Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-5893/2007
{T 0/2}

Urteil vom 11. April 2008

Besetzung

Richterin Marianne Ryter Sauvant (Vorsitz),
Richterin Kathrin Dietrich, Richter Jérôme Candrian,
Gerichtsschreiberin Yasemin Cevik.

Parteien

A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Peter A. Sträuli,
Beschwerdeführer/Beschwerdegegner,

gegen

EMPA,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Alfred Schütz,
Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin,

ETH-Beschwerdekommission,
Vorinstanz.

Gegenstand

Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

Sachverhalt:

A.
Seit dem 15. April 1985 ist A._____ als technischer Fachspezialist in der Gruppe X._____ bei der Eidgenössischen Materialprüfungs- und Versuchsanstalt für Industrie, Bauwesen und Gewerbe (EMPA) angestellt. Da seit Mitte 1999 ein schwerwiegender Konflikt in der Gruppe X._____ bestand, der weder durch Konfliktlösungs- und Vermittlungsmassnahmen noch durch Verweise an die Konfliktbeteiligten erledigt werden konnte, kündigte die EMPA mit Verfügung vom 13. Juni 2006 das Arbeitsverhältnis mit A._____ auf den 31. Dezember 2006. Gleichzeitig mit der Kündigung verfügte sie zudem die Freistellung von A._____, welche faktisch schon seit dem 4. April 2006 vollzogen wurde, und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Gegen die Kündigung reichte A._____ am 5. Juli 2006 intern Einsprache bei der Direktion der EMPA und am 11. Juli 2006 Beschwerde bei der Beschwerdekommission der Eidgenössischen Technischen Hochschule (ETH-Beschwerdekommission) ein. Dabei beantragte er die Aufhebung der Kündigungsverfügung und die Fortführung des Arbeitsverhältnisses. Im Sinne von Eventualanträgen verlangte er, es sei ihm entweder eine andere zumutbare Stelle anzubieten oder eine Entschädigung in der Höhe von mindestens zwei Jahreslöhnen auszurichten.

B.
Als Arbeitgeberin beantragte die EMPA mit Eingabe vom 29. August 2006 an die ETH-Beschwerdekommission die Feststellung der Gültigkeit der ausgesprochenen Kündigung vom 13. Juni 2006 und die Abweisung der Beschwerde von A._____.

C.
Auf Antrag von A._____ stellte die ETH-Beschwerdekommission mit Präsidialverfügung vom 29. Dezember 2006 die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wieder her und wies die EMPA an, die Lohnfortzahlung an A._____ bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens vorzunehmen. Gleichzeitig wurde die Freistellung von A._____ bestätigt. Die dagegen von der EMPA eingereichte Beschwerde wurde vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 29. März 2007 abgewiesen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-385/2007 vom 29. März 2007).

D.
Mit Verfügung vom 3. Juli 2007 wies die ETH-Beschwerdekommission den Antrag der EMPA auf Feststellung der Gültigkeit der Kündigung ab (Ziff. 1) und verpflichtete die EMPA, A._____ eine Abgangsentschädigung von 24 Monatslöhnen zu bezahlen, abzüglich des bezahlten Lohnes ab dem 1. Januar 2007 (Ziff. 3). Die angeordnete Lohnfortzahlungspflicht ende mit Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils (Ziff. 2). Weiter wurde die EMPA verpflichtet, A._____ eine Parteientschädigung von Fr. 22'761.- zu bezahlen (Ziff. 5).

E.
Mit Eingabe vom 5. September 2007 führt A._____ (Beschwerdeführer) gegen die Verfügung der ETH-Beschwerdekommission (Vorinstanz) vom 3. Juli 2007 Beschwerde. Er beantragt die Ergänzung der angefochtenen Verfügung dahingehend, dass die EMPA (Beschwerdegegnerin) zu verpflichten sei, ihm die bisherige oder eine andere zumutbare Arbeit anzubieten; im ersten Fall unter Anrechnung der Entschädigung; im Letzteren ohne Anrechnung der Entschädigung. In verfahrensmässiger Hinsicht beantragt er, während des Verfahrens sei die Freistellung aufzuheben und ihm sei die frühere oder eine andere zumutbare Arbeit zuzuweisen. Zur Begründung führt er aus, die Vorinstanz habe zwar den Sachverhalt so wie von ihm beantragt gewürdigt, jedoch nicht die Rechtsfolgen der Fortführung des Arbeitsverhältnisses bzw. die Zuweisung einer anderen zumutbaren Arbeitsstelle. Zur Aufhebung der Freistellung macht er geltend, er sei jederzeit und unverzüglich bereit, seine Freistellung aufzugeben und seine bisherige Stelle wieder einzunehmen. Er sei der Meinung gewesen, dass sich dies von selbst verstehe und nicht eigens beantragt werden müsse. Mit dem Hauptantrag auf Wiedereinstellung dürfte auch gesagt sein, dass eine vorsorgliche Wiedereinstellung ebenfalls umfasst sei. Der Vorwurf der Vorinstanz, er habe die Freistellung auf dem Weg der vorsorglichen Massnahmen nicht bekämpft, weshalb er auch keine definitive Einstellung erwarten könne, sei nicht nachvollziehbar. Denn die Beschwerdegegnerin habe die Freistellung gegen seinen Willen angeordnet.

F.
Die EMPA (Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin) erhebt mit Eingabe vom 7. September 2007 beim Bundesverwaltungsgericht gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 3. Juli 2007 ebenfalls Beschwerde. Sie beantragt die Aufhebung der Ziff. 1, 2, 3 und 5 der angefochtenen

Verfügung. Weiter sei festzustellen, dass die erfolgte Kündigung des Arbeitsvertrags des Beschwerdeführers/Beschwerdegegners per 31. Dezember 2006 gültig erfolgt sei. Eventualiter sei sie zu verpflichten, dem Beschwerdeführer/Beschwerdegegner eine Abgangsentschädigung in der Höhe von 12 Monatslöhnen zu bezahlen, gegen Verrechnung des Bruttolohnes ab dem 1. Januar 2007.

G.
Die Vorinstanz äusserte sich mit Schreiben vom 24. September 2007 zu der vom Beschwerdeführer/Beschwerdegegner beantragten Aufhebung der Freistellung und Zuweisung der früheren oder einer anderen zumutbaren Arbeit während des Verfahrens dahingehend, dass sie mit Präsidialverfügung vom 29. Dezember 2006 nicht über die Freistellung als solche befunden habe, weil die Aufhebung derselben vom Beschwerdeführer/Beschwerdegegner nicht beantragt worden sei. In ihrer angefochtenen Verfügung habe sie die Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers/Beschwerdegegners aufgrund der sehr schwierigen Verhältnisse am Arbeitsplatz nicht zuletzt auch für diesen als unzumutbar erachtet. Da der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner mittlerweile anderer Meinung sei, sehe sie sich nicht veranlasst, sich strikte gegen die Aufhebung der Freistellung auszusprechen.

H.
Mit Stellungnahme vom 24. September 2007 beantragt die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin die Abweisung des Begehrens des Beschwerdeführers/Beschwerdegegners um Aufhebung der Freistellung und Zuweisung der früheren oder einer anderen zumutbaren Arbeit während des Verfahrens. Da auch sie die Verfügung der Vorinstanz angefochten habe, sei diese noch nicht rechtskräftig geworden. Ob eine gültige oder eine ungültige Kündigung vorliege und was eine ungültige Kündigung für Folgen hätte, sei im Hauptverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht zu entscheiden. Bevor in der Sache rechtskräftig entschieden worden sei, sei es nicht angezeigt, über die beantragte vorsorgliche Massnahme zu entscheiden. Für sie sei eine Rückkehr des Beschwerdeführers/Beschwerdegegners weder zumutbar noch möglich. Hinzu komme, dass sie ihm, selbst wenn sie wollte, keine zumutbare Stelle anbieten könnte. Denn der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner habe zwei in Frage kommende Stellen am 22. Mai 2006 abgelehnt, weshalb die Freistellung bereits vor der Kündigung erfolgt sei und bis heute andauere. Zudem sei es ihr unterdessen gelungen, die Stelle des Beschwerdeführers/Beschwerdegegners wieder

zu besetzen. In rechtlicher Hinsicht falle eine Aufhebung der Freistellung nicht in Betracht, da der bisherige Zustand fortgesetzt werden könne und das abschliessende Urteil in der Sache nicht vorwegzunehmen sei. Eine eindeutige Entscheidprognose sei vorliegend nicht möglich und es bestehe die Gefahr, eine dem Endergebnis zuwiederlaufende Zwischenlösung zu treffen. Auch drohe dem Beschwerdeführer/Beschwerdegegner als Lohnempfänger kein schwerer, wahrscheinlich eintretender Nachteil, wenn die Freistellung nicht aufgehoben werde.

I.
Das Bundesverwaltungsgericht weist mit Zwischenentscheid vom 3. Oktober 2007 das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme ab. Es hält fest, dass nicht ersichtlich sei, worin der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil des Beschwerdeführers/Beschwerdegegners liegen solle. Ausserdem sei der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner seit gut 18 Monaten freigestellt und es sei deshalb nicht ersichtlich, weshalb die Aufrechterhaltung dieses bereits seit geraumer Zeit andauernden Zustandes für ihn nun plötzlich einen Nachteil darstellen sollte. Sollte in der Hauptsache seinem Begehren entsprochen werden, könne er zu diesem Zeitpunkt immer noch, ohne einen Nachteil zu erleiden, weiter beschäftigt werden. Es entstünden ihm auch keine finanziellen Einbussen.

J.
In ihrer Vernehmlassung vom 2. Oktober 2007 führt die Vorinstanz aus, sie halte an ihrem Urteil vom 3. Juli 2007 fest und beantrage die Abweisung der entgegenstehenden Anträge beider Parteien. Dagegen spricht sie sich nicht gegen den Antrag auf Weiterbeschäftigung aus, sofern der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner dies selbst als zumutbar erachtet.

K.
In seiner Beschwerdeantwort vom 10. Oktober 2007 hält der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner an den in seiner Beschwerde vom 5. September 2007 gestellten Anträgen fest. Er habe bereits in seiner Einsprache vom 5. Juli 2006 an die ETH-Beschwerdekommission beantragt, ihm sei die bisherige oder eine zumutbare andere Arbeit anzubieten. Auch im Weiteren seien die Anträge ähnlich oder gleichlautend gewesen. Seine Wiedereinsetzung bilde vielmehr den Hauptantrag der Beschwerde. Die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin verkenne

offenbar, dass er aufgrund seines Alters sowie seiner Spezialisierung keine Chance mehr habe, eine andere Stelle zu finden. Es müsse bestritten werden, dass ihm eine oder gar mehrere zumutbare Stellen angeboten worden seien. Auch könne ihm der Stellenverlust nicht zur Last gelegt werden, er sei im Gegenteil Opfer mangelnder Fürsorgepflicht der Vorgesetzten geworden.

L.
In ihrer Beschwerdeantwort vom 12. Oktober 2007 hält die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin ebenfalls an den in ihrer Beschwerde vom 7. September 2007 gestellten Anträgen fest. Sie bestreitet die Vorbringen des Beschwerdeführers/Beschwerdegegners betreffend der Verhältnisse am Arbeitsplatz sowie der Versäumnisse ihrerseits vollumfänglich. Sie habe ihre Fürsorgepflicht nicht verletzt, da sie eine solche nicht nur gegenüber dem Beschwerdeführer/Beschwerdegegner habe, sondern auch gegenüber den anderen vom Konflikt betroffenen Mitarbeitern. Die beantragte Rückkehr sei weder zumutbar noch möglich, dies v.a. auch aufgrund des zerstörten Vertrauensverhältnisses zwischen dem Beschwerdeführer/Beschwerdegegner und ihr. Eine Abgangsentschädigung stehe ihm nicht zu, da ihn ein Verschulden bezüglich seiner Kündigung treffe.

M.
In seiner Replik vom 15. November 2007 führt der Beschwerdeführer/ Beschwerdegegner aus, dass die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin nun selber eingestehe, dass ihre Führungsorgane nicht in den Konflikt eingegriffen hätten, weil sie offensichtlich weder die Pflicht noch die Mittel sahen, einen solchen innerhalb des Betriebs zu beseitigen. Dass eine Wiedereinstellung des Beschwerdeführers/Beschwerdegegners u.a. nicht möglich bzw. zumutbar sei, weil allenfalls auch B._____ wieder eingestellt werden müsse, sei eine reine Schutzbehauptung. Die EMPA hätte auch die Möglichkeit der Frühpensionierung beachten müssen, bevor sie die Kündigung ausgesprochen habe.

N.
In ihrer Replik vom 20. November 2007 führt die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin aus, es bestünden gewichtige charakterliche Gründe, den Beschwerdeführer/Beschwerdegegner von seinem bisherigen Arbeitsplatz oder einem anderen im ETH-Bereich fernzuhalten. Die EMPA habe während Jahren alles in ihrer Macht stehende getan, um den Konflikt zwischen den beiden Mitarbeitern der

Gruppe X._____ zu bewältigen. Sie wirft dem Beschwerdeführer/Beschwerdegegner intrigantes Verhalten vor; er habe regelrecht auf die Kündigung von B._____ hingearbeitet. Der Konflikt habe grosse Auswirkungen auf die Auftragsabwicklung, die Zielerreichung und die weiteren Mitarbeiter gehabt.

O.
In ihrer Duplik und den Schlussbemerkungen vom 18. Dezember 2007 hält die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin vollumfänglich an ihren Anträgen und Begründungen fest.

P.
Der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner führt in seiner Duplik und den Schlussbemerkungen vom 20. Dezember 2007 aus, wie verschiedene Dokumente belegen würden, hätte die Arbeitgeberin trotz (während Jahren schwelenden) Konflikten innerhalb des gesamten Teams keine Massnahmen zur Lösung des Problems getroffen. Insgesamt habe eine ungenügende und schwache Führung zur ungültigen Kündigung geführt. Den Beschwerdeführer/Beschwerdegegner treffe dabei keinerlei Verschulden.

Q.
Auf weitere Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Entscheide der ETH-Beschwerdekommission sind beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 37 Abs. 1 des ETH-Gesetzes vom 4. Oktober 1991 [SR 414.110] in Verbindung mit Art. 31 und 33 Bst. e VGG). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.2 Zur Beschwerde ist gemäss Art. 48 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein aktuelles, schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Als formelle Adressaten haben sowohl der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner sowie die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin ohne weiteres ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung der Vorinstanz.

1.3 Die beiden Beschwerden vom 5. und 7. September 2007 haben sich zeitlich gekreuzt und die Verfahren wurden deshalb sogleich nach Eingang beim Bundesverwaltungsgericht vereinigt.

1.4 Erst im Rahmen der Duplik und Schlussbemerkungen führt der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner aus, Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens sei lediglich die Frage der Rechtmässigkeit der Kündigung, welche von der Arbeitgeberin geltend gemacht werde. Soweit im Rahmen dieses Verfahrens Ausführungen zu seinem Wiedereinsetzungsantrag gemacht würden, gehörten diese nicht in das vorliegenden Verfahren und seien aus dem Recht zu weisen.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Streitgegenstand im System der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, welches – im Rahmen des durch die Verfügung bestimmten Anfechtungsgegenstandes – den auf Grund der Beschwerdebegehren effektiv angefochtenen Verfügungsgegenstand bildet. Anfechtungs- und Streitgegenstand sind danach identisch, wenn die Verwaltungsverfügung insgesamt angefochten wird; bezieht sich demgegenüber die Beschwerde nur auf einzelne der durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisse, gehören die nicht beanstandeten – verfügungsweise festgelegten – Rechtsverhältnisse zwar wohl zum Anfechtungs-, nicht aber zum Streitgegenstand (BGE 131 V 164 E. 2.1 mit Hinweisen).

Weil vorliegend sowohl die Arbeitgeberin (Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin) als auch der Arbeitnehmer (Beschwerdeführer/Beschwerdegegner) den Entscheid der Vorinstanz anfechten, dabei die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin die Rechtmässigkeit der Kündigung geltend macht, der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner sich gegen die von der Vorinstanz festgelegten Folgen der von ihr als unrechtmässig beurteilten Kündigung wendet, bildet die Verfügung als Ganzes den formellen Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens.

1.5 Auf die im Übrigen from- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

2.
Zunächst ist die vom Beschwerdeführer/Beschwerdegegner gerügte Verletzung des rechtlichen Gehörs zu prüfen.

2.1 Der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner rügt, sein Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt, weil er im Verfahren vor der Vorinstanz keine Gelegenheit gehabt habe, zur Eingabe der Gegenpartei vom 2. März 2007 Stellung zu nehmen. Besagte Eingabe sei erst nach Abschluss des Schriftenwechsels eingereicht worden. Darin habe man erstmals behauptet, der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner habe ein Stellenangebot der EMPA ausgeschlagen.

2.2 Die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin führt dazu aus, der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner habe sich mit Eingabe vom 7. März 2007 zur Stellungnahme vom 2. März geäussert. Wenn er es dabei unterlassen habe, zu den materiellen Fragen Stellung zu nehmen, habe er sich dies selbst zuzuschreiben. Würde der beschriebene Ablauf allerdings wider Erwarten als Verfahrensfehler gewertet, so wäre er im Zuge des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens als geheilt zu betrachten.

2.3 Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101] bzw. Art. 29 VwVG) ist das Recht der Privaten, in einem vor einer Verwaltungs- oder Justizbehörde geführten Verfahren mit ihren Begehren angehört zu werden und zu den für die Entscheidung wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können. Er umfasst auch das Recht auf Vertretung und Verbeiständung sowie auf Begründung von Verfügungen (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 1672).

Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Die Verletzung des Rechts auf Akteneinsicht führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Vorbehalten bleiben praxisgemäss Fälle, in denen die Verletzung des Akteneinsichtsrechts nicht besonders schwer wiegt und dadurch geheilt wird, dass die Partei, deren rechtliches Gehör verletzt wurde, sich vor einer Instanz äussern kann, welche sowohl die Tat- als auch die Rechtsfragen uneingeschränkt überprüft. Von einer Rück-

weisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Verwaltung ist im Sinne einer Heilung des Mangels selbst bei einer schwer wiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 132 V 387 E. 5.1 mit Hinweisen).

2.4 Das Bundesverwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid mit voller Kognition (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 VwVG). Die Heilung einer Verletzung des rechtlichen Gehörs ist somit grundsätzlich möglich. Die erwähnte Stellungnahme der Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin wird im Entscheid der Vorinstanz tatsächlich thematisiert. Sie wurde dem Beschwerdeführer/Beschwerdegegner jedoch von der Vorinstanz zugestellt. Dieser hat hierzu am 7. März 2007 Stellung genommen, allerdings nicht inhaltlich, sondern nur zum Verfahrensablauf. Da dem Beschwerdeführer/Beschwerdegegner die Stellungnahme der Gegenpartei zugestellt wurde und er Gelegenheit erhielt, sich dazu zu äussern, ist keine Gehörsverletzung ersichtlich. Überdies hat er sich im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht auch inhaltlich zu besagter Stellungnahme geäussert, womit ein allfälliger Verfahrensfehler ohnehin als geheilt zu betrachten wäre.

3.
Mit Verfügung vom 13. Juni 2006 löste die EMPA das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer/Beschwerdegegner per 31. Dezember 2006 auf. Die Kündigung erliess sie gestützt auf Art. 12 Abs. 6 Bst. a, b und c BPG. Die Vorinstanz entschied am 3. Juli 2007, die Kündigung sei unrechtmässig, weil es an einer rechtsgenüglichen Kündigung fehle.

3.1 Die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin macht geltend, der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner habe die von der Arbeitgeberin festgelegten Verhaltensregeln, die wichtige arbeitsrechtliche Pflichten darstellten, verletzt und damit die Kündigungsgründe nach Art. 12 Abs. 6 Bst. a – c BPG erfüllt. Der Konflikt zwischen B._____ und dem Beschwerdeführer/Beschwerdegegner habe bis zur Verweigerung der Zusammenarbeit geführt. Die zwischen den beiden Streitenden herrschende «Null-Toleranz-Kultur» habe sich negativ auf die Abwicklung der Dienstleistungs- und Forschungsaufträge ausgewirkt,

Gruppenleiter und Gruppenmitglieder belastet, die Zielerreichung der Gruppe gefährdet und während Jahren Kräfte auf allen Hierarchiestufen gebunden. Die beiden Streitparteien seien nie ernsthaft bereit gewesen, ihre Eigen- und Sozialkompetenz zu verbessern, um eine funktionierende Zusammenarbeit zu ermöglichen. Damit habe der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner wichtige in seinem Pflichtenheft und im Arbeitsvertrag geregelte Pflichten verletzt. Trotz vier schriftlicher Mahnungen habe er gegen die erwähnten Verhaltensregeln wiederholt und anhaltend verstossen. Aufgrund der beschriebenen Verhaltensweisen, fehle es dem Beschwerdeführer/Beschwerdegegner auch an der Tauglichkeit, die im Pflichtenheft und im Arbeitsvertrag sowie gemäss den Verhaltensregeln vereinbarte Arbeit zu verrichten.

3.2 Der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner bringt dagegen sinngemäss vor, die Kündigungsgründe gemäss Art. 12 Abs. 6 Bst. a – c BPG seien nicht erfüllt. Bezüglich des Konflikts mit B._____ führt er aus, dieser habe eine erspriessliche Zusammenarbeit unzählige Male und gegenüber zahlreichen Personen vereitelt. Was die im Zusammenhang mit dem Konflikt im Jahr 2004 verfügten Auflagen anbelangt, hält er fest, diese seien unzumutbar gewesen, weil deren Erfüllung nicht in seinem alleinigen Einflussbereich gelegen habe. Ursache des Konflikts sei B._____ gewesen, weshalb es die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin verlangt hätte, diesen zu versetzen oder ihm zu kündigen. Ausserdem bestreitet der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner, dass das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und der Beschwerdegegnerin/ Beschwerdeführerin zuerstört sei, weshalb er auch die Rückkehr an seinen bisherigen Arbeitsplatz beantragt.

3.3 Die Gründe, welche den Arbeitgeber zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigen, sind abschliessend in Art. 12 Abs. 6 Bst. a – f BPG aufgezählt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.495/2006 vom 30. April 2007 E. 2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1785/2006 vom 16. April 2007 E. 1.1).

Nach Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG ist eine Kündigung zulässig, wenn der Arbeitnehmer wichtige gesetzliche oder vertragliche Pflichten verletzt hat. Als solche gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten gelten beispielsweise die Wahrung der Interessen des Arbeitgebers, so hat der Arbeitnehmer die ihm übertragene Arbeit mit Sorgfalt auszuführen, aber auch das Amts-, Berufs- oder Geschäftsgeheimnis zu wahren (vgl. hierzu HARRY NÖTZLI, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im

Bundespersonalrecht, Bern 2005, Rz. 152 ff.). Liegen Mängel in der Leistung oder im Verhalten vor, die trotz schriftlicher Mahnung anhalten oder sich wiederholen, so ist eine Kündigung gestützt auf Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG möglich. Auch die mangelnde Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten, stellt einen Kündigungsgrund dar (Art. 12 Abs. 6 Bst. c BPG).

Oftmals schwierig ist die Abgrenzung zwischen Art. 12 Abs. 6 Bst. a und Bst. b BPG. Die Leistung des Angestellten ist im Sinne von Bst. b dann mangelhaft, wenn sie zur Erreichung des Arbeitserfolges nicht genügt, der Angestellte aber keine gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten verletzt und er sich nicht als untauglich erweist. Setzt etwa der Arbeitnehmer nicht seine volle Arbeitskraft ein oder führt er die Arbeit so schlecht aus, dass kein fehlerfreies Arbeitsergebnis möglich ist, dann liegt nicht nur eine mangelhafte Leistung vor, sondern ist eine Arbeitspflicht verletzt (vgl. HARRY NÖTZLI, a.a.O., Rz. 190). Auch die Unterscheidung von Verhaltensmängeln und der Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten ist teilweise schwierig. Ein mangelhaftes Verhalten erweist sich oft auch als Pflichtverletzung, beispielsweise indem ein Angestellter gegen die „Wohlverhaltenspflicht“ verstösst oder Mobbing betreibt (Art. 20 Abs. 1 BPG). Als mangelhaftes Verhalten, das keine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG darstellt, kommen z.B. ungebührliches oder aufmüpfiges Benehmen, mangelnde Verantwortungsbereitschaft, fehlende Teamfähigkeit, fehlender Wille zur Zusammenarbeit, fehlende Dynamik oder fehlende Integration in Frage (zum Ganzen NÖTZLI, a.a.O., Rz. 194 ff.). Art. 12 Abs. 6 lit. a BPG setzt demnach eine gewisse Intensität der (schuldhaften) Pflichtverletzung voraus. Aber auch wenn verschiedene Pflichtverletzungen im einzelnen nicht die geforderte Intensität erreichen, können sie es in ihrer Gesamtheit tun, muss der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis also kündigen können, wenn sie andauern und sich wiederholen (so NÖTZLI, a.a.O., Rz. 186).

Die Einordnung der Kündigungsgründe ist rechtlich deshalb bedeutsam, weil Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG im Gegensatz zu Bst. a vor dem Aussprechen der Kündigung eine schriftliche Mahnung verlangt.

3.4 Unbestritten bestand seit Jahren ein Konflikt zwischen dem Beschwerdeführer/Beschwerdegegner und einem weiteren Mitarbeiter der Gruppe X._____, B._____. Die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin hat bereits im Jahr 2002 eine externe Beraterin

zwecks Teamcoaching beigezogen. Diese kam zum Schluss, dass die Fronten im Team sehr verhärtet seien und kaum jemand bereit zur gegenseitigen Annäherung sei (act. 3/8). Die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin auferlegte zudem im selben Jahr dem Beschwerdeführer/Beschwerdegegner verschiedene Verhaltensregeln (act. 3/9), welche u.a. folgenden Punkt enthielten: „Ich gehe immer von konkreten Situationen und eigenen Wahrnehmungen aus, Aussagen Dritter verbreite ich nicht weiter (ich verhindere die Entstehung von Gerüchten und Mobbing jeglicher Art)“. Hiergegen verstiess der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner, als er u.a. (negative) Aussagen von ehemaligen Kollegen und in einem Fall sogar von der Witwe eines ehemaligen Mitarbeiters zur Person von B._____ sammelte (act. 3/14/2 – 4, 10 und 11). Der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner versuchte damit gezielt die Vorgesetzten davon zu überzeugen, dass B._____ eine untragbare Person sei (zum gleichen Schluss kam auch der Bericht der Vertrauensstelle für das Bundespersonal [act. 3/20]).

Ab Ende 2003 fanden zudem verschiedene Besprechungen statt (vgl. act. 3/10/1 – 10/5). In den dazugehörigen Aktennotizen wurde wiederholt festgehalten, dass die Spannungen, welche zwischen dem Beschwerdeführer/Beschwerdegegner und B._____ bestünden, für die Auftragsabwicklung im Forschungs- und Dienstleistungsbereich hinderlich seien. Damit zusammenhängende Diskussionen in der Gruppe absorbierten viel Zeit und schadeten der Produktivität. Die Konflikte wirkten sich ausserdem nachteilig auf das Team der Gruppe X._____ aus. Die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin verlangte in der Folge vom Beschwerdeführer/Beschwerdegegner wie auch von B._____ eine selbständige Auftragsabwicklung (ohne Einbezug des Vorgesetzten). Die beiden Mitarbeiter kamen dieser Aufforderung indes nicht nach, sie kommunizierten überhaupt nicht miteinander und verunmöglichten so eine Zusammenarbeit (vgl. act. 3/17). Der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner wandte sich vielmehr, wenn immer möglich, an jemand anderen aus dem Team. Wegen der fehlenden Arbeitskoordination und den Mängeln in der Kommunikation wurden die anderen Mitarbeiter unfreiwillig in die Auftragsabwicklung miteinbezogen und das gesamte Team begann unter dem Konflikt zu leiden (vgl. act. 3/17 und 3/18). Auch der reibungslose Ablauf der anfallenden Arbeiten war teilweise nicht mehr gewährleistet, weil Konflikte sich jeweils an Bagatellen entzündeten und eine Tendenz bestand, kleinste Ungereimtheiten aufzubauschen (vgl. zum Ganzen act. 3/12/6, 3/15). Dies vertrug sich mit der Struktur der Gruppe

X._____ nicht. Die ganze Gruppe X._____ setzt sich nämlich aus nur fünf Personen zusammen: Dem Gruppenleiter, drei Prüfleitern und zwei Handwerkern. Ein Prüfauftrag wird jeweils einem Prüfleiter zugeteilt, der für die gesamte Abwicklung verantwortlich ist. Er wird dabei von einem ihm zugeteilten Handwerker unterstützt, insbesondere während der eigentlichen Prüfphase. Der Auftraggeber ist an der Prüfung ebenfalls anwesend und beobachtet den Ablauf. Der ganze Ablauf erfordert demzufolge ein hohes Mass an Teamarbeit und direkter Kommunikation.

Im Nachgang zu einer erneuten Eskalation der Situation im Jahr 2004 wurde das ganze Team zur Arbeitssituation in der Gruppe X._____ befragt (act. 3/12/1 – 3/12/7). Die Mitarbeiter erklärten uni sono, sie hätten weder mit dem Beschwerdeführer/Beschwerdegegner noch mit B._____ persönliche Probleme, empfänden die bestehende Situation jedoch als sehr belastend. Beiden Mitarbeitern wurde daraufhin in einem Gespräch vom 9. Juli 2004 mitgeteilt, dass aufgrund der andauernden Problemsituation ein Verweis ausgesprochen werde (im Rahmen eines Disziplinarverfahrens nach Art. 58a der Personalverordnung ETH-Bereich vom 15. März 2001 [PVO-ETH, SR 172.220.113]). Dieser Verweis (datiert vom 18. August 2004) beinhaltet eine Reihe von Verhaltensregeln, bei deren Verletzung die Kündigung in Aussicht gestellt wurde (act. 3/15, 3/16, 3/19). Die Verhaltensregeln, welche die EMPA vorgab lauteten u.a.: Selbständige Auftragsabwicklung mit B._____ (ohne Einbezug des Vorgesetzten); grössere Toleranz gegenüber B._____, d.h. insbesondere keine übertriebene Kritik an dessen Arbeit, keine Fehler suchen oder provozieren, Fehler nicht aufbauschen; loyales Verhalten gegenüber der Gruppe X._____, dem Vorgesetzten und den Mitarbeitenden.

Die Stimmung im Team der Gruppe X._____ wurde auch danach (Dezember 2004) als schlecht bezeichnet, obschon die beiden Mitarbeiter zu diesem Zeitpunkt aufgrund der Krankheit von B._____ kaum mehr miteinander zu tun hatten (act. 3/18). Diese Situation verunmöglichte eine wirksame Überprüfung der im Verweis formulierten Ziele. Die Personalabteilung entschloss sich deshalb im April 2005, die Vertrauensstelle für das Bundespersonal beizuziehen (Bericht vom 10. Juni 2005, act. 3/20). Gestützt auf deren Bericht wurden den beiden betroffenen Mitarbeitern verschiedene Lösungsvarianten aufgezeigt. Nur eine davon erachtete die Bewältigung des Konflikts innerhalb der Gruppe X._____ als noch möglich (Variante A). Die andern

beiden zielten auf eine freiwillige bzw. angeordnete Versetzung einer der beiden Mitarbeitenden (act. 3/20). Von einer Kündigung wurde von Seiten der Vertrauensstelle abgeraten, weil sie die Wahrscheinlichkeit eines anschliessenden Verfahrens als gross erachtete. Der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner entscheid sich für Variante A und unterzeichnete eine entsprechende Erklärung (act. 3/23). Diese knüpfte an die im Verweis (vom 18. August 2004) festgehaltenen Verhaltensregeln an.

Im Anschluss an den Bericht veranlasste die EMPA zudem ein Teamcoaching durch eine externen Beraterfirma. Diese äusserte aufgrund der Aktenlage allerdings grosse Zweifel am Erfolg eines Coachings. Am 22. März 2006 liess sich der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner sodann über seinen Anwalt vernehmen. In diesem Brief an die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin forderte er, B._____ sei unverzüglich zu entlassen, da ihm die alleinige Schuld am Konflikt zukomme. Daraufhin entschloss sich die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin, den Beschwerdeführer/Beschwerdegegner freizustellen. Sie legte ihm (und B._____) eine Vereinbarung vor, worin ihm eröffnet wurde, dass die EMPA sich von ihm trennen wolle und ihn bei der externen Arbeitssuche unterstützen werde (act. 3/27). Sowohl der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner als auch B._____ weigerten sich, diese zu unterzeichnen.

3.5 Aus Sicht des Beschwerdeführers/Beschwerdegegners hat es nicht an ihm gelegen, dass eine erspriessliche Zusammenarbeit mit B._____ nicht mehr möglich war. Schuld daran und an der Eskalation des Konflikts sei die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin, weil sie ihrer Sorgfaltspflicht nicht nachgekommen sei. Insbesondere die Vorgesetzten hätten sich offenbar nicht dazu veranlasst gesehen, in den Konflikt einzugreifen und diesen zu beseitigen. Die ungenügende und schwache Führung habe schliesslich zur unrechtmässigen Entlassung geführt. Ausserdem wäre die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin zumindest verpflichtet gewesen, im Vorfeld der Kündigung eine Versetzung zu prüfen. Auch eine angemessene und zumutbare andere Arbeit habe man ihm, entgegen den einschlägigen Bestimmungen, nicht angeboten.

3.5.1 Vorgängige Ausführungen zeigen, dass die Beschwerdegegnerin/Beschwerdegegnerin während Jahren alles in ihrer Macht stehende getan hat, um eine Lösung im Konflikt zwischen den beiden Mitarbei-

tern zu finden. Sie hat externe Berater beigezogen, während Monaten regelmässig Gruppengespräche geführt und in Befragungen der übrigen Mitarbeiter der Gruppe X._____ wie auch in Einzelgesprächen mit den beiden Betroffenen (insbesondere durch den direkten Vorgesetzten) sich dem Problem intensiv angenommen. Der Konflikt wurde trotzdem immer wieder, oft wegen Kleinigkeiten, neu entfacht. Auch wenn weder der eine noch der andere Mitarbeiter allein die Schuld hierfür trägt, hat die Situation über Jahre Ressourcen gebunden und die betrieblichen Abläufe auf allen Stufen und im gesamten Bereich teilweise stark beeinträchtigt.

Dem Beschwerdeführer/Beschwerdegegner wurde zwar immer eine hohe Fachkompetenz attestiert (vgl. u.a. Act. 3/20); aufgrund der speziellen Konfliktsituation kann auch zweifellos nicht allein ihm die Schuld dafür gegeben werden, dass er seine Leistung nicht mehr in gewohntem Masse erbringen konnte; aber es ist offensichtlich, dass die Qualität und Produktivität nicht (mehr) den Erwartungen der Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin entsprachen. Auch der Umstand, dass beide Mitarbeiter die Schuld am Konflikt trifft, bedeutet nicht, dass die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin nicht auch berechtigt ist, beide zu entlassen. Denn sie hat nicht nur dem Beschwerdeführer/Beschwerdegegner, sondern auch gegenüber den anderen Mitarbeitern der Gruppe X._____ eine Sorgfaltspflicht. Jedenfalls kann nicht von einer mangelnden Sorgfalt gegenüber dem Beschwerdeführer/Beschwerdegegner gesprochen werden.

3.5.2 Betreffend des Vorbringens, es sei ihm keine angemessene und zumutbare andere Arbeit angeboten worden und eine Stelle als Bauführer sei ihm erst nach seiner Feistellung vorgeschlagen worden, wobei dieses Angebot in keiner Weise überlegt oder auf Dauer angelegt gewesen sei, gilt es Folgendes festzuhalten: Einerseits macht die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin geltend, sie habe dem Beschwerdeführer/Beschwerdegegner zwei interne Stellen angeboten (die befristet waren bis Ende 2006), der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner habe diese jedoch, ohne sich bei den Abteilungsleitern darüber zu informieren, abgelehnt. Andererseits hat gemäss Art. 19 Abs. 1 BPG der Arbeitgeber alle sinnvollen Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung auszuschöpfen, aber nur dann, wenn er einem Angestellten ohne dessen Verschulden kündigt. Eine Kündigung gestützt auf die Art. 12 Bst. a bis c BPG gilt indes als verschuldet (Art. 31 BPV). Die Verwaltung ist bei der Beendigung eines Arbeitsver-

hältnisses – sofern nicht eine gegenteilige Vorschrift besteht – gemäss Rechtsprechung denn auch nicht grundsätzlich dazu verpflichtet, eine andere Tätigkeit anzubieten oder eine andere Einsatzmöglichkeit zu schaffen, um eine angestellte Person weiterzubeschäftigen (vgl. PRK 2005-30, E. 4c/dd; PRK 2000-57 vom 27. Februar 2001, E. 3). Nur in Fällen, wo die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht auf Gründe zurückzuführen ist, die dem Arbeitnehmer zur Last gelegt werden können, gebietet der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der pflichtgemässen Ermessensausübung die Prüfung, ob der Angestellte anderweitig eingesetzt werden kann (Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 62.36 E. 6b). Vorliegend hat der Beschwerdeführer/ Beschwerdegegner die Gründe, welche zu einer Kündigung führen können, (mit-)verschuldet, weshalb offen gelassen werden kann, ob solche Angebote seitens der Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin tatsächlich vorlagen. Es ist ihr aber in jedem Fall zugute zu halten, dass sie dem Beschwerdeführer/Beschwerdegegner im Rahmen seiner Freistellung im April 2006 ein professionelles Arbeitsvermittlungsunternehmen zwecks Unterstützung zur Seite gestellt hat (act. 3/27). Aus den Akten geht zudem hervor, dass die Beschwerdegegnerin/ Beschwerdeführerin mehr als einmal die Versetzung erwogen hat, jedoch immer wieder feststellen musste, dass es innerhalb der EMPA aus betrieblichen Gründen hierfür keine Möglichkeiten gab (vgl. u.a. act. 3/12/1, S. 4; act. 3/21, S. 3).

3.6 Zusammenfassend ergibt sich demnach Folgendes: Der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner hat die Aufträge nicht (immer) selbständig abgewickelt, wiederholt seinen fehlenden Willen zur Zusammenarbeit kundgetan, ist verschiedentlich unter Verletzung der im Verweis vom August 2004 festgelegten Verhaltensregeln in Konflikt mit B._____ geraten und hat beispielsweise Aussagen ehemaliger Mitarbeiter zur Person von B._____ eingereicht. Der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner hat ausserdem seine Arbeitsziele nicht (mehr) erreicht, den Betriebsablauf gestört und das Vertauensverhältnis zu den Vorgesetzten erschüttert. Unter Würdigung der gesamten Umstände kommt das Bundesverwaltungsgericht deshalb zum Schluss, dass genügend Gründe für eine Kündigung wegen Mängeln in der Leistung und im Verhalten im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG vorliegen. Die Vorbringen des Beschwerdeführers, vermögen diese Vorwürfe nicht zu entkräften. Es ist nämlich nicht ersichtlich, welche Massnahmen die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin noch hätte ergreifen sollen, um den Konflikt und die gravierenden

Probleme, die daraus resultierten, zu beseitigen. Ob Verstösse des Beschwerdeführers/Beschwerdegegners gegen die Weisungen (Verhaltensregeln) derart schwer wiegen, dass sie als Verletzung von vertraglichen Pflichten im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG zu gelten haben, kann offen gelassen werden, da entgegen der Auffassung der Vorinstanz, eine rechtsgenügliche Mahnung i.S.v. Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG vorliegt (vgl. nachfolgend).

3.7 Voraussetzung für die Gültigkeit einer Kündigung gemäss Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG ist eine schriftliche Mahnung. Die Mahnung erfüllt grundsätzlich zwei Funktionen: Einerseits hält der Kündigende dem anderen die begangene Vertragsverletzung vor und mahnt ihn zu künftigem vertragsgemässem Verhalten (Rügefunktion), andererseits drückt sie die Androhung einer Sanktion aus (sog. Warnfunktion, vgl. ADRIAN STAEHLIN/FRANK VISCHER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 2c, Zürich 1996 Rz. 10 zu Art. 337 OR). Damit eine Mahnung den Formerfordernissen genügt, bedarf sie der Schriftlichkeit.

3.7.1 Die Vorinstanz kam in ihrem Entscheid vom 3. Juli 2007 zum Schluss, es sei nie eine gültige Mahnung erfolgt. Die beiden Dokumente vom 8. Juli 2002 und 31. Oktober 2003 erfüllten die Voraussetzung einer Ermahnung im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG nicht. Sie seien weder konkret an den Beschwerdeführer/Beschwerdegegner gerichtet noch an ihn adressiert. Das Dokument, datiert vom 7. September 2005, welches mit „Persönliche Erklärung“ überschrieben ist, genüge den Formerfordernissen ebensowenig. Es enthalte keine ausdrückliche Kündigungsandrohung und erfülle damit die sog. Warnfunktion nicht. Die Ermahnung vom 18. August 2004 erfülle dagegen aufgrund der konkreten Kündigungsandrohung wenigstens die Warnfunktion. Da sie im Rahmen eines Disziplinarverfahrens erging, sei davon auszugehen, dass sie Verfügungscharakter aufweise. Formell betrachtet, handle es sich allerdings nicht um eine Mahnung im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG. Sie bleibe deshalb zumindest ambivalent.

3.7.2 Die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin ist dagegen der Auffassung, dass alle vier schriftlichen Mahnungen vom 8. Juli 2002, 31. Oktober 2003, 18. August 2004 und 7. September 2005 den gesetzlichen Anforderungen genügten. Sie würden inhaltlich jeweils eine Kündigungsandrohung enthalten und damit die Warnfunktion erfüllen.

Die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin räumt ein, dass die beiden ersten Mahnungen nicht explizit an den Beschwerdeführer/Beschwerdegegner adressiert, jedoch unzweifelhaft an ihn gerichtet und ihm ausgehändigt worden seien.

3.7.3 Zuerst ist die im Rahmen des Verweises vom 18. August 2004 ausgesprochene und umstrittene Mahnung (Ziff. 6 der Verfügung) zu prüfen.

3.7.4 Der Ansicht der Vorinstanz, es liege keine rechtsgenügliche Mahnung vor, weil diese im Rahmen eines Disziplinarverfahrens ergangen sei, kann nicht gefolgt werden. Wohl wird in der Lehre die Auffassung vertreten, dass eine disziplinarische Verwarnung im Rahmen eines Disziplinarverfahrens nicht zugleich als Mahnung im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG verstanden werden könne. Dies weil die als Mahnung gedachte disziplinarische Verwarnung sich nicht auf ein mangelhaftes Verhalten oder eine mangelhafte Leistung beziehen könne (so NÖTZLI, a.a.O., Rz. 198). Diese Auffassung vermag aber nicht vollumfänglich zu überzeugen. So muss es ganz generell möglich sein, im Rahmen eines Disziplinarverfahrens, welches eine mildere Massnahme darstellt als ein Kündigungsverfahren, eine Mahnung auszusprechen. Dazu ist allerdings nötig, dass die Kündigung explizit (und separat) angedroht wird, damit sie die für eine gültige Mahnung erforderliche Rüge- und Warnfunktion erfüllt. Diese Auffassung vertrat im Übrigen auch die ehemalige Eidgenössische Personalrekurskommission. Im Rahmen eines Disziplinarverfahrens mit anschliessender Verwarnung hatte der dort zuständige ETH-Rat festgehalten, die Verfügung habe zugleich als schriftliche Mahnung im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG zu gelten, was von der Eidgenössische Personalrekurskommission nicht beanstandet wurde (vgl. PRK 2003-009 vom 25. August 2003, E. 11; vgl. auch PRK 2004-036 vom 31. Januar 2005, E. 3b/b).

3.7.5 Im vorliegende Fall wurde, zwar im Rahmen des disziplinarischen Verweises, aber in einer separaten Ziffer (der Verfügung), die Kündigung angedroht. Die Warnfunktion ist damit eindeutig erfüllt; dies wird von der Vorinstanz allerdings auch nicht bestritten. Im Verweis ist zudem detailliert festgehalten, inwiefern der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner Mängel im Verhalten gezeigt hat. Die formulierten Verhaltensregeln (insbesondere Ziff. 2 der Verfügung) geben ausserdem klare Hinweise, wie sich der Betroffene zukünftig zu verhalten hat.

Somit ist auch die erforderliche Rügefunktion eindeutig gegeben. Aus diesen Gründen handelt es sich bei der im Verweis enthaltenen Ziff. 6 der Verfügung vom 18. August 2004 um eine Mahnung im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG. Es kann damit offen gelassen werden, ob bereits die Dokumente „Verhaltensziele“ vom 8. Juli 2002 sowie das Protokoll vom 31. Oktober 2003 als Mahnungen im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG gewertet werden können. Dasselbe gilt für die „Persönliche Erklärung“ vom 7. September 2005. Indem diese an die im Verweis festgehaltenen Verhaltensregeln anknüpft, wiederholt sie die Rügefunktion bzw. hält diese aufrecht.

3.8 Zu einer Entlassung kommt es sodann nur, wenn die Mängel im Verhalten oder in der Leistung trotz erfolgter Mahnung anhalten oder es zu einer neuerlichen Verfehlung kommt (vgl. PRK 2004-002 vom 16. Juni 2004, E. 5a/bb). Diese Voraussetzungen sind vorliegend ebenfalls erfüllt. Die von der Arbeitgeberin im August 2004 vorgegebenen Verhaltensregeln wurden vom Beschwerdeführer/Beschwerdegegner auch in der Folge nicht eingehalten.

Bereits einige Monate nach der Disziplinierung und der dabei erfolgten Mahnung schrieb der Vorgesetzte des Beschwerdeführers/Beschwerdegegners eine E-Mail an die Leitung (10. Dezember 2004, act. 3/18). Darin hielt er fest, dass dieser ausgesagt habe, B._____ drohe mit einer Strafanzeige gegen einen der ehemaligen Mitarbeiter, um diesen zum Widerruf einer dem Dossier beigefügten Aussage zu bewegen. Dieser Vorfall blieb ohne direkte Konsequenzen von Seiten der Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin, obschon der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner damit entgegen den Verhaltensregeln vom August 2004 gehandelt haben dürfte, versuchte er doch erneut, B._____ bei den Vorgesetzten schlecht zu machen.

Und obwohl er am 7. September 2005 nochmals eine Erklärung abgeben hatte, dass er kooperativ mit dem ganzen Team inkl. B._____ zusammenarbeiten wolle (act. 3/23), diese Erklärung direkt an den Verweis vom August 2004 und die darin enthaltenen Verhaltensregeln anknüpft (vgl. Ziff. 4. und 5.), und sowohl B._____ als auch der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner im Herbst 2005 teilweise krankgeschrieben waren und deshalb kaum zusammen arbeiteten (act. 3/24/1, 32), handelte der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner am 22. März 2006 erneut entgegen den Verhaltensregeln. So liess er sich über seinen Anwalt bei der Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin ver-

nehmen und warf B._____ in einem Brief intrigantes, obstruktives Verhalten vor, bezeichnete diesen als nicht teamfähig und forderte dessen unverzügliche Entlassung. Direkt im Anschluss daran legte die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin ihm (und B._____) denn auch eine Vereinbarung vor, worin ihm eröffnet wurde, dass sie sich von ihm trennen wolle und ihn bei der externen Arbeitssuche unterstützen werde (act. 3/27).

Dieser Brief vom 22. März 2006 stellt einen klaren Verstoss gegen die Verhaltensregeln vom 18. August 2004 dar. Der Beschwerdeführer/ Beschwerdegegner liess damit erkennen, dass er weiterhin nicht gewillt war, sein Verhalten zu ändern, sich in seinen Aussagen gegenüber B._____ zurückzuhalten und so im Interesse der Gruppe X._____ eine funktionierende Zusammenarbeit zu ermöglichen und damit insgesamt das Vertrauen der Vorgesetzten in ihn neu zu begründen. Die Mängel im Verhalten des Beschwerdeführers/Beschwerdegegners wiederholten sich demnach auch nach erfolgter Mahnung.

3.9 Vorliegend sind damit die Voraussetzungen von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG erfüllt: Der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner hat verschiedene Mängel in seiner Leistung und v.a. in seinem Verhalten gezeigt, und zwar wiederholt, obwohl er in rechtsgenüglicher Weise gemahnt worden ist. Die Kündigung gestützt auf Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG ist demzufolge rechtmässig erfolgt.

4.
Ist die Kündigung vom 13. Juni 2006 gegenüber dem Beschwerdeführer/Beschwerdegegner rechtmässig, bleiben die daran anknüpfenden Folgen zu prüfen.

4.1 Umstritten ist u.a., ob die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin anstatt der Kündigung eine Frühpensionierung hätte veranlassen müssen. Die Vorinstanz führt dazu aus, immerhin habe der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner bei Erlass der Kündigung nur 16 Monate vor einer Frühpensionierung gestanden. Die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin ist dagegen der Auffassung, nach geltendem Recht sei eine Frühpensionierung erst mit vollendetem 58. Lebensjahr zulässig.

In Ausführung von Art. 19 Abs. 8 und Art. 31 Abs. 5 BPG sieht die Bundespersonalverordnung die Möglichkeit der vorzeitigen Pensionierung bei Umstrukturierungen vor (Art. 105 Abs. 1 der Bundes-

personalverordnung vom 3. Juli 2001 [BPV, SR 172.220.111.3]). Weiter kommt sie auch in den in Art. 33 f. BPV aufgeführten Fällen in Frage. Da der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner weder im Rahmen einer Umstrukturierung noch aus anderen in der Verordnung genannten Gründen entlassen wurde und insbesondere nach der gesetzlichen Ordnung der Anspruch auf Frühpensionierung die Schuldlosigkeit des Arbeitnehmers voraussetzt, was vorliegend gerade nicht gegeben ist, ist dem Begehren des Beschwerdeführers/Beschwerdegegners nicht stattzugeben, unabhängig davon wie alt er im Zeitpunkt der Kündigung gewesen ist.

4.2 Weiter wird die vom Beschwerdeführer/Beschwerdegegner beantragte Wiedereinsetzung hinfällig. Die Wiedereinsetzung wäre ausserdem auch nicht in Frage gekommen, wenn das Gericht zum Schluss gekommen wäre, die Kündigung sei ungerechtfertigt ergangen. Die Vorinstanz ging nämlich richtig in der Annahme, dass die Verhältnisse am Arbeitsplatz aufgrund des jahrelangen Konflikts sehr schwierig und teilweise krankmachend waren, und eine Rückkehr deshalb weder zumutbar noch möglich gewesen wäre. Richtigerweise ging sie auch davon aus, dass von der Arbeitgeberin nicht verlangt werden könne, bei einer Weiterbeschäftigung dafür zu sorgen, dass der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner nicht mehr in Kontakt mit B._____ komme. Die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin führt hierzu glaubhaft aus, dass nicht zuletzt auch aufgrund dieser Forderung eine Rückkehr für sie unzumutbar sei. Das Vertrauensverhältnis zwischen ihr und dem Beschwerdeführer/Beschwerdegegner muss als unheilbar zerstört betrachtet werden.

4.3 Schlussendlich entfällt auch die anstelle der Wiedereinsetzung zugesprochene Abgangsentschädigung. Diese ist nämlich nur geschuldet, falls eine Kündigung unrechtmässig erfolgt, was vorliegend nicht der Fall ist.

5.
Nach Art. 62 Abs. 2 VwVG kann die angefochtene Verfügung zuungunsten einer Partei geändert werden, soweit diese Bundesrecht verletzt oder auf einer unrichtigen oder unvollendeten Feststellung des Sachverhalts beruht. In der Regel setzt die Beschwerdeinstanz, welche beabsichtigt, die angefochtene Verfügung zuungunsten einer Partei zu ändern, diese Absicht der Partei zur Kenntnis und räumt ihr Gelegenheit ein, sich zu äussern (Art. 62 Abs. 3 VwVG). Vorliegend bildet der

Entscheid der Vorinstanz als Ganzes den Streitgegenstand, also sowohl die Rechtmässigkeit der Kündigung als auch deren Folgen. Damit einhergehend konnten sich die Parteien im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht umfassend zu den sich stellenden Fragen äussern und mussten insbesondere auch mit der Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides und in diesem Sinne mit einer allfälligen reformatio in peius rechnen.

6.
Gemäss Art. 34 Abs. 2 BPG sind das erstinstanzliche Verfahren sowie das Beschwerdeverfahren nach den Artikeln 35 und 36 kostenlos. Es sind demnach keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

7.
Da die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin obsiegt, ist ihr eine Parteientschädigung für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Anwalt der Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin hat eine Kostennote im Betrag von Fr. 21'661.70 (inkl. Mehrwertsteuer [MWST]) eingereicht. Obwohl ein zweifacher Schriftenwechsel durchgeführt wurde, erscheint der geltend gemachte Stundenaufwand überhöht, weshalb die Parteientschädigung auf Fr. 12'000.-- festgesetzt wird. Diese ist ihr durch Beschwerdeführer/Beschwerdegegner zu entrichten (Art. 64 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 10 und 14 VGKE).

Was die Festsetzung der Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren anbelangt, rechtfertigt sich eine Rückweisung an die Vorinstanz, da bei der Festsetzung der Parteientschädigung ein verhältnismässig grosser Ermessensspielraum besteht und bei einer Festsetzung durch die Beschwerdeinstanz die Rechtsmittelmöglichkeiten eingeschränkt würden.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde vom 7. September 2007 der Beschwerdegegnerin/ Beschwerdeführerin wird gutgeheissen und der Beschwerdeentscheid der ETH-Beschwerdekommission vom 3. Juli 2007 wird aufgehoben.

2.
Die Beschwerde vom 5. September 2007 des Beschwerdeführers/Beschwerdegegners wird vollumfänglich abgewiesen.

3.
Die Angelegenheit wird zur Festsetzung der Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren an die Vorinstanz zurückgewiesen.

4.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

5.
Der Beschwerdeführer/Beschwerdegegner hat der Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 12'000.-- zu entrichten.

6.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer/Beschwerdegegner (Gerichtsurkunde; Beilage)
- die Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 2806; Gerichtsurkunde; Beilage)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin: Die Gerichtsschreiberin:

Marianne Ryter Sauvant Yasemin Cevik

Rechtsmittelbelehrung:

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse können mit Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden, sofern es um eine vermögensrechtliche Angelegenheit geht, bei welcher der Streitwert mindestens 15'000 Franken beträgt oder bei der sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. Art. 85 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [Bundesgerichtsgesetz, BGG]; SR 173.110). Bei einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit ist die Beschwerde nur zulässig, wenn sie die Gleichstellung der Geschlechter betrifft (vgl. Art. 83 Bst. g BGG).

Steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen, so ist sie innert 30 Tagen seit der Ausfertigung des angefochtenen Urteils zu erheben. Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Sie muss spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (vgl. Art. 42. 48, 54 und 100 BGG).

Versand: