Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-76/2009
{T 0/2}

Urteil vom 24. August 2009

Besetzung

Richterin Marianne Ryter Sauvant (Vorsitz),
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,
Richter Jérôme Candrian,
Gerichtsschreiber Adrian Mattle.

Parteien

A._____,
vertreten durch B._____,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport VBS,
Vorinstanz.

Gegenstand

Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

Sachverhalt:

A.
A._____, geboren (...), war seit dem 1. März 2003 mit einem unbefristeten öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrag (...) beim C._____ angestellt. Der Arbeitseinsatz richtete sich gemäss Arbeitsvertrag nach den dienstlichen Bedürfnissen in Form von Tageseinsätzen.

B.
Am 9. Juni 2008 erliess D._____ (Arbeitgeberin), eine Verfügung, in der sie das Arbeitspensum von A._____ per 1. November 2008 auf 0 % reduzierte. Bis zum 31. Oktober 2008 wurde ihr auf der Grundlage des im Jahr 2007 ausbezahlten Lohnes ein monatlicher Bruttolohn von Fr. 2'405.75 zugesprochen. Einer allfälligen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen. Die Verfügung wurde vor allem mit einer Neuverteilung der Arbeit und mit dem Verlust des Vertrauens in A._____ begründet. Diese habe sich im E-Mail-Verkehr mit einem Arbeitskollegen negativ über ihren Vorgesetzten geäussert, weshalb eine gedeihliche Zusammenarbeit nicht mehr möglich sei.

C.
A._____ erhob am 7. Juli 2008 gleichzeitig Einsprache an die Arbeitgeberin und Beschwerde an das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS). Sie beantragte in beiden Eingaben übereinstimmend die Aufhebung und Nichtigerklärung der Verfügung der Arbeitgeberin. Des Weiteren beantragte sie, das Arbeitsverhältnis sei fortzuführen und ihr die frühere, eventualiter eine andere zumutbare Arbeit anzubieten, subeventualiter sei ihr eine Entschädigung in der Höhe von mindestens einem Jahreslohn auszurichten. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen an, die Auswertung des Email-Verkehrs verletze ihre Persönlichkeitsrechte, weshalb das Heranziehen der E-Mails als Beweismittel nicht zulässig sei. Zudem würden die in den E-Mails von A._____ gemachten Äusserungen eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht rechtfertigen. Schliesslich könne das Arbeitsverhältnis zwischen der Arbeitgeberin und ihr nicht mittels Herabsetzen des Beschäftigungsgrades auf 0 % aufgelöst werden.

D.
Mit Eingabe vom 29. Juli 2008 verlangte die Arbeitgeberin beim VBS die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung.

E.
Mit Entscheid vom 19. November 2008 hiess das VBS die Beschwerde von A._____ teilweise gut. Es hob die angefochtene Verfügung auf, stellte aber gleichzeitig fest, dass das Arbeitsverhältnis per 31. Oktober 2008 aufgelöst worden sei. Es hiess eine von der Arbeitgeberin im Laufe des Verfahrens beantragte Lohnreduktion teilweise gut, reduzierte den Lohn von A._____ rückwirkend per 1. Juli 2008 auf die Höhe von monatlich Fr. 982.75 und verpflichtete sie zur Bezahlung einer Lohnrückforderung von Fr. 5'693.- für die Monate Juli bis Oktober 2008. Das VBS sprach A._____ eine Entschädigung von drei (reduzierten) Monatslöhnen in der Höhe von insgesamt Fr. 2'948.25 sowie eine reduzierte Parteientschädigung zu.

Zur Begründung führte das VBS aus, auch ein Arbeitsverhältnis mit unsteter Beschäftigungslage könne nicht einfach auf einen Beschäftigungsgrad von 0 % reduziert werden, sondern müsse ordentlich aufgelöst werden. Da sich A._____ jedoch im E-Mail-Verkehr mit einem Arbeitskollegen abwertend und respektlos gegenüber ihrem Vorgesetzten geäussert habe, habe sie ihre Treuepflicht verletzt, weshalb ein Kündigungsgrund vorgelegen habe. Hinzu käme, dass sie ihre Offenbarungspflicht verletzt habe, indem sie ihre Arbeitgeberin nicht über ihre Neuanstellung an der E._____ informiert habe. Eine Interessenabwägung ergebe, dass die Interessen der Arbeitgeberin gegenüber denjenigen von A._____ überwiegen würden, sodass sich die Auflösung des Arbeitsverhältnisses als verhältnismässig erweise. Angesichts der Pflichtverletzungen von A._____ erscheine eine Entschädigung von drei Monatslöhnen angemessen. Den Lohn, den sie aufgrund ihrer anderweitigen Arbeit erworben habe, müsse sie sich anrechnen lassen. Sie habe daher den entsprechenden Betrag ihrer ehemaligen Arbeitgeberin zurückzuerstatten.

F.
Am 6. Januar 2009 erhebt A._____ (Beschwerdeführerin) Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, der Entscheid des VBS (Vorinstanz) vom 19. November 2008 sei, soweit angefochten, aufzuheben bzw. die Verfügung der Arbeitgeberin vom 9. Juni 2008 aufzuheben und nichtig zu erklären. Es sei ihr die frühere, eventualiter eine andere zumutbare Arbeit anzubieten. Subeventualiter sei ihr eine Entschädigung in der Höhe von mindestens einem Jahreslohn auszurichten. Zudem sei die aufschiebende Wirkung der Beschwerde

wiederherzustellen und die von der Vorinstanz zugesprochene Parteientschädigung angemessen zu erhöhen.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Arbeitgeberin habe sich ihr gegenüber einer Persönlichkeitsverletzung schuldig gemacht, indem sie nach ihren E-Mails geforscht bzw. ihren E-Mail-Verkehr überwacht habe. Für die Begründung der Kündigung dürfe deshalb nicht auf den Inhalt dieser E-Mails abgestützt werden. Ohnehin würden ihre E-Mails an einen Mitarbeiter aber keine Ehrverletzung und keinen groben Verstoss gegen den Anstand und die Höflichkeit darstellen. Jedenfalls sei ihr Verhalten nicht als so schwerwiegend einzustufen, dass von einer Verletzung der Treuepflicht gesprochen werden könne. Zudem habe sich ihre Äusserung nicht gegen ihren Arbeitgeber, sondern einzig gegen den direkten Vorgesetzten gerichtet, mit dessen Führungsstil auch andere Mitarbeiterinnen Schwierigkeiten bekundet hätten. Selbst wenn ihr Verhalten als Verletzung der Treuepflicht zu werten wäre, sei eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses unangemessen und nicht verhältnismässig.

Die Beschwerdeführerin rügt sodann, sie sei vor der Kündigung nie schriftlich verwarnt worden. Die Vorinstanz habe zwar zu Recht festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis nicht beendet werden könne, indem der Beschäftigungsgrad auf 0% herabgesetzt werde. Die Vorinstanz habe jedoch ihre Befugnisse überschritten und das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt, indem faktisch sie als Beschwerdeinstanz anstelle der Arbeitgeberin die Kündigung ausgesprochen habe. Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, die Kürzung ihres Salärs ab dem 1. Juli 2008 sei nicht gerechtfertigt, weil ihre neue Stelle problemlos mit der bisherigen zu vereinbaren sei und sie keine Offenbarungspflicht verletzt habe.

Schliesslich ist die Beschwerdeführerin der Ansicht, das Vertrauensverhältnis zwischen ihrem Vorgesetzten und ihr sei nicht dermassen gestört, dass eine Weiterbeschäftigung unzumutbar sei. Sofern das Gericht aber zum Schluss komme, dass sie nicht mit der bisherigen oder einer anderen zumutbaren Arbeit weiter zu beschäftigen sei, sei aufgrund der gesamten Umstände eine Entschädigung von mindestens zwölf Monatslöhnen gerechtfertigt. Für die Berechnung der Entschädigung sei der volle Monatslohn ohne Abzug für einen anderweitigen Verdienst zu berücksichtigen.

G.
Mit Vernehmlassung vom 5. Februar 2009 hält die Vorinstanz an ihrem Entscheid fest und beantragt die Abweisung der Beschwerde vom 6. Januar 2009 sowie des darin enthaltenen Gesuchs um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

Bezüglich der Rüge der Beschwerdeführerin, sie sei nie schriftlich ermahnt worden, was gemäss jüngster Rechtsprechung des Bundesgerichts aber Voraussetzung für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gewesen wäre, hält die Vorinstanz fest, die Verfügung der Arbeitgeberin sei vor der vom Bundesgericht vorgenommenen Praxisänderung erlassen worden, weshalb die Praxisänderung vorliegend nicht zu berücksichtigen sei. Angesichts des Verhaltens der Beschwerdeführerin erscheine das Festhalten an einer schriftlichen, formellen Ermahnung überflüssig, weil davon auszugehen sei, dass eine solche ihr Verhalten gegenüber dem Vorgesetzten nicht verändert hätte.

Zum Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihre Befugnisse überschritten und das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt, indem sie anstelle der Arbeitgeberin die Auflösung des Arbeitsverhältnisses verfügt habe, macht die Vorinstanz geltend, faktisch bestehe für die Beschwerdeführerin kein Unterschied zwischen einer Reduktion des Arbeitspensums auf 0% und einer Kündigung. Die Verfügung der Arbeitgeberin sei anhand ihrer Begründung so zu verstehen gewesen, dass das Arbeitsverhältnis mit der Beschwerdeführerin aufgelöst werden solle. Sie sei als Beschwerdeinstanz nicht verpflichtet, eine unrechtmässige Kündigung unter allen Umständen aufzuheben und eine Wiedereinstellung vorzunehmen, sondern könne auch feststellen, dass ein Arbeitsverhältnis als aufgelöst gelte, wobei in diesem Fall eine Entschädigung zugesprochen werden könne. Vorliegend sei der Beschwerdeführerin zwar unrechtmässig gekündet worden, das Vertrauensverhältnis zwischen ihr und ihrem Vorgesetzten sei aber völlig zerstört, weshalb sie Auflösung des Arbeitsverhältnisses festgestellt und der Beschwerdeführerin eine Entschädigung von drei Monatslöhnen zugesprochen habe.

H.
Mit Zwischenverfügung vom 19. Februar 2009 hat das Bundesverwaltungsgericht festgestellt und verfügt, dass die Vorinstanz der Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht entzogen habe, diese auch durch das Bundesverwaltungsgericht nicht zu entziehen sei und der

Beschwerde demzufolge aufschiebende Wirkung zukomme. Das Begehren der Beschwerdeführerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wurde als gegenstandslos abgeschrieben.

I.
Mit Replik vom 19. März 2009 hält die Beschwerdeführerin an der Beschwerde und den darin gestellten Anträgen fest, soweit diese nach der Zwischenverfügung vom 19. Februar 2009 noch aktuell seien.

J.
Die Vorinstanz reicht am 20. April 2009 eine Stellungnahme zur Replik der Beschwerdeführerin ein.

K.
Mit Bemerkungen vom 7. Mai 2009 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest.

L.
Mit Eingabe vom 2. Juni 2009 nimmt die Vorinstanz Stellung zu einer allfälligen Weiterbeschäftigung der Beschwerdeführerin. Sie erklärt, eine Weiterbeschäftigung der Beschwerdeführerin bei der bisherigen Arbeitgeberin komme nicht in Frage, weil das Vertrauensverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Vorgesetzten endgültig zerrüttet sei. Es komme hinzu, dass weder im C._____ noch in einem anderen (...) eine Stelle frei sei. Auch eine andere Stelle bei der Arbeitgeberin sei nicht denkbar, da die Beschwerdeführerin die entsprechenden Anforderungen nicht erfülle.

M.
Mit Bemerkungen vom 29. Juni 2009 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest und führt an, die Arbeitgeberin habe sich die angeblich schwierigen Folgen einer Weiterbeschäftigung selbst zuzuschreiben und es komme nicht darauf an, ob im C._____ oder in einem anderen (...) derzeit eine Stelle vakant sei.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Nach Art. 36 Abs. 1 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) können im Bereich des Bundespersonalrechts Entscheide der internen Beschwerdeinstanzen im Sinne von Art. 35 Abs. 1 BPG beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in den Art. 33 und 34 VGG genannten Behörden. Das VBS gehört zu den in Art. 33 VGG erwähnten Behörden und hat vorliegend in Anwendung von Art. 35 Abs. 1 BPG und Art. 110 Bst. a der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV, SR 172.220.111.3) eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG erlassen. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb zur Beurteilung der Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 19. November 2008 zuständig.

1.2 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der sie belastenden Verfügung der Vorinstanz ohne weiteres zur Beschwerde legitimiert.

1.3 Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) gegen den Entscheid der Vorinstanz vom 19. November 2008 ist einzutreten.

2.

Die Beschwerdeführerin stellt unter anderem das Begehren, es sei die Verfügung der Arbeitgeberin vom 9. Juni 2008 aufzuheben.

2.1 Weil ein Entscheid einer unteren Instanz durch einen entsprechenden Entscheid einer Beschwerdeinstanz ersetzt wird und demzufolge keine selbständige Bedeutung mehr hat, bildet im Verfahren vor dem

Bundesverwaltungsgericht einzig der Entscheid der Vorinstanz ein zulässiges Anfechtungsobjekt, nicht auch ein allfälliger Entscheid einer unteren Instanz (BGE 134 II 142 E. 1.4, BGE 129 II 438 E. 1; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.7).

2.2 Von Amtes wegen zu beachten wäre dagegen die allfällige Nichtigkeit (im allgemeinen verwaltungsrechtlichen Sinn) einer Verfügung einer unteren Instanz. Eine in diesem Sinn nichtige Verfügung ist nämlich auch ohne förmliche Anfechtung von ihrem Erlass an absolut unwirksam, weshalb die Nichtigkeit von jedermann jederzeit geltend gemacht werden kann.

Fehlerhafte Verfügungen sind grundsätzlich anfechtbar und nur ausnahmsweise nichtig. Nichtig ist eine Verfügung nur dann, wenn sie einen besonders schweren Mangel aufweist, der Mangel offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Annahme der Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 956). Von einer solchen Nichtigkeit im allgemeinen verwaltungsrechtlichen Sinn zu unterscheiden ist die Nichtigkeit einer Kündigung nach Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG, bei welcher es sich der Sache nach um eine anfechtbare Kündigung handelt (vgl. dazu E. 6.1).

2.3 Wie die Vorinstanz festgestellt hat, war die Verfügung der Arbeitgeberin vom 9. Juni 2008 fehlerhaft. Sie war aber nicht mit einem derart schweren Mangel behaftet, dass sie im allgemeinen verwaltungsrechtlichen Sinn nichtig gewesen wäre. Dementsprechend hat die Vorinstanz die Verfügung nicht für nichtig erklärt, sondern auf Beschwerde hin aufgehoben. Zulässiges Anfechtungsobjekt im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht ist demnach einzig der Entscheid der Vorinstanz, welcher die Verfügung der Arbeitgeberin ersetzt hat. Soweit die Beschwerdeführerin verlangt, es sei die Verfügung der Arbeitgeberin vom 9. Juni 2008 aufzuheben, ist auf ihre Beschwerde nicht einzutreten.

3.
Nach Ablauf der Probezeit kann ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis auf Ende jeden Monats mit einer von der Anzahl der Dienstjahre abhängigen Mindestfrist ordentlich gekündigt werden (Art. 12 Abs. 3 BPG). Das Bundespersonalgesetz nennt in einer abschliessenden Auf-

zählung Sachverhalte, die als Gründe für die ordentliche Kündigung gelten. Genannt werden unter anderem die Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten (Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG) oder Mängel in der Leistung oder im Verhalten, die trotz schriftlicher Mahnung anhalten oder sich wiederholen (Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG).

Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid anerkannt, dass die von der Arbeitgeberin verfügte Reduktion des Beschäftigungsgrads der Beschwerdeführerin auf 0% nicht zulässig war. Wie die Vorinstanz richtigerweise ausgeführt hat, stellte die Reduktion des Beschäftigungsgrads auf 0% faktisch eine Kündigung im Sinne von Art. 12 Abs. 3 BPG dar, welche sich auf einen in Art. 12 Abs. 6 BPG genannten Grund hätte abstützen und in Anwendung von Art. 35 Abs. 1 VwVG entsprechend hätte begründet werden müssen (vgl. HARRY NÖTZLI, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Bern 2005, Rz. 115 ff.). Die Vorinstanz hat die Verfügung der Arbeitgeberin vom 9. Juni 2008 deshalb zu Recht aufgehoben.

Die Beschwerdeführerin rügt noch weitere Mängel der Verfügung der Arbeitgeberin vom 9. Juni 2008. Zwar ist vorliegend nur der Entscheid der Vorinstanz zulässiges Anfechtungsobjekt (vgl. E. 2.3), auf die von der Beschwerdeführerin behaupteten weiteren Mängel der Kündigung durch die Arbeitgeberin ist aber nachfolgend insoweit einzugehen, als sie Einfluss auf die Frage haben, ob die Vorinstanz das Arbeitsverhältnis trotz der fehlerhaften Verfügung der Arbeitgeberin als aufgelöst betrachten durfte.

4.

Die Beschwerdeführerin rügt, sie sei vor der Kündigung nie schriftlich verwarnt worden, was nach jüngster Rechtsprechung des Bundesgerichts für eine rechtgültige Kündigung wegen Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten gemäss Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG vorausgesetzt sei. Die Vorinstanz führt dazu einerseits aus, angesichts des Verhaltens der Beschwerdeführerin sei davon auszugehen, dass eine schriftliche, formelle Ermahnung ihr Verhalten gegenüber dem Vorgesetzten nicht verändert hätte. Andererseits sei die Verfügung der Arbeitgeberin erlassen worden, bevor die neue Praxis des Bundesgerichts begründet worden sei. Die Rechtmässigkeit einer Verfügung sei grundsätzlich nach der Rechtslage zur Zeit ihres Erlasses zu beurteilen und später eingetretene Rechts- bzw. Praxisänderungen müssten unberücksichtigt bleiben.

4.1 Im Unterschied zu Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG, wonach Mängel in der Leistung oder im Verhalten nur unter der Voraussetzung, dass sie trotz schriftlicher Mahnung anhalten oder sich wiederholen, einen Kündigungsgrund darstellen, erwähnt Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG das Erfordernis einer vorgängigen Mahnung nicht ausdrücklich.

Das Bundesgericht hat aber im Urteil 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 5.3 ff. mittels historischer und teleologischer Auslegung festgestellt, dass auch eine Kündigung gestützt auf Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG erst nach vorgängiger schriftlicher Mahnung erfolgen dürfe. Es hat dazu festgehalten, die abschliessende Aufzählung der Kündigungsgründe bezwecke einen verbesserten Kündigungsschutz und es leuchte unter dem Blickwinkel des Gesetzeszwecks nicht ein, je nach Fallkonstellation eine Mahnung zu verlangen oder davon abzusehen. Auch das Verhältnismässigkeitsprinzip erfordere eine vorgängige Mahnung. Nach den unzweideutigen Ausführungen des Bundesgerichts besteht kein Raum, im Einzelfall auf eine Mahnung zu verzichten (vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-309/2009 vom 15. Mai 2009 E. 2.3). Das Bundesgericht hat damit auch dem Umstand Rechnung getragen, dass die Grenzen zwischen Verhaltensmängeln im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG und der Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG fliessend sind und das Subsumieren eines bestimmten Verhaltens unter die eine oder andere Bestimmung häufig Probleme bereitet. Ein mangelhaftes Verhalten im Sinn von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG kann sich auch als Pflichtverletzung im Sinn von Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG erweisen (Urteil des Bundesgerichts 1C_245/2008 vom 2. März 2009 E. 5.4).

4.2 Neben dem von der Vorinstanz anerkannten Mangel, dass die Arbeitgeberin die (faktische) Kündigung der Beschwerdeführerin nicht auf einen in Art. 12 Abs. 6 BPG genannten Grund abgestützt hat, erweist sich die Kündigung der Beschwerdeführerin durch die Arbeitgeberin auch deshalb als unrechtmässig, weil die Beschwerdeführerin vor der Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht schriftlich verwarnt worden ist. Im Gegensatz zur Ansicht der Vorinstanz ändert daran auch der Umstand nichts, dass die Kündigung bereits vor dem klärenden Entscheid des Bundesgerichts erlassen worden ist. Wie die Vorinstanz zwar richtig ausführt, ist für die Rechtmässigkeit einer Verfügung grundsätzlich auf die Rechtslage zum Zeitpunkt ihres Erlasses abzustellen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 326). Bei der für Kündigungen wegen der Verletzung wichtiger gesetzlicher oder

vertraglicher Pflichten verlangten vorgängigen schriftlichen Mahnung stellt sich die Frage nach dem anwendbaren Recht allerdings gar nicht, weil keine Rechtsänderung vorgenommen worden ist.

Entgegen der Ansicht der Vorinstanz hat das Bundesgericht auch keine Praxisänderung vorgenommen, sondern eine Rechtslage geklärt, die bisher noch nie Gegenstand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung war und auch vom Bundesverwaltungsgericht oder der ehemaligen Eidgenössischen Personalrekurskommission noch nie in grundsätzlicher Weise entschieden worden ist. Aber selbst wenn die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach auch eine Kündigung gestützt auf Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG erst nach vorgängiger schriftlicher Mahnung erfolgen dürfe, als Praxisänderung betrachtet würde, könnte sich die Vorinstanz als Behörde nicht auf den sich aus Art. 9 BV ergebenden Grundsatz des Vertrauenschutzes berufen, welcher einzig Privaten unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch vermittelt, in ihrem Vertrauen auf die bisherige Praxis geschützt zu werden (vgl. zum Ganzen ausführlich Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-309/2009 vom 15. Mai 2009 E. 3).

5.

Nicht einverstanden ist die Beschwerdeführerin mit der Feststellung der Vorinstanz, das Arbeitsverhältnis zwischen ihr und ihrer Arbeitgeberin sei per 31. Oktober 2008 aufgelöst worden. So beantragt die Beschwerdeführerin, es sei ihr die frühere, eventualiter eine andere zumutbare Arbeit anzubieten. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, die Vorinstanz hätte es dabei bewenden lassen müssen, die angefochtene Verfügung aufzuheben. Sie sei indessen nicht befugt gewesen, darüber zu befinden, ob das Arbeitsverhältnis zwischen der Arbeitgeberin und der Beschwerdeführerin als aufgelöst zu betrachten sei. Die Vorinstanz habe damit ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie sich nie zu einer korrekt begründeten Verfügung habe äussern können. Die Vorinstanz hat zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses ausgeführt, das Vertrauensverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Vorgesetzten sei zerstört und eine Weiterbeschäftigung für die Arbeitgeberin nicht zumutbar. Im Wesentlichen hat sie sich in ihrer Begründung aber auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts gestützt, wonach Konstellationen denkbar seien, in denen eine Weiterbeschäftigung nicht angemessen erscheine, ohne dass zuvor geprüft werden müsse, ob eine Weiterbeschäftigung möglich sei oder nicht (vgl. nachfolgend E. 6.3).

6.
Nachfolgend ist zunächst in allgemeiner Weise aufzuzeigen, wie zu verfahren ist, wenn – wie vorliegend die Vorinstanz – eine Beschwerdeinstanz feststellt, dass eine Kündigung fehlerhaft war.

6.1 Gemäss Art. 14 Abs. 1 BPG kann eine von einer Kündigung betroffene Person innert 30 Tagen nach Kenntnisnahme eines mutmasslichen Nichtigkeitsgrundes beim Arbeitgeber schriftlich geltend machen, dass die Kündigung nichtig sei, weil sie wichtige Formvorschriften verletze (Bst. a), nach Art. 12 Abs. 6 und 7 nicht begründet (Bst. b) oder zur Unzeit nach Art. 336c OR erfolgt sei (Bst. c). In der Folge bietet der Arbeitgeber der betroffenen Person die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit an (provisorischer Kündigungsschutz). Verlangt der Arbeitgeber darauf bei der Beschwerdeinstanz nicht innert 30 Tagen nach Eingang der geltend gemachten Nichtigkeit die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung, so ist diese nichtig und die betroffene Person wird mit der bisherigen oder, wenn dies nicht möglich ist, mit einer anderen zumutbaren Arbeit weiterbeschäftigt (endgültiger Kündigungsschutz, Art. 14 Abs. 2 BPG; vgl. zu Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG WOLFGANG PORTMANN, Überlegungen zum bundespersonalrechtlichen Kündigungsschutz, in LeGes Gesetzgebung und Evaluation 2002/2, S. 55 ff.). Bei einer im Sinn von Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG nichtigen Kündigung handelt es sich dem Wesen nach nicht um eine im allgemeinen verwaltungsrechtlichen Sinn nichtige, d.h. von ihrem Erlass an und auch ohne amtliche Aufhebung rechtlich unverbindliche Kündigung (vgl. dazu E. 2.2), sondern um eine anfechtbare Kündigung (PORTMANN, a.a.O., S. 63 f.).

6.2 Das BPG lässt offen, wie zu verfahren ist, wenn der Arbeitgeber gemäss Art. 14 Abs. 2 BPG die Beschwerdeinstanz fristgerecht anruft und die Beschwerdeinstanz die Nichtigkeit der Kündigung feststellt. Nach Sinn und Zweck von Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG vermag eine im Sinne dieser Bestimmungen nichtige Kündigung ein Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht zu beenden, sondern hat die Weiterbeschäftigung der betroffenen Person zur Folge (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-309/2009 vom 15. Mai 2009 E. 4.1 ff.; NÖTZLI, a.a.O., Rz. 325; PORTMANN, a.a.O., S. 60). 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 nicht sie zu

vertreten hat, nicht bei einem Arbeitgeber nach Art. 3 BPG weiterbeschäftigt wird (vgl. Art. 19 Abs. 3 BPG).

Stellt eine Beschwerdeinstanz die Nichtigkeit einer Kündigung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG fest, kommt das Ausrichten einer Entschädigung anstelle der Weiterbeschäftigung grundsätzlich nur subsidiär in Frage, nämlich wenn die Weiterbeschäftigung beim bisherigen Arbeitgeber nicht möglich ist und die betroffene Person auch nicht bei einem anderen Arbeitgeber nach Art. 3 BPG weiterbeschäftigt wird (PORTMANN, a.a.O., S. 67 f.; NÖTZLI, a.a.O., Rz. 382 ff.).

6.3 Im Urteil 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 7 kam das Bundesgericht allerdings – ohne die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung zu prüfen – zum Schluss, die Aufhebung einer unbegründeten Kündigung im Sinn von Art. 14 Abs. 1 BPG sei nicht angemessen. Das Bundesgericht stellte in diesem Fall fest, dass der betroffenen Person von der Arbeitgeberin gekündigt worden sei, ohne dass sie zuvor – wie vom Gesetz verlangt – schriftlich ermahnt worden sei. Weil die betroffene Person aber durch ihr Verhalten einen Kündigungsgrund gesetzt habe und das Verschulden der Arbeitgeberin nicht als hoch einzustufen sei, rechtfertige es sich, anstatt auf Wiedereinstellung zu erkennen, der betroffenen Person in sinngemässer Anwendung von Art. 19 BPG eine Entschädigung zuzusprechen. Das Bundesgericht wies in seinem Urteil darauf hin, aus Art. 14 BPG ergebe sich nicht eindeutig, dass die Beschwerdeinstanz verpflichtet wäre, eine unrechtmässige Kündigung unter allen Umständen aufzuheben und eine Wiedereinstellung vorzunehmen. Auch aus der Botschaft zum Bundespersonalgesetz vom 14. Dezember 1998 ergebe sich dies nicht eindeutig, da der bundesrätliche Gesetzesentwurf ursprünglich anders gelautet habe (BBl 1999 1616 und 1642).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt die Subsidiarität der Entschädigung anstelle der Weiterbeschäftigung im Falle der Aufhebung einer Kündigungsverfügung durch die Beschwerdeinstanz demzufolge 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.

7.

Was den Vorwurf der Beschwerdeführerin angeht, die Vorinstanz sei gar nicht befugt gewesen, über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses

zu entscheiden, ist festzuhalten, dass es sich bei der Reduktion des Beschäftigungsgrads durch die Arbeitgeberin auf 0% faktisch um eine Kündigung handelte, zumal aus der Verfügung eindeutig hervorging, dass die Beschwerdeführerin nicht mehr weiterbeschäftigt werden sollte. Die von der Beschwerdeführerin angerufene Vorinstanz war deshalb in Anwendung von Art. 14 Abs. 1 und 2 sowie Art. 19 Abs. 3 BPG nicht nur befugt, darüber zu entscheiden, ob die Verfügung der Arbeitgeberin rechtmässig war, sondern – nachdem sie zum Schluss kam, dass die Verfügung aufzuheben sei – auch über die Rechtsfolge zu befinden, nämlich ob das Arbeitsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Arbeitgeberin dennoch als aufgelöst zu betrachten oder die Beschwerdeführerin weiterzubeschäftigen sei.

Die Vorinstanz verletzte mit ihrem Entscheid insbesondere auch nicht den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 29 VwVG, zumal dieser Anspruch nur die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts beschlägt, nicht aber die rechtliche Würdigung desselben. Die betroffene Person ist deshalb zwar anzuhören, bevor die Behörde verfügt (Art. 30 Abs. 1 VwVG), ihr ist aber in der Regel kein Recht auf vorgängige Stellungnahme bezüglich Fragen der rechtlichen Beurteilung und Würdigung von Tatsachen einzuräumen, es sei denn, die Behörde gedenke, sich in ihrem Entscheid auf einen völlig unüblichen und nicht voraussehbaren Rechtsgrund abzustützen (vgl. BGE 132 II 257 E. 4.2; BGE 132 II 485 E. 3.4). Die Vorinstanz hat ihren Entscheid nicht auf einen völlig unüblichen und nicht voraussehbaren Rechtsgrund abgestützt und die Beschwerdeführerin erhielt im vorinstanzlichen Verfahren ausreichend Gelegenheit, sich zum Sachverhalt und den Eingaben der Arbeitgeberin zu äussern.

8.

Im Unterschied zum vom Bundesgericht in seinem Urteil 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 entschiedenen Fall erweist sich die vorliegend von der Arbeitgeberin ausgesprochene Kündigung formell als grob fehlerhaft. Neben der fehlenden vorgängigen Mahnung (vgl. E. 4) fällt insbesondere ins Gewicht, dass die Arbeitgeberin die Kündigung nicht auf einen in Art. 12 Abs. 6 BPG genannten Kündigungsgrund abgestützt und entsprechend begründet, sondern den Beschäftigungsgrad unzulässigerweise auf 0% reduziert hat (vgl. E. 3). Es rechtfertigt sich deshalb vorliegend nicht, vom Grundsatz abzuweichen, dass eine von der Beschwerdeinstanz aufgehobene Kündigung prinzipiell die Weiterbe-

schäftigung der betroffenen Person zur Folge hat und das Zusprechen einer Entschädigung nur subsidiär in Frage kommt (vgl. E. 6.2 f.). Vielmehr muss zunächst geprüft werden, ob eine Weiterbeschäftigung möglich ist (vgl. nachfolgend E. 9). Nur falls das Ergebnis dieser Prüfung negativ ausfällt, kann das Arbeitsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Arbeitgeberin – trotz der unrechtmässigen Kündigung – als aufgelöst gelten.

Weil das Arbeitsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Arbeitgeberin nach den vorstehenden Erwägungen nur als aufgelöst gelten kann, falls eine Weiterbeschäftigung nicht möglich ist oder die Beschwerdeführerin nicht bei einem anderen Arbeitgeber nach Art. 3 BPG weiterbeschäftigt wird, muss im vorliegenden Verfahren nicht geprüft werden, ob die Beschwerdeführerin mit ihrem Verhalten einen Kündigungsgrund im Sinne von Art. 12 Abs. 6 BPG gesetzt hat. Offen bleiben kann insbesondere auch, ob das Verhalten der Beschwerdeführerin nicht eher im Lichte von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG (mangelhafte Leistung und mangelhaftes Verhalten) als von Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG zu prüfen wäre. Nicht beantwortet werden braucht schliesslich die Frage, ob für die Begründung der Kündigung auf den Inhalt der beiden von der Beschwerdeführerin an einen Mitarbeiter versandten E-Mail-Nachrichten hätte abgestützt werden dürfen oder ob das Abstützen auf die besagten E-Mail-Nachrichten – wie die Beschwerdeführerin einwendet – unzulässig gewesen sei, weil diese privater Natur gewesen seien.

9.
Zu prüfen bleibt die umstrittene Frage, ob eine Weiterbeschäftigung der Beschwerdeführerin beim bisherigen Arbeitgeber möglich ist oder nicht.

9.1 Die Vorinstanz erklärt dazu in ihrer Stellungnahme vom 2. Juni 2009, eine Wiederbeschäftigung bei der bisherigen Arbeitgeberin komme nicht in Frage. Aufgrund des Verhaltens der Beschwerdeführerin am Arbeitsplatz und während des Verfahrens hätten die Vorgesetzten sowie der Personalchef das Vertrauen in die Beschwerdeführerin verloren. Dazu komme, dass weder beim C._____ noch bei einem anderen (...) eine Stelle frei sei. Auch eine anderweitige Anstellung bei der Arbeitgeberin sei nicht denkbar, da die Beschwerdeführerin die entsprechenden Anforderungen nicht erfülle. Die Beschwerdeführerin äussert sich in ihren Bemerkungen vom 29. Juni 2009 dahingehend,

dass sich die Arbeitgeberin bzw. die Vorinstanz die angeblich schwierigen Folgen einer Wiederbeschäftigung sowie den angeblichen Vertrauensverlust selber zuzuschreiben hätten. Zudem komme es nicht darauf an, ob im C._____ oder in einem anderen (...) eine Stelle vakant sei.

9.2 Das BPG regelt nicht näher, welche Umstände die Weiterbeschäftigung einer von einer im Sinne von Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG nichtigen Kündigung betroffenen Person verunmöglichen könnten. Auch in der Botschaft zum BPG finden sich dazu keine Hinweise (vgl. BBl 1998 1619). Weil die Weiterbeschäftigung nach der gesetzlichen Regelung den Grundsatz und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Entschädigung die Ausnahme darstellt, darf nicht allzu leichthin von der Unmöglichkeit einer Weiterbeschäftigung ausgegangen werden. Insbesondere hängt die Beantwortung der Frage, ob eine Weiterbeschäftigung im konkreten Fall möglich ist, nicht alleine von der Bereitschaft der Arbeitgeberin ab, die betroffene Person weiterzubeschäftigen, denn dem Arbeitgeber kommt diesbezüglich kein Wahlrecht zu (PORTMANN, a.a.O., S. 67 f.). Andererseits soll ein Arbeitgeber nicht entgegen aller Schwierigkeiten, welche sich durch eine Weiterbeschäftigung für ihn unter Umständen ergeben können, zur Weiterbeschäftigung verpflichtet werden können (NÖTZLI, a.a.O., Rz. 384; In diesem Sinne auch Urteil 1C_277/2007 des Bundesgerichts vom 30. Juni 2008 E. 7). So können die rechtlichen Rahmenbedingungen oder organisatorische Schwierigkeiten eine Weiterbeschäftigung verunmöglichen. Weiter können 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 gar nicht mehr möglich ist (vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5893/2007 vom 11. April 2008 E. 4.2).

9.3 Vorliegend ist aufgrund der gegenseitig erhobenen Vorwürfe davon auszugehen, dass das Vertrauensverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem direkten Vorgesetzten in gravierender Weise gestört ist und die persönlichen Differenzen eine sinnvolle Zusammenarbeit faktisch verunmöglichen würden. Weiter ist bei der Arbeitgeberin keine Stelle frei, für welche die Beschwerdeführerin die nötigen Anforderungen erfüllen würde. Eine Weiterbeschäftigung der Beschwerdeführerin bei der bisherigen Arbeitgeberin mit der bisherigen oder einer anderen zumutbaren Arbeit ist demnach nicht möglich.

10.
Die Vorinstanz hat somit im Ergebnis richtig festgehalten, dass das Arbeitsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Arbeitgeberin als aufgelöst gilt, obwohl die Kündigung durch die Arbeitgeberin nichtig im Sinne von Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG war. Die von der Beschwerdeführerin gestellten Anträge, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben, das Arbeitsverhältnis mit ihr fortzusetzen und ihr die frühere, eventualiter eine andere zumutbare Arbeit zuzuweisen, sind demnach abzuweisen.

Kann ein Angestellter trotz formeller Aufhebung einer Kündigung nicht weiterbeschäftigt werden, erfolgt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Sinne einer Fiktion zu demjenigen Zeitpunkt, da feststeht, dass der Angestellte trotz Aufhebung der Kündigung nicht weiterbeschäftigt werden kann (NÖTZLI, a.a.O., Rz. 381). Demzufolge gilt das Arbeitsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Arbeitgeberin als mit Datum des vorliegenden Urteils aufgelöst.

11.
Die Beschwerdeführerin stellt subeventualiter den Antrag, es sei ihr eine Entschädigung in der Höhe von mindestens einem Jahreslohn auszurichten.

Nicht umstritten ist, dass für die Berechnung der Höhe einer solchen Entschädigung grundsätzlich von der Höhe des im Kalenderjahr vor der (unrechtmässigen) Kündigung erzielten Lohns auszugehen ist. In ihrer Beschwerde an die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin noch geltend gemacht, der im Jahr 2007 erzielte durchschnittliche Monatslohn sei höher gewesen als die von der Arbeitgeberin errechneten Fr. 2'405.75. Demgegenüber beantragt sie in ihrer Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht, es sei für die Berechnung der Entschädigung von einem Monatslohn in der Höhe von Fr. 2'405.75 auszugehen. Sie wehrt sich somit nur noch dagegen, dass die Vorinstanz für die Berechnung der Entschädigung von einem wegen der Anstellung bei der E._____ gekürzten Monatslohn ausgegangen ist.

11.1 Voraussetzung für das Ausrichten einer Entschädigung nach Art. 19 Abs. 3 BPG ist neben der Aufhebung einer Kündigung und der Unmöglichkeit einer Weiterbeschäftigung beim bisherigen Arbeitgeber, dass die betroffene Person nicht bei einem anderen Arbeitgeber nach Art. 3 BPG weiterbeschäftigt wird (E. 6.2).

Die Beschwerdeführerin arbeitet seit dem 1. Juli 2008 mit einem Beschäftigungsgrad von 80% und seit dem 1. Januar 2009 mit einem Beschäftigungsgrad von 50% in einem befristeten Anstellungsverhältnis als Praktikantin bei der E._____. Bei der E._____ handelt es sich zwar um einen möglichen Arbeitgeber nach Art. 3 BPG, das Absolvieren eines Praktikums stellt allerdings keine Weiterbeschäftigung im Sinne von Art. 19 Abs. 3 BPG dar, zumal auch der Lohn der Beschwerdeführerin im Verhältnis zu ihrem Beschäftigungsgrad einiges tiefer ist als zuvor bei der bisherigen Arbeitgeberin.

Weil eine Weiterbeschäftigung der Beschwerdeführerin trotz nichtiger Kündigung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG nicht möglich ist (vgl. E. 9) und die Beschwerdeführerin auch nicht im Sinne von Art. 19 Abs. 3 BPG bei einem anderen Arbeitgeber nach Art. 3 BPG weiterbeschäftigt wird, hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Entschädigung gemäss Art. 19 Abs. 3 BPG.

11.2 Für die Berechnung der Höhe der Entschädigung ist vom im Jahr 2007 durchschnittlich erzielten Monatslohn, nämlich Fr. 2'405.75, auszugehen. Die soziale und wirtschaftliche Lage der betroffenen Person ist zwar ein Kriterium für die Bestimmung der Höhe der Entschädigung, mithin der Anzahl der zu entschädigen Monatslöhne (vgl. E. 11.3). Es ist dagegen nicht zulässig, den für die Berechnung der Entschädigung heranzuziehenden Monatslohn wegen einer inzwischen aufgenommenen anderweitigen Beschäftigung zu kürzen.

11.3 Die Höhe der Entschädigung beträgt gemäss Art. 79 Abs. 3 Bst. b der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV, SR 172.220.111.3) im Falle 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 Falle einer im Sinne von Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG nichtigen Kündigung dagegen ein allfälliges Verschulden der von der Kündigung betroffenen Person (NÖTZLI, a.a.O., Rz. 385 ff.).

In Anbetracht der groben formellen Mängel der Kündigung erscheint die von der Vorinstanz zugesprochene Entschädigung in der Höhe von drei Monatslöhnen als zu tief, zumal die Beschwerdeführerin immerhin während fünf Jahren für die Arbeitgeberin tätig war. Andererseits ist zu

berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin während dieser Zeit bloss in einem Teilzeitpensum bei der Arbeitgeberin arbeitete und dass sie auch nicht geltend macht, die Kündigung habe sie in eine soziale oder wirtschaftliche Notlage gebracht. In Abwägung sämtlicher Umstände erscheint eine Entschädigung in der Höhe von neun Monatslöhnen angemessen.

11.4 Der Beschwerdeführerin ist demzufolge eine Entschädigung in der Höhe von neun Monatslöhnen à je Fr. 2'405.75, d.h. von insgesamt Fr. 21'651.75, auszurichten.

12.
Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, es sei nicht gerechtfertigt, ihren Lohn für die Zeit vom 1. Juli 2008 bis 31. Oktober 2008 um insgesamt Fr. 5'692.-- zu kürzen, weil die Stelle bei der E._____ problemlos mit der Arbeit bei der Arbeitgeberin zu vereinbaren gewesen wäre und die Summe des bisherigen sowie des bei der E._____ erhaltenen Lohnes tiefer liege als der Lohn, den sie bei der bisherigen Arbeitgeberin bei einem Pensum von 100% erhalten hätte. Ihr sei deshalb auch für die Zeit ab dem 1. Juli 2008 das volle Salär von Fr. 2'405.75 auszurichten. Die Vorinstanz hat sich für die Kürzung des Lohnes der Beschwerdeführerin für die Zeit vom 1. Juli 2008 bis 31. Oktober 2008 auf Art. 324 Abs. 2 OR abgestützt und die Kürzung damit begründet, dass die Beschwerdeführerin neben dem 80% Pensum bei der E._____ nur noch 35.67 statt wie bisher durchschnittlich 87.36 Stunden pro Monat für die Arbeitgeberin arbeiten dürfte.

12.1 Das Bundespersonalrecht regelt den Fall, dass ein von seiner Arbeit freigestellter Angestellter ein anderweitiges Erwerbseinkommen erzielt und insbesondere die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen sich der Angestellte in diesem Fall das anderweitig erzielte Erwerbseinkommen auf seinen Lohn anrechnen lassen muss, nicht. Nach Art. 6 Abs. 2 BPG gelten für öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse allerdings sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des OR, soweit das BPG und andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen.

Kommt ein Arbeitgeber in Annahmeverzug, so bleibt er zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist (Art. 324 Abs. 1 OR). Der Arbeitnehmer muss sich in diesem Fall allerdings auf den Lohn anrechnen lassen, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige

Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat (Art. 324 Abs. 2 OR). Auch im Falle einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung anstatt einer ordentlichen Kündigung hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendigt worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). Allerdings muss sich der Arbeitnehmer daran anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (Art. 337c Abs. 2 OR).

12.2 Während ein Teil der Lehre die (unfreiwillige) Freistellung eines Arbeitnehmers als Anwendungsfall des Arbeitgeberverzuges behandelt und in einem solchen Fall Art. 324 Abs. 2 OR für anwendbar erklärt (vgl. Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319−362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, N. 13 zu Art. 324) hat das Bundesgericht in BGE 118 II 139 E. 1 festgestellt, dass sich eine Freistellung sowohl vom Fall des Annahmeverzugs des Arbeitgebers als auch einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung unterscheide. Der Gesetzgeber habe die Frage, ob sich der freigestellte Arbeitnehmer einen anderweitig erzielten Lohn anrechnen lassen müsse, nicht geregelt. Es liege diesbezüglich eine Gesetzeslücke vor, welche vom Richter auszufüllen sei. Weil die zu findende Norm den Charakter einer allgemein gültigen Regel tragen (Art. 1 Abs. 2 ZGB) und sich in das Gesetz möglichst nahtlos einfügen solle, müsse bei der Lückenfüllung primär von analogen gesetzlich bereits geregelten Tatbeständen ausgegangen werden. Im Falle einer Freistellung dränge sich eine analoge Anwendung von Art. 337c Abs. 2 OR auf, weil der Arbeitgeber sowohl bei der fristlosen Entlassung als auch bei der Freistellung den Arbeitnehmer mit sofortiger Wirkung vom Arbeitsplatz fernhalten wolle und der ungerechtfertigt fristlos Entlassene sich in einer ähnlichen Situation befinde wie der Freigestellte. Betreffend die Pflicht zur Anrechnung des andernorts verdienten Lohnes sei die Lage eines freigestellten Arbeitnehmers mit derjenigen des zu unrecht fristlos entlassenen zu vergleichen. Es sei nicht einzusehen, wieso der freigestellte Arbeitnehmer bezüglich der Anrechnungspflicht bessergestellt sein sollte als derjenige, den die ungerechtfertigte fristlose Entlassung schon für sich allein in aller Regel hart treffe.

12.3 Der Beschwerdeführerin ist insofern zuzustimmen, dass die von der Vorinstanz vorgenommene Berechnung des von der bisherigen Ar-

beitgeberin für die Monate Juli bis Oktober 2008 noch zu bezahlenden Lohnes nicht überzeugt. Die Berechnung der Vorinstanz lässt insbesondere ausser Acht, dass der Jahreslohn der Beschwerdeführerin bei der E._____ im Verhältnis zum Beschäftigungsgrad deutlich tiefer ist als bei der bisherigen Arbeitgeberin. Anzurechnen ist der Beschwerdeführerin nur der Lohn, den sie bei der E._____ erhalten hat und zwar nur im Umfang als das bisherige Arbeitspensum plus das Pensum bei der E._____ zusammen 100% übersteigen. Nicht zuzustimmen ist dagegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, sie müsse sich gar nichts vom bei der E._____ erhaltenen Lohn anrechnen lassen, obwohl der Beschäftigungsgrad insgesamt 100% übersteige, weil sich die beiden Arbeitsstellen problemlos miteinander vereinbaren liessen.

Im für die Berechnung des nach der Freistellung der Beschwerdeführerin monatlich auszurichtenden Lohns massgeblichen Kalenderjahr 2007 arbeitete die Beschwerdeführer durchschnittlich 10.4 Tage pro Monat, was einem Beschäftigungsgrad von 48% entsprach. Die Beschwerdeführerin konnte deshalb andernorts gleichzeitig mit einem Beschäftigungsgrad bis zu 52% arbeiten, ohne dass sie sich den Lohn dafür anrechnen lassen musste. Hingegen muss sich die Beschwerdeführerin in analoger Anwendung von Art. 337c Abs. 2 OR (bzw. gemäss einem Teil der Lehre in Anwendung von Art. 324 Abs. 2 OR) für die Zeit vom 1. Juli 2008 bis am 31. Oktober 2008, in der sie mit einem Beschäftigungsgrad von 80% bei der E._____ angestellt war, die Differenz zwischen des während dieser Zeit erhaltenen Lohnes und dem Lohn, den sie bei der E._____ bei einem Beschäftigungsgrad von 52% erhalten hätte, anrechnen lassen. Weil das Arbeitsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Arbeitgeberin erst per Datum des vorliegenden Entscheids als aufgelöst gilt (vgl. E. 10), gilt das Gleiche für die Zeit vom 1. November 2008 bis 31. Dezember 2008, in der die Beschwerdeführerin ebenfalls mit einem Beschäftigungsgrad von 80% bei der E._____ angestellt war.

12.4 Die Beschwerdeführerin verdiente bei der E._____ zwischen dem 1. Juli 2008 und dem 31. Dezember 2008 insgesamt Fr. 19'495.80 bei einem Beschäftigungsgrad von 80%. Bei einem Beschäftigungsgrad von 52% hätte sie Fr. 12'672.30 verdient. Die Beschwerdeführerin hat sich demnach an ihren von der Arbeitgeberin für die Monate Juli bis Dezember 2008 ausgerichteten Lohn insgesamt Fr. 6'823.50 anrechnen zu lassen.

13.
Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, die von der Vorinstanz für das vorinstanzliche Beschwerdeverfahren zugesprochene Parteientschädigung sei angemessen zu erhöhen und es seien ihr auch die Aufwendungen für das erstinstanzliche Verfahren zu entschädigen.

13.1 Einer ganz oder teilweise obsiegenden Partei ist eine Entschädigung für ihr in einem Beschwerdeverfahren erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Nicht entschädigt werden dagegen allfällige im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren entstandene Kosten (BGE 132 II 62 E. 5.2).

13.2 Wegen des verhältnismässig grossen Ermessensspielraums bei der Festsetzung der Parteientschädigung wird im Falle der Gutheissung einer Beschwerde durch das Bundesverwaltungsgericht die Sache zur Festsetzung der Parteientschädigung für das vorinstanzliche Beschwerdeverfahren bisweilen an die Vorinstanz zurückgewiesen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5893/2007 vom 11. April 2008 E. 7). Vorliegend rechtfertigt es sich in Anwendung von Art. 61 Abs. 1 VwVG jedoch, dass das Bundesverwaltungsgericht über die Höhe der Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren reformatorisch entscheidet. Dies weil die Vorinstanz die Beschwerde gegen die Verfügung der Arbeitgeberin teilweise gutgeheissen und die für das vorinstanzliche Verfahren geltend gemachten Aufwendungen anhand der eingereichten Kostennote des Vertreters der Beschwerdeführerin bereits einmal geprüft hat.

13.3 Bei der Festsetzung der Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren hat die Vorinstanz richtigerweise nur auf diejenigen Aufwendungen der Beschwerdeführerin abgestellt, welche dieser seit dem Erlass der Verfügung der Arbeitgeberin vom 9. Juni 2008 entstanden sind, und die Aufwendungen des erstinstanzlichen Verfahrens nicht berücksichtigt. Die Entschädigung für das vorinstanzliche Beschwerdeverfahren ist jedoch angesichts dessen, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Anträgen an die Vorinstanz letztlich mehrheitlich durchdringt, auf drei Viertel statt der Hälfte der ausgewiesenen Aufwendungen zu erhöhen. Von den mit Kostennote vom 13. November 2008 ausgewiesenen Aufwendungen des vorinstanzlichen Beschwerdeverfahrens in der Höhe von Fr. 3'497.80 sind der Beschwerdeführerin im Verhältnis

ihres Obsiegens Fr. 2'623.35 (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.

14.
Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen ist, soweit darauf einzutreten ist. Das Arbeitsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Arbeitgeberin gilt als mit Datum dieses Entscheids aufgelöst. Der Beschwerdeführerin ist zusätzlich zum Lohn bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine Entschädigung in der Höhe von neun Monatslöhnen à Fr. 2'405.75, insgesamt Fr. 21'651.75, auszurichten. Die Beschwerdeführerin hat sich an den Lohn für die Monate Juli 2008 bis Dezember 2008 gesamthaft Fr. 6'823.50 anrechnen zu lassen. Für das vorinstanzliche Beschwerdeverfahren ist der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'623.35 auszurichten.

15.
Gemäss Art. 34 Abs. 2 BPG ist das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht in personalrechtlichen Angelegenheiten unabhängig vom Verfahrensausgang kostenlos, ausser bei Mutwilligkeit. Vorliegend sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben.

16.
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). Zu entschädigen sind nur tatsächlich erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten. Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung und allfällige weitere Auslagen der Partei, inklusive Mehrwertsteuer. Das Gericht setzt die Parteientschädigung aufgrund der eingereichten Kostennoten oder, mangels Einreichung einer solchen, aufgrund der Akten fest. Das Anwaltshonorar wird dabei nach dem notwendigen Zeitaufwand bemessen, wobei der Stundenansatz mindestens Fr. 200.- und höchstens Fr. 400.- beträgt (Art. 7 ff. des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht unterliegt die Beschwerdeführerin mit den Anträgen, es sei das Arbeitsverhältnis mit ihr fortzuführen und es sei ihr die frühere Arbeit, eventualiter eine andere zumutbare Arbeit zuzuweisen. Teilweise dringt sie durch mit den Anträ-

gen, ihr sei subeventualiter ausgehend von einem Monatslohn von Fr. 2'405.75 eine Entschädigung in der Höhe von mindestens einem Jahreslohn auszurichten, der bei der E._____ erzielte Lohn sei ihr nicht an den von der Arbeitgeberin zu entrichtenden Lohn anzurechnen sowie es sei die Parteientschädigung für das vorinstanzliche Beschwerdeverfahren zu erhöhen bzw. es seien auch die Aufwendungen für das erstinstanzliche Verfahren zu entschädigen. Insgesamt ist im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht von einem hälftigen Obsiegen der Beschwerdeführerin auszugehen.

Von den mit Kostennoten vom 13. November 2008 sowie vom 3. Juli 2009 ausgewiesenen Aufwendungen des Beschwerdeverfahrens vor Bundesverwaltungsgericht in der Höhe von Fr. 8'481.50 sind der Beschwerdeführerin im Verhältnis ihres Obsiegens Fr. 4'240.75 (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird.

2.
Das Arbeitsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der D._____ gilt als mit Datum dieses Entscheids aufgelöst.

3.
Der Beschwerdeführerin ist zusätzlich zum Lohn bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine Entschädigung in der Höhe von neun Monatslöhnen à Fr. 2'405.75, insgesamt Fr. 21'651.75, auszurichten.

4.
Die Beschwerdeführerin hat sich an ihren Lohn für die Monate Juli 2008 bis Dezember 2008 insgesamt Fr. 6'823.50 anrechnen zu lassen.

5.
Für das vorinstanzliche Beschwerdeverfahren ist der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'623.35 auszurichten.

6.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

7.
Der Beschwerdeführerin wird für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 4'240.75 zugesprochen. Diese ist ihr durch die Vorinstanz nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu entrichten.

8.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin: Der Gerichtsschreiber:

Marianne Ryter Sauvant Adrian Mattle

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: