



---

Abteilung I  
A-5805/2010

## Urteil vom 3. Februar 2011

---

Besetzung

Richter Beat Forster (Vorsitz),  
Richter André Moser, Richterin Kathrin Dietrich,  
Gerichtsschreiber Bernhard Keller.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Die Schweizerische Post**, Konzernleitung,  
Viktoriastrasse 21, Postfach, 3030 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

**Sachverhalt:****A.**

A.\_\_\_\_\_ ist seit 1982 im Briefzentrum X bei der Post, Bereich PostMail, angestellt, zunächst als Aushilfe und zuletzt als Betriebsmitarbeiter Logistik mit einem Beschäftigungsgrad von 71,43 %. Am 31. Oktober 2008 ist das Briefzentrum X im Rahmen der Reorganisation der Briefzentren (REMA) aufgehoben worden. Von der Reorganisation der Briefzentren waren insgesamt 8'500 Mitarbeitende betroffen, wobei 2'400 Stellen weggefallen sind.

Im Mai 2003 hatte die Post mit den Sozialpartnern einen Sozialplan für einen sozialverträglichen Stellenabbau verhandelt (nachfolgend Sozialplan REMA), der 2007 mit einigen Massnahmen ergänzt wurde. Dieser Sozialplan bezweckt, jedem von der Stellenaufhebung betroffenen Mitarbeitenden ein zumutbares Angebot zu unterbreiten. Abhängig von Alter und Anstellungsdauer waren zudem Abgangsentschädigungen vorgesehen. Ferner sah der Sozialplan REMA vor, dass allen Mitarbeitenden, mit denen keine Lösung vereinbart werden konnte, eine persönliche Begleitperson zugeteilt wurde, die sie bei der Erreichung der persönlichen beruflichen Ziele unterstützt.

**B.**

Am 17. Januar 2006 fand ein erstes sog. Migrationsgespräch mit A.\_\_\_\_\_ statt, anlässlich dessen er eine Beschäftigung in der Region X als erste Priorität nannte. Eine Bewerbung von A.\_\_\_\_\_ für das Briefzentrum Y konnte die Post nicht berücksichtigen, was sie ihm mit Schreiben vom 16. August 2006 mitteilte. In der Folge wurde ihm für die Unterstützung bei der Stellensuche eine persönliche Begleitperson zugeteilt.

Nach einer "Stage in der Zustellung" wurde A.\_\_\_\_\_ am 18. Oktober 2007 darüber informiert, dass es in der Zustellregion X eine offene Stelle habe, die gemäss den Kriterien des Sozialplanes zumutbar sei. Ein konkreter Arbeitsort wurde ihm nicht genannt. Anlässlich dieser Information wurde A.\_\_\_\_\_ schriftlich darauf hingewiesen, dass die Verweigerung einer Bewerbung zu einer Kündigungsmöglichkeit führe; dieses Dokument wurde von ihm gegengezeichnet. In der Folge bewarb sich A.\_\_\_\_\_ nicht für diese Stelle.

Am 30. Januar 2008 wurde in einem Gespräch mit Vertretern von PostMail festgehalten, dass A.\_\_\_\_\_ wegen der unterlassenen Bewerbung aus dem Sozialplan ausscheide und keinen Anspruch auf Entschädigung mehr habe. PostMail unterbreitete A.\_\_\_\_\_ drei Vergleichsvorschläge für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Innerhalb der verlängerten Bedenkfrist ging keine Antwort ein, so dass auf den 6. März 2008 ein neuer Besprechungstermin angesetzt wurde. A.\_\_\_\_\_ nahm daran mit einem Vertreter der Gewerkschaft Kommunikation teil. Die verschiedenen Möglichkeiten wurden nochmals aufgezeigt, und es wurde eine einwöchige Bedenkfrist gewährt. A.\_\_\_\_\_ lehnte alle Varianten ab.

**C.**

Mit Schreiben vom 3. April 2008 zeigte PostMail A. \_\_\_\_\_ an, dass sie die Auflösung des Arbeitsverhältnisses beabsichtige und gewährte ihm das rechtliche Gehör. Dieses nahm er erst kurz nach Ablauf der gesetzten Frist wahr. Bereits vor dem Eintreffen der Stellungnahme verfügte PostMail am 17. April 2008 die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit einer Frist von 6 Monaten auf Ende Oktober 2008, dem Zeitpunkt der Schliessung des Briefzentrums Biel. A. \_\_\_\_\_ weigerte sich, die Kündigung am Arbeitsplatz entgegen zu nehmen und meldet sich ab dem 18. April 2008 krank. A. \_\_\_\_\_ war danach bis Ende Juni 2009 zu 100% krankgeschrieben und anschliessend zwischen 80% und 40% arbeitsunfähig. Die eingeschriebene Sendung mit der Kündigung holte er nicht ab. Mit Schreiben vom 2. Mai 2008 wurde die Kündigung nochmals mit normaler Post zugestellt. Gegen die Kündigungsverfügung erhob A. \_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 17. Mai 2008 Beschwerde beim zuständigen Rechtsdienst der Post. Im Rahmen der Instruktion unterbreitete der Rechtsdienst A. \_\_\_\_\_ am 13. Januar 2009 einen Vergleichsvorschlag, den er nicht annahm.

**D.**

Anlässlich einer Besprechung zwischen PostMail und A. \_\_\_\_\_ vom 5. März 2009 unterbreitete PostMail eine Vereinbarung für eine einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit einer Freistellung ab Februar 2009. A. \_\_\_\_\_ stellte sich auf den Standpunkt, die Post müsse ihm eine zumutbare Stelle anbieten. Über die Vereinbarung kam keine Einigung zustande. PostMail stellte in der Folge am 23. März 2009 eine neue Kündigungsverfügung aus, entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung und hielt fest, dass die Kündigungsverfügung vom 17. April 2008 nichtig sei.

**E.**

Vom 19. März 2009 bis 25. September 2009 liess sich A. \_\_\_\_\_ durch den Rechtsdienst der Gewerkschaft Kommunikation vertreten. Gestützt auf seine Vorbringen, die Kündigung vom 23. März 2009 sei nichtig, weil sie während einer Sperrfrist wegen Krankheit ausgesprochen worden sei, hob PostMail mit Schreiben vom 10. Juni 2009 auch diese Kündigung auf. Es folgten längere Vergleichsverhandlungen, die in einen Vereinbarungsentwurf mündeten. Auch dieser Vergleich wurde letztlich nicht angenommen, worauf PostMail am 15. Oktober 2009 ankündigte, ein Kündigungsverfahren einzuleiten und A. \_\_\_\_\_ die Möglichkeit zur Stellungnahme gewährte. Es ging keine Stellungnahme ein und am

5. November 2009 sprach die Post die Kündigung per 31. Mai 2010 aus. Einer allfälligen Beschwerde entzog sie die aufschiebende Wirkung. Ende Mai 2010 leistete PostMail die letzte Lohnzahlung an A.\_\_\_\_\_ mitsamt einer Abgangsentschädigung, einer Entschädigung für nicht bezogene Ferien sowie einer Treueprämie.

**F.**

Eine gegen die Kündigungsverfügung vom 5. November 2009 erhobene Beschwerde wies der dafür zuständige Konzernleiter Post mit Entscheid vom 7. Juli 2010 ab, soweit sie nicht durch die Auszahlung der Abgangsentschädigung in der Höhe von Fr. X und der Treueprämie von Fr. X gegenstandslos geworden war.

**G.**

A.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführer) gelangt mit Beschwerde vom 14. August 2010 an das Bundesverwaltungsgericht und beantragt sinngemäss die Aufhebung der Kündigung und des Beschwerdeentscheids des Konzernleiters Post (Vorinstanz), die Verpflichtung der Post, ihm eine zumutbare Stelle anzubieten sowie eine Neuberechnung bzw. Anpassung der Entschädigung gemäss Sozialplan REMA und der Treueprämie. Zur Begründung macht der Beschwerdeführer falsche Sachverhaltsfeststellungen, das Fehlen eines Kündigungsgrundes sowie treuwidriges und rechtsmissbräuchliches Verhalten der Vorinstanz und des Arbeitgebers geltend.

**H.**

In ihrer Vernehmlassung vom 20. August 2010 sowie der Ergänzung vom 22. September 2010 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde, soweit sie nicht gegenstandslos sei. Hinsichtlich der Entschädigungen anerkennt die Schweizerische Post unter Berücksichtigung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-6800/2009 vom 29. Juli 2010 ein zusätzliches Guthaben des Beschwerdeführers in der Höhe von Fr. X als Abgangsentschädigung sowie Fr. X als Treueprämie.

**I.**

Der Beschwerdeführer machte von der Möglichkeit, zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung zu nehmen, keinen Gebrauch.

**K.**

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien wird in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen, soweit sie für den Entscheid wesentlich sind.

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

**1.1.** Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Die Post ist eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts nach Art. 33 Bst. e VGG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 30. April 1997 über die Organisation der Postunternehmung des Bundes (POG, SR 783.1). Soweit sich die Beschwerde gegen die Verfügung der Post vom 7. Juli 2010 richtet, liegt keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vor.

Zuständig zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen in Personalangelegenheiten der einzelnen Organisationseinheiten der Post, im vorliegenden Fall also PostMail, ist gemäss Art. 35 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) in Verbindung mit Art. 9 und 10 POG, der einschlägigen Organisationsbestimmungen der Post sowie Ziff. 21 Anhang 6 des Gesamtarbeitsvertrages der Post (nachfolgend GAV Post) der Konzernleiter Post. Dessen Beschwerdeentscheide können beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Art. 36 Abs. 1 BPG); das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb zur Beurteilung der Beschwerde zuständig. Die erstinstanzliche Kündigungsverfügung von PostMail ist durch den Beschwerdeentscheid der Vorinstanz vom 7. Juli 2010 ersetzt worden (Devolutiveffekt). Soweit sich die Beschwerde gegen die Kündigungsverfügung vom 5. November 2009 von PostMail richtet, ist das Bundesverwaltungsgericht demnach nicht zuständig, weshalb auf die Beschwerde insoweit nicht einzutreten ist. Immerhin gilt die erstinstanzliche Verfügung als inhaltlich mitangefochten (BGE 134 II 142 E. 1.4, 129 II 438 E. 1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2904/2009 vom 13. Oktober 2009).

**1.2.** Als vom angefochtenen Entscheid direkt Betroffener, der vor der Vorinstanz mit seinen Begehren grösstenteils nicht durchgedrungen ist, ist der Beschwerdeführer im Sinne von Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert.

**1.3.** Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist daher mit der genannten Ausnahme einzutreten.

**1.4.** Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie auf Angemessenheit.

**2.**

Der Beschwerdeführer verlangt die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und damit der am 5. November 2009 ausgesprochenen Kündigung und die gerichtliche Verpflichtung der Vorinstanz, ihm eine zumutbare Stelle anzubieten. Zudem ersucht er um Anpassung der Abgangsentschädigung. Als Folge einer ungültigen Kündigung sehen das Bundespersonalrecht bzw. der GAV Post grundsätzlich die Weiterbeschäftigung mit der bisherigen oder einer anderen zumutbaren Arbeit vor (vgl. Art. 14 BPG bzw. Ziff. 30, 31 und 32 Anhang 4 GAV Post; zum anwendbaren Recht nachfolgende Erwägung 3). Der Anspruch auf Entschädigung ist subsidiär und steht dem Arbeitnehmer nur dann zu, wenn er aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, nicht weiterbeschäftigt werden kann (vgl. Art. 14 Abs. 5 i.V.m. Art. 19 BPG bzw. Ziff. 34 i.V.m. Ziff. 4 ff. Anhang 4 GAV Post; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-76/2009 vom 24. August 2009 E. 6.1 ff. und A-4006/2010 vom 23. November 2010 E. 2 ff.). Ferner sehen die Ziffern 5.4.1 und 5.4.8 des Sozialplanes REMA für gewisse Fälle eine Entschädigung vor. Die Rechtsfolge bei Aufhebung einer Kündigung ist somit nicht frei wählbar, sondern durch zwingendes öffentliches Recht vorbestimmt, welches vom Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen angewandt wird (*iura novit curia*).

Sollte sich die Kündigung als unzulässig erweisen, dauert das Arbeitsverhältnis von Gesetzes wegen fort, und der Arbeitnehmer ist mit der bisherigen oder einer anderen zumutbaren Arbeit weiter zu beschäftigen. Da das Briefzentrum X in der Zwischenzeit aufgehoben ist, kommt ohnehin nur Letzteres in Betracht. Die beantragte Anweisung an die Vorinstanz, dem Beschwerdeführer eine zumutbare Stelle anzubieten, liegt damit im Rahmen des Beschwerdegegenstandes und ist insofern zulässig.

Da die Vorinstanz eine Entschädigung zugesprochen hat, ist der Antrag betreffend Anpassung der Entschädigung ebenfalls vom Streitgegenstand erfasst und zulässig.

**3.**

In Bezug auf das anwendbare Recht ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer als Angestellter der Post dem BPG untersteht (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. c BPG i.V.m. Art. 15 POG). Subsidiär sind die

einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) sinngemäss heranzuziehen, sofern sie sich eignen (vgl. HARRY NÖTZLI, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Bern 2005, Rz. 46). Innerhalb des damit vorgegebenen gesetzlichen Rahmens wird das Arbeitsverhältnis sodann durch den Einzelarbeitsvertrag und den GAV Post näher geregelt (vgl. Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 BPG und Ingress des letzten zwischen dem Beschwerdeführer und der Post geschlossenen Einzelarbeitsvertrages vom 22. Januar 2002). Als Mitarbeiter eines von der Schliessung betroffenen Briefzentrums findet schliesslich der Sozialplan REMA Anwendung (Ziff. 3 Sozialplan REMA).

#### **4.**

Der Beschwerdeführer rügt zunächst eine unzutreffende Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz und die Arbeitgeberin. Diese hätten sich nicht darum bemüht, ihm tatsächlich eine Stelle anzubieten. Das von PostMail geltend gemachte angebliche Stellenangebot vom 18. Oktober 2007 sei äusserst vage, ohne angegebenen Arbeitsort gewesen und auch die Zumutbarkeit dieser Stelle sei nicht nachprüfbar gewesen. Es treffe somit nicht zu, dass die Arbeitgeberin ihren Pflichten gemäss Sozialplan REMA nachgekommen sei und ihm eine Stelle angeboten habe. Ferner habe er an den Begleitgesprächen teilgenommen. Er habe zudem entgegen der Darstellung in der Kündigung und im Einspracheentscheid eine Beschäftigung in einem der neuen Briefzentren nicht ausgeschlossen. Der in der Kündigung geltend gemachte Grund der mangelnden Tauglichkeit habe zudem nicht mehr bestanden, da er seit November 2009 nicht mehr krank gewesen sei.

**4.1.** Aus den Akten und den Eingaben der Parteien ergibt sich, dass die Briefzustellregion (BZR) X sich für den Beschwerdeführer interessierte, um eine Vakanz zu besetzen. Der Beschwerdeführer ist denn auch aufgefordert worden, sich dort zu bewerben. Dies bestätigte er unterschriftlich, unterliess jedoch in der Folge eine Bewerbung. Auch wenn dem Beschwerdeführer im Zeitpunkt, in dem er zur Bewerbung aufgefordert worden ist, noch nicht alle Einzelheiten zu dieser Arbeitsstelle bekannt gegeben worden sind, ist von einem tatsächlichen Stellenangebot der Arbeitgeberin auszugehen. Aufgrund seiner zuvor absolvierten "Stage" bei der BRZ und der angegebenen Bandbreite des Beschäftigungsgrades bestehen auch keine Hinweise darauf, dass die Stelle von vornherein unzumutbar gewesen wäre.

Im Bundespersonalrecht ist eine andere Stelle gemäss Art. 5 der Verordnung vom 10. Juni 2004 über die Stellen- und Personalbewirtschaftung im Rahmen von Entlastungsprogrammen und Reorganisationen (SR 72.220.111.5) dann zumutbar, wenn sie höchstens drei Lohnklassen tiefer eingereiht ist und der Arbeitsweg mit den öffentlichen Verkehrsmitteln von Tür zu Tür höchstens zwei Stunden für den Hinweg und zwei Stunden für den Rückweg pro Tag beträgt. Ferner muss die Arbeit nach gebührender Einführung mit einer Beurteilung der Stufe 3 verrichtet werden können, was gemäss Art. 17 Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV, SR 172.220.113.3) "erreicht die Ziele vollständig" bedeutet (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4006/2010 vom 23. November 2010 E. 2.4). Der Sozialplan REMA enthält in Ziff. 5.4.4.1 besondere Bestimmungen über die Zumutbarkeit. Sie ist demnach gegeben, wenn eine Stelle innerhalb der Post eine Funktionsstufe tiefer angesiedelt ist und der Arbeitsweg – abgestuft nach Tagespensum – eine gewisse Dauer nicht übersteigt. Dass dies letztlich nicht weiter geprüft werden kann, ist auf die ungenügende Mitwirkung des Beschwerdeführers, nämlich auf seine unterlassene Bewerbung, zurückzuführen. Soweit er eine Bewerbung nämlich von zusätzlichen Informationen über die Stelle abhängig gemacht hat, wäre es an ihm gelegen, nähere Erkundigungen bezüglich für ihn offene Fragen einzuholen. Dass er dies getan hat, behauptet er nicht. Die Feststellung der Vorinstanz, die Post habe dem Beschwerdeführer eine zumutbare Stelle angeboten, entspricht demnach der Aktenlage und ist nicht zu beanstanden.

**4.2.** Hinsichtlich der weiteren Rüge zum Sachverhalt, der Beschwerdeführer habe entgegen den Ausführungen der Vorinstanz an den Begleitgesprächen teilgenommen, ist weder ersichtlich, inwiefern sie für die Kündigung bzw. den Entscheid der Vorinstanz wesentlich gewesen sein sollte, noch hat der Beschwerdeführer näher dargelegt oder belegt, was an dieser Sachverhaltsfeststellung unzutreffend sein soll. Es ist auch weder ersichtlich noch geltend gemacht worden, dass dem Beschwerdeführer Leistungen aus dem Sozialplan REMA vorenthalten worden seien, er also davon tatsächlich ausgeschossen worden wäre. Die Rüge ist daher nicht weiter zu prüfen. Festzuhalten ist demgegenüber, dass der Beschwerdeführer insbesondere gestützt auf Ziff. 5.1 des Sozialplanes REMA verpflichtet war, eigenverantwortlich mit Unterstützung der Post Lösungen mitzuentwickeln. Sowohl seine Eingabe als auch die Verfahrensakten lassen auf wenig diesbezügliche Initiative des Beschwerdeführers schliessen.

**4.3.** Der Beschwerdeführer macht zum Sachverhalt ferner geltend, er sei zu seinen Beschäftigungswünschen befragt worden und habe dort als erste Priorität die Region X genannt, die Beschäftigung in einem Briefzentrum jedoch nicht ausgeschlossen. Er dürfte damit kritisieren, dass ihm keine Stelle in einem der neuen Briefzentren (insbesondere in Y) angeboten worden ist. Aus den Akten ist ersichtlich, dass die Mitarbeitenden mittels Merkblättern zum Projekt REMA vorgängig über

die sog. Migrationsgespräche, deren Ablauf und Bedeutung informiert worden sind. Insbesondere wurden die Mitarbeitenden nach ihren Prioritäten gefragt, wobei unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer als erste Priorität die Region X genannt hat. Eine falsche Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz ist demnach nicht ersichtlich.

**4.4.** Schliesslich bestreitet der Beschwerdeführer in Bezug auf den Sachverhalt, dass der in der Kündigung genannte Grund fehlender Tauglichkeit wegen Krankheit im Kündigungszeitpunkt noch bestanden habe. Die Vorinstanz hatte in ihrem Entscheid hierzu festgestellt, dass der Beschwerdeführer ab dem 18. April 2008 krankgeschrieben war, seit dem 1. November 2009 noch zu 50%. In den Akten befinden sich Arztzeugnisse, die eine solche Arbeitsunfähigkeit zumindest bis am 31. Dezember 2009 bescheinigen, während die Art der Erkrankung nicht aktenkundig ist. Das letzte Arztzeugnis wurde am 15. Dezember 2009 ausgestellt, also nach Erlass der Kündigungsverfügung. Demnach war der Beschwerdeführer, entgegen seinem Vorbringen in der Beschwerde, im November und Dezember 2009 krankgeschrieben, also auch zu jenem Zeitpunkt, als die Kündigung ausgesprochen worden ist. Die diesbezügliche Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz ist nicht unzutreffend. Da PostMail auf die Arbeitsleistung des Beschwerdeführers im Umfang der Arbeitsfähigkeit nach erfolgter Kündigung verzichtete, kann die Frage der weiteren Arbeitsfähigkeit offen bleiben.

Zusammenfassend erweist sich die Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz als zutreffend und den Akten entsprechend. Es ist zudem festzustellen, dass sich die Vorinstanz mit den Rügen des Beschwerdeführers auseinandergesetzt hat.

## **5.**

Der Beschwerdeführer verlangt die Aufhebung der Kündigung und macht damit die Unzulässigkeit der Kündigung geltend.

**5.1.** Nach Ablauf der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis auf das Ende jeden Monats ordentlich gekündigt werden. Die Kündigungsfrist für Mitarbeitende mit mehr als zehn Dienstjahren beträgt sechs Monate (vgl. Art. 12 Abs. 3 BPG und Ziff. 122 Anhang 4 GAV Post), sie ist offensichtlich eingehalten. Zu beachten ist zusätzlich die Sperrfrist, die gilt, wenn der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit an der Arbeitsleistung ganz oder teilweise verhindert ist. Diesbezüglich verweisen Art. 14 Abs. 1 Bst. b BPG und Ziff. 30 Anhang 4 GAV Post auf Art. 336c OR. Diese Bestimmung hält fest, dass die Sperrfrist für

Angestellte ab dem 6. Dienstjahr 180 Tage beträgt. Vorliegend hat sie am 18. April 2008 begonnen und am 15. Oktober 2008 geendet. Den Akten ist ferner zu entnehmen, dass sich die Post in einer Protokollerklärung gegenüber den Gewerkschaften verpflichtet hat, im Falle von Krankheit eine Kündigung erst auf den Ablauf der Lohnfortzahlungspflicht hin auszusprechen. Die Lohnfortzahlungspflicht beträgt gemäss Ziff. 3700 GAV Post 720 Tage und hat somit am 8. April 2010 geendet. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Kündigungstermin vom 31. Mai 2010 in zeitlicher Hinsicht in jedem Fall zulässig ist.

**5.2.** Gemäss Einzelarbeitsvertrag zwischen PostMail und dem Beschwerdeführer ist das Arbeitsverhältnis unbefristet. Die Beendigung erfolgte einseitig von der Arbeitgeberin, d.h. ohne Einigung. In einem solchen Fall setzt eine Kündigung voraus, dass einer der in Ziff. 124 Anhang 4 GAV Post genannten Kündigungsgründe gegeben ist und die Kündigung in Form einer Verfügung ausgesprochen wird (Art. 13 Abs. 3 BPG bzw. Ziff. 22 Anhang 4 GAV Post). PostMail hat die Formvorschriften eingehalten und einerseits eine krankheitsbedingte mangelnde Eignung und Tauglichkeit im Sinne von Ziff. 124 Bst. c Anhang 4 GAV Post, andererseits schwerwiegende betriebliche Gründe infolge der Neukonzeption der Briefzentren (Ziff. 124 Bst. e Anhang 4 GAV Post) geltend gemacht, die von der Vorinstanz bestätigt worden sind.

Gesundheitliche Probleme können zur fehlenden Eignung und damit zu einem Kündigungsgrund führen (vgl. hierzu im öffentlichen Dienstrecht generell: BGE 124 II 53 ff; zur ähnlichen Regelung in Art. 12 Abs. 6 Bst. c BPG: NÖTZLI, a.a.O., Rz. 202. Zur Zulässigkeit der Kündigung wegen Krankheit im privaten Arbeitsrecht: Urteil des Bundesgerichts 4C.174/2004 vom 5. August 2004 E. 2.2.2). Der Beschwerdeführer war, wie unter Erwägung 4.4 festgestellt worden ist, während Monaten aus gesundheitlichen Gründen ganz oder teilweise arbeitsunfähig. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass die Reorganisation für die betroffenen Mitarbeitenden eine Belastung darstellen und sich mitunter auf die Gesundheit auswirken kann. Gerade durch den Abschluss eines Sozialplanes mit verschiedenen Massnahmen zugunsten der Betroffenen und der relativ langen Dauer von der Ankündigung bis zur Schliessung der Briefzentren wurde auf die Betroffenen Rücksicht genommen und ihnen genügend Zeit für die Suche neuer Arbeitsstellen gegeben. Es kann daher nicht die Rede davon sein, dass PostMail oder die Vorinstanz den Kündigungsgrund der fehlenden Eignung verursacht haben.

Als schwerwiegender betrieblicher Grund im Sinne von Ziff. 124 Bst. e Anhang 4 GAV Post bzw. Art. 12 Abs. 6 Bst. e BPG gilt eine Reorganisation oder Restrukturierung grösseren Ausmasses, die mehrere Arbeitsstellen betrifft (NÖTZLI, a.a.O., Rz. 211). Die Neukonzeption der Briefzentren erfüllt dieses Kriterium ohne weiteres, andernfalls hätten die Gewerkschaften kaum einen Sozialplan darüber abgeschlossen. Die

rechtliche Qualifikation des gemäss Erwägung 4 zutreffend festgestellten Sachverhalts, wonach Gründe für eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Beschwerdeführer vorliegen, ist somit nicht zu beanstanden.

Ergänzend ist festzuhalten, dass die Arbeitgeberin den Beschwerdeführer auf eine offene Stelle hingewiesen und ihn zur Bewerbung aufgefordert hat und somit auch ihrer Verpflichtung aus Ziff. 5.4.1 des Sozialplanes REMA, mindestens ein zumutbares Stellenangebot zu unterbreiten, nachgekommen ist (vgl. vorne, Erwägung 4.1).

**5.3.** Zu prüfen bleibt, ob es sich um eine missbräuchliche Kündigung handelt. Als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR gilt eine Kündigung, wenn sie ausgesprochen wird, weil ein Arbeitnehmer nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht (sogenannte "Rachekündigung"). Eine Kündigung, die ausgesprochen wird, weil eine erfolgte Kündigung angefochten wurde oder andere Ansprüche geltend gemacht worden sind, sei es gerichtlich oder sei es beim Arbeitgeber schriftlich oder mündlich, fällt unter diesen Tatbestand (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, N. 8 zu Art. 336, mit weiteren Hinweisen). Art. 14 Abs. 3 Bst. a BPG bzw. Ziff. 32 Bst. a Anhang 4 GAV Post erklären durch Verweis auf Art. 336 OR die dort genannten Tatbestände auch im Bundespersonalrecht als missbräuchlich. Es ist unbestritten, dass PostMail bereits zuvor zweimal die Kündigung ausgesprochen hatte, am 17. April 2008 und am 23. März 2009. Diese Kündigungen wurden in der Folge jeweils wieder zurückgenommen, weil erstere möglicherweise, letztere bestimmt während krankheitsbedingten Sperrfristen ausgesprochen worden waren. An der Ausgangslage hat sich damit nichts geändert, die Reorganisation ist durchgeführt und die Stelle des Beschwerdeführers in der Zwischenzeit – wie schon lange angekündigt – aufgehoben worden. Auch die lange vollständige oder teilweise Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers ist aktenkundig und damit nicht bloss vorgeschoben. Es bestehen daher weder hinreichend substantiierte Vorbringen noch anderweitige Anzeichen, dass die Kündigung ohne begründeten Anlass erfolgte bzw. dass ihr andere Motive zugrunde liegen würden als die in der Verfügung genannten bzw. von der Vorinstanz geltend gemachten. Insbesondere ist kein Zusammenhang mit der Anfechtung der vorangegangenen Kündigungen und den Forderungen des Beschwerdeführers ersichtlich.

Die Kündigung erfüllt demnach die rechtlichen Anforderungen und ist rechtmässig.

**6.**

Der Beschwerdeführer rügt ferner die Kündigung als rechtsmissbräuchlich und als gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossend. Die Arbeitgeberin habe von April 2008 bis November 2009 abgewartet, zwei Kündigungen für nichtig erklärt und dann in der dritten Kündigung die Untauglichkeit geltend gemacht. Zudem habe sie genau auf den ersten zulässigen Zeitpunkt hin gekündigt.

Ergänzend zu den Ausführungen in Erwägung 5.3, wonach die Kündigung nicht missbräuchlich ist, gilt es festzuhalten, dass die Post die Angestellten in den Briefzentren frühzeitig über die Reorganisation und Schliessung von 18 bisherigen Zentren sowie die Aufhebung der dortigen Stellen informiert und einen Sozialplan ausgehandelt hat. Dass denjenigen Mitarbeitenden gekündigt werden musste, die nicht anderweitig innerhalb der Post weiterbeschäftigt werden konnten, ist die Folge dieser Reorganisation und ergibt sich auch aus Ziff. 5.4.1 des Sozialplanes REMA. Dies bedeutet zweifellos eine Ungewissheit und Belastung für die Mitarbeitenden, stellt jedoch keinen Missbrauch dar. Die betroffenen Mitarbeitenden waren informiert, dass sie sich nach einer anderen Stelle umsehen mussten und dass sie eine gewisse Unterstützung von der Post erhalten würden. Ebenso bekannt war, dass Kündigungen ausgesprochen werden müssen, falls keine andere Lösung gefunden wird.

Das Briefzentrum X wurde am 31. Oktober 2008 geschlossen, weshalb die Kündigung auf diesen Zeitpunkt hin unter Einhaltung der Frist bis Ende April 2008 auszusprechen war. Die Feststellung der Nichtigkeit der beiden Kündigungen vom April 2008 und Mai 2009 erfolgte einzig wegen der Erkrankung des Beschwerdeführers. An den betrieblichen Gründen hat dies nichts geändert. Angesichts der krankheitsbedingten Sperrfrist für die Kündigung kann somit keine Rede sein von einem missbräuchlichen Hinauszögern oder gar Zermürben des Beschwerdeführers. Die Nichtigerklärung oder der Rückzug einer Kündigung führen im Übrigen auch nicht zu einer Sperrfrist für Kündigungen, wie dies beispielsweise für bestimmte Fälle im Mietrecht vorgesehen ist (vgl. Art. 271a OR). Es ist ebenso wenig ersichtlich, welche Nachteile dem Beschwerdeführer dadurch entstanden sein sollen. Dass seine Stelle aufgehoben wird, war ihm bekannt, er hatte jedoch mehr Zeit als vorgesehen, um sich nach einer anderen Stelle umzusehen. Dies war ihm denn auch spätestens ab jenem Zeitpunkt möglich, in dem er wieder teilweise arbeitsfähig war. Ergänzend ist festzustellen, dass die Post immer wieder über eine einvernehmliche Lösung mit dem Beschwerdeführer und den von ihm beigezogenen Vertretern der Gewerkschaft Kommunikation verhandelt hat. Ein Rechtsmissbrauch oder ein treuwidriges, widersprüchliches Verhalten seitens der Post ist somit nicht ersichtlich.

**7.**

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die Kündigung in jeder Hinsicht gültig ist und das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer am 31. Mai 2010 geendet hat. Damit ist die Arbeitgeberin auch nicht verpflichtet, den Beschwerdeführer weiter zu beschäftigen oder ihm eine

andere zumutbare Stelle anzubieten. Das entsprechende Rechtsbegehren ist demnach abzuweisen.

#### **8.**

Weiter rügt der Beschwerdeführer die Höhe bzw. die Berechnung der Entschädigung sowie der Treueprämie. Diese seien auf der Basis eines mehr als 20 Jahren dauernden Dienstverhältnisses neu zu berechnen. Die Vorinstanz hat in ihrer Vernehmlassung vom 22. September 2010 dieses Vorbringen unter Berücksichtigung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-6800/2009 vom 29. Juli 2010 anerkannt. Der Beschwerdeführer hat darauf verzichtet, hierzu Stellung zu nehmen.

In Bezug auf die Abgangsentschädigung ist die Schweizerische Post bereit, diese nun in der Höhe von 10 Monatslöhnen zu leisten. Die Differenz zur bereits ausbezahlten Abgangsentschädigung beträgt Fr. X brutto. Für die Berechnung wird auf die ohne weiteres einleuchtende Zusammenstellung in der Vernehmlassung der Vorinstanz vom 22. September 2010, Ziff. 9 verwiesen, die das Vorbringen des Beschwerdeführers vollumfänglich berücksichtigt.

Bei der Treueprämie ist unstrittig die Kategorie "25 und mehr Anstellungsjahre" massgebend. Unter Berücksichtigung des Beschäftigungsgrades, der anteilmässigen Berechnung gemäss Ziff. 230 Abs. 3 GAV Post und der bereits ausbezahlten Treueprämie ergibt sich, wie im Korrigendum vom 28. September 2010 schlüssig aufgezeigt wird, ein Guthaben des Beschwerdeführers aus der Treueprämie von Fr. X brutto.

Die Schweizerische Post hat diese beiden Beträge abzüglich gesetzlicher und vertraglicher Sozialabgaben dem Beschwerdeführer zusätzlich zu den bereits geleisteten Entschädigungen zu bezahlen. Die Beschwerde ist somit bezüglich der Höhe der Abgangsentschädigung und der Treueprämie teilweise gutzuheissen.

#### **9.**

Gemäss Art. 34 Abs. 2 BPG ist das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht in Personalrechtssachen nach Art. 36 Abs. 1 BPG – unabhängig vom Ausgang des Verfahrens – grundsätzlich kostenlos. Da der Beschwerdeführer nicht anwaltlich vertreten ist, beide Parteien nur teilweise obsiegen und keine nennenswerten Auslagen ersichtlich sind, besteht kein Anspruch auf Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 und 8 ff. Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen.

**2.**

Die Schweizerische Post wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer zusätzlich zu den bereits geleisteten Entschädigungen und Prämien Fr. X als Abgangsentschädigung und Fr. X als Treueprämie, beides brutto, abzüglich gesetzlicher und vertraglicher Sozialabgaben, zu bezahlen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**4.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Beat Forster

Bernhard Keller

**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 Eröffnung 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, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern (Art. 26 Abs. 2 i.V.m. Art. 34 Bst. h des Reglements für das Bundesgericht vom 20. November 2006 [BGerR, SR 173.110.131]), eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (Art. 42, 48, 54 und 100 BGG).

Versand: