



## Urteil vom 3. April 2019

---

Besetzung

Richter Jürg Steiger (Vorsitz),  
Richterin Kathrin Dietrich, Richter Christoph Bandli,  
Gerichtsschreiberin Flurina Peerdeman.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch  
Krishna Müller, Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Schweizerische Bundesbahnen SBB,**  
Recht & Compliance Human Resources,  
Hilfikerstrasse 1, 3000 Bern 65 SBB,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

**Sachverhalt:****A.**

A.\_\_\_\_\_, geboren am (...) 1969, arbeitete seit dem (...) 2012 als Teamleiter im Bereich (...) der Schweizerischen Bundesbahnen (SBB). Infolge Reorganisation war A.\_\_\_\_\_ ab dem 1. Juli 2017 nicht mehr für das (Team 1), sondern neu für das (Team 2) zuständig.

**B.**

Mit Verfügung vom 20. September 2017 löste die SBB das Arbeitsverhältnis mit A.\_\_\_\_\_ wegen eines wichtigen Grundes fristlos auf.

Ihren Entscheid begründete die SBB damit, A.\_\_\_\_\_ habe seine ehemaligen Mitarbeitenden vom (Team 1) dazu mobilisiert, sich gegen die neue Leitung (des Teams 1) und die neue Organisation aufzulehnen. Insbesondere habe er zwei seiner ehemaligen Mitarbeitenden – B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ – für die Durchsetzung eigener Interessen eingespannt und unter Druck gesetzt. Er habe sie glauben lassen, die SBB suche einen neuen Vorgesetzten für das (Team 1). A.\_\_\_\_\_ habe sie aufgefordert, einen Brief an D.\_\_\_\_\_, (der nächsthöhere Vorgesetzte), zu schreiben und darin unter anderem seine Rückkehr als Vorgesetzter zu fordern. Dem Brief sollte eine Liste mit Unterschriften von möglichst vielen Mitarbeitenden des (Teams 1) beigelegt werden. Weiter habe er die Anweisung erteilt, es sei den Anschein zu erwecken, die Initiative ginge von den Mitarbeitenden aus. Das Verhalten von A.\_\_\_\_\_ verstosse gegen die grundlegende Treuepflicht gemäss Ziff. 35 des Gesamtarbeitsvertrages der SBB vom 9. Dezember 2014 (nachfolgend: GAV) und den allgemeinverbindlichen Verhaltenskodex der SBB. In der Funktion als Vorgesetzter befinde er sich in einer Vertrauensposition und es dürfe mit einem erhöhten Verantwortungsbewusstsein gerechnet werden. Durch sein berechnendes und hinterlistiges Intrigieren sei das Vertrauensverhältnis unwiderruflich zerstört worden. Der SBB sei die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar, weshalb es wegen eines wichtigen Grundes gestützt auf Ziff. 177 GAV fristlos aufgelöst werde.

**C.**

Mit Eingabe vom 23. Oktober 2017 erhebt A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben. Da wichtige Gründe für eine fristlose Kündigung fehlen würden, sei eine Lohnfortzahlung bis Ende Dezember 2017 anzuordnen und ihm eine Entschädigung von neun Monatslöhnen zuzusprechen.

In der Begründung legt der Beschwerdeführer dar, nach der Reorganisation hätten seine vorherigen Mitarbeitenden B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ sich bei ihm über ihren neuen Vorgesetzten und die neuen Leitungsstrukturen beschwert. Er habe ihnen per privaten Textnachrichten geraten, sie sollten die Unzufriedenheit und die Missstände in einem Schreiben an D.\_\_\_\_\_, (der nächsthöhere Vorgesetzte), kundtun und Massnahmen zur Verbesserung fordern. Dabei sei es der Wunsch der ehemaligen Mitarbeitenden gewesen, dass er in seine frühere Position zurückkehren könne. Er sei als Vorgesetzter äusserst beliebt gewesen. Die SBB habe vorliegend den Sachverhalt rechtswidrig, unrichtig und unvollständig festgestellt. Die Aussagen von B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ habe die SBB nur in einer interpretierten Form protokolliert. So lasse sich nicht beurteilen, ob die Fragen suggestiv gestellt und die Antworten neutral wiedergegeben worden seien. Auch sei nicht von der Hand zu weisen, dass die Mitarbeitenden sich nicht frei hätten äussern können. Hätten sie nicht kooperiert, hätten auch sie ihre Stelle verloren. Des Weiteren habe die SBB die WhatsApp- und SMS-Kommunikation rechts- und GAV-widrig besorgt. Private Nachrichten dürften nur mit der Einwilligung aller Gesprächspartner verwendet werden. Sein Einverständnis sei nie eingeholt worden, weshalb eine Persönlichkeitsverletzung vorliege. Das Beweismittel dürfe nicht verwertet werden und sei aus den Akten zu weisen. Doch selbst wenn die Kommunikation verwendet werden dürfte, belege sie nicht den dargestellten Sachverhalt der SBB. Die Textnachrichten seien unvollständig, teilweise aus dem Zusammenhang gerissen und deren Übersetzungen unverständlich. Es lasse sich einzig belegen, dass eine Kommunikation stattgefunden habe, wobei die Unzufriedenheit mit der Situation (beim Team 1) deutlich spürbar sei. Ferner sei zu rügen, dass er zum Mitarbeitergespräch am 31. August 2017 keine Vertrauensperson habe beiziehen dürfen, was GAV-widrig sei.

Die Probleme und die Unzufriedenheit infolge der Reorganisation, so der Beschwerdeführer in der weiteren Begründung, habe er nicht zu vertreten. Durch die Meldungen seiner vormaligen Mitarbeitenden sei er in ein Loyalitätskonflikt geraten. Sein Verhalten könne unter dem Aspekt der Treuepflicht des Arbeitnehmers hinterfragt werden. Kritik müsse jedoch erlaubt sein. Die Ratschläge an die vormaligen Mitarbeitenden seien rein betriebsintern und nachvollziehbar. Selbst wenn sie das Schreiben versandt hätten, wäre kein Schaden entstanden. Vielmehr wäre es Aufgabe der SBB gewesen, sich mit den Betroffenen bezüglich ihrer Unzufriedenheit auseinanderzusetzen. Sein angebliches Fehlverhalten sei jedenfalls nicht derart gravierend gewesen, dass einer Rüge oder Abmahnung jede Aussicht auf Erfolg hätte abgesprochen werden müssen. Mildere Massnahmen, wie z.B.

eine gesprächsweise Bereinigung der Situation, wären möglich gewesen, um den Betriebsfrieden und das Vertrauen wiederherzustellen. Angesichts der unterlassenen Mahnung sowie seiner guten Arbeitsleistung sei das fragliche Verhalten in gesamthafter Betrachtung nicht geeignet, die Fortführung des Arbeitsverhältnisses für die SBB als unzumutbar erscheinen zu lassen. Die fristlose Kündigung erweise sich daher als unbegründet. Im vorliegenden Fall seien wichtige Formvorschriften verletzt und rechtswidrig verschaffte Beweismittel unter Verletzung seiner Persönlichkeitsrechte verwendet worden. Zu beachten sei auch, dass er als fast 50-jähriger Arbeitnehmer keine guten Chancen auf dem Arbeitsmarkt habe. Die Entschädigung sei daher auf neun Monatslöhne festzulegen. Zudem sei ihm der Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist weiterzuzahlen.

#### **D.**

Die SBB (nachfolgend: Vorinstanz) schliesst in der Vernehmlassung vom 18. Dezember 2017 auf Abweisung der Beschwerde.

Zu den Vorbringen des Beschwerdeführers führt die Vorinstanz aus, sie habe den Sachverhalt ausreichend abgeklärt. Die Gespräche mit den befragten Mitarbeitenden seien korrekt durchgeführt worden. B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ hätten unterschriftlich bestätigt, dass die Gesprächsnotizen wahrheitsgetreu abgefasst worden seien und sie sich frei hätten äussern können. Ihre übereinstimmenden Aussagen, sie seien vom Beschwerdeführer instrumentalisiert und unter Druck gesetzt worden, seien glaubhaft. Die WhatsApp- und SMS-Kommunikation sei ihr von B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ rechtmässig zur Verfügung gestellt worden, weshalb einer Verwendung nichts entgegenstehe. Aus den Textnachrichten seien die Bestrebungen des Beschwerdeführers klar ersichtlich. Da die wenigen auf (...) verfassten Textnachrichten keinen entscheidenden Charakter hätten, sei die vorgenommene Übersetzung mittels des Onlinedienstes "Google Übersetzer" ausreichend. Beim Mitarbeitergespräch vom 31. August 2017 habe sie den Beschwerdeführer zwar mit den Vorwürfen konfrontiert, ohne ihn jedoch dazu zu befragen oder ihm Beweismittel vorzulegen. Eine Vertretung oder Begleitung sei daher zum damaligen Zeitpunkt nicht angezeigt gewesen.

Die Vorinstanz erklärt in der weiteren Begründung, sie sei ihrer Fürsorgepflicht nachgekommen und habe die Reorganisation adäquat umgesetzt sowie begleitet. Bei den Mitarbeitenden des (Teams 1) habe eine grosse Akzeptanz und Zufriedenheit mit der neuen Organisation und dem neuen Vorgesetzten geherrscht. Die Initiative, Veränderungen herbeizuführen, sei

nachweislich vom Beschwerdeführer ausgegangen, nachdem sein geändertes Zuständigkeitsgebiet sowie sein neuer Vorgesetzter nicht seinen Vorstellungen entsprochen hätten. Aus Eigeninteresse habe er seine vor-maligen Mitarbeitenden mobilisiert, um an seine vorherige Position zurück-zukehren. Den Inhalt des Briefes habe er teilweise vorgegeben. Er habe sie angewiesen, seine Rückkehr zu fordern und es sollte den Anschein er-weckt werden, der Brief sei ohne sein Wissen erstellt worden. Die vom Be-schwerdeführer initiierten, wiederholten Kontakte und Anweisungen hätten bei den betroffenen Mitarbeitenden zu einer anhaltenden Drucksituation geführt. Indem der Beschwerdeführer in einer leitenden Funktion seine vor-maligen Mitarbeitenden manipuliert und hinterlistig während längerer Zeit darauf hingearbeitet habe, die neuen Strukturen zum eigenen Vorteil zu unterlaufen, habe er massiv gegen seine vertraglichen Verpflichtungen verstossen. Das Vertrauen in den Beschwerdeführer sei dadurch unwider-ruflich zerstört worden und ihr habe bei den vorliegenden Umständen kein geeignetes milderes Mittel zur Verfügung gestanden. Die fristlos ausge-sprochene Kündigung sei deshalb gerechtfertigt. Sollte die Beschwerde wi-der Erwarten gutgeheissen werden, sei bei der Entschädigungsbemes-sung insbesondere dem vom Beschwerdeführer gezeigten illoyalen Ver-halten angemessen Rechnung zu tragen.

**E.**

In den Schlussbemerkungen vom 19. Januar 2018 hält der Beschwerde-führer an seinen Rechtsbegehren und an seinen Ausführungen in der Be-schwerdeschrift fest.

**F.**

Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit relevant – in den nachfol-genden Erwägungen eingegangen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. März 1998 über die Schweizerischen Bundesbahnen (SBBG, SR 742.31) gelten die Bestimmungen des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) auch für das Personal der SBB (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. d BPG). Demnach können Verfügungen der Arbeitgeberin mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Art. 36 Abs. 1 BPG und Ziff. 183 GAV).

Bei der SBB handelt es sich um eine Arbeitgeberin im Sinn des BPG und somit um eine zulässige Vorinstanz (Art. 3 Abs. 1 Bst. d BPG). Der angefochtene Entscheid stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) und demnach ein taugliches Anfechtungsobjekt dar (Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Da zudem kein Ausnahmegrund nach Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

**1.2** Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG und das Bundespersonalrecht nichts anderes bestimmen (vgl. Art. 37 VGG).

**1.3** Zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist durch die Kündigungsverfügung auch materiell beschwert. Er ist deshalb zur Beschwerde legitimiert.

**1.4** Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

### **2.**

**2.1** Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (vgl. 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 (vgl. statt vieler Urteil des BVerG A-5997/2017 vom 14. März 2019 E. 2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.160).

**2.2** 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 (subjektive) Beweisführungslast trifft die Parteien dagegen – anders als im Zivilprozess – nicht (statt vieler Urteil des BVerG A-4716/2017 vom 8. August 2018 E. 2.2; 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 Beweismittel nach objektiven Gesichtspunkten zur Überzeugung gelangt, dass sich der rechts-erhebliche Sachverhalt verwirklicht hat. Absolute Gewissheit ist indes nicht erforderlich. Es genügt, wenn es an der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, 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 (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.150). Im Beschwerdeverfahren betreffend Kündigungen trägt die kündigende Behörde daher namentlich die (objektive) Beweislast für das Vorliegen eines rechtsgenügenden Kündigungsgrundes, die von der Kündigung betroffene Person dagegen namentlich jene für die Missbräuchlichkeit der Kündigung (vgl. zum Ganzen Urteil des BVerG A-1399/2017 vom 13. Juni 2018 E. 2.2 mit Hinweisen).

**2.3** Die Bestimmungen über das Dienstverhältnis des Bundespersonals gelten grundsätzlich auch für das Personal der SBB (vgl. vorstehend E. 1.1). 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; statt vieler Urteil des BVGer A-5997/2017 vom 14. März 2019 E. 3).

### 3.

**3.1** In der Hauptsache ist strittig und im Folgenden zu prüfen, ob ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorliegt.

**3.2** Nach Ziff. 177 Abs. 1 GAV sowie Art. 10 Abs. 4 BPG können die Vertragsparteien das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen fristlos kündigen. Als wichtiger Grund gilt gemäss Ziff. 177 Abs. 2 GAV jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Die Voraussetzung zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses orientiert sich damit an den "wichtigen Gründen" gemäss Art. 337 Abs. 2 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220), der die fristlose Auflösung privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse regelt. Um zu beurteilen, ob eine fristlose Kündigung gerechtfertigt ist, kann somit die zu Art. 337 OR entwickelte Rechtsprechung angemessen berücksichtigt werden. Den Besonderheiten des öffentlichen Dienstes ist dabei allerdings Rechnung zu tragen (Urteile des BVGer A-5997/2017 vom 14. März 2019 E. 5.3, A-615/2018 vom 22. Januar 2019 E. 5.1 und A-3148/2017 vom 3. August 2018 E. 7.1.1; vgl. PETER HÄNNI, Personalrecht des Bundes, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. I/2, 3. Aufl. 2017, Rz. 107 ff., BEATRIX SCHIBLI, Kündigungsschutz in sachlicher Hinsicht im Bundespersonalrecht, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht [SVVOR], Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2016/2017, S. 196).

Eine fristlose Kündigung ohne vorgängige Verwarnung ist nur bei einem besonders schweren Fehlverhalten der angestellten Person gerechtfertigt. Dieses muss einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tief greifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist; andererseits muss es sich auch tatsächlich so auswirken. Wiegen die Verfehlungen weniger schwer, ist die

fristlose Kündigung wie im privaten Arbeitsrecht nur gerechtfertigt, wenn die Verfehlungen trotz Verwarnung wiederholt begangen werden (Urteile des BVGer A-615/2018 vom 22. Januar 2019 E. 5.2.1, A-3148/2017 vom 3. August 2018 E. 7.1.2, A-2718/2016 vom 16. März 2017 E. 5.1 und A-4312/2016 vom 23. Februar 2017 E. 5.2; vgl. zum privatrechtlichen Arbeitsverhältnis BGE 142 III 579 E. 4.1, 130 III 28 E. 4.1, 130 III 213 E. 3.1; PORTMANN/RUDOLPH, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, Art. 337 Rz. 3, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 337 N 2).

Dem Arbeitgeber kommt beim Entscheid, ob ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorliegt, ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Er hat aber den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten und diejenige Massnahme zu wählen, die angemessen ist bzw. genügt. Als strengste ihm zur Verfügung stehende Massnahme darf er die fristlose Kündigung nur in Ausnahmefällen als letztes Mittel ("ultima ratio") aussprechen. Er hat dabei unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des konkreten Falls zu prüfen, ob sie gerechtfertigt ist (Urteile des BVGer A-615/2018 vom 22. Januar 2019 E. 5.2.3, A-3148/2017 vom 3. August 2018 E. 7.1.2, A-2718/2016 vom 16. März 2017 E. 5.3 und A-4312/2016 vom 23. Februar 2017 E. 5.3).

**3.3** Ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung kann insbesondere in einer schweren Verletzung der in Ziff. 35 Abs. 1 GAV und Art. 20 Abs. 1 BPG statuierten Treuepflicht liegen, also der Pflicht der Angestellten, die berechtigten Interessen ihres Arbeitgebers wie auch des Bundes zu wahren (sog. "doppelte Loyalität"). Die mit der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers korrelierende Treuepflicht des Arbeitnehmers ist eine die Arbeitspflicht ergänzende Nebenpflicht. Sie ist beschränkt und besteht nur so weit, als es um die Erreichung und Sicherung des Arbeitserfolges geht, also soweit ein genügender Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis besteht. Die Treuepflicht hängt daher stark von Funktion und Aufgabe des Arbeitnehmers und den betrieblichen Verhältnissen ab und ist für jedes Arbeitsverhältnis gesondert aufgrund der konkreten Umstände und der Interessenlage des konkreten Falles zu bestimmen (Urteile des BVGer A-3148/2017 vom 3. August 2018 E. 7.1.3, A-2718/2016 vom 16. März 2017 E. 5.2 und A-4312/2016 vom 23. Februar 2017 E. 5.5; PETER HELBLING, in: Portmann/Uhlmann [Hrsg.], Bundespersonalgesetz [BPG], 2013, Art. 20 Rz. 50 f.). Von leitenden Angestellten wird eine wesentlich grössere Loyalität verlangt als von einem Angestellten in untergeordneter Stellung (Urteil

des BVGer A-2718/2016 vom 16. März 2017 E. 5.2; vgl. zum privatrechtlichen Arbeitsverhältnis BGE 130 III 28 E. 4.1, 104 II 28 E. 1; Urteil des BGer 4A\_349/2017 vom 23. Januar 2018 E. 4.2). Soweit sich ein Verhalten nicht direkt auf die Arbeitsleistung des betroffenen Arbeitnehmers (oder allenfalls anderer Angestellter) auswirkt, ist die geforderte objektive Schwere nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen, genügt doch für eine fristlose Kündigung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht einmal jedes strafbare Verhalten am Arbeitsplatz (Urteil des BVGer A-73/2014 vom 14. Juli 2014 E. 4.1.4; vgl. zum privatrechtlichen Arbeitsverhältnis BGE 129 III 380 E. 3.1; Urteil des BGer 4A\_507/2010 vom 2. Dezember 2010 E. 3.2).

**3.4** Vom Beschwerdeführer wird im Grunde anerkannt, dass er sich nach der Versetzung mit seinen vormaligen Mitarbeitenden C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ austauschte über das Verfassen eines Schreibens an D.\_\_\_\_\_, (der nächsthöhere Vorgesetzte), sowie über eine Unterschriftensammlung innerhalb des (Teams 1). Hingegen bestreitet er die von der Vorinstanz erhobenen Vorwürfe, er habe eine Intrige initiiert und frühere Mitarbeitende unter Druck gesetzt, um seine frühere Position beim (Team 1) wiederzuerlangen. Er bestreitet, eine schwerwiegende Treuepflichtverletzung begangen zu haben.

Die Vorinstanz nimmt in der angefochtenen Verfügung auf die WhatsApp- und SMS-Kommunikation Bezug, die die Mitarbeitenden C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ auf ihren privaten Smartphones mit dem Beschwerdeführer geführt haben. Die Ausdrücke der Textnachrichten hat die Vorinstanz direkt von den beiden Mitarbeitenden erhalten. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz lässt der Inhalt der WhatsApp- und SMS-Korrespondenz indes nicht den eindeutigen Schluss zu, dass der Beschwerdeführer gezielt und aus Eigeninteresse bei seinen vormaligen Mitarbeitenden die Fehlinformation verbreitet hat, die Vorinstanz suche einen neuen Vorgesetzten für das (Team 1). Da der Gesamtzusammenhang der Korrespondenz fehlt, belegen die Textnachrichten auch nicht eindeutig, dass der Beschwerdeführer die Brief- und Unterschriftenaktion selbst initiiert, die Aktion hauptsächlich vorangetrieben sowie den Briefentwurf im Wesentlichen selbst verfasst hat. Ebenso wenig enthält die Korrespondenz klare Anhaltspunkte, dass er seine vormaligen Mitarbeitenden zum Handeln gegen ihren Willen gedrängt hat. Im Gegenteil, es sind vielmehr verschiedene Textnachrichten zu finden, die auf ein einvernehmliches Zusammenwirken der Beteiligten hindeuten. So schrieb B.\_\_\_\_\_, es sei legitim, was sie tun würden, und er sei enttäuscht, dass bis jetzt nur er und C.\_\_\_\_\_ kämpfen würden. Es ist somit gleichermassen denkbar, dass sich die Mitarbeitenden ihrerseits

aktiv für die Rückkehr ihres früheren Vorgesetzten eingesetzt haben könnten. Diese Möglichkeit ist ernsthaft in Betracht zu ziehen, besonders da auch die Vorinstanz dem Beschwerdeführer im Zwischenzeugnis vom 25. August 2017 gute Führungsqualitäten sowie Arbeitsleistungen attestiert und die Führungsfeedbacks der Mitarbeitenden im Juni 2017 ebenfalls positiv ausgefallen sind. Angesichts des fehlenden und nicht eindeutigen Aussagegehalts der WhatsApp- und SMS-Korrespondenz ist diese nicht geeignet, den von der Vorinstanz geltend gemachten Kündigungsgrund zu stützen. Unter diesen Umständen kann offenbleiben, ob die Textnachrichten im Verfahren überhaupt verwertbar sind, wie vom Beschwerdeführer gerügt.

Auch aus den übrigen Akten ergeben sich sodann keine genügenden Anhaltspunkte, die den Standpunkt der Vorinstanz hinsichtlich einer eigentlichen Intrige des Beschwerdeführers und der Ausübung von Druck bestätigen könnten. Zur Klärung der Sachlage führte die Vorinstanz zwischen dem 28. August und dem 5. September 2017 je zwei Gespräche mit den Mitarbeitenden C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_. Ferner fand am 31. August 2017 ein Mitarbeitergespräch mit dem Beschwerdeführer statt. Die Gespräche wurden von der Vorinstanz jeweils in Gesprächsnotizen schriftlich festgehalten. Es ist zwar richtig, dass gemäss den Gesprächsnotizen die beiden Mitarbeitenden B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ sich vom Beschwerdeführer instrumentalisiert sowie unter Druck gesetzt gefühlt haben. Da dies vom Beschwerdeführer jedoch stets bestritten wurde, liegt eine Aussagegegen-Aussage-Situation vor, ohne dass eine der Aussagen als klar glaubhafter erscheint. Insbesondere gilt es zu berücksichtigen, dass sowohl die befragten Mitarbeitenden als auch der Beschwerdeführer in die Geschehnisse unmittelbar involviert waren und sich insofern in einem Interessenkonflikt befunden haben. Die Gesprächsnotizen sind daher ebenfalls als ungenügend zu erachten, um die Hintergründe abschliessend zu klären und den von der Vorinstanz geltend gemachte Grund für eine fristlose Kündigung zu belegen. Soweit der Beschwerdeführer weitere Rügen hinsichtlich der Gesprächsprotokolle vorbringt, erübrigt es sich, auf diese näher einzugehen.

Vorliegend ist zu beachten, dass die Mitarbeitenden des (Teams 1) grundsätzlich berechtigt waren, sich mit ihren Anliegen intern an D.\_\_\_\_\_, (der nächsthöhere Vorgesetzte), zu wenden. Dies wird von der Vorinstanz auch ausdrücklich anerkannt. Es ist unstrittig, dass der Briefentwurf keinerlei diffamierenden Äusserungen enthielt. Dass der Beschwerdeführer durch sein Verhalten das Betriebsklima beim (Team 1) tatsächlich beeinträchtigt hätte,

wird von der Vorinstanz nicht dargelegt. Wie vorstehend bereits ausgeführt, ergibt sich aus der Aktenlage nicht, dass der Beschwerdeführer seine vormaligen Mitarbeitenden manipuliert oder unter Druck gesetzt hätte, um seine vormalige Position wiederzuerlangen. Der Beschwerdeführer war seit dem (...) 2012 bei der Vorinstanz angestellt. Aus dem eingereichten Personaldossier und insbesondere den Personalbeurteilungen ist zu schliessen, dass er die an ihn gestellten Erwartungen durchwegs erfüllte und seine Leistungen gut bis sehr gut befunden wurden. Das Zwischenzeugnis vom 25. August 2017 bestätigt diesen Eindruck. Unbestrittenermassen wurde der Beschwerdeführer zu keiner Zeit abgemahnt.

**3.5** Aus den vorstehenden Erwägungen wird deutlich, dass dem Beschwerdeführer weder eine besonders schwerwiegende Treuepflichtverletzung noch eine weniger schwerwiegende Verfehlung, die trotz Verwarnung wiederholt begangen wurde, zur Last gelegt werden kann. Damit ergibt sich zusammengefasst, dass kein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung vorliegt und sich diese als ungerechtfertigt erweist.

#### **4.**

**4.1** Zu prüfen bleibt, welche Rechtsfolgen die zu Unrecht verfügte fristlose Kündigung nach sich zieht.

**4.2** Die Folgen einer durch die Beschwerdeinstanz festgestellten unbegründeten fristlosen Kündigung sind in den sich entsprechenden Ziff. 184 Abs. 1 GAV sowie Art. 34b Abs. 1 BPG geregelt. Demnach ist dem Beschwerdeführer eine Entschädigung zuzusprechen (je Bst. a) und die Fortzahlung des Lohnes bis zum Ablauf der (hypothetischen) ordentlichen Kündigungsfrist anzuordnen (je Bst. b). Nachfolgend ist zuerst auf die Lohnfortzahlung, dann auf die Entschädigung näher einzugehen.

**4.3** Mit der Bestimmung von Ziff. 184 Abs. 1 Bst. b GAV sowie Art. 34b Abs. 1 Bst. b BPG wurde die Regelung von Art. 337c Abs. 1 OR übernommen, wonach der Beschwerdeführer so zu stellen ist, wie wenn ihm auf den frühestmöglichen Zeitpunkt ordentlich gekündigt worden wäre (vgl. Urteile des BVGer A-3861/2016 vom 27. Juli 2017 E. 5.1.1, A-2718/2016 vom 16. März 2017 E. 9.1 und A-4312/2016 vom 23. Februar 2017 E. 7; SCHIBLI, a.a.O., S. 197).

Der Beschwerdeführer stand in den ersten fünf Anstellungsjahren, weshalb die ordentliche Kündigungsfrist für ihn drei Monate beträgt (Ziff. 175 Abs. 2 Bst. a GAV SBB). Der Beschwerdeführer hätte von der Vorinstanz somit im

September 2017 frühestens per Ende Dezember 2017 entlassen werden können. Bis zu diesem Zeitpunkt ist dem Beschwerdeführer der Lohn gemäss Ziff. 184 Abs. 1 Bst. b GAV und Art. 34b Abs. 1 Bst. b BPG auszurichten.

**4.4** Die dem Beschwerdeführer gemäss Ziff. 184 Abs. 1 Bst. a GAV bzw. Art. 34b Abs. 1 Bst. a BPG zuzusprechende Entschädigung wird von der Beschwerdeinstanz unter Würdigung aller Umstände festgelegt und beträgt in der Regel mindestens sechs Monatslöhne und höchstens einen Jahreslohn (Ziff. 184 Abs. 2 GAV bzw. Art. 34b Abs. 2 BPG). Für die Bemessung der Höhe der Entschädigung ist vor allem die Schwere der Persönlichkeitsverletzung bzw. des Eingriffs in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers massgebend. Weitere Kriterien, auf die abgestellt werden kann, sind die Strafwürdigkeit des Verhaltens des Arbeitgebers und die Schwere eines allfälligen Mitverschuldens des Arbeitnehmers, das Mass der Widerrechtlichkeit der fristlosen Entlassung, die finanzielle Situation der Parteien, die Dauer des Arbeitsverhältnisses, das Alter der gekündigten Person, deren soziale Situation und Stellung im Unternehmen bzw. in der Verwaltungseinheit des Arbeitgebers sowie die ökonomischen Auswirkungen der Kündigung (vgl. Urteile des BVGer A-3861/2016 vom 27. Juli 2017 E. 5.2.1, A-2718/2016 vom 16. März 2017 E. 9.2.1 und A-656/2016 vom 14. September 2016 E. 7.3.2; SCHIBLI, a.a.O., S. 197 i.V.m. S. 190 f.).

Bei den aufgezeigten Gesamtumständen geht die von der Vorinstanz unrechtmässig verfügte fristlose Kündigung mit einem mittleren Eingriff in die Persönlichkeit des Beschwerdeführers einher. Der 1969 geborene Beschwerdeführer stand zum Zeitpunkt der Kündigungsverfügung seit etwas mehr als vier Jahren und damit für eine relativ kurze Zeit im Dienst der Vorinstanz. Angesichts seiner Ausbildung, seiner Berufserfahrung und der guten Referenzen ist davon auszugehen, dass er trotz seines Alters innert nützlicher Frist eine neue adäquate Stelle im Bereich (...) finden kann. Allerdings dürfte sich die fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses erschwerend auf seine Chancen am Arbeitsmarkt auswirken. Zu den persönlichen Verhältnissen des Beschwerdeführers lässt sich den Akten wenig entnehmen; eine soziale oder wirtschaftliche Notlage macht er jedenfalls nicht geltend.

Unter den gegebenen Umständen erscheint es angemessen, dem Beschwerdeführer eine Entschädigung von sieben Bruttomonatslöhnen zuzusprechen. Soweit der Beschwerdeführer zwei Bruttomonatslöhne mehr beantragt, ist die Beschwerde abzuweisen. Sozialversicherungsbeiträge sind

keine abzuziehen, da auf der Entschädigung nach Ziff. 184 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 GAV bzw. Art. 34b Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 BPG keine solchen zu entrichten sind (vgl. statt vieler Urteil des BVerG A-656/2016 vom 14. September 2016 E. 7.3.5 mit Hinweisen).

## **5.**

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Die Vorinstanz ist zu verpflichten, dem Beschwerdeführer bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist Ende Dezember 2017 den Lohn zu bezahlen sowie eine Entschädigung in der Höhe von sieben Bruttomonatslöhnen ohne Abzug der Sozialversicherungsbeiträge auszurichten. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

## **6.**

**6.1** Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist in personalrechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG). Es sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben.

**6.2** Der obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zuzusprechen (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]). Bei nur teilweise Obsiegen ist die Entschädigung entsprechend zu kürzen (Art. 7 Abs. 2 VGKE). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 ff. VGKE). Das Gericht setzt die Parteientschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote oder, mangels Einreichung einer solchen, aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer obsiegt mit seinen Anträgen mehrheitlich. In diesem Umfang ist ihm eine Entschädigung auszurichten. Aufgrund des mutmasslichen Zeitaufwands erachtet das Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 3'000.- für angemessen. Sie ist der Vorinstanz zur Bezahlung aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen. Die Vorinstanz wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist Ende Dezember 2017 den Lohn zu bezahlen sowie eine Entschädigung in der Höhe von sieben Bruttomonatslöhnen ohne Abzug der Sozialversicherungsbeiträge auszurichten. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**3.**

Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.- zu bezahlen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Jürg Steiger

Flurina Peerdeman

**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 BGG). 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 Rechtschrift 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: