

Überlegungen zum bundespersonalrechtlichen Kündigungsschutz

Wolfgang Portmann | *Mit dem neuen Bundespersonalgesetz (BPG) wurde die Wahl auf Amtsdauer durch ein unbefristetes, kündbares Arbeitsverhältnis ersetzt. Im Unterschied zum Privatrecht wurde beim BPG der Kündigungsschutz stärker ausgebaut. Wann kommen der Artikel 14 (Nichtigkeit und Aufhebung der Kündigung) und der Artikel 19 (Frage einer Entschädigung) zum Tragen und welche Interpretationen lassen sie zu?*

1 Einleitung

- [1] Das Bundespersonalgesetz (BPG) vom 24. März 2000 ist am 1. Januar 2001 für die Schweizerischen Bundesbahnen und am 1. Januar 2002 für die Bundesverwaltung, die dezentralisierten Verwaltungseinheiten¹, die eidgenössischen Rekurs- und Schiedskommissionen, das Bundesgericht, die Parlamentsdienste und die Post in Kraft getreten.² Es bildet ein gemeinsames gesetzliches Dach für das Bundespersonal. Eines seiner Hauptziele ist die Flexibilisierung der Anstellungsverhältnisse; diese wird insbesondere dadurch erreicht, dass die Wahl auf Amtsdauer grundsätzlich durch ein unbefristetes, kündbares Arbeitsverhältnis ersetzt worden ist. Ein gewisses Gegengewicht bildet der im Vergleich zum Privatrecht stärker ausgebaute Kündigungsschutz, der die erforderliche Beschäftigungssicherheit gewährleisten soll.³ Die kündigungsschutzrechtliche Hauptnorm bildet Artikel 14 BPG; danach verwirklicht sich der Kündigungsschutz einerseits in der sogenannten Nichtigkeit der Kündigung (Ziff. 2) und andererseits in deren Aufhebung (Ziff. 3). Ergänzt werden diese beiden Formen durch die in Artikel 19 Absätze 3 und 4 BPG vorgesehene Entschädigung (Ziff. 4). Der vorliegende Beitrag wird durch ein Fazit abgerundet, das 14 Thesen zum Thema enthält (Ziff. 5).

2 Nichtigkeit der Kündigung nach Artikel 14 Absätze 1 und 2 BPG

2.1 Im Allgemeinen

- [2] Mit der Nichtigkeit der Kündigung befassen sich die Absätze 1 und 2 von Artikel 14 BPG. Sie beziehen sich sowohl auf die ordentliche wie auch auf die ausserordentliche (fristlose) Kündigung; das ergibt sich einerseits aus der Gesetzessystematik (vgl. auch den Randtitel von Artikel 14 BPG), andererseits aus der in Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe b. BPG enthaltenen Verweisung auf Artikel 12 Absätze 6 und 7 BPG.

2.2 Die Regelung von Artikel 14 Absatz 1 BPG

2.2.1 Struktur

- [3] Die Struktur der umständlich formulierten Norm von Artikel 14 Absatz 1 BPG ist durch einen Tatbestand und eine Rechtsfolge gekennzeichnet. Der *Tatbestand* besteht aus folgenden Elementen:
- Schriftliche Eingabe der betroffenen Person beim Arbeitgeber;⁴
 - Fristwahrung (30 Tage nach Kenntnisnahme eines mutmasslichen Nichtigkeitsgrundes);
 - Glaubhaftmachung eines Nichtigkeitsgrundes gemäss Buchstaben a.-c.
- [4] Sind alle Tatbestandselemente erfüllt, so entsteht als *Rechtsfolge* die Pflicht des Arbeitgebers, der betroffenen Person die bisherige bzw. eine zumutbare andere Arbeit anzubieten.

2.2.2 Provisorischer Kündigungsschutz

- [5] In Absatz 1 von Artikel 14 BPG geht es – im Gegensatz zu Absatz 2 – nicht um die Frage, ob eine Kündigung effektiv nichtig ist, sondern darum, ob die Nichtigkeit der Kündigung form- und fristgerecht *glaubhaft* gemacht wird. Ist das der Fall, so ist die betroffene Person erst einmal weiter zu beschäftigen, bis das Schicksal der Kündigung nach Absatz 2 endgültig geklärt ist und die Weiterbeschäftigung je nachdem definitiv wird oder endet. Damit erweist sich Absatz 1 als Norm des provisorischen Kündigungsschutzes.
- [6] Es stellt sich die Frage, ob und wie die betroffene Person Rechtsschutz erlangen kann, wenn sie die Nichtigkeit der Kündigung beim Arbeitgeber geltend gemacht hat, dieser sich aber auf den Standpunkt stellt, es seien nicht alle Voraussetzungen für eine provisorische Weiterbeschäftigung erfüllt.⁵ Dieses Problem löst sich von selbst im Fall, dass der Arbeitgeber die fristgerechte Anrufung der Beschwerdeinstanz gemäss Absatz 2 unterlässt, weil dann bereits der definitive Kündigungsschutz eintritt. Ruft hingegen der Arbeitgeber die Beschwerdeinstanz fristgerecht an, so kann die betroffene Person die Anordnung der provisorischen Weiterbeschäftigung als vorsorgliche Massnahme nach Artikel 56 VwVG beantragen. Demgegenüber lässt sich aus Artikel 55 Absatz 1 VwVG kein Anspruch auf provisorische Weiterbeschäftigung ableiten, da ein solcher nur unter den Voraussetzungen von Artikel 14 Absatz 1 BPG besteht.⁶
- [7] Die provisorische Weiterbeschäftigung und, falls diese vom Arbeitgeber abgelehnt wird, die Möglichkeit ihrer Anordnung durch die Beschwerdeinstanz sind für die betroffene Person von grosser praktischer Bedeutung. Erkennt die Beschwerdeinstanz im Endentscheid auf Nichtigkeit der Kündigung, muss zwar der Arbeitgeber den Lohn rückwirkend nachzahlen, doch

ist damit der betroffenen Person nur teilweise gedient, weil sie während der (unter Umständen langen) Zeitspanne zwischen dem Ablauf der Kündigungsfrist und dem rechtskräftigen Beschwerdeentscheid keinen Anspruch auf laufende Lohnzahlungen hat. Ein solcher Anspruch kann nur durch eine provisorische Weiterbeschäftigung begründet werden. Diese erhöht ausserdem die Chance, dass die betroffene Person mit der bisherigen Arbeit weiterbeschäftigt werden kann und nicht nach Monaten oder gar Jahren auf eine andere zumutbare Arbeit verwiesen werden muss. Diese beiden Punkte lassen die zentrale Bedeutung der provisorischen Weiterbeschäftigung im System des bundespersonalrechtlichen Kündigungsschutzes sichtbar werden.

- [8] Den Vorteilen der provisorischen Weiterbeschäftigung steht indessen auch ein Nachteil gegenüber, der sich dann zeigt, wenn die Beschwerdeinstanz im Endentscheid auf Gültigkeit der Kündigung erkennt. In diesem Fall bedeutet der provisorische Kündigungsschutz rückblickend, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses aufgezwungen worden ist, das er zu Recht beendet hatte. Eine nachträgliche Korrekturmöglichkeit besteht nicht; insbesondere hat der Arbeitgeber keinen Anspruch auf Rückerstattung der Lohnzahlungen, die er für die Dauer des provisorischen Schutzes geleistet hat. Da er dafür aber regelmässig eine Arbeitsleistung erhalten hat, hält sich seine Belastung in Grenzen.

2.2.3 Nichtigkeitsgründe

- [9] Obwohl die Nichtigkeitsgründe gemäss Artikel 14 Absatz 1 Buchstaben a. – c. BPG grammatikalisch nur als Objekt der Glaubhaftmachung zur Erlangung des provisorischen Kündigungsschutzes erscheinen, ist davon auszugehen, dass sie auch ausserhalb dieses Rahmens Geltung beanspruchen. Mit anderen Worten sind sie auch für die Frage der Gewährung definitiven Schutzes als verbindlich anzusehen, wenn der Arbeitgeber die Beschwerdeinstanz nach Absatz 2 anruft. Absatz 1 enthält folglich der Sache nach neben der Regelung des provisorischen Kündigungsschutzes eine über diesen hinausgreifende Umschreibung der Nichtigkeitsgründe, das heisst er legt allgemein fest, unter welchen Voraussetzungen eine Kündigung nichtig ist.

2.2.3.1 Verletzung einer wichtigen Formvorschrift

- [10] Nach Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a. BPG ist die Kündigung des Arbeitgebers nichtig, wenn sie «wichtige Formvorschriften verletzt». Artikel 13 Absatz 1 BPG schreibt vor, dass die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach den Artikeln 11 (fristlose Kündigung des befristeten Arbeitsverhältnisses)

und 12 (Absätze 1–6: ordentliche Kündigung des unbefristeten Arbeitsverhältnisses; Absatz 7: fristlose Kündigung des unbefristeten Arbeitsverhältnisses) schriftlich zu erfolgen hat. Gemäss Artikel 13 Absatz 3 BPG hat ferner der Arbeitgeber in Form einer Verfügung zu kündigen, falls sich die Parteien über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht einigen können. Für die Form der Verfügung gelten die Artikel 34f. VwVG. Das bedeutet zunächst, dass das in Artikel 13 Absatz 1 BPG vorgesehene Schriftformerfordernis wiederholt wird (Art. 34 Abs. 1 VwVG);⁷ zusätzlich wird aber auch verlangt, dass die Verfügung als solche bezeichnet, begründet und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen wird⁸ (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Alle diese Elemente bilden meines Erachtens «wichtige Formvorschriften» im Sinne von Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a. BPG, deren Verletzung die Nichtigkeit der Kündigung rechtfertigt. Nach der Botschaft bildet darüber hinaus auch die Verweigerung des rechtlichen Gehörs einen schweren Formmangel im Sinne dieser Bestimmung.⁹

2.2.3.2 Fehlen eines Kündigungsgrundes

[11] Nach Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe b. BPG ist die Kündigung des Arbeitgebers ferner nichtig, wenn sie «nach Artikel 12 Absätze 6 und 7 nicht begründet ist». Gemäss Artikel 12 Absatz 6 BPG gelten nach Ablauf der Probezeit als Gründe für die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber:

- die Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten;
- Mängel in der Leistung oder im Verhalten, die trotz schriftlicher Mahnung anhalten oder sich wiederholten;
- mangelnde Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten;
- mangelnde Bereitschaft zur Verrichtung zumutbarer anderer Arbeit;
- schwer wiegende wirtschaftliche oder betriebliche Gründe, sofern der Arbeitgeber der betroffenen Person keine zumutbare andere Arbeit anbieten kann;
- der Wegfall einer gesetzlichen oder vertraglichen Anstellungsbedingung.

[12] Als Grund für eine fristlose Kündigung nennt Artikel 12 Absatz 7 BPG in Anlehnung an Artikel 337 Absatz 2 OR jeden Umstand, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf.

2.2.3.3 Kündigung zur Unzeit

[13] Nach Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe c. BPG ist die Kündigung des Arbeitgebers schliesslich nichtig, wenn sie «zur Unzeit nach Artikel 336c OR erfolgt ist». Diese obligationenrechtliche Vorschrift setzt Sperrfristen für die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber im Zusammenhang mit Militär-, Schutz- oder Zivildienst, Dienst für eine Hilfsaktion im Ausland, Krankheit oder Unfall sowie Schwangerschaft und Niederkunft der anderen Partei (Art. 336c Abs. 1 Bst. a. – d. OR). Das OR unterscheidet zwei Tatbestände der Sperrfristverletzung, an die es unterschiedliche Rechtsfolgen knüpft; es differenziert danach, ob die Kündigung selbst oder nur der Lauf der Kündigungsfrist in die Sperrfrist fällt. Die Kündigung, die während einer Sperrfrist erklärt wird, ist nichtig; ist dagegen die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt (Art. 336c Abs. 2 OR). Beide Tatbestände der Sperrfristverletzung werden vom OR als «Kündigung zur Unzeit» betrachtet, wie sich aus dem Randtitel von Artikel 336c ergibt. Wenn demnach Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe c. BPG die Nichtigkeit der Kündigung anordnet, weil diese «zur Unzeit nach Artikel 336c OR erfolgt ist», so erfasst die Nichtigkeitsfolge nach diesem Wortlaut beide Tatbestände der Sperrfristverletzung, womit eine erhebliche Diskrepanz zur obligationenrechtlichen Regelung entsteht.

[14] Es ist zwar rechtstechnisch möglich, aber sachlich nicht nachvollziehbar, eine Kündigung, die vor Beginn einer Sperrfrist erfolgte, als nichtig zu behandeln. Es fehlt jeglicher Anhaltspunkt, dass und warum in dieser wichtigen Frage von der Rechtsfolgeordnung des OR abgewichen werden sollte. Meines Erachtens liegt hier ein Versehen des Gesetzgebers vor, das es rechtfertigt, den Anwendungsbereich von Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe c. BPG auf den ersten Tatbestand der Sperrfristverletzung (bei dem die Kündigung selbst in die Sperrfrist fällt) einzuschränken (teleologische Reduktion). Diese Auffassung hat zur Folge, dass der zweite Tatbestand der Sperrfristverletzung (bei dem nur der Lauf der Kündigungsfrist in die Sperrfrist fällt) aus dem Regelungsbereich des BPG herausfällt. Da nichts auf ein qualifiziertes Schweigen des BPG hindeutet, ist die Regel von Artikel 6 Absatz 2 heranzuziehen, wonach sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des OR gelten, soweit das BPG oder ein anderes Bundesgesetz nichts Abweichendes bestimmt. Daraus folgt, dass auch für Arbeitsverhältnisse, die dem BPG unterstehen, Artikel 336c Absatz 2 Halbsatz 2 OR anwendbar ist, das heisst es kommt zum Ruhen der Kündigungsfrist anstatt zur Nichtigkeit der Kündigung, wenn diese vor Beginn der Sperrfrist ausgesprochen wurde.

2.3 Die Regelung von Artikel 14 Absatz 2 BPG

2.3.1 Struktur

- [15] Artikel 14 Absatz 2 BPG geht nach seinem Wortlaut von folgendem *Tatbestand* aus:
- Eingabe der betroffenen Person, worin die Nichtigkeit der Kündigung geltend gemacht wird;
 - unterlassene Anrufung der Beschwerdeinstanz durch den Arbeitgeber (30-tägige Frist).
- [16] Die *Rechtsfolge* bei erfüllten Voraussetzungen besteht darin, dass die Kündigung (endgültig) nichtig ist und die betroffene Person mit der bisherigen oder, wenn dies nicht möglich ist, mit einer anderen zumutbaren Arbeit weiterbeschäftigt wird.

2.3.2 Definitiver Kündigungsschutz

- [17] Artikel 14 Absatz 2 BPG gewährt der betroffenen Person *definitiven Kündigungsschutz*, explizit allerdings nur für den Fall, dass der Arbeitgeber die Anrufung der Beschwerdeinstanz unterlässt (Umkehrung der üblichen Parteirollenverteilung). Keine unmittelbare Aussage enthält die Vorschrift für den Fall, dass der Arbeitgeber die Beschwerdeinstanz fristgerecht anruft. Es liegt jedoch nahe, die Rechtsfolge der Weiterbeschäftigung mit der bisherigen bzw. mit einer anderen zumutbaren Arbeit auch dann eintreten zu lassen, wenn die Beschwerdeinstanz die Kündigung als nichtig beurteilt. Kommt sie zum gegenteiligen Schluss, so ist das Arbeitsverhältnis ab dem Kündigungstermin als beendet zu betrachten, sofern es nicht infolge provisorischer Weiterbeschäftigung verlängert worden ist.

2.3.3 Besondere Fragen

2.3.3.1 Beweislast des Arbeitgebers oder der betroffenen Person?

- [18] Fraglich ist, ob Artikel 14 Absatz 2 BPG ausser der Umkehrung der Parteirollen auch eine Umkehrung der Beweislast enthält. Nach allgemeinen Grundsätzen hätte die betroffene Person die Nichtigkeit der Kündigung zu beweisen, da sie daraus ein Recht auf Weiterbeschäftigung ableiten will (vgl. Häfelin/ Müller 1998, Rz. 1283). Eine Umkehrung der Beweislast ergibt sich weder unmittelbar aus dem gesetzlichen Wortlaut, noch lässt sie sich zwingend aus der Umkehrung der Parteirollen¹⁰ oder der erforderlichen Glaubhaftmachung der Nichtigkeit folgern.¹¹ Das Parlament ging jedoch davon aus, dass nach der Formulierung von Artikel 14 Absatz 2 BPG die Beweislast umgekehrt werde.¹² Gestützt auf die historische Auslegungsmethode, der bei

neuen Gesetzen erhöhte Bedeutung zukommt, ist daher davon auszugehen, dass der Arbeitgeber die Gültigkeit der Kündigung zu beweisen hat.

2.3.3.2 Eigenständigkeit von Absatz 2 oder Bezugnahme auf Absatz 1?

[19] Es fragt sich ferner, welches die Erfordernisse des Artikel 14 Absatz 2 BPG für die Geltendmachung der Nichtigkeit durch die betroffene Person sind. Aufgrund des Wortlauts dieser Bestimmung ist es unklar, ob das Tatbestandselement «Eingang der geltend gemachten Nichtigkeit» auf Absatz 1 Bezug nimmt oder nicht, das heisst ob Geltendmachung der Nichtigkeit *im Sinne von Absatz 1* oder Geltendmachung der Nichtigkeit *unabhängig von Absatz 1* gemeint ist. Im ersten Fall tritt die Rechtsfolge von Absatz 2 mit der charakteristischen Umkehrung der Parteirollen und der Beweislast nur ein, wenn die betroffene Person innert 30 Tagen nach Kenntnisnahme eines mutmasslichen Nichtigkeitsgrundes diesen beim Arbeitgeber schriftlich und glaubhaft geltend macht. Im zweiten Fall tritt die Rechtsfolge von Absatz 2 hingegen schon dann ein, wenn die betroffene Person die Nichtigkeit der Kündigung als solche beim Arbeitgeber geltend macht, das heisst auch ohne Fristwahrung, ohne Einhaltung der Schriftform und ohne Glaubhaftmachung eines Nichtigkeitsgrundes.

[20] Die Auslegung, nach der die Geltendmachung der Nichtigkeit *unabhängig von Absatz 1* erfolgt und diese daher keinem Form- und Fristerfordernis unterliegt, ist meines Erachtens unpraktikabel. Einerseits bildet eine formfreie (also auch stillschweigende oder konkludente) Geltendmachung der Nichtigkeit keine genügende Grundlage für die dem Arbeitgeber obliegende Anrufung der Beschwerdeinstanz; andererseits ist die Möglichkeit zur unbefristeten Geltendmachung der Nichtigkeit mit einem Kündigungsschutzsystem unvereinbar, das primär auf Weiterbeschäftigung ausgerichtet ist. Sodann vermag diese Auslegung die Umkehrung der Parteirollen und der Beweislast nicht zu erklären, weil sie von der betroffenen Person keine Glaubhaftmachung der Nichtigkeit verlangt; infolgedessen fehlt dieser Person ein legitimierender Rechtsschein, wie er etwa in Gestalt der provisorischen Rechtsöffnung zum Rollentausch bei der Aberkennungsklage¹³ oder wegen der Glaubhaftmachung einer Diskriminierung zur Beweislastumkehr im Gleichstellungsrecht führt.¹⁴ Schliesslich leuchtet es nicht ein, warum Form- und Fristerfordernisse, die schon zur Erlangung des provisorischen Kündigungsschutzes vorgeschrieben sind, nicht erst recht auch zur Erlangung des definitiven Kündigungsschutzes gelten sollen.

[21] Es ist daher von der Auslegung auszugehen, nach der die Geltendmachung der Nichtigkeit *im Sinne von Absatz 1* zu erfolgen hat. Die schriftliche

Eingabe beim Arbeitgeber innert 30 Tagen nach Kenntnisnahme eines mutmasslichen Nichtigkeitsgrundes einschliesslich dessen Glaubhaftmachung bildet daher nicht nur für den provisorischen, sondern auch für den definitiven Kündigungsschutz eine Voraussetzung.

2.3.3.3 Exklusivität oder Alternativität des Rechtswegs?

[22] Besteht Streit über die Gültigkeit der Kündigung, sieht Artikel 14 Absatz 2 BPG die Anrufung der Beschwerdeinstanz durch den Arbeitgeber vor, sofern die betroffene Person die Nichtigkeit der Kündigung beim Arbeitgeber geltend gemacht hat. Aus der Bestimmung selbst geht nicht hervor, ob der darin vorgesehene Rechtsweg Exklusivität beansprucht oder ob die betroffene Person auch direkt an die Beschwerdeinstanz gelangen kann, indem sie die Kündigungsverfügung anfecht (Art. 13 Abs. 3 i.V.m. Art. 35f. BPG).

[23] Die Geltendmachung der Nichtigkeit nach Artikel 14 Absätze 1 und 2 BPG kommt der Sache nach einer Einsprache nahe, so dass die Beschwerde gegen die Kündigungsverfügung in analoger Anwendung von Artikel 46 Buchstabe b. VwVG als unzulässig zu betrachten ist. Ausserdem wurde das Verfahren von Artikel 14 Absatz 2 BPG in der Absicht geschaffen, die betroffene Person durch Umkehrung der Parteirollen und der Beweislast zu privilegieren, weshalb es entbehrlich erscheint, ihr zusätzlich den allgemeinen Rechtsweg offen zu halten. Demnach ist es aus der Sicht der betroffenen Person notwendig, aber auch ausreichend, beim Arbeitgeber die Nichtigkeit der Kündigung nach den Erfordernissen von Artikel 14 Absatz 2 BPG (die mit denen des Absatz 1 übereinstimmen) geltend zu machen (vgl. Rz. 19 – 21).

[24] Ein besonderes Problem tritt auf, wenn der Arbeitgeber die fristgemässe Anrufung der Beschwerdeinstanz nach Artikel 14 Absatz 2 BPG unterlässt, die Weiterbeschäftigung der betroffenen Person aber verweigert. Dazu ist er nach dem Wortlaut dieser Bestimmung dann befugt, wenn die Eingabe der betroffenen Person die gesetzlich verlangten Voraussetzungen nicht erfüllt, denn die Rechtsfolge von Artikel 14 Absatz 2 BPG hängt vom «Eingang der geltend gemachten Nichtigkeit» ab. Sind hingegen diese Voraussetzungen erfüllt, so ist die Weigerung des Arbeitgebers unrechtmässig. Soll der Kündigungsschutz keine Illusion bleiben, muss der betroffenen Person in dieser Situation mindestens die Möglichkeit eingeräumt werden, zur Klärung der Rechtslage selbst an die Beschwerdeinstanz zu gelangen; als dogmatische Grundlage dafür bietet sich Artikel 34 Absatz 1 i.V.m. Artikel 35f. BPG an. Bleibt man indessen bei dieser Minimallösung stehen, so hat es der Arbeitgeber in der Hand, durch blosser Behauptung einer fehlenden Voraussetzung die betroffene Person in die Rolle der Beschwerdeführerin zu drängen und

ihr das Beweislastprivileg zu entziehen. Diese Konsequenz widerspricht jedoch meines Erachtens dem Zweck von Artikel 14 Absatz 2 BPG. Durch eine teleologische Auslegung dieser Bestimmung ist daher dem Arbeitgeber die Last der Beschwerde- und Beweisführung auch dann aufzuerlegen, wenn er behauptet, der Eingabe der betroffenen Person fehle eine gesetzliche Voraussetzung. Geht also beispielsweise ein Arbeitgeber davon aus, der betroffenen Person sei die Glaubhaftmachung eines Nichtigkeitsgrundes misslungen, so muss er trotzdem innerhalb der vorgeschriebenen Frist an die Beschwerdeinstanz gelangen, wenn er die definitive Nichtigkeit der Kündigung verhindern will. Vor der Beschwerdeinstanz kann dann der Arbeitgeber selbstverständlich geltend machen, die Eingabe der betroffenen Person erfülle nicht alle gesetzlichen Voraussetzungen. Teilt die Beschwerdeinstanz diese Auffassung, so hat sie die Beschwerde des Arbeitgebers gutzuheissen, ohne dass dieser noch die Gültigkeit der Kündigung nachweisen muss.

2.3.3.4 Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Kündigung?

[25] Liegt ein Tatbestand nach Artikel 14 Absatz 1 Buchstaben a. – c. BPG vor, so ist die Kündigung nach der Terminologie von Artikel 14 Absatz 2 BPG nichtig. Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist eine (einseitige und empfangsbedürftige) Willenserklärung. Eine nichtige Willenserklärung entfaltet per se keine rechtlichen Wirkungen. Dies entspricht offensichtlich nicht der Rechtslage nach Artikel 14 Absatz 2 BPG, da für den Eintritt der Unwirksamkeit ausser der Mangelhaftigkeit der Kündigung selbst weitere Erfordernisse erfüllt sein müssen, nämlich:

- die Geltendmachung der «Nichtigkeit» durch die betroffene Person beim Arbeitgeber; und
- entweder die unterlassene Anrufung der Beschwerdeinstanz durch den Arbeitgeber oder die «Feststellung der Nichtigkeit» durch die Beschwerdeinstanz.

Daraus ergibt sich, dass es sich bei der sogenannten nichtigen Kündigung der Sache nach um eine *anfechtbare Kündigung* handelt, wobei die Anfechtung notwendig, aber nicht ausreichend ist.¹⁵

[26] Von der «nichtigen» Kündigung in diesem Sinne ist die nichtige Verfügung im allgemeinen verwaltungsrechtlichen Sinne zu unterscheiden. Bei dieser liegt echte Nichtigkeit im Sinne einer absoluten Unwirksamkeit vor, die jederzeit geltend gemacht werden kann; eine nichtige Verfügung entfaltet auch ohne amtliche Aufhebung von Anfang an keine Rechtswirkungen (Häfelin/Müller 1998, Rz. 768). Nichtigkeitsgründe können in schwer wiegenden Zuständigkeits-, Verfahrens-, Form- oder Eröffnungsfeh-

lern sowie in schwer wiegenden inhaltlichen Mängeln liegen (Häfelin/Müller 1998, Rz. 770ff.). Liegt ein Fehler vor, der nach den allgemeinen Grundsätzen die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge hat, z. B. die Missachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftlichkeit (Häfelin/Müller 1998, Rz. 786 m.w.H.), zugleich aber die «Nichtigkeit» der Kündigung im Sinne von Artikel 14 BPG bewirkt (fehlende Schriftlichkeit als Verletzung einer wichtigen Formvorschrift), so kommt meines Erachtens nur die vom BPG vorgesehene Rechtsfolge als *lex specialis* zum Tragen.

3 Aufhebung der Kündigung nach Artikel 14 Absatz 3 BPG

3.1 Struktur

[27] Einziges *Tatbestandsmerkmal* von Artikel 14 Absatz 3 BPG ist die Aufhebung der Kündigung durch den Arbeitgeber oder die Beschwerdeinstanz, insbesondere weil die Kündigung missbräuchlich nach Artikel 336 OR oder diskriminierend nach Artikel 3 oder 4 GlG ist.

[28] Die *Rechtsfolge* besteht in der Pflicht des Arbeitgebers, der betroffenen Person die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit anzubieten. Artikel 14 Absatz 3 BPG gilt wie die Absätze 1 und 2 sowohl für ordentliche wie auch für ausserordentliche (fristlose) Kündigungen (vgl. Rz. 2).

3.2 Aufhebungsgründe

[29] Nach dem Wortlaut von Artikel 14 Absatz 3 BPG hat der Arbeitgeber der betroffenen Person die bisherige bzw. eine zumutbare andere Arbeit anzubieten, *wenn* er oder die Beschwerdeinstanz die Kündigung aufgehoben hat, insbesondere weil sie missbräuchlich oder geschlechtsdiskriminierend ist. Daraus folgt streng genommen nur, dass die Kündigung, die missbräuchlich oder geschlechtsdiskriminierend ist, aufgehoben werden *kann*, nicht aber, dass sie aufgehoben werden *muss*. Diese Pflicht lässt sich indessen aus dem erkennbaren Zweck von Artikel 14 Absatz 3 BPG herleiten: die im Bundesdienst beschäftigten Personen sollen vor missbräuchlichen und diskriminierenden Kündigungen wirksam geschützt werden. Solche Kündigungen sind nicht nur vertrags-, sondern sogar rechtswidrig, weshalb sie nicht sanktionslos bleiben können. Aus dem Wort «insbesondere» ergibt sich, dass die Aufhebungsgründe nicht abschliessend aufgezählt sind. Welche sonstigen Mängel Anlass zu einer Aufhebung der Kündigung geben könnten, ist indessen nicht ersichtlich.

3.3 Charakterisierung des Kündigungsschutzes im Vergleich zu Artikel 14 Absätze 1 und 2 BPG

3.3.1 Kein provisorischer Kündigungsschutz

[30] Im Vergleich zu Artikel 14 Absätze 1 und 2 BPG fällt auf, dass im Rahmen von Artikel 14 Absatz 3 BPG nur ein definitiver, jedoch kein provisorischer Kündigungsschutz vorgesehen ist. Daher darf ein solcher auch nicht aus Artikel 55 Absatz 1 VwVG hergeleitet werden.¹⁶ Das bedeutet, dass die betroffene Person im Falle einer missbräuchlichen oder diskriminierenden Kündigung bis zu deren Aufhebung keinen Anspruch auf laufende Lohnzahlungen, sondern bloss rückwirkend einen Nachzahlungsanspruch hat (vgl. Rz. 7).

[31] Eine Ausnahme gilt nach Artikel 10 GlG, dessen Anwendbarkeit durch Artikel 14 Absatz 6 BPG ausdrücklich vorbehalten wird (mit der Einschränkung, dass sich der Rechtsweg nach dem BPG richtet). Artikel 10 GlG enthält eine kündigungrechtliche Spezialregelung für den besonderen Fall der Rache Kündigung, die ihrerseits einen Unterfall der missbräuchlichen Kündigung darstellt (Portmann 2000, Rz. 1116, 1068). Nach Artikel 10 Absätze 1 und 2 GlG ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber anfechtbar, wenn sie ohne begründeten Anlass auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung oder auf die Anrufung der Schlichtungsstelle oder des Gerichts durch den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin folgt; der Kündigungsschutz gilt für die Dauer eines innerbetrieblichen Beschwerdeverfahrens, eines Schlichtungs- oder eines Gerichtsverfahrens sowie sechs Monate darüber hinaus. Artikel 10 Absatz 3 GlG sieht vor, dass das Gericht die provisorische Wiedereinstellung der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers für die Dauer des Verfahrens anordnen kann, wenn es wahrscheinlich erscheint, dass die Voraussetzungen für die Aufhebung der Kündigung erfüllt sind.

3.3.2 Keine Umkehrung der Parteirollen und der Beweislast

[32] Im Vergleich zu Artikel 14 Absatz 2 BPG fällt ferner auf, dass Artikel 14 Absatz 3 BPG keine Umkehrung der Parteirollen und der Beweislast enthält. Daher ist bezüglich Anfechtung der Kündigung auf die allgemeinen Grundsätze zurückzugreifen.

[33] Danach kann und muss die betroffene Person direkt an die *Beschwerdeinstanz* gelangen, indem sie die Kündigung, die im Streitfall in Form einer Verfügung zu ergehen hat (Art. 13 Abs. 3 BPG), mit Beschwerde anfecht (Art. 35f. BPG).

[34] Die betroffene Person kann sich natürlich auch an den *Arbeitgeber* wenden, der nach Gesetz die Kündigung selbst aufheben kann.¹⁷ Lehnt er dies ab,

so sollte aber der Beschwerdeweg über Artikel 34 Absatz 1 BPG i.V.m. Artikel 35f. BPG nicht zugelassen werden, da bereits der Weg nach Artikel 13 Absatz 3 i.V.m. Artikel 35f. BPG offen steht. Dieser ist schon deshalb vorzuziehen, weil Artikel 34 Absatz 1 BPG keine Frist vorsieht, innert der die betroffene Person an den Arbeitgeber gelangen muss. Demnach könnte diese noch Jahre nach der Kündigung deren Missbräuchlichkeit oder geschlechtsdiskriminierende Eigenschaft beim Arbeitgeber geltend machen und auf diese Weise eine beschwerdefähige Verfügung erwirken, selbst wenn ihr der Aufhebungsgrund längst bekannt war. Dies widerspräche einem Kündigungsschutzsystem, das primär auf Weiterbeschäftigung ausgerichtet ist.¹⁸ Ausserdem wäre die Person, die von einer missbräuchlichen oder geschlechtsdiskriminierenden Kündigung betroffen ist, gegenüber derjenigen bevorteilt, die Opfer einer nichtigen Kündigung geworden ist, denn die Geltendmachung der Nichtigkeit ist an die Frist von Artikel 14 Absatz 1 BPG gebunden. Dies liefe jedoch den Intentionen des Gesetzgebers klar zuwider, der gerade umgekehrt die Anfechtung der nichtigen gegenüber der missbräuchlichen oder geschlechtsdiskriminierenden Kündigung privilegieren wollte, was er durch die Umkehrung der Parteirollen und der Beweislast in Artikel 14 Absatz 2 BPG zum Ausdruck gebracht hat.

4 Entschädigung nach Artikel 19 Absätze 3 und 4 BPG

4.1 Allgemeines

[35] Artikel 19 BPG mit dem Randtitel «Massnahmen bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses» sieht unterschiedlich motivierte Entschädigungen an betroffene Personen vor. Dazu gehören die Entschädigung bei Arbeit in einem Beruf, nach dem keine oder nur eine schwache Nachfrage besteht (Abs. 2 Bst. a.), die Entschädigung, wenn das Arbeitsverhältnis lange gedauert oder die Person ein bestimmtes Alter erreicht hat (Abs. 2 Bst. b.), sowie die Abgangsentschädigung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses im gegenseitigen Einvernehmen (Abs. 5). Besonders interessant im vorliegenden Zusammenhang sind indessen die Absätze 3 und 4, die den Kündigungsschutz von Artikel 14 BPG ergänzen. Dessen Absatz 5 behält die Entschädigung nach Artikel 19 BPG ausdrücklich vor.

4.2 Die Regelung von Artikel 19 Absatz 3 BPG

4.2.1 Terminologie

[36] Am Wortlaut von Artikel 19 Absatz 3 BPG fällt zunächst eine terminologische Inkonsistenz auf. Artikel 14 BPG unterscheidet zwischen nichtigen (Abs. 1 und 2) und aufzuhebenden Kündigungen (Abs. 3). In Artikel 19 Absatz

3 BPG wird diese Unterscheidung aufgegeben (der Sache nach zu Recht,¹⁹ formal aber im Widerspruch zu Art. 14 Abs. 1 BPG).

4.2.2 Präzisierung

[37] Die in Artikel 19 Absatz 3 BPG enthaltene Bezugnahme auf Artikel 14 *Absatz 1* BPG ist zu präzisieren. Gemeint ist der Sache nach wohl die Aufhebung der Kündigung nach Artikel 14 *Absatz 2* BPG, denn eine Entschädigung ist nur im Rahmen des definitiven Kündigungsschutzes sinnvoll. Die Bezugnahme auf Absatz 1 dürfte sich daraus erklären, dass dort die Nichtigkeitsgründe aufgezählt sind, die auch für Absatz 2 gelten (vgl. Rz. 9).

4.2.3 Kumulation von Lohn und Entschädigung?

[38] Zwei wichtige Voraussetzungen für eine Entschädigung nach Artikel 19 Absatz 3 BPG sind, dass die Kündigung aufgehoben und die betroffene Person *nicht* weiterbeschäftigt wird. Nun bedeutet allerdings die Aufhebung der Kündigung, dass das Arbeitsverhältnis weiterbesteht (Michel 1998, 312). Lehnt der Arbeitgeber eine Beschäftigung der betroffenen Person trotz weiter bestehendem Arbeitsverhältnis (freiwillig oder unfreiwillig) ab, so gerät er in Annahmeverzug. Dies hat zur Folge, dass er zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet bleibt, ohne dass die betroffene Person zur Nachleistung verpflichtet ist (Art. 6 Abs. 2 BPG i.V.m. Art. 324 Abs. 1 OR).²⁰ Gemäss dem Wortlaut von Artikel 19 Absatz 3 BPG, der ausdrücklich von der Aufhebung der Kündigung und somit vom Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses ausgeht, wäre demnach die Entschädigung kumulativ zum Lohn zu bezahlen. Aus der Entstehungsgeschichte der Norm ergibt sich jedoch, dass der Entschädigung eine ablösende Funktion zukommen soll; es gilt der Grundsatz der Weiterbeschäftigung *vor* Entschädigung.²¹ Man wird daher das Gesetz gegen seinen Wortlaut so auslegen müssen, dass man die «Aufhebung» der Kündigung in eine Feststellung ihrer Mangelhaftigkeit umdeutet und das Arbeitsverhältnis als beendet betrachtet (ein abschreckendes Beispiel dafür, wohin Legiferierung ohne Rücksicht auf Rechtsdogmatik führt!).

4.2.4 Wahl zwischen Weiterbeschäftigung und Entschädigung?

[39] Während Artikel 19 Absatz 4 BPG davon ausgeht, dass die betroffene Person nicht weiterbeschäftigt werden *kann*, setzt Absatz 3 voraus, dass sie nicht weiterbeschäftigt *wird*. Dieser Unterschied gibt Anlass zur Frage, ob damit dem Arbeitgeber im Rahmen von Absatz 3 ein Wahlrecht betreffend Weiterbeschäftigung oder Entschädigung eingeräumt werden sollte. Das ist mei-

nes Erachtens zu verneinen. Die Absätze 1 – 3 von Artikel 14 BPG gehen unmissverständlich von einer Pflicht des Arbeitgebers zur Weiterbeschäftigung der betroffenen Person aus, ohne eine Befreiungsmöglichkeit vorzusehen. Es bildet daher eine Voraussetzung der Entschädigung, dass eine Weiterbeschäftigung bei demselben Arbeitgeber unmöglich ist. Anders zu entscheiden ist hinsichtlich der übrigen Arbeitgeber nach Artikel 3 BPG, zu denen die betroffene Person nicht in einem Arbeitsverhältnis steht. Es fehlt eine gesetzliche Grundlage, solche Arbeitgeber zu einer «Übernahme» der betroffenen Person zu verpflichten. Der Satzteil «wenn sie... nicht bei einem Arbeitgeber nach Artikel 3 weiterbeschäftigt wird» ist daher wie folgt zu verstehen: «wenn sie... nicht bei ihrem Arbeitgeber weiterbeschäftigt werden kann oder bei einem anderen Arbeitgeber nach Artikel 3 weiterbeschäftigt wird.»²² Auch der betroffenen Person steht kein Wahlrecht zu; die Entschädigung ist nämlich an die Voraussetzung gebunden, dass der Grund für die unterlassene Weiterbeschäftigung nicht von ihr zu vertreten sein darf.

4.3 Die Regelung von Artikel 19 Absatz 4 BPG

[40] Wird die Kündigung nach Artikel 14 Absatz 3 Buchstabe b. BPG aufgehoben, so erhält die betroffene Person gemäss Artikel 19 Absatz 4 BPG eine Entschädigung, wenn der Arbeitgeber sie nicht mit der bisherigen Arbeit weiterbeschäftigen kann. Daraus ergibt sich, dass die Entschädigung auch dann geschuldet ist, wenn die betroffene Person bei demselben Arbeitgeber mit einer anderen zumutbaren Arbeit oder bei einem anderen Arbeitgeber nach Artikel 3 BPG weiterbeschäftigt wird.

5 Fazit

[41] Die bisherigen Ausführungen hatten einerseits zum Ziel, Unklarheiten, Lücken und Widersprüche im bundespersonalrechtlichen Kündigungsschutz aufzudecken, andererseits aber auch, vertretbare Lösungen vorzuschlagen.²³ Abschliessend soll das Wichtigste in Gestalt von 14 Thesen zusammengefasst werden:

[42] 1. Artikel 14 Absatz 1 BPG ist eine Norm des provisorischen Kündigungsschutzes. Lehnt der Arbeitgeber eine vorläufige Weiterbeschäftigung der betroffenen Person ab, so kann diese die provisorische Weiterbeschäftigung als vorsorgliche Massnahme nach Artikel 56 VwVG beantragen, falls der Arbeitgeber gemäss Artikel 14 Absatz 2 BPG die Beschwerdein-

- stanz anruft. Verzichtet er darauf, greift der definitive Kündigungsschutz (vgl. Rz. 5 – 6).
- [43] 2. Artikel 14 Absatz 1 BPG enthält neben der Regelung des provisorischen Kündigungsschutzes eine über diesen hinausgreifende Umschreibung der Nichtigkeitsgründe, das heisst er legt allgemein fest, unter welchen Voraussetzungen eine Kündigung nichtig ist (vgl. Rz. 9).
- [44] 3. Die Regelung von Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe c. BPG, wonach die Kündigung zur Unzeit nach Artikel 336c OR einen Nichtigkeitsgrund bildet, bedarf der teleologischen Reduktion. In Übereinstimmung mit Artikel 336c Absatz 2 Halbsatz 1 OR ist nur diejenige Kündigung als nichtig zu betrachten, die während einer Sperrfrist erklärt wird; ist dagegen die Kündigung vor Beginn einer Sperrfrist erfolgt, die Kündigungsfrist bis dahin aber noch nicht abgelaufen, so ist nach Artikel 6 Absatz 2 BPG i.V.m. Artikel 336c Absatz 2 Halbsatz 2 OR davon auszugehen, dass der Ablauf auf der Kündigungsfrist unterbrochen und nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt wird (vgl. Rz. 13 – 14).
- [45] 4. Artikel 14 Absatz 2 BPG ist eine Norm des definitiven Kündigungsschutzes. Sie regelt explizit den Fall, in dem der Arbeitgeber die ihm obliegende Anrufung der Beschwerdeinstanz unterlässt, implizit aber auch den Fall, in dem der Arbeitgeber die Beschwerdeinstanz anruft (vgl. Rz. 17).
- [46] 5. Artikel 14 Absatz 2 BPG enthält nicht nur eine Umkehrung der Parteirollen, sondern auch eine Umkehrung der Beweislast (vgl. Rz. 18).
- [47] 6. Die Geltendmachung der Nichtigkeit gemäss Artikel 14 Absatz 2 BPG muss den Anforderungen von Absatz 1 genügen, das heisst der definitive Schutz nach Absatz 2 setzt wie der provisorische Schutz voraus, dass die betroffene Person innert 30 Tagen nach Kenntnismahme eines mutmasslichen Nichtigkeitsgrundes diesen beim Arbeitgeber schriftlich und glaubhaft geltend macht (vgl. Rz. 19 – 21).
- [48] 7. Die Glaubhaftmachung der Nichtigkeit nach Artikel 14 Absätze 1 und 2 BPG kommt der Sache nach einer Einsprache nahe, so dass die betroffene Person die Kündigungsverfügung in analoger Anwendung von Artikel 46 Buchstabe b. VwVG nicht selbst mit Beschwerde anfechten kann (vgl. Rz. 22 – 23).
- [49] 8. Der Arbeitgeber hat die Last der Beschwerde- und Beweisführung auch dann zu tragen, wenn er die definitive Weiterbeschäftigung der betroffenen Person mit dem Argument verweigert, deren Eingabe erfülle nicht alle gesetzlichen Voraussetzungen. Er kann diesen Einwand aber vor der Beschwerdeinstanz geltend machen, sei es anstelle oder neben der Berufung auf die Gültigkeit der Kündigung (vgl. Rz. 24).

- [50] 9. Die sogenannte Nichtigkeit der Kündigung gemäss Artikel 14 Absätze 1 und 2 BPG stellt der Sache nach eine Anfechtbarkeit dar. Von der «nichtigen» Kündigung in diesem Sinne ist die nichtige, echt unwirksame Verfügung zu unterscheiden. Die Nichtigkeit der Verfügung ist im Verhältnis zur Nichtigkeit der Kündigung als subsidiär zu betrachten (lex specialis, vgl. Rz 25 – 26).
- [51] 10. Artikel 14 Absatz 3 BPG enthält – wenn auch nicht nach seinem Wortlaut, so doch nach seinem Zweck – ein Gebot zur Aufhebung missbräuchlicher und geschlechtsdiskriminierender Kündigungen. Die Aufhebungsgründe sind nicht abschliessend aufgezählt, doch ist nicht ersichtlich, welche sonstigen Mängel zu einer Aufhebung der Kündigung Anlass geben könnten (vgl. Rz. 29).
- [52] 11. Konzeptionell unterscheidet sich Artikel 14 Absatz 3 BPG von den Absätzen 1 und 2 durch das Fehlen eines provisorischen Kündigungsschutzes (mit Ausnahme des nach Abs. 6 vorbehaltenen Spezialfalls von Art. 10 GlG) und durch die fehlende Umkehrung der Parteirollen und der Beweislast. Die betroffene Person kann und muss daher direkt die Kündigungsverfügung des Arbeitgebers nach Artikel 13 Absatz 3 i.V.m. Artikel 35f. BPG anfechten. Der (nicht fristgebundene) Weg über Artikel 34 Absatz 1 i.V.m. Artikel 35 f. BPG ist daneben nicht zuzulassen (vgl. Rz. 30 – 34).
- [53] 12. Die Entschädigung nach Artikel 19 Absatz 3 BPG wäre nach dem Wortlaut kumulativ zur Lohnfortzahlung geschuldet, denn wenn die Kündigung aufgehoben, die betroffene Person aber nicht weiterbeschäftigt wird, tritt Annahmeverzug ein (Art. 6 Absatz 2 BPG i.V.m. Art. 324 Absatz 1 OR). Der Wille des Gesetzgebers war jedoch auf Alternativität gerichtet, so dass man das Arbeitsverhältnis als beendet betrachten muss (vgl. Rz. 38).
- [54] 13. Die Entschädigung nach Artikel 19 Absatz 3 BPG ist im Verhältnis zur Weiterbeschäftigung grundsätzlich subsidiär; ist diese möglich, so kann weder der Arbeitgeber noch die betroffene Person die Entschädigung wählen. Einzig ein anderer Arbeitgeber nach Artikel 3 BPG kann die Weiterbeschäftigung ablehnen (vgl. Rz. 39).
- [55] 14. Die Entschädigung nach Artikel 19 Absatz 4 BPG ist auch dann geschuldet, wenn die betroffene Person bei demselben Arbeitgeber mit einer anderen, zumutbaren Arbeit oder bei einem anderen Arbeitgeber nach Artikel 3 BPG weiterbeschäftigt wird (vgl. Rz. 40).

Anmerkungen

- Der vorliegende Beitrag ist zuerst erschienen in: Jusletter 25. März 2002, <http://www.web-law.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=1601>.
- 1 Z.B. Eidg. Datenschutzbeauftragter (zuteilt zur Bundeskanzlei), Bundesanwaltschaft (EJPD), Eidg. Bankenkommission (EFD), Wettbewerbskommission (EVD), Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UVEK), vgl. den Anhang zur RVOV.
 - 2 Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung vom 20.12.2000 über die Inkraftsetzung des Bundespersonalgesetzes für die SBB und über die Weitergeltung von Bundesrecht, SR 172.220.112; Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung vom 3.7.2001 über die Inkraftsetzung des Bundespersonalgesetzes für die Bundesverwaltung, das Bundesgericht und die Parlamentsdienste sowie über die Weitergeltung und Aufhebung von Bundesrecht, SR 172.220.111.2; Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung vom 21.11.2001 über die Inkraftsetzung des BPG für die Post und über die Weitergeltung von Bundesrecht, SR 172.220.116.
 - 3 Botschaft des Bundesrates vom 14.12.1998, BBl 1999 II, S. 1605; Helbling 1999, S. 15ff.
 - 4 In Artikel 336b Absatz 1 OR ist von einer schriftlichen Einsprache die Rede.
 - 5 Der Arbeitgeber mag beispielsweise vorbringen, die Eingabe sei verspätet eingereicht oder der behauptete Nichtigkeitsgrund sei nicht glaubhaft gemacht worden.
 - 6 Ein anderer denkbarer Weg liegt darin, dass die betroffene Person vom Arbeitgeber, der ihre provisorische Weiterbeschäftigung ablehnt, den Erlass einer entsprechenden Verfügung verlangt, die sie anschliessend selbst bei der Beschwerdeinstanz nach Artikel 35f. BPG anfiicht. Dieser Weg wird ihr allerdings kaum einen Zeitgewinn, sondern nur eine erhöhte Belastung bringen.
 - 7 Umstritten ist, ob sich aus den allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts ableiten lasse, dass bei schriftlicher Eröffnung die Verpflichtung zur Unterzeichnung der Verfügung bestehe; die Behörden tragen aber in jedem Fall die Beweislast dafür, dass die Verfügung erlassen und den Betroffenen eröffnet worden ist (Häfelin/Müller 1998, Rz. 708).
 - 8 Die Rechtsmittelbelehrung muss das zulässige ordentliche Rechtsmittel, die Rechtsmittelinstanz und die Rechtsmittelfrist nennen (Art. 35 Abs. 2 VwVG).
 - 9 Botschaft des Bundesrates vom 14.12.1998, BBl 1999 II, S. 1616.
 - 10 Dass es bei der Verteilung der Beweislast nicht auf die Parteirollen ankommt, zeigt sich beim Aberkennungsprozess nach Artikel 83 Absatz 2 SchKG, wo der beklagte Gläubiger die Beweislast für die forderungsbegründenden Tatsachen trägt (Vogel/Spühler 2001, Rz. 37).
 - 11 Das Erfordernis der Glaubhaftmachung erklärt sich bereits aus dem provisorischen Kündigungsschutz.
 - 12 AB 2000 N 12 (Bühlmann); AB 2000 N 12 (Wartmann); die entsprechenden Äusserungen blieben unbestritten.
 - 13 Artikel 82 Absatz 1 i.V.m.; Artikel 83 Absatz 2 SchKG.
 - 14 Artikel 6 GlG.
 - 15 Ein Votant hat im Ständerat, bedauerlicherweise ohne Erfolg, auf den Widerspruch zwischen Formulierung und Rechtslage hingewiesen, vgl. AB 1999 S 1094 (David).
 - 16 Dadurch würde das Opfer einer missbräuchlichen oder geschlechtsdiskriminierenden Kündigung gegenüber jenem einer nichtigen Kündigung entgegen dem ersichtlichen Willen des Gesetzgebers bevorzugt, da für provisorischen Kündigungsschutz bei Nichtigkeit die Hürde der Glaubhaftmachung übersprungen werden muss, vgl. Rz. 34 a.E.
 - 17 Die einseitige Aufhebung einer Kündigung widerspricht privatrechtlichen Grundsätzen, da die Kündigung als Gestaltungsgeschäft unwiderruflich ist; zur Fortsetzung eines aufgelösten, dem OR unterstehenden Arbeitsverhältnisses bedarf es daher einer neuen Vereinbarung (Portmann 2000, Rz. 950).
 - 18 Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 14.12.1998, BBl 1999 II, S. 1616.
 - 19 Vgl. Rz. 25.
 - 20 Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man Freistellung annimmt; vgl. dazu Portmann 2000, Rz. 436 und BGE 118 II 139 E. 1a.
 - 21 AB 1999 N 2093ff.; AB 2000 N 14ff.; Botschaft des Bundesrates vom 14.12.1998, BBl 1999 II, S. 1616, 1619.
 - 22 Nach Jaag/Müller/Tschannen/Zimmerli (2001, S. 10) besteht demgegenüber ein Entschädigungsanspruch nur, wenn es nicht möglich ist, die betroffene Person beim bisherigen *oder bei einem anderen Arbeitgeber des Bundes* weiterzubeschäftigen.
 - 23 Bei der praktischen Anwendung der entsprechenden Vorschriften dürften ausser den hier behandelten Problemen noch weitere auftauchen, so etwa im Zusammenhang mit dem Beginn der Frist nach Artikel 14 Absatz 1 BPG. Um den Rahmen des vorliegenden Beitrages nicht zu sprengen, musste jedoch auf weitere Untersuchungen verzichtet werden.

Literatur

Häfelin, Ulrich/Müller, Georg, 1998, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich.

Helbling, Peter, 1999, Entwicklung im Personalrecht des Bundes. Anmerkungen zum Bundespersonalgesetz (BPG), in: Helbling/Poledna, Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern.

Jaag, Tobias/Müller, Georg/Tschannen, Pierre/Zimmerli, Ulrich, 2001, Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts, 4. Aufl., Basel.

Michel, Matthias, 1998, Beamtenstatus im Wandel. Vom Amtsdauersystem zum öffentlich-rechtlichen Gesamtarbeitsvertrag, Zürich.

Portmann, Wolfgang, 2000, Individualarbeitsrecht, Zürich.

Vogel, Oscar/Spühler, Karl, 2001, Grundriss des Zivilprozessrechtes, 7. Aufl., Bern.

Résumé

L'auteur analyse tant sous l'angle formel que matériel les dispositions sur la protection contre la résiliation du contrat de travail contenues aux articles 14 et 19 LPers. Une résiliation peut être nulle ou annulée suivant le vice dont elle est entachée. En ce qui concerne les résiliations nulles, il convient de distinguer entre la protection provisoire et la protection définitive. L'auteur constate que ces dispositions légales comportent de nombreuses lacunes et contradictions auxquelles il tente d'apporter des solutions.