**Bundesverwaltungsgericht**

**Tribunal administratif fédéral**

**Tribunale amministrativo federale**

**Tribunal administrativ federal**

Abteilung I
A-515/2008
{T 0/2}

# Urteil vom 4. Juni 2008

Besetzung

Richter Jürg Kölliker (Vorsitz), Richter Beat Forster, Richter André Moser,
Gerichtsschreiberin Yasemin Cevik.

Parteien

A._____,
vertreten durch Schweizerischer Eisenbahn- und Verkehrspersonal-Verband SEV,
Beschwerdeführer,

gegen

**Schweizerische Bundesbahnen SBB**,
Generalsekretariat, Hochschulstrasse 6,
3000 Bern 65 SBB,
Vorinstanz.

Gegenstand

Zwischenverfügung vom 10. Dezember 2007 des Generalsekretärs SBB betr. aufschiebende Wirkung.

## Sachverhalt:

**A.**
Am 7. April 1975 trat A._____ als Stationslehrling in die SBB ein. In der Folge war er als Betriebsdisponent und -sekretär im Bereich des SBB-Güterverkehrs tätig. Ab 1. Juli 2002 arbeitete er als Sachbearbeiter im Kundenservice von SBB Cargo in B._____. Infolge einer Reorganisation verlor er seine Stelle. Per 1. Januar 2005 trat A._____ in die Organisationseinheit "Neuorientierung und Arbeit" (NOA) ein.

**B.**
Probleme im Neuorientierungsprozess führten dazu, dass die SBB A._____ am 5. April 2006 die Kündigung androhten. Dagegen erhob er Einsprache. Mit Schreiben vom 18. August 2006 teilten die SBB A._____ mit, sie beabsichtigten das Arbeitsverhältnis aufzulösen und gewährten ihm das rechtliche Gehör. Daraufhin erlitt A._____ einen Zusammenbruch und war anschliessend zu 100% arbeitsunfähig.

**C.**
Nach Ablauf der Kündigungssperrfrist wurde A._____ von der Arbeitgeberin mit Schreiben vom 14. März 2007 informiert, sie beabsichtige, das Arbeitsverhältnis auf den 30. September 2007 aufzulösen. Sie gewährte A._____ wiederum das rechtliche Gehör. Mit Verfügung vom 30. Mai 2007 löste die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis per 30. November 2007 auf mit der Begründung, A._____ habe wiederholt Mängel in der Leistung und im Verhalten gezeigt. Einer allfälligen Einsprache oder Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

**D.**
Dagegen reichte A._____ am 26. Juni 2007 beim Generalsekretariat SBB ein als Einsprache bezeichnetes Rechtsmittel ein; er beantragte die Nichtigerklärung der Kündigungsverfügung, die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses sowie (in formeller Hinsicht) die Gewährung (recte: Wiederherstellung) der aufschiebenden Wirkung seiner Beschwerde.

**E.**
Die Arbeitgeberin beantragte ihrerseits am 19. Juli 2007, es sei festzu-

stellen, dass die ausgesprochene Kündigung gültig sei; die Einsprache sei abzuweisen.

**F.**
Der Generalsekretär SBB wies den Antrag um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde am 10. Dezember 2007 ab. Zur Begründung wurde auf eine allfällige Rückzahlungspflicht des Beschwerdeführers im Falle der Abweisung der Beschwerde und auf die für den Beschwerdeführer ungünstige Entscheidprognose in der Hauptsache hingewiesen.

**G.**
Mit Eingabe vom 25. Januar 2008 führt A._____ (Beschwerdeführer) gegen den Zwischenentscheid des Generalsekretärs SBB (Vorinstanz) vom 10. Dezember 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt, der angefochtene Zwischenentscheid der Vorinstanz sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Beschwerde (vom 26. Juni 2007) aufschiebende Wirkung zukomme. Eventualiter sei der Zwischenentscheid der Vorinstanz aufzuheben und diese, im Sinne einer Sofortmassnahme, zu verpflichten, ihm weiterhin den Lohn zu entrichten. Im Falle des Obsiegens sei ihm der aus der Verspätung erwachsene Schaden (vorliegend 5 % Zins auf den nachzuzahlenden Lohn und weitere Mehrkosten) zu ersetzen. Der Beschwerdeführer ist vorab der Auffassung, die Vorinstanz sei für den Erlass der angefochtenen Verfügung gar nicht zuständig. Sodann sei der Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht gerechtfertigt, weil die Gründe, welche die Vorinstanz vorbringe, klar schwächer seien als diejenigen, die er bereits in seiner Einsprache vorgetragen habe; bestritten werde insbesondere die Verhältnismässigkeit der Massnahme. Die Verfügung sei überdies ungenügend begründet, was deren Nichtigkeit zur Folge habe.

**H.**
In ihrer Vernehmlassung vom 13. Februar 2008 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Dem Vorwurf, sie habe sich zu wenig mit den Argumenten des Beschwerdeführers auseinandergesetzt, könne nicht gefolgt werden. In einem Entscheid über vorsorgliche Massnahmen sei der Sachverhalt nur so zu beurteilen, wie er auf den ersten Blick erscheine. Eingehende Erhebungen würden erst im Rahmen des Entscheids in der Hauptsache erfolgen. Vorliegend seien zwar viele Fragen offen, die Erfolgsaussichten der Beschwerde seien

allerdings als eher ungünstig einzuschätzen, auch deshalb müsse die Gewährung der aufschiebenden Wirkung abgelehnt werden.

**I.**
Auf die weiteren Ausführungen in den Eingaben wird – soweit entscheidwesentlich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

**1.**
**1.1** Die Bestimmungen über das Dienstverhältnis des Bundespersonals finden auch für das Personal der SBB Anwendung (Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. März 1998 über die Schweizerischen Bundesbahnen [SBBG, SR 742.31] und Art. 2 Abs. 1 Bst. d des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 [BPG, SR 172.220.1]). Entsprechend kommt den SBB bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten gegenüber ihren Angestellten Verfügungsgewalt zu (Art. 34 Abs. 1 BPG). Die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses durch die SBB ergeht somit als Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 und 34 VGG genannten Behörden. Gemäss Art. 35 BPG unterliegen Verfügungen des Arbeitgebers der Beschwerde an die in den Ausführungsbestimmungen bezeichnete interne Beschwerdeinstanz. Gegen personalrechtliche Beschwerdeentscheide steht sodann gemäss Art. 36 Abs. 1 BPG die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen.

Nach Art. 196 Gesamtarbeitsvertrag (GAV) 2007-10, vom 22. Dezember 2006 bestimmen die SBB die zuständige interne Beschwerdeinstanz selbst. Vorliegend musste der normalerweise zuständige Zentralbereich Personal in den Ausstand treten, weil der Beschwerdeführer Mitarbeiter desselben ist. Für einen solchen Fall hat das Human Resources Board (HRB), dem von der Geschäftsleitung die Entscheidkompetenz hinsichtlich der Ausführungsbestimmungen zum GAV und anderen arbeitsrechtlichen Bestimmungen übertragen wurde, den Generalsekretär SBB als interne Beschwerdeinstanz bestimmt (vgl. Geschäfts- und Zuständigkeitsordnung SBB, GZO Konzern und GZO

Zentralbereiche, je Ziff. 4.6 sowie Unterlagen betr. HRB-Sitzung vom 25. Oktober 2006 [Beilagen zur Vernehmlassungsergänzung vom 8. April 2008]).

Die angefochtene Verfügung wurde demnach von der zuständigen internen Beschwerdeinstanz der SBB erlassen. Zur Beurteilung der dagegen erhobenen Beschwerde ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig.

**1.2** Die angefochtene Verfügung stellt eine selbständig eröffnete Zwischenverfügung dar, denn sie betrifft einzig die Frage der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, nicht aber die Hauptstreitfrage (Auflösung des Arbeitsverhältnisses). Gemäss Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG ist eine solche Verfügung nur dann anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann; dieser Nachteil muss nicht rechtlicher, sondern kann auch tatsächlicher Natur sein (Urteil des Bundesgerichts 2C_86/2008 vom 23. April 2008 E. 3.2). Bewirkt eine Zwischenverfügung dagegen keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil, so kann sie erst mit Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden (vgl. Art. 46 Abs. 2 VwVG). Die beschränkte Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen soll verhindern, dass die Beschwerdeinstanz Zwischenentscheide überprüfen muss, die durch einen günstigen Endentscheid für die betroffene Person jeden Nachteil verlieren. Die Rechtsmittelinstanz soll sich in der Regel nur einmal mit einer Streitsache befassen müssen (vgl. BGE 133 III 629 E. 2.1, Urteil des Bundesgerichts 2C_80/2008 vom 12. März 2008 E. 2.2 sowie Entscheid der Rekurskommission EVD vom 14. Februar 2000, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 64.108 E. 2.1).

Die Vorinstanz macht geltend, bei einer allfälligen Gutheissung der Beschwerde werde dem Beschwerdeführer der Lohnausfall ersetzt. Soweit sie damit sinngemäss behauptet, es drohe ihm kein nicht wieder gutzumachender Nachteil (so explizit in der angefochtenen Verfügung, Ziff. 3.4), kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden. Auch von der Vorinstanz wird nicht bestritten, dass die finanzielle Situation des Beschwerdeführers zur Zeit sehr angespannt ist. Gemäss Aktenlage ist er nach wie vor zu 100% krank geschrieben und ein Ende seiner Arbeitsunfähigkeit derzeit nicht absehbar. Aus diesem Grund hat er mangels Vermittelbarkeit keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. f sowie Art. 15 Abs. 1 des Arbeitslosenversiche-

rungsgesetzes vom 25. Juni 1982 [AVIG, SR 837.0]). Sodann hat er momentan auch keinen Anspruch auf eine Invalidenrente, da er vorab sein bestehendes Arbeitsverhältnis weiterführen möchte und er zudem noch die einjährige Wartefrist gemäss Art. 29 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) abwarten müsste. Werden die Lohnzahlungen des Arbeitgebers eingestellt, bleibt dem Beschwerdeführer zur Überbrückung seiner finanziellen Notlage demnach einzig der Bezug von Sozialhilfegeldern oder die Aufnahme eines Kredites. Dies wäre für ihn jedoch mit einer grossen psychischen Belastung verbunden und kann ihm angesichts seines ohnehin schon angeschlagenen Gesundheitszustands nicht zugemutet werden. Die Möglichkeit einer Lohnrückzahlung bei Gutheissung der Beschwerde ändert nichts daran, dass der Aufwand und die psychische Belastung, den ein Gang zum Sozialamt oder eine zusätzliche Verschuldung mit sich bringen würde, im vorliegenden Fall einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil gleichkäme. Die Voraussetzungen von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG sind demnach erfüllt.

**1.3** Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Bst. a VwVG berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung durch diese beschwert und mithin zur Beschwerde legitimiert.

**1.4** Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist demnach grundsätzlich (s. sogleich E. 1.5) einzutreten.

**1.5** Der Beschwerdeführer verlangt unter anderem, dass ihm im Falle des Obsiegens der aus der verspäteten Zahlung seines Lohnes wie auch anderer Mehrkosten erwachsene Schaden ersetzt werde. Er beruft sich dabei auf Art. 55 Abs. 4 VwVG. Nach dieser Bestimmung haftet für den aus einem willkürlichen Entzug der aufschiebenden Wirkung oder einer willkürlich nicht gewährten Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung entstandenen Schaden die Körperschaft oder autonome Anstalt, in deren Namen die Behörde verfügt hat. Über eine allfällige Haftung aus Art. 55 Abs. 4 VwVG (vgl. dazu Alfred Kölz/ Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 654) hat die Vorinstanz jedoch nicht verfügt. Diese Frage wird demnach vom Anfechtungsgegenstand nicht erfasst (vgl. BGE 124 II 361 E. 1c); insoweit fehlt es daher an ei-

ner Sachurteilsvoraussetzung und ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

**2.**

**2.1** Art. 14 Abs. 1 BPG bzw. Ziff. 185 Abs. 2 GAV SBB beinhalten einen provisorischen Kündigungsschutz für den Arbeitnehmenden, sofern er die Nichtigkeit der Kündigung mit Einsprache innert 30 Tagen geltend macht. Dieser Kündigungsschutz fällt nach Art. 14 Abs. 2 BPG bzw. Ziff. 185 Abs. 3 GAV SBB dahin, wenn die Arbeitgeberin bei der Beschwerdeinstanz rechtzeitig innert 30 Tagen nach Eingang der Einsprache die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung verlangt (vgl. HARRY NÖTZLI, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Bern 2005, Rz. 289, 317 und 324). Nach der einschlägigen Praxis sind die Möglichkeiten dieses besonderen Einspracheverfahrens ab diesem Zeitpunkt ausgeschöpft. Die Frage der aufschiebenden Wirkung ist demnach in einem solchen Fall im üblichen Rahmen des Beschwerdeverfahrens gemäss Art. 55 VwVG zu prüfen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-385/2007 vom 29. März 2007 E. 4.1.2 mit Hinweisen; SUSANNE KUSTER ZÜRCHER, Aktuelle Probleme des provisorischen Rechtsschutzes bei Kündigungen nach Bundespersonalrecht, in: Jahrbuch 2007 der Schweizerischen Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, Bern 2008, 156 f.).

Vorliegend ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer rechtzeitig Einsprache im Sinne von Ziff. 185 Abs. 2 GAV SBB erhoben und die Arbeitgeberin nach Ziff. 185 Abs. 3 GAV SBB rechtzeitig die Feststellung der Kündigung verlangt hat. Die Frage nach einem provisorischen Kündigungsschutz und ein sich daraus ergebender Weiterbeschäftigungsanspruch stellt sich daher im hier zu beurteilenden Fall nicht mehr. Deshalb kommen die allgemeinen Verfahrensgrundsätze gemäss VwVG, insbesondere dessen Art. 55 zur aufschiebenden Wirkung, zur Anwendung.

**2.2** Als Regel kommt der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu (Art. 55 Abs. 1 VwVG). Zweck der aufschiebenden Wirkung ist es, die nachteiligen Auswirkungen der Verfügung so lange nicht eintreten zu lassen, bis über deren Rechtmässigkeit entschieden ist. Beschwerdeführenden wird insoweit ein umfassender vorläufiger Rechtsschutz gewährt, als der rechtliche und tatsächliche Zustand, der Status quo, wie er vor Erlass der Verfügung bestanden hat, bis zum Entscheid der Beschwerdeinstanz in der Sache aufrechterhalten bleibt (ANDRÉ MOSER/

PETER UEBERSAX, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt a.M. 1998, Rz. 3.14). Die aufschiebende Wirkung kann aber durch die verfügende Behörde oder die Beschwerdeinstanz entzogen werden, sofern die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand hat (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung gilt während des Beschwerdeverfahrens die in der angefochtenen Verfügung getroffene Regelung. Genügt dies nicht, besteht gemäss Art. 56 VwVG die Möglichkeit, für die Dauer des Verfahrens eine vorläufige Ordnung herzustellen (vgl. zum Ganzen ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess, Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR] 116, 1997 II, S. 263 ff.). Vorliegend umstritten ist einzig der von der Vorinstanz bestätigte Entzug der aufschiebenden Wirkung.

**3.**
Abgesehen von der Frage der Geldleistung (Art. 55 Abs. 2 VwVG) nennt das Gesetz keine Kriterien, welche beim Entscheid über den Entzug des Suspensiveffekts ausschlaggebend sein sollen. Einzig für willkürliche Entscheide droht Art. 55 Abs. 4 VwVG Konsequenzen an (vgl. oben E. 1.5). Gemäss der Praxis der Bundesbehörden müssen für den Entzug keine ausserordentlichen Umstände, wohl aber überzeugende Gründe vorliegen (vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 650, sowie unten E. 6.2). Es ist Sache der nach Art. 55 VwVG zuständigen Behörde zu prüfen, ob die Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können.

Dabei steht der Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Im Allgemeinen wird sie ihren Entscheid auf den Sachverhalt stützen, der sich aus den vorhandenen Akten ergibt, ohne zeitraubende weitere Erhebungen anzustellen (BGE 110 V 40 E. 5 mit Hinweisen). Sie trifft ihren Entscheid "prima vista" (RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, N. 1328; HÄNER, a.a.O., S. 264). Herabgesetzt sind neben den Untersuchungspflichten auch die Beweisanforderungen. Das Glaubhaftmachen von Anliegen genügt in der Regel. Wird durch den Entzug der aufschiebenden Wirkung der Verfahrensausgang präjudiziert, so muss jedoch ein strengerer Massstab an den Interessennachweis angelegt werden (THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N. 17 zu Art. 68 VRPG).

**4.**
Nachfolgend gilt es im Licht der oben dargestellten Lehre und Rechtsprechung zu prüfen, ob der Entzug der aufschiebenden Wirkung der als Einsprache bezeichneten Beschwerde vom 26. Juni 2007 gerechtfertigt war. Dabei ist folgende Entscheidsystematik zu beachten: Zuerst bedarf es einer Entscheidprognose, dann ist nach dem Anordnungsgrund zu fragen und schliesslich muss die angeordnete Massnahme auf deren Verhältnismässigkeit hin geprüft werden (vgl. zu diesen Voraussetzungen und zur Entscheidsystematik ausführlich HÄNER, a.a.O., S. 322 ff. sowie BGE 130 II 149 E. 2.2; Zwischenentscheid der Rekurskommission UVEK vom 14. Juli 2000, veröffentlicht in VPB 64.118; Entscheid der Eidg. Kommunikationskommission vom 16. August 2000, veröffentlicht in VPB 65.65 E. 34 ff.). Dieser letzte Schritt erfordert insbesondere eine Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen (vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 650).

**5.**
Die Entscheidprognose vermindert die Gefahr, eine dem Endergebnis entgegengesetzte Zwischenlösung zu treffen. Fällt die Prognose – positiv oder negativ – eindeutig aus, erübrigt sich in der Regel ein Entscheid über die aufschiebende Wirkung, weil ebenso gut sofort in der Sache selbst entschieden werden kann. Lässt die summarische Prüfung der massgeblichen Tatsachen und der Rechtslage die Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung überwiegend oder doch eher wahrscheinlich erscheinen, spricht dies eher für den Entzug der aufschiebenden Wirkung. Umgekehrt rechtfertigt sich dieser nicht, wenn die Prüfung die Rechtmässigkeit als eher oder gar überwiegend unwahrscheinlich erscheinen lässt. Die Entscheidprognose hilft dann nicht weiter, wenn sich die verschiedenen Aspekte die Waage halten (BGE 129 II 286 E. 3).

**5.1** In der angefochtenen Verfügung macht die Vorinstanz geltend, dass dem Beschwerdeführer wiederholte Mängel in Leistung und Verhalten vorgeworfen worden seien. Er habe den Aktionsplan vom 23. Mai 2005 verschiedentlich nicht eingehalten und damit den Prozess der beruflichen Neuorientierung nicht aktiv unterstützt. Auch habe er zugegeben, dass er gegenüber der NOA falsche Aussagen gemacht habe, welche das Vertrauensverhältnis zu seinen Vorgesetzten massiv beeinträchtigt hätten. Diese Gründe liessen die Auflösung des Arbeitsverhältnisses prima facie als gerechtfertigt erscheinen.

**5.2** Die Vorinstanz geht in der angefochtenen Verfügung demnach davon aus, dass die Kündigung gegen den Beschwerdeführer zu Recht ausgesprochen worden sei; sie stellt mithin eine Entscheidprognose zu Ungunsten des Beschwerdeführers. In ihrer Vernehmlassung vom 13. Februar 2008 bestätigt die Vorinstanz diese Einschätzung zwar, führt gleichzeitig aber auch aus, im vorliegenden Fall seien noch viele Fragen offen, die in einem prima facie-Entscheid (noch) nicht beurteilt werden könnten. So müsse beim Entscheid in der Hauptsache insbesondere geprüft werden, wie sich der Fall medizinisch darstelle. Die Vorinstanz räumt damit selbst ein, dass noch viele Fragen offen seien. Das Bundesverwaltungsgericht teilt diese Auffassung. Im Rahmen der von der Vorinstanz aufgeworfenen Frage der vertieften medizinischen Prüfung erscheint insbesondere unklar, in welchem Zeitpunkt der Beschwerdeführer tatsächlich erkrankte. Falls dies früher als im bisherigen Verfahren angenommen der Fall war, so stellt sich die Frage, wie im Lichte dessen der Vorwurf, der Beschwerdeführer habe die Entlassung seinem eigenen Verhalten zuzuschreiben, zu werten ist; es ist nicht auszuschliessen, dass allfällige Verfehlungen in direktem Zusammenhang mit der Krankheit standen (vgl. Bericht Dr. Med. C._____ vom 26. November 2007, Ziff. 6.3 [Beilage zu Kopie des Schreibens SEV an SBB vom 20. Februar 2008]). Die weiteren Abklärungen können also durchaus Folgen für die Beurteilung in der Hauptsache haben.

Bei dieser Sachlage kann vorliegend nicht davon ausgegangen werden, dass die Erfolgsaussichten der Beschwerde als eher ungünstig einzuschätzen sind.

**6.**
Die weiteren Voraussetzungen für den Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde hat die Vorinstanz gar nicht explizit geprüft. Auch in der Vernehmlassung nimmt sie dazu nicht Stellung.

**6.1** Allenfalls könnte Erwägung 3.2 der angefochtenen Verfügung dahingehend verstanden werden, dass die Vorinstanz einen Anordnungsgrund und die Verhältnismässigkeit des Entzugs der aufschiebenden Wirkung rudimentär geprüft und bejaht hat. Diese Voraussetzungen wären jedoch, wie nachfolgend aufzuzeigen ist, nicht erfüllt.

**6.2** Für den Entzug der aufschiebenden Wirkung müssen überzeugende Gründe vorliegen. Es muss ein schwerer Nachteil drohen, würde die aufschiebende Wirkung nicht entzogen. Dabei ist jedoch zu beach-

ten, dass nicht nur ganz aussergewöhnliche Umstände den Entzug der aufschiebenden Wirkung zu rechtfertigen vermögen (vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 650; BGE 129 II 286 E. 3.1 f.).

Die Vorinstanz führt aus, dass der Beschwerdeführer bei einer Abweisung seiner Beschwerde in der Hauptsache die als Folge der aufschiebenden Wirkung geleisteten Lohnzahlungen zurückzahlen müsste, er dabei aber nicht auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung zurückgreifen könnte. Diese Argumentation geht an der Sache vorbei. Ob den Beschwerdeführer eine Rückzahlungspflicht für zu Unrecht bezogenen Lohn trifft, ist nicht abhängig davon, ob er Arbeitslosengelder bezieht oder nicht. Eine solche Rückforderung der Arbeitgeberin greift zudem nicht ohne weiteres Platz, sondern müsste separat verfügt werden; ob die SBB im Falle einer rechtskräftigen Abweisung der Beschwerde in der Hauptsache eine solche Verfügung erlassen würden, ist keineswegs klar (vgl. dazu auch KUSTER ZÜRCHER, a.a.O., S. 160 ff.). Der Hinweis auf fehlenden Bezug von Arbeitslosenentschädigung stellt deshalb keinen Anordnungsgrund für den Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde dar. Andere Gründe, wonach es für sie einen schweren Nachteil bedeuten würde, wenn der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zukäme, legt die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung nicht dar. Erst in der Vernehmlassung weist sie auf das Risiko der späteren Uneinbringlichkeit zu Unrecht erbrachter Lohnzahlungen hin. Der Vorinstanz ist zwar insoweit zu folgen, als der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers einer Weiterbeschäftigung nicht absolut entgegen steht und die Arbeitgeberin von daher durchaus eine Lohnzahlungspflicht treffen kann (vgl. Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts A-6609/2007 vom 25. Oktober 2007 E. 3.2). Soweit darin aber überhaupt ein *schwerer* Nachteil für sie erblickt werden kann, betrifft dies die im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmende Interessenabwägung (dazu sogleich E. 6.3).

**6.3** Verhältnismässig ist der Entzug der aufschiebenden Wirkung, wenn er geeignet und erforderlich ist, die drohende Gefahr abzuwenden und die Interessen am Entzug der aufschiebenden Wirkung die Interessen des Beschwerdeführers an deren Gewährung überwiegen; die sich gegenüber stehenden Interessen sind mithin gegeneinander abzuwägen (vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 650 sowie HÄNER, a.a.O., S. 343 ff.).

Die Vorinstanz weist in der angefochtenen Verfügung einzig darauf hin, dass vorliegend das Interesse des Beschwerdeführers an der Weiterführung des Arbeitsverhältnisses mit der NOA bis zum Entscheid in der Hauptsache und dementsprechend an weiteren Lohnzahlungen, dem Interesse der SBB an der Vollstreckbarkeit der Verfügung gegenüber stehe. Eine eigentliche Abwägung dieser Interessen nimmt die Vorinstanz jedoch nicht vor. Die von ihr angeführten Aspekte scheinen ohnehin nachgelagert: In erster Linie ausschlaggebend für die Frage der Verhältnismässigkeit sind vielmehr die finanziellen Folgen für die Beteiligten. Angesichts der gravierenden Konsequenzen für den Beschwerdeführer (s. oben E. 1.2) und der im Vergleich dazu geringen budgetmässigen Auswirkungen auf der Seite der Arbeitgeberin (zur Dauer der Lohnzahlungspflicht vgl. auch Art. 56 BPV) ist die Verhältnismässigkeit des Entzugs der aufschiebenden Wirkung klar zu verneinen (vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-385/2007 vom 29. März 2007 E. 4.5.4 mit weiteren Hinweisen).

**7.**

Soweit der Beschwerdeführer die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Einsprache/Beschwerde vom 26. Juni 2007 verlangt, ist die Beschwerde demnach gutzuheissen.

**8.**

In personalrechtlichen Angelegenheiten ist das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht unabhängig vom Verfahrensausgang kostenlos, ausser bei Mutwilligkeit (Art. 34 Abs. 2 BPG). Es sind daher vorliegend keine Verfahrenskosten zu erheben.

**9.**

Dem obsiegenden und berufsmässig vertretenen Beschwerdeführer ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihm erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Gemäss Art. 10 Abs. 2 VGKE ist von einem Stundensatz von mindestens Fr. 100.-- auszugehen. Der berufsmässige Vertreter des Beschwerdeführers hat eine Kostennote im Betrage von Fr. 945.25 (inkl. Mehrwertsteuer) eingereicht, was für den vorliegenden Fall angemessen ist. Die Parteient-

schädigung in dieser Höhe ist dem Beschwerdeführer durch die Vorinstanz auszurichten.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**
Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben und die aufschiebende Wirkung der Einsprache/Beschwerde vom 26. Juni 2007 wieder hergestellt.

**2.**
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**3.**
Der Vorinstanz wird eine Parteientschädigung zu Gunsten des Beschwerdeführers von Fr. 945.25 auferlegt.

**4.**
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. GS-RD 038/2007/3 Kf; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

| Der vorsitzende Richter: | Die Gerichtsschreiberin: |
|---|---|
| Jürg Kölliker | Yasemin Cevik |

## 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 (Art. 85 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Bei einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit ist die Beschwerde nur zulässig, wenn sie die Gleichstellung der Geschlechter betrifft (Art. 83 Bst. g BGG). Zwischenverfügungen sind in all diesen Fällen unter den Voraussetzungen von Art. 93 BGG anfechtbar.

Steht die Beschwerde offen, so ist sie innert 30 Tagen nach Eröffnung des angefochtenen Urteils zu erheben. Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Sie muss spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (Art. 42, 48 und 100 BGG).

Versand: