Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-4465/2013

Urteil vom 31. Oktober 2013

Besetzung

Richter Christoph Bandli (Vorsitz),
Richterin Kathrin Dietrich, Richterin Marianne Ryter,
Gerichtsschreiberin Flurina Peerdeman.

Parteien

A._____**,**
vertreten durch (…),
Beschwerdeführer,

gegen

Oberzolldirektion (OZD),
Kommando Grenzwachtkorps,
Monbijoustrasse 40, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses (Nichtigkeit).

Sachverhalt:

A.
A._____ trat am 8. Januar 2001 als Grenzwächter bei der Eidgenössischen Zollverwaltung (EZV) ein, auf den 1. Januar 2007 wurde er zum (…) befördert und seit dem 1. Januar 2012 als (…) eingesetzt.

B.
Am 13. Mai 2013 verfügte die Arbeitgeberin die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Als Kündigungsgrund gab sie an, A._____ habe als Kadermitglied über 41 manuelle Arbeitszeitkorrekturen vorgenommen und sich so zu Unrecht ein Zeitguthaben von insgesamt mehr als 5 Std. erschlichen. Damit habe er vorsätzlich und in grober Weise gegen die Dienstvorschriften sowie gegen die allgemeinen Treue- und Sorgfaltspflichten verstossen. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung entzog sie die aufschiebende Wirkung.

C.
Am 21. Mai 2013 beantragte A._____ bei der Zollkreisdirektion (…) die Feststellung der Nichtigkeit der fristlos ausgesprochenen Kündigung. Der Grenzwachtkommandant der Grenzwachtregion (…) verlangte in der Folge bei der Oberzolldirektion (OZD), Kommando Grenzwachtkorps (Vorinstanz), die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung.

D.
Die Vorinstanz stellte mit Verfügung vom 17. Juni 2013 die Gültigkeit der Kündigung fest. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, die von A._____ vorgenommenen Manipulationen bei der Zeiterfassung seien als massives Fehlverhalten zu qualifizieren. Angesichts des Vorgefallenen sei das Vertrauensverhältnis derart zerrüttet, dass der Arbeitgeberin die Weiterbeschäftigung nicht mehr zugemutet werden könne.

E.
Mit Eingabe vom 7. August 2013 lässt A._____ (Beschwerdeführer) Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erheben. Er beantragt die Feststellung der Nichtigkeit der fristlos ausgesprochenen Kündigung sowie die Weiterbeschäftigung. Eventualiter sei ihm eine Abgangsentschädigung in der Höhe von zwei Jahreslöhnen auszurichten. Ferner beantragt er die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

In formeller Hinsicht rügt der Beschwerdeführer die Verletzung des rechtlichen Gehörs. In der von der Arbeitgeberin am 7. Mai 2013 angesetzten Frist bis zum 10. Mai 2013 sei es ihm nicht möglich gewesen, das Akteneinsichtsrecht effektiv wahrzunehmen und eine Stellungnahme auszuarbeiten. Des Weiteren sei der angefochtene Entscheid unzureichend begründet, da dieser sich nicht dazu äussere, inwiefern die Fortführung des Arbeitsverhältnisses für die Arbeitgeberin unzumutbar sei. In materieller Hinsicht bringt der Beschwerdeführer vor, dass selbst wenn die Zeiterfassung fehlerhaft sein sollte, was nach wie vor bestritten werde, sei die Verfehlung marginal und es könne nicht von einer vorsätzlichen systematischen Manipulation gesprochen werden. Die Arbeitgeberin wäre daher mit Blick auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz verpflichtet gewesen, zunächst eine Verwarnung auszusprechen. Die fristlos ausgesprochene Kündigung erweise sich als offensichtlich unbegründet und willkürlich. Sie sei als nichtig zu erklären und ihm ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung zuzuerkennen, zumal ihm in den Personalbeurteilungen stets gute Qualifikationen attestiert worden seien. Angesichts der langen Arbeitsvertragsdauer von über 12 Jahren sowie der Tatsache, dass es sich um einen Monopolberuf handle, sei ihm eventualiter eine Entschädigung in maximaler Höhe von zwei Jahreslöhnen zuzusprechen.

F.
Mit Verfügung vom 29. August 2013 stellte der zuständige Instruktionsrichter fest, dass die aufschiebende Wirkung der Beschwerde vorliegend von Gesetzes wegen besteht. Infolgedessen wurde auf das Gesuch des Beschwerdeführers um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nicht eingetreten.

G.
Die Vorinstanz schliesst in der Vernehmlassung vom 9. September 2013 auf Abweisung der Beschwerde.

H.
Der Beschwerdeführer reicht am 9. Oktober 2013 Schlussbemerkungen ein.

I.
Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit entscheidwesentlich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Am 1. Juli 2013 traten die Änderungen vom 14. Dezember 2012 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) in Kraft (vgl. AS 2013 1493). Gemäss dem revidierten Art. 36 Abs. 1 BPG sind Verfügungen des Arbeitgebers nun direkt beim Bundesverwaltungsgericht anzufechten. Die Verfügung der Erstinstanz vom 13. Mai 2013 wurde indes zu Recht noch nach dem damaligen Art. 35 Abs. 1 BPG in der Fassung vom 1. Oktober 2012 (AS 2001 894) bei der internen Beschwerdeinstanz angefochten (vgl. Art. 36 Abs. 1 BPG in der Fassung vom 1. Oktober 2012 [AS 2006 2197] und Art. 110 Bst. b der damals gültigen Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 in der Fassung vom 15. September 2012 [BPV, AS 2001 2206]). Der Entscheid der Vorinstanz vom 17. Juni 2013 stellt demnach ein zulässiges Anfechtungsobjekt dar, weshalb das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig ist.

1.2 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das VGG nichts anderes bestimmt.

1.3 Anfechtungsobjekt im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bildet einzig der vorinstanzliche Entscheid, nicht auch allfällige Entscheide unterer Instanzen (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.7). Auf die Beschwerde kann daher insoweit nicht eingetreten werden, als mit ihr die Aufhebung der Verfügung vom 13. Mai 2013 beantragt wird. Immerhin gilt die erstinstanzliche Verfügung als inhaltlich mitangefochten (BGE 134 II 142 E. 1.4, BGE 129 II 438 E. 1; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-6543/2012 vom 22. April 2013 E. 1.2 und A-5076/2012 vom 11. Februar 2013 E. 1.2; je mit Hinweisen).

1.4 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Der im vorinstanzlichen Verfahren unterlegene Beschwerde-

führer ist sowohl formell wie auch materiell beschwert und deshalb zur Beschwerde befugt.

1.5 Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist daher mit der in Erwägung 1.3 erwähnten Einschränkung 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 hin (Art. 49 VwVG).

3.
Die Arbeitgeberin löste das Arbeitsverhältnis am 13. Mai 2013 auf, die Vorinstanz erliess ihre Verfügung am 17. Juni 2013 und damit noch vor Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen des Bundespersonalrechts. Welches Recht im vorliegenden Beschwerdeverfahren zur Anwendung gelangt, ist mangels einer ausdrücklichen Übergangsbestimmung in der Bundespersonalgesetzgebung aufgrund der allgemeinen intertemporalen Grundsätze zu entscheiden (vgl. auch PETER HELBLING, in: Portmann/Uhlmann [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BPG, Bern 2013, Art. 41 N 6). Danach ist bei einer materiellen Rechtsänderung grundsätzlich das Recht anwendbar, das im Zeitpunkt der Fällung des erstinstanzlichen Entscheides in Kraft steht (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 325 ff.). Demnach beurteilt sich die vorliegende Beschwerde nach dem vor Inkrafttreten der Revision am 1. Juli 2013 gültigen Bundespersonalrecht.

4.

4.1 Als wichtiger Grund, der zu einer fristlosen Kündigung berechtigt, gilt gemäss Art. 12 Abs. 7 BPG in der Fassung vom 1. Oktober 2012 (AS 2001 894, nachfolgend: aArt. 12 Abs. 7 BPG) jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Die Voraussetzungen für die fristlose Auflösung eines Arbeitsverhältnisses orientieren sich auch beim Bundespersonal an den "wichtigen Gründen"

gemäss Art. 337 Abs. 2 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220), der die fristlose Auflösung privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse regelt. Der Wortlaut von aArt. 12 Abs. 7 BPG nennt zwar den "wichtigen Grund" nicht ausdrücklich, doch bedeutet dies nach Auffassung des Gesetzgebers insofern keine Abweichung vom OR (vgl. Botschaft des Bundesrats zum Bundespersonalgesetz BPG vom 14. Dezember 1998, BBl 1999 1615). Um zu beurteilen, ob eine fristlose Kündigung gerechtfertigt ist, kann somit die zu Art. 337 Abs. 1 und 2 OR entwickelte Praxis angemessen berücksichtigt werden (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1263/2013 vom 5. Juni 2013 E. 3.1 und A-4611/2012 vom 18. Dezember 2012 E. 3.2 je mit Hinweisen).

Danach soll mit der fristlosen Kündigung eine objektiv nicht mehr tragbare Situation sofort beendet werden. Eine fristlose Entlassung ist nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Das Fehlverhalten muss einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauenslage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zumutbar ist, und andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Den Besonderheiten des öffentlichen Dienstes Rechnung tragend, rechtfertigt nur ein besonders schweres Fehlverhalten des Angestellten die fristlose Kündigung. Wiegen die Verfehlungen weniger schwer, ist die fristlose Auflösung wie im privaten Arbeitsrecht nur gerechtfertigt, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt begangen wurden (BGE 130 III 28 E. 4.1, BGE 130 III 213 E. 3.1, BGE 129 III 380 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 8C_358/2009 vom 8. März 2010 E. 4.3.1; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1263/2013 vom 5. Juni 2013 E. 3.1 und A-4611/2012 vom 18. Dezember 2012 E. 3.2; je mit Hinweisen).

4.2 Dem privat- wie dem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber kommt bei der Prüfung, ob ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorliegt, ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Er muss aber den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten: Es ist diejenige Massnahme zu wählen, die angemessen ist bzw. genügt. Die fristlose Kündigung ist die strengste Massnahme, die ein Arbeitgeber aussprechen kann, weshalb sie nur in Ausnahmefällen als ultima ratio und damit restriktiv anzuwenden ist (vgl. BGE 130 III 28 E. 4.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6141/2007 vom 14. Dezember 2007 E. 3.4). Der Arbeitgeber hat seinen Entscheid unter Berücksichtigung aller Umstände zu treffen. Er muss den Einzelfall in Verbindung mit der Stellung und Verantwortung des Betroffenen sowie

allen anderen Gegebenheiten wie Natur und Dauer des Vertragsverhältnisses prüfen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1263/2013 vom 5. Juni 2013 E. 3.2 und A-4611/2012 vom 18. Dezember 2012 E. 3.3 je mit Hinweisen).

4.3 Kaderangehörige haben aufgrund ihrer erhöhten Treuepflicht und Verantwortung höheren Anforderungen in Bezug auf ihr Verhalten nachzukommen (BGE 130 III 28 E. 4.1, BGE 127 III 86 E. 2c; Urteil des Bundesgerichts 4A_236/2012 vom 2. August 2012 E. 2.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4597/2012 vom 21. Februar 2013 E. 3.4). Anlass zur fristlosen Entlassung besteht deshalb vor allem, wenn das Verhalten des Arbeitnehmers im Zusammenhang mit seiner Stellung im Betrieb die Fortführung des Arbeitsverhältnisses verunmöglicht. Bei höheren Angestellten wird dies viel rascher der Fall sein als beim Arbeitnehmer in unteren Chargen in einem Grossbetrieb (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319−362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, N. 8 zu Art. 337 OR).

5.

Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, die Diensteinteilung und die Arbeitszeiterfassung für Mitarbeitende des Grenzwachtkorps erfolge über das Zeiterfassungssystem (...). Die Mitarbeitenden seien verpflichtet, monatlich das Vergütungsformular betreffend Zulagen für unregelmässige Arbeitszeiten auszudrucken, die Richtigkeit der Angaben unterschriftlich zu bestätigen und anschliessend das Formular dem Vorgesetzten zum Visieren vorzulegen (…). Zudem sei er Verantwortlicher seines Teams für die Personal- und Einsatzplanung. Diese Funktion beinhalte die Diensteinteilung sowie die Kontrolle der korrekten Zeiterfassung, weshalb er nicht nur die Arbeitszeitbestimmungen sowie deren Anwendungsvorschriften bestens kenne, sondern auch über erweiterte Zugriffsrechte für das Zeiterfassungssystem (...) verfüge. Unter Missbrauch der Vertrauensstellung habe der Beschwerdeführer zwischen April 2012 und April 2013 ausserordentlich viele nachträgliche Arbeitszeitkorrekturen erfasst und einzelne Eintragungen ohne ersichtlichen Grund mehrfach abgeändert. Auf diese Weise habe er sich zu Unrecht ein Zeitsaldo von insgesamt über 5 Std. erschlichen.

Der Beschwerdeführer bestreitet demgegenüber, dass ein Grund für eine fristlose Kündigung vorliege. Er macht geltend, in der Kündigungsverfügung werde keinerlei Aussage darüber gemacht, ob er zu den Zeiten, die er anhand einer Sammelliste der geleisteten Plus- und Minuszeiten im

Zeiterfassungssystem (...) nachträglich manuell als Arbeitszeit eingetragen habe, tatsächlich gearbeitet habe oder nicht. Auffallend sei zudem, dass in der angefochtenen Verfügung ihm ein unrechtmässig erworbenes Arbeitszeitguthaben von über 5 Std. zur Last gelegt werde, während B._____ in seinem Rapport an den Kommandanten der Grenzwachtregion (…) eine Fehlzeit von 3 Std. 50 Min. gemeldet habe. Gemäss dem Untersuchungsbericht des Disziplinarverfahrens beliefen sich die fraglichen manuellen Eintragungen sogar auf lediglich 1 Std. 47 Min. Arbeitszeit und dies auch nur deshalb, weil er sich in der Befragung nicht mehr an die exakten Umstände und an die Gründe erinnern konnte. Doch selbst wenn die Zeiterfassung fehlerhaft sein sollte, hätte die Arbeitgeberin ihn vor der fristlosen Kündigung zumindest verwarnen müssen. Die bestrittene Manipulation der Arbeitszeit sei als marginal einzustufen und würde weder die Glaubwürdigkeit noch die Vorbildfunktion seiner Position tangieren. Die Saldozeit könnte ohne Weiteres korrigiert werden unter Abrechnung der allenfalls zu viel geleisteten Vergütungen.

6.

6.1 Zu den wichtigen Verpflichtungen im Arbeitsverhältnis gehört die Einhaltung der Arbeitszeit. Wird durch die mangelhafte Erfassung der Arbeitszeit ein zu hoher Zeitsaldo registriert, wird dadurch die geschuldete Arbeitszeit nicht eingehalten. Die korrekte Erfassung der Arbeitszeit ist damit eine Voraussetzung für die Überprüfung der Einhaltung der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber. Unwahre Angaben über die erbrachte Arbeitszeit stellen einen Verstoss gegen die Sorgfalts- und Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber dar. Die Sorgfalts- und Treuepflicht ist auch eine wichtige Pflicht der Arbeitnehmenden im Bundespersonalrecht (Art. 20 Abs. 1 BPG; vgl. zum Ganzen Urteile des Bundesgerichts 4C.114/2005 vom 4. August 2005 E. 2.5 und 4C.149/2002 vom 12. August 2002 E. 1.3; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-6141/2007 vom 14. Dezember 2007 E. 4.1 und A-1508/2007 vom 15. November 2007 E. 3.3.2; HARRY NÖTZLI, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Bern 2005, Rz. 158 und 164 ff.; je mit Hinweisen).

6.2 In tatsächlicher Hinsicht ist zwischen den Parteien umstritten geblieben, ob und in welchem Umfang der Beschwerdeführer Freizeit als Arbeitszeit deklariert hat. Diese Frage ist im Licht der allgemeinen Regeln zu Beweislast und -mass zu beantworten: Im ordentlichen Verwaltungsverfahren hat die Behörde unter Berücksichtigung der Gesamtheit der ihr zur Verfügung stehenden Erkenntnisse einen Sachverhalt zu werten. Das

VwVG sieht dabei keine starren Beweisregeln vor und setzt auch keine unumstössliche Gewissheit voraus. Massgeblich ist einzig die Überzeugung der Behörde vom Vorhandensein einer Tatsache. Genügend ist ein so hoher Grad an Wahrscheinlichkeit, dass keine vernünftigen Zweifel bleiben (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.141, PATRICK L. KRAUSKOPF/ KATRIN EMMENEGGER in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 12 N 214). Bleibt ein Umstand unbewiesen, ist die Frage zu beantworten, zu wessen Ungunsten dies sich auswirkt, d.h. wer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Wer in diesem Sinn beweisbelastet ist, trägt die objektive Beweislast. Für diese gilt auch im öffentlichen Recht Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210). Demnach hat jene Partei das Vorhandensein einer Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Bei belastenden Verfügungen im Verwaltungsverfahren bedeutet dies, dass die Verwaltung das Vorhandensein der Tatbestandsvoraussetzungen zu beweisen hat (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6738/2011 vom 30. Oktober 2012 E. 5.5; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.149, CHRISTOPH AUER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Rz. 16 zu Art. 12; je mit Hinweisen).

6.3 Vorliegend kann die Arbeitgeberin anhand der automatisch erfassten Aufzeichnungen zu den Öffnungen des Parkplatztors rechtsgenügend belegen, dass die vom Beschwerdeführer angegebenen Arbeitszeiten teilweise nicht mit den tatsächlichen Anwesenheitszeiten übereinstimmen. Eine plausible Erklärung, die das vorgelegte Beweismittel allenfalls hätte entkräften können, brachte der Beschwerdeführer nicht vor. Vielmehr anerkannte er anlässlich der disziplinarischen Untersuchung, dass er wohl in diesen Fällen unter Verletzung der Dienstvorschriften zu früh nach Hause gegangen sei. Es kann daher als erstellt betrachtet werden, dass die folgenden Diensteinträge im Zeiterfassungssystem (...) im Umfange von gesamthaft 1 Std. 8 Min. nicht der effektiv geleisteten Arbeitszeit entsprechen:

	Diensteintrag	Öffnung Parkplatztor	Differenz
(…) April 2013	20.30 Uhr (Dienstende)	20.21 Uhr	+ 9 Min.
(…) April 2013	15.25 Uhr (Dienstende)	15.23 Uhr	+ 2 Min.
(…) März 2013	20.45 Uhr (Dienstende)	20.41 Uhr	+ 4 Min.
(…) März 2013	14.45 Uhr (Dienstende)	14.30 Uhr	+ 15 Min.
(…) März 2013	20.30 Uhr (Dienstende)	20.08 Uhr	+ 22 Min.

(…) Februar 2013	12.30 Uhr (Dienstbeginn)	12.43 Uhr	+ 13 Min.
(…) Januar 2013	15.40 Uhr (Dienstende)	15.37 Uhr	+ 3 Min.

Hingegen vermag die vorliegend beweisbelastete Arbeitgeberin den behaupteten Vorhalt, der Beschwerdeführer habe fehlerhafte Einträge im Zeiterfassungssystem (...) im Umfang von über 5 Std. vorgenommen, nicht nachzuweisen. Die diesbezüglichen Angaben in den Akten sind teilweise widersprüchlich und auch nicht vollständig belegt, wie der Beschwerdeführer zu Recht bemängelt. So liegen unterschiedliche Aussagen zum Umfang der dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Manipulationen vor (Rapport von B._____ vom 29. April 2013: 3 Std. 50 Min.; disziplinarischer Untersuchungsbericht vom 3. Mai 2013: 1 Std. 47 Min.; Verfügung der Vorinstanz vom 17. Juni 2013: über 5 Std.), wobei die Gründe für die Abweichungen in der Vernehmlassung nicht substantiiert ausgeführt werden und sich im Übrigen auch nicht vollständig aus den Akten ergeben. Zu verschiedenen manuellen Einträgen fehlt zudem der Nachweis, dass der Beschwerdeführer zu den angegebenen Zeiten nicht gearbeitet hat. Schliesslich ist nicht im Einzelnen belegt, dass die Anpassungen im Zeiterfassungssystem (...) tatsächlich erst nach der Visierung durch den Vorgesetzten vorgenommen wurden.

7.

7.1 Mit der nachweislich falschen Zeiterfassung im Umfange von 1 Std. 8 Min. hat der Beschwerdeführer nach dem soeben Gesagten gegen die Sorgfalts- und Treuepflicht im Sinne von Art. 20 Abs. 1 BPG verstossen. Es stellt sich indes die Frage, als wie schwerwiegend die festgestellte Pflichtverletzung des Beschwerdeführers einzuordnen ist und ob infolge dieser eine fristlose Kündigung nach aArt. 12 Abs. 7 BPG gerechtfertigt bzw. ob die fristlose Kündigung eine verhältnismässige Sanktion war. Wie gesehen (vgl. vorstehend E. 4), bedarf eine fristlose Entlassung einer schweren Verfehlung des Arbeitnehmers, die geeignet sein muss, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauenslage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zumutbar ist.

7.2 Wie die Vorinstanz in der Vernehmlassung zutreffend ausführte, hat die Arbeitgeberin dem Beschwerdeführer ein grösseres Vertrauen entgegengebracht als einem gewöhnlichen Mitarbeiter. Dem Beschwerdeführer kommt in seiner Funktion als (…) und (…) eine Vorbildfunktion zu und es darf von ihm zweifellos erwartet werden, dass er die Arbeitszeiten korrekt

und innert üblicher Frist nach der Praxis der Arbeitgeberin erfasst. Da zudem die Erstellung der Dienstpläne und die Kontrolle der korrekten Zeiterfassung in sein Aufgabenfeld fällt, ist davon auszugehen, dass er über vertiefte Kenntnisse der geltenden Vorschriften zur Zeiterfassung wie auch der gelebten Praxis verfügte.

Trotzdem kann insgesamt nicht von einer besonders schweren Pflichtverletzung gesprochen werden: Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass von der Arbeitgeberin nicht geltend gemacht wird, die Verfehlung des Beschwerdeführers hätte den betrieblichen Ablauf beeinträchtigt oder sogar gefährdet. Die Pflichtverletzung beschränkt sich somit auf die Tatsache, dass eine Arbeitszeit von gesamthaft 1 Std. 8 Min. falsch deklariert wurde. Unter Berücksichtigung der im Übrigen zufriedenstellenden Arbeitsleistung und des langjährigen Arbeitsverhältnisses in einem Monopolberuf ist das Fehlverhalten objektiv nicht geeignet, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauenslage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass der Arbeitgeberin die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zumutbar ist. Entsprechend durfte die Vorinstanz im Verhalten des Beschwerdeführers keinen Grund für eine fristlose Entlassung erblicken.

7.3 Entgegen der Ansicht der Vorinstanz lässt sich die fristlos ausgesprochene Kündigung auch nicht auf das Urteil des Bundesgerichts 4C.149/2002 vom 12. August 2002 abstützen. Das Bundesgericht entschied in jenem Urteil, die mehrfache Manipulation der Stempelkarte durch eine Kaderperson mit gleitender Arbeitszeit berechtige den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung ohne vorgängige Mahnung, zumal der Arbeitnehmer über die Sanktion im Falle der Zuwiderhandlung informiert worden war (Urteil des Bundesgerichts 4C.149/2002 vom 12. August 2002 E. 1.2 und 1.3). Soweit sich die Vorinstanz auf dieses Urteil beruft, verkennt sie, dass sich der damalige Fall von der hier zu beurteilenden Sachlage wesentlich unterscheidet. In jenem Fall stand nur ein rund einjähriges Arbeitsverhältnis zur Disposition und der Arbeitnehmer war nicht in einem Monopolberuf tätig. Wie überdies die weitere Rechtsprechung des Bundesgerichts zeigt, rechtfertigt nicht jede Manipulation der Zeiterfassung die fristlose Kündigung. So hat das Bundesgericht beispielsweise im Urteil 4C.114/2005 vom 4. August 2005 bezüglich eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses erkannt, dass die vom Arbeitnehmer veranlasste Manipulation der Stempeluhr aufgrund der konkreten Umstände, namentlich des langjährigen Arbeitsverhältnisses, kein objektiv wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung darstelle und der Arbeitgeberin die Weiterbeschäftigung bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin zu-

zumuten sei (Urteil des Bundesgerichts 4C.114/2005 vom 4. August 2005 E. 2.5; vgl. auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-6141/2007 vom 14. Dezember 2007 E. 6.3 und A-1508/2007 vom 15. November 2007 E. 3.4.7; ROGER RUDOLPH, Bagatelldelikte am Arbeitsplatz: ein ausreichender Grund für eine fristlose Entlassung, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2010 S. 1523 ff.; je mit Hinweisen).

7.4 Weniger schwere oder zeitlich zurückliegende Verfehlungen können nur dann eine fristlose Kündigung zur Folge haben, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt vorkommen (vgl. vorstehend E. 4.1). Die Mahnung bezweckt einerseits, der angestellten Person die mangelhafte Leistung, das mangelhafte Verhalten oder die begangene Pflichtverletzung vorzuhalten und sie zu künftigem korrektem und pflichtgemässem Verhalten zu ermahnen (Rügefunktion). Andererseits drückt die Mahnung die Androhung einer Sanktion aus (Warnfunktion; vgl. statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1263/2013 vom 5. Juni 2013 E. 5.2 mit Hinweisen).

Wegen der fehlerhaften Zeiterfassung wurde der Beschwerdeführer unbestrittenermassen weder gemahnt noch wurde ihm die Kündigung angedroht. Die Verfehlung des Beschwerdeführers war nicht derart gravierend, dass einer Rüge oder Mahnung jede Aussicht auf Erfolg hätte abgesprochen werden müssen. Vielmehr hätte der Beschwerdeführer – als milderes Mittel im Sinne des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes – nach Entdeckung der Pflichtverletzung erst einmal gemahnt werden müssen, damit er die Möglichkeit zur Änderung seines Verhaltens gehabt hätte. Anzumerken bleibt, dass die aktenkundige disziplinarische Verwarnung wegen (…), die die Arbeitgeberin mit Verfügung vom 25. September 2012 gegenüber dem Beschwerdeführer aussprach, in einem anderen Sachzusammenhang erging und somit nicht als Mahnung für die hier zu beurteilende Pflichtverletzung gelten kann.

7.5 Unter den erwähnten Umständen ist nicht einzusehen, weshalb der Arbeitgeberin die Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers nicht hätte zugemutet werden können. Eine fristlose Kündigung war nicht verhältnismässig, weil sie nicht die schonendste Massnahme zur Lösung der Situation darstellte.

8.
Liegt kein Grund für eine fristlose Kündigung vor, ist zu prüfen, ob eine Umwandlung der fristlosen in eine ordentliche Kündigung möglich ist (vgl.

Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1263/2013 vom 5. Juni 2013 E. 6 und A-4973/2012 vom 5. Juni 2013 E. 3.2 je mit Hinweisen).

Der Beschwerdeführer war in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis angestellt. Nach Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG in der Fassung vom 1. Oktober 2012 (AS 2001 894; nachfolgend: aArt. 12 Abs. 6 Bst. a BPG) kann ein unbefristetes Arbeitsverhältnis aufgelöst werden wegen der Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten. Die Rechtsprechung verlangt – obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt – eine Mahnung auch für eine ordentliche Kündigung nach aArt. 12 Abs. 6 Bst. a BPG (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 5.3, bestätigt mit Urteil 1C_245/2008 vom 2. März 2009 E. 5.4). Nach den unzweideutigen Ausführungen des Bundesgerichts besteht kein Raum, im Einzelfall auf eine Mahnung zu verzichten (vgl. statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1263/2013 vom 5. Juni 2013 E. 6), weshalb in Ermangelung einer Mahnung vorliegend auch kein ordentlicher Kündigungsgrund erfüllt ist.

9.
Damit erweist sich die fristlose Kündigung insgesamt als unbegründet; sie ist im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Bst. b BPG in der Fassung vom 1. Oktober 2012 (AS 2001 894, nachfolgend: aArt. 14 Abs. 1 Bst. b BPG) i.V.m. aArt. 12 Abs. 7 BPG als nichtig zu betrachten. Die Beschwerde ist insoweit gutzuheissen.

10.
Abschliessend stellt sich die Frage der Rechtsfolgen einer nichtigen fristlosen Kündigung.

10.1 Bei der nichtigen Kündigung nach aArt. 14 Abs. 1 BPG handelt es sich dem Wesen nach um eine anfechtbare Kündigung. Eine Kündigung, die von der Beschwerdeinstanz als in diesem Sinne nichtig beurteilt wird, beendet das Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht. Aus aArt. 14 Abs. 1 – 3 BPG ergibt sich allgemein, dass die primäre Folge bei Verletzung der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses die Weiterbeschäftigung der betroffenen Person mit der bisherigen oder einer anderen zumutbaren Arbeit ist. Nur subsidiär zu einer Weiterbeschäftigung behält aArt. 14 Abs. 5 BPG eine Entschädigung nach Art. 19 Abs. 2 – 4 BPG in der Fassung vom 1. Oktober 2012 (AS 2001 894) vor (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_703/2011 vom 1. Mai 2012 E. 7.1; statt vieler Urteil

des Bundesverwaltungsgerichts A-1263/2013 vom 5. Juni 2013 E. 7.1; NÖTZLI, a.a.O., Rz. 356 sowie Rz. 325, 383).

10.2 Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer insgesamt seit über 12 Jahren bei der EZV arbeitet, davon seit dem 1. Januar 2012 als (…) und (…). Seine Vorgesetzten waren mit seiner Arbeitsleistung zufrieden, erhielt er doch während den letzen 2 Jahren mit der Gesamtbeurteilung der Stufe 3 jeweils gute Leistungsbeurteilungen, dies trotz der im Jahr 2012 ausgesprochenen Verwarnung. Das Vertrauensverhältnis kann demnach nicht als derart zerrüttet bezeichnet werden, dass der Arbeitgeberin die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar wäre. Vielmehr wird sich der Beschwerdeführer – auch durch das vorliegende Kündigungsverfahren – der Konsequenzen allfälliger weiterer Verfehlungen bewusst sein. Da das Bundespersonalrecht in erster Linie die Weiterbeschäftigung vorsieht, eine Entschädigung lediglich subsidiär in Frage kommt und nach dem Gesagten das Vertrauen nicht als grundlegend zerstört angesehen werden kann, hat die Arbeitgeberin den Beschwerdeführer somit weiterzubeschäftigen.

11.
Gestützt auf vorstehende Erwägungen ist die Beschwerde gutzuheissen, der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 17. Juni 2013 aufzuheben und die Nichtigkeit der Kündigung vom 13. Mai 2013 im Sinne von aArt. 14 Abs. 1 BPG festzustellen. Die Arbeitgeberin hat den Beschwerdeführer weiterzubeschäftigen. Damit erübrigt es sich auf die weiteren Rügen des Beschwerdeführers zur Verletzung des rechtlichen Gehörs einzugehen.

12.

12.1 Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist in personalrechtlichen Angelegenheiten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens, ausser bei Mutwilligkeit, kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG in der Fassung vom 1. Oktober 2012 [AS 2001 894]).

12.2 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 und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen. War der obsiegende Beschwerdeführer bereits im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren vertreten, ist auch der in jenem Verfahren entstandene Aufwand zu entschädigen. Für die allfällige Vertretung im Rahmen eines

erstinstanzlichen Verfahrens oder einem Einspracheverfahren vor einer Verwaltungsbehörde des Bundes kann das Bundesverwaltungsgericht dagegen selbst bei Obsiegen im Beschwerdeverfahren nur dann eine Parteientschädigung zusprechen, wenn ausnahmsweise eine ausdrückliche entsprechende gesetzliche Grundlage vorliegt (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 4.87). Das Anwaltshonorar wird dabei nach dem notwendigen Zeitaufwand bemessen, wobei der Stundenansatz für Anwälte mindestens Fr. 200.- und höchstens Fr. 400.- beträgt (Art. 10 Abs. 1 und 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]).

Der Rechtsvertreter hat eine Kostennote in der Höhe von Fr. 7'516.55 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) eingereicht, wobei er auch Aufwendungen im Zusammenhang mit dem erstinstanzlichen Verfahren geltend macht. Da im Bundespersonalrecht gestützt auf Art. 64 VwVG nur der Aufwand für das vorinstanzliche Verfahren und das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht zu entschädigen ist, der im Übrigen in der Kostennote geltend gemachte Aufwand für das vorinstanzliche Verfahren und für das vorliegende Beschwerdeverfahren gemessen am erforderlichen Aufwand nachvollziehbar ist, ist die Parteientschädigung für beide Verfahren auf insgesamt Fr. 5'465.10 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen. 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, soweit darauf eingetreten werden kann, der angefochtene Entscheid vom 17. Juni 2013 aufgehoben und die Nichtigkeit der Kündigung vom 13. Mai 2013 festgestellt.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.
Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils für das vorinstanzliche Verfahren sowie für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung

von insgesamt Fr. 5'465.10 (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. […]; Einschreiben)
– das Generalsekretariat EFD (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Christoph Bandli	Flurina Peerdeman

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: