

# **BVGer A-6361/2015 vom 27. April 2016**

Bundesverwaltungsgericht, 2016-04-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-6361\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-6361_2015)

FR: TAF A-6361/2015 du 27 avril 2016

IT: TAF A-6361/2015 del 27 aprile 2016

## **Regeste**

Bundespersonal

## **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. Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung (vgl. Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes [VwVG, SR 172.021]), 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 des Verwaltungsgerichtsgesetzes [VGG, SR 173.32]). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 1.2**

Der Beschwerdeführer hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist als Adressat des angefochtenen Entscheides, mit welchem die Vorinstanz eine Lohnkürzung verfügte und seinen Antrag auf Eröffnung einer neuen Lohnfortzahlungspflicht abwies, sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb er zur Beschwerde legitimiert ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

### **E. 1.3**

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

### **E. 2.1**

Das Bundesverwaltungsgericht stellt den rechtserheblichen Sachverhalt, unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien (Art. 13 und 52 VwVG), von Amtes wegen fest (Art. 12 VwVG) und wendet das Recht grundsätzlich frei an, ohne an die Anträge oder die rechtlichen Begründungen der Parteien gebunden zu sein (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Von den Verfahrensbeteiligten nicht aufgeworfene Rechtsfragen werden indes nur geprüft, wenn hierzu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichender Anlass besteht (statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A 7008/2015 vom 27. April 2016 E. 2.1 m.w.H.).

### **E. 2.2**

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 (statt vieler Urteil des BVGer A 7008/2015 vom 27. April 2016 E. 2.2 m.w.H.).

### **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; Urteile des BVGer A 7008/2015 vom 27. April 2016 E. 3 und A 529/2015 vom 24. Juni 2015 E. 3 m.w.H.).

#### **E. 4.1.1**

Der Beschwerdeführer macht geltend, damit ein neuer Lohnfortzahlungsanspruch gemäss Ziff. 128 Abs. 1 GAV zu laufen beginne, genüge nach der Praxis der Fachstelle Sozialversicherung der Vorinstanz ein einziger Tag volle Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Funktion. Diese Voraussetzung sei in seinem Fall erfüllt. Nach längerer Arbeitsabsenz habe er am 3. November 2014 einen sanften Wiedereinstieg in seiner angestammten Funktion gestartet und seine Leistungsfähigkeit kontinuierlich gesteigert. Eine Leistungsüberprüfung sei nicht vorgenommen worden, weshalb nicht beurteilt werden könne, ob er nicht bereits sehr nahe an der vollen Leistungsfähigkeit gewesen sei. Mit seiner ganztägigen Präsenz habe er bewiesen, dass nicht unrealistisch sei, dass er an einem Tag die volle Arbeitsleistung hätte erbringen können. Während der Ferien, welche er Anfang Dezember 2014 auf Anordnung der Vorinstanz angetreten habe, habe die Schulterproblematik vom behandelnden Arzt abgeschlossen werden können. Entsprechende Einschränkungen seien nicht mehr vorhanden gewesen. Stattdessen seien jedoch noch während der Ferien die neuen gesundheitlichen Beschwerden (Rückenproblematik) aufgetreten. Wegen dieser erneuten Arbeitsverhinderung sei es ihm nicht möglich gewesen, den Beweis seiner uneingeschränkten Arbeitsfähigkeit zu erbringen. Dies im Übrigen auch deshalb, weil die Rückkehr in die angestammte Tätigkeit aufgrund eines schwellenden Arbeitsplatzkonflikts noch zu prüfen gewesen wäre. Das Verweigern einer neuen Reintegrations- bzw. Lohnfortzahlungsfrist sei unter diesen Umständen unverhältnismässig. Da bereits ein einziger Tag volle Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Funktion für die Begründung eines neuen Lohnfortzahlungsanspruchs genüge, die "Hürde" mithin tief sei, müsse der Anscheinsbeweis der vollen Arbeitsfähigkeit genügen.

#### **E. 4.1.2**

Zur Lohnkürzung lässt der Beschwerdeführer sinngemäss vorbringen, da am 24. Dezember 2014 ein neuer zweijähriger Lohnfortzahlungsanspruch im Sinne von Ziff. 125 Abs. 1 GAV zu laufen begonnen habe, sei der darauf folgende einjährige Zeitraum als erstes Jahr der (neuen) Arbeitsverhinderung zu betrachten, weshalb er für diese Zeit gemäss Ziff. 125 Abs. 3 GAV Anspruch auf 100% Lohn habe.

#### **E. 4.2.1**

Die Vorinstanz bringt zusammengefasst vor, der Beschwerdeführer habe nach Beginn der Lohnfortzahlungsfrist Anfang 2014 nie eine volle Arbeitsfähigkeit in seiner bisherigen Funktion erreicht. Nach der Aufnahme der Schontätigkeit im November 2014 sei geplant gewesen, dass der Beschwerdeführer bis am 19. Dezember 2014 Ferien beziehe. Für die Zeit danach bzw. ab Januar 2015 sei vorgesehen gewesen, dass er die Schontätigkeit vorerst im bisherigen Rahmen weiterführe und seine Leistung sukzessiv steigere. Eine Leistungsüberprüfung sei im November 2014 nicht erfolgt, da sie zu diesem Zeitpunkt verfrüht gewesen wäre. Beim Beschwerdeführer habe Anfang 2014 eine Halswirbelsäulenproblematik und damit die medizinische Ursache für die Nacken- bzw. Rückenbeschwerden bestanden, was sich verschiedenen Berichten des MedicalService (ärztlicher Dienst der Vorinstanz) entnehmen lasse und auch aus anderen bei den Akten liegenden Dokumenten hervorgehe. Bei diesen halswirbelsäulenbedingten Schmerzen handle es sich gemäss Einschätzung des MedicalService um eine von der Schulter anatomisch unabhängige Problematik. Die Schulter- und die Nackenbeschwerden seien im 1. Quartal 2014 zeitgleich aufgetreten und behandelt worden, die Arbeitsverhinderung sei auf beide Symptome zurückzuführen gewesen, es habe eine komplexe Beschwerdeproblematik vorgelegen. Die einzelnen Symptome liessen sich nicht künstlich trennen, vielmehr habe der Beschwerdeführer an einem Symptomenkomplex gelitten. Die rechte Schulter des Beschwerdeführers sei am 28. April 2014 operiert worden und am 30. September 2014 habe diesbezüglich die letzte ärztliche Konsultation stattgefunden. Die Schulterproblematik rechts sei deshalb als abgeschlossen zu betrachten. Der Hausarzt des Beschwerdeführers habe dagegen noch im September 2015 gegenüber dem MedicalService bestätigt, dass die Schulterbeschwerden links und im Nackenbereich (Halswirbelsäule) weiterhin vorhanden und nicht behoben seien. Namentlich die Sehnenruptur in der linken Schulter sei bis anhin nicht operiert worden. Ob der Beschwerdeführer seine angestammte Tätigkeit tatsächlich ohne Einschränkung auch im Nackenbereich ausüben könnte, sei fraglich und jedenfalls nicht bewiesen. Dass er Anfang Dezember 2014, vor dem Eintritt der Beschwerden im Zusammenhang mit dem Bandscheibenvorfall, seiner bisherigen Tätigkeit im ursprünglichen Umfang hätte nachgehen können, sei eine "reine Hypothese" und erscheine angesichts der vorliegenden medizinischen Probleme als sehr unwahrscheinlich ("absolut unglaubwürdig").

#### **E. 4.2.2**

Betreffend die Verhältnismässigkeit der angefochtenen Verfügung macht die Vorinstanz geltend, eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses sei bisher nicht eingeleitet worden. Der MedicalService habe keine Untauglichkeit oder eingeschränkte Tauglichkeit des Beschwerdeführers festgestellt. Es sei geplant, einen neuen Arbeitsvertrag, allenfalls mit einem tieferen Beschäftigungsgrad, auszuarbeiten, wobei die Differenz zum vorherigen Lohn durch Sozialversicherungsleistungen ausgeglichen werden solle. Die von der Vorinstanz ausgesprochenen Massnahmen würden sich daher nicht als unverhältnismässig

erweisen.

### **E. 5.1**

Bei Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall besteht ein Anspruch auf Lohnfortzahlung während zweier Jahre, längstens bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses. Eine Arbeitsverhinderung liegt bei jeder krankheits- oder unfallbedingten Einschränkung der Arbeitsleistung vor. Die Lohnfortzahlung umfasst während des ersten Jahres der Arbeitsverhinderung 100% und während des zweiten Jahres 90% des Lohnes (Ziff. 125 Abs. 1-3 GAV). War der Mitarbeiter während weniger als sechs Monaten in der bisherigen Funktion voll arbeitsfähig und wird er wegen einer anderen Ursache erneut an der Arbeit verhindert, beginnt ein neuer Anspruch auf Lohnfortzahlung (Ziff. 128 Abs. 1 GAV). Die Parteien sind sich einig, dass der betroffene Mitarbeiter dafür lediglich während mindestens eines ganzen (Arbeits-)Tages wieder voll arbeitsfähig gewesen sein muss. Diese Auslegung erscheint richtig: Ein allfälliges Erfordernis einer längeren Zeitspanne der vollen Arbeitsfähigkeit wäre wohl ausdrücklich im GAV vorgesehen worden. Hätte demgegenüber jede auf einer anderen Ursache beruhende Arbeitsverhinderung einen neuen Lohnfortzahlungsanspruch auslösen sollen, unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer zuvor wieder - zumindest für einen Tag - voll arbeitsfähig war, hätte sich der Bezug auf die (volle) Arbeitsfähigkeit erübrigt.

### **E. 5.2**

Im Verfahren vor der Vorinstanz und vor dem Bundesverwaltungsgericht gilt der sogenannte Untersuchungsgrundsatz (vgl. vorstehend E. 2.1 sowie Ziff. 181 Abs. 2 GAV). Dies ändert jedoch nichts an der (objektiven) Beweislast, wonach grundsätzlich diejenige Partei die Folgen der Beweislosigkeit eines Sachumstandes zu tragen hat, die daraus Vorteile ableitet (vgl. Art. 8 des Zivilgesetzbuches [ZGB, SR 210], welcher mangels spezialgesetzlicher Grundlage auch im öffentlichen Recht analog anzuwenden ist; Urteile des Bundesgerichts [BGer] 2C\_2/2015 vom 13. August 2015 E. 2.3 und 8C\_283/2013 vom 8. November 2013 E. 5.2; Urteile des BVGer A 1300/2015 vom 30. März 2016 E. 3, A 4517/2015 vom 15. Februar 2016 E. 6.1 und A 300/2013 vom 6. Juli 2015 E. 3.2.3). Demnach trägt vorliegend der Beschwerdeführer die objektive Beweislast dafür, dass er nach dem 1. Januar 2014 wenigstens einen Tag lang in der bisherigen Funktion voll arbeitsfähig war (vgl. dazu auch Urteil des BGer 8C\_619/2014 vom 13. April 2015 E. 3.2.1 und Urteil des BVGer A 6410/2014 vom 1. September 2015 E. 4.3.4.2, wonach die Beweislast für die Arbeitsunfähigkeit beim Arbeitnehmer liegt [sofern er aus diesem Umstand etwas zu seinen Gunsten ableiten will]).

### **E. 5.3**

Das Bundesverwaltungsgericht würdigt die Beweise frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln sowie umfassend und pflichtgemäss (Grundsatz der freien Beweiswürdigung; vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. mit Art. 40 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273]). Es erachtet eine rechtserhebliche Tatsache, für die der volle Beweis zu erbringen ist (Regelbeweismass), nur dann als bewiesen, wenn es gestützt auf die freie Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt, sie habe sich verwirklicht. Absolute Gewissheit ist indes nicht erforderlich. Es genügt, wenn es an der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als unerheblich erscheinen (statt vieler Urteile des BVGer A 1300/2015 vom 30. März 2016 E. 3 und A 4517/2015 vom 15. Februar 2016 E. 6.2, je m.w.H.).

#### **E. 5.4**

Die direkte Beweisführung über den Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit ist grundsätzlich ausgeschlossen (Urteile des BGer 8C\_619/2014 vom 13. April 2015 E. 3.2.1 und 8C\_82/2012 vom 29. Mai 2012 E. 3.2). Dies gilt umgekehrt ebenso für die Arbeitsfähigkeit, sofern nicht der entsprechende Tatbeweis in Form der (uneingeschränkten) Arbeitsleistung erbracht wird. Obwohl der Beweis der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfalls - und ausnahmsweise auch derjenige der Arbeitsfähigkeit - in der Regel durch ärztliches Zeugnis erbracht wird, bewirkt dieser Anscheinsbeweis keine Beweislastumkehr. Ein Arztzeugnis stellt kein absolutes Beweismittel, sondern lediglich eine Parteibehauptung dar (Urteil des BGer 4A\_289/2010 vom 27. Juli 2010 E. 3.2; Urteil des BVGer A 6820/2008 vom 15. April 2009 E. 3.3). Es bleibt eine Frage der Beweiswürdigung (vgl. dazu mit Blick auf ein Arztzeugnis Urteil des BGer 1C\_64/2008 vom 14. April 2008 E. 3.4), ob die entscheidende Instanz darauf abstellt (zum Ganzen Urteil des BGer 8C\_619/2014 vom 13. April 2015 E. 3.2.1; Urteil des BVGer A 6410/2014 vom 1. September 2015 E. 4.3.4.2). Ein sogenannter Anscheinsbeweis (auch prima facie-Beweis genannt) liegt dann vor, wenn das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung aufgrund typischer Geschehensabläufe nach der allgemeinen Lebenserfahrung auf einen bestimmten Sachverhalt schliesst. Der Anscheinsbeweis ist stets die Folge einer natürlichen Vermutung, bezieht sich aber nur auf eigentliche Tatsachen, nicht auch auf hypothetische Geschehensabläufe, welche einer Vermutung ebenfalls zugänglich sind. Der Anscheinsbeweis bestimmt nicht das Beweismass, wird dieses doch nicht durch die Art des Beweises definiert, sondern durch die Anforderungen an die gerichtliche Überzeugung (Hans Peter Walter, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Band Nr. I/1, 2012, Art. 8 ZGB N 79 und 85 m.w.H.). Der Anscheinsbeweis kann sich dementsprechend auf jeden erforderlichen Grad des Beweismasses beziehen. Das Bundesgericht hat den Anscheinsbeweis allerdings auch schon als Beweismass betrachtet, jedoch uneinheitlich (vgl. Urteile des BGer 4A\_220/2010 vom 11. Oktober 2010 E. 8.2.3 und 5C.109/2001 vom 10. Juli 2001 E. 2a [Gegensatz zum "striktem Beweis"; ebenso wohl Urteil 8C\_619/2014 vom 13. April 2015 E. 3.2.1], 5C.170/2006 vom 17. Oktober 2006 E. 5.2 ["Beweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit"] sowie 5C.146/2000 vom 15. Februar 2001 E. 4b [Glaubhaftigkeit]). Der Gegenpartei steht gegenüber dem Anscheinsbeweis der Gegenbeweis offen, indem sie Umstände geltend machen kann, welche die aus blosser Erfahrung geschöpfte Überzeugung des Gerichts erschüttern und einen atypischen Geschehensablauf ernsthaft als möglich erscheinen lassen. Dementsprechend ist nicht der volle Beweis des Gegenteils erforderlich, sondern es genügt der Beweis tatsächlicher Umstände, welche die ernsthafte Möglichkeit eines vom Erfahrungssatz abweichenden Geschehensablaufs indizieren (Walter, a.a.O., N 86; vgl. ebenso Urteile des BGer 4C.424/2004 vom 15. März 2005 E. 3.2.2.1 und 5C.99/2002 vom 12. Juni 2002 E. 2.1; ferner BGE 120 II 393 E. 4b).

#### **E. 5.5**

Klärt ein Vertrauensarzt der Vorinstanz (MedicalService) gestützt auf Ziff. 119 GAV den Gesundheitszustand eines Mitarbeiters ab, bilden die Feststellungen des Vertrauensarztes die Grundlage für die Anwendung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen. Beurteilt er die Arbeitsfähigkeit anders als die den Mitarbeiter behandelnden Ärzte, ist für die Vorinstanz die Beurteilung des Vertrauensarztes massgebend (Ziff. 120 GAV). Diese Bestimmung entbindet die Vorinstanz allerdings nicht von der pflichtgemässen freien Beweiswürdigung (vgl. eingehend Urteil des BVGer A 6820/2008 vom 15. April 2009 E. 3.2, insb. E. 3.2.6;

ferner Urteil A 6100/2013 vom 5. Juni 2014 E. 4.4).

### **E. 6.1**

Dem Reintegrationsplan vom 23. Januar 2014 lässt sich zum Grund der Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers entnehmen: "Abwesend wegen Schulter". Der Bericht des MedicalService vom 10. Februar 2014 stellt fest, der Beschwerdeführer leide an zwei verschiedenen Diagnosen, einer Schulterproblematik sowie einem Problem im Bereich der Halswirbelsäule. Es sei eine Operation an der linken Schulter geplant, nach welcher mit einer mindestens dreimonatigen Rehabilitationszeit zu rechnen sei. Mit Schreiben vom 7. April 2014 teilte der MedicalService mit, nun leide der Beschwerdeführer plötzlich auch an starken Schmerzen im Bereich der rechten Schulter. Es zeige sich eine komplexe Problematik, welche die Halswirbelsäule, den Nacken und beide Schultern betreffe. Dieser Befund ergab sich offenbar aus den Berichten der den Beschwerdeführer behandelnden Fachärzte vom 20. Februar und 28. März 2014, welche die Vorinstanz zusammen mit der Duplik zu den Verfahrensakten reichte. Gemäss dem Protokoll zur Besprechung vom 30. März 2015 zwischen dem Beschwerdeführer sowie Vertretern der Vorinstanz und der IV-Stelle der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Aargau wurde anlässlich dieses Gesprächs festgestellt, dass die Schulter des Beschwerdeführers "soweit wieder gut" und "von der Schulter her [...] die Wiederaufnahme der Arbeit an und für sich möglich" sei. Am 21. September 2015 erklärte der MedicalService gegenüber der Vorinstanz, eine Konsultation des Hausarztes des Beschwerdeführers habe ergeben, dass die Schulter- und Nackenprobleme weiterhin vorhanden seien - mit Schulterbeschwerden links im Vordergrund - und eine entscheidende Besserung nicht in Sicht sei. In einem vom 6. November 2015 datierenden Arzteugnis führte der Hausarzt des Beschwerdeführers aus, er habe diesen am 5. Dezember 2013 wegen Problemen an der linken Schulter bei einem Spezialisten angemeldet. Im Februar 2014 sei die linke Schulter "gut" gewesen, aber es seien rechtsseitige Schulterbeschwerden aufgetaucht, welche Problematik am 29. April 2014 abgeschlossen worden sei. Zum aktuellen, das heisst im Ausstellungszeitpunkt bestehenden Gesundheitszustand des Beschwerdeführers äussert sich das Arzteugnis nicht. Einem Schreiben des MedicalService vom 9. November 2015 lässt sich schliesslich entnehmen, nach Auskunft des Hausarztes des Beschwerdeführers seien weiterhin Schulterbeschwerden vorhanden. Dies bedeute, dass deren Behandlung nach wie vor nicht habe abgeschlossen werden können.

### **E. 6.2**

Der aufgrund der Angaben der Parteien und gestützt auf die vorhandenen Akten rekonstruierbare Krankheitsverlauf beim Beschwerdeführer legt nahe, dass er Ende November/Anfang Dezember 2014 seine volle Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Funktion nicht wiedererlangt hatte. Dies kann zwar nicht gänzlich ausgeschlossen werden, erscheint aber als wenig wahrscheinlich. Die im Zusammenhang mit dem Bandscheibenvorfall ab dem 8. Dezember 2014 aufgetretenen Hüft- und Rückenbeschwerden waren zwar unstrittig auf ein neues Ereignis zurückzuführen und hatten demnach zuvor noch keinen Bestand. Die Krankheitsgeschichte des Beschwerdeführers zeigt indes, dass bei diesem auch ab Dezember 2014 nicht einzig auf den Bandscheibenvorfall zurückzuführende gesundheitliche Probleme vorlagen, sondern weiterhin die linke Schulter und den Nacken betreffende Beschwerden vorhanden waren, welche wohl im Zusammenhang mit der Gesundheitsproblematik standen, die der ab dem 1. Januar 2014 zumindest teilweise bestehenden Arbeitsverhinderung zugrunde lag. Auch der Umstand, dass der

Beschwerdeführer noch bis Ende Oktober 2014 100% arbeitsunfähig war und erst im November 2014 eine Schontätigkeit aufnehmen konnte, lässt es als unwahrscheinlich erscheinen, dass er - nach einer zehnmonatigen vollständigen Arbeitsunfähigkeit - bereits nach rund einem Monat seine ursprüngliche Leistungs- bzw. Arbeitsfähigkeit wieder in vollem Umfang zurückerlangt hatte. Daran ändert im Übrigen auch der Umstand nichts, dass der Beschwerdeführer Anfang Dezember Ferien bezog, kann doch von einer (allfälligen) Ferienfähigkeit nicht ohne Weiteres auf die Arbeitsfähigkeit geschlossen werden (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich PB.2007.00055 vom 28. Mai 2008 E. 3.4; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 329a N 6 S. 648).

### **E. 6.3**

Zusammengefasst ergibt sich, dass nicht abschliessend festgestellt werden kann, ob der Beschwerdeführer vor der Arbeitsverhinderung im Zusammenhang mit dem Bandscheibenvorfall während mindestens eines Tages in seiner bisherigen Funktion (wieder) voll arbeitsfähig war. Ebenso wenig gelingt ihm der entsprechende Anscheinsbeweis. Der (objektiv) beweisbelastete Beschwerdeführer hat daher die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, weshalb die angefochtene Verfügung insofern nicht zu beanstanden ist.

### **E. 7**

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips.

#### **E. 7.1**

Das in Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) verankerte Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass eine staatliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles geeignet und erforderlich sowie bezüglich Eingriffszweck und -wirkung ausgewogen (sog. verhältnismässig im engeren Sinn), mithin der betroffenen Partei zumutbar ist (BGE 141 I 1 E. 5.3.2, 140 II 194 E. 5.8.2; Urteile des BVGer A 5034/2015 vom 11. April 2016 E. 5, A 2024/2015 vom 1. September 2015 E. 5.3.2 und A 4979/2014 vom 18. Februar 2015 E. 10). Dieser Grundsatz gilt auch für die Vorinstanz, soweit sie staatliche Aufgaben wahrnimmt bzw. als öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin handelt, was vorliegend ohne Weiteres der Fall ist (vgl. Art. 35 Abs. 2 BV, Art. 6 Abs. 1 BPG und Ziff. 18 GAV sowie statt vieler Urteile des BVGer A 6453/2014 vom 9. Dezember 2015 E. 9 und A 417/2013 vom 2. Oktober 2013 E. 8). Geeignet ist eine verwaltungsrechtliche Massnahme dann, wenn mit ihr das angestrebte Ziel erreicht werden oder sie zu dessen Erreichung einen nicht zu vernachlässigenden Beitrag leisten kann, das heisst wenn sie mit Blick auf das angestrebte Ziel Wirkungen entfaltet und dessen Erreichung erleichtert (sog. Zwecktauglichkeit). Die Erforderlichkeit liegt vor, wenn mit keiner gleichermassen geeigneten, aber für die betroffene Partei weniger einschneidenden Massnahme der angestrebte Erfolg ebenso erreicht werden kann. Die Massnahme ist schliesslich nur dann gerechtfertigt (verhältnismässig im engeren Sinn), wenn eine angemessene Zweck-Mittel-Relation (sog. Zumutbarkeit) besteht, das heisst der damit verbundene Eingriff in die Rechtsstellung der betroffenen Partei im Vergleich zur Bedeutung des verfolgten öffentlichen Interesses nicht unvertretbar schwerer wiegt (BGE 140 I 353 E. 8.7, 140 I 2 E. 9.2.2; zum Ganzen Urteile des BVGer A 6699/2015 vom 21. März 2016 E. 6.3 und A 6956/2013 vom 16. September 2014 E. 5.1.1 m.w.H.).

#### **E. 7.2.1**

Gemäss Ziff. 128 Ziff. 1 GAV beginnt ein neuer Anspruch auf Lohnfortzahlung, wenn der betroffene Mitarbeiter während laufender Lohnfortzahlungsdauer in seiner bisherigen Funktion wieder voll arbeitsfähig wird. Ziff. 125 Abs. 3 GAV sieht vor, dass die Lohnfortzahlung während des zweiten Jahres der Arbeitsverhinderung und zweijährigen Lohnfortzahlungsfrist 90% des Lohnes umfasst. Mit diesen im GAV festgeschriebenen Regelungen sollen die finanziellen Interessen des arbeitsunfähigen Arbeitnehmers und diejenigen der Vorinstanz als Arbeitgeberin in ein Gleichgewicht gebracht werden. Die von der Vorinstanz in Anwendung der genannten Bestimmungen getroffenen Anordnungen sind ohne Weiteres geeignet, dieses damit verfolgte Ziel zu erreichen. Mildere Massnahmen sind nicht ersichtlich und werden vom Beschwerdeführer auch nicht geltend gemacht.

### **E. 7.2.2**

Was die Verhältnismässigkeit im engeren Sinn anbelangt ist davon auszugehen, dass diese bereits von den GAV-Bestimmungen zur Lohnfortzahlung konkretisiert wird. Indem Dauer und Höhe von Lohnfortzahlung und Lohnreduktion im GAV festgelegt werden, wird deren Verhältnismässigkeit implizit vorweggenommen (vgl. dazu Urteil des BVGer A 5034/2015 vom 11. April 2016 E. 5). Dass der Lohnfortzahlungsanspruch des betroffenen Arbeitnehmers bei andauernder Arbeitsunfähigkeit nach zwei Jahren endet, entspricht überdies der Regelung im Bundespersonalrecht. Gleiches gilt für die Lohneinbusse von 10% im zweiten Jahr (vgl. Art. 56 BPV). Auch Taggeldversicherungen sehen üblicherweise eine zweijährige Leistungspflicht der Versicherung vor, in der Regel allerdings nur im Umfang von 80% des Lohnes für die ganze Anspruchsdauer. Die (Mindest-)Lohnfortzahlungsdauer von zwei Jahren erscheint denn grundsätzlich auch ohne Weiteres als angemessen, zumal sie unter gewissen Umständen verlängert oder neu eröffnet wird (vgl. Ziff. 127 f. GAV). Weil die Hürde von einem Tag volle Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Funktion für die Begründung eines neuen Lohnfortzahlungsanspruchs tief ist - wie auch der Beschwerdeführer ausdrücklich anerkennt -, rechtfertigt es sich, für die Bejahung dieser Voraussetzung zumindest zu verlangen, dass sie mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erfüllt ist. Die Lohnreduktion von 10% ist zwar nicht unerheblich, aber grundsätzlich ebenso als zumutbar zu betrachten, umso mehr als die Vorinstanz während des ersten Jahres den vollen Lohn bezahlt und sich der betroffene Arbeitnehmer während dieser Zeit auf die (drohende) Lohneinbusse einstellen kann.

### **E. 7.2.3**

Da die angefochtene Verfügung lediglich die im GAV vorgesehenen Rechtsfolgen der Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers mit Bezug auf dessen Lohnfortzahlungsanspruch bestätigt, ist ihre Verhältnismässigkeit nach dem Gesagten zu bejahen. Ob die Vorinstanz aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips ausnahmsweise verpflichtet sein kann, auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen von Ziff. 128 GAV einen neuen zweijährigen Lohnfortzahlungsanspruch zu eröffnen und/oder entgegen Ziff. 125 Abs. 3 GAV auch im zweiten Jahr der Lohnfortzahlungspflicht 100% des Lohnes zu entrichten, sich mithin diese GAV-Bestimmungen im Einzelfall als unverhältnismässig erweisen können, kann offenbleiben. Solche besonderen Umstände sind vorliegend jedenfalls nicht ersichtlich und vom Beschwerdeführer wird auch nicht näher dargelegt, weshalb gerade in seinem Fall die Regelung des GAV unverhältnismässig und ein Abweichen davon geboten sein soll. Die angefochtene Verfügung erweist sich mithin auch unter Berücksichtigung der konkreten Umstände als verhältnismässig. Dies umso mehr, als die Vorinstanz den Ende 2015 auslaufenden zweijährigen Lohnfortzahlungsanspruch des Beschwerdeführers (mindestens)

um drei weitere Monate verlängert und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses offenbar nach wie vor nicht eingeleitet hat.

#### **E. 8**

Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist deshalb abzuweisen.

#### **E. 9**

Das Beschwerdeverfahren ist in personalrechtlichen Angelegenheiten unabhängig vom Verfahrensausgang grundsätzlich kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG), weshalb keine Verfahrenskosten zu erheben sind. Eine Parteientschädigung ist weder dem unterliegenden Beschwerdeführer (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) noch der Vorinstanz (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE) zuzusprechen.

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