

(Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission vom 17. Dezember 1996; vom Bundesgericht mit Urteil vom 9. Juli 1997 bestätigt)

Art. 69 AO SBB. Auflösung des Dienstverhältnisses bei Krankheit.

Rechtliches Gehör. Die Beschränkung einer Frist zur Äusserung auf wenige Tage kann gerechtfertigt sein, um die zeitliche Dringlichkeit der Angelegenheit zu berücksichtigen.

Die Angestelltenordnung SBB und die Angestelltenordnung der allgemeinen Bundesverwaltung kennen die zeitliche Kündigungsbeschränkung bei Krankheit nicht. Sowohl die historische als auch die teleologische Auslegung ergibt, dass es sich dabei um ein qualifiziertes Schweigen handelt.

Art. 69 RE CFF. Résiliation des rapports de service en cas de maladie.

Droit d'être entendu. Il peut être justifié de limiter le délai pour s'exprimer à quelques jours pour tenir compte de l'urgence du cas d'espèce.

Ni le règlement des employés CFF ni le règlement des employés de l'administration fédérale ne prévoient de restriction temporelle à la résiliation des rapports de service en cas de maladie. Il ressort de l'interprétation historique aussi bien que de l'interprétation téléologique qu'il s'agit là d'un silence qualifié.

Art. 69 RI FFS. Scioglimento del rapporto di servizio in caso di malattia.

Diritto di essere sentito. La limitazione a pochi giorni di un termine per esprimersi può essere giustificata, per tener conto dell'urgenza della pratica.

Né il Regolamento degli impiegati FFS né quello degli impiegati dell'amministrazione generale della Confederazione prevedono la limitazione temporale del diritto di sciogliere il rapporto di servizio in caso di malattia. Sia dall'interpretazione storica, sia dall'interpretazione teleologica risulta che si tratta di un silenzio qualificato.

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. A., geb. 1963, ist türkischer Staatsangehöriger, verheiratet und Vater von zwei minderjährigen Kindern. Er wurde am 1. Juli 1991 durch die SBB als Betriebsangestellter für den Rangierdienst in B. angestellt. Ab 1. November 1992 wurde A. dem Wagenreinigungsdienst der Bahnhofinspektion B. zugeteilt. Später wurde er wieder in den Rangierdienst und nachfolgend in den Wagenreinigungsdienst versetzt. Seit 1. September 1995 ist A. erneut dem Rangierdienst zugewiesen, nachdem sich ergeben hat, dass er an einer Hautallergie leidet und von Arbeiten befreit werden muss, bei denen er in direkten Kontakt mit Reinigungsmitteln kommt.

Am 3. Oktober 1995 verlangte A. bei der Bahnhofinspektion B. ein Gespräch wegen bestehender Rückenschmerzen. Er legte eine Mitteilung des behandelnden Arztes, Dr. L., vor, in welcher dieser eine bahnärztliche Untersuchung beantragte. Der Bahnärztliche Dienst (BAD) nahm dazu zuhanden der vorgesetzten Stelle Stellung und führte aus, Dr. L. beantrage, A. einerseits wegen seiner nicht sehr kräftigen Konstitution, andererseits wegen seiner Neigung, sich die Füsse zu vertreten, wenn möglich ausserhalb des Rangierdienstes zu beschäftigen. Die zuständige Ärztin des BAD erklärte am 17. November 1995, ihrer Beurteilung nach sei dieser Antrag vernünftig. Im bestehenden Zeitpunkt sei auf Grund der medizinischen Situation eine Versetzung nicht zwingend. Damit könne aber nicht ausgeschlossen werden, dass zu einem späteren Zeitpunkt ein Untauglichkeitsentscheid für einen Einsatz im Rangierdienst ausgesprochen werden müsse. Das werde vom weiteren Verlauf und namentlich davon abhängen, in welcher Weise A. für den Rangierdienst motiviert sei.

Anlässlich einer Besprechung vom 8. Dezember 1995 vertrat A. die Ansicht, zur Zeit sei ein Dispens vom Rangierdienst nicht nötig. Er mache momentan Physiotherapie und der bestehende Zustand sei befriedigend. Er habe sich nach Frenkendorf gemeldet, nicht zuletzt in der Hoffnung, dass der Rangierdienst dort körperlich etwas weniger streng sei. Er sei sehr für den Rangierdienst motiviert. In der Aktennotiz zu dieser Besprechung wird sodann ausgeführt, dass mit Blick auf das Eintrittsdatum die Rückenproblematik von A. mit grösster Sorgfalt geprüft werden müsse. Es frage sich, was geschehe, wenn nach dem 1. Juli 1996 wieder Probleme auftauchen sollten.

Mit Schreiben vom 27. Dezember 1995 nahm der BAD zur Besprechungsnotiz folgendermassen Stellung: Wie bereits im Schreiben vom 17. November 1995 festgehalten, sei das Risiko gross, dass A. zu einem späteren Zeitpunkt für den Rangierdienst untauglich erklärt werden müsse. Im bestehenden Zeitpunkt sei aufgrund des bisherigen Verlaufs ein Untauglichkeitsentscheid jedoch noch nicht gerechtfertigt. Es sei aber festzuhalten, dass im Falle einer Neueinstellung bei einer medizinischen Situation, wie sie bei A. vorliege, von einer Einstellung abgeraten würde. Im bestehenden Zeitpunkt könne somit ein Nichteignungsentscheid für den Rangierdienst gefällt werden, nicht jedoch ein Untauglichkeitsentscheid.

Am 15. Januar 1996 teilte die vorgesetzte Stelle dem BAD mit, dass sie wegen der zu einem späteren Zeitpunkt möglichen Untauglichkeit beabsichtige, das Dienstverhältnis von A. aufzulösen, damit kein Pensionierungsfall eintrete. Dazu erwiderte der BAD mit Schreiben vom 26. Januar 1996, dass die Probleme im Bereich des rechten Sprunggelenkes inzwischen behoben seien. Damit bleibe A. aus medizinischer Sicht weiterhin tauglich für einen Einsatz im Rangierdienst, obwohl er dafür aufgrund seiner konstitutionellen Verfassung als nicht besonders geeignet erscheine.

Mit Schreiben vom 15. Februar 1996 teilte die zuständige Ärztin des BAD der vorgesetzten Stelle mit, dass sie vom behandelnden Arzt Ende Januar 1996 orientiert worden sei, der Verlauf bei A. sei in bezug auf den Rücken nicht günstig. Zur Klärung der Situation habe der BAD deshalb eine vertragsärztliche Untersuchung bei Dr. O. veranlasst, deren Resultate nun vorlägen. Aufgrund der Untersuchungsergebnisse und des bisherigen Verlaufs müsse A. für einen Einsatz im Rangierdienst nunmehr untauglich erklärt werden. Für weniger rückenbelastende Tätigkeiten als im Rangierdienst sei er hingegen weiterhin uneingeschränkt erwerbsfähig. Ein Einsatz im Wagenreinigungsdienst komme wegen der Hautprobleme nicht in Frage.

Die von der vorgesetzten Stelle an andere Abteilungen gerichtete Anfrage, ob für A. eine Beschäftigungsmöglichkeit bestehe, blieb

ohne Erfolg.

B. Mit Schreiben vom 16. Februar, welches A. am 19. Februar 1996 ausgehändigt wurde, wies die vorgesetzte Stelle ihn darauf hin, dass sie beabsichtige, das Dienstverhältnis wegen medizinischer Untauglichkeit auf den 31. Mai 1996 aufzulösen. Sie gab ihm Gelegenheit, sich bis zum 26. Februar 1996 zur vorgesehenen Massnahme zu äussern. Am 26. Februar 1996 nahm der Schweizerische Eisenbahner-Verband (SEV) für A. Stellung. Der SEV führte aus, im Rahmen des rechtlichen Gehörs sei es nicht möglich gewesen, alle notwendigen Abklärungen zu treffen. Ferner habe der Vertragsarzt A. erklärt, er sei auch im Rangierdienst weiterhin voll arbeitsfähig. A. habe zudem ausgesagt, er sei dank der durchgeführten Therapie praktisch beschwerdefrei. Der SEV äusserte abschliessend, es scheine ihm, dass die geplante Auflösung des Dienstverhältnisses weniger in der medizinischen Situation, als vielmehr in der baldigen Vollendung der fünfjährigen Dienstzeit begründet liege.

Mit Verfügung vom 28. Februar 1996 löste die vorgesetzte Stelle das Dienstverhältnis von A. wegen medizinischer Untauglichkeit auf den 31. Mai 1996 auf. Zur Begründung wurde ausgeführt, mit Schreiben vom 15. Februar 1996 habe der BAD die definitive Untauglichkeit für den Rangierdienst festgestellt. Ein Einsatz im Wagenreinigungsdienst komme wegen der Hautprobleme nicht in Frage. Die getroffenen Abklärungen hätten ergeben, dass für A. weder in B. noch auf umliegenden Dienststellen eine Beschäftigungsmöglichkeit unter Berücksichtigung der medizinischen Auflagen bestehe. Zur angeblichen Aussage des Vertragsarztes und zum angeblichen Erfolg der Therapie wurde erklärt, die Auflösung des Dienstverhältnisses stütze sich auf den Bericht des BAD vom 15. Februar 1996. Dieser sei für den Entscheid der verfügenden Instanz massgebend.

C. Die Beschwerde gegen die Auflösung des Dienstverhältnisses wies die Generaldirektion SBB (GD SBB) mit Entscheid vom 14. Mai 1996 ab.

D. A. erhebt mit Eingabe vom 20. Juni 1996 Beschwerde bei der Eidgenössischen Personalrekurskommission. Er stellt den Antrag, den Beschwerdeentscheid der GD SBB aufzuheben (Ziff. 1) sowie die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederherzustellen (Ziff. 2); eventualiter sei eine weitere ärztliche Begutachtung vorzunehmen und die Sache zur weiteren Abklärung an den BAD zurückzuweisen (Ziff. 3); ferner sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege unter Verbeiständigung durch Advokatin D. zu bewilligen (Ziff. 4).

E. Die GD SBB beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 6. August 1996 zu den materiellen Anträgen die Abweisung der Beschwerde in dem Sinne, dass die Dienstauflösung auf den 31. Mai 1996 hinsichtlich der Wirkung auf die Statuten vom 18. August 1994 der Pensions- und Hilfskasse der Schweizerischen Bundesbahnen (PHK-Statuten, SR 172.222.2) massgebend sei. Mit Bezug auf die Lohnzahlung sei angesichts der erfolgten Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ein neues Enddatum für die Leistung des Lohnes festzulegen. Die SBB verzichteten demzufolge auf die Rückerstattung der im Rahmen der aufschiebenden Wirkung gewährten Bezüge.

(Die Eidgenössische Personalrekurskommission weist die Beschwerde ab.)

Aus den Erwägungen:

1. und 2. (...)

3. Für das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden des Bundes ist das rechtliche Gehör in den Art. 26 ff. des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) geregelt (Alfred Kölz / Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1993, Rz. 127). Art. 29 VwVG bestimmt in Konkretisierung der Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (BV, SR 101) ausdrücklich, dass die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör haben. In Ausführung dieses Grundsatzes legt Art. 30 Abs. 1 VwVG fest, dass die Behörde die Parteien anhört, bevor sie verfügt. Art. 30 Abs. 2 VwVG nennt die Ausnahmen, bei welchen eine Anhörung nicht erfolgen muss. Wie die Anhörungsfrist zu bemessen ist, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich. Es ergibt sich indes aus dem Sinn und Zweck der Anhörung, dass die Frist in erster Linie so anzusetzen ist, dass es dem Betroffenen ohne Schwierigkeiten möglich ist, von seinem Anspruch wirksam Gebrauch zu machen. Das steht der Ansetzung einer knappen Frist aber nicht in jedem Falle entgegen. Kann auf eine Anhörung nach der gesetzlichen Regelung sogar ganz verzichtet werden, wenn Gefahr in Verzug und die weiteren in Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG genannten Voraussetzungen erfüllt sind, so kann bei der Bemessung der Frist auch die zeitliche Dringlichkeit der Angelegenheit berücksichtigt werden. Dies kann die Beschränkung der Anhörungsfrist auf wenige Tage rechtfertigen.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Teilgehalt auch das Recht, Einsicht in alle Akten zu nehmen, die geeignet sind, Grundlage des späteren Entscheids zu bilden (vgl. Art. 26, 27 und 28 VwVG; BGE 121 Ib 227 E. 2a mit Hinweisen, 119 Ib 20 E. 6b).

a. Der Beschwerdeführer rügt, sein Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden, weil ihm lediglich sieben Tage Zeit eingeräumt worden seien, um sich gegenüber der vorgesetzten Stelle zu der in Aussicht genommenen Beendigung des Dienstverhältnisses zu äussern.

Im vorliegenden Fall ist die vorgesetzte Stelle davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer auf den 1. Juli 1996 fünf Dienstjahre vollenden und die Beendigung des Dienstverhältnisses nach diesem Zeitpunkt möglicherweise zur Leistung einer Invalidenpension führen werde. Die vorgesetzte Stelle erwog, das Dienstverhältnis noch vor dem 1. Juli 1996 aufzulösen, wenn der Beschwerdeführer schon vor diesem Zeitpunkt nicht mehr geeignet oder nicht mehr tauglich sei. Da unter Einberechnung der Kündigungsfrist bis zu jenem Zeitpunkt nur noch ein Zeitraum von viereinhalb Monaten zur Verfügung stand, war es - sofern man davon ausgeht, die Beendigung des Dienstverhältnisses aus diesem Grunde sei zulässig - angängig, die Frist entsprechend knapp zu bemessen. Sofern die Beendigung des Dienstverhältnisses aus diesem Grunde überhaupt nicht zulässig sein sollte, so würde dieser Umstand und nicht die behauptete Verletzung des rechtlichen Gehörs zur Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids führen. Im übrigen wäre eine allfällige Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geheilt worden. Die vom Beschwerdeführer gerügte Verletzung betrifft das Verfahren vor der vorgesetzten Stelle. In der Folge konnte sich der Beschwerdeführer sowohl

bei der ersten Beschwerdeinstanz als auch im vorliegenden Verfahren äussern. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird eine allfällige Gehörsverweigerung geheilt, wenn die unterlassene oder mangelhafte Anhörung in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in welchem die obere Instanz mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die untere Instanz (BGE 120 V 362 E. 2b, 118 Ib 120 E. 4b, 118 Ib 275 E. 3a, 117 Ib 87 E. 4, 117 Ib 495 E. 8a, 116 Ia 95 E. 2). So

verhält es sich hier. Zwar wird in der Lehre an dieser Rechtsprechung teilweise Kritik geübt und ausgeführt, eine Heilung sei nur zu bejahen, wenn sie im Interesse des Beschwerdeführers liege (Ulrich Häfelin / Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich 1993, Rz. 1329; vgl. auch Kötz/Häner, a. a. O., Rz. 53). Das wäre hier offenkundig nicht der Fall. Die Frage der Zulässigkeit der Heilung braucht vorliegend jedoch nicht in allgemeiner Weise behandelt zu werden. Da die Anhörung des Beschwerdeführers nicht vollständig unterblieb und unter den gegebenen Umständen eine kurze Frist angesetzt werden durfte, ist eine Verletzung des rechtlichen Gehörs schon aus diesem Grunde zu verneinen. Wäre lediglich die Länge der Frist zu beanstanden, könnte eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die vorgesetzte Stelle wegen der Äusserungsmöglichkeit vor der GD SBB und der Eidgenössischen Personalrekurskommission als geheilt betrachtet werden.

b. Im Sinne einer Verfahrensrüge wird weiter bemängelt, der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers sei es unmöglich gewesen, für die Begründung der Beschwerde an die GD SBB alle Akten einzusehen, da sie erst eine Woche vor Ablauf der Beschwerdefrist mit der Vertretung beauftragt worden sei. Diese Rüge ist unbegründet. Dem Beschwerdeführer stand die gesetzliche Beschwerdefrist zur Verfügung. Wenn seine Rechtsvertreterin die Akten nicht vollständig einsehen konnte, weil sie erst eine Woche vor Ablauf der Beschwerdefrist beauftragt wurde, so vermag das keinen Verfahrensfehler zu begründen. Dieser Umstand ist vom Beschwerdeführer selber zu vertreten. Die Vorinstanz hat im übrigen zu Recht eingewendet, die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers hätte um eine kurze Nachfrist zur Einsichtnahme in die vollständigen Akten und zur Ergänzung der Beschwerde nachsuchen können (Art. 53 VwVG; vgl. auch Art. 32 Abs. 2 VwVG, ferner Kötz/Häner, a. a. O., Rz. 263; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 195 f.). Im übrigen wäre auch ein solcher Verfahrensmangel durch das vorliegende Beschwerdeverfahren geheilt worden, in welchem die Beschwerde aufgrund der vollen Kenntnis der Akten begründet werden konnte.

c. Schliesslich beantragt der Beschwerdeführer die Einholung von amtlichen Erkundigungen bei den Ärzten Dr. F., Dr. O. und Dr. T. Des weiteren verlangt er die Edition der SUVA-Akten.

Die Eidgenössische Personalrekurskommission stellt den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen fest und bedient sich nötigenfalls folgender Beweismittel: Urkunden, Auskünfte der Parteien, Auskünfte oder Zeugnisse von Drittpersonen, Augenschein, Gutachten von Sachverständigen (Art. 12 VwVG). Die Beweisanerbieten einer Partei werden von ihr berücksichtigt, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG). Gemäss dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (vgl. Art. 19 VwVG in Verbindung mit Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP], SR 273) zieht der Richter aus dem Beweisergebnis nach freier Überzeugung die Schlüsse darüber, was er als bewiesen erachtet (Gygi, a. a. O., S. 278). Die freie Beweiswürdigung verlangt, dass sich die urteilende Instanz sorgfältig, gewissenhaft und unvoreingenommen ihre Meinung darüber bildet, ob der zu beweisende Sachumstand als wahr zu gelten hat oder nicht. Der Beweis ist erbracht, wenn der Richter gestützt auf die Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt ist, dass sich der rechtserhebliche Sachumstand verwirklicht hat (BGE 105 Ib 117). Es braucht nicht absolute Gewissheit zu resultieren. Die von der Lebenserfahrung und praktischen Vernunft getragene, mit Gründen gestützte Überzeugung kann genügen (BGE 107 V 108; Gygi, a. a. O., S. 279). Wird daher aufgrund bereits erhobener Beweise der rechtserhebliche Sachverhalt für genügend geklärt erachtet und ohne Willkür vorweg die Annahme getroffen, die rechtliche Überzeugung würde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (antizipierte Beweiswürdigung), kann der Richter von der Erhebung weiterer Beweismassnahmen absehen (Kötz/Häner, a. a. O., Rz. 63).

Vorliegend kann der massgebliche Sachverhalt aufgrund der eingereichten Rechtsschriften und Akten als hinreichend geklärt gelten, so dass sich weitere Beweiserhebungen bei den vom Beschwerdeführer genannten Ärzten und die Edition der SUVA-Akten erübrigen, zumal der Eidgenössischen Personalrekurskommission auch die medizinischen Akten des Beschwerdeführers vorliegen. Diese Unterlagen beinhalten nicht nur mehrere Stellungnahmen von Dr. T. und das ausführliche Gutachten von Dr. O. vom 7. Februar 1996, sondern auch verschiedene Schreiben von Dr. L., der den Beschwerdeführer zweimal am rechten Fuss operiert hat. Aufgrund der vorliegenden medizinischen Akten ist die Eidgenössische Personalrekurskommission daher durchaus in der Lage, sich ein vollständiges Bild über die verfahrensrelevante Krankengeschichte des Beschwerdeführers zu machen.

4. Das Dienstverhältnis des Beschwerdeführers wurde mit Verfügung vom 28. Februar 1996 mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten (Art. 67 Abs. 1 Bst. c der Angestelltenordnung der SBB vom 2. Juli 1993 [AO SBB], SBB-R 102.1, SR 742.389.21) auf den 31. Mai 1996 beendet. Aus den Akten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer die Arbeit vom 14. Februar bis zum 8. April 1996 krankheitshalber aussetzte. Damit erfolgte die Beendigungsverfügung unbestrittenermassen zu einem Zeitpunkt, in welchem der Beschwerdeführer krank war.

a. Gemäss Art. 69 Abs. 1 AO SBB kann die Wahlbehörde das Dienstverhältnis des Angestellten unter Beachtung der Kündigungsfristen (Art. 67 Abs. 1 AO SBB) jederzeit aus triftigen Gründen auflösen oder umgestalten. Das Dienstverhältnis kann durch die SBB nach Ablauf der allfälligen Probezeit jedoch nicht gemäss Art. 69 Abs. 1 AO SBB gekündigt werden, solange der Angestellte schweizerischen obligatorischen Militär- oder Zivildienst leistet (Art. 69 Abs. 2 Bst. a AO SBB). Die ordentliche Kündigung ist überdies während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft unzulässig (Art. 69 Abs. 2 Bst. b AO SBB). Eine während dieser Sperrfristen ausgesprochene Kündigung ist nichtig. Ist die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen (Art. 69 Abs. 2 letzter Satz AO SBB). Dass eine während der Dauer einer Krankheit ausgesprochene Kündigung nichtig sei oder der Ablauf der Kündigungsfrist wegen Krankheit aufgeschoben werde, wird in der AO SBB nicht gesagt. Der Wortlaut der AO SBB unterscheidet sich insoweit von der in Art. 336c des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht [OR], SR 220) für den privatrechtlichen Arbeitsvertrag geltenden Regelung. Gemäss Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit nicht kündigen, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist. Dies gilt im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab dem zweiten bis und mit dem fünften Dienstjahr während 90 Tagen und ab dem sechsten Dienstjahr während 180 Tagen (zur Frage des Sperrfrist-Maximums bei mehreren Krankheitsfällen vgl. Peter Münch, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 1996, S. 1095 f.).

Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, die in Art. 336c Abs. 3 Bst. b OR geregelte Sperrfrist komme im Bereich des öffentlichen Rechts sinngemäss zur Anwendung. Wie es sich damit verhält, ist im folgenden zu prüfen.

b. Die Bestimmungen des Obligationenrechts über den Arbeitsvertrag gelten mit Ausnahme der Art. 331a bis 331c OR ausschliesslich für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse (Art. 342 Abs. 1 Bst. a OR; vgl. auch Adrian Staehelin / Frank Vischer, Zürcher Kommentar, Bd. V 2c, Zürich 1996, N. 2 zu Art. 342 OR; ferner BBl 1967 II 403 f.). Auf öffentlichrechtliche

Arbeitsverhältnisse sind die Bestimmungen nicht direkt anwendbar. Sie sind mittelbar nur dann anwendbar, wenn das öffentliche Recht sie als anwendbar erklärt. Diesfalls gelten sie indes nicht mehr als privates, sondern als öffentliches Recht (vgl. Staehelin / Vischer, a. a. O., N. 3 zu Art. 342 OR; René Rhinow / Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 147 B1, S. 469). Die privatrechtlichen Bestimmungen können im gleichen Sinne herangezogen werden, wenn sich ergibt, dass das anwendbare öffentliche Dienstrecht eine Lücke aufweist, die im Rahmen der Rechtsanwendung geschlossen werden muss. Ganz allgemein lässt sich überdies sagen, dass bei der Auslegung des öffentlichen Dienstrechts die im privatrechtlichen Arbeitsrecht getroffene Regelung im Sinne einer Annäherung von privatrechtlichem und öffentlichem Arbeitsrecht berücksichtigt werden kann, soweit nicht zum vornherein unterschiedliche Normierungen bestehen (Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1996, N. 1d zu Art. 342 OR).

Eine im Rahmen der Rechtsanwendung zu schliessende Lücke liegt im Bereich des öffentlichen Rechts vor, wenn die gesetzliche Regelung nach dem Gesetz selber zugrunde liegenden Wertungen und Zielsetzungen als unvollständig und daher ergänzungsbedürftig erachtet werden muss (BGE 109 Ib 218 E. 2; 322 E. 4b; Häfelin / Müller, a. a. O., Rz. 191 ff., insbesondere N. 201; Rhinow/Krähenmann, a. a. O., Nr. 23, S. 72 f.; Pierre Moor, Droit administratif, Bd. I, 2. Aufl., Bern 1994, S. 154 ff.; zur klassischen Unterscheidung zwischen echter und unechter Lücke vgl. BGE 121 III 225 f.)

c. Die Sperrfrist von Art. 69 Abs. 2 Bst. a AO SBB entspricht im wesentlichen der für das privatrechtliche Arbeitsverhältnis geltenden Sperrfrist von Art. 336c Abs. 1 Bst. a OR. In den Einzelheiten unterscheiden sich die beiden Regelungen jedoch. So ist die im Privatrecht geregelte Sperrfrist länger, wenn der schweizerische obligatorische Militär- oder Zivildienst mehr als zwölf Tage dauert. In diesem Falle erstreckt sie sich auch auf den Zeitraum von vier Wochen vor und nach der Dienstleistung. Nicht ausdrücklich genannt ist in Art. 69 Abs. 2 Bst. a AO SBB sodann die Leistung von Militärischem Frauendienst und Rotkreuzdienst. Die in Art. 69 Abs. 2 Bst. b AO SBB statuierte Sperrfrist während der Schwangerschaft und in den sechzehn Wochen nach der Niederkunft deckt sich mit jener von Art. 336c Abs. 1 Bst. c OR.

Die AO SBB enthält in Bezug auf die Kündigung zur Unzeit und die entsprechenden Sperrfristen im wesentlichen die gleiche Regelung wie die Angestelltenordnung vom 10. November 1959 (AngO, SR 172.221.104), die unter anderem für die Angestellten der Departemente gilt (Art. 1 Abs. 2 AngO). Auch die AngO kennt lediglich die Sperrfristen während obligatorischen Dienstleistungen und bei Schwangerschaft (Art. 8 Abs. 4 Bst. a und b AngO). Im Gegensatz zur AO SBB gilt die Sperrfrist während Dienstleistungen nach Art. 8 Abs. 4 Bst. a AngO ausdrücklich auch für Militärischen Frauendienst und Rotkreuzdienst. Nach dem Wortlaut der Vorschrift und im Gegensatz zu Art. 336c Bst. a OR ist die Sperrfrist aber auf die Dauer der eigentlichen Dienstleistung beschränkt.

Keine Bestimmungen über die Beendigung des Dienstverhältnisses zur Unzeit enthalten das Beamtengesetz vom 30. Juni 1927 (BtG, SR 172.221.10), und die Beamtenordnung (1) vom 10. November 1959 (BO 1, SR 172.221.101), Beamtenordnung (2) vom 15. März 1993 (BO 2, SR 172.221.102) und Beamtenordnung (3) vom 29. Dezember 1964 (BO 3, SR 172.221.103). Dies erklärt sich indes ohne weiteres daraus, dass das Beamtenverhältnis auf Amtsdauer begründet wird und nicht durch ordentliche Kündigung beendet werden kann. Sowohl für die Beendigung des Dienstverhältnisses durch Nichtwiederwahl als auch für die Beendigung während der Amtsdauer, soweit diese möglich ist, gelten daher keine Sperrfristen (vgl. VPB 59. 2, S. 22 ff.).

d. Vor dem Inkrafttreten der geltenden Fassung von Art. 336c OR am 1. Januar 1989 (AS 1988 1474 f.) war die Kündigung zur Unzeit in Art. 336e aOR geregelt. Diese Bestimmung war mit der Revision des Arbeitsvertragsrechts von 1971 in das OR aufgenommen worden. Sie hatte bereits eine Sperrfrist während Krankheit statuiert (Art. 336e Abs. 1 Bst. b aOR). Bis dahin kannte das Dienstvertragsrecht des OR keine diesbezüglichen Bestimmungen. Sperrfristen waren jedoch in Spezialgesetzen enthalten, so im Fabrikgesetz von 1914, das zugunsten der Fabrikarbeiter Kündigungsverbote bei Krankheit, Unfall, Militärdienst und Schwangerschaft aufgestellt hatte. Eine Sperrfrist kannte zudem das Bundesgesetz über die Beschränkung der Kündigung bei Militärdienst vom 1. April 1949 (vgl. Staehelin/Vischer, a. a. O., N. 2 zu Art. 336e OR; Ullin Streiff / Adrian von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl., Zürich 1992, N. 1 zu Art. 336c OR).

Die heute geltende AO SBB stammt aus dem Jahre 1993. Sie ersetzte die AO SBB vom 20. Dezember 1968 (vgl. Art. 74 Abs. 1 AO SBB). Die AngO wurde am 10. November 1959 erlassen. Art. 8 AngO, welcher Sperrfristen während Dienstleistung und Schwangerschaft enthält, wurde in der geltenden Fassung am 27. Dezember 1967 in die Verordnung eingefügt (AS 1968 130). Bei dieser Sachlage kann man sich fragen, ob das Fehlen der Sperrfrist bei Krankheit in der AO SBB - und gleichermassen in der AngO - seinen Grund einzig darin hat, dass die AO SBB und die Bestimmung über die Sperrfristen in der AngO noch vor dem 25. Juni 1971 erlassen wurden, d. h. noch vor dem Zeitpunkt, in welchem das neue Arbeitsvertragsrecht mit den Sperrfristen, wie sie im wesentlichen auch heute in Art. 336c OR enthalten sind, in Kraft trat. Die Frage ist jedoch zu verneinen. Die Botschaft zum neuen Arbeitsvertragsrecht datiert vom 25. Oktober 1967 (BBl 1967 II 241 ff.). Der Entwurf des Bundesrates sah bereits eine Sperrfrist bei Krankheit vor (Art. 336e Abs. 1 Bst. b des Entwurfs; vgl. auch BBl 1967 II 281, 377). In der Botschaft wird insbesondere auch ausgeführt, die beabsichtigte Regelung der zeitlichen Kündigungsbeschränkungen sei im Vernehmlassungsverfahren auf keine grundsätzliche Ablehnung gestossen (BBl 1967 II 378). Schon aus diesem Grunde lässt sich nicht zwingend schliessen, bei Erlass der AO SBB und der AngO für die allgemeine Bundesverwaltung im Jahre 1968 sei die Revision des Arbeitsvertragsrechtes noch unbeachtet geblieben. Beide Erlasse sind im übrigen in der Folge revidiert worden. Wäre anzunehmen, die Revision des Arbeitsvertragsrechtes sei seinerzeit in der AO SBB und der AngO unbewusst nicht berücksichtigt worden, hätte mehrfach Gelegenheit bestanden, das Versäumte nachzuholen. Auch der Umstand, dass die beiden Angestelltenordnungen Sperrfristen durchaus kennen und solche im Falle von Militär- bzw. Zivildienst und Schwangerschaft vorsehen, spricht dafür, dass die Frage der Sperrfristen nicht vergessen wurde, sondern die Abweichung vom Privatrecht bewusst entschieden worden und gewollt war. Insoweit erweist sich die in der AO SBB und der AngO getroffene Regelung nicht als lückenhaft.

e. Es lässt sich aber auch vom Sinn und Zweck des Erlasses her nicht sagen, die AO SBB weise eine durch den Richter zu schliessende Lücke auf, wenn sie nicht wie Art. 336c OR eine Sperrfrist für die ordentliche Kündigung während der Krankheit enthalte. Zwar erscheint bei einer ersten Betrachtung der Einwand einleuchtend, es sei nur schwer vorstellbar, dass das öffentliche Dienstrecht eine Beendigung des Dienstverhältnisses zulasse, die bei einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis geradezu nichtig sei (zur Frage der Nichtigkeit der während einer Sperrfrist ausgesprochenen Kündigung vgl. Thomas Geiser, Kündigungsschutz bei Krankheit, AJP 1996, S. 551 f.). Privates Arbeitsrecht und öffentliches Dienstrecht unterscheiden sich mit Bezug auf die Beendigung des Rechtsverhältnisses indes in mannigfacher Art. Das öffentliche Dienstrecht verschafft dem Arbeitnehmer auch bei Fehlen einer Sperrfrist bei Krankheit nicht schlechthin einen geringeren Schutz. Es verwirklicht den Schutz des Arbeitnehmers vielmehr auf eine andere Weise als das Privatrecht. Zu beachten ist dabei vorerst, dass Art. 336c OR lediglich

eine Arbeitsplatzgarantie, nicht jedoch eine Lohnfortzahlungsgarantie enthält (vgl. Staehelin/Vischer, N. 10 zu Art. 336c OR; Streiff/von Kaenel, a. a. O., N. 11 zu Art. 336c OR; Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, Schweizerisches Privatrecht [SPR] VII/1/III, Basel 1994, S. 177). Für welche Dauer während der Sperrfrist der Lohn auszurichten ist, bestimmt sich nach der Regelung von Art. 324a OR. Das öffentliche Dienstrecht enthält indes für die Dauer der Krankheit eine weitreichende Lohnfortzahlungsgarantie (Art. 56 AO SBB; Art. 62 AngO). Zu beachten ist überdies, dass im öffentlichen Dienstrecht eine ordentliche Kündigung nur ausgesprochen werden kann, wenn dafür zumindest ein triftiger Grund gegeben ist (Art. 69 Abs. 1 AO SBB; Art. 8 Abs. 2 AngO; BGE 108 Ib 210; vgl. allgemein Hermann Schroff / David Gerber, Die Beendigung der Dienstverhältnisse in Bund und Kantonen, St. Gallen 1985, S. 41 und 99; Tobias Jaag, Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis im Bund und im Kanton Zürich, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 95/1994, S. 463). Die Beendigung des Dienstverhältnisses allein wegen einer Krankheit, ohne dass geradezu eine gesundheitliche Nichteignung oder Untauglichkeit vorliegen würde, wäre kein solcher Grund. Insbesondere wäre es unzulässig, die Lohnfortzahlungspflicht durch die Kündigung des Dienstverhältnisses zu unterlaufen. Erfolgt die Kündigung während einer Krankheit, so ist aus diesem Verbot abzuleiten, dass zumindest der Lohnfortzahlungsanspruch über den Endtermin des Dienstverhältnisses hinaus weiterbesteht, sofern die bestehende Krankheit länger als die Kündigungsfrist dauert (vgl. auch Schroff/Gerber, a. a. O., S. 139). Demgegenüber setzt die Beendigung eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses das Vorliegen eines triftigen Grundes nicht voraus. Es gilt der Grundsatz der Kündigungsfreiheit (Art. 335 OR). Die Kündigung darf lediglich nicht missbräuchlich sein und nicht zur Unzeit erfolgen (Art. 336 und 336c OR; vgl. Manfred Rehinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 12. Aufl., Bern 1995, S. 119; Vischer, a. a. O., S. 167). Es steht im Bereich des Privatrechts insbesondere nichts entgegen, das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Sperrfrist zu kündigen, auch wenn die Krankheit des Arbeitnehmers einziger Grund für die Beendigung ist (vgl. Staehelin/Vischer, a. a. O., N. 23 zu Art. 336c OR). Unterschiede bestehen schliesslich im Bereiche des Rechtsschutzes, auf welche hier indes nicht weiter eingegangen werden muss. Gesamthaft betrachtet erweist sich das Fehlen einer zeitlichen Kündigungsbeschränkung bei Krankheit daher nicht als planwidrige Unvollständigkeit des öffentlichen Dienstrechts. Daran vermag nichts zu ändern, dass die im Privatrecht enthaltene Regelung über die Kündigung zur Unzeit in letzter Zeit vermehrt auch im öffentlichen Dienstrecht anwendbar erklärt wird und allgemein eine Annäherung zwischen privatem und öffentlichem Arbeitsrecht stattfindet (vgl. z. B. die bundesrätliche Verordnung über das Statut des Personals des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 20. September 1996, AS 1996 2772 ff., insbesondere Art. 3 Abs. 3 und Art. 23 Abs. 2 Bst. b, der eine kündigungsrechtliche Sperrfrist bei Krankheit oder unverschuldetem Unfall enthält; ferner Paul Richli, Öffentliches Dienstrecht im Zeichen des New Public Management, Bern 1996, S. 138 f.; Staehelin/Vischer, a. a. O., N. 3 zu Art. 342 OR; vgl. auch Daniel von Kaenel, Die Beendigung des Angestelltenverhältnisses nach bernischem Personalrecht, Bernische Verwaltungsrechtsprechung [BVR] 1996, S. 199).

Aus den erwähnten Gründen gelangt die Eidgenössische Personalrekurskommission zum Schluss, dass mit Bezug auf die zeitliche Kündigungsbeschränkung bei Krankheit in der AO SBB wie auch in der AngO der allgemeinen Bundesverwaltung ein qualifiziertes Schweigen vorliegt.

5. (...)

6.a. Der Beschwerdeführer rügt schliesslich, die Vorinstanz habe bei der Kündigung das ihr zustehende Ermessen missbraucht. Sie habe vermeiden wollen, dass der Beschwerdeführer fünf Dienstjahre vollende und in den Genuss der ihm gegebenenfalls zustehenden Invalidenpension komme. Gemäss einer Aktennotiz vom 30. Mai 1995 im Personaldossier stand diese Überlegung für die vorgesetzte Stelle in der Tat im Vordergrund. Sie ging davon aus, beim Beschwerdeführer seien bereits im April/Mai 1995 Rückenbeschwerden aufgetreten und er habe den Rangierdienst in der betreffenden Zeit nicht uneingeschränkt versehen können (kein Auf- und Abspringen von Zügen). Weil er nicht im Wagenreinigungsdienst eingesetzt werden könne, stelle sich die Frage, was geschehe, wenn wiederum Rückenprobleme aufträten. Auch die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid und in ihrer Vernehmlassung nicht in Abrede gestellt, dass mit der Kündigung dem Umstand Rechnung getragen wurde, bei einer späteren Auflösung des Dienstverhältnisses wegen der Rückenprobleme könnte es zu einer Invalidisierung kommen. Die Inkaufnahme einer Invalidisierung sei bei einem erst 33jährigen, ausserhalb des Betriebsdienstes der SBB voll erwerbsfähigen Mitarbeiter nicht zu verantworten. Die Ausrichtung einer Austrittsleistung in Anwendung von Art. 38 Abs. 3 PHK-Statuten sei in einem solchen Fall wesentlich sinnvoller als die Ausrichtung einer Invalidenpension gemäss Art. 38 Abs. 1 PHK-Statuten. Nach Vollendung von fünf Jahren komme das Vorgehen nach Art. 38 Abs. 3 PHK-Statuten nicht mehr in Betracht. In der Vernehmlassung wird diese Betrachtungsweise freilich in Zweifel gezogen und ausgeführt, es sei fraglich, ob nach den PHK-Statuten unabdingbar die Pensionierung zu erfolgen habe, wenn das Dienstverhältnis wegen einer gesundheitlich/konstitutionellen Nichteignung nach Ablauf der fünfjährigen Frist aufgelöst werde und ein Einsatz in einer anderen zumutbaren Tätigkeit nicht aus gesundheitlichen Gründen entfalle, sondern nur deshalb, weil bei den SBB eine solche andere zumutbare Tätigkeit nicht zur Verfügung stehe. Wie es sich damit verhält, ist indessen nicht im vorliegenden Verfahren zu entscheiden (vgl. Art. 71 Abs. 3 AO SBB in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 PHK-Statuten). Die Frage ist zudem nicht massgebend. Nachdem feststand, dass der Beschwerdeführer für die Tätigkeit im Rangierdienst gesundheitlich nicht geeignet war, konnte das Dienstverhältnis aus diesem Grunde beendet werden. Das gilt um so mehr, als hinreichend Grund zur Annahme bestand, die Beschwerden würden sich im Laufe der Zeit noch verstärken. Wenn dabei hauptsächlich berücksichtigt wurde, dass bei dem heute 33jährigen Beschwerdeführer unter Umständen in naher Zukunft Invalidenleistungen der Pensions- und Hilfskasse zu erbringen wären, weil er bei der vorgesetzten Stelle weder im Rangierdienst noch anderweitig beschäftigt werden könnte, so handelte die Vorinstanz nicht unangemessen. Sie durfte mit Grund berücksichtigen, dass ein solches Ergebnis und die damit verbundene Belastung der Kasse nach Möglichkeit zu vermeiden sei. Die Vorinstanz musste unabhängig von dieser Belastung der Kasse zum Schluss kommen, dass es auch unter Berücksichtigung der Sorge des Mitarbeiters um die Erhaltung des Arbeitsplatzes nicht zu verantworten sei, ihn in einer Tätigkeit weiterzubeschäftigen, für die er gesundheitlich nicht geeignet war und bei deren Ausübung sich für ihn zunehmend negativere gesundheitliche Folgen ergeben würden. Insbesondere lässt sich auch nicht sagen, die Vorinstanz habe ihr Ermessen missbraucht, weil ein vergleichbarer Tatbestand zu der in Art. 336 Abs. 1 Bst. c OR getroffenen Regelung vorliege, wonach eine Kündigung missbräuchlich ist, wenn sie ausschliesslich ausgesprochen worden ist, um Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln. Auch diese Bestimmung gilt im Bereich der öffentlichrechtlichen Angestelltenordnungen zwar weder direkt noch subsidiär, doch ist ihr Gehalt durch das Gebot der pflichtgemässen Ausübung des Ermessens und das Verbot des Ermessensmissbrauchs erfasst (vgl. die Bemerkung der Redaktion in ZBl 96/1995, S. 69 f.). Fehlte es indessen bereits im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung an der gesundheitlichen Eignung des Beschwerdeführers und bestand mithin ein triftiger Grund für die Beendigung des Dienstverhältnisses, kann nicht gesagt werden, die Kündigung sei ausschliesslich ausgesprochen worden, um Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln.

b. Nach der Rechtsprechung ist die Verwaltung bei der Beendigung eines Dienstverhältnisses ohne besondere Vorschrift (für die Beamtinnen und Beamten der allgemeinen Bundesverwaltung vgl. Art. 5 der Wahlverordnung vom 16. März 1992, AS 1992 729 f.,

bzw. Art. 6 der Wahlverordnung vom 10. Januar 1996 über die Wiederwahl der Beamtinnen und Beamten der allgemeinen Bundesverwaltung für die Amtsdauer 1997-2000 [Wahlverordnung], SR 172.221.121.1) nicht verpflichtet, eine andere Tätigkeit anzubieten oder eine andere Einsatzmöglichkeit zu schaffen, um einen Angestellten weiterzubeschäftigen (VPB 51.35, S. 27 E. 6; vgl. auch VPB 56.5, S. 41 E. 3). Man kann sich fragen, ob der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und das Gebot pflichtgemässer Ermessensausübung im Falle der gesundheitlichen Nichteignung für die angestammte Tätigkeit nicht wenigstens die ernstliche Prüfung der Frage gebiete, ob der Angestellte anderweitig eingesetzt werden könne. Nach einer solchen anderweitigen Einsatzmöglichkeit wird denn auch in der Praxis regelmässig gesucht. In diesem Sinne hat denn auch die Eidgenössische Personalrekurskommission im nicht veröffentlichten Entscheid 17/95 i. S. J. gegen GD SBB vom 8. Mai 1996 ausgeführt, wenn rechtsgenüglich

erstellt sei, dass sich die Verwaltung um eine neue Einsatzmöglichkeit für den Angestellten bemüht habe, könne ihr nicht zum Vorwurf gemacht werden, keine neue Beschäftigung für ihn gefunden zu haben. Das ist auch hier geschehen, wenngleich festzuhalten ist, dass die entsprechenden Bemühungen - soweit sie aus den Akten ersichtlich sind - nicht sehr einlässlich waren. Indes ist die Schwierigkeit einer anderweitigen Plazierung des Beschwerdeführers zu berücksichtigen, zumal auch andere Abteilungen der SBB Mühe haben, ihren gesundheitlich angeschlagenen Mitarbeitern eine geeignete Stelle zuzuweisen. Bei dieser Sachlage hat die Vorinstanz mit der Auflösung des Dienstverhältnisses weder Bundesrecht verletzt

noch das ihr zustehende Ermessen unrichtig ausgeübt. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen. Nachdem sich ergeben hat, dass die Vorinstanz die gesundheitliche Nichteignung des Beschwerdeführers für den Rangierdienst aufgrund der getroffenen Abklärungen bejahen konnte, gilt die Abweisung nicht nur für den Hauptantrag, sondern auch für den Eventualantrag.

7. Mit Zwischenentscheid vom 5. Juli 1996 hat der Präsident der Eidgenössischen Personalrekurskommission die der Beschwerde entzogene aufschiebende Wirkung wiederhergestellt. Die SBB hatten dem Beschwerdeführer den Lohn somit weiterhin auszurichten. Die GD SBB hat in ihrer Vernehmlassung erklärt, es werde auf eine Rückforderung des gestützt auf die aufschiebende Wirkung gewährten Lohnes verzichtet. Im Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission sei ein neues Enddatum für die Gewährung des Lohnes festzulegen. Mit dem vorliegenden Entscheid in der Sache fällt die aufschiebende Wirkung indes dahin, weshalb sich die Festlegung eines neuen Enddatums erübrigt. Es rechtfertigt sich jedoch, im Entscheiddispositiv von der Erklärung der SBB Vormerk zu nehmen, wobei dahingestellt bleiben kann, ob eine Rückleistungspflicht überhaupt bestünde.

Dokumente der PRK