



Abteilung I
A-6820/2008/
{T 0/2}

Urteil vom 15. April 2009

Besetzung

Richter Beat Forster (Vorsitz), Richter Christoph Bandli,
Richterin Kathrin Dietrich,
Gerichtsschreiber Simon Müller.

Parteien

X._____,
vertreten durch den Schweizerischen Eisenbahn-
und Verkehrspersonal-Verband SEV, Steinerstrasse 35,
Postfach, 3000 Bern 6,
Beschwerdeführer,

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB,
Zentralbereich Personal, Arbeitsrecht, Mittelstrasse 43,
Postfach, 3000 Bern 65 SBB,
Vorinstanz.

Gegenstand

Fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

Sachverhalt:**A.**

A.a X._____ arbeitet seit dem 1. Juli 1990 bei den Schweizerischen Bundesbahnen (SBB). Seit dem 1. Januar 2003 war er bei den SBB Immobilien im Bereich Y._____ als _____ tätig und insbesondere für Z._____ verantwortlich. Weil sein psychischer Zustand es ihm nicht mehr erlaubte, seiner bisherigen Tätigkeit nachzugehen, befand sich X._____ seit dem 6. Juni 2006 im Prozess der beruflichen Reintegration. Dabei wurden mehrere Reintegrationspläne erstellt. Wegen einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit konnte während mehreren Monaten kein Arbeitsversuch gestartet werden.

A.b Gleichzeitig lief bei der IV-Stelle der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich (nachfolgend IV-Stelle) ein Verfahren zur Prüfung des Anspruchs auf eine Invalidenrente. Gestützt auf ein ärztliches Gutachten vom 21. Januar 2008 teilte die IV-Stelle X._____ mit Vorbescheid vom 28. Februar 2008 mit, er habe keinen Anspruch auf eine Invalidenrente.

A.c Der Medical Service der SBB (Ärztlicher Dienst, nachfolgend AeD) führte in einem Schreiben vom 13. Februar 2008 aus, es bestehe gemäss Einschätzung der IV keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit. Allerdings liege eine Diskrepanz zwischen der ärztlichen Beurteilung und der subjektiven Einschätzung des Mitarbeiters vor.

Am 5. März 2008 wurde X._____ persönlich und schriftlich mitgeteilt, es würden in Zukunft keine Arztzeugnisse für das gleiche Krankheitsbild mehr akzeptiert. Gleichzeitig wurde er zur Wiederaufnahme der Arbeit mit angepasster Tätigkeit und Präsenzzeit angehalten.

A.d Am 6. und 7. März 2008 nahm X._____ die Arbeit wieder auf, am nächsten Arbeitstag, dem 10. März 2008, erschien er jedoch nicht am Arbeitsplatz und wurde mit Schreiben vom 11. März 2008 unter Androhung der Kündigung aufgefordert, die Arbeit unverzüglich aufzunehmen. Nachdem er bis am 13. März 2008 unangemeldet der Arbeit fern blieb, wurde ihm die Möglichkeit geboten, sich zur beabsichtigten fristlosen Kündigung zu äussern.

X._____ reichte in der Folge ein rückwirkendes Arztzeugnis ein, welches ihm eine Arbeitsunfähigkeit für die Zeit vom 10. März 2008 bis am 2. April 2008 bescheinigte. Die SBB leiteten in der Folge weitere Abklärungen zur Arbeitsfähigkeit ein.

A.e Der Beschwerdeführer erhob gegen den Vorbescheid der IV-Stelle Einsprache und reichte der IV-Stelle eine Stellungnahme seiner behandelnden Psychiaterin vom 28. März 2008 ein, in der diese auf ihrer Meinung nach bestehende Mängel im Gutachten der IV-Stelle hinweist. Mit Schreiben vom 31. März 2008 liess er den SBB eine Kopie dieser Stellungnahme zukommen.

A.f Im Anschluss an eine vertrauensärztliche Untersuchung am 17. April 2008 stellte der AeD fest, es seien keine neuen gesundheitlichen Probleme aufgetreten und eine körperlich leichte, vorwiegend gehende Tätigkeit mit einer Präsenzzeit von vier bis sechs Stunden pro Tag sei zumutbar.

A.g Am 30. April 2008 wurde X._____ erneut zur Wiederaufnahme der Arbeit aufgefordert. Für den Fall eines weiteren, ungerechtfertigten Fernbleibens wurde ihm die fristlose Kündigung angedroht. X._____ nahm die Arbeit am 2. Mai 2008 für drei Tage wieder auf, blieb aber am 7. und 8. Mai 2008 dem Arbeitsplatz fern. Er brachte für seine Absenz kein Arztzeugnis mit einem neuen Krankheitsbild bei. Am 9. Mai 2008 wurde ihm erneut die fristlose Kündigung in Aussicht gestellt und das rechtliche Gehör gewährt.

A.h Mit Eingabe vom 26. Mai 2008 beantragte X._____ den Verzicht auf die fristlose Entlassung, da diese unbegründet und unverhältnismässig sei.

A.i Mit Schreiben vom 29. Mai 2008 verfügten die SBB die fristlose Kündigung und entzogen einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Zur Begründung machten sie die wiederholte Verletzung von gesamtarbeitsvertraglichen Verpflichtungen geltend.

B.

Gegen diese Verfügung erhob X._____ am 18. Juni 2008 Einsprache und beantragte, die fristlose Kündigung sei nichtig zu erklären, eventualiter sei das Arbeitsverhältnis per 30. Juni 2008 mangels möglicher bzw. absehbarer beruflicher Reintegration aufzulösen. Gleichzeitig erhob er gegen die Kündigungsverfügung Beschwerde an

den Zentralbereich Personal der SBB und beantragte, die angefochtene Verfügung sei wegen Missbräuchlichkeit aufzuheben und das Arbeitsverhältnis sei mangels möglicher bzw. absehbarer beruflicher Reintegration aufzulösen.

C.

Am 17. Juli 2008 reichten die SBB Immobilien beim Zentralbereich Personal eine Beschwerde gegen die Einsprache und eine Vernehmlassung zur Beschwerde von X._____ ein. Sie beantragten die Feststellung der Gültigkeit der fristlosen Kündigung.

D.

Mit Entscheid vom 25. September 2008 wies der Zentralbereich Personal die Einsprache und die Beschwerde von X._____ ab und entzog einer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung.

E.

Gegen diesen Entscheid erhebt X._____ (nachfolgend Beschwerdeführer) am 29. Oktober 2008 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und beantragt, der Einsprache- und Beschwerdeentscheid der SBB (nachfolgend Vorinstanz) sei aufzuheben, die Nichtigkeit der Kündigungsverfügung sei festzustellen und das Arbeitsverhältnis sei unter Berücksichtigung der Bestimmungen zur beruflichen Reintegration mit dem Beschwerdeführer fortzusetzen. Eventualiter beantragt er, die Vorinstanz sei zu verpflichten, das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer wegen mangelnder medizinischer Tauglichkeit sowie nicht möglicher und absehbarer Reintegration auf den nächstmöglichen Termin ordentlich aufzulösen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragt er die Zusprechung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

Zur Begründung führt er aus, die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem ihm Einsicht in die relevanten Akten verweigert worden sei. Die Vorinstanz habe zudem den Sachverhalt unvollständig abgeklärt und willkürlich gewürdigt. So seien Zweifel des AeD an der Einschätzung der IV-Stelle, ein E-Mail des AeD, wonach Arztzeugnisse der behandelnden Ärztin zu akzeptieren seien und eine fundierte Beurteilung des IV-Gutachtens durch die behandelnde Fachärztin nicht berücksichtigt worden. Zudem habe die Vorinstanz den Zeitablauf zwischen den ärztlichen Untersuchungen und den beanstandeten Arbeitsabsenzen nicht berücksichtigt.

Die gesamtarbeitsvertragliche Klausel, wonach bei unterschiedlichen Auffassungen zwischen den behandelnden Ärzten und dem Vertrauensarzt jene des Vertrauensarztes massgebend sei, müsse einzelfallgerecht ausgelegt werden. Es finde sich in den Akten keine klare Aussage des AeD, dass Arztzeugnisse mit dem gleichen Krankheitsbild nicht mehr zu akzeptieren seien. Die Absenzen hätten konkret und aktuell überprüft werden müssen, es könne nicht aus älteren Äusserungen in Arztberichten des AeD geschlossen werden, es habe keine Arbeitsunfähigkeit vorgelegen. Der AeD habe sich zudem einseitig auf ein fragwürdiges Gutachten der IV-Stelle gestützt.

Für die Absenz vom 10. bis 13. März 2008 sei nachträglich ein Arztzeugnis beigebracht worden. Dieses sei von der Arbeitgeberin akzeptiert worden. Die Absenz vom 7. und 8. Mai 2008 sei als zusammenhängendes Ereignis zu betrachten. Es könne daher nicht von einem wiederholten unentschuldigten Fernbleiben gesprochen werden.

Selbst wenn das Fernbleiben vom 7. und 8. Mai 2008 als unentschuldigt betrachtet würde, könne dies lediglich als Behinderung des Reintegrationsprozesses bezeichnet werden. Eine solche hätte im Wiederholungsfall nach entsprechender Androhung die ordentliche Kündigung zur Folge. Die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses sei unverhältnismässig. Es müsse vermutet werden, dass die fristlose Auflösung des Arbeitsvertrages habe verhindern sollen, dass er Anspruch auf eine Invalidenrente der Pensionskasse erhalten hätte.

Zum Antrag auf aufschiebende Wirkung führt der Beschwerdeführer aus, er werde durch den Entzug der aufschiebenden Wirkung in eine finanzielle Notlage gebracht und werde ungleich härter getroffen als die Vorinstanz bei Gewährung der aufschiebenden Wirkung.

F.

Mit Zwischenentscheid vom 17. November 2008 stellte der Instruktionsrichter die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wieder her.

G.

In ihrer Vernehmlassung vom 25. November 2008 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Der Beschwerdeführer habe während der Vernehmlassungsfrist die Möglichkeit zur vollständigen Akteneinsicht erhalten. Für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit sei in erster Linie die Würdigung durch den AeD massgebend. Eingereichte Arztzeugnisse seien nur massgebend, soweit nicht begründete

Zweifel an deren Richtigkeit bestünden. Die Arztzeugnisse des Beschwerdeführers seien wenig aussagekräftig und teilweise sogar rückdatiert. Die Einschätzung durch den AeD und die Untersuchung durch den Vertrauensarzt zeigten einhellig eine Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers. Die Vorinstanz macht geltend, sie habe den Beschwerdeführer bei der beruflichen Reintegration nach Kräften unterstützt. Seine unnachgiebige Haltung habe schliesslich zur fristlosen Kündigung geführt.

H.

Mit Replik vom 19. Dezember 2008 macht der Beschwerdeführer geltend, er habe nach Treu und Glauben davon ausgehen können, dass ihm alle Akten zugestellt worden seien, auf die sich der Entscheid der Vorinstanz gestützt habe. Die Vorinstanz habe die (erstinstanzliche) Beurteilung durch die IV-Stelle im IV-Verfahren und die Aussagen des AeD ungeprüft übernommen. Angesichts der schweren Auswirkungen einer fristlosen Kündigung hätte die Vorinstanz den Sachverhalt sorgfältiger abklären müssen.

Eine nochmalige Untersuchung des Beschwerdeführers im IV-Verfahren habe gezeigt, dass sich dessen gesundheitliche Situation schleichend verschlechtert habe und – wie den Berichten des AeD zu entnehmen sei – gewissen Schwankungen unterworfen sei. Es könne nicht von einer unbegründeten Arbeitsverweigerung gesprochen werden.

Angesichts seines Gesundheitszustandes sei davon auszugehen, dass die Reintegration nicht erfolgreich verlaufen wäre. Das Arbeitsverhältnis hätte demnach aus gesundheitlichen Gründen aufgelöst werden müssen. Der Beschwerdeführer hätte so – wie in vergleichbaren anderen Fällen – Anspruch auf eine Rente der Pensionskasse erhalten. Die angeblich schlechten Leistungen des Beschwerdeführers dürften nicht nachträglich herangezogen werden, um die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu begründen.

I.

Mit Duplik vom 12. Januar 2009 hält die Vorinstanz fest, sie habe dem Beschwerdeführer keine Akten vorenthalten. In materieller Hinsicht führt sie aus, bei unterschiedlichen Auffassungen über die medizinische Beurteilung sei sie darauf angewiesen, sich auf die Einschätzung des AeD bzw. der Vertrauensärzte verlassen zu dürfen. Die erneute Begutachtung sei mehr als ein halbes Jahr nach den unent-

schuldigten Absenzen des Beschwerdeführers erfolgt, der Gesundheitszustand dürfte sich in der Zwischenzeit weiter verschlechtert haben. Die Absenzen erschienen auch unter Berücksichtigung der erneuten Begutachtung als gerechtfertigt.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 25. September 2008 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) dar. Der Zentralbereich Personal ist die interne Beschwerdeinstanz der SBB im Sinne von Art. 35 Abs. 1 BPG (Ziff. 193 Abs. 1 des Gesamtarbeitsvertrages 2007 – 2010 für das Personal der SBB vom 22. Dezember 2006 [GAV-SBB]). Gegen personalrechtliche Beschwerdeentscheide solcher interner Beschwerdeinstanzen steht grundsätzlich die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 36 Abs. 1 BPG). Auf das Personal der SBB finden die Bestimmungen des Bundespersonalgesetzes (BPG, SR 172.220.1) Anwendung (Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Schweizerischen Bundesbahnen [SBBG, SR 742.31]).

1.2 Das BVGer überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen von Bundesrecht - einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts und Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

1.3 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung durch die verbindlichen Feststellungen und Anordnungen der Vorinstanz beschwert und mithin zur Beschwerde legitimiert.

1.4 Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2.

2.1 Gemäss Art. 38 BPG schliessen die SBB einen Gesamtarbeitsvertrag (GAV); dieser regelt das Arbeitsverhältnis gemäss Art. 6 Abs. 3 BPG im Rahmen der Bestimmungen des BPG und der sinngemäss anwendbaren arbeitsrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) näher.

2.2 Als wichtiger Grund, der zu einer fristlosen Kündigung berechtigt, gilt gemäss Art. 12 Abs. 7 BPG bzw. nach Ziff 190 Abs. 2 GAV-SBB jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Diese Bestimmungen umschreiben damit die Voraussetzungen für die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses von Bundespersonal wörtlich gleich wie Art. 337 Abs. 2 OR die "wichtigen Gründe" für die fristlose Auflösung privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse. Art. 12 Abs. 7 BPG erwähnt zwar den "wichtigen Grund" nicht ausdrücklich, was jedoch nach Auffassung des Gesetzgebers keine Abweichung vom Obligationenrecht bedeutet (s. Botschaft des Bundesrates vom 14. Dezember 1998, BBl 1999 1615). Bei der Frage, ob der kündigenden Partei die Fortführung des Arbeitsverhältnisses zugemutet werden darf, kann daher die zu Art. 337 Abs. 1 und 2 OR entwickelte Praxis angemessen berücksichtigt werden. Dabei ist allerdings den Besonderheiten des öffentlichen Dienstes Rechnung zu tragen. Nur ein besonders schweres Fehlverhalten des Angestellten rechtfertigt 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 (vgl. Entscheid des Bundesgerichts vom 2A.495/2006 vom 30. April 2007 E. 2 mit Hinweisen).

2.3 Die Arbeitgeberin begründete die fristlose Kündigung im vorliegenden Fall mit einer wiederholten Arbeitsverweigerung. Sie führt dazu aus, sie habe dem Beschwerdeführer mitgeteilt, sie würde keine Arztzeugnisse mit dem gleichen Krankheitsbild mehr akzeptieren. Gleichzeitig sei er unter Androhung der fristlosen Kündigung aufgefordert worden, die Arbeit wieder aufzunehmen. Der Beschwerdeführer habe in der Folge am 6. März 2008 die Arbeit aufgenommen, sei aber bereits ab dem 10. März 2008 ungerechtfertigterweise der Arbeit ferngeblieben. Da im Rahmen des rechtlichen Gehörs ein rückwirkendes Arztzeugnis eingereicht worden sei, habe sie auf eine Kündigung verzichtet und den Beschwerdeführer am 30. April 2008 erneut zur Arbeit

(mit angepasster Arbeitszeit und Tätigkeit) aufgefordert und die Kündigung angedroht. Der Beschwerdeführer habe in der Folge vom 2. bis am 6. Mai 2008 während drei Tagen gearbeitet, sei aber anschliessend, d.h. am 7. und 8. Mai 2008 wieder der Arbeit ferngeblieben, ohne ein Arztzeugnis mit einem neuen Krankheitsbild beizubringen.

2.4 Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, für die erste Absenz vom 10. März 2008 habe er ein Arztzeugnis beigebracht, welches akzeptiert worden sei, die Absenz könne deshalb zur Begründung der Kündigung nicht mehr herangezogen werden. Die Beurteilung durch den AeD gründe auf einer Begutachtung durch die IV-Stelle vom November 2007 sowie eine vertrauensärztliche Untersuchung vom 17. April 2008. Zwischen den Absenzen und der ärztlichen Beurteilung liege eine erhebliche Zeitspanne, welche relativierend zu berücksichtigen sei. Bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit könne nicht einfach ungeprüft auf die Stellungnahme des Vertrauensarztes bzw. des AeD abgestellt werden, vielmehr hätte die Arbeitsfähigkeit im Zeitpunkt der Absenz auch unter Berücksichtigung der Stellungnahmen der behandelnden Ärzte beurteilt werden müssen. Der Beschwerdeführer hält fest, die Beurteilung des AeD stütze sich hauptsächlich auf ein Gutachten der IV Stelle, welches von der behandelnden Fachärztin mit ausführlicher Begründung in Frage gestellt worden sei. Die IV-Stelle selbst sei in einem späteren zweiten Gutachten zum Schluss gekommen, dass der Beschwerdeführer nicht arbeitsfähig und eine Reintegration aussichtslos sei. Selbst wenn die Absenz vom 7. und 8. Mai 2008 schliesslich als ungerechtfertigt betrachtet würde, rechtfertige ein einmaliges Fernbleiben von der Arbeit keine fristlose Kündigung.

2.5 Gemäss Rechtsprechung zu Art. 337 Abs. 2 OR gilt ein einmaliges ungerechtfertigtes Fernbleiben vom Arbeitsplatz nicht als Grund für eine fristlose Kündigung (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, N. 7 zu Art. 337), ein längeres (d.h. einwöchiges) oder trotz Mahnung wiederholtes Fernbleiben dagegen schon. Es ist damit in einem ersten Schritt zu prüfen, ob das Fehlen vom 10. März 2008 infolge des nachträglich beigebrachten Arztzeugnisses als entschuldigt, die zweite Absenz vom 7. und 8. Mai 2008 daher von vornherein nicht als erneutes unentschuldigtes Fehlen zu betrachten ist. In einem zweiten Schritt ist anschliessend zu untersuchen, ob die Vorinstanz zu Recht angenommen hat, der Beschwerdeführer sei am 7. und 8. Mai 2008 trotz bestehender Arbeitsfähigkeit der Arbeit ferngeblieben.

2.6 Gemäss den unbestrittenen Ausführungen der Vorinstanz wurde mit dem nachträglich für die Absenz vom 10. März 2008 beigebrachten Arztzeugnis kein neues Krankheitsbild bescheinigt. Da der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers im Rahmen des rechtlichen Gehörs geltend machte, die Arbeitsunfähigkeit sei auf neue Beschwerden zurückzuführen gewesen, verzichteten die SBB zugunsten weiterer Abklärungen auf eine fristlose Kündigung. Nachdem weitere Abklärungen ergeben haben, dass kein neues Krankheitsbild vorlag, forderten die SBB den Beschwerdeführer erneut zur Arbeit auf und drohten die Kündigung an. Angesichts dieser Umstände und der unmissverständlichen Arbeitsaufforderung kann der Beschwerdeführer nicht geltend machen, die Arbeitgeberin habe seine Absenz vom 10. März 2008 nachträglich genehmigt. Es bleibt damit zu prüfen, ob die SBB zu Recht davon ausgingen, der Beschwerdeführer sei im Zeitpunkt beider Absenzen arbeitsfähig gewesen. Wird dies bejaht, ist von einem wiederholten, ungerechtfertigten Fernbleiben von der Arbeitsstelle auszugehen.

3.

3.1 Es ist dabei zu prüfen, ob die SBB aufgrund der ihr vorliegenden Informationen davon ausgehen konnten, der Beschwerdeführer sei im Zeitpunkt der beiden Abwesenheiten von März und Mai 2008 arbeitsfähig gewesen. Dabei sind die sich teilweise widersprechenden Arztzeugnisse vor dem Hintergrund der massgeblichen Bestimmungen des GAV-SBB und in Berücksichtigung der gesamten Umstände zu würdigen und gegeneinander abzuwägen.

3.1.1 Zum einen liegen Arztzeugnisse der behandelnden Ärzte, einerseits der Hausärztin und andererseits der Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie, vor, welche dem Beschwerdeführer in der fraglichen Periode – ohne nähere Begründung – eine vollständige Arbeitsunfähigkeit bescheinigen.

3.1.2 Wie aus der Korrespondenz zwischen dem Beschwerdeführer, der Vorinstanz und dem AeD hervorgeht, hat die IV-Stelle am 21. November 2007 den Beschwerdeführer untersucht. Der untersuchende Arzt hat in einem Gutachten vom 21. Januar 2008 eine vollständige Arbeitsfähigkeit festgestellt und die IV-Stelle verneinte mit Vorbescheid vom 28. Februar 2008 einen Anspruch auf Leistungen der Invalidenversicherung. Der Vorbescheid befindet sich in den Vorakten, das Gutachten der IV-Stelle liegt dagegen nicht vor. Gegen den Vorbescheid der IV-Stelle hat der Beschwerdeführer Einsprache erhoben.

3.1.3 Im Hinblick auf die Einsprache des Beschwerdeführers gegen den Vorbescheid der IV-Stelle hat die behandelnde Psychiaterin am 28. März 2008 eine Stellungnahme abgegeben. Diese wurde den SBB am 31. März 2008 in Kopie zugestellt. Die Ärztin weist darin auf ihrer Meinung nach vorliegende Fehler und Widersprüche im Gutachten der IV-Stelle hin. Sie führt aus, es liege eine hundertprozentige Arbeitsunfähigkeit vor, dies zumal diverse vorsichtige Arbeitsversuche in Form stundenweiser Einsätze gezeigt hätten, dass die Arbeit an der alten Arbeitsstelle nicht mehr möglich sei und sogar fast eine erneute Hospitalisation notwendig gemacht habe.

3.1.4 Verschiedenen Schreiben des AeD ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer am 17. April 2008 durch den Vertrauensarzt der SBB untersucht wurde. Die Feststellungen des Vertrauensarztes sind nicht aktenkundig, lediglich die Schlussfolgerung, dass keine Arbeitsunfähigkeit bestehe, wird indirekt wiedergegeben.

3.1.5 Der AeD teilte dem Personaldienst mit Schreiben vom 13. Februar 2008 mit, der Beschwerdeführer erachte sich subjektiv als nicht arbeitsfähig, auf Grund der Untersuchungsergebnisse seien die ärztlichen Gutachter aber zum Schluss gekommen, dass keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit bestehe und eine körperlich angemessene Tätigkeit per sofort zumutbar sei. Am 9. April 2008 teilt der AeD weiter mit, gestützt auf das von der IV in Auftrag gegebene Gutachten sei die Wiederaufnahme einer körperlich leichten Tätigkeit medizinisch zumutbar. Gestützt auf das IV Gutachten seien Arztzeugnisse, welche sich auf dieselbe gesundheitliche Problematik beziehen würden, nicht zu akzeptieren.

3.1.6 Offenbar aufgrund der Einsprache des Beschwerdeführers unterzog die IV-Stelle diesen einer zweiten Begutachtung. Gestützt auf eine Untersuchung am 17. November 2008 – mithin rund fünf Monate nach den Absenzen – kam der Gutachter zum Schluss, dass vor dem Hintergrund des festgestellten chronischen und weitgehend therapieresistenten psychischen Krankheitsbildes die funktionelle Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers vollständig eingeschränkt sei, dies sowohl hinsichtlich der angestammten als auch einer leidensangepassten Tätigkeit. Der Gutachter stufte die beruflichen Integrationsaussichten aktuell und in weiterer Zukunft als ungünstig ein.

3.2 Bei der Beurteilung, ob die Vorinstanz die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers zu Recht bejaht hat, ist einerseits zu prüfen, ob sie

den Sachverhalt richtig und vollständig abgeklärt hat. Wird dies bejaht, ist weiter festzustellen, ob die Vorinstanz die Absenzen zu Recht als wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung betrachtet hat.

3.2.1 Dabei ist zu beachten, dass das IV-Gutachten vom 17. November 2008 erst nach dem vorinstanzlichen Entscheid erstattet wurde. Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen im Rechtsmittelverfahren im Rahmen des Streitgegenstandes vorgetragen und müssen vom Bundesverwaltungsgericht auch berücksichtigt werden (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 92 Rz. 2.204). Bei der Würdigung des IV-Gutachtens ist einerseits zu berücksichtigen, dass es der Vorinstanz im Zeitpunkt des Verfügungserlasses noch nicht vorgelegen hat, andererseits dass es sich auf eine Untersuchung stützte, die mehrere Monate nach den fraglichen Absenzen durchgeführt wurde.

3.2.2 Die Beurteilung durch den Vertrauensarzt oder die Vertrauensärztin bilden gemäss Ziff. 130 Abs. 1 GAV-SBB die Grundlage für die Anwendung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen. Beurteilt die Vertrauensärztin oder der Vertrauensarzt die Arbeitsfähigkeit anders als die behandelnden Ärztinnen und Ärzte, ist für die SBB gemäss Ziff. 130 Abs. 2 GAV-SBB die Beurteilung der Vertrauensärztin oder des Vertrauensarztes massgebend. Es ist damit zunächst zu prüfen, ob die Beurteilung durch den Vertrauensarzt für die Vorinstanz bindend war und ob bzw. in welchem Masse abweichende Stellungnahmen anderer Ärzte zu berücksichtigen waren.

3.2.3 Im Rahmen des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens kann – wie vorliegend – die unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsermittlung gerügt werden (Art. 49 Bst. b VwVG). Gemäss Art. 12 VwVG stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Dies bedeutet grundsätzlich, dass sie alle zumutbaren und rechtlich zulässigen Möglichkeiten der Sachaufklärung auszuschöpfen hat (PATRICK KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], VwVG - Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 12 Rz. 33). Die Behörde hat im Rahmen des Zumutbaren den entscheidenderheblichen Umständen nachzugehen; hierzu gehören auch für die Beteiligten günstige Faktoren (KRAUSKOPF/EMMENEGGER, a.a.O., Art. 12 Rz. 27).

3.2.4 Das Bundesrecht schreibt nicht vor, wie in einem Verwaltungsverfahren die einzelnen Beweismittel zu würdigen sind. Für das ge-

samte Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273] in Verbindung mit Art. 19 VwVG). Danach haben Behörden und Gerichte die Beweise frei, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen (BGE 130 II 482 E. 3.2). Dies bedeutet, dass alle Beweismittel, unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen sind und danach zu entscheiden ist, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruches gestatten. Insbesondere darf bei einander widersprechenden medizinischen Berichten nicht entschieden werden, ohne das gesamte Beweismaterial zu würdigen und die Gründe anzugeben, warum auf die eine und nicht auf die andere medizinische These abgestellt wird. Hinsichtlich des Beweiswertes eines Arztberichtes ist also entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind. Ausschlaggebend für den Beweiswert ist grundsätzlich somit weder die Herkunft eines Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahmen als Bericht oder Gutachten (BGE 125 V 351 E. 3a).

Dennoch hat es die Rechtsprechung mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung als vereinbar erachtet, in Bezug auf bestimmte Formen medizinischer Berichte und Gutachten Richtlinien für die Beweiswürdigung aufzustellen. Den im Rahmen des Verwaltungsverfahrens durch die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) und durch UVG-Privatversicherer eingeholten Gutachten von externen Spezialärzten, die auf Grund eingehender Beobachtungen und Untersuchungen sowie nach Einsicht in die Akten Bericht erstatten und bei der Erörterung der Befunde zu schlüssigen Ergebnissen gelangen, ist bei der Beweiswürdigung volle Beweiskraft zuzuerkennen, solange nicht konkrete Indizien gegen die Zuverlässigkeit der Expertise sprechen und die in Art. 57 ff. BZP genannten Mitwirkungsrechte der Verfahrensbeteiligten beachtet wurden (BGE 125 V 351 E. 3b bb).

3.2.5 Diese Rechtsprechung kann sinngemäss auf die vorliegenden Verhältnisse übertragen werden. Auch vor dem Hintergrund von

Ziff. 130 Abs. 2 GAV-SBB hat die Vorinstanz die Pflicht zur freien Beweiswürdigung. Wenn auch dem Vertrauensarzt in gewisser Hinsicht eine ähnliche Stellung zukommen mag wie einem externen Gutachter im Sozialversicherungsverfahren, kann auf dessen Einschätzung nicht unbesehen abgestellt werden. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Voraussetzungen erfüllt sind, unter denen die Rechtsprechung einer medizinischen Beurteilung durch eine parteinahe Person einen besonderen Beweiswert zuerkennen.

3.2.6 Im vorliegenden Verfahren sind die Feststellungen und Folgerungen des Vertrauensarztes nicht aktenkundig, vielmehr wird auf eine blosser Aussage des ärztlichen Dienstes abgestellt, wonach die vertrauensärztliche Untersuchung ergeben habe, dass keine Arbeitsunfähigkeit bestehe. Die Beurteilung durch den Vertrauensarzt kann deshalb nicht als schriftliches und begründetes Sachverständigen-gutachten betrachtet werden. Bei der Ernennung des Vertrauensarztes wurde zudem weder dem Beschwerdeführer die Gelegenheit geboten, den Vertrauensarzt abzulehnen (Art. 58 Abs. 2 BZP), noch wurde dieser aktenkundig auf seine Pflicht zur strengsten Unparteilichkeit hingewiesen. Die vertrauensärztliche Beurteilung stellt damit im vorliegenden Verfahren lediglich eines der im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu beachtenden Elemente dar.

3.3 Im Zeitpunkt der Kündigung lagen der Beschwerdeführerin damit einerseits eine Stellungnahme des (internen) ärztlichen Dienstes vor, welcher seinerseits auf eine Beurteilung durch den (externen) Vertrauensarzt sowie den Gutachter der IV abstellte. In dieser Stellungnahme ist keine nachvollziehbare medizinische Beurteilung der vom Beschwerdeführer geltend gemachten Leiden enthalten. Dieser Beurteilung stehen die – ebenfalls nicht begründeten – Arztzeugnisse der behandelnden Ärzte gegenüber. Diesen Zeugnissen kommt grundsätzlich nur der Status einer Parteibehauptung zu (LUCREZIA GLANZMANN TARNUTZER, Der Beweiswert medizinischer Erhebungen im Zivil-, Straf- und Sozialversicherungsprozess, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2005 S. 76 ff). Als solche kann sie aber im Rahmen der Untersuchungsmaxime Anlass zu weiteren Nachforschungen geben. Weiter stand der Beurteilung des AeD die Stellungnahme der Psychiaterin des Beschwerdeführers gegenüber, in welcher die Erkenntnisse des (der Stellungnahme des AeD massgeblich zugrundeliegenden) IV-Gutachtens mit ausführlicher Begründung in Frage gestellt wurden.

Schliesslich ist festzuhalten, dass sich die Vorgesetzten des Beschwerdeführers aufgrund der langen Vorgeschichte und der vielfältigen Kontakte mit dem Beschwerdeführer, seiner Familie und seiner Ärztin in gewissem Masse auch einen eigenen Eindruck vom Gesundheitszustand des Beschwerdeführers machen konnten. Zudem geht aus den Akten hervor, dass die behandelnde Fachärztin zusammen mit den Vorgesetzten des Beschwerdeführer einen Augenschein an dessen Arbeitsplatz unternahm, die Reintegrationsbemühungen aktiv unterstützte und eine Wiederaufnahme der Tätigkeit im Sinne einer Therapie ursprünglich befürwortete.

3.3.1 Bei der Abwägung der gegenüberstehenden medizinischen Gutachten ist einerseits zu berücksichtigen, dass der Vertrauensarzt, auf dessen Befund sich der AeD primär stützt, als von den Verfahrensbeteiligten unabhängig zu betrachten ist und entsprechend unbefangen sein dürfte. Es sind aber auch verschiedene Punkte erkennbar, welche zumindest Zweifel an der vertrauensärztlichen Beurteilung wecken mussten. So ist zunächst festzuhalten, dass der Vertrauensarzt als Facharzt für innere Medizin nicht im gleichen Mass wie ein Facharzt in der Lage sein dürfte, ein bekanntermassen schwierig zu diagnostizierendes psychisches Leiden mit körperlichen Auswirkungen zu beurteilen. Die Beurteilung des Vertrauensarztes stützte sich zudem lediglich auf eine einmalige Konsultation, im Übrigen stellte sie offenbar auf die Ausführungen im Gutachten der IV ab. Ob und wie der Vertrauensarzt berücksichtigte, dass sich bei einer arbeitsrechtlichen Beurteilung der Arbeitsfähigkeit unter Umständen andere Fragen stellen als bei einer versicherungsmedizinischen Begutachtung, ist aufgrund der Akten ebenfalls nicht beurteilbar.

Auf der anderen Seite ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer Zeugnisse von Ärzten einreichte, die er selbst beauftragt hat und deshalb nicht als unabhängig gelten können. Immerhin ist aber anzuerkennen, dass die Beurteilung durch die Fachärztin für Psychiatrie eingehend und nachvollziehbar begründet war und auf einer eingehenden Kenntnis des Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers beruhte. Zudem hat die Fachärztin sich aktenkundig intensiv um die Reintegration des Beschwerdeführers bemüht und die Wiederaufnahme einer Tätigkeit im Rahmen des möglichen aus gesundheitlicher Sicht als wichtig betrachtet, so dass kaum anzunehmen ist, dass sie bereit gewesen wäre, gefälligkeitshalber eine Arbeitsunfähigkeit zu bescheinigen.

Wegen der eingehend begründeten und auch für Laien zumindest ansatzweise nachvollziehbaren Kritik der behandelnden Psychiaterin durfte die Arbeitgeberin die Beurteilung des AeD bzw. des Vertrauensarztes nicht unbesehen übernehmen. Es wäre geboten gewesen, die Beurteilung durch weitere Abklärungen zu verifizieren.

3.3.2 Anhand der vorliegenden Akten kann damit nicht mit hinreichender Sicherheit über die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers geurteilt werden. Bereits aufgrund der im Zeitpunkt des Verfügungserlasses vorhandenen Beweismittel durften die SBB die Stellungnahme des AeD nicht ungeprüft als Grundlage für eine fristlose Kündigung nehmen. Der angefochtene Entscheid ist daher aufgrund unvollständiger Abklärung des Sachverhalts aufzuheben und die Nichtigkeit der Kündigungsverfügung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 BPG ist festzustellen.

4. Bei ganzer oder teilweiser Gutheissung der Beschwerde hat das Bundesverwaltungsgericht die Sache in der Regel in einem reformatorischen Entscheid selbst zu entscheiden (Art. 61 Abs. 1 VwVG).

4.1 Liegt kein Grund für eine fristlose Kündigung vor, ist zu prüfen, ob eine Umwandlung der fristlosen Kündigung in eine ordentliche geboten ist. Dies ist vorliegend zu verneinen. Eine Umwandlung ist dann angezeigt, wenn eine von der Arbeitgeberin vorgebrachte Pflichtverletzung zwar bejaht wird, ihr aber nicht das für eine fristlose Kündigung notwendige Gewicht zuerkannt wird (vgl. z.B. Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-1781/2006 vom 15. August 2007, E. 4.3 ff.). Ist dagegen – wie im vorliegenden Fall – bereits der von der Arbeitgeberin vorgebrachte Grund als nicht erwiesen zu betrachten, scheidet eine Umwandlung in eine ordentliche Kündigung aus.

4.2 Ausnahmsweise weist das Gericht die Beschwerde mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. Letzteres kann sich vor allem dort rechtfertigen, wo der Sachverhalt ungenügend abgeklärt ist, bei einer schweren Verletzung von Art. 49 Bst. b VwVG erweist sich die Rückweisung gar als zwingend (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 180 Rz. 3.194 ff.). Obschon Art. 61 Abs. 1 VwVG nur die Rückweisung an die Vorinstanz erwähnt, kann unter Umständen auch eine Rückweisung an die erstverfügende Behörde zulässig sein, dies z.B. wenn dem Rechtsunterworfenen in der noch zu prüfenden Frage der volle Instanzenzug offenstehen soll (PHILIPPE WEISSENBERGER in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], VwVG - Praxiskommentar

zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 61 Rz. 21). Weist das Bundesverwaltungsgericht die Sache an die Vor- oder Erstinstanz zurück, verbindet sie die Rückweisung mit verbindlichen Weisungen (Art. 61 Abs. 1 VwVG).

4.3 Im vorliegenden Fall ist die Sache zur Abklärung der Arbeitsunfähigkeit im Zeitpunkt der beiden Absenzen des Beschwerdeführers von März und Mai 2008 an die verfügende Behörde und damit an die Erstinstanz zurückzuweisen. Dabei ist allerdings fraglich, ob die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers im Zeitpunkt der Absenzen aus heutiger Sicht noch schlüssig beurteilt werden kann. Es ist festzuhalten, dass die Verwaltung die Beweislast für eine belastende Verfügung trägt (BGE 130 II 482 E. 3.2). Die SBB haben bei einer Kündigung den Nachweis der Arbeitsfähigkeit im Zeitpunkt der Absenzen zu erbringen. Sollte sich aufgrund ergänzender Beweise oder einer antizipierten Beweiswürdigung ergeben, dass eine Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers im Zeitpunkt der Absenzen nicht nachzuweisen ist, wäre auf eine Kündigung zu verzichten bzw. eine Kündigung wegen mangelnder medizinischer Tauglichkeit zu prüfen.

5.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt es sich, auf die Rügen des Beschwerdeführers einzugehen, die angefochtene Kündigung sei unverhältnismässig und sei unter Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör erfolgt.

6.

Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind gemäss Art. 34 Abs. 2 BPG, ausser bei Mutwilligkeit, welche hier nicht gegeben ist, kostenlos.

7.

Da der Beschwerdeführer im Wesentlichen obsiegt, ist ihm eine Parteienschädigung für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht ([VGKE, SR 173.320.2])). Die Parteienschädigung wird der Kostennote des Vertreters des Beschwerdeführers entsprechend auf Fr. 1'075.45 inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer von 7.6 % festgesetzt und der Vorinstanz zur Bezahlung auferlegt (Art. 64 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 10 und 14 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, der Einsprache- und Beschwerdeentscheid vom 25. September 2008 wird aufgehoben, die Nichtigkeit der Verfügung vom 29. Mai 2008 festgestellt und die Angelegenheit wird zur Neuurteilung an die verfügende Behörde zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Dem Beschwerdeführer wird zu Lasten der SBB eine Parteient-schädigung von Fr. 1'075.45 zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
- die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB), A._____

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Beat Forster

Simon Müller

Rechtsmittelbelehrung:

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse können mit Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden, sofern es um eine vermögensrechtliche Angelegenheit geht, bei welcher der Streitwert mindestens 15'000 Franken beträgt oder bei der sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. Art. 85 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [Bundesgerichtsgesetz, 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, so ist sie innert 30 Tagen seit der Ausfertigung des angefochtenen Urteils zu erheben. Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Sie muss spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (vgl. Art. 42, 48, 54 und 100 BGG).

Versand: