Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-5670/2011

Urteil vom 3. Mai 2012

Besetzung

Richter Markus Metz (Vorsitz),
Richter Alain Chablais, Richter André Moser,
Gerichtsschreiberin Michelle Eichenberger.

Parteien

A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Gabathuler,
Schifflände 22, Postfach 126, 8024 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Oberzolldirektion (OZD),
Sektion Rechtsdienst, Monbijoustrasse 40, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Auflösung des Arbeitsverhältnisses (Kündigung).

Sachverhalt:

A.
A._____ ist seit dem B._____ bei der Eidgenössischen Zollverwaltung (EZV), Zollinspektorat Zürich-Flughafen, tätig. Auf den C._____ wurde sie zur Zollrevisorin befördert.

B.
Aufgrund krankheits- und unfallbedingter Abwesenheiten unterzeichnete A._____ am 20. März 2008 (datiert auf den 30. Januar 2008) eine Vereinbarung. Darin verpflichtete sie sich namentlich, die Präsenzzeiten vollständig einzuhalten, Abwesenheiten am Arbeitsplatz zu vermeiden und alles zu unterlassen, was ihrer Arbeitstauglichkeit schaden könnte. Die Vereinbarung wurde im Jahr 2009 nicht verlängert.

C.
Auf Initiative ihres Vorgesetzten wurde vom HR-Center Schaffhausen ein Case Management für A._____ geschaffen. Das entsprechende Assessment-Gespräch fand am 24. Februar 2010 statt. Anfangs 2010 schaltete das HR-Center Schaffhausen den MedicalService des Bundes ein.

D.
Am 26. Oktober 2010 sprach der Zollinspektor gegenüber A._____ aufgrund ihrer überdurchschnittlich vielen krankheitsbedingten Abwesenheiten und ihrer fehlenden Bereitschaft zu entsprechenden medizinischen Abklärungen eine Mahnung aus. Mit dieser verband er die Erwartung bzw. Massnahme, zukünftig die Anzahl der Krankheitstage zu reduzieren und für jede krankheitsbedingte Absenz ein Arztzeugnis vorzulegen. Auch verlangte er von A._____, alles zu unternehmen, um das Vertrauensverhältnis wieder aufzubauen bzw. alles zu unterlassen, was dieses störe. Zudem drohte er die Versetzung oder die Auflösung des Arbeitsverhältnisses an. Gegen diese Abmahnung und die daran anschliessende (nicht zu ihrer Zufriedenheit ausgefallene) Leistungsbeurteilung für das Jahr 2010 setzte sich A._____ erfolglos zur Wehr.

E.
Am 27. April 2011 fand das Zielvereinbarungsgespräch mit A._____ für das Jahr 2011 statt. Am Folgetag beantragte der Zollinspektor gegenüber der Zollkreisdirektion Schaffhausen die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit A._____ auf den nächstmöglichen ordentlichen Kündigungstermin.

F.
Nach dem Scheitern einer Auflösungsvereinbarung und der Gewährung des rechtlichen Gehörs verfügte die Zollkreisdirektion Schaffhausen am 20. Mai 2011 die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit A._____ unter Einhaltung der viermonatigen Kündigungsfrist auf den 30. September 2011. Als Kündigungsgrund gab sie im Zusammenhang mit dem Bestreben, die krankheitsbedingten Abwesenheiten zu reduzieren und das Vertrauensverhältnis aufzubauen, mangelhaftes Verhalten von A._____ nach Art. 12 Abs. 6 Bst. b des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) an.

G.
Am 21. Juni 2011 beantragte A._____ bei der Zollkreisdirektion Schaffhausen die Feststellung der Nichtigkeit der ausgesprochenen Kündigung. In der Folge verlangte diese am 4. Juli 2011 bei der Oberzolldirektion (OZD) die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung.

H.
Die OZD wies mit Verfügung vom 14. September 2011 die Beschwerde von A._____ ab und stellte die Gültigkeit der Kündigung vom 20. Mai 2011 per 30. September 20011 fest. Einer allfälligen Beschwerde entzog sie die aufschiebende Wirkung.

Zur Begründung führte die OZD aus, A._____ habe mit ihrem Verhalten eine Klärung ihres Gesundheitszustands und ihrer Einsetzbarkeit verunmöglicht und damit eine fehlende Kooperation bei der Konfliktlösung an den Tag gelegt. Angesichts des zerrütteten Vertrauensverhältnisses sowie des durch ihre Absenzen und ihr sonstiges Verhalten verursachten erheblichen Führungs- und Administrationsaufwands sei dem Zollinspektorat Zürich-Flughafen eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar.

I.
Gegen diese Verfügung der OZD (Vorinstanz) erhebt A._____ (Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 13. Oktober 2011 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt die Aufhebung des Entscheids der Vorinstanz und es sei festzustellen, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht begründet und deshalb nichtig sei (Rechtsbegehren 1). Es sei weiter festzustellen, dass ihr Arbeitsverhältnis nach dem 30. September 2011 fortdauere (Rechtsbegehren 2). Eventualiter sei ihr eine andere zumutbare Arbeit anzubieten, subeventualiter sei ihr eine

Entschädigung in der Höhe von zwei Jahreslöhnen zuzusprechen (Rechtsbegehren 3). In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragt sie die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

In der Hauptsache macht sie geltend, es fehle an einem Kündigungsgrund. Eine Kündigung sei unverhältnismässig. Denn sie habe sehr wohl zur Klärung ihres Gesundheitszustands und ihrer Einsetzbarkeit im erforderlichen Umfang Hand geboten. Zudem sei sie bis zum Zielvereinbarungsgespräch vom 27. April 2011 nie explizit aufgefordert worden, eine zeitlich unbeschränkte Einsicht in ihre Krankenakten zu gewähren. Schliesslich habe auch keine Veranlassung bestanden, eine solche Ermächtigung an den MedicalService zu erteilen.

J.
Mit Zwischenverfügung vom 27. Oktober 2011 heisst das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerin im Sinne der Erwägungen gut und stellt die aufschiebende Wirkung wieder her.

K.
Bis zum definitiven Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts wird die Beschwerdeführerin mit Schreiben ihrer Arbeitgeberin vom 1. November 2011 vom Dienst freigestellt.

L.
Die Vorinstanz beantragt mit Vernehmlassung vom 5. Dezember 2011 die Feststellung, dass die Kündigung gültig sei. Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen und ihre Verfügung zu schützen.

Sie bringt insbesondere vor, die ordentliche Kündigung sei wegen des unkooperativen und schwierigen Verhaltens der Beschwerdeführerin erfolgt. Die Kündigung sei somit gültig.

M.
Mit Verfügung vom 15. Dezember 2011 gewährt das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin Akteneinsicht.

N.
Die Beschwerdeführerin bestätigt mit Replik vom 27. Januar 2012 ihre Anträge.

O.
In ihren Schlussbemerkungen vom 15. Februar 2012 hält die Vorinstanz sinngemäss an ihren Anträgen fest.

P.
Auf weitere Vorbringen und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – sofern entscheidrelevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Die angefochtene Verfügung der OZD ist ein Entscheid in einem internen Beschwerdeverfahren gemäss Art. 35 Abs. 1 BPG i.V.m. Art. 110 Bst. b der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV, SR 172.220.111.3). Dagegen steht gemäss Art. 36 Abs. 1 BPG die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht offen.

1.1. Die Beschwerdeführerin ist durch die ihr gegenüber ausgesprochene Kündigung unmittelbar betroffen und daher ohne Weiteres beschwerdelegitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]).

1.2. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist daher einzutreten.

2.
Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie auf Angemessenheit (Art. 49 VwVG).

3.
Im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gilt der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen. Das Bundesverwaltungsgericht ist nicht an die Begründung der Begehren gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

4.
Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei gekündigt werden (Art. 12 Abs. 1 BPG). Will die Arbeitgeberin das Arbeitsver-

hältnis nach Ablauf der Probezeit einseitig ohne das Einvernehmen mit der betroffenen Person ordentlich kündigen, so kann sie das nur aus einem der in Art. 12 Abs. 6 Bst. a-f BPG abschliessend aufgezählten Kündigungsgründen tun (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.495/2006 vom 30. April 2007 E. 2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3834/2011 vom 28. Dezember 2011 E. 6.1).

4.1. Die vorliegend zu beurteilende Kündigung stützt sich auf den in Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG statuierten Kündigungsgrund des mangelhaften Verhaltens. Ein anderer möglicher Kündigungsgrund, mithin insbesondere mangelhafte Leistung (Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG) sowie die Verletzung gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten (Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG), wird weder von der Vorinstanz noch von der Arbeitgeberin geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. Zudem würde eine Subsumierung unter einen anderen Kündigungsgrund – wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen – nichts am Ausgang des Verfahrens ändern. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob der Tatbestand des in Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG genannten Kündigungsgrunds des mangelhaften Verhaltens erfüllt ist. Dabei ist Folgendes zu beachten:

Im Verwaltungsprozess gilt der Untersuchungsgrundsatz; die Behörde ermittelt den Sachverhalt von Amtes wegen (Art. 12 VwVG), wobei den Parteien unter Umständen Mitwirkungspflichten obliegen (Art. 13 VwVG). Eine eigentliche Beweisführungslast trifft die Parteien dagegen – anders als im Zivilprozess – nicht (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 3.119 und 3.149). Das Bundesverwaltungsgericht würdigt die vorgelegten Beweismittel frei (Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273] i.V.m. Art. 19 VwVG). Der Beweis ist erbracht, wenn das Gericht gestützt auf die Beweiswürdigung nach objektiven Gesichtspunkten zur Überzeugung gelangt, dass sich der rechtserhebliche Sachverhalt verwirklicht hat (vgl. zum Ganzen auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3834/2011 vom 28. Dezember 2011 E. 6.2 und A-6664/2009 vom 29. Juni 2010 E. 5.7.1; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.141). Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsachen keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. Nicht ausreichend ist dagegen, wenn bloss eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich die behauptete Tatsache verwirklicht hat (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3834/2011 vom

28. Dezember 2011 E. 6.2 und A-825/2011 vom 24. Oktober 2011 E. 7.2.2.4; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.141).

Bleibt ein behaupteter Sachumstand unbewiesen, stellt sich die Frage, wer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Diesbezüglich gilt auch im Bereich des öffentlichen Rechts in Anlehnung an Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass diejenige Partei das Vorhandensein einer Tatsache zu beweisen hat, welche aus ihr Rechte ableitet. Demzufolge trägt bei begünstigenden Verfügungen grundsätzlich der Ansprecher die Beweislast, während bei belastenden Verfügungen die Verwaltung beweisbelastet ist. Hinsichtlich der Gültigkeit der Kündigung obliegt die Beweislast somit der Arbeitgeberin (vgl. zum Ganzen auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3834/2011 vom 28. Dezember 2011 E. 6.2, A-6664/2009 vom 29. Juni 2010 E. 5.7.1 und A-962/2009 vom 23. Juli 2009 E. 6.3; CHRISTOPH AUER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum VwVG, Zürich 2008, Rz. 16 zu Art. 12; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.150; WOLFGANG PORTMANN, Überlegungen zum bundespersonalrechtlichen Kündigungsschutz, in: Gesetzgebung und Evaluation [LeGes], 2002/2, S. 55 ff. und 60 f.; HARRY NÖTZLI, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Bern 2005, Rz. 326).

4.2. Gemäss Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG ist eine ordentliche Kündigung unter anderem zulässig wegen Mängel im Verhalten, die trotz schriftlicher Mahnung anhalten oder sich wiederholen. Als mangelhaftes Verhalten im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG, das keine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG darstellt, kommen beispielsweise ungebührliches oder aufmüpfiges Benehmen, mangelnde Verantwortungsbereitschaft, fehlende Teamfähigkeit, fehlender Wille zur Zusammenarbeit oder Integration in Frage. Dabei taugen als Kündigungsgrund Mängel im Verhalten der Angestellten nur dann, wenn sie auch für Dritte nachvollziehbar sind (vgl. zum Ganzen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3834/2011 vom 28. Dezember 2011 E. 7.5.3, A-1352/2011 vom 20. September 2011 E. 3.2.2, A-6664/2009 vom 29. Juni 2010 E. 5.3 und 5.8.1, A-3551/2009 vom 22. April 2010 E. 12.7 sowie A-5455/2009 vom 21. Januar 2010 E. 5.3; NÖTZLI, a.a.O., S. 121 f.).

Am Massstab von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG zu messen ist dabei sowohl das Verhalten der Beschwerdeführerin, welches Ursache für die von der Vorinstanz geltend gemachte Mahnung war, aber auch ihr Verhalten nach

der Mahnung. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG, wonach die Mängel im Verhalten trotz Mahnung angehalten oder sich wiederholt haben müssen. Sinn einer Ermahnung ist eben nicht das Ziehen eines Schlussstrichs, sondern sie soll die betroffene Person mit den Verfehlungen konfrontieren bzw. zu künftigem korrektem Verhalten anhalten und ihr die Folgen allfälliger künftiger Mängel aufzeigen (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3834/2011 vom 28. Dezember 2011 E. 7.5.5, A-6664/2009 vom 29. Juni 2010 E. 5.8.2 und A-1684/2009 vom 14. September 2009 E. 5.5).

5.
Einleitend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin unbestritten seit dem Jahr 2004 wiederholt und in erhöhtem Mass krankheits- bzw. unfallbedingt abwesend war (vgl. auch Vorakten act. 3 – 7). Ebenso ist nicht strittig, dass nicht diese Absenzen als solche den Kündigungsgrund darstellen (dürfen). Massgebend und demnach zu untersuchen sind somit nicht die Abwesenheiten an sich, sondern das Verhalten der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang (vgl. auch E. 4.1 hiervor).

6.
Die Vorinstanz bringt vor, nicht die Abwesenheiten der Beschwerdeführerin hätten zur ordentlichen Kündigung geführt, sondern deren unkooperatives und schwieriges Verhalten in diesem Zusammenhang. So habe diese die Arbeitszeugnisse oft erst verspätet eingereicht und dem MedicalService wiederholt die Zustimmung zur uneingeschränkten Einsichtnahme in die Krankenakten verweigert. Damit habe sie es verunmöglicht, die Frage ihres Gesundheitszustands und damit ihre Einsetzbarkeit zu klären. Dies rechtfertige eine Kündigung.

Die Arbeitgeberin dürfe die behauptete Arbeitsunfähigkeit überprüfen und hierbei Nachforschungen anstellen. Die Arbeitnehmerin habe sich entsprechenden Abklärungen zu unterziehen und sei für die behauptete Arbeitsunfähigkeit beweispflichtig. Zudem seien aktuelle Arztzeugnisse einzureichen, der Vertrauensarzt bzw. MedicalService zu besuchen, die Meldepflichten gemäss Art. 61 und 62 VBPV zu erfüllen und Schadensminderung zu betreiben, mithin die vereinbarten Massnahmen zur Wiederherstellung der vollständigen Arbeitsfähigkeit zu befolgen.

7.
Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, eine Abmahnung könne im Zusammenhang mit einer nachfolgenden Kündigung nur dann rechtliche

Bedeutung haben, wenn sie zu Recht erfolgt sei und die Mitarbeiterin gegen berechtigte Weisungen, die in der Abmahnung an sie gestellt worden seien, verstossen habe. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Auch sei die Kündigung nicht für ein bestimmtes Verhalten angedroht worden. Für ihre Abwesenheiten nach der Abmahnung habe sie stets ab dem ersten Tag ein Arztzeugnis vorgelegt.

Sie sei zudem nicht gebeten worden, ihre Daten für die Jahre 2004 bis 2009 einsehen zu lassen. Vielmehr habe sie selber vorgeschlagen, eine Ermächtigung zur Einsicht in ihre Krankenakten für die Jahre 2009 bis 2011 und falls nötig auch für das Jahr 2012 zu erteilen. Eine weitergehende Ermächtigung sei in der Folge nicht verlangt worden. Vielmehr sei sie direkt abgemahnt worden, wobei aber auch keine weitere Ermächtigung verlangt worden sei. Erst am Zielvereinbarungsgespräch vom 27. April 2011 sei die Forderung nach einer zeitlich unlimitierten Einsicht in ihre Patientenakten mündlich erhoben worden; dies einen Tag vor dem Kündigungsantrag.

8.
Am 26. Oktober 2010 (Vorakten act. 41) sprach der Zollinspektor gegenüber der Beschwerdeführerin aufgrund ihrer überdurchschnittlich vielen krankheitsbedingten Abwesenheiten seit dem Jahr 2004, ihrer geringen Bereitschaft zur Reduktion der Abwesenheiten, ihrem geringen Verständnis für die Sichtweise der Arbeitgeberin, ihrer mangelnden Kooperationsbereitschaft, die Abwesenheiten rückwirkend und umfassend medizinisch zu überprüfen und des massiv gestörten Vertrauensverhältnisses eine Abmahnung aus. Hierbei nannte er die Erwartung, zukünftig die Anzahl der Krankheitstage zu reduzieren und alles zu unternehmen, um das Vertrauensverhältnis wieder aufzubauen bzw. alles zu unterlassen, was dieses störe. Weiter nannte er folgende "Massnahmen": Die Abmahnung habe Einfluss auf die Personalbeurteilung, für jede krankheitsbedingte Absenz sei ab dem ersten Tag ein Arztzeugnis vorzulegen und eine Versetzung oder die Auflösung des Arbeitsverhältnisses sei möglich.

8.1. Mängel im Verhalten müssen gemäss Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG trotz Mahnung angehalten haben. Mit anderen Worten muss mit der Mahnung ein bestimmtes Verhalten der Arbeitnehmerin gerügt worden sein, welches nach der Mahnung in dieser Art und Weise erneut vorgekommen ist. Dies bedingt, dass mittels Mahnung überhaupt konkrete Rügen erhoben werden, ein damit zusammenhängendes konkretes Verhalten der Arbeitnehmerin gefordert und die Arbeitnehmerin auf die Folgen allfälliger künf-

tiger Mängel im Verhalten – die in Widerspruch zum Geforderten stehen – hingewiesen wird (vgl. hierzu auch E. 4.2 hiervor). Die der Kündigung voranzugehende Mahnung erfüllt denn auch grundsätzlich zwei Funktionen (vgl. hierzu und zum Folgenden Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5849/2009 vom 1. Juli 2010 E. 2.6 und A-1352/2011 vom 20. September 2011 E. 3.2.1 je mit Hinweisen): Einerseits hält die kündigende Stelle der angestellten Person das mangelhafte Verhalten vor und mahnt sie zu künftigem korrektem und pflichtgemässem Verhalten (Rügefunktion). Andererseits drückt die Mahnung die Androhung einer Sanktion aus (Warnfunktion). Die Mahnung erfüllt ihre Rügefunktion aber nur dann, wenn die Arbeitgeberin der Angestellten die Mängel im Verhalten nicht nur summarisch aufzeigt, sondern detailliert mitteilt und die Mängel durch Verweis auf bestimmte Vorkommnisse belegen kann (vgl. NÖTZLI, a.a.O., Rz. 197; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5849/2009 vom 1. Juli 2010 E. 2.6). Der Grundsatz von Treu und Glauben verlangt sodann neben klaren Hinweisen, wie sich die Angestellte künftig zu verhalten hat, zumindest konkludent die Androhung der ordentlichen Kündigung für den Fall der Nichtbeachtung der Mahnung und verwirklicht so deren Warnfunktion (vgl. NÖTZLI, a.a.O., Rz. 197).

8.2. Vorliegend ist aufgrund der Akten zwar davon auszugehen, dass – zumindest nach der Mahnung – die zeitliche Ermächtigung an den MedicalService bzw. die zeitliche Einschränkung derselben sowie das Vorgehen bei Krankheit und Unfall in den Ferien zwischen der Beschwerdeführerin und ihrer Arbeitgeberin wiederholt ein Thema gewesen sein muss. Zudem ist anzunehmen, dass die Arbeitgeberin grundsätzlich eine zeitlich unbefristete Ermächtigung angestrebt und ihr das damit im Zusammenhang stehende Verhalten der Beschwerdeführerin sowie deren Umgang mit Krankheit und Unfall in den Ferien missfallen hat (vgl. hierzu Vorakten act. 22-23, 28, 32, 42, 51-53, 57-58, 60, 66-67, 69, 71). Auch wurde das Vertrauensverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Arbeitgeberin bzw. dem Zollinspektor thematisiert (vgl. Vorakten act. 53, 64). Dies alleine reicht im Lichte der oben wiedergegebenen Rechtsprechung für eine Kündigung nach Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG jedoch nicht aus. Vielmehr ist für eine solche eine Mahnung erforderlich, die ihrer Rüge- und Warnfunktion gerecht wird.

8.2.1. Die Abmahnung vom 26. Oktober 2010 gibt unter dem Stichwort "Sachverhalt" kurz die Vorgeschichte wieder. Hierbei wird auch darauf verwiesen, dass die Ermächtigung an den MedicalService beschränkt erteilt worden sei, was dieser bemängle bzw. womit eine Klärung der

krankheitsbedingten Abwesenheiten der Beschwerdeführerin aus medizinischer Sicht nicht möglich sei. Darüber hinaus beschränkt sich die Mahnung darauf, festzuhalten, das Vertrauensverhältnis sei massiv gestört. Zudem gibt sie die Erwartungen und Anforderungen an die Beschwerdeführerin – abgesehen von den Pflichten bezüglich Arbeitszeugnis und Reduktion der krankheitsbedingten Abwesenheiten in die Bandbreite der anderen Mitarbeitenden, welche aber vorliegend in der Folge kein Thema mehr und auch nicht Grund der Kündigung waren – bloss sehr vage wieder, ohne konkrete Handlungsweisen einzufordern (vgl. auch E. 8 hiervor). Zum Vertrauensverhältnis wird insbesondere lediglich ausgeführt, die Beschwerdeführerin habe alles zu unternehmen, damit dieses wieder aufgebaut werde und alles zu unterlassen, was es störe. Was hierbei genau verlangt wird, ist der Abmahnung aber nicht zu entnehmen – mithin fehlen konkrete Anordnungen wie beispielsweise eine ausdrückliche Aufforderung, sich gegenüber dem Vorgesetzten, den Mitarbeitenden und Kunden stets korrekt, freundlich und sachlich zu verhalten, allen Personen bei der EZV stets mit Anstand und Respekt zu begegnen sowie die Arbeitsorganisation, die Kompetenzbereiche und die Hierarchie des EVZ zu respektieren und sich entsprechend einzuordnen. Darüber hinaus wurde die Beschwerdeführerin mit der Mahnung auch nicht aufgefordert, eine zeitlich unbeschränkte Ermächtigung zur Einsicht in ihre Krankenakten zu gewähren. Ebenso fehlt eine Regelung hinsichtlich des Verhaltens und Vorgehens bei Krankheit oder Unfall in den Ferien.

Insgesamt ist somit festzuhalten, dass der Beschwerdeführerin zwar die Versetzung und die Kündigung angedroht wurden, die Mängel in ihrem Verhalten im Zusammenhang mit den krankheits- und unfallbedingten Abwesenheiten aber nicht detailliert aufgezählt und durch Verweis auf bestimmte Vorkommnisse belegt wurden. Die Beschwerdeführerin wurde auch nicht konkret darauf hingewiesen, wie sie sich künftig zu verhalten habe. Mit anderen Worten ist der Abmahnung nicht zu entnehmen, welche konkreten Verhaltensweisen von der Beschwerdeführerin erwartet werden. Speziell haben die beiden wesentlichen Punkte, welche im Vorfeld der Abmahnung zu Problemen geführt haben und auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren als Hauptargumente für das mangelhafte Verhalten der Beschwerdeführerin vorgebracht werden – mithin die Erteilung einer zeitlich uneingeschränkten Ermächtigung an den MedicalService und das Verhalten bei Krankheit und Unfall während den Ferien –, nicht Eingang in die Abmahnung gefunden. Es ist zwar nicht vermeidbar und entspricht der Natur der Sache, dass das künftig geforderte Verhalten bis zu einem gewissen Grad offen formuliert werden muss, weil es unmöglich

ist, jede künftige Situation bzw. jedes künftige Verhalten in allen Details vorauszusehen. Die Hinweise auf das geforderte künftige Verhalten müssen aber immerhin so konkret sein, dass die Beschwerdeführerin sich danach richten bzw. entsprechend verhalten kann (so auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1684/2009 vom 14. September 2009 E. 6.2.2). Dies ist vorliegend nicht geschehen. Die ausgesprochene Mahnung vom 26. Oktober 2010 trägt somit ihrer geforderten Rüge- und Warnfunktion nicht genügend Rechnung. Darüber hinaus ergibt sich aus den Akten keinerlei Hinweis, dass die Beschwerdeführerin vor oder nach der Abmahnung ausdrücklich und schriftlich aufgefordert worden wäre, die Ermächtigung zeitlich unbeschränkt zu erteilen, Krankheit oder Unfall in den Ferien am ersten Tag der Absenz der Arbeitgeberin zu melden und ihr Verhalten gegenüber Vorgesetzten konkret zu ändern. Auch wurden ihr in dieser Form nicht die Folgen ihrer diesbezüglichen Weigerung bzw. Zuwiderhandlung aufgezeigt.

8.2.2. Der Kündigungsgrund von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG erweist sich somit aufgrund einer mangelhaften schriftlichen Mahnung als nicht erfüllt. Demnach ist auf Benehmen und Handlungsweisen der Beschwerdeführerin vor und nach der Abmahnung vom 26. Oktober 2010 im Einzelnen nicht weiter einzugehen. Auch erübrigt es sich, sich mit der von der Beschwerdeführerin gewünschten Zeugeneinvernahme weiter zu befassen. Der Sachverhalt ist bereits aufgrund der Akten genügend erstellt (antizipierte Beweiswürdigung, vgl. BGE 131 I 157 E. 3 mit Hinweisen sowie MOSER/ BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.144 f.).

9.

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen erweist sich die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Beschwerdeführerin als nicht begründet und somit als nichtig im Sinne von Art. 14 i.V.m. Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG.

9.1. Aus Art. 14 Abs. 1-3 BPG ergibt sich das im Bundespersonalrecht allgemein gültige Primat der Weiterbeschäftigungspflicht der Arbeitgeberin. Die Entschädigung nach Art. 19 Abs. 2-4 BPG ist im Verhältnis zur Weiterbeschäftigung subsidiär (vgl. hierzu Urteil des Bundesgerichts 8C_722/2010 vom 25. Mai 2011 E. 7.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3834/2011 vom 28. Dezember 2011 E. 8.1; NÖTZLI, a.a.O., S. 218; PORTMANN, a.a.O., S. 60 und 67 f.). Nach Art. 14 Abs. 3 BPG bietet die Arbeitgeberin der betroffenen Person die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit an, wenn die Beschwer-

deinstanz die Kündigung aufgehoben hat, insbesondere weil sie missbräuchlich oder diskriminierend ist. Im Übrigen bleibt gemäss Art. 14 Abs. 5 BPG die Entschädigung vorbehalten. Eine Entschädigung kommt dann in Frage, wenn das Arbeitsverhältnis durch eine wirksame Kündigung aufgelöst wurde, ohne dass die Partei daran ein Verschulden trifft (Art. 19 Abs. 2 BPG) oder wenn das Arbeitsverhältnis trotz nichtiger Kündigung oder Aufhebung der Kündigung nicht mit der bisherigen oder einer anderen zumutbaren Arbeit fortgesetzt werden kann (Art. 19 Abs. 3 und 4 BPG). Die Aufhebung einer an sich nichtigen Kündigung hängt demnach davon ab, ob die Beschwerdeführerin weiterbeschäftigt werden kann oder nicht (Urteil des Bundesgerichts 8C_722/2010 vom 25. Mai 2011 E. 7.2 und 7.4; NÖTZLI, a.a.O., S. 218). Zudem kann im Falle einer als unbegründet erachteten Kündigung (zum Beispiel wegen fehlender Mahnung) der Weiterbeschäftigungsanspruch verneint werden, wenn die betroffene Arbeitnehmerin durch ihr Verhalten einen Kündigungsgrund gesetzt hat und die Arbeitgeberin keine grosse Schuld trifft (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 7, vgl. auch Bestätigung in Urteil des Bundesgerichts 8C_808/2010 vom 28. Juni 2011 E. 5.1 und Urteil des Bundesgerichts 8C_722/2010 vom 25. Mai 2011 E. 7.3).

9.2. Vorliegend ist kein Grund ersichtlich, um vom Grundsatz der Weiterbeschäftigung abzuweichen. Das Verhalten der Arbeitgeberin lässt nicht unbedingt auf ein derart unheilbar zerrüttetes Vertrauensverhältnis schliessen. Da der Konflikt offenbar vor allem zwischen der Beschwerdeführerin und dem Zollinspektor besteht und ihr unmittelbares Arbeitsumfeld nicht direkt betrifft, darf davon ausgegangen werden, dass der Arbeitskonflikt die tägliche Arbeit nicht wesentlich behindert. Es ist zwar – sowohl aus medizinischen Gründen wie auch aufgrund des Verhältnisses zum Zollinspektor – fraglich, ob die Beschwerdeführerin längerfristig mit ihrer bisherigen Arbeit weiterbeschäftigt werden kann. Aus den Akten ergibt sich jedoch nicht mit hinreichender Klarheit, dass sie nicht mit einer anderen zumutbaren Arbeit beschäftigt werden könnte. Dies wird darüber hinaus auch nicht geltend gemacht. Hinzu kommt, dass allein der von der Vorinstanz geltend gemachte erhebliche Führungs- und Administrationsaufwand im Zusammenhang mit den Absenzen der Beschwerdeführerin nichts an der zumindest vorübergehenden Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung zu ändern vermag. Nach dem Grundsatz von Art. 14 BPG muss daher vorliegend das Arbeitsverhältnis fortbestehen.

10.
Zusammenfassend ist festzuhalten, dass vorliegend die Voraussetzung

von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG nicht als erfüllt betrachtet werden kann, mithin eine ungenügende Mahnung vorliegt, die Kündigung demnach nach Art. 12 Abs. 6 BPG nicht begründet und nichtig im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Bst. b BPG ist und das Arbeitsverhältnis fortbesteht. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und die vorinstanzliche Verfügung aufzuheben.

11.
Gemäss Art. 34 Abs. 2 BPG sind das erstinstanzliche Verfahren sowie das Beschwerdeverfahren nach den Art. 35 und 36 BPG kostenlos. Es sind demnach keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

12.
Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG ist der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Antrag hin eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen. War die obsiegende Beschwerdeführerin bereits im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren anwaltlich vertreten, ist auch der in jenem Verfahren entstandene Aufwand (anteilsmässig) zu berücksichtigen (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 4.87). Ebenso ist der Aufwand im Zusammenhang mit einer allfälligen vorsorglichen Massnahme vor dem Bundesverwaltungsgericht zu berücksichtigen.

Wird wie vorliegend keine Kostennote eingereicht, so setzt das Gericht die Entschädigung aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Gemäss Art. 10 Abs. 2 VGKE beträgt der Stundenansatz für Anwälte und Anwältinnen mindestens Fr. 200.-- und höchstens Fr. 400.--. Entsprechend dem durch den Beizug eines externen Anwalts entstandenen Aufwand steht der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 6'000.-- inkl. Mehrwertsteuer und Auslagen zu (vgl. Art. 8 ff. VGKE). Die Parteientschädigung ist der Vorinstanz zur Bezahlung aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen, die angefochtene Verfügung vom 14. September 2011 aufgehoben und die Nichtigkeit der Kündigung vom 20. Mai 2011 im Sinne von Art. 14 BPG festgestellt.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.
Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin für das vorinstanzliche Verfahren sowie für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 6'000.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr._____; Gerichtsurkunde)
– die EZV (Einschreiben)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Markus Metz	Michelle Eichenberger

Rechtsmittelbelehrung:

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse können beim Bundesgericht angefochten werden, sofern es um eine vermögensrechtliche Angelegenheit geht, bei welcher der Streitwert mindestens Fr. 15'000.– beträgt oder bei der sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. Art. 85 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Bei einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit ist die Beschwerde nur zulässig, wenn sie die Gleichstellung der Geschlechter betrifft (vgl. Art. 83 Bst. g BGG). Steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen, kann sie innert 30 Tagen nach Eröffnung dieses Entscheids beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: