

ETH-Beschwerdekommision

Commission de recours interne
des écoles polytechniques fédérales

Commissione di ricorso
dei politecnici federali

Cumissiun da recurs
da las scolas politecnicas federalas

Verfahren Nr. BK 2023 35

Entscheid vom 18. April 2024

Mitwirkende:

die Kommissionsmitglieder

Barbara Gmür; Präsidentin
Yvonne Wampfler Rohrer; Vize-Präsidentin
Simone Deparis
Nils Jensen
Mathias Kaufmann
Eva Klok
Christina Spengler Walder

Juristische Sekretärin

Valentine Tschümperlin

in Sachen

Parteien

A._____

vertreten durch Nicole Schnoor, Rechtsanwältin,
Advokatur Schnoor,
Zollikerstrasse 153, 8008 Zürich,
Beschwerdeführer

gegen

**Eidgenössische Materialprüfungs- und Forschungsanstalt
(Empa),**

vertreten durch Dr. Daniel Alder, Rechtsanwalt,
Kellerhals Carrard,
Rämistrasse 5, 8024 Zürich,
Beschwerdegegnerin

Gegenstand

Ordentliche Kündigung des Anstellungsverhältnisses
(Verfügung der Empa vom 18. August 2023)

Sachverhalt:

- A. A._____ (nachfolgend: der Beschwerdeführer) wurde per 1. Oktober 2019 als «.....» bei der Eidgenössischen Materialprüfungs- und Forschungsanstalt (Empa; nachfolgend: die Beschwerdegegnerin) zu 100% angestellt (vgl. Urk. 1.3). Es wurden ihm im Laufe der Zeit zwei Teammitglieder zugewiesen (vgl. Urk. 1.2).
- B. Im Herbst 2022 kam es bei der Beschwerdegegnerin zu einer Transformation der Y.- Abteilung. Die ursprünglich sieben Teams wurden neu in drei Einheiten reorganisiert (vgl. Urk. 5.4, Urk. 19.1).
- C. Am 14. Juni 2023 schlug die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer eine einvernehmliche Trennung im Rahmen einer Aufhebungsvereinbarung vor (Urk. 1.9, Urk. 1.10). Diese lehnte er am 30. Juni 2023 ab (Urk. 1.12).
- D. Die Beschwerdegegnerin liess dem Beschwerdeführer am 14. Juli 2023 einen Verfügungsentwurf bzgl. ordentlicher Kündigung zukommen (Urk. 1.13, Urk. 1.14). Der Beschwerdeführer nahm am 31. Juli 2023 Stellung dazu (Urk. 1.15). Am 18. August 2023 wurde die ordentliche Kündigung verfügt (Urk. 1.2).
- E. Dagegen erhob der Beschwerdeführer am 18. September 2023 Beschwerde (Urk. 1 samt Beilagen, Urk. 1.1 – Urk. 1.24) bei der ETH-Beschwerdekommision (nachfolgend: die ETH-BK). Er stellte folgende Anträge:
- « 1. Es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und dem Beschwerdeführer eine Entschädigung gemäss Art. 34b Abs. 1 lit. a BPG wegen sachlich nicht gerechtfertigter Kündigung in der Höhe eines Jahreslohnes zu bezahlen.
 2. Es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und dem Beschwerdeführer eine Entschädigung gemäss Art. 19 Abs. 3 BPG wegen unverschuldet erfolgter Kündigung in der Höhe eines Jahreslohnes zu bezahlen.
 3. Es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und dem Beschwerdeführer eine Entschädigung gemäss Art. 34c Abs. 2 BPG infolge Missbräuchlichkeit der Kündigung gemäss Art. 336 OR in der Höhe eines Jahreslohnes zu bezahlen.

4. *Es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und dem Beschwerdeführer eine Outplacement-Beratung gemäss Art. 19 Abs. 2 BPG im Betrag von CHF 30'000.00 zu bezahlen.*

5. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zulasten der Beschwerdegegnerin.»*

- F. Die Beschwerdegegnerin reichte am 3. November 2023 eine Beschwerdeantwort (Urk. 5 samt Beilagen, Urk. 5.1 – Urk. 5.7) ein. Sie beantragte, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten des Beschwerdeführers, die vollumfängliche Abweisung der Rechtsbegehren des Beschwerdeführers, soweit darauf einzutreten sei.
- G. Auf Antrag des Beschwerdeführers verlangte die ETH-BK mit Verfügung vom 5. Dezember 2023 (Urk. 9), bzw. vom 13. Dezember 2023 (Urk. 11), von der Beschwerdegegnerin sein Personaldossier. Die Beschwerdegegnerin kam dieser Aufforderung fristgerecht mit elektronischer Eingabe vom 14. Dezember 2023 nach (Urk. 12, Urk. 12.1 – Urk. 12.65).
- H. Der Beschwerdeführer replizierte am 23. Januar 2024 (Urk. 15 samt Beilagen, Urk. 15.1 – Urk. 15.6) und hielt an seinen Anträgen fest.
- I. Die Beschwerdegegnerin reichte am 15. März 2024 eine Duplik ein (Urk. 19 samt Beilage, Urk. 19.1) und hielt an ihren Rechtsbegehren fest.
- J. Mit Verfügung vom 19. März 2024 (Urk. 20) wurde dem Beschwerdeführer die Duplik zur Kenntnis gebracht.
- K. Am 2. April 2024 reichte der Beschwerdeführer eine Honorarnote ein (Urk. 21, Urk. 21.1 – Urk. 21.3).

In der Folge gingen keine weiteren Eingaben mehr ein. Auf den Inhalt der Eingaben der Parteien wird, soweit entscheidungswesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Die ETH-Beschwerdekommision zieht in Erwägung:

1. Gemäss Art. 37 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH-Gesetz; SR 414.110) beurteilt die ETH-BK Beschwerden gegen Verfügungen der ETH und der Forschungsanstalten.
Der angefochtene Akt (Urk. 1.2) ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021). Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerde gegen diese Verfügung legitimiert, da er als Adressat derselben durch sie berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist einzutreten.
2. Die ETH-BK prüft die bei ihr anfechtbaren Verfügungen mit folgender Kognition: Neben der Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch von Ermessen (Art. 49 Bst. a VwVG), kann auch die unrichtige bzw. unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) sowie die Rüge der Unangemessenheit (Art. 49 Bst. c VwVG) geltend gemacht werden. Die ETH-BK hat nicht nur zu beurteilen, ob die Vorinstanz die Rechtsregeln beachtet, sondern auch, ob sie eine dem Sachverhalt adäquate Lösung getroffen hat.
3. Die ETH-BK stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Untersuchungsgrundsatz, Art. 12 VwVG) und wendet das Bundesrecht von Amtes wegen an. Sie ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG nicht an die Begründung der Begehren gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen (vgl. MOOR/POLTIER, *Droit administratif*, Band II, 3. Aufl. 2011, Rz. 2.2.6.5; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 3. Aufl. 2022, Rz. 2.165). Sie beschränkt sich in der Regel jedoch auf die Überprüfung der vorgebrachten Rügen. Von den Verfahrensbeteiligten nicht aufgeworfene Rechtsfragen werden nur geprüft, wenn hierzu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichender Anlass besteht (vgl. BGE 119 V 347 E. 1a; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4098/2021 vom 19. Dezember 2021 E. 2.1).

4. Streitig und zu prüfen ist, ob die ordentliche Kündigung vom 18. August 2023 rechtmässig erfolgt ist.
5. Vorab ist die formelle Rüge des Beschwerdeführers bzgl. Verletzung des rechtlichen Gehörs zu behandeln.
 - 5.1. Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerde vom 18. September 2023 (Urk. 1, Rz. 13 f. und 34) und seiner Replik vom 23. Januar 2024 (Urk. 15, Rz. 15 f.) geltend, dass die Beschwerdegegnerin den Kündigungsentscheid schon vor seiner Anhörung gefasst habe. Sie habe ihm *pro forma* die Gelegenheit gegeben, Stellung zu nehmen, habe sich jedoch nicht mit seinen Vorbringen auseinandergesetzt. Sie schildere den Sachverhalt einseitig und begründe die Kündigung mit unsubstantiierten Vorwürfen. Es liege insbesondere keine unbestrittene Vorgeschichte vor und seine angeblich nicht gegebene Eignung sei nicht erstellt. Dieser Verfahrensmangel führe zur Anfechtbarkeit der Verfügung und müsse im Rahmen der festzusetzenden Entschädigung nach Art. 34b Abs. 1 Bst. a des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2022 (BPG; SR 172.220.1) berücksichtigt werden.
 - 5.2. Die Beschwerdegegnerin entgegnet in ihrer Beschwerdeantwort vom 3. November 2023 (Urk. 5, Rz. 17 f.) und ihrer Duplik vom 15. März 2024 (Urk. 19, Rz. 10), dass sie die Kündigungsgründe in ihrem Verfügungsentwurf vom 14. Juli 2023 (Urk. 1.14) über mehrere Seiten in sachlicher Weise zusammengestellt habe und der Beschwerdeführer sich dazu habe äussern können. Der Beschwerdeführer verkenne, dass nicht seine fachtechnische Leistung im bisherigen Stellenbeschrieb in Frage gestellt werde, sondern seine Eignung für Führungsaufgaben im Kontext der neuen Organisation. Seine Kritikpunkte seien deshalb unbegründet und hätten zu keinen Änderungen oder Anpassungen geführt.
 - 5.3. Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Der Betroffene hat das Recht, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern. Dazu gehört insbesondere das Recht, Einsicht in die

Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn es geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 147 I 433 E. 5.1). Wesentlicher Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist die Begründungspflicht. Die Begründung soll verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und dem Betroffenen ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können (BGE 149 V 156 E. 6.1; 145 III 324 E. 6.1; 133 I 270 E. 3.1). Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2).

- 5.4. Die ETH-BK stellt fest, dass die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer am 14. Juli 2023 einen Kündigungsentwurf zugestellt (Urk. 1.13) und ihm eine Frist zur Stellungnahme bis zum 31. Juli 2023 eingeräumt hat (Urk. 1.14). Der Beschwerdeführer hat diese Möglichkeit wahrgenommen und hat namentlich den Sachverhalt eingehend bestritten (Urk. 1.15). Die angefochtene Verfügung vom 18. August 2023 (Urk. 1.2) wurde entsprechend angepasst, auch wenn nur geringfügig. So werden namentlich die Bestreitungen des Beschwerdeführers erwähnt, und es wird erläutert, dass die Beschwerdegegnerin trotz Auseinandersetzung mit den vorgebrachten Kritiken an der Begründung und an der Verfügung über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses festhält. Die Tatsache, dass die Verfügung auf die Rügen des Beschwerdeführers eingeht, beweist, dass das rechtliche Gehör tatsächlich und nicht wie vom

Beschwerdeführer behauptet nur *pro forma* gewährt wurde. Dass die Verfügung materiell nicht massgeblich geändert wurde, ist irrelevant. Die ETH-BK erkennt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Selbst wenn eine Verletzung des rechtlichen Gehörs erfolgt sein sollte, so wäre diese mit dem vorliegenden Verfahren geheilt, da die ETH-BK über volle Kognition verfügt und der Beschwerdeführer sich in seinen Eingaben umfassend zur Sache äussern konnte. Die Rüge ist folglich unbegründet.

6. Materiell bestreitet der Beschwerdeführer einerseits das Vorliegen sachlich hinreichender Gründe (vgl. Urk. 1, Rz. 21 ff.) und verlangt deshalb eine Entschädigung gestützt auf Art. 34b Abs. 1 Bst. a BPG (Antrag 1; Urk. 1, Rz. 32 ff.). Er macht andererseits geltend, dass die Kündigung wegen Verletzung der Fürsorgepflicht der Beschwerdegegnerin missbräuchlich i.S.v. Art. 336 des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220) sei und beantragt aus diesem Grund eine Entschädigung gemäss Art. 34c Abs. 2 BPG (Antrag 3; Urk. 1, Rz. 38 ff.). Wie vom Bundesverwaltungsgericht festgehalten (Urteil des Bundesverwaltungsgericht A-3006/2017 vom 4. Dezember 2018 E. 5 ff), sind die Ansprüche gemäss Art. 34b Abs. 1 Bst. a und Art. 34c Abs. 2 BPG nicht kumulativ zuzusprechen, sondern alternativ. Aus dem Wortlaut beider Bestimmungen und aus der Botschaft geht zwar nicht ausdrücklich hervor, wie die Anwendung der Normen zu koordinieren ist, doch die Gesetzessystematik regelt die Rechtsfolgen einer ungültigen bzw. sachlich nicht gerechtfertigten und einer missbräuchlichen Kündigung neu getrennt. Es gibt kein Hinweis dafür, dass der Gesetzgeber zwei selbständige und unabhängig voneinander bestehende Entschädigungsansprüche einführen wollte. Aus diesem Grund wird die ETH-BK zuerst prüfen, ob die Kündigung aus sachlich hinreichenden Gründen erfolgte (vgl. E. 7 ff. nachfolgend). In einem zweiten Schritt wird sie die Frage beantworten, ob die Kündigung missbräuchlich war (vgl. E. 8 ff. nachfolgend). Anschliessend wird sie die Anträge des Beschwerdeführers auf Entschädigung gemäss Art. 19 Abs. 3 BPG und Auszahlung einer Outplacement-Beratung nach Art. 19 Abs. 2 BPG beurteilen (vgl. E. 9 ff. nachfolgend). Gemäss Bundesverwaltungsgericht sind diese Entschädigungen nämlich kumulativ und sie können auch zusätzlich zu einer Entschädigung nach Art.

34b Abs. 1 BPG zugesprochen werden (BVGE 2016/11 E. 12; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5046/2014 vom 20. März 2015 E. 7.6.2). Sie sollen auch mit dem Anspruch aus Art. 34c Abs. 2 BPG kumulierbar sein (WYLER/BRIGUET, *La fin des rapports de travail dans la fonction publique*, 2017, p. 105).

7. Gemäss Art. 10 Abs. 3 BPG kann der Arbeitgeber das unbefristete Arbeitsverhältnis aus sachlich hinreichenden Gründen ordentlich kündigen, insbesondere wegen Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten (Bst. a), Mängeln in der Leistung oder im Verhalten (Bst. b), mangelnder Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten (Bst. c), mangelnder Bereitschaft zur Verrichtung zumutbarer anderer Arbeit (Bst. d), schwerwiegenden wirtschaftlichen oder betrieblichen Gründen, sofern der Arbeitgeber der angestellten Person keine zumutbare andere Arbeit anbieten kann (Bst. e) und Wegfalls einer gesetzlichen oder vertraglichen Anstellungsbedingung (Bst. f). Fehlen sachlich hinreichende Gründe für die ordentliche Kündigung, so heisst die Beschwerdeinstanz die Beschwerde gut und spricht dem Beschwerdeführer eine Entschädigung zu, sofern sie die Sache nicht ausnahmsweise an die Vorinstanz zurückweist (Art. 34 Abs. 1 Bst. a BPG). Diese Entschädigung wird von der Beschwerdeinstanz unter Würdigung aller Umstände festgelegt. Sie beträgt in der Regel mindestens sechs Monatslöhne und höchstens einen Jahreslohn (Art. 34b Abs. 2 BPG).
- 7.1. Die strittige Auflösung des Arbeitsverhältnisses wird zuerst gestützt auf Art. 10 Abs. 3 Bst. b BPG begründet. Es ist demnach zu untersuchen, ob Mängel in der Leistung oder im Verhalten des Beschwerdeführers vorlagen, welche die Kündigung rechtfertigten.
- 7.1.1. Der Beschwerdeführer rügt in seiner Beschwerde vom 18. September 2023 (Urk. 1, Rz. 15 f. und 26 f.) und seiner Replik vom 23. Januar 2024 (Urk. 15, Rz. 9 und 19 ff.), dass ihm keine Pflichtverletzungen oder Verhaltensmängel bekannt seien. Die Beschwerdegegnerin zeige in der angefochtenen Verfügung nicht konkret auf, was sie wann und in welcher Form bemängelt habe. Dem Zwischenzeugnis sei ebenso wenig zu entnehmen, dass seine Arbeitsleistungen oder sein Verhalten zu irgendwelchen Beanstandungen Anlass gegeben hätten. Die Zusammenarbeit in seinem Team sei

namentlich kooperativ und unterstützend abgelaufen. Trotz seiner Mehrarbeit und vollen Auslastung mit der Betriebs- und Projektarbeit und seines faktischen Ausschlusses aus der Transformation aus ihm unbekanntem Gründen habe er die geforderten Informationen zur Verfügung gestellt. Eine ausdrückliche, als solche bezeichnete, schriftliche Mahnung der Beschwerdegegnerin sei unterblieben, obwohl sie eine Rüge- und Warnfunktion habe und nicht von vornherein aussichtslos gewesen wäre. Die Beschwerdegegnerin handle widersprüchlich, indem sie keine vergangenen Verfehlungen rüge und doch gleichzeitig vorbestehende Führungsdefizite erwähne. Sie begründe Letztere zudem anhand eines Berichts, der erst im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens eingeholt worden sei, und obwohl das Coaching die Beschleunigung seiner Aufstockung als Teamleiter als Ziel gehabt habe. Die Vorwürfe stellten allgemein nur Mutmassungen in Bezug auf die neuen Strukturen und Aufgaben dar.

- 7.1.2. Die Beschwerdegegnerin entgegnet in ihrer Beschwerdeantwort vom 3. November 2023 (Urk. 5, Rz. 19 ff.) und ihrer Duplik vom 15. März 2024 (Urk. 19, Rz. 5 und 7 f.), dass sie ihm keine vergangenen Verfehlungen vorwerfe. Grund für die Kündigung sei, dass er auf das infolge der Neuorganisation der Y.-Abteilung überwiegend führungslastige Anforderungsprofil nicht mehr passe, das bisher technisch orientiert gewesen sei. Der Beschwerdeführer sei sich über seine in der Vergangenheit festgestellten Defizite in den Führungsfähigkeiten bewusst gewesen und habe sie zugestanden. Eine vorgängige Mahnung oder gar Verwarnung sei deshalb weder notwendig noch zielführend gewesen. Das doch als Mahnung angeordnete Coaching sei eine zumutbare und verhältnismässige Unterstützungs- und Fördermassnahme gewesen, die sich als nicht erfolgreich erwiesen habe. Der Bericht des beauftragten externen Coaches habe nämlich aufgezeigt, dass der Beschwerdeführer den neuen Anforderungen, auch zu seinem eigenen Schutz vor Überforderungen, nicht zu genügen vermöge. Der Beschwerdeführer habe sich zudem mit der Neuausrichtung der Y.-Abteilung und der sich dabei abzeichnenden Änderungen im Stellenprofil schwergetan. So habe er bei der Informationseinholung durch das externe Z.-Projektteam seine Alternativvorstellungen über die Transformation anbringen wollen. Seine Kritik an der neuen Strategie belege,

dass er diese weder in inhaltlicher Hinsicht noch im Führungsanspruch zu tragen und zu übernehmen bereit gewesen sei. Es könne deshalb nicht von blossen Mutmassungen die Rede sein.

7.1.3. Als mangelhaftes Verhalten im Sinne von Art. 10 Abs. 3 Bst. b BPG, das keine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 10 Abs. 3 Bst. a BPG darstellt, kommen z.B. ungebührliches oder aufmüpfiges Benehmen, mangelnde Verantwortungsbereitschaft, fehlende Teamfähigkeit, fehlender Wille zur Zusammenarbeit, Dynamik oder Integration in Frage. Im Gegensatz zur Arbeitsleistung, deren Beurteilung weitgehend nach objektiven Kriterien vorgenommen werden kann, wird das Verhalten eines Mitarbeitenden durch die subjektive Einschätzung der beurteilenden Person qualifiziert, was die Gefahr einer willkürlichen Kündigung steigert. Die Mängel im Verhalten des betreffenden Mitarbeitenden müssen für Dritte nachvollziehbar sein. Durch diese objektivierte Betrachtungsweise wird sichergestellt, dass bei Kündigungen infolge von Konflikten die Ursachen der Spannungen näher betrachtet werden. Das Verhalten des Mitarbeitenden muss zu einer Störung des Betriebsablaufs führen oder das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und seinen Vorgesetzten erschüttern. Einer Kündigung gestützt auf Art. 10 Abs. 3 Bst. a und b BPG hat grundsätzlich eine vorgängige Mahnung voranzugehen. Sie ist nach dem Willen des Gesetzgebers dann erforderlich, wenn sie grundsätzlich geeignet ist, eine Änderung des Verhaltens der angestellten Person herbeizuführen. Auf eine Mahnung kann nur dann verzichtet werden, wenn diese von vornherein aussichtslos erscheint oder das Vertrauensverhältnis bereits unwiederbringlich zerstört ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1314/2020 vom 8. Juni 2020 E. 5.3.1 ff. m.w.H.).

7.1.4. Die Beschwerdegegnerin gibt in der angefochtenen Verfügung an, dass der Beschwerdeführer trotz mehrmaligem Nachfragen nicht in der Lage gewesen sei, dem Transformationsteam einen Überblick über die laufenden Projekte und eine grobe Einschätzung des Auslastungsgrads des Teams zu erstellen (Urk. 1.2, S. 1, Z. 14 ff.). Es werden auch gravierende Akzeptanzprobleme in der Personalführung infolge mangelhaften Führungsverhaltens und unangemessener Kommunikation erwähnt (Urk.

1.2, S. 2, Z. 17 ff.). Diese Behauptungen sind jedoch nirgendwo im Personaldossier zu finden und werden vom Beschwerdeführer überzeugend widerlegt (Urk. 1, Rz. 15 f.; Urk. 5, Rz. 8). Die ETH-BK stellt zudem fest, dass das Zwischenzeugnis vom 30. Juni 2023 (Urk. 1.17) auf keine Mängel in der Leistung, im Verhalten oder in den Führungsfähigkeiten des Beschwerdeführers hindeutet. Im Gegenteil werden diese Aspekte eher gelobt. So wird hervorgehoben, dass der Beschwerdeführer *«die qualitativen und quantitativen Vorgaben einwandfrei [erfüllt]. Wir sind mit seinen Leistungen sehr zufrieden. (...) Herr A._____ verhält sich seinen Mitarbeitenden gegenüber offen und kollegial. Er versteht es, sich mit seinem Führungsverständnis durchzusetzen. Er delegiert Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortung zielgerecht und setzt seine Mitarbeitenden ihren Fähigkeiten entsprechend ein. Sein Wissen und Können vermittelt er geschickt, klar und verständlich. Das Potenzial seiner Mitarbeitenden fördert er gezielt, würdigt ihre Leistungen und gibt ihnen regelmässig konstruktives Feedback»*. Dieses Zwischenzeugnis wurde etwa zum selben Zeitpunkt wie die vorgeschlagene Auflösungsvereinbarung erstellt, welche die Neuorientierung des Beschwerdeführers unterstützen sollte (vgl. Urk. 1.9, Urk. 1.10 und Urk. 1.12). Es mag deshalb möglicherweise besonders wohlwollend formuliert worden sein. Dennoch gelten für Arbeitszeugnisse nebst dem Grundsatz des Wohlwollens auch diejenigen der Wahrheit, Klarheit und Vollständigkeit, wobei der Grundsatz der Wahrheit dem Grundsatz des Wohlwollens grundsätzlich vorgeht (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5819/2016 vom 22. November 2017 E. 7.3.4). Die ETH-BK vertraut entsprechend darauf, dass die Beschwerdegegnerin am 30. Juni 2023 keine ernsthaften Beanstandungen bzgl. der Leistungen, des Verhaltens und der Führungskompetenzen des Beschwerdeführers hatte, die im Zwischenzeugnis erwähnenswert gewesen wären. Sie kann deshalb nicht nachvollziehen, dass gerade solche Mängel als sachlich hinreichende Gründe für die ordentliche Kündigung angerufen werden.

Zudem wurde der Beschwerdeführer in Bezug auf seine angeblichen Defizite in Führungsaufgaben trotz der Entgegnungen der Beschwerdegegnerin nicht gemahnt. An der Weiterbildung Leadership in Science der FHNW haben nebst dem Beschwerdeführer zwölf Angestellte der Beschwerdegegnerin teilgenommen (vgl. Urk. 12.54), sodass diese CAS-Ausbildung nicht als individuelle Massnahme und erst recht

nicht als Mahnung gedeutet werden kann. Der Beschwerdeführer bekam zusätzlich ab Beginn 2021 ein individuelles Coaching von Dr. B._____ (vgl. Urk. 5.7). Dieses wurde jedoch lediglich zur Beschleunigung seines Aufstiegs als Teamleiter angeordnet (vgl. Urk. 5.6). Aus dem Personaldossier lässt sich jedenfalls nichts anderes entnehmen. Der Bericht von Dr. B._____ vom 18. Oktober 2023 (Urk. 5.7), welcher davon abrät, dem Beschwerdeführer grössere Führungsaufgaben mit einer höheren Mitarbeiterzahl zu übertragen, wurde überdies tatsächlich erst im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens eingeholt und hat deshalb nicht als Grundlage für die Kündigung dienen können.

Die Rügen des Beschwerdeführers sind in diesem Punkt begründet.

- 7.2. Die Kündigung wurde auch in Anwendung von Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG ausgesprochen. Es ist deshalb zu prüfen, ob der Beschwerdeführer eine mangelnde Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft aufwies, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten.
- 7.2.1. Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerde vom 18. September 2023 (Urk. 1, Rz. 28 ff.) und seiner Replik vom 23. Januar 2024 (Urk. 15, Rz. 10 und 20 f.) geltend, dass er nicht arbeitsunfähig und durchaus in der Lage sei, die ihm übertragenen Arbeiten auszuführen. Die Beschwerdegegnerin habe nie angegeben und gebe immer noch nicht an, welche neuen Anforderungen es zu überwinden gäbe und weshalb er dazu nicht geeignet sei. Sie stütze diese insoweit nur auf Hypothesen. Sie habe ihm auch keine Unterstützungsleistungen oder Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses angeboten, obwohl sie vor einer Kündigung wegen Untauglichkeit dazu verpflichtet sei. Das Coaching und die Führungsausbildung stünden insbesondere nicht im Zusammenhang mit den Transformationen, denn zum Zeitpunkt ihres Ergreifens sei die Zusammenlegung der Teams noch nicht bekannt gewesen. Die Beschwerdegegnerin widerspreche sich schliesslich, indem sie einerseits versichere, dass seine bisherigen Leistungen keinen Anlass zur Kritik gegeben hätten und andererseits ausführt, dass Defizite in seinen Führungsfähigkeiten bereits in der Vergangenheit festgestellt worden seien.

- 7.2.2. Die Beschwerdegegnerin erwidert in ihrer Replik vom 3. November 2023 (Urk. 5, Rz. 21 ff.) und ihrer Duplik vom 15. März 2024 (Urk. 19, Rz. 8, 11 und 13 f.), dass der Beschwerdeführer in der Vergangenheit erkennbare Defizite in den Fähigkeiten zur Führung gezeigt habe. Sie habe ihn im Hinblick auf das neue führungslastige Anforderungsprofil hin unterstützen und fördern wollen und habe deshalb ein finanziertes Ausbildungsprogramm an der FHNW und ein lang angelegtes Coaching als zumutbare und verhältnismässige Massnahmen organisiert. Diese Massnahmen seien jedoch nach externer Beurteilung nicht erfolgreich gewesen. Der Bericht des beauftragten externen Coaches habe nämlich ergeben, dass der Beschwerdeführer den neuen Anforderungen, auch zu seinem eigenen Schutz vor Überforderung, nicht zu genügen vermöge. Es stehe mithin fest und sei ausreichend dokumentiert, dass der Beschwerdeführer für die neuen Aufgaben sowie die Teamleitung im Rahmen der neu ausgerichteten Y.-Abteilung nicht genügend geeignet sei. Sie habe deshalb nach dem Scheitern der Unterstützungs- und Fördermassnahmen die ordentliche Kündigung erwägen müssen.
- 7.2.3. Laut BVGE 2016/11 E. 7.1 ff. (m.w.H.) fallen unter den Begriff der fehlenden Eignung beziehungsweise Tauglichkeit gemäss Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG all jene Gründe, die mit der Person der Arbeitnehmerin in Zusammenhang stehen und sie nicht oder nur ungenügend in die Lage versetzen, die vereinbarte Arbeit zu leisten. Gesundheitliche Probleme, ungenügende Fachkompetenz, fehlende Integration und Dynamik sowie mangelnde Intelligenz sind deutliche Indizien einer bestehenden Untauglichkeit oder Ungeeignetheit. Die mangelnde Eignung ist ein objektiver, nicht von der angestellten Person verschuldeter Hinderungsgrund, der nicht leichthin angenommen werden darf – wurde die Arbeitnehmerin doch im Hinblick auf eine spezifische Tätigkeit, für welche sie entsprechende Voraussetzungen mitzubringen hatte, angestellt – und zunächst durch geeignete Weiterbildung oder Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses zu beheben ist. Die Leistung der Arbeitnehmerin beziehungsweise der gewählten Person ist dann mangelhaft im Sinne von Art. 10 Abs. 3 Bst. b BPG, wenn sie zur Erreichung des Arbeitserfolges nicht genügt, die Arbeitnehmerin aber keine gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten verletzt (vgl. Art. 10 Abs. 3 Bst. a BPG) und sie sich nicht als

ungeeignet beziehungsweise untauglich erweist. Die Unterscheidung der genannten Gründe ist bedeutsam, da hinsichtlich der Mahnung unterschiedliche Anforderungen bestehen. Im Fall einer Kündigung im Sinne von Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG wegen mangelnder Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft zur Verrichtung der vereinbarten Arbeit ist nur für den letztgenannten Tatbestand der «Bereitschaft» eine vorgängige Mahnung erforderlich, da es sich bei der Eignung und der Tauglichkeit um objektive Merkmale handelt, die von der angestellten Person grundsätzlich nicht beeinflusst werden können.

- 7.2.4. In der angefochtenen Verfügung ist nur von «*Mängel[n] in der [...] Eignung*» die Rede (Urk. 1.2, S. 2, Z. 21). Kritik an der Bereitschaft oder Tauglichkeit des Beschwerdeführers ist hingegen weder der Kündigung noch dem Personaldossier oder dem Zwischenzeugnis zu entnehmen. Es gilt deshalb nur zu prüfen, ob die ordentliche Kündigung wegen mangelnder Eignung des Beschwerdeführers – für die keine Mahnung erforderlich war – gerechtfertigt war.

Die ETH-BK stellt fest, dass die Fach-, Persönlichkeits-, Sozial- und Führungskompetenzen des Beschwerdeführers als «.....» in der Stellungnahme zur Probezeit vom 11. März 2020 als sehr gut erfüllt – oder gar übertroffen, was die Fachkompetenz angeht – eingeschätzt (Urk. 12.53) und auch im Zwischenzeugnis vom 30. Juni 2023 (Urk. 1.17) gelobt werden. Die Kündigung wurde allerdings nicht wegen mangelnder Eignung des Beschwerdeführers für seine bisherige Stelle als «.....» ausgesprochen. Diese Funktion ist als solche im Rahmen der Reorganisation der Y.-Abteilung verschwunden (vgl. Urk. 5.4 und Urk. 19.1). Die Eignung des Beschwerdeführers als «.....» war gemäss Personaldossier und Zwischenzeugnis unbestritten. Hingegen ist sie für die Funktion des Abteilungsleiters in der neuen Organisation der Y.-Abteilung, für welche er sich am 20. März 2023 beworben hat (Urk. 1.6, Urk. 1.7), als problematisch eingestuft worden (Urk. 1.2, S. 2, Z. 21 ff.: «*Aufgrund dieser Mängel in der [...] Eignung kann ausgeschlossen werden, dass [der Beschwerdeführer] diese neue anspruchsvollere und komplexere Führungsaufgabe des neuen Teams Applikationen übernehmen kann*»).

Es mag sein, dass der Beschwerdeführer für die neue Funktion als Abteilungsleiter nicht geeignet war. Wie von der Beschwerdegegnerin in der angefochtenen Verfügung richtigerweise hervorgehoben (vgl. Urk. 1.2, S. 2), beinhaltet die Stelle als Abteilungsleiter nämlich neu die Kommunikation mit Auftraggebern, Lieferanten und Mitgliedern anderer Teams. Dem Stellenbeschrieb ist zu entnehmen, dass sich die Stelle mit «kundenorientierten [...] Werkzeugen und -Dienstleistungen» befasst, eine «hoh[e] Sozial[kompetenz]» und die Fähigkeit, «gerne mit unterschiedlichen Partnern zusammen[zuarbeit[en]]», zudem eine «einwandfreie Kommunikation im multikulturellen Umfeld» sowie das Vertrauen «mit Client» erfordert. Schliesslich wird eine Person mit einer ausgeprägten Fähigkeit zu einer gewinnenden Kommunikation vorausgesetzt, die dazu in der Lage ist, mit den unterschiedlichsten Anspruchsgruppen zusammenzuarbeiten (Urk. 1.8). In der angefochtenen Verfügung spricht die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer gerade kommunikative und kundenorientierte Kompetenzen ab (Urk. 1.2, S. 2, Z. 11 ff.: «[Der Beschwerdeführer] verfügt nicht über eine adressatengerechte Kundenorientierung [...] seine Kompetenz, Kundenbedürfnisse richtig zu erkennen und sich auf das Wesentliche zu fokussieren [...] [sind] nicht im erforderlichen Masse vorhanden»). Auch schon der Referenzauskunft vom 13. September 2019 (Urk. 12.56) und der Mail vom 10. März 2021 (Urk. 5.6) kann entnommen werden, dass die fachlichen Kompetenzen des Beschwerdeführers seine kommunikativen Fähigkeiten übertreffen. Die Führungsschwierigkeiten des Beschwerdeführers, die aus der Mail vom 10. März 2021 (Urk. 5.6) hervorgehen und im Bericht von Dr. B._____ (Urk. 5.7) bestätigt werden, dürften gemäss der Stellenbeschreibung für die neue Stelle als Abteilungsleiter problematisch sein. Gleichwohl darf nicht übersehen werden, dass sich Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG auf die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit bezieht. Selbst wenn der Beschwerdeführer hinsichtlich der neuen Abteilungsleiter-Stelle als ungeeignet zu qualifizieren wäre, würde dieser Umstand mithin keinen hinreichenden Kündigungsgrund nach Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG darstellen. Es lag zum Zeitpunkt der Kündigung nämlich keine vertraglich vereinbarte Arbeit als Abteilungsleiter vor, für welche der Beschwerdeführer hätte ungeeignet sein können. Die Beschwerde erweist sich diesbezüglich als begründet.

- 7.3. Es ist schliesslich zu prüfen, ob schwerwiegende wirtschaftliche oder betriebliche Gründe vorlagen und die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer keine zumutbare andere Arbeit anbieten konnte (Art. 10 Abs. 3 Bst. e BPG), wie sie es in der Kündigungsverfügung geltend macht.
- 7.3.1. Der Beschwerdeführer rügt in seiner Beschwerde vom 18. September 2023 (Urk. 1, Rz. 31) und seiner Replik vom 23. Januar 2024 (Urk. 15, Rz. 10 und 22), dass das von der Beschwerdegegnerin durchgeführte Transformationsprojekt nicht eine Reorganisation im Sinne von Art. 10 Abs. 3 Bst. e BPG und schon gar nicht eine solche grösseren Ausmasses darstelle. Seine Stelle – die Einzige, die betroffen sei – sei nicht weggefallen. Dies werde von der Beschwerdegegnerin auch nicht behauptet. Er habe zudem nicht zwingend die Rolle des Teamleiters innehaben müssen. Zwischen der Transformation und seiner Kündigung gebe es mithin keinen Kausalzusammenhang. Ihm sei im Übrigen überhaupt keine andere Arbeit angeboten worden. Dieses Säumnis versperre der Beschwerdegegnerin die Möglichkeit, Art. 10 Abs. 3 Bst. e BPG anzurufen.
- 7.3.2. Die Beschwerdegegnerin führt in ihrer Replik vom 3. November 2023 (Urk. 5, Rz. 13 und 25 f.) und ihrer Duplik vom 15. März 2024 (Urk. 19, Rz. 5 f. und 9 f., 12 und 15) aus, dass die weitreichende Transformation des Bereichs unbestritten und gesamthaft gesehen von grösserer Bedeutung sei. Sie betreffe nicht nur die Position des Beschwerdeführers, denn es habe zwei weitere Austritte gegeben. Die ursprünglich sieben Teams seien neu in drei Teams organisatorisch zusammengefasst, was Funktionsstufen, insbesondere auf der Leitungsebene, entfallen lasse. Das bisherige Team des Beschwerdeführers sei mit einer anderen Gruppe zusammengelegt und die Aufgaben und das Anforderungsprofil des Gruppenleiters des neuen Teams Applikationen auf die neuen Herausforderungen angepasst und erweitert worden. Das Team solle künftig keine Eigenentwicklungen mehr machen, sondern sich auf den Einkauf von Standardprodukten oder ganzen Services beschränken, weshalb auf Spezialwissen künftig verzichtet werden solle und ein einfacher Funktionsabtausch nicht möglich sei. Die Reorganisation diene damit offensichtlich weitreichenden betrieblichen Zielen und sei für die Kündigung des Beschwerdeführers kausal. Seine Weiterbeschäftigung als zusätzlicher Mitarbeiter im

neuen Team Applikationen sei des Weiteren angesichts der Budgetkürzungen im ETH-Bereich aus wirtschaftlichen Gründen weder möglich noch vertretbar. Er habe zudem auf der internen Stellenplattform bevorzugten Zugang zu sämtlichen offenen Positionen gehabt, aber es gäbe keine alternative Stelle für sein Profil.

- 7.3.3. Schwerwiegende wirtschaftliche oder betriebliche Gründe im Sinne von Art. 10 Abs. 3 Bst. e BPG, erster Satzteil, können grundsätzlich nur in einer Reorganisation oder Restrukturierung grösseren Ausmasses bestehen. Reorganisationen sind betriebliche Massnahmen, welche dazu dienen, einen Betrieb bzw. eine Behörde den aktuellen Bedürfnissen und Gegebenheiten anzupassen, sei es, weil bestimmte Aufgaben weggefallen sind oder – etwa als Folge der Einführung technischer Neuerungen – veränderte Anforderungsprofile an die Aufgabenerfüllung gestellt werden (müssen) und bisherige Angestellte diesen Anforderungen nicht (mehr) genügen. Zu beurteilen ist, ob mit der Umstrukturierung wirklich betriebliche Ziele verfolgt werden und ob zwischen den getroffenen Massnahmen und den in der Folge vorgenommenen Kündigungen ein hinreichender Kausalzusammenhang besteht. Die betreffende Stelle muss aufgrund der Reorganisation weggefallen sein (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4716/2017 vom 8. August 2018 E. 10.2 f. m.w.H.).

Der Arbeitgeber muss der angestellten Person keine zumutbare andere Arbeit anbieten, wenn keine passende Stelle frei ist. Die Rechtsprechung verlangt aber, dass der Arbeitgeber mindestens 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. So reicht es nicht, in den Akten lediglich die Erfassung des Arbeitnehmers in der Job-Datenbank nachzuweisen. Genauso wenig reicht das blosses Zustellen eines Lebenslaufs mit dem Vermerk, der betroffene Arbeitnehmer suche eine Stelle (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4716/2017 vom 8. August 2018 E. 11.3 m.w.H.). Gefordert ist eine aktive Kontaktaufnahme (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_810/2014 vom 1. April 2015 E. 4.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5665/2014 vom 29. September 2015 E. 5.4).

7.3.4. Es steht ausser Zweifel, dass eine Reorganisation des Dienstes der Beschwerdegegnerin stattgefunden hat. Diese ist dokumentiert (Urk. 5.4, Urk. 5.5, Urk. 19.1) und wird vom Beschwerdeführer nicht bestritten (vgl. Urk. 1, Rz. 7). Sie ist eindeutig auch grösseren Ausmasses gewesen. Die Umstrukturierung von sieben auf drei Teams sowie die Umstellung in den Kernaufgaben im Team von Eigenentwicklungen auf die Versorgung mit Standardprodukten stellen nämlich tiefgreifende Änderungen dar. Die dem Beschwerdeführer vorgeworfene mangelnde Eignung für die Stelle als Abteilungsleiter steht mit der Reorganisation eindeutig im Zusammenhang (vgl. E. 7.2.4), wie der zeitliche Ablauf (Bewerbung am 20. März 2023 [Urk. 1.6], Rekrutierungsverfahren über mehrere Wochen oder Monate geplant [Urk. 1.5], Aufhebungsvereinbarung am 14. Juni 2023 unterbreitet [Urk. 1.9]) auch bestätigt. Die ETH-BK ist deshalb überzeugt, dass die grundsätzliche Reorganisation des Dienstes der Beschwerdegegnerin für die Kündigung des Arbeitsvertrags des Beschwerdeführers kausal gewesen ist. Fraglich ist nur noch, ob die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer eine andere zumutbare Arbeit hätte anbieten können und müssen.

Die Pflicht des Arbeitgebers, den von Reorganisationen betroffenen Personen nach Möglichkeit eine andere zumutbare Stelle anzubieten oder zu vermitteln, dient der Vermeidung von Kündigungen. Diese Pflicht des Arbeitgebers dauert demnach grundsätzlich nur bis zum Zeitpunkt der Kündigung. Die geeignete Stelle muss deshalb im Zeitpunkt der Kündigung auch tatsächlich vakant sein bzw. erkennbar innert absehbarer Frist zur Neubesetzung frei werden. Über mögliche zumutbare Stellen haben sich die Parteien *in casu* kaum geäussert. Die Beschwerdegegnerin hat lapidar geäussert, dass sie keine alternative Stelle für den Beschwerdeführer habe. Der Beschwerdeführer behauptet seinerseits nicht, dass eine andere passende Stelle verfügbar gewesen wäre, noch bezeichnet er diese. Dies lässt darauf schliessen, dass die Beschwerdegegnerin ihm zum Zeitpunkt der Kündigung tatsächlich keine andere zumutbare Stelle anzubieten hatte, für die er geeignet war. Insbesondere ist der Beschwerdegegnerin zuzustimmen, dass der Beschwerdeführer im neuen Team nicht weiterbeschäftigt werden kann, hat die Reorganisation doch gerade zum Ziel, durch den Einkauf von Standardprodukten oder ganzen Services die Anzahl eigener Mitarbeiter zu reduzieren.

Doch die Beschwerdegegnerin durfte sich nicht nur darauf beschränken, ihren eigenen Stellenmarkt zu berücksichtigen. Sie hätte gemäss oben genannter Rechtsprechung vielmehr aktiv eine andere zumutbare Stelle für den Beschwerdeführer suchen und sich namentlich bei anderen Arbeitgebern, sowohl innerhalb als auch ausserhalb des ETH-Bereichs, nach freien zumutbaren Stellen erkundigen müssen (vgl. Art. 21 Abs. 2 Bst. a bis c der Verordnung des ETH-Rates vom 15. März 2001 über das Personal im Bereich der Eidgenössischen Technischen Hochschulen [PVO-ETH; SR 172.220.113] und Ziff. 2 des Sozialplans für den ETH-Bereich [RSETHZ 121.4]). Entsprechende Bemühungen sind nicht dokumentiert und werden von der Beschwerdegegnerin auch nicht geltend gemacht. Alternative proaktive Unterstützungsmassnahmen der Beschwerdegegnerin können dem Dossier ebenso wenig entnommen werden. Insbesondere diene das Coaching des Beschwerdeführers nicht diesem Zweck. Sein bevorzugter Zugang zur Job-Datenbank war angesichts der weitgreifenden Fürsorgepflicht der Beschwerdegegnerin klar unzureichend. Der Beschwerdegegnerin gelingt es mithin nicht nachzuweisen, dass ein Kündigungsgrund nach Art. 10 Abs. 3 Bst. e BPG gegeben war. Ihre subsidiäre Begründung gestützt auf Art. 7 des Sozialplans für den ETH-Bereich überzeugt auch nicht, da sie weder behauptet noch nachgewiesen hat, dass der Beschwerdeführer ein zumutbares Stellenangebot abgelehnt hätte und die beidseitigen Bemühungen wie erwähnt ungenügend oder gar inexistent waren.

- 7.4. Zusammengefasst ist erstellt, dass keiner der angerufenen Kündigungsgründe erfüllt ist. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen und es ist dem Beschwerdeführer eine Entschädigung gestützt auf Art. 34b Abs. 1 Bst. a BPG zu entrichten (vgl. E. 9 ff. nachfolgend).
8. Fraglich ist noch, ob die Kündigung missbräuchlich i.S.v. Art. 336 OR war.
- 8.1. In seiner Beschwerde vom 18. August 2023 (Urk. 1, Rz. 38 ff.) und seiner Replik vom 23. Januar 2024 (Urk. 15, Rz. 25) wirft der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin eine Verletzung der Fürsorgepflicht vor. Er sei nämlich ohne vorgängige Absprache während mehr als sechs Monaten von allen Projekten im Zusammenhang mit der

Transformation ausgeschlossen worden. Er habe dadurch die von ihm verlangten Erhebungen nicht innert angemessener Frist vornehmen können, was ihm dann vorgeworfen worden sei. Die Beschwerdegegnerin habe ihn weder vorgewarnt noch abgemahnt und berufe sich auf einen längst bereinigten einzelnen Vorfall oder auf angebliche negative Kundenfeedbacks, die ihm nie unterbreitet worden seien. Die erhobenen Vorwürfe befänden sich nicht im Personaldossier. Sie habe sich vor der Kündigung auch nicht bemüht, ihn weiterhin zu beschäftigen oder ihn auf andere Art und Weise zu unterstützen. Die Kündigung sei mithin sowohl hinsichtlich der angegebenen Gründe als auch der Art und Weise missbräuchlich.

- 8.2. Die Beschwerdegegnerin entgegnet in ihrer Beschwerdeantwort vom 3. November 2023 (Urk. 5, Rz. 29) und ihrer Duplik vom 15. März 2024 (Urk. 19, Rz. 18), dass die Missbräuchlichkeit und insbesondere eine Verletzung der Fürsorgepflicht nicht dargetan seien. Der Beschwerdeführer sei namentlich vom externen Transformationsteam nicht von den Projektarbeiten ausgeschlossen worden, sondern es habe ein reger Kontakt von Seiten des Z.-Teams existiert. Es lägen über die reine Parteibehauptung hinaus keine Belege oder Anhaltspunkte für das vorgebrachte falsche und versteckte Spiel vor.
- 8.3. Das Bundesgericht hat hervorgehoben (Urteil des Bundesgerichts 8C_774/2021 vom 21. November 2022 E. 4.3 m.w.H.), dass eine Kündigung nur dann missbräuchlich ist, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, welche in Art. 336 OR umschrieben werden, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist. Grundsätzlich knüpft der sachliche Kündigungsschutz am Motiv der Kündigung an. Die Missbräuchlichkeit kann sich aber auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Auch wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht. Gleich wie den privaten trifft auch den öffentlichen Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmenden eine Fürsorgepflicht (Art. 328 OR in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 sowie Art. 4 Abs. 2 lit. b und g BPG). Das Fehlen eines sachlich

hinreichenden Kündigungsgrundes im Sinne von Art. 10 Abs. 3 PBG begründet für sich allein keine Missbräuchlichkeit der Kündigung. Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt vielmehr voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar sind.

- 8.4. Die ETH-BK erkennt vorliegend keine Missbräuchlichkeit. Die Kündigung mag für den Beschwerdeführer angesichts seines sehr guten Zwischenzeugnisses für seine Arbeit als «.....» überraschend gewirkt haben. Sie ereignete sich jedoch als nachvollziehbare Folge der Umstrukturierung und der neu umschriebenen Funktion des Abteilungsleiters. Die ETH-BK ist insbesondere überzeugt, dass die Beschwerdegegnerin weder eine Fürsorgepflicht verletzt noch ein verdecktes Spiel getrieben hat. Der regelmässige Kontakt zwischen dem Beschwerdeführer und dem Z.- Team ist erwiesen (Urk. 5.5). Es liegen jedenfalls keine schwerwiegenden Mängel vor, welche auf einen Rechtsmissbrauch schliessen liessen. Die Rüge des Beschwerdeführers ist unbegründet und der Antrag auf Entschädigung wegen Missbräuchlichkeit der Kündigung (Antrag 3) abzuweisen.
9. Heisst die Beschwerdeinstanz die Beschwerde gegen eine Kündigung durch den Arbeitgeber gut und weist sie die Sache nicht ausnahmsweise an die Vorinstanz zurück, muss sie dem Beschwerdeführer namentlich dann eine Entschädigung zusprechen, wenn wie vorliegend Verfahrensvorschriften verletzt worden sind (vgl. Art. 34b Abs. 1 Bst. a BPG).
- 9.1. In seiner Beschwerde vom 18. August 2023 (Urk. 1, Rz. 32 ff.) hat der Beschwerdeführer eine Entschädigung in der Höhe eines Jahreslohnes mit der Begründung beantragt, dass seine Stellensuche kompliziert sei. Er sei nämlich zum Zeitpunkt der Kündigung 51 Jahre alt gewesen. Erschwerend komme hinzu, dass er aufgrund eines Verkehrsunfalles gehbehindert und deshalb auf die Möglichkeit angewiesen sei, Remote-Arbeit leisten zu können. Die Beschwerdegegnerin habe sich nicht darum bemüht, ihm eine andere zumutbare Stelle anzubieten. Sie habe ihn vielmehr aus heiterem Himmel mit schweren Vorwürfen – ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs

– konfrontiert und in der Folge ohne Vorwarnung entlassen. Dies gehe in Richtung Mobbing, was einen schweren Eingriff in seine Persönlichkeit darstelle.

9.2. In ihrer Beschwerdeantwort vom 3. November 2023 (Urk. 5, Rz. 27) und ihrer Duplik vom 15. März 2024 (Urk. 19, Rz. 16) hat die Beschwerdegegnerin den Anspruch des Beschwerdeführers auf jegliche Entschädigung zurückgewiesen, da sachlich hinreichende Gründe für die ausgesprochene Kündigung gegeben seien.

9.3. Die Entschädigung beträgt in der Regel mindestens sechs Monatslöhne und höchstens einen Jahreslohn und ist von der Beschwerdeinstanz unter Würdigung aller Umstände festzulegen (vgl. Art. 34b Abs. 2 BPG). Die Verwendung des Ausdrucks «in der Regel» verdeutlicht, dass von den statuierten Eckwerten ausnahmsweise abgewichen werden kann, wenn es die Umstände rechtfertigen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-656/2016 vom 14. September 2016 E. 7.3.1). Dies ist namentlich der Fall bei einer Kündigung in der Probezeit oder infolge eines Verhaltens des Angestellten, das beinahe eine fristlose Kündigung rechtfertigen würde (WYLER, *La fin des rapports de travail dans la fonction publique*, 2017, p. 96). Zum Zweck der Entschädigung kann den Materialien zu Art. 34b BPG entnommen werden, dass diese Regelung für den Entscheid der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers bzw. der Beschwerdeorgane einen Rahmen abstecken soll, der eine angemessene – d.h. verfassungskonforme – Kompensation für die mangelbehaftete Kündigung erlaubt. Dabei müssten die Folgen der mangelbehafteten Kündigung prohibitiv wirken. Es dürfe sich für den Arbeitgeber nicht «lohnen», einer angestellten Person ohne rechtlich genügenden Grund oder mittels eines fehlerhaften Verfahrens zu kündigen (Botschaft BPG vom 31. August 2011, BBl 2011 6703, 6723 f.; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern 100 23 107 vom 3. Januar 2024 E. 5.2.2). Für die Bemessung der Höhe der Entschädigung ist auf die Schwere der Persönlichkeitsverletzung bzw. des Eingriffs in die Persönlichkeit der angestellten Person, die Intensität und Dauer der vertraglichen Beziehungen, die Art und Weise der Kündigung, die Strafwürdigkeit des Verhaltens des Arbeitgebers und die Schwere eines allfälligen Mitverschuldens der angestellten Person, das Mass der Widerrechtlichkeit der Entlassung, die soziale und finanzielle Lage der angestellten

Person sowie deren Alter und Stellung im Unternehmen des Arbeitgebers abzustellen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2884/2018 vom 23. Juli 2019 E. 7.4 m.w.H.).

- 9.4. Die ETH-BK hat vorliegend festgestellt, dass kein sachlich hinreichender Kündigungsgrund vorlag. Sie hat namentlich in E. 7.3 f. hervorgehoben, dass die Beschwerdegegnerin ihren Verpflichtungen zur Stellenvermittlung bzw. zur Unterstützung der Neuorientierung des Beschwerdeführers laut dem Sozialplan für den ETH-Bereich nicht nachgekommen ist. Auf der anderen Seite muss beachtet werden, dass der Beschwerdeführer gemäss Ziff. 2 des Sozialplans ebenfalls verpflichtet war, sich aktiv an einer internen und externen Neuorientierung zu beteiligen und seine Eigenanstrengungen zu dokumentieren und zu belegen, was er nicht gemacht hat. Er trägt insofern eine Mitverantwortung. Zudem war er zum Zeitpunkt der Kündigung 51 Jahre alt. Relativierend wirkt hingegen, dass seine Anstellung weniger als vier Jahre gedauert hat. Dass er infolge eines Verkehrsunfalls auf Remote-Arbeit angewiesen ist, erscheint im Übrigen mit Blick auf seinen Beruf als «.....» für die Suche einer Stelle nicht besonders problematisch. Schliesslich muss betont werden, dass sich die Kündigung ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs des Beschwerdeführers (vgl. E. 5 ff.) ereignet hat und keine hinreichenden Anzeichen für Mobbing vorliegen. Angesichts dieser Umstände erscheint es angemessen, dem Beschwerdeführer eine Entschädigung von neun Bruttomonatslöhnen, ohne sozialversicherungsrechtliche Abzüge (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1246/2018 vom 29. Oktober 2018 E. 7.3.4), zuzusprechen.
10. Umstritten sind schliesslich die Ansprüche des Beschwerdeführers auf Entschädigungen gemäss Art. 19 Abs. 2 und 3 BPG.
 - 10.1. Es ist zunächst zu prüfen, ob der Beschwerdeführer eine Entschädigung wegen unverschuldet erfolgter Kündigung gestützt auf Art. 19 Abs. 3 BPG (Antrag 2) beanspruchen kann.
 - 10.1.1. Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerde vom 18. August 2023 (Urk. 1, Rz. 35 ff.) und seiner Replik vom 23. Januar 2024 (Urk. 15, Rz. 24) geltend, dass die Beschwerdegegnerin ihm eine Entschädigung entrichten soll, da er für die sachlich nicht

hinreichend begründete Kündigung kein Verschulden trage und er das 50. Altersjahr vollendet habe (vgl. Art. 49 Abs. 1 der Verordnung des ETH-Rates vom 15. März 2001 über das Personal im Bereich der Eidgenössischen Technischen Hochschulen [PVO-ETH; SR 172.220.113]). Seine Mobilität sei zudem wegen gesundheitlicher Beeinträchtigungen eingeschränkt, sodass er auf dem Stellenmarkt nicht ohne weiteres vermittelbar sei.

- 10.1.2. Die Beschwerdegegnerin weist den Anspruch des Beschwerdeführers aus Art. 19 Abs. 3 BPG in ihrer Beschwerdeantwort vom 3. November 2023 (Urk. 5, Rz. 28) und ihrer Duplik vom 15. März 2024 (Urk. 19, Rz. 17) mit der Begründung zurück, dass er nur drei Jahre angestellt gewesen sei und, dass insbesondere im Informatikbereich aufgrund des vielbeklagten Fachkräftemangels eine starke Nachfrage nach ausgewiesenen «.....» bestehe.
- 10.1.3. Gemäss Art. 19 BPG schöpft der Arbeitgeber alle Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung aus, bevor er einer angestellten Person ohne deren Verschulden kündigt (Abs. 1). Kündigt der Arbeitgeber einer angestellten Person ohne deren Verschulden, so unterstützt er ihr berufliches Fortkommen (Abs. 2). Er richtet ihr gemäss Abs. 3 eine Entschädigung aus, wenn sie in einem Beruf arbeitet, nach dem keine oder nur eine schwache Nachfrage besteht (Bst. a) oder das Arbeitsverhältnis lange gedauert oder die Person ein bestimmtes Alter erreicht hat (Bst. b). Art. 49 Abs. 1 PVO-ETH und Ziff. 8 des Sozialplans für den ETH-Bereich präzisieren dazu, dass Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, deren Arbeitsverhältnis ohne eigenes Verschulden gekündigt wird, eine Entschädigung erhalten, wenn eine der folgenden Bedingungen erfüllt ist: Das Arbeitsverhältnis hat bei einem Arbeitgeber nach Artikel 3 BPG ununterbrochen mindestens 20 Jahre gedauert (Bst. a); die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter hat das 50. Altersjahr vollendet (Bst. b); die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter arbeitet in einem Beruf, nach dem keine oder nur eine schwache Nachfrage besteht (Bst. c).
- 10.1.4. Im Urteil A-4744/2019 vom 6. April 2022 (E. 15.5) hat das Bundesverwaltungsgericht auch für den ETH-Bereich erwogen, dass eine Kündigung dann als unverschuldet gilt, wenn sie ohne sachlich hinreichenden Grund ausgesprochen wird (Art. 31 Abs. 1 Bst. a

der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 [BPV; SR 172.220.111.3] *e contrario*, BVGE 2016/11 E. 12.7). Die Höhe der Entschädigung entspricht mindestens einem Monatslohn und höchstens einem Jahreslohn (Art. 19 Abs. 5 BPG).

Die ETH-BK stellt fest, dass kein sachlich hinreichender Grund vorliegt, sodass die Kündigung als unverschuldet gilt. Sie stimmt des Weiteren der Beschwerdegegnerin zu, dass es für Informatiker eine grosse Nachfrage gibt. Die Anstellungsdauer war überdies relativ kurz. Schliesslich war der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der Kündigung 51 Jahre alt. Es ist ihm deshalb eine Entschädigung in Höhe von einem Nettomonatslohn zu entrichten (Basis Bruttolohn plus regelmässig ausgerichtete Zulagen, minus der üblichen Abzüge; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1246/2018 vom 29. Oktober 2018 E. 7.3.4; HAUSER-SCHÖNBÄCHLER/SCHNEIDER, a.a.O., Rz. 36 S. 114 m.w.H).

- 10.2. Der Beschwerdeführer hat gestützt auf Art. 19 Abs. 2 BPG auch eine Outplacement-Beratung in Höhe von CHF 30'000 beantragt (Antrag 4).
- 10.2.1. Der Beschwerdeführer hat seinen Antrag in seiner Beschwerde vom 18. September 2023 (Urk. 1, Rz. 43) nicht begründet. In seiner Replik vom 24. Januar 2024 (Urk. 15, Rz. 26) macht er geltend, dass er aufgrund seiner gesundheitlichen Einschränkungen und seines Alters trotz des Fachkräftemangels eine Unterstützung brauche und dass die damals von der Beschwerdegegnerin angebotene Outplacement-Unterstützung nicht geeignet gewesen sei.
- 10.2.2. Die Beschwerdegegnerin hat in ihrer Beschwerdeantwort vom 3. November 2023 (Urk. 5, Rz. 30) und ihrer Duplik vom 15. März 2024 (Urk. 19, Rz. 19) erläutert, dass sie dem Beschwerdeführer eine Outplacement-Unterstützung offeriert habe, welche er ausgeschlagen habe. Ein Bedürfnis nach einer solchen Unterstützung sei mit Blick auf den vielbeklagten Fachkräftemangel insbesondere im «.....» und die starke Nachfrage nach ausgewiesenen «.....» nicht nachgewiesen.
- 10.2.3. Kündigt der Arbeitgeber einer angestellten Person ohne deren Verschulden, so unterstützt er gemäss Art. 19 Abs. 2 BPG ihr berufliches Fortkommen. Diese Bestimmung, die mit der Revision eingeführt wurde, ermöglicht zusätzlich zu einer

allfälligen Abgangsentschädigung Massnahmen, die den konkreten Umständen des Einzelfalls besser Rechnung tragen. Zu denken ist beispielsweise an die Unterstützung beim Stellenwechsel durch Umschulung, Outplacement, Stellenvermittlung etc. (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5046/2014 vom 20. März 2015 E. 6.2; Botschaft BPG vom 31. August 2011, BBl 2011 6703, 6718).

- 10.2.4. Die ETH-BK hat bereits erörtert, dass die Kündigung als unverschuldet gilt (vgl. E. 10.1.4). Der Beschwerdeführer hat seinen Anspruch auf Outplacement-Beratung jedoch ungenügend dargetan und den geforderten Betrag von CHF 30'000 nicht begründet. Die Forderung des Beschwerdeführers überzeugt auch nicht, da es eine starke Nachfrage nach «.....» gibt und diese Tätigkeit mit Remote-Arbeit vereinbar ist, sodass seine Gesundheitsprobleme unberücksichtigt bleiben können. Der Antrag wird deshalb abgewiesen.
11. Zusammengefasst ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Dem Beschwerdeführer wird eine Entschädigung in der Höhe von neun Bruttomonatslöhnen gemäss Art. 34b Abs. 1 Bst. a BPG und einem Nettomonatslohn gemäss Art. 19 Abs. 3 BPG zugesprochen. Die weiteren Anträge des Beschwerdeführers sind abzuweisen.
12. Das erstinstanzliche Beschwerdeverfahren im Bereich Personalrecht ist kostenlos, ausser bei Mutwilligkeit (Art. 34 Abs. 2 BPG). Demnach sind keine Verfahrenskosten zu erheben.
13. Der obsiegenden Partei ist für das Verfahren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Aufgrund der Komplexität der Angelegenheit und ihrer Tragweite für den Beschwerdeführer ist der Beizug eines Anwalts durch diesen nicht zu beanstanden. Der Beschwerdeführer hat am 2. April 2024 eine Honorarnote von gesamthaft CHF 7'634.80 inkl. MwSt. eingereicht (CHF 4'395.65 + CHF 2'807.65 + CHF 431.50; Urk. 21, Urk. 21.1 – Urk. 21.3). Die aufgelisteten Aufwände und der Stundensatz erscheinen vernünftig und können als solche übernommen werden, allerdings obsiegt der Beschwerdeführer nur teilweise. Die angerufenen Kündigungsgründe wurden zwar

als sachlich nicht hinreichend betrachtet, doch der Beschwerdeführer erhält nur eine Entschädigung von neun Bruttomonatslöhnen und einem Nettomonatslohn – anstelle der von ihm beantragten drei Jahreslöhne samt Outplacement-Beratung in der Höhe von CHF 30'000. Es ist deshalb angebracht, ihm die Hälfte seiner Vertretungskosten, ausmachend CHF 3'817.40 inkl. MwSt, als Parteientschädigung zuzusprechen. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Entscheids zahlbar.

Demnach erkennt die ETH-Beschwerdekommision:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen.
2. Die Beschwerdegegnerin wird dazu verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Entschädigung von neun Bruttomonatslöhnen zuzüglich einem Nettomonatslohn zu bezahlen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
4. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids eine Parteientschädigung von CHF 3'817.40, inkl. MwSt., zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Rückschein.

Im Namen der ETH-Beschwerdekommision

Die Präsidentin:

Barbara Gmür

Die juristische Sekretärin:

Valentine Tschümperlin

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann gemäss Art. 50 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021; VwVG) innert **30 Tagen** seit Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist direkt beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, einzureichen. Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder der Beschwerdeführerin bzw. der Vertretung zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen (Art. 52 VwVG).