

# **BVGer A-1246/2018 vom 29. Oktober 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-10-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-1246\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-1246_2018)

FR: TAF A-1246/2018 du 29 octobre 2018

IT: TAF A-1246/2018 del 29 ottobre 2018

## **Regeste**

Auflösung des Arbeitsverhältnisses

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern diese von einer Vorinstanz nach Art. 33 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) stammen und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt (vgl. Art. 31 VGG). Der angefochtene Entscheid ist eine Verfügung im genannten Sinn. Er stammt von einer zulässigen Vorinstanz gemäss Art. 33 Bst. d VGG, eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist demnach für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 36 Abs. 1 BPG).

### **E. 1.2**

Zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist mit seinen Vorbringen nicht durchgedrungen. Er ist durch die Kündigungsverfügung auch materiell beschwert und damit ohne Weiteres zur Beschwerde legitimiert.

### **E. 1.3**

Die Beschwerde wurde ausserdem frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), weshalb darauf einzutreten ist.

### **E. 2.1**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit voller Kognition und überprüft angefochtene Verfügungen auf Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Unangemessenheit (vgl. Art. 49 VwVG). Es auferlegt sich allerdings namentlich dann eine gewisse Zurückhaltung, wenn es um die Beurteilung der Leistungen von Bundesangestellten, um verwaltungsorganisatorische Fragen oder um Probleme der betriebsinternen Zusammenarbeit und des Vertrauensverhältnisses geht. Es weicht im Zweifel nicht von der Auffassung der Vorinstanz ab und setzt sein eigenes Ermessen nicht an die Stelle deren Ermessens. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass keine Anhaltspunkte für eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts bestehen und davon ausgegangen werden

kann, die Vorinstanz habe die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen (vgl. statt vieler Urteile des BVGer A-1399/2017 vom 13. Juni 2018 E. 2.1 und A-7515/2014 vom 29. Juni 2016 E. 2.1).

### **E. 2.2**

Das Bundesverwaltungsgericht würdigt weitere Beweise frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln sowie umfassend und pflichtgemäss (Grundsatz der freien Beweiswürdigung; vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273]; BGE 137 II 266 E. 3.2 und BVGE 2012/33 E. 6.2.1). Es erachtet eine rechtserhebliche Tatsache, für die der volle Beweis zu erbringen ist (Regelbeweismass), nur dann als bewiesen, wenn es gestützt auf die freie Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt, sie habe sich verwirklicht. Absolute Gewissheit ist indes nicht erforderlich. Es genügt, wenn es an der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2 und BVGE 2012/33 E. 6.2.1). Bleibt eine entscheidrelevante Tatsache unbewiesen, gilt im Bereich des öffentlichen Rechts grundsätzlich die Beweislastregel von Art. 8 ZGB als allgemeiner Rechtsgrundsatz. Demnach hat jene Partei die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, die aus der unbewiesenen gebliebenen Tatsache Rechte ableitet (vgl. BGE 133 V 205 E. 5.5; BVGE 2008/24 E. 7.2; Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.150). Im Beschwerdeverfahren betreffend Kündigungen trägt die kündigende Behörde daher namentlich die (objektive) Beweislast für das Vorliegen eines rechtsgenügenden Kündigungsgrundes, die von der Kündigung betroffene Person dagegen namentlich jene für die Missbräuchlichkeit der Kündigung (vgl. Urteile des BVGer A-1399/2017 vom 13. Juni 2018 E. 2.2; A-7515/2014 vom 29. Juni 2016 E. 2.1 und A-6927/2014 vom 1. Oktober 2015 E. 2.1).

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV, SR 101]) im vorinstanzlichen Verfahren und damit verfahrensrechtliche Mängel geltend, über welche vorab zu entscheiden ist. Er macht diesbezüglich geltend, der Entschluss der Vorinstanz, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, habe bereits vor der Gewährung des rechtlichen Gehörs definitiv festgestanden, weshalb sich diese als "reine Farce" erweise. Dies ergebe sich aus der Gesprächsnotiz der Vorinstanz vom 26. Juli 2017, in der es heisse: "Eröffnung Kündigung: Info durch (...), dass Arbeitsverhältnis gekündigt wird." und weiter: "Klärungsfragen: Wie weiter ab morgen? Vorgesehen ist Weiterarbeit am selben Ort bis Ablauf Kündigungsfrist."

### **E. 3.2**

Im Rahmen der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses darf die zuständige Behörde erst nach Kenntnisnahme der gesamten entscheidrelevanten Sachlage und mithin erst nach Anhörung der betroffenen Person zu einer (definitiven) Entscheidung gelangen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 29 und Art. 30 Abs. 1 VwVG) ist verletzt, wenn eine Entlassung schon vor der Anhörung faktisch feststeht (Urteile des Bundesgerichts [BGer] 8C\_340/2014 vom 15. Oktober 2014 E. 5.2, nicht publ. in: BGE 140 I 320 und 8C\_187/2011 vom 14. September 2011 E. 6.2; Urteil des BVGer A-7515/2014 vom 29. Juni 2016 E. 3.3.2). Damit der Arbeitnehmer sein Anhörungsrecht ausreichend wahrnehmen kann, hat er nicht bloss die ihm zur Last gelegten Tatsachen zu kennen,

sondern muss er darüber hinaus auch wissen, mit welchen Massnahmen er zu rechnen hat (Urteile des BGer 8C\_559/2015 vom 9. Dezember 2015 E. 4.2.3.2 und 8C\_258/2014 vom 15. Dezember 2014 E. 7.2.4, je m.H.). Um dies sicherzustellen, wird die Gewährung des rechtlichen Gehörs in der Praxis regelmässig mit einem Verfügungsentwurf verbunden, in dem insbesondere die Kündigungsmotive erläutert werden und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses in Aussicht gestellt wird. Es liegt in der Natur der Sache, dass bei der Arbeitgeberin zu diesem Zeitpunkt grundsätzlich bereits die Absicht besteht, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, ansonsten der Arbeitnehmer dazu nicht angehört werden müsste. Ebenso wenig lässt sich verhindern, dass die Arbeitgeberin regelmässig auf ihrem ursprünglichen Willen beharren wird. Entscheidend ist, dass der Beschluss zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der Gewährung des rechtlichen Gehörs noch nicht endgültig gefasst worden ist, folglich nicht ausgeschlossen ist, dass die Arbeitgeberin auf ihr Vorhaben zurückkommt (zum Ganzen Urteile des BVGer A-7166/2016 vom 7. November 2017 E. 3.2, A-6627/2016 vom 11. April 2017 E. 3.1.4 und A-224/2016 vom 6. April 2017 E. 3.1.4).

### **E. 3.3**

Vorliegend gibt es keine Hinweise, dass sich die Vorinstanz im Zeitpunkt der Gewährung des rechtlichen Gehörs bereits definitiv und unwiderruflich für die Entlassung des Beschwerdeführers entschieden hatte und diesem das rechtliche Gehör bloss pro forma gewährte. Die Gesprächsnotiz vom 26. Juli 2017 ist bloss stichwortartig erstellt. Unter dem Punkt "Ablauf" wird aber ersichtlich, dass noch eine Stellungnahme vom Beschwerdeführer eingeholt wird und eine "Überprüfung" durch die Vorinstanz erfolgt. In der angefochtenen Verfügung setzt sie sich im Einzelnen mit verschiedenen vom Beschwerdeführer vorgebrachten Argumenten seiner Stellungnahme vom 24. August 2017 auseinander. Die Rüge der Gehörsverletzung erweist sich demzufolge als unbegründet.

### **E. 4.1**

Gemäss Art. 10 Abs. 3 BPG kann der Arbeitgeber das unbefristete Arbeitsverhältnis aus sachlich hinreichenden Gründen ordentlich kündigen. Was darunter zu verstehen ist, umschreibt die Bestimmung nicht. Sie zählt in den Buchstaben a bis f jedoch nicht abschliessend mehrere derartige Gründe auf. Zu den aufgeführten Gründen zählen namentlich die Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten (Bst. a) und Mängel in der Leistung oder im Verhalten (Bst. b).

### **E. 4.2**

Die Abgrenzung dieser beiden Kündigungsgründe bereitet einige Schwierigkeiten. Versäumt es die angestellte Person, ihre volle Arbeitskraft zur Erreichung des Arbeitserfolges einzusetzen, oder führt sie die Arbeit so schlecht aus, dass diese das Entstehen eines fehlerfreien Arbeitsergebnisses verhindert, ist ihre Leistung nicht nur mangelhaft, sondern verletzt auch die Arbeitspflicht. Ebenso erweist sich ein mangelhaftes Verhalten oft als Pflichtverletzung. Als mangelhaftes Verhalten, das keine Pflichtverletzung darstellt, kommen etwa ungebührliches oder aufmüpfiges Benehmen, mangelnde Verantwortungsbereitschaft oder fehlende Teamfähigkeit in Frage (vgl. zum Ganzen Harry Nötzli, Handkommentar BPG, 2013, Art. 12 N. 24 ff.).

### **E. 4.3**

Die erwähnte Abgrenzungsproblematik ist insofern nicht überzubewerten, als eine Kündigung sowohl nach Bst. a als auch Bst. b von Art. 10 Abs. 3 BPG grundsätzlich eine

vorgängige Mahnung voraussetzt. Zwar wird diese im revidierten Art. 10 Abs. 3 BPG - im Unterschied zu Art. 12 Abs. 6 Bst. b in der Fassung vom 24. März 2000 (AS 2001 899), der bei Mängeln in der Leistung oder im Verhalten eine schriftliche Mahnung verlangte - nicht mehr erwähnt. Sie ist nach dem Willen des Gesetzgebers jedoch weiterhin erforderlich, wenn sie Sinn macht bzw. grundsätzlich geeignet ist, eine Änderung des Verhaltens der angestellten Person herbeizuführen (vgl. Botschaft vom 31. August 2011 zu einer Änderung des BPG, BBl 2011 6715).

#### **E. 4.4**

Die Mahnung soll der angestellten Person zum einen die begangenen Verfehlungen vorhalten und sie zu künftigem vertragsgemäsem Verhalten anhalten (Rügefunktion). Zum anderen soll sie sie darauf hinweisen, dass bei weiterem oder erneutem vertragswidrigem Verhalten Sanktionen drohen, namentlich die Kündigung ausgesprochen werden kann (Warnfunktion; vgl. Urteil des BGer 8C\_500/2013 vom 15. Januar 2014 E. 7.5). Die angestellte Person muss klar erkennen können, welche Verhaltensweisen der Arbeitgeber nicht mehr zu tolerieren bereit ist und wie sie sich inskünftig zu verhalten hat. In der Mahnung muss deshalb zumindest konkludent eine Androhung der ordentlichen Kündigung für den Fall der Nichtbeachtung der Mahnung zum Ausdruck kommen (vgl. Urteile des BVer A-1399/2017 vom 13. Juni 2018 E. 3.4; A-2708/2016 vom 16. Dezember 2016 E. 6.7 und A-6410/2014 vom 1. September 2015 E. 5.3.1.3). Die Mahnung dient damit der Wahrung des - bei einer Kündigung im Übrigen auch sonst zu beachtenden - Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, indem die angestellte Person bei Vorliegen eines ordentlichen Kündigungsgrundes zunächst verwarnet wird (vgl. Urteil des BGer 8C\_500/2013 vom 15. Januar 2014 E. 7.3 und 7.5; statt vieler Urteil des BVer A-2708/2016 vom 16. Dezember 2016 E. 6.7; auch BBl 2011 6715).

#### **E. 4.5.1**

Der Beschwerdeführer bringt vor, dass die ausgesprochene Mahnung vom 2. Mai 2017 ungerechtfertigt und unverhältnismässig sei. Er arbeite seit dem Jahr 2001 bei der Vorinstanz und verfüge über beste Qualifikationen. Es habe nie Beanstandungen seitens eines Kunden gegeben. Die vorgeworfene Verhaltensweise habe sich erstens nicht so zugetragen, wie dies von der Vorinstanz geschildert werde und zweitens sei es ein singulärer Vorfall von untergeordneter Bedeutung und stelle weder eine Pflichtverletzung noch einen Verhaltensmangel dar, welche eine Mahnung rechtfertigen würden. In der besagten Mahnung sei er spezifisch wegen eines konkreten Verhaltens am 10. April 2017 gegenüber einer Deklarantin gerügt worden. Ein anderes Verhalten, etwa ein unkorrektes Verhalten gegenüber einem Mitarbeitenden oder Vorgesetzten der Zollverwaltung, sei nicht Gegenstand der Rüge gewesen und sei dementsprechend auch nicht von der Rügefunktion der Mahnung erfasst worden.

#### **E. 4.5.2**

Die Vorinstanz entgegnet hierzu, der Beschwerdeführer bagatellisiere die Beschwerde der Deklarantin, was seine Uneinsichtigkeit bezüglich seines inakzeptablen Verhaltens im Umgang mit Kunden ein weiteres Mal verdeutliche. Die Deklarantin habe in ihrer Beschwerde klar geschrieben, dass der Beschwerdeführer den Karton auf die Theke knallte und sie in einem lauten und aggressiven Tonfall angeschrien habe. Ein solches Verhalten sei für die Vorinstanz als Dienstleisterin inakzeptabel und entspreche nicht den Erwartungen und dem Verhaltenskodex des Bundes. Hinzu komme, dass der

Beschwerdeführer einen Mobbingvorwurf in die Öffentlichkeit getragen habe. Sie habe mit der Mahnung das Verhalten des Beschwerdeführers klar gerügt und ein weiteres Mal ihre Erwartung mitgeteilt, dass Meinungsverschiedenheiten und Konflikte mit internen und externen Partnern mit einem konstruktiven Verhalten und in einem anständigen Tonfall mit passender Wortwahl zu klären seien. Ebenso habe sie in der Mahnung unter Konsequenzen festgehalten, dass bei einem erneuten groben Verstoss oder nicht akzeptablen Verhalten, welches gemäss individueller Zielvereinbarung als ungenügend beurteilt werde, das Arbeitsverhältnis gemäss Art. 10 BPG aufgelöst werden könne. Die langjährigen und wiederholten Bemühungen mittels Zielvereinbarungsgesprächen, Meilensteingesprächen, Feedbacks und Personalbeurteilungsgesprächen würden die Mahnung vom 2. Mai 2017 rechtfertigen.

### **E. 4.5.3**

Im Personaldossier findet sich die Mahnung vom 27. April 2017, vom Beschwerdeführer am 2. Mai 2017 unterschrieben. Darin wird der Sachverhalt des Vorfalls vom 10. April 2017 dokumentiert. Dieser lehnt sich an die Beschwerde der Deklarantin (ohne Datum), in der sie beschreibt, wie sie bezüglich einer Korrektur an den Schalter vom Beschwerdeführer gekommen sei. Nach anfänglicher ruhiger und sachlicher Diskussion sei dieser zunehmend aggressiv und lauter geworden. Er habe einen Karton mit Beschäumung auf die Theke geknallt und sie angeschrien, was ihr einfallt, seine Tarifierung in Frage zu stellen. Daraufhin habe sie eine angepasste Kommunikation verlangt und verliess zur Deeskalation des Gesprächs das Zollgebäude. Der Beschwerdeführer sei ihr hinterher gelaufen und habe sich bei ihr entschuldigt, mit der Begründung, dass er im Büro gemobbt werde. Dieser Sachverhalt sei vom Teamchef, soweit von ihm beobachtet, bestätigt worden. In der Mahnung wird festgehalten, dass das Verhalten des Beschwerdeführers nicht den Erwartungen und dem Dienstleistungsverständnis der Vorinstanz entspreche. Der Beschwerdeführer erfüllte mit seinem Verhalten im Bereich der Selbst- und Sozialkompetenz die Anforderungen bezüglich Umgang mit Zollbeteiligten nicht. Mit seinem barschen Umgangston und seinem selbstherrlichen und dominanten Auftreten schade er dem guten Ansehen der Eidgenössischen Zollverwaltung. Zudem sei es nicht akzeptabel, dass er den Mobbingvorwurf an die Öffentlichkeit trage, obwohl er anlässlich eines Differenzbereinigungsgesprächs auf die Frage, ob er gemobbt werde, klar mit "nein" beantwortet habe. In Ziffer 3 der Mahnung werden die Erwartungen an den Beschwerdeführer festgehalten, dass er auf Handlungen, Äusserungen und Bemerkungen, welche dem Verhaltenskodex der Bundesverwaltung widersprechen und den guten Ruf, das Ansehen und die Glaubwürdigkeit des Bundes beeinträchtigen und schädigen, verzichtet. Meinungsverschiedenheiten und Konfliktsituationen mit Zollbeteiligten oder Mitarbeitenden würden mit fairem und konstruktivem Verhalten geklärt. Im Umgang mit internen und externen Partnern sei ein sachlicher und anständiger Umgangston mit passender Wortwahl zu treffen. Schliesslich seien die in der Zielvereinbarung festgelegten grundlegenden Erwartungen im Bereich der Selbst- und Sozialkompetenz zu erfüllen. In Ziffer 4 der Mahnung werden verschiedene Massnahmen aufgeführt, um das Verhalten des Beschwerdeführers regelmässig zu beurteilen und zu verbessern. Ziffer 5 hält fest, dass bei einem erneuten groben Verstoss oder nicht akzeptablen Verhalten, welches gemäss individueller Zielvereinbarung als ungenügend beurteilt wird, das Arbeitsverhältnis gemäss Art. 10 BPG aufgelöst werden könne. Zusammenfassend wurde der Beschwerdeführer somit schriftlich ermahnt und die Verhaltensmängel sowie Erwartungen wurden klar kommuniziert. Der Vorfall vom 10. April 2017 ist aktenkundig und es gibt keine Gründe,

an den Schilderungen der Deklarantin zu zweifeln. Die schriftliche Mahnung vom 27. April 2017, vom Beschwerdeführer am 2. Mai 2017 unterzeichnet, erfüllt demnach in jeder Hinsicht die in E. 4.5 genannten Anforderungen an eine Mahnung. Da es sich keinesfalls um einen untergeordneten Vorfall handelt, erweist sich die Mahnung auch als angemessen und verhältnismässig, weshalb sie rechtmässig ist. Das Erfordernis einer der ordentlichen Kündigung grundsätzlich vorangehenden Mahnung ist demzufolge erfüllt.

### **E. 5.1**

Der Beschwerdeführer rügt im Weiteren, für die Kündigung habe kein sachlich hinreichender Grund bestanden, da ihm nach der erfolgten Mahnung vom 27. April 2017 kein mangelhaftes Verhalten im Sinne von Art. 10 Abs. 3 Bst. b BPG vorgeworfen werden könne, wie dies die Vorinstanz behauptet. Es ist folglich zu prüfen, ob dem Beschwerdeführer vorliegend ein mangelhaftes Verhalten anzulasten ist.

### **E. 5.2**

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. Der Wunsch der Arbeitgeberin, sich von einem schwierigen Angestellten zu trennen, reicht als Kündigungsgrund nicht aus. Die Mängel im Verhalten des betreffenden Mitarbeitenden müssen vielmehr für Dritte nachvollziehbar sein. Durch diese objektive 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. Als mangelhaftes Verhalten kommen zum Beispiel ungebührliches oder aufmüpfiges Benehmen, mangelnde Verantwortungsbereitschaft, fehlende Teamfähigkeit, fehlender Wille zur Zusammenarbeit, Dynamik oder Integration in Frage (zum Ganzen Urteile des BVGer A-6032/2017 28. März 2018 E. 5.3.4 und A-6111/2016 vom 26. Juli 2017 E. 4.1.3).

#### **E. 5.2.1**

Bei den Personalbeurteilungen aus den Jahren 2005 bis 2010 erhielt der Beschwerdeführer immer das höchste oder zweithöchste Prädikat (A++, A+ oder später 4 ["übertrifft die Ziele deutlich"]) in der Gesamtbeurteilung, wobei festzustellen ist, dass bei jeder Personalbeurteilung im Bereich "Sozialkompetenz" jeweils eine Bewertung unter dem Maximalwert (A bzw. 3) resultierte. Im Jahr 2011 wurde er mit einer Gesamtbeurteilung 3 ("erreicht die Ziele vollständig"), im Jahr 2013 wieder mit einer 4 beurteilt. Anlässlich des Meilensteingesprächs/Trend im Juli 2014 tendierten seine Vorgesetzten zu einer Gesamtbeurteilung 3, da der Beschwerdeführer im Bereich Selbstkompetenz eine 3 und bei der Sozialkompetenz eine 2 aufwies, dies deshalb, weil er "sich teilweise mit betrieblichen Veränderungen und anderen Meinungen" schwer tue. Die Zeit darauf wurde geprägt durch den Unfall des Beschwerdeführers und seiner folgenden einjährigen Arbeitsunfähigkeit, internen Versetzungen und Meinungsverschiedenheiten mit seinen Vorgesetzten.

#### **E. 5.2.2**

Nach dem Vorfall mit der Deklarantin vom 10. April 2017 erfolgte am 27. April 2017 die Mahnung (vgl. oben E. 4.5.3). Am 20. Juni 2017 fand das Meilensteingespräch für das erste Halbjahr 2017 statt. Nach diesem Gespräch, bei dem der Beschwerdeführer eine Trend-Gesamtbeurteilung von einer 2 ("genügend") erhielt, erstellte der Vorgesetzte des Beschwerdeführers einen Journaleintrag, den er in einer E-Mail vom 24. Juli 2017 an den

Zollinspektor weiterleitete. Daraus ist zu entnehmen, dass das Gespräch mit dem Beschwerdeführer zwanzig Minuten dauerte und dieser über die Zwischenbeurteilung nicht erfreut war, er sich "jedoch während des Gesprächs beherrschen" konnte. Der Beschwerdeführer wollte daraufhin noch wissen, ob am Ende des Jahres eine Gesamtbeurteilung "gut" möglich sei, ihm der Vorgesetzte daraufhin erklärte, dass er keine Prognosen oder Versprechungen mache und aufgrund einer Abmahnung wegen seines Verhaltens es für ihn in diesem Jahr keine Gesamtbeurteilung "gut" geben könne. In einer Aktennotiz des Zollinspektors vom 22. Juni 2017 wurde dokumentiert, welche Vorwürfe der Beschwerdeführer im Meilensteingespräch an seinen Dienstchef gemacht habe. Er bemängelte, dass er falsch beurteilt werde, sein Vorgesetzter parteiisch sei, dass er an diesem Ort nicht mehr arbeiten könne und dass er wegen ihm Fr. 15'000.- weniger Lohn erhalten würde. Bezüglich letzterem Vorwurf habe er die Leistungsprämien gemeint, die er mit einer Beurteilung 4 im Lohn-Maximum zugesprochen erhalten hätte. Am 26. Juli 2017 gewährte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör, mit der grundsätzlichen Absicht, das Arbeitsverhältnis mit ihm gestützt auf Art. 10 Abs. 3 Bst. b BPG aufzulösen. Nach einer weiteren Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers von 100 % vom 27. Juli 2017 bis zum 3. Januar 2018 kündigte die Vorinstanz das Arbeitsverhältnis mit ihm am 25. Januar 2018 auf den 31. Juli 2018.

### **E. 5.2.3**

Massgebend für die Rechtmässigkeit der Kündigung ist in erster Linie das Verhalten nach der Mahnung vom 27. April 2017, welches von dieser auch erfasst wird. Konkret geht es also um den Zeitraum zwischen dem 28. April 2017 und dem 25. Januar 2018, wobei die Zeit der Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers vom 27. Juli 2017 bis am 3. Januar 2018 ausser Betracht fällt. Bis zum Meilensteingespräch vom 20. Juni 2017 ist aus den Akten kein Vorfall ersichtlich, der Anlass zur Kritik am Verhalten des Beschwerdeführers gegeben hätte. Ausschlaggebend für den Schritt der Kündigung war gemäss Vorinstanz die Enttäuschung über die ungerechtfertigten Anschuldigungen des Beschwerdeführers anlässlich des Meilensteingesprächs an seinen Vorgesetzten sowie der Vorwurf, dass dieser für die verpasste Leistungsprämie verantwortlich sei. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass das Vertrauensverhältnis zum Beschwerdeführer nicht mehr gegeben sei und infolgedessen das Arbeitsverhältnis mit ihm aufzulösen sei.

### **E. 5.2.4**

Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts ist der von der Vorinstanz genannte Vorfall vom 20. Juni 2017 anlässlich des Meilensteingesprächs nicht ausreichend, um das Vertrauensverhältnis derart zu erschüttern, dass das Arbeitsverhältnis mit ihm aufgelöst werden müsste. Insbesondere kann in der Reaktion des Beschwerdeführers auf die tendenzielle Beurteilung für das Jahr 2017 kein Fehlverhalten festgestellt werden, das von der Mahnung vom 27. April 2017 erfasst worden wäre und eine ordentliche Kündigung rechtfertigen würde. Insbesondere hat sich keine Wiederholung des Verhaltens wie jenem im Zusammenhang mit dem Vorfall vom 10. April 2017 zugetragen. Auch ungebührliches oder aufmüpfiges Benehmen, mangelnde Verantwortungsbereitschaft, fehlende Teamfähigkeit oder der fehlende Wille zur Zusammenarbeit kann vorliegend im Zeitraum nach der Mahnung, insbesondere beim Meilensteingespräch, nicht ausgemacht werden. Der Vorgesetzte dokumentiert selbst, dass sich der Beschwerdeführer während des Gesprächs "beherrschen" konnte. Auch im Zeitraum nach der Arbeitsunfähigkeit im Januar 2018 ist kein Vorfall erstellt, den die Vorinstanz zu einer Kündigung veranlasst hätte.

### **E. 5.3**

Insgesamt kann die Vorinstanz nach dem Gesagten ein Fehlverhalten des Beschwerdeführers nicht genügend belegen (vgl. E. 2.2). Es liegt somit kein hinreichend sachlicher Grund für eine ordentliche Kündigung im Sinne von Art. 10 Abs. 3 Bst. b BPG vor. Die Beschwerde ist in diesem Punkt deshalb gutzuheissen.

### **E. 6**

Der Beschwerdeführer macht sodann geltend, die Kündigung sei missbräuchlich, weshalb er den Antrag auf Weiterbeschäftigung stellt.

#### **E. 6.1**

Das Fehlen eines sachlich hinreichenden Kündigungsgrundes begründet für sich allein noch keine Missbräuchlichkeit der Kündigung (statt vieler Urteil des BGer 8C\_895/2015 vom 8. März 2016 E. 3.2 m.H.). Missbräuchlich ist eine Kündigung, wenn sie aus bestimmten Gründen ausgesprochen wird, die in Art. 336 OR (zu dessen Anwendbarkeit im Bundespersonalrecht vgl. Art. 6 Abs. 2 und Art. 34c Abs. 1 Bst. b BPG) umschrieben werden, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist. Sie konkretisiert vielmehr das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot. Eine missbräuchliche Kündigung kann somit auch aus anderen Gründen bejaht werden. Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt indessen voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar 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. Eine Kündigung kann auch missbräuchlich sein, wenn sie sich als Folge einer Fürsorgepflichtverletzung des Arbeitgebers erweist. Gleich wie den privaten trifft auch den öffentlichen Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmenden eine Fürsorgepflicht (zum Ganzen vgl. Urteil des BGer 8C\_87/2017 vom 28. April 2017 E. 6.2; Urteile des BVGer A-4716/2017 vom 8. August 2018 E. 7.2; A-6032/2017 vom 28. März 2018 E. 5.3.2, A-2708/2016 vom 16. Dezember 2016 E. 6.4 ff. und A-5665/2014 vom 29. September 2015 E. 5.2; Beatrix Schibli, Kündigungsschutz in sachlicher Hinsicht im Bundespersonalrecht, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht [SVVOR], Verwaltungsorganisationsrecht - Staatshaftungsrecht - öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2016/2017, S. 199 ff.; Harry Nötzli, in: Portmann/Uhlmann [Hrsg.], Bundespersonalgesetz [BPG], 2013, Art. 14 Rz. 40; je mit Hinweisen).

#### **E. 6.2**

Vorliegend lässt sich eine missbräuchliche Kündigung nicht erstellen. Dem Beschwerdeführer wurde am 27. Dezember 2017, nachdem sich dieser beim HR meldete und bestätigte, dass er am 3. Januar 2018 wieder zu 50 % arbeitsfähig sei, telefonisch mitgeteilt, dass er vorübergehend für die Dauer des Verfahrens in Z. \_\_\_\_\_ eingesetzt werde. Auch wusste der Beschwerdeführer, dass Versetzungsentscheide jeweils schriftlich mit einer entsprechenden Versetzungsvereinbarung mitgeteilt würden. Er konnte also nicht davon ausgehen, dass er definitiv nach Z. \_\_\_\_\_ versetzt worden ist, zumal er noch immer im Besitz der Schlüssel zur Dienstabteilung Y. \_\_\_\_\_ war, welche bei einer Versetzung zurückgegeben werden müssen. Das Vorgehen der Vorinstanz war auch nicht so konstruiert, dass von einem krassen Verstoss gegen Treu und Glauben bzw. einer

schwerwiegenden Verletzung der Persönlichkeit des Beschwerdeführers gesprochen werden könnte, welche die Kündigung als missbräuchlich erscheinen liesse. Sie musste die 180-tägige Sperrfrist abwarten, um dem Beschwerdeführer anschliessend kündigen zu können. Der Beschwerdeführer musste deshalb jederzeit damit rechnen, nachdem ihm im Juli 2017 das rechtliche Gehör gewährt wurde, dass ihm gekündigt werden kann. Ein falsches und verstecktes Spiel ist dabei nicht zu erkennen. Aufgrund der fehlenden missbräuchlicher Kündigung besteht somit kein Weiterbeschäftigungsanspruch (Art. 34c Abs. 1 Bst b BPG). Das entsprechende Begehren des Beschwerdeführers erweist sich damit als unbegründet.

### **E. 7.1**

Nachdem die Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers ausgeschlossen wurde, bleibt die Frage der Entschädigung zu prüfen. In seinem Eventualbegehren beantragt der Beschwerdeführer eine Entschädigung von zwölf Monatslöhnen wegen der sachlich nicht gerechtfertigten Kündigung ohne Abzug der Sozialversicherungsbeiträge (gemäss Art. 34b Abs. 1 Bst. a BPG) sowie eine Abfindung aufgrund seines Monopolberufs in der Höhe von acht Monatslöhnen mit Abzug der Sozialversicherungsbeiträge im Sinne von Art. 78 Abs. 1 Bst. a der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV, SR 172.220.111.3).

#### **E. 7.2.1**

Die Arbeitgeberin richtet der gekündigten Arbeitnehmerin eine Entschädigung aus, wenn sie in einem Beruf arbeitet, nach dem keine oder nur eine schwache Nachfrage besteht. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die Kündigung ohne Verschulden der angestellten Person erfolgt (vgl. Art. 19 Abs. 1 und 2 BPG sowie statt vieler Urteil des BVGer A-2846/2016 vom 18. April 2017 E. 3.6.2 m.w.H.). Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gilt namentlich dann als von der Arbeitnehmerin verschuldet, wenn es durch die Arbeitgeberin aus einem Grund nach Art. 10 Abs. 3 Bst. a-d oder Abs. 4 BPG oder aus einem anderen sachlichen Grund, an dem die angestellte Person das Verschulden trägt, aufgelöst wird (Art. 31 Abs. 1 Bst. a BPV).

#### **E. 7.2.2**

Dass der Beschwerdeführer als Zollfachmann einen Beruf mit Monopolcharakter ausübt, ist unbestritten. Zudem wurde ihm ohne sein Verschulden, nämlich ohne sachlich hinreichenden Grund, gekündigt. Er hat somit einen Anspruch auf eine Entschädigung aus Art. 19 Abs. 3 Bst. a BPG i.V.m. Art. 78 Abs. 1 Bst. a BPV. Angesichts der bescheidenen Nachfrage nach Zollfachleuten und der beschränkten Möglichkeiten, in einem anderen Umfeld als Zollfachmann zu arbeiten, rechtfertigt es sich dem Beschwerdeführer eine Entschädigung in der Höhe von sechs Monatslöhnen (Basis Bruttolohn plus regelmässig ausgerichtete Zulagen, minus der üblichen Abzüge) zuzusprechen, die ihm die Vorinstanz zu bezahlen hat.

#### **E. 7.3.1**

Heisst das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gegen eine Verfügung über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin mangels eines sachlich hinreichenden Grundes gut, ohne dass eine qualifiziert rechtswidrige Kündigung im Sinne von Art. 34c BPG vorliegt, so hat es dem Beschwerdeführer eine Entschädigung von in der Regel mindestens sechs Monatslöhnen und höchstens einem Jahreslohn zuzusprechen, deren Höhe unter Würdigung aller Umstände festzulegen ist (Art. 34b Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 BPG). Im Zusammenhang mit der Entschädigung gemäss Art. 19 Abs. 3 Bst. a BPG

ist anzufügen, dass sofern der Beschwerdeführer die Bedingungen gemäss Art. 19 BPG erfüllt und zusätzlich einen Anspruch auf eine Entschädigung gemäss Art. 34b Abs. 1 Bst. a BPG hat, ihm gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die beiden Entschädigungen kumulativ zuzusprechen sind (vgl. dazu ausführlich Urteil des BVGer A-5046/2014 vom 20. März 2015 E. 7).

### **E. 7.3.2**

Für die Bemessung der Höhe der Entschädigung gemäss Art. 34b Abs. 1 Bst. a BPG ist auf die Schwere der Persönlichkeitsverletzung bzw. des Eingriffs in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers, die Intensität und Dauer der vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien sowie die Art und Weise der Kündigung, die Strafwürdigkeit des Verhaltens der Arbeitgeberin und die Schwere eines allfälligen Mitverschuldens des Arbeitnehmers, das Mass der Widerrechtlichkeit der Entlassung, die soziale und finanzielle Lage des Arbeitnehmers sowie dessen Alter und Stellung im Unternehmen der Arbeitgeberin abzustellen (statt vieler Urteil des BVGer A-4913/2016 vom 26. Juli 2017 E. 7.1 m.w.H.).

### **E. 7.3.3**

Der (...) geborene Beschwerdeführer stand im Zeitpunkt der Kündigung seit rund 16 ½ Jahren in den Diensten der Vorinstanz. Aus den Mitarbeiterbeurteilungen geht hervor, dass er zumindest bis ins Jahr 2013 immer sehr gute Arbeitsergebnisse erbrachte und die Verhaltensziele - nur, aber immerhin - mehrheitlich erreichte. Zu den persönlichen Verhältnissen des Beschwerdeführers lässt sich den Akten nicht viel entnehmen. Gemäss seinem Arbeitsvertrag vom 25. Februar 2008 verdiente er monatlich (...) brutto. Dieser Betrag dürfte in der Zwischenzeit in Anbetracht der jeweiligen Höchstbewertungen der Personalbeurteilungen um einiges höher ausfallen. Der Beschwerdeführer lebt in einer Partnerschaft. Für die Zeit nach dem 31. März 2018 macht der Beschwerdeführer keine Arbeitsunfähigkeit geltend, weshalb er hinsichtlich einer neuen Beschäftigung im Allgemeinen als arbeitsfähig anzusehen ist. Aufgrund seiner soliden Grundausbildung dürften seine Chancen grundsätzlich gut stehen, auf dem Arbeitsmarkt eine neue Stelle zu finden. Einschränkend ist jedoch zu berücksichtigen, dass er in den letzten rund siebzehn Jahren für die Vorinstanz eine relativ spezialisierte Tätigkeit ausübte. Die durch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses beim Beschwerdeführer verursachte Persönlichkeitsverletzung führt - wie gezeigt - nicht zur Missbräuchlichkeit der Kündigung und ist nicht als schwer zu bezeichnen. Zu den aufgetretenen Unstimmigkeiten im Zusammenhang mit den geplanten Versetzungen und neuen Vorgesetzten trugen beide Parteien ihren Teil zum schwierigen Verhalten bei. Die Rüge der Verletzung von Verfahrensregeln erwies sich als unbegründet (vorne E. 3). Aus den Akten geht jedoch auch hervor, dass der Beschwerdeführer gewisse Verhaltensdefizite aufwies.

### **E. 7.3.4**

Unter Berücksichtigung aller Umstände rechtfertigt es sich, dem Beschwerdeführer eine Entschädigung von neun Bruttomonatslöhnen zuzusprechen. Sozialversicherungsbeiträge sind keine abzuziehen, da auf der Entschädigung nach Art. 34b Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 BPG keine solchen zu entrichten sind (vgl. Urteile des BVGer A-7166/2016 vom 7. November 2017 E. 8.4.4 und A-4128/2016 vom 27. Februar 2017 E. 7.2 m.w.H.).

### **E. 8**

Bei diesem Ergebnis ist die Beschwerde insgesamt im Sinne der Erwägungen teilweise gutzuheissen und die Vorinstanz zu verpflichten, dem Beschwerdeführer einerseits eine

Entschädigung von neun Bruttomonatslöhnen, auf welchen keine Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten sind und andererseits eine Entschädigung von sechs Nettomonatslöhnen zu bezahlen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

#### **E. 9.1**

Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist in personalrechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG). Es sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben.

#### **E. 9.2**

Der obsiegenden Partei ist für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (vgl. Art. 8 ff. VGKE). Wird wie vorliegend keine Kostennote eingereicht, setzt das Gericht die Entschädigung aufgrund der Akten fest (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

#### **E. 9.3**

Der teilweise als obsiegend geltende Beschwerdeführer ist durch einen Rechtsanwalt vertreten, weshalb ihm eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen ist. Sie ist in Anbetracht des mutmasslichen Arbeits- und Zeitaufwands auf Fr. 2'000.- festzusetzen und der Vorinstanz zur Zahlung aufzuerlegen. (Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.