



Urteil vom 13. August 2012

Besetzung

Richter André Moser (Vorsitz),
Richter Alain Chablais, Richter Markus Metz,
Gerichtsschreiberin Tanja Haltiner.

Parteien

A. _____,
(...),
vertreten durch den Schweizerischen Eisenbahn- und Ver-
kehrspersonal-Verband SEV,
Steinerstrasse 35, Postfach, 3000 Bern 6,
Beschwerdeführer,

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB,
Konzernrecht,
Hochschulstrasse 6, 3000 Bern 65 SBB,
Vorinstanz.

Gegenstand

Ordentliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

Sachverhalt:**A.**

A.a A._____ war vom 1. Oktober 1981 bis zum 30. April 1982 bei den Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) als Gleismonteur tätig. Danach arbeitete er ab 13. Juni 1988 in einem 100 %-Pensum bei den SBB zunächst als Betriebs- und ab 1989 als Rangier-Angestellter im Rangierbahnhof (...).

A.b A._____ (...) erhielt am 8. Dezember 1997 auf Gesuch hin eine befristete Bewilligung für die Ausübung einer Nebenbeschäftigung bei der (...) für maximal zehn Stunden pro Woche, längstens bis zum 31. März 1998. Dies, obschon er bis zu jenem Zeitpunkt entgegen der diesbezüglichen Regelung bei der (...) in (...) jeweils an Samstagen die vorgenannte Nebenbeschäftigung ohne Bewilligung ausgeübt hatte und bereits seit längerer Zeit aufgrund diverser Dienstversäumnisse, die wiederholt zu disziplinarischen Massnahmen geführt hatten (vgl. nachfolgend A.c), aufgefallen war.

Am 15. Dezember 1999 bewilligten die SBB A._____ die Ausübung einer weiteren Nebenbeschäftigung als (...) bei (...) ohne festen Arbeitgebenden für wöchentlich maximal acht bis zehn Arbeitsstunden. Die SBB wiesen darauf hin, die Bewilligung bei nachteiligen Auswirkungen auf die Arbeitsleistung und/oder das Verhalten am Arbeitsplatz, welche nachweislich oder mutmasslich auf die ausserdienstliche Tätigkeit zurückzuführen seien, umgehend zu entziehen. Dies ebenso im Fall von gesundheitlichen Problemen oder Überbeanspruchung.

A.c Im Verlauf des Arbeitsverhältnisses haben die SBB gegenüber A._____ diverse Disziplinarverfügungen erlassen: Am 16. Januar 1995 erhielt er eine Busse von Fr. 50.– wegen diverser Dienstversäumnisse (Verschlafen, Verhalten bei Krankheit), wobei in dieser Verfügung seine Rückfälligkeit unter Hinweis auf die vorangehenden Verfügungen vom 20. April 1990 und vom 27. Januar 1992 vermerkt und festgehalten wurde, dass zukünftig rechtzeitige Dienstantritte und vorschriftgemässes Verhalten bei Krankheit erwartet werde. In der Folge wurde ihm mit Verfügung vom 17. Mai 1996 eine weitere Busse von Fr. 100.– wegen mehrfach verspäteten Dienstantritts (Verschlafen) auferlegt und unter Hinweis auf die Disziplinarverfügung vom 27. Januar 1992 erneut festgehalten, er sei bezüglich Dienstversäumnisse rückfällig geworden sowie, dass pünktliche Dienstantritte erwartet würden und er im Wiederholungsfall mit

Massnahmen zu rechnen habe, die das Dienstverhältnis berührten. Am 14. Dezember 1997 erging aufgrund diverser Vorfälle wie wiederholt verspäteter Dienstantritte, verspäteter Krankmeldung ohne nachfolgender telefonischer Erreichbarkeit zuhause und Weiterführung einer unbewilligten Nebenbeschäftigung trotz des entsprechenden Hinweises eine weitere Disziplinarverfügung seitens der SBB. Wiederum hielten diese unter Verweis auf die Disziplinarverfügungen vom 16. Januar 1995 und vom 17. Mai 1996 die Rückfälligkeit von A._____ in Bezug auf Dienstverhältnisse fest. Als Disziplinar massnahme wurde eine DienstEinstellung für zwei Tage mit Lohnentzug verfügt. Die SBB erklärten, auf rechtzeitiges Erscheinen ihrer Mitarbeiter angewiesen zu sein, um einen sicheren und geordneten Betriebsablauf garantieren zu können. Aufgrund sozialer Überlegungen werde entgegen der Androhung gemäss Disziplinarverfügung vom 17. Mai 1996 letztmals auf das Dienstverhältnis beruhende Massnahmen verzichtet. Sollte sein Verhalten jedoch Anlass für ein weiteres Disziplinarverfahren geben, werde er ins provisorische Dienstverhältnis versetzt. Dies wäre der Fall bei Verstoss gegen einen Punkt der in diesem Rahmen festgehaltenen Zielvereinbarung, wonach sich A._____ zum einen künftig strikte an die im Dienstplan fixierten Dienstantritte halte und sich bei allfälliger Krankheit vor dem vorgesehenen Dienstantritt melde. Zum anderen respektiere er künftig im Wissen darum, ab 1. April 1998 keine Bewilligung für etwelche Nebenbeschäftigungen mehr zu haben, die ihm bekannte diesbezügliche Regelung.

A.d Im Personalbeurteilungsbogen für das Jahr 2008 hielt der direkte Vorgesetzte von A._____ fest, Letzterer wisse darum, dass er für eine Nebenbeschäftigung eine Bewilligung benötige. Als Gesamtbeurteilung wurde entsprechend der Beurteilungsperiode 2006 festgehalten, die Anforderungen würden gut erfüllt, d.h. Leistungen und Resultate seien gut, gelegentlich sehr gut. In den darauffolgenden Jahren 2009 und 2010 erhielt A._____ eine im Vergleich dazu tiefere Gesamtbeurteilung, wonach er die Anforderungen mehrheitlich erfülle, d.h. seine Leistungen und Resultate genügend bis gut seien.

Für die Beurteilungsperiode 2009 wurde unter dem Beobachtungspunkt "Persönlicher Einsatz" u.a. vermerkt, A._____ sei bei der Arbeit oft übermüdet. Im Bereich "Zusammenarbeit" wird u.a. Folgendes festgehalten: Er sei ausser beim Rangieren ein wenig zuverlässiger Partner; Termine für z.B. Ferieneinteilung würden nicht eingehalten; ihn telefonisch zu erreichen sei nicht ganz einfach; der Verdacht der Ausübung nicht bewilligter Nebenbeschäftigungen stehe im Raum; nicht GAV-konforme Tou-

rentausche würden immer wieder versucht; Erscheinung übermüdet und ungepflegt; Überzeit/Mehrarbeit stehe er grundsätzlich ablehnend gegenüber. Bei den Entwicklungsbedürfnissen wurde festgehalten, die Übermüdung könne in dieser Form nicht mehr toleriert werden und daher solle A._____ sein diesbezügliches Problem per sofort angehen und keine Nebenbeschäftigung mehr ausüben.

A.e Am 19. Februar 2010 wurde A._____ zu einem in der Nacht vom 25. auf den 26. Januar 2010 erlittenen Berufsunfall protokollarisch befragt. Dabei gestand er die von ihm über mehrere Jahre hinweg ohne Einholen einer Bewilligung ausgeübten Nebenbeschäftigungen bei der Firma (...) als (...) während monatlich 20 bis 40 Stunden bzw. fünf bis sechs Tagen und in der (...) von (...) in (...) zweiwöchentlich fünf Tage pro Woche während zwei Stunden täglich ein. Die SBB erteilten A._____ im Rahmen dieser Befragung umgehend ein sofortiges Verbot, diesen beiden und auch anderen Nebenbeschäftigungen weiterhin nachzugehen.

A.f Mit Schreiben vom 29. März 2010 drohten die SBB A._____ aufgrund schwerwiegender Pflichtverletzung die Entlassung an für den Fall, dass er weiterhin einer oder mehreren unbewilligten Nebenbeschäftigung/en nachgehe oder neue Arbeitszeitverletzungen begehe. Dieser nahm die Kündigungsandrohung am 6. April 2010 entgegen.

A.g Das von A._____ am 6. April 2010 eingereichte Gesuch um Bewilligung einer Nebenbeschäftigung bei der (...) in (...) lehnten die SBB mit der Begründung ab, die wöchentliche Höchstarbeitszeit werde um vier Stunden überschritten.

A.h Am 18. November 2010 erlitt A._____ einen Schwächeanfall und war in der Folge zu 100 % arbeitsunfähig. Ab Januar 2011 wurde er durch das betriebliche Case Management der SBB betreut. Mit Schreiben vom 1. Februar 2011 erklärte der MedicalService A._____ unter Einhaltung gewisser Auflagen als per Mitte Februar 2011 (teilweise) arbeitsfähig.

A.i Im Rahmen der Personalbeurteilung für das Jahr 2010 wurde unter dem Punkt "Zusammenarbeit" festgehalten, A._____ habe mit seinem Verhalten bezüglich Nebenbeschäftigungen das Vertrauen der Leitung in nicht tolerierbarem Mass missbraucht; seine nicht bewilligten Nebenbeschäftigungen hätten eine Zielvereinbarung erzwungen. Beim persönlichen Einsatz ist u.a. vermerkt, er wirke oft müde und unmotiviert. Im

Rahmen der Entwicklungsbedürfnisse ist unter Schwächen, die bearbeitet werden müssen, u.a. Folgendes vermerkt: Auf die Gesundheit achten und Bedingungen für Nebenbeschäftigungen einhalten.

A.j Am 31. März 2011 befragten die SBB A._____ protokollarisch zur Ausübung einer Nebenbeschäftigung, nachdem festgestellt worden war, dass er im Internet unter seinem Namen verschiedene Dienstleistungen wie (...) und (...) anbiete. A._____ erklärte, er habe mit diesen Tätigkeiten nichts zu tun und würde auch keine Anfragen beantworten. Es handle sich dabei um Geschäfte seines Sohnes. Sein Name und seine Telefonnummer stünden lediglich in den Inseraten, weil sein arbeitsloser Sohn kein Geld habe, sich einen Telefonanschluss zu leisten. Er werde nun jedoch veranlassen, dass sein Sohn diese Geschäfte in eigenem Namen tätige.

A.k Mit Verfügung vom 13. Juli 2011 löste die Division Infrastruktur das Arbeitsverhältnis mit A._____ per 31. Januar 2012 auf. Zur Begründung führte sie u.a. aus, er habe während seiner vollständigen oder teilweisen Arbeitsunfähigkeit auf folgenden Homepages inseriert bzw. tue dies immer noch: (...), seit 2009; (...), seit 20. August 2010; (...), seit 24. August 2010; (...), seit 7. und 15. Februar 2011. Die Aussage, wonach diese Inserate einzig für den arbeitslosen Sohn aufgeschaltet worden seien, wurde als aufgrund der Vorgeschichte nicht glaubhafte Schutzbehauptung eingestuft. Daher sei davon auszugehen, dass A._____ weiterhin nicht bewilligten Nebenbeschäftigungen nachgehe oder zumindest seine Arbeitskraft für solche Tätigkeiten anbiete.

B.

A._____ erhob gegen die Verfügung vom 13. Juli 2011 betreffend Auflösung des Arbeitsverhältnisses am 22. August 2011 Einsprache und beantragte die Feststellung deren Nichtigkeit sowie seine Weiterbeschäftigung an der angestammten Stelle. Der Konzernrechtsdienst der SBB wies die Einsprache mit Entscheid vom 24. Januar 2012 ab.

C.

Gegen diesen Entscheid erhebt A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 13. Februar 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragt dessen Aufhebung sowie die Feststellung der Nichtigkeit der Kündigung und die Weiterbeschäftigung an seiner bisherigen, eventualiter an einer anderen zumutbaren Stelle.

D.

Mit Vernehmlassung vom 16. März 2012 hält der Konzernrechtsdienst der SBB (nachfolgend: Vorinstanz) an seinen Ausführungen im Entscheid vom 24. Januar 2012 fest und beantragt die Abweisung der Beschwerde.

E.

In seiner Stellungnahme vom 11. April 2012 hält der Beschwerdeführer an seinen bisherigen Ausführungen fest.

F.

Auf weitere Sachverhaltselemente und Ausführungen der Parteien wird – sofern entscheidrelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Die Bestimmungen über das Dienstverhältnis des Bundespersonals finden auch für das Personal der SBB Anwendung (Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. März 1998 über die Schweizerischen Bundesbahnen [SBBG, SR 742.31] und Art. 2 Abs. 1 Bst. d des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 [BPG, SR 172.220.1]). Entsprechend kommt den SBB bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten gegenüber Angestellten letztlich Verfügungsgewalt zu (Art. 34 Abs. 1 BPG). Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat. Die Schweizerischen Bundesbahnen als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern (vgl. Art. 2 Abs. 1 SBBG) sind eine Vorinstanz gemäss Art. 33 Bst. e VGG. Im vorliegend zur Beurteilung stehenden Bereich des Bundespersonalrechts besteht keine Ausnahme nach Art. 32 VGG. Gemäss Art. 36 Abs. 1 BPG können personalrechtliche Entscheide interner Beschwerdeinstanzen i.S.v. Art. 35 Abs. 1 BPG beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. In Bezug auf die Schweizerischen Bundesbahnen bezeichnet der entsprechende Gesamtarbeitsvertrag die interne Beschwerdeinstanz (vgl. Art. 38 BPG); gemäss Ziffer 196 des Gesamtarbeitsvertrages 2007 – 2010 für das Per-

sonal der SBB vom 22. Dezember 2006 bzw. Ziffer 195 des Gesamtarbeitsvertrags 2011 für das Personal der SBB vom 21. Dezember 2010 (GAV SBB 2007 bzw. 2011) agiert die Konzernleitung als solche. Damit ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde gegen den Entscheid des Konzernleiters vom 24. Januar 2012 zuständig.

1.2 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 Beschwerdeführer ist sowohl formell als auch materiell beschwert und deshalb zur Beschwerde befugt.

1.3 Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist demnach 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). Bei der Prüfung der Angemessenheit auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht indes eine gewisse Zurückhaltung, soweit es um die Leistungsbeurteilung von Bediensteten oder um Probleme der betriebsinternen Zusammenarbeit und des Vertrauensverhältnisses geht. Es entfernt sich insofern im Zweifel nicht von der Auffassung der Vorinstanz und setzt nicht an deren Stelle sein eigenes Ermessen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3834/2011 vom 28. Dezember 2011 E. 4 mit Hinweisen; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.160).

3.

Als Angestellter der SBB untersteht der Beschwerdeführer dem BPG (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. d BPG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 SBBG). Die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) gelten gemäss Art. 6 Abs. 2 BPG subsidiär. Gestützt auf Art. 6 Abs. 3 i.V.m. Art. 38 BPG haben die SBB das Arbeitsverhältnis mit Gesamtarbeitsvertrag (GAV) näher geregelt. Der vorliegend relevante Sach-

verhalt ereignete sich teilweise vor und teilweise nach Inkrafttreten des GAV SBB 2011. Da jedoch die beiden GAV SBB Fassungen 2007 und 2011 im Wortlaut identisch sind, kann offen gelassen werden, welche Fassung in Bezug auf welches Sachverhaltselement zur Anwendung gelangt. Stattdessen werden jeweils beide Fundstellen zitiert.

4.

Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung wichtiger Formvorschriften i.S.v. Ziffer 185 Abs. 1 Bst. a GAV SBB 2007 bzw. Ziffer 184 Abs. 1 Bst. a GAV SBB 2011. Zum einen stellt er sich auf den Standpunkt, die Arbeitgeberin habe gegen Art. 11 VwVG verstossen, da sich im Befragungsprotokoll vom 31. März 2011 keine Textpassage finde, wonach der Einsprechende über seine Rechte, insbesondere das Recht auf Vertretung und den Hinweis, sich nicht selbst belasten zu müssen, informiert worden sei. Zum anderen stelle eine (rechtskräftige) Kündigungsandrohung ein zentrales Element im Kündigungsverfahren dar. Deren Fehlen führe zur Nichtigkeit der Kündigungsverfügung.

4.1

4.1.1 Das erstinstanzliche Verfahren und das SBB-interne Beschwerdeverfahren richten sich nach dem VwVG (Ziff. 195 Abs. 2 GAV SBB 2007 bzw. Ziff. 194 Abs. 2 GAV SBB 2011). Art. 11 Abs. 1 VwVG hält fest, dass eine Partei sich auf jeder Stufe des Verfahrens – wenn sie nicht persönlich zu handeln hat – vertreten lassen kann. Das Recht auf Vertretung bildet einen Teilgehalt des in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankerten Anspruchs auf rechtliches Gehör (VERA MARANTELLI SONANNI/SAID HUBER in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG-Praxiskommentar], Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 11 Rz. 2; RES NYFFENEGGER in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG-Kommentar], Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 11 Rz. 2, je mit Hinweisen). Eine Partei kann gemäss Wortlaut des Gesetzes jederzeit eine Vertretung bestellen. Geschieht dies jedoch erst im Laufe des Verfahrens, so hat sie keinen Anspruch darauf, bereits durchgeführte Verfahrensschritte zu wiederholen, nur um der Vertretung die Teilnahme zu gestatten. Eine Wiederholung von einzelnen Verfahrensschritten ist allenfalls angezeigt, wenn diese unter Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durchgeführt worden sind; dies hat jedoch nichts mit der Be-

stellung einer Vertretung zu tun (NYFFENEGGER, VwVG-Kommentar, a.a.O., Art. 11 Rz. 14).

Art. 11 Abs. 1 VwVG äussert sich zum Recht einer Partei, jederzeit eine Vertretung zu bestellen. Daraus lässt sich nicht ableiten, dass im Verwaltungsverfahren entsprechend der Regelung im Strafprozess (vgl. Art. 158 Abs. 1 Bst. c Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO, SR 312.0]) vor einer Befragung auf dieses Recht hinzuweisen ist. Vorliegend hat sich der Beschwerdeführer zudem bereits im Frühling 2010 vertreten lassen, so dass er auch ohne entsprechende Information um dieses Recht wusste (vgl. Vollmacht vom 6. April 2010, act. 1.3). Hinzu kommt, dass in Ziffer 182 Abs. 2 GAV SBB 2007 bzw. Ziffer 181 Abs. 2 GAV SBB 2011 für das Einspracheverfahren gegen die Kündigungsandrohung festgehalten wird, Mitarbeitende könnten sich vertreten lassen.

4.1.2 Im Strafprozessrecht gilt der sogenannte Nemo-tenetur-Grundsatz, wonach niemand verpflichtet ist, gegen sich selbst auszusagen und damit zu seiner eigenen strafrechtlichen Überführung beizutragen (vgl. Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [SR 0.101], Art. 14 Abs. 3 Bst. g des internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte [SR 0.103.2], Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 158 Abs. 1 Bst. b StPO). Dagegen besteht im allgemeinen Verwaltungsrecht eine allfällige Mitwirkungspflicht auch dann, wenn sie sich zum Nachteil des Rechtsunterworfenen auswirkt (PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, VwVG-Praxiskommentar, a.a.O., Art. 13 Rz. 67; NYFFENEGGER, VwVG-Kommentar, a.a.O., Art. 13 Rz. 8, je mit Hinweisen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung). Somit fehlt der entsprechende Hinweis im Befragungsprotokoll vom 31. März 2011 zu Recht.

4.1.3 Inwiefern aufgrund der bemängelten unterlassenen Hinweise im Befragungsprotokoll eine Verletzung des rechtlichen Gehörs erfolgt sein sollte, ist demnach nicht ersichtlich.

4.2 Der schliesslich zur Kündigung führende Sachverhalt wurde seitens der Arbeitgeberin im Februar 2011 festgestellt. Die Kündigungsverfügung, mit welcher das Arbeitsverhältnis per 31. Januar 2012 aufgelöst wurde, erging am 13. Juli 2011. Der Beschwerdeführer macht geltend, seine Befragung vom 31. März 2011 bzw. die Untersuchung des Sachverhalts sowie die Kündigung vom 13. Juli 2011 seien erst *nach* Dahinfallen der Kündigungsandrohung erfolgt, auch das rechtliche Gehör sei ihm erst da-

nach – am 27. Mai 2011 – gewährt worden. Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, der Zeitpunkt der Pflichtverletzung sei in diesem Zusammenhang relevant und nicht der erste formelle Schritt im Kündigungsverfahren.

4.2.1 Kündigen die SBB nach Ablauf der Probezeit, so hat der ordentlichen Kündigung aufgrund von Mängeln in der Leistung oder im Verhalten eine Kündigungsandrohung gemäss Ziffer 181 GAV SBB 2007 bzw. Ziffer 180 GAV SBB 2011 voranzugehen (Ziff. 180 Abs. 4 GAV SBB 2007 bzw. Ziff. 179 Abs. 4 GAV SBB 2011). Diese Kündigungsandrohung fällt nach einem Jahr dahin, vorbehaltlich schriftlicher Verlängerung bei Absenzen von mehr als zwei Monaten (Ziff. 181 Abs. 3 und 4 GAV SBB 2007 bzw. Ziff. 180 Abs. 3 und 4 GAV SBB 2011).

4.2.2 Der Vorgesetzte sprach die Kündigungsandrohung aufgrund einer vom Beschwerdeführer erneut ohne Bewilligung ausgeführten Nebenbeschäftigung am 29. März 2010 aus. Eröffnet wurde dem Beschwerdeführer diese Mitteilung ohne Verfügungscharakter (Ziff. 181 Abs. 1 GAV SBB 2007 bzw. Ziff. 180 Abs. 1 GAV SBB 2011) am 6. April 2010. Die Kündigungsandrohung wurde unbestrittenermassen von der für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zuständigen Stelle ausgesprochen (Ziff. 181 Abs. 2 GAV SBB 2007 bzw. Ziff. 180 Abs. 2 GAV SBB 2011). Umstritten ist hingegen, ob die Kündigung innerhalb der Geltungsdauer der Kündigungsandrohung verfügt werden muss oder ob es ausreicht, wenn der zur Kündigung führende Sachverhalt sich innert dieses Zeitraums ereignet hat.

4.2.3 Zunächst stellt sich die Frage, ob der vorliegend relevante Kündigungsgrund nicht in einer Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten nach Ziffer 183 Bst. a GAV SBB 2007 bzw. Ziffer 182 Bst. a GAV SBB 2011 zu sehen wäre, für welchen eine Kündigungsandrohung gemäss Wortlaut von Ziffer 180 Abs. 4 GAV SBB 2007 bzw. Ziffer 179 Abs. 4 GAV SBB 2011 nicht erforderlich ist: Die Einhaltung der Arbeitszeit sowie der Arbeitszeitregelung wird grundsätzlich zu den wichtigen Verpflichtungen im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gezählt. Die unwilligte Ausübung einer Nebenbeschäftigung ist als Verstoss gegen die Treuepflicht bzw. die Pflicht zur Befolgung von Weisungen als wichtige Verpflichtung des Arbeitnehmenden im Bundespersonalrecht zu betrachten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 4.3 mit Hinweisen). Da gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum inhaltlich mit Ziffer 183 Bst. a GAV SBB 2007 bzw. Ziffer 182 Bst. a GAV

SBB 2011 identischen Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG die Pflicht des Arbeitgebenden zur vorgängigen Verwarnung trotz fehlender ausdrücklicher Erwähnung im Gesetz bejaht wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 5.3 mit Hinweisen), kann die Frage nach einer allfälligen Umdeutung des Kündigungsgrunds in jenen der Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten offen gelassen werden. Vielmehr gilt es so oder anders zu klären, ob die Kündigung innerhalb der einjährigen Geltungsdauer der Kündigungsandrohung verfügt werden muss oder ob allein entscheidend ist, dass sich der sie auslösende Sachverhalt während dieser Frist ereignet hat.

5.

Vorliegend handelt es sich um ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis, wobei das (zivilrechtliche) Arbeitsvertragsrecht lückenfüllend sinngemäss zur Anwendung kommt, wenn einzelne Fragen – wie hier in Bezug auf das Institut des Gesamtarbeitsvertrags – im öffentlichen Recht ungeregelt geblieben sind (Art. 6 Abs. 2 BPG; vgl. auch HANS UELI SCHÜRER, Arbeit und Recht, 10. Auflage, Zürich 2009, S. 42; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 305).

5.1 Soweit der Gesamtarbeitsvertrag normative Bestimmungen erlässt, übt er eine gesetzgeberische Funktion aus und stellt damit eine Ausnahme von der alleinigen Gesetzgebungsbefugnis des Staats dar. Dementsprechend gelten für die normativen Bestimmungen dieselben Auslegungsregeln wie für Gesetze (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-509/2011 vom 18. Juli 2011 E. 8.2.1; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KÄNEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 356 Rz. 8; WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Auflage Zürich/St. Gallen 2007, Rz. 1117 und 1138; CHRISTIAN BRUCHEZ in: Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Andermatt et al. [Hrsg.], Basel 2009, Art. 356 OR Rz. 119). Im normativen Teil des Gesamtarbeitsvertrags geht es um die Regelung von Themen, welche auch Gegenstand eines Einzelarbeitsvertrags bilden könnten, namentlich die Entstehung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Arbeitszeit, Ferien, Lohn, Zulagen sowie Sozialleistungen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-509/2011 vom 18. Juli 2011 E. 8.2.2; JOSEF STUDER/MICHAEL SIGERIST, Repetitorium Arbeitsrecht, Zürich 2008, S. 137; PETER SCHMID in: Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Andermatt et al. [Hrsg.], Basel 2009, Art. 357 OR Rz. 5; FRANK VISCHER, Der Ar-

beitsvertrag, 3. Auflage Basel 2005, S. 346; PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., Rz. 1136).

Die vorliegend relevanten Ziffern des GAV SBB 2007 bzw. 2011 befinden sich im Kapitel H. "Beendigung des Arbeitsverhältnisses". Es handelt sich dabei um ein Thema, welches auch in einem Einzelarbeitsvertrag geregelt werden könnte und damit um normative GAV-Bestimmungen, für welche dieselben Auslegungsregeln wie für Gesetze gelten.

5.2 Ein Gesetz ist in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zu Grunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode auszulegen. Auszurichten ist die Auslegung auf die ratio legis, die zu ermitteln dem Gericht allerdings nicht nach subjektiven Wertvorstellungen aufgegeben ist, sondern nach den Vorgaben des Gesetzgebers. Die Auslegung des Gesetzes ist zwar nicht entscheidend historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut allein die Rechtsnorm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis mit Blick auf die ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben (Urteil des Bundesgerichts 1C_424/2011 vom 24. Februar 2012 E. 2.2 mit Hinweisen; zur Gesetzesauslegung allgemein vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Auflage Zürich 2008, Rz. 90 ff.).

5.3

5.3.1 Aus dem Wortlaut von Ziffer 180 Abs. 4 i.V.m. 181 Abs. 3 GAV SBB 2007 bzw. Ziffer 179 Abs. 4 i.V.m. 180 Abs. 3 GAV SBB 2011 ergibt sich einzig, dass der ordentlichen Kündigung wegen Mängel in der Leistung oder im Verhalten eine Kündigungsandrohung voranzugehen hat, wobei Letztere in der Regel nach einem Jahr dahinfällt. Es lässt sich daraus jedoch nicht ableiten, dass die Kündigung innerhalb dieser Frist erfolgen

sollte. Ebenso wenig zielführend sind diesbezüglich die historische und die systematische Auslegung.

5.3.2 Ziffer 183 Bst. b i.V.m. Ziffer 180 Abs. 4 GAV SBB 2007 bzw. Ziffer 182 Bst. b i.V.m. Ziffer 179 Abs. 4 GAV SBB 2011 sind der Bestimmung von Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG nachgebildet, wonach Mängel in der Leistung oder im Verhalten, die trotz schriftlicher Mahnung anhalten oder sich wiederholen, u.a. als Gründe für die ordentliche Kündigung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgebenden gelten. Daher ist es naheliegend und gerechtfertigt, zur Ermittlung des Sinns bzw. Zwecks der einjährigen Geltungsdauer der Kündigungsandrohung gemäss Ziffer 181 Abs. 3 GAV SBB 2007 bzw. Ziffer 180 Abs. 3 GAV SBB 2011 Literatur und Rechtsprechung zur Mahnung im Sinne des Bundespersonalgesetzes bzw. ergänzend des Obligationenrechts beizuziehen.

5.3.2.1 Die Mahnung hat zum einen eine Rügefunktion, indem die später kündigende der anderen Vertragspartei die begangenen Verfehlungen vorhält und sie zu künftigem vertragsgemässem Verhalten anhält. Zum anderen ist darauf hinzuweisen, dass bei weiterem vertragswidrigem Verhalten die Kündigung ausgesprochen wird (Warnfunktion). Die Mahnung erfüllt ihre Rügefunktion nur dann, wenn der Arbeitgebende dem Arbeitnehmenden die Mängel im Verhalten oder in der Leistung nicht nur summarisch, sondern detailliert mitteilt und diese durch Verweis auf bestimmte Vorkommnisse belegen kann. Der Grundsatz von Treu und Glauben verlangt sodann neben klaren Hinweisen, wie sich der Arbeitnehmende künftig zu verhalten hat, zumindest konkludent die Androhung der ordentlichen Kündigung für den Fall der Nichtbeachtung der Mahnung und verwirklicht so deren Warnfunktion (Urteile des Bundesgerichts 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 6.2 mit Hinweisen und 4C.370/2004 vom 23. Dezember 2004 E. 2.2.3; ADRIAN STAEHELIN/FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag Art. 319 – 362 OR, Kommentar zum Obligationenrecht Bd. 5 Teilband V 2c, Gauch/Schmid [Hrsg.], 3. Auflage Zürich 1996, Art. 337 Rz. 10; MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar VI/2 Obligationenrecht, 2. Teilband, Der Arbeitsvertrag, 2. Abschnitt, Art. 331 – 355 OR, Bern 1992, Art. 337 S. 124; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 337 Rz. 13; HARRY NÖTZLI, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Diss. Bern 2005, Rz. 197).

5.3.2.2 Durch die Mahnung wird der Arbeitnehmende nicht unmittelbar beschwert, sondern an die bestehenden Verhaltenspflichten erinnert. Dem Arbeitgebenden eröffnet sie aber immerhin die rechtliche Möglichkeit

der ordentlichen Kündigung, sofern der betreffende Arbeitnehmende seine Leistung nicht verbessert bzw. sein Verhalten nicht ändert. Mittels Mahnung wird der säumige Arbeitnehmende gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung aufgefordert, seinen Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag korrekt nachzukommen. Übereinstimmend damit sieht die Eidgenössische Personalrekurskommission die Mahnung, die eine Kündigungsandrohung enthält, als Voraussetzung für die Gültigkeit einer Kündigung wegen Mängeln in der Leistung oder im Verhalten. Die Möglichkeit der Kündigung durch den Arbeitgebenden ist folglich abhängig vom *Verhalten des Arbeitnehmenden nach Empfang der Mahnung* (BGE 127 III 153 E. 1b mit Hinweis; Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission vom 22. Dezember 2004 E. 3a/bb in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 69.57; NÖTZLI, a.a.O., Rz. 196).

5.3.2.3 Die Jahresfrist von Ziffer 181 Abs. 3 GAV SBB 2007 bzw. Ziffer 180 Abs. 3 GAV SBB 2011 ist also aufgrund der erwähnten Warnfunktion der Mahnung bzw. Kündigungsandrohung als Bewährungsfrist im Hinblick auf eine ordentliche Kündigung anzusehen, während welcher sich der gerügte Arbeitnehmende entsprechend den Anforderungen in der Kündigungsandrohung zu verhalten hat. Sinn und Zweck der Einräumung einer Bewährungsfrist verlangen nach Ansicht des Verwaltungsgerichts des Kantons Basel-Landschaft, dass sie abgelaufen ist, bevor über das weitere Vorgehen entschieden wird. Daher sei eine ordentliche Kündigung *während* der Bewährungsfrist unzulässig. Mit der Ansetzung einer solchen Frist werde beim Arbeitnehmenden das schützenswerte Vertrauen erweckt, dass ihm während der gesamten Dauer der Frist die Möglichkeit gegeben werde, sich zu bewähren und allfällige Verfehlungen durch korrektes Verhalten wieder gutzumachen (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 28. Juni 2000 E. 3b, BLVGE 2000 59).

5.3.3 Ob eine ordentliche Kündigung bereits während der Dauer der Jahresfrist von Ziffer 181 Abs. 3 GAV SBB 2007 bzw. Ziffer 180 Abs. 3 GAV SBB 2011 erfolgen darf, kann vorliegend offen gelassen werden. Aufgrund der Rüge- und Warnfunktion der Kündigungsandrohung ist davon auszugehen, dass der Arbeitnehmende sich während dieses Jahres bewusst entsprechend den ihm eröffneten Anforderungen zu verhalten bzw. andernfalls mit einer ordentlichen Kündigung zu rechnen hat. Ändert der betreffende Arbeitnehmende innert dieser Frist sein bemängeltes Verhalten nicht bzw. ereignet sich wie vorliegend während der Geltungsdauer der Androhung ein weiterer strittiger Vorfall, reicht dies aus, gestützt dar-

auf eine ordentliche Kündigung auszusprechen bzw. rechtfertigt dies eine ordentliche Kündigung seitens des Arbeitgebenden.

5.4 Die ordentliche Kündigung erfolgte im vorliegenden Fall schriftlich in Verfügungsform unter Angabe des Kündigungsgrunds und Einhaltung der Kündigungsfrist durch die dafür zuständige Stelle. Die Kündigungsandrohung ist als solche bezeichnet und enthält nebst dem Hinweis auf die mögliche Einsprache die dem Beschwerdeführer zur Last gelegten und zu unterlassenden Verhaltensweisen. Die seitens der Arbeitgeberin erneut bemängelten Verhaltensweisen ereigneten sich während der einjährigen Bewährungsfrist bzw. Geltungsdauer der gemäss gesamtarbeitsvertraglichen Vorgaben erstellten und inhaltlich vollständigen Kündigungsandrohung; diese war zu jenem Zeitpunkt noch nicht dahingefallen. Es sind somit keine wichtigen Formvorschriften verletzt worden, so dass der Nichtigkeit Grund gemäss Ziffer 185 Abs. 1 Bst. a GAV SBB 2007 bzw. Ziffer 184 Abs. 1 Bst. a GAV SBB 2011 vorliegend nicht gegeben und die Kündigung formell korrekt erfolgt ist. Ob sie allenfalls unbegründet und daher nichtig ist (vgl. Ziff. 185 Abs. 1 Bst. b GAV SBB 2007 bzw. Ziff. 184 Abs. 1 Bst. b GAV SBB 2011), wird nachfolgend zu prüfen sein.

6.

6.1 Das Arbeitsverhältnis wurde am 13. Juli 2011 gestützt auf Art. 183 Bst. b GAV SBB 2007 bzw. Art. 182 Bst. b GAV SBB 2011 mit der Begründung mangelhaften Verhaltens per 31. Januar 2012 aufgelöst. Der Beschwerdeführer habe während seiner vollständigen oder teilweisen Arbeitsunfähigkeit auf diversen Homepages inseriert bzw. tue dies immer noch. Die Arbeitgeberin stufte seine diesbezüglich vorgebrachten Erklärungen als Schutzbehauptungen ein und ging davon aus, dass er weiterhin nicht bewilligten Nebenbeschäftigungen nachgehe oder zumindest seine Arbeitskraft für solche Tätigkeiten anbiete (vgl. auch Sachverhalt A.k).

6.2 Der Beschwerdeführer bestreitet die – im Übrigen aktenkundige – Aufschaltung der Inserate an sich nicht. Er macht jedoch geltend, die darin angebotenen Arbeiten nie ausgeübt zu haben. Er habe diese Inserate einzig für den arbeitslosen Sohn aufgeschaltet, welcher kein Geld für einen eigenen Telefonanschluss zur Verfügung gehabt habe. Durch die Aufschaltung der Inserate im Internet habe er keine Arbeitszeitvorschriften oder anderweitige Interessen seiner Arbeitgeberin verletzt. Somit sei auch die Vertrauensbasis nicht unwiderruflich zerstört. Einen (...) -jährigen

Mitarbeitenden nach rund 24 Dienstjahren aus diesem Grund zu entlassen, sei unverhältnismässig. Die Arbeitgeberin suggeriere, er habe erneut eine nicht bewilligte Nebenbeschäftigung ausgeübt, was unzutreffend sei. Damit überschreite bzw. missbrauche sie das ihr eingeräumte Ermessen.

6.3

6.3.1 Das Erfordernis eines sachlichen Grundes zur Beendigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses ergibt sich aus dem Gebot pflichtgemässer Ermessensausübung, mithin aus dem Willkürverbot, dem Gebot der Verhältnismässigkeit sowie demjenigen von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 2 und 3 sowie Art. 9 BV). Mit diesem zusätzlichen Erfordernis des sachlich zureichenden Kündigungsgrunds geht der öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz weiter als die Missbrauchstatbestände des Obligationenrechts. Dennoch verbleibt den Verwaltungsbehörden beim Entscheid über die Kündigung ein beträchtlicher Ermessens- und Beurteilungsspielraum. Zur ordentlichen Kündigung eines Angestelltenverhältnisses genügen Verhaltensweisen, welche die Vertrauenswürdigkeit beeinträchtigen. Die in der Person des Arbeitnehmenden liegenden Gründe können, müssen aber nicht derart gravierend sein, dass sie Anlass zu einer Disziplinar massnahme geben. Ebenso wenig müssen sie derart gewichtig sein, dass sie die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses geradezu als unzumutbar erscheinen lassen; es reicht aus, wenn die Weiterbeschäftigung des betreffenden Arbeitnehmenden dem öffentlichen Interesse, insbesondere demjenigen an einer gut funktionierenden Verwaltung, widerspricht (Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 5. November 2003 E. 4, PB.2003.00013 und vom 2. September 1999, RB ZH 1999 163, je mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern vom 20. April 1999 E. 6d, LGVE 1999 II 3).

6.3.2 Als Kündigungsgrund taugen Mängel im Verhalten eines Arbeitnehmenden nur dann, wenn sie auch für Dritte nachvollziehbar sind. Das Verhalten des Arbeitnehmenden muss zu einer Störung des Betriebsablaufs führen oder das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und Vorgesetzten erschüttern. Dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechend muss die Kündigung stets ultima ratio sein. Sie ist ausgeschlossen, wenn dem Arbeitgebenden mildere Massnahmen zur Verfügung stehen, um die eingetretene Störung des Arbeitsverhältnisses in zumutbarer Weise zu beheben. Dies gilt nicht nur für die fristlose Kündigung, sondern auch für die ordentliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses (NÖTZLI, a.a.O., Rz. 195

mit Hinweisen, vgl. statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-621/2009 vom 20. August 2009 E. 3.5.2 mit Hinweisen). Auch zeitlich zurückliegende, dem Kündigenden schon früher bekannte Vorfälle können zusammen mit einem für sich allein nicht ausreichenden neuen Vorfall eine (sogar fristlose) Kündigung rechtfertigen; sie bilden gleichsam den Tropfen, der das volle Fass zum Überlaufen bringt. Erforderlich ist jedoch, dass der Kündigende auf die früheren Verfehlungen mit einer Mahnung oder Verwarnung reagiert hat, was vorliegend geschehen ist (STAEHELIN/VISCHER, a.a.O., Art. 337 Rz. 9; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 337 Rz. 13).

6.3.3 Das Bundesgericht hat einen Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Basel-Landschaft, wonach die Kündigung einer Mitarbeiterin nach 30 Dienstjahren gerechtfertigt ist, wenn diese bereits mehrmals wegen Verletzung von Blockzeiten verwarnt worden ist und während der Bewährungsfrist die Blockzeiten wiederum verschiedentlich nicht einhält, selbst wenn die Verspätungen nicht gross sind, geschützt. Es führt aus, die Beschwerdeführerin habe während der Bewährungsfrist weiterhin gegen die Arbeitszeitregelung verstossen und damit den Kündigungsgrund der Verletzung vertraglicher oder gesetzlicher Verpflichtungen erfüllt. Die zugestanden und unbestrittenenmassen nicht gesundheitlich bedingten Verspätungen könnten bei bloss zeitlicher Betrachtung als geringfügig erscheinen. Vor dem gesamten Hintergrund und den wiederholten Ermahnungen sei es indessen nicht offensichtlich unhaltbar, anzunehmen, die Beschwerdeführerin sei nicht gewillt oder fähig, von ihren bisherigen Angewohnheiten und Eigenheiten trotz veränderter Umstände abzusehen und sich nunmehr an die ihr auferlegten zeitlichen Vorgaben zu halten, weshalb ihr Dienstverhältnis ordentlicherweise aufgelöst werden dürfe. Die Beschwerdeführerin müsse sich der Tragweite der Bewährungsfrist, welche gerade im Hinblick auf eine allfällige Auflösung des Dienstverhältnisses angeordnet worden sei, bewusst gewesen sein, nachdem sie erklärt habe, zukünftig die entsprechenden Vorgaben einhalten zu wollen. Es habe von ihr erwartet werden dürfen, dass sie sich diesbezüglich während der Bewährungszeit nichts zuschulden kommen lasse, ansonsten sie die Konsequenzen ihres Verhaltens zu tragen habe. Soweit sie einwende, andere Mitarbeiter würden es mit der Blockzeit auch nicht so genau nehmen, übersehe sie, dass ihr Fall nicht mit diesen verglichen werden könne, da sie dies ihrerseits in einer Bewährungszeit getan habe, welche gerade auch angeordnet worden sei, weil sie trotz wiederholten Ermahnungen hierzu ihren Arbeitsstil offenbar nicht den neuen Gegebenheiten anzupassen bereit gewesen sei (Urteil des Bundesgerichts

2P.263/2000 vom 27. März 2001 E. 3c/bb; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 5. Juli 2000 E. 9, BLVGE 2000 50).

6.4

6.4.1 Gemäss Ziff. 30 Abs. 1 GAV SBB 2007 und 2011 sind Nebenbeschäftigungen mit Erwerbscharakter bewilligungspflichtig. Die Bewilligung wird erteilt, wenn die Ausübung der Nebenbeschäftigung den Interessen der SBB nicht schadet, der geordnete Betrieb gewährleistet ist, die Arbeitsleistung für die SBB nicht leidet sowie die Höchstarbeitszeit gemäss Arbeitsgesetz vom 13. März 1964 (SR 822.11) und Arbeitszeitgesetz vom 8. Oktober 1971 (AZG, SR 822.21) gesamthaft nicht überschritten wird (Abs. 2 Bst. a-d).

6.4.2 Die Ausübung unbewilligter Nebenbeschäftigungen und die damit verbundenen, andauernden Verstösse gegen das AZG sowie die daraus resultierende Übermüdung des Beschwerdeführers waren praktisch während der gesamten, langjährigen Dauer des Arbeitsverhältnisses ein Thema: Seit 1990 prägten diverse dienstliche Versäumnisse und Disziplinarverfahren, die zu verschiedenen Bussen und einer DienstEinstellung für zwei Tage mit Lohnentzug führten, die arbeitsrechtliche Beziehung. Der Beschwerdeführer trat seinen Dienst mehrfach verspätet und/oder übermüdet an und führte trotz entsprechenden Hinweisen unbewilligte Nebenbeschäftigungen fort bzw. verschwieg seiner Arbeitgeberin über Jahre hinweg ausgeübte Nebenbeschäftigungen (vgl. Sachverhalt A.b, A.c und A.e). Er wurde unbestrittenermassen mehrmals und nachhaltig auf die Einhaltung der Arbeitszeiten und die Unterlassung der Ausübung unbewilligter Nebenbeschäftigungen aufmerksam gemacht. So ist im Personalbeurteilungsbogen 2008 u.a. vermerkt, der Beschwerdeführer wisse, dass für die Ausübung einer Nebenbeschäftigung eine Bewilligung seitens der Arbeitgeberin nötig sei; er hat denn auch im Verlauf des Arbeitsverhältnisses diverse Gesuche gestellt. Für die Beurteilungsperiode 2009 wurde festgehalten, der Verdacht der Ausübung unbewilligter Nebenbeschäftigungen stehe im Raum, die Übermüdung des Beschwerdeführers sei nicht mehr tolerierbar und er dürfe keinerlei Nebenbeschäftigung mehr ausüben. Dementsprechend fiel die Gesamtbeurteilung des Beschwerdeführers in den Jahren 2009 und 2010 im Vergleich zu den Vorjahren weniger gut aus (vgl. Sachverhalt A.b, A.d und A.g).

6.4.3 Es ist zwar nicht nachgewiesen und wird vom Beschwerdeführer bestritten, dass er die in den Inseraten dauerhaft angebotenen Arbeiten

tatsächlich je ausgeführt hat. Dennoch ist es – vor allem im Licht der früheren Vorkommnisse – nicht erstaunlich, dass die Arbeitgeberin die diesbezüglichen Aussagen des Beschwerdeführers als Schutzbehauptungen einstuft: Dass er unter eigenem Namen und Nummer über längere Dauer im Internet auf diversen Homepages inseriert bzw. (...) angeboten hat, nur um seinen arbeitslosen Sohn ohne Telefonanschluss zu unterstützen, scheint wenig glaubhaft. Da dieser in erster Linie Anrufe von Interessenten hätte entgegennehmen und nicht selbst hätte anrufen müssen, hätte es ausgereicht, ein gebrauchtes Mobiltelefon mit SIM-Karte zu besorgen oder aber zumindest unter einem allfälligen Festnetzanschluss zu inserieren. So oder anders hätte von Anfang an der Name des Sohnes in die Inserate aufgenommen werden können, um klarzustellen, wer die Aufträge ausführt. Zudem waren einige Inserate offenbar noch ein halbes Jahr nach der Befragung vom 31. März 2011 im Internet unter dem Namen des Beschwerdeführers aufgeschaltet. Zu diesem Zeitpunkt war sein Sohn nicht mehr arbeitslos.

Dem Beschwerdeführer wurde die Entlassung angedroht für den Fall, dass er weiterhin einer oder mehreren unbewilligten Nebenbeschäftigung/en nachgehe oder konkrete neue Arbeitszeitverletzungen begehe. Die nun nach dem aktuellen Vorfall ausgesprochene Kündigung mag ihm kleinlich erscheinen, zumal ihm die konkrete Ausübung der angebotenen Tätigkeiten nicht nachgewiesen werden konnte. Aufgrund der geschilderten Vorgeschichte bzw. seiner mehrfachen Verfehlungen, welche die arbeitsrechtliche Beziehung zunehmend belastet und das Vertrauensverhältnis mehr und mehr gestört haben und unter Berücksichtigung, dass auch ein weniger schwerwiegender weiterer Verstoss im Zusammenhang mit der Schwere des der Kündigungsandrohung zugrunde liegenden Vorfalls eine Kündigung rechtfertigen kann (vgl. vorne E. 5.4.2), ist dieser Entscheid jedoch vertretbar. So hatte der Beschwerdeführer das Inserat auf (...) bereits im Jahr 2009 aufgeschaltet, was er seiner Arbeitgeberin anlässlich der Befragung zum von ihm verursachten Betriebsunfall verschwie. Erschwerend kommt hinzu, dass die Inserierung, mit welcher er aktiv seine Arbeitskraft via Internet anbot, während seiner vollständigen bzw. teilweisen Arbeitsunfähigkeit erfolgte.

6.4.4 Der Vorfall, welcher die Arbeitgeberin letztlich zur Kündigung bewegen hat, ist im Zusammenhang mit den zahlreichen, vorangehenden Ereignissen wesentlich, zumal er während der einjährigen Frist der Kündigungsandrohung, während welcher der Beschwerdeführer sich wohl zu verhalten gehabt hätte – was ihm auch bewusst war – geschehen ist. Der

Beschwerdeführer hat nicht erst durch die schriftliche Mahnung von der Unzufriedenheit seiner Arbeitgeberin mit seinem diesbezüglichen Verhalten erfahren. Trotz diverser gravierender Vorfälle, die zu entsprechenden Disziplinarmaßnahmen führten, sowie Gesprächen und letztlich der Kündigungsandrohung liess er keine Besserung erkennen, was von einem erheblichen Mangel im Verhalten zeugt. Mit seinem illoyalen Verhalten hat er das Vertrauensverhältnis nachhaltig beeinträchtigt. Hinzu kommt, dass er damit nicht nur seine eigene Sicherheit, sondern auch diejenige anderer Mitarbeitenden sowie Dritter gefährdet und den sicheren und reibungslosen Betrieb der SBB gestört hat. Eine Weiterbeschäftigung würde daher nicht nur den Interessen der Arbeitgeberin, sondern auch dem öffentlichen Interesse an einem funktionierenden und sicheren Bahnbetrieb widersprechen. Inwiefern die Vorinstanz und die Arbeitgeberin ihr Ermessen nicht pflichtgemäss ausgeübt haben sollen, ist nicht erkennbar. Im Gegenteil hat sich die Arbeitgeberin dem Beschwerdeführer gegenüber als sehr geduldig erwiesen: So wurde dieser einige Male verwarnet und bevor er tatsächlich ins provisorische Dienstverhältnis versetzt wurde, hat die Arbeitgeberin entgegen ihrer damaligen Ankündigung aus sozialen Überlegungen erneut eine im Vergleich dazu geringfügigere Disziplinarmaßnahme ausgesprochen (vgl. Sachverhalt A.c). Obschon der Beschwerdeführer mit seinem Verhalten erheblich gegen seine Treuepflicht gegenüber der Arbeitgeberin verstossen, deren Weisungen wiederholt nicht befolgt und das Vertrauensverhältnis nachhaltig gestört hat, belies es die Arbeitgeberin nach der Ergreifung zahlreicher anderer Massnahmen bei einer ordentlichen Kündigung. In Anbetracht der Umstände erscheint diese als mildeste geeignete Massnahme. Die ausgesprochene ordentliche Kündigung ist demnach trotz der langjährigen Dauer des Arbeitsverhältnisses nachvollziehbar, begründet und nicht unverhältnismässig, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

7.

Gemäss Art. 34 Abs. 2 BPG ist das Beschwerdeverfahren bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis kostenlos, ausser bei Mutwilligkeit, welche vorliegend nicht gegeben ist. Demnach sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

8.

Dem Beschwerdeführer als unterliegender Partei steht keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

André Moser

Tanja Haltiner

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

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 öf-

fentlich-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 Frist steht still vom 15. Juli bis und mit dem 15. August (Art. 46 Abs. 1 Bst. b 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: