

# **BVGer A-2913/2021 vom 24. Oktober 2022**

Bundesverwaltungsgericht, 2022-10-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-2913\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-2913_2021)

FR: TAF A-2913/2021 du 24 octobre 2022

IT: TAF A-2913/2021 del 24 ottobre 2022

## **Regeste**

Auflösung des Arbeitsverhältnisses

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Verfügungen eines Arbeitgebers im Sinne von Art. 3 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) können gemäss Art. 36 Abs. 1 BPG und Ziff. 182 des Gesamtarbeitsvertrags der SBB vom 26. November 2018 [GAV SBB 2019, 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 einem Arbeitgeber im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. d BPG erlassen wurde. Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde zuständig. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 1.2**

Der Beschwerdeführer hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist als Adressat der angefochtenen Kündigungsverfügung sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb er zur Beschwerde legitimiert ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

### **E. 1.3.1**

Streitgegenstand im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist das durch die Verfügung geregelte Rechtsverhältnis, soweit dieses angefochten wird. Ausnahmsweise kann jedoch aus prozessökonomischen Gründen das verwaltungsgerichtliche Verfahren auf eine ausserhalb des Anfechtungsgegenstandes liegende spruchreife Frage ausgedehnt werden, wenn ein enger Bezug zum bisherigen Streitgegenstand besteht (vgl. BGE 130 V 501 E. 1.2; Urteil des BVGer A-4619/2021 vom 26. April 2022 E. 1.3). Im Beschwerdeverfahren sind zudem - gestützt auf die Eventualmaxime - sämtliche Begehren und Eventualbegehren in der Beschwerdeschrift vorzubringen. Erst in der Replik (oder später) gestellte (neue) Begehren sind unzulässig (vgl. BVGE 2010/12 E. 1.2.1; Urteile des A-4619/2021 vom 26. April 2022 E. 1.3 und BVGer A-166/2021 vom 12. Januar 2022 E. 1.3.3).

### **E. 1.3.2**

In seiner Replik stellt der Beschwerdeführer erstmals den Antrag, es sei ihm der Lohn und alle übrigen geldwerten Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist vom 30. November 2021 sowie eine Entschädigung in der Höhe eines Jahreslohnes von Fr. (...) zuzusprechen. Ob auf den erst in der Replik gestellte

Eventualantrag einzutreten wäre, kann aufgrund des Ausgangs des vorliegenden Verfahrens letztlich offen bleiben (vgl. E. 7.5 hiernach).

#### **E. 1.4**

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

#### **E. 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 sich das Bundesverwaltungsgericht, wenn es um die Leistungsbeurteilung von Bediensteten des Bundes, um verwaltungsorganisatorische Fragen oder um Probleme der betriebsinternen Zusammenarbeit und des Vertrauensverhältnisses geht, eine gewisse Zurückhaltung. 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-169/2018 vom 23. Januar 2019 E. 2.1 m.w.H.).

#### **E. 2.2**

Das Bundesverwaltungsgericht stellt den Sachverhalt unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien von Amtes wegen fest (Art. 12 f. VwVG) und bedient sich nötigenfalls verschiedener Beweismittel. Es nimmt die ihm angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhaltes tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG) und kann von einem beantragten Beweismittel dann absehen, wenn bereits Feststehendes bewiesen werden soll, wenn von vornherein gewiss ist, dass der angebotene Beweis keine wesentlichen Erkenntnisse zu vermitteln vermag oder wenn es den Sachverhalt auf Grund eigener Sachkunde ausreichend würdigen kann (antizipierte Beweiswürdigung; vgl. BVGE 2009/46 E. 4.1 m.H.). 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 Beweiswürdigung nach objektiven Gesichtspunkten zur Überzeugung gelangt, dass sich der rechtserhebliche 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 (Urteile des BVGer A-6031/2017 vom 3. April 2019 E. 2.2 und A-1399/2017 vom 13. Juni 2018 E. 2.2, je m.H.).

#### **E. 2.3**

Die Bestimmungen über das Dienstverhältnis des Bundespersonals gelten grundsätzlich auch für das Personal der Vorinstanz (Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998 [SBBG, SR 742.31]; Art. 2 Abs. 1 Bst. d BPG). Ergänzend ist auf die (Ausführungs-)Bestimmungen des erlassenen GAV abzustellen. Dagegen ist die Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV, SR 172.220.111.3) auf das Personal der Vorinstanz - welche für ihren Bereich stattdessen mit den Personalverbänden den GAV abgeschlossen hat - nicht anwendbar (statt vieler: Urteil des BVGer A-5997/2017 vom 14. März 2019 E. 3).

#### **E. 3**

Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz zunächst eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

### **E. 3.1**

Diesbezüglich macht er geltend, dass das Recht auf vorherige Anhörung, auf Mitwirkung bei der Beweiserhebung, auf Akteneinsicht sowie die Begründungspflicht verletzt worden seien. Die Vorinstanz habe es unterlassen, ihn darauf hinzuweisen, selber Beweise zu seiner eigenen Entlastung vorzulegen. Ebenso sei er nicht darauf hingewiesen worden, dass er zumindest schriftlich Ergänzungsfragen an die Beschuldigerin und an die Auskunftsperson stellen könne. Er sei auch nicht auf sein Aussageverweigerungsrecht und auf die Selbstbelastungsfreiheit hingewiesen worden. Das rechtliche Gehör sei ihm am Dienstag, 18. Mai 2021, persönlich eröffnet und per Montag, 24. Mai 2021, festgesetzt worden. Das seien im Gesamten vier Arbeitstage. Noch am selben Tag der Eröffnung habe der damalige Rechtsvertreter Akteneinsicht beantragt und diese am Donnerstag, 20. Mai 2021, zugestellt bekommen. Die effektive Gehörsfrist habe damit zwei Arbeitstage betragen. Ihm sei nicht die Möglichkeit gegeben worden, an der Beweiserhebung mitzuwirken und Beweise zur eigenen Entlastung vorzubringen. Eine Begründung für die Anonymisierung der Identität der Auskunftsperson fehle. Schliesslich habe eine inhaltliche Auseinandersetzung mit verschiedenen seiner Vorbringen nicht stattgefunden. Die fehlende Verfahrensfairness bestätige, dass er vor Vorliegen des Untersuchungsergebnisses vorverurteilt gewesen sei. Die mangelnde Verfahrensfairness mache das Untersuchungsergebnis letztlich unverwertbar.

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz entgegnet, dass das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers nicht verletzt worden sei. Der Beschwerdeführer sei bei der Sachverhaltsklärung vom 11. Mai 2021 auf die Möglichkeit hingewiesen worden, sich vertreten zu lassen. Im Befragungsprotokoll sei festgehalten worden, dass der Beistand am Schluss der Sachverhaltsklärung die Gelegenheit erhalten habe, zur Sache gehörende Fragen zu stellen und Erklärungen zu Protokoll zu geben. Aus Versehen sei das Protokoll nicht dahingehend angepasst worden, dass ihm selbst dieses Recht zukomme. Auf die offene Abschlussfrage hin, ob er noch etwas hinzuzufügen habe, habe er seinen Werdegang und sein Bedauern über die Aufnahme als sexuelle Belästigung durch die Melderin ausgeführt. Schliesslich habe er während der Bearbeitung des Protokolls von sich aus gemeldet, dass er sich an eine weitere Situation erinnere. Damit habe er faktisch vom Recht Gebrauch gemacht, weitere Erklärungen zu Protokoll zu geben. Das rechtliche Gehör sei dem Beschwerdeführer sodann am 18. Mai 2021 mündlich eröffnet und bis am 24. Mai 2021 gewährt worden. Er habe damit vier Tage Zeit gehabt, sich zu den Gründen und zur beabsichtigten fristlosen Kündigung zu äussern. Es treffe zu, dass der Beschwerdeführer die Akten am 20. Mai 2021 erhalten habe, so dass er drei Tage für die Eingabe seines rechtlichen Gehörs gehabt habe. Gemäss Rechtsprechung sei bei fristlosen Kündigungen die Frist für das rechtliche Gehör aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit kurz anzusetzen, so dass verschiedentlich eine Frist von zwei bis drei Tagen als genügend eingestuft worden sei. Der "Zeuge" stehe mit ihr in einem Arbeitsverhältnis, als Ausfluss davon treffe sie als Arbeitgeberin eine Fürsorgepflicht. Die Bekanntgabe des Namens des "Zeugens" ändere nichts an der möglichen Ausübung des rechtlichen Gehörs. Aus diesem Grund habe sie das Interesse des aussagenden "Zeugens" an der Anonymität vorliegend höher gewertet als das Interesse des Beschwerdeführers, den Namen des "Zeugens" zu kennen.

### **E. 3.3**

Der in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) verankerte und im VwVG konkretisierte Anspruch auf rechtliches Gehör gilt auch im öffentlichen Personalrecht uneingeschränkt (vgl. Urteil des BGer 8C\_340/2014 vom 15. Oktober 2014 E. 5.2).

#### **E. 3.3.1**

Das Recht auf vorgängige Anhörung ist Teilgehalt des rechtlichen Gehörs und bildet gleichsam dessen Kernelement (Waldmann/Bickel, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Rz. 3 zu Art. 30 VwVG; BVGE 2013/33 E. 3). Es ist das wichtigste Mittel, um den Betroffenen einen Einfluss auf die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts und bei der Wahrung seiner Interessen zu sichern (Patrick Sutter, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2019 [nachfolgend: Kommentar VwVG], Rz. 1 zu Art. 30 VwVG; Waldmann/Bickel, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Rz. 20 zu Art. 30 VwVG; BGE 133 V 196 E. 1.2; Urteil des BVerfG A-3436/2015 vom 30. Dezember 2015 E. 4.1.1). Der Betroffene ist berechtigt, sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 143 V 71 E. 4.1). Der Sachverhalt, wie er sich aus Sicht der Behörde darstellt, muss mindestens derart detailliert unterbreitet werden, dass die betroffene Person hierzu konkret ihre Einwände vorbringen kann (Sutter, in: Kommentar VwVG, a.a.O., Rz. 4 zu Art. 30 VwVG; BVGE 2013/46 E. 6.2). Insbesondere sind die Betroffenen zu sämtlichen bestrittenen Tatsachen anzuhören (Waldmann/Bickel, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Rz. 20 zu Art. 30 VwVG). Behördlich angesetzte Fristen für die Ausübung dieses Rechts müssen angemessen, das heisst so bemessen sein, dass es gehörig wahrgenommen werden kann. Bei ihrer Festlegung ist einerseits der Komplexität der sich stellenden Sachverhalts- und Rechtsfragen sowie dem Aktenumfang Rechnung zu tragen, andererseits müssen Interessen der Verfahrensökonomie und -beschleunigung berücksichtigt werden (vgl. zum Ganzen Waldmann/Bickel, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Rz. 48 zu Art. 30).

#### **E. 3.3.2**

Der Anspruch umfasst auch das Recht der Parteien auf Akteneinsicht (Art. 26 ff. VwVG). Demnach besteht ein Anspruch darauf, alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke einzusehen (Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG). Aus Inhalt und Funktion des Akteneinsichtsrechts folgt nach der Rechtsprechung, dass grundsätzlich sämtliche beweisheblichen Akten den Beteiligten gezeigt werden müssen. Die betroffene Partei kann sich nur wirksam zur Sache äussern und geeignete Beweise bezeichnen, wenn sie die Möglichkeit erhält, die Unterlagen einzusehen, auf welche sich die Behörde bei ihrer Verfügung stützt (zum Ganzen Urteile des BVerfG A-1508/2020 vom 9. September 2020 E. 3.1 und A-6754/2016 vom 10. September 2018 E. 7.1). Es ist insofern grundsätzlich in alle Akten Einsicht zu gewähren, die zum Verfahren gehören (BGE 132 V 387 E. 3.2; BVGE 2015/47 E. 5.2; Stephan C. Brunner, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, Rz. 33 zu Art. 26). Art. 27 VwVG regelt die Ausnahmen. Nach Art. 27 Abs. 1 VwVG darf die Behörde die Einsichtnahme in die Akten unter anderem nur verweigern, wenn wesentliche öffentliche (Bst. a) oder private Interessen (Bst. b) die Geheimhaltung erfordern. Die Verweigerung der Einsichtnahme darf sich nur auf die Aktenstücke erstrecken, für die Geheimhaltungsgründe bestehen (Art. 27 Abs. 2 VwVG). Wird einer Partei die Einsichtnahme in ein Aktenstück gestützt auf Art. 27 VwVG verweigert, so darf auf dieses zum Nachteil der Partei gemäss Art. 28 VwVG nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder

schriftlich Kenntnis und ihr ausserdem Gelegenheit gegeben hat, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen. Der Betroffene muss dadurch in die Lage versetzt werden, den Entscheid sachgerecht anzufechten (BGE 125 II 417 E. 5; BVGE 2015/1 E. 4.7). Grundsätzlich gilt, dass je stärker das Verfahrensergebnis von der Stellungnahme der Betroffenen zum konkreten Dokument abhängt und je stärker auf ein Dokument bei der Entscheidungsfindung (zum Nachteil der betroffenen Person) abgestellt wird, desto intensiver ist dem Akteneinsichtsrecht Rechnung zu tragen. Mit der Missachtung von Art. 28 VwVG verletzt die Behörde nicht nur das Akteneinsichtsrecht der Parteien, sondern auch deren Anspruch auf einen begründeten Entscheid (BGVE 2011/37 E. 5.4.1).

### **E. 3.3.3**

Laut Art. 32 VwVG hat die Behörde, bevor sie verfügt, alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der Parteien zu würdigen (Prüfungspflicht). Ob die Behörde ihrer Prüfungspflicht nachgekommen ist, ergibt sich in erster Linie aus der Begründung der Verfügung (BVGE 2013/46 E. 6.2.3). Ferner räumt der Anspruch auf rechtliches Gehör der betroffenen Person einen Begründungsanspruch ein. Die Begründung einer Verfügung soll die betroffene Person im Allgemeinen in die Lage versetzen, die Gründe nachzuvollziehen, welche zum Entscheid geführt haben und dessen Rechtmässigkeit zu überprüfen. Sie muss so abgefasst sein, dass sich der Adressat des Entscheides über dessen Tragweite Rechenschaft geben und ihn gegebenenfalls in voller Kenntnis der Tatsachen sachgerecht anfechten kann. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich der Entscheid stützt. Die verfügende Behörde muss sich jedoch nicht ausdrücklich mit jeder tatbestandlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (vgl. BGE 142 I 135 E. 2.1). Die Begründung einer Kündigung soll im Speziellen dem Gekündigten die Beurteilung ermöglichen, ob eine rechtlich zulässige Kündigung vorliegt (vgl. BGE 121 III 60 E. 3b).

### **E. 3.3.4**

Die Einvernahme von Auskunftspersonen ist von der Zeugeneinvernahme gemäss Art. 14 ff. VwVG zu unterscheiden. Letztere bedarf einer vorgängigen Anordnung von einer der im Gesetz aufgeführten Behörden (vgl. Art. 14 Abs. 1 VwVG). War bei einer Zeugeneinvernahme eine Teilnahme aus objektiven Gründen unmöglich oder durfte diese aus überwiegenden öffentlichen Interessen verweigert werden, so wird dem Recht einer Partei, Ergänzungsfragen zu stellen, Genüge getan, wenn der Partei nach Einsicht in die Aussageprotokolle auf Ersuchen hin Gelegenheit gegeben wird, schriftlich Zusatzfragen zu stellen (BGE 124 V 90 E. 4b). Die Befragung von Auskunftspersonen erfolgt grundsätzlich in Anwesenheit der Verfahrensbeteiligten. Es ist der Behörde aber erlaubt, die Parteien unter bestimmten Umständen von der Anhörung auszuschliessen. Der Behörde steht bei der Beurteilung der Frage, ob ein hinreichender Ausschlussgrund vorliegt, ein Ermessensspielraum zu. Sie kann sich zwar an den in Art. 18 Abs. 2 VwVG bei Zeugeneinvernahmen vorgesehenen Verweigerungsgründen (Wahrung wesentlicher öffentlicher oder privater Interessen) orientieren, verfügt aber über ein weitergehendes Ermessen als es die gesetzliche Ordnung bei Zeugeneinvernahmen zulässt (BGE 130 II 169 E. 2.3.5; Urteil des BGer 1C\_179/2014 vom 2. September 2014 E. 3.5.1).

### **E. 3.4**

Nachfolgend sind die Rügen des Beschwerdeführers auf ihre Stichhaltigkeit hin zu überprüfen.

#### **E. 3.4.1**

Zunächst ist betreffend die Begründungspflicht darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz den vom Beschwerdeführer vorgetragene(n) Standpunkt hört, wonach die Vorfälle in der Öffentlichkeit und während der Pandemie stattgefunden hätten, wo öffentliche Berührungen unter Mitarbeitenden ohnehin gemäss Anweisung der Vorinstanz nicht gestattet gewesen seien. Diesbezüglich hält sie in der angefochtenen Verfügung vom 27. Mai 2021 fest (vgl. E. 3 der angefochtenen Verfügung), dass diese Ausführungen im Widerspruch zu seinen Aussagen stünden. Weiter merkt sie an, dass sie die aufgeworfenen Fragen des Beschwerdeführers nicht beantworten müsse, da zwei Aussagen vorliegen würden, wonach sich die Mitarbeitenden nicht immer an die Abstandsregeln gehalten hätten und die von ihm eingereichten Bestätigungen (von Arbeitskollegen) pauschaler Natur seien. Daran vermag nichts zu ändern, dass sie nicht auf das Argument einging, wonach der öffentliche Raum "eine natürliche Abschreckungswirkung gegenüber abnormem Verhalten" habe. Auch in Bezug auf den Verzicht, weitere Auskunftspersonen einzuvernehmen, hat die Vorinstanz die wesentlichen Argumente des Beschwerdeführers gewürdigt (vgl. E. 4 der angefochtenen Verfügung). Soweit der Beschwerdeführer verschiedentlich weitere Verletzungen der Begründungspflicht in Bezug auf die antizipierte Beweiswürdigung sowie auf seine Teilnahmerechte an den Befragungen rügt (vgl. die Vorbringen "der Pausenraum als öffentlicher Raum", "minimale Beweiserhebung", "Ausschluss von der Mitwirkung" und "Unglaubwürdigkeit der Beweise"), geht er fehl. Die Vorinstanz hat dargelegt, inwiefern eine solche angezeigt war und hat die Beweise gewürdigt (vgl. namentlich E. 4, 6, 7, 8 und 10 der angefochtenen Verfügung). Ob dies inhaltlich zutrifft, ist eine Frage der rechtlichen Würdigung. Weiter hat sie begründet, dass der Vorwurf der grenzüberschreitenden Umarmung im rechtlichen Gehör unter den drei Vorwürfen nicht aufgeführt sei. Daher sei (die Lernbegleiterin der Melderin) C. \_\_\_\_\_ nicht zu befragen (vgl. E. 5 der angefochtenen Verfügung). Dass die Vorinstanz das Vorbringen, wonach C. \_\_\_\_\_ Bezugs- und Vertrauensperson der Melderin und eine von vier Teilnehmern einer WhatsApp-Gruppe gewesen sei, nicht als entscheidend erachtete und nicht in ihre rechtliche Würdigung miteinbezog, begründet ebensowenig eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, zumal die Vorinstanz die nicht substantiierte Behauptung, wonach sich die Melderin und die Auskunftsperson abgesprochen hätten, würdigte (vgl. E. 9 der angefochtenen Verfügung). Schliesslich hat die Vorinstanz auch die Standpunkte des Beschwerdeführers zur Verfahrensfairness und zur Anonymisierung gehört (vgl. E. 11 f. der angefochtenen Verfügung). Ob die Vorinstanz bei der Befragung voreingenommen war, ist keine Frage der Verletzung des rechtlichen Gehörs in Form der Begründungspflicht, sondern eine Frage der materiellen Beweiswürdigung. Auf die Anonymisierung ist nachfolgend unter dem Gesichtspunkt von Art. 27 f. VwVG näher einzugehen (vgl. E. 3.4.5 hiernach). Zusammenfassend war es dem Beschwerdeführer ohne Weiteres möglich, den angeführten Kündigungsgrund sachgerecht anzufechten.

#### **E. 3.4.2**

Als nächstes ist die Rüge der Gehörsverletzung durch Ansetzung einer zu kurzen Frist für das rechtliche Gehör zu behandeln. Festzuhalten ist, dass dem Beschwerdeführer hierfür eine Frist vom 17. bis am 24. Mai 2021 (und damit von sieben Tagen) angesetzt wurde. Der damalige Rechtsvertreter erhielt am 20. Mai 2021 Akteneinsicht und hatte somit bis zum

24. Mai 2021 Gelegenheit, eine Stellungnahme zu verfassen. Der Vorinstanz ist dahingehend beizupflichten, dass in der Rechtsprechung auch schon eine kürzere Frist - d.h. konkret vier Tage - zur Wahrung des rechtlichen Gehörs bezüglich einer fristlosen Kündigung nicht bemängelt wurde (vgl. BGE 140 I 320, nicht publizierte E. 5.3 ff.). Der Umstand, dass nach Akteneinsicht durch den damaligen Rechtsvertreter nur noch vier Tage (inkl. Wochenende) zu Verfügung standen, vermag daher nichts zu ändern. Es wäre dem vertretenen Beschwerdeführer offen gestanden, nach erfolgter Akteneinsicht ein Fristerstreckungsgesuch zu stellen. Im Übrigen zeigt sich auch aus der detaillierten Eingabe des Beschwerdeführers im Rahmen des rechtlichen Gehörs, dass die Frist angemessen war, zumal die Vorwürfe und die Akten nicht besonders umfangreich sind. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer vorab am 11. Mai 2021 darüber informiert worden war, dass es sich um einen Vorwurf von sexueller Belästigung handelt, womit die Befragung und anschliessende Gelegenheit zum rechtlichen Gehör nicht überraschend war. Nachdem der Beschwerdeführer bereits am 11. Mai 2021 zu den Vorwürfen befragt worden war, sich der Umfang der Untersuchungsakten in Grenzen hielt und Lehre und Rechtsprechung bei fristlosen Kündigungen überdies eine beförderliche Abklärung des Sachverhalts fordern (vgl. BGE 8C\_294/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.3.3; Urteil des BVGer A-4389/2016 vom 21. September 2021 E. 3.4.4.2; Streiff/von Kaenel/Rudolph, in: Praxiskommentar Arbeitsvertrag, 7. Auflage 2012, Rz. 17 zu Art. 337 m.w.H.), stand dem Beschwerdeführer somit ein angemessener Zeitraum zur Verfügung, seinen Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen. Der Zeitraum war denn auch offenbar ausreichend.

#### **E. 3.4.3**

Die Verwertung von Auskünften im Sinne von Art. 12 Bst. c VwVG setzt die Gewährung des Anspruchs auf rechtliches Gehör voraus. Dieser ist vorliegend insoweit erfüllt, als dem Beschwerdeführer die Befragungsprotokolle zur Stellungnahme unterbreitet worden sind. Bezüglich der Gewährung der Teilnahme des Beschwerdeführers an den Befragungen verfügte die Vorinstanz über einen gewissen Ermessensspielraum, da es sich mangels Anordnung durch eine im Gesetz aufgelistete Behörde nicht um förmliche Zeugeneinvernahmen, sondern um Einvernahmen von Auskunftspersonen handelte (vgl. E. 3.3.4 hiervor). Überdies traf die Vorinstanz in ihrer Funktion als Arbeitgeberin gegenüber dem Beschwerdeführer, aber auch den anderen Mitarbeitenden, namentlich der Melderin sowie der Auskunftsperson, eine gesetzlich statuierte Fürsorgepflicht (Art. 6 Abs. 2 BPG i.V.m. Art. 328 des Schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]). Zudem war sie darauf angewiesen, dass die Melderin sowie die Auskunftsperson möglichst wahrheitsgetreu und vollständig antworten, damit sie als Arbeitgeberin ihre Fürsorgepflicht wahrnehmen konnte. Aufgrund der delikaten Thematik des Vorwurfs einer sexuellen Belästigung durfte sie davon ausgehen, dass solche Antworten am ehesten dann zu erwarten sind, wenn diese offen und im Vertrauen über das Vorgefallene sprechen können. Hinzu kommt, dass sie der Auskunftsperson die Anonymität zusicherte. Ein öffentliches bzw. ein privates Interesse an der vertraulichen Durchführung der Befragungen mit der Melderin sowie der Auskunftsperson war somit gegeben. Der Ausschluss ist damit nicht zu beanstanden (vgl. Urteil des BVGer A-662/2017 vom 31. August 2017 E. 4.3.2 m.H.).

#### **E. 3.4.4**

Im Befragungsprotokoll ist festgehalten, dass der Beistand am Schluss der Sachverhaltsklärung die Gelegenheit erhielt, zur Sache gehörende Fragen zu stellen und

Erklärungen zu Protokoll zu geben. Von dieser Möglichkeit machte der Beschwerdeführer selbst Gebrauch, indem er auf die Frage, ob er noch etwas hinzufügen möchte, weitere Ausführungen zu Protokoll gab und nach Erhalt des Protokolls eine weitere Situationserinnerung ergänzte. Damit konnte der Beschwerdeführer seinen Standpunkt jedenfalls wirksam zur Geltung bringen. Die Vorinstanz war im Vorfeld zu den Befragungen auch nicht verpflichtet, ihm den Fragenkatalog zwecks Formulierung von Ergänzungsfragen offen zu legen. Bei Zeugeneinvernahmen in Abwesenheit einer Partei sieht die Rechtsprechung ein diesbezügliches Recht nur nach der Befragung auf Gesuch hin vor (vgl. E. 3.3.4 hiervor). Diese Rechtsprechung ist auf Befragungen von Auskunftspersonen analog übertragbar (vgl. Urteil des BVGer A-662/2017 vom 31. August 2017 E. 4.3.3). Im Übrigen bieten die sachlichen Fragestellungen der Vorinstanz keinen Anhaltspunkt dafür, dass das rechtliche Gehör nur pro forma gewährt worden wäre oder eine "Vorverurteilung" stattgefunden hätte. Der Beschwerdeführer hat, nachdem er die Protokolle aus den Befragungen erhalten hatte, keine Ergänzungsfragen an die Vorinstanz gerichtet, weshalb dieser keine Rechtsverletzung vorgeworfen werden kann.

#### **E. 3.4.5**

Des Weiteren durfte die Vorinstanz gestützt auf Art. 27 VwVG ein Geheimhaltungsinteresse hinsichtlich der Identität der Auskunftsperson bejahen (vgl. E. 3.3.2 hiervor) und die Akteneinsicht in diese verweigern bzw. dem Beschwerdeführer nur den wesentlichen Inhalt der Befragungsprotokolle im Sinne von Art. 28 VwVG zur Kenntnis bringen. Insbesondere hatte sie das Interesse des befragten Mitarbeiters an der Wahrung der zugesicherten Vertraulichkeit seiner Identität zu schützen. Dies umso mehr, nachdem ihm keine Parteistellung im vorliegenden Verfahren zukommt (Urteil des BVGer A-662/2017 vom 31. August 2017 E. 4.3.4 m.H). Zudem hatte die Vorinstanz die Vertraulichkeit seiner Identität ausdrücklich zugesichert. An die Wesentlichkeit des zur Kenntnis zu bringenden Inhalts galten zwar erhöhte Anforderungen, nachdem sich die Vorinstanz für ihren Entscheid hauptsächlich auf den Inhalt der Befragungsprotokolle abgestellt hatte (vgl. E. 3.3.2 hiervor). Die Vorinstanz schwärzte indessen einzig den Namen der Auskunftsperson. Anhand der Befragungsprotokolle war es für den Beschwerdeführer somit nachvollziehbar, warum die Vorinstanz in ihrer Verfügung die Vorfälle als sexuelle Belästigung einstufte. Ausserdem brachte er in Bezug auf die Auskunftsperson keine substantiierten Rügen vor. Aus denselben Gründen ist auch der im Beschwerdeverfahren gestellte Antrag auf Aufhebung der Anonymität der Auskunftsperson abzuweisen.

#### **E. 3.4.6**

Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, dass er zu Unrecht nicht auf sein Aussageverweigerungsrecht hingewiesen worden sei, geht er fehl. Die Mitwirkungspflicht (vgl. E. 2.2 hiervor) gilt selbst dann, wenn sich die betroffene Person - zum Beispiel durch ihre Aussagen - selbst belastet. In einem solchen Fall kann die nachteilige Mitwirkungspflicht mit dem strafprozessualen Grundsatz, sich nicht selbst belasten zu müssen (Selbstbelastungsverbot aufgrund der Unschuldsvermutung), in Konflikt geraten. Dies ist allerdings nur dann der Fall, wenn aufgrund des Verwaltungsverfahrens Sanktionen strafrechtlicher Natur im Sinne von Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 3. Oktober 1974 (EMRK, SR 0.101) drohen (vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer A-416/2020 vom 28. April 2021 E. 4.1; vgl. ferner BGE 140 II 384 E. 3.2.1). Dies ist vorliegend nicht der Fall, womit der Beschwerdeführer aus diesem

Umstand nichts zu seinen Gunsten ableiten kann.

### **E. 3.5**

Im Ergebnis liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Beschwerdeführers vor.

### **E. 4**

Im Weiteren wirft der Beschwerdeführer der Vorinstanz eine ungenügende Abklärung des Sachverhalts und eine Verletzung der Fürsorgepflicht durch eine mangelhafte Abklärung vor.

#### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer führt aus, dass die Untersuchung des vorliegenden Falls durch seinen Vorgesetzten vorgenommen worden sei. Interne Untersuchungen seien nicht durch die Vorgesetzten, sondern durch unabhängige und fachlich dafür qualifizierte Personen durchzuführen. Der Untersuchungsbericht der Vorinstanz sei nur schon infolge fehlender Unabhängigkeit und fehlender fachlicher Eignung des Verfassers als mangelhaft und nicht verwertbar zu taxieren. Die Untersuchung habe, abgesehen von seiner Anhörung und der Anhörung der Melderin, gerade mal aus einer einzigen Beweiserhebung bestanden, nämlich der Anhörung einer anonymen Person. Auch habe es die Vorinstanz pflichtwidrig unterlassen, die unmittelbaren Arbeitskolleginnen der Melderin sowie einen seiner Arbeitskollegen zu befragen. Der Untersuchungsbericht enthalte ein weiteres E-Mail nicht, enthalte überhaupt keine Ausführungen zu den Umständen und dem Anlass der Anzeige durch die Melderin und er unterlasse Abklärungen zu den Verhältnissen und Gepflogenheiten im Pausenraum. Zudem sei das Anzeigeverhalten bzw. die Anzeigemotivation der Melderin nicht untersucht worden. Insbesondere bleibe unklar, welche Abreden die Melderin mit der anonymen Person getroffen habe. Sie habe in ihrer Anhörung angegeben, dass sie offenbar in ihrer kurzen Anstellungszeit noch eine andere Anzeige bei der Vorinstanz gemacht habe. Um sich ein Bild von Person und Glaubwürdigkeit der Melderin machen zu können, würden alle diesbezüglichen Vorfälle "auf den Tisch" gehören.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz bestreitet die Ausführungen des Beschwerdeführers. Es treffe zu, dass es sich vorliegend um eine interne Untersuchung handle. Die Anwesenheit des Vorgesetzten bei den Befragungen habe keinen Einfluss auf die Unvoreingenommenheit von E. \_\_\_\_\_ (HR-Beraterin). Dabei hätten der Vorgesetzte und E. \_\_\_\_\_ gemeinsam und gestützt auf die erfolgten Gespräche den rechtserheblichen Sachverhalt zusammengefasst und den Schluss gezogen, dass der Beschwerdeführer in zwei Fällen die Melderin sexuell belästigt habe. Vorliegend sei von der (weiteren) Beweisabnahme abgesehen worden, da der rechtserhebliche Sachverhalt bereits hinreichend geklärt gewesen sei. Es sei nicht ersichtlich, inwieweit die vom Beschwerdeführer genannten Personen den rechtserheblichen Sachverhalt bezüglich der geltend gemachten Vorfälle "am Hosensack heranziehen" und "auf das Gesäss schlagen" hätten erhellen können, da sie bei diesen Vorfällen nicht dabei gewesen seien. Er führe nicht aus, was er unter dem sogenannten Anzeigeverhalten respektive der Anzeigemotivation der Melderin verstehe und was er daraus ableite. Aufgrund der verzögerten Anzeige der geltend gemachten Vorwürfe durch die Melderin und der Wiederaufnahme des Kontakts mit der anonymen Person werde diffus suggeriert, es gäbe einen weiteren über die Vorwürfe hinausgehenden Grund für die Anzeige. Für eine solche Annahme gebe es keine Hinweise.

#### **E. 4.3**

In seiner Replik beantragte der Beschwerdeführer Einsicht in ein E-Mail vom 4. Mai 2021, welche ihm gewährt wurde. Er führt im Wesentlichen aus, dass die Aussagen der anonymen Person alles andere als glaubhaft seien. In zeitlicher Hinsicht seien sie so konfus, dass ihnen jede Glaubhaftigkeit abgehe. Bezüglich des angeblichen Schlages auf das Gesäss sei die Erklärung der anonymen Person, dass die Umstehenden den Schlag mit einem "Druckablass des Zuges" verwechselt haben könnten, so abstrus, dass ihre diesbezügliche Schilderung nicht einen Hauch Glaubwürdigkeit hätten. Im Übrigen stünden die Aussagen der anonymen Person im Widerspruch zu den Aussagen der Melderin. Diese rede bezüglich des angeblichen Schlages aufs Gesäss davon, dass zwei Angestellte vor Ort gewesen seien. Weiter unterschlage der angefochtene Entscheid vollständig die einschlägigen Beweisaussagen von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_, die der Beschwerdeführer mit seiner Stellungnahme vom 25. Mai 2021 eingereicht habe. Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, dass seine Aussagen verdreht worden seien.

#### **E. 4.4**

Die Vorinstanz widerspricht in ihrer Duplik insbesondere dem Vorbringen, dass die Aussagen des Beschwerdeführers verdreht worden seien. Die Verfügung bezüglich der fristlosen Kündigung vom 27. Mai 2021 stelle fest, dass die beiden Ereignisse "auf das Gesäss schlagen" und "am Hosenbund festhalten" als erwiesen erachtet würden. Weiter seien in dieser Verfügung die im Befragungsprotokoll vom 11. Mai 2021 festgehaltenen Aussagen betreffend weiterer stattgefundenen Berührungen und des Verhaltens des Beschwerdeführers gegenüber der Melderin aufgeführt. Es sei dahingestellt, ob es sich dabei um ein eigentliches Eingeständnis von Seiten des Beschwerdeführers handle oder nicht. Tatsächlich habe er diesen Hergang beschrieben.

#### **E. 4.5**

Der Untersuchungsgrundsatz ist primär auf das Verwaltungsverfahren zugeschnitten (vgl. Art. 12 VwVG). Dem Bundesverwaltungsgericht obliegt die Aufgabe, die vorinstanzliche Sachverhaltsermittlung auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen (BVGE 2014/36 E. 1.5 m.H.). Der Untersuchungsgrundsatz auferlegt der Behörde die Pflicht, von Amtes wegen den rechtserheblichen Sachverhalt vollständig und richtig zu ermitteln. Sie hat folglich im Rahmen des Zumutbaren einzig den entscheidenderheblich erscheinenden Umständen nachzugehen. Hierzu gehören auch für die Beteiligten günstige Faktoren (vgl. Urteil des BGer 1C\_178/2010 vom 10. Juni 2010 E. 2.2). Die Bestimmung des Umfangs der Amtsermittlung erfordert eine von der Behörde während des Verfahrens wiederkehrende vorläufige Würdigung des Beweisergebnisses. Aufgrund dieser antizipierten Beweiswürdigung stellt die Behörde fest, ob ein Sachverhalt genügend feststeht oder ob eine weitere Beweisabnahme zur Klärung der Sachlage geboten ist. Sie hat ihr diesbezügliches Ermessen pflichtgemäss auszuüben. Nötigenfalls kann sich die Behörde zur Erstellung des Sachverhalts Auskünften oder Zeugnissen von Drittpersonen bedienen (Art. 12 Bst. c VwVG). Der Aufwand der Sachverhaltsermittlung muss alsdann insgesamt verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV). Dabei sind die Interessen an einer schnellen Entscheidungsfindung (Beschleunigungsgebot) und jene an einer gründlichen materiellen Wahrheitsfindung gegeneinander abzuwägen (Krauskopf/Emmenegger/Babey, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Rz. 16 ff. zu Art. 12; vgl. auch Urteile des BVerfG A-1504/2020 vom 25. Mai 2021 E. 4.3 und A-4389/2016 vom 21. September 2016 E. 4.1 und 4.2).

#### **E. 4.6.1**

Vorab ist auf die Verwertbarkeit der Beweise einzugehen. Festzuhalten ist diesbezüglich, dass die Vorinstanz die Melderin sowie eine Auskunftsperson einvernahm. Eine Zeugeneinvernahme fand nicht statt. Die Vorinstanz wäre auch nicht befugt, eine solche durchzuführen (vgl. Art. 14 Abs. 1 VwVG e contrario). Die Befragung von Auskunftspersonen ist zulässig und vorliegend nicht zu beanstanden (vgl. E. 3.3.4 hiavor). Dass diese durch den Vorgesetzten und eine HR-Beraterin durchgeführt wurde, stellt ebenfalls keinen Grund dar, die Befragungsprotokolle als nicht verwertbar zu qualifizieren, zumal kein Konflikt mit dem Vorgesetzten oder der HR-Beraterin zur Diskussion stand. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer diesbezüglich seine Rüge nicht substantiiert. Damit ist im Folgenden auf die Befragungsprotokolle abzustellen.

#### **E. 4.6.2**

In den Akten ist dokumentiert, dass die Melderin und die Auskunftsperson den Schlag auf das Gesäss sowie das Festhalten am Hosenbund übereinstimmend ausgesagt haben. Die Vorinstanz stufte diese Ausführungen zu Recht als schlüssig ein. Der Beschwerdeführer dagegen vermochte sich zunächst nicht an die Melderin sowie an C. \_\_\_\_\_ (Lernbegleiterin der Melderin) erinnern. Danach gab er an, dass er sie immer mit "Hoi, Sali" begrüsse. Zwei Fragen später räumte er ein, dass es einen Vorfall gegeben habe, bei welchem er "sich auf die Schulter geklopft und sie aufgemuntert" habe. Wiederum vier Antworten später gab er zu Protokoll, dass diese Situation das "(...) einzige Mal, als ich sie umarmt habe" gewesen sei. Er schob sogleich nach, dass dies "Aber nicht so eng, wie mein Kind" gewesen sei. Drei Fragen weiter erklärte er abermals: "Falls sie die Umarmung so verstanden hat, tut es mir wahnsinnig leid." Der Beschwerdeführer bestätigte schliesslich, mit dem Gesäss der Melderin in Berührung gekommen zu sein. Er machte dabei geltend, die Melderin sei auf ihn zugegangen und habe ihn von der Seite her mit dem Gesäss gestossen. Nachdem die Befragung beendet war, kehrte er zurück und unterstellte der Melderin u.a., dass sie auf dem Schoss von Kollegen sitze ("Jetzt kommen mir viele Situationen in den Sinn. Ihr Verhalten bei der SBB. Das ist kein Verhalten von einer SBB Person. Das hat mich aber nie interessiert. Ihr Verhalten war Null. Ich habe es gesehen bei Kollegen, dass sie ihnen auf dem Schoss gesessen ist."). Vor dem Hintergrund dieser teilweise widersprüchlichen Aussagen des Beschwerdeführers ist die Beweiswürdigung der Vorinstanz nachvollziehbar und nicht zu beanstanden. Sie musste deshalb die "Anzeigemotivation" der Melderin nicht weiter untersuchen, da kein Anlass hierfür bestand. Vielmehr nahm sie ausreichende Abklärungen vor, um den rechtserheblichen Sachverhalt feststellen zu können.

#### **E. 4.6.3**

Entgegen den weiteren Vorbringen des Beschwerdeführers erscheinen die Aussagen der Melderin sowie der Auskunftsperson nicht als zu vage. Vielmehr sind die von ihm eingereichten Bestätigungen von Arbeitskollegen lediglich pauschaler Natur und beschlagen nicht die beiden Vorfälle (vgl. E. 3.4.1 hiavor). Das E-Mail vom 4. Mai 2021 sodann betrifft nicht den vorliegenden Fall. Die Erläuterung der Auskunftsperson bezüglich der Reaktion oder der Anzahl der Anwesenden ändert zudem nichts an der Glaubwürdigkeit seiner eigenen Beobachtung. Ebenso wenig ist bedeutend, dass das genaue Datum der Vorfälle nicht erstellt ist. Dies ist vor dem Hintergrund, dass die Vorfälle bereits mehrere Wochen bzw. Monate vor der Meldung passiert sind, auch nicht weiter bemerkenswert. Auch für das Beschwerdeverfahren ist demnach erstellt, dass der Beschwerdeführer die

Melderin auf das Gesäss geschlagen sowie am Hosenbund festgehalten hat. Inwiefern es sich dabei um Pflichtverletzungen handelt bzw. welche Schwere diesen zuzumessen ist, wird nachfolgend zu prüfen sein (vgl. E. 6 f. hiernach). Der rechtserhebliche Sachverhalt ist somit genügend erstellt. Damit erweist sich auch der Vorwurf der Verletzung der Fürsorgepflicht durch mangelhafte Abklärung als unbegründet.

#### **E. 4.7**

Schliesslich sieht der Beschwerdeführer das Willkürverbot nach Art. 9 BV verletzt. Er rügt eine Willkür in der Beweiserhebung durch die Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes und des rechtlichen Gehörs, Willkür im Ermessen durch das Abstellen auf das Befragungsprotokoll und Willkür im Entscheid durch die Verletzung der Unschuldsvermutung.

##### **E. 4.7.1**

Nach Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür behandelt zu werden. Willkürlich ist ein Entscheid nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst dann, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (vgl. BGE 146 II 111 E. 5.1.1 und 142 V 513 E. 4.2).

##### **E. 4.7.2**

Nach dem Gesagten sind der Untersuchungsgrundsatz sowie der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht verletzt (vgl. E. 3 f. hiervor). Ebensowenig hat die Vorinstanz ihr Ermessen bei der Beweiswürdigung überschritten oder missbraucht (vgl. E. 4.6.2 hiervor). Schliesslich liegt kein strafrechtliches, sondern ein verwaltungsrechtliches Verfahren vor, womit eine Mitwirkungspflicht gilt und der pauschale Verweis auf die Unschuldsvermutung jedenfalls nicht verfängt (vgl. E. 3.4.6 hiervor). Damit erweist sich auch diese Rüge als unbegründet.

#### **E. 5**

Der Beschwerdeführer verlangt in seinem Hauptantrag die Weiterbeschäftigung bei der Vorinstanz. Eine Weiterbeschäftigung kann nur angeordnet werden, wenn die Beschwerdeinstanz die Beschwerde gegen eine Kündigungsverfügung aus einem der in Art. 34c Abs. 1 Bst. a - d BPG bzw. Ziff. 184 Abs. 1 Bst. a - d GAV genannten Gründen gutheisst. Vorliegend beruft sich der Beschwerdeführer sinngemäss auf Art. 34c Abs. 1 Bst. b BPG bzw. Ziff. 184 Abs. 1 Bst. b GAV.

##### **E. 5.1**

Diesbezüglich führt er aus, die Kündigung sei missbräuchlich, da die Vorinstanz das Gebot schonender Rechtsausübung erheblich verletzt habe und ein krasses Missverhältnis der Interessen vorliege, insbesondere auch unter Würdigung des langdauernden und einwandfreien Arbeitsverhältnisses. Letzteres führe bekanntlich zu einer erhöhten Fürsorgepflicht der Vorinstanz.

##### **E. 5.2**

Die Vorinstanz lässt sich zur Missbräuchlichkeit der Kündigung nicht vernehmen. Sie beantragt die Abweisung der Beschwerde.

##### **E. 5.3**

Ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung besteht im Falle einer missbräuchlichen Kündigung nach Art. 336 OR (Art. 34c Abs. 1 Bst. b BPG bzw. Ziff. 184 Abs. 1 Bst. b GAV). Die Aufzählung der Tatbestände in Art. 336 OR ist nicht abschliessend. Sie konkretisiert vielmehr das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot. Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar ist (BGE 134 III 108 E. 7.1 und 132 III 115 E. 2.1 ff.; Urteile des BVGer A-3006/2017 vom 4. Dezember 2018 E. 3.3 und A-1246/2018 vom 29. Oktober 2018 E. 6.1; Portmann/Rudolph, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum Obligationenrecht [BSK OR], Bd. I, 6. Aufl. 2015, Rz. 21 ff. zu Art. 336 OR).

#### **E. 5.4**

Eine Kündigung kann missbräuchlich sein, wenn sie wegen eines Umstands ausgesprochen wird, den der Arbeitgeber als Folge einer eigenen Pflichtverletzung ganz oder teilweise zu verantworten hat, indem er etwa seine Fürsorgepflicht verletzt. Diese verpflichtet sowohl den privaten wie auch den öffentlichen Arbeitgeber (Art. 328 OR i.V.m. Art. 6 Abs. 2 BPG sowie Art. 4 Abs. 2 Bst. b und g BPG), die Persönlichkeitsgüter des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen und bilden das Korrelat der Treuepflicht des Arbeitnehmers (vgl. BGE 132 III 115 E. 2.2 m.H.). Welchen Umfang die Fürsorgepflicht einnimmt, ist anhand der konkreten Umstände im Einzelfall sowie gestützt auf Treu und Glauben festzulegen. Der Entscheid, was dem Arbeitgeber zuzumuten ist und wo sein eigener Persönlichkeitsschutz überwiegt, setzt schliesslich eine Interessenabwägung voraus, die nach den Regeln der Billigkeit vorzunehmen ist (vgl. Art. 328 Abs. 2 OR; BGE 132 III 257 E. 5.4 und E. 6; Urteile des BVGer A-3006/2017 vom 4. Dezember 2018 E. 4.2 und A-546/2014 vom 16. Juni 2014 E. 4.6; Portmann/Rudolph, in BSK OR, a.a.O., Rz. 1 zu Art. 328 OR).

#### **E. 5.5**

Nach dem Gesagten liegt keine Verletzung von wichtigen Verfahrensregeln oder Mitwirkungsrechten vor. Die Beweiswürdigung und die antizipierte Beweiswürdigung erweisen sich als bundesrechtskonform (vgl. E. 4.6.2 hiavor). Zu prüfen ist einzig, ob die geltend gemachte Nachlässigkeit bzw. Voreingenommenheit eine Fürsorgepflichtverletzung begründen. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers hat die Vorinstanz die Vorfälle jedoch seriös untersucht. Aus den Befragungsprotokollen geht nichts Anderes hervor. Auch die Fragestellungen der Vorinstanz stehen alle in einem engen Zusammenhang zur untersuchen Thematik einer sexuellen Belästigung und lassen nicht auf eine Voreingenommenheit oder Nachlässigkeit schliessen. Fehl geht auch das Vorbringen, dass ohne die gebotene Rücksicht, vorgegangen worden sei. Ein solcher Umstand ist nicht erkennbar. Daraus folgt, dass im Verhalten der Vorinstanz auch keine Fürsorgepflichtverletzung zu erblicken ist.

#### **E. 5.6**

Zusammengefasst erweist sich die Kündigung nicht als missbräuchlich, weshalb kein Anspruch des Beschwerdeführers auf Weiterbeschäftigung gestützt auf Art. 34c Abs. 1 Bst. b BPG bzw. Ziff. 184 Abs. 1 Bst. b GAV besteht. Die Beschwerde ist im Hauptantrag abzuweisen.

#### **E. 6.1**

Eventualiter verlangt der Beschwerdeführer eine Entschädigung und eine Lohnfortzahlung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist wegen einer sachlich nicht gerechtfertigten Kündigung. Nach dem zuvor Gesagten kann offen bleiben, ob auf das Eventualbegehren überhaupt einzutreten ist (vgl. E. 1.3.2 hiervor), da es ohnehin abzuweisen wäre, wie sich zeigen wird.

### **E. 6.2**

Die Vorinstanz entgegnet, dass die beiden Vorwürfe "Schlag auf das Gesäss" und "Heranziehen am Hosenbund" erhärtet seien. Dabei handle es sich um zwei Vorfälle körperlicher sexueller Belästigung einer Mitarbeiterin. Als Arbeitgeberin treffe sie eine Fürsorgepflicht sämtlichen Mitarbeitenden gegenüber und sie toleriere keinerlei sexuelle Belästigung. Dieser Grundsatz sei auch im Code of Conduct festgehalten, welcher Vertragsbestandteil jedes Arbeitsvertrages sei. Ihr Vertrauen in das Verhalten des Beschwerdeführers sei durch diese beiden Vorfälle unwiderruflich zerrüttet. Eine weitere Zusammenarbeit mit ihm sei aus diesem Grund nicht mehr zumutbar. Damit liege ein wichtiger Grund für die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses vor. Ob eine Strafanzeige dieser Vorfälle allenfalls zu einer strafrechtlichen Verurteilung geführt hätten, könne offenbleiben.

### **E. 6.3**

Sowohl die Vorinstanz als auch ihre Angestellten können das Arbeitsverhältnis bei Vorliegen eines wichtigen Grundes fristlos kündigen (vgl. Art. 10 Abs. 4 BPG bzw. Ziff. 176 Abs. 1 GAV). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Ziff. 176 Abs. 2 GAV). Heisst die Beschwerdeinstanz die Beschwerde gegen eine Verfügung über die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die SBB gut, so spricht sie der beschwerdeführenden Partei eine Entschädigung sowie die Fortzahlung des Lohnes bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zu, wenn wichtige Gründe für die fristlose Kündigung fehlen (vgl. Art. 34b Abs. 1 Bst. a und b BPG bzw. Ziff. 183 Abs. 1 Bst. a und b GAV). Die Voraussetzung zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses orientiert sich an den "wichtigen Gründen" gemäss Art. 337 Abs. 2 OR, der die fristlose Auflösung privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse regelt. Um zu beurteilen, ob eine fristlose Kündigung gerechtfertigt ist, kann die zu Art. 337 OR entwickelte Rechtsprechung angemessen berücksichtigt werden. Den Besonderheiten des öffentlichen Dienstes ist dabei allerdings Rechnung zu tragen (statt vieler Urteile des BVGer A-2718/2016 vom 16. März 2017 E. 5.1 und A-4312/2016 vom 23. Februar 2017 E. 5.1).

### **E. 6.4**

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 tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist; andererseits muss es sich auch tatsächlich so auf das Vertrauensverhältnis 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-3509/2020 vom 19. August 2021 E. 3.1 und A-1508/2020 vom 9. September 2020 E.

4.1).

### **E. 6.5**

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-1508/2020 vom 9. September 2020 E. 4.2, A-6031/2017 vom 3. April 2019 E. 3.2 und A-3148/2017 vom 3. August 2018 E. 7.1.2).

### **E. 6.6**

Ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung kann insbesondere in einer schweren Verletzung der in Art. 20 Abs. 1 BPG und Ziff. 36 Abs. 1 GAV verankerten Treuepflicht liegen, also der Pflicht der Angestellten, die berechtigten Interessen ihres Arbeitgebers wie auch des Bundes zu wahren (sog. "doppelte Loyalität"). Der Umfang der Treuepflicht ist beschränkt und sie besteht nur so weit, als es um die Erreichung und Sicherung des Arbeitserfolges geht, also soweit ein genügender Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis besteht. Sie hängt daher stark von Funktion und Aufgabe des Arbeitnehmers und den betrieblichen Verhältnissen ab und ist für jedes Arbeitsverhältnis gesondert aufgrund der Umstände und Interessenlage des konkreten Falls zu bestimmen (Urteile des BVGer A-6031/2017 vom 3. April 2019 E. 3.3, A-3148/2017 vom 3. August 2018 E. 7.1.3 und A-4389/2016 vom 21. September 2016 E. 5.5.2). Die Treuepflicht verlangt namentlich die Unterlassung gewisser das Arbeitsverhältnis oder die Interessen des Arbeitgebers störender Aktivitäten. Dies betrifft insbesondere strafbares und rechtswidriges Handeln, aber auch ungebührliches Verhalten (vgl. Urteil des BVGer A-7515/2014 vom 29. Juni 2016 E. 4.5 m.H.). Inakzeptables Verhalten gegenüber Arbeitskollegen kann ebenfalls einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR bilden, z.B. sexuelle Belästigungen am Arbeitsplatz (BGE 132 III 257 E. 5; Urteil des BVGer A-5997/2017 vom 14. März 2019 E. 5.6 m.H.). Nach Ziff. 2 Abs. 3 von Anhang 2 GAV SBB 2019 gelten u.a. sexuelle oder sexistische Belästigungen als Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten.

### **E. 6.7**

Unter den Begriff der sexuellen Belästigung fallen insbesondere Drohungen, das Versprechen von Vorteilen, das Auferlegen von Zwang und das Ausüben von Druck zum Erlangen eines Entgegenkommens sexueller Art (vgl. Art. 4 Satz 2 des Gleichstellungsgesetzes [GlG; SR 151.1]), ferner unerwünschte sexuelle Annäherungen und Handlungen, die das Anstandsgefühl verletzen, sexistische Sprüche, anzügliche und peinliche Bemerkungen, das Aufhängen anstössiger Fotografien sowie das Versenden solcher E-Mails und von unerwünschten SMS. Wesentlich ist, ob die Würde der belästigten Person beeinträchtigt ist. Dies hängt stark von den konkreten Umständen ab und ihrem bisherigen Verhalten, Geschlecht, persönliche Beziehung, Arbeitsumfeld und -klima, Betrieb, Branche usw. (zum Ganzen BGE 126 III 397 E. 7.bb; Urteile des BGer 4A\_105/2018 vom 10. Oktober E. 3.3; 4C.60/2006 vom 22. Mai 2006 E. 3.1 und 4C.187/2000 vom 6. April 2001 E. 2.a; Botschaft zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann [Gleichstellungsgesetz] und zum Bundesbeschluss über die Genehmigung einer Änderung der Verordnung über die Zuweisung der Ämter an die

Departemente und der Dienste an die Bundeskanzlei, BBl 1993 I 1304). Die Absicht des Täters ist dabei nicht entscheidend. Anders als im Strafrecht muss der Täter weder das Ziel im Auge haben, das Arbeitsverhältnis zu vergiften, noch muss er das Ergebnis voraussehen (Boris Etter, Diskriminierung durch sexuelle Belästigung nach Art. 4 GlG, Schweizerische Juristenzeitung [SJZ] 118/2022, S. 19 und 23 m.H.; Karine Lempfen, Überblick über die Rechtsprechung zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2006, S. 1413, 1415 f., m.w.H.; Urteil des Bezirksgerichts Schwyz vom 6. November 2000, in: JAR 2002, S. 303 f.).

### **E. 6.8**

Auch die Kombination verschiedenartiger, für sich allein zu wenig schwerwiegender Verfehlungen kann, je nach Schwere mit oder ohne Verwarnung, zur fristlosen Kündigung berechtigen. Entscheidend sind auch hierbei sämtliche Umstände des Einzelfalls (Urteile des BVGer A-1508/2020 vom 9. September 2020 E. 4.4 und A-4389/2016 vom 21. September 2016 E. 5.5.3 m.H.).

### **E. 6.9**

Der Beschwerdeführer ist ein langjähriger Mitarbeiter. Mit dessen Arbeitsleistung war die Vorinstanz stets zufrieden. Das Arbeitsverhältnis dürfte deshalb auf einer gefestigten Vertrauensgrundlage beruhen. Die beiden Vorfälle gegenüber der Melderin (Schlag auf das Gesäss und Festhalten am Hosenbund) sind nach dem zuvor Gesagten als sexuelle Belästigung zu qualifizieren (vgl. E. 6.7 hiervor). Ob dem Beschwerdeführer strafbare Handlungen zur Last gelegt werden können bzw. ob er gar deswegen belangt wurde, ist für die Beurteilung im vorliegenden Verfahren nicht ausschlaggebend. Die zwei Verfehlungen sind objektiv geeignet, die Vertrauensgrundlage tiefgreifend zu erschüttern. Daran ändert der Umstand, wonach die Melderin keine nachhaltigen Beeinträchtigungen oder Schädigungen hatte, nichts. Ausserdem kommt es - im Unterschied zum Strafrecht - nicht auf die Absicht des Täters an. Es ist somit auch unter Berücksichtigung des Arbeitsumfelds ohne Weiteres nachvollziehbar, dass die zwei erstellten sexuellen Belästigungen der Melderin zur schweren Vertrauenserschütterung führten. In Anbetracht der Schwere der Vertrauenserschütterung und der sechsmonatigen ordentlichen Kündigungsfrist (vgl. Ziff. 174 Abs. 2 Bst. c GAV) sowie der Fürsorgepflicht gegenüber der Melderin kam die Vorinstanz daher zu Recht zum Schluss, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar wäre.

### **E. 6.10**

Das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne von Art. 10 Abs. 4 BPG, der zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt, ist deshalb zu bestätigen, sodass der Beschwerdeführer ohne vorgängige Verwarnung fristlos entlassen werden durfte.

### **E. 7.1**

Als nächstes bleibt zu prüfen, ob die fristlose Kündigung auch verhältnismässig ist. Dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechend muss die Kündigung stets ultima ratio sein. Dies gilt umso mehr, wenn eine fristlose Kündigung in Frage steht. Sie ist ausgeschlossen, wenn dem Arbeitgeber mildere und ebenso geeignete Massnahmen zur Verfügung stehen, um die eingetretene Störung des Arbeitsverhältnisses in zumutbarer Weise zu beheben (vgl. E. 6.5 hiervor).

### **E. 7.2**

Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, die fristlose Kündigung ohne vorhergehende Weisung oder Ermahnung verletze das Prinzip der Verhältnismässigkeit. Er führt näher aus, es handle sich bei den sexuellen Belästigungen um in Ausmass und Anzahl vergleichsweise minderschwere Verfehlungen. Es liege ein seit 2005 andauerndes, langjähriges Arbeitsverhältnis vor. Er weise einen untadeligen, hervorragenden Arbeitsleumund auf. Auf Seiten der Melderin hätten sich keine nachhaltigen Beeinträchtigungen oder Schädigungen ergeben. Die Melderin und er würden nicht im selben Bereich arbeiten und könnten problemlos aneinander vorbeikommen bzw. sie würde (inzwischen) möglicherweise andernorts arbeiten. Gegen ihn sei noch nie eine arbeitsrechtliche Massnahme nach Art. 46 GAV SBB verfügt worden.

### **E. 7.3**

Die Vorinstanz widerspricht den Vorbringen des Beschwerdeführers dahingehend, dass sein Verhalten gegenüber der Melderin für ein weiteres Arbeitsverhältnis das unverzichtbare Vertrauensverhältnis grundlegend und endgültig zerstört habe. Eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses sei weder vorstellbar noch zumutbar, da der Beschwerdeführer nicht nur in grober Weise seine Arbeitspflicht verletzt, sondern damit auch gegen die Treuepflicht verstossen habe. Die fristlose Kündigung sei aufgrund der Umstände das geeignete und zwecktaugliche Mittel mit Blick auf das angestrebte Ziel der sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Auch in einem anderen Tätigkeitsbereich sei nach dem eingetretenen grundlegenden Vertrauensverlust eine Weiterbeschäftigung weder vorstellbar noch zumutbar. Eine mildere arbeitsrechtliche Massnahme würde vor dem Gesamthintergrund der gravierenden Verfehlungen des Beschwerdeführers ebenfalls keine angemessene Alternative darstellen. Die fristlose Kündigung sei somit erforderlich. Eine gleichermassen geeignete, weniger einschneidende Massnahme für die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses gebe es nicht. Die fristlose Kündigung sei schliesslich gerechtfertigt, da der damit verbundene Eingriff in die Rechtsstellung des Beschwerdeführers im Vergleich zur Bedeutung des verfolgten öffentlichen Interesses nicht unvertretbar schwerer wiege.

### **E. 7.4**

Die vom Beschwerdeführer angeführte mildere Massnahme einer arbeitsrechtlichen Massnahme nach Art. 46 GAV SBB (Weisung, Ermahnung, Versetzung und Kündigungsandrohung) erweist sich nicht als geeignetes Mittel, um den massiven Vertrauensverlust der Vorinstanz zu verhindern respektive zu reparieren. Denn durch eine Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers in dieser Situation würde die Glaubwürdigkeit der Vorinstanz unweigerlich Schaden nehmen, weshalb eine blosser Mahnung bzw. Verwarnung bzw. Versetzung eine untaugliche Massnahme darstellt. Zudem liesse sich damit das zerrüttete Vertrauensverhältnis nicht wiederherstellen. Vielmehr konnte der Vorinstanz vor diesem Hintergrund eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses - und sei es auch nur für die Dauer der Kündigungsfrist - nicht zugemutet werden (vgl. Urteile des BVer A-4874/2020 vom 14. März 2020 E. 4.5.3 und A-2648/2018 vom 3. September 2019 E. 6.4.3). Daran vermag der Einwand des Beschwerdeführers nichts zu ändern, dass er und die Melderin problemlos aneinander vorbeikommen könnten bzw. möglicherweise arbeite sie (inzwischen) andernorts. Zwar stellt die fristlose Entlassung für den Beschwerdeführer, welcher seit dem 13. Juni 2005 bei der Vorinstanz angestellt war sowie über gute Personalbeurteilungen verfügt, einen sehr empfindlichen Eingriff dar. Dennoch überwiegen im vorliegenden Fall die gewichtigen öffentlichen Interessen die privaten

Interessen des Beschwerdeführers. Insgesamt erweist sich damit die fristlose Kündigung als verhältnismässig.

#### **E. 7.5**

Zusammengefasst erweist sich die fristlose Kündigung als Folge der sexuellen Belästigungen als rechtmässig, weshalb weder ein Anspruch auf Zusprechung einer Entschädigung noch auf Lohnfortzahlung besteht. Die Beschwerde ist im eventualiter gestellten Antrag ebenfalls abzuweisen.

#### **E. 8**

Ausstehend ist auf die prozessualen Anträge einzugehen, soweit ihnen nicht entsprochen worden ist oder diese abgewiesen wurden (vgl. E. 3.4.5 hiervor). Der Beschwerdeführer stellt diverse Anträge auf Zeugeneinvernahmen sowie auf einen Augenschein im Bahnhof (...). Vorliegend erlauben die im Recht liegenden Akten eine ausreichende Würdigung des Sachverhalts. Damit erübrigen sich die Beweisanträge, da Feststehendes nicht zu beweisen ist. Die entsprechenden Beweisanträge des Beschwerdeführers sind daher in antizipierter Beweiswürdigung (vgl. E. 2.2 hiervor) abzuweisen.

#### **E. 9.1**

Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist in personalrechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG bzw. Ziff. 185 GAV). Verfahrenskosten sind demnach keine zu erheben.

#### **E. 9.2**

Der Beschwerdeführer unterliegt, weshalb ihm keine Parteientschädigung zugesprochen wird (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Ebenso wenig hat die obsiegende Vorinstanz einen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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