

# **BVGer A-4128/2016 vom 27. Februar 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-02-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-4128\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-4128_2016)

FR: TAF A-4128/2016 du 27 février 2017

IT: TAF A-4128/2016 del 27 febbraio 2017

## **Regeste**

Auflösung des Arbeitsverhältnisses

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Verfügungen einer Arbeitgeberin im Sinne von Art. 3 des Bundespersonalgesetzes (BPG, SR 172.220.1) können gemäss Art. 36 Abs. 1 BPG und Ziff. 183 des am 1. Januar 2015 in Kraft getretenen Gesamtarbeitsvertrages der Vorinstanz vom 9. Dezember 2014 (GAV SBB 2015 [nachfolgend: GAV]) mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 1.2**

Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung (vgl. Art. 5 VwVG), die von der Arbeitgeberin im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. d BPG gestützt auf Art. 34 Abs. 1 BPG und Ziff. 181 Abs. 1 GAV erlassen wurde. Das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 31 VGG).

### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist als Adressat des angefochtenen Entscheides, mit welchem die Vorinstanz das Arbeitsverhältnis auflöste, sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb er zur Beschwerde legitimiert ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

### **E. 1.4**

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

### **E. 2**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG). Bei der Prüfung der Angemessenheit auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht indes eine gewisse Zurückhaltung, soweit es um die Leistungsbeurteilung von Angestellten, um verwaltungsorganisatorische Fragen oder um Probleme der betriebsinternen Zusammenarbeit und des Vertrauensverhältnisses geht. Es entfernt sich insofern im Zweifel nicht von der Auffassung der Vorinstanz und setzt sein eigenes Ermessen nicht an die Stelle

desjenigen der Vorinstanz (Urteile des BVGer A-6699/2015 vom 21. März 2016 E. 2, A-7670/2015 vom 17. März 2016 E. 2 und A-6898/2015 vom 10. März 2016 E. 2).

### **E. 3**

Die Bestimmungen über das Dienstverhältnis des Bundespersonals finden grundsätzlich auch auf das Personal der Vorinstanz 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 BPG). Ergänzend ist auf die (Ausführungs-)Bestimmungen des gestützt auf Art. 38 Abs. 1 BPG (vgl. ferner Art. 15 Abs. 2 SBBG) erlassenen GAV abzustellen. Nicht zur Anwendung gelangt dagegen die Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV, SR 172.220.111.3); sie ist auf das Personal der Vorinstanz - welche für ihren Bereich stattdessen mit den Personalverbänden den GAV abgeschlossen hat - nicht anwendbar (vgl. Art. 6 Abs. 3 und Art. 37 f. BPG sowie Art. 1 BPV; Urteil des BVGer A-2708/2016 vom 16. Dezember 2016 E. 3 m.w.H.).

### **E. 4**

In formeller Hinsicht rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Einerseits habe die Vorinstanz seinen beiden Fristverlängerungsgesuchen zur Einreichung einer Stellungnahme grundlos nur teilweise bzw. nicht entsprochen. Es sei ihm zudem das Akteneinsichtsrecht nicht ausreichend gewährt worden, weshalb er seine Sichtweise vor Erlass der Verfügung nur teilweise einbringen könne. So seien ihm Einsicht in die Akten des MedicalService erst am 23. Mai 2016 gewährt worden, als die Möglichkeit zur Stellungnahme bereits abgelaufen gewesen sei. Es sei aber äusserst wichtig, zuvor umfassend Stellung nehmen zu können.

#### **E. 4.1**

Die Vorinstanz entgegnet, am 21. April 2016 sei dem Beschwerdeführer die beabsichtigte Auflösung des Arbeitsverhältnisses bekannt gegeben und ihm das rechtliche Gehör mit einer Frist von 10 Tagen gewährt worden. Die Akteneinsicht sei am 27. April 2016 zusammen mit einer Fristerstreckung verlangt worden, jedoch noch ohne Vollmacht der Rechtsvertretung. Am 2. Mai 2016 sei die Akteneinsicht gewährt und die Frist zur Stellungnahme bis am 17. Mai 2016 erstreckt worden, also um 14 Tage, was in personalrechtlichen Angelegenheiten üblich bis grosszügig sei. Einsicht in die Akten der Sozialberatung und des MedicalService sei erst am 19. Mai 2016 verlangt worden, also nach Ablauf der verlängerten Frist. Dabei sei wesentlich, dass der Beschwerdeführer bereits am 27. April 2016 selbst ausgeführt habe, mit separatem Schreiben beim MedicalService und beim SBB Sozialdienst um Akteneinsicht ersuchen zu wollen. Diese Verzögerung liege daher im Verantwortungsbereich des Beschwerdeführers. Es habe kein Anspruch auf eine weitere Fristverlängerung bestanden, zumal dadurch das Ende des Arbeitsverhältnisses hinausgezögert worden wäre. Auch sonst sei das rechtliche Gehör nicht verletzt worden und selbst wenn dies geschehen sein sollte, wäre dies heilbar.

#### **E. 4.2.1**

Der in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankerte und in Art. 29 ff. VwVG konkretisierte Anspruch auf rechtliches Gehör gilt auch im öffentlichen Personalrecht uneingeschränkt (vgl. Urteil des Bundesgerichts [BGer] 8C\_340/2014 vom 15. Oktober 2014 E. 5.2). Er umfasst namentlich das Recht der Parteien auf Akteneinsicht (Art. 26 ff. VwVG). Demnach besteht ein Anspruch darauf, alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke einzusehen (Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG) und vor

Erlass der Verfügung angehört zu werden (Art. 30 Abs. 1 VwVG). Aus Inhalt und Funktion des Akteneinsichtsrechts folgt nach der Rechtsprechung, dass grundsätzlich sämtliche beweisheblichen Akten den Beteiligten gezeigt werden müssen, sofern in der sie unmittelbar betreffenden Verfügung darauf abgestellt wird. Denn die betroffene Partei kann sich nur dann wirksam zur Sache äussern und geeignete Beweise führen oder bezeichnen, wenn ihr die Möglichkeit eingeräumt wird, die Unterlagen einzusehen, auf welche sich die Behörde bei ihrer Verfügung gestützt hat (Urteile des BVGer A-3436/2015 vom 30. Dezember 2015 E. 4.4.1 und A-6277/2014 vom 16. Juni 2015 E. 7.7.1; BGE 132 V 387 E. 3.1; Urteil des BGer 8C\_631/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 4.2.1.1).

#### **E. 4.2.2**

Behördlich angesetzte Fristen können aus zureichenden Gründen erstreckt werden, wenn die Partei vor Ablauf der Frist darum nachsucht (vgl. Art. 22 Abs. 2 VwVG). Zwar besteht kein Anspruch auf Erstreckung einer Frist. Die Behörde hat aber im Einzelfall zu prüfen, ob die Gewährung nach pflichtgemäßem Ermessen angezeigt ist. Sie entscheidet unter Berücksichtigung der Natur der Streitsache, der betroffenen Interessen und der Verfahrensumstände. Ebenso muss die Dauer der Erstreckung nach den Umständen des Einzelfalls angemessen sein (Urteil des BVGer C-1262/2012 vom 20. Dezember 2012 E. 3.3; Patricia Egli, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl., 2016, Art. 22 N. 22).

#### **E. 4.3**

Aus den Akten geht hervor, dass der Beschwerdeführer mit E-Mail vom 27. April 2016 um Einsicht in die vollständigen Personalakten und Fristerstreckung (vorerst) bis am 23. Mai 2016 ersucht hatte. Gleichzeitig führte er aus, mit separatem Schreiben beim MedicalService sowie bei der SBB-Sozialberatung um Akteneinsicht zu ersuchen. Demzufolge schränkte der Beschwerdeführer sein an die Vorinstanz gerichtetes Gesuch um Akteneinsicht auf diejenigen des Personaldossiers ein und sein Rechtsvertreter erhielt eine Kopie der vollständigen Personalakten mit Schreiben vom 2. Mai 2016, womit seinem Akteneinsichtsgesuch vollumfänglich entsprochen worden ist. Die Vorinstanz war demnach nicht gehalten, dem Beschwerdeführer zusätzlich die Akten des MedicalService oder der SBB-Sozialberatung zugänglich zu machen. Dass der Beschwerdeführer bzw. sein Rechtsvertreter erst am 19. Mai 2016 und damit nach Ablauf der Frist zur Stellungnahme um Einsicht in diese Akten ersucht hatte, stellt demnach keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar.

#### **E. 4.4**

Mit dem Schreiben vom 2. Mai 2016 wurde die Frist zur Stellungnahme in teilweiser Gutheissung des Fristverlängerungsgesuchs bis zum 17. Mai 2016 erstreckt. Dem Beschwerdeführer standen demnach zwei Wochen Zeit zur Verfügung, um sich in Kenntnis der Personalakten zu äussern. Die ursprünglich angesetzte Frist zur Stellungnahme betrug 10 Tage, vorbehaltlich eines allfälligen Fristenstillstands nach Art. 22a VwVG. Angesichts dieser Umstände und der in Personalsachen gegebenen Dringlichkeit ist die nur teilweise gewährte Fristerstreckung bzw. die tatsächlich eingeräumte Frist nicht zu beanstanden. Die Rügen, die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt, sind daher als unbegründet abzuweisen.

#### **E. 5**

Der Beschwerdeführer rügt die Unzulässigkeit der Behandlungsvereinbarung. Da seine Aufgabe nicht sicherheitsrelevant sei bzw. nicht im Zusammenhang mit der Sicherheit des Bahnbetriebs stehe, finde sich weder eine Grundlage im GAV noch in den Ausführungsbestimmungen der Vorinstanz. Deren Regelwerke betreffend Suchtprävention bzw. medizinische und psychologische Tauglichkeitsanforderungen setzten ebenfalls eine sicherheitsrelevante Tätigkeit voraus. Als Controller falle er aber nicht in deren Anwendungsbereich. Es hätten keine genügenden Anhaltspunkte für das Vorgehen der Vorinstanz bestanden. Zudem verstosse eine Verpflichtung zur vollständigen Alkoholabstinenz gegen das Recht auf persönliche Freiheit, jedenfalls soweit sie sich auf die Zeiten ausserhalb des Dienstes bezögen. Er habe zwar die Vereinbarungen unterzeichnet, jedoch weil er dazu gedrängt worden sei und er nicht als uneinsichtig oder unkooperativ gelten und arbeitsrechtliche Massnahmen abwenden wollte. Dies bedeute jedoch nicht, dass der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte rechtmässig erfolgt sei. Da die Kündigung einzig mit Verstössen gegen die unbeachtliche Behandlungsvereinbarung begründet werde, sei sie widerrechtlich.

### **E. 5.1**

Die Vorinstanz entgegnet, die Alkoholproblematik sei erstellt und der Beschwerdeführer habe sich auf freiwilliger Basis für das Suchtpräventionsprogramm mit der Behandlungsvereinbarung entschieden. Sie vertrete die Haltung, dass einem Mitarbeiter wegen Suchtproblemen nicht gekündigt werden solle. Ihr Suchtpräventionsprogramm sei von Fachspezialisten entwickelt worden und die Behandlungsvereinbarung beruhe auf Beurteilungen und Empfehlungen von Fachleuten. Der MedicalService bestimme Ausgestaltung und Reichweite der Massnahmen. Wenn ein Mitarbeiter diese Massnahmen als übermässig wahrnehme, stehe es ihm offen, die Unterstützungsleistung der SBB abzulehnen. Die Berufung auf die angebliche Ungültigkeit der Behandlungsvereinbarung erachte sie als treuwidrig bzw. rechtsmissbräuchlich.

### **E. 5.2**

Wie das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil A-2708/2016 vom 16. Dezember 2016 E. 4.3 festgestellt hat, trifft die SBB gemäss Ziff. 111 GAV in allen Bereichen die nötigen Massnahmen zum Schutz der Gesundheit der Mitarbeitenden sowie zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten. Sie fördert im Rahmen ihrer Sicherheitsarbeit die Unfallprävention im Freizeitbereich und setzt im Rahmen des betrieblichen Gesundheitsmanagements Massnahmen zur Gesundheitsförderung und Prävention um. Im Gegenzug wirken die Mitarbeitenden aktiv bei Arbeitssicherheit, Gesundheitsschutz und Gesundheitsmanagement mit und wenden die Massnahmen an. Sie nehmen ihre Selbstverantwortung für ein sicheres Verhalten auch ausserhalb der Arbeitszeit wahr. Die Mitarbeitenden treten ihre Arbeit in einem Zustand an, der es ihnen erlaubt, ihre Aufgaben einwandfrei und sicher zu erledigen. Sie sind verpflichtet, zur Gewährleistung der Sicherheit des Bahnbetriebs ihre Alkohol- und Drogenfreiheit unter Beweis zu stellen und sich allfälligen Kontrolluntersuchungen zu unterziehen (Ziff. 112 GAV). Gestützt auf diese Bestimmungen hat die SBB die Richtlinie 160 PE 1 Suchtprävention vom 1. Juli 2003 (nachfolgend: Richtlinie) erlassen. Zusammen mit dem Leitfaden zur Suchtprävention im Personalführungshandbuch vom 1. Juli 2003 (nachfolgend: Leitfaden), welcher die Ausführungsbestimmungen enthält, bilden diese das Suchtprophylaxe-Konzept der SBB (vgl. Ziff. 1, Ziff. 8 Richtlinie). Gemäss den Verhaltensregeln treten die Mitarbeitenden die Arbeit in einem Zustand an, der es ihnen erlaubt, die Aufgaben einwandfrei und sicher zu

erledigen. Während der Arbeitszeit ist es allen Mitarbeitenden untersagt, Alkohol zu konsumieren. Mitarbeitenden im Sicherheitsbereich ist der Konsum alkoholischer Getränke zudem während mindestens sechs Stunden vor Arbeitsbeginn untersagt und sie sind verpflichtet, ihre Alkohol- und Drogenfreiheit gegebenenfalls unter Beweis zu stellen und sich allfälligen Kontrolluntersuchungen zu unterziehen (Ziff. 6 Richtlinie). Gemäss Ziff. 5 der Richtlinie greifen die Vorgesetzten Suchtprobleme, sobald sie erkannt werden, sofort auf und wenden sich zur Unterstützung und Abklärung an den Personalservice. Dieser schaltet die Sozialberatung SBB und den ärztlichen Dienst der SBB ein (Ziff. 5.2). Die Suchtmittelabhängigkeit ist grundsätzlich kein Kündigungsgrund, sofern sich die abhängige Person zu einer angemessenen Behandlung der Sucht bereit erklärt, die Behandlung gewissenhaft durchführt und Aussicht auf Erfolg besteht (Ziff. 9.2 Richtlinie). Nimmt die betroffene Person das Behandlungsangebot nicht an, werden die Probleme administrativ angegangen und es wird nach Ziff. 45 GAV vorgegangen (S. 6 Leitfaden). Das Behandlungskonzept sieht ein 10-Punkte-Programm mit Handlungsschritten und Verantwortlichkeiten vor (vgl. S. 8 ff. Leitfaden). In einem ersten Schritt müssen Suchtkranke lernen, sich ihre Abhängigkeit selbst einzugestehen. Die Vorgesetzten sprechen sodann Leistungs- und Verhaltensprobleme an. Der Ausstieg aus der Sucht ist - anerkanntermassen - ein langer Weg, Rückfälle gehören zum Krankheitsverlauf und müssen aktiv angegangen werden. Auch nach erfolgreichem Abschluss einer Behandlung sind Rückfälle möglich. Der Wiedereingliederung in den normalen Berufsalltag kommt grosse Bedeutung zu (S. 7 Leitfaden). Gemäss Ziff. 45 GAV sind bei Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten, bei ungenügenden Leistungen oder unbefriedigendem Verhalten die Gründe in einem Mitarbeitergespräch zu klären. Die SBB kann folgende Massnahmen treffen, welche auch kombiniert werden können: Vereinbarung, Weisung, Ermahnung, Versetzung oder Kündigungsandrohung. Es ist diejenige Massnahme zu treffen, die bessere Aussicht auf eine Verbesserung der Situation bietet und gegenüber dem Mitarbeitenden keine unnötige Härte bedeutet (Ziff. 45 Abs. 2 und 3 GAV). Eine schriftliche Vereinbarung legt die Massnahmen und Ziele sowie die Folgen bei deren Nichterreicherung fest (Abs. 6). Sind medizinische Gründe Ursache für Mängel in der Leistung oder im Verhalten, sind Reintegrationsmassnahmen zu prüfen (Abs. 4).

### **E. 5.3**

Das Vorbringen des Beschwerdeführers, seine Aufgabe als (...) Controller zähle nicht zum Sicherheitsbereich im Sinn der oben erwähnten Bestimmungen ist unbestritten und leuchtet ein. Demzufolge ist der Beschwerdeführer - wie jede Mitarbeiterin und jeder Mitarbeiter der Vorinstanz - aus dem GAV verpflichtet, seine Arbeit in einem Zustand anzutreten, der es ihm erlaubt, seine Aufgaben einwandfrei und sicher zu erledigen. Zudem hat er sich an das Alkoholkonsumationsverbot während der Arbeitszeit zu halten, das die Vorinstanz in Ausübung ihres Weisungsrechts erlassen hat. Die Nichtbefolgung würde die Verletzung einer gesetzlichen Pflicht darstellen (vgl. Urteile des BVGer A-6898/2015 vom 10. März 2016 E. 3.2.1, A-5155/2014 vom 8. April 2015 E. 4.4.3 mit Hinweisen; vgl. auch Harry Nötzli, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, 2005, Rz. 174 ff.). Keine Anwendung finden demgegenüber die erwähnten Pflichten, während einer bestimmten Zeit vor Arbeitsbeginn keinen Alkohol zu trinken und die Alkoholfreiheit gegebenenfalls zu beweisen. Die erwähnten Regelwerke enthalten somit alleine keine Grundlage für die geforderte Alkoholabstinenz ausserhalb der Arbeitszeiten.

#### **E. 5.3.1**

Grundlage für eine Verpflichtung zur Alkoholabstinenz kann eine vertragliche Vereinbarung sein. Da es sich jedoch um einen Eingriff in die Lebensgestaltung, insbesondere auch ausserhalb der Arbeitszeit handelt, ist die persönliche Freiheit, d.h. das Recht auf individuelle Selbstbestimmung und persönliche Entfaltung gemäss Art. 10 Abs. 2 BV und der Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung nach Art. 27 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) betroffen. Das Bundesgericht hat beispielsweise das spezifischen Gewohnheiten folgende, mit Alkoholkonsum verbundene Zusammensein als Teil der verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsentfaltung betrachtet und Art. 10 Abs. 2 BV zugeordnet (BGE 132 I 49 E. 5.2). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Vorinstanz mit dem Betrieb einer Eisenbahninfrastruktur unmittelbar eine staatliche Aufgabe wahrnimmt und deshalb an die Grundrechte gebunden ist (vgl. Urteil des BVerger A-7454/2009 vom 29. März 2011 E. 8.2). Damit eine Verpflichtung zur Alkoholabstinenz zulässig ist, muss ein besonderer Grund bzw. eine besondere Rechtfertigung vorliegen. Zu berücksichtigen sind dabei namentlich die Gegenleistung des Vertragspartners und die Dauer einer solchen Vereinbarung (vgl. Huguenin/Reize, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum ZGB, Bd. I, 5. Aufl., 2014, Rz. 10, 14 und 15 zu Art. 27). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Rechtsfolge einer übermässigen Bindung die Unverbindlichkeit des Vertrages, sofern die betroffene Person diesen Schutz in Anspruch nehmen will, sie kann also die Erfüllung des Vertrages verweigern (vgl. BGE 129 III 209 E. 2.2).

### **E. 5.3.2**

Die Vorinstanz bietet gemäss der erwähnten Richtlinie Hand zu Behandlungsvereinbarungen, wenn ein Suchtproblem vorliegt und verzichtet im Gegenzug auf mögliche arbeitsrechtliche Massnahmen. Der Beschwerdeführer bestreitet, dass ein zu behandelndes Alkoholproblem vorgelegen habe und die Voraussetzungen für eine Behandlungsvereinbarung gegeben waren. Aus den Akten geht ein gewisser Alkoholkonsum, vor allem Bierkonsum des Beschwerdeführers hervor, nicht aber ein Alkoholmissbrauch: Wie dem Arztbericht vom 11. Februar 2014 (Beschwerdebeilage 6, act. 38) zu entnehmen ist, muss der Beschwerdeführer seit Kindesalter Medikamente gegen Epilepsie einnehmen, wobei der behandelnde Arzt auf deren Auswirkungen auf die im Labor erhobenen Werte hinweist. Die Frage nach einem Alkoholproblem konnte er nicht ausdrücklich beantworten. Er konnte es nicht ausschliessen, fand jedoch auch keine typischen Anzeichen für chronischen Alkoholmissbrauch. Auch die im Spital behandelte Krankheit liess sich nicht eindeutig auf übermässigen Alkohol zurückführen. Es fällt auf, dass der MedicalService nichtsdestotrotz aufgrund derselben Berichte gegenüber der Vorinstanz einen Zusammenhang mit einem Alkoholproblem bejaht. Weiter machte die Vorinstanz geltend, es habe "nach Alkohol gerochen", ohne dies jedoch näher zu dokumentieren. Insbesondere finden sich keine Unterlagen, aus denen hervorgeht, wann und wie oft dies gewesen sein soll noch wer dies wahrgenommen habe. Aufgrund der Akten ist daher nicht erstellt, dass tatsächlich ein Suchtmittelproblem vorgelegen hat und die Vorinstanz tatsächlich eine Gegenleistung im Sinn eines Entgegenkommens erbracht hat. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, es liege ein Alkoholproblem vor, lässt sich aufgrund der Akten nicht stützen. Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei zum Abschluss der Vereinbarung gedrängt worden, was die Vorinstanz bestreitet. Sie räumt jedoch ein, die Konsequenzen bei Nichtunterzeichnung dargelegt zu haben. Liegt tatsächlich ein Suchtproblem vor, ist eine gewisse Strenge notwendig, andernfalls kaum eine Abkehr von einem Suchtverhalten erreicht werden kann. Ist jedoch ein Suchtproblem nicht hinreichend

erwiesen, ist einerseits die Unterstellung, es bestehe eines, persönlichkeitsverletzend, andererseits erfolgt das Drängen auf Abschluss einer Behandlungsvereinbarung ohne Rechtfertigung.

### **E. 5.3.3**

Die administrativen Massnahmen im Sinn von Art. 45 GAV setzen eine Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten, ungenügende Leistungen oder unbefriedigendes Verhalten voraus. Die Leistungen des Beschwerdeführers wurden in den Jahren 2014 und 2015 mit der Note D, d.h. "erfüllt die Erwartungen mehrheitlich", bewertet. Beanstandet wurde insbesondere fehlendes bahnspezifisches Wissen, verpasste besondere Termine und die Information bzw. Kommunikation mit anderen Stellen. Weder die Vorinstanz noch der Beschwerdeführer bringen diese Leistungsmängel in Zusammenhang mit der angeblichen Suchtproblematik. Die Vorinstanz betont, diese Leistungsmängel seien nicht der Kündigungsgrund, sondern die Kumulation der Verletzungen der Behandlungsvereinbarung. Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz Grund gehabt hätte, administrative Massnahmen zu ergreifen.

### **E. 5.3.4**

Zu beachten ist schliesslich, dass die Vorinstanz mit dem Beschwerdeführer mehrere, direkt aufeinander folgende Behandlungsvereinbarungen abgeschlossen hat und damit für eine erhebliche Zeit vollständige Alkoholabstinenz eingefordert hat, nämlich von Juni 2014 bis Juni 2016. Dies bedeutet einen erheblichen Eingriff in die persönliche Freiheit des Beschwerdeführers.

### **E. 5.3.5**

Die Vorinstanz macht schliesslich geltend, die Berufung auf die Ungültigkeit der Behandlungsvereinbarung sei treuwidrig und rechtsmissbräuchlich. Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV bzw. Art. 2 ZGB) gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr und ist für Beziehungen unter den Privaten wie für das Verhältnis zwischen dem Gemeinwesen und Privaten elementar. Dies bedeutet für den Bereich des öffentlichen Rechts, dass Behörden und Private in ihren Rechtsbeziehungen gegenseitig aufeinander Rücksicht zu nehmen haben und sich nicht widersprüchlich oder rechtsmissbräuchlich verhalten dürfen (BGE 136 II 187 E. 8.1, Urteil des BGer 1C\_502/2009 vom 16. März 2010 E. 3.2; Häfelin/ Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2016, Rz. 620 f.). Das Rechtsmissbrauchsverbot umfasst verschiedene Formen bzw. Ausprägungen, welche sich in bestimmte Fallgruppen einteilen lassen. So erblickt die Rechtsprechung einen Rechtsmissbrauch insbesondere in einem widersprüchlichen Verhalten oder einer verspäteten Rechtsausübung (vgl. Baumann, in: Zürcher Kommentar zum ZGB, Art. 2 N 380 ff. und 385 ff.). Das blosses Zuwarten mit der Geltendmachung eines Anspruchs begründet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Privatarbeitsrecht noch keinen Rechtsmissbrauch, da grundsätzlich kein Gebot zügiger Rechtsausübung besteht. Vielmehr müssen in diesen Fällen zum Zeitablauf weitere Umstände hinzutreten, welche die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit des Berechtigten in einem unvereinbaren Widerspruch erscheinen lassen (vgl. BGE 125 I 14 E. 3g m.w.H.; Honsell, in: Honsell/Vogt/ Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum ZGB, Bd. I, 5. Aufl., 2014, Art. 2 N 49). Gegen Treu und Glauben bzw. das Rechtsmissbrauchsverbot verstösst namentlich die Geltendmachung eines Mangels in der Zusammensetzung einer Behörde erst im Rechtsmittelverfahren oder erst vier Jahre nach Einleitung des Verfahrens

(BGE 132 II 485 E. 4.4; 136 I 207 E. 3.4; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz.720 f.). Im zweitgenannten Urteil betonte das Bundesgericht, dass sich in den vier Jahren nichts an den beanstandeten Umständen in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht geändert hatte. Angesichts der gegen den Beschwerdeführer erhobenen Vorwürfe und der eher mässigen Leistungsbeurteilungen erscheint es zumindest nachvollziehbar, dass er in ungekündigter Stellung den Weg des vermeintlich geringsten Widerstands gewählt und sich nicht gegen den Abschluss der Behandlungsvereinbarungen gewehrt hatte, sondern erst nach erfolgter Kündigung und damit in einer neuen Situation deren Unzulässigkeit geltend macht. Auch wenn sein Verhalten nicht frei von Widersprüchen ist, erscheint es deswegen nicht geradezu rechtsmissbräuchlich. Der Einwand der Vorinstanz ist daher unbegründet.

### **E. 5.3.6**

Unter Würdigung aller Umstände erweisen sich die Behandlungsvereinbarung als unbegründet und die sich daraus ergebenden Einschränkungen für den Beschwerdeführer als übermässig. Der Beschwerdeführer durfte daher deren Unverbindlichkeit geltend machen. Die Verstösse gegen die Behandlungsvereinbarung stellen weder eine Verletzung von Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis dar noch einen sachlich hinreichenden Grund für eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Demzufolge erweist sich die Kündigung als ohne hinreichende sachliche Gründe erfolgt.

### **E. 6**

Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, die Kündigung sei missbräuchlich. Sie sei einzig wegen seines ausserdienstlichen Trinkverhaltens erfolgt und damit wegen einer persönlichen Eigenschaft. Überdies sei die Kündigung zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem er gerade noch nicht während vier Jahren angestellt gewesen sei und ihm damit sein Anspruch auf Eintritt in das Arbeitsmarktcenter SBB und damit Verbunden auf Unterstützung bei der beruflichen Neuorientierung verwehrt worden. Wegen der anstehenden Reorganisation in seinem Arbeitsbereich, der mit einem über die natürliche Fluktuation hinausgehenden Stellenabbau verbunden sei, wäre ein Übertritt ins Arbeitsmarktcenter wahrscheinlich gewesen.

#### **E. 6.1**

Die Vorinstanz entgegnet, die Kündigung sei wegen der Verstösse gegen die Behandlungsvereinbarung erfolgt, nachdem die Kündigung angedroht worden sei. Sie bestreitet, dass die in unbestimmter Zeit liegende Reorganisation für die Kündigung relevant gewesen sei, dies umso mehr als die bisherigen Informationen dazu keinen Bezug zum Beschwerdeführer aufwiesen und die allgemein gehaltene Mitarbeiterinformation erst mehr als ein Monat nach der Mitteilung der Kündigungsabsicht mit Gewährung des rechtlichen Gehörs erfolgt sei. Es bestehe daher kein Zusammenhang mit der Reorganisation.

#### **E. 6.2**

Gemäss Art. 34c Abs. 1 Bst. b BPG beurteilt sich die Missbräuchlichkeit einer Kündigung nach Art. 336 OR. Art. 336 Abs. 1 und 2 OR nennen einige missbräuchliche Kündigungsgründe. Diese Aufzählung ist indes nicht abschliessend. Eine Kündigung kann auch aus anderen Gründen missbräuchlich sein, sofern diese von einer Schwere sind, die mit jener der in Art. 336 Abs. 1 und 2 OR genannten Gründe vergleichbar ist. Die Missbräuchlichkeit muss dabei nicht zwingend im Motiv für die Kündigung liegen, sondern kann sich unter Umständen auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei

ihr Recht ausübt. So kann sie etwa vorliegen, wenn der kündigende Arbeitgeber bei der Kündigung die Persönlichkeit der angestellten Person schwer verletzt oder ein falsches und verstecktes Spiel treibt, das Treu und Glauben krass widerspricht; ebenso, wenn er das Kündigungsrecht zweckwidrig ausübt oder ein offensichtliches Missverhältnis zwischen den Interessen besteht (vgl. zum Ganzen BGE 136 III 513 E. 2.3; Urteile des BGer 8C\_334/2015 vom 19. August 2015 E. 4.2 und 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 E. 4.1 f.; Urteil des BVGer A-6277/2014 vom 16. Juni 2015 E. 12.1 m.w.H.). Keine Missbräuchlichkeit liegt demgegenüber bei einem "bloss" unanständigen, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdigen Verhalten des kündigenden Arbeitgebers vor (vgl. BGE 133 III 512 E. 6.6; Urteile des BGer 4A\_419/2011 vom 23. November 2011 E. 7.4.1 und 4A\_28/2009 vom 26. März 2009 E. 3.2). Für sich allein begründet auch das Fehlen eines sachlich hinreichenden Kündigungsgrundes im Sinne von Art. 10 Abs. 3 BPG keine Missbräuchlichkeit (vgl. Urteil des BVGer A-6277/2014 vom 16. Juni 2015 E. 12.1 mit Hinweis).

### **E. 6.3**

Die Vorinstanz hat die Kündigung wegen der Verstösse gegen die Behandlungsvereinbarung ausgesprochen. Hinsichtlich der Frage der Missbräuchlichkeit ist zu beachten, dass die Vereinbarung von beiden Parteien unterzeichnet worden ist und vorgängig eine Kündigungsandrohung ausgesprochen worden war. Die Vorinstanz hat ihre diesbezügliche Haltung und Erwartung stets beibehalten und klar geäußert. Erstmals im Rahmen des rechtlichen Gehörs zum Entwurf der Kündigungsverfügung hat der Beschwerdeführer die Grundsatzfrage aufgeworfen, ob diese Vereinbarungen einen zu grossen Eingriff in seine persönliche Freiheit darstelle. Dass die Vorinstanz unter diesen Umständen von einer vermeintlich gültigen Vereinbarung ausgegangen ist und diese angewendet hatte, stellt keinen Missbrauch dar. Auch wenn für den Bereich, in dem der Beschwerdeführer tätig war, eine Reorganisation vorgesehen ist, war diese im Zeitpunkt der Kündigung sodann nicht derart konkret, dass von einem Einfluss auf die Kündigung auszugehen ist. Insbesondere stand damals noch nicht fest, ob die Stelle des Beschwerdeführers überhaupt betroffen sein würde und gegebenenfalls ab wann. Es bestehen daher keine Anzeichen, dass hinter der Kündigung andere Motive stecken könnten, insbesondere, dass ein Anspruch des Beschwerdeführers auf Unterstützung des beruflichen Fortkommens im Arbeitsmarktcenter SBB vereitelt werden sollte. Die Rüge, die Kündigung sei missbräuchlich, erweist sich daher als unbegründet.

### **E. 7**

Gemäss Art. 34b Abs. 1 Bst. a BPG und Ziff. 184 Abs. 1 Bst. a GAV spricht die Beschwerdeinstanz dem Beschwerdeführer eine Entschädigung zu, wenn sachlich hinreichende Gründe für eine ordentliche Kündigung fehlen. Die Entschädigung wird von der Beschwerdeinstanz unter Würdigung aller Umstände festgelegt und beträgt in der Regel mindestens sechs Monatslöhne und höchstens einen Jahreslohn (Art. 34b Abs. 2 BPG und Ziff. 184 Abs. 2 GAV). Gemäss der Rechtsprechung ist dabei auf die Schwere der Persönlichkeitsverletzung bzw. des Eingriffs in die Persönlichkeit der angestellten Person, die Intensität und Dauer der vertraglichen Beziehungen, die Art und Weise der Kündigung, die Strafwürdigkeit des Verhaltens des Arbeitgebers sowie die Schwere eines allfälligen Mitverschuldens der angestellten Person abzustellen, ausserdem auf das Mass der Widerrechtlichkeit der Entlassung, die soziale und finanzielle Lage der angestellten Person sowie deren Stellung im Unternehmen des Arbeitgebers (vgl. Urteile des BVGer

A-6277/2014 vom 16. Juni 2015 E. 14.2 und A-5046/2014 vom 20. März 2015 E. 8.2 m.w.H.). Nachfolgend ist demnach anhand dieser Kriterien zu prüfen, welche Entschädigung für den Beschwerdeführer angemessen ist.

### **E. 7.1**

Der Beschwerdeführer beantragt eine Entschädigung in der Höhe eines Jahreslohns und beruft sich dabei auf die Ziff. 184 und 185 GAV. Diese entsprechen Art. 34b und 34c BPG. Die Vorinstanz habe fundamentale Verfahrensregeln missachtet, ohne sachlich hinreichende Gründe und gar missbräuchlich gekündigt. Durch ihr ungebührliches Verhalten habe sie das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zerstört. Die Vorinstanz lehnt eine Entschädigung implizit ab.

### **E. 7.2**

Da sich die Kündigung nicht als missbräuchlich erweist, scheidet eine Entschädigung gestützt auf Art. 34c BPG bzw. Ziff. 185 GAV aus. Hingegen besteht ein Anspruch auf eine Entschädigung wegen sachlich nicht gerechtfertigter Kündigung nach Art. 34b Abs.1 Bst. a BPG bzw. Ziff. 184 Abs. 1 Bst. a GAV. Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer zwar gestützt auf gewisse Anzeichen, aber ohne hinreichende Abklärung und damit in persönlichkeitsverletzender Weise ein Alkoholproblem unterstellt. Die Rüge der Verletzung von Verfahrensregeln erweist sich demgegenüber als unbegründet (vorne, E. 4). Zu berücksichtigen ist ferner, dass das Arbeitsverhältnis rund vier Jahre gedauert hat, also von eher kurzer Dauer war. Als (...) Controller übte der Beschwerdeführer eine verantwortungsvolle Aufgabe (...) aus, nicht aber eine eigentliche Vorgesetztenfunktion. Zu den sozialen und finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers ist wenig bekannt bzw. vorgebracht worden. Aus den Akten ergibt sich, dass er einen Abschluss als (...) sowie verschiedene Weiterbildungen und grosse berufliche Erfahrung im Bereich Finanzen, Buchführung und Controlling hat. Er ist (über 50) Jahre alt, lebt von seiner Frau gerichtlich getrennt und ist Vater zweier minderjähriger Kinder. Trotz guter Ausbildung und breiter Berufserfahrung dürfte sich angesichts seines Alters und allenfalls auch aufgrund der gesundheitlichen Probleme die Suche nach einer neuen Tätigkeit als nicht allzu einfach darstellen. Unter Würdigung dieser Umstände erscheint eine Entschädigung in der Höhe von zehn Bruttomonatslöhnen (auf der Basis des letzten massgeblichen Bruttolohns) als angemessen. Sozialversicherungsbeiträge sind keine abzuziehen, da auf der Entschädigung nach Art. 34b Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 BPG keine solchen zu entrichten sind (vgl. Urteil des BVGer A-6277/2014 vom 16. Juni 2015 E. 14.4.4 m.w.H.).

### **E. 8**

Das Beschwerdeverfahren in personalrechtlichen Belangen ist grundsätzlich kostenlos (vgl. Art. 34 Abs. 2 BPG). Es sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben.

### **E. 9**

Der obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Obsiegt sie nur teilweise, ist die Parteientschädigung entsprechend zu kürzen (Art. 7 Abs. 2 VGKE). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (vgl. Art. 8 ff. VGKE). Der Stundenansatz für die nichtanwaltliche berufsmässige Vertretung beträgt mindestens Fr. 100.- und höchstens Fr. 300.- (vgl. Art. 10 Abs. 2 VGKE). Wird keine

Kostennote eingereicht, setzt das Gericht die Entschädigung aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Das Ausmass des Obsiegens und Unterliegens hängt von den in der konkreten Beschwerde gestellten Rechtsbegehren ab. Abzustellen ist auf das materiell wirklich Gewollte. Der vom SEV vertretene Beschwerdeführer obsiegt in Bezug auf die Höhe der geltend gemachten Entschädigung zu rund drei Vierteln. Die gekürzte Parteienschädigung ist in Anbetracht des mutmasslichen Arbeits- und Zeitaufwands für das vorliegende Beschwerdeverfahren auf Fr. 1'600.- (inkl. Auslagen und allfälligem Mehrwertsteuerzuschlag) festzusetzen und der Vorinstanz zur Zahlung aufzuerlegen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.