

CH_VB 150000305 vom 31. Oktober 2013

Bundesverwaltung, 2013-10-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_150000305

FR: CH_VB 150000305 du 31 octobre 2013

IT: CH_VB 150000305 del 31 ottobre 2013

Erwägungen

E. 31

Januar 2013. Sie befreite ihn gleichzeitig von seiner Arbeitspflicht, dies unter Vorbehalt laufender Projektaufgaben (...) (Dispositiv-Ziffer 2). Im Weiteren entzog sie einer allfälligen Beschwerde gegen die Kündigungsverfügung die aufschiebende Wirkung (Urk. 1/2). B. Dagegen erhob A_____ mit Eingabe vom 8. August 2012 Beschwerde gegen die Verfügung der EMPA bei der ETH-Beschwerdekommision (ETH-BK) (Urk. 1, Urk. 1/1–Urk. 1/11). Er beantragte: «1. Die EMPA sei anzuweisen, ihn weiter zu beschäftigen; 2. Eventualiter sei die Kündigungsverfügung vom 9. Juli 2012 aufzuheben, und die EMPA sei anzuweisen, ihn weiter zu beschäftigen; 3. Subeventualiter sei ihm eine Entschädigung in der Höhe von 12 Monatslöhnen auszubezahlen.» In formeller Hinsicht stellte er das Rechtsbegehren, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, und es sei die EMPA im Sinne einer superprovisorischen Massnahme anzuweisen, den Beschwerdegegner für die Dauer des Beschwerdeverfahrens effektiv weiter zu beschäftigen. Weiter sei das Beschwerdeverfahren zu sistieren, bis über die ebenfalls gleichzeitig eingereichte Einsprache betreffend Nichtigkeit der Kündigung bei der Beschwerdeführerin entschieden sei. C. Die Instruktionsrichterin bestätigte mit prozessleitender Verfügung vom 15. August 2012 den Eingang der Beschwerde und sistierte das Verfahren wegen der Rechtshängigkeit des laufenden Einspracheverfahrens antragsgemäss (Urk. 2). D. Die EMPA (Antragstellerin/Beschwerdeführerin) beantragte mit Eingabe vom 14. September 2012, es sei die Gültigkeit der Kündigungsverfügung vom 9. Juli 2012 festzustellen; der Beschwerde sei keine aufschiebende Wirkung zu gewähren (Urk. 4, Urk. 4/1–Urk. 4/27). E. Der Präsident der ETH-BK bestätigte mit prozessleitender Verfügung vom 19. September 2012 den Eingang des Antrags auf Feststellung der Gültigkeit der Kündigung von A_____ durch die EMPA vom 14. September 2012. Er hob die mit prozessleitender Verfügung vom 15. August 2012 angeordnete Sistierung des Beschwerdeverfahrens auf und stellte fest, dass keine Dringlichkeit und kein unmittelbar drohender, irreparabler Nachteil für eine Partei bestehe. Auf den Erlass einer superprovisorischen Massnahme verzichtete er in der Folge. Weiter forderte er die Parteien auf, sich zum Antrag auf Erlass einer vorsorglichen Verfügung wie auch zu einer allfälligen Weiterbeschäftigung im Rahmen des Beschwerdeverfahrens zu äussern, wobei auch die gesundheitliche Situation des Beschwerdegegners zu präzisieren sei (Urk. 5). F. A_____ (Beschwerdegegner) präziserte seinen Antrag auf aufschiebende Wirkung in der Eingabe vom 1. Oktober 2012 wie folgt: «Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, und es sei die Beschwerdeführerin anzuweisen, den Beschwerdegegner für die Dauer des Beschwerdeverfahrens effektiv weiter zu beschäftigen; eventualiter sei die Beschwerdeführerin anzuweisen, dem Beschwerdegegner für die Dauer des Beschwerdeverfahrens den Lohn weiterhin zu bezahlen.» (Urk. 6, Urk. 6/1–Urk. 6/16). G. Die Beschwerdeführerin nahm mit Schreiben vom 1. Oktober 2012

Stellung zum gegnerischen Antrag auf aufschiebende Wirkung sowie auf provisorische Weiterbeschäftigung und beantragte dessen Abweisung (Urk. 7). H. Die Instruktionsrichterin stellte mit prozessleitender Verfügung vom 4. Oktober 2012 die Eingaben der beiden Beschwerdeparteien, beide vom 1. Oktober 2012, je gegenseitig zur Stellungnahme innert 10 Tagen zu (Urk. 8). I. Die Beschwerdeführerin vernahm sich am 15. Oktober 2012 (Urk. 9). Sie schloss auf Aufhebung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde. Ausserdem sei der Antrag des Beschwerdegegners auf effektive Weiterbeschäftigung und der eventualiter gestellte Antrag auf Lohnfortzahlung für die Dauer des Beschwerdeverfahrens ebenfalls abzuweisen. Sie hielt an ihren bisherigen Ausführungen fest, detaillierte und ergänzte sie. J. Der Beschwerdegegner äusserte sich am 16. Oktober 2012 zur vorangehenden Stellungnahme der Beschwerdeführerin zur Aufhebung der aufschiebenden Wirkung (Urk. 12). Er bekräftigte seine ursprünglichen Rechtsbegehren und hielt an seinen bisherigen Ausführungen fest.

Urteil

ETH-Beschwerdekommision

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2014, Ausgabe vom 22. Oktober 2014 156

K. Die Instruktionsrichterin stellte den Parteien mit Schreiben vom 23. Oktober 2012 beide Eingaben zur Kenntnis zu (Urk. 13). Sie führte im Weiteren aus, dass, falls sich die Parteien wider Erwarten nochmals zur Angelegenheit äussern möchten, eine allfällige Stellungnahme bis spätestens am 7. November 2012 erwartet werde. L. Der Beschwerdegegner liess sich am 6. November 2012 nochmals zur aufschiebenden Wirkung der Beschwerde vernehmen (Urk. 14, Urk. 14/1–Urk. 14/3). Er ergänzte vornehmlich seine Ausführungen zu seiner Arbeitsfähigkeit. M. Die Beschwerdeführerin reichte mit Eingabe vom 7. November 2012 ebenfalls eine freigestellte Stellungnahme mit Beilagen ein (Urk. 15/1–Urk. 15/12). Sie stellte folgendes Rechtsbegehren: «Es sei der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zu gewähren. Ausserdem sei der Antrag des Beschwerdegegners auf effektive Weiterbeschäftigung und der eventuell gestellte Antrag auf Lohnfortzahlung für die Dauer des Beschwerdeverfahrens abzuweisen.» N. Die Instruktionsrichterin stellte den Parteien beide Eingaben vom 6. und 7. November 2012, je gegenseitig, nochmals zur Kenntnis zu. Allfällige weitere Eingaben könnten aus prozessökonomischen Gründen nur bis am 18. November 2012 berücksichtigt werden, führte sie abschliessend aus (Urk. 16). O. Der Beschwerdegegner reichte mit Eingabe vom 12. November 2012 eine Beschwerdeantwort mit diversen Beilagen ein (Urk. 17, Urk. 17/1–Urk. 17/29). Er stellte folgende Rechtsbegehren: «1. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 14. September 2012 sei abzuweisen; 2. Es sei die Nichtigkeit der Kündigungsverfügung vom 9. Juli 2012 festzustellen, und die Beschwerdeführerin sei anzuweisen, den Beschwerdegegner weiter zu beschäftigen; 3. Eventualiter sei die Kündigungsverfügung vom 9. Juli 2012 aufzuheben, und die Beschwerdeführerin sei anzuweisen, den Beschwerdegegner weiter zu beschäftigen; 4. Subeventualiter sei dem Beschwerdegegner eine Entschädigung in der Höhe von 12 Monatslöhnen auszubezahlen. Alles unter Kos P. Die Beschwerdeführerin wurde am 14. November 2012 zur Replik innert 30 Tagen aufgefordert (Urk. 18). Sie ersuchte vor Ablauf der Frist um Fristerstreckung (Urk. 23), welche ihr die Instruktionsrichterin am 18. Dezember 2012 antragsgemäss bis spätestens am 20. Januar 2013 gewährte (Urk. 24). Q. Der Beschwerdegegner teilte mit Schreiben vom 19. November 2012 mit, er halte an seinen bisherigen Ausführungen fest und verzichte auf eine weitere Stellungnahme hinsichtlich des Suspensiveffekts der Beschwerde (Urk. 19). R. Die

Instruktionsrichterin hiess das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde im Sinne einer effektiven Beschäftigung mit prozessleitender Verfügung vom 21. November 2012 teilweise gut. Sie wies die Arbeitgeberin an, den Arbeitnehmer weiterhin den (...)auftrag ausüben zu lassen. Die darüberhinausgehende Beschäftigung ende indessen mit Ablauf der Kündigungsfrist. Sie ordnete gegenüber der Arbeitgeberin an, den Arbeitnehmer während der Dauer des Beschwerdeverfahrens weiterhin zu entlönnen. Diese Verfügung erwuchs in Rechtskraft (Urk. 20). S. Der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners reichte mit Eingabe vom 21. November 2012 weitere Dokumente in Ergänzung zur Beschwerdeantwort wie auch zu den bisherigen Ausführungen zur aufschiebenden Wirkung ein (Urk. 21, Urk. 21/1–Urk. 21/4), welche der gegnerischen Partei mit Schreiben vom 26. November 2012 zur Kenntnis zugestellt wurden (Urk. 22). T. Der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners beantragte mit Schreiben vom 18. Dezember 2012 bezüglich der aufschiebenden Wirkung/vorsorglichen Massnahme neu, die Beschwerdeführerin sei anzuweisen, dem Beschwerdegegner für die Dauer des Beschwerdeverfahrens das bisher von ihm benutzte Büro weiterhin zur Verfügung zu stellen (Urk. 25). Die Instruktionsrichterin gewährte der Beschwerdeführerin mit prozessleitender Verfügung vom 19. Dezember 2012 diesbezüglich das rechtliche Gehör bis am 4. Januar 2013 (Urk. 26). Die Beschwerdeführerin beantragte mit Eingabe vom 4. Januar 2013, der gegnerische Antrag sei abzuweisen (Urk. 27). Diese Eingabe wurde dem Beschwerdegegner am 8. Januar 2013 zur Kenntnis zugestellt (Urk. 28). Daraufhin nahm dieser am 15. Januar 2013 nochmals Stellung dazu (Urk. 29). Die Instruktionsrichterin sandte diese Eingabe am 23. Januar 2013 an die Beschwerdeführerin und forderte sie auf, insbesondere zu zwei Punkten Auskunft zu geben (Urk. 32). Die Beschwerdeführerin vernahm sich mit Schreiben vom 1. Februar 2013 (Urk. 33). Der Beschwerdegegner teilte daraufhin am 8. Februar 2013 mit, er halte an seinen Ausführungen fest (Urk. 35, Urk. 34). Die Instruktionsrichterin wies mit prozessleitender Verfügung vom 21. Februar 2013 den Antrag auf Zuweisung des bisher vom Beschwerdegegner benützten Büros bei

Urteil

ETH-Beschwerdekommision

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2014, Ausgabe vom 22. Oktober 2014 157

der Beschwerdeführerin für die Dauer des Beschwerdeverfahrens ab (Urk. 38). Diese Verfügung ist in Rechtskraft erwachsen. U. Die Beschwerdeführerin replizierte unter Beilage verschiedener Dokumente rechtzeitig innert erstreckter Frist am 22. Januar 2013 (Urk. 30, Urk. 30/1–Urk. 30/16). Sie beantragte, es sei die Gültigkeit ihrer Kündigungsverfügung vom 9. Juli 2012 festzustellen und ihre Beschwerde vom 14. September 2012 gutzuheissen. Die Anträge des Gesuchgegners seien vollumfänglich abzuweisen. V. Der Beschwerdegegner reichte mit Eingabe vom 11. März 2013 innert erstreckter Frist (Urk. 36, Urk. 37) eine Duplik mit diversen Beilagen ein (Urk. 39, Urk. 39/1–Urk. 39/58). Er hielt an seinen tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen in der Beschwerdeantwort wie auch an den dort angerufenen und eingereichten Beweismitteln vollumfänglich fest. Er bestreite die Sachdarstellungen der Beschwerdeführerin, soweit er sie nicht ausdrücklich als richtig anerkenne, gab er im Weiteren an. W. In Anbetracht der Ausführungen in der Duplik ersuchte die Instruktionsrichterin die Beschwerdeführerin mit prozessleitender Verfügung vom 18. März 2013, eine Triplik einzureichen (Urk. 41). X. Die Beschwerdeführerin reichte innert erstreckter Frist am 13. Mai 2013 eine Triplik mit Beilagen ein (Urk. 47, Urk. 47/1–Urk. 47/17). Sie hielt an ihren ursprünglichen Anträgen

im Feststellungsantrag sowie in der Replik fest. Y. Der Beschwerdegegner quadruplizierte am 3. Juli 2013 unter Aufrechterhaltung der in der Beschwerdeantwort gestellten Anträge (Urk. 51, Urk. 51/1–Urk. 51/18) innert erstreckter Frist auf entsprechende Aufforderung hin (Urk. 48, Urk. 49, Urk. 50). Z. Diese Eingabe wurde der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 4. Juli 2013 zur Kenntnis gesandt (Urk. 52). AA. Die Beschwerdeführerin liess mit Eingabe vom 22. Juli 2013 durch ihren Rechtsvertreter beantragen, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen; dies unter Aufrechterhaltung der in der Beschwerde vom 14. September 2012 und der Replik vom 22. Januar 2013 sowie der Triplik vom 13. Mai 2013 gestellten Anträge (Urk. 53, Urk. 53/1). Der Beschwerdegegner liess sich auf entsprechende Aufforderung hin mit Eingabe vom 20. August 2013 vernehmen (Urk. 54, Urk. 55, Urk. 56). Er beantragte die Abweisung der gegnerischen Eingabe hinsichtlich des Entzugs der aufschiebenden Wirkung. Weiter stellte er das Rechtsbegehren, es seien die Ausführungen in Rz. 4 bis Rz. 21 der Eingabe der Beschwerdeführerin aus dem Recht zu weisen (Urk. 57). Die Instruktionsrichterin stellte die Eingabe des Beschwerdegegners der Beschwerdeführerin am 22. August 2013 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme zu (Urk. 58). Die Beschwerdeführerin verzichtete auf eine Stellungnahme. Die Instruktionsrichterin wies mit prozessleitender Verfügung vom 5. September 2013 sowohl den Antrag der Beschwerdeführerin auf Entzug der aufschiebenden Wirkung wie auch jenen des Beschwerdegegners auf Ausweisung bestimmter Ausführungen aus dem Recht ab (Urk. 59). BB. Die Instruktionsrichterin ersuchte die Beschwerdeführerin mit prozessleitender Verfügung vom 2. Oktober 2013, den Arbeitsvertrag des Beschwerdegegners bis spätestens am 7. Oktober 2013 bei der ETH-BK einzureichen (Urk. 60). Die Beschwerdeführerin reichte den Vertrag fristgerecht am 4. Oktober 2013 bei der ETH-BK ein (Urk. 62), welcher dem Beschwerdegegner mit Schreiben vom 10. Oktober 2013 zur Kenntnis zugestellt worden ist. Auf den Inhalt der Eingaben der Parteien wird, soweit entscheidungswesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Urteil

ETH-Beschwerdekommision

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2014, Ausgabe vom 22. Oktober 2014 158

Die ETH-Beschwerdekommision zieht in Erwägung: 1. Die Kündigungsverfügung der Beschwerdeführerin vom 9. Juli 2012 ist eine Verfügung im Sinne von Artikel 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG; SR 172.021). Der Antrag des Arbeitnehmers auf Feststellung der Nichtigkeit der Kündigung gemäss Artikel 14 Absatz 1 BPG wurde innert der gesetzlichen Frist von 30 Tagen am 8. August 2012 bei der Arbeitgeberin eingereicht. Diese ist zum Antrag auf Feststellung der Gültigkeit der Kündigung legitimiert (Art. 14 Abs. 2 BPG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und beantragte am 14. September 2012 die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses von A_____ bei der Beschwerdeinstanz innert Frist. Auf den frist- und formgerecht eingereichten Antrag ist mithin einzutreten. 2. Die ETH-BK überprüft die bei ihr anfechtbaren Verfügungen und Entscheide mit uneingeschränkter Kognition. Neben der Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch von Ermessen (Art. 49 Bst. a VwVG), kann auch die unrichtige beziehungsweise unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) sowie die Rüge der Unangemessenheit (Art. 49 Bst. c VwVG) geltend gemacht werden. Die ETH-BK hat nicht nur zu beurteilen, ob die Vorinstanz die Rechtsregeln beachtet, sondern auch, ob sie eine

dem Sachverhalt adäquate Lösung getroffen hat. Bei der Prüfung der Angemessenheit einer Verfügung beziehungsweise eines Entscheids auferlegt sich die ETH-BK eine gewisse Zurückhaltung und setzt im Zweifelsfall nicht ihr eigenes Ermessen an die Stelle des pflichtgemässen und vertretbaren Ermessens der Vorinstanz. 3. Vorliegend ist strittig, ob die Kündigung des Arbeitsverhältnisses von A_____ durch die EMPA am 9. Juli 2012 auf einem zulässigen Kündigungsgrund beruht. Diese Frage beurteilt sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundespersonalgesetzes über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses in der Fassung vom 24. März 2000, dies weil die angefochtene Kündigung am 9. Juli 2012, mithin rund ein Jahr vor Inkrafttreten der revidierten Fassung des BPG, erlassen wurde. Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei gekündigt werden (Art. 12 Abs. 1 BPG). Will die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit einseitig, ohne Einvernehmen mit der betroffenen Person ordentlich kündigen, so kann sie das nach der vorliegend geltenden Fassung des Bundespersonalgesetzes nur aus einem der in Artikel 12 Absatz 6 Buchstabe a–f BPG abschliessend aufgezählten Kündigungsgründe tun (Urteil des Bundesgerichts 2A.495/2006 vom 30. April 2007, E. 2; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3834/2011 vom 28. Dezember 2011, E. 6.1, A-5670/2011 vom 3. Mai 2012 E. 4). Demzufolge ist zu prüfen, ob die Arbeitgeberin zu Recht eine Verletzung von wichtigen Pflichten, vertraglicher oder gesetzlicher Natur, schwerwiegende Leistungs- oder Verhaltensmängel oder eine mangelnde Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten, als gegeben erachtet hat. 4. Der Beschwerdegegner macht in materiell-rechtlicher Hinsicht in der Beschwerdeantwort vom 12. November 2012 (Urk. 17), in der Duplik vom 11. März 2013 (Urk. 39) wie auch in der Quadruplik vom 3. Juli 2013 (Urk. 51), zusammengefasst, folgende Gründe geltend, welche zur Nichtigkeit der Kündigung führten. Es werde ihm in der Kündigungsverfügung vorgeworfen, gegen gesetzliche und vertragliche Pflichten verstossen zu haben. Die Begründung der Kündigungsverfügung schweige sich indessen darüber aus, welche vertraglichen oder gesetzlichen Pflichten er im Konkreten verletzt haben soll. Es werde nicht ausgeführt, ob und in welcher Art und Weise er die Arbeitspflicht oder die Treuepflicht verletzt habe. Aus dem beschriebenen Sachverhalt sei auch keine solche Pflichtverletzung erkennbar. Abgesehen davon verlange das Bundesgericht auch im Falle der Verletzung von vertraglichen und/oder gesetzlichen Pflichten das Aussprechen einer vorgängigen Mahnung. Der Mahnung vom 16. September 2010 sei nicht zu entnehmen, gegen welche vertraglichen und/oder gesetzlichen Pflichten er im Einzelnen verstossen habe. Es ermangle ihr diesbezüglich an der Warn- und an der Rügefunktion. Es fehle mithin bereits eine rechtskonforme Mahnung, um ihn gestützt auf Artikel 12 Absatz 6 Buchstabe a BPG entlassen zu können. Nach der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung würden zudem nur schwere Pflichtverletzungen erfasst (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3834/2011 vom 28. Dezember 2011 E. 7.5.3, A-6664/2009 vom 29. Juni 2010 E. 5.8.1, A-3551/2009 vom 22. April 2010 E. 12.7, A-1684/2009 vom 14. September 2009 E. 5.1, A-621/2009 vom 20. August 2009 E. 3.5.1.). Solche schweren Pflichtverletzungen würden weder vorliegen noch

Urteil

ETH-Beschwerdekommision

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2014, Ausgabe vom 22. Oktober 2014 159

geltend gemacht. Ebenso wenig könne von einer Untauglichkeit im Sinne von Artikel 12 Absatz 6 Buchstabe c BPG gesprochen werden, zumal er wieder vollständig arbeitsfähig sei. Auch eine rechtskonforme und begründete Kündigung nach Artikel 12 Absatz 6 Buchstabe b BPG (schwere Mängel in der Leistung oder im Verhalten) setze voraus, dass zunächst ein Mangel im Verhalten und/oder der Leistung gerügt worden sei. Der gerügte Mangel müsse sich sodann wiederholen. Es genüge nicht, dass für die Kündigung irgendein Mangel bemüht werde, welcher nicht bereits Gegenstand der Mahnung gewesen sei. Die vorliegende Mahnung erfasse keinen solchen Mangel in der Leistung, welcher sich dann wiederholt und schliesslich zur Kündigung geführt habe. Der einzige, zu Unrecht erhobene und nicht konkret nachgewiesene Vorwurf des respektlosen Verhaltens in der Mahnung vom 16. September 2010 sei für die Kündigung vom 9. Juli 2012 nicht mehr relevant. Selbst ein neuerliches mangelhaftes Verhalten, welches vorliegend nicht aktenkundig sei, würde unter dem Aspekt des Verhältnismässigkeitsprinzips keine Kündigung rechtfertigen. Sowohl die Mahnung vom 16. September 2010 wie auch die Kündigung vom 9. Juli 2012 seien nicht rechtskonform erfolgt. Auch die Gespräche vom 4. Mai, vom 24. Juni sowie vom 16. Juli 2010 (Urk. 51, Rz. 14) könnten in keinem Fall als Grundlage für die Notwendigkeit der Mahnung vom 16. September 2010 herbeibemüht werden. Die Rechtslage sei klar, übersichtlich und einfach (Urk. 51, Rz. 30). Es gebe eine Mahnung, welche einen einzigen Mangel im Verhalten des Beschwerdegegners bezeichne. Dieser Mangel, angeblich respektloses Verhalten, sei nicht belegt. Die Kündigung würde dann aber mit Leistungsmängeln begründet, welche nicht Gegenstand der Mahnung gewesen seien. Abgesehen davon sei die Wirkung der Mahnung längst verblasst. Auch habe er weder wichtige gesetzliche und/oder vertragliche Pflichten, die abgemahnt worden wären, verletzt, noch habe er sich Mängel im Verhalten und/oder in der Leistung zuschulden kommen lassen, die sich trotz Mahnung wiederholt hätten. Dass er sodann nicht untauglich im Sinne von Artikel 12 Absatz 6 Buchstabe c BPG sei, liege auf der Hand. Die Kündigung sei unbegründet, unverhältnismässig und nichtig. 5. Die Beschwerdeführerin begründet die Gültigkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses von A_____ in der angefochtenen Verfügung vom 9. Juli 2012 (Urk. 4/2), im Antrag auf Feststellung der Gültigkeit der Kündigungsverfügung vom 14. September 2012 (Urk. 4), in der Replik vom 22. Januar 2013 (Urk. 30) und in der Triplik vom 15. Mai 2013 (Urk. 47) wie folgt: Der Beschwerdegegner sei vom 1. Dezember 1984 bis am 31. Dezember 2011 (recte: 31. Dezember 2012) bei der EMPA als Gruppenleiter, danach als Senior Scientist angestellt gewesen. Im Laufe der vergangenen vier Jahre hätten neben den jährlichen Personalgesprächen diverse Gespräche zwischen dem Beschwerdegegner und seinem Vorgesetzten _____ sowie dem Departementsleiter _____ stattgefunden. Es sei dabei um Mängel in der abteilungsinternen Zusammenarbeit, im Verhalten gegenüber dem direkten Vorgesetzten sowie um Nichtbefolgen von Anweisungen des Departementsleiters, aber auch um ungenügende Leistungen, Steigerung des Engagements und der Kooperationsbereitschaft hinsichtlich Strategie und Zielsetzungen der Abteilung X_____ gegangen. Aufgrund der seit langem andauernden, unbefriedigenden Situation, welche auch das Klima innerhalb der Abteilung stark beeinträchtigt und die betrieblichen Abläufe behindert habe, habe die EMPA am 16. September 2010 eine schriftliche Mahnung gegen den Beschwerdegegner ausgesprochen. Dem Beschwerdegegner habe mit der Mahnung ausreichend klar sein müssen, welche seiner Verhaltensmuster von der Arbeitgeberin nicht mehr akzeptiert würden und welche der in der Zielvereinbarung festgehaltenen Akquisitionsleistungen er zu erbringen habe, ansonsten eine weitere Zusammenarbeit in

Frage gestellt wäre. Die Mahnung erfülle sowohl in formeller wie in inhaltlicher Hinsicht die rechtlichen Vorgaben gemäss Artikel 12 Absatz 6 Buchstabe b BPG. Die weitere Zusammenarbeit sei in den regelmässigen Standortgesprächen, wie sie in der Mahnung vereinbart worden seien, laufend evaluiert worden, wobei weder die Leistungs- noch die Verhaltensziele als erfüllt hätten beurteilt werden können. Der Beschwerdegegner habe sein Recht auf rechtliches Gehör mit einer schriftlichen Stellungnahme vom 12. September 2011 (Urk. 4/19) wahrnehmen können, bevor dem Beschwerdegegner am 29. September 2011 der Entscheid, das Arbeitsverhältnis nicht mehr weiter zu führen, mündlich kommuniziert und begründet worden sei (Urk. 4/20). Der Beschwerdegegner habe erst nach diversen Folgegesprächen mit dem Personalleiter seine Lage realisiert. Grobe Lösungskonzepte hätten wegen des unkooperativen Verhaltens des Beschwerdegegners erst im Rahmen eines Gesprächs am 9. Januar 2012 unter Teilnahme des Direktoriums und des vom Beschwerdegegner beigezogenen Vertreters des Personalverbands diskutiert werden können. Diese Gespräche seien jedoch wegen der mittlerweile eingetretenen Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdegegners abgebrochen und auch nicht mehr aufgenommen worden. Aus den gegebenen rechtlichen Gründen (Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR) habe der gegenüber dem Beschwerdegegner am 29. September 2011 bereits kommunizierte unum-

Urteil

ETH-Beschwerdekommision

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2014, Ausgabe vom 22. Oktober 2014 160

stössliche Entscheid zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses bis zum 9. Juli 2012 nicht formell rechtsgültig verfügt werden können. Nach Ablauf der Sperrfrist habe die Beschwerdeführerin die Kündigung umgehend ausgesprochen. Angesichts dieses Faktums sei der direkte Bezug der Mahnung zur Kündigung in zeitlicher Hinsicht ohne Weiteres gegeben. Auch in sachlicher Hinsicht sei die Kündigung mit direktem Verweis auf die angemahnten Leistungs- und Verhaltenserwartungen ausgesprochen worden. Ob nun die unzureichende Projektakquisition, die fehlende Eigeninitiative sowie das Unvermögen der selbständigen Projektdurchführung als fehlende Eignung oder als ungenügende Leistung zu subsumieren sei, könne aufgrund des Vorliegens einer entsprechenden Mahnung offen bleiben; desgleichen sei für die zahlreichen, dokumentierten Regelverletzungen und Weisungsmissachtungen geringerer Intensität ohne Belang, ob eine Subsumtion unter Artikel 12 Absatz 6 Buchstabe a oder b BPG erfolge. 6. Die Arbeitgeberin begründet die Kündigung des Arbeitsverhältnisses von A_____ mit Artikel 12 Absatz 6 Buchstabe a, b und c BPG. Gemäss Artikel 12 Absatz 6 Buchstabe b BPG ist eine ordentliche Kündigung zulässig wegen Mängel in der Leistung oder im Verhalten, die trotz schriftlicher Mahnung anhalten oder sich wiederholen. Das Bundesgericht hat mit Urteil vom 30. Juni 2008 (1C_277/2007, E. 5.3) das Erfordernis einer schriftlichen Mahnung vor Erlass einer Kündigung auch auf die Kündigungsgründe nach Artikel 12 Absatz 6 Buchstabe a und c BPG ausgedehnt, dies obwohl schon eine solche im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt ist (Botschaft zu einer Änderung des Bundespersonalgesetzes vom 31. August 2011, Artikel 10 Absatz 3 und 4 BPG, BBl 2011 6703(-6732). Voraussetzung einer gültigen Kündigung ist damit gemäss Gerichtspraxis bei allen drei geltend gemachten Kündigungsgründen eine schriftliche Mahnung. Die schriftliche Mahnung der Arbeitgeberin vom 16. September 2010 ist vom Abteilungsleiter X_____, _____, wie auch vom Leiter Abteilung Personal, _____, unterzeichnet (Urk. 1/3). Der Beschwerdegegner hat die Mahnung am 16.

September 2010 in Empfang genommen, was er zwar nicht unterschriftlich bestätigt hat, aber nicht bestreitet. Nachfolgend ist zu prüfen, ob eine gültige Mahnung vorliegt. 6.1. Eine Mahnung liegt vor, wenn für den Fall erneuter schwerwiegender Mängel im Verhalten oder in der Leistung in verständlicher Form die Kündigung angedroht wird. Die Mahnung hat zum einen eine Rügefunktion, indem die später kündigende der andern Vertragspartei die begangenen Verfehlungen vorhält und sie zu künftigem vertragsgemäsem Verhalten anhält. Zum andern besitzt sie eine Warnfunktion, welche darin zum Ausdruck kommt, dass bei weiterem vertragswidrigem Verhalten die Kündigung ausgesprochen wird. Die Mahnung erfüllt die Rügefunktion nur dann, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Mängel im Verhalten oder in der Leistung nicht nur summarisch, sondern detailliert mitteilt und diese durch Verweis auf bestimmte Vorkommnisse belegen kann. Der Grundsatz von Treu und Glauben verlangt sodann neben klaren Hinweisen, wie sich der Arbeitnehmer künftig zu verhalten hat, zumindest konkludent die Androhung der ordentlichen Kündigung für den Fall der Nichtbeachtung der Mahnung, was deren Warnfunktion erfüllt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-897/2012 vom 13. August 2012 E. 5.3.2.1 mit Hinweisen).

6.2. Die Mahnung vom 16. September 2010 erfüllt die Rügefunktion nur, wenn die Arbeitgeberin die geltend gemachten Mängel im Verhalten oder in der Leistung detailliert und unter Verweis auf bestimmte Vorkommnisse belegen kann: In der Mahnung vom 16. September 2010 werden einleitend drei Gespräche erwähnt, welche die Arbeitgeberin mit dem Beschwerdegegner in unterschiedlicher personeller Zusammensetzung am 4. Mai, am 24. Juni sowie am 14. Juli 2010 geführt habe. Inhaltlich sei es dabei im Wesentlichen um die bestehende und künftige Zusammenarbeit wie auch um die Kooperationsbereitschaft gegangen. Trotz wiederholter Diskussion habe keine Basis für eine prosperierende Zusammenarbeit gefunden werden können. Im Gegenteil, das respektlose Verhalten des Beschwerdegegners gegenüber seinem Vorgesetzten habe ein Mass erreicht, welches eine konstruktive und effiziente Zusammenarbeit verunmöglicht habe. Die Mahnung enthält keine Angaben über konkrete Verfehlungen oder Mängel in der Leistung des Beschwerdegegners, sie verweist einzig auf die erwähnten Gespräche. Auch die Dokumentationen über diese drei Gespräche sind wenig hilfreich, da sie nicht als Protokolle betrachtet werden können, aus denen ersichtlich würde, dass der Beschwerdegegner für konkrete Verhaltensweisen abgemahnt worden wäre. Aktenkundig sind eine protokollarische Zusammenstellung der Anstände in der Zusammenarbeit mit dem Beschwerdegegner vom 24. März bis 14. Juli 2010 (Urk. 4/11), eine Protokollnotiz zum Gespräch vom 14. Juli 2010 (Urk. 4/12) mit Beilage (Erklärung im Hinblick auf eine zukünftige förderliche Zusammenarbeit zwischen _____, Leiter Abteilung X_____, und A_____. Ferner gibt es eine Aktennotiz von _____ zur Mahnung von A_____ vom 16. September 2010 (Urk. 15/4) sowie eine

Urteil

ETH-Beschwerdekommision

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2014, Ausgabe vom 22. Oktober 2014 161

weitere Unterlage von _____ zur schriftlichen Mahnung von _____ mit einer aus dem Gedächtnis in den Ferien zu Hause aufgeschriebenen Aufstellung von weiteren Vorhalten (Urk. 15/5). Den verschiedenen Dokumenten sind zahlreiche Vorkommnisse zu entnehmen, welche grundsätzlich sowohl unter Artikel 12 Absatz 6 Buchstabe a wie auch b BPG subsumiert werden können. Es fällt aber auf, dass es sich – wie vorstehend erwähnt – nicht um eigentliche Protokolle handelt, welche während der jeweiligen Besprechungen

verfasst und den Beteiligten zur Kenntnis gebracht worden wären, sondern es sind Aktennotizen, welche _____ im Nachgang zu den Besprechungen oder den einzelnen Vorfällen für sich selbst aufgezeichnet hat. Diese Aktennotizen erfüllen das Erfordernis nach einer detaillierten Mitteilung der geltend gemachten Vorbringen klarerweise nicht, da sie weder direkt mitgeteilt worden sind noch überhaupt konkret als Rüge formuliert wurden. Die Voraussetzungen einer rechtskonformen Abmahnung sind damit nicht gegeben. Sie können allenfalls ein Indiz für einen schwerwiegenden, seit Jahren bestehenden Konflikt zwischen dem Beschwerdegegner und seinem direkten Vorgesetzten sein. Darauf lassen im Übrigen auch die Ausführungen der Beschwerdeführerin schliessen, wonach der Abteilungsleiter immer wieder durch den Beschwerdegegner aufgebrachte unsachliche Positionen mit einer schriftlichen Erklärung habe abschliessend bereinigen wollen (Urk. 4 Rz. 10). Auch der zweite Abschnitt der Mahnung vom 16. September 2010 enthält keine detaillierte Mitteilung darüber, welches Verhalten dem Beschwerdegegner konkret vorgeworfen wird. Neben der allgemein gehaltenen Formulierung, «Ihr respektloses Verhalten gegenüber Ihrem Vorgesetzten hat ein Mass erreicht, welches eine konstruktive und effiziente Zusammenarbeit verunmöglicht.» werden sieben Erwartungen und zwei Verhaltensziele formuliert. Der Vorwurf des respektlosen Verhaltens des Beschwerdegegners gegenüber seinem Vorgesetzten ist pauschal gehalten und wird nicht durch Beispiele untermauert. Es wird insbesondere nicht präzisiert, um welche konkreten Vorkommnisse es sich handeln soll. Damit entfällt jede Rügewirkung. Auch die sieben formulierten Erwartungen und die zwei Verhaltensziele rügen keine bestimmten Vorfälle in der Vergangenheit, sondern sie richten sich auf ein Verhalten in der Zukunft. Sie erfüllen die Rügefunktion damit ebenfalls nicht. Es ist festzuhalten, dass die Mahnung vom 16. September 2010 die Rügefunktion beim Kündigungsgrund der schwerwiegenden Mängel im Verhalten oder in der Leistung gemäss Artikel 12 Absatz 6 Buchstabe b BPG nicht erfüllt und damit die Voraussetzung einer gültigen Kündigung fehlt. Nachdem die Mahnung vom 16. September 2010 auch keine Rügen allfälliger Verletzungen wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten durch den Beschwerdegegner oder aber Rügen mangelnder Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten, enthält, fehlt es auch an der notwendigen Voraussetzung einer gültigen Kündigung nach Artikel 12 Absatz 6 Buchstabe a und c BPG. Bei diesem Ausgang erübrigt es sich, auf die weitere Voraussetzung einer gültigen Mahnung, nämlich die Warnfunktion sowie deren allfällige Dauer, näher einzugehen. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses von A_____ vom 9. Juli 2012 durch die EMPA erweist sich demzufolge als nichtig. Der Antrag der EMPA auf Feststellung der Gültigkeit der ordentlichen Kündigung vom 9. Juli 2012 ist somit abzuweisen. 7. Ausserdem fällt auf, dass die Arbeitgeberin bei der Kündigungsandrohung (Gewährung des rechtlichen Gehörs) formelle Fehler begangen hat. Als Beleg für die mündlich ausgesprochene und begründete Kündigungsandrohung legte sie «eine Zusammenstellung der verwarnten Beanstandungen an das Direktorium“ ins Recht, welches als «Verwarnung A_____ vom 16. September 2010, Fazit (...) 16.9.2011 – 27.9.2011, zuhanden _____» betitelt ist (Urk. 4/20). Dieses Schreiben kann nicht als Beleg für eine rechtsgültige Androhung der Kündigung gelten. Dies schon allein deshalb nicht, weil es sich nicht konkret an den Beschwerdegegner richtet und ihm damit auch nicht unmissverständlich mitteilt, dass sein Arbeitsverhältnis aufgelöst werde, sondern es ist lediglich ein Bericht des direkten Vorgesetzten an das Direktorium. Auch die E-Mail des Personalchefs an den Direktor der EMPA vom 29. September 2011 (Urk. 4/21) ist als einfache Information mit keiner darüber hinausgehenden Wirkung zu qualifizieren. Die

Beschwerdeführerin moniert im Weiteren, der Beschwerdegegner habe sein Recht auf rechtliches Gehör mit der schriftlichen Stellungnahme vom 12. September 2011 (Urk. 4/19) wahrnehmen können. Der Beschwerdegegner gab diese Stellungnahme zur Zielerreichung ab. Auf eine Kündigungsandrohung nimmt die Stellungnahme nicht Bezug. Die Beschwerdeführerin hat weder ein schriftliches Protokoll über das Gespräch zur Kündigungsandrohung verfasst noch dem Beschwerdegegner die Kündigung schriftlich angedroht. Es ist offensichtlich, dass damit die Anforderungen an das rechtliche Gehör nicht erfüllt sind. Es liegt demzufolge keine gültige Kündigungsandrohung vor. 8. Die nichtige Kündigung nach Artikel 14 Absatz 1 BPG ist dem Wesen nach eine anfechtbare Kündigung (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-734/2011 vom 11. Juli 2011 E. 7, A-8111/2010 vom

Urteil

ETH-Beschwerdekommision

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2014, Ausgabe vom 22. Oktober 2014 162

15. April 2011 E. 5, A-5849/2009 vom 1. Juli 2010 E. 4.1 und A-621/2009 vom 20. August 2009 E. 4.1, je mit Hinweisen). Eine Kündigung, welche von der Beschwerdeinstanz als in diesem Sinne nichtig beurteilt wird, beendet das Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht. Das Bundespersonalrecht sieht primär die Weiterbeschäftigung an der bisherigen oder einer anderen zumutbaren Arbeitsstelle vor (Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG). Nur subsidiär zur Weiterbeschäftigung wird eine Entschädigung vorbehalten, nämlich für den Fall, dass die von der nichtigen Kündigung betroffene Person aus Gründen, die sie nicht zu vertreten hat, nicht bei einem Arbeitgeber nach Artikel 3 BPG weiterbeschäftigt wird (Art. 14 Abs. 5 BPG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 BPG; BVGE 2009/58 E. 6.2 mit Hinweisen). 8.1. Von einer Weiterbeschäftigung kann im Einzelfall abgesehen werden, wenn sich eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als unmöglich oder praktisch nicht sinnvoll erweist oder die Anordnung einer Weiterbeschäftigung aus andern Gründen nicht als angemessen erscheint (Urteil des Bundesgerichts 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 7). 8.2. Das BPG regelt nicht näher, welche Umstände eine Weiterbeschäftigung verunmöglichen. Auch in der Botschaft vom 14. Dezember 1998 zum BPG finden sich dazu keine Hinweise (BBl 1999 1618 ff., Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-734/2011 vom 11. Juli 2011 E. 7). Weil nach der gesetzlichen Regelung die Weiterbeschäftigung der Grundsatz und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Entschädigung die Ausnahme ist, darf nicht leichthin von der Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung ausgegangen werden. Die Beantwortung der Frage, ob eine Weiterbeschäftigung im konkreten Fall möglich ist, hängt nicht allein von der Bereitschaft des Arbeitgebers ab, die betroffene Person weiter zu beschäftigen, da dem Arbeitgeber diesbezüglich kein Wahlrecht zusteht (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-734/2011 vom 11. Juli 2011 E. 7). Andererseits soll der Arbeitgeber nicht entgegen allen Schwierigkeiten, welche sich durch eine Weiterbeschäftigung für ihn unter Umständen ergeben könnten, zur Weiterbeschäftigung verpflichtet werden. So können sich persönliche Differenzen zwischen einer zu Unrecht gekündigten Person sowie ihren Vorgesetzten als derart gravierend erweisen, dass das Vertrauensverhältnis zwischen diesen Personen endgültig zerstört und eine Weiterbeschäftigung faktisch gar nicht mehr möglich ist (BVGE 2009/58 E. 9.2). 8.3. Eine Wiedereinsetzung des Arbeitnehmers an seiner alten Arbeitsstelle kommt vorliegend nicht in Frage, da aufgrund der umfassenden Aktenlage als erstellt gelten kann, dass zwischen A_____ und seinem direkten Vorgesetzten, _____, seit vielen Jahren schwerwiegende Differenzen bestehen, welche zu einer vorübergehenden

Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdegegners aus gesundheitlichen Gründen geführt haben. Der direkte Vorgesetzte des Beschwerdegegners, _____, hat vor langer Zeit, in einem Schreiben vom 26. Februar 2005, welches sich an den Beschwerdegegner richtete, ausgeführt, eine zum Teil zu heftig ausgefallene Auseinandersetzung vom Vortag habe ihn sehr getroffen. Der Beschwerdegegner fühlte sich und seine Gruppe laut diesen Ausführungen bereits seit Jahren nicht genügend unterstützt durch den direkten Vorgesetzten (Urk. 30/2), worüber sich immer wieder Unstimmigkeiten ergeben hätten (Urk. 30/4, Urk. 30/2). Aus den Akten wird zudem ersichtlich, dass über die Jahre immer wieder periodisch Auseinandersetzungen über verschiedene Vorkommnisse aufgetreten sind, welche das Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschwerdegegner und seinem direkten Vorgesetzten nachhaltig zerstört haben. Neben vielen weiteren Hinweisen ist exemplarisch auf einen E-Mail-Austausch zwischen dem Beschwerdegegner, dem direkten Vorgesetzten und dessen Vorgesetztem vom 23. Juli 2009 hinzuweisen (Urk. 30/13). Der Beschwerdegegner verdächtigte seinen direkten Vorgesetzten anlässlich einer Sitzung, Gespräche zwischen ihnen mit einem Datenrecorder aufzunehmen, was seitens des direkten Vorgesetzten verneint wurde. Der Beschwerdegegner glaubte diesen Ausführungen nicht, und bekräftigte später nochmals per E-Mail vom selben Tag und weiter per E-Mail an den Personalverantwortlichen, _____, vom 26. November 2009, dass er keine Aufnahmen von Gesprächen jeglicher Art dulde (Urk. 30/12, Urk. 17/14). Im Nachgang zur E-Mail vom 23. Juli 2009 informierte der direkte Vorgesetzte seinen Vorgesetzten über die verschiedenen «Episoden» und die Misstrauensbekundungen des Beschwerdegegners. Er schrieb wörtlich in der E-Mail vom 23. Juli 2009 (23:34 Uhrzeit; Urk. 30/13), «Ich weiss nicht mehr weiter mit A_____. Verschiedene Episoden reihen sich aneinander. ... Dann ist untenstehende E-Mail gekommen und ich habe versucht einigermaßen gelassen zu antworten, obwohl mir langsam die Galle hochkommt. Bei solchen Misstrauensbekundungen habe ich ehrlich gesagt eine dünne Haut. ... Eine vernünftige Kommunikation ist fast nicht mehr möglich. ... Ich überschlafe die ganze Geschichte wieder einmal, aber auf die Dauer ist dieser Zustand unmöglich. Vielleicht wäre mal ein Gespräch mit _____ hilfreich? Oder hast du Vorschläge? Mein Anliegen wäre es, A_____ zu helfen, um die Situation zu entspannen. Aber ich weiss heute nicht mehr wie.“ Dieser Vorfall stellt im ganzen Konfliktablauf eine weitere Verschärfung dar, welche spätestens damals, im Jahre 2009, einer professionellen Konfliktbewältigung durch die Arbeitgeberin bedurft hätte. In einer Situation wie der geschilderten, in der seit Jahren ein schwerwie-

Urteil

ETH-Beschwerdekommision

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2014, Ausgabe vom 22. Oktober 2014 163

gender Konflikt besteht, der sich ständig neu entzündet, und wo der direkte Vorgesetzte für dessen Lösung seinen direkten Vorgesetzten um Hilfe ersucht hat, ist die Arbeitgeberin aufgrund ihrer Fürsorgepflicht verpflichtet, Massnahmen zur Konfliktbehebung zu treffen. Aus den Akten wird nicht ersichtlich, dass die EMPA auf den Hilferuf des direkten Vorgesetzten Massnahmen zur Konfliktbewältigung wie eine Mediation oder ein Coaching für _____ getroffen hätte. Stattdessen schrieb der direkte Vorgesetzte die verschiedenen Vorkommnisse seit März 2010 akribisch auf, dies sei laut Aussagen der Beschwerdeführerin in Absprache mit seinem Vorgesetzten geschehen. In den Akten befinden sich bereits aus früheren Jahren Notizen. Sie stammen aus den Jahren 2005, 2006, 2007, 2009, 2010 bis Ende 2011 (Urk. 9/3, Urk. 30/8, Urk. 30/10). Grundsätzlich ist der

Arbeitgeberin darin zuzustimmen, dass für eine Kündigung relevante Vorkommnisse aus beweisrechtlichen Gründen zu dokumentieren sind. Dennoch hat eine solche Dokumentation angemessen und lösungsorientiert zu erfolgen. Sie darf nicht zum Selbstzweck werden, sondern muss Grundlage für weitere Massnahmen bilden, welche den Konflikt zu lösen vermögen. Im zu beurteilenden Fall ist gerade dies aber nicht innert nützlicher Frist geschehen. Die Arbeitgeberin hat es versäumt, sowohl dem direkten Vorgesetzten bei seiner schwierigen Führungsarbeit beiseite zu stehen, wie auch den Beschwerdegegner in seiner Überforderung bei der Umsetzung der täglichen Arbeit zu unterstützen. Klassische Rollenverteilungen nach Opfer-/Täterkategorien greifen indessen zu kurz. Sie bringen für die Beurteilung dieses schwerwiegenden, komplexen, seit Jahren bestehenden Konflikts nichts. Ungeachtet der vorstehenden Ausführungen hat auch der Beschwerdegegner einen Teil der Verantwortung zu übernehmen. So scheint er gemäss den eingereichten Personalbeurteilungsformularen, deren Aussagekraft in diesen Verhältnissen nicht eindeutig ist, Schwierigkeiten in der Selbstorganisation, namentlich im Zeitmanagement, aber auch in der Fähigkeit zur effizienten Umsetzung des fachlichen Wissens in konkrete Projekte zu haben. Auch die Fähigkeit, sachgerecht und sachlich zu informieren, liess zu wünschen übrig, was sich in der täglichen Arbeit ständig negativ ausgewirkt hat (Urk. 4/5, Urk. 4/6, Urk. 4/7, Urk. 4/8, Urk. 4/9, Urk. 4/10, Urk. 17/24). Wie vorstehend erwähnt ist festzuhalten, dass zwischen den Parteien seit Jahren ein schwerwiegendes Zerwürfnis besteht. Die Vertrauensbasis ist nachhaltig gestört, die Verschuldensfrage ist nicht eindeutig. Fehler wurden von beiden Seiten begangen. Die Arbeitgeberin ist bei der Bewältigung dieses Konflikts der ihr obliegenden Fürsorgepflicht nicht nachgekommen. Ungeachtet der Verschuldensfrage steht fest, dass eine Rückkehr des Arbeitnehmers an seinen bisherigen Arbeitsplatz weder möglich ist noch den Parteien zugemutet werden kann.

9. Kann ein Angestellter trotz formeller Aufhebung einer Kündigung nicht weiterbeschäftigt werden, erfolgt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Sinne einer Fiktion zu demjenigen Zeitpunkt, da feststeht, dass der Angestellte trotz Aufhebung der Kündigung nicht weiterbeschäftigt werden kann (BVG 2009/58 E. 10). Demzufolge gilt das Arbeitsverhältnis zwischen dem Beschwerdegegner und der EMPA als mit Datum des vorliegenden Urteils aufgelöst. Die mit prozessleitender Verfügung vom 21. November 2012 angeordnete Fortzahlung des Arbeitslohnes von A_____ bei gleichzeitiger Freistellung endet ebenfalls mit Datum des vorliegenden Urteils.

10. Da die Kündigung nichtig ist, gilt der Beschwerdegegner als unverschuldet entlassen. Der unverschuldet Entlassene, der nicht weiterbeschäftigt werden kann, hat Anspruch auf eine Abgangsschädigung nach Artikel 19 Absatz 3 BPG i.V.m. Artikel 49 Absatz 2 PVO-ETH. Bei der Festsetzung der Entschädigung steht dem Arbeitgeber ein erheblicher Ermessensspielraum zur Verfügung, den er nach sachlichen Kriterien zu nutzen hat. Der Beschwerdegegner hat Jahrgang (...). Er ist seit dem 1. Dezember 1984 an der EMPA angestellt. Er hat damit praktisch sein gesamtes Arbeitsleben bei der EMPA verbracht. Er hat zudem Unterstützungsleistungen für seine Kinder zu erbringen, welche sich noch in der Ausbildung befinden. In Anbetracht dieser Umstände rechtfertigt es sich, dem Eventualantrag des Beschwerdegegners stattzugeben und ihm eine Abgangsschädigung in der Höhe eines Jahreslohnes zu entrichten.

11. Unabhängig vom Ausgang des vorliegenden Verfahrens sind Beschwerden in personalrechtlichen Angelegenheiten, ausgenommen bei hier nicht gegebener Mutwilligkeit, unentgeltlich (Art. 34 Abs. 2 BPG). Gemäss Artikel 64 VwVG i.V.m. Artikel 8 Absatz 2 VO über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (Kostenverordnung; SR 172.041.0) sowie Artikel 7 des Reglements

über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE; SR 173.320.2) haben ob- siegende Parteien Anspruch auf eine Parteientschädigung, welche sich nach dem notwendigen Zeit- aufwand bemisst (Art. 10 VGKE). Der Beschwerdegegner obsiegt vorliegend teilweise, indem sowohl seinem Hauptantrag auf Fest- stellung der Nichtigkeit der Kündigung wie auch seinem Subeventualantrag auf Ausrichtung einer Entschädigung von 12 Monatslöhnen stattgegeben wird; hinsichtlich der Weiterbeschäftigung unter-

Urteil

ETH-Beschwerdekommision

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2014, Ausgabe vom 22. Oktober 2014 164

liegt er indessen. Die ETH-BK richtet einen Stundenansatz von CHF 300.– aus (Art. 10 Abs. 2 VGKE). Dem teilweise obsiegenden Beschwerdegegner ist entsprechend seiner Kostennote eine pauschale Entschädigung von CHF 17 000.– (inkl. 8 % MwSt und Spesen) zu Lasten der EMPA zu entrichten. Der EMPA ist als Behörde keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG, Art. 8 Abs. 5 Kostenverordnung [BGE 121 II 240 E. 6]).

Urteil

ETH-Beschwerdekommision

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2014, Ausgabe vom 22. Oktober 2014 165

Demnach erkennt die ETH-Beschwerdekommision:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.