

Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-7826/2009
{T 0/2}

Urteil vom 23. August 2010

Besetzung

Richterin Marianne Ryter Sauvant (Vorsitz),
Richter André Moser,
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,
Gerichtsschreiber Johannes Streif.

Parteien

A._____,
vertreten durch Schweizerischer Eisenbahn- und
Verkehrspersonal-Verband SEV, Steinerstrasse 35,
Postfach, 3000 Bern 6,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

Sachverhalt:**A.**

A._____, geb. [...], trat am [...] 1990 als [...] in die Dienste der SBB. In der Folge übte er über die Jahre verschiedene Funktionen aus und arbeitete u.a. als [...] und [...]. Unterschiedliche Vorgesetzte stellten ihm dabei gute bis sehr gute Arbeitszeugnisse aus und hoben seine Selbständigkeit, Loyalität, Auffassungsgabe und seine Arbeitsleistung in quantitativer und qualitativer Hinsicht durchwegs positiv hervor.

Das Arbeitsverhältnis war von Beginn an von zahlreichen krankheits- und unfallbedingten Abwesenheiten gezeichnet. Gewisse Tätigkeiten konnte A._____ aus medizinischen Gründen nicht uneingeschränkt ausüben. Die SBB trugen diesem Umstand entsprechend ihrer Möglichkeiten Rechnung. Einer im August 2003 erstellten Zielvereinbarung kann entnommen werden, dass zwischen A._____ und der SBB diverse Aussprachen betreffend Absenzen, kurzfristigen Krankmeldungen und Arztbesuchen während der Arbeitszeit geführt worden sind. A._____ willigte ein, sich im Verhinderungsfall frühzeitig abzumelden bzw. Arztzeugnisse ab dem ersten Tag der Abwesenheit unaufgefordert beizubringen. Ein Zwischenzeugnis attestiert ihm per Ende 2003 erneut gute Arbeitsergebnisse und Begeisterungsfähigkeit. Ab dem 14. August 2006 befand sich A._____ krankheitsbedingt in der beruflichen Reintegration und konnte seine Arbeit erst per 27. Mai 2008 wieder aufnehmen. Die SBB hoben diese Stelle im Rahmen einer Reorganisation auf, sodass ihn ab 1. April 2009 die Organisationseinheit B._____) betreute.

B.

Im SBB-internen Projekt B._____ unterstützen Fachleute die der Organisationseinheit zugewiesenen Angestellten bei deren Weiterbildung und Umschulung für eine neue Aufgabe innerhalb oder ausserhalb der SBB. Für A._____ galt für die Dauer der Begleitung durch die B._____ eine Arbeitszeitenregelung, die grundsätzlich tägliche Anwesenheiten, zeitlich geregelt, im sog. 'B._____-Forum' in Olten vorschrieb. Im Verlauf seines Aufenthalts bei B._____ warfen die SBB A._____ vor, sich in mehreren Fällen nicht an die im 'B._____-Forum' geltenden Präsenzzeiten gehalten und diese nicht oder falsch angegeben zu haben. Überdies habe er – entgegen den Anweisungen von B._____Beratern – mehrfach den Nachweis seiner Bewerbungsbemühungen verspätet oder gar nicht eingereicht.

Schliesslich sei er unentschuldigt seinem Arbeitsplatz ferngeblieben, indem er falsche Angaben über die Dauer eines Arbeitsversuchs als Lastwagenchauffeur gemacht habe. Zudem habe er den von der privaten Transportgesellschaft erhaltenen Lohn der SBB pflichtwidrig verschwiegen.

C.

A._____ wurde am 6. August 2009 mit den genannten Vorwürfen anlässlich eines protokollierten Gesprächs konfrontiert und konnte sich zu den genannten Vorhaltungen äussern.

D.

Mit Schreiben vom 14. August 2009 teilten die SBB A._____ mit, dass sie die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses beabsichtigten. Er erhielt Gelegenheit, innert drei Tagen die Akten einzusehen und sich zu den Vorwürfen und zur beabsichtigten Auflösung zu äussern.

E.

Der Schweizerische Eisenbahn- und Verkehrspersonal-Verband nahm namens und im Auftrag A._____s fristgerecht zur beabsichtigten Auflösung des Arbeitsverhältnisses Stellung und beantragte, es sei das Arbeitsverhältnis weiterzuführen. Er erachtete ein Versäumnis einzig hinsichtlich der Absenzen vom 7. Juli und 21. Juli 2009 erstellt und bestritt die weiteren gegen A._____ erhobenen Vorwürfe.

F.

Die SBB, Division Personenverkehr – Operating Personal (nachstehend SBB [E._____]), verfügten am 24. August 2009 die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 26. August 2009. Einer allfälligen Einsprache entzogen die SBB (E._____) die aufschiebende Wirkung.

G.

Gegen die Verfügung der SBB (E._____) vom 24. August 2009 erhob A._____ am 11. September 2009 Einsprache beim Leiter Konzernrecht der SBB. Er beantragte, die angefochtene Verfügung sei als nichtig zu bezeichnen, da sie wichtige Formvorschriften verletze und nicht begründet sei. Überdies sei der Entzug der aufschiebenden Wirkung aufzuheben. Schliesslich sei ihm infolge ungerechtfertigter Entlassung eine Entschädigung von mindestens zwei Monatslöhnen zuzusprechen. Mit gleicher Rechtsschrift erhob er Beschwerde gegen

die Verfügung und rügte die missbräuchliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

H.

Der Leiter Konzernrecht der SBB wies die Einsprache und die Beschwerde mit Entscheid vom 26. November 2009 ab. Einer allfälligen Beschwerde gegen den Entscheid entzog er die aufschiebende Wirkung.

I.

Gegen diesen Einsprache- und Beschwerdeentscheid erhebt A._____ (nachstehend: Beschwerdeführer) am 23. Dezember 2009 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt, der Entscheid des Leiters Konzernrecht der SBB (nachfolgend: Vorinstanz) sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge aufzuheben, die Nichtigkeit der Kündigungsverfügung sei festzustellen und es sei dem Beschwerdeführer eine Entschädigung von mindestens zwei Monatslöhnen infolge ungerechtfertigter, fristloser Entlassung zuzusprechen.

Zur Begründung führt er aus, die SBB (E._____) hätten beim Erlass der angefochtenen Verfügung wichtige Formvorschriften verletzt. So sei ihm die Einsichtnahme in die schriftlich vorliegenden Auskünfte der C._____ sowie in verschiedene Aktennotizen verweigert worden. Überdies habe er im vorinstanzlichen Verfahren um Anhörung einer Auskunftsperson ersucht. Die Vorinstanz habe diesen Beweisantrag abgewiesen, ohne hierfür eine Begründung zu nennen.

Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, es fehle der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses an einer genügenden Begründung und wiederholt bzw. verweist auf seine bisherigen Ausführungen in der Sache. Er hält betreffend die von der C._____ erhaltene Zahlung in Höhe von Fr. 1'000.-- fest, es handle sich dabei um Pauschalspesen mit Fahrziel F._____, wie sie im Transportwesen üblich seien. Der Verwendungszweck des ebenfalls von der C._____ erhaltenen Betrags in Höhe von Euro 1'000.-- habe in der Bezahlung von Treibstoff, Autobahn-, Tunnel- und Parkplatzgebühren bestanden.

Zur geltend gemachten Missbräuchlichkeit der Kündigung führt der Beschwerdeführer aus, die von der B._____ angebotenen Leistungen unterständen keiner zeitlichen Befristung. Überdies seien gesundheitliche Probleme in absehbarer Zeit nicht auszuschliessen

gewesen. Ein Anspruch auf spezielle Leistungen habe daher zum Kündigungszeitpunkt nicht nur bevorgestanden, sondern bereits bestanden.

J.

In ihrer Vernehmlassung vom 3. Februar 2010 hält die Vorinstanz vollumfänglich am angefochtenen Entscheid fest. Sie bestreitet insbesondere eine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Beschwerdeführers und hält fest, die Verfehlungen des Beschwerdeführers erstreckten sich über eine längere Zeitspanne und vermöchten in ihrer Gesamtheit eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen.

K.

Der Beschwerdeführer nimmt am 9. März 2010 zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung. An seinen vorgebrachten Begehren und Ausführungen hält er fest. Er bringt insbesondere vor, die SBB (E._____) hätten die teilweise anerkannten Verfehlungen nicht zum Anlass genommen, arbeitsrechtliche Massnahmen zu treffen. So hätten die SBB (E._____) weder die angeblich missachteten Anweisungen der B._____-Mitarbeitenden dokumentiert noch über eine Zielvereinbarung diskutiert, obschon eine solche, gestützt auf die Akten, intern erstellt worden sei. Mit den Vorwürfen aus der Phase des B._____-Prozesses sei er erstmals anlässlich der Befragung vom 6. August 2009 konfrontiert worden.

L.

Vom Bundesverwaltungsgericht aufgefordert, Unterlagen einzureichen, aus welchen hervorgeht, ob die von der C._____ erhaltenen Beträge in Höhe von Fr. 1'000.-- und Euro 1'000.-- Spesen- oder Lohncharakter haben, reichte der Beschwerdeführer am 10. Juni 2010 eine ergänzende Stellungnahme ein. Er bringt vor, über keine, nicht bereits zu den Akten gegebenen Beweismittel zu verfügen. Ergänzend hält er fest, dass die Zahlungen der C._____ nicht als Lohnzahlungen deklariert gewesen seien und sich ein Lohncharakter auch nicht den Akten entnehmen liesse. Es lägen zudem weder Lohnabrechnung noch -ausweis vor.

Der Beschwerdeführer macht in seiner ergänzenden Stellungnahme neu die Verletzung von Ausstandsregeln geltend. Der Leiter der B._____ habe den Leiter E._____ mit aktenkundiger E-Mail vom 14. August 2009 aufgefordert, strengere arbeitsrechtliche

Massnahmen umzusetzen. Die Nachricht sei in Kopie an drei Personen gesendet worden, welche bei der üblicherweise für die Instruktion von Einsprachen und Beschwerden zuständigen Organisationseinheit (PE-PP-AR) beschäftigt seien. Da eine dieser Personen das Begleitschreiben mitunterzeichnet habe, mit welchem dem Beschwerdeführer der angefochtene Entscheid eröffnet worden sei, müsse davon ausgegangen werden, diese oder eine der genannten Personen seien auch an der Redaktion des Entscheids beteiligt gewesen.

Die Vorinstanz reichte keine ergänzenden Beweismittel ein.

M.

Mit Schreiben vom 28. Juni 2010 reichte der Beschwerdeführer dem Bundesverwaltungsgericht Angaben zu seiner Entlohnung im Dienst der SBB, zu Leistungen der Arbeitslosenversicherung im Jahr 2009 und zu Lohnzahlungen seiner neuen Arbeitgeberin ein.

N.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 26. November 2009 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) dar. Der Leiter Konzernrecht der SBB ist die interne Beschwerdeinstanz der SBB im Sinne von Art. 35 Abs. 1 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 ([BPG, SR 172.220.1], vgl. Ziff. 196 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). Das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb zur Beurteilung der Beschwerde gegen den Entscheid der Vorinstanz vom 26. November 2009 zuständig.

1.2 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochte-

ne Verfügung besonders 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.

1.3 Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind – gestützt auf die Eventualmaxime – sämtliche Begehren und Eventualbegehren in der Beschwerdeschrift vorzubringen. (Erst) in der Replik vorgetragene Begehren sind daher unzulässig und es ist nicht darauf einzutreten (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.215). Demnach hat der Beschwerdeführer die Rüge, der angefochtene Entscheid sei unter Verletzung von Ausstandsregeln zustande gekommen, verspätet vorgebracht und es wird darauf nicht eingetreten (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5324/2009 vom 27. Juli 2010 E. 4).

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

2. Das Bundesverwaltungsgericht 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).

3.

Der Beschwerdeführer trägt vor, sowohl die SBB (E._____) als auch die Vorinstanz hätten ihm die Einsichtnahme in die Akten verweigert und somit seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Da eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels grundsätzlich zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt (vgl. BGE 134 II 97 E. 2.1; BGE 132 V 387 E. 5.1; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O. Rz. 3.110), ist diese Rüge des Beschwerdeführers vorab zu prüfen.

3.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und wird in Art. 29 ff. VwVG konkretisiert. Er verleiht den am Verfahren Beteiligten verschiedene Mitwirkungsrechte und umfasst insbesondere auch das Recht, Einsicht in alle Ak-

ten zu nehmen, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden. Nach der Rechtsprechung umfasst das verfassungsmässig garantierte Akteneinsichtsrecht das Recht, die Akten am Ort der urteilenden Behörde einzusehen, sich Notizen davon zu machen und Fotokopien anzufertigen bzw. anfertigen zu lassen, sofern der Behörde daraus nicht ein unverhältnismässiger Aufwand entsteht (Urteil 5A_349/2009 des Bundesgerichts vom 23. Juni 2009, E. 3.3, BGE 129 I 249 E. 3, BGE 126 I 7 E. 2a, BGE 122 I 109 E. 2b). Hinsichtlich neuer, dem Dossier beigefügter Beweismittel, welche für die Entscheidungsfindung massgebend sind, gebietet der Anspruch auf rechtliches Gehör sodann, die Parteien von deren Vorhandensein in Kenntnis zu setzen (vgl. BGE 128 V 272 E. 5b). Dabei kann es genügen, wenn die urteilende Behörde die Akten zur Verfügung der Parteien bereithält (BGE 112 Ia 202 Erw. 2a). Sie ist daher nicht gehalten, den Parteien die Akten zuzustellen. Die Dauer der Einsichtnahme muss mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip vereinbar sein und ist unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls festzusetzen (vgl. Urteil der Eidgenössischen Rekurskommission für medizinische Aus- und Weiterbildung [REKO MAW] vom 29. April 2003, E. 5.1, veröffentlicht in der Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 68.30).

3.2 Die Vorinstanz hält fest, die Akten hätten namentlich betreffend die Korrespondenz mit C._____ keine neuen oder anderen Angaben enthalten, als dem Beschwerdeführer bereits anlässlich der Befragung vom 6. August 2009 vorgetragen worden seien. Ausserdem sei ihm mit Schreiben vom 14. August 2009 Gelegenheit gegeben worden, sich umfassend zur Sache zu äussern.

3.3 Die SBB (E._____) räumten dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 14. August 2009 Gelegenheit ein, an ihrem Sitz Einsicht in die Akten zu nehmen. Im selben Schreiben verwiesen die SBB (E._____) auf die jüngste Korrespondenz – ein Schreiben vom 7. August 2009 sowie eine E-Mail vom 13. August 2009 – mit C._____. Es besteht kein Grund zur Annahme und wird auch nicht vorgetragen, dass sich der Beschwerdeführer oder dessen Vertreter nicht selber hätten Kenntnis vom Inhalt dieser und weiterer Dokumente verschaffen können, wenn sie die Einladung zur Akteneinsicht wahrgenommen hätten. Die Rüge, wonach die SBB (E._____) dem Beschwerdeführer bzw. dessen Vertreter die Einsicht in die Akten hartnäckig verweigert hätten, verfährt deshalb nicht.

Die Dauer der Akteneinsicht wurde von den SBB (E._____) eingeschränkt; sie begann mit Erhalt des Schreibens vom 14. August 2009 und dauerte ab diesem Zeitpunkt drei Tage. Die Vorakten umfassen einen Bundesordner mit Hinweisen zu den im Sachverhalt geschilderten Vorkommnissen sowie mit sich über weite Strecken wiederholenden Dokumenten und interner Korrespondenz betreffend eine nie zur Unterzeichnung gelangte Zielvereinbarung. Sie beinhalten überdies das zwei Bundesordner umfassende Personaldossier des Beschwerdeführers. Geschäftsstelle und Arbeitsplatz des Vertreters des Beschwerdeführers befinden sich, ebenso wie die Geschäftsräume der SBB (E._____), in Bern. Für die Konsultation der Akten hätte dem Beschwerdeführer oder dessen Vertreter ein Tag ausgereicht; ein darüber hinausgehendes Zeiterfordernis ist nicht ersichtlich. Eine Konsultation am Ort der verfügenden Behörde hätte somit den Beschwerdeführer in der Abfassung einer Stellungnahme zur beabsichtigten Massnahme in keiner Weise zeitlich behindert, was auch nicht dargetan wird. Die Frist war überdies angesichts der beabsichtigten fristlosen Auflösung in ihrer Dauer angemessen.

Eine Verletzung des Akteneinsichtsrechts liegt mithin nicht vor.

3.4 Schliesslich stellte das Bundesverwaltungsgericht dem Beschwerdeführer im Instruktionsverfahren Auszüge aus den Akten in Kopie zu. Darunter befanden sich Kopien des erwähnten Schreibens und der E-Mail der C._____. Selbst wenn in der gerügten Vorenthaltung der Akten eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gesehen würde, so vermöchte diese angesichts soeben genannter Umstände keine besonders schwere und damit unheilbare Verletzung zu begründen (vgl. BGE 135 I 279 E. 2.6.1, BGE 129 I 129 E. 2.2.3, BGE 126 V 130 E. 2b, BGE 126 I 68 E. 2; Urteil des Bundesgerichts 1A.234/2006 vom 8. Mai 2007 E. 2.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-954/2009 vom 1. Juli 2010 E. 5 ff.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 986 f.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.113).

4.

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör sodann dadurch verletzt, dass sie den von ihm angebotenen Beweis, seine Absenzen im Rahmen des Arbeitsversuchs mittels Befragung einer Auskunftsperson zu prüfen, abgelehnt habe, ohne einen stichhaltigen Grund zu nennen.

4.1 Nach den aus Art. 29 BV fließenden Verfahrensgarantien sind alle Beweise abzunehmen, die sich auf Tatsachen beziehen, die für die Entscheidung erheblich sind (BGE 117 Ia 262 E.4b; 106 Ia 161 E. 2b; 101 Ia 169 E. 1, zu Art. 4 aBV, je mit Hinweisen). Das hindert den Richter indes nicht, einen Beweisantrag abzulehnen, wenn er in willkürfreier Überzeugung der bereits abgenommenen Beweise zur Überzeugung gelangt, der rechtlich erhebliche Sachverhalt sei genügend abgeklärt, und er überdies in willkürfreier antizipierter Würdigung der zusätzlich beantragten Beweise annehmen kann, seine Überzeugung werde auch durch diese nicht mehr geändert (BGE 131 I 153 E. 3; BGE 127 V 491 E. 1b; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-954/2009 vom 1. Juli 2010 E. 8.5; vgl. PATRICK SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008 [nachstehend: Kommentar VwVG], Rz. 2 zu Art. 33).

4.2 Die Vorinstanz verweist betreffend Verletzung wichtiger Formvorschriften auf den angefochtenen Entscheid. In dessen Ziff. 4.1 ff. führte sie aus, die SBB (E._____) hätten angesichts konstanter und eindeutiger Angaben der C._____ den Sachverhalt als abgeklärt betrachten und den Beweisantrag des Beschwerdeführers, die von ihm bezeichnete Auskunftsperson zu befragen, folglich ablehnen dürfen. Die Vorinstanz führt im angefochtenen Entscheid (vgl. Ziff. 4.15) sinngemäss aus, dass auch sie den Sachverhalt als geklärt erachtet und aus diesem Grund auf die vom Beschwerdeführer erneut beantragte Befragung der Auskunftsperson verzichtet hat.

4.3 In der Überzeugung, der rechtserhebliche Sachverhalt sei erstellt und eine Änderung ihrer Überzeugung auch nach einer Befragung der bezeichneten Auskunftsperson ausgeschlossen, durfte die Vorinstanz somit den vom Beschwerdeführer erneut offerierten Beweis ablehnen, ohne damit den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör zu verletzen. Hiervon zu trennen ist die Frage, ob die Vorinstanz den Sachverhalt genügend abgeklärt hat (vgl. E. 5.5.1).

5.

Als Angestellter der SBB untersteht der Beschwerdeführer dem BPG (Art. 2 Abs. 1 Bst. d BPG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. März 1998 über die Schweizerischen Bundesbahnen [SBBG, SR 742.31]). Dabei gelten die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des

Schweizerischen Zivilgesetzbuches ([OR, SR 220], vgl. Art. 6 Abs. 2 BPG) subsidiär und sind sinngemäss herbeizuziehen, sofern sie sich eignen (vgl. HARRY NÖTZLI, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Bern 2005, Rz. 46).

In diesen Rahmen eingebunden, regeln sodann Ausführungsbestimmungen, insbesondere der Gesamtarbeitsvertrag und der Arbeitsvertrag, das einzelne Arbeitsverhältnis näher – sei es ergänzend oder abweichend (Art. 6 Abs. 3 BPG). Vorliegend stellen die SBB und die beteiligten Arbeitnehmerverbände im Rahmen des GAV SBB gemeinsam Bestimmungen über den Abschluss, den Inhalt und die Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse auf (Art. 38 BPG i.V.m. Art. 15 Abs. 2 SBBG, Art. 356 Abs. 1 OR). Die Bestimmungen des GAV SBB haben dabei den Vorrang von Bundesrecht zu beachten; zugunsten der Arbeitnehmer können abweichende Bestimmungen aufgestellt werden, wenn sich aus dem zwingenden Rechts nichts anderes ergibt (Art. 358 OR). Allfällige abweichende Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags zuungunsten der Arbeitnehmenden sind indes unbeachtlich.

5.1 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. Die Voraussetzungen für eine fristlose Auflösung der Arbeitsverhältnisse von Bundespersonal orientieren sich in ihrer Wortwahl an den 'wichtigen Gründen' des Art. 337 Abs. 2 OR, der die fristlose Auflösung privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse regelt. Art. 12 Abs. 7 BPG und Ziff. 190 Abs. 2 GAV SBB erwähnen damit zwar den 'wichtigen Grund' nicht ausdrücklich, doch bedeutet dies nach Auffassung des Gesetzgebers keine Abweichung vom Obligationenrecht (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 (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6141/2007 vom 14. Dezember 2007 E. 3.1 mit Hinweisen). Demnach vermögen nur besonders schwere Verfehlungen des Arbeitnehmers dessen fristlose Entlassung zu rechtfertigen. Die Verletzungen müssen nicht nur objek-

tiv geeignet sein, sondern auch tatsächlich dazu geführt haben, das gegenseitige Vertrauen, welches die Grundlage des Arbeitsverhältnisses bildet, zu zerstören oder schwer zu erschüttern (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.364/2005 vom 12. Januar 2006, E. 2.2). Ob die Voraussetzung des 'wichtigen Grundes' erfüllt ist, entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere von der Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers, der Natur und Dauer des Arbeitsverhältnisses, der Art und Schwere der Vertrauensstörung und einer allfällig vorausgegangenen Verwarnung (vgl. BGE 127 III 310 E. 3).

Den Besonderheiten des öffentlichen Dienstes ist bei der Beurteilung Rechnung zu tragen. Zu beachten gilt in diesem Zusammenhang, dass Art. 12 Abs. 6 Bst. a - f BPG bzw. Ziff. 183 Bst. a - e GAV SBB die Gründe für die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber abschliessend (Art. 14 Abs. 1 Bst. b BPG bzw. Ziff. 185 Abs. 1 GAV SBB) aufzählen; der 'wichtige Grund' nach Art. 12 Abs. 7 BPG bzw. Ziff. 190 Abs. 2 GAV SBB muss daher in jedem Fall schwerer wiegen als ein Kündigungsgrund nach den Bst. a - f von Art. 12 Abs. 6 BPG bzw. nach den Bst. a - e von Ziff. 183 GAV SBB. Daher vermag nur ein besonders schweres Fehlverhalten des Angestellten die fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Wiegen die Verfehlungen weniger schwer, ist die fristlose Auflösung wie im privaten Arbeitsrecht nur gerechtfertigt, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt begangen wurden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.495/2006 vom 30. April 2007 E. 2 mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A- 6820/2008 vom 15. April 2009; zur vorherigen Verwarnung im Privatrecht vgl. ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, N. 13 zu Art. 337).

5.2 Die SBB (E._____) begründeten die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses wie folgt:

5.2.1 Der Beschwerdeführer habe gemäss seinen Angaben vom 4. Juni bis zum 15. Juni 2009 einen Arbeitsversuch als Lastwagenchauffeur bei der C._____ in D._____ absolviert. Er habe der SBB angegeben, hierfür von C._____ Fr. 800.-- bis 900.-- als Spesen erhalten zu haben. C._____ habe den Arbeitsversuch auf Anfrage der SBB (E._____) indes lediglich für den Zeitraum vom 8. Juni bis zum 13. Juni 2009 bestätigt und überdies angegeben, dem Beschwerdeführer einen Betrag in der Höhe von Fr. 1'000.-- als

Lohnzahlung überwiesen zu haben. In der Annahme, die Darstellung des Beschwerdeführers entspreche nicht den Tatsachen, warfen ihm die SBB einerseits vor, während insgesamt drei Arbeitstagen (4. Juni, 5. Juni und 15. Juni 2009) unentschuldigt nicht an seinem Arbeitsplatz erschienen zu sein. Andererseits bezichtigten die SBB den Beschwerdeführer, sie über den von C._____ erhaltenen Lohn nicht in Kenntnis gesetzt bzw. eine Verrechnung mit der Lohnforderung gegen die SBB umgangen und damit seine Informationspflichten verletzt zu haben.

5.2.2 Weiter warfen die SBB (E._____) dem Beschwerdeführer vor, das 'B._____-Forum' vom 6. Juli bis zum 9. Juli 2009 jeweils vorzeitig verlassen und dadurch die Präsenzzeiten um insgesamt 112 Minuten unterschritten zu haben. Seinen Weggang habe er entweder falsch oder gar nicht im dafür vorgesehenen Kontrollblatt erfasst.

5.2.3 Die SBB (E._____) beanstandeten zudem, der Beschwerdeführer sei am 7. Juli und am 21. Juli 2009 ohne Mitteilung nicht zur Arbeit erschienen. Er habe sich in beiden Fällen erst verspätet für seine Absenz entschuldigt.

5.2.4 Schliesslich hielten die SBB (E._____) dem Beschwerdeführer vor, er habe in drei Fällen den für ihn bei B._____ geltenden Aktionsplan nicht eingehalten. Dieser hätte vorgesehen, dass der Beschwerdeführer wöchentlich seiner Betreuerin eine Übersicht seiner Bewerbungsbemühungen einzureichen habe. In zwei Fällen habe er es unterlassen, eine solche Übersicht einzureichen (20. Juli und 27. Juli 2009), und in einem weiteren Fall habe er die Abgabe verzögert (3. August 2009).

5.2.5 Nach Auffassung der SBB (E._____) habe das Verhalten des Beschwerdeführers das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und den SBB grundlegend und endgültig zerstört. Eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei aufgrund des Vorgefallenen weder vorstellbar noch den SBB zuzumuten. Es könne den SBB auch nicht zugemutet werden, den Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist abzuwarten. Eine mildere Massnahme, wie sie etwa eine Versetzung darstelle, sei keine angemessene Alternative. Die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses sei der einzige Ausweg aus der vorliegenden Situation.

5.3 Der Beschwerdeführer bestreitet, dass ein Grund für die fristlose Auflösung des Dienstverhältnisses gegeben sei. Er gibt an, am 7. Juli

und am 21. Juli 2009 infolge Krankheit seinem Arbeitsplatz ferngeblieben zu sein, räumt jedoch ein, eine Krankheitsanzeige im ersten Fall unterlassen und im zweiten Fall verspätet eingereicht zu haben. Sodann habe er das Versäumnis zu vertreten, seine Bewerbungsübersicht vom 27. Juli 2009 der zuständigen B._____-Betreuerin nicht eingereicht zu haben. Sämtliche weiteren, gegen ihn erhobenen Vorhaltungen bestreitet er. Auf den Vorwurf, die Präsenzzeiten im 'B._____-Forum' nicht eingehalten bzw. diese falsch erfasst zu haben, entgegnet er, keine Uhr zu tragen, weshalb allfällige Fehleinträge unabsichtlich geschehen seien. Die Bewerbungsübersicht vom 20. Juli 2009 sei aufgrund eines Versäumnisses der zuständigen B._____-Betreuerin nicht bei dieser angelangt; die Übersicht vom 3. August 2009 habe er nachgereicht. Diese Vorhaltungen seien nicht dokumentiert und würden sich auf angebliche Verfehlungen beziehen, die sich über eine längere Zeitspanne hingezogen hätten. Der Beschwerdeführer sei weder von der SBB (E._____) noch von den B._____-Mitarbeitern ermahnt, zu einem Führungsgespräch vorgeladen, mit einer Zielvereinbarung oder mit einer Kündigungsandrohung konfrontiert worden. Unter Bezugnahme auf seinen Arbeitsversuch bei C._____ hält der Beschwerdeführer an seiner Darstellung fest, wonach am 4. und 5. Juni 2009, jeweils vormittags, eine Instruktion am Sitz der Firma stattgefunden und der Einsatz als Chauffeur bis zum 15. Juni 2009 gedauert habe. Hinsichtlich der von C._____ erhaltenen geldwerten Leistungen gibt der Beschwerdeführer an, einerseits Fr. 1'000.-- auf sein Bankkonto überwiesen erhalten zu haben, wobei es sich um die im Transportwesen üblichen Pauschalspesen mit Fahrtziel F._____ handle (6 Tagespauschalen 'Ausland', 5 Übernachtungen sowie eine Tagespauschale 'Inland'). Andererseits habe er vor der Abfahrt von C._____ einen Barbetrag von Euro 1'000.-- für Treibstoffbezug, Autobahn-, Tunnel- und Parkplatzgebühren erhalten, welchen er im Umfang des verbliebenen Restes nach der Fahrt zurückerstattet habe. Somit handle es sich bei beiden Beträgen um Spesenvergütungen, weshalb er nicht verpflichtet gewesen sei, sich diese bzw. Teile davon als Lohn anrechnen zu lassen.

5.4 Die Vorinstanz erwog in ihrem angefochtenen Entscheid, dem Beschwerdeführer sei vorzuwerfen, die Präsenzzeiten im 'B._____-Forum' falsch angegeben und die Bewerbungsübersichten in drei Fällen nicht bzw. verspätet eingereicht zu haben. Die Vorinstanz betrachtete diese Pflichtverletzungen für sich genommen jedoch als ge-

ringfügig. Demgegenüber sei dem Beschwerdeführer aufgrund der wiederholten Hinweise auf die geltenden Präsenzzeiten durchaus bewusst gewesen und damit vorzuhalten, dass er mit seinem vorzeitigen Verlassen gegen die im Forum geltende Regelung verstossen habe. Ebenfalls habe er die unentschuldigten Absenzen vom 7. Juli und 21. Juli 2009 zu verantworten. Hinsichtlich des Arbeitsversuchs bei C._____ erachtet die Vorinstanz ein unentschuldigtes Fernbleiben vom Arbeitsplatz am 4. Juni, 5. Juni und 15. Juni 2009 als erstellt. Diese Verfehlung wiege sehr schwer, zumal der Beschwerdeführer über seinen tatsächlichen Verbleib vorsätzlich falsche Angaben gemacht habe. Einen weiteren, schweren Verstoss gegen die Treuepflichten sah die Vorinstanz sodann im Verschweigen der von C._____ erhaltenen Überweisung von Fr. 1'000.--, die im Rahmen von Fr. 200.-- als Spesenvergütung, in ihrem restlichen Betrag hingegen als Lohn zu qualifizieren und den SBB offen zu legen gewesen wäre. Die Vorinstanz hielt fest, die Verfehlungen bei B._____ seien zahlreich, einzeln betrachtet jedoch nicht allzu schwer wiegend gewesen. Demgegenüber stellten das Verschweigen der Lohnzahlung von C._____ sowie das unentschuldigte Fernbleiben während dreier Tage gravierende Verfehlungen dar, die eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen vermöchten.

5.5

Zu prüfen ist nachstehend, ob die fristlose Entlassung des Beschwerdeführers auf Grund besonders schwerer Verfehlungen (vgl. E. 5.1) gerechtfertigt ist.

5.5.1

Unentschuldigtes Fernbleiben vom Arbeitsplatz gilt in der Rechtsprechung dann als Grund für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses, wenn es sich um eine längere (im entschiedenen Fall einwöchige ["erste Januarwoche"]) Absenz, um ein – trotz Mahnung – wiederholtes Fernbleiben oder regelmässig zu spätes Erscheinen am oder Fernbleiben vom Arbeitsplatz handelt. Demgegenüber stellen, gestützt auf die Rechtsprechung, ein einmaliges Nichterscheinen am Arbeitsplatz und eine Nichtteilnahme an einem durch den Arbeitgeber finanzierten, in die Arbeitszeit fallenden, zweitägigen Weiterbildungskurs unzulässige Gründe für eine fristlose Entlassung dar. Eigenmächtiger Ferienbezug vermag eine fristlose Entlassung zu begründen; ein 'wichtiger Grund' wurde indes verneint bei tadellosem, zwölfjährigem Arbeitsverhältnis und sehr später Ferienfestsetzung durch den

Arbeitgeber (vgl. Übersicht in STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 5 und 7 zu Art. 337; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6141/2007 vom 14. Dezember 2007 E. 3.2. mit Hinweisen).

Gemäss Kündigungsbegründung der SBB (E._____) erschien der Beschwerdeführer an insgesamt fünf Tagen unentschuldigt nicht an seinem Arbeitsplatz. Die Darstellung der SBB (E._____) ist dabei lediglich insofern unbestritten, als der Beschwerdeführer an zwei Tagen (7. Juli und 21. Juli 2009) dem Arbeitsplatz ferngeblieben ist und sich verspätet krankgemeldet hat.

Zwar handelt es sich dabei nach Darstellung der SBB (E._____) in der Summe um eine Arbeitswoche, doch ist erstens zu berücksichtigen, dass diese Tage, mit Ausnahme vom 4. Juni und 5. Juni 2009, keine ununterbrochene Abfolge bildeten, sondern sich über mehr als einen Monat verteilten, und zweitens nur deren drei tatsächlich als unentschuldigte Abwesenheit gelten können. Selbst wenn sich aber die unentschuldigten Absenzen so zugetragen haben sollten, wie von der SBB (E._____) in der Kündigungsbegründung dargetan, sind allein darin keine besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers zu sehen, die das gegenseitige Vertrauen, welches die Grundlage des Arbeitsverhältnisses bildet, schwer zu erschüttern vermocht hätten. Somit kann offen bleiben, ob die Sachverhaltsdarstellungen der SBB (E._____) oder jene des Beschwerdeführers zutreffen.

Das Beweisverfahren kann geschlossen werden, wenn die noch im Raum stehenden Beweisanträge eine nicht erhebliche Tatsache betreffen, offensichtlich untauglich sind, etwa weil ihnen die Beweiseignung an sich abgeht, die betreffende Tatsache aus den Akten bereits genügend ersichtlich ist oder wenn weitere Beweisvorkehren an der Würdigung der bereits abgenommenen Beweise voraussichtlich nichts mehr ändern würden (vgl. BGE 131 I 157 E. 3; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.144; CHRISTOPH AUER, in: Kommentar VwVG, Rz. 17 zu Art. 12 und Rz. 2 zu Art. 33). Da vorliegend dahingestellt bleiben kann, ob sich die Absenzen des Beschwerdeführers so zugetragen haben, wie die SBB (E._____) dies darlegen, bedarf es keiner Befragung der vom Beschwerdeführer bezeichneten Auskunftsperson über den Hergang des Arbeitsversuchs bei C._____.

5.5.2 Hinsichtlich der geldwerten Leistungen, die C._____ dem Beschwerdeführer ausgerichtet hatte, ist die Frage strittig, ob der Zah-

lung in Höhe von Fr. 1'000.-- Lohn- oder Spesenvergütungscharakter zukommt.

Diese Frage beantwortet sich im Licht der allgemeinen Regeln zu Beweislast- und mass. Im ordentlichen Verwaltungsverfahren hat die Behörde unter Berücksichtigung der Gesamtheit der ihr zur Verfügung stehenden Erkenntnisse einen Sachverhalt zu werten. Das VwVG sieht dabei keine starren Beweisregeln vor und setzt auch keine unumstössliche Gewissheit voraus. Massgeblich ist einzig die Überzeugung der Behörde vom Vorhandensein einer Tatsache. Genügend ist ein so hoher Grad an Wahrscheinlichkeit, dass keine vernünftigen Zweifel bleiben (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.141; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Art. 12 N. 214). Bleibt ein Umstand unbewiesen, ist die Frage zu beantworten, zu wessen Ungunsten dies sich auswirkt, d.h. wer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Wer in diesem Sinn beweisbelastet ist, trägt die objektive Beweislast. Für diese gilt auch im öffentlichen Recht Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210). Demnach hat jene Partei das Vorhandensein einer Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Bei belastenden Verfügungen im Verwaltungsverfahren bedeutet dies, dass die Verwaltung das Vorhandensein der Tatbestandsvoraussetzungen zu beweisen hat (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-6664/2009 vom 29. Juni 2010 E. 5.7.1 und A-962/2009 vom 23. Juli 2009 E. 6.3; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.149 mit weiteren Hinweisen; CHRISTOPH AUER in: Kommentar VwVG, N. 16 zu Art. 12).

Die Quittung des Einzahlungsscheins, mit dem die Überweisung erfolgte, enthält keinen Hinweis auf die Natur der Zahlung. Das Vorbringen des Beschwerdeführers, die Zahlung entschädige ihn für tatsächliche Auslagen mit Fahrtziel F._____ und entspreche den branchenüblichen Spesenansätzen, erscheint auf den ersten Blick plausibel, doch ergibt die von ihm vorgetragene Spesenberechnung einen weitaus (d.h. um mehr als 50%) höheren Betrag, als ihm tatsächlich vergütet worden ist, weshalb diese Darstellung mit Unklarheiten behaftet ist. Die von ihm angerufenen, vorliegend nicht verbindlichen Richtlinien des Schweizerischen Nutzfahrzeugverbands ASTAG stützen seine Ausführung nicht (vgl. die Landesvereinbarung sowie die mit einzelnen Sektionen abgeschlossenen Lohnregulative

unter <http://www.astag.ch> > Politik > Sozialpolitik, besucht am 29. Juli 2010). Demnach stehen einem Fahrer für die Verpflegung täglich Fr. 42.-- sowie die Vergütung der effektiven Auslagen für Übernachtungen zu (vgl. Lohnregulativ der Sektion Bern). Bei sieben geltend gemachten Fahrtagen resultieren Verpflegungskosten in der Höhe von gesamthaft rund Fr. 300.--. Von der geleisteten Zahlung in Abzug gebracht, wären dem Beschwerdeführer für die Übernachtungen somit noch rund Fr. 700.-- verblieben. Pro Übernachtung (vgl. E. 5.3) hätten dem Beschwerdeführer demnach rund Fr. 140.-- zur Verfügung gestanden, was einem relativ hohen Betrag entspricht. Dies umso mehr, als nach Aussage von C._____ deren Lastwagen mit Schlafkabinen ausgerüstet sind. Der Beschwerdeführer legt demnach nicht zweifelsfrei dar, die Überweisung habe auch nicht teilweise Lohncharakter gehabt. Demgegenüber vermögen allerdings auch die Vorbringen der SBB (E._____) nicht zu überzeugen. Sie berufen sich auf ein Schreiben der C._____ vom 7. August 2009, in welchem der Charakter nicht genannt, jedoch darauf hingewiesen wird, Arbeitnehmer würden einen Lohn in der Höhe von Fr. 4'000.-- und Fr. 1'000.-- für Spesen vergütet erhalten. Da es sich dabei jedoch um Zahlen für den Zeitraum eines Monats handelt, sind diese für den Beschwerdeführer angesichts seiner kurzen Beschäftigungsdauer zu relativieren. Die SBB (E._____) beziehen sich ausserdem auf eine E-Mail vom 13. August 2009, aus welcher hervorgeht, die Zahlung habe sowohl Lohn- als auch Spesencharakter. Der Einwand des Beschwerdeführers, bei einer Lohnzahlung müsste eine entsprechende Lohnabrechnung vorliegen, blieb im angefochtenen Entscheid unbeachtet und von der Vorinstanz im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht unbeantwortet. Zusammenfassend bleiben sowohl bei der Darstellung des Beschwerdeführers als auch bei jener der Vorinstanz begründete Zweifel an der jeweiligen Richtigkeit der Ausführungen.

Die vorliegend beweisbelastete SBB vermag den behaupteten Vorhalt, der Beschwerdeführer habe der SBB Lohnzahlungen verschwiegen, nicht nachzuweisen. Dies wirkt sich insofern zu ihren Ungunsten aus, als sie die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat und dem Beschwerdeführer die behaupteten Verfehlungen nicht vorwerfen kann.

Wenn aber die ausgerichtete Zahlung teilweise einen Lohncharakter aufweisen würde, so wäre im Verschweigen gegenüber den SBB eine nicht mehr leichte Pflichtverletzung zu sehen. Selbst solche Umstände

hätten die SBB (E._____) indes nicht davon entbunden, den Beschwerdeführer zu ermahnen (s. dazu sogleich E. 5.5.4).

5.5.3 Der Vorwurf, die Präsenzzeiten im 'B._____-Forum' nicht eingehalten zu haben, beschlägt eine Zeitdauer von insgesamt weniger als zwei Stunden. Das Bundesgericht hat in der beharrlichen Missachtung von berechtigten Weisungen des Arbeitgebers trotz Abmahnung einen genügenden Grund zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses gesehen (vgl. STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 5 zu Art. 337). Weder die SBB (E._____) noch der Beschwerdeführer beschrieben in diesem Zusammenhang ein Verhalten der beharrlichen Weigerung. Die Versäumnisse scheinen vielmehr die Folge eines von beiden Parteien zu vertretenden, im Ansatz unsorgfältigen Umgang mit den genannten Bewerbungsübersichten zu sein. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass es sich um geringfügige Verfehlungen handelt.

5.5.4 Zusammenfassend sind die behaupteten Verfehlungen des Beschwerdeführers und die daraus resultierenden Vertrauensstörungen, je für sich genommen, nicht von besonderer Schwere. Aber sie vermögen auch in ihrer Gesamtheit die für eine fristlose Kündigung geforderte besondere Schwere nicht zu begründen, wie nachfolgende Erwägungen zeigen.

Dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechend muss die Kündigung stets ultima ratio sein. Dies gilt umso mehr, wenn eine fristlose Kündigung in Frage steht. Sie ist ausgeschlossen, wenn dem Arbeitgeber mildere Massnahmen zur Verfügung stehen, um die eingetretene Störung des Arbeitsverhältnisses in zumutbarer Weise zu beheben. Aus den Akten geht indes nicht hervor und die Vorinstanz macht dies auch nicht geltend, dass die SBB (E._____) den Beschwerdeführer betreffend die vorgehaltenen Verfehlungen je ermahnt bzw. ihm die fristlose Kündigung angedroht hätten. Die Mahnung bezweckt jedoch einerseits gerade, der angestellten Person die mangelhafte Leistung, das mangelhafte Verhalten oder die begangene Pflichtverletzung vorzuhalten und sie zu künftigem korrektem und pflichtgemäsem Verhalten (Rügefunktion) zu ermahnen, andererseits drückt die Mahnung die Androhung einer Sanktion aus (Warnfunktion; vgl. zur Mahnung im Rahmen einer ordentlichen Kündigung das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5849/2009 vom 1. Juli 2010 E. 2.6).

Weniger schwere oder zeitlich zurückliegende Verfehlungen können

nur dann eine fristlose Kündigung zur Folge haben, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt vorkommen. Unterlässt der Arbeitgeber im Falle von nicht schwerwiegendem Fehlverhalten die verlangte Mahnung (Abmahnung, Ermahnung, Verwarnung), wird angenommen, er sei an einer Weiterbeschäftigung interessiert und die Fortführung des Arbeitsverhältnisses sei für ihn zumutbar. Damit fällt die Vertragsverletzung als Grund für die fristlose Auflösung ausser Betracht (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6141/2007 E. 3.3. mit Hinweisen).

Der Beschwerdeführer war daher nach Treu und Glauben nicht ausreichend gewarnt, dass die SBB eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses als unzumutbar erachten, derartige Vorkommnisse daher künftig nicht mehr zu dulden gewillt sein bzw. dass sie ihn fristlos entlassen könnten. Die Verfehlungen des Beschwerdeführers waren jedenfalls nicht derart gravierend, dass einer Rüge oder Mahnung jede Aussicht auf Erfolg hätte abgesprochen werden müssen. Entgegen der Auffassung der SBB (E._____) und der Vorinstanz wäre deshalb eine Mahnung als milderer Mittel angezeigt gewesen. Umso weniger durften die SBB (E._____) im Verhalten des Beschwerdeführers einen genügenden Grund für eine fristlose Entlassung erblicken.

Im vorliegenden Fall ist zudem zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer im Verlauf seiner mehr als 19 Jahre und somit sehr lange dauernden Anstellung von verschiedenen Vorgesetzten wiederholt gute bis sehr gute Arbeitszeugnisse erhalten hat. An einem insgesamt zufriedenstellenden Arbeitsverhältnis vermag auch die einmalige schlechte, aktenkundige Beurteilung im Rahmen der SBB-internen Leistungserprobung (15. Oktober 2008 bis 31. März 2009) nichts zu ändern. Das lange, gesamthaft zufriedenstellende Arbeitsverhältnis ist dem Beschwerdeführer insofern zugute zu halten, als die Unverhältnismässigkeit seiner fristlosen Entlassung ohne vorgängige Verwarnung umso stärker zu Tage tritt (vgl. BGE 127 III 310 E. 3)

Das Verhalten des Beschwerdeführers ist somit selbst in gesamthafter Betrachtung angesichts der relativen Geringfügigkeit der einzelnen Verfehlungen, der unterlassenen Ermahnung und Verwarnung sowie insbesondere des lange dauernden und zufriedenstellenden Arbeitsverhältnisses nicht geeignet, den SBB einen Verbleib im Arbeitsverhältnis unzumutbar zu machen.

Die fristlose Kündigung erweist sich demnach als unbegründet und

verletzt überdies wichtige Formvorschriften (Mahnung); sie ist im Sinne von Ziff. 185 Abs. 1 Bst. a und b GAV-SBB sowie Art. 14 Abs. 1 Bst. a und b BPG als nichtig zu betrachten.

6.

Soweit der Beschwerdeführer weiter vorbringt, die SBB (E. _____) hätten das Arbeitsverhältnis aufgelöst, um die Entstehung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln, braucht dieses Vorbringen nicht geprüft zu werden, da die Auflösung des Arbeitsverhältnisses, wie gezeigt, ohnehin nicht begründet und damit unzulässig war.

7.

Die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses erweist sich – wie dargelegt – als unbegründet und ist daher nichtig gemäss Art. 14 Abs. 1 Bst. b BPG bzw. Ziff. 185 Abs. 1 Bst. b GAV SBB. Es stellt sich die nachfolgend zu prüfende Frage der Rechtsfolgen.

7.1 Gemäss Art. 14 Abs. 1 BPG kann eine von einer Kündigung betroffene Person innert 30 Tagen nach Kenntnisnahme eines mutmasslichen Nichtigkeitsgrundes beim Arbeitgeber schriftlich geltend machen, dass die Kündigung nichtig sei, u.a. weil sie wichtige Formvorschriften verletze (Bst. a) oder nach Art. 12 Abs. 6 und 7 BPG nicht begründet sei (Bst. b). In der Folge bietet der Arbeitgeber der betroffenen Person die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit an (provisorischer Kündigungsschutz). Verlangt der Arbeitgeber darauf bei der Beschwerdeinstanz nicht innert 30 Tagen nach Eingang der geltend gemachten Nichtigkeit die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung, so ist diese nichtig und die betroffene Person wird mit der bisherigen oder, wenn dies nicht möglich ist, mit einer anderen zumutbaren Arbeit weiterbeschäftigt (endgültiger Kündigungsschutz, Art. 14 Abs. 2 BPG; vgl. zum Ganzen BVGE 2009/58 E. 6.1 f. mit Hinweisen).

7.2 Das BPG lässt offen, wie zu verfahren ist, wenn der Arbeitgeber gemäss Art. 14 Abs. 2 BPG die Beschwerdeinstanz fristgerecht anruft und die Beschwerdeinstanz die Nichtigkeit der Kündigung feststellt. Nach Sinn und Zweck von Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG vermag eine im Sinne dieser Bestimmungen nichtige Kündigung ein Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht zu beenden, sondern hat die Weiterbeschäftigung der betroffenen Person zur Folge (vgl. BVGE 2009/58 E. 6.2 mit weiteren Hinweisen). Art. 14 Abs. 5 BPG behält indessen eine Entschädigung nach Art. 19 BPG vor.

7.3 Vorliegend unbeachtlich ist Ziff. 191 Abs. 1 GAV SBB. Besteht ein Grund für eine ordentliche Kündigung, räumt diese Bestimmung dem von einer zu Unrecht ausgesprochenen fristlosen Kündigung betroffenen Angestellten (lediglich) einen Anspruch auf Ersatz dessen ein, was er bei Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist verdient hätte. Während Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG bzw. Ziff. 180 Abs. 4 und Ziff. 181 GAV SBB die ordentliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses wegen Mängel in der Leistung oder im Verhalten nur nach erfolgter schriftlicher Mahnung gestatten, verlangt die Rechtsprechung eine Mahnung auch für eine ordentliche Kündigung nach Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 5.3 ff., bestätigt mit Urteil 1C_245/2008 vom 2. März 2009 E. 5.4). Nach den unzweideutigen Ausführungen des Bundesgerichts besteht kein Raum, im Einzelfall auf eine Mahnung zu verzichten (vgl. auch die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-7764/2009 vom 9. Juli 2010 E. 6.5.4, A-6664/2009 vom 29. Juni 2010 E. 5.1, A-1684/2009 vom 14. September 2009 E. 5.2, A-76/2009 vom 24. August 2009 E. 4.1, A-621/2009 vom 20. August 2009 E. 3.5 und A-309/2009 vom 15. Mai 2009 E. 2.3). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist auf den GAV SBB (Ziff. 183 Bst. a GAV SBB) zu übertragen, weshalb in Ermangelung einer Mahnung (vgl. E. 5.5.4) das Verhalten des Beschwerdeführers (auch) keinen ordentlichen Kündigungsgrund erfüllt. Ziff. 191 Abs. 1 GAV SBB kennt zudem den Grundsatz nicht, wonach primär ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung besteht, weshalb diese Regelung den Arbeitnehmer schlechter stellt als die bundesrechtliche und dieser somit zu weichen hat (vgl. E. 5). Ziff. 191 Abs. 1 GAV SBB ist daher nicht anwendbar.

Der GAV SBB kennt sodann keine Entschädigung als Folge der Nichtigkeit. Auch diesbezüglich sind die entsprechenden bundesrechtlichen Regelungen im BPG anzuwenden (vgl. E. 5).

7.4 Wird eine Kündigung nach Art. 14 Abs. 1 BPG aufgehoben, so erhält die betroffene Person eine Entschädigung, wenn sie aus Gründen, die nicht sie zu vertreten hat, nicht bei einem Arbeitgeber nach Art. 3 BPG weiterbeschäftigt wird (Art. 14 Abs. 5 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 BPG). Das Ausrichten einer Entschädigung anstelle der Weiterbeschäftigung kommt somit grundsätzlich nur subsidiär in Frage, nämlich wenn die Weiterbeschäftigung beim bisherigen Arbeitgeber nicht möglich ist und die betroffene Person auch nicht bei einem anderen Arbeitgeber nach Art. 3 BPG weiterbeschäftigt wird (WOLFGANG PORTMANN, Überlegungen

zum bundespersonalrechtlichen Kündigungsschutz, in: LeGes Gesetzgebung und Evaluation 2002/2, S. 67 f.; NÖTZLI, a. a. O., Rz. 382 ff.).

7.5 Im Urteil 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 7 stellte das Bundesgericht indes fest, dass es sich rechtfertigen kann, anstatt auf eine Wiedereinstellung in sinngemässer Anwendung von Art. 19 BPG auf eine Entschädigung zu erkennen, weil die Angestellte – obwohl nicht abgemahnt – durch ihr Verhalten einen Kündigungsgrund gesetzt habe und das Verschulden der Arbeitgeberin nicht als hoch einzustufen sei. Das Bundesgericht wies darauf hin, aus Art. 14 BPG ergebe sich nicht eindeutig, dass die Beschwerdeinstanz verpflichtet wäre, eine unrechtmässige Kündigung unter allen Umständen aufzuheben und eine Wiedereinstellung vorzunehmen. Nach dieser Rechtsprechung gilt die Subsidiarität der Entschädigung anstelle der Weiterbeschäftigung im Falle der Aufhebung einer Kündigungsverfügung durch die Beschwerdeinstanz demzufolge nicht absolut. Vielmehr sind Konstellationen denkbar, in denen eine Weiterbeschäftigung nicht angemessen erscheint, und zwar ohne dass zuvor geprüft werden muss, ob eine Weiterbeschäftigung möglich ist oder nicht.

7.6 Vorliegend mangelt es nicht nur an einer Mahnung (vgl. E. 5.5.4), der Beschwerdeführer hat mit seinem Verhalten auch keinen Grund für eine fristlose Kündigung gesetzt (vgl. E. 5.5.1 ff.). Dieser Umstand rechtfertigt – für sich genommen – nicht, vorliegend vom Grundsatz abzuweichen, wonach eine von der Beschwerdeinstanz aufgehobene Kündigung die Weiterbeschäftigung zur Folge hat und das Zusprechen einer Entschädigung nur subsidiär in Frage kommt (vgl. E. 7.4). Die Rechtsprechung schliesst allerdings nicht aus, neben den Umständen der Kündigung auch die Situation der davon betroffenen Person zur Beurteilung heranzuziehen. So haben sich die beruflichen Verhältnisse des Beschwerdeführers seit Einreichung der Beschwerde dahingehend verändert, als dieser sich seit Januar 2010 in einer festen Anstellung bei der Firma G._____ [...] befindet. Die Anordnung der Weiterbeschäftigung eines Angestellten, der sich bereits in einem neuen Arbeitsverhältnis bei einer anderen Arbeitgeberin befindet und der in seiner Beschwerdeführung auch nie die Weiterbeschäftigung verlangt hat, erscheint unangemessen, weshalb es sich zu prüfen erübrigt, ob eine Weiterbeschäftigung möglich wäre.

7.7 Die Vorinstanz hat somit im Ergebnis richtig festgehalten, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den SBB und dem Beschwerdeführer als aufgelöst gilt, obwohl die Kündigung durch die SBB (E._____) im Sinn von Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG nichtig ist. Damit bleibt die Frage zu beantworten, auf welchen Zeitpunkt hin die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu erfolgen hat.

7.8 Erweist sich die Weiterbeschäftigung eines Angestellten trotz formeller Aufhebung der Kündigung als nicht angemessen (vgl. E. 7.6), erfolgt eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Sinn einer Fiktion auf denjenigen Zeitpunkt, in dem feststeht, dass eine Weiterbeschäftigung trotz Aufhebung der Kündigung unangemessen ist (vgl. zur Frage des Auflösungszeitpunkts bei unmöglicher Weiterbeschäftigung BVGE 2009/58 E. 10). Die Unangemessenheit der Weiterbeschäftigung ergibt sich vorliegend daraus, dass der Beschwerdeführer eine Erwerbstätigkeit bei einer anderen Arbeitgeberin aufnahm und den SBB seine Arbeitsleistung nicht mehr anbot, was sich nicht zuletzt auch daraus ergibt, dass der Beschwerdeführer im gesamten Beschwerdeverfahren nie um eine Weiterbeschäftigung ersucht hat. Demzufolge gilt das Arbeitsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und den SBB als per 1. Januar 2010 aufgelöst. Dem Beschwerdeführer, der in seiner gegenwärtigen Anstellung einen höheren Lohn erzielt als in seiner Funktion bei den SBB, erwächst hieraus denn auch kein Nachteil.

Die SBB (E._____) haben dem Beschwerdeführer damit rückwirkend den Lohn, unter Abzug der Sozialabgaben, bis zum genannten Zeitpunkt zu entrichten.

8. Der Beschwerdeführer beantragt, es sei ihm eine Entschädigung in der Höhe von mindestens zwei Monatslöhnen auszurichten.

8.1 Voraussetzung für das Ausrichten einer Entschädigung nach Art. 19 Abs. 3 BPG ist neben der Aufhebung einer Kündigung und der Unmöglichkeit einer Weiterbeschäftigung beim bisherigen Arbeitgeber, dass die betroffene Person nicht bei einem anderen Arbeitgeber nach Art. 3 BPG weiterbeschäftigt wird (vgl. E. 7.4), was vorliegend nicht der Fall ist.

8.2 Die Höhe der nach Art. 14 Abs. 5 und Art. 19 BPG auszurichtenden Entschädigung beträgt gemäss Art. 79 Abs. 1 der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV, SR 172.220.111.3) im Fall einer nach Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG nichtigen Kündigung mindestens

einen Monats- und maximal einen Jahreslohn. Als Bemessungskriterien kommen insbesondere die soziale und wirtschaftliche Lage der Parteien, die Intensität und die Dauer der Anstellung sowie die Art und Weise der Kündigung in Frage. Kein geeignetes Bewertungskriterium ist im Falle einer im Sinne von Art. 14 Abs. 1 und 2 BPG nichtigen Kündigung dagegen ein allfälliges Verschulden der von der Kündigung betroffenen Person (NÖTZLI, a.a.O., Rz. 385 ff.).

8.3 In Anbetracht der Unbegründetheit und des formellen Mangels der Kündigung, der sehr langen Dauer eines gesamthaft zufriedenstellenden Arbeitsverhältnisses sowie des Umstands, dass der Beschwerdeführer bereits 4 Monate nach seiner Entlassung wieder eine Arbeitsstelle hat antreten können, erscheint eine Entschädigung in der Höhe von zwei Monatslöhnen, wie vom Beschwerdeführer als Minimum beantragt, angemessen.

8.4 Dem Beschwerdeführer ist demzufolge eine Entschädigung in der Höhe von zwei Bruttomonatslöhnen auszurichten, basierend auf seinem letzten ganzen Lohn im Jahr 2009, zuzüglich allfälliger Zulagen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7764/2009 vom 9. Juli 2010 E. 8.8).

9.

Gemäss Art. 34 Abs. 2 BPG ist das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht in Personalrechtssachen grundsätzlich kostenlos.

10.

Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG ist der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Antrag hin eine Entschädigung für ihr erwachsene und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen. Wird keine Kostennote eingereicht, setzt das Gericht die Entschädigung auf Grund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). War der obsiegende Beschwerdeführer bereits im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren vertreten, ist auch der in jenem Verfahren entstandene Aufwand zu entschädigen (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 4.87). Gemäss Art. 10 Abs. 2 VGKE beträgt der Stundenansatz für nicht anwaltliche Vertreter mindestens Fr. 100.-- und höchstens Fr. 300.--. Da sich das Verfahren insgesamt weder als besonders schwierig noch umfangreich erwies, wird die Parteientschädigung auf Fr. 1'000.-- (inkl. Mehrwertsteuer)

festgesetzt und der Vorinstanz zur Bezahlung auferlegt (Art. 64 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 10 und 14 VGKE). Mit diesem Ansatz gelten sowohl die üblichen Auslagen als auch der Aufwand für das vorinstanzliche Verfahren als abgegolten.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Arbeitsverhältnis wird per 31. Dezember 2009 aufgelöst.

3.

Die SBB werden angewiesen, dem Beschwerdeführer die bis zum 31. Dezember 2009 ausstehenden Lohnzahlungen rückwirkend auszurichten.

4.

Die SBB werden angewiesen, dem Beschwerdeführer eine Entschädigung in Höhe von zwei Bruttomonatslöhnen auszurichten.

5.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

6.

Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer für das vorinstanzliche Verfahren sowie für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'000.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

7.

Dieses Urteil geht an:

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Marianne Ryter Sauvant

Johannes Streif

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, 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 Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (vgl. Art. 42, 48, 54 und 100 BGG).

Versand: