Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-6543/2012

Urteil vom 22. April 2013

Besetzung

Richter André Moser (Vorsitz),
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,
Richterin Marianne Ryter,
Gerichtsschreiberin Nina Dajcar.

Parteien

A._____,
vertreten durch Dr. iur. Harry Nötzli, Rechtsanwalt,
WWNW Rechtsanwälte,
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD,
Generalsekretariat Rechtsdienst, Bundesgasse 3,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

Sachverhalt:

A.
A._____ arbeitet seit dem 1. November 2007 als B._____ beim Bundesamt für C._____ (C._____) und ist in dieser Funktion für die Kundenbeziehung des C._____ zu den ihm zugewiesenen Ämtern verantwortlich.

B.
Mit Verfügung vom 16. November 2011 löste das C._____ (nachfolgend: Arbeitgeber) das Arbeitsverhältnis zu A._____ per 29. Februar 2012 auf, nachdem eine gütliche Einigung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zustande gekommen war. Der Arbeitgeber wollte ihn aufgrund seiner ungenügenden Leistungen und Reklamationen von Kunden nicht weiterbeschäftigen und vertrat die Auffassung, A._____ sei für die Tätigkeit als B._____ weder geeignet noch tauglich.

C.
A._____ reichte daraufhin am 15. Dezember 2011 beim Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) Beschwerde ein. Er brachte vor, die Verfügung des C._____ sei nichtig und er habe Anspruch auf Weiterbeschäftigung. Das EFD wies die Beschwerde mit Entscheid vom 14. November 2012 ab und bestätigte die Kündigung; einer allfälligen Beschwerde entzog es die aufschiebende Wirkung.

D.
A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) erhebt mit Eingabe vom 14. Dezember 2012 Beschwerde gegen den Entscheid des EFD (nachfolgend: Vorinstanz). Er stellt darin die Anträge, der Entscheid der Vorinstanz sei aufzuheben, es sei die Nichtigkeit der Kündigungsverfügung vom 16. November 2011 festzustellen und das C._____ sei anzuweisen, ihn weiterzubeschäftigen. Eventualiter sei ihm eine Entschädigung in der Höhe von zwölf Monatslöhnen auszubezahlen. In prozessualer Hinsicht stellt er den Antrag, der Beschwerde sei wieder die aufschiebende Wirkung zu erteilen und das C._____ sei anzuweisen, ihn für die Dauer des Beschwerdeverfahrens effektiv weiterzubeschäftigen; eventualiter sei ihm für die Dauer des Beschwerdeverfahrens der Lohn weiterhin zu bezahlen.

E.
Mit Zwischenverfügung vom 23. Januar 2013 stellt das Bundesverwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wieder her.

F.
Mit Eingaben vom 8. Februar und 6. März 2013 verzichten die Vorinstanz und der Beschwerdeführer auf eine Vernehmlassung in der Sache bzw. auf Schlussbemerkungen.

G.
Auf weitergehende Ausführungen in den Rechtsschriften ist, soweit entscheidrelevant, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 36 Abs. 1 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) können Beschwerdeentscheide der internen Beschwerdeinstanz (Art. 35 Abs. 1 BPG) betreffend Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Die vom C._____ erlassene Verfügung vom 16. November 2011 unterlag der Beschwerde an das EFD als interne Beschwerdeinstanz (Art. 110 Bst. a der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 [BPV, SR 172.220.111.3]). Der Beschwerdeentscheid der Vorinstanz vom 14. November 2012 stellt demnach ein zulässiges Anfechtungsobjekt dar, weshalb das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig ist.

1.2 Anfechtungsobjekt im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bildet einzig der vorinstanzliche Entscheid, nicht auch allfällige Entscheide unterer Instanzen (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.7). Auf die Beschwerde kann daher insoweit nicht eingetreten werden, als mit ihr die Aufhebung der Verfügung vom 16. November 2011 beantragt wird. Immerhin gilt die erstinstanzliche Verfügung als inhaltlich mitangefochten (statt vieler BGE 134 II 142 E. 1.4 und Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5076/2012 vom 11. Februar 2013 E. 1.2).

1.3 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das VGG nichts anderes bestimmt.

1.4 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. Der im vorinstanzlichen Verfahren unterlegene Beschwerdeführer ist sowohl formell wie auch materiell beschwert und deshalb zur Beschwerde befugt.

1.5 Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist daher mit der in Erwägung 1.2 erwähnten Einschränkung einzutreten.

2.
Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

3.
Vorliegend ist strittig, ob die Voraussetzungen eines rechtlich zulässigen Kündigungsgrunds erfüllt sind.

3.1 Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei gekündigt werden (Art. 12 Abs. 1 BPG). Die Arbeitgeberin kann das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit einseitig ohne das Einvernehmen mit der betroffenen Person ordentlich aus einem der in Art. 12 Abs. 6 Bst. a–f BPG abschliessend aufgezählten Kündigungsgründe auflösen (vgl. statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5067/2012 vom 11. Februar 2013 E. 7.1).

3.2 Die Vorinstanz und der Beschwerdeführer äussern sich wie folgt zum Kündigungsgrund:

3.2.1 Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, Art. 12 Abs. 6 Bst. c BPG ("mangelnde Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten") sei verwirklicht. Dies begründet sie im Wesentlichen wie folgt: Als der Arbeitgeber den Beschwerdeführer angestellt habe, sei er der Auffassung gewesen, dieser würde die spezifischen Voraussetzungen erfüllen. Nach Ablauf der Probezeit habe er trotz vorhandener Schwächen die Umwandlung in eine Festanstellung emp-

fohlen. Er sei somit davon ausgegangen, diese könnten durch die vorgesehene Schulung behoben werden. Die mangelnde Eignung und Tauglichkeit eines Arbeitnehmers könne sich aber unter bestimmten Umständen auch erst nach dem Ablauf der Probezeit bemerkbar machen, namentlich wenn (wie beim Aufgabenbereich eines B._____) der Aufbau einer nachhaltigen Kundenbeziehung eine gewisse Dauer der Zusammenarbeit erfordere. Schon die erste Leistungsbeurteilung aus dem Jahr 2008 zeige, dass dem Beschwerdeführer die Fachkompetenz für diese Stelle lediglich weitgehend und nicht vollständig zukomme. Gemäss den weiteren Leistungsbewertungen aus den Jahren 2009, 2010 und 2011 sowie Reaktionen der Kunden hätten sich diese Mängel nicht beheben lassen, sondern seien immer deutlicher zu Tage getreten. Dem Beschwerdeführer mangle es insbesondere an Kundenorientiertheit, Zuverlässigkeit, Verantwortungsbewusstsein, Eigeninitiative und Verhandlungsgeschick.

3.2.2 Der Beschwerdeführer führt zu den Kündigungsgründen zusammengefasst aus, diese wären − wenn überhaupt − unter Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG ("Mängel in der Leistung oder im Verhalten, die trotz schriftlicher Mahnung anhalten oder sich wiederholten") zu subsumieren; eine mangelhafte Leistung sei indes nie abgemahnt worden. Da die Probezeit trotz des Verbesserungspotentials positiv abgeschlossen worden und weder verlängert noch das Arbeitsverhältnis aufgelöst worden sei, könne von Anzeichen einer Untauglichkeit oder fehlenden Eignung keine Rede sein. Die Mitarbeiterbeurteilungen würden dieser Einschätzung ebenfalls widersprechen, wobei es im Jahr 2011 keine ordentliche Leistungsbeurteilung gegeben habe. Die vorgebrachten Reklamationen hätten das Mass einer Beanstandung, wie sie immer wieder vorkäme, nicht überschritten.

3.3 Vorliegend stehen somit die Kündigungsgründe gemäss Art. 12 Abs. 6 Bst. b und Bst. c BPG zur Diskussion.

3.3.1 Die Unterscheidung dieser Kündigungsgründe ist bedeutsam, da hinsichtlich der Mahnung unterschiedliche Anforderungen bestehen: Während eine Kündigung aufgrund von Mängeln in der Leistung oder im Verhalten gemäss Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG immer einer vorgängigen Mahnung bedarf, ist dies bei der mangelnden Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft zur Verrichtung der vereinbarten Arbeit nach Art. 12 Abs. 6 Bst. c BPG nur für den letztgenannten Tatbestand der "Bereitschaft" der Fall. Hingegen ist bei einer Kündigung aufgrund mangelnder Eignung

oder Tauglichkeit keine vorgängige Mahnung erforderlich, da es sich bei diesen um objektive Merkmale handelt, die vom Arbeitnehmer nicht beeinflusst werden können (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2907/2011 vom 1. Dezember 2011 E. 7 und A-2164/2009 vom 1. September 2009 E. 3.3.3; dies ergibt sich aus dem Zusammenhang ebenfalls aus den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts A-6664/2009 vom 29. Juni 2010 E. 5.1 und A-5455/2009 vom 21. Januar 2010 E. 5.2; s.a. HARRY NÖTZLI, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Diss. Bern 2005, Rz. 189).

3.3.2 Die Leistung des Angestellten ist dann mangelhaft im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG, wenn sie zur Erreichung des Arbeitserfolgs nicht genügt, der Angestellte aber keine gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten verletzt und er sich nicht als untauglich erweist. Setzt hingegen 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. Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG, der praxisgemäss ebenfalls eine Mahnung voraussetzt). Als mangelhaftes Verhalten im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG, 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, Dynamik oder Integration in Frage. Dabei taugen als Kündigungsgrund Mängel im Verhalten des Angestellten nur dann, wenn sie auch für Dritte nachvollziehbar sind (zum Ganzen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3834/2011 vom 28. Dezember 2011 E. 7.5.3 m.H., A-6906/2011 vom 9. Mai 2012 E. 4.3; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 1C_245/2008 vom 2. März 2009 E. 5.2; NÖTZLI, a.a.O., Rz. 189 ff.).

3.3.3 Nach Art. 12 Abs. 6 Bst. c BPG ist eine ordentliche Kündigung zulässig wegen mangelnder Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten. Im vorliegenden Fall steht die mangelnde Eignung und Tauglichkeit, nicht aber die Bereitschaft zur Verrichtung der vereinbarten Arbeit zur Diskussion. Unter den Begriff der fehlenden Eignung bzw. Tauglichkeit fallen all jene objektiven, nicht vom Arbeitnehmer verschuldeten Gründe, die mit dessen Person in Zusammenhang stehen und ihn nicht oder nur ungenügend in die Lage versetzen, die vereinbarte Arbeit zu leisten. Gesundheitliche Probleme, ungenügende Fachkompetenz, fehlende Integration und Dynamik sowie mangelnde Intelligenz sind deutliche Indizien einer bestehenden Untauglich-

keit oder Ungeeignetheit (BVGE 2007/34 E. 7.2; vgl. für die neuere Rechtsprechung Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3834/2011 vom 28. Dezember 2011 E. 7.3 und A-5805/2010 vom 3. Februar 2011 E. 5.2; s.a. NÖTZLI, a.a.O., Rz. 202). Zu beachten ist, dass der Angestellte im Hinblick auf eine spezifische Tätigkeit angestellt wird, für die er die entsprechenden Voraussetzungen mitzubringen hat. Lebenslauf und Assessment, vor allem aber die im Vergleich zum privaten Arbeitsrecht längere Probezeit erlauben dem Arbeitgeber die hinreichende Beurteilung der Eignung und Tauglichkeit des Angestellten (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3834/2011 vom 28. Dezember 2011 E. 7.3; NÖTZLI, a.a.O., Rz. 203).

Mangelnde Eignung oder Tauglichkeit sind nicht leichthin anzunehmen, denn gemäss Art. 19 Abs. 1 BPG muss der Arbeitgeber alle sinnvollen Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung ausschöpfen, bevor er Angestellten ohne deren Verschulden kündigt. Somit ist der Arbeitgeber unter dem Aspekt des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) verpflichtet, den erst nach der Probezeit festgestellten Mangel vorab etwa durch entsprechende Weiterbildung des bzw. der Angestellten zu beheben oder das Arbeitsverhältnis so umzugestalten, dass der oder die Angestellte den Anforderungen zu genügen vermag. Erst wenn auch diese oder ähnliche Massnahmen versagen, darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ordentlich kündigen (BVGE 2007/34 E. 7.2.1 m.H.; NÖTZLI, a.a.O., Rz. 203).

3.4 Im hier zu beurteilenden Fall ist der Beschwerdeführer unbestritten nicht gemahnt worden. Eine Kündigung käme folglich nur gestützt auf die objektiven Gründe der fehlenden Eignung oder Tauglichkeit in Frage. Solche sind allerdings weder aufgrund der Ausführungen der Vorinstanz noch der übrigen Akten dargetan.

Der Arbeitgeber ging offensichtlich nicht nur zum Zeitpunkt der Anstellung und des Ablaufs der Probezeit im Februar 2008 von der Eignung und Tauglichkeit des Beschwerdeführers aus, sondern angesichts der Mitarbeiterbeurteilungen von Herbst 2008 (Gesamtbewertung A, d.h. "erfüllt die Anforderungen uneingeschränkt") und 2009 (Gesamtbewertung 3, d.h. "erreicht die Ziele vollständig") auch in den darauf folgenden Jahren. Auch wenn eine fehlende Eignung oder Tauglichkeit unter Umständen erst nach Ablauf der Probezeit zu Tage treten kann, so ist davon im vorliegenden Fall aufgrund dieser Mitarbeiterbeurteilungen nicht auszuge-

hen. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass eine ursprünglich gegebene Eignung oder Tauglichkeit im Lauf der Zeit nicht mehr gegeben ist, z.B. aufgrund einer länger andauernden Krankheit. Hierfür fehlen jedoch vorliegend Anhaltspunkte; die gemäss Akten vorhandenen gesundheitlichen Einschränkungen und die Krankschreibung seit August 2011 haben zum Zeitpunkt der Kündigungsverfügung im November 2011 jedenfalls noch nicht so lange angedauert, dass daraus eine mangelnde Eignung oder Tauglichkeit abgeleitet werden könnte (vgl. zu diesem Thema eingehend Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3406/2011 vom 6. März 2012 E. 5).

Wie aus den Bewertungen aus dem Jahr 2010 (Zielvereinbarungsgespräch im Februar und Meilensteingespräch im Juli) hervorgeht, gab es damals Beanstandungen der Arbeitsweise des Beschwerdeführers. Hierzu gehören das offenbar nicht rechtzeitig erfolgte Zustellen von Offerten und Kritik bezüglich der wöchentlichen Nachführung des sog. "S._____". Es wurde sodann festgehalten, sein B._____ Wissen sei noch nicht vollständig ausgeprägt, er solle offener werden und mehr mit dem Team arbeiten. Die Bewertung im Juli 2010 ergibt für die Leistungsziele einen Durchschnitt von 2.35 und für die Verhaltensziele von 2.51, was der Gesamtbewertung 2 ("Ziele weitgehend erreicht") entspricht. Im Feld "Ergebnis/Stand/weiteres Vorgehen" wurde festgehalten, die Ziele seien mit Anstrengungen erreichbar (pag. 57 ff. [die pag. beziehen sich auf die vorinstanzlichen Akten]). Auch aus diesen Bewertungen kann nicht geschlossen werden, der Beschwerdeführer sei aus objektiven Gründen nicht in der Lage, die Tätigkeit eines B._____ auszuführen, selbst wenn das Fachwissen verbesserungsfähig gewesen wäre und die Leistungen Anlass für Beanstandungen gaben. Die Schwelle für die Annahme einer objektiven Unfähigkeit war vor dem Hintergrund dieser Beanstandungen und der Bewertungen nicht erreicht.

Weiter erhielt der Beschwerdeführer im Dezember 2010 eine Leistungsprämie für das Jahr 2010. Der Arbeitgeber resp. die Vorinstanz bringt vor, alle Mitarbeiter hätten damals diese Prämie aufgrund des turbulenten Jahrs 2010 erhalten und es ergäbe sich daraus keine besonders gute Leistung des Beschwerdeführers. Jedoch wird der Beschwerdeführer im Schreiben zur Leistungsprämie gelobt, selbst wenn dies eine Standardformulierung sein mag. Dies muss sich der Arbeitgeber anrechnen lassen, da aus dem Schreiben nicht ersichtlich ist, dass die Leistungsprämie nicht als Auszeichnung gemeint sein könnte.

Die Leistungen des Beschwerdeführers verschlechterten sich im Jahr 2010. Es kam u.a. zu folgenden Beanstandungen (für weitere vgl. pag. 343–365, die Kündigungsverfügung [pag. 13 ff.] und den angefochtenen Entscheid):

- Am 5. Oktober 2010 wurde dem Vorgesetzten des Beschwerdeführers per Mail u.a. mitgeteilt, letzterer sei selten inkompetent, man könnte mit ihm nicht zusammenarbeiten, er kenne weder seinen Aufgabenbereich und Zuständigkeiten noch die Tools, mit denen er zu arbeiten habe (pag. 146).

- Am 17. Dezember 2010 gab ein Mitarbeiter eines vom Beschwerdeführer betreuten Bundesamts mündlich an, mit dem Beschwerdeführer sehr unzufrieden zu sein, man müsse "mit der Peitsche knallen, damit etwas passiere". Der Beschwerdeführer sei im "M._____" zu gut beurteilt worden. Zu beanstanden sei, dass er behaupte, Mails seien nicht angekommen; er habe immer Ausreden, weil das C._____ zu gross und zu kompliziert sei und er nicht alles lösen könne. Er halte Pendenzentermine nicht ein und sage dem Kunden, er solle doch direkt mit dem Techniker reden. Der Auftrag, alle 14 Tage einen Pendenzenaustausch zu pflegen, werde nicht wahrgenommen (Notiz des Gesprächs auf pag. 73).

- Ein Mitarbeiter eines anderen Bundesamts gab am gleichen Tag an, er sei mit dem Beschwerdeführer unzufrieden und er hätte ihm in der Hoffnung auf Verbesserung (zu) wohlwollende Beurteilungen gegeben; das "M._____" sei aus Loyalität zu gut beurteilt worden. Der Beschwerdeführer antworte teilweise lange Zeit nicht auf Mails, die Pendenzentermine würden nicht eingehalten (Notiz des Gesprächs auf pag. 74).

Diese Kritik spricht nebst Schwächen der Fachkompetenz Schwächen in der Arbeitsorganisation an, insbesondere scheint die Einhaltung von Terminen Schwierigkeiten zu bereiten. Jedoch ist kein Grund ersichtlich, weshalb diese Schwächen mit gezielter Schulung und geeigneten Rahmenbedingungen nicht in den Griff zu bekommen wären; jedenfalls kann auch aufgrund dieser Kritik keine objektive Ungeeignetheit oder Untauglichkeit begründet werden.

Am 16. Dezember 2010 führte der Vorgesetzte des Beschwerdeführers mit diesem ein Gespräch. Der Gesprächsinhalt lässt sich aus dem Protokoll nur insoweit rekonstruieren, als Kundenreklamationen erwähnt wurden. Unter "Anregungen, Wünsche etc." wurde lediglich festgehalten, Rückrufe an Kunden seien innert 24 Stunden zu erledigen (pag. 509 f.). Im Januar, März und Mai 2011 wurden weitere Gespräche geführt, die Protokolle sind jedoch für Aussenstehende wenig aufschlussreich (pag.

511 ff.). Auch aus diesen Protokollen kann aufgrund ihrer geringen Aussagekraft nicht auf eine grundsätzliche Unfähigkeit geschlossen werden.

In der Zielvereinbarung von März 2011 respektive dem Meilensteingespräch im Juni 2011 wurden verschiedene Punkte mit 1, also der tiefsten Stufe, bewertet. So wurde u.a. gerügt, eine Beratung werde nur bei Anfrage gemacht, die Proaktivität fehle, das Wissen über die Kunden sei trotz wenigen Aufträgen eher schwach, etc. Weiter seien z.B. zu viele offene Abgabetermine vorhanden. Die Fachkompetenz wurde mit einer 2 bewertet, wobei bei "Bemerkungen" steht, die Kenntnisse des "P._____" (Abkürzung nicht eingeführt) seien ungenügend. Aus dieser Beurteilung kann zwar geschlossen werden, dass sich die Leistungen des Beschwerdeführers ab Ende 2010 verschlechterten. Jedoch lässt sich daraus angesichts der vorangehenden genügenden Beurteilungen nicht folgern, der Beschwerdeführer sei objektiv nicht (mehr) in der Lage, seine Funktion auszuführen.

Der Arbeitgeber geht sodann davon aus, es mangle dem Beschwerdeführer an Persönlichkeitsmerkmalen, die für die Ausübung der Funktion als B._____ unabdingbar seien. Eine Mahnung sei deshalb nicht hilfreich gewesen, um die fehlende Tauglichkeit herbeizuführen, denn eine grundlegende Veränderung der Persönlichkeit sei durch eine Mahnung nicht zu erwarten. Dem Beschwerdeführer fehle es an einer ausgesprochenen Kommunikations- und Konfliktfähigkeit, an einem ausgeprägten vernetzen Denken und Handeln, an einer hohen Selbständigkeit, Verantwortungsbewusstsein und Zuverlässigkeit, an hoher Eigeninitiative, Flexibilität und Verhandlungsgeschick, an hoher Teamfähigkeit und Kundenorientiertheit (pag. 13 ff. und 161). Angesichts der relativ guten Mitarbeiterbeurteilungen in den ersten beiden Jahren kann dieser Einschätzung nicht gefolgt werden. Offenbar verfügte der Beschwerdeführer zunächst über hinreichende Fähigkeiten, andernfalls hätten die Mitarbeiterbeurteilungen nicht so positiv ausfallen dürfen. Auch wenn die Leistungen des Beschwerdeführers aktenkundig von verschiedener Seite beanstandet wurden, so ist nicht ersichtlich, weshalb es sich hierbei um objektive Gründe handeln soll, die erst so lange Zeit nach der Anstellung zu Tage traten und vom Arbeitnehmer nicht beeinflusst werden könnten. Vielmehr handelt es sich − wenn schon, wobei vorliegend keine nähere Untersuchung dieser Gründe erfolgt, da es an einer Mahnung fehlt − um Schwächen in der Fachkompetenz, der Arbeitsleistung, im Umgang mit Kunden und im Zeitmanagement, die allenfalls einen Kündigungsgrund nach Art. 12

Abs. 6 Bst. b BPG, nicht aber nach Art. 12 Abs. 6 Bst. c BPG bilden könnten.

3.5 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass im vorliegenden Fall die in Erwägung 3.3.3 dargestellte Schwelle zu einer fehlenden Eignung oder Tauglichkeit nicht erreicht ist. Es liegen trotz abnehmender Leistungen keine objektiven, nicht vom Arbeitnehmer verschuldete Gründe vor, die ihm grundsätzlich eine genügende Arbeitsleistung verunmöglichen würden. Somit ist eine Kündigung gestützt auf Art. 12 Abs. 6 Bst. c BPG nicht zulässig; weitere Kündigungsgründe sind nicht ersichtlich resp. rechtfertigen aufgrund der fehlenden Mahnung unabhängig von einer materiellen Beurteilung keine Kündigung.

4.
Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen erweist sich die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Beschwerdeführer als nicht begründet und somit als nichtig im Sinne von Art. 14 i.V.m. Art. 12 Abs. 6 Bst. c BPG. Damit stellt sich die Frage der Rechtsfolge.

4.1 Bei der nichtigen Kündigung nach Art. 14 Abs. 1 BPG handelt es sich dem Wesen nach um eine anfechtbare Kündigung. Eine Kündigung, die von der Beschwerdeinstanz als in diesem Sinne nichtig beurteilt wird, beendet das Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht. Das Bundespersonalrecht sieht primär die Weiterbeschäftigung mit der bisherigen oder einer anderen zumutbaren Arbeit vor. Nur subsidiär zur Weiterbeschäftigung wird eine Entschädigung vorbehalten, nämlich für den Fall, dass die von der nichtigen Kündigung betroffene Person aus Gründen, die nicht sie zu vertreten hat, nicht bei einem Arbeitgeber nach Art. 3 BPG weiterbeschäftigt wird (Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG, Art. 14 Abs. 5 BPG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 BPG; Urteil des Bundesgerichts 8C_417/2011 vom 3. September 2012 E. 5.1 und 8C_703/2011 vom 1. Mai 2012 E. 7.1; s.a. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5067/2012 vom 11. Februar 2013 E. 9.1, A-4611/2012 vom 18. Dezember 2012 E. 6.1 und A-2999/2012 vom 5. Oktober 2012 E. 6.4; NÖTZLI, a.a.O., Rz. 325 und 356; WOLFGANG PORTMANN, Überlegungen zum bundespersonalrechtlichen Kündigungsschutz, in: LeGes 2002/2, S. 67 f.; PETER HÄNNI, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR] Bd. I, 2. Aufl. 2004, Rz. 112 f.).

Die Subsidiarität der Entschädigung anstelle der Weiterbeschäftigung im Falle der Nichtigkeit der Kündigung gilt nicht absolut. Jedoch darf aufgrund des Primats der Weiterbeschäftigungspflicht im BPG nicht leichthin

von der Unmöglichkeit einer Weiterbeschäftigung ausgegangen werden. Insbesondere hängt die Frage, ob eine Weiterbeschäftigung im konkreten Fall möglich ist, nicht allein von der Bereitschaft des Arbeitgebers ab, die betroffene Person weiterzubeschäftigen, denn dem Arbeitgeber kommt diesbezüglich kein Wahlrecht zu. Anderseits soll ein Arbeitgeber nicht entgegen allen Schwierigkeiten, welche sich durch eine Weiterbeschäftigung für ihn unter Umständen ergeben könnten, dazu verpflichtet werden können. Von einer Weiterbeschäftigung kann im Einzelfall abgesehen werden, wenn sich eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als unmöglich oder praktisch nicht sinnvoll erweist oder die Anordnung einer Weiterbeschäftigung aus anderen Gründen nicht als angemessen erscheint (eingehend zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 8C_417/2011 vom 3. September 2012 E. 5.2; BVGE 2009/58 E. 9.2 sowie Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5076/2012 vom 11. Februar 2013 E. 9.2, A-2999/2012 vom 5. Oktober 2012 E. 6.4 und A-7750/2009 vom 16. Juli 2010 E. 2.3 je m.H.).

4.2 Den Beweis, sich genügend um eine zumutbare Stelle für den Beschwerdeführer bemüht zu haben, hat ein Arbeitgeber erbracht, wenn das Gericht gestützt auf die Beweiswürdigung nach objektiven Gesichtspunkten zur Überzeugung gelangt, dass sich der rechtserhebliche Sachumstand verwirklicht hat. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. Bleiben genügende Bemühungen des Arbeitgebers unbewiesen, trägt er die Folgen der Beweislosigkeit (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-4611/2012 vom 18. Dezember 2012 E. 6, A-2999/2012 vom 5. Oktober 2012 E. 6.6 und A-4006/2010 vom 23. November 2010 E. 2.4; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.141 und 3.149)

4.3 Der Arbeitgeber hatte in der Kündigungsverfügung im Zusammenhang mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung den Antrag auf Weiterbeschäftigung während des Verfahrens abgewiesen. Dies begründete er mit der mangelnden Eignung und Tauglichkeit. Er sei zwingend darauf angewiesen, dass der Hauptansprechpartner seiner Kunden in jeder Hinsicht zuverlässig sei und zwischen Kunden und B._____ ein Vertrauensverhältnis bestehe. Nur so könne der reibungslose Ablauf der Geschäfte garantiert und damit letztlich der gesetzliche Auftrag erfüllt werden. Bei einer Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers als B._____ würde das operative Geschäft gravierend gefährdet und das

Vertrauensverhältnis zwischen Kunden und dem Arbeitgeber könnte nachhaltig geschädigt werden. Das öffentliche Interesse überwiege deshalb das private Interesse an einer Weiterbeschäftigung.

Der Arbeitgeber gab an, die B._____ Stelle werde nicht aufgehoben, sondern vorläufig von einem Servicemanager und vom Abteilungsleiter betreut. Aus den Akten ist nicht ersichtlich, inwiefern der Arbeitgeber – abgesehen von der vorläufigen Beschäftigung für die Dauer des Verfahrens im Projekt "Z._____ C._____" – für den Beschwerdeführer eine alternative Weiterbeschäftigungsmöglichkeit als Ersatz für die B._____ Stelle gesucht hat. Vielmehr begann der Arbeitgeber im Sommer 2011 die schliesslich erfolglosen Verhandlungen mit dem Beschwerdeführer über eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Er führt aus, vorgängig habe er ein Coaching vermittelt und Weiterbildungen angeboten. Jedoch habe er den Eindruck gewonnen, die Situation sei für den Beschwerdeführer aufgrund seiner Untauglichkeit zunehmend belastend geworden, weshalb eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses unvermeidbar gewesen sei (pag. 166). Eine Weiterbildung zum Thema "G._____" an der Berner Fachhochschule im Herbst 2011 war offenbar vorgesehen, wurde aber vom Beschwerdeführer krankheitsbedingt nicht besucht (vgl. pag. 164 f.); Details zu dieser Weiterbildung sind, abgesehen von der Rechnung über Fr. 290.− (pag. 537), nicht aktenkundig.

4.4 Die Vorinstanz äussert sich im Zusammenhang mit der Weiterbeschäftigung während des vorliegenden Verfahrens dahingehend, die Tätigkeit im Projekt "Z._____ C._____" sei dem Beschwerdeführer übertragen worden, nachdem die aufschiebende Wirkung wiederhergestellt worden sei. Jedoch werde dieses Projekt nicht weiterverfolgt, weshalb eine weitere Beschäftigung nicht möglich sei. Sie geht davon aus, eine Weiterbeschäftigung als B._____ komme nicht in Frage, da dies das Vertrauensverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dessen Kunden gefährden würde. Aufgrund der begrenzten personellen Ressourcen könne der Beschwerdeführer nicht mit anderen Aufgaben weiterbeschäftigt werden, da unter diesen Umständen die notwendige Position des B._____ nicht wiederbesetzt werden könnte.

4.5 Der Beschwerdeführer beantragt, er sei weiterzubeschäftigen; eventualiter sei ihm sei eine Entschädigung von zwölf Monatslöhnen auszuzahlen. Er liess anlässlich des Austauschs über eine mögliche Auflösungsvereinbarung über seinen damaligen Rechtsvertreter im Juli 2011 mitteilen, er sei bereit, über eine allfällige Versetzung zu diskutieren, falls

er nicht mehr als B._____ arbeiten könne. Sofern von Seiten des C._____ tatsächlich keine Perspektiven mehr bestehen sollten, sei er bereit, über eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu sprechen. Unter gewissen Voraussetzungen komme eine Beendigung in Frage, namentlich wenn das Arbeitsverhältnisses (erst) per 31. Dezember 2012 beendet würde, damit er für die Suche einer neuen Stelle genügend Zeit hätte (Schreiben vom 12. Juli 2011, pag. 337 f.). Er brachte im vorinstanzlichen Verfahren vor, sein Verbleiben auf dem Arbeitsplatz würde das operative Geschäft nicht gefährden, da er dieser Tätigkeit bis im August 2011 nachgegangen sei und die Resultate der Kundenzufriedenheit belegen würden, dass die Kunden mit den B._____ zufrieden seien (pag. 105).

4.6 Aus den Akten geht nicht genau hervor, welche gezielte Weiterbildungen dem Beschwerdeführer zu dem benötigten Fachwissen oder einer besseren Arbeitsorganisation verhelfen sollten. Statt einer Anpassung des Arbeitsverhältnisses oder einer gezielten Weiterbildung versuchte der Arbeitgeber vielmehr, eine Auflösungsvereinbarung mit mehrmonatiger Freistellung und der Finanzierung eines sog. Outplacements abzuschliessen. Angesichts des Grundsatzes der Weiterbeschäftigung und des Verhältnismässigkeitsprinzips hätten jedoch die Möglichkeiten einer Anpassung des Arbeitsverhältnisses und/oder einer gezielten Weiterbildung vorgängig geprüft werden müssen.

Vorliegend ist auch sonst kein Grund ersichtlich, um vom Grundsatz der Weiterbeschäftigung abzuweichen. Aus den Akten, der Kündigungsverfügung und dem Entscheid der Vorinstanz sind weder schwerwiegende persönliche Konflikte am Arbeitsplatz noch Hinweise auf ein zerstörtes Vertrauensverhältnis ersichtlich; einzig der Beschwerdeführer weist darauf hin, das Verhältnis zum direkten Vorgesetzten sei angespannt (pag. 595). Der Arbeitgeber beanstandet die Leistungen und das Verhalten des Beschwerdeführers den Kunden gegenüber. Wie aber in Erwägung 3 dargelegt, sind die Mitarbeiterqualifikationen nicht so schlecht ausgefallen, dass eine Weiterbeschäftigung unmöglich erscheint. Inwiefern der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen könnte, ergibt sich weder aus den Akten noch wird dies vom Arbeitgeber als Grund für eine Nicht-Weiterbeschäftigung genannt.

Da das Projekt "Z._____ C._____" zurzeit nicht weiterverfolgt wird, ist eine Beschäftigung in diesem Projekt nicht möglich. Indes legt der Arbeitgeber nicht glaubhaft dar, dass er sich genügend bemüht hat, eine andere zumutbare Weiterbeschäftigung für den Beschwerdeführer zu fin-

den. Die Umstände der dem Beschwerdeführer gegenüber ausgesprochenen Kündigung sind nicht derart, dass sie eine Ausnahme von der Weiterbeschäftigungspflicht zu rechtfertigen vermögen. Nach dem Grundsatz von Art. 14 BPG muss daher vorliegend das Arbeitsverhältnis fortbestehen und der Antrag des Beschwerdeführers auf Weiterbeschäftigung ist gutzuheissen. Soweit der Arbeitgeber eine Rückkehr des Beschwerdeführers als B._____ für nicht sinnvoll hält, hat er eine angemessene Alternative zu suchen.

5.

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde demnach gutzuheissen, der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 14. November 2012 aufzuheben und die Nichtigkeit der Kündigung vom 16. November 2011 festzustellen. Der Arbeitgeber ist anzuweisen, den Beschwerdeführer in einer seiner bisherigen Tätigkeit entsprechenden Funktion weiterzubeschäftigen.

6.

Gemäss Art. 34 Abs. 2 BPG ist das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht in Personalrechtssachen nach Art. 36 Abs.1 BPG – unabhängig vom Ausgang des Verfahrens – grundsätzlich kostenlos. Vorliegend sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben.

7.

Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei ist für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung und allfällige Auslagen der Partei. Das Gericht setzt die Parteientschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote oder, mangels Einreichung einer solchen, aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). War der obsiegende Beschwerdeführer bereits in einem vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren vertreten, so sind im Gesamtbetrag, den das Bundesverwaltungsgericht zuzusprechen hat, auch diese Aufwendungen zu berücksichtigen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8111/2010 vom 15. April 2011 E. 9.1; MOSER/BESUCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 4.87). Zudem ist der Aufwand im Zusammenhang mit der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen. Das Anwaltshonorar wird dabei nach dem notwendigen Zeitaufwand be-

messen, wobei der Stundenansatz mindestens Fr. 200.– und höchstens Fr. 400.– beträgt (Art. 7 ff. VGKE).

Vorliegend hat der Rechtsvertreter keine Kostennote eingereicht. Da sich das Verfahren vorliegend weder als besonders schwierig noch umfangreich erwies, wird die Parteientschädigung auf gesamthaft Fr. 5'500.–, inklusive Mehrwertsteuer und Auslagen, festgesetzt. Mit dem Ansatz gelten sowohl die üblichen Auslagen als auch der Aufwand für das vorinstanzliche Beschwerdeverfahren als abgegolten.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird, soweit darauf eingetreten werden kann, gutgeheissen, der angefochtene Entscheid vom 14. November 2012 aufgehoben und die Nichtigkeit der Kündigung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 BPG festgestellt.

2.
Das C._____ wird angewiesen, den Beschwerdeführer in einer seiner bisherigen Tätigkeit entsprechenden Funktion weiterzubeschäftigen.

3.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.
Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 5'500.– (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

5.
Dieses Urteil geht an:

– den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr._____; Gerichtsurkunde)
– das C._____ (Einschreiben)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
André Moser	Nina Dajcar

Rechtsmittelbelehrung:

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse können beim Bundesgericht angefochten werden, sofern es um eine vermögensrechtliche Angelegenheit geht, bei welcher der Streitwert mindestens Fr. 15'000.– beträgt oder bei der sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. Art. 85 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [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, kann sie innert 30 Tagen nach Eröffnung dieses Entscheids beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). 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 (Art. 42 BGG).

Versand: