



Urteil vom 11. Juli 2011

Besetzung

Richter Christoph Bandli (Vorsitz),
Richter Alain Chablais, Richter Lorenz Kneubühler,
Richterin Kathrin Dietrich, Richter André Moser
Gerichtsschreiberin Beatrix Schibli.

Parteien

A. _____,
vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. Dino Degiorgi,
Schwanengasse 9, Postfach 5064, 3001 Bern,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Kündigung.

Sachverhalt:**A.**

A._____, geboren ..., arbeitet seit Februar 1983 in diversen Stellungen bei der B._____, seit Juli 1999 im Bereich X._____. Dort wurde er im Zusammenhang mit der Neuorganisation von Organisationsstrukturen der B._____ im August 2006 mit der Funktion des X._____-koordinators betraut.

B.

Nachdem bereits im Zuge von Reorganisationen im Laufe des Jahres 2008 Aufgaben von A._____ weggefallen waren, teilte ihm der Vorgesetzte im Juli 2009 mit, dass auch die verbleibenden Aufgaben aufgrund von Reorganisationen wegfallen bzw. auf andere Personen umverteilt werden und seine bisherige Stelle Koordinator X._____ per 1. September 2009 aufgehoben werden müsse. Dementsprechend wurde ihm im Dezember 2009 eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Verordnung vom 10. Juni 2004 über die Stellen- und Personalbewirtschaftung im Rahmen von Entlastungsprogrammen und Reorganisationen (Reorganisationsverordnung, SR 172.220.111.5) zugestellt und von diesem am 7. Dezember 2009 unterzeichnet.

C.

Am 15. Juni 2010 händigte die B._____ dem Beschwerdeführer einen Entwurf der Verfügung "Auflösung Arbeitsverhältnis" aus und gewährte ihm das rechtliche Gehör. Mit am 30. Juni 2010 persönlich ausgehändigter Verfügung vom 29. Juni 2010 löste die B._____ schliesslich das Arbeitsverhältnis auf den 31. Dezember 2010 auf. Die B._____ begründete dies damit, dass aufgrund betrieblicher und wirtschaftlicher Gründe seine Stelle aufgehoben worden sei und ihm sowohl B._____ - als auch bundesintern keine andere zumutbare Stelle angeboten werden könne.

D.

Mit Eingaben vom 20. Juli 2010 machte A._____ einerseits bei der B._____ die Nichtigkeit der Kündigungsverfügung vom 29. Juni 2010 geltend und erhob andererseits dagegen beim Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) Beschwerde.

E.

Das EFD wies am 20. Dezember 2010 die Beschwerde von A._____ ab.

ab, stellte die Gültigkeit der Kündigung der B._____ vom 29. Juni 2010 fest und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

F.

Gegen diesen Entscheid erhebt A._____ (nachfolgend Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 27. Januar 2011 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragt dessen Aufhebung sowie sinngemäss die Feststellung der Nichtigkeit der Kündigung. Verfahrensrechtlich beantragte er die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

Den Antrag in der Sache begründet er im Wesentlichen damit, dass entgegen der Darstellungen des EFD (Vorinstanz) die Kündigung nicht wegen der Umorganisation der B._____, sondern in Folge von zwischenmenschlichen Differenzen zwischen ihm und dem heutigen stellvertretenden Direktor, C._____, erfolgt sei. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt unvollständig dargestellt. Es sei Art. 12 Abs. 6 Bst. e des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) und der Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt sowie unangemessen und willkürlich gehandelt worden.

G.

Mit Eingabe vom 14. Februar 2011 stellte die Vorinstanz den Antrag, der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht sei die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen.

H.

In ihrer Vernehmlassung vom 28. Februar 2011 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde des Beschwerdeführers sei abzuweisen.

I.

Mit Zwischenverfügung vom 3. März 2011 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch des Beschwerdeführers um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gut.

J.

In seinen Schlussbemerkungen vom 25. März 2011 hält der Beschwerdeführer an seinen Ausführungen fest.

K.

Auf die übrigen Ausführungen in den Rechtsschriften wird – soweit

entscheidrelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Gemäss Art. 36 Abs. 1 BPG können Beschwerdeentscheide der internen Beschwerdeinstanz (Art. 35 Abs. 1 BPG) betreffend Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Die Verfügung der B._____ (vgl. Art. 34 Abs. 1 BPG) unterlag vorliegend der Beschwerde an das EFD als interne Beschwerdeinstanz (Art. 110 Bst. a der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 [BPV, SR 172.220.111.3]). Mit dem Beschwerdeentscheid des EFD vom 20. Dezember 2010 liegt demnach ein zulässiges Anfechtungsobjekt vor, weshalb das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung vorliegender Beschwerde zuständig ist.

Nach Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt.

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 die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Der Beschwerdeführer ist im vorinstanzlichen Verfahren mit seinen Anträgen nur teilweise durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid auch materiell beschwert und deshalb zur Beschwerde befugt.

3.

Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist einzutreten.

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 (Art. 49 VwVG).

5.

Vorliegend ist in erster Linie strittig, ob der Kündigung der B._____ vom 29. Juni 2010 ein rechtlich zulässiger Kündigungsgrund zugrunde liegt. Es ist zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht die Voraussetzungen einer Kündigung wegen schwer wiegenden wirtschaftlichen oder betrieblichen Gründen als gegeben erachtet hat.

5.1. Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei gekündigt werden (Art. 12 Abs. 1 BPG). Will der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit einseitig ohne das Einvernehmen mit der betroffenen Person ordentlich kündigen, so kann er das nur aus einem der in Art. 12 Abs. 6 Bst. a-f BPG abschliessend aufgezählten Kündigungsgründe tun (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.495/2006 vom 30. April 2007 E. 2, Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1785/2006 vom 16. April 2007 E. 3.1 sowie A-6609/2007 vom 17. Dezember 2007 E. 4.1).

Gemäss Art. 12 Abs. 6 Bst. e BPG ist eine ordentliche Kündigung zulässig wegen schwer wiegenden wirtschaftlichen oder betrieblichen Gründen, sofern der Arbeitgeber der betroffenen Person keine zumutbare Arbeit anbieten kann. Nach konstanter Praxis der früheren Eidgenössischen Personalrekurskommission (PRK) und des Bundesverwaltungsgerichts können schwer wiegende wirtschaftliche oder betriebliche Gründe im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. e BPG nur Reorganisationen oder Restrukturierungen grösseren Ausmasses sein (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5455/2007 vom 11. Juni 2008 E. 3.1, A-2737/2007 vom 25. September 2007 E. 3.1; Entscheide der PRK vom 24. Januar 2006, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 70.53 E. 3b sowie vom 28. November 2005, veröffentlicht in VPB 70.52 E. 4b mit Hinweisen; HARRY NÖTZLI, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Bern 2005, Rz. 211).

Die Frage, ob ein Amt bzw. eine bestimmte Stelle noch gebraucht wird, d.h. ob eine Reorganisation angebracht ist, ist eine Frage der Verwaltungsorganisation. Obwohl das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich mit voller Kognition entscheidet (vgl. vorne E. 4), auferlegt es sich bei der Prüfung der Angemessenheit eine gewisse Zurückhaltung,

soweit es um verwaltungsorganisatorische Fragen geht. Es entfernt sich im Zweifel nicht von der Auffassung der Vorinstanz und setzt sein eigenes Ermessen nicht an die Stelle desjenigen der Vorinstanz. Eigentliche Reorganisationsmassnahmen werden nur daraufhin überprüft, ob sie auf ernstlichen Überlegungen beruhen und nicht lediglich vorgeschoben sind, um auf diese Weise auf ein bestimmtes Dienstverhältnis Einfluss zu nehmen. (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1764/2010 vom 14. Oktober 2010 E. 2, A-3551/2009 vom 22. April 2010 E. 5 mit weiteren Hinweisen, A-5455/2007 vom 11. Juni 2008 E. 3.1, A-2737/2007 vom 25. September 2007 E. 3.1; Entscheide der PRK vom 24. Januar 2006, veröffentlicht in VPB 70.53 E. 3b sowie vom 28. November 2005, veröffentlicht in VPB 70.52 E. 4b mit Hinweisen; ANDRÉ MOSER / MICHAEL BEUSCH / LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.160).

5.2. Zur Umstrukturierung der B._____ führt die Vorinstanz aus, die seit Jahren erfolgende Umstrukturierung der B._____ habe zu einer Reduktion von Aufgaben geführt und damit auch Auswirkungen auf den Personalbestand gehabt. So habe sich dieser seit dem Geschäftsjahr 1997/98 von total 300 auf rund 150 Stellen im Geschäftsjahr 2009 reduziert.

5.3. Wie den Akten zu entnehmen ist, hat zwar keine lineare Restrukturierung stattgefunden in dem Sinne, dass im Zeitraum von 1997/98 bis 2009 kontinuierlich immer gleich viele Stellen abgebaut wurden. So fielen im hier interessierenden Zeitraum, also zwischen den Jahren 2006 und 2009, weniger als 25 Stellen dahin (act. 185). Das heisst jedoch nicht, dass deswegen für diesen Zeitraum keine Reorganisation grösseren Ausmasses angenommen werden könnte (vgl. auch VPB 70.52 E. 5a). So ist unbestritten, dass die B._____ im Zuge von verschiedenen Reorganisationsprojekten auch zwischen 2006 und 2009 grosse strukturelle Änderungen erfahren hat (vgl. Organigramme act. 67 ff.). Es wurden bereits im August 2006 neue Organisationseinheiten wie die Organisationseinheit Y._____ im Zusammenhang mit dem Projekt ... geschaffen und Einheiten neu anderen Einheiten unterstellt. Der Bundesrat fasste sodann im Januar 2008 den Entschluss, die Strukturen der B._____ grundlegend zu prüfen (act. 186) und im Laufe des Jahres 2008 wurde in der Organisationseinheit Z._____ eine zentrale Fachkanzlei mit neuen Zuständigkeiten aufgebaut.

Eine Restrukturierung dieses Ausmasses kann im Lichte der oben dargestellten Rechtsprechung ohne weiteres unter Art. 12 Abs. 6 Bst. e BPG subsumiert werden, womit dieses Erfordernis grundsätzlich erfüllt ist. Es ist nachfolgend jedoch weiter zu prüfen, ob die Stelle des Beschwerdeführers tatsächlich im Rahmen der Restrukturierung aufgehoben worden ist bzw. ob diese Reorganisation der tatsächliche Grund für die gegen den Beschwerdeführer ausgesprochene Kündigung ist.

5.4. Der Beschwerdeführer bestreitet, dass ihm wegen der Reorganisation gekündigt worden ist. Er bringt vor, die Projekte Reorganisation X._____, ..., Reorganisation Fachkanzlei und – neu – die Totalrevision der Alkoholgesetzgebung hätten nichts mit der Aufhebung seiner Stelle zu tun. Der Kausalzusammenhang zwischen der konkreten Reorganisationsmassnahme und dem Wegfall seiner Stelle sei nicht belegt. Die Fachkanzlei, die offenbar um die Person von Frau E._____ aufgebaut worden sei, sei mittlerweile wieder aufgelöst worden. Es sei fraglich, ob solch kurzfristige Umstrukturierungen wirtschaftlich und betrieblich veranlasst seien und wie weit nicht vielmehr persönliche Gründe dahinter stünden.

Wirklicher Kündigungsgrund seien die Differenzen, die auf der zwischenmenschlichen Ebene zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Vorgesetzten C._____ bestanden hätten und im Sommer 2009 eskaliert seien. Diese Tatsache werde auch durch die zeitlichen Abläufe der Stellenbesetzung für die Funktion des Leiters Y._____ gestützt. C._____, der heutige Vizedirektor der B._____, habe verschiedene Entscheide in der Phase April 2009 bis Ende Juni 2009 in die Zuständigkeit des neuen Leiters Y._____, Herr D._____ gestellt. Dieser habe diese Funktion am 1. Juni 2009 angetreten. Herr D._____, welcher zuerst vor allem an Ausbildungsveranstaltungen und in den Ferien war, könne folglich die nötigen Entscheide unmöglich in den ersten 7 Wochen seiner Tätigkeit schon getroffen haben, weswegen er auch in den Protokollen zur behaupteten Stellenaufhebung nicht erscheine. Im Folgenden seien im Juli 2009 die Aufgaben dem Beschwerdeführer weggenommen und auf andere Organisationseinheiten verteilt worden, ohne dass dafür eine organisatorische Notwendigkeit bestanden hätte. Die Vorinstanz erkenne den Unterschied zwischen dem anstehenden Wegfall einer Stelle und dem bevorstehenden Wegfall von Aufgaben eines Mitarbeiters.

5.5. Die Vorinstanz hält dem entgegen, aus den Vorakten sei ersichtlich, dass der Beschluss des Bundesrats, die Strukturen der B._____ und die Privatisierung der F._____ im Rahmen der Totalrevision des Alkoholgesetzes zu prüfen, zwingend einen Einfluss auf den Personalbestand der B._____ gehabt habe. Sie verkenne auch nicht den Unterschied zwischen dem Wegfall einer Stelle und dem Wegfall von Aufgaben. Würden – wie im Fall des Beschwerdeführers – Aufgaben wegfallen und könnten diese nicht durch andere Aufgaben aufgefangen werden, könne demzufolge eine Stelle dahinfallen. Die Behauptung, dass die Kündigung infolge der zwischenmenschlichen Differenzen zwischen ihm und seinem Vorgesetzten erfolgt sei, sei nicht nachvollziehbar. Selbst wenn das Verhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Vorgesetzten gespannt gewesen sein sollte, hätte dies keine Auswirkungen auf die Zulässigkeit der Kündigung aus wirtschaftlichen und betrieblichen Gründen.

5.6. Wie bereits dargelegt, wurden im Zuge der Reorganisationen der B._____ neue Organisationseinheiten geschaffen und Organisationseinheiten wurden neu anderen Einheiten unterstellt (vgl. dazu oben E. 5.3). Davon war auch der Bereich des Beschwerdeführers (Bereich X._____) betroffen, der in die im August 2006 neu geschaffene Organisationseinheit Y._____ integriert wurde (vgl. Organigramme act. 67 ff.; vgl. Personaldossier Änderungskündigung vom 4. Dezember 2006). Der Beschwerdeführer erhielt dabei die Funktion des X._____-koordinators.

Im Laufe des Jahres 2008 wurde in der Organisationseinheit Z._____ eine Fachkanzlei geschaffen mit dem Ziel, die personellen Ressourcen zu konsolidieren/konzentrieren und die Arbeitsabläufe zu optimieren. Die Kanzlei sollte professionelle Dienstleistungen bezüglich Versänden, Spesenabrechnung, Spesenbudgetierung und –überwachung sowie Kursmanagement etc. auch zugunsten des X._____ erbringen (vgl. act. 78 ff. und act. 82 ff.). Die Schaffung dieser Fachkanzlei führte dazu, dass beim Beschwerdeführer, dessen Aufgaben unter anderem auch in administrativen Tätigkeiten wie beispielsweise der Rechnungsstellung und der Organisation von Grund- und Weiterbildungskursen bestanden, unbestrittenermassen Aufgaben in erheblichem Ausmass wegfielen (vgl. act. 76, 193, Meilensteingespräch vom 10. Juli 2009 act. 195 ff., Zielvereinbarungsgespräch vom 20. Februar 2009 act. 36, Personaldossier Zwischenzeugnis vom 30. Mai 2008).

Im Zuge der Reorganisationen wurden zudem mehrere leitende Stellen vorübergehend oder definitiv nicht mehr besetzt. So wurde bereits am 1. November 2007 die frei gewordene Stelle des Leiters Y._____ aufgrund der andauernden Reorganisation nicht neu vergeben, sondern dem Leiter der damaligen Organisationseinheit W._____ unterstellt. Auch die Stelle des stellvertretenden Leiters der B._____ wurde vorübergehend offen behalten, als der Bundesrat im Januar 2008 den Entschluss fasste, die Strukturen der B._____ grundlegend zu überprüfen (act. 186). Ebenfalls wurden bereits anfangs Januar 2008 die Stellen des Leiters und des stellvertretenden Leiters X._____ – für Letztere der Beschwerdeführer vom Leiter W._____ anfangs 2008 vorgeschlagen war – von der Direktion B._____ nicht definitiv besetzt, um den Abschluss der Reorganisation in der neu bezeichneten Organisationseinheit Z._____ nicht zu präjudizieren. Im Juli 2009 schliesslich fielen diese beiden Stellen definitiv weg, weil die Aufgaben des Leiters X._____ in Personalunion durch einen anderen Sektorleiter und die wenigen dem Beschwerdeführer noch verbleibenden Aufgaben durch den Leiter Y._____ selber übernommen werden konnten (vgl. act. 159 ff.).

Die Aufgaben des Beschwerdeführers fielen somit zuerst im Laufe des Jahres 2008 durch die Schaffung der Fachkanzlei und nachher in der weiteren Phase der Reorganisation weg. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann eine Stelle anlässlich einer Reorganisation durchaus dadurch wegfallen, dass die Aufgaben des Stelleninhabers überflüssig werden oder auf andere Einheiten/Personen verteilt werden. Durch die Umverteilung der Aufgaben wird gerade ersichtlich, dass die Stelle des Beschwerdeführers nicht weitergeführt wurde. Auch der vom Beschwerdeführer angeführte Umstand, dass die Fachkanzlei bereits wieder aufgelöst sein soll, spricht nicht gegen den Kausalzusammenhang zwischen der Reorganisationsmassnahme des Aufbaus einer Fachkanzlei und dem Wegfall der Stelle des Beschwerdeführers. Die Organisationsstruktur der B._____ befindet sich seit Jahren im Wandel. Dabei ist es nicht ungewöhnlich, dass geänderte Strukturen nach kurzer Zeit wieder geändert werden.

Im Übrigen kann dem Beschwerdeführer nicht darin gefolgt werden, dass die Kündigung wegen Differenzen zwischen ihm und seinen Vorgesetzten unrechtmässig sein soll. Erstens vermögen die Ausführungen des Beschwerdeführers zu den zeitlichen Abläufen der Stellenbesetzung für die Funktion des Leiters Y._____ durch Herrn D._____ nicht zu

belegen, dass Differenzen der wahre Grund der Kündigung gewesen sind. Zweitens ist zu berücksichtigen, dass in einer Situation wie der vorliegenden, in der sich übrigens beide Parteien fair und korrekt verhalten haben, gewöhnlich Unstimmigkeiten auftreten. Das allein macht jedoch eine aus wirtschaftlichen oder betrieblichen Gründen erfolgte Kündigung nicht unrechtmässig.

Zum vom Beschwerdeführer bestrittenen Kausalzusammenhang zwischen den Reorganisationen der B. _____ und dem Wegfall seiner Stelle ist daher Folgendes festzuhalten: Es ist zwar wünschenswert, dass bei einer Reorganisation, anders als im vorliegenden Fall, allen betroffenen Arbeitnehmern von Anfang an das Reorganisationskonzept kommuniziert wird, woraus für den Arbeitnehmer ersichtlich ist, wie sich die Reorganisation auf die eigene Stelle auswirken wird. Auf diese Weise wäre der Kausalzusammenhang zwischen Reorganisation und Wegfall einer Stelle auch für den Arbeitnehmer von Anfang an nachvollziehbar. Dies ist zwar im vorliegenden Fall nicht zuletzt auch wegen der Unmöglichkeit der voraussehbaren Entwicklungen im Falle von vielen aufeinander folgenden Reorganisationsprojekten nicht geschehen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass hier tatsächlich ein Kausalzusammenhang zwischen den Reorganisationen und dem Wegfall der Aufgaben bzw. der Stelle des Beschwerdeführers gegeben ist. Die Voraussetzung von Art. 12 Abs. 6 Bst. E BPG, erster Satzteil, ist demnach erfüllt.

6.

Es ist folglich weiter zu prüfen, ob die zweite Voraussetzung von Art. 12 Abs. 6 Bst. e BPG – die fehlende Möglichkeit, dem Beschwerdeführer eine zumutbare Arbeit anzubieten – erfüllt ist. Dabei sind verschiedene Rechtsnormen zu beachten.

6.1. Art. 19 Abs. 1 BPG sieht vor, dass die Arbeitgeberin alle sinnvollen Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung auszuschöpfen hat, bevor sie Angestellten ohne deren Verschulden kündigt. Nach Art. 31 Abs. 3 BPG können die Ausführungsbestimmungen Massnahmen und Leistungen zur Milderung der Folgen sozialer Härten vorsehen.

In Art. 104 BPV hat der Bundesrat Massnahmen für die sozialverträgliche Umsetzung von Umstrukturierungen definiert. Gegenüber der Auflösung des Arbeitsverhältnisses haben nach dieser Bestimmung folgende Massnahmen Vorrang (Art. 104 Abs. 2 BPV): Die Weiterbeschäftigung

der Angestellten auf einer anderen Stelle bei einem Arbeitgeber nach Art. 3 BPG (Bst. a), die Vermittlung von Stellen ausserhalb der Bundesverwaltung an von der Entlassung bedrohte Angestellte (Bst. b), die Umschulung und Weiterbildung (Bst. c) sowie die vorzeitige Pensionierung (Bst. d). Die Angestellten unterstützen die Bemühungen der Arbeitgeberin. Sie arbeiten aktiv an den eingeleiteten Massnahmen mit und entwickeln Eigeninitiative, insbesondere bei der Suche nach einer neuen Anstellung (Art. 104 Abs. 4 BPV).

Gemäss dem Sozialplan der Bundesverwaltung (Stand: 1. Februar 2005, www.epa.admin.ch, nachfolgend Sozialplan) sind die Bundeskanzlei und die Departemente gehalten, zur Durchsetzung der in Artikel 104 Abs. 1 und 2 BPV festgehaltenen Grundsätze bei der Besetzung vakanter Stellen geeigneten internen Bewerbern und Bewerberinnen aus der Bundesverwaltung den Vorzug zu geben (Ziff. 4.1 des Sozialplans).

Bei einem Stellenabbau in der Bundesverwaltung im Rahmen von Entlastungsprogrammen und Reorganisationen findet auch die Reorganisationsverordnung Anwendung (vgl. Art. 1 Abs. 1 und 2 der Reorganisationsverordnung). Gemäss Art. 4 Abs. 1 dieser Verordnung müssen Angestellte, die voraussichtlich nicht mehr in der Verwaltungseinheit beschäftigt werden können, spätestens sechs Monate vor einer allfälligen Kündigung schriftlich darüber informiert werden. Die Verwaltungseinheit schliesst mit der angestellten Person eine Vereinbarung ab. Darin verpflichtet sich die angestellte Person, aktiv an der Suche nach einer Stelle mitzuwirken und eine zumutbare andere Arbeit anzunehmen. Der Arbeitgeber verpflichtet sich, das Möglichste zu tun, um der angestellten Person innerhalb oder gegebenenfalls ausserhalb der Bundesverwaltung eine zumutbare andere Arbeit zu vermitteln und wenn möglich eine Kündigung zu vermeiden (Art. 4 Abs. 2 der Reorganisationsverordnung). Nach Abschluss der Vereinbarung wird die angestellte Person in einer Job-Datenbank erfasst. Die Arbeitgeberin, unterstützt durch das Job-Center (Art. 6 der Reorganisationsverordnung), und die angestellte Person suchen intensiv nach einer internen oder externen Stelle (Art. 4 Abs. 4 der Reorganisationsverordnung). Gemäss Art. 4 Abs. 7 der Reorganisationsverordnung wird das Arbeitsverhältnis aus Gründen nach Art. 12 Abs. 6 Bst. e BPG aufgelöst, wenn innerhalb von sechs Monaten nach Unterzeichnung der Vereinbarung keine andere zumutbare Stelle gefunden werden konnte.

6.2. Der Beschwerdeführer bestreitet, dass die Vorinstanz das Möglichste getan hat, um ihm inner- oder ausserhalb der Bundesverwaltung eine zumutbare andere Arbeit zu vermitteln. Er macht geltend, die B._____ habe neue – und für den Beschwerdeführer zumutbare – Stellen an neue Mitarbeitende vergeben, ohne sie vorher dem Beschwerdeführer anzubieten. So hätte dem Beschwerdeführer mit seiner kaufmännischen Ausbildung ohne weiteres eine Stelle in der neuen Fachkanzlei angeboten werden können. Die B._____ habe keine Weiterbeschäftigung nach Art. 104 Abs. 2 Bst. a BPV offeriert, sondern die Massnahme nach Art. 104 Abs. 2 Bst. b eingeleitet. Dabei hätten die Verantwortlichen der B._____ wissen müssen, dass ein solches Unterfangen bei einem 58-jährigen Mann auf dem freien Arbeitsmarkt hoffnungslos sein würde. Einer Umschulung oder Weiterbildung (Bst. c) im Rahmen der möglichen Weiterbeschäftigung hätte es gar nicht erst bedurft. Deshalb sei auch diese Massnahme einfach unterschlagen worden. Die B._____ habe somit aus der Anzahl der Massnahmen nach Art. 104 BPV einzig und allein jene ausgewählt, die von vornherein aussichtslos gewesen sei (nämlich Bst. b).

6.3. Die Vorinstanz hält dem entgegen, wie aus den Vorakten und der angefochtenen Verfügung hervorgehe, hätten für den Beschwerdeführer keine Aufgaben gefunden werden können. Die B._____ habe immer wieder versucht, neue Aufgabenbereiche für den Beschwerdeführer zu suchen und habe demzufolge die Stellenbeschriebe immer wieder angepasst. Dass für den Beschwerdeführer keine Aufgaben mehr hätten gefunden werden können, habe sich erst Mitte 2009 gezeigt. Bezüglich der Fachkanzlei, welche im Laufe des Jahres 2008 aufgebaut worden sei, sei darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer aktiv in die Reorganisation einbezogen worden sei. Zu diesem Zeitpunkt seien mit dem Beschwerdeführer andere Aufgaben geprüft worden, weshalb kein Anlass bestanden habe, ihn in die Fachkanzlei zu versetzen. Dass in der Fachkanzlei eine vakante Stelle bestanden haben soll, sei zudem nie geltend gemacht worden.

In der Tatsache, dass die B._____ dem Beschwerdeführer während der vereinbarten sechsmonatigen Frist keine Stelle angeboten hat, ist keine Verletzung der Arbeitgeberverpflichtungen zu sehen. Die Pflicht, dass der öffentliche Arbeitgeber dem Angestellten eine zumutbare Arbeit anbieten muss, besteht nur insoweit, als eine geeignete Stelle überhaupt existiert. Der Beschwerdeführer hat keinen Anspruch darauf, dass eine frei gewordene Stelle automatisch durch ihn besetzt wird. Vielmehr liegt

die Beantwortung der Frage, ob jemand für eine offene Stelle geeignet ist oder nicht, im Ermessen des (potentiellen) Arbeitgebers (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_361/2007 vom 17. Juni 2008 E. 5, Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2737/2007 vom 25. September 2007 E. 4.3 und A-5455/2007 vom 11. Juni 2008 E. 5.4). Bei der Überprüfung derartiger Ermessensfragen auferlegen sich die Beschwerdeinstanzen regelmässig Zurückhaltung. Sie entfernen sich im Zweifel nicht von der Auffassung der Vorinstanz und setzen ihr eigenes Ermessen nicht an Stelle desjenigen der Vorinstanz, soweit es um die Leistungsbeurteilung von Bediensteten des Bundes, um verwaltungsorganisatorische Fragen oder um Probleme der betriebsinternen Zusammenarbeit und des Vertrauensverhältnisses geht (vgl. hierzu Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5455/2007 vom 11. Juni 2008 E. 5.4, A-2737/2007 vom 25. September 2007 E. 4.3 sowie A-1782/2006 vom 24. Mai 2007 E. 2.4.5; vgl. auch oben E. 5.1).

Der Beschwerdeführer war seit 1999 im X._____ tätig. Gerade aufgrund dieser Tatsache war die B._____ in der Lage, das Potential und die Fähigkeiten des Beschwerdeführers einzuschätzen (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5455/2007 vom 11. Juni 2008 E. 5.4 und A-2737/2007 vom 25. September 2007 E. 4.3). Aus den Akten ergeben sich keine Hinweise auf eine offensichtlich fehlerhafte Ermessensausübung der Vorinstanz bzw. der B._____.

Zur Fachkanzlei im Besonderen ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer zur Zeit ihres Aufbaus im Laufe des Jahres 2008 noch immer für den X._____ vorgesehen war, weswegen keine Veranlassung bestand, ihm damals eine Stelle in der Fachkanzlei anzubieten (vgl. act. 135 ff.).

6.4. Wie oben ausgeführt, präzisieren die BPV und die Reorganisationsverordnung in Umsetzung der Ermächtigung von Art. 31 Abs. 3 BPG und in Konkretisierung von Art. 12 Abs. 6 Bst. e BPG und Art. 19 BPG die Massnahmen, die vom Arbeitgeber vor jeder Auflösung des Arbeitsverhältnisses getroffen werden müssen. Die Art und Weise der sowohl vom Arbeitgeber als auch vom Arbeitnehmer geforderten Mitwirkungspflicht wird jedoch weder vom Gesetz noch von den Verordnungen präzise umschrieben. Vielmehr wird nur festgehalten, beide Parteien sollten ihr Möglichstes dazu beitragen, die Kündigung zu vermeiden resp. eine geeignete (andere) Stelle zu finden (Urteile des

Bundesverwaltungsgerichts A-5455/2007 vom 11. Juni 2008 E. 5.5 und A-2737/2007 vom 25. September 2007 E. 4.5).

Den Beweis, sich genügend um eine zumutbare Stelle für den Beschwerdeführer bemüht zu haben, hat die Arbeitgeberin 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 der Arbeitgeberin unbewiesen, trägt sie die Folgen der Beweislosigkeit (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4006/2010 vom 23. November 2010 E. 2.4; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.141 und 3.149). Als Nachweis der genügenden Bemühungen, eine andere zumutbare Stelle zu vermitteln, genügt es nicht, lediglich die Erfassung des Arbeitnehmers in der Job-Datenbank in den Akten nachzuweisen. Vielmehr muss belegt sein, dass die Arbeitgeberin mit einer beschränkten Anzahl von anderen Arbeitgebern nach Art. 3 BPG Kontakt aufgenommen hat, um nach Möglichkeit eine andere zumutbare Stelle für den Arbeitnehmer zu finden.

6.5. Wie sich aus den Akten ergibt, traf die Arbeitgeberin in diesem Fall die folgenden Massnahmen: Bereits im April 2009 wurden für den Beschwerdeführer neue Aufgaben gesucht (Mailverkehr act. 39 ff.). Anlässlich des Gesprächs vom 17. Juli 2009 zwischen der B._____ und dem Beschwerdeführer wurde dieser darüber informiert, dass seine Stelle aufgrund der Reorganisationen im Bereich Y._____ per 1. September 2009 aufgehoben werden muss (act. 293 ff.). Schliesslich schloss die B._____ mit dem Beschwerdeführer 6 Monate vor der Kündigung, nämlich im Dezember 2009, eine Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 2 Reorganisationsverordnung ab (act. 276) und der Beschwerdeführer wurde, wie in Art. 4 Abs. 4 Reorganisationsverordnung vorgeschrieben, unbestrittenermassen korrekt in der Job-Datenbank der Bundesverwaltung erfasst. Ausserdem unterzeichnete die B._____ im Januar 2010 einen Outplacement-Vertrag bei der Firma G._____ (act. 208), um dem Beschwerdeführer auch ausserhalb der Bundesverwaltung bei der Jobsuche behilflich zu sein. Dem Beschwerdeführer wurde zudem gemäss der Vereinbarung vom Dezember 2009 ein Kurs "Kollegiales Coaching" finanziert. Darüber hinaus gibt es jedoch keinerlei Hinweis in den Akten, dass die

Arbeitgeberin mit anderen Arbeitgebern nach Art. 3 BPG Kontakt aufgenommen hat, um für den Beschwerdeführer eine andere zumutbare Stelle zu finden.

6.6. Angesichts dieser Umstände ist festzuhalten, dass zwar die Arbeitgeberin konkrete in der Reorganisationsverordnung vorgesehene Massnahmen wie beispielsweise die Aufnahme in der Job-Datenbank getroffen hat. Es ist aber nirgends belegt, dass sie Kontakt mit andern Arbeitgebern zwecks Stellenvermittlung aufgenommen hat. Sie hat also den Nachweis, dass sie das Möglichste getan hat, um dem Beschwerdeführer eine andere zumutbare Arbeit zu vermitteln, nicht ausreichend erbracht. Es ist somit nicht erwiesen, dass dem Beschwerdeführer keine zumutbare andere Arbeit hätte angeboten werden können. Folglich sind nicht alle Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 12 Abs. 6 Bst. e BPG belegt und der entsprechende Kündigungsgrund nicht erfüllt. Die Kündigung ist daher nach Art. 12 Abs. 6 BPG nicht begründet und nichtig im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Bst. b BPG.

7.

7.1. Bei der nichtigen Kündigung nach Art. 14 Abs. 1 BPG handelt es sich dem Wesen nach um eine anfechtbare Kündigung (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-8111/2010 vom 15. April 2011 E. 5, A-5849/2009 vom 1. Juli 2010 E. 4.1 und A-621/2009 vom 20. August 2009 E. 4.1, je mit Hinweisen). Eine Kündigung, die von der Beschwerdeinstanz als in diesem Sinne nichtig beurteilt wird, beendet das Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht. Das Bundespersonalrecht sieht primär die Weiterbeschäftigung mit der bisherigen oder einer anderen zumutbaren Arbeit vor (Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG). Nur subsidiär zur Weiterbeschäftigung wird eine Entschädigung vorbehalten, nämlich für den Fall, dass die von der nichtigen Kündigung betroffene Person aus Gründen, die nicht sie zu vertreten hat, nicht bei einem Arbeitgeber nach Art. 3 BPG weiterbeschäftigt wird (Art. 14 Abs. 5 BPG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 BPG; BVGE 2009/58 E. 6.2 mit Hinweisen; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-8111/2010 vom 15. April 2011 E. 5.1, A-7826/2009 vom 23. August 2010 E. 7.4 mit Hinweisen).

7.2. Von einer Weiterbeschäftigung kann im Einzelfall abgesehen werden, wenn sich eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als unmöglich oder praktisch nicht sinnvoll erweist oder die Anordnung einer Weiterbeschäftigung aus anderen Gründen nicht als angemessen erscheint (Urteil des Bundesgerichts 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 7, BVGE 2009/58 E. 6.2 f. mit Hinweisen; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-8111/2010 vom 15. April 2011 E. 5.2, A-4006/2010 vom 23. November 2010 E. 2.3 mit Hinweisen).

7.3. Das BPG regelt nicht näher, welche Umstände eine Weiterbeschäftigung verunmöglichen könnten. Auch in der Botschaft vom 14. Dezember 1998 zum BPG finden sich dazu keine Hinweise (BBl 1999 1618 f.). Weil die Weiterbeschäftigung nach der gesetzlichen Regelung den Grundsatz und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Entschädigung die Ausnahme darstellt, darf indes nicht leichtthin von der Unmöglichkeit einer Weiterbeschäftigung ausgegangen werden. Insbesondere hängt die Beantwortung der Frage, ob eine Weiterbeschäftigung im konkreten Fall möglich ist, nicht allein von der Bereitschaft des Arbeitgebers ab, die betroffene Person weiterzubeschäftigen, denn dem Arbeitgeber kommt diesbezüglich kein Wahlrecht zu. Andererseits soll ein Arbeitgeber nicht entgegen allen Schwierigkeiten, welche sich durch eine Weiterbeschäftigung für ihn unter Umständen ergeben könnten, zur Weiterbeschäftigung verpflichtet werden (NÖTZLI, a.a.O., Rz. 384; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8111/2010 vom 15. April 2011 E. 5.3; in diesem Sinne auch Urteil des Bundesgerichts 1C_277/2007 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 (zum Ganzen BVGE 2009/58 E. 9.2 f.; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-8111/2010 vom 15. April 2011 E. 5.3, A-4006/2010 vom 23. November 2010 E. 2.3 und A-5849/2009 vom 1. Juli 2010 E. 4.3).

7.4. Da vorliegend die Vorinstanz gerade nicht nachgewiesen hat, dass der Beschwerdeführer nicht an einer anderen zumutbaren Stelle hätte beschäftigt werden können und sie auch nicht persönliche Differenzen geltend macht, weswegen eine Weiterbeschäftigung grundsätzlich

unmöglich sei, besteht gemäss dem Grundsatz von Art. 14 BPG das Arbeitsverhältnis fort.

8.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass vorliegend die Voraussetzungen von Art. 12 Abs. 6 Bst. e BPG nicht vollständig erfüllt sind, die Kündigung nach Art. 12 Abs. 6 BPG demnach nicht begründet und nichtig im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Bst. b BPG ist und das Arbeitsverhältnis fortbesteht. Die Beschwerde ist gutzuheissen und der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben. Auf die Fragen der vorzeitigen Pensionierung, des rechtlichen Gehörs und des Vertrauensschutzes braucht entsprechend nicht mehr eingegangen zu werden.

9.

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

10.

Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG ist der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Antrag hin eine Entschädigung für ihr erwachsene und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen. Wird keine Kostennote eingereicht, setzt das Gericht die Entschädigung auf Grund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). War der obsiegende Beschwerdeführer bereits im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren vertreten, ist auch der in jenem Verfahren entstandene Aufwand zu entschädigen (vgl. MOSER/ BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 4.87). Zudem ist der Aufwand im Zusammenhang mit der vorsorglichen Massnahme zu berücksichtigen. Das Anwaltshonorar wird dabei nach dem notwendigen Zeitaufwand bemessen (Art. 7 ff. VGKE). Gemäss Art. 10 Abs. 2 VGKE beträgt der Stundenansatz für anwaltliche Vertreter mindestens Fr. 200.- und höchstens Fr. 400.-. Da sich das Verfahren insgesamt weder als besonders schwierig noch umfangreich erwies, wird die Parteientschädigung auf Fr. 6'000.- (inkl. Mehrwertsteuer) festgesetzt und der Vorinstanz zur Bezahlung auferlegt (Art. 64 Abs. 2 VwVG i.v.m. Art. 10 und 14 VGKE). Mit diesem Ansatz gelten sowohl die üblichen Auslagen als auch der Aufwand für das vorinstanzliche Verfahren als abgegolten.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen, der angefochtene Entscheid vom 20. Dezember 2010 aufgehoben und die Nichtigkeit der Kündigung vom 29. Juni 2010 im Sinne von Art. 14 BPG festgestellt.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer für das vorinstanzliche Verfahren sowie für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 6'000.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Christoph Bandli

Beatrix Schibli

Rechtsmittelbelehrung:

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse können mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht 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 Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Bei einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit ist die Beschwerde nur zulässig, wenn sie die Gleichstellung der Geschlechter betrifft (vgl. Art. 83 Bst. g BGG).

Steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen, so ist sie innert 30 Tagen seit der Ausfertigung des angefochtenen Urteils zu erheben. Die Frist steht still vom 15. Juli 2011 bis und mit dem 15. August 2011. 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 (Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern) eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (vgl. Art. 42, 46, 48, 54 und 100 BGG).

Versand: