

Jenny Helene Burckhardt

Die Rechtsfolgen der mangelhaften ordentlichen Kündigung
im Bundespersonalgesetz im Vergleich mit den Regelungen
des Obligationenrechts

Herausgegeben von / Edited by

Prof. Dr. iur. ROLAND MÜLLER, Universität St. Gallen

Prof. Dr. iur. THOMAS GEISER, Universität St. Gallen

Prof. Dr. iur. KURT PÄRLI, Universität St. Gallen

Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen
Law for Private and Public Enterprises

Band / Volume 46

Jenny Helene Burckhardt

**Die Rechtsfolgen der mangelhaften
ordentlichen Kündigung im
Bundespersonalgesetz im Vergleich
mit den Regelungen
des Obligationenrechts**

DIKE 

BASLER DISSERTATION

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2021 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-3-03891-350-4

www.dike.ch



Für meine Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Universität Basel im Herbstsemester 2020 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Lehre sind bis Ende Mai 2020 umfassend berücksichtigt.

Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. iur. Felix Hafner, danke ich für die umsichtige Betreuung und Unterstützung meines Dissertationsprojektes, insbesondere auch während der letzten Monate, die von der Coronapandemie geprägt waren. Die vielen fruchtbaren Gespräche und vielfältigen Inputs ermöglichten das Gelingen dieser Arbeit. Ebenfalls danken möchte ich meinem Zweitbetreuer, Herrn Prof. Dr. iur. Kurt Pärli, der mich ebenfalls mit wertvollen Hinweisen unterstützte. Am digital durchgeführten Doktoratskolloquium im Oktober 2020 hat auch der externe Experte, Herr Dr. iur. Christoph Meyer, Advokat, LL.M., teilgenommen. Auch bei ihm bedanke ich mich für seinen Beitrag.

Frau MLaw Marlen Schultze, LL.M, Advokatin, Herrn MLaw Thierry Burckhardt und Herrn MLaw Kaspar Schudel, Advokat danke ich herzlich für das kritische juristische Lektorat und die diversen hilfreichen Kommentare und Diskussionen.

Grosser Dank gebührt an dieser Stelle meinen Eltern. Sie haben mich während meiner gesamten Ausbildung jederzeit bedingungslos unterstützt und mir damit ermöglicht, die vorliegende Arbeit zu verfassen. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

Zuletzt möchte ich meinen Partner, meine Geschwister und Freunde an dieser Stelle erwähnen. Sie haben alle auf unterschiedlichste Art und Weise zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen und mich moralisch, fachlich und freundschaftlich unterstützt und begleitet. Dafür danke ich allen herzlichst.

Basel, Mai 2021

Jenny Burckhardt

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Rechtsquellenverzeichnis	XXI
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Literaturverzeichnis	XXIX
Materialienverzeichnis	XLV
Erster Teil Einleitung	1
§ 1 Fragestellung	1
§ 2 Eingrenzung der Thematik	3
§ 3 Aufbau der Arbeit	5
Zweiter Teil Grundlagen	7
§ 1 Die Entwicklung der Kündigungsbestimmungen des heutigen BPG	7
§ 2 Abgrenzung öffentliches Recht – Privatrecht	15
§ 3 Das öffentliche Personalrecht gemäss BPG	22
§ 4 Entstehung des Arbeitsverhältnisses	47
Dritter Teil Beendigung der Anstellung	57
§ 1 Beendigung ohne Kündigung	57
§ 2 Aufhebungsvertrag	64
§ 3 Die Handlungsform der Kündigung	73
§ 4 Die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber	81
§ 5 Die ordentliche Kündigung durch die angestellte Person	103
§ 6 Der Kündigungsschutz	104
§ 7 Die geschlechterdiskriminierende ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber	130
Vierter Teil Ausgewählte verfahrensrechtliche Aspekte der ordentlichen Kündigung	139
§ 1 Das einer Kündigung vorgelagerte Verfahren im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG und im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	139
§ 2 Die mangelhafte Kündigung	151

§ 3	Die Geltendmachung der mangelhaften Kündigung	158
§ 4	Die öffentlich-rechtliche Klage	191
Fünfter Teil Die Rechtsfolgen der mangelhaften ordentlichen Kündigung		205
§ 1	Der Weiterbeschäftigungsanspruch	205
§ 2	Der Entschädigungsanspruch	232
Sechster Teil Zusammenfassung und Schlusswort		273
§ 1	Beendigung der Anstellung	274
§ 2	Verfahrensrechtliche Aspekte der ordentlichen Kündigung	275
§ 3	Die Rechtsfolgen der mangelhaften ordentlichen Kündigung	278
§ 4	Schlusswort	282
Stichwortverzeichnis		285

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Rechtsquellenverzeichnis	XXI
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Literaturverzeichnis	XXIX
Materialienverzeichnis	XLV

Erster Teil Einleitung **1**

§ 1 Fragestellung	1
§ 2 Eingrenzung der Thematik	3
§ 3 Aufbau der Arbeit	5

Zweiter Teil Grundlagen **7**

§ 1 Die Entwicklung der Kündigungsbestimmungen des heutigen BPG	7
A. Das BtG	7
B. Die Entstehung des aBPG	8
C. Die Teilrevision des BPG 2011	13
§ 2 Abgrenzung öffentliches Recht – Privatrecht	15
A. Allgemeines	15
B. Abgrenzungstheorien	17
C. Zuordnung des öffentlichen Personalrechts	19
D. Arbeitsrecht des OR	21
§ 3 Das öffentliche Personalrecht gemäss BPG	22
A. Der Geltungsbereich des BPG	22
I. Der sachliche Geltungsbereich	23
II. Der persönliche Geltungsbereich	24
(1) Die angestellten Personen	25
(2) Die Arbeitgeber	27
B. Die Anstellungsverhältnisse im Geltungsbereich des BPG	29
I. Öffentlich-rechtliche Anstellungen	29
II. Privatrechtliche Anstellungen	30
III. Anstellung aufgrund einer Wahl	33
IV. Dauer der Anstellung	34

C.	Die Anwendbarkeit der Bestimmungen des OR bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen gemäss BPG	35
I.	Anwendbarkeit des OR	36
II.	Anwendbarkeit der privatrechtlichen Rechtsprechung	37
III.	Anwendbarkeit der zwingenden Bestimmungen des OR als Minimalvorschriften	38
IV.	Lückenfüllung durch das OR	40
D.	Anwendbarkeit des ArG	41
E.	Anwendbarkeit des GlG	43
F.	Gesamtarbeitsverträge	44
I.	Öffentlich-rechtlicher GAV gemäss BPG	44
II.	Ausgewählte öffentlich-rechtliche GAV, insb. GAV SBB	45
III.	Unterschiede zum privatrechtlichen GAV	46
§ 4	Entstehung des Arbeitsverhältnisses	47
A.	Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG	47
I.	Grundlagen	47
II.	Der verwaltungsrechtliche Vertrag	48
III.	Regelung im BPG	51
IV.	Regelungen im GAV SBB	53
B.	Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	53
C.	Unterschiede und Gemeinsamkeiten – Gesamtüberblick	55
Dritter Teil Beendigung der Anstellung		57
§ 1	Beendigung ohne Kündigung	57
A.	Zeitablauf bei befristeten Arbeitsverhältnissen	58
B.	Tod der angestellten Person	59
C.	Altersgrenze	61
D.	Weitere Gründe	62
E.	Würdigung	63
§ 2	Aufhebungsvertrag	64
A.	Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	64
B.	Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG	68
C.	Würdigung	72
§ 3	Die Handlungsform der Kündigung	73
A.	Im Arbeitsverhältnis gemäss BPG	73
I.	Kündigung durch den Arbeitgeber	74
(1)	Kündigung des öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses gemäss BPG	74
(2)	Kündigung des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses	77

II.	Kündigung durch die angestellte Person	78
B.	Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	78
C.	Würdigung	81
§ 4	Die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber	81
A.	Die Kündigung des öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses gemäss BPG	82
I.	Kündigungsgründe	82
(1)	Grundlagen	82
(2)	Die gesetzlichen Kündigungsgründe	84
(3)	Kündigungsgründe im GAV SBB	88
II.	Verschulden der angestellten Person	89
B.	Die privatrechtliche Kündigungsfreiheit	91
C.	Die Kündigung des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses im Bund	93
D.	Grundrechtsbindung des Arbeitgebers	95
I.	Grundsätzliche Geltung von Grundrechten	95
II.	Verzicht	97
E.	Die Änderungskündigung	98
I.	Allgemeines	98
II.	Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	100
III.	Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG	100
F.	Exkurs: Die Verdachtskündigung	101
§ 5	Die ordentliche Kündigung durch die angestellte Person	103
§ 6	Der Kündigungsschutz	104
A.	Sachlicher Kündigungsschutz	105
I.	Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	105
(1)	Allgemeines	105
(2)	Die gesetzlich geregelten Missbrauchstatbestände	106
(3)	Weitere Missbrauchstatbestände	113
(4)	Geplante Revision	114
II.	Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG	115
B.	Zeitlicher Kündigungsschutz	116
I.	Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	116
(1)	Allgemeines	116
(2)	Die Sperrfristen	118
II.	Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis	122
(1)	BPG	122
(2)	GAV SBB	124

C.	Der formelle Kündigungsschutz	125
I.	Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG	125
II.	Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	126
D.	Unterschiede und Gemeinsamkeiten	128
§ 7	Die geschlechterdiskriminierende ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber	130
A.	Allgemeines	130
B.	Die einzelnen Tatbestände	131
I.	Die direkte Diskriminierung	132
II.	Die indirekte Diskriminierung	132
III.	Die sexuelle Belästigung als Form der Diskriminierung	134
IV.	Die gerechtfertigte Diskriminierung	134
V.	Die Racheündigung	135
C.	Prüfungsmassstab	138
Vierter Teil Ausgewählte verfahrensrechtliche Aspekte der ordentlichen Kündigung		139
§ 1	Das einer Kündigung vorgelagerte Verfahren im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG und im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	139
A.	Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG	140
I.	Allgemeines	140
II.	Mahnung	142
(1)	Mahnerfordernis	142
(2)	Formvorschriften	143
(3)	Inhalt	144
(4)	GAV SBB	144
III.	Rechtliches Gehör	145
IV.	Kündigungsverfügung	146
B.	Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	147
I.	Allgemeines	147
II.	Vorgängige Anhörung	149
C.	Fazit	150
§ 2	Die mangelhafte Kündigung	151
A.	Die anfechtbare Kündigung	151
I.	Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG	151
(1)	Formelle Mängel	151
(2)	Materielle Mängel	152
(3)	Folgen der Anfechtung	153

II.	Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	153
(1)	Grundsatz der Kündigungsfreiheit	153
(2)	Schranken	153
(3)	Folgen der gerichtlichen Geltendmachung	154
B.	Die nichtige Verfügungs- und Kündigungsverfügung im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG	154
I.	Die nichtige Verfügung	154
II.	Die nichtige Kündigung im BPG	156
C.	Die nichtige Kündigung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	157
§ 3	Die Geltendmachung der mangelhaften Kündigung	158
A.	Allgemeines	158
B.	Das Verfahren bei öffentlich-rechtlichem Anstellungsverhältnis gemäss BPG	159
I.	Allgemeines	159
(1)	Das Verfahren im aBPG	160
(2)	Das Verfahren im BPG	161
II.	Gerichtliche Instanz	161
III.	Kognition	162
IV.	Anfechtungsfristen	163
V.	Aufschiebende Wirkung	163
VI.	Beweis	166
VII.	Prozesskosten	168
C.	Das Verfahren bei privatrechtlichem Anstellungsverhältnis	168
I.	Allgemeines	169
II.	Gerichtliche Instanz	172
III.	Kognition	173
IV.	Anfechtungsfristen	174
V.	Aufschiebende Wirkung	175
VI.	Beweis	176
VII.	Prozesskosten	178
D.	Das Verfahren bei einer geschlechterdiskriminierenden Kündigung oder einer Rache Kündigung	180
I.	Allgemeines	180
II.	Gerichtliche Instanz	181
(1)	Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	181
(2)	Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG	182
III.	Kognition	183
IV.	Anfechtungsfrist	183
(1)	Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	183
(2)	Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG	184

V.	Aufschiebende Wirkung	184
(1)	Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	184
(2)	Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG	184
VI.	Beweis	185
VII.	Prozesskosten	186
E.	Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Verfahren	186
I.	Anfechtungsinstanz	187
II.	Kognition	187
III.	Anfechtungsfristen	188
IV.	Aufschiebende Wirkung	189
V.	Beweis	189
VI.	Prozesskosten	190
VII.	Fazit	190
§ 4	Die öffentlich-rechtliche Klage	191
A.	Die öffentlich-rechtliche Klage auf Bundesebene	191
B.	Die öffentlich-rechtliche Klage im Personalgesetz St. Gallen	193
C.	Die öffentlich-rechtliche Klage im Personalgesetz Aargau	196
D.	Die öffentlich-rechtliche Klage im Personalgesetz Schwyz	197
E.	Das zweistufige Klageverfahren im Personalgesetz Luzern und in der Personalverordnung Uri	198
F.	Abgrenzung zum privatrechtlichen Klageverfahren	200
G.	Fazit	201
Fünfter Teil Die Rechtsfolgen der mangelhaften ordentlichen Kündigung		205
§ 1	Der Weiterbeschäftigungsanspruch	205
A.	Allgemeines	205
I.	Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG	206
(1)	Allgemeines	206
(2)	Gesetzliche Regelung im BtG	207
(3)	Gesetzliche Regelung im aBPG	208
(4)	Gesetzliche Regelung im BPG	209
(5)	Vereinbarkeit der Regelung des BPG mit den Garantien der BV	209
(6)	Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss GAV SBB	210
(7)	Praktische Umsetzung	210
II.	Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	211

III.	Bei der diskriminierenden Kündigung gemäss GIG	213
(1)	Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	213
(2)	Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG	214
B.	Art. 34c BPG	214
I.	Der Anspruch auf Weiterbeschäftigung	214
(1)	Die Voraussetzungen	215
(2)	Die Weiterbeschäftigung	217
II.	Das Wahlrecht der angestellten Person	218
C.	Ziff. 184 GAV SBB	219
D.	Die Weiterbeschäftigung bei nichtiger Kündigungsverfügung	220
E.	Die geschlechterdiskriminierende Kündigung im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG	221
F.	Die nichtige Kündigung zur Unzeit gemäss Art. 336c OR	222
G.	Die Racheündigung nach Art. 10 GIG	223
H.	Die provisorische Weiterbeschäftigung	224
I.	Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG	224
II.	Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	226
III.	Bei der geschlechterdiskriminierenden Kündigung	226
(1)	Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG	226
(2)	Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	226
I.	Fazit	229
I.	Weiterbeschäftigung im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG	229
II.	Weiterbeschäftigung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	230
III.	Weiterbeschäftigung bei geschlechterdiskriminierender Kündigung	230
IV.	Wahlrecht der gekündigten Person	230
V.	Die provisorische Weiterbeschäftigung	231
§ 2	Der Entschädigungsanspruch	232
A.	Allgemeines	232
B.	Die kündigende Partei	234
C.	Die gesetzlich normierte Abgangsentschädigung	235
I.	Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss Art. 19 BPG	236
(1)	Voraussetzungen	236
(2)	Zweck und Rechtsnatur	238
(3)	Berechnung	239
II.	Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss Ziff. 152 GAV SBB	240

III. Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss Art. 339b OR	241
(1) Voraussetzungen	241
(2) Zweck und Rechtsnatur	241
(3) Berechnung	242
IV. Fazit	242
D. Art. 34b Abs. 1 lit. a BPG	243
I. Voraussetzungen	243
II. Zweck und Rechtsnatur der Entschädigung	245
E. Ziff. 183 Abs. 1 lit. a GAV SBB	247
F. Art. 336a OR	247
I. Voraussetzungen	247
II. Zweck und Rechtsnatur der Entschädigungszahlung	248
G. Entschädigung bei einer diskriminierenden Kündigung gemäss Art. 5 GIG	250
I. Voraussetzungen	250
II. Zweck und Rechtsnatur	250
III. Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG	251
H. Umwandlung des Weiterbeschäftigungsanspruchs in eine Entschädigung im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG	252
I. Voraussetzungen	252
II. Zweck und Rechtsnatur	253
III. Abgrenzung und Gemeinsamkeiten zur Entschädigung gemäss Art. 34b BPG	254
I. Umwandlung des Weiterbeschäftigungsanspruchs in eine Entschädigung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	254
I. Voraussetzungen	254
II. Zweck und Rechtsnatur der Entschädigung	255
III. Abgrenzung zur Entschädigung gemäss Art. 5 Abs. 2 GIG	255
J. Bemessung der Entschädigung	256
I. Gesetzliche Regelung	256
(1) Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG	256
(2) Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	257
(3) Bei diskriminierender Kündigung	260
II. Weiterer Ersatz des Schadens aus mangelhafter Kündigung	260
(1) Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG	260
(2) Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	261

K.	Kumulation von Entschädigungszahlungen aufgrund der ordentlichen Kündigung	263
I.	Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG	263
(1)	Kumulation der Abgangsentschädigung mit weiteren Ansprüchen	263
(2)	Kumulation der Ansprüche gemäss Art. 34b BPG mit weiteren Ansprüchen	264
(3)	Kumulation mit den Ansprüchen gemäss GIG	265
II.	Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	265
III.	Bei der geschlechterdiskriminierenden Kündigung	266
(1)	Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gemäss BPG	266
(2)	Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	266
L.	Fazit	267
I.	Die Abgangsentschädigung	267
II.	Die Entschädigung bei mangelhafter oder missbräuchlicher Kündigung	268
III.	Die Voraussetzungen des Anspruchs auf Entschädigung	269
IV.	Der Zweck des Entschädigungsanspruchs bei einer missbräuchlichen Kündigung	269
V.	Umwandlung des Weiterbeschäftigungsanspruchs in einen Anspruch auf Entschädigung	270
VI.	Die Bemessung der Entschädigung	270
VII.	Kombination mit weiteren Schadenersatzansprüchen	271
	Sechster Teil Zusammenfassung und Schlusswort	273
§ 1	Beendigung der Anstellung	274
§ 2	Verfahrensrechtliche Aspekte der ordentlichen Kündigung	275
§ 3	Die Rechtsfolgen der mangelhaften ordentlichen Kündigung	278
§ 4	Schlusswort	282
	Stichwortverzeichnis	285