

Do's & don'ts im Zusammenhang mit Untersuchungen zu (mutmasslichem) Fehlverhalten – ohne Disziplinaruntersuchung

FORUM PERSONALRECHT

28. Mai 2024

Dr. Michael Daphinoff, LL.M., Rechtsanwalt



Agenda

1. Einleitung: Worum geht es?
2. Was ist eine Disziplinaruntersuchung?
3. Wann kommt eine Disziplinaruntersuchung in Betracht?
4. Stand heute: Welche Instrumente stehen für Abklärungen und Untersuchungen zur Verfügung? Abgrenzung?
5. Stand morgen: Was ändert sich (vielleicht)?
6. Was braucht es für eine belastbare Untersuchung?
7. Eröffnung und Ablauf
8. Verfahrensrechte und -pflichten
9. Key points
10. Stolpersteine bei Untersuchungen
11. Abschluss und Folgen der Untersuchung
12. Fazit und Ausblick



Einleitung: Worum geht es?

DISZIPLIN, ZUCHT UND ORDNUNG???

„Zucht und Ordnung sind Zustände, die unter zwei oder mehreren Menschen in der Weise hergestellt werden, damit sich der eine dem andern unterordne. Der Übergeordnete, der gewöhnlich auch Vorgesetzter ist, wird innerhalb der Hierarchie der Bundesverwaltung mit rechtlich höherer, überlegenerer, stärkerer Willenskraft ausgestattet. Es lässt sich daher der Begriff Disziplin umschreiben als ein Zustand der Unterordnung von Menschen mit rechtlich schwächeren oder mindestens unentwickelteren Willenskräften. Es geht daher der Wille des Vorgesetzten dem Willen des Untergebenen stets vor.“

(LETSCH REINHOLD, in: Disziplinargewalt über Bundesbeamte und Rechtsschutz in Disziplinarsachen, Diss. Rapperswil 1933, S. 24)

lc

Einleitung: Worum geht es?

UNTERSUCHUNG

**Wegen Treffen mit Infantino:
Disziplinaruntersuchung gegen
Bundesanwalt Lauber**

INLAND/SCHWEIZ

**Hochseeschifffahrt: Bundesrat Parmelin
Administrativuntersuchung**

Administrativuntersuchung zu
Beratungsmandat im
Nachrichtendienst des Bundes

KOMMENTAR

Die

Chénens: Eröffnung einer Administrativuntersuchung und Anordnung

Die Administrativ- und die Strafuntersuchung dürfen nicht vermengt werden. Gerade weil der Fall Postauto die Absenz eines unternehmensinternen Ausgleichs von Macht und führen ist, ist diese Balance bei seiner Aufarbeitung

**Administrativuntersuchung
fehlerhafter Berechnung
eidgenössischen Wahlen:
stellt keine Verletzung der
Sorgfalts-pflicht fest**

melin zu Bodlur eine Administrativuntersuchung z beigezogen hat. Sollten interne Dokumente via s für die Kommission

Bundesrat Alain Berset hat eine Administrativuntersuchung betreffend der Beschaffung von Covid-19-Impfstoffen eingeleitet. Geklärt werden muss, ob alle Impfstoffbeschaffungen durch Kredite gedeckt waren, wie das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) am Donnerstag mitteilte.

**Bundesrat ordnet nach X
Alain-Hackerangriff umfas-
sende Untersuchung an**

**Disziplinaruntersuchung gegen
BAZL-Mitarbeiter**



Was ist eine Disziplinaruntersuchung?

- Formelles Instrument der Dienstaufsicht des Arbeitgebers
 - Zweck: Sicherstellen der geordneten Aufgabenerfüllung im Rahmen von öff.-rechtlichen Arbeitsverhältnissen
- Abklärung, ob eine Person ihre arbeitsrechtlichen Pflichten verletzt hat und ob Disziplinarmaßnahmen zu treffen sind.
- Geregelt – Stand heute – in Art. 98-100 BPV (vgl. auch Art. 25 BPG sowie die Weisungen des Bundesrates vom 18. August 2020 über Administrativ- und Disziplinaruntersuchungen).



Wann kommt eine Disziplinaruntersuchung in Betracht?

- Mögliche **Auslöser**: interne Meldung (z.B. an Vorgesetzte), Strafanzeige, Medienberichte, Whistleblowing-Meldung, allgemeine Aufsichtstätigkeit, Führungsgespräch (Art. 4 Abs. 3 BPG), Selbstanzeige oder Erkenntnisse aus einer AU.
- Wahl der **Untersuchungsart**: im Ermessen der Behörde
 - Ist Disziplinaruntersuchung sinnvoll in Abwägung der **Umstände** und **Folgen**
- **Pflicht** zur Disziplinaruntersuchung?



Welche Instrumente stehen heute für Abklärungen zur Verfügung? Abgrenzung?

- Instrumente der Dienstaufsicht:
 - Administrativuntersuchung
 - Disziplinaruntersuchung
 - Formlose Untersuchung
 - Gutachten
 - Verwaltungsverfahren
- Strafverfahren
- Verfahren der Eidg. Finanzkontrolle EFK
- Parlamentarische Geschäftsprüfung



Stand morgen: Was ändert sich (vielleicht)?

- **Abschaffung der DU**, d.h. ersatzlose Streichung der Art. 98 f. BPV (offenbar gemäss Bundesratsauftrag an EFD)
- Anpassung des Art. 25 BPG (u.a. streichen: Kürzung des Lohnes, Busse)
- Verlängerung der einjährigen Verjährungsfrist für «disziplinarische Verantwortlichkeit» von Angestellten (Art. 110 BPV)

- **Folge** der Abschaffung: Unklar
 - Aufwertung der Administrativuntersuchung?
 - Anpassung der Bestimmungen in der RVOV (Art. 27a ff.)?
 - Zunahme von formlosen Untersuchungen?
 - Personalrechtliche Verwaltungsverfahren ohne spezifische Regelung?
- Die Herausforderung: Welche Regeln gelangen wann zur Anwendung (VwVG? RVOV?...)?



Was braucht es für eine belastbare Untersuchung?

- Was will die untersuchende bzw. auftraggebende Stelle? Wie erreicht sie dieses Ziel? Was könnte das Resultat sein (Verfügung / personalrechtliche Massnahmen / Kündigungsverfahren / ...)?
- Welches Verfahren eignet sich?
 - Formlos?
 - AU?
 - «Personalrechtliches Verwaltungsverfahren»?
- Welche Regeln gelten dort? Was ist zu beachten?
 - Wahrung der wesentlichen Verfahrensgrundsätze
 - Damit auf Sachverhalt bzw. die Erkenntnisse des Untersuchungsberichts abgestellt werden kann
 - Verwertbarkeit der Erkenntnisse aus der Untersuchung
 - Generell empfehlenswert: Orientieren am VwVG



Eröffnung (1/2)

Vor der Eröffnung

- Verfahrenshoheit bei der auftraggebenden Stelle:
 - Bestimmen des Untersuchungsgegenstands, des Untersuchungsorgans, Entscheid über die Folgen der Untersuchung, etc.
 - die jeweilige Beratungsstelle konsultieren (Bei DU: EPA; Ziff. 3.1 Weisungen 2021).
 - die betroffene Person, gegen die sich die Untersuchung richtet, sowie die zu befragenden Personen vom Amtsgeheimnis entbinden (vgl. Art. 94 Abs. 3 BPV).
 - Zutritts- und Einsichtsrechte des Untersuchungsorgans klären und kommunizieren.



Eröffnung (2/2)

- **Eröffnung** der Untersuchung:
 - Anordnung – in Verfügungsform?
 - Einsetzung Untersuchungsorgan, Untersuchungsauftrag
 - Mitteilung / Information der betroffenen Verwaltungseinheit über die Eröffnung der Untersuchung, deren Anlass und Zweck.
 - Geeignete Information der Belegschaft (oder Teile)
- Internes oder verwaltungsexternes **Untersuchungsorgan**?
 - Keine Verfügungskompetenz i.S.v. Art. 5 VwVG
- **Unabhängigkeit** des Untersuchungsorgans



Grobablauf einer Untersuchung

Plausibilitäts-
prüfung /
Entscheid

Eröffnung
&
Planung

Dokumente
Befragungen

Bericht:
Feststellungen
Empfehlungen

Lehren
Konsequenzen

Interne und externe Kommunikation, Krisenmanagement



Verfahrensrechte und -pflichten (1/3)

Mitwirkungsrechte insbesondere:

- die Möglichkeit, sich verbeiständen oder vertreten lassen (Art. 11 ff. VwVG); diese Möglichkeit beschränkt sich nicht nur auf Befragungen, sondern umfasst die ganze Untersuchung bzw. den gesamten Verkehr mit dem Untersuchungsorgan und der anordnenden Stelle;
- ein Aussageverweigerungsrecht, wenn sich die betroffenen Personen im Hinblick auf ein Disziplinar- oder Strafverfahren selbst belasten würden;
- ein Recht auf Akteneinsicht (→ Umfang umstritten; Art. 26 ff. VwVG);
- der Anspruch auf rechtliches Gehör (→ Umfang und Zeitpunkt umstritten → vor Bericht, spätestens aber vor Verfügung; Art. 29 VwVG);
- die Möglichkeit, Beweisanträge zu stellen (Art. 33 ff. VwVG);
- die Möglichkeit (bzw. die Pflicht), an der Sachverhaltsfeststellung teilzunehmen (vgl. Art. 13 VwVG).

Dritte, die an einer Untersuchung (freiwillig) teilnehmen, haben grundsätzlich die gleichen Mitwirkungsrechte wie Bundesangestellte.



Verfahrensrechte und –pflichten (2/3)

Weitere Rechte:

- Rechtsbelehrung: Frühzeitige Information der betroffenen Personen über ihre Rechte und Pflichten (z.B. Vorladungsschreiben, spätestens anlässlich von Befragung).
- In jedem Fall: Hinweis der zu befragenden Person auf ihre Rechte und Pflichten vor Befragung.
- Beizug von Personen ausserhalb der Bundesverwaltung (Dritte) in Anwendung des VwVG als Auskunftspersonen: Rechtsbelehrung im Schreiben des Untersuchungsorgans an diese Personen.
- Hinweis: Bei einer einvernehmlichen Lösung (betr. personalrechtl. Konsequenzen) wird das rechtliche Gehör durch die Einigungsbemühungen und Abschluss einer Vereinbarung gewahrt.



Verfahrensrechte und -pflichten (3/3)

- Die Anwendung des VwVG räumt Personen, gegen die eine Disziplinaruntersuchung gerichtet ist, **Parteistellung** ein (Art. 6 VwVG).
 - Und neu? In AU gibt es derzeit keine Parteistellung (nur Auskunftsperson)
- Der Person, gegen die sich die Disziplinaruntersuchung richtet, obliegt grundsätzlich eine **Mitwirkungspflicht** hinsichtlich der Feststellung des Sachverhalts. Diese Mitwirkungspflicht ergibt sich aus der Treuepflicht/Interessenwahrungspflicht der angestellten Person (Art. 20 BPG). Sie ist verpflichtet, wahrheitsgetreu auszusagen und Unterlagen auszuhändigen (Art. 13 VwVG).
 - Und neu? In AU gibt es Mitwirkungs- und Aussagepflicht (Art. 27g RVOV)
- Das **Selbstbelastungsverbot** findet keine Anwendung bei möglichen Rechtsfolgen disziplinarischer bzw. nicht strafrechtlicher Natur.
 - Und neu? Bleibt unverändert



Key points (1/2)

- Feststellung des Sachverhalts durch das Untersuchungsorgan.
- **Beweismittel (Art. 12 VwVG)**
 - Urkunden
 - Auskünfte der Parteien, Auskunftspersonen oder Zeugen (Befragungen, Mails...)
 - Augenschein
 - Gutachten
 - Amtsberichte

→ Mitwirkungspflicht? Auskunftsverweigerungsrecht?
- **Akten**
 - Aktenbeizug
 - Aktenführung

→ Verhältnismässigkeit und kritische Distanz



Key points (2/2)

- **Korrespondenz** (per Mail?)
 - Einladung zur Befragung
 - Schriftliche Auskünfte
- **Protokollierung** der Befragungen (Unterzeichnung, Ergänzung, Korrekturen...)
- **Methodik** der Untersuchungsführung (Instruktion, Informationen und Daten einholen, Aktenstudium, Befragungen, rollender Berichtsentwurf, laufende Analyse [ergebnisoffen!], Zwischeninformation des Auftraggebers)
- **Untersuchungsbericht**
 - Nachvollziehbar, strukturiert
 - Präzis, belegt



Stolpersteine

- Rechl. Gehör
- Akteneinsicht
- Verfahrensart
- Verfahrensfehler
- Verhältnismässigkeit (Grundsatz und Richtschnur)
- Einjährige Verjährungsfrist
- Datenschutz
- Risiko der Instrumentalisierung / kritische Distanz und Ergebnisoffenheit
- Auftragseingrenzung
- Datenmenge und Datensicherung (Zuständigkeiten)
- Amtsgeheimnisverletzung
- Parallele Verfahren (Strafverfahren, PUK, Disziplinarverfahren o.a.)



Abschluss und Folgen der Untersuchung

- Keine direkte rechtliche Wirkung durch Abschluss der Untersuchung
- Abschlussbericht mit Empfehlungen für das weitere Vorgehen
- U.U. Einleitung weiterer personalrechtlicher oder strafrechtlicher Verfahren



Nach Abschluss der Untersuchung

- Bei Verletzung der arbeitsrechtlichen Pflichten kann der Arbeitgeber neu (vermutlich) noch folgende Massnahmen ergreifen:
 - Unterstützungs- und Entwicklungsmassnahmen;
 - Verwarnung;
 - Freistellung;
 - Änderung des Aufgabenkreises, der Arbeitszeit und des Arbeitsortes.
- Des Weiteren kann eine Untersuchung unter Umständen auch zu einer (fristlosen) Kündigung oder einer Freistellung (Art. 103 BPV) führen. Wird aufgrund der Untersuchung entschieden, dass dem Betroffenen bzw. der Betroffenen gekündigt werden muss, wird das Kündigungsverfahren eingeleitet.



Fazit und Ausblick

- Wenn Abschaffung der DU:
 - Ausgebaute Regelung der AU wünschenswert, und/oder
 - Klärung zu Verfahrensregeln bei "personalrechtl. Verwaltungsverfahren"
 - Mutmasslich eine Phase der Unklarheit nach Abschaffung
 - Klärung verfahrensrechtl. Fragen durch Gerichte
- Aufarbeitung von Tatsachen als Grundlage für spätere Entscheide
- Wissensvorsprung
- Starkes Signal durch unabhängige Aufarbeitung
- Verhältnismässigkeit beachten
- Gestiegene Sensibilität für geordnete, korrekte Verwaltungstätigkeit
- Prognose: Wachsende Bedeutung



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit !

**Dr. Michael Daphinoff, LL.M.
Rechtsanwalt | Partner**

Effingerstrasse 1
Postfach
3001 Bern

Telefon +41 58 200 35 51
michael.daphinoff@kellerhals-carrard.ch