Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-2662/2013

Urteil vom 9. Dezember 2013

Besetzung

Richterin Marianne Ryter (Vorsitz),
Richter André Moser, Richterin Marie-Chantal May Canellas,
Gerichtsschreiberin Beatrix Schibli.

Parteien

A._____,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

Sachverhalt:

A.
A._____ trat am (…) als (…) bei den Schweizerischen Bundesbahnen SBB ein. Ab dem (…) wurde er als (…) in der (…) eingesetzt und ab dem (…) als (…) im (…). Seit dem (…) ist er als (…) bei (…) angestellt. Seit Oktober 2009 arbeitet er nicht mehr in seiner angestammten Funktion.

B.
Da A._____ von Oktober 2009 bis Dezember 2010 zu 100% ärztlich krank geschrieben war, wurde ihm mit Schreiben vom 15. November 2010 im Zusammenhang mit beruflicher Reintegration bei krankheits- oder unfallbedingter Einschränkung der Arbeitsleistung der Beginn der zweijährigen Lohnanspruchsfrist rückwirkend per 22. August 2010 eröffnet.

C.
Mit Schreiben vom 8. September 2011 teilte ihm die SBB mit, dass seine Stelle als (…) in (…) per (…) aufgrund einer Reorganisation aufgehoben werde. Der Bereich (…) werde per (…) in die (…) migriert werden.

D.
Im Dezember 2011 erschien A._____ nicht zu einem Vorstellungsgespräch betreffend einen Arbeitseinsatz bei den SBB als (…) in (…).

E.
Am 13. Januar 2012 erliess die SBB eine Kündigungsandrohung mit der Begründung, dass A._____ im Zeitraum von November 2011 bis Januar 2012 erneut arbeitsrechtliche Pflichten verletzt habe. Die Kündigung wurde angedroht für den Fall, dass A._____ den Prozess der beruflichen Reintegration künftig nicht aktiv unterstützen sollte oder konkrete neue Arbeitspflichtverletzungen hinzukommen sollten. Die gegen die Kündigungsandrohung erhobene Einsprache wurde mit Entscheid vom 16. März 2012 abgewiesen.

F.
Mit Schreiben vom 28. Februar 2012 wurde A._____ das Formular "Anmeldung Prävention" zugestellt. Er wurde gebeten, das ausgefüllte Formular zu retournieren, damit der Präventionsprozess für die Neuorientierung im Anschluss an eine Stellenaufhebung wegen Reorganisation gestartet werden könne.

G.
Im Mai 2012 trat A._____ einen geplanten Arbeitseinsatz als (…) bei den SBB in (…) nicht an.

H.
Mit Verfügung vom 30. August 2012 löste die SBB, (…), schliesslich das Arbeitsverhältnis mit A._____ infolge mangelnder Bereitschaft zur Verrichtung zumutbarer anderer Arbeit im Rahmen der beruflichen Reintegration, der Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten sowie mangelhaften Verhaltens gestützt auf Ziffer 157, 179 sowie 182 Gesamtarbeitsvertrag der SBB, in Kraft getreten am 1. Juli 2011 (nachfolgend: GAV SBB 2011) per 31. März 2013 auf. Zudem verfügte sie die Einstellung der Lohnzahlungen per 31. August 2012 mit der Begründung, die zweijährige Lohnfortzahlungsfrist gemäss Ziffer 133 GAV SBB 2011 sei abgelaufen.

I.
Gegen diese Verfügung erhob A._____ mit Eingabe vom 8. Oktober 2012 Einsprache / Beschwerde beim Konzernrechtsdienst der SBB. Mit Schreiben vom 6. November 2012 beantragte die SBB, (…), die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung.

J.
Mit Entscheid vom 3. April 2013 wies der Leiter des Konzernrechtsdienstes die Einsprache / Beschwerde von A._____ ab und entzog einer allfälligen Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung.

Er begründete seinen Entscheid damit, dass der Beschwerdeführer mehrmals wichtige Pflichten im Sinne von Ziff. 182 GAV SBB 2011 verletzt habe, indem er im Anschluss an die Aufhebung seiner Stelle in (…) wegen Reorganisation mangelnde Bereitschaft zu zumutbarer anderer Arbeit gezeigt habe.

K.
Gegen den Entscheid vom 3. April 2013 des Konzernrechtsdienstes (Vorinstanz) gelangt A._____ (Beschwerdeführer) mit Beschwerde vom 10. Mai 2013 ans Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Weiterbeschäftigung (am angestammten Arbeitsplatz bzw. in seiner angestammten Tätigkeit als …) bei den SBB. Zudem fechtet er die Lohneinstellung ab 1. September 2012 an. In verfahrensrechtlicher Hinsicht verlangte er die

Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde, insbesondere Lohnzahlungen ab 1. September 2012 sowie die Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung.

Zur Begründung führt er unter anderem aus, er sei arbeitsfähig. Es würden ihm zu Unrecht Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit seiner Bereitschaft zu zumutbarer anderer Arbeit vorgeworfen. Was die Einstellung der Lohnzahlungen ab September 2012 betreffe, so habe die zweijährige Lohnanspruchsfrist nicht ablaufen können, da er nur kurz krank gewesen sei und er zwischenzeitlich wieder gearbeitet habe.

L.
Die Vorinstanz verweist in ihrer Vernehmlassung vom 14. Juni 2013 auf ihren Entscheid vom 3. April 2013. Betreffend das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung hielt sie fest, der Beschwerdeführer erhalte wegen Ablauf der zweijährigen Lohnanspruchsfrist gemäss Ziffer 133 GAV SBB 2011 ohnehin keinen Lohn mehr.

M.
Mit Zwischenverfügung vom 24. Juni 2013 stellte das Bundesverwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wieder her, womit auch die Lohnzahlungspflicht der Arbeitgeberin weiter bestand.

N.
Mit Eingabe vom 8. Juli 2013 beantragte der Beschwerdeführer Einsicht in die von der Vorinstanz eingereichten Akten.

O.
Mit Zwischenverfügung vom 11. Juli 2013 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Akteneinsichtsgesuch des Beschwerdeführers vom 8. Juli 2013 gut.

P.
In seiner Eingabe vom 18. Juli 2013 rügte der Beschwerdeführer, die von der Vorinstanz eingereichten Akten seien unvollständig.

Q.
Das Bundesverwaltungsgericht forderte mit Zwischenverfügung vom 24. Juli 2013 die Vorinstanz auf, bis zum 12. August 2013 die Vorakten zu vervollständigen und dem Bundesverwaltungsgericht einzureichen.

R.
Der Beschwerdeführer hält in seiner Replik vom 12. August 2013 sinngemäss an seinen in der Beschwerde und Eingabe vom 8. Oktober 2013 gemachten Anträgen fest. Er verzichtet auf eine öffentliche Parteiverhandlung. Zudem stellte er einen weiteren Antrag auf Akteneinsicht.

S.
Die Vorinstanz reichte mit Eingabe vom 27. August 2013 weitere Akten nach.

T.
In seiner Eingabe vom 14. September 2013 bleibt der Beschwerdeführer bei seinen Anträgen.

U.
Mit Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. September 2013 wurde die Vorinstanz aufgefordert, die Stellenbeschreibungen der dem Beschwerdeführer ab Dezember 2010 angebotenen Stellen/Arbeitseinsätze einzureichen.

V.
Der Beschwerdeführer verweist mit Schreiben vom 19. Oktober 2013 auf die früheren Eingaben und hält an seinen in der Beschwerde gemachten Anträgen fest.

W.
Auf die weiteren Vorbringen der Parteien sowie bei den Akten liegenden Schriftstücke wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Die Bestimmungen über das Dienstverhältnis des Bundespersonals finden auch auf 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 Bundespersonal-

gesetzes vom 24. März 2000 [BPG, SR 172.220.1]). Entsprechend kommt den SBB bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten gegenüber Angestellten Verfügungsgewalt zu (Art. 34 Abs. 1 BPG). Die Bestimmungen des Bundespersonalgesetzes wurden auf den 1. Juli 2013 hin weitgehend revidiert (vgl. AS 2013 1493). Auf das vorliegende Beschwerdeverfahren kommt jedoch noch das vor dem 1. Juli 2013 geltende Recht (AS 2001 894 und nachfolgende Fassungen) zur Anwendung (Art. 41 Abs. 3 BPG; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2347/2013 vom 13. August 2013 E. 1).

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat. Die SBB als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft (vgl. Art. 2 Abs. 1 SBBG) sind eine Vorinstanz gemäss Art. 33 lit. h VGG und es besteht im vorliegend zur Beurteilung stehenden Bereich des Bundespersonalrechts keine Ausnahme nach Art. 32 VGG.

Gemäss Art. 36 Abs. 1 BPG können personalrechtliche Entscheide interner Beschwerdeinstanzen im Sinne von Art. 35 Abs. 1 BPG beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. In Bezug auf die SBB bezeichnet der entsprechende Gesamtarbeitsvertrag die interne Beschwerdeinstanz (vgl. Art. 38 BPG); gemäss Ziffer 195 GAV SBB 2011 agiert die Konzernleitung als solche.

Damit ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde gegen den Entscheid des Konzernleiters vom 3. April 2013 zuständig.

1.2 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Der Beschwerdeführer ist formeller und materieller Verfügungsadressat und hat ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Abänderung der angefochtenen Verfügung. Er ist daher zur Beschwerde legitimiert.

1.3 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist daher einzutreten.

2.
Im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht gilt der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen. Das Bundesverwaltungsgericht ist nicht an die Begründung der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

3.
Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet mit uneingeschränkter Kognition und überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger und unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG). Bei der Prüfung der Angemessenheit auferlegt es sich indes eine gewisse Zurückhaltung, soweit es um die Leistungsbeurteilung von Angestellten, um verwaltungsorganisatorische Fragen oder um Probleme der betriebsinternen Zusammenarbeit und des Vertrauensverhältnisses geht. In diesen Fällen weicht es im Zweifel nicht von der Auffassung der Vorinstanz ab und setzt sein eigenes Ermessen nicht an deren Stelle (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5859/2012 vom 15. Mai 2013 E. 2, A-134/2012 vom 13. Juli 2012 E. 2, A-734/2011 vom 11. Juli 2011 E. 5.1; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.160).

4.

4.1 In verfahrensrechtlicher Hinsicht macht der Beschwerdeführer eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Er führt diesbezüglich aus, zum einen habe die Arbeitgeberin ihm von Beginn weg eine längere Frist zur Stellungnahme ansetzen müssen. Weiter hätte man sein Fristerstreckungsgesuch gutheissen oder ihm bei der Abweisung wenigstens eine Nachfrist setzen müssen. Selbst wenn Gründe zur Ablehnung eines Fristerstreckungsgesuchs vorgelegen hätten, liege insgesamt eine ärztlich bestätigte Krankheitsverhinderung vom 24. Juni bis 29. Juni 2012 vor. Aus diesem Grund sei seine Stellungnahme vom 30. Juni 2012 zu den Akten zu nehmen und vollständig zu berücksichtigen sowie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs festzustellen.

4.2 Die Vorinstanz führt im angefochtenen Entscheid dazu aus, eine Fristverlängerung hätte nur gewährt werden müssen, wenn zureichende Gründe vorgebracht worden wären. Das Vorbringen des Beschwerdefüh-

rers, dass die Akten sehr umfangreich seien, sei jedoch korrekterweise als nicht zureichenden Grund betrachtet worden. Es sei im vorliegenden Fall zulässig gewesen, die Frist trotz Vorliegen eines Artzeugnisses nicht zu verlängern. Es hätten zu Recht Gründe bestanden, an der Richtigkeit des Zeugnisses zu zweifeln. Zudem habe der Beschwerdeführer Gelegenheit gehabt, sich vor der Vorinstanz zur Kündigung zu äussern, weswegen eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt wäre.

4.3 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. 26 ff. VwVG konkretisiert. Er umfasst insbesondere auch das Recht, Einsicht in alle Akten zu nehmen, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden (Art. 26 VwVG) sowie sich zu äussern, bevor entschieden wird (Art. 30 VwVG). Das Recht der Behörden, die Modalitäten der Anhörung zum Beispiel durch Fristansetzung einseitig festzulegen, entspringt ihrer Prozessleitungsbefugnis (vgl. BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], VwVG Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 30, Rz. 27). Auch besteht gemäss Art. 22 Abs. 2 VwVG kein Rechtsanspruch auf eine Fristerstreckung.

Im Allgemeinen müssen aber die Modalitäten der Anhörung so ausgestaltet werden, dass die Parteien ihre Mitwirkungsrechte angemessen, wirksam und effizient wahrnehmen können. Dies beurteilt sich insbesondere nach den besonderen Umständen des konkreten Einzelfalls, so zum Beispiel der Komplexität der Sachverhalts- und Rechtsfragen oder der Intensität des durch die Verfügung bewirkten Eingriffs in die Rechtsstellung des Betroffenen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6738/2011 und A-6760/2011 vom 30. Oktober 2012 E. 3.4.2; WALDMANN/BICKEL, a.a.O., Art. 30, Rz. 28).

Im Allgemeinen werden im Personalrecht auch Fristen von wenigen Tagen für eine Äusserung als mit dem rechtlichen Gehör vereinbar betrachtet, wobei immer auf die Umstände im Einzelfall abgestellt wird (vgl. zur kurzen Frist Urteil des Bundesgerichts 2A.487/2001 vom 12. Dezember 2001 E. 2b; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5859/2012 vom 15. Mai 2013 E. 3.4 zur Frist von fünf Tagen).

Vorliegend gab die Arbeitnehmerin dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 7. Juni 2012 Gelegenheit, sich innert 10 Tagen nach Erhalt dieses

Schreibens zur Untersuchung, zum Sachverhalt und zur vorgesehenen Massnahme schriftlich zu äussern (act. 7.2.94). Wie vom Beschwerdeführer anerkannt, hat er das Schreiben am 16. Juni 2012 erhalten (act. 7.2.95). Die dem Beschwerdeführer vorliegend angesetzte Frist von zehn Tagen ist zwar nicht besonders lang, doch kann darin bzw. in der verweigerten Fristerstreckung/Nachfrist keine Verletzung des rechtlichen Gehörs erblickt werden. Schliesslich waren dem Beschwerdeführer die Vorwürfe der Vorinstanz, die zur Kündigung geführt haben, aufgrund stetiger Korrespondenz und der Kündigungsandrohung bestens bekannt. Wie es sich mit der Richtigkeit des Arztzeugnisses für die Zeit vom 24. Juni 2012 bis 29. Juni 2012 (beschwerdeführerische Beilage A08 und A09) im Einzelnen verhält, kann offen gelassen werden. Selbst wenn man nämlich eine Verletzung des rechtlichen Gehörs bejahen wollte, wurde diese geheilt (vgl. zu den Voraussetzungen der Heilung BGE 137 I 195 E. 2.3): Die Verletzung wäre vorliegend nicht als besonders schwerwiegend einzustufen. Der Beschwerdeführer hatte sodann im Rahmen der Beschwerdemöglichkeit an die Vorinstanz 30 Tage Zeit, sich zur Kündigung zu äussern, wobei die Vorinstanz Sachverhalt und Rechtsfrage im vorliegenden Fall ebenso wie die Erstinstanz mit uneingeschränkter Kognition prüfte.

5.

Vorliegend ist in der Sache in erster Linie strittig, ob dem Beschwerdeführer ungenügende Bereitschaft zu zumutbarer anderer Arbeit im Anschluss an eine Reorganisation vorzuwerfen ist und der Kündigung demzufolge ein rechtlich zulässiger Kündigungsgrund zugrunde liegt:

Als Angestellter der SBB untersteht der Beschwerdeführer grundsätzlich dem BPG (vgl. oben E. 1.1). Die SBB regeln das Arbeitsverhältnis durch den Gesamtarbeitsvertrag näher (Art. 6 Abs. 3 i.V.m. Art. 38 BPG; Art. 15 Abs. 2 SBBG).

Nach Ablauf der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis auf Ende jeden Monats mit einer von der Anzahl Anstellungsjahre abhängigen Mindestfrist ordentlich gekündigt werden (Ziff. 183 Abs. 2 GAV SBB 2011). Gemäss Ziff. 182 GAV SBB 2011, welcher in abschliessender Aufzählung die Kündigungsgründe auflistet, ist die Kündigung namentlich zulässig bei Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten (lit. a), Mängel in der Leistung oder im Verhalten (lit. b) sowie die mangelnde Bereitschaft zur Verrichtung zumutbarer anderer Arbeit (lit. d). Betrifft die mangelnde Bereitschaft zur Verrichtung zumutbarer anderer Arbeit die Arbeit

beim bisherigen Arbeitgeber (also vorliegend den SBB), so fällt dieser Kündigungsgrund mit dem Kündigungsgrund der Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten zusammen (vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5146/2011 vom 1. Oktober 2012 E. 5).

Ziff. 174 GAV SBB 2011 präzisiert Ziff. 182 GAV SBB 2011 betreffend die berufliche Neuorientierung für Mitarbeitende, die ihre Stelle aufgrund von Reorganisations- und Rationalisierungsprozessen verlieren. Gemäss Ziff. 174 GAV SBB 2011 löst die SBB das Arbeitsverhältnis auf, wenn die Person den Prozess der beruflichen Neuorientierung nicht aktiv unterstützt (lit. a) oder ein Stellenangebot innerhalb der Unternehmung oder zwei Stellenangebote ausserhalb der Unternehmung ablehnt, die aufgrund der Vereinbarung gemäss Ziffer 172 GAV SBB 2011 zumutbar wären (lit. c).

6.
In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob dem Beschwerdeführer eine Arbeitsverweigerung angelastet werden kann:

6.1 Die Vorinstanz macht unter Verweis auf die erstinstanzliche Verfügung vom 30. August 2012 geltend, die ungenügende Bereitschaft des Beschwerdeführers zu anderer Arbeit sei aufgrund folgender Vorkommnisse gegeben:

6.1.1 Der Beschwerdeführer sei nicht an ein Gespräch am 22. Dezember 2011 betreffend einen *Arbeitseinsatz als (…)* in (…) erschienen. Am 16. Dezember 2011 habe die Erstinstanz dem Beschwerdeführer die Einladung dafür per E-Mail zugestellt. Am 19. Dezember 2011 sei die Einladung eingeschrieben auf die Post gegangen. Der Beschwerdeführer habe jedoch per E-Mail nicht reagiert. Die Erstinstanz habe am 21. Dezember 2011 und 22. Dezember 2011 mehrmals vergeblich versucht, den Beschwerdeführer telefonisch zu kontaktieren. Der Bereich, in dem der Arbeitsversuch habe stattfinden sollen, habe anschliessend anders organisiert werden müssen und der geplante Einsatz sei nicht mehr möglich gewesen.

6.1.2 Trotz Kündigungsandrohung am 13. Januar 2012 sei der Beschwerdeführer der weiteren Aufforderung vom 28. Februar 2012 nicht nachgekommen und habe das *Formular "Anmeldung Prävention"* für den Präventionsprozess der beruflichen Neuorientierung anschliessend an eine Reorganisation gemäss Ziffer 170-176 GAV SBB 2011 sowie Anhang

9 GAV SBB 2011 nicht retourniert. Selbst nach der Mahnung vom 3. April 2012 habe er das Formular weder zurückgesandt noch ans Gespräch vom 26. April 2012 mitgenommen.

6.1.3 Weiter habe er trotz mehrfacher Aufforderung einen geplanten Arbeitseinsatz als (...*) in (…)* im Mai 2012 nicht angetreten.

6.1.4 Die Beobachtung wie der Beschwerdeführer trotz Arztzeugnis, welches ihm sowohl Arbeits- als auch Reiseunfähigkeit attestiert habe, im Juni 2012 *einen Zug bestieg*, habe Anlass dazu gegeben, den Gesundheitszustand vom vertrauensärztlichen Dienst überprüfen zu lassen. Der Beschwerdeführer habe sich jedoch geweigert, das Ermächtigungsformular für Ärzte einzureichen.

6.2 Der Beschwerdeführer wendet ein, die Beweislast liege bei der Arbeitgeberin und diese könne die geltend gemachten Pflichtverletzungen nicht beweisen:

6.2.1 Der Vorwurf, er habe auf eine Einladung zu einem *Vorstellungsgespräch als (…)* im Dezember 2011 nicht reagiert, sei nicht wahr. Vielmehr sei hier die Verständigung durch die Arbeitgeberin zu spät erfolgt. Erst am 19. Dezember 2011 habe diese der Post einen Brief zu Handen des Beschwerdeführers für ein Gespräch am 22. Dezember 2011 übergeben. Entgegen den Behauptungen der Arbeitgeberin habe er auch keine E-Mails in dieser Sache erhalten und ebenso wenig sei er angerufen worden. Aus den eingereichten Beschwerdebeilagen gehe vielmehr hervor, dass er sich umgehend nach Eingang des erwähnten Einladungsschreibens am 30. Dezember 2011 mit besagtem Herrn E._____ in Verbindung gesetzt habe, um mit diesem einen Termin zu vereinbaren. Der Arbeitgeberin seien im Übrigen bereits zu diesem Zeitpunkt die act. A01 und A02 vorgelegen und er hätte ebenso lange wieder (in seiner angestammten Funktion) eingesetzt werden können.

6.2.2 Was den vorgeworfenen Nichtantritt eines *Arbeitseinsatzes als (…) in (…)* am 29. Mai 2012 betreffe, so werde immer wieder vergessen, dass Dr. C._____ mit Bericht vom 16. Mai 2012 eine Versetzung des Beschwerdeführers (auch betreffend den Arbeitseinsatz am 29. Mai 2012) weiterhin als nicht sinnvoll erachtet habe. Stattdessen habe der Arzt sich für eine Rückkehr an den angestammten Arbeitsplatz und in den Beruf des (…) ausgesprochen. Es könne vom Beschwerdeführer nicht verlangt werden, sich der expliziten Auflage der Arbeitgeberin im Reintegrati-

onsplan, sich an Weisungen und Empfehlungen der Ärzte zu halten, zu widersetzen. Ein Gespräch zwischen Medical Service und Arbeitgeberin bezüglich des Arbeitseinsatzes vom 29. Mai 2012 sei weder belegt noch dokumentiert.

Gründe, warum der Beschwerdeführer am 4. Juni 2012 (und danach) trotz der erneuten, eindeutigen ärztlichen Empfehlung vom 16. Mai 2012 nicht wieder hätte am angestammten Arbeitsplatz eingesetzt werden können, nenne die Arbeitgeberin keine.

6.2.3 Die vehement bestrittene reine Parteibehauptung, er habe *am 26. Juni 2012 angeblich einen Zug in (…)* bestiegen, sei erst 16 Tage nach der angeblichen Beobachtung und zehn Tage nach Eingang der Eingabe bei der Arbeitgeberin durch diese nachgeschoben worden. Die Arbeitgeberin hätte den Medical Service oder den Vertrauensarzt konsultieren können, falls sie Zweifel an der Krankheit gehabt habe. Das habe sie jedoch nicht getan. Im Weiteren habe er entgegen der Darstellung der verfügenden Instanz als auch der Vorinstanz dem dafür zuständigen vertrauensärztlichen Dienst die Befreiung vom Arztgeheimnis ausdrücklich und aktiv mit Schreiben vom 9. August 2012 angeboten.

6.3 Im Verwaltungsprozess gilt der Untersuchungsgrundsatz; die Behörde ermittelt den Sachverhalt von Amtes wegen (Art. 12 VwVG), wobei den Parteien unter Umständen Mitwirkungspflichten obliegen (Art. 13 VwVG). Eine eigentliche Beweisführungslast trifft die Parteien dagegen – anders als im Zivilprozess – nicht (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.149). Das Bundesverwaltungsgericht würdigt die vorgelegten Beweismittel frei (Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273] i.V.m. Art. 19 VwVG). Der Beweis ist erbracht, wenn das Gericht gestützt auf die Beweiswürdigung nach objektiven Gesichtspunkten zur Überzeugung gelangt, dass sich der rechtserhebliche Sachverhalt verwirklicht hat (MOSER/BEUSCH/KNEU-BÜHLER, a.a.O., Rz. 3.141).

Bleibt ein behaupteter Sachumstand unbewiesen, stellt sich die Frage, wer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Diesbezüglich gilt auch im Bereich des öffentlichen Rechts in Anlehnung an Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass diejenige Partei das Vorhandensein einer Tatsache zu beweisen hat, welche aus ihr Rechte ableitet. Demzufolge trägt bei begünstigenden Verfügungen grundsätzlich der Ansprecher

die Beweislast, während bei belastenden Verfügungen die Verwaltung beweisbelastet ist. Hinsichtlich der Gültigkeit der Kündigung obliegt die Beweislast somit dem Arbeitgeber (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-734/2011 vom 11. Juli 2011 E. 6.4 sowie A-962/2009 vom 23. Juli 2009 E. 6.3; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.150).

6.4 Aus den Akten ergibt sich Folgendes:

6.4.1 Betreffend das Vorstellungsgespräch am 22. Dezember 2011 für den Arbeitseinsatz bei den SBB als (…*)* ist Folgendes festzuhalten: Dem Arbeitnehmer ist grundsätzlich – auch wenn er sich im Reintegrationsprozess befindet, den er zu unterstützen hat – eine minimale, den Umständen angemessene Reaktionszeit zuzugestehen. Die E-Mail vom 16. Dezember 2011 findet sich zwar nicht in den Akten. Der eingeschriebene Brief mit Datum vom 16. Dezember 2011 (act. 7.2.74) bzw. die Abholmeldung der Post ist jedoch nachweislich gemäss Sendungsverfolgung am 20. Dezember 2011 beim Beschwerdeführer und damit zwei Tage vor dem Vorstellungsgespräch eingegangen (act. 7.2.74). Zudem wusste der Beschwerdeführer vorliegend aufgrund des Gesprächs vom 23. November 2011, dass (nach seinen Ferien) in der Woche vor Weihnachten ein Vorstellungsgespräch stattfinden und er dazu per Mail und Brief kontaktiert werden würde (act. 7.2.76 Ziff. 2 sowie act. 7.2.77 S. 2). Unter diesen Umständen hat der Beschwerdeführer in diesem Fall die ihm zuzustehende Reaktionszeit eindeutig überschritten, wenn er auf die Kontaktversuche per Telefon überhaupt nicht reagiert hat (vgl. Aktennotiz vom 22. Dezember 2011 act. 7.2.75: mehrmals am 21. Dezember 2011 abends sowie am 22. Dezember 2011 auf Festnetz sowie Mobiltelefon mehrmals am 22. Dezember 2011) und den Brief trotz Abholungseinladung vom 20. Dezember 2011 erst am 30. Dezember 2011 abgeholt bzw. sich am 2. Januar 2012 bei der Arbeitgeberin gemeldet hat (Beschwerdebeilage A79).

Es ist somit bezüglich dieses Vorfalls eine ungenügende Bereitschaft des Beschwerdeführers zum Prozess der beruflichen Neuorientierung zu bejahen.

6.4.2 Mit Schreiben vom 28. Februar 2012 wurde dem Beschwerdeführer der Start des Präventions-Prozesses im Anschluss an die Aufhebung der Stelle mitgeteilt und das *Formular "Anmeldung Prävention"* zugestellt mit der Bitte, dieses unterschrieben zu retournieren (act. 7.2.79). Gemäss Sendungsverfolgung wurde das Schreiben am 29. Februar 2012 aufge-

geben und am 8. März 2012 am Schalter zugestellt (act. 7.2.79). Trotz Mahnung der Arbeitgeberin vom 3. April 2012 (act. 7.2.82), das Formular "Anmeldung Prävention" einzureichen, reichte er dieses am Gespräch vom 26. April 2012 nicht ein (act. 7.2.85). Mit Schreiben vom 9. Mai 2012 wurde ihm letztmals Frist gesetzt, bis am 25. Mai 2012 das Formular einzureichen (act. 7.2.90). Es ergibt sich nirgends aus den Akten, dass dieser das Formular im Anschluss daran eingereicht hätte und wird vom Beschwerdeführer auch nicht geltend gemacht.

Der Beschwerdeführer hat folglich erwiesenermassen das Formular "Anmeldung Prävention", welches dem Start des Prozesses der beruflichen Neuorientierung im Anschluss an eine Reorganisation dient, nicht eingereicht.

6.4.3 Was den *Arbeitseinsatz als (…)* betrifft, so wurde der Beschwerdeführer bereits am 3. April 2012 zu einem Vorstellungsgespräch am 26. April 2012 eingeladen (act. 7.2.82). Am Gespräch vom 26. April 2012 nahm er die angebotene Arbeit nicht an, sondern verwies auf seinen Arzttermin, welchen er zuerst abwarten wolle. Er versprach, bis am 4. Mai 2012 Herrn D._____ eine erste Rückmeldung zu geben (act. 7.2.85). Mit Schreiben vom 27. April 2012 hatte der Beschwerdeführer einige Fragen und stellte Forderungen betreffend Arbeitseinsatz (act. 7.2.86), welche die Arbeitgeberin mit Schreiben vom 2. Mai 2012 beantwortete (act. 7.2.87). Mit E-Mail vom 4. Mai 2013 gab der Beschwerdeführer keine definitive Haltung über den Arbeitseinsatz in (…) kund, sondern informierte die Arbeitgeberin, dass er einen weiteren Arzttermin am 18. Mai 2012 habe (act. 7.2.88). Die Arbeitgeberin wies darauf hin, dass ein zweiter Arzttermin nicht abgemacht war und legte den Start des Arbeitseinsatzes auf den 14. Mai 2012 fest (act. 7.2.89). Mit E-Mail vom 9. Mai 2012 hielt der Beschwerdeführer fest, er wolle an seinen angestammten Arbeitsplatz zurückkehren und Herrn D._____ erhalte eine weitere Rückmeldung nach dem anstehenden Arztbesuch (act. 7.2.91). Darauf setzte die Arbeitgeberin den Arbeitseinsatz auf den 29. Mai 2012 fest und setzte letztmals Frist, bis am 23. Mai 2012 darzulegen, welche medizinischen Gründe dem Arbeitseinsatz in (…) entgegenstünden (act. 7.2.92). Mit Schreiben vom 25. Mai 2012 verwies der Beschwerdeführer auf die erneute ärztliche Einschätzung durch Dr. C._____ vom 16. Mai 2012 und verlangte seinen Einsatz in seiner angestammten Tätigkeit als (…) (neu anstatt in … nun in der …) und lehnte den Arbeitsversuch in (…) ab (act. 7.2.93).

Aufgrund der Akten steht somit fest, dass der Beschwerdeführer den Arbeitseinsatz als (…) in (…) (unter Hinweis auf medizinische Gründe) abgelehnt hat.

6.5 Aufgrund der obenstehenden Erwägungen kann als erwiesen erachtet werden, dass der Beschwerdeführer mehrmals den Prozess der beruflichen Neuorientierung im Sinne von Ziff. 174 GAV SBB 2011 nicht unterstützt und die Arbeit verweigert hat. Es erübrigt sich daher, zusätzlich die Vorwürfe im Zusammenhang mit dem 26. Juni 2012 (Zug bestiegen in … trotz Arbeitsunfähigkeit gemäss Arztzeugnis) zu prüfen. Was die Argumentation des Beschwerdeführers betrifft, er habe immer wieder seine Bereitschaft zur Arbeit als (…) angeboten und andere Stellenangebote seien (aus medizinischen Gründen) nicht zumutbar, so ist darauf im Folgenden einzugehen. Es ist zu prüfen, ob ihm zu Recht nicht die angestammte Tätigkeit als (…) angeboten wurde bzw. ob die ihm angebotene andere Arbeit tatsächlich "zumutbar" war.

7.

7.1 Der Beschwerdeführer bringt im Zusammenhang mit der Zumutbarkeit der ihm angebotenen Arbeit vor, seit 20. Dezember 2010 sei es der Arbeitgeberin frei gestanden, ihn wieder am angestammten Arbeitsplatz einzusetzen. Er hätte in der bisherigen Funktion eingesetzt werden können, was letztmals am 16. Mai 2012 ärztlich bestätigt worden sei. Es seien keine Stellen wegen Reorganisation abgebaut worden. Vielmehr seien sämtliche Stellen aus dem ehemaligen Zentrum (…) in die neue (…) integriert worden. Die fehlbaren Personen B._____ und M._____ würden beispielsweise in der (…) arbeiten, obwohl sie weniger Berufserfahrung aufweisen würden. Im Allgemeinen bestehe bei den (…) ein Personalunterbestand. Entgegen der Meinung der Arbeitgeberin sei er im Übrigen nicht verpflichtet, im Rahmen der (medizinischen) Reintegration beliebig eine völlig andere Stelle anzunehmen. Es gehe nicht an, ihn unter dem Deckmantel der sogenannten Reintegration strafzuversetzen.

7.2 Die Vorinstanz führt aus, dem Beschwerdeführer sei frühzeitig mitgeteilt worden, dass der Bereich (…) per (…) in die (…) migriert werde, was Stellenaufhebungen zur Folge habe. Er sei darüber informiert worden, dass auch seine Stelle als (…) in (…) per (…) aufgehoben werde. Nach dieser Mitteilung sei für den Beschwerdeführer nachweislich nach Möglichkeiten von Arbeitsversuchen und Arbeitseinsätzen gesucht worden. Eine Rückkehr des Beschwerdeführers an seine angestammte Stelle sei

einerseits aufgrund der Stellenaufhebung in (…) und andererseits gestützt auf die Probleme im Sozialverhalten und der Persönlichkeit des Beschwerdeführers nicht möglich gewesen, weshalb die Kündigung nicht missbräuchlich sei.

7.3 Gemäss GAV SBB 2011 bietet die SBB Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, die ihre Stelle aufgrund eines Reorganisations- oder Rationalisierungsprojekts verlieren und die nicht sofort eine zumutbare Lösung finden, die Möglichkeit zur beruflichen Neuorientierung (Ziff. 170 ff. GAV SBB 2011, vgl. im Übrigen zu den Voraussetzungen im Zusammenhang mit Stellenverlust wegen Reorganisation statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-734/2011 vom 11. Juli 2011 E. 5.1 ff. mit zahlreichen Hinweisen; HARRY NÖTZLI, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Bern 2005, Rz. 211 ff.). Weiter ist festzuhalten, dass die SBB unabhängig von einer Reorganisation einen Mitarbeiter versetzen können, sofern bei ungenügenden Leistungen oder unbefriedigendem Verhalten eine Leistungsverbesserung oder Verhaltensänderung im bisherigen Arbeitsumfeld nicht möglich ist (vgl. Ziff. 45 GAV SBB 2011).

Vorliegend hat unbestrittenermassen eine Reorganisation grösseren Ausmasses stattgefunden, denn es wurde der Bereich "…" in eine andere (…) migriert. Zum Kausalzusammenhang zwischen Reorganisation und Wegfall der Stelle des Beschwerdeführers ist festzuhalten, dass der ganze Bereich (…) des Beschwerdeführers von der Reorganisation betroffen war. Ob und wieviele andere Stellen aufgrund dieser Reorganisation dahingefallen sind bzw. wie es sich mit dem Kausalzusammenhang zwischen Reorganisation und dem Wegfall der Stelle des Beschwerdeführers im Einzelnen genau verhält, lässt sich den Akten nicht entnehmen. Dies kann jedoch, wie sich nachfolgend zeigt, offen gelassen werden, da vorliegend ohnehin die Voraussetzungen für eine Versetzung erfüllt gewesen wären (vgl. dazu unten E. 7.4.4). Dem Beschwerdeführer ist jedenfalls die Aufhebung seiner Stelle wegen Reorganisation per (…) bereits am 8. September 2011 angekündigt worden und die Stelle ist aufgehoben worden.

7.4 Zu prüfen ist im Folgenden, ob dem Beschwerdeführer im Rahmen des Prozesses der beruflichen Neuorientierung eine mangelnde Bereitschaft zu "zumutbarer" anderer Arbeit vorzuwerfen ist. Dabei ist vorliegend insbesondere strittig, welche Tätigkeit dem Beschwerdeführer zumutbar war:

7.4.1 Gemäss GAV SBB 2011 wird zwischen den SBB und dem Arbeitnehmer im Falle einer Reorganisation eine Zumutbarkeitsvereinbarung betreffend Stellenangebote abgeschlossen (Ziff. 172 Abs. 2 GAV SBB 2011). Die Zumutbarkeit von Stellenangeboten wird aufgrund von vier Kriterien beurteilt: Arbeitsweg, Tätigkeit, Arbeitszeit und Lohn (Ziff. 7 Abs. 2 Anhang 9 GAV SBB 2011). Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter legen für jedes der vier Kriterien ihre persönliche Flexibilität fest. Sie haben die Möglichkeit, das Ausmass der Flexibilität selbst zu gewichten und entsprechende Prioritäten zu setzen (Ziff. 7 Abs. 3 Anhang 9 GAV SBB 2011). Die Zumutbarkeitsvereinbarung ist in den ersten sechs Monaten seit Eintritt in die berufliche Neuorientierung abzuschliessen (Ziff. 7 Anhang 9 GAV SBB 2011). Für den Fall, dass keine Zumutbarkeitsvereinbarung zustande kommt, enthält der GAV SBB keine Vorschriften. Für einen solchen Fall ist zu berücksichtigen, dass die Zumutbarkeitsvereinbarung eine Vereinbarung über die individuelle Zumutbarkeit von Stellenangeboten darstellt (Ziff. 172 Abs. 2 GAV SBB 2011) und somit betreffend die Zumutbarkeit anderer Arbeit lediglich eine präzisierende Funktion wahrnimmt. Auch im Hinblick darauf, dass es sowohl im Sinne der Arbeitgeberin wie auch des Arbeitnehmers ist, dass bei nicht zustande gekommener Vereinbarung grundsätzlich ebenfalls mit dem Prozess der beruflichen Neuorientierung fortgefahren werden können muss, darf eine nicht zustande gekommene Vereinbarung für die Arbeitgeberin kein Hinderungsgrund sein, dem Arbeitnehmer andere zumutbare Arbeit anzubieten (ausser die Arbeitgeberin verhindert durch einen Verfahrensfehler überhaupt die Möglichkeit einer Vereinbarung). Kommt also eine Zumutbarkeitsvereinbarung nicht zustande, muss vielmehr gelten, dass sich die Zumutbarkeit der angebotenen Arbeit anhand allgemein geltender Regeln beurteilt.

Im vorliegenden Fall ist keine Zumutbarkeitsvereinbarung zwischen der Arbeitgeberin und dem Beschwerdeführer im Prozess der beruflichen Neuorientierung im Anschluss an eine Reorganisation zustande gekommen, welche die Zumutbarkeit anderer Arbeit für den Beschwerdeführer präzisieren würde. Dies ist eine Folge davon, dass vorliegend aufgrund der Weigerung des Beschwerdeführers, das ihm mit Schreiben vom 28. Februar 2012 zugestellte Anmeldeformular "Anmeldung Prävention/Berufliche Neuorientierung" (act. 7.2.79; vgl. auch oben E. 6.4.2) der Arbeitgeberin zu retournieren, der Prozess der beruflichen Neuorientierung nicht gestartet werden konnte. Da folglich das Nichtzustandekommen der Zumutbarkeitsvereinbarung vorliegend nicht auf einen Verfahrensfehler der Arbeitgeberin zurückzuführen ist, hat das Nichtzustandekommen lediglich zur Folge, dass sich die Zumutbarkeit der dem Be-

schwerdeführer angebotenen Arbeit nach den folgenden allgemein geltenden Regeln beurteilt:

7.4.2 In sinngemässer Anwendung von Art. 5 Abs. 1 lit. c der Verordnung über die Stellen- und Personalbewirtschaftung im Rahmen von Entlastungsprogrammen und Reorganisationen vom 10. Juni 2004 (nachfolgend: Reorganisationsverordnung, SR 172.220.111.5) kann zur Zumutbarkeit einer Tätigkeit festgehalten werden, dass die neue Arbeit nach gebührender Einführung mit einer Beurteilung der Stufe 3 verrichtet werden können muss; Vorbildung, Sprache und Alter sind zu berücksichtigen. Gemäss dazu ergangener Rechtsprechung ist sodann einem von einer Reorganisation betroffenen Angestellten eine neue Funktion nicht zuzumuten, welche zwar zu keinen oder geringen finanziellen Einbussen führt, aber eine völlige Unterforderung mit sich bringt, mithin seinen Qualifikationen in keiner Weise Rechnung trägt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6509/2010 vom 22. März 2011 E. 11.2.2).

7.4.3 Gleichzeitig ist zur Zumutbarkeit anderer Arbeit aus *medizinischer Sicht* festzuhalten, dass in einem Reintegrationsplan die Reintegrationsmassnahmen festgelegt werden. Der Reintegrationsplan trägt den Fähigkeiten, dem Alter, den persönlichen Verhältnissen und dem Gesundheitszustand der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters Rechnung (Ziff. 155 Abs. 2 GAV SBB 2011 und identisch Ziff. 156 Abs. 2 des vorher geltenden GAV SBB, in Kraft seit 1. Januar 2007, nachfolgend: GAV SBB 2007).

Vorliegend war der Beschwerdeführer bis Dezember 2010 zu 100% ärztlich krank geschrieben (act. 6.3 ff., 6.19). Am 8. Dezember 2010 wurde mit ihm ein Reintegrationsplan für die medizinische Reintegration erstellt, demzufolge standardmässig die Reintegration in die angestammte Tätigkeit angestrebt wird. Vorliegend wurden im Reintegrationsplan für den Bereich Arbeit und Beruf keine besonderen Ziele definiert (act. 6.16). Mit Schreiben vom 9. Dezember 2010 hielt der Medical Service sodann zu Handen der Arbeitgeberin fest, eine Rückkehr an den Arbeitsplatz in (…) komme wegen zwischenmenschlicher Probleme aufgrund der Rückfallgefahr aus medizinischer Sicht nicht in Frage. An einem anderen Arbeitsplatz wäre der Arbeitnehmer hingegen rasch wieder einsatzfähig mit entsprechend normaler Arbeitsfähigkeit. Die Problematik liege weniger im medizinischen Bereich als in der verfahrenen Beziehung zwischen Mitarbeiter und Arbeitgeber (act. 6.17). Mit Schreiben vom 22. Dezember 2010 führte der MedicalService aus, dass auch der behandelnde Arzt den Gesundheitszustand des Beschwerdeführers für stabil hält und er es befür-

worten würde, wenn der Beschwerdeführer am bisherigen Arbeitsort in (…) reintegriert werden könnte (act. 6.19). Daran anschliessende medizinische Abklärungen bestätigen, dass die Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführer aus *medizinischen Gründen* nicht eingeschränkt war: Gemäss psychologischer Abklärung im Institut für Angewandte Psychologie IAP vom 12. Juli 2011 wurde die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers (nach langer Krankheitsabstinenz) für einen Einsatz als (…) für genügend beurteilt, dagegen wurden Vorbehalte im Bereich Persönlichkeit und Sozialverhalten angebracht (vgl. Schreiben des MedicalService vom 28. Juli 2011, act. 6.27). Im Schreiben vom 3. Oktober 2011 bestätigte der MedicalService nochmals, dass aus *medizinischer Sicht* grünes Licht für eine begleitete Rückkehr in die angestammte Tätigkeit als (…) gegeben werden könne. Wie auch vom behandelnden Arzt Dr. C._____ empfohlen, könne aus medizinischer Sicht diese am bisherigen Arbeitsort erfolgen unter der Auflage, dass der Wiedereinstieg begleitet erfolge (act. 6.28). Mit Schreiben vom 16. Mai 2012 hielt auch der behandelnde Arzt Dr. C._____ fest, dass sich an seiner Einschätzung vom 20. Dezember 2010 nichts geändert habe, sich die gesundheitliche Situation des Arbeitnehmers in den letzten zwei Jahren stabilisiert habe und somit ein Einstieg mit vollem Pensum erfolgen könne (act. 6.29).

Aufgrund der ärztlichen Zeugnisse war der Beschwerdeführer somit ab Dezember 2010 aus medizinischen Gründen wieder voll leistungsfähig (unter der Auflage, dass der Wiedereinstieg nach langer Abwesenheit begleitet erfolgt). Die Arztzeugnisse und medizinischen Abklärungen bezeugen somit tatsächlich, dass eine Stelle als (…) unter medizinischen Gründen zumutbar ist. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann aber weder aus dem Reintegrationsplan vom 8. Dezember 2010 noch aus den Arztzeugnissen abgeleitet werden, jede andere Stelle als diejenige eines (…) sei aus gesundheitlichen Gründen unzumutbar. Betreffend die Zumutbarkeit *anderer Arbeit* wurden in den Arztzeugnissen und Berichten vielmehr keine Vorbehalte oder Kriterien aus medizinischer Sicht angebracht. Aus medizinischen Gründen ergeben sich somit keine Vorgaben für die Zumutbarkeit anderer Arbeit. Die Zumutbarkeit beurteilt sich vielmehr aufgrund der anderen angeführten Kriterien.

7.4.4 Zum geltend gemachten Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Stelle als (…) (in der …) ist somit angesichts des soeben Ausgeführten (E. 7.4.1 ff.) vorab festzuhalten, dass weder aufgrund der einschlägigen Bestimmungen des GAV SBB 2011 noch aufgrund einer Zumutbarkeitsvereinbarung oder sinngemäss angewandter Normen und Rechtspre-

chung ein Anspruch auf eine Stelle mit wieder genau derselben Funktion wie vor der Reorganisation besteht (vgl. dazu auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6329/2010 vom 1. April 2011 E. 4.5).

Im Übrigen liegt die Frage, ob jemand für eine offene Stelle geeignet ist oder nicht, im Ermessen des (potentiellen) Arbeitgebers. Bei der Überprüfung derartiger Ermessensfragen auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht regelmässig Zurückhaltung (vgl. dazu oben E. 3; vgl. hierzu auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5455/2007 vom 11. Juni 2008 E. 5.4, A-2737/2007 vom 25. September 2007 E. 4.3).

Aus den Akten ergeben sich vorliegend keine Hinweise auf eine offensichtlich fehlerhafte Ermessensausübung der Vorinstanz bzw. der Arbeitgeberin dadurch, dass sie dem Beschwerdeführer keine (allenfalls) freie Stelle als (…) in der (…) angeboten hat: Das Schreiben des MedicalService vom 28. Juli 2011 hält betreffend die *Persönlichkeit und das Sozialverhalten* des Beschwerdeführers fest, er wolle oder könne sich nicht vorbehaltlos in ein System ein- und unterordnen. Dies sei von Sicherheitsrelevanz in einem System der Zusammenarbeit, wie es eine (…)stelle erfordere. Es seien auch für eine Stelle als (…) ungünstige unkonstruktive Kommunikationsmuster festgestellt worden (act. 6.27). Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Arbeitgeberin bei der Frage, an welcher Stelle der Beschwerdeführer nach dem Wegfall seiner Stelle weiterbeschäftigt werden soll, auch auf die Persönlichkeit und das Sozialverhalten des Arbeitnehmers abgestellt und ihn deswegen (anders als wie durch den Beschwerdeführer geltend gemacht andere Arbeitnehmer) nicht mehr in der Funktion als (…) eingestellt hat (vgl. auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5455/2007 vom 11. Juni 2008 E. 5.4 sowie A-2737/2007 vom 25. September 2007 E. 4.3). Genauso wenig wäre zu beanstanden gewesen, wenn die Arbeitgeberin den Beschwerdeführer (unabhängig von einer Reorganisation) unter Berücksichtigung der festgestellten mangelnden Einordnung in ein System der Zusammenarbeit, wie es die (…)stelle erfordert, bzw. unkonstruktiver Kommunikationsmuster versetzt hätte.

7.4.5 Zur Zumutbarkeit der dem Beschwerdeführer durch die Arbeitgeberin angebotenen Stellen ist im Hinblick auf die oben festgehaltenen Grundsätze Folgendes festzuhalten:

Was den Lohn betrifft, erweisen sich die beiden dem Beschwerdeführer angebotenen 100%-Stellen ohne Weiteres als zumutbar: So sind die bei-

den angebotenen Stellen lohnmässig dem Anforderungsniveau G und J und damit mindestens demselben Anforderungsniveau wie die ursprüngliche Stelle als (…) (Niveau G, vgl. act. 4.10, S. 2) zugeordnet (vgl. Lohnsystem GAV 2011 in Kürze, www.engagiert-für-thurbo.ch). Was die Tätigkeit der angebotenen Stellen betrifft, so handelt es sich zweifelsohne um ganz andere Tätigkeiten als diejenigen eines (…). So wurde ihm zum einen eine Stelle als (…) angeboten. Gemäss Stellenbeschrieb handelt es sich dabei durchaus um eine anspruchs- und verantwortungsvolle Stelle (gemäss Stellenbeschrieb z.B. "…"). Dasselbe gilt für die Stelle des (…) (gemäss Stellenbeschrieb z.B. "…"). Die Stellen bringen somit keine völlige Unterforderung (oder Überforderung) mit sich, welche den Qualifikationen und Fähigkeiten des Beschwerdeführers keine Rechnung tragen würde. Andere Unzumutbarkeiten betreffend Arbeitsweg oder Arbeitszeit (beides 100%-Stellen) ergeben sich nicht aus den Akten und werden vom Beschwerdeführer auch in keiner Art und Weise geltend gemacht.

7.5 Der Beschwerdeführer hat somit mehrmals den Prozess der beruflichen Neuorientierung im Sinne von Ziff. 174 Abs. 1 lit. a GAV SBB 2011 nicht aktiv unterstützt, Stellenangebote innerhalb der Unternehmung abgelehnt, die zumutbar gewesen wären (Ziff. 174 Abs. 1 lit. c GAV SBB 2011) und damit gleichzeitig mehrmals auch Pflichten im Sinne von Ziff. 182 lit. a GAV SBB 2011 verletzt.

8.

Was die Rüge des ungenügend erstellen Sachverhalts betrifft, so kann im Hinblick auf die vorgehenden Erwägungen festgehalten werden, dass die Akten eine ausreichende Würdigung des rechtserheblichen Sachverhalts (insbesondere auch betreffend Gesundheitszustand des Beschwerdeführers) erlauben. Die Rüge des Beschwerdeführers, der Sachverhalt sei ungenügend festgestellt worden, ist daher unbegründet und der Beweisantrag des Beschwerdeführers, betreffend seinen Gesundheitszustand Herr Dr. C._____ als Zeugen einzuvernehmen und ihn persönlich zur Sache zu befragen, ist daher in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen (vgl. statt vieler BGE 134 I 140 E. 5.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2347/2013 vom 13. August 2013 E. 4.5).

9.

Kündigen die SBB nach Ablauf der Probezeit, so hat der ordentlichen Kündigung wegen Mängel in der Leistung oder im Verhalten eine Kündigungsandrohung voranzugehen (Ziff. 179 Abs. 4 GAV SBB 2011 i.V.m. Ziff. 182 lit. b GAV SBB 2011 sowie Ziff. 180 GAV SBB 2011). Die Recht-

sprechung verlangt – obwohl gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen – eine vorgängige schriftliche Mahnung auch für eine ordentliche Kündigung nach (dem vom Wortlaut her mit Ziff. 182 lit. a GAV SBB 2011 identischen) Art. 12 Abs. 6 lit. a BPG (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 5.3, bestätigt mit Urteil 1C_245/2008 vom 2. März 2009 E. 5.4; statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4611/2012 vom 18. Dezember 2012 E. 5). Die Mahnung bezweckt, der angestellten Person die mangelhafte Leistung, das mangelhafte Verhalten oder die begangene Pflichtverletzung vorzuhalten und sie zu künftigem korrektem und pflichtgemässem Verhalten zu ermahnen (Rügefunktion). Andererseits drückt die Mahnung die Androhung einer Sanktion aus (Warnfunktion; vgl. Urteile des Bundesgerichts 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 6.2 sowie 1C_245/2008 vom 2. März 2009 E. 5.4; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1263/2013 vom 5. Juni 2013 E. 5.2 sowie A-5076/2012 vom 11. Februar 2013 E. 8).

In diesem Fall hat die Arbeitgeberin mit Schreiben vom 13. Januar 2012 den Beschwerdeführer unter anderem wegen seiner ungenügenden Bereitschaft zu zumutbarer anderer Arbeit im Zusammenhang mit dem Vorstellungsgespräch vom 22. Dezember 2011 gerügt. Sie hat den Beschwerdeführer sodann dazu ermahnt, in Zukunft den Prozess der beruflichen Reintegration aktiv zu unterstützen und alles zu unternehmen, was der Wiederaufnahme der Arbeit förderlich sei. Alle Gesprächstermine seien lückenlos wahrzunehmen. Für den Fall, dass der Beschwerdeführer künftig den Prozess der beruflichen Reintegration nicht aktiv unterstütze oder konkrete neue Arbeitspflichtverletzungen hinzukommen sollten, drohte sie dem Beschwerdeführer unmissverständlich die Kündigung an (act. 7.2.76). Das Schreiben erfüllt somit alle Voraussetzungen einer schriftlichen Mahnung im Sinne oben dargelegter gesetzlicher Normen und Rechtsprechung und sie wurde dem Beschwerdeführer vorgängig zu den wiederum ab 28. Februar 2012 (Nichteinreichen Präventionsformular) bzw. vom 25. Mai 2012 und 29. Mai 2012 (Ablehnung einer zumutbaren anderen Arbeit) begangenen Pflichtverletzungen zugestellt.

10.

10.1 Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, die Kündigung sei missbräuchlich. Er sei ein Opfer von Diffamierung und Diskriminierung. Es liege eine schwerwiegende Verletzung des Gleichstellungsgesetzes vor. Ebenso habe die Arbeitgeberin den Hinweis auf die Möglichkeit eines

Schlichtungsverfahrens gemäss Ziff. 194 Abs. 3 GAV SBB 2011 unterlassen.

10.2 Die vorliegend erfüllten Kündigungsgründe mangelnder Bereitschaft zu zumutbarer anderer Arbeit bzw. der Verletzung wichtiger Pflichten gelten unabhängig des Geschlechts für alle Mitarbeiter. In Bezug auf die vorliegende Kündigung sind keine geschlechterdiskriminierende Vorfälle im Sinne von Ziff. 187 Abs. 1 lit. b GAV SBB 2011 bzw. Art. 3 oder 4 des Gleichstellungsgesetzes vom 24. März 1995 (GlG, SR 151.1) zu erblicken, weshalb sich diese Rüge des Beschwerdeführers als unbegründet erweist. Aus demselben Grund ist auch die Rüge betreffend Ziff. 194 Abs. 3 GAV SBB 2011 unbeachtlich, wonach im Bereich der Gleichstellung von Frau und Mann die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter in der Rechtsmittelbelehrung auf die Möglichkeit und Modalitäten des Schlichtungsverfahrens hinzuweisen ist.

11.
Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Vorinstanz die Rechtmässigkeit der Kündigung zu Recht bejaht hat. Die Beschwerde ist folglich diesbezüglich abzuweisen.

12.
Vorliegend ist weiter strittig, ob die Einstellung der Lohnzahlung per 31. August 2012 rechtmässig war:

12.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, nach Eröffnung der Lohnanspruchsfrist sei er bis 20. Dezember 2010 krank geschrieben gewesen, was lediglich 28 Tagen entspreche. Im Übrigen habe er im Rahmen der bisherigen Anstelllung bei den SBB für den (…) und (…) gearbeitet, was die Lohnanspruchsfrist ebenfalls verlängern würde. Seit 20. Dezember 2010 sei aber ohnehin eine Rückkehr an den angestammten Arbeitsplatz möglich gewesen und er habe dies der Arbeitgeberin verschiedentlich angeboten. Die Arbeitgeberin sei für die Verzögerung im (medizinischen) Reintegrationsprozess verantwortlich, denn er habe sie mehrfach gedrängt, ihn endlich wieder einzusetzen. Zudem habe die Lohnanspruchsfrist im November 2010 nicht rückwirkend auf den 22. August 2010 eröffnet werden können.

12.2 Die Vorinstanz hält dem entgegen, der Beschwerdeführer leiste seit 13. Oktober 2009 keine Arbeit mehr. Der Beschwerdeführer habe sich in beruflicher Reintegration gemäss Ziffer 154 GAV SBB befunden und die

zweijährige Lohnanspruchsfrist sei am 22. August 2012 abgelaufen, weswegen er ab dann keinen Anspruch auf Lohn habe.

12.3 Die vorliegend relevanten Vorkommnisse im Zusammenhang mit der beruflichen Reintegration wegen Krankheit/Unfall bzw. der Lohnanspruchsfrist haben sich teilweise noch vor der Geltung des aktuellen GAV SBB 2011 abgespielt. Vorliegend stellen sich jedoch keine übergangsrechtlichen Probleme, da die massgeblichen Bestimmungen des vorher geltenden GAV SBB 2007 mit denjenigen des GAV SBB 2011 identisch sind:

Bei Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall besteht ein Anspruch auf Lohnfortzahlung während zwei Jahren, längstens bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses (Ziff. 133 Abs. 1 GAV SBB 2011 bzw. Ziff. 134 Abs. 1 GAV SBB 2007). Eine Arbeitsverhinderung liegt bei jeder krankheits- oder unfallbedingten Einschränkung der Arbeitsleistung vor (Ziff. 133 Abs. 2 GAV SBB 2011 bzw. Ziff. 134 Abs. 2 GAV SBB 2007). Mit dem Reintegrationsplan ist der Beginn der Anspruchsfrist mitzuteilen. Dabei schliesst der GAV SBB 2011 und 2007 nicht aus, die Anspruchsfrist auch rückwirkend für eine Zeitspanne zu eröffnen, während welcher der Arbeitnehmer krankheits- oder unfallbedingt eingeschränkt war (vgl. Ziff. 133 Abs. 7 GAV SBB 2011 sowie Ziff. 134 Abs. 7 GAV SBB 2007). War die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter vorübergehend in der bisherigen Funktion voll arbeitsfähig und wird er oder sie wegen der gleichen Ursache erneut an der Arbeit verhindert, wird die Anspruchsfrist entsprechend verlängert (Ziff. 135 Abs. 1 GAV SBB 2011 sowie Ziff. 136 Abs. 1 GAV SBB 2007). War die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter während mehr als sechs Monaten in der bisherigen Funktion voll arbeitsfähig und wird sie oder er wegen der gleichen oder einer anderen Ursache erneut an der Arbeit verhindert, beginnt eine neue Anspruchsfrist (Ziff. 136 Abs. 2 GAV SBB 2011 sowie Ziff. 137 Abs. 2 GAV SBB 2007).

Der Beschwerdeführer war vom 14. Oktober 2009 bis Dezember 2010 zu 100% ärztlich krankgeschrieben (vgl. dazu oben E. 7.4.3). Mit Schreiben vom 15. November 2010 teilte die Arbeitgeberin dem Beschwerdeführer sodann mit, die zweijährige Anspruchsfrist auf Lohnfortzahlung habe am 22. August 2010 begonnen (act. 6.12). Wie oben im Einzelnen dargelegt (vgl. oben eingehend E. 7.4.3), hielt aber bereits am 9. Dezember 2010 der MedicalService den Beschwerdeführer grundsätzlich aus medizinischen Gründen wieder für voll leistungsfähig (unter Auflage der begleiteten Rückkehr). Dies wurde anschliessend mehrfach bestätigt, unter ande-

rem im Juli 2011. So stand mit der psychologischen Abklärung im Detail fest, dass zwar in Bezug auf die Persönlichkeit und das Sozialverhalten des Beschwerdeführers Vorbehalte für den Einsatz als (…) zu machen sind, die *Leistungsfähigkeit* des Beschwerdeführers aus medizinischen Gründen aber nicht ungenügend ist.

Der Beschwerdeführer hat denn auch ab Dezember 2010 nicht mehr geltend gemacht, er sei aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage, als (…) zu arbeiten. Vielmehr verlangte er mehrmals, wieder in seiner angestammten Tätigkeit als (…) (zu 100%) eingesetzt zu werden und bot seine Arbeit an (vgl. zum Beispiel Mail vom 28. Februar 2011 act. 7.2.57, Schreiben vom 23. Oktober 2011 act. 7.2.70). Auch wenn also die Lohnanspruchsfrist vorliegend zu Recht rückwirkend eröffnet wurde und ab August 2010 zu laufen begann, so lief sie nur bis Dezember 2010, da ab diesem Zeitpunkt keine Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall mehr gegeben war. Die Anspruchsfrist lief somit im vorliegenden Fall nicht während zwei Jahren, sondern nur während dreier Monate und eine darauf gestützte Einstellung der Lohnzahlungen erweist sich als rechtswidrig.

13.
Als Fazit lässt sich daher festhalten, dass zwar die Vorinstanz die Rechtmässigkeit der Kündigung wegen ungenügender Bereitschaft zu zumutbarer anderer Arbeit bzw. der Verletzung wichtiger Pflichten zu Recht bejaht hat. Hingegen erweist sich die von der Vorinstanz bestätigte Einstellung der Lohnzahlungen per 31. August 2012 als rechtswidrig und diesbezüglich ist die Beschwerde gutzuheissen. Die Lohnfortzahlungspflicht konnte somit nicht vor Ablauf der Kündigungsfrist am 31. März 2013 dahinfallen.

14.
Angesichts der vorliegend rechtmässig erfolgten Kündigung per 31. März 2013, aber rechtswidrigen Lohneinstellung per 31. August 2012 ist weiter betreffend Lohnzahlungen Folgendes festzuhalten:

Weder aus den Eingaben noch den Akten ergibt sich, für welche Zeit vorliegend die Arbeitgeberin dem Beschwerdeführer den Lohn tatsächlich bezahlt hat. Ob und wieviele Lohnzahlungen vorliegend welche Partei zu bezahlen oder allenfalls zurückzubezahlen hat, ist nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens. Die Arbeitgeberin wird vielmehr über die Bezahlung bzw. Rückzahlung allfällig bezahlter Lohnzahlungen eine neue

Verfügung nach Art. 34 Abs. 1 BPG erlassen müssen, sofern zwischen ihr und dem Beschwerdeführer hierüber keine Einigung zustande kommt (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 8C_983/2010 vom 9. November 2011 E. 6 und 7). Dabei wird sie auch zu berücksichtigen haben, dass das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 24. Juni 2013 die aufschiebende Wirkung der vorliegenden Beschwerde wieder hergestellt hat. Wird die Beschwerde betreffend die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses wie vorliegend abgewiesen, wird der vorinstanzliche Entscheid betreffend Kündigung mit dem Beschwerdeentscheid rechtskräftig und die aufschiebende Wirkung entfällt. Die Frage, ob der Beschwerdeführer deswegen allfällig erhaltene Lohnzahlungen zurückerstatten muss, wird die Arbeitgeberin unter Berücksichtigung der von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Grundsätze (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 8C_983/2010 vom 9. November 2011 E. 5.6; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-7496/2010 vom 7. März 2011 E. 6.2, A-4006/2010 vom 23. November 2010 E. 4.3; SUSANNE KUSTER ZÜRCHER, Aktuelle Probleme des provisorischen Rechtsschutzes bei Kündigungen nach Bundespersonalrecht, in: Jahrbuch 2007 der Schweizerischen Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, Bern 2008, S. 160 ff.) zu entscheiden haben.

15.
Gemäss Art. 34 Abs. 2 BPG ist das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht in Personalrechtssachen nach Art. 36 Abs. 1 BPG – unabhängig vom Ausgang des Verfahrens – ausser bei Mutwilligkeit kostenlos.

16.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens steht weder dem Beschwerdeführer noch der Vorinstanz, welche beide nicht anwaltlich vertreten sind, eine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs.1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:	Die Gerichtsschreiberin:
Marianne Ryter	Beatrix Schibli

Rechtsmittelbelehrung:

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse können beim Bundesgericht angefochten werden, sofern es um eine vermögensrechtliche Angelegenheit geht, bei welcher der Streitwert mindestens Fr. 15'000.– beträgt oder bei der sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. 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 (vgl. Art. 83 Bst. g BGG). Steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen, kann sie innert 30 Tagen nach Eröffnung dieses Entscheids beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist steht still vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 Abs. 1 Bst. c BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene

Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: