

# **BVGer A-3796/2018 vom 22. November 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-11-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-3796\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-3796_2018)

FR: TAF A-3796/2018 du 22 novembre 2018

IT: TAF A-3796/2018 del 22 novembre 2018

## **Regeste**

Auflösung des Arbeitsverhältnisses

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), die von einer Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) erlassen wurde und direkt beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden kann (Art. 36 Abs. 1 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 [BPG, SR 172.220.1]). Da keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (Art. 31 VGG und Art. 44 VwVG). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

#### **E. 1.1**

Die Beschwerdeführerin hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung, mit welcher die Vorinstanz namentlich das bestehende Arbeitsverhältnis auflöste, sowohl formell als auch materiell beschwert. Sie ist deshalb zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

#### **E. 1.2**

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

#### **E. 2.1**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens, sowie auf Angemessenheit hin (vgl. Art. 49 VwVG). Bei der Prüfung der Angemessenheit auferlegt es sich eine gewisse Zurückhaltung, soweit es um die Leistungsbeurteilung von Angestellten, um verwaltungsorganisatorische Fragen oder um Probleme der betriebsinternen Zusammenarbeit und des Vertrauensverhältnisses geht. In diesen Fällen weicht es im Zweifel nicht von der Auffassung der Vorinstanz ab und setzt sein eigenes Ermessen nicht an deren Stelle (vgl. statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3912/2016 vom 14. November 2016 E. 2.1; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., Bern 2013, Rz. 2.160 m.w.H.).

#### **E. 2.2**

Das Bundesverwaltungsgericht wendet das Recht grundsätzlich frei an, ohne an die Anträge oder die rechtlichen Begründungen der Parteien gebunden zu sein (Art. 62 Abs. 4 VwVG). 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 (statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4389/2016 vom 21. September 2016 E. 2.2.).

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass die Vorinstanz die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses auf den sachlichen Kündigungsgrund der fehlenden Tauglichkeit stützen kann. Sie führt insbesondere aus, der Grund für die Kündigung bestehe darin, dass die Vorinstanz keine Bereitschaft zeige, ihr Tätigkeiten zuzuweisen, welche die medizinischen Schonauflagen erfüllen würden. Dies zeige sich dadurch, dass die Leiterin des Ressorts Reinigung der Vorinstanz in ihrem Bericht vom 9. Januar 2018 aus dem Bericht des Health & Medical Service den Schluss ziehe, dass es dem Ressort Reinigung aus betrieblichen und organisatorischen Gründen nicht möglich sei, die Schonauflagen bei der Toureinteilung dauerhaft zu berücksichtigen und einzuhalten, weshalb die Beschwerdeführerin nicht mehr weiter als Reinigungskraft beschäftigt werden könne. Ausserdem macht die Beschwerdeführerin geltend, es seien nicht sämtliche Möglichkeiten für eine Weiterbeschäftigung ausgeschöpft worden. Insbesondere sei sie sehr wohl willens und in der Lage, eine Arbeit zu verrichten, sofern die Einhaltung der Schonauflagen gewährleistet sei, so z.B. in der Textilpflege. Jedoch sei ihr von der Vorinstanz keine solche Arbeit angeboten worden.

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz entgegnet, das Arbeitsverhältnis sei unter Einhaltung der Kündigungsschutzbestimmungen und wegen fehlender Tauglichkeit der Beschwerdeführerin, die vereinbarten Tätigkeiten zu verrichten, gekündigt worden. Die Reintegrationsbemühungen seien sodann erfolglos geblieben und es habe der Beschwerdeführerin keine ihren Möglichkeiten entsprechende Arbeit angeboten werden können. Bereits seit dem 5. Januar 2017 sei die Beschwerdeführerin ununterbrochen zu 100% arbeitsunfähig und eine eigens auf ihre Situation zugeschnittene neue Reinigungstour habe sie - abgesehen von zwei kurzen im Rahmen einer arbeitsmarktlich-medizinischen Abklärung durchgeführten Arbeitsversuche Ende 2016/Anfang 2017 - nie angetreten. Ihr unvermitteltes Angebot zur Arbeitsleistung sei sodann unglaubwürdig, habe sie doch die beiden Arbeitsversuche jeweils nach zwei Stunden abgebrochen. Dies habe zur Erkenntnis geführt, dass das medizinische Zumutbarkeitsprofil der Beschwerdeführerin und die vertraglich vereinbarten Anforderungen nicht kompatibel seien, weshalb eine Untauglichkeit vorliege. Aufgrund der hochgradigen Einschränkungen in der körperlichen Leistungsfähigkeit und nach über Jahre hinweg wiederholt vorgenommenen Anpassungen im Arbeitsumfeld bestehe keine Aussicht auf Besserung. Als Arbeitgeberin sei sie ihrer Reintegrationspflicht mehr als genügend nachgekommen, habe sie doch alle sinnvollen und zumutbaren Massnahmen ergriffen. Doch zeige sich, dass aus betrieblichen und organisatorischen Gründen die geforderten Schonauflagen künftig nicht mehr dauerhaft berücksichtigt werden könnten und die Beschwerdeführerin die vertraglichen Anforderungen sodann nicht mehr erfüllen könne. Damit sei mit der Untauglichkeit ein sachlicher Grund gegeben, weshalb eine Weiterbeschäftigung innerhalb der Bundesverwaltung ausser Betracht falle.

### **E. 3.3.1**

Die Arbeitgeberin kann ein unbefristetes Arbeitsverhältnis gemäss Art. 10 Abs. 3 BPG nur aus sachlich hinreichenden Gründen ordentlich kündigen. Diese Gesetzesbestimmung enthält einen (nicht abschliessenden) Katalog mit verschiedenen Kündigungsgründen. Das Arbeitsverhältnis kann von der Arbeitgeberin namentlich wegen mangelnder Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft der Arbeitnehmerin, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten, aufgelöst werden (Bst. c). Unter den Begriff der fehlenden Eignung bzw. Tauglichkeit gemäss Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG fallen all jene Gründe, die mit der Person des Arbeitnehmers in Zusammenhang stehen und ihn nicht oder nur ungenügend in die Lage versetzen, die vereinbarte Arbeit zu leisten. Gesundheitliche Probleme sind deutliche Indizien einer bestehenden Untauglichkeit oder Ungeeignetheit (vgl. Urteile des Bundesgerichts 8C\_714/2017 vom 7. März 2018 E. 4.2.2 und 8C\_87/2017 vom 28. April 2017 E. 4.2 m.w.H).

### **E. 3.3.2**

In Krankheitsfällen darf nur dann von einer mangelnden Tauglichkeit im Sinne von Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG ausgegangen werden, wenn dieser Zustand im Zeitpunkt der Kündigung bereits über einen längeren Zeitraum andauert und nicht von einer baldigen Besserung der gesundheitlichen Verfassung des betroffenen Arbeitnehmers auszugehen ist. Das Bundespersonalrecht sieht bei krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsverhinderung einerseits eine - vorliegend nicht bestrittene - Lohnfortzahlungspflicht von zwei Jahren vor (Art. 56 Abs. 1 und 2 der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 [BPV, SR 172.220.111.3]) andererseits darf das Arbeitsverhältnis in einem solchen Fall grundsätzlich frühestens auf das Ende einer Frist von zwei Jahren nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit ordentlich aufgelöst werden (Art. 31a Abs. 1 BPV). Im Allgemeinen ist daher (frühestens) nach zwei Jahren von einer längeren Krankheit auszugehen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_714/2017 vom 7. März 2018 E. 4.2.2.2 m.w.H.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4517/2015 vom 15. Februar 2016 E. 8.5). Dabei ist zu beachten, dass gemäss Art. 31a Abs. 3 BPV (gültig ab 1. Juli 2013) bei Arbeitsverhinderung infolge einer neuen Krankheit oder infolge erneuten Auftretens einer Krankheit diese Frist nur dann neu zu laufen beginnt, wenn die angestellte Person zuvor während mindestens zwölf Monaten ununterbrochen entsprechend ihrem Beschäftigungsgrad arbeitsfähig war. Kurze Abwesenheiten werden dabei nicht berücksichtigt. War die angestellte Person bereits vor Inkrafttreten der ab 1. Juli 2013 geltenden Änderung wegen Krankheit oder Unfall an der Arbeit verhindert, so wird die Dauer der Arbeitsverhinderung gemäss Art. 116e Abs. 3 BPV (Fassung vom 1. Juli 2013) an die Frist von zwei Jahren nach Art. 31a BPV angerechnet.

#### **E. 3.3.2.1**

Die Beschwerdeführerin leidet seit 2001 unter chronischen gesundheitlichen Problemen. Von 2013 bis 2016 kamen - z.T. im Zusammenhang mit Komplikationen aufgrund von Operationen - weitere gesundheitliche Probleme hinzu, welche die Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin mehr und mehr einschränkten. Seit dem Jahr 2013 war sie bis Ende April 2018 an insgesamt 1051 Tagen, aufgrund ihrer gesundheitlichen Beschwerden von der Arbeit abwesend, wobei sie seit 5. Januar 2017 zu 100% arbeitsunfähig ist. Diese Umstände zeigen auf, dass die Beschwerdeführerin seit 2013 nie mehr ohne längere krankheits- oder unfallbedingte Unterbrüche während eines vollen Jahres gearbeitet hat, wie dies von Art. 31a Abs. 3 BPV vorausgesetzt wird, um den Lauf der zweijährigen Kündigungsschutzfrist neu beginnen zu lassen. Demnach sind seit 2013 die Absenzen von

mehr als 1000 Tagen Abwesenheit aufgrund der Arbeitsunfähigkeit aufzurechnen, weshalb ein Fall von langanhaltender Krankheit i.S. des Gesetzes vorliegt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_714/2017 vom 7. März 2018 E. 4.2.2.2 m.w.H.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5488/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 4.2).

#### **E. 3.3.2.2**

Seit der Dispensation von Arbeiten mit der Blochmaschine durch den Medical Service und der Anordnung von Schonauflagen im Mai 2001 hat sich der Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin über die Jahre hinweg - und trotz ergriffenen Massnahmen, um die Schonauflagen umzusetzen - kontinuierlich verschlechtert. Immer wieder blieb die Beschwerdeführerin krankheitsbedingt für lange Zeitperioden der Arbeit fern, so insbesondere 2009 und 2010 sowie 2014 bis 2017. Die Abklärungen der IV-Stelle Bern im Jahre 2010 ergaben zwar noch einen Gesamtinvaliditätsgrad von 19% und der Bericht des Health & Medical Service hielt eine Restarbeitsfähigkeit von 50% für eine körperlich mittelschwere Arbeit resp. von 100% für eine leichte Tätigkeit für möglich. Auch in seinem Schreiben vom 10. Mai 2017 hielt der Health & Medical Service noch fest, dass unter der damals laufenden Behandlung eine schrittweise Besserung zu erwarten und damit ein Wiedereinstieg in die Arbeit möglich sei. Dennoch trat diese Besserung nicht ein und die Beschwerdeführerin war das gesamte Jahr 2017 bis Ende April 2018 zu 100% arbeitsunfähig. Die von der BAND Genossenschaft durchgeführte arbeitsmarktlich-medizinische Abklärung (Abschlussbericht vom 6. Dezember 2017), welche u.a. die Durchführung von zwei Arbeitsversuchen in der Reinigung beinhaltete, welche die Beschwerdeführerin jedoch nach jeweils zwei Stunden - selbst unter angepassten Anforderungen - abbrach, führten zur Erkenntnis des Health & Medical Service (Stellungnahme vom 3. Januar 2018), dass das medizinische Zumutbarkeitsprofil nicht kompatibel sei mit den Anforderungen, welche die Beschwerdeführerin aufgrund ihres Arbeitsvertrages zu erfüllen habe und dass sich sodann keine Aussicht auf Besserung ergebe. Aufgrund dieser Sachlage ist denn auch nicht davon auszugehen, dass eine baldige Besserung des Gesundheitszustandes der Beschwerdeführerin eintritt, um ihre Arbeit wieder aufzunehmen.

#### **E. 3.3.2.3**

Der von Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG vorausgesetzte sachliche Kündigungsgrund der fehlenden Tauglichkeit stützt sich auf die objektiv messbare Dauer der krankheitsbedingten Abwesenheit von der Arbeit sowie die fehlende Aussicht auf Besserung des Gesundheitszustandes. Der vorstehend beschriebene Krankheitsverlauf sowie der wiedergegebene Standpunkt des Health & Medical Service belegen, dass die Krankheit der Beschwerdeführerin als langandauernd einzustufen ist. Da zudem innert angemessener Frist bei ihr auch zukünftig nicht mit einer Besserung zu rechnen ist, hat die Vorinstanz den sachlichen Kündigungsgrund von Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG zu Recht bejaht.

#### **E. 3.4**

Es stellt sich sodann die Frage nach der Pflicht der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin weiter zu beschäftigen resp. nach der langen Arbeitsunfähigkeit wieder in den Arbeitsprozess einzugliedern. Hierzu ist vorab auf Neuerungen im Bundespersonalrecht zu verweisen.

#### **E. 3.4.1**

Am 1. Januar 2017 traten die vom Bundesrat am 2. Dezember 2016 beschlossenen Änderungen im Personalrecht in Kraft, welche u.a. den Art. 31 BPV durch Aufhebung dessen Abs. 2 (wonach eine Kündigung aus wichtigen Gründen als unverschuldet erklärt werden konnte) revidierten. Bis zu diesem Zeitpunkt wurden mangelnde Eignung und Tauglichkeit i.S.v. Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG durch die Rechtsprechung als objektive, nicht vom Arbeitnehmer verschuldete Kündigungsgründe erachtet (vgl. auch aArt. 31 Abs. 1 Bst. a und 2 BPV; z.B. Urteile des Bundesgerichts 8C\_714/2017 vom 7. März 2018 E. 4.2.2.1., 8C\_87/2017 vom 28. April 2017 E. 4.2 m.w.H., Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5819/2016 vom 22. November 2017 E. 3.2.3). Daraus ergab sich in Anwendung von Art. 19 Abs. 1 BPG eine Pflicht des Arbeitgebers bei Vorliegen eines durch die angestellte Person nicht verschuldeten Kündigungsgrundes vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses alle sinnvollen und zumutbaren Möglichkeiten einer Weiterbeschäftigung auszuschöpfen.

#### **E. 3.4.2**

Neu gilt eine Untauglichkeit nach Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG ohne Ausnahme nicht mehr als unverschuldeter Kündigungsgrund (Art. 31 Abs. 1 Bst. a BPV), was konsequenterweise ein Dahinfallen der Pflicht zur Weiterbeschäftigung zur Folge hätte. Grund für diese Neuerung ist die Absicht des Gesetzgebers, die Entschädigungsfolgen neu zu regeln (Art. 78 Abs. 3 Bst. b BPV) und zu verhindern, dass zusätzlich zu einer bereits durch die PUBLICA oder IV entrichteten Kompensation der Einkommenseinbusse noch eine Abgangsentschädigung des Arbeitgebers ausgerichtet wird (vgl. Ausführungen des Eidgenössischen Personalamtes EPA vom 2. Dezember 2016 zu den Änderungen im Personalrecht; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-662/2017 vom 31. August 2017 E. 5.2.1 f.).

#### **E. 3.4.3**

Hintergrund für die Anpassung der BPV sind demnach allein Überlegungen, die finanziellen Folgen einer Kündigung neu zu regeln. Weiterhin besteht jedoch insbesondere die - bereits im alten Bundespersonalrecht niedergelegte und in das revidierte BPG von 2013 übernommene - Absicht des Gesetzgebers, den Arbeitgeber zur Ausschöpfung seiner Möglichkeiten in Bezug auf die Prüfung einer Weiterbeschäftigung als Ausdruck der Fürsorgepflicht zu verpflichten, gilt diese doch als zentraler Aspekt des Arbeitnehmerschutzes (vgl. Botschaft zum BPG vom 31. August 2011, BBl 2011 6718; Rémy Wyler/Matthieu Briguet, *La fin des rapports de travail dans sa fonction publique*, Bern 2017, S. 78; Urs Bürgi/Gudrun Bürgi-Schneider [Hrsg.], *Handbuch öffentliches Personalrecht*, Kapitel 1: Öffentliches Personalrecht des Bundes, Rz. 125, 194; Harry Nötzli, in: Wolfgang Portmann/Felix Uhlmann [Hrsg.], *Bundespersonalgesetz [BPG]*, Stämpflis Handkommentar, Bern 2013, Art. 19, Rz. 2 f., 26). Die Weiterbeschäftigungspflicht ist Ausdruck der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber seinen Angestellten, welche sich im Bundespersonalrecht aus den Art. 4 Abs. 2 Bst. g BPG sowie Art. 6 Abs. 2 BPG i.V.m. Art. 328 des Obligationenrechts vom 30. März 1011 (OR, SR 220) ergibt. Demnach ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses Schutz und Fürsorge zuteil werden zu lassen und dessen berechtigten Interessen in guten Treuen zu wahren (vgl. Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, *Basler Kommentar zum Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 [nachfolgend: BSK-OR], Art. 328, Rz. 1). Dies belegt auch Art. 11a BPV, wonach alle sinnvollen und zumutbaren Möglichkeiten auszuschöpfen sind, um eine angestellte Person nach krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsverhinderung wieder in den Arbeitsprozess einzugliedern. Dabei

können die Personal- und Sozialberatung in die Abklärungen einbezogen werden (Abs. 1; Eingliederungsmassnahmen des Arbeitgebers). Selbst wenn sich diese Bestimmung auf die Reintegration bezieht, kann sie analog auf die Weiterbeschäftigung angewendet werden. In Analogie zu Art. 11a Art. 2 BPV hat sodann die angestellte Person auch an den Anstrengungen zur Wiedereingliederung oder Weiterbeschäftigung mitzuwirken.

#### **E. 3.5.1**

Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerdeschrift vom 28. Juni 2018 geltend, es seien nicht alle denkbaren Massnahmen ausgeschöpft worden, um sie weiter zu beschäftigen. Da die Einhaltung der Schonauflagen im Reinigungsbereich nicht mehr möglich sei, müsse ihr eine anderweitige Aufgabe zugewiesen werden, so z.B. in der Textilpflege. Die Vorinstanz habe jedoch gezeigt, dass sie nicht bereit sei, ihr eine Tätigkeit zuzuweisen, welche die medizinischen Schonauflagen berücksichtigen würde.

#### **E. 3.5.2**

Die Vorinstanz verweist im Wesentlichen auf ihre in der Verfügung vom 28. Mai 2018 gemachten Ausführungen betreffend die verschiedenen Anstrengungen, der Beschwerdeführerin Arbeitsbedingungen zu verschaffen, welche die Einhaltung der Schonauflagen ermöglichen. Doch habe die Beschwerdeführerin verschiedentlich diese Massnahmen oder Vorschläge abgelehnt, insbesondere habe sie die speziell auf sie zugeschnittene Reinigungstour nicht angetreten.

#### **E. 3.5.3**

Wie die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 28. Mai 2018 ausführlich und nachvollziehbar darlegt, wurde bereits früh damit begonnen, dem Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin durch angemessene Massnahmen Rechnung zu tragen. So wurden bereits im Jahr 2001 Schonauflagen definiert, welche die Dispensation von der Arbeit mit der Blochmaschine nach sich zogen, was im Wesentlichen auch der Sachverhaltsdarstellung der Beschwerdeführerin zu entnehmen ist. So wurden der Beschwerdeführerin neue Arbeitsstellen zugewiesen, sobald sich aufgrund von organisatorischen oder betrieblichen Umstellungen sowie aufgrund ihres sich weiter verschlechternden Gesundheitszustandes abzeichnete, dass die Schonauflagen nicht mehr eingehalten werden konnten. Ausserdem wurde ihr u.a. ein spezieller Putzwagen zur Verfügung gestellt, der ihr das Schieben erleichterte. Es wurde ihr ein Kollege zur Unterstützung zugeteilt, um schwerere Arbeiten zu verrichten oder es wurde ihr mehr Zeit für die Erledigung der Arbeiten eingeräumt. Im Weiteren wurden ihr alternative Reinigungsarbeiten wie z.B. Textilpflege zugewiesen, soweit freie Kapazitäten vorhanden waren. Die Schonauflagen wurden regelmässig ärztlich überprüft resp. angepasst. Aufgrund der 2010 bei der IV-Stelle Bern durchgeführten Abklärungen fanden 2011 sodann unter Einbezug der IV-Stelle, der Sozial- und Personalberatung dem Vorgesetzten sowie des Personaldienstes Gespräche zur Reduzierung des Beschäftigungsgrades statt. Ein Arbeitsversuch verlief jedoch positiv, sodass auf eine Reduktion des Pensums verzichtet werden konnte. Aufgrund zahlreicher und langer Absenzen von jeweils mehreren Wochen beauftragte die Case Managerin der Vorinstanz im Sommer 2016 die IV-Stelle Bern erneut mit der Überprüfung des Gesundheitszustandes der Beschwerdeführerin. Im Herbst 2016 wurde deren Arbeitsplatz aufgrund betrieblicher Veränderungen ausgelagert, was ihre Versetzung in ein anderes Gebäude nach sich zog. Aufgrund von Schwierigkeiten, die Schonauflagen zu erfüllen, stellte der Vorgesetzte der Beschwerdeführerin eine eigens angepasste Reinigungstour zusammen, welche unter den

bekannten Schonauflagen hätte bewältigt werden können. Die Beschwerdeführerin äusserte sich anlässlich einer Besichtigung allerdings skeptisch, startete aber dennoch einen Arbeitsversuch von gut zwei Wochen zu 100% und knapp einem Monat mit einem Pensum von 50%. In der Folge äusserte sie sich jedoch unzufrieden mit diesem Arbeitsplatz und bemängelte die angeblich schweren Türen, welche sie zu bedienen hatte. Ebenso war sie der Meinung, dass die Schonauflagen nicht eingehalten würden und dass sie unfair behandelt werde. In diesem Zusammenhang betont die Vorinstanz hingegen, dass sie seit Jahren bemüht gewesen sei, die Schonauflagen einzuhalten und wenn nötig und möglich Arbeitsmaterial und Reinigungstouren an die Bedürfnisse der Beschwerdeführerin anzupassen. Anlässlich eines erneuten Gesprächs mit der Beschwerdeführerin am 16. Februar 2017 wurde unter Beteiligung von Vorgesetzten, einer Vertreterin der Personal- und Sozialberatung, der Case Managerin der Vorinstanz und einer Spezialistin Personalreinigung erneut vereinbart, die Reinigungstour anzupassen. Am 3. Mai 2017 folgte sodann ein weiteres Gespräch u.a. unter Beteiligung einer Vertreterin des Personalverbandes des Bundes sowie einer Personalberaterin, welche das Vertrauen der Beschwerdeführerin geniesst. Dabei wurde ein angepasster Aufgabenkatalog besprochen und die Beschwerdeführerin hatte die Gelegenheit, Türen mit unterschiedlichem Schweregrad, welche mit jenen auf ihrer Reinigungstour identisch waren, zu bedienen. Nach eigenen Angaben stellte diese Bedienung für die Beschwerdeführerin kein Problem dar. Dennoch zeigte sich die Beschwerdeführerin auch nach diesem Türentest nicht überzeugt von der neuen Stelle, verwies stattdessen auf Spannungen mit dem Vorgesetzten und äusserte den Wunsch nach einem Wechsel in ein anderes Reinigungscenter. Die erwähnten Spannungen konnten von der Personalberaterin unter Hinweis auf die gemäss Personalbeurteilungen gute Zusammenarbeit allerdings nicht bestätigt werden. Abgesehen von den beiden kurzen Arbeitsversuchen Ende 2016 und Anfang 2017 hat die Beschwerdeführerin die auf sie zugeschnittene Reinigungstour sodann nie angetreten und zeigte gemäss den glaubhaften Ausführungen der Vorinstanz keinen Willen, einen weiteren Arbeitsversuch zu starten. Aufgrund der durch die IV-Stelle Bern im Verlaufe des Jahres 2017 organisierten arbeitsmarktlich-medizinischen Abklärung (AMA) bei der BAND Genossenschaft in Bern, welche aufzeigte, dass das medizinische Zumutbarkeitsprofil nicht kompatibel sei mit den an die Beschwerdeführerin gestellten Anforderungen, kam der Health&Medical Service zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin als Mitarbeiterin Unterhaltsreinigung höchstens eingeschränkt tauglich sei. Er definierte eine Reihe von medizinisch bedingten Schonauflagen, ohne deren dauerhafte Einhaltung am Arbeitsplatz die Beschwerdeführerin als für die zu erledigende Arbeit untauglich anzusehen sei. Am 10. Januar 2018 wurden der AMA-Bericht sowie die Stellungnahme des Health&Medical Service durch Vertreterinnen der Vorinstanz, der Personal- und Sozialberatung, der IV-Stelle Bern sowie der Personalberaterin der Beschwerdeführerin in deren Anwesenheit besprochen und die Gründe dargelegt, weshalb eine Weiterbeschäftigung nicht mehr möglich sei. Wie die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 28. Mai 2018 sodann darlegt, ist es anlässlich dieses Gesprächs keiner der beteiligten Personen gelungen, die Beschwerdeführerin zu motivieren, nach vorne zu schauen und sich aktiv, mit entsprechender Unterstützung um ihre Neuorientierung zu kümmern. Wie bereits vorne erwähnt ist die Beschwerdeführerin demnach aus medizinischen Gründen nicht mehr in der Lage, die nach dem Arbeitsvertrag vom 12. November 2001 vereinbarte Arbeit zu verrichten. Die Beschwerdeführerin zeigt sich jedoch auch nicht bereit, die speziell für sie geschaffene Reinigungstour anzutreten und fordert stattdessen, es sei ihr eine Arbeit

vorzugsweise im Textilbereich (Wäscherei) zuzuweisen.

#### **E. 3.5.4**

Diese Ausführungen und insbesondere die von der Vorinstanz ergriffenen Massnahmen und Anstrengungen, die medizinischen Schonauflagen zu überprüfen, anzupassen und umzusetzen, werden von der Beschwerdeführerin nicht substantiiert bestritten. Sie bringt einzig vor, die medizinischen Schonauflagen seien nicht umfassend eingehalten worden. Im Wesentlichen wirft sie der Vorinstanz einzig vor, ihr keine Stelle in der Wäscherei zu verschaffen, könnten doch dort die Schonauflagen eingehalten werden.

Unbestrittenermassen würde eine Beschäftigung in der Textilpflege den medizinischen Schonauflagen umfassend Rechnung tragen. Doch legt die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 31. Juli 2018 nachvollziehbar dar, dass in diesem Arbeitsbereich aufgrund altrechtlich abgeschlossener Vereinbarungen einzelne Personen aus gesundheitlichen Gründen beschäftigt werden. Die Stellen würden jedoch nur durch Mitarbeitende besetzt, die ihre angestammte Tätigkeit vorübergehend nicht mehr verrichten könnten. Da die Beschwerdeführerin dauerhaft in ihrer Arbeitsleistung eingeschränkt sei, erfülle sie diese Voraussetzung ohnehin nicht. Die Stellen in der Textilpflege seien im Übrigen mit dem heutigen Reinigungskonzept nicht mehr kompatibel, weshalb sie beim Austritt der Stelleninhabenden nicht mehr besetzt würden und die Schaffung einer Stelle explizit für die Beschwerdeführerin nicht in Frage komme.

#### **E. 3.5.5**

Im Einklang mit Art. 19 Abs. 1 BPG resp. Art. 11a Abs. 1 BPV hatte sich die Vorinstanz während mehr als 15 Jahren darum bemüht, den gesundheitlichen Beschwerden der Beschwerdeführerin Rechnung zu tragen, indem sie ihr neue Arbeitsstellen zuwies, spezielles Arbeitsmaterial zur Verfügung oder unterstützend Personal zur Seite stellte sowie Reinigungstouren anpasste oder eigens zusammenstellte. Es zeigt sich, dass die Vorinstanz stets bedacht war, die Schonauflagen einzuhalten, auch wenn die Beschwerdeführerin Gegensätzliches behauptet und ausführt, sie habe Böden putzen oder schwere Putzwagen über grosse Distanzen schieben müssen. Diese Behauptungen vermag die Beschwerdeführerin allerdings nicht zu belegen, geht doch aus den Akten immerhin auch eine Dispensation von der Bodenreinigung hervor (Stellungnahme der Vorinstanz vom 9. Januar 2018 bez. Bericht des Health & Medical Service vom 3. Januar 2018). Vielmehr legt die Vorinstanz überzeugend dar, dass sie stets bestrebt war, die vom Health & Medical Service definierten medizinischen Schonauflagen zu erfüllen. Sobald Gefahr bestand, diese nicht einhalten zu können, seien deshalb entsprechende Massnahmen ergriffen worden. Dabei wurden Fachstellen wie der Sozialdienst oder die IV-Stelle und Personalverantwortliche resp. Case Managerin einbezogen, um tragbare Lösungen zu finden und um der Beschwerdeführerin entgegen zu kommen. Die Mitwirkung der Beschwerdeführerin erwies sich demgegenüber als mangelhaft. Zwar hat sie an Arbeitsversuchen mitgewirkt, letztendlich jedoch alle Anstrengungen kritisiert und die eigens für sie zusammengestellte Reinigungstour nie angetreten. Stattdessen erwartete sie, dass die Vorinstanz eine nicht vorhandene Stelle in der Textilpflege schaffe. Die Schaffung einer solchen massgeschneiderten Arbeitsstelle kann jedoch nicht aus der Fürsorgepflicht abgeleitet und dem Arbeitgeber aus betrieblichen und organisatorischen Gründen auch nicht zugemutet werden, muss er doch eine Kontinuität im Betrieb aufrechterhalten können. Im Weiteren ergeben die Ausführungen der Vorinstanz, dass der Wäschereibetrieb in absehbarer Zeit nicht mehr durch ihr Reinigungspersonal betrieben wird, weshalb eine

Weiterbeschäftigung der Beschwerdeführerin in diesem Bereich von vorneherein nicht möglich ist. Aufgrund der gemachten Ausführungen kann im vorliegenden Fall keine Verletzung der Fürsorgepflicht erkannt werden.

### **E. 3.6**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage ist, die vertraglichen Anforderungen zu erfüllen, dass damit der sachliche Kündigungsgrund der Untauglichkeit i.S.v. Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG vorliegt und dass die Vorinstanz über viele Jahre hinweg alle sinnvollen und zumutbaren Massnahmen ergriffen hat, um die Beschwerdeführerin wieder in den Arbeitsprozess einzugliedern resp. weiter zu beschäftigen. Insbesondere kann der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden, dass sie der Beschwerdeführerin keine Arbeitsstelle anzubieten vermag, welche auf Dauer den Anforderungen an ihr Zumutbarkeitsprofil entsprechen kann. Da auch die Kündigungsschutzfrist gemäss Art. 31a Abs. 1 und 3 BPV - von der Beschwerdeführerin unbestritten - eingehalten wurde, stand - wie die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 28. Mai 2018 zutreffend darlegt - einer ordentlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses aufgrund medizinischer Untauglichkeit nichts entgegen. Die Kündigung ist somit rechtmässig erfolgt und die Beschwerde in diesem Punkt abzuweisen.

### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin beantragt weiter, es sei ihr eventualiter eine angemessene Entschädigung auszurichten. Sie begründet ihr Begehren im Wesentlichen damit, dass der allfällige Kündigungsgrund aufgrund seiner medizinischen Ursache nicht durch sie verschuldet sei. Ausserdem habe ihr Arbeitsverhältnis mehr als 20 Jahre gedauert und sie sei über 50-jährig.

### **E. 4.2**

Die Vorinstanz führt bereits in ihrer angefochtenen Verfügung vom 28. Juni 2018 aus, nach dem 1. Januar 2017 ausgesprochene Kündigungen aufgrund von Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG seien nicht mehr als unverschuldete Kündigungen zu qualifizieren. "Verschuldet" bedeute sodann auch nicht, dass der Beschwerdeführerin ein Fehlverhalten vorgeworfen werde, sondern vielmehr, dass der Kündigungsgrund in ihrer Person liege. Aufgrund der Revision der BPV per 1. Januar 2017 werde die Entrichtung einer Abgangsentschädigung explizit dann ausgeschlossen, wenn ein Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Kündigungsschutzfrist wegen mangelnder Tauglichkeit aufgelöst werde.

### **E. 4.3**

Wie bereits dargelegt, erfasst die per 1. Januar 2017 revidierte BPV die Untauglichkeit gemäss Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG als sachlichen Kündigungsgrund, der durch die betroffenen Person - vorliegend der Beschwerdeführerin - verschuldet ist (Art. 31 Abs. 1 BPV). Die Ausrichtung einer Entschädigung gemäss Art. 19 Abs. 1 und 3 BPV i.V.m. Art. 78 BPV setzt hingegen voraus, dass die Kündigung nicht durch die angestellte Person verschuldet ist. Demzufolge kommt im vorliegenden Fall einer mangelnden Tauglichkeit - wie bereits die Vorinstanz korrekt erkannt hat - die Zusprechung einer Entschädigung nicht in Frage (vgl. Art. 78 Abs. 3 Bst. b BPV; oben E. 3.4.2). Die Beschwerde ist auch diesbezüglich abzuweisen.

### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin stellt mit ihrer Beschwerde vom 28. Juni 2018 schliesslich den Antrag, es sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung des Unterzeichnenden als amtlicher Anwalt zu gewähren. Sie begründet ihr Gesuch damit, dass ihr Begehren keineswegs aussichtslos erscheine, dass sie nicht rechtskundig sei und dass sich in der Sache schwierige tatsächliche sowie rechtliche Fragen stellen würden. Ausserdem habe sie mit ihrem Lohn - welcher aufgrund ihrer Arbeitsunfähigkeit einer Kürzung unterliege - keine Möglichkeit, Geld auf die Seite zu legen. Deshalb sei es ihr auch in Anbetracht der möglicherweise bevorstehenden Arbeitslosigkeit ab Oktober 2018 nicht möglich, neben dem Lebensunterhalt auch noch Kosten für ein Beschwerdeverfahren zu tragen.

## **E. 5.2**

Gemäss Art. 65 VwVG befreit die Beschwerdeinstanz, ihr Vorsitzender oder der Instruktionsrichter nach Einreichung der Beschwerde eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, auf Antrag von der Bezahlung der Verfahrenskosten, sofern ihr Begehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 65 Abs. 1 VwVG). Unter denselben Voraussetzungen wird der mittellosen Partei zudem ein Anwalt als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt, wenn es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist (Art. 65 Abs. 2 VwVG). Hierfür ist entscheidend, ob die Interessen der gesuchstellenden Partei in schwerwiegender Weise betroffen sind und das Verfahren in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, die den Beizug eines Rechtsvertreters erforderlich machen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4D\_35/2017 vom 10. Oktober 2017 E. 4.2 und 2C\_282/2016 vom 18. Mai 2016 E. 3, je m.w.H.; Marcel Maillard, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 65 Rz. 38; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 4.94 ff., 4.119 ff.).

## **E. 5.3**

Zunächst ist zu prüfen, ob die Begehren der Beschwerdeführerin nicht aussichtslos erscheinen.

### **E. 5.3.1**

Als aussichtslos sind nach der Rechtsprechung Begehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnchancen und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (Urteil des Bundesgerichts 1C\_192/2017 vom 17. Juli 2017 E. 2.2 m.w.H.). Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind (Urteil des Bundesgerichts 1C\_192/2017 vom 17. Juli 2017 E. 2.2 m.w.H.).

### **E. 5.3.2**

Die Beschwerdeführerin hat ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung mit Beschwerde vom 28. Juni 2018 gestellt. Wie vorne erwähnt, begründete sie ihre Beschwerde u.a. damit, es seien nicht sämtliche sinnvollen und zumutbaren Möglichkeiten einer Weiterbeschäftigung ausgeschöpft worden, wobei sie auf eine Beschäftigung in der Textilpflege verwies (vgl. oben E. 3.5.4). Die Vorinstanz nahm bereits in ihrer Verfügung vom 28. Mai 2018 Bezug auf den Wunsch der Beschwerdeführerin, in diesem Bereich

dauerhaft arbeiten zu können. Dabei verwies sie jedoch auf organisatorische Umstellungen im Betrieb, welche eine Reduktion des Wäschedienstes zur Folge hätten, weshalb keine weiteren Hilfskräfte mehr eingestellt würden. Aus dieser Ausführung ging nicht hervor, dass das Reinigungspersonal der Vorinstanz auf absehbare Zeit überhaupt keine Arbeit im Wäschedienst mehr verrichten wird. Dieser Umstand wurde erst aufgrund einer vom Bundesverwaltungsgericht mit Instruktionsverfügung vom 3. Juli 2018 (Ziff. 4) von der Vorinstanz eingeforderten Stellungnahme zu dieser Thematik (eingereicht am 31. Juli 2018) klar. Da im Zeitpunkt des Gesuchs der Beschwerdeführerin nicht auszuschliessen war, dass eine Möglichkeit zur Weiterbeschäftigung nicht ausreichend geprüft wurde, konnten zu jener Zeit die Verlustgefahren aufgrund der Aktenlage nicht eindeutig als den Gewinnaussichten unterliegend bezeichnet werden. Aus diesem Grund erschien die Beschwerde im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung zumindest nicht von vorneherein als aussichtslos.

#### **E. 5.4**

Mit Eingabe vom 27. August 2018 legt die Beschwerdeführerin das ausgefüllte Formular zur Erhebung ihrer finanziellen Verhältnisse inkl. zugehörige Belege vor. Unter Beachtung ihrer Fixkosten sowie des Grundbetrages für Alleinstehende von Fr. 1'200.-- resultiert ein Überschuss von wenigen hundert Franken, der sich nach Inkrafttreten der Arbeitslosenversicherung (ab Oktober 2018) um weitere ca. Fr. 550.-- vermindert. Aufgrund dieser Einkommenssituation sowie der vorhandenen geringen Vermögenswerte in der Höhe von ca. Fr. 1'100.-- ist die Bedürftigkeit der Beschwerdeführerin gegeben.

#### **E. 5.5**

Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 28. Mai 2018 bezweckt die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zur Beschwerdeführerin und betrifft angesichts der absehbaren Folgen deren Interessen in schwerwiegender Weise. Die Beschwerdeführerin ist im Weiteren nicht rechtskundig und verfügt offenbar auch nur über eingeschränkte Kenntnisse einer Landessprache. Angesichts dieser Umstände sowie den sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen ist es fraglich, ob die Beschwerdeführerin auf sich alleine gestellt in der Lage gewesen wäre, ihre Sache selber zu vertreten und ihre Rechte zu wahren. Die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes wird deshalb als notwendig erachtet (vgl. Art. 65 Abs. 2 VwVG; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 4.119 f.).

#### **E. 5.6**

Das Gesuch der Beschwerdeführerin zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege resp. zur Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes ist deshalb gutzuheissen. Rechtsanwalt Christian Flückiger, Spitalgasse 9, 3001 Bern, ist als Rechtsbeistand einzusetzen.

#### **E. 6.1**

Das Beschwerdeverfahren in personalrechtlichen Angelegenheiten ist unabhängig vom Verfahrensausgang grundsätzlich kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG). Es sind deshalb keine Verfahrenskosten zu erheben.

#### **E. 6.2**

Angesichts ihres Unterliegens hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. 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] e contrario). Dem Vertreter ist demnach aus der Gerichtskasse eine Entschädigung auszurichten (vgl. Maillard, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 65, Rz. 48; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 4.123). Da der Vertreter keine Kostennote eingereicht hat, ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 VGKE). In Anbetracht des mutmasslichen Arbeits- und Zeitaufwandes für das vorliegende Verfahren, namentlich für das Verfassen der gut 13-seitigen Beschwerdeschrift sowie der Begründung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege, hält das Bundesverwaltungsgericht eine Entschädigung von insgesamt Fr. 1'500.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 12 VGKE) für angemessen.

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