäftigung in einer anderen Stelle innerhalb der Bundesverwaltung).

Personalrechtlich gilt eine Kündigung als selbstverschuldet, wenn sie wegen langandauernder krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und somit wegen mangelnder Tauglichkeit im Sinne von Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG ausgesprochen wird (Art. 31 Abs. 1 Bst. a BPV).

# B 1. Kündigungsgrund lange Krankheit (BVGer A-2967/2021)

## B. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Bei Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit frühestens auf das Ende einer mindestens zwei Jahre dauernden Arbeitsverhinderung ordentlich auflösen (Art. 31a Abs. 1 BPV).

Bei Arbeitsverhinderung infolge einer neuen Krankheit oder eines neuen Unfalls oder infolge erneuten Auftretens einer Krankheit oder von Unfallfolgen beginnt die Frist nach Absatz 1 neu zu laufen, sofern die angestellte Person zuvor während mindestens zwölf Monaten ununterbrochen entsprechend ihrem Beschäftigungsgrad arbeitsfähig war. Kurze Abwesenheiten werden nicht berücksichtigt (Art. 31a Abs. 2 BPV).

# B 1. Kündigungsgrund lange Krankheit (BVGer A-2967/2021)

## B. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Die Beschwerdeführerin X hatte seit 2018 die folgenden länger dauernden, gesundheitlich bedingten Abwesenheiten: im Oktober 2018 16 Kalendertage, im November/Dezember 2018 6 Kalendertage, im März/April 2019 9 Kalendertage, im Mai 2019 7 Kalendertage und im Januar/Februar 2020 19 Kalendertage. Somit ist belegt, dass die Beschwerdeführerin seit Anfang 2018 – selbst ohne Berücksichtigung der kurzen Abwesenheiten von fünf Kalendertagen oder weniger – nie mindestens zwölf Monate gemäss ihrem Beschäftigungsgrad voll arbeitsfähig war.

Die Zweijahresfrist von Art. 31a Abs. 1 BPV begann damit in diesem Zeitraum nicht neu zu laufen, und die Kündigung der Vorinstanz verstösst nicht gegen Art. 31a BPV.

# B 1. Kündigungsgrund lange Krankheit (BVGer A-2967/2021)

## B. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

(...) Die Vorinstanz durfte davon ausgehen, dass sich die psychische Gesundheit der Beschwerdeführerin in absehbarer Zukunft nicht in einem Ausmass verbessern würde, das ihr erlauben würde, die vereinbarten Aufgaben vollständig und mit voller Leistung auszuführen. Unter diesen Umständen durfte die Vorinstanz von einer langandauernden Krankheit ohne Aussicht auf baldige Besserung im Sinne der Rechtsprechung ausgehen. Damit lag grundsätzlich eine mangelnde Eignung oder Untauglichkeit gemäss Art. 10 Abs. 3 Bst. c PBG vor.

Die Vorinstanz versuchte sodann, einen Arbeitsversuch an geeigneter Stelle in der Bundesverwaltung zu organisieren. Sie fragte dazu sechs Verwaltungseinheiten im Departement für Wirtschaft, Forschung und Bildung und fünf im Departement des Innern an. Leider hatte keine der angefragten Einheiten eine geeignete Stelle. Die Vorinstanz stellte zudem fest, dass es im [...] weder für einen Arbeitsversuch noch für eine Weiterbeschäftigung eine Stelle gebe, in der den Schonaufgaben der Beschwerdeführerin Rechnung getragen werden könnte.

# B 1. Kündigungsgrund lange Krankheit (BVGer A-2967/2021)

## B. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Die Vorinstanz hat damit alle Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung der Beschwerdeführerin ausgeschöpft.

Das Arbeitsverhältnis wurde zu Recht wegen mangelnder Eignung oder Tauglichkeit aufgelöst. Deshalb ist auch keine Entschädigung nach Art. 19 Abs. 3 ff. BPG i.V.m. Art. 78 f. BPV auszurichten.

## B 2. Höhe der Entschädigung bei Fehlen eines sachlichen Grundes (BVGer A-2889/2021)

### A. Sachverhalt

Das Bundesgericht hielt in einem Urteil vom 31. Mai 2023 fest, dass Leistungen und Verhaltensweisen des Beschwerdeführers X grundsätzlich einen sachlichen Kündigungsgrund im Sinne von Art. 10 Abs. 3 Bst. a und b BPG darstellen können.

Nach der Rechtsprechung bedinge aber sowohl eine Kündigung wegen Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten (vgl. Art. 10 Abs. 3 Bst. a BPG) als auch wegen Mängeln in der Leistung oder im Verhalten (vgl. Art. 10 Abs. 3 Bst. b BPG) eine vorgängige Mahnung oder Verwarnung. Das Bundesverwaltungsgericht begründet diese Voraussetzung mit der Fürsorgepflicht, dem Gebot schonender Rechtsausübung, dem Verhältnismässigkeitsprinzip und dem Grundsatz von Treu und Glauben.

Vor einer ordentlichen Kündigung sei prinzipiell stets eine Mahnung notwendig ist, sofern sie nicht von vornherein aussichtslos erscheint oder das Vertrauensverhältnis bereits unwiederbringlich zerstört ist.



## B 2. Höhe der Entschädigung bei Fehlen eines sachlichen Grundes (BVGer A-2889/2021)

### A. Sachverhalt

Die Voraussetzungen für einen Verzicht auf eine vorgängige Mahnung würden sich als streng erweisen, und die Schwelle dafür sei demzufolge hoch anzusetzen. Zudem sei Zurückhaltung angezeigt, würden andernfalls doch die Funktionen (Rüge- und Warnfunktion) der Mahnung unterlaufen.

X sei nicht abgemahnt worden. Es liege infolge der zu Unrecht erfolgten Mahnung kein sachlich hinreichender Grund im Sinne von Art. 10 Abs. 3 BPG vor. Die Beschwerde sei in diesem Punkt gutzuheissen.

Fehlt es einer ordentlichen Kündigung an einem sachlich hinreichenden Grund infolge einer fehlenden Mahnung und heisst die Beschwerdeinstanz die Beschwerde gegen eine Kündigungsverfügung aus diesem Grund gut, muss sie dem Beschwerdeführer eine Entschädigung in der Höhe von in der Regel mindestens sechs Monatslöhnen und höchstens einem Jahreslohn zusprechen (Art. 34b Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 BPG).

## B 2. Höhe der Entschädigung bei Fehlen eines sachlichen Grundes (BVGer A-2889/2021)

### A. Sachverhalt

Für die Bemessung der Höhe der Entschädigung ist auf die Schwere der Persönlichkeitsverletzung beziehungsweise des Eingriffs in die Persönlichkeit der angestellten Person, die Intensität und Dauer der vertraglichen Beziehungen, die Art und Weise der Kündigung, die Strafwürdigkeit des Verhaltens des Arbeitgebers und die Schwere eines allfälligen Mitverschuldens der angestellten Person, das Mass der Widerrechtlichkeit der Entlassung, die soziale und finanzielle Lage der angestellten Person sowie deren Alter und Stellung im Unternehmen des Arbeitgebers abzustellen.

Die Vorinstanz habe dem Beschwerdeführer X trotz fehlender Mahnung nicht ohne Anlass gekündigt, weshalb vorliegend nicht von einer schweren Persönlichkeitsverletzung des Beschwerdeführers auszugehen sei. Namentlich aufgrund seiner letzten zwei Personalbeurteilungen mit der Note «ungenügend», seines Verhaltens, welches die Zusammenarbeit mit ihm erschwerte und der verschiedensten Vorfälle, die das Vertrauensverhältnis zu seinen Vorgesetzten belasteten, müsse ihm ein Selbstverschulden zugesprochen werden.

## B 2. Höhe der Entschädigung bei Fehlen eines sachlichen Grundes (BVGer A-2889/2021)

### A. Sachverhalt

Dieses Selbstverschulden sei bei der Bemessung der Entschädigungshöhe zu berücksichtigen und rechtfertige bei der Festsetzung der Entschädigung nach Art. 34b Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 BPG ein Abweichen von der gesetzlich festgelegten Regel (vgl. Urteile des BVGer A-5527/2020 vom 31. März 2022 E. 6 m.w.H. und A-5703/2018 vom 24. Mai 2019 E. 6.2 und 6.4).

Insgesamt würden die bei der Festsetzung der Entschädigung zu berücksichtigenden Kriterien unter den gegebenen Umständen eine Entschädigung von vier Bruttomonatslöhnen (auf der Basis des letzten massgeblichen Bruttolohns) nahelegen.

## B 2. Höhe der Entschädigung bei Fehlen eines sachlichen Grundes (BVGer A-2889/2021)

### B. Erwägungen des Bundesgerichts (offen)

(Aus der Tatsache, dass (i) die Entschädigung die Weiterbeschäftigung als Sanktion bei sachlich unbegründeten Kündigungen ablösen sollte, dass (ii) die Entschädigung grundsätzlich höher als im OR sein sollte und die (iii) Folgen der mangelbehafteten Kündigung prohibitiv wirken sollten (gemäss Botschaft zur Revision des BPG, BBl 2011 6703 ff., 6724), kann eventuell gefolgert werden, dass der gesetzliche vorgesehene Mindestrahmen einer Entschädigung von sechs Monatslöhnen im Falle einer sachlich nicht begründeten Kündigung nur ausnahmsweise im Falle des Vorliegens von ganz besonderen Umständen unterschritten werden darf).

## B 3. Fristlose Kündigung (BVGer A-514/2022)

### A. Sachverhalt

Am 1. Dezember 2021 erhielt der Vorgesetzte von X. Kenntnis davon, dass dieser auf der Kleinanzeigenplattform «Anibis» ein iPhone XR zum Preis von CHF 250.- unter dem Anbieternamen (...) verkauft hatte. Das Gerät war im Inventar des (...) der EZV verbucht. Die internen Abklärungen der EZV ergaben am 2. Dezember 2021, dass die ehemalige Nutzerin es am (...) wegen zu starker Erhitzung als defekt gemeldet und (...) retourniert hatte. Es stellte sich heraus, dass das Smartphone weder der vorgesehenen Entsorgung durch das Bundesamt für Informatik (BIT) zugeführt noch aus dem Bestand der EZV ausgebucht worden war.

Die EVZ (heute Bundesamt für Zoll und Grenzsicherheit) löste das Arbeitsverhältnis mit Verfügung vom 20. Dezember 2021 fristlos auf.

## B 3. Fristlose Kündigung (BVGer A-514/2022)

### B. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Gemäss Art. 10 Abs. 4 BPG kann eine Vertragspartei das unbefristete oder befristete Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen fristlos kündigen. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (vgl. Art. 337 Abs. 2 OR).

In diesem Zusammenhang ist die zu Art. 337 OR entwickelte Praxis im Bundespersonalrecht angemessen zu berücksichtigen, wobei den Besonderheiten des öffentlichen Dienstes Rechnung zu tragen ist.

Eine fristlose Kündigung ohne vorgängige Verwarnung ist nur bei einem besonders schweren Fehlverhalten der angestellten Person gerechtfertigt.

## B 3. Fristlose Kündigung (BVGer A-514/2022)

### B. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Dieses muss einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist; andererseits muss es sich auch tatsächlich so auswirken.

Beim Entscheid, ob ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorliegt, kommt dem Arbeitgeber ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Er hat aber den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten und darf die fristlose Kündigung nur in Ausnahmefällen als letztes Mittel («ultima ratio») aussprechen. Ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung kann insbesondere in einer schweren Verletzung der in Art. 20 Abs. 1 BPG verankerten Treuepflicht liegen, also der Pflicht der Angestellten, die berechtigten Interessen ihres Arbeitgebers wie auch des Bundes zu wahren (sog. «doppelte Loyalität»).

## B 3. Fristlose Kündigung (BVGer A-514/2022)

### B. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Die Anforderungen an die Treuepflicht sind dabei anhand der konkreten Funktion und der Stellung der angestellten Person für jedes Arbeitsverhältnis gesondert aufgrund der Umstände und der Interessenlage des konkreten Einzelfalls zu bestimmen.

Aufgrund der Sorgfalts- und Treuepflicht ist der Arbeitnehmer u.a. zur Obhut anvertrauter Sachen und zum schonungsvollen Umgang mit dem Eigentum des Arbeitgebers verpflichtet. Die Treuepflicht verlangt zudem, dass die angestellte Person gewisse das Arbeitsverhältnis störende Aktivitäten unterlässt. Dazu gehören beispielsweise strafbare oder andere rechtswidrige Handlungen. Ein Angestellter des öffentlichen Dienstes ist ferner verpflichtet, während und ausserhalb der Arbeitszeit ein Verhalten anzunehmen, das sich der Achtung und des Vertrauens würdig erweist, das seine Stellung erfordert, und alles zu unterlassen, was die Interessen des Staates beeinträchtigt. Er hat alles zu vermeiden, was das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Integrität der Verwaltung und ihrer Angestellten schwächt und was die Vertrauenswürdigkeit des Arbeitgebers – auch gegenüber den Mitarbeitenden – herabsetzen würde.



## B 3. Fristlose Kündigung (BVGer A-514/2022)

### B. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Dem Umstand, dass das zu entsorgende Gerät für die Vorinstanz allenfalls nur noch einen beschränkten Wert hatte und ihr durch den Verkauf keine beträchtliche Vermögenseinbuße entstand, kommt im Gesamtkontext des Falles keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Entscheidend ist nicht die Höhe des Schadens, sondern der damit verbundene Treuebruch.

Mit der Vorinstanz ist insbesondere hervorzuheben, dass das Smartphone im Verkaufszeitpunkt im Eigentum des Bundes stand. Dieses nahm der Beschwerdeführer mit sich und verwendete es zu einem privaten Zweck, indem er es, statt es korrekt zu bearbeiten, als Privatperson auf einer im Internet allgemein zugänglichen Plattform anbot und zur Erzielung eigener Einnahmen veräußerte.

Das Bundesgericht beanstandete die fristlose Kündigung nicht.

## B 4. Fragwürdige Posts auf Social Media (BVGer A-5236/2022)

A. Sachverhalt

Wie vorne unter A.3.

## B 4. Fragwürdige Posts auf Social Media (BVGer A-5236/2022)

### B. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Die trotz Ermahnung wiederholt politisch heiklen (Axpö) und verwerflichen (Frauen) privaten Twitterkommentare, denen womöglich eine strafrechtliche Relevanz zukomme, seien ohne Weiteres geeignet, das bereits durch das respektlose E-Mail vom 6. September 2022 belastete Vertrauen zwischen der Vorinstanz und dem Beschwerdeführer – dem aufgrund seiner Stellung eine erhöhte Treuepflicht zukam – tiefgreifend zu erschüttern.

Mit der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses hätte die Vorinstanz ihrem Ruf selber geschädigt. Sie wäre mit dem berechtigten Vorwurf konfrontiert gewesen, die (...) Aktivitäten des Beschwerdeführers sowie dessen verwerfliches Frauenbild zu tolerieren.

Die fristlose Kündigung war deshalb geeignet, den eigenen Ruf zu wahren, und wurde als berechtigt betrachtet.

## B 5. Weitere Entscheide

BGer 2C\_694/2021, Urteil vom 8. September 2023 (Anfechtung der Disziplinarordnung der Universität Zürich)

BGE 149 I 129, Urteil vom 22. Februar 2023 (Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines Angehörigen einer Spezialeinheit der Armee, weil er sich weigerte, sich der Pflicht zur Impfung gegen Covid-19 zu unterziehen)

BGer 8C\_154/2023, Urteil vom 23. August 2023 (Nichtwahl, Nichtberücksichtigung der Bewerbung des Beschwerdeführers für eine Professur)

BGer 8C\_78/2023, Urteil vom 21. August 2023 (Erlöschen des Anspruchs auf Lohnfortzahlung)

Fragen?

Feedback?

Anregungen?



# Vielen Dank.

Dr. iur. Harry F. Nötzli

Rechtsanwalt

Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Zürich Law Rechtsanwälte



Institut für Rechtswissenschaft  
und Rechtspraxis

Universität St.Gallen (HSG)  
Institut für Rechtswissenschaft und  
Rechtspraxis  
Bodanstrasse 4  
9000 St.Gallen

[irphsg.ch](http://irphsg.ch)

Akkreditierungen

