

ETH-Beschwerdekommision
Commission de recours interne des EPF
Commissione di ricorso dei PF

Verfahrens-Nr. 2404

Mitwirkende: Die Kommissionsmitglieder Theodor Keller, Präsident, Françoise Char-donnens, Vizepräsidentin, Reto Cafilisch, René Monnier, Yolanda Schärli und Brigitte von Känel

Urteil vom 14. Juni 2005

in Sachen

Eidgenössische Technische Hochschule Zürich (ETHZ), ETH Zentrum, 8092 Zürich,
vertreten durch den Rechtsdienst der ETHZ,
Antragstellerin/Beschwerdeführerin,

gegen

X,
vertreten durch seinen Vater,
Beschwerdegegner,

betreffend **Feststellung der Gültigkeit der fristlosen Kündigung**
(Verfügung der ETHZ vom 22. Juli 2004 bzw. Wiedererwägungsentscheid vom 21. Septem-
ber 2004)

Sachverhalt:

A. Der Beschwerdegegner war seit dem 15. Mai 1985, im Anschluss an die an der ETH Zürich absolvierte Lehre, am Labor B der ETH Zürich als Mechaniker tätig. Mitte Juni 1999 wurde bei X Diabetes Typus I festgestellt. Im Sommer 2000 erlitt er einen Nichtbetriebsunfall, bei dem er sich den oberen Halswirbel mehrfach gebrochen hat und der zu einer 100% Arbeitsunfähigkeit führte, die bis Mitte Januar 2001 andauerte. Ab 15. Januar 2001 bis Ende August 2001 arbeitete X zu 50%; danach während eines Jahres zu 100%. Im Verlaufe des Jahres 2002 trat neben Rückenbeschwerden infolge Abnutzungserscheinungen an verschiedenen Rückenwirbeln von X schleichend eine starke Depression auf. Von September 2002 bis zum 15. Juli 2003 sowie ab dem 1. November 2003 war X erneut 100% arbeitsunfähig. Dazwischen versuchte er in der Zeit vom 16. September 2003 bis 1. November 2003 zu 50% zu arbeiten, was jedoch nicht gelang. Nach vergeblichen Versuchen, X telefonisch zu erreichen, lud ihn der Personalchef mit Schreiben vom 6. Juli 2004 zu einem Gespräch auf den 21. Juli 2004 vor. Dies geschah unter der Androhung, ein Nichterscheinen werde disziplinarisch geahndet. X kam der Vorladung unentschuldigt nicht nach. In der Folge erliess die Beschwerdeführerin am 22. Juli 2004 eine fristlose Kündigung. Mit Schreiben vom 7. September 2004 reichte der Beschwerdegegner – nach telefonischer Kontaktaufnahme seines Vaters mit dem zuständigen Personalverantwortlichen - die fehlenden Zeugnisse, ein Gutachten seines Arztes und einen Bericht über den Verlauf seiner Krankheit ein, um eine allfällige Wiedererwägung zu ermöglichen. Die ETHZ teilte X mit Verfügung vom 21. September 2004 mit, dass die nochmalige Überprüfung seines Falles keine neuen Erkenntnisse ergeben hätten, weshalb ihm nochmals Gelegenheit geboten werde, die Nichtigkeit der Kündigung geltend zu machen. Mit Eingabe vom 12. Oktober 2004 beantragte X die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beim Arbeitgeber. Ferner sei festzustellen, dass die ausgesprochene Kündigung nichtig im Sinne von Art. 14 Abs. 1 BPG sei.

B. Die ETHZ stellte mit Eingabe vom 8. November 2004 Antrag auf Feststellung der Gültigkeit der fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses von X. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, die Vorgesetzten wie auch die Arbeitgeberin von X hätten mehrfach – allerdings erfolglos - versucht, mit ihm in Kontakt zu treten. Nach ungefähr einem Jahr Arbeitsunfähigkeit sollte die Anmeldung an die IV erfolgen, um rechtzeitig innerhalb der zweijährigen Lohnfortzahlung einen (Renten-)Entscheid zu bewirken. Deshalb müssten erste Gespräche frühzeitig stattfinden, wie dies von der Vorgesetzten des Beschwerdegegners beabsichtigt gewesen sei. Die seit November 2003 konstante Gesprächsverweigerung von X, das wochenlang unentschuldigte Fernbleiben von seinem Arbeitsplatz, das oftmals verspätete Einreichen der Arztzeugnisse, das Nichteinhalten von Verabredungen und das Nichtmitteilen der Adressänderung würden aus der Sicht der Arbeitgeberin schwere Verfehlungen darstellen. Überdies dränge sich ihr zunehmend der Eindruck auf, X habe die Korrespondenz von Seiten der ETH nicht beachtet und habe nichts mehr mit ihr zu tun haben wollen. Ein solches Verhalten sei für die Arbeitgeberin nicht akzeptierbar und für das Arbeitsumfeld von X nicht tragbar. Ihm seien Arbeitspflichten obliegen und es sei nicht ihm überlassen gewesen, die Arbeit wochen- oder monatelang ohne nähere Erklärung einzustellen. Die für das Arbeitsverhältnis notwendige Vertrauensgrundlage sei tief erschüttert worden. Eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben sei für die Arbeitgeberin nicht mehr zumutbar. X sei zudem im Schreiben vom 6. Juli 2004 klar und deutlich auf disziplinarische Sanktionen infolge seines Verhaltens hingewiesen worden. Die fristlose Kündigung vom 22. Juli 2004 sei deshalb im Sinne von Art. 12 Abs. 7 BPG begründet und somit rechtmässig.

Der Arbeitnehmer habe gemäss Rechtsprechung seine Arbeitsunfähigkeit zu belegen. Ein ärztliches Zeugnis begründe einen Anscheinsbeweis für die krankheitsbedingte Absenz des Arbeitnehmenden. Ein rückdatiertes Arztzeugnis, mit welchem der Arzt rückwirkend eine Krankheit bescheinige, zu deren Behandlung er gar nicht aufgesucht worden sei, könne jedoch den Beweiswert des Anscheinsbeweises gemäss Rechtsprechung nicht beanspruchen (Urteil Arbeitsgericht Zürich vom 12.12.2003/AN30219). Es sei für die Arbeitgeberin insbesondere wenig glaubhaft, dass X wegen seiner angeschlagenen Gesundheit in der gesamten Zeitspanne von Dezember 2003 bis September 2004 nicht in der Lage gewesen sei, mit der Arbeitgeberin oder den Vorgesetzten in Verbindung zu treten. Dies sei überdies durch sein Verhalten widerlegt worden. Trotz der durch den Hausarzt am 3. September 2004 rückwirkend bestätigten Depression habe er doch wegen seiner Diabetes ein geregeltes Leben (mehrmals täglich Insulin spritzen; Diät einhalten) führen müssen. Zudem sei er regelmässig einmal im Monat bei seinem Arzt gewesen und habe überdies über sein Geschäftstelefon Kontakte gepflegt. Angesichts dessen sei es nicht glaubhaft, dass er aufgrund seines gesundheitlichen Zustands nicht in der Lage sei, auf eines der vielen Schreiben und Anrufe seiner Vorgesetzten und Arbeitgeberin in irgendeiner Form zu reagieren („e-mail“, Brief, Telefon oder über Drittperson). Die Schuld an der Invalidität von X trage nicht die Arbeitgeberin, ein solcher Vorwurf werde ausdrücklich zurückgewiesen.

Die Kündigung sei auch nicht zur Unzeit im Sinne von Art. 336c OR erfolgt. Eine ordentliche Kündigung sei bei Krankheit des Arbeitnehmers ab dem sechsten Dienstjahr während einer Sperrfrist von 180 Tagen nichtig. Dieser Kündigungsschutz komme allerdings nur bei einer ordentlichen, nicht jedoch bei einer fristlosen Kündigung zum Zuge. Eine ordentlich ausgesprochene Kündigung im massgeblichen Zeitpunkt (22. Juli 2004) sei nicht mehr in der Sperrfrist erfolgt. Es liege deshalb kein Nichtigkeitsgrund im Sinne von Art. 14 Abs. 1 lit. c BPG vor.

C. Der durch seinen Vater vertretene Beschwerdegegner beantragte in seiner Stellungnahme vom 10. Dezember 2004 die Umwandlung der fristlos ausgesprochenen Kündigung in eine ordentliche. Zur Begründung führte er vornehmlich an, durch die physischen und psychischen Schwierigkeiten seines Sohnes seien aus verschiedenen Gründen Probleme sowohl mit der Leitung des Labors B wie auch mit dem Personaldienst der ETH entstanden. Sein Sohn sei Ende 2002 infolge erneut sehr starker Rückenschmerzen von seinem Hausarzt an einen Spezialisten überwiesen worden. Dieser habe eine 100% Arbeitsunfähigkeit attestiert. Die Rückenprobleme von X hätten sich im Verlaufe des Jahres 2003 nicht verbessert und er habe von seinem Hausarzt immer wieder zu 100% krankgeschrieben werden müssen. In der Zeitperiode vom 16. September 2003 bis 1. November 2003 habe er leider mit wenig Erfolg versucht, zu 50% zu arbeiten. Daraufhin habe ihn sein Hausarzt für ein zweites Gutachten zu einem weiteren Rückenspezialisten geschickt. Frau Prof. Y, Leiterin des Labors B der ETHZ, sei über den physischen Gesundheitszustand von X informiert gewesen, da er an einem internen, von ihr einberufenen Meeting teilgenommen habe. Überdies habe er – der Vater – mit Herrn Dr. Z, welcher seit anfangs 2002 verantwortlich für die Abteilung C der Forschungsgruppe des Labors B sei, über die Integrationsmöglichkeiten seines Sohnes in den Arbeitsprozess diskutiert. Dieser Umstand sei wohl ebenfalls Prof. Y mitgeteilt worden. Die Besprechung von Prof. Y mit X vom 11. November 2003 sei wegen Rückenschmerzen von Prof. Y abgesagt worden. Für eine weitere Abmachung am 14. November 2003 habe es aber keine Vereinbarung gegeben wie von der Gegenpartei im Brief vom 24. November 2003 behauptet werde. Prof. Y hätte jederzeit - wie in geschäftlichen Angelegenheiten früher auch - mit ihm (Vater des Beschwerdegegners) Kontakt aufnehmen können. Überdies führe er täglich mehrmals telefonisch fachliche Gespräche mit Herrn D, dem Institutsadministrator. Jener sei über den Gesundheitszustand von X im Detail orientiert gewesen. Die Institutsleitung sei im Gegensatz zur Behauptung der Beschwerdeführerin im Jahre 2003 über den phy-

sischen Zustand von X informiert gewesen. Herr D habe am 19. Dezember 2003 anlässlich eines Besuchs beim Labor B X persönlich für ein Gespräch getroffen. Sein Sohn sei damals in einem erbärmlichen Zustand gewesen und habe ihnen mitgeteilt, dass er zwei Tage zuvor bei einem Spezialisten gewesen sei und zu einer weiteren Konsultation inklusive speziellem „Scann“ vom 19. bis 20. Januar 2004 gehen müsse.

Wie bereits im Jahr 2003 gebe es im Jahr 2004 eine Reihe von Missverständnissen und Kommunikationsschwierigkeiten. Die Beschwerdeführerin behauptete, X sei andauernd unentschuldig von der Arbeit fern geblieben. Herr D und Herr E, welche beide die Absenzliste von X gekannt hätten, wären verpflichtet gewesen, Herrn F vom Personaldienst von der fast lückenlosen Absenzliste zu informieren. Zugegebenermassen würden im Dezember ein paar Tage in dieser Liste fehlen. Das Labor B sei allerdings vom 20. Dezember 2003 bis zum 5. Januar 2004 geschlossen gewesen; X hätte gar nicht an seinen Arbeitsplatz gehen können.

Korrekt sei auch, dass im Januar 2004 einige Tage seiner Abwesenheit nicht belegt seien. X habe allerdings in diesem Monat zu Untersuchungen gehen müssen, was Herrn D bekannt gewesen sei. Deshalb würden sie diese Abwesenheit auch nicht als eigentliches unentschuldigtes Fernbleiben von der Arbeit erachten.

Die neue Adresse von X sei dem Labor überdies am 18. Februar 2004 bekannt gewesen; weshalb sie nicht an den Personaldienst weitergeleitet worden sei, sei unverständlich.

Das Labor B habe des weiteren die Telefongesellschaft von Swisscom am 1. Januar 2004 auf Sunrise gewechselt. Der Chip im Geschäftstelefon von X sei nicht ausgewechselt worden, weshalb er zumindest ab diesem Zeitpunkt nicht mehr mit dem Geschäftstelefon habe telefonieren können. Herrn D sei es nicht möglich gewesen, X telefonisch zu erreichen, weshalb er – der Vater – versucht habe, einen persönlichen Kontakt herzustellen, was ihm schliesslich am 3. Mai 2004 nach verschiedenen vergeblichen Versuchen gelungen sei.

Dieses Verhalten sowie der sofortige Kontaktabbruch würden zeigen, dass etwas Grundsätzliches mit seinem Sohn nicht habe stimmen können. Erst im Nachhinein habe sich herausgestellt, dass es sich um eine schwere Depression gehandelt habe.

Der Vater des Beschwerdegegners gibt des Weiteren zu bedenken, dass ein Gespräch von Seiten der Institutsleitung oder auch des Personaldienstes mit ihm – er arbeite nach wie vor zu 100% am Labor B – die Situation geklärt und möglicherweise zu Lösungen beigetragen hätte. Sein Sohn habe nicht etwa nur die Post der Arbeitgeberin nicht geöffnet, sondern es habe sich anlässlich eines Besuches wegen dringender Steuerfragen Ende Juli 2004 gezeigt, dass er sämtliche Briefe nicht mehr geöffnet habe, weshalb es insbesondere auch Drittpersonen nicht möglich gewesen sei, die ETHZ zu informieren. Seit dem 1. Dezember 2004 sei X nun in psychiatrischer Behandlung bei Dr. G. Damit dürften auch die psychischen Gründe, welche für sein Schweigen und Nichtbeantworten von Briefen und Telefonaten verantwortlich gewesen seien, hinreichend belegt sein.

D. Gleichzeitig mit der Aufforderung zur Replik nahm die Instruktionsrichterin am 13. Dezember 2004 telefonischen Kontakt mit beiden Parteien zwecks Vergleichsgesprächen auf.

E. Die ETHZ hält in ihrer Replik vom 4. Januar 2005 am Antrag auf Feststellung der Gültigkeit der fristlosen Kündigung fest und lehnte damit (implizit) einen möglichen Vergleich ab.

F. Der Beschwerdegegner bestätigt in seiner Duplik vom 20. Januar 2005 seine ursprünglichen Rechtsbegehren. Ferner gibt er zu bedenken, dass sein Sohn – X – nach wie vor in psychiatrischer Behandlung sei und auch weiterhin bleiben müsse. Der behandelnde Psychiater habe X an eine Schmerzklinik verwiesen, und des weiteren belege ein weiteres beigelegtes ärztliches Gutachten die schwere Depression.

G. Die ETHZ verzichtete in der Folge auf eine Triplik.

Die ETH-Beschwerdekommision zieht in Erwägung:

1. Sowohl die Verfügung vom 22. Juli 2004 wie auch der Entscheid über die Wiedererwägung der ETHZ vom 21. September 2004 sind Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021). Gemäss Art. 14 Abs. 2 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG; SR 172.220.1) muss die Arbeitgeberin bei der Beschwerdeinstanz innert 30 Tagen nach Eingang der geltend gemachten Nichtigkeit einer Kündigung die Feststellung der Gültigkeit verlangen. Die Einsprache von X datiert vom 12. Oktober 2004. Der Antrag auf Feststellung der Gültigkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses von X durch die ETHZ ist innert der gesetzlichen Frist von dreissig Tagen am 8. November 2004 bei der Beschwerdeinstanz eingereicht worden. Damit ist auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 VwVG) einzutreten.

2. Die ETH-Beschwerdekommision überprüft die bei ihr anfechtbaren Verfügungen und Entscheide mit uneingeschränkter Kognition. Neben der Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch von Ermessen (Art. 49 Bst. a VwVG), kann auch die unrichtige beziehungsweise 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-Beschwerdekommision hat nicht nur zu beurteilen, ob die Vorinstanz die Rechtsregeln beachtet, sondern auch, ob sie eine dem Sachverhalt adäquate Lösung getroffen hat. Bei der Prüfung der Angemessenheit einer Verfügung beziehungsweise eines Entscheids auferlegt sich die ETH-Beschwerdekommision eine gewisse Zurückhaltung und setzt im Zweifelsfall nicht ihr eigenes Ermessen an die Stelle des pflichtgemässen und vertretbaren Ermessens der Vorinstanz.

3.

3.1. Das BPG kennt - wie auch das vor dessen Inkrafttreten geltende Dienstrecht des Bundes - zwei Arten der Auflösung des Arbeitsverhältnisses: die ordentliche Kündigung gemäss Art. 12 Abs. 6 BPG und die ausserordentliche, fristlose Kündigung aus wichtigem Grund nach Art. 12 Abs. 7 BPG. Als Grund für die fristlose Kündigung durch eine Vertragspartei gilt nach den genannten Bestimmungen jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Entscheid der Personalrekurskommision (PRK) vom 16. Juni 2004, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VPB) 68.150 Erw. 4 a).

Die Weiterführung des Angestelltenverhältnisses ist unzumutbar, wenn dadurch die öffentlichen Interessen, namentlich das Vertrauen der Verwaltung in ihre Bediensteten, sowie das gute Funktionieren des Dienstes in Frage gestellt würden (VPB 68.150 Erw. 4a, und mit Verweisen auf PRK-Entscheide). Ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 12 Abs. 7 BPG muss schwerer wiegen als ein Grund für eine ordentliche Kündigung gemäss Art. 12 Abs. 6 BPG. Eine Mehrzahl von Gründen im Sinne von Art. 12 Abs. 6 BPG können allerdings zu einem wichtigen Grund werden, wenn sie in ihrer Gesamtheit die Fortführung des Anstellungsverhältnisses untragbar machen (VPB 68.150 Erw. 4a, mit Verweis auf Hermann Schroff/David Gerber, Die Beendigung von Dienstverhältnissen in Bund und Kantonen, St. Gallen 1985, Rz.109).

Die Generalklausel in Bezug auf wichtige Gründe gemäss Art. 12 Abs. 7 BPG überlässt der Verwaltung einen beträchtlichen Ermessensspielraum, den sie in Berücksichtigung aller Umstände treffen muss. Was in einem Fall nach objektiven Kriterien gemessen als unzumutbarer Umstand gilt, kann in einem andern als zumutbar gelten. Es ist jeder einzelne Fall in Verbin-

dung mit der Stellung und Verantwortlichkeit des Einzelnen und allen andern Gegebenheiten zu prüfen (VPB 68.150 Erw. 4a, mit Verweis auf Elmar Mario Jud, Besonderheiten öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse nach schweizerischen Recht, insbesondere bei deren Beendigung aus nicht disziplinarischen Gründen, Diss. St. Gallen 1975, S. 197).

3.2. Für die Beurteilung der Frage, ob eine ausgesprochene fristlose Kündigung gerechtfertigt war oder nicht, kann auf die zu Art. 337 des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht (OR), SR 220) entwickelte Praxis Rückgriff genommen werden (Botschaft des Bundesrates zum BPG vom 14. Dezember 1998, BBl 1999 1615; VPB 68.7 (PRK Urteil). Wie im öffentlichen Dienstrecht wird für die fristlose Entlassung im Sinne von Art. 337 Abs. 2 OR verlangt, dass das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien endgültig zerstört ist (VPB 68.150 Erw. 4b, mit Verweis auf Adrian Staehelin/Frank Vischer, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 2c, Zürich 1996, Rz. 3 zu Art. 337, mit Hinweisen).

3.3. In der privatrechtlichen Rechtsprechung und Lehre wird unterschieden zwischen sehr schweren Pflichtverletzungen und weniger schweren Fehlverhalten. Als Beispiele für sehr schwere Pflichtverletzungen werden im Privatrecht namentlich genannt die beharrliche Arbeitsverweigerung oder unberechtigtes Fernbleiben von der Arbeit über mehrere Tage, die Missachtung klarer Weisungen, Straftaten zum Nachteil des Arbeitgebers, Entgegennahme von Schmiergeldern, eigenmächtiger Ferienbezug, Verrat von Geschäftsgeheimnissen, Schlechtmachen des Arbeitgebers gegenüber Dritten und sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz (VPB 68.150 Erw. 4d, mit Verweis auf Adrian Staehelin/Frank Vischer, a.a.O., Rz. 15, 20 und 22 zu Art. 337). Als weniger schwerwiegende Verfehlungen werden das verspätete Erscheinen oder frühzeitige Verlassen des Arbeitsplatzes sowie das unentschuldigte Fernbleiben für kurze Zeit sowie das Abliefern einer unrichtigen Spesenabrechnung durch den Arbeitnehmer erachtet (VPB 68.150 Erw. 4d, unter Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Schwer wiegende Pflichtverletzungen können eine sofortige Kündigung ohne vorausgehende Mahnung rechtfertigen. Weniger schwere oder zeitlich zurückliegende Verfehlungen können nur dann eine fristlose Kündigung zur Folge haben, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt vorkommen (VPB 68.150 Erw. 4 c, aa., mit Verweis auf die Bundesgerichtsrechtsprechung).

3.4. Bei der ordentlichen wie auch bei der fristlosen Auflösung des Dienstverhältnisses muss der Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachtet werden. Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass eine Verwaltungsmassnahme das richtige Mittel zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels ist. Zudem darf der Eingriff nicht schärfer sein, als der Zweck der Massnahme es verlangt; lässt sich das im öffentlichen Interesse liegende Ziel mit einem schonenderen Mittel erreichen, so ist dieses zu wählen (VPB 68.150 Erw. 4d). Dementsprechend gilt es bei der Auflösung eines Dienstverhältnisses jene Massnahme zu wählen, welche angemessen ist bzw. jene, die genügt. Die fristlose Auflösung des Dienstverhältnisses ist insbesondere als ausserordentliche Massnahme anzusehen, welche restriktiv gehandhabt werden muss. Wenn dem Kündigenden mildere Massnahmen zur Verfügung stehen, um die eingetretene Störung des Arbeitsverhältnisses in zumutbarer Weise zu beheben, beispielsweise durch eine ordentliche Kündigung, so ist diese anzuordnen (VPB 68.150 Erw. 4d).

4. Die Arbeitgeberin begründet die fristlose Kündigung mit der seit November 2003 konstanten Gesprächsverweigerung von X, mit dem wochenlangen unentschuldigtem Fernbleiben vom Arbeitsplatz, mit oftmals verspätetem Einreichen der Arztzeugnisse, dem Nichteinhalten von Verabredungen sowie mit dem Nichtmitteilen der Adressänderung.

Demgegenüber lässt der Beschwerdegegner durch seinen Vater einwenden, die Institutsleitung sei im Jahre 2003 über seinen physischen Gesundheitszustand informiert gewesen. Zum einen habe Prof. Y ihn an einem internen Meeting am Labor B getroffen, zum andern habe sein Vater mit Dr. Z über die Integrationsmöglichkeiten seines Sohnes gesprochen, worüber Prof. Y sicherlich auch informiert worden sei. Weiter sei eine Besprechung zwischen Prof. Y und ihm vom 11. November 2003 infolge von Rückenbeschwerden von Prof. Y abgesagt worden, ohne eine weitere Abmachung auf den 14. desselben Monats festzusetzen, wie dies die Gegenpartei geltend mache. D, Institutsadministrator, habe X am 19. Dezember 2003 persönlich für ein Gespräch getroffen. Dabei habe er auf eine Konsultation bei einem Rückenspezialisten und auf einen weiteren Untersuch inklusive „Scann“ vom 19.- 20. Januar 2004 hingewiesen. D habe dies bestätigt. Überdies bestünden regelmässige, beinahe tägliche fachliche Kontakte zwischen seinem Vater und D. Dabei sei der Gesundheitszustand von X ebenfalls ein Thema gewesen. Jedenfalls sei D über dessen Gesundheitszustand informiert gewesen. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin sei er nicht wochenlang unentschuldigt von der Arbeit fern geblieben. Herr D wie auch Herr E, welche beide seine Absenzliste gekannt hätten, wären verpflichtet gewesen, den Personaldienst über die beinahe lückenlose Absenzliste zu informieren. Zugegebenermassen würden im Dezember 2003 ein paar Tage in der Absenzliste fehlen. Das Labor B sei allerdings vom 20. Dezember 2003 bis zum 5. Januar 2004 geschlossen gewesen. Auch im Januar 2004 seien Tage nicht belegt. Allerdings habe er in diesem Monat zu einem zweitägigen Untersuch gehen müssen, was bekannt gewesen sei.

5. Die fristlose Kündigung stützt sich unter anderem auf wochenlanges, unentschuldigtes Fernbleiben von X von seinem Arbeitsplatz und das verspätete Einreichen der Arztzeugnisse. X musste bereits im Jahre 2002 (September 2002) infolge eines Unfalls und daraus resultierenden Beschwerden zu 100% arbeitsunfähig geschrieben werden. Diese krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit dauerte bis Mitte Juli 2003. In der Zeit vom 15. Juli 2003 bis Ende Oktober 2003 war er zu 50% arbeitsfähig geschrieben. Ab Mitte November 2003 schrieb ihn sein Hausarzt erneut infolge von Rückenbeschwerden im Lendenbereich für zwei Wochen zu 100% arbeitsunfähig. Seither hat X nicht mehr gearbeitet; und für die Monate Dezember 2003 und Januar 2004 liegen keine Zeugnisse vor. Die Arbeitsabwesenheiten von Februar und März 2004 sind durch ein Arztzeugnis vom 2. Februar 2004 belegt; diejenigen von April bis Ende Mai bzw. anfangs Juni 2004 werden ebenfalls durch zwei Arztzeugnisse belegt, welche allerdings erst am 4. Juni 2004 bei der Arbeitgeberin eingegangen sind. Die nachfolgende Arbeitsabwesenheit bis zum 3. September 2004 bestätigte der Hausarzt von X mit Arztzeugnis vom 3. September 2004. Ebenfalls mit Datum vom 3. September 2004 stellte er ein Arztzeugnis für einen weiteren Monat Abwesenheit aus. Auf Anfrage des Personaldienstes erstellte der Hausarzt von X ebenfalls am 3. September 2004 einen Bericht, worin er unter anderem auf eine sich schleichend bemerkbar machende Depression seines Patienten hinwies. Die Zeit von anfangs Oktober 2004 bis Ende Januar 2005 ist ebenfalls durch Arztzeugnisse belegt. Die beiden letztgenannten Zeugnisse stammen vom behandelnden Psychiater von X und bestätigen die Diagnose betreffend der schweren Depression.

6. Aus den voran stehend angeführten krankheitsbedingten Abwesenheiten ergeben sich drei unterschiedlich zu beurteilende Zeitperioden: Für die Monate Dezember 2003 sowie Januar 2004 liegen keine Arztzeugnisse vor. Die Abwesenheiten für die Zeit von April 2004 bis anfangs Juni 2004 sowie von Juni 2004 bis anfangs September 2004 werden durch nachträglich ausgestellte Arztzeugnisse bescheinigt. Die übrigen Abwesenheiten sind durch „rechtzeitig“ ausgestellte und eingereichte Arztzeugnisse belegt und bedürfen deshalb keiner weiteren Erörterungen.

6.1. Zu den Monaten Dezember 2003 und Januar 2004: Aus den bei der Arbeitgeberin eingereichten Arztzeugnissen ergibt sich eine Lücke für die Monate Dezember 2003 sowie Januar 2004. X wendet diesbezüglich ein, dass es zwar unbelegte Tage im Dezember wie auch im Januar gebe, dass seine Vorgesetzten aber auch in dieser Zeit über seine krankheitsbedingte Abwesenheit informiert gewesen seien und diese Kenntnis an den Personaldienst hätten weiterleiten sollen. Zum einen sei D, der Institutsadministrator, in ständigem Kontakt mit seinem Vater gewesen, dabei sei auch sein Gesundheitszustand zur Diskussion gestanden. D habe ihn überdies am 19. Dezember 2003 anlässlich seines Besuchs am Labor B für ein Gespräch empfangen. Dabei habe er ihm mitgeteilt, zwei Tage zuvor bei einem Rückenspezialisten gewesen zu sein, und am 19. und 20. Januar 2004 zu einer weiteren Konsultation für einen „myelo scanner lombaire“ gehen zu müssen. Vom 20. Dezember 2003 bis zum 5. Januar 2004 sei das Labor B geschlossen gewesen. Ab dem 11. Januar 2004 sei D ferienhalber abwesend und deshalb auch für ihn nicht erreichbar gewesen.

Grundsätzlich war X verpflichtet, sich in regelmässigen Abständen bei D zu melden und ihn über den weiteren Krankheitsverlauf und die daraus folgenden Abwesenheiten zu orientieren und entsprechende Arztzeugnisse einzureichen. Dieser Pflicht ist er offensichtlich nicht im nötigen Umfang nachgekommen. Insbesondere anfangs Januar 2004 hat D aktenkundig mehrmals vergeblich versucht, X telefonisch zu erreichen. Angesichts der Tatsache, dass X bereits seit langem bzw. bereits früher über mehrere Monate wegen Krankheit arbeitsunfähig gewesen ist und nach einer vorübergehenden versuchsweisen 50% Arbeitsaufnahme Mitte November 2003 erneut wieder zu 100% krankgeschrieben werden musste, ist davon auszugehen, dass es der Arbeitgeberin bewusst sein musste, dass X krankheitshalber abwesend war und dies wohl auch über längere Zeit bleiben würde. Sie konnte zu diesem Zeitpunkt bereits nicht mehr mit seinem Arbeitseinsatz rechnen.

Überdies fand am 19. Dezember 2003 – wie bereits erwähnt – eine Besprechung zwischen D, X und dessen Vater statt, wobei auf die im Dezember erfolgte und die erst noch wahrzunehmenden Konsultationen bei Spezialisten hingewiesen wurde).

In Berücksichtigung der gesamten Umstände – insbesondere des seit längerem bereits bestehenden Krankheitszustandes und des allseitigen Wissens darum - sind das Nichteinreichen von Arztzeugnissen und die zumindest nicht konstant wahrgenommene Informationspflicht von X als Fehlverhalten zu werten, welches zwar relativ schwer wiegt, für sich alleine betrachtet jedoch nicht als sehr schwerwiegende Pflichtverletzung qualifiziert werden kann, die eine fristlose Kündigung rechtfertigt.

6.2. Zu den krankheitsbedingten Abwesenheiten, welche durch nachträglich eingereichte Arztzeugnisse belegt werden (Zeitperiode: April 2004 bis anfangs Juni 2004; Juni 2004 bis September 2004) bzw. durch einen ärztlichen Bericht vom 3. September 2004, der eine schwere Depression bescheinigt und einen weiteren ärztlichen Bericht, der diese Diagnose bestätigt: Die Beschwerdeführerin verweist auf die Pflicht des Arbeitnehmenden, seine Arbeitsunfähigkeit zu beweisen. Ein Arztzeugnis begründe einen Anscheinsbeweis für eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit. Ein rückdatiertes Arztzeugnis, mit welchem ein Arzt rückwirkend eine Krankheit bescheinige, zu deren Behandlung er gar nicht aufgesucht worden sei, könne gemäss Rechtsprechung den Beweiswert des Anscheinsbeweises nicht beanspruchen. Die vom Hausarzt von X, Dr. H, eingereichten Zeugnisse vom 2. April 2004 sowie dasjenige vom 3. Mai 2004 sind erst am 4. Juni 2004 bei der Arbeitgeberin eingegangen. Dasjenige vom 3. September 2004 bestätigt die medizinisch bedingte Verlängerung der Arbeitsunfähigkeit für die Zeit von anfangs Juni 2004 bis zum 3. September 2004. Diese Arztzeugnisse sind offensichtlich nachträglich eingereicht worden. Aus der Datierung der Arztzeugnisse und auch der entsprechenden Eingänge bei der Arbeitgeberin ist ersichtlich, dass X sicherlich am 2. Februar 2004 bei Dr. H war. Ob er am 2. April und am 3. Mai 2004 ebenfalls dort war – wie dies aus der Datierung der Zeugnisse ersichtlich wird - ist anzunehmen,

wenn gleich sie erst am 4. Juni 2004 bei der Arbeitgeberin eingereicht worden sind. Ferner ist davon auszugehen, dass der hauptsächliche Grund für die Arbeitsunfähigkeit die seit langem bestehenden Rückenbeschwerden waren. Die Zeugnisse lassen dies offen, bescheinigen jedoch in ganz allgemeiner Weise „Krankheit“ als Ursache für die Arbeitsunfähigkeit. Der Anscheinsbeweis für die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit wird demnach durch die eingereichten Zeugnisse erbracht, auch wenn sie erst nachträglich eingereicht wurden.

Die krankheitsbedingte Abwesenheit entbindet den Arbeitnehmer nicht von bestimmten sonstigen Mitwirkungspflichten (Melde- und Informationspflichten etc.). Ausser, solche Pflichten können gerade wegen des diagnostizierten Krankheitsbildes nicht erfüllt werden, wie dies im zu beurteilenden Fall vom Beschwerdegegner geltend gemacht wird. Der Bericht des Hausarztes, Dr. H, vom 3. September 2004 erwähnt neben den Rückenbeschwerden eine zusätzlich schleichend aufgetretene schwere Depression von X, die medikamentös behandelt werden müsse. Laut Beschwerdeführerin fehlt dem Bericht diesbezüglich der Anscheinsbeweis. Der Beschwerdegegner habe wenig glaubhaft dargelegt und insbesondere durch sein Verhalten widerlegt, dass er aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage gewesen sei, mit seiner Arbeitgeberin oder den Vorgesetzten in Verbindung zu treten. In einem weiteren Bericht von Dr. H vom 11. Oktober 2004 wird ein „syndrome dépressif avec procrastination, aboulie et clinophilie“ bestätigt, welches unter anderem zur Folge habe, dass der Patient praktisch nicht mehr hinaus gehe, nicht mehr kommuniziere und dementsprechend weder Telefone entgegennehme noch seine Korrespondenz lese, weil er nicht mehr über die nötige Energie dazu verfüge.

Im Dezember 2004 begab sich X in psychiatrische Behandlung zu Dr. G, Psychiater und Psychotherapeut, welcher ebenfalls eine schwere Depression bestätige. In seinem Bericht vom 9. Dezember 2004 („certificat médical“) bestätigte Dr. G, dass es sich bei X um einen insulinabhängigen Patienten mit invalidisierenden Rückenbeschwerden im Kreuzbereich handle. Wegen seinen körperlichen und funktionellen Beeinträchtigungen habe er einen sehr schwerwiegenden depressiven Zustand entwickelt. Mit einem Attest vom 5. Januar 2005 bestätigte Dr. G den bisherigen psychischen Krankheitszustand von X („Etat anxiodépressif sévère – aboulie, procrastination“). Die psychiatrische Behandlung müsse fortgeführt werden. Er empfehle eine Überweisung an eine Schmerzklinik. Das Dossier von X sei überdies der Invalidenversicherung übergeben worden.

Hinsichtlich des Beweiswertes eines Arztberichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet, und ob die Schlussfolgerungen der Expertin begründet sind. Massgebend für den Beweiswert kann demnach auch nicht die Herkunft eines Beweismittels sein (BGE 125 V 352, mit Verweis auf BGE 122 V 160 und dortige Hinweise). Die Rechtsprechung erachtet es als mit der freien Beweiswürdigung vereinbar, in Bezug auf medizinische Berichte und Gutachten Richtlinien für die Beweiswürdigung aufzustellen (BGE 125 V 353). Beispielsweise soll der Richter in Bezug auf Berichte von Hausärztinnen der Erfahrungstatsache Rechnung tragen, dass diese mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen (BGE 125 V 353 mit Hinweisen). Bei Parteigutachten rechtfertigt der Umstand allein, dass eine ärztliche Stellungnahme von einer Partei eingeholt und ins Verfahren eingebracht wird, nicht Zweifel an ihrem Beweiswert (BGE 125 V 353 mit Hinweisen). Schliesslich sind retrospektive Beurteilungen der Arbeitsunfähigkeit schwierig und entsprechende Begutachtungen sollten deshalb erhöhten Ansprüchen genügen. Rückwirkende Beurteilungen der Arbeitsunfähigkeiten

bei psychischen Leiden können jedoch nicht erschwert oder gar grundsätzlich abgelehnt werden (Bger Urteil vom 26. Juli 2004/III. Kammer, S. 5).

Der Bericht von Dr. H vom 3. September 2004 wie auch jener vom 6. Oktober 2004 erscheinen schlüssig und sind in sich widerspruchsfrei. Dr. H kennt den Patienten und damit die ganze Krankengeschichte seit einiger Zeit, sodass eine umfassende Beurteilung gewährleistet ist. Die Diagnose der schweren Depression mit den speziellen Erscheinungsformen (aboulie, procrastination) wird überdies in den späteren Zeugnissen und dem ärztlichen Bericht von Dr. G vollumfänglich bestätigt. Ein möglicher Vorbehalt in Bezug auf eine eher wohlwollende Bescheinigung des Hausarztes gegenüber seinem Patienten ist im vorliegenden Fall nicht begründet. Entsprechend den obigen Ausführungen ändert auch die Tatsache, dass es sich bei den Zeugnissen und ärztlichen Berichten um von den Parteien eingebrachte Gutachten handelt, nichts an ihrem Beweiswert. Schliesslich ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin auch ein nachträglich erstelltes Gutachten durchaus geeignet, eine psychische Erkrankung gültig zu bescheinigen. Dies gilt auch dann, wenn es erst nach erfolgter fristloser Kündigung erstellt worden ist.

Insgesamt betrachtet, erbringen die ärztlichen Berichte von Dr. H wie auch jene von Dr. G den überzeugenden Beweis, dass X an einer schweren Depression leidet, die es ihm unmöglich machte, eigene Aktivitäten zu entwickeln. Diese Diagnose bestätigte sich überdies durch den tatsächlichen nachträglichen Krankheitsverlauf. Seine Unterlassungen in Bezug auf die Verpflichtungen der Arbeitgeberin gegenüber sind ihm – zumindest im Verlaufe des Jahres 2004 - nicht vorwerfbar.

7. Entsprechend den vorangehenden Erörterungen sind das Nichteinreichen von Arztzeugnissen wie auch die zumindest nicht konstant wahrgenommene Informationspflicht von X in den Monaten Dezember 2003 und Januar 2004 seiner Arbeitgeberin gegenüber als Fehlverhalten zu werten. Aufgrund des glaubhaft bescheinigten psychischen Krankheitszustandes von X sind sein Verhalten bzw. seine Unterlassungen in der Folge (Vorhalt des wochenlangen unentschuldigtem Fernbleibens vom Arbeitsplatz im Verlaufe des Jahres 2004, Nichteinhaltung von Terminen: insbesondere keine Folge leisten gegenüber der Aufforderung zur Besprechung vom 21. Juli 2004 etc.) als gesundheitlich bedingt zu erklären und können ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin richtete sich das Verhalten von X nicht gezielt gegen sie, sondern es war Ausdruck seiner psychischen Erkrankung.

Die nicht rechtzeitige Bekanntgabe der Adressänderung schliesslich scheint vielmehr auf interne Kommunikationsdefizite bei der Arbeitgeberin zurückzuführen sein, als auf eine vorwerfbare Unterlassung von X.

Einziges X vorwerfbares Fehlverhalten sind demnach die erwähnten Unterlassungen in den Monaten Dezember 2003 und Januar 2004. Sie sind wie bereits erwähnt als relativ schwere Pflichtverletzungen zu betrachten (vgl. Erw. 6.1). In Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips und in Anbetracht, dass die ausserordentliche Kündigung nur restriktiv zu handhaben ist (VPB 68.150 Erw. 4d), erscheint die fristlose Kündigung im vorliegenden Fall als unverhältnismässig sowie der konkreten Situation nicht angemessen und deshalb nichtig. Die X vorwerfbaren Verfehlungen sind aber als relativ schwerwiegend anzusehen und als triftiger Grund für eine ordentliche Kündigung bzw. als Pflichtverletzung im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG zu beurteilen. Die ordentliche Kündigung wäre demnach die sachlich richtige, verhältnismässige und angemessene Lösung gewesen. Einer fristlosen Kündigung hätte überdies eine Verwarnung vorausgehen müssen, was ebenfalls unterblieben ist (VPB 68.150 Erw. 4 c). Die Vorladung zum Gespräch unter Androhung von disziplinarischen Massnahmen erfüllt diese Anforderungen nicht.

Das Arbeitsverhältnis von X hat gestützt auf die Kündigung vom 22. Juli 2004 und unter Beachtung seines 19-jährigen Dienstverhältnisses und der entsprechenden sechsmonatigen Kündigungsfrist gemäss Art. 12 Abs. 3 Bst. c BPG als auf den 31. Januar 2005 aufgelöst zu gelten. Die ETHZ hat dem Beschwerdegegner demnach bis Ende Januar 2005 den Lohn zu entrichten.

8. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass der Antrag auf Feststellung der Gültigkeit der fristlosen Kündigung vom 8. November 2004 abgewiesen werden muss. Die Verfügung der ETHZ vom 22. Juli 2004 bzw. der Wiedererwägungsentscheid vom 21. September 2004 sind aufzuheben und es ist festzustellen, dass diese Anordnungen nichtig sind und das Arbeitsverhältnis mit X als ordentlich gekündigt gilt und somit mit entsprechender Lohnzahlungspflicht auf den 31. Januar 2005 geendet hat.

9. Unabhängig vom Ausgang des Verfahrens ist das Beschwerdeverfahren in personalrechtlichen Angelegenheiten unentgeltlich (Art. 34 Abs. 2 BPG). Ansprüche auf Parteientschädigungen sind bei dem nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdegegner nicht gegeben (Art. 64 VwVG).

Demnach erkennt die ETH-Beschwerdekommision:

1. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Feststellung der Gültigkeit der fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses von X gemäss Verfügung der ETH Zürich vom 22. Juli 2004 bzw. Wiedererwägungsentscheid vom 21. September 2004 wird abgewiesen, und es wird festgestellt, dass die fristlose Kündigung nichtig ist und das Arbeitsverhältnis des Beschwerdegegners bei der ETH Zürich als ordentlich gekündigt gilt und am 31. Januar 2005 geendet hat.
2. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner bis Ende Januar 2005 den Lohn zu bezahlen.
3. Es werden weder Kosten auferlegt noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.
5. Gegen diesen Entscheid kann gemäss Art. 37 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH-Gesetz; SR 414.110) in Verbindung mit Art. 5 und 50 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) **innert 30 Tagen** seit Zustellung des Urteils eine schriftlich begründete Beschwerde bei der Eidgenössischen Personalrekurskommission, Avenue Tissot 8, 1006 Lausanne, erhoben werden. Die Beschwerdeschrift ist im Doppel einzureichen. Sie muss die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters enthalten. Der angefochtene Entscheid und die als Beweismittel hinzugezogenen Urkunden sind der Beschwerde beizulegen (Art. 51 Abs. I und 52 Abs. I VwVG).

Im Namen der ETH-Beschwerdekommision

Der Präsident:

Dr. iur. Theodor Keller

Das Kommissionsmitglied:

Lic. iur. Yolanda Schärli, LL.M.