



Abteilung I
A-4611/2012

Urteil vom 18. Dezember 2012

Besetzung

Richter Christoph Bandli (Vorsitz),
Richterin Marianne Ryter, Richterin Claudia
Pasqualetto Péquignot,
Gerichtsschreiberin Mia Fuchs.

Parteien

X._____,
vertreten durch Fürsprecher Dr. Dino Degiorgi,
Beschwerdeführer,

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB, Konzernrechts-
dienst,
Vorinstanz.

Gegenstand

Fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

Sachverhalt:**A.**

X._____ arbeitet seit dem 1. Oktober 1987 bei den Schweizerischen Bundesbahnen (SBB). Seit dem 1. April 2007 ist er als Mitarbeiter Zugpersonal Regionalverkehr in Olten tätig.

B.

Am 28. Juli 2011 kam es anlässlich einer Fahrausweiskontrolle zwischen Zofingen und Nebikon zu einem Vorfall. Offenbar weigerte sich ein Fahrgast, trotz wiederholter Aufforderung durch X._____, seinen Fahrausweis zu zeigen. In der Folge verliess er seinen Sitzplatz und setzte sich in das nächste Abteil. Nach erneuter Aufforderung zur Vorweisung des Fahrausweises trat der Fahrgast unvermittelt mit dem Fuss gegen das Schienbein von X._____, woraufhin dieser ihn mit der Faust in das Gesicht schlug. Sowohl der Fahrgast als auch X._____ mussten sich ärztlich behandeln lassen.

C.

Die SBB befragten X._____ am 2. August 2011 protokollarisch zu diesem Vorfall. Mit Schreiben vom 4. August 2011 wurde ihm das rechtliche Gehör zur vorgesehenen fristlosen Kündigung gewährt. Am 6. August 2011 wurde er freigestellt.

D.

Am 8. August 2011 verfügten die SBB, Division Personenverkehr, die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäss Art. 189 des Gesamtarbeitsvertrages 2011 für das Personal der SBB vom 21. Dezember 2010 (nachfolgend: GAV SBB 2011) und entzogen einer allfälligen Einsprache dagegen die aufschiebende Wirkung.

E.

Gegen diese Verfügung erhob X._____, vertreten durch die Gewerkschaft des Verkehrspersonals (SEV), mit Eingabe vom 13. September 2011 beim Konzernrechtsdienst der SBB Einsprache und beantragte die Nichtigkeitserklärung der Kündigungsverfügung vom 8. August 2011, seine Weiterbeschäftigung als Zugführer bei den SBB sowie die Entrichtung einer Entschädigung von 3 Monatslöhnen. Sein Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung vom 11. August 2011 hiess der Leiter des Konzernrechtsdiensts am 14. September 2011 gut. Mit Eingabe vom 7. Oktober 2011 verlangten die SBB die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung.

F.

Mit Entscheid vom 17. Juli 2012 wies der Leiter des Konzernrechtsdiensts die Einsprache von X. _____ ab und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Zur Begründung machte er im Wesentlichen geltend, X. _____ habe seine Pflicht, sich gegenüber Kunden korrekt und anständig zu verhalten, in grober Art und Weise missachtet und die grundlegenden Verhaltensregeln im Zug verletzt. Die Schwere der Pflichtverletzung rechtfertige für sich allein die fristlose Kündigung. Zudem sei durch sein Verhalten das Vertrauensverhältnis aus objektiver Sicht derart zerrüttet worden, dass seine Weiterbeschäftigung im Kundebereich der SBB unzumutbar sei.

G.

Dagegen gelangt der inzwischen anwaltlich vertretene X. _____ (Beschwerdeführer) mit Beschwerde vom 5. September 2012 an das Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, seine Weiterbeschäftigung bei den SBB sowie in verfahrensrechtlicher Hinsicht die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung im Beschwerdeverfahren.

H.

Am 12. September 2012 nahm der Konzernrechtsdienst der SBB (Vorinstanz) Stellung zum Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und beantragte dessen Abweisung.

I.

Mit Zwischenverfügung vom 18. September 2012 stellte der Instruktionsrichter die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wieder her.

J.

In ihrer Vernehmlassung vom 29. Oktober 2012 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie betont, dass mit der unverhältnismässigen Reaktion des Beschwerdeführers das Vertrauensverhältnis unwiederbringlich zerstört und die fristlose Entlassung die einzig angezeigte Massnahme sei.

K.

Mit Eingabe vom 9. November 2012 verzichtete der Beschwerdeführer auf eine weitere Stellungnahme.

L.

Am 13. November 2012 reichte die Vorinstanz auf Ersuchen des Instruk-

tionsrichters hin das von der Transportpolizei sichergestellte Videomaterial zum Vorfall vom 28. Juli 2011 nach.

M.

Der Beschwerdeführer reichte am 6. Dezember 2012 seine abschliessenden Bemerkungen ein, in denen er an seinen bisherigen Anträgen und Ausführungen festhält. Aus den Aufnahmen der Transportpolizei gehe hervor, dass sein Schlag eine Reflexreaktion gewesen sei und die Wucht relativ schwach gewesen sein müsse. Andernfalls hätte er als Linkshänder nicht mit rechts zugeschlagen und sein Bein wäre, bei einem starken Schlag, mit nach vorne geschwungen.

N.

Auf weitere Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Die Bestimmungen über das Dienstverhältnis des Bundespersonals finden auch auf das Personal der SBB Anwendung (Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. März 1998 über die Schweizerischen Bundesbahnen [SBBG, SR 742.31] und Art. 2 Abs. 1 Bst. d des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 [BPG, SR 172.220.1]). Entsprechend kommt den SBB bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten gegenüber Angestellten Verfügungsgewalt zu (Art. 34 Abs. 1 BPG). Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat. Die SBB als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft (vgl. Art. 2 Abs. 1 SBBG) sind eine Vorinstanz gemäss Art. 33 Bst. h VGG und es besteht im vorliegend zur Beurteilung stehenden Bereich des Bundespersonalrechts keine Ausnahme nach Art. 32 VGG.

Gemäss Art. 36 Abs. 1 BPG können personalrechtliche Entscheide interner Beschwerdeinstanzen im Sinne von Art. 35 Abs. 1 BPG beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. In Bezug auf die SBB be-

zeichnet der entsprechende Gesamtarbeitsvertrag diese (vgl. Art. 38 BPG und Ziff. 195 GAV SBB 2011) und der Leiter des Konzernrechtsdiensts agiert als solche. Damit ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde gegen den Entscheid vom 17. Juli 2012 zuständig.

1.2 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG 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. Der im vorinstanzlichen Verfahren unterlegene Beschwerdeführer ist sowohl formell als auch materiell beschwert und deshalb zur Beschwerde befugt.

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

2.

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

3.

3.1 Als Angestellter der SBB untersteht der Beschwerdeführer dem BPG (Art. 2 Abs. 1 Bst. d BPG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 SBBG; siehe auch bereits E. 1.1 hiervor). Gestützt auf Art. 6 Abs. 3 i.V.m. Art. 38 BPG regeln die SBB das Arbeitsverhältnis durch den Gesamtarbeitsvertrag im Rahmen der Bestimmungen des BPG und der sinngemäss anwendbaren arbeitsrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) näher.

3.2 Als wichtiger Grund, der zu einer fristlosen Kündigung berechtigt, gilt gemäss Art. 12 Abs. 7 BPG bzw. nach Ziff. 189 Abs. 2 GAV SBB 2011 jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Die Voraussetzungen für die fristlose Auflösung eines Arbeitsverhältnisses orientieren sich auch beim Bundespersonal an den "wichtigen Gründen" gemäss Art. 337 Abs. 2 OR, der die fristlose Auf-

lösung privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse regelt. Art. 12 Abs. 7 BPG nennt zwar den "wichtigen Grund" nicht ausdrücklich, doch bedeutet dies nach Auffassung des Gesetzgebers insofern keine Abweichung vom OR (vgl. Botschaft des Bundesrats zum Bundespersonalgesetz BPG vom 14. Dezember 1998, BBl 1999 1615). Um zu beurteilen, ob eine fristlose Kündigung gerechtfertigt ist, kann somit die zu Art. 337 Abs. 1 und 2 OR entwickelte Praxis angemessen berücksichtigt werden (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-6738/2011 und A-6760/2011 vom 30. Oktober 2012 E. 4.1, A-7496/2010 vom 7. März 2011 E. 3.1, A-4792/2010 vom 15. November 2010 E. 3.1, A-7826/2009 vom 23. August 2010 E. 5.1., A-6820/2008 vom 15. April 2009 E. 2.2 und A-6141/2007 vom 14. Dezember 2007 E. 3.1, je mit weiteren Hinweisen).

Danach soll mit der fristlosen Kündigung eine objektiv nicht mehr tragbare Situation sofort beendet werden. Eine fristlose Entlassung ist nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Das Fehlverhalten muss einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauenslage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zumutbar ist, und andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Den Besonderheiten des öffentlichen Dienstes Rechnung tragend, rechtfertigt nur ein besonders schweres Fehlverhalten des Angestellten die fristlose Kündigung. Wiegen die Verfehlungen weniger schwer, ist die fristlose Auflösung wie im privaten Arbeitsrecht nur gerechtfertigt, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt begangen wurden (vgl. BGE 130 III 28 E. 4.1, BGE 130 III 213 E. 3.1, BGE 129 III 380 E. 2.1; Urteile des Bundesgerichts 8C_358/2009 vom 8. März 2010 E. 4.3.1 und 4C.57/2007 vom 15. Mai 2007 E. 3.1; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-6738/2011 und A-6760/2011 vom 30. Oktober 2012 E. 4.1, A-7496/2010 vom 7. März 2011 E. 3.1 und A-4792/2010 vom 15. November 2010 E. 3.1 f.).

3.3 Dem privat- wie dem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber kommt bei der Prüfung, ob ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorliegt, ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Er muss aber den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten: Es ist diejenige Massnahme zu wählen, die angemessen ist bzw. genügt. Die fristlose Kündigung ist die strengste Massnahme, die ein Arbeitgeber aussprechen kann, weshalb sie nur in Ausnahmefällen als ultima ratio und damit restriktiv anzuwenden ist (vgl. BGE 130 III 28 E. 4.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6141/2007

vom 14. Dezember 2007 E. 3.4). Der Arbeitgeber hat seinen Entscheid unter Berücksichtigung aller Umstände zu treffen. Er muss den Einzelfall in Verbindung mit der Stellung und Verantwortung des Betroffenen sowie allen anderen Gegebenheiten wie Natur und Dauer des Vertragsverhältnisses prüfen (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-6738/2011 und A-6760/2011 vom 30. Oktober 2012 E. 4.2, A-7496/2010 vom 7. März 2011 E. 3.2 und A-6141/2007 vom 14. Dezember 2007 E. 3.4 mit weiteren Hinweisen).

4.

Vorliegend ist zu prüfen, ob das Verhalten des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit dem Vorfall vom 28. Juli 2011 eine schwere arbeitsrechtliche Pflichtverletzung darstellt, welche die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt.

4.1 Die Vorinstanz ging bei der Beurteilung der Frage, ob der Beschwerdeführer zu Recht fristlos entlassen worden war, von folgendem Sachverhalt aus: Am 28. Juli 2011 habe der Beschwerdeführer gemeinsam mit einem Kollegen und einer Auszubildenden eine Fahrausweiskontrolle durchgeführt. Anlässlich dieser Kontrolle sei es zu Diskussionen gekommen, weil sich ein Fahrgast geweigert habe, seinen Fahrausweis zu zeigen. Die Diskussion habe damit geendet, dass der Fahrgast dem Beschwerdeführer einen Fusstritt verpasst habe, worauf dieser mit einem Faustschlag in das Gesicht des Fahrgasts reagiert habe. Der Fahrgast habe in der Folge mit dem Kopf an den Fensterrahmen geschlagen. Als er versucht habe, sich wieder aufzurichten, habe ihn der Beschwerdeführer mit dem Oberkörper auf die Sitzbank gedrückt und ihm den linken Arm auf den Rücken gedreht, bis die Transportpolizei und Ambulanz am nächsten Bahnhof eingetroffen seien.

Die Vorinstanz wertete dieses Verhalten als schweren Verstoss gegen die elementaren Arbeits- und Verhaltenspflichten des Beschwerdeführers. Als Mitarbeiter Zugpersonal Regionalverkehr habe dieser stets ein korrektes und anständiges Verhalten gegenüber Kunden an den Tag zu legen und das Ansehen der SBB in der Öffentlichkeit zu wahren; sein Verhalten diene den SBB als Visitenkarte. Bereits die Tatsache, dass er sich nicht an die deeskalativen Verhaltensvorgaben gehalten habe, vermöge die Vorgaben eines angemessenen Verhaltens nicht zu erfüllen: Er hätte sich zurückziehen und die Transportpolizei verständigen müssen. Vor dem Hintergrund, dass mit dem Kunden offensichtlich etwas nicht gestimmt habe, erscheine dieses Verhalten zusätzlich inakzeptabel. Zudem sei es unan-

gemessen gewesen, den Fahrgast nach dem Faustschlag während längerer Dauer auf dem Sitzpolster im Polizeigriff niedergedrückt und festgehalten zu haben. Der Beschwerdeführer habe somit gleich mehrere Male unbesonnen gehandelt und damit die Eskalation der Situation verantwortet. Ob es sich beim Faustschlag sodann um eine Reaktion oder um einen aktiven Angriff gehandelt habe, spiele keine Rolle. Insgesamt rechtfertige vorliegend die Schwere der Pflichtverletzung für sich allein die fristlose Kündigung. Eine Verwarnung als mildere Massnahme erweise sich dagegen als zu schwach, da damit implizit in Kauf genommen werde, dass sich ein solcher Vorfall wiederholen könnte, was sowohl für das Ansehen der SBB in der Öffentlichkeit als auch für deren Kunden nicht zumutbar sei. Das Vertrauensverhältnis sei derart zerrüttet, dass sich eine Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers im Kundenbereich der SBB als unzumutbar erweise.

4.2 Der Beschwerdeführer bestreitet demgegenüber, dass er die Behinderung des Fahrgasts hätte erkennen und ihn diese Einsicht – statt auf der Billettkontrolle zu beharren – zu einem deeskalierenden Verhalten hätte bewegen müssen. Zwar habe der zweite Zugbegleiter ausgesagt, sein erster Eindruck sei gewesen, dass mit dem Kunden etwas nicht stimme, doch übersehe die Vorinstanz hierbei, dass der zweite Zugbegleiter zu jenem Zeitpunkt noch aussenstehender Betrachter gewesen sei, während der Beschwerdeführer versucht habe, mit dem Fahrgast zu sprechen. Ob im Übrigen aus einem Stampfen mit den Füßen gleich auf eine geistige Behinderung geschlossen werden müsse, sei fraglich. Es sei zudem festzuhalten, dass der zweite Zugbegleiter nie interveniert oder den Beschwerdeführer auf den Zustand des Fahrgasts hingewiesen habe. Dessen Behinderung könne demnach nicht als "offensichtlich" bezeichnet werden, wie dies die Vorinstanz tue. Des Weiteren erachtet der Beschwerdeführer die fristlose Entlassung als nicht erforderlich und deshalb unverhältnismässig. Er sei nunmehr seit 25 Jahren bei den SBB angestellt, davon die letzten fünf Jahre als Zugbegleiter. Wie den Personalbeurteilungen entnommen werden könne, habe er für seinen Umgang mit Kundinnen und Kunden durchwegs gute Bewertungen erhalten. Der Vorfall vom 28. Juli 2011 müsse als einmaliger Ausrutscher, als Reflexhandlung in einer völligen Ausnahmesituation (Ausrasten eines behinderten, gemäss Polizeiaussage unter Drogen- und Alkoholeinfluss stehenden Mannes) beurteilt werden. Sicherlich sei nach einem solchen Vorfall eine arbeitsrechtliche Massnahme geboten, nämlich eine Zielvereinbarung verbunden mit einer Kündigungsandrohung; die fristlose Kündigung schiesse aber über das Ziel hinaus.

4.3 Wie gesehen (vorstehend E. 3.2), bedarf eine fristlose Entlassung einer schweren Verfehlung des Arbeitnehmers, die geeignet sein muss, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauenslage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zumutbar ist. Fraglich ist, ob das Verhalten des Beschwerdeführers anlässlich des Vorfalles vom 28. Juli 2011 als derart schwerwiegend zu beurteilen ist.

4.3.1 Der Beschwerdeführer ist in seiner Funktion als Mitarbeiter Zugpersonal im Regionalverkehr der SBB mit der Aufgabe betraut, Fahrgäste in den Zügen des Regionalverkehrs zu beraten und zu betreuen und Fragen zu Verbindungen und Anschlüssen zu beantworten. Zudem prüft er die Fahrberechtigungen der Reisenden. Dabei stehen die Einnahmensicherung und das Sicherheitsempfinden der Fahrgäste im Vordergrund (vgl. <http://www.sbb.ch/sbb-konzern/jobs-karriere/berufserfahrene/zugpersonal-regionalverkehr.html>, zuletzt besucht am 18. Dezember 2012). Mit der Vorinstanz ist somit übereinzustimmen, wenn sie die Mitarbeitenden mit Kundenkontakt als Visitenkarte der SBB ansieht und von diesen deshalb – als ein zentrales Element ihrer Funktion – stets ein anständiges und korrektes Verhalten gegenüber Kunden erwartet. Es ist ihr des Weiteren Recht zu geben, den Faustschlag des Beschwerdeführers in das Gesicht eines Fahrgastes als in krasser Art und Weise dieser Arbeits- und Verhaltenspflicht widersprechend zu bezeichnen. Eine derartige Reaktion ist, selbst wenn sie auf Provokation hin erfolgt ist, nicht mit dem Verhalten, das von einem Mitarbeitenden des Zugpersonals objektiv erwartet werden darf und muss, vereinbar und zieht unweigerlich – nebst allfälligen, im vorliegenden Verfahren unbeachtlichen strafrechtlichen – arbeitsrechtliche Konsequenzen nach sich. Erst recht muss dies gelten, wenn die Mitarbeitenden zu zweit oder gar zu dritt unterwegs sind und keine ernsthafte Bedrohung oder Gefahr besteht. Dies wird auch vom Beschwerdeführer nicht bestritten.

4.3.2 Hinsichtlich des Ablaufs des fraglichen Vorfalles gehen die Vorinstanz und der Beschwerdeführer im Wesentlichen von derselben Ausgangslage aus, die auch durch die Aufnahmen der Transportpolizei bestätigt wird. Demnach hatte sich ein Fahrgast trotz mehrmaliger Aufforderungen geweigert, seinen Fahrausweis zu zeigen. In der Folge drückte er sich am Beschwerdeführer vorbei, wobei dessen Hemdtasche zerriss, und setzte sich in das nächste Abteil. Der Beschwerdeführer forderte ihn erneut auf, den Fahrausweis vorzuweisen. Daraufhin trat der Fahrgast offenbar unvermittelt mit dem Fuss gegen das Schienbein des Beschwerdeführers.

Die Ausführungen stimmen im Übrigen mit den Aussagen der am Vorfall mit anwesenden Auszubildenden sowie dem zweiten Zugbegleiter überein (vgl. Erstgespräche in den Vorakten). Wie der zweite Zugbegleiter den Vorfall schilderte, habe der Beschwerdeführer mit dem Kunden diskutiert, ohne Reaktion von Letzterem. Der Kunde habe weiter mit den Füßen gestampft. Sein erster Eindruck sei gewesen, dass etwas mit ihm nicht stimme. Der Beschwerdeführer habe mehrmals einen Fahrausweis oder einen Ausweis von ihm verlangt, in einem normalen Ton, nicht aggressiv und nicht zu laut. Plötzlich sei der Kunde mit aggressivem Gesichtsausdruck auf den Beschwerdeführer zugegangen und habe ihn mit gestrecktem Bein gekickt. Seiner Meinung nach sei dies keine Warnung, sondern ein gezielter Angriff gewesen. In Gegenwehr habe der Beschwerdeführer mit der Faust zurückgeschlagen.

4.3.3 Angesichts der Schilderungen der am Vorfall anwesenden Personen ist davon auszugehen, dass dem Schlag durch den Beschwerdeführer ein schwieriges Verhalten von Seiten des Fahrgasts vorangegangen war: Dieser hatte sich trotz mehrmaligen Aufforderungen offenbar grundlos geweigert, seinen Fahrausweis – obwohl im Besitze eines Generalabonnements – vorzuweisen. Er versuchte sich zudem insofern der Kontrolle zu entziehen, als er seinen Platz in Richtung Ausgang verliess, um sich im nächsten Abteil wieder zu setzen. Sodann trat er unerwartet mit seinem Fuss gegen das Schienbein des Beschwerdeführers, was selbst der nicht direkt beteiligte zweite Zugbegleiter als plötzlichen und unvorhergesehenen Angriff wahrnahm. Der Kündigungsverfügung kann des Weiteren entnommen werden, dass der Fahrgast den Polizeiaussagen zufolge unter Drogen- und Alkoholeinfluss stand. Dies alles vermag das Verhalten des Beschwerdeführers zwar nicht zu rechtfertigen, doch immerhin geht daraus hervor, dass dieser provoziert worden war und sein Schlag, wie er ausführt, tatsächlich aus Reflex auf einen körperlichen Angriff gegen seine Person erfolgt ist. Dem Beschwerdeführer ist an dieser Stelle zwar vorzuhalten, sich nicht an die internen Vorgaben (vgl. "Sicherheit am und im Zug – Aggressionen gegen das Personal des Verkehrsmanagements: Tipps und Tricks für eine mögliche Deeskalation") gehalten zu haben und sich nicht etwa vom Fahrgast entfernt und die Transportpolizei eingeschaltet zu haben. Gleichzeitig gilt es aber auch zu berücksichtigen, dass die Situation bis zu jenem Zeitpunkt nicht eigentlich als aggressiv eingestuft wurde, zumal auch der zweite Zugbegleiter keinen Anlass sah, in das Geschehen einzugreifen, die Situation mithin noch als von niedriger Eskalationsstufe bezeichnet werden konnte.

4.3.4 Was im Weiteren das Verhalten des Fahrgastes betrifft, führte der zweite Zugbegleiter aus, den Eindruck gehabt zu haben, dass mit diesem etwas nicht stimme. Die Vorinstanz wirft dem Beschwerdeführer vor, dies nicht bemerkt und nicht adäquat reagiert zu haben. In der Tat dürfte es etwas seltsam anmuten oder zumindest auffallen, wenn ein Fahrgast mit den Füßen stampft. Aus dem Durchsuchen des Rucksacks sowie eines seltsamen Blicks, wie dies die Vorinstanz wohl aufgrund des Erstgesprächs mit dem zweiten Zugbegleiter ("Der Kunde wurde verbal ausfällig, mehrmals. Die Atmung des Kunden war normal, sein Blick war glasig, darum hielt ich den Kunden weiterhin fest.") festgestellt haben dürfte, muss indes nicht zwangsläufig auf eine aussergewöhnliche Situation geschlossen werden. Es lässt sich im Nachhinein, auch unter Beizug der von der Transportpolizei sichergestellten Aufzeichnungen der Überwachungskamera, nicht sagen, ob der Beschwerdeführer dies hätte erkennen müssen. Er hat aber auf jeden Fall falsch und unangemessen reagiert.

4.3.5 Die Vorinstanz wirft dem Beschwerdeführer schliesslich vor, den Fahrgast nach dem Faustschlag während längerer Dauer im Polizeigriff niedergedrückt und festgehalten zu haben, was unangemessen gewesen sei. Er hätte diesen loslassen und eine genügende Distanz schaffen sollen. Da der Wagen zu jenem Zeitpunkt leer gewesen sei, habe zudem auch keine Gefahr für andere Fahrgäste bestanden. Auch diese Frage lässt sich im Nachhinein nicht eindeutig beantworten. Einen Fahrgast mit Gewalt festzuhalten und auf den Sitz zu drücken ist zweifelsohne ein ausgesprochen hartes Vorgehen. Offenbar hielt es aber auch der zweite Zugbegleiter für nötig, dem Beschwerdeführer zu Hilfe zu kommen und den Fahrgast festzuhalten. In dieser Situation dürfte es schwierig gewesen sein, die weitere Entwicklung vorauszusehen. Der Fahrgast verhielt sich unzugänglich und aufsässig und nahm die ihm angebotene erste Hilfe nicht an. Er äusserte sich zudem verbal ausfällig (vgl. Erstgespräch mit dem zweiten Zugbegleiter). Ob das Festhalten tatsächlich erforderlich war, lässt sich nicht mit Sicherheit feststellen. Da das Zugpersonal sich aber auch um seine eigene Sicherheit kümmern muss, ist das Verhalten des Beschwerdeführers nicht in jeder Hinsicht unverständlich.

4.3.6 Insgesamt ist somit festzuhalten, dass der Beschwerdeführer sich richtigerweise spätestens nach dem Fusstritt durch den Fahrgast von diesem hätte entfernen müssen. Indem er diesem mit der Faust ins Gesicht geschlagen hat, hat er eine schwere Pflichtverletzung zu verantworten.

4.4 In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass Straftaten, welche der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit oder auch im Privatleben zu Lasten der Mitarbeiter, des Arbeitgebers, aber auch von Kunden oder Dritten begeht, einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Verwarnung bilden können. Allerdings kommt es auch in diesen Fällen massgebend auf die Umstände und insbesondere die Schwere der Straftat an (Urteil des Bundesgerichts 4C.114/2005 vom 4. August 2005 E. 2.1 mit Hinweisen und einer Übersicht über die Rechtsprechung). Ob es zu einer Strafanzeige kommt, die Strafverfolgungsbehörden ihr Folge leisten und ob eine Verurteilung stattfindet, ist dabei unerheblich (Urteil des Bundesgerichts 4C.400/2006 vom 9. März 2007). Ist ein Aussonstehender das Opfer, sind die Anforderungen bezüglich der Schwere des Delikts wesentlich höher als bei strafbaren Handlungen, die gegen den Arbeitgeber selber gerichtet sind. Wenn aber das Ansehen des Unternehmens dadurch ernstlich leidet, ist auch hier eine fristlose Entlassung möglich. Allgemein steht bei Delikten gegen Dritte im Vordergrund, ob das Delikt Vertrauen oder Achtung gegenüber dem Mitarbeiter zerstörte. Bei Pflichtverletzungen und anderen Unkorrektheiten am Arbeitsplatz bedarf es indes oft einer vorgängigen Verwarnung. Die Praxis ist allerdings uneinheitlich und betont zu Recht die Bedeutung der Umstände (vgl. zum Ganzen ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, N. 5 zu Art. 337 mit zahlreichen Hinweisen auf die Praxis). Das Bundesgericht erachtete zwar einen Faustschlag ins Gesicht des Vorgesetzten als genügenden Grund für eine fristlose Kündigung (Urteil des Bundesgerichts 4A_438/2009 vom 17. März 2010 E. 4.4), berücksichtigte aber in einem anderen Fall – nach einer Beschädigung einer Überwachungskamera mit einem Fusstritt – den Zustand der Entnervung und des Verlusts der Selbstbeherrschung im Interesse des Entlassenen. Ein einzelnes Fehlverhalten des Arbeitnehmers würde nach zehnjähriger zufriedenstellender Tätigkeit für sich alleine und ohne Verwarnung die fristlose Entlassung nicht rechtfertigen, dies insbesondere da keine Gefahr eines Rückfalls bestand und in jenem Fall das Arbeitsverhältnis ohnehin zwei Monate später geendet hätte (Urteil des Bundesgerichts 4A_333/2009 vom 3. Dezember 2009 E. 2.3).

4.4.1 Vorliegend geht es um eine einmalige Verfehlung des Beschwerdeführers nach knapp 24-jähriger Tätigkeit für die Vorinstanz. In den vergangenen vier Jahren als Mitarbeiter Zugpersonal Regionalverkehr hatte er stets gute Personalbeurteilungen erhalten und sein Verhalten hat zu keinerlei Beanstandungen geführt. Den Beurteilungen lässt sich hinsicht-

lich Kundenorientierung etwa entnehmen, dass der Beschwerdeführer auf Kundenbedürfnisse eingehe, höflich und hilfsbereit sei, nach Win-Win-Lösungen suche und ihm die Kunden wichtig seien. Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang auch die Umstände der Arbeit des Zugpersonals: Diese müssen mit unterschiedlichsten Fahrgästen umgehen können und sich zuweilen auch beleidigende und unangebrachte Äußerungen anhören und entgegennehmen, was die Arbeit nicht nur eine angenehme sein lässt und mitunter zu schwierigen Situationen führen kann. Angesichts des bisherigen Verhaltens und Auftretens des Beschwerdeführers ist nicht von einer neuerlichen Wiederholung (einer Verfehlung wie der vorliegenden) im Sinne einer Gefahr eines Rückfalles auszugehen. Vielmehr relativiert der Gesamtkontext – insbesondere die langjährige und einwandfreie Tätigkeit für die Vorinstanz – im Lichte der soeben dargelegten Rechtsprechung (vorstehend E. 4.4) die einmalige Verfehlung des Beschwerdeführers und die daraus resultierende Vertrauensstörung in ihrer Schwere.

4.4.2 Weniger schwere oder zeitlich zurückliegende Verfehlungen können nur dann eine fristlose Kündigung zur Folge haben, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt vorkommen. Unterlässt der Arbeitgeber im Falle von nicht schwerwiegendem Fehlverhalten die verlangte Mahnung (Abmahnung, Ermahnung, Verwarnung), wird angenommen, er sei an einer Weiterbeschäftigung interessiert und die Fortführung des Arbeitsverhältnisses sei für ihn zumutbar. Damit fällt die Vertragsverletzung als Grund für die fristlose Auflösung ausser Betracht (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-6738/2011 und A-6760/2011 vom 30. Oktober 2012 E. 5.5.1 sowie A-6141/2007 vom 14. Dezember 2007 E. 3.3. mit Hinweisen).

4.4.3 Vorliegend wurde der Beschwerdeführer unbestrittenermassen weder gemahnt noch wurde ihm die Kündigung angedroht. Die Mahnung bezweckt jedoch einerseits gerade, der angestellten Person die mangelhafte Leistung, das mangelhafte Verhalten oder die begangene Pflichtverletzung vorzuhalten und sie zu künftigem korrektem und pflichtgemässsem Verhalten zu ermahnen (Rügefunktion). Andererseits drückt die Mahnung die Androhung einer Sanktion aus (Warnfunktion; vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-897/2012 vom 13. August 2012 E. 5.3.2.1. und A-5849/2009 vom 1. Juli 2010 E. 2.6). Die Verfehlung des Beschwerdeführers war nicht derart gravierend, dass einer Rüge oder Mahnung jede Aussicht auf Erfolg hätte abgesprochen werden müssen. Vielmehr wäre vorliegend eine Mahnung als milderer Mittel im Sinne des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes angezeigt gewesen. Umso weniger durfte die Vorin-

stanz im Verhalten des Beschwerdeführers einen genügenden Grund für eine fristlose Entlassung erblicken.

4.5 Damit erweist sich die fristlose Kündigung insgesamt als unbegründet; sie ist folglich im Sinne von Ziff. 184 Abs. 1 Bst. b GAV SBB 2011 als nichtig zu betrachten.

5.

Liegt kein Grund für eine fristlose Kündigung vor, ist zu prüfen, ob eine Umwandlung der fristlosen in eine ordentliche Kündigung möglich ist (vgl. auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-6738/2011 und A-6760/2011 vom 30. Oktober 2012 E. 6 sowie A-6820/2008 vom 15. April 2009 E. 4.1). Der Beschwerdeführer war in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis als Mitarbeiter Zugpersonal Regionalverkehr angestellt. Nach Ziff. 182 Bst. a GAV SBB 2011 kann ein unbefristetes Arbeitsverhältnis aufgelöst werden wegen der Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten. Die Rechtsprechung verlangt – obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt – eine Mahnung auch für eine ordentliche Kündigung nach (dem vom Wortlaut her mit Ziff. 182 Bst. a GAV SBB 2011 identischen) Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 5.3, bestätigt mit Urteil 1C_245/2008 vom 2. März 2009 E. 5.4). Nach den unzweideutigen Ausführungen des Bundesgerichts besteht kein Raum, im Einzelfall auf eine Mahnung zu verzichten (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7826/2009 vom 23. August 2010 E. 7.3. mit weiteren Hinweisen), weshalb in Ermangelung einer Mahnung (vgl. soeben E. 4.4.2 f.) vorliegend auch kein ordentlicher Kündigungsgrund erfüllt ist.

6.

Folglich stellt sich die Frage der Rechtsfolgen einer nichtigen fristlosen Kündigung.

6.1 Gemäss Ziff. 185 Abs. 1 GAV SBB 2011 haben die SBB als Folge einer nichtigen Kündigung der betroffenen Person die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit anzubieten. Auch aus Art. 14 Abs. 1 – 3 BPG ergibt sich allgemein, dass die primäre Folge bei Verletzung der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses die Weiterbeschäftigung der betroffenen Person ist. Nur subsidiär zu einer Weiterbeschäftigung behält Art. 14 Abs. 5 BPG eine Entschädigung nach Art. 19 Abs. 2 – 4 BPG vor (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_703/2011 vom 1. Mai 2012 E. 7.1; Urteil des Bundesverwaltungsge-

richtes A-6738/2011 und A-6760/2011 vom 30. Oktober 2012 E. 7.1 mit Hinweisen; HARRY NÖTZLI, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Bern 2005, Rz. 356 sowie Rz. 325, 383).

6.2 Für den Beschwerdeführer, der seit nunmehr 25 Jahren und in verschiedenen Funktionen (zunächst als Jungarbeiter, anschliessend als Betriebsangestellter, Betriebsbeamter und Monteur, zuletzt als Mitarbeiter Zugpersonal Regionalverkehr) tätig war, müssten alternative Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bei den SBB, die in ihrem Konzern im Jahr 2011 über 28'000 Vollzeitbeschäftigte engagierte, davon fast die Hälfte im Bereich Personenverkehr (vgl. <http://www.sbb.ch/sbb-konzern/ueber-die-sbb/zahlen-und-fakten/personal.html>, zuletzt besucht am 18. Dezember 2012), bestehen. Die Vorinstanz bringt vor, das Vertrauen in den Beschwerdeführer sei mit dem fraglichen Vorfall derart zerrüttet, dass eine Weiterbeschäftigung in ihrem Kundenbereich unzumutbar sei. Dass das Vertrauen der Vorinstanz in Bezug auf den Kundenumgang des Beschwerdeführers zerrüttet ist, ist verständlich. Jedoch bestehen im Konzern der SBB auch zahlreiche Funktionen, die keinen direkten Kundenkontakt mit sich bringen. Nachdem die SBB grundsätzlich mit dem Beschwerdeführer zufrieden waren, müsste es möglich sein, ihm eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit anzubieten. Dies gilt umso mehr, als es sich bei ihm um einen langjährigen Mitarbeiter handelt. Zwar sind die Möglichkeiten insofern eingeschränkt, als der Beschwerdeführer aus medizinischen Gründen gewisse Tätigkeiten nicht ausführen kann. Doch wird die Vorinstanz in ihrem gesamten Betrieb genau zu prüfen haben, ob sie dem Beschwerdeführer eine andere zumutbare Funktion zuzuweisen vermag. Sie hat dabei zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit Art. 19 Abs. 1 BPG die Verpflichtung des Arbeitgebers bezweckte, "alle sinnvollen und zumutbaren Möglichkeiten der Weiterbeschäftigung zu prüfen und auszuschöpfen" (Botschaft zum Bundespersonalgesetz vom 14. Dezember 1998, BBl 1999, 1597 ff., 1618; Urteil des Bundesgerichts 8C_703/2011 vom 1. Mai 2012 E. 6.3). Den Beweis, sich genügend um eine zumutbare Stelle bemüht zu haben, hat sie dann erbracht, wenn das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf die Beweiswürdigung nach objektiven Gesichtspunkten zur Überzeugung gelangt, dass sich der rechtserhebliche Sachumstand verwirklicht hat. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden; es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. Bleiben genügende Bemühungen jedoch unbewiesen, tragen die SBB die Folgen der Beweislosig-

keit (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-734/2011 vom 11. Juli 2011 E. 6.4 mit Hinweis).

7.

Gestützt auf vorstehende Erwägungen ist die Beschwerde demnach gutzuheissen, der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 17. Juli 2012 aufzuheben und die Nichtigkeit der Kündigung vom 8. August 2011 im Sinne von Ziff. 184 GAV SBB 2011 festzustellen.

8.

Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist in personalrechtlichen Angelegenheiten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens, ausser bei Mutwilligkeit, kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG). Der Beschwerdeführer ist daher – ungeachtet seines Obsiegens – von der Bezahlung von Verfahrenskosten befreit. Der unterliegenden Vorinstanz sind ebenfalls keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (vgl. auch Art. 63 Abs. 2 VwVG).

9.

9.1 Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat am 11. September 2012 eine Kostennote über Fr. 7'008.10 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) eingereicht. Davon entfallen Fr. 6'375.00 (21 Stunden und 15 Minuten à Fr. 300.--) auf Anwaltsarbeiten. Im weiteren Verlauf des Beschwerdeverfahrens dürften etwa drei zusätzliche Arbeitsstunden sowie Auslagen von geringem Umfang hinzugekommen sein (Durchsicht der Vernehmlassung der Vorinstanz und des – bereits einmal im vorinstanzlichen Verfahren gesichteten – Videomaterials, Besprechungen mit dem Beschwerdeführer sowie zwei kurze Schreiben an das Gericht). Vorliegend erscheinen die geltend gemachten Kosten für die Vertretung insgesamt als angemessen. Die Vorinstanz hat dem obsiegenden Beschwerdeführer folglich nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung von gesamthaft Fr. 8'000.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu entrichten.

9.2 War der obsiegende Beschwerdeführer bereits im vorinstanzlichen Verfahren vertreten, ist auch der in jenem Verfahren entstandene Aufwand zu entschädigen (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 4.87). Für die Kosten der berufsmässigen Vertretung durch den SEV ist dem Beschwerdeführer daher eine Parteientschädigung über Fr. 1'000.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen (für den Stundenansatz für nicht anwaltliche Vertreter und Vertreterinnen vgl. Art. 10 Abs. 2 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen, der angefochtene Entscheid vom 17. Juli 2012 aufgehoben und die Nichtigkeit der Kündigung vom 8. August 2011 festgestellt.

2.

Die SBB haben zu prüfen, ob dem Beschwerdeführer eine zumutbare Arbeit zugewiesen werden kann.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 8'000.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

5.

Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer für das vorinstanzliche Verfahren nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'000.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

6.

Dieses Urteil geht an:

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

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Christoph Bandli

Mia Fuchs

Rechtsmittelbelehrung:

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse können beim Bundesgericht angefochten werden, sofern es um eine vermögensrechtliche Angelegenheit geht, bei welcher der Streitwert mindestens Fr. 15'000.– beträgt oder bei der sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. Art. 85 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Bei einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit ist die Beschwerde nur zulässig, wenn sie die Gleichstellung der Geschlechter betrifft (vgl. Art. 83 Bst. g BGG). Steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen, kann sie innert 30 Tagen nach Eröffnung dieses Entscheids beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist steht still vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 Abs. 1 Bst. c BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: