

# **BVGer A-6032/2017 vom 28. März 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-03-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-6032\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-6032_2017)

FR: TAF A-6032/2017 du 28 mars 2018

IT: TAF A-6032/2017 del 28 marzo 2018

## **Regeste**

Auflösung des Arbeitsverhältnisses

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Verfügungen eines Arbeitgebers im Sinne von Art. 3 des Bundespersonalgesetzes (BPG, SR 172.220.1) können gemäss Art. 36 Abs. 1 BPG und Ziffer 183 des am 1. Januar 2015 in Kraft getretenen Gesamtarbeitsvertrags der Vorinstanz vom 9. Dezember 2014 (GAV SBB 2015 [nachfolgend: GAV]) mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung (vgl. Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes [VwVG, SR 172.021]), die von einem Arbeitgeber im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. d BPG gestützt auf Art. 34 Abs. 1 BPG sowie Ziffer 171 Abs. 3 und Ziffer 181 Abs. 1 GAV erlassen wurde. Das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes [VGG, SR 173.32]). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 1.2**

Der Beschwerdeführer hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist als Adressat der angefochtenen Kündigungsverfügung sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb er zur Beschwerde legitimiert ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

### **E. 1.3**

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

### **E. 2.1**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger 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 sich das Bundesverwaltungsgericht, wenn es um die Leistungsbeurteilung von Bediensteten des Bundes, um verwaltungsorganisatorische Fragen oder um Probleme der betriebsinternen Zusammenarbeit und des Vertrauensverhältnisses geht, eine gewisse Zurückhaltung. Es entfernt sich insofern im Zweifel nicht von der Auffassung der Vorinstanz und setzt sein eigenes Ermessen nicht an die Stelle desjenigen der Vorinstanz (statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-6583/2016 vom 5. Dezember 2017 E. 2 m.w.H.).

## **E. 2.2**

Grundsätzlich wendet das Bundesverwaltungsgericht das Recht frei an, ohne an 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 BVGer A-6603/2015 vom 15. Juni 2016 E. 2.1).

## **E. 2.3**

Die Bestimmungen über das Dienstverhältnis des Bundespersonals gelten grundsätzlich auch für das Personal der Vorinstanz (Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Schweizerischen Bundesbahnen [SBBG, SR 742.31] und Art. 2 Abs. 1 Bst. d BPG). Ergänzend ist auf die (Ausführungs-)Bestimmungen des gestützt auf Art. 38 Abs. 1 BPG erlassenen GAV abzustellen (vgl. ferner Art. 15 Abs. 2 SBBG). Dagegen ist die Bundespersonalverordnung (BPV, SR 172.220.111.3) auf das Personal der Vorinstanz - welche für ihren Bereich stattdessen mit den Personalverbänden den GAV abgeschlossen hat - nicht anwendbar (vgl. Art. 6 Abs. 3 und Art. 37 f. BPG sowie Art. 1 BPV; statt vieler Urteil BVGer A-6583/2016 vom 5. Dezember 2017 E. 3 m.w.H.).

## **E. 3.1**

Das streitige Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsgerichtsbarkeit werden vorwiegend von der Dispositionsmaxime beherrscht, nach welcher Einleitung und Gegenstand des Verfahrens in der Verfügungsmacht der Parteien liegen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 985 f; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 30 Rz. 19 f.). Folglich wird der Streitgegenstand im Rechtsmittelverfahren alleine durch die Parteien bestimmt. Dies geschieht durch die Beschwerdeanträge und die Beschwerdebegründung (vgl. Art. 52 Abs. 1 VwVG; BGE 136 V 268 E. 4.5). Falls der Wortlaut des Rechtsbegehrens keine abschliessende Gewissheit zum Umfang der strittigen Punkte vermittelt, folgt der mutmassliche Wille der beschwerdeführenden Partei aus der Beschwerdebegründung (BGE 137 II 313 E. 1.3). Ausschlaggebend bleibt in jedem Fall das Rechtsbegehren, zumal sich die Begründung regelmässig aus verschiedenen rechtlichen und tatsächlichen Aspekten zusammensetzt (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts [BGer] 2C\_124/2013 vom 25. November 2013 E. 2.2.3). Spiegelbildlich gebietet die Dispositionsmaxime, dass die Verwaltungsjustizbehörden nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als die beschwerdeführende Partei in ihrem Rechtsbegehren verlangt, und zugleich nicht weniger, als die massgebende Partei anerkannt hat (Urteile BGer 2C\_929/2014 vom 10. August 2015 E. 2.2 und 2C\_960/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 1.2.4, je m.w.H.; BVGE 2015/44 E. 4.2; Urteile BVGer B-2213/2015 vom 5. Dezember 2017 E. 4.1.3 und A-4312/2016 vom 23. Februar 2017 E. 3.1). Im Laufe des Rechtsmittelverfahrens kann der Streitgegenstand damit nur noch eingeschränkt, nicht aber ausgeweitet oder geändert werden (Urteil BGer 2C\_124/2013 vom 25. November 2013 E. 2.2.4; Urteil BVGer A-4312/2016 vom 23. Februar 2017 E. 3.1. m.w.H.).

## **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer ist vertreten durch die Gewerkschaft des Verkehrspersonals. Letztere vertritt ihre Mitglieder in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten regelmässig vor dem Bundesverwaltungsgericht. Mithin ist diese mit den Ansprüchen, welche im Falle einer

unrechtmässigen Kündigung geltend gemacht werden können, vertraut. Der Beschwerdeführer beantragt unmissverständlich einzig die Aufhebung der Verfügung und die Weiterbeschäftigung in seiner angestammten Stelle. Einen Eventualantrag auf Ausrichtung einer Entschädigung stellt er weder in seiner Beschwerdeschrift noch in seiner Stellungnahme zur Vernehmlassung der Vorinstanz. Unter Berücksichtigung der Dispositionsmaxime ist folglich lediglich zu prüfen, ob der Beschwerdeführer einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung durch die Vorinstanz hat.

#### **E. 4**

Der Beschwerdeführer rügt eine ungenügende Abklärung und Dokumentation des Sachverhalts.

##### **E. 4.1**

Im Wesentlichen führt der Beschwerdeführer aus, dass nicht jede Kundenreaktion geeignet sei, eine arbeitsrechtliche Massnahme im Sinne von Ziffer 45 GAV auszulösen. Als negative selbstverschuldete Kundenreaktionen könnten nur Einlassungen von Kunden herangezogen werden, welche über die entsprechenden Kanäle bei der Vorinstanz eingegangen seien. Zudem müsse sich die betroffene Person in der beklagten Situation auch wirklich falsch verhalten haben. Hingegen seien Beobachtungen des Vorgesetzten keine Kundenreaktionen. Diese seien zwar für die Leistungsbeurteilung relevant, hätten aber objektiv zu erfolgen. Vorliegend könne hingegen nicht mehr von einer objektiven Beurteilung seitens des Vorgesetzten ausgegangen werden. Interessanterweise werde im Zwischengespräch zur Personalbeurteilung 2016 festgehalten, dass er Fortschritte mache und Verkaufsgespräche hätte, die sich sehr gut entwickeln würden. Im Weiteren befänden sich keine weiteren Unterlagen in den Personalakten zu den angeblichen Vorfällen. Auch schriftliche Festhaltungen zu den Kundenreaktionen oder Dokumentationen zu Unterstützungsmassnahmen suche man vergebens. Ferner seien die Personalbeurteilungen nur seit dem Jahr 2012 hinterlegt. Im Übrigen sei keine vorgängige Kündigungsandrohung ausgesprochen worden, welche eine ordentliche Kündigung zugelassen hätte.

##### **E. 4.2**

Die Vorinstanz entgegnet im Wesentlichen, dass der Beschwerdeführer seit dem Jahr 2012 immer wieder Probleme im Umgang mit Kunden gehabt habe. Alleine seit dem 25. November 2015 habe er mehr als fünf negative Kundenreaktionen verzeichnet, was eindeutig über dem jährlichen Durchschnitt von null bis einer Kundenreklamation pro Mitarbeiter liege. Diese seien teilweise dokumentiert. Auch die Beobachtungen durch den Vorgesetzten seien relevant und hätten zu einer objektiven Beurteilung beigetragen. In diesem Zusammenhang würden die verschiedenen Standortbestimmungsgespräche aus den Jahren 2015 bis 2017 belegen, dass der Beschwerdeführer die thematisierten Vorgaben und Abläufe im Kundenkontakt regelmässig nicht eingehalten habe. Zudem habe man ihm sein Fehlverhalten und seine Leistungsmängel klar aufgezeigt und Verbesserungsmassnahmen festgehalten. Die getroffenen Vereinbarungen habe der Beschwerdeführer jedoch grösstenteils nicht erfüllt. Er sei auch mehrmals aufgefordert worden, schwierige Kundensituationen mit dem Vorgesetzten zu besprechen. Es seien diesbezüglich aber keine aktiven Rückmeldungen gekommen, obwohl es genügend schwierige Situationen mit Kunden gegeben habe. Sie habe somit alle Möglichkeiten, die zu einer Verbesserung seiner Leistungen hätten führen können, ausgeschöpft. Eine Einsicht oder der Wille des Beschwerdeführers zur Verbesserung sei nicht ersichtlich gewesen. Zwar sei es zutreffend,

dass sich der Beschwerdeführer in der Zeit nach der Kündigungsandrohung vom 19. November 2015 bezüglich seiner Leistung und seines Verhaltens verbessert habe. Die Verbesserung sei jedoch nur gering und von den Erwartungen und Anforderungen an einen Kundenberater noch weit entfernt gewesen. Ferner befänden sich im Personaldossier nur Personalbeurteilungen ab dem Jahr 2012, weil aus Persönlichkeits- und Datenschutzgründen Akten über Personalbeurteilungen, Persönlichkeitstests und Massnahmen betreffend Leistung, Verhalten und Verantwortlichkeit nur während fünf Jahren aufbewahrt würden. Für das Jahr 2012 könne man aber eine Zielvereinbarung vom 22. Mai 2012 bezeugen. In dieser komme klar zu Ausdruck, dass die Leistung sowie das Verhalten des Beschwerdeführers im Kundenkontakt nicht den Erwartungen entsprochen hätten und es mehrmals Anlass zu Reklamationen gegeben habe. Im Übrigen stütze sich die Kündigung auf die Kündigungsandrohung vom 16. März 2017 und nicht auf die Vereinbarung vom 16. März 2017. Es treffe auch nicht zu, dass sie dem Beschwerdeführer keine Unterstützungsmassnahmen habe zukommen lassen. So habe sie ihn mit Fachkursen in den Bereichen Kommunikation, Konflikt und Verhalten unterstützt. Des Weiteren habe man dem Beschwerdeführer in internen Bereichen Arbeitsversuche angeboten und Schnuppertage ermöglicht. Einen Jobwechsel habe er sich aber nicht vorstellen können.

#### **E. 4.3**

Das Bundesverwaltungsgericht würdigt die Beweise frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln sowie umfassend und pflichtgemäss (Grundsatz der freien Beweiswürdigung; vgl. Art. 40 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273] i.V.m. Art. 19 VwVG). 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 unerheblich erscheinen (statt vieler Urteil BVGer A-2718/2016 vom 16. März 2017 E. 2.3).

#### **E. 4.4**

Zunächst wird auf die sinngemässe Rüge des Beschwerdeführers, die Vorfälle hätten sich mangels Unterlagen oder schriftlichen Festhaltungen zu den Kundenreaktionen nicht zugetragen oder würden nicht auf einer objektiven Beurteilung basieren, eingegangen.

##### **E. 4.4.1**

Im Personaldossier sind die Personalbeurteilungen des Beschwerdeführers aus den Jahren 2013 bis 2016 enthalten. Sein Kundenverhalten wurde darin laufend thematisiert (Personalbeurteilung 2013: "Du kannst die Konsequenzen deiner Reaktion nicht gut abschätzen. Darum hast du öfters Kundenreaktionen.", "Du kannst nicht auf alle Kunden gut eingehen. Stellt der Kunde Forderungen, die du nicht erfüllen kannst/willst gehst du auf Konfrontationskurs.", "Der Kunde steht für dich nicht im Zentrum und du kannst dich nur schwer in seine Situation einfühlen."; Personalbeurteilung 2014: "Du hast oft einen schlechten Einstieg in das Kundengespräch. Du verhältst dich dabei kühl und verschlossen.", "Es fällt dir sehr schwer, deinen Prozess an die Kundenbedürfnisse anzupassen.", "Du kannst die Konsequenzen deines Verhaltens nicht abschätzen. Darum hast du Kunden, die mit dem Service nicht zufrieden sind.", "Du kannst dich nicht in den Kunden versetzen."). In der Personalbeurteilung 2015 stellte man eine gewisse Verbesserung seines Kundenverhaltens fest ("Verbesserungen sind nur in kleinen Schritten

spürbar. Mehrere Kundenreaktionen."). Nur die Ergebnisse eines Zwischengesprächs vom 30. Juni 2016 sind in der Personalbeurteilung 2016 enthalten ("Du hast zum Teil Verkaufsgespräche, die sich sehr gut entwickeln. Der freundliche, offene Einstieg in das Gespräch gelingt dir nur selten."). Sodann wird in der vom Beschwerdeführer unterzeichneten Ermahnung der Vorinstanz vom 27. März 2013 auf die erwähnte Vereinbarung vom 22. Mai 2012 Bezug genommen. Letztere befindet sich zwar nicht in den Akten. Der Beschwerdeführer bestreitet jedoch weder die Existenz noch den behaupteten Inhalt dieser Vereinbarung. Ebenso wenig bestreitet er inhaltlich seine Personalbeurteilungen. Für das Bundesverwaltungsgericht ist somit erwiesen, dass der Beschwerdeführer mindestens seit dem Jahre 2012 grundsätzlich über ein nicht einwandfreies Kundenverhalten verfügte.

#### **E. 4.4.2**

Den ihm in der Ermahnung vom 27. März 2013 zur Last gelegten Vorfall vom 1. März 2013 (Überweisung von 100 in die Türkei) hatte der Beschwerdeführer weder dazumal noch in seiner Beschwerde konkret bestritten. Sodann sind die Vorfälle vom 19. Juli 2015 (Geldwechsel) und vom 29./30. Juli 2015 (Eskalation im Zusammenhang mit einer Global Blue MwSt Rückerstattung) in der Vereinbarung vom 25. August 2015, welche der Beschwerdeführer unterzeichnet hatte, erwähnt. Zusätzlich liegt den Akten bezüglich des letzteren Vorfalls das Email vom 2. August 2015 des betroffenen Kunden bei. Darin führte dieser unter anderem aus, dass er noch nie so unfreundlich und arrogant von einem Schalterbeamten bedient worden sei. Des Weiteren wurden in einem darauf folgenden Standortsbestimmungsgespräch die Vorfälle vom 26. Februar 2016 (Ignorieren eines Kunden) und vom 8. März 2016 (Foto für Jahresabonnement) schriftlich festgehalten. Im gleichen, vom Beschwerdeführer unterzeichneten Dokument vermerkte dieser handschriftlich, dass er bereit für einen Kursbesuch und zu einer Verhaltensänderung sei. Überdies hatte er die Vereinbarung vom 16. März 2017, in welcher die zwei Vorfälle vom 28. Februar 2017 aufgeführt sind (Keine Begrüssung/Verabschiedung von Kunden, unfreundliche Bedienung sowie militärischer Tonfall; systematische Kontrolle der Q-Matic Nummer der Kunden), ebenfalls unterschrieben und bezüglich des ersten Vorfalls vom 28. Februar 2017 liegt wiederum eine schriftliche Kundenreklamation vor, welche den Vorwurf untermauert. Zusammengefasst bestehen für das Bundesverwaltungsgericht daher keine ernsthaften Zweifel daran, dass sich diese Vorfälle, wie beschrieben, ereignet haben.

#### **E. 4.4.3**

Zwar wehrte sich der Beschwerdeführer mittels Einsprache gegen die ihm in der Kündigungsandrohung vom 19. November 2015 vorgeworfenen Vorfälle vom 1. Oktober 2015 (Jahresabonnement), 5. Oktober 2015 (Geldüberweisung für Welpen in Ghana) und vom 23. Oktober 2015 (Gruppenbillet für 13 Personen). Die Einspracheinstanz legte jedoch in ihrem Entscheid vom 15. April 2016 schlüssig dar, wieso sich die Vorfälle, wie beschrieben, zugetragen hätten. Zudem bestreitet er vor dem Bundesverwaltungsgericht diese Vorfälle nicht konkret. Es besteht daher kein Grund, von der Einschätzung der Einspracheinstanz abzuweichen.

#### **E. 4.4.4**

Aufgrund seiner Vorgeschichte (vgl. oben E. 4.4.2 f.) und seines generell nicht einwandfreien Kundenverhaltens (vgl. oben E. 4.4.1) sind die dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Vorfälle vom 17. Mai 2017 (ungenügende Auskunft über Ankunftszeit eines

Zuges) und vom 5. Juli 2017 (verweigerter Geldwechsel) sowie die allgemeinen Beobachtungen seines Vorgesetzten auch ohne aktenkundige Kundenreaktionen glaubhaft. Sie passen zum Verhaltensmuster des Beschwerdeführers und letzterer bestreitet diese Vorfälle lediglich pauschal und ohne weitere Ausführungen mit dem Verweis auf die mangelnde Objektivität seines Vorgesetzten. Damit vermag er jedoch keine ernsthaften Zweifel an der Sachverhaltsdarstellung der Vorinstanz zu wecken. Auch der Umstand, dass der Beschwerdeführer im Jahr 2016 unbestrittenermassen zum Teil gute Verkaufsgespräche hatte, ändert daran nichts. Vielmehr sind die besagten Vorfälle für das Bundesverwaltungsgericht genügend erstellt. Nachdem sich die Vorinstanz für ihre Beurteilung im Wesentlichen auf die Vorfälle aus den Jahren 2015 bis 2017 stützte, ist es mangels Entscheidwesentlichkeit unerheblich, dass im Personaldossier keine früheren Leistungsbeurteilungen des Beschwerdeführers enthalten sind.

#### **E. 4.5**

Sodann ist aus den dokumentierten Standortbestimmungsgesprächen ersichtlich, dass dem Beschwerdeführer Kursbesuche (z.B. "Kommunikation hautnah erleben"), Sozialberatungen, Einzelcoaching sowie Arbeitsversuche und Schnuppertage angeboten wurden. Aus den Akten ergibt sich ferner, dass er Kurse besuchte und Schnuppertage in anderen internen Bereichen absolvierte. Ausserdem wurde er auf interne Stellen aufmerksam gemacht, welche keinen direkten Kundenkontakt beinhaltet hätten. Obwohl er bezüglich des einen Schnuppertages keine Hürden hinsichtlich einer allfälligen anderen Tätigkeit ausmachen konnte, äusserte er sich dahingehend, dass er dem Unternehmen am jetzigen Ort am besten dienen könne. Mit anderen Worten zeigte er keine ernsthafte Bereitschaft zu einem Positionswechsel. Der Vorwurf bezüglich fehlender Unterstützungsmassnahmen erhebt der Beschwerdeführer somit zu Unrecht.

#### **E. 4.6**

Im Personaldossier ist eine Kündigungsandrohung vom 16. März 2017 enthalten, dessen Empfang der Beschwerdeführer unterschriftlich quittierte. Sein Vorwurf, die Vorinstanz habe ihre Kündigung ohne vorangehende Kündigungsandrohung ausgesprochen, erweist sich als aktenwidrig.

#### **E. 4.7**

Zusammengefasst sind die Vorbringen des Beschwerdeführers bezüglich des festgestellten Sachverhalts unbegründet.

#### **E. 5**

Der Beschwerdeführer rügt eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz.

##### **E. 5.1**

Im Wesentlichen macht der Beschwerdeführer geltend, dass die Vorinstanz ihre Kündigung zu Unrecht auf die Vereinbarung vom 26. März 2017 (recte 16. März 2017) gestützt habe. Die blosser Verletzung einer solchen Vereinbarung könne nämlich keine Kündigung auslösen. Diese erfülle auch die Anforderung an eine Kündigungsandrohung nicht, da darauf keine Einsprachemöglichkeiten erwähnt seien. Vielmehr hätte die Vorinstanz eine erneute Kündigungsandrohung aussprechen müssen, nachdem die Kündigungsandrohung vom 19. November 2015 nur ein Jahr gültig gewesen sei. Eine solche wäre wiederum geeignet gewesen, seine Leistung und sein Verhalten positiv zu beeinflussen. Ausserdem würden nicht alle der Ziele in der Vereinbarung den SMART-Kriterien genügen, nachdem

die Zielerreichung von den Beobachtungen des Vorgesetzten und der Interaktion mit den Kollegen abhängt. Im Übrigen hätten die beiden in der Verfügung aufgeführten Vorfälle nicht zu Kundenreaktionen geführt. Es seien vielmehr Vorfälle gewesen, welche sein Vorgesetzter angeblich beobachtet haben will. Die Verfügung der Vorinstanz verstosse somit gegen Ziffer 171 GAV, weshalb sie nichtig sei.

### **E. 5.2**

Dem entgegnet die Vorinstanz, dass sich die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht auf die Vereinbarung vom 16. März 2017, sondern auf die Kündigungsandrohung vom 16. März 2017 stütze. In jener sei dem Beschwerdeführer mit deutlichen Worten die Entlassung angedroht worden, wenn weitere Arbeitspflichten verletzt würden oder die Vereinbarung vom 16. März 2016 nicht eingehalten werde. Zudem würden die Ziele in der Vereinbarung den SMART-Kriterien entsprechen, nachdem diese klar, verständlich und messbar formuliert seien. Mit Blick auf die Vorgeschichte und die Entwicklung des Beschwerdeführers in den vergangenen Jahren hätte eine erneute Kündigungsandrohung aller Wahrscheinlichkeit nach keine Verhaltensänderung herbeiführen können und wäre daher zwecklos gewesen. Man habe dem Beschwerdeführer während einer langen Dauer immer wieder die Chance gegeben, sein Kundenverhalten zu verbessern. Eine Steigerung habe man jedoch trotz aller Bemühungen nicht feststellen können. Auch wenn es sich bei den letzten Ereignissen um Beobachtungen des direkten Vorgesetzten, weiterer Teamleiter sowie des Leiters Reisezentrum handeln würde, seien diese aufgrund seiner Vorgeschichte glaubhaft. Die Voraussetzungen für eine Kündigung seien daher erfüllt gewesen.

### **E. 5.3**

Der Beschwerdeführer verlangt einzig die Aufhebung der Kündigungsverfügung und seine Weiterbeschäftigung (vgl. oben E. 3.2). Ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung besteht nur im Falle einer nichtigen (vgl. nachfolgend E. 5.3.1) oder qualifiziert rechtswidrigen Kündigungsverfügung (vgl. nachfolgend E. 5.3.2).

#### **E. 5.3.1**

Weist eine Kündigung einen gravierenden Mangel auf, kann dies deren Nichtigkeit im Sinne der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze nach sich ziehen (Urteil BVGer A-1856/2008 vom 15. Dezember 2008 E. 4.2.1). Nichtigen Verfügungen geht jede Verbindlichkeit und Rechtswirksamkeit ab (BGE 139 II 243 E. 11.2). Als Nichtigkeitsgrund fallen hauptsächlich funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einer Behörde sowie schwerwiegende Verfahrensfehler in Betracht. Nur ausserordentlich schwerwiegende inhaltliche Mängel haben die Nichtigkeit einer Verfügung zur Folge (BGE 139 II 243 E. 11.2 und 132 II 21 E. 3.1; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 31 Rz. 16). Erweist sich in diesem Sinne eine Kündigungsverfügung als nichtig, besteht das Arbeitsverhältnis mit seinen Rechten und Pflichten fort. Mit anderen Worten ergibt sich aus der Feststellung eines allgemeinen Nichtigkeitsgrundes von der Wirkung her ein "besonderer Anspruch auf Weiterbeschäftigung", welcher ausserhalb des gesetzlichen Systems von Art. 34c BPG steht (Ivo Hartmann, Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde bei Anfechtung einer Kündigungsverfügung nach dem neuen Bundespersonalgesetz, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht [SVVOR], Verwaltungsorganisationsrecht - Staatshaftungsrecht - öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2013, S. 109, Fn. 40).

#### **E. 5.3.2**

Ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung gestützt auf das BPG beziehungsweise den GAV besteht nur bei Vorliegen eines schwerwiegenden Verstosses gegen geltendes Recht im Sinne von Art. 34c Abs. 1 Bst. a d BPG bzw. Ziffer 185 Abs. 1 Bst. a d GAV, das heisst im Fall einer qualifiziert rechtswidrigen Kündigung (statt vieler Urteil BVGer A-2708/2016 vom 16. Dezember 2016 E. 5.3 m.w.H.). Eine solche ist indes nicht nichtig, sondern bloss anfechtbar (BVGE 2015/45 E. 3.6). Qualifiziert rechtswidrig sind unter anderem missbräuchliche Kündigungen (vgl. Art. 34c Abs. 1 Bst. b BPG bzw. Ziffer 185 Abs. 1 Bst. b GAV). Missbräuchlich ist eine Kündigung, wenn sie aus bestimmten Gründen ausgesprochen wird, die in Art. 336 des Obligationenrechts (OR, SR 220) umschrieben werden, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist. Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jenen in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar sind (BGE 136 III 513 E. 2.3; Urteil BGer 4A\_280/2017 vom 7. September 2017 E. 4.1). 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 der schonenden Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches und verstecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht (BGE 132 III 115 E. 2.2).

### **E. 5.3.3**

Bei Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten, bei ungenügenden Leistungen oder unbefriedigendem Verhalten kann die Vorinstanz arbeitsrechtliche Massnahmen treffen (Ziffer 45 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 GAV). Es ist diejenige Massnahme zu treffen, die einerseits die beste Aussicht auf eine Verbesserung der Situation bietet und andererseits gegenüber dem Mitarbeitenden keine unnötige Härte bedeutet. Mehrere Massnahmen dürfen nur dann untereinander verbunden werden, wenn dies zweckmässig ist (Ziffer 45 Abs. 3 GAV). Unter anderem kann die Vorinstanz als Massnahme Vereinbarungen schliessen oder Kündigungsandrohungen aussprechen (vgl. Ziffer 45 Abs. 2 GAV). In einer schriftlichen Vereinbarung werden Massnahmen und Ziele sowie die Folgen bei deren Nichterreicherung festgelegt (Ziffer 45 Abs. 5 GAV). Eine Kündigungsandrohung kann nur ausgesprochen werden, wenn der Mitarbeitende durch Leistung oder Verhalten einen möglichen Kündigungsgrund setzt und diese Massnahme grundsätzlich dazu geeignet ist, eine Verbesserung der Leistung oder des Verhaltens herbeizuführen. Sie ist auf ein Jahr zu befristen (Ziffer 45 Abs. 11 GAV). Kündigt die Vorinstanz nach Ablauf der Probezeit, so hat der ordentlichen Kündigung grundsätzlich eine Kündigungsandrohung voranzugehen (vgl. Ziffer 171 Abs. 4 GAV), welche einen ausdrücklichen Hinweis auf die Einsprachemöglichkeit enthalten muss (Ziffer 172 Abs. 5 GAV).

### **E. 5.3.4**

Das unbefristete Arbeitsverhältnis kann aus sachlich hinreichenden Gründen ordentlich gekündigt werden, unter anderem wegen Mängeln in der Leistung oder im Verhalten (Art. 10 Abs. 3 Bst. b BPG bzw. Ziffer 174 Abs. 1 Bst. b GAV). 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 objektivierte Betrachtungsweise wird sichergestellt, dass bei Kündigungen infolge von Konflikten die Ursachen der Spannungen näher betrachtet werden. Das Verhalten des Mitarbeitenden muss zu einer Störung des Betriebsablaufs führen oder das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und seinen Vorgesetzten erschüttern. Als mangelhaftes Verhalten kommen zum Beispiel ungebührliches oder aufmüpfiges Benehmen, mangelnde Verantwortungsbereitschaft, fehlende Teamfähigkeit, fehlender Wille zur Zusammenarbeit, Dynamik oder Integration in Frage. Die Grenzen zwischen Verhaltensmängeln und der Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten (vgl. Ziffer 174 Abs. 1 Bst. a GAV SBB und Art. 10 Abs. 3 Bst. a BPG), was ebenfalls ein sachlich hinreichender Kündigungsgrund darstellt, verlaufen fließend (zum Ganzen Urteile BVGer A-6111/2016 vom 26. Juli 2017 E. 4.1.1 und A-4312/2016 vom 23. Februar 2017 E. 5.4).

#### **E. 5.4**

Der Beschwerdeführer macht mit seiner Behauptung, die Kündigung sei ohne vorangegangene Kündigungsandrohung ausgesprochen worden, einen Verfahrensfehler geltend. Wie dargelegt, erweist sich diese Behauptung als aktenwidrig, nachdem dem Bundesverwaltungsgericht die Kündigungsandrohung vom 16. März 2017 vorliegt (vgl. oben E. 4.6). Sodann hatte die Vorinstanz zahlreiche Vereinbarungen mit dem Beschwerdeführer getroffen, welche nicht die gewünschte Wirkung zeitigten. Das Treffen einer erneuten Vereinbarung verbunden mit dem gleichzeitigen Erlass einer Kündigungsandrohung erwies sich vor diesem Hintergrund als zweckmässig. Zudem hatte sich der Beschwerdeführer mit seinem wiederholt kundenunfreundlichen Verhalten einen Kündigungsgrund gesetzt und die Vorinstanz durfte davon ausgehen, dass eine zweite Kündigungsandrohung im Sinne einer letzten Chance geeignet sein könnte, um sein Kundenverhalten zu ihrer Zufriedenheit zu ändern. Ferner ist die Kündigungsandrohung klar als solche betitelt, sie enthält die Gründe, welche zu einer Kündigung führen könnten und es wird darin ausdrücklich auf die Einsprachemöglichkeit sowie auf die einjährige Gültigkeit hingewiesen (vgl. zum Ganzen oben E. 5.3.3). Was der Beschwerdeführer bei dieser klar formulierten Ausgangslage mit dem Verweis auf die SMART-Kriterien zu seinen Gunsten erreichen will, entzieht sich dem Bundesverwaltungsgericht. Im Weiteren bezieht sich die Kündigungsverfügung auf die besagte Kündigungsandrohung und auf Vorfälle, welche sich innerhalb derer Gültigkeitsdauer ereignet haben. Zudem durfte die Vorinstanz zu Recht von einer dritten Kündigungsandrohung absehen, nachdem der Beschwerdeführer nach insgesamt zwei Kündigungsandrohungen sein Verhalten nicht grundlegend geändert hatte. Verfahrensfehler können der Vorinstanz jedenfalls keine vorgeworfen werden. Ein besonders schwerer Verfahrensfehler, welche die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge haben könnte (vgl. oben E. 5.3.1), fällt daher von vornherein ausser Betracht.

#### **E. 5.5**

Was die materielle Beurteilung der Kündigungsverfügung anbelangt, ist zunächst festzuhalten, dass sich die Vorfälle, welche ausschlaggebend für die Kündigung waren, erwiesenermassen ereignet haben (vgl. oben E. 4.4.4). Alleine für sich genommen würden diese zwar eine Kündigung wohl kaum rechtfertigen. Gleichwohl versties der Beschwerdeführer mit seinem erneut kundenunfreundlichen Verhalten gegen die Vereinbarung vom 16. März 2017, welche aufgrund seines jahrelangen Fehlverhaltens keine weiteren Vorfälle mehr zulies. Insbesondere nachdem die jahrelangen Mahnungen,

Bemühungen und Unterstützungsmassnahmen der Vorinstanz zu keinen Verbesserungen geführt hatten (vgl. oben E. 4.5). Die Vorinstanz durfte auch ein einwandfreies Kundenverhalten vom Beschwerdeführer verlangen, nachdem er mit seiner Tätigkeit die Vorinstanz gegen aussen repräsentierte. Es ist daher nachvollziehbar, dass die Vorinstanz aufgrund der jüngsten Vorfälle zum Schluss kam, der Beschwerdeführer sei nicht mehr tragbar. Mithin besteht kein Anlass, von der Auffassung der Vorinstanz abzuweichen (vgl. oben E. 2.1). Im Weiteren hat die Vorinstanz ernsthaft versucht, dem Beschwerdeführer mittels Schnuppertagen und Hinweisen auf interne Stellenangebote eine Tätigkeit ohne Kundenkontakt zu verschaffen. Eine grundsätzliche Bereitschaft zu einem Wechsel zeigte der Beschwerdeführer jedoch nicht (vgl. ebenda). In Anbetracht der gesamten Umstände erweist sich die Kündigung im Ergebnis als sachlich gerechtfertigt und verhältnismässig. Demzufolge kann die Kündigungsverfügung aus materiell-rechtlicher Perspektive von vornherein nicht als nichtig betrachtet werden (vgl. oben E. 5.3.1). Ebenso wenig stellt sie sich als rechtsmissbräuchlich heraus, nachdem ein zulässiges Kündigungsmotiv vorliegt und in der Vorgehensweise der Vorinstanz kein Verstoß gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung erblickt werden kann (vgl. oben E. 5.3.2).

#### **E. 5.6**

Zusammengefasst erweist sich die Kündigungsverfügung weder aus verfahrens- (vgl. oben E. 5.4) noch aus materiellrechtlichen Gründen (vgl. oben E. 5.5) als nichtig. Zudem liegt keine rechtmisbräuchliche Kündigung vor (vgl. oben E. 5.5) und der Beschwerdeführer macht auch keinen anderen qualifiziert rechtswidrigen Kündigungsgrund geltend. Ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung infolge Vorliegens einer nichtigen Kündigungsverfügung (vgl. oben E. 5.3.1) oder gestützt auf einen qualifiziert rechtswidrigen Kündigungsgrund (vgl. oben E. 5.3.2) besteht somit nicht.

#### **E. 6**

Im Ergebnis ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

#### **E. 7**

Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist in personalrechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG bzw. Ziffer 186 GAV). Verfahrenskosten sind demnach keine zu erheben.

#### **E. 8**

Dem Beschwerdeführer ist infolge seines Unterliegens keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Ebenso wenig hat die obsiegende Vorinstanz Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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