Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-1856/2008/
{T 0/2}

Urteil vom 15. Dezember 2008

Besetzung

Richterin Marianne Ryter Sauvant (Vorsitz),
Richter André Moser, Richter Markus Metz,
Gerichtsschreiber Simon Müller.

Parteien

X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Harry Nötzli,
Stadthausquai 1, Postfach 3022, 8022 Zürich,
Beschwerdeführer,

gegen

EMPA Dübendorf, Überlandstrasse 129,
8600 Dübendorf,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Alfred Schütz,
Bleicherweg 45, 8002 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

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

Gegenstand

Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

Sachverhalt:

A.
X._____ ist seit dem 1. November 1989 als _____ bei der Eidgenössischen Materialprüfungs- und Forschungsanstalt (EMPA) angestellt. Seit März 1997 arbeitet er als _____ in der Abteilung _____ der EMPA.

Zwischen X._____ und einem weiteren Angestellten der EMPA, Y._____, besteht seit Mitte 1999 ein schwerwiegender Konflikt. Die andauernde angespannte Situation musste wiederholt in Teamsitzungen und Gesprächen mit Vorgesetzten thematisiert werden.

B.
Im Mai 2004 eskalierte die Situation (erneut), nachdem X._____ _, bevor Y._____ wie beabsichtigt _____ festhalten konnte. Dieser Vorfall führte zu gegenseitigen heftigen Beschuldigungen.

C.
Die EMPA führte in der Folge eine Disziplinaruntersuchung durch, welche am 30. August 2004 mit einem Verweis gegen X._____ und Y._____ abgeschlossen wurde. Beiden Streitbeteiligten wurden Verhaltensregeln auferlegt, bei deren Missachtung ihnen die Kündigung angedroht wurde. Verlangt wurde namentlich eine direkte und offene gegenseitige Kommunikation und die Bereitschaft, berechtigte Kritik anzunehmen. Ferner wurde die Erwartung festgehalten, dass beide Beteiligte Massnahmen zur Entwicklung ihrer Eigen- und Sozialkompetenz ergreifen.

D.
X._____ war infolge Krankheit zwischen dem 30. Juni 2004 und dem 5. September 2004 zu 100 % und ab 6. September 2004 bis im März 2005 zu 50 % arbeitsunfähig.

E.
Da sich das Verhältnis zwischen X._____ und Y._____ weiterhin als angespannt erwies, zog die EMPA im Frühjahr 2005 die Vertrauensstelle für das Bundespersonal für eine externe Beurteilung der Situation und zur Unterstützung bei der Bewältigung des Konfliktes bei.

F.
Am 12. September 2005 unterzeichnete X._____ eine Erklärung, in der er erklärte, er sei willens, weiterhin im _____ tätig zu sein, mit allen Teammitgliedern kooperativ zusammenzuarbeiten und die notwendigen Massnahmen zur Weiterentwicklung der Eigen- und Sozialkompetenz zu ergreifen.

G.
Zwischen dem 21. September 2005 und dem 18. November 2005 war X._____ erneut krankheitshalber zu 100 % arbeitsunfähig.

H.
Mit Schreiben vom 27. April 2006 gewährte die EMPA X._____ das rechtliche Gehör zur vorgesehenen Entlassung. Sie führte aus, seit dem Verweis vom 30. August 2004 habe keine Verbesserung der Zusammenarbeit stattgefunden. Eine Kommunikation mit Y._____ finde nach wie vor nicht statt. Die angespannte Situation belaste die Stimmung im Team und verunmögliche einen störungsfreien Betriebsablauf. Durch den fehlenden Willen zur Zusammenarbeit würden die Bedingungen im Verweis fortwährend verletzt.

I.
X._____ reichte mit Schreiben vom 22. Mai 2006 eine Stellungnahme ein und beantragte, von der vorgesehenen Kündigung abzusehen. Er führte aus, sowohl er als auch Y._____ hätten die in der persönlichen Erklärung festgelegten Bedingungen eingehalten. Dagegen habe die EMPA als Arbeitgeberin die vorgesehenen Schritte zur Unterstützung der Vorgesetzten unterlassen und so ihre Fürsorgepflicht nicht wahrgenommen. Er verlangte aus diesem Grund die Durchführung eines Disziplinarverfahrens gegen die Personalchefin der EMPA.

J.
Die EMPA kündigte das Arbeitsverhältnis mit Verfügung vom 13. Juni 2006 per 31. Dezember 2006. X._____ wurde bis zur formellen Beendigung des Arbeitsverhältnisses freigestellt.

K.
Mit Schreiben vom 13. Juli 2006 an die EMPA machte X._____ die Nichtigkeit der Kündigung geltend und erhob gleichentags Beschwerde an die ETH-Beschwerdekommission. In seiner Beschwerde beantragte er, die Nichtigkeit der Kündigungsverfügung sei festzustellen bzw. die

Kündigung sei aufzuheben und die EMPA anzuweisen, ihn weiter zu beschäftigen. Subeventualiter beantragte er, die EMPA sei zu verpflichten, ihm eine Entschädigung in der Höhe von zwölf Monatslöhnen zu bezahlen.

Zur Begründung führte er aus, die Kündigung sei nicht nachvollziehbar begründet und daher nichtig. Er habe sich zudem seit dem Verweis weder eine Verletzung gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten noch mangelhaftes Verhalten zuschulde kommen lassen. Er sei auch nicht untauglich zur Ausübung seiner Tätigkeit. Es liege damit kein Kündigungsgrund vor.

L.
Mit Verfügung vom 28. Juni 2007 stellte die Instruktionsrichterin der ETH-Beschwerdekommission die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wieder her, wies die EMPA an, den Lohn von X._____ bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens fortzuzahlen und bestätigte die Freistellung von X._____.

M.
Mit Urteil vom 19. Februar 2008 hiess die ETH-Beschwerdekommission den Antrag der EMPA auf Feststellung der Gültigkeit der Kündigung gut. Ferner befristete sie die Lohnfortzahlungspflicht bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Die Vorinstanz führte aus, der Verweis vom 30. August 2004 sei im Rahmen eines Disziplinarverfahrens ergangen und könne daher nicht als Mahnung betrachtet werden. Dieser Mangel führe aber nicht zur Nichtigkeit, sondern zur Anfechtbarkeit der Verfügung.

Trotz Einsicht in die Notwendigkeit einer Veränderung sei es X._____ auch nach dem ergangenen Verweis nicht gelungen, eine tragbare Zusammenarbeit mit Y._____ herbeizuführen. Zwar sei in einer ersten Phase des Konfliktes festzuhalten, dass die Arbeitgeberin ihrer Fürsorgepflicht zu wenig nachgekommen sei. In einer späteren Phase habe X._____ sich aber unversöhnlich gezeigt und an einer Lösung des Konfliktes nicht mitgewirkt. So sei er zu einem Coaching-Termin nicht erschienen. Durch seine fehlende Mitwirkung bei der Konfliktlösung habe er den Kündigungsgrund des mangelhaften Verhaltens erfüllt und die Kündigung sei nicht als nichtig zu betrachten. Dagegen habe er sich weder eine Verletzung wichtiger vertraglicher Verpflichtungen zuschulden kommen lassen noch fehle ihm die

Tauglichkeit zur Verrichtung der im Arbeitsvertrag vereinbarten Tätigkeit.

N.
Gegen dieses Urteil erhebt X._____ (nachfolgend Beschwerdeführer) am 18. März 2008 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt, Ziffer 1 des Urteils der ETH Beschwerdekommission vom 19. Februar 2008 sei aufzuheben, die Nichtigkeit der Kündigungsverfügung sei festzustellen bzw. die Kündigung sei aufzuheben und die EMPA (nachfolgend Beschwerdegegnerin) sei anzuweisen, den Beschwerdeführer weiter zu beschäftigen. Subeventualiter beantragt er, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihm eine Entschädigung in der Höhe von zwölf Monatslöhnen zu bezahlen.

Der Beschwerdeführer bestätigt das Vorliegen eines langjährigen Konfliktes mit Y._____. Dieser Konflikt sei zwar verschiedentlich in Gesprächen thematisiert worden, ein Verweis oder eine Mahnung sei aber bis im Frühjahr 2004 nie ergangen. Die Situation sei im Mai 2004 eskaliert, als Y._____ aus nichtigem Anlass begonnen habe, ihn zu diskreditieren. Aus nicht nachvollziehbaren Gründen habe er nach diesem Vorfall einen Verweis erhalten, obwohl er eindeutig Opfer des Ausfalls von Y._____ gewesen sei.

Im Rahmen dieses Verweises seien Verhaltensregeln vereinbart und die Kündigung angedroht worden. In der Folge sei die Vertrauensstelle für das Bundespersonal beigezogen worden. Deren Bericht habe verschiedene Szenarien aufgezeigt. Eine dieser Varianten sei von einer Kündigung ausgegangen; dabei sei aber darauf hingewiesen worden, dass diese nicht mit einer Verletzung der Bedingungen im Verweis begründet werden könne.

Es sei nie eine formell korrekte Mahnung ergangen. Da der Verweis im Rahmen eines Disziplinarverfahrens ergangen sei, könne er nicht als Mahnung betrachtet werden. Es sei nicht nachvollziehbar, dass die Vorinstanz festgestellt habe, die Kündigung sei aufgrund einer mangelhaften Mahnung anfechtbar, diese aber dennoch nicht aufgehoben habe.

In einer anschliessenden Besprechung habe die EMPA festgehalten, eine Kündigung stehe nicht zur Diskussion, habe aber als Voraussetzung für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses die Unterzeichnung einer persönlichen Erklärung verlangt. Diese Erklärung habe er

unterzeichnet. In der Zeit nach dem Verweis habe er sich nichts zuschulden kommen lassen.

Die EMPA habe zudem dem Konflikt jahrelang tatenlos zugesehen und auch nach der Eskalation keine genügenden Schritte zu dessen Beilegung unternommen. Sie habe dadurch ihre Fürsorgepflicht verletzt. Die Kündigung sei missbräuchlich und deshalb aufzuheben.

O.
Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 17. April 2008 die Abweisung der Beschwerde.

P.
Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Beschwerdeantwort vom 21. April 2008 die Abweisung der Beschwerde und die Feststellung, dass die Kündigung gültig erfolgt sei. Der Beschwerdeführer habe mit Y._____ während Jahren überhaupt keine Kommunikation gepflegt und dadurch das Arbeitsklima im Team in einem Mass belastet, welches die Zielerreichung der Gruppe gefährdet habe. Er sei auch nach mehrfacher Mahnung nie bereit gewesen, Schritte zu unternehmen, um seine Eigen- und Sozialkompetenz zu verbessern.

Die Kündigung enthalte eine einlässliche Begründung, aus der die Kündigungsgründe ohne weiteres hervorgingen, auch wenn die angewendeten personalrechtlichen Bestimmungen nicht ausdrücklich genannt würden. Die Zusammenarbeit im Team sei eine wichtige arbeitsvertragliche Pflicht, die der Beschwerdeführer verletzt habe. Da der Beschwerdeführer sein Verhalten auch nach einer Mahnung und trotz Einsicht in die Notwendigkeit einer Verbesserung nicht habe ändern können, fehle ihm auch die Tauglichkeit zur Erfüllung seiner Aufgaben. Die vier ausgesprochenen Mahnungen erfüllten das Erfordernis der Schriftlichkeit und enthielten die Androhung der Kündigung im Fall der Nichtbeachtung der Mahnung.

Die Beschwerdegegnerin habe alles in ihrer Macht Stehende getan, um dem Beschwerdeführer zu helfen, den Konflikt zu überwinden. So hätten sich Vorgesetzte über mehrere Hierarchiestufen hinweg der Angelegenheit angenommen und es seien auch externe Fachpersonen beigezogen worden. Die Einsicht, der Wille und die Fähigkeit zur Überwindung des Konfliktes habe aber gefehlt.

Die Arbeit in _____ erfordere intensive Teamarbeit, andauernde Spannungen innerhalb des Teams seien nicht tragbar. Es sei nicht zu beanstanden, dass der Beschwerdeführer infolge Krankheit einen Beratungstermin verpasst habe. Der Beschwerdeführer habe aber weder vor noch nach seiner Krankheit Schritte zur Verbesserung der Situation unternommen.

Q.
In seiner Replik vom 20. Juni 2008 hält der Beschwerdeführer an seinen Ausführungen fest. Er habe stets gute Leistungen erbracht und weder gegen arbeitsrechtliche Pflichten noch gegen betriebliche Weisungen verstossen. Die Beschwerdegegnerin habe keine Mahnung ausgesprochen; eine solche sei aber Voraussetzung einer Kündigung wegen ungenügender Leistungen. Selbst wenn der Verweis vom 30. August 2004 als Mahnung betrachtet würde, liege er zeitlich zu weit zurück, um noch eine Warn- und Rügefunktion ausüben zu können. Die Beschwerdegegnerin habe ihn nicht gegen die mobbing-artigen Handlungen seines Arbeitskollegen geschützt und dadurch ihre Fürsorgepflicht vernachlässigt.

R.
Die Beschwerdegegnerin reicht am 1. September 2008 eine Duplik ein und beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Der Beschwerdeführer habe gegen die Verhaltensziele verstossen, indem er weiterhin die Zusammenarbeit mit Y._____ verweigerte. Dies sei für die Arbeit im _____ nicht mehr tragbar gewesen. Auch nach dem Verweis vom 30. August 2004 habe sich die Beschwerdegegnerin bemüht, den Konflikt zu lösen, indem sie die Vertrauensstelle des Bundespersonals beigezogen bzw. ein Teamcoaching initiiert habe. Ein Coaching sei aber nach Meinung der beigezogenen Fachleute nicht erfolgversprechend gewesen. Der Beschwerdeführer habe nach wie vor eine unversöhnliche Haltung gegenüber Y._____ an den Tag gelegt.

Die Beschwerdegegnerin führt weiter aus, sie habe mehrmals schriftlich die Kündigung angedroht, dabei sei es unerheblich, ob dies in Form einer Verfügung, eines Briefs, eines Protokolls oder der Unterzeichnung einer Erklärung geschehen sei.

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).

1.2 Zur Beschwerde ist gemäss Art. 48 Abs. 1 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 formeller Verfügungsadressat hat der Beschwerdeführer ohne weiteres ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung der Vorinstanz.

1.3 Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht 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).

3.

3.1 Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, die Beschwerdegegnerin habe nicht ausgeführt, welcher der gesetzlichen Kündigungsgründe von Art. 12 Abs. 6 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) ihrer Ansicht nach erfüllt sein solle. Die Kündigung sei damit ungenügend begründet und aus diesem Grund nichtig.

3.2 Die Beschwerdegegnerin wendet dagegen ein, die Begründung der Kündigung habe insgesamt eine sachgerechte Anfechtung erlaubt. Die Verfügung sei damit hinreichend begründet und es liege kein Nichtigkeitsgrund vor.

3.3 Gemäss Art. 14 Abs. 1 BPG kann die Nichtigkeit einer Kündigungsverfügung geltend gemacht werden, wenn diese wichtige Formvorschriften verletzt (Art. 14 Abs. 1 Bst. a BPG) oder nach Art. 12 Abs. 6 und 7 BPG nicht begründet ist (Art. 14 Abs. 1 Bst. b BPG). Mit der Rüge der ungenügenden Begründung ist letztlich ein Formmangel im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Bst. a BPG gemeint. Die inhaltliche Richtigkeit der Begründung wird dagegen von Art. 14 Abs. 1 Bst. b BPG erfasst und ist in einem weiteren Schritt zu prüfen (vgl. dazu hinten E. 4. - 4.4.3).

Es ist damit in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die Begründung der Verfügung den Formerfordernissen entspricht. Falls sich ergibt, dass die formellen Anforderungen an die Begründung der Verfügung nicht erfüllt sind, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob diese Verletzung der Begründungspflicht als Verletzung wichtiger Formvorschriften im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Bst. a BPG zu betrachten ist.

3.4 Art. 13 Abs. 1 BPG verlangt für die Kündigung die Schriftform, darüber hinaus gehende Formvorschriften sind keine vorgesehen. Die Begründung der Kündigungsverfügung hat demnach den allgemeinen, aus Art. 35 Abs. 1 VwVG bzw. aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) abgeleiteten Anforderungen an die Begründungsdichte zu genügen. Gemäss Lehre und Rechtsprechung kann sich die Begründung auf die wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1 mit Hinweisen).

3.5 Die Beschwerdegegnerin hat in der Begründung ihrer Verfügung nicht ausgeführt, welche der vorgeworfenen Verhaltensweisen oder Unterlassungen ihrer Ansicht nach unter welchen Teilgehalt von Art. 12 Abs. 6 BPG fallen. Sie hat aber die dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Verhaltensweisen dargelegt und ausgeführt, dass damit die Kündigungsgründe von Art. 12 Abs. 6 Bst. a bis c BPG erfüllt seien. Eine Zuordnung zu den einzelnen Kündigungsgründen erschiene zwar wünschenswert. Da das dem Beschwerdeführer vorgeworfene Verhal-

ten Elemente aller drei Kündigungsgründe aufweist, ist es aber nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin alle drei gesetzlichen Gründe aufführte. Es war dem Beschwerdeführer denn auch ohne weiteres möglich, die Verfügung sachgerecht anzufechten und zu zeigen, aus welchen Gründen er keinen der Kündigungsgründe als erfüllt betrachte. Eine Verletzung der Begründungspflicht ist darin nicht zu sehen. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

4.

4.1 Die Vorinstanz hat in ihren Erwägungen festgestellt, die der Kündigung vorangegangene Mahnung weise formelle Mängel auf. Dies führe aber nicht zur Nichtigkeit der Kündigung, sondern bloss zur Anfechtbarkeit. Die Vorinstanz hat in der Folge den Antrag der Beschwerdegegnerin auf Feststellung der Gültigkeit der Kündigung gutgeheissen. Zum beschwerdeweise vorgebrachten Rechtsbegehren des Beschwerdeführers, die Kündigung sei aufzuheben bzw. zur Frage, welche Folgen der festgestellte formelle Mangel der Mahnung auf die Gültigkeit der Kündigung hat, äusserte sich die Vorinstanz dagegen nicht. Sie hat sich damit darauf beschränkt, das Vorliegen von Nichtigkeitsgründen zu prüfen.

Der Beschwerdeführer macht nun geltend, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz in ihren Erwägungen festgehalten habe, die Kündigung sei anfechtbar, diese aber trotz fristgerecht eingereichter Beschwerde nicht aufgehoben habe.

4.2

4.2.1 Weist die Kündigung einen Mangel auf, der weder zu einer Nichtigkeit im Sinne von Art. 14 Abs. 1 BPG noch zu einer Nichtigkeit im Sinne der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze führt, ist dieser Mangel mittels Anfechtung durch Beschwerde innerhalb der Rechtsmittelfrist geltend zu machen (Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 31 Rz. 15). Der Beschwerdeführer hat vor der Vorinstanz Beschwerde erhoben und damit die Kündigung angefochten.

4.2.2 Die Vorinstanz hat zwar in ihren Erwägungen festgestellt, der festgestellte formelle Mangel der angefochtenen Kündigung führe zu deren Anfechtbarkeit. Sie hat sich aber darauf beschränkt, das Vorliegen von Nichtigkeitsgründen zu prüfen, die fristgerecht eingereichte Beschwerde des Beschwerdeführers dagegen nicht beurteilt. Die Vorinstanz hat damit ihre Kognition nicht ausgeschöpft.

4.2.3 Jede Person hat gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) Anspruch auf rechtliches Gehör. Beschränkt die Behörde unzulässigerweise ihre Kognition, verletzt sie den Anspruch auf rechtliches Gehör oder begeht gar eine Rechtsverweigerung (BGE 131 II 271 E. 11.7.1; GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007 Art. 29 Rz. 23, JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 829). Indem die Vorinstanz nur die Anträge im Nichtigkeitsverfahren beurteilt hat, nicht aber auf die Beschwerde eingegangen ist, hat sie dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör verweigert.

4.3 Die Verfahrensgarantien von Art. 29 Abs. 2 BV sind formeller Natur. Dies hat zur Folge, dass ihre Verletzung ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde grundsätzlich zur Aufhebung des mit dem Verfahrensmangel behafteten Entscheids führt (BIAGGINI, a.a.O., Art. 29 Rz. 8, 126 V 130 E. 2b).

4.4

4.4.1 Eine Verletzung des Anspruchs auf das rechtliche Gehör kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung geheilt werden, wenn der Beschwerdeführer die Möglichkeit hatte, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, welche zu freier Prüfung all jener Fragen befugt ist, die auch der unteren Instanz hätten unterbreitet werden können (BGE 117 Ib 481 E. 8a). Die Heilung ist aber ausgeschlossen, wenn es sich um eine besonders schwerwiegende Verletzung der Parteirechte handelt; zudem darf dem Beschwerdeführer kein Nachteil erwachsen und die Heilung soll die Ausnahme bleiben (BGE 129 I 129 E. 2.2.3, BGE 126 V 130 E. 2b, BGE 126 I 68 E. 2; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 986 f.). Wird die Gehörsverletzung als schwer eingestuft, ist die Beschwerde gutzuheissen und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 30 Rz. 45).

4.4.2 Die Vorinstanz hat die in der Beschwerde gestellten Rechtsbegehren überhaupt nicht behandelt. Es ist damit von einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs auszugehen, die in ihrer Wirkung einer formellen Rechtsverweigerung gleichkommt. Eine Heilung der Gehörsverletzung scheidet aus diesem Grund aus. Eine Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz ist zudem auch

inhaltlich gerechtfertigt. Falls die Vorinstanz zum Schluss kommen sollte, die Kündigung sei aufzuheben, müsste geregelt werden, welche Folgen – Weiterbebeschäftigung oder Entschädigung – die Aufhebung habe. Angesichts der erheblichen Tragweite dieses von der Vorinstanz gegebenenfalls noch zu regelnden Punktes darf der unterliegenden Partei nicht durch einen reformatorischen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts eine Rechtsmittelinstanz entzogen werden.

4.4.3 Der angefochtene Entscheid ist daher aufzuheben und die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5.
Aus prozessökonomischen Gründen sei aber darauf hingewiesen, dass das Bundesverwaltungsgericht den gegen Y._____ ausgesprochenen Verweis als gültige Mahnung im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG betrachtet hat (Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-5893/2007 vom 11. April 2008, E. 3.7.4 f. mit Hinweisen). Dagegen wäre, wird die Gültigkeit der Mahnung grundsätzlich bejaht, im vorinstanzlichen Verfahren eingehend zu prüfen, welche Auswirkungen die Äusserung eines Direktionsmitglieds der Beschwerdegegnerin hat, welches am 11. November 2004 in einer Besprechung erklärte, es bleibe bei einem Verweis, wenn nichts mehr passiere. Es wird abzuklären sein, ob dadurch die Warnfunktion des Verweises nachträglich soweit eingeschränkt wurde, dass das als Kündigungsgrund genannte Verhalten nicht mehr erfasst war.

6.
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 aufzuerlegen.

7.
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. Die Parteientschädigung ist – entsprechend der vom Beschwerdeführer eingereichten Kostennote – auf Fr. 9'249.70 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu beziffern und der unterliegenden Gegenpartei aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 2 und 3 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, der Entscheid der ETH-Beschwerdekommission vom 19. Februar 2008 aufgehoben und die Angelegenheit zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.
Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 9'249.70 zu bezahlen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 2906; Einschreiben)

Die vorsitzende Richterin:	Der Gerichtsschreiber:
Marianne Ryter Sauvant	Simon Müller

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 grundsätzli-

cher 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 Frist steht still vom 18. Dezember 2008 bis am 2. Januar 2009. 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: