Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-6567/2008
{T 0/2}

Urteil vom 7. April 2009

Besetzung

Richter Lorenz Kneubühler (Vorsitz),
Richterin Kathrin Dietrich, Richter André Moser,
Gerichtsschreiberin Beatrix Schibli.

Parteien

A._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwältin
Dr. iur. Isabelle Häner,

gegen

Eidgenössische Technische Hochschule Zürich (ETH Zürich),
Rechtsdienst, Rämistrasse 101, 8092 Zürich ETH-Zentrum,
Beschwerdegegnerin,

ETH-Beschwerdekommission,
Postfach 6061, 3001 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

Sachverhalt:

A.
A._____ arbeitete seit dem 1. Dezember 2006 als Angestellter der ETH Zürich. Aufgrund von Unstimmigkeiten im Team wurde ihm von Seiten seines direkten Vorgesetzten im Herbst 2007 ein separates Büro zugewiesen.

B.
Mit schriftlich festgehaltener Aussage vom 30. November 2007 belastete eine Mitarbeiterin A._____ mit dem Vorwurf der Missachtung von Persönlichkeit und Respekt, der sexuellen Belästigung sowie systematischer Behinderung der Selbständigkeit am Arbeitsplatz. Eine weitere Mitarbeiterin belastete ihn mit schriftlicher Aussage vom 3. Dezember 2007 mit ähnlichen Vorkommnissen, welche zwischen September 2007 und Ende November 2007 stattgefunden haben sollen.

C.
Am 4. Dezember 2007 wurde A._____ zu einem Gespräch eingeladen, um ihn mit den erhobenen Vorwürfen zu konfrontieren. Am Ende des Gesprächs wurde ihm die Ankündigung der Auflösung des Arbeitsverhältnisses unter Fristansetzung zur Stellungnahme vorgelegt. Mit Schreiben vom 13. Dezember 2007 nahm der inzwischen anwaltlich vertretene A._____ zu den Vorwürfen Stellung. Am 20. Dezember 2007 kündigte die ETH Zürich das Arbeitsverhältnis mit A._____ ordentlich auf den 31. März 2008.

D.
Mit Eingabe vom 28. Januar 2008 erhob A._____ Einsprache bei der Personalabteilung der ETH Zürich. Er beantragte, die Nichtigkeit der Kündigungsverfügung vom 20. Dezember 2007 sei festzustellen, die Kündigungsverfügung sei aufzuheben, er sei über das Datum des 31. März 2008 unter fortlaufender Lohnzahlung weiterzubeschäftigen und der vorliegenden Einsprache/Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu gewähren.
Zur Begründung brachte A._____ vor, die ETH Zürich habe beim Erlass der Kündigung verschiedene Formvorschriften (rechtliches Gehör) verletzt. Sie sei zudem der Begründungspflicht nicht genügend nachgekommen.

E.
Am 27. Februar 2008 reichte die ETH Zürich bei der ETH-Beschwerdekommission Antrag auf Feststellung der Gültigkeit der Kündigung ein. Diese gewährte A._____ die beantragte Akteneinsicht in sein Personaldossier und in die Protokollaussagen der beiden Mitarbeiterinnen, wobei deren Namen abgedeckt wurden. Im Rahmen der Beschwerdeantwort vom 29. Mai 2008 nahm A._____ Stellung zu den schriftlich festgehaltenen Aussagen seiner Mitarbeiterinnen. Die ETH-Beschwerdekommission hiess am 2. September 2008 den Antrag der ETH Zürich auf Feststellung der Gültigkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses von A._____ gut und wies den von diesem in der Eingabe vom 29. Mai 2008 eventualiter vorgebrachten Antrag auf Ausrichtung einer Abgangsentschädigung ab. Sie begründete ihren Entscheid damit, dass die Verletzung des rechtlichen Gehörs dadurch geheilt worden sei, dass A._____ vor der ETH-Beschwerdekommission Akteneinsicht erhalten habe und im Rahmen eines doppelten Schriftenwechsels sich einlässlich auch zu den schriftlichen Aussagen der beiden Mitarbeiterinnen habe äussern können. Zudem habe die ETH Zürich ihre Begründungspflicht nicht verletzt. Die Aussagen der beiden Mitarbeiterinnen seien glaubhaft, weswegen es sich in antizipierter Beweiswürdigung erübrige, weitere Beweismassnahmen wie die von A._____ vorgeschlagenen Zeugeneinvernahmen vorzunehmen. A._____ habe somit gegen Art. 4 des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (GlG, SR 151.1) und Art. 53 der Verordnung des ETH-Rates über das Personal im Bereich der Eidgenössischen Technischen Hochschulen vom 15. März 2001 (PVO-ETH, SR 172.220.113) verstossen, womit Art. 12 Abs. 6 Bst. a des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) erfüllt und die Kündigung rechtmässig sei.

F.
Dagegen erhebt A._____ (Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 16. Oktober 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt, das Urteil der ETH-Beschwerdekommission (Vorinstanz) sei aufzuheben. Zudem sei festzustellen, dass die Kündigungsverfügung der ETH Zürich (Beschwerdegegnerin) vom 20. Dezember 2007 im Sinne von Art. 14 Abs. 1 BPG nichtig sei. Demgemäss sei er von der Beschwerdegegnerin weiterzubeschäftigen. Eventualiter sei ihm eine Abgangsentschädigung von zwei Jahreslöhnen zuzusprechen. Zudem beantragt der Beschwerdeführer, es seien ihm aufgrund der auf-

schiebenden Wirkung der Beschwerde, eventualiter im Sinne einer vorsorglichen Massnahme, rückwirkend ab dem 1. April 2008 und für die Dauer des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht von der Beschwerdegegnerin die Lohnzahlungen auszurichten. Ausserdem sei eine Parteiverhandlung im Sinne von Art. 40 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) unter Ausschluss der Öffentlichkeit anzuordnen.
Der Beschwerdeführer begründet seine Beschwerde damit, dass der angefochtene Entscheid in mehrfacher Hinsicht sowohl das massgebende Bundesgesetzesrecht als auch die grundrechtlichen Verfahrensgarantien gemäss Art. 29 BV und Art. 6 EMRK verletze. Die angefochtene Kündigung sei schon deswegen eine unbegründete Kündigung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Bst. b BPG, weil der Kündigung keine schriftliche Mahnung vorausgegangen sei. Auch verstosse die Kündigung gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Zudem rügt der Beschwerdeführer, er werde durch das prozessuale Vorgehen der Vorinstanz gezwungen, seine Unschuld in einem schriftlichen Verfahren zu beweisen (Umkehr der Beweislast und Missachtung der Unschuldsvermutung), um nur schon die Durchführung eines Beweisverfahrens, wie es im Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK einem fairen Verfahren entspreche, zu erreichen. Dementsprechend wiederholt der Beschwerdeführer sein Begehren, verschiedene Personen als Zeugen oder Auskunftspersonen einzuvernehmen. Zusätzlich seien er selbst als Partei und die beiden Mitarbeiterinnen persönlich zu befragen.

G.
Am 20. Oktober 2008 hat das Bundesverwaltungsgericht in einer Zwischenverfügung festgestellt, dass der eingereichten Beschwerde vom 16. Oktober 2008 aufschiebende Wirkung zukomme.

H.
In ihrer Beschwerdeantwort vom 7. November 2008 beantragt die Beschwerdegegnerin, die prozessualen Anträge der Gegenpartei seien abzuweisen, der Entscheid der Vorinstanz zu bestätigen und die Rechtmässigkeit der Kündigungsverfügung vom 20. Dezember 2007 festzustellen.
Zur Begründung bemerkt die Beschwerdegegnerin, es handle sich beim Erfordernis, dass vor der Kündigung eine Mahnung zu erfolgen habe, um eine Praxisänderung des Bundesgerichts. Zudem weist sie

darauf hin, dass insbesondere die Einvernahme von B._____ als Zeugen oder Auskunftsperson keinen Erkenntnisgewinn bringe, da B._____ emeritiert und somit nicht regelmässig im Büro sei.

I.
Mit Vernehmlassung vom 10. November 2008 hält die Vorinstanz an ihrem Urteil fest. Hinsichtlich der Rüge der Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips wendet sie ein, dass es sich beim Beschwerdeführer nicht um einen langjährigen Mitarbeiter handle und bei gegebener Sachlage durchaus eine fristlose Kündigung die Folge hätte sein können.

J.
In der Replik vom 10. Dezember 2008 hält der Beschwerdeführer an seinen Rechtsbegehren sowie an der Begründung fest.

K.
Mit Eingabe vom 12. Dezember 2008 hat die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers eine detaillierte Kostennote eingereicht.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist. Im vorliegend zur Beurteilung stehenden Bereich des Bundespersonalrechts besteht keine derartige Ausnahme (vgl. Art. 32 Abs. 1 Bst. c VGG), weshalb die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht zulässig ist.

2.
Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Als formeller und materieller Verfügungsadressat hat

der Beschwerdeführer ohne weiteres ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung der Vorinstanz.

3.
Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist einzutreten.

4.
Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen von Bundesrecht – einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts und Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

5.
Im vorliegenden Verfahren ist strittig, ob der Beschwerdeführer gegen gesetzliche Pflichten verstossen hat und somit ein Grund für die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber gestützt auf Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG gegeben ist. Die Vorinstanz stützte sich bei ihrem Entscheid auf die schriftlichen Aussagen der beiden Mitarbeiterinnen, eine Aktennotiz des zuständigen Personalleiters, welche die Geschehnisse vom 15. November 2007 bis zum 14. Dezember 2007 chronologisch auflistet, und die schriftliche Stellungnahme des Beschwerdeführers in seiner Antwort zu den schriftlichen Aussagen der beiden Mitarbeiterinnen. Sie nahm keine mündliche Befragung des Beschwerdeführers und der beiden Mitarbeiterinnen vor. Auch verzichtete die Vorinstanz in antizipierter Beweiswürdigung darauf, die vom Beschwerdeführer als Zeugen aufgeführten Personen einzuvernehmen. Es fragt sich, ob die Vorinstanz damit über genügende Entscheidgrundlagen verfügte oder ob sie den Sachverhalt ungenügend abgeklärt hat.

5.1 Gemäss Art. 12 VwVG stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest und bedient sich nötigenfalls der in Art 12 VwVG aufgeführten Beweismittel.

5.2 Art. 12 Bst. b VwVG nennt als Beweismittel die Auskünfte der Parteien. Diese können durch mündliche Befragung anlässlich einer Parteiverhandlung eingeholt werden (Art. 57 Abs. 2 VwVG). Gesprächsweise Abklärungen im Rahmen von Instruktionsverhandlungen haben den Vorteil, dass sie ein differenzierteres Bild über bestimmte Sach-

verhaltselemente vermitteln können als schriftliche Stellungnahmen. Sie erlauben ein spontanes Reagieren und Nachfragen und können insbesondere dort angezeigt sein, wo ein erschöpfendes, auch persönliche oder intime Aspekte umfassendes Bild einer Person oder von Situationen erhoben werden muss (CHRISTOPH AUER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 12, Rz. 33). Vorliegend wäre eine mündliche Befragung des Beschwerdeführers angebracht gewesen, da unter anderem Vorwürfe der sexuellen Belästigung von Mitarbeiterinnen erhoben wurden und ein persönlicher Eindruck des Beschwerdeführers, wie er nur bei mündlicher Befragung gewonnen werden kann, für die Gesamtbetrachtung aufschlussreich gewesen wäre.

5.3 Des Weiteren werden in Art. 12 Bst. c VwVG Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen als Beweismittel angeführt. Drittpersonen sind all jene unbeteiligten Personen, die nicht Partei im Sinne von Art. 6 VwVG sind. Auch von Personen, welche kein unbefangenes Verhältnis zum Verfügungsadressaten haben, können und sollen Auskünfte eingeholt werden. Allerdings sind Drittpersonen in einem solchen Fall nicht als Zeugen, sondern als Auskunftspersonen einzuvernehmen (AUER, a.a.O., Art. 12, Rz. 36). Es fragt sich, ob es für die genügende Ermittlung des Sachverhalts notwendig gewesen wäre, die vom Beschwerdeführer vorgeschlagenen Auskunftspersonen zu befragen. Ausserdem muss die Frage beantwortet werden, ob sich die Vorinstanz damit begnügen konnte, auf die protokollierten Aussagen der beiden Mitarbeiterinnen abzustellen, oder ob sie diese nicht mündlich und persönlich hätte einvernehmen müssen. Fraglich ist auch, ob Ergänzungsfragen des Beschwerdeführers hätten zugelassen werden müssen.

5.3.1 Eine Mitarbeiterin erhebt den Vorwurf, der Beschwerdeführer habe Büroutensilien und Geschirr verschmutzt und das Geschirr habe von der Mitarbeiterin gereinigt werden müssen. Die Mitarbeiterin gab diesbezüglich zu Protokoll, dieses Problem sei an der Teamsitzung thematisiert worden, worauf der Beschwerdeführer lediglich in die Hände geklatscht und Bravo gerufen habe. Dieser Vorfall muss von allen Teilnehmern der Teamsitzung wahrgenommen worden sein. Zudem wurde die Anschuldigung erhoben, der Beschwerdeführer habe das Büromobiliar so versetzt und mit Gewalt blockiert, dass die Sicht und Aufmerksamkeit nur auf ihn habe gerichtet werden können. Dies muss zumindest vom Büronachbar und wahrscheinlich auch von weiteren

Mitarbeitern bemerkt worden sein. Des Weiteren wird angeführt, der Beschwerdführer habe dem Vorgesetzten gegenüber Pläne bezüglich einer (fiktiven) gemeinsamen Wohnung mit der Mitarbeiterin gemacht. Eine solche Bemerkung kann dem Vorgesetzten nicht entgangen sein. Alle diese Vorwürfe müssen somit insbesondere für den direkten Vorgesetzten, aber auch weitere Personen, welche im Team mitarbeiteten oder ihr Büro in unmittelbarer Nähe des Beschwerdeführers hatten, wahrnehmbar gewesen sein. Sodann liegt die Vermutung nahe, dass vor allem Mitarbeiter, welche sich normalerweise in räumlicher Nähe des Beschwerdeführers aufgehalten haben, Annäherungsversuche von diesem gegenüber den Mitarbeiterinnen bzw. eine von Angst geprägte Arbeitsatmosphäre ebenfalls bemerkt haben bzw. hätten. Aussagen von Drittpersonen zu konkreten Vorwürfen wie auch zur Arbeitsatmosphäre im Allgemeinen hätten folglich Aufschluss über die grundsätzliche Glaubhaftigkeit der Aussagen des Beschwerdeführers und der Mitarbeiterinnen geben können, weshalb im vorliegenden Fall auf die Einvernahme weiterer Personen, welche im Zeitraum von September 2007 bis Dezember 2007 in der ETH Zürich gearbeitet hatten, nicht verzichtet werden konnte. Selbst wenn, wie die Beschwerdegegnerin geltend macht, der Büronachbar des Beschwerdeführers emeritiert und während der fraglichen Zeitspanne nicht regelmässig im Büro anwesend war, kann er allenfalls aufschlussreiche Beobachtungen gemacht haben. Die vom Beschwerdeführer vorgeschlagenen Personen, jedenfalls der Vorgesetze und der Büronachbar, hätten deshalb einvernommen werden müssen.

5.3.2 Zum Erfordernis der persönlichen mündlichen Einvernahme der beiden Mitarbeiterinnen lässt sich festhalten, dass die entscheidkompetente Behörde keinen unmittelbaren Eindruck gewinnen kann, wenn Personen nicht persönlich mündlich einvernommen werden. Ohne persönlichen Eindruck ist die Unbefangenheit der Befragten und die Glaubwürdigkeit der Auskünfte nur schwer zu beurteilen (vgl. AUER, a.a.O., Art. 12, Rz. 40). Gerade in diesem Fall, in welchem es um Vorwürfe von Missachtung der Persönlichkeit, Respekt sowie der sexuellen Belästigung geht, wäre es besonders wichtig gewesen, einen persönlichen Eindruck von den beiden Mitarbeiterinnen zu erhalten. Der Beschwerdeführer führt aus, er habe mit der einen Mitarbeiterin schon ab August 2005 eine intime Beziehung gehabt. Besonders unter solchen Umständen kann nicht zum vornherein mit Sicherheit ausgeschlossen werden, dass aufgrund einer persönlichen Angelegenheit zwischen dem Beschwerdeführer und einer

Mitarbeiterin zu Unrecht Vorwürfe der sexuellen Belästigung erhoben werden. Es kann auch nicht zum vornherein davon ausgegangen werden, dass sich die beiden Mitarbeiterinnen nicht abgesprochen haben.

5.3.3 Was das Zulassen von Ergänzungsfragen des Beschwerdeführers an die beiden Mitarbeiterinnen anbelangt, ist festzuhalten, dass die Verwertung von Auskünften im Sinne von Art. 12 Bst. c VwVG die Gewährung des Anspruchs auf rechtliches Gehör voraussetzt. Bei der Zeugeneinvernahme konkretisiert sich der Gehörsanspruch im grundsätzlichen Recht der Parteien zur Teilnahme an der Einvernahme (Art. 18 VwVG). Anders als bei der Einvernahme eines Dritten als Zeugen ergeben sich bei der formlosen Befragung einer Auskunftsperson die Rechte der Partei auf Teilnahme am Verfahren und auf das Stellen von Ergänzungsfragen nicht direkt aus dem Gesetz. Der beim Zeugenbeweis zu beachtende Art. 18 VwVG gilt jedoch nach der Praxis des Bundesgerichts und einhelliger Lehre sinngemäss auch für die Befragung von Auskunftspersonen. Demnach sind Einvernahmen von Auskunftspersonen grundsätzlich in Anwesenheit der Parteien durchzuführen (BGE 130 II 169 E. 2.3.5 mit Hinweisen; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 3.132, BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in: VwVG: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Art. 18, Rz. 10, AUER, a.a.O., Art. 12, Rz. 41). Allerdings steht der Behörde bei der Beurteilung der Frage, ob hinreichende Gründe bestehen, um die Parteien ausnahmsweise von der Anhörung der Auskunftsperson auszuschliessen, ein Ermessensspielraum zu. Sie kann sich dabei an den in Art. 18 Abs. 2 VwVG bei Zeugeneinvernahmen vorgesehenen Verweigerungsgründen (Wahrung wesentlicher öffentlicher oder privater Interessen) orientieren, verfügt jedoch über ein weiter gehendes Ermessen als die gesetzliche Ordnung bei Zeugeneinvernahmen zulässt (BGE 130 II 169 E. 2.3.5; AUER, a.a.O., Art. 12, Rz. 41). Immerhin hat aber das Bundesgericht den blossen Hinweis, dass es nützlich sei, eine Auskunftsperson in einem ungezwungenen Rahmen zu Wort kommen zu lassen, nicht als genügend erachtet, um die Partei von der Anhörung der Auskunftsperson auszuschliessen. Als genügend erachtete es hingegen die Tatsache, dass die Auskunftsperson durch die Partei im Hinblick auf Aussagen vor Behörden tätlich bedroht worden war (BGE 130 II 169 E. 2.3.5). Vorliegend gibt es soweit ersichtlich keine konkreten Hinweise darauf, dass die beiden Mitarbeiterinnen durch

den Beschwerdeführer gefährdet sind und dieser deswegen von der Teilnahme an der Einvernahme auszuschliessen gewesen wäre. Andernfalls wäre auch eine Befragung durch die Rechtsvertretung des Beschwerdeführers oder eine örtlich getrennte Befragung in Frage gekommen. Im hier zu beurteilenden Fall, in welchem die Aussagen zu den erhobenen Vorwürfen diametral auseinandergehen und zu einer der beiden Mitarbeiterinnen angeblich ein intimes Verhältnis bestand, hätte eine Einvernahme unter Einbezug von Ergänzungsfragen des Beschwerdeführers stattfinden müssen, um die Glaubwürdigkeit der Aussagen besser zu beurteilen und den Sachverhalt genauer zu erfassen.

5.4 Abschliessend kann deshalb festgehalten werden, dass die Beschwerdegegnerin weitere Personen als Auskunftspersonen hätte einvernehmen müssen, um den Sachverhalt genügend abzuklären. Den Vorgesetzten, den Büronachbar und allenfalls weitere Personen hätte sie persönlich mündlich befragen müssen, um sich einen unmittelbaren Eindruck der befragten Personen zu verschaffen. Dem Beschwerdeführer hätte Gelegenheit gegeben werden müssen, den Mitarbeiterinnen Ergänzungsfragen zu stellen. Die Beschwerdegegnerin als verfügende Behörde ist ihrer Pflicht, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären (Art. 12 VwVG) nur ungenügend nachgekommen und hat den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt. Die Vorinstanz ihrerseits hätte entweder den Entscheid aufheben und die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Beschwerdegegnerin zurückweisen oder die Einvernahmen und Befragungen nachholen müssen.

5.5 Bei diesem Ergebnis fragt sich noch, ob das Bundesverwaltungsgericht die unterlassene, vollständige Abklärung des Sachverhalts selber nachholen sollte. Dazu ist festzuhalten, dass die persönliche Befragung des Beschwerdeführers, der Mitarbeiterinnen, des Vorgesetzten, des Büronachbars und evtl. weiterer vom Beschwerdeführer vorgeschlagenen Personen eine aufwändige Beweiserhebung darstellt. Darüber hinaus ist es auch nicht Sache des Gerichts, als zweite Rechtsmittelinstanz die Unterlassungen der Beschwerdegegnerin bzw. der Vorinstanz nachzuholen, zumal dem Beschwerdeführer dadurch der Instanzenzug verkürzt würde. Die Beschwerde ist deshalb insoweit gutzuheissen, als der angefochtene Entscheid aufzuheben ist. Da die Abklärung des Sachverhalts am besten durch die Beschwerdegegnerin erfolgt, rechtfertigt es sich, die Angelegenheit

direkt an diese zurückzuweisen (zu dieser Möglichkeit MADELEINE CAMPRUBI, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 61, Rz. 9 ; PHILIPPE WEISSENBERGER, in: VwVG: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Art. 61, Rz. 21).

6.
Da der Entscheid aufgehoben und die Angelegenheit zur Neubeurteilung zurückgewiesen wird, erübrigt es sich, die beantragte Parteiverhandlung im Sinne von Art. 40 VGG anzuordnen.

7.
Aus prozessökonomischen Gründen wird im Folgenden kurz auf das Erfordernis der vorgängigen Mahnung im Falle einer ordentlichen Kündigung wegen Verletzung wichtiger gesetzlicher Pflichten (Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG) eingegangen.

7.1 Dem Beschwerdeführer wurde am 20. Dezember 2007 gestützt auf Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG gekündigt. Erst nach der Kündigung durch die Beschwerdegegnerin, nämlich am 30. Juni 2008, hielt das Bundesgericht fest, dass auch im Falle von Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG der Arbeitnehmer vor der Kündigung schriftlich gemahnt werden müsse (Urteil des Bundesgerichts 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 5.3). Eine Praxisänderung im eigentlichen Sinne liegt nicht vor, da sich das Bundesgericht vorher noch nie mit der Frage auseinandergesetzt hatte, ob im Falle von Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG eine vorgängige Mahnung erforderlich ist. Jedoch verlangten bis zum Entscheid des Bundesgerichts vom 30. Juni 2008 weder die frühere Eidgenössische Personalrekurskommission noch das Bundesverwaltungsgericht, dass der Arbeitnehmer im Falle von Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG zuerst schriftlich gemahnt werden müsse, bevor das Arbeitsverhältnis gekündigt werden könne (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-6517/2007 vom 9. April 2008 E. 7.2 und A-6609/2007 vom 17. Dezember 2007 E. 4, Entscheide der Eidgenössischen Personalrekurskommission (PRK) vom 22. Dezember 2004 und 16. Juni 2004, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB], VPB 69.57 E. 3f und VPB 68.150 E. 6).

7.2 Die Frage, ob das Erfordernis der vorgängigen schriftlichen Mahnung für die am 20. Dezember 2007 ergangene Kündigung bereits gegolten hätte, kann hier offen gelassen werden, da der Entscheid aufgehoben und die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die

Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird. Diese wird bei der Neubeurteilung der Angelegenheit in Kenntnis des Bundesgerichtsentscheids vom 30. Juni 2008 das Erfordernis der vorgängigen Mahnung im Falle einer Kündigung gestützt auf Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG zu berücksichtigen haben.

8.

Obwohl das Bundesverwaltungsgericht die Angelegenheit zurückweist, rechtfertigt es sich, im Hinblick auf deren Neubeurteilung auf den Vorwurf des Beschwerdeführers, die Kündigung verstosse gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, ebenfalls kurz einzugehen. Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips muss eine Verwaltungsmassnahme ein geeignetes und erforderliches Mittel zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zwecks darstellen. Lässt sich dieser mit einem milderen Mittel erreichen, so ist dieses zu wählen. Dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechend muss die Kündigung deshalb stets ultima ratio sein. Sie ist ausgeschlossen, wenn dem Arbeitgeber mildere Massnahmen zur Verfügung stehen, um die eingetretene Störung des Arbeitsverhältnisses in zumutbarer Weise zu beheben (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6550/2007 vom 29. April 2008 E. 6 mit weiteren Hinweisen). Diese Grundsätze sind auch für die ordentliche Auflösung des Dienstverhältnisses zu beachten (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6550/2007 vom 29. April 2008 E. 6; vgl. auch Entscheid der PRK vom 16. Juni 2004, VPB 68.150 E. 4e und 6b). Die Beschwerdegegnerin wird dies somit bei der Neubeurteilung der Sache zu berücksichtigen und allenfalls im Nachgang zu einer Disziplinaruntersuchung eine Disziplinarmassnahme gemäss Art. 58a Abs. 3 PVO-ETH zu verhängen haben.

9.

Gemäss Art. 34 Abs. 2 BPG sind das erstinstanzliche Verfahren sowie das Beschwerdeverfahren in Personalrechtssachen nach den Artikeln 35 und 36 BPG kostenlos. Es sind demnach keine Verfahrenskosten zu erheben.

10.

Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG ist der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Antrag hin eine Entschädigung für ihr erwachsene und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen. Da in diesem Fall das Verfahren direkt an die Beschwerdegegnerin zur

Neubeurteilung zurückgewiesen wird (vgl. oben E. 5.5), ist vorliegend nicht nur eine Parteientschädigung bezüglich des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht, sondern auch vor der Vorinstanz zuzusprechen.

Anstelle einer Kostennote hat die Vertreterin des Beschwerdeführers am 12. Dezember 2008 eine Aufstellung der gesamten Kosten eingereicht, die sie ihrem Mandanten offenbar in Rechnung gestellt hat. Für den Zeitraum zwischen dem 26. September und dem 12. Dezember 2008 – also während des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht – werden auch Aufwendungen geltend gemacht, die sich teilweise nicht direkt, jedenfalls nicht für das Gericht ersichtlich, auf das Beschwerdeverfahren zurückführen lassen, etwa ein „Schreiben ETH“ vom 21. November 2008 oder eine „Abklärung Retentionsrecht“ vom 5. Dezember 2008. Dieselben Überlegungen treffen auch für die Kosten vor der Vorinstanz zu. Nicht entschädigungsfähig erscheinen etwa die Bemühungen von anfangs Dezember 2007 zur Abwendung der Kündigung durch die ETH. Die Parteientschädigung bezüglich beider Verfahren ist deshalb ermessensweise auf Fr. 15'000.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird insoweit gutgeheissen, als der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 2. September 2008 aufgehoben und die Sache zum weiteren Vorgehen im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.
Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 15'000.- zu entrichten.

4.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter: Die Gerichtsschreiberin:

Lorenz Kneubühler Beatrix Schibli

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: