

Résumé

Résiliation immédiate ;
absence de juste motif ;
indemnité compensatrice

Proposition de citation :

Dr Jérôme Candrian, juge au Tribunal administratif fédéral ; présentation de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-656/2016, Newsletter DroitDuTravail.ch novembre 2016

**Art. 10 al. 4 LPers ;
art. 20 al. 1 LPers ; art.
34b LPers ; art. 337 CO**

Droit de la fonction publique ; résiliation immédiate des rapports de travail ; absence de justes motifs ; indemnité compensatrice ; art. 10 al. 4 LPers ; art. 20 al. 1 LPers ; art. 34b LPers ; art. 337 CO.

Dr Jérôme Candrian, juge au Tribunal administratif fédéral¹

I. Les faits

A. trat im Jahr 2009 in die Dienste der Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) ein. Am 15. Dezember 2015 wurde A. von B., einem temporären Mitarbeiter, beim Sortieren von Radsätzen unterstützt. B. hätte dabei die Weisungen von A. befolgen müssen. Da A. im Verlauf der Zusammenarbeit mit der Ausführung der Arbeit durch B. nicht zufrieden war, wollte er sie ihm abnehmen beziehungsweise erteilte eine entsprechende Anweisung. B. reagierte nicht darauf und gab den Arbeitsplatz auch nicht frei. Dadurch provoziert gefühlt, schlug A. seinem Arbeitskollegen mit der Faust gegen den rechten Oberarm, was an der entsprechenden Körperstelle ein grösseres Hämatom verursachte. Die Hand von A. war nach dem Faustschlag geschwollen und schmerzte. A. bereute in der Folge sein Verhalten, sprach sich mit seinem Arbeitskollegen aus und entschuldigte sich bei ihm. Hernach ging er unter anderem wegen seiner verletzten Hand nach Hause und blieb auch in den Folgetagen der Arbeit fern.

Mit Schreiben vom 18. Dezember 2015 hielt die SBB A. vor, mit seinem Verhalten eine schwere Pflichtverletzung begangen und das Vertrauensverhältnis zu ihr unwiderruflich zerstört zu haben. Aus diesem Grunde gedenke sie, das Arbeitsverhältnis mit ihm fristlos aufzulösen. Sie gewährte A. das rechtliche Gehör.

Mit Verfügung vom 23. Dezember 2015 löste die SBB das Arbeitsverhältnis mit A. fristlos auf. Eine mildere Massnahme verwarf sie als ungeeignet. Insbesondere sei die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses in einem anderen Bereich weder möglich noch zumutbar.

Dagegen erhebt A. Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, das Arbeitsverhältnis mit ihm weiterzuführen. Er macht unter anderem geltend, seine Reaktion,

¹ Je remercie M. Matthias Stoffel, greffier-juriste, pour le résumé de l'arrêt en allemand.

die höchstens eine Tötlichkeit darstelle, sei als einmaliger Ausrutscher zu werten und auf seine Übermüdung sowie die vorausgegangene massive Provokation zurückzuführen. Unmittelbar nach dem Vorfall habe er sich sodann bei seinem Arbeitskollegen aufrichtig für sein Verhalten entschuldigt. Ferner hebt A. seine Teamfähigkeit und gute Arbeitsleistung hervor und meint, die Vorinstanz hätte unter diesen Umständen eine mildere Massnahme als die fristlose Kündigung anordnen müssen.

Die Vorinstanz beantragt die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Es stehe fest, dass A. einen Arbeitskollegen geschlagen und dadurch verletzt habe. Damit liege unabhängig von seiner Arbeitsleistung, einer vorausgegangenen Provokation, einer bestehenden Überlastung sowie einer nachträglich erfolgten Entschuldigung eine schwere Pflichtverletzung vor, die nicht toleriert werden könne. Die fristlose Kündigung stelle eine verhältnismässige Massnahme dar.

II. Le droit

Gemäss Art. 10 Abs. 4 des Bundespersonalgesetzes (BPG, SR 172.220.1) sowie Ziffer 177 Abs. 1 des Gesamtarbeitsvertrags der SBB vom 9. Dezember 2014 (GAV) können die Vertragsparteien das Arbeitsverhältnis aus **wichtigen Gründen fristlos kündigen**. Als wichtiger Grund gilt gemäss Ziffer 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 (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 (E. 5.2 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

Ein wichtiger Grund, der Anlass für eine fristlose Kündigung bietet, ist regelmässig die **Verletzung einer vertraglichen oder gesetzlichen Verpflichtung**. Ein solcher kann insbesondere in einer schweren Verletzung der in Art. 20 Abs. 1 BPG sowie Ziffer 35 GAV statuierten **Treuepflicht** liegen, also der Pflicht der Angestellten, die berechtigten Interessen ihres Arbeitgebers wie auch des Bundes zu wahren ("doppelte Loyalität"; E. 5.5.1 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung und die Literatur).

Die Treuepflicht verlangt namentlich die **Unterlassung** gewisser das Arbeitsverhältnis oder die Interessen des Arbeitgebers störender **Aktivitäten**. Dies betrifft insbesondere **strafbares und rechtswidriges, aber auch ungebührliches Verhalten** (E. 5.5.1 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung und die Literatur).

Tätlichkeiten gegenüber Mitarbeitern bilden jedenfalls dann einen wichtigen Grund zur sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses, wenn sie eine gewisse Schwere erreichen. Tätlichkeiten und Beschimpfungen gegenüber Vorgesetzten rechtfertigen in aller Regel eine fristlose Entlassung. Auch hier können jedoch Ausnahmen zugelassen werden, beispielsweise, wenn sich der Arbeitnehmer in einer aussergewöhnlichen Situation in verständlicher Erregung befand. So erachtete das Bundesgericht zwar einen Faustschlag ins

Gesicht des Vorgesetzten als genügenden Grund für eine fristlose Kündigung, berücksichtigte aber in einem anderen Fall – trotz kräftigem Biss in den Unterarm – die Verantwortung des Vorgesetzten für die aussergewöhnliche und spannungsgeladene Situation im Interesse des Entlassenen. Stellt die Tötlichkeit folglich eine Reaktion auf eine vorausgegangene Provokation dar, kann sie unter Umständen als entschuldbar beziehungsweise nachvollziehbar gewertet werden und entfällt als Grund zur fristlosen Kündigung. In diesem Sinne schützte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde eines Mitarbeiters der SBB gegen eine fristlose Entlassung, der bei einer Billettkontrolle von einem Fahrgast provoziert beziehungsweise körperlich angegangen worden war, worauf er diesem einen Faustschlag ins Gesicht verpasste. Im Falle eines Bauarbeiters, der im Zorn einen dreissig Jahre jüngeren Arbeitskollegen an den Haaren aus einem Jeep zerrte, stellte das Bundesgericht ebenfalls keinen Grund für eine fristlose Kündigung fest. Es verneinte die erforderliche Schwere insbesondere mit Blick auf die rauen Umgangsformen auf Baustellen, die langjährige Anstellungsdauer und die für Arbeit und Attackierten folgenlose Beilegung der Auseinandersetzung (E. 5.5.3 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

Die Rechtsprechung verdeutlicht, dass eine **tätliche Aktion** nicht isoliert, sondern stets unter **Einbezug der Umstände des Einzelfalls**, wie zum Beispiel eine vorausgegangene **Provokation**, das **Verhalten nach der Tat** sowie die **Auswirkungen** auf das Arbeitsbeziehungsweise Vertrauensverhältnis und das Ansehen des Arbeitgebers, zu beurteilen ist. Zudem sind auch die **Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers**, sein **bisheriges Verhalten, Natur und Dauer des Vertragsverhältnisses** sowie die allgemein vorherrschenden **Umgangsformen** in Betracht zu ziehen (E. 5.5.3 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

Der von A. ausgeführte Faustschlag gegen den rechten Oberarm von B. hinterliess ein grösseres Hämatom. Die Handlung und der eingetretene Erfolg legen nahe, dass in strafrechtlicher Hinsicht eine mindestens eventualvorsätzliche Tötlichkeit vorliegt (vgl. E. 6.1).

Der Tötlichkeit ging ein Konflikt voraus, der eskalierte, nachdem B. einer Weisung von A. betreffend die Arbeitsausführung nicht Folge geleistet hatte. Hierbei ist unbestritten, dass A. für die vorgesehene Zusammenarbeit gegenüber seinem Arbeitskollegen grundsätzlich weisungsbefugt war. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist überdies davon auszugehen, dass auch die konkret erteilte Anordnung zulässig war und hätte befolgt werden müssen. Indem sich B. dieser widersetzte, ist zunächst ihm ein Fehlverhalten vorzuwerfen. Statt mit einer Tötlichkeit darauf zu reagieren, hätte A. dem Konflikt allerdings anders begegnen müssen, beispielsweise durch den Beizug eines Vorgesetzten. Selbst im Lichte der Vorgeschichte ist die Reaktion von A. nicht zu entschuldigen, jedoch hat B. mit seinem Verhalten zum Konflikt und der Eskalation beigetragen. Ein völlig grundloses, unbegreifliches Verhalten ist A. vor diesem Hintergrund nicht vorzuhalten (vgl. E. 6.2).

Soweit bekannt, wurde der Streit nach dem ausgeführten Faustschlag weder verbal noch tötlich fortgesetzt, ohne dass hierfür Dritte hätten eingreifen müssen. A. bereute seine Reaktion, sprach sich mit B. aus und entschuldigte sich bei diesem. Nebstdem A. somit umgehend Einsicht in sein Fehlverhalten zeigte, scheint auch der Streit zwischen den Kontrahenten beigelegt worden zu sein. Dieser Ablauf lässt insbesondere mit Blick auf das

Risiko eines erneuten Konflikts beziehungsweise einer nochmaligen Beeinträchtigung der Beziehungen auf eine positive Prognose schliessen (vgl. E. 6.2).

Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass beim Arbeitseinsatz vom 15. Dezember 2015 und generell dem Aufgabenkatalog von A. Umgangsformen und -ton, ähnlich wie auf einer Baustelle, rauer ausfallen können als in anderen Tätigkeitsbereichen. Entsprechend ist auch die Schwelle, ab welcher eine bestimmte Verhaltensweise das übliche beziehungsweise noch geduldete Mass überschreitet, tendenziell höher anzusetzen als andernorts. A. hat vorliegend den tolerierbaren Rahmen aber klar überschritten beziehungsweise ein inadäquates Verhalten an den Tag gelegt. Angesichts des spezifischen Arbeitsumfelds ist es jedoch zu relativieren. Ebenfalls zugunsten von A. ist zu werten, dass er grundsätzlich keine Führungsfunktion innehatte und entsprechende Qualitäten von ihm auch nicht verlangt waren; dennoch musste er an diesem Tag eine solche Funktion übernehmen. Dazu kommt, dass er an besagtem Tag aufgrund seines (verkehrsbedingt) späten Eintreffens am Arbeitsort speziell unter Druck gestanden haben soll. Anders als beispielsweise ein Zugbegleiter trat A. ferner nicht gegen aussen für die Vorinstanz auf, weshalb Letztere in dieser Hinsicht keinen Reputationsschaden zu befürchten hatte (vgl. E. 6.3).

A. war während gut sechs Jahren mit einem Beschäftigungsgrad von 100% bei der Vorinstanz angestellt und bereits zuvor für sie tätig. Aus dem eingereichten Personaldossier und insbesondere den Personalbeurteilungen geht hervor, dass er die an ihn gestellten Erwartungen erfüllte und seine Leistungen jeweils als gut bis sehr gut befunden wurden. Das Arbeitszeugnis vom Januar 2016 bestätigt diesen Eindruck. Sein Verhalten scheint während der gesamten Anstellungsdauer zu keinerlei Beanstandungen geführt zu haben. Mit A. ist somit übereinzustimmen, wenn er den Vorfall als "einmaligen Ausrutscher" bezeichnet (E. 6.4).

Zusammenfassend hat A. mit seinem Faustschlag gegen den rechten Oberarm von B. klar eine arbeitsrechtliche Verhaltenspflicht verletzt. Seine Reaktion ist auch unter Berücksichtigung der vorerwähnten Umstände, samt vorausgegangener Provokation, nicht mit dem Verhalten vereinbar, das von einem Mitarbeiter seiner Funktion objektiv erwartet werden darf und muss. Arbeitsrechtliche Konsequenzen drängten sich daher auf. Nach dem Gesagten war jedoch nicht von einer naheliegenden Wiederholungsfahr auszugehen. Vielmehr relativiert der Gesamtkontext – insbesondere auch die mehrjährige und einwandfreie Tätigkeit für die Vorinstanz – im Lichte der dargelegten Rechtsprechung die einmalige Verfehlung von A. und die daraus resultierende Vertrauensstörung in ihrer Schwere. Unter diesen Umständen ist im Verhalten von A. kein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung zu erblicken. Der Vorinstanz wäre es zuzumuten gewesen, A. in Nachachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes abzumahnern und ihm für den Wiederholungsfall die Kündigung anzudrohen (vgl. Ziffer 45 GAV). Indem die Vorinstanz davon absah und stattdessen direkt zur fristlosen Kündigung als strengste und letzte Massnahme schritt, handelte sie rechtswidrig (E. 6.5).

Die **Rechtsfolgen** einer durch die Beschwerdeinstanz festgestellten **unbegründeten fristlosen Kündigung** sind in den sich entsprechenden Art. 34b Abs. 1 BPG sowie Ziffer 184 Abs. 1 GAV

geregelt. Demnach ist A. eine **Entschädigung** zuzusprechen (je Bst. a) und die **Fortzahlung des Lohnes bis zum Ablauf der (hypothetischen) ordentlichen Kündigungsfrist** anzuordnen (je Bst. b). Mit der letztgenannten Bestimmung wurde die Regelung von Art. 337c Abs. 1 OR übernommen, wonach A. so zu stellen ist, wie wenn ihm auf den frühestmöglichen Zeitpunkt ordentlich gekündigt worden wäre. Der Arbeitnehmer wird bezüglich Lohn im Ergebnis also gleich gestellt, wie wenn ihm unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist und Berücksichtigung einer allfälligen Sperrfrist auf den nächstmöglichen Zeitpunkt gekündigt worden wäre (E. 7.1 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung und die Materialien).

A. hätte von der Vorinstanz frühestens per Ende April 2016 entlassen werden können. Bis zu diesem Zeitpunkt ist A. der Lohn direkt gestützt auf Ziffer 79 GAV in Verbindung mit Ziffer 184 Abs. 1 Bst. b GAV auszurichten (vgl. E. 7.2.1 ff.)

Die A. gemäss Ziffer 184 Abs. 1 Bst. a GAV beziehungsweise 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** (Ziffer 184 Abs. 2 GAV bzw. Art. 34b Abs. 2 BPG). Die Verwendung des Ausdrucks "**in der Regel**" verdeutlicht, dass von den statuierten Eckwerten ausnahmsweise abgewichen werden kann, wenn es die Umstände rechtfertigen. Diese Ergänzung wurde erst in der parlamentarischen Beratung ins Gesetz eingefügt, nachdem der bundesrätliche Entwurf noch von einem fixen gesetzlichen Rahmen von mindestens sechs Monatslöhnen und höchstens einem Jahreslohn ausgegangen war (E. 7.3.1 mit Hinweisen auf Materialien).

Für die Bemessung der Höhe der Entschädigung ist auf die **Schwere der Persönlichkeitsverletzung** beziehungsweise des Eingriffs in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers, die **Intensität und Dauer der vertraglichen Beziehungen** zwischen den Parteien sowie die **Art und Weise der Kündigung**, die **Strafwürdigkeit** des Verhaltens des Arbeitgebers und die **Schwere eines allfälligen Mitverschuldens** des Arbeitnehmers, das **Mass der Widerrechtlichkeit** der Entlassung, die **soziale und finanzielle Lage** der angestellten Person sowie deren **Alter und Stellung im Unternehmen** des Arbeitgebers abzustellen (E. 7.3.2 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

A. legte mit dem ausgeführten Faustschlag ein unentschuldbares Fehlverhalten an den Tag. Ihm ist daher ein erhebliches Mitverschulden anzulasten. Die Vorinstanz tolerierte diese Verhaltensweise zu Recht nicht und zog entsprechend eine arbeitsrechtliche Massnahme in Betracht. Indem sie direkt zur fristlosen Kündigung schritt, liess sie zwar schliesslich eine angemessene und verhältnismässige Reaktion vermissen. Die Umstände legen jedoch nahe, dass sie sich aus ernsthaften Gründen dazu entschied, das Arbeitsverhältnis fristlos aufzulösen. Ihre Reaktion war deshalb weder offensichtlich unhaltbar noch kann gesagt werden, die Vorinstanz habe in stossender Art und Weise gekündigt. Vielmehr ist von einem "blossen" Verstoss gegen die gesetzlichen Anforderungen an eine fristlose Kündigung auszugehen (E. 7.3.3).

Angesichts des Alters von A., der nicht langen Anstellungsdauer bei der Vorinstanz sowie der mehrfach vollzogenen Stellenwechsel und seiner dabei bewiesenen vielseitigen Einsetzbarkeit ist davon auszugehen, dass er innert nützlicher Frist eine neue Anstellung finden kann, umso mehr als er über gute Referenzen verfügt (vgl. E. 7.3.4).

Stellt man das dargelegte erhebliche Mitverschulden von A. dem "blossen" Regelverstoss der Vorinstanz gegenüber, so wird deutlich, dass die fristlose Kündigung mit einem eher leichten Eingriff in die Persönlichkeit von A. einherging. Weiter entschädigungsmindernd sind insbesondere die nicht lange Anstellungsdauer des Einundvierzigjährigen sowie die Jobaussichten zu werten. Die gegebenen Umstände legen insgesamt nahe, ausnahmsweise eine Entschädigung von weniger als sechs Monatslöhnen zuzusprechen. Als angemessen erscheint eine Entschädigung von vier Bruttomonatslöhnen (vgl. E. 7.3.5).