Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-4006/2010
{T 0/2}

Urteil vom 23. November 2010

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz), Richterin Marianne Ryter Sauvant, Richter André Moser, Gerichtsschreiberin Anita Schwegler.

Parteien

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

gegen

Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD,
Generalsekretariat, Recht, Sicherheit, Bundeshaus Ost,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

Sachverhalt:

A.
A._____, geboren am (...), ist seit 1991 beim B._____ angestellt. Bis zum 6. Dezember 2007 war er als Leiter des C._____s des D._____ am Z._____ tätig. Nachdem A._____ einem EU-Inspektor anlässlich einer Kontrolle am 7. Oktober 2007 ein Dossier mit angeblichen Schwachstellen im (...) übergeben hatte, löste das B._____ das Arbeitsverhältnis mit Verfügung vom 6. Dezember 2007 auf und stellte ihn per sofort vom Dienst frei. A._____ habe in schwerwiegender Weise gegen seine Treuepflicht verstossen. Deshalb sei das Vertrauen seiner Vorgesetzten in ihn endgültig erschüttert gewesen und er sei als Leiter des C._____s untragbar geworden.

B.
Am 23. Januar 2008 erhob A._____ gegen die Kündigungsverfügung vom 6. Dezember 2007 Einsprache und beantragte, es sei die Nichtigkeit der Verfügung festzustellen. Mit Schreiben vom 12. Februar 2008 beantragte das B._____ beim Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement (EVD) die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung. Mit Zwischenverfügung vom 29. April 2008 stellte das EVD die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wieder her und wies das B._____ an, A._____ während der Dauer des Verfahrens weiterzubeschäftigen. A._____ wurde in der Folge in X._____ im D._____ der E._____ vorübergehend eine Beschäftigung angeboten.

C.
In seinem Entscheid vom 2. Dezember 2008 stellte das EVD die Gültigkeit der Kündigung vom 6. Dezember 2007 fest. Die von A._____ am 16. Januar 2009 dagegen erhobene Beschwerde hiess das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil A-309/2009 vom 15. Mai 2009 gut. Der angefochtene Entscheid wurde aufgehoben, die Nichtigkeit der Kündigung im Sinne von Art. 14 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) festgestellt und das B._____ angewiesen, A._____ in einer seiner bisherigen Tätigkeit entsprechenden Funktion weiterzubeschäftigen. In den Erwägungen seines Entscheids hielt das Bundesverwaltungsgericht zusammengefasst fest, mangels einer dem vorgeworfenen Verhalten vorangegangenen Mahnung erweise sich die angefochtene Kündigung als ungültig. Die Verletzung des Kündigungsschutzes habe im Bundespersonalrecht

in den von Art. 14 Abs. 3 BPG erfassten Fällen grundsätzlich die Weiterbeschäftigung und nicht die Entschädigung zur Folge. Der Beschwerdeführer habe während der Verfahrensdauer weiterhin im B._____ gearbeitet. Das Bundesverwaltungsgericht entschied deshalb, dass eine Weiterbeschäftigung im konkreten Fall möglich und angebracht scheine. Es wies das B._____ an, A._____ in einer seiner bisherigen Tätigkeit entsprechenden Funktion weiterzubeschäftigen.

Dieser Entscheid erwuchs in Rechtskraft.

D.
Mit Verfügung vom 8. Januar 2010 erklärte das B._____ das Arbeitsverhältnis zwischen A._____ und der Schweizerischen Eidgenossenschaft per 28. Februar 2010 für beendet und sprach A._____ eine Entschädigung von zwei Jahreslöhnen (brutto Fr. (...) abzüglich der sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge) zu. Seine frühere Funktion stehe nicht mehr zur Verfügung und trotz intensiver Suche habe keine zumutbare Arbeitsstelle für A._____ gefunden werden können.

E.
Die gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde wies das EVD (nachfolgend Vorinstanz) mit Entscheid vom 4. Mai 2010 ab (Ziff. 1 des Dispositivs). Die Vorinstanz auferlegte A._____ keine Verfahrenskosten und sprach ihm auch keine Parteientschädigung zu (Ziff. 2 des Dispositivs). Das B._____ habe sich tatsächlich bemüht, eine Beschäftigung für A._____ zu finden und sei damit der Anweisung des Bundesverwaltungsgerichts, A._____ weiter zu beschäftigen, nachgekommen. Wenn die Weiterbeschäftigung beim bisherigen Arbeitgeber nicht möglich sei und die betreffende Person aus Gründen, die nicht sie zu vertreten habe, auch nicht bei einem anderen Arbeitgeber nach Art. 3 BPG weiterbeschäftigt werden könne, so trete anstelle der Weiterbeschäftigung die Entschädigung. Da der Entschädigung eine die Beschäftigung des Angestellten ablösende Funktion zugedacht sei, setze sie die Beendigung des Arbeitsverhältnisses voraus. Diese Beendigung erfolge im Sinn einer Fiktion zu demjenigen Zeitpunkt, da feststehe, dass der Angestellte trotz formeller Aufhebung der Kündigung nicht weiterbeschäftigt werden könne.

F.
Gegen diesen Entscheid erhebt A._____ (nachfolgend Beschwer-

deführer) am 3. Juni 2010 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt, die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des Entscheids der Vorinstanz vom 4. Mai 2010 seien aufzuheben. Es sei die Nichtigkeit der Verfügung des Beschwerdegegners vom 8. Januar 2010 festzustellen, und der Beschwerdegegner sei anzuweisen, den Beschwerdeführer weiter zu beschäftigen. Eventualiter sei die Verfügung vom 8. Januar 2010 aufzuheben, und der Beschwerdegegner sei anzuweisen, den Beschwerdeführer weiter zu beschäftigen. Im Sinne einer superprovisorischen Massnahme sei der Beschwerdegegner anzuweisen, den Beschwerdeführer für die Dauer des Beschwerdeverfahrens effektiv weiter zu beschäftigen und ihm den Lohn rückwirkend ab und mit März 2010 weiterhin zu bezahlen. Es sei zudem davon Vormerk zu nehmen, dass der Beschwerdeführer seine Arbeit anbiete. Zur Begründung macht der Beschwerdeführer zusammengefasst geltend, das B._____ habe sich in keiner Weise genügend darum bemüht, ihn weiter zu beschäftigen. Zwar sei es richtig, dass seine frühere Stelle als Leiter des C._____s des D._____ am Z._____ nicht mehr zur Verfügung gestanden habe, als die Vorinstanz das B._____ mit Zwischenverfügung vom 29. April 2008 angewiesen habe, ihn während der Dauer des Verfahrens weiter zu beschäftigen. Das könne allerdings nicht das Problem des Beschwerdeführers sein. Er selbst und nicht das B._____ habe sich in der Folge intensiv um Arbeitsstellen im B._____ bemüht. Schliesslich sei der Beschwerdeführer in den D._____ der E._____, Standort in X._____, versetzt worden. Diese Funktion sei sieben Lohnklassen tiefer eingereiht als die bisherige Tätigkeit des Beschwerdeführers. Die Stelle sei zudem bis Ende Dezember 2009 befristet gewesen. Den bereits im Anschluss an das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts gefassten Entschluss, den Beschwerdeführer nicht weiter zu beschäftigen, habe das B._____ dann mit Verfügung vom 8. Januar 2010 in die Tat umgesetzt und das Arbeitsverhältnis per 28. Februar 2010 für beendet erklärt. Es gebe im BPG keine Grundlage, die es dem Arbeitgeber erlauben würde, trotz ausdrücklicher Anordnung durch ein Gericht, den Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen, ein Arbeitsverhältnis ohne Kündigung für beendet zu erklären. Die Verfügung des B._____ sei deshalb offenkundig nichtig.

G.

Mit Zwischenverfügung vom 4. Juni 2010 stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass das B._____ für die Dauer des Verfahrens bzw. bis zu einer allfälligen anderslautenden Anordnung des Bundes-

verwaltungsgerichts zur Lohnfortzahlung verpflichtet sei. Im Übrigen wurde das Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Massnahme abgewiesen. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wies das Bundesverwaltungsgericht am 11. Juni 2010 ebenfalls ab, soweit es darauf eintrat.

H.
In ihrer Vernehmlassung vom 8. Juli 2010 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Bei der vorliegend zu beurteilenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses handle es sich nicht um eine Kündigung im Sinne von Art. 12 BPG. Ein Kündigungsgrund gemäss Art. 12 Abs. 6 BPG müsse deshalb nicht gegeben sein.

Die Vorinstanz legt ihrer Vernehmlassung eine Stellungnahme des B._____ vom 30. Juni 2010 bei, der sie sich anschliesst. Das B._____ führt darin aus, das BPG regle nicht näher, welche Umstände die Weiterbeschäftigung einer von einer nichtigen Kündigung betroffenen Person verunmöglichen könnten. Auch in der Botschaft zum BPG fänden sich dazu keine Hinweise. Allerdings solle ein Arbeitgeber nicht entgegen aller Schwierigkeiten, welche sich durch eine Weiterbeschäftigung für ihn unter Umständen ergeben könnten, zur Weiterbeschäftigung verpflichtet werden können. Dass für A._____ keine freie Stelle habe gefunden werden können, liege nicht am B._____, sondern am Umstand, dass es bei Arbeitgebern nach Art. 3 BPG kaum Stellen gebe, für die das spezifische Fachwissen von A._____ erforderlich sei, die von A._____ innerhalb von zwei Stunden von zu Hause aus erreichbar seien und im selben Rahmen entlöhnt würden wie die Stelle als Leiter des C._____s des D._____ am Z._____ (Lohnklasse 19). Dem Bundesverwaltungsgericht stehe es aufgrund seiner umfassenden Kognition frei, den Anspruch von A._____ auf eine Entschädigung nach seinem Ermessen zu reduzieren. Werde die Beschwerde abgewiesen und sollte das Bundesverwaltungsgericht wider Erwarten feststellen, dass das Arbeitsverhältnis erst ende, wenn sein Urteil in Rechtskraft erwachsen sei, so habe es den absichtlichen Verzicht von A._____ auf die mögliche Altersrente und das in der Privatwirtschaft erzielbare Einkommen dem für die Dauer dieses Beschwerdeverfahrens geschuldeten Lohn anzurechnen.

I.
Der Beschwerdeführer betont in seiner Replik vom 12. August 2010,

mit gutem Willen des B._____ wäre seine Weiterbeschäftigung ohne weiteres möglich gewesen und immer noch möglich. Sie sei von der Vizedirektorin des B._____ aber schon nach Vorliegen des Bundesverwaltungsgerichtsentscheids vom 15. Mai 2009 kategorisch ausgeschlossen worden. Das B._____ habe die Höhe der Abfindung gestützt auf die massgebenden Kriterien bereits festgesetzt. Gründe, von dieser Festsetzung abzuweichen, bestünden keine. Da der Lohnfortzahlungsanspruch des Beschwerdeführers nicht das Geringste mit der Entschädigung zu tun habe, sei auch nicht einzusehen, weshalb die Entschädigung für den Fall, dass der Beschwerdeführer nicht weiterbeschäftigt werde, gekürzt werden sollte. Auch die Argumentation des B._____, wonach er sich einen "möglichen" Anspruch auf die Altersrente und das in der Privatwirtschaft erzielbare Einkommen anrechnen lassen müsse, könne nicht nachvollzogen werden.

J.

Die Vorinstanz hält in ihrer Duplik vom 20. September 2010 fest, das B._____ habe alles getan, um für den Beschwerdeführer eine zumutbare Weiterbeschäftigung zu finden. Seit dem 1. Januar 2008 habe es weder beim B._____ noch bei der E._____ eine zumutbare andere Arbeit im Sinne von Art. 5 der Verordnung vom 10. Juni 2004 über die Stellen- und Personalbewirtschaftung im Rahmen von Entlastungsprogrammen und Reorganisationen (SR 172.220.111.5; nachfolgend Umbauverordnung) gegeben. Die Arbeitsorte (...) seien wegen des Arbeitswegs von über zwei Stunden mit öffentlichen Verkehrsmitteln ab dem Wohnsitz des Beschwerdeführers (...) nicht zumutbar. An den Arbeitsorten F._____, G._____ und H._____ seien seit dem 1. Januar 2008 keine Stellen frei geworden, die mindestens zur Lohnklasse 16 gehörten und die der Beschwerdeführer mit einer Beurteilung der Stufe 3 hätte verrichten können. Der Job-Börse des Bundes könne entnommen werden, dass die E._____ und I._____ seit dem 1. Januar 2008 keine freien Stellen, die dem Anforderungsprofil des Beschwerdeführers entsprächen und für ihn zumutbar wären, ausgeschrieben hätten.

K.

In seinen Schlussbemerkungen vom 13. Oktober 2010 macht der Beschwerdeführer geltend, Art. 12 Abs. 6 BPG enthalte einen abschliessenden Katalog zulässiger Kündigungsgründe. Es stehe nicht im Belieben eines Arbeitgebers, ein Arbeitsverhältnis ohne Aussprechen einer

Kündigung für beendet zu erklären, ohne dass ein zulässiger Kündigungsgrund vorliege.

Weiter bekräftigt der Beschwerdeführer seinen Standpunkt, dass das B._____ keine Bemühungen unternommen habe, ihn in einer seiner bisherigen Tätigkeit entsprechenden Funktion weiter zu beschäftigen.

L.
Auf die übrigen Ausführungen in den Rechtsschriften wird – soweit entscheidrelevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht, vorbehältlich der Ausnahmen nach Art. 32 VGG, Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Das EVD ist eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts im Sinne von Art. 33 VGG. Im hier betroffenen Rechtsgebiet besteht keine Ausnahme gemäss Art. 32 (Abs. 1 Bst. c) VGG. Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist damit zulässig.

1.2 Zur Beschwerde ist nach 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 Adressat hat der Beschwerdeführer ohne weiteres ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheids der Vorinstanz.

1.3 Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist daher einzutreten.

1.4 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.

2.

Der Beschwerdeführer bringt vor, das B._____ habe sich im Nachgang zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Mai 2009 in keiner Weise genügend darum bemüht, ihn weiter zu beschäftigen. Bereits mit E-Mail vom 28. Mai 2009 an die Mitarbeiter des D._____ habe die Vizedirektorin des B._____, Folgendes verlauten lassen: "Wir können jedoch bereits zum jetzigen Zeitpunkt sagen, dass unabhängig vom weiteren Vorgehen Herr A._____ definitiv nicht mehr für den D._____ tätig sein wird." Diese Art von Uneinsichtigkeit brauche nicht mehr weiter kommentiert zu werden. Weiter sei es nicht sein Problem, dass seine frühere Stelle bereits neu besetzt worden sei. Das B._____ hätte damit rechnen müssen, dass es den Beschwerdeführer allenfalls würde weiterbeschäftigen müssen. Sein Nachfolger hätte unter den damals herrschenden Umständen auch nur befristet angestellt werden können, bis Klarheit über die Rechtmässigkeit der Kündigung bestanden hätte. Der Beschwerdeführer und nicht das B._____ habe sich in der Folge intensiv um Arbeitsstellen im B._____ bemüht. Schliesslich sei er nach X._____ versetzt worden. Die Funktion in X._____ sei sieben Lohnklassen tiefer eingereiht als seine bisherige Tätigkeit. Zwar habe er den gleichen Lohn wie bei seiner alten Stelle erhalten. Von Zumutbarkeit der Stelle könne dennoch keine Rede sein. Es sei um rein körperliche Arbeit gegangen, die bei jedem Wetter und zu jeder Jahreszeit draussen zu leisten gewesen sei. Dass die Stelle sodann nur bis Ende Dezember 2009 befristet gewesen sei, sei ihm anlässlich des Treffens vom 24. Juni 2009 mit K._____ der Leiterin des Direktionsbereichs Ressourcen und Interne Dienste, nur mündlich mitgeteilt worden. Trotz der eigentlich unzumutbaren Tätigkeit sei er davon ausgegangen, dass er in X._____ weiterbeschäftigt würde. Eine Weiterbeschäftigung wäre dort auf jeden Fall möglich gewesen, da durch (...) viele zusätzliche Arbeiten zu erledigen gewesen wären. In der Zeit, während der er in X._____ gearbeitet habe (30. Juni 2008 bis 31. Dezember 2009) habe das B._____ bis Juli 2009 rein gar nichts unternommen. Anlässlich des Treffens mit K._____ vom 24. Juni 2009 habe er ihr den Vorschlag unterbreitet, dass er für vier Jahre anstelle der L._____ auf privatwirtschaftlicher Basis für das M._____ die Kontrolle der (...) übernehmen könnte. Im Rahmen einer Besprechung zwischen den Personalverantwortlichen des B._____ und des M._____, an der weder der Beschwerdeführer noch der damalige Verantwortliche des M._____ für (...) hätten teilnehmen können, sei sein Vorschlag jedoch gar nicht diskutiert worden. Der Beschwerde-

führer habe dem B._____ weitere Vorschläge von Einsatzmöglichkeiten unterbreitet. Da (...), habe er einiges an zusätzlicher Kontrollarbeit gesehen, die er zusammen mit den N._____kontrollen hätte erledigen können. Seine diesbezügliche Anfrage an O._____ vom 10. November 2009 sei ebenfalls nicht beantwortet worden.

Als erstes ist deshalb zu prüfen, ob sich das B._____ tatsächlich und genügend darum bemüht hat, den Beschwerdeführer weiter zu beschäftigen.

2.1 Die Vorinstanz führt dazu in ihrem Entscheid vom 4. Mai 2010 aus, es sei unbestritten, dass die frühere Stelle des Beschwerdeführers als Leiter des C._____s des D._____ am Z._____ nicht mehr zur Verfügung gestanden habe. Als sie das B._____ mit Zwischenverfügung vom 29. April 2008 angewiesen habe, den Beschwerdeführer während der Dauer des Verfahrens weiter zu beschäftigen, sei diese Stelle bereits neu besetzt gewesen. Um ihrer Anweisung nachzukommen, habe das B._____ dem Beschwerdeführer in X._____ im D._____ der E._____ eine Beschäftigung angeboten. Diese Stelle sei in der Lohnklasse 12 und damit sieben Lohnklassen tiefer als die bisherige Stelle des Beschwerdeführers eingereiht worden. Gestützt auf Art. 5 Umbauverordnung sei sie damit unabhängig davon, dass sie bis Ende 2009 befristet gewesen sei, nur eine Übergangslösung gewesen und nicht als eine der bisherigen Tätigkeit des Beschwerdeführers entsprechende bzw. zumutbare andere Arbeit zu betrachten. Das B._____ sei unter diesen Umständen verpflichtet gewesen, eine andere, den Kriterien der Zumutbarkeit entsprechende Stelle für den Beschwerdeführer zu suchen. Es habe sich in der Folge tatsächlich bemüht, eine Beschäftigung für den Beschwerdeführer zu finden. Die Suche sei aber durch das Kriterium der Zumutbarkeit sehr eingeschränkt gewesen. Diese Einschränkung durch die rechtlichen Rahmenbedingungen könne nicht dem Arbeitgeber angelastet werden. Die Vorinstanz komme deshalb zum Schluss, dass das B._____ der Anweisung des Bundesverwaltungsgerichts, den Beschwerdeführer weiter zu beschäftigen, nachgekommen sei.

2.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat die Beschwerde gegen die Kündigungsverfügung des B._____ vom 6. Dezember 2007 mangels vorgängiger schriftlicher Verwarnung mit Urteil A-309/2009 vom 15. Mai 2009 gutgeheissen, den angefochtenen Entscheid aufgehoben und die Nichtigkeit der Kündigung vom 6. Dezember 2007 im Sinne

von Art. 14 BPG festgestellt. Nach Sinn und Zweck von Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG vermag eine gemäss diesen Bestimmungen nichtige Kündigung ein Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht zu beenden, sondern hat die Weiterbeschäftigung der betroffenen Person mit der bisherigen oder, wenn dies nicht möglich ist, mit einer anderen zumutbaren Arbeit zur Folge. Vorbehalten bleibt indessen die Entschädigung nach Art. 19 BPG (Art. 14 Abs. 5 BPG). Wird eine Kündigung nach Art. 14 Abs. 1 BPG aufgehoben, so erhält die betroffene Person eine Entschädigung, wenn sie aus Gründen, die sie nicht zu vertreten hat, nicht bei einem Arbeitgeber nach Art. 3 BPG weiterbeschäftigt wird (vgl. Art. 19 Abs. 3 BPG). Das Bundesverwaltungsgericht hat sich im oben erwähnten Entscheid für die Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers entschieden und das B._____ angewiesen, ihn in einer seiner bisherigen Tätigkeit entsprechenden Funktion weiterzubeschäftigen (vgl. Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Entscheids). In den Erwägungen führt es als Begründung dazu aus, der Beschwerdeführer habe während der Verfahrensdauer weiterhin im B._____ gearbeitet (E. 4.2). Eine Weiterbeschäftigung scheine im vorliegenden Fall somit möglich und angebracht (E. 4.3).

2.3 Das BPG regelt nicht explizit, ob es Umstände gibt, die die effektive Weiterbeschäftigung verunmöglichen können, obwohl die Kündigung durch einen Beschwerdeentscheid für nichtig erklärt und die Weiterbeschäftigung angeordnet wurde. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt die Subsidiarität der Entschädigung anstelle der Weiterbeschäftigung im Falle der Aufhebung einer Kündigungsverfügung durch die Beschwerdeinstanz nicht absolut. Vielmehr sind Konstellationen denkbar, in denen eine Weiterbeschäftigung nicht angemessen erscheint, und zwar ohne dass zuvor geprüft werden muss, ob eine Weiterbeschäftigung möglich ist oder nicht. Hinsichtlich der Rechtsfolgen einer nichtigen Kündigung ergebe sich aus Art. 14 BPG nämlich nicht eindeutig, dass die Beschwerdeinstanz verpflichtet wäre, eine unrechtmässige Kündigung unter allen Umständen aufzuheben und eine Wiedereinstellung vorzunehmen. Auch aus der Botschaft zum BPG ergebe sich dies nicht eindeutig, da der bundesrätliche Gesetzesentwurf ursprünglich anders gelautet habe (Urteil des Bundesgerichts 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 7). Das Bundesverwaltungsgericht hat sich zur Frage der Weiterbeschäftigung anlässlich der Prüfung der Folgen einer nichtigen Kündigung wie folgt geäussert: Weil die Weiterbeschäftigung nach der gesetzlichen Regelung den Grundsatz und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Entschä-

digung die Ausnahme darstelle, dürfe nicht allzu leichthin von der Unmöglichkeit einer Weiterbeschäftigung ausgegangen werden. Insbesondere hänge die Beantwortung der Frage, ob eine Weiterbeschäftigung im konkreten Fall möglich sei, nicht alleine von der Bereitschaft der Arbeitgeberin ab, die betroffene Person weiterzubeschäftigen, denn dem Arbeitgeber komme diesbezüglich kein Wahlrecht zu. Andererseits solle ein Arbeitgeber nicht entgegen aller Schwierigkeiten, welche sich für ihn unter Umständen ergeben könnten, zur Weiterbeschäftigung verpflichtet werden können. So könnten die rechtlichen Rahmenbedingungen oder organisatorische Schwierigkeiten eine Weiterbeschäftigung verunmöglichen. Weiter könnten sich auch persönliche Differenzen zwischen einer zu Unrecht gekündigten Person sowie ihren Vorgesetzten als derart gravierend erweisen, dass das Vertrauensverhältnis zwischen diesen Personen endgültig zerstört und eine Weiterbeschäftigung faktisch nicht mehr möglich sei (vgl. BVGE 2009/58 E. 9.2 mit Hinweisen sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7750/2009 vom 16. Juli 2010 E. 4).

2.4 Diese Überlegungen des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts sind bei der Beantwortung der Frage, ob sich eine Weiterbeschäftigung im Nachhinein als unmöglich erweisen kann, zu berücksichtigen. Gerade rechtliche Rahmenbedingungen können einer Weiterbeschäftigung trotz entsprechender Anweisung einer Beschwerdeinstanz entgegenstehen. So hat der Arbeitgeber der betroffenen Person eine andere *zumutbare* Arbeit anzubieten, wenn sie – wie hier – die bisherige Arbeit nicht mehr ausüben kann (vgl. dazu Art. 14 Abs. 2 BPG). Zumutbar ist eine Stelle innerhalb der Bundesverwaltung dann, wenn sie höchstens drei Lohnklassen tiefer eingereiht ist und der Arbeitsweg zwischen Wohn- und Arbeitsort mit den öffentlichen Verkehrsmitteln von Tür zu Tür höchstens zwei Stunden für den Hinweg und zwei Stunden für den Rückweg pro Tag beträgt. Schliesslich muss die neue Arbeit nach gebührender Einführung mit einer Beurteilung der Stufe 3 verrichtet werden können. Vorbildung, Sprache und Alter sind ebenfalls zu berücksichtigen (vgl. Art. 5 Umbauverordnung). Der Entschädigungsanspruch des Angestellten entsteht zudem nur dann, wenn er aus Gründen, die nicht er zu vertreten hat, nicht bei einem Arbeitgeber nach Art. 3 BPG weiterbeschäftigt wird (Art. 19 Abs. 3 BPG). Ein solcher Grund kann beispielsweise in der Ablehnung der Übernahme eines Arbeitsverhältnisses durch den angefragten Arbeitgeber nach Art. 3 BPG bestehen, da eine gesetzliche Grundlage, die übrigen Arbeitgeber nach Art. 3 BPG zu einer Übernahme der be-

troffenen Person zu verpflichten, fehlt (WOLFGANG PORTMANN, Überlegungen zum bundespersonalrechtlichen Kündigungsschutz, in LeGes Gesetzgebung und Evaluation 2002/2, S. 68; HARRY NÖTZLI, Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Bundespersonalrecht, Bern 2005, Rz. 382). Den Beweis, sich genügend um eine zumutbare Stelle für den Beschwerdeführer bemüht zu haben, hat das B._____ dann erbracht, wenn das Bundesverwaltungsgericht 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 B._____ unbewiesen, trägt es die Folgen der Beweislosigkeit (ANDRÉ MOSER/MICHEAL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 3.141 und 3.149).

2.5

2.5.1 Es ist unbestritten, dass die frühere Stelle des Beschwerdeführers als Leiter des C._____s des D._____ am Z._____ nicht mehr zur Verfügung stand. Sie war bereits neu besetzt worden, bevor das EVD das B._____ mit Zwischenverfügung vom 29. April 2008 anwies, den Beschwerdeführer während des Beschwerdeverfahrens weiter zu beschäftigen. In diesem Zusammenhang bringt der Beschwerdeführer vor, es dürfe nicht sein Problem sein, dass seine frühere Stelle bereits neu besetzt worden sei. Sein Nachfolger hätte auch nur befristet angestellt werden können, bis Klarheit über die Rechtmässigkeit der Kündigung bestanden hätte. Dieses Argument verfängt nicht: Das Bundesverwaltungsgericht prüfte in seinem Urteil vom 15. Mai 2009 die Frage, ob das Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und seinen Vorgesetzten und Mitarbeitern so stark gestört war, dass eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr zumutbar wäre, nur in Zusammenhang mit der Frage, ob auch eine fristlose Kündigung gerechtfertigt gewesen wäre. Weil das B._____ mit der Kündigung sehr lange zugewartet hatte, qualifizierte das Bundesverwaltungsgericht das Vertrauensverhältnis nicht als derart gestört, dass eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses mindestens bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist als unzumutbar zu betrachten gewesen wäre. Das Bundesverwaltungsgericht prüfte hingegen nicht, ob eine Weiterbeschäftigung als Leiter des C._____s über die ordentliche Kündigungsfrist hinaus auch noch zumutbar gewesen wäre. So

ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass es schlussendlich das Verhalten des Beschwerdeführers selbst war, welches zur Kündigung geführt hat: Der Beschwerdeführer hat einem EU-Inspektor anlässlich einer Kontrolle ein Dossier mit angeblichen Schwachstellen im D._____ übergeben und damit in schwerwiegender Weise gegen seine Treuepflichten verstossen. Es darf deshalb davon ausgegangen werden, dass das Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und dem B._____ anschliessend mit hoher Wahrscheinlichkeit derart gestört war, dass eine Weiterbeschäftigung in seiner früheren Position so oder so nicht mehr in Frage gekommen wäre. Dass die Kündigung für nichtig erklärt wurde, ändert daran nichts, zumal die Nichtigerklärung allein aufgrund der fehlenden Mahnung erfolgte. In Betracht zu ziehen ist zudem, dass das Bundesverwaltungsgericht seinen Entscheid, den Beschwerdeführer weiter zu beschäftigen in vollem Wissen darum gefällt hat, dass die bisherige Stelle des Beschwerdeführers in diesem Moment bereits seit längerer Zeit wieder besetzt war. Die Wiederaufnahme dieser Funktion konnte folglich auch für das Bundesverwaltungsgericht gar nie zur Diskussion stehen.

2.5.2 Um der Anweisung des EVD bzw. des Bundesverwaltungsgerichts nachzukommen, musste das B._____ für den Beschwerdeführer somit eine andere Einsatzmöglichkeit suchen. Es bot dem Beschwerdeführer im D._____ der E._____ am Standort X._____ eine Beschäftigung an. Bei dieser Stelle handelte es sich allerdings um eine Funktion, die mit der Lohnklasse 12 – und somit sieben Lohnklassen tiefer als die bisherige Tätigkeit des Beschwerdeführers – bewertet worden war. Diese Stelle war allein schon aus diesem Grund nicht als eine der bisherigen Tätigkeit des Beschwerdeführers entsprechende Funktion bzw. als zumutbare andere Arbeit im Sinne von Art. 14 BPG zu betrachten (vgl. E. 2.4 hiervor), weshalb es sich dabei zum vornherein nur um eine Übergangslösung handeln konnte. Das B._____ war folglich verpflichtet, eine andere, den Kriterien der Zumutbarkeit entsprechende Stelle für den Beschwerdeführer zu suchen.

2.5.3 Die Leiterin des Direktionsbereichs Ressourcen und Interne Dienste des B._____ lud den Beschwerdeführer am 24. Juni 2009 zu einem Gespräch über das weitere Vorgehen nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Mai 2009 ein. Im Anschluss daran fragte sie die verschiedenen Verwaltungseinheiten des EVD an, ob bei ihnen eine allenfalls passende Stelle zu besetzen sei. Diese Umfrage blieb erfolglos. Weiter liess die Leiterin des Direktionsbereichs Ress-

ourcen und Interne Dienste das Profil des Beschwerdeführers in der Job-Börse des Bundes aufschalten. Die Freischaltung erfolgte am 14. Juli 2009. Am 18. August 2009 teilte der HR-Leiter der Vollzugsstelle für den Zivildienst der Leiterin des Fachbereichs Personal B._____ mit, dass er das Kandidatenprofil des Beschwerdeführers auf der Job-Börse des Bundes gesehen und eventuell eine Stelle als kaufmännischer Sachbearbeiter (...) für ihn habe. Der Beschwerdeführer konnte sich dort am 30. Oktober 2009 vorstellen, erhielt in der Folge aber eine Absage.

2.5.4 Mit E-Mail vom 20. August 2009 wies der Beschwerdeführer das B._____ darauf hin, dass die L._____ zur Zeit für das M._____ die Kontrolle (...) durchführe. Er bot an, diese Aufgabe zu übernehmen. Die Leiterin des Fachbereichs Personal B._____ besprach am 27. Oktober 2009 mit der Leiterin Personal M._____ und dem Leiter (...) Einsatzmöglichkeiten des Beschwerdeführers. Da das BVET diese Aufgabe erst gerade am 23. Oktober 2008 für fünf Jahre an die L._____ vergeben hatte, ergab sich auch hier keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Beschwerdeführer.

Der Beschwerdeführer bringt in seiner Stellungnahme vom 12. August 2010 vor, er hätte die (...) anstelle der L._____ ohne Know-how-Verlust durchführen können. Er gehe sogar davon aus, dass er und die Mitarbeiter des D._____ diese Aufgabe aufgrund ihrer Vorkenntnisse effizienter als die L._____ hätten lösen können. Er behauptet weiter, das B._____ hätte diese Arbeiten mit der Schaffung einer einzigen neuen Stelle bewältigen können, da die Kontrollarbeit beim Personal des D._____ am Z._____ vor allem am Morgen anfalle. Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, dass es ohne weiteres möglich gewesen wäre, am Nachmittag und an den Wochenenden für den (...) zu arbeiten. Was der Beschwerdeführer mit diesen Ausführungen zum Ausdruck bringen will, ist nicht ganz klar. Wenn er damit andeuten will, er hätte die (...) unter Mitarbeit seiner früheren Arbeitskollegen erledigen können, ist ihm entgegenzuhalten, dass die bisherigen Aufgaben dieser Arbeitskollegen nicht einfach so um die Aufgaben der (...) hätten erweitert werden können, ohne dass weitere Stellenprozente hätten geschaffen werden müssen. Andererseits hat sich in E. 2.5.1 hiervor ergeben, dass das Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und dem D._____ mit hoher Wahrscheinlichkeit derart gestört war, dass eine Weiterbeschäftigung beim D._____ und eine weitere Zusammenarbeit mit den ehemaligen Arbeitskollegen

nicht in Frage kam. Der Beschwerdeführer ist weiter darauf hinzuweisen, dass er gestützt auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Mai 2009 zwar einen grundsätzlichen Anspruch auf Weiterbeschäftigung hat, nicht aber verlangen kann, dass für ihn eine neue Stelle geschaffen wird.

2.5.5 Die Vorinstanz macht in ihrer Duplik vom 20. September 2010 weiter geltend, seit dem 1. Januar 2008 seien an den für den Beschwerdeführer zumutbaren Arbeitsorten von E._____ und I._____ keine Stellen frei geworden, die mindestens in der Lohnklasse 16 eingereiht gewesen seien und die der Beschwerdeführer mit einer Beurteilung der Stufe 3 hätte verrichten können. Dies könne auch der Job-Börse des Bundes entnommen werden. Weder die E._____ noch die I._____ hätten somit in dieser Zeit dem Anforderungsprofil des Beschwerdeführers entsprechende und für ihn zumutbare Stellen ausgeschrieben. Diese Ausführungen widerlegt der Beschwerdeführer nicht.

2.5.6 Das B._____ hat damit insgesamt glaubwürdig dargelegt, dass es sich genügend bemüht hat, eine zumutbare Weiterbeschäftigung für den Beschwerdeführer sowohl B._____- bzw. EVD-intern als auch in der gesamten Bundesverwaltung (durch Aufschaltung des Kandidatenprofils in der Job-Börse des Bundes auf dem Internet) zu finden. Rechtliche Rahmenbedingungen und organisatorische Schwierigkeiten haben eine effektive Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers aber verunmöglicht. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers vermag an dieser Tatsache auch das E-Mail der Vizedirektorin des B._____ nichts zu ändern, das diese am 28. Mai 2009 an die Mitarbeitenden des B._____ verschickt hat. Die Vizedirektorin brachte in diesem E-Mail nur zum Ausdruck, dass der Beschwerdeführer nicht mehr für den D._____ tätig sein werde. Eine weitere Aussage, wonach der Beschwerdeführer auch sonst nirgends im B._____ oder gar im EVD beschäftigt werde, oder dass sich das B._____ im Nachgang des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts nicht (genügend) darum bemühen werde, eine Weiterbeschäftigung für den Beschwerdeführer zu suchen, kann diesem E-Mail nicht entnommen werden. Zweck des E-Mails war gemäss den überzeugenden Ausführungen der Vorinstanz nur, die verständlicherweise verunsicherten Mitarbeitenden des D._____ und insbesondere dessen neuen Leiter zu beruhigen und sie über die Auswirkungen des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Mai 2009 zu informieren.

Wie vorzugehen ist, wenn eine Beschwerdeinstanz die Nichtigkeit einer Kündigung festgestellt hat und feststeht, dass keine Weiterbeschäftigung möglich ist, ist als nächstes zu prüfen.

3.

3.1 Der Beschwerdeführer macht in diesem Zusammenhang geltend, den bereits im Anschluss an das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts gefassten Entschluss, den Beschwerdeführer nicht weiter zu beschäftigen, habe das B._____ mit Verfügung vom 8. Januar 2010 in die Tat umgesetzt und das Arbeitsverhältnis kurzerhand per 28. Februar 2010 für beendet erklärt. Da das B._____ den Beschwerdeführer weiter zu beschäftigen hatte, hätte es – wenn schon – eine neuerliche Kündigung aussprechen müssen. Es gebe im Bundespersonalrecht keine Grundlage, die es dem Arbeitgeber erlauben würde, trotz ausdrücklicher Anordnung durch ein Gericht, den Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen, ein Arbeitsverhältnis ohne Kündigung für beendet zu erklären. Der Entscheid des B._____ sei deshalb im Sinne der Evidenztheorie offenkundig nichtig.

3.2 Ist die Weiterbeschäftigung der von einer nichtigen Kündigung betroffenen Person nicht möglich, so tritt an ihre Stelle die Entschädigung im Sinne von Art. 19 Abs. 3 BPG. Dies muss auch dann der Fall sein, wenn die Weiterbeschäftigung von einer Beschwerdeinstanz zwar angeordnet wurde, sich diese im Nachhinein aber als unmöglich erweist. Der Entschädigung ist eine die Beschäftigung des Angestellten ablösende Funktion zugedacht (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-621/2009 vom 20. August 2009 E. 6.4.2; PORTMANN, a.a.O., S. 67, NÖTZLI, a.a.O., Rz. 381). Da eine Kumulation von Entschädigungs- und Lohnanspruch nicht zulässig ist, ist das Arbeitsverhältnis im Sinne einer Fiktion auf den Zeitpunkt zu beenden, da feststeht, dass trotz formeller Aufhebung der Kündigung keine Weiterbeschäftigung möglich ist (vgl. PORTMANN, a.a.O., S. 67, NÖTZLI, a.a.O., Rz. 381). Wie die Vorinstanz richtig vorbringt, handelt es sich bei einer solchen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht um eine Kündigung im Sinne von Art. 12 BPG. Wenn eine Person nicht weiterbeschäftigt werden kann, können auch keine neuen Kündigungsgründe gesetzt werden und das Arbeitsverhältnis könnte folglich gar nie gekündigt werden. Ein Kündigungsgrund gemäss Art. 12 Abs. 6 BPG muss in dieser Situation deshalb nicht gegeben sein. Anders verhalten würde es sich nur dann, wenn keine genügenden Bemühungen zur Weiterbeschäftigung nachgewiesen werden konnten. Dann wäre eine Auflösung des

Arbeitsverhältnisses effektiv nur bei Vorliegen eines Kündigungsgrundes unter Einhaltung der Kündigungsfrist möglich.

3.3 Wie oben ausgeführt wurde, hat sich das B._____ genügend darum bemüht, den Beschwerdeführer im Nachgang zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Mai 2009 weiterzubeschäftigen. Weil eine Weiterbeschäftigung ab Januar 2010 nicht mehr möglich war, durfte es das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 8. Januar 2010 für beendet erklären. Der Entscheid des EVD ist in diesem Punkt deshalb zu bestätigen und die dagegen erhobene Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

4.

Das B._____ sprach dem Beschwerdeführer in seiner Verfügung vom 8. Januar 2010 eine Entschädigung von zwei Jahreslöhnen (brutto Fr. (...) [Stand Januar 2010] abzüglich der sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge) zu und bezahlte diese dem Beschwerdeführer per 25. Januar 2010 bereits aus. In seiner von der Vorinstanz zusammen mit ihrer Vernehmlassung eingereichten Stellungnahme vom 30. Juni 2010 bringt das B._____ in diesem Zusammenhang vor, aufgrund der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde daure das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer und damit sein Lohnanspruch momentan fort. Die im Januar 2010 ausbezahlte Entschädigung in der Höhe von zwei Jahreslöhnen sei demzufolge zu Unrecht ausbezahlt worden und könne zurückgefordert werden. Dem Bundesverwaltungsgericht stehe es aufgrund seiner umfassenden Kognition auch frei, den Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Entschädigung nach Art. 19 Abs. 3 BPG nach seinem Ermessen zu reduzieren. Insbesondere könne es einen allfällig definitiven Lohnfortzahlungsanspruch während des Beschwerdeverfahrens berücksichtigen. Der Beschwerdeführer bringt in seiner Stellungnahme vom 12. August 2010 demgegenüber vor, das B._____ habe die Höhe der Abfindung gestützt auf die massgebenden Kriterien bereits festgesetzt. Gründe, von dieser Festsetzung abzuweichen, bestünden keine. Da der Lohnfortzahlungsanspruch des Beschwerdeführers während der Dauer des Verfahrens nicht das Geringste mit der Entschädigung zu tun habe, sei auch nicht einzusehen, weshalb die Entschädigung für den Fall, dass der Beschwerdeführer nicht weiterbeschäftigt werde, gekürzt werden sollte.

4.1 Die Entschädigung beträgt gemäss Art. 79 Abs. 6 Bst. b BPV im Fall einer nach Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG nichtigen Kündigung mindestens drei Monats- und maximal zwei Jahreslöhne. Als Bemessungskriterien kommen insbesondere die soziale und wirtschaftliche Lage der Parteien, die Intensität und die Dauer der Anstellung sowie die Art und Weise der Kündigung in Frage. Kein geeignetes Bewertungskriterium ist im Fall einer im Sinne von Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG nichtigen Kündigung dagegen ein allfälliges Verschulden der von der Kündigung betroffenen Person (BVGE 2009/58 E. 11.3; NÖTZLI, a.a.O., Rz. 385 ff.). Im vorliegenden Fall sind bei der Bemessung der Entschädigung das Alter des Beschwerdeführers, dessen spezifisches Fachwissen, welches weder bei den Verwaltungseinheiten des Bundes noch auf dem privatwirtschaftlichen Markt momentan besonders gefragt ist (vgl. E. 5.2 hiernach), sowie die Dauer seiner Anstellung beim Bund zu berücksichtigen. Weiter ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 15. Mai 2009 die Kündigung rechtskräftig aufgehoben bzw. für nichtig erklärt und die Weiterbeschäftigung angeordnet hat. Unter all diesen Umständen erscheint die Ausrichtung einer maximalen Entschädigung von zwei Jahreslöhnen angemessen, weshalb das Bundesverwaltungsgericht keinen Anlass hat, die dem Beschwerdeführer zugesprochene Entschädigung zu reduzieren.

4.2 Was das vom B._____ angesprochene Verhältnis zwischen der Lohnfortzahlungspflicht während des vorliegenden Beschwerdeverfahrens und der zugesprochenen Entschädigung betrifft, ist Folgendes auszuführen: Wie die Vorinstanz richtig feststellt, knüpft die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bis zum Abschluss des Verfahrens an die der Beschwerde des Beschwerdeführers nicht entzogene aufschiebende Wirkung an. Diese hat zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis fortbesteht und erst mit Datum des vorliegenden Entscheids aufgelöst wird (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-76/2009 vom 24. August 2009 E. 14). Die Abgangsentschädigung ihrerseits setzt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und damit den Untergang des Lohnanspruchs voraus (vgl. E. 3.2). Nur insofern soll nach der Absicht des Gesetzgebers eine "Kumulation" von Lohn- und Entschädigungsanspruch ausgeschlossen bleiben, als ein Anspruch auf eine Entschädigung nach Art. 19 BPG nicht gegeben sein kann, solange das Arbeitsverhältnis und damit der Lohnanspruch weiterbestehen. Aus diesem komplementären Verhältnis zwischen Lohnfortzahlungsanspruch und Anspruch auf eine Abgangsentschädigung ergibt sich, dass Letz-

tere zusätzlich zu dem im Rahmen des Beschwerdeverfahrens zu zahlenden Lohn geschuldet ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-621/2009 vom 20. August 2009 E. 6.4.2 mit Hinweisen).

4.3 Wird die Beschwerde betreffend die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses abgewiesen, ist jedoch zu prüfen, ob der Beschwerdeführer den während des Beschwerdeverfahrens erhaltenen Lohn zurückerstatten muss. Zu beachten ist dabei der Grundsatz, dass einer unterliegenden beschwerdeführenden Partei aus dem durch die unbegründete Beschwerde bewirkten Schwebezustand kein unberechtigter Nutzen zum Schaden der obsiegenden Partei zukommen soll (vgl. BGE 112 V 74 E. 2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-621/2009 vom 20. August 2009 E. 6.4.1; HANSJÖRG SEILER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 55 N 69 ff.). Ausgehend vom Konzept, dass die aufschiebende Wirkung die Zweiseitigkeit des Arbeitsverhältnisses im laufenden Verfahren vorläufig bestehen lässt, liegt immer dann keine ungerechtfertigte Bereicherung an weiteren Lohnzahlungen und Sozialversicherungsbeiträgen über die Kündigungsfrist bzw. vorliegend das Beendigungsdatum hinaus vor, wenn die betroffene Person ihre bisherige oder eine andere ihr zugewiesene Arbeitsleistung während des Verfahrens weiterhin erbringt. Das Gleiche muss gelten, wenn der Arbeitnehmer im Verfahren freigestellt worden ist oder er aus anderen Gründen unverschuldet keine Arbeit verrichten konnte. Dies ist auch dann der Fall, wenn ihm wie vorliegend keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit geboten wird. Die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers bleibt diesfalls bestehen und für eine Rückzahlungspflicht nach Abschluss des Verfahrens existiert kein Raum (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6910/2009 vom 25. Oktober 2010 E. 14.2; SUSANNE KUSTER ZÜRCHER, Aktuelle Probleme des provisorischen Rechtsschutzes bei Kündigungen nach Bundespersonalrecht, in: Jahrbuch 2007 der Schweizerischen Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, Bern 2008, S. 160 ff., NÖTZLI, a.a.O., Rz. 330). Der Beschwerdeführer hat den während des Beschwerdeverfahrens empfangenen Lohn folglich nicht zurückzuerstatten.

5.

Die Vorinstanz bringt weiter vor, das Bundesverwaltungsgericht habe den absichtlichen Verzicht des Beschwerdeführers auf die mögliche Altersrente und das in der Privatwirtschaft erzielbare Einkommen dem für die Dauer dieses Beschwerdeverfahrens geschuldeten Lohn anzu-

rechnen. Sie begründet dieses Begehren mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass sich der freigestellte Arbeitnehmer wie der ungerechtfertigt fristlos Entlassene den anderweitig erzielten respektive erzielbaren Lohn anrechnen lassen müsse (vgl. BGE 118 II 139 E. 1). Der Beschwerdeführer ist demgegenüber der Ansicht, abgesehen davon, dass die für einen nach Massgabe der arbeitsvertraglichen Bestimmungen des Privatrechts freigestellten Arbeitnehmer geltenden Grundsätze nicht unbesehen auf das öffentliche Recht übertragen werden könnten, gelte im Privatrecht der vom B._____ zitierte Grundsatz der Anrechenbarkeit eines Ersatzeinkommens nur dann, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich ein solches erziele oder es mit Absicht unterlasse, ein solches zu erzielen. Davon könne im vorliegenden Fall gar nicht die Rede sein. Falsch sei auch die Behauptung, der Beschwerdeführer habe auf eine Altersrente verzichtet. Er wolle weiterbeschäftigt werden. Im Übrigen sei die Rente von der Publica berechnet worden. Sie betrage inkl. Überbrückungsrente ca. Fr. 4'500.-- und genüge nicht, um die Verpflichtungen des verheirateten Beschwerdeführers zu decken.

5.1 Die Vorinstanz verkennt bei ihrer Argumentation, dass im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung das Arbeitsverhältnis nicht weiterdauert, sondern auf den ordentlichen Kündigungstermin beendet wird. Im Bundespersonalrecht bleibt bei ungerechtfertigter oder nichtiger Kündigung das Arbeitsverhältnis hingegen bestehen und der Arbeitnehmer ist grundsätzlich weiter zu beschäftigen. Während der Dauer des Beschwerdeverfahrens befindet sich das Arbeitsverhältnis im Schwebezustand und der Arbeitnehmer darf immer noch damit rechnen, dass das Arbeitsverhältnis weiterbesteht. Vom Arbeitnehmer kann folglich nicht verlangt werden, dass er eine neue Anstellung sucht (vgl. KUSTER ZÜRCHER, a.a.O., S. 159). Genau so wenig kann von ihm verlangt werden, dass er frühzeitig eine Altersrente in Anspruch nimmt.

5.2 Wie die Vorinstanz selbst ausgeführt hat, sind die Einsatzmöglichkeiten des Beschwerdeführers aufgrund seines fachspezifischen Wissens beschränkt. Es besteht zwar die Möglichkeit, dass der Beschwerdeführer in der Privatwirtschaft wieder in seinem angestammten Beruf als (...) Fuss fasst. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass es für den Beschwerdeführer wegen seines Alters (Jahrgang [...]) sowie wegen seiner jahrelangen Beschäftigung beim D._____ und der dadurch fehlenden Praxis in den letzten 20 Jahren nicht gerade leicht sein dürf-

te, eine angemessene neue Stelle zu finden. Weiter bestehen keine Hinweise, dass der Beschwerdeführer seit der Beendigung der Beschäftigung im D._____ der E._____ in X._____ einer anderen entlöhnten Beschäftigung nachgegangen wäre.

5.3 Selbst wenn im Bundespersonalrecht der im Privatrecht geltende Grundsatz betreffend die Anrechenbarkeit eines Ersatzeinkommens direkt angewandt würde, wäre dem Beschwerdeführer vom während des Beschwerdeverfahrens bezahlten Lohn folglich kein (hypothetisches) Ersatzeinkommen abzuziehen. Auch der angebliche Verzicht auf eine Altersrente kann nicht zu einer Reduktion des Lohnanspruchs führen. Denn der Beschwerdeführer hat weder tatsächlich ein Ersatzeinkommen erzielt, noch dies pflichtwidrig unterlassen (vgl. E. 5.1 und 5.2 hiervor).

6.
Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde gegen den Entscheid des EVD vom 4. Mai 2010 abzuweisen ist. Wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine maximale Entschädigung von zwei Jahreslöhnen. Betreffend den während des Verfahrens bezahlten Lohn besteht keine Rückzahlungspflicht. Der Lohn ist auch nicht um ein (hypothetisches) Ersatzeinkommen zu kürzen.

7.
Die Vorinstanz ist ihrer Lohnfortzahlungspflicht im hängigen Verfahren insofern nachgekommen, als sie die bis zum Datum des vorliegenden Entscheids monatlich geschuldeten Lohnzahlungen mit der bereits per 25. Januar 2010 an den Beschwerdeführer überwiesenen Entschädigung in der Höhe von zwei Jahreslöhnen verrechnete. Da der Beschwerdeführer den während des Beschwerdeverfahrens erhaltenen Lohn nicht zurückzuzahlen braucht, hat ihm die Vorinstanz diese verrechneten Ansprüche zusätzlich zur Entschädigung nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils noch auszubezahlen.

8.
Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist in Personalrechtssachen gemäss Art. 34 Abs. 2 BPG grundsätzlich kostenlos.

9. Der unterliegenden Partei wird keine Parteientschädigung ausgerichtet (Art. 64 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
- das B._____ (z.K.)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin: Die Gerichtsschreiberin:

Kathrin Dietrich Anita Schwegler

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 [Bundes-

gerichtsgesetz, 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: