

BVGer A-2360/2020 vom 12. Oktober 2020

Bundesverwaltungsgericht, 2020-10-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-2360_2020

FR: TAF A-2360/2020 du 12 octobre 2020

IT: TAF A-2360/2020 del 12 ottobre 2020

Regeste

Bundespersonal

Erwägungen

E. 1.1

Bei der angefochtenen Kündigung handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), die von einer Behörde im Sinne von Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG, SR 173.32) stammt und direkt beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden kann (Art. 36 Abs. 1 BPG). Eine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist demnach für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 31 ff. VGG).

E. 1.2

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

E. 1.3

Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung sowohl formell als auch materiell beschwert. Er ist deshalb zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

E. 1.4

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

E. 2

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich der unrichtigen und unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und von Rechtsfehlern bei der Ausübung des Ermessens, sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG). Soweit es um die Beurteilung von verwaltungsorganisatorischen Fragen oder Problemen der innerbetrieblichen Zusammenarbeit sowie des Vertrauensverhältnisses geht, auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht jedoch eine gewisse Zurückhaltung bei der Überprüfung des angefochtenen Entscheids (statt vieler Urteile BVGer A-3006/2017 vom 4. Dezember 2018 E. 2.1 und A-6825/2017 vom 6. Juli 2018 E. 2.2 m.H.).

E. 3

In tatsächlicher Hinsicht ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer wegen Krankheit hinsichtlich der Arbeitsstelle bei der Vorinstanz zu 100% arbeitsunfähig ist

(arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit), während für andere geeignete Tätigkeiten eine Teilarbeitsunfähigkeit im Umfang von 50% besteht. Streitig und zu prüfen ist, ob eine rechtliche Grundlage für die verfügte Reduktion des Beschäftigungsgrads durch Kündigung besteht (E. 4). Ferner ist abzuklären, ob der Sperrfristenschutz nach Art. 31a Abs. 1 BPV in der vorliegenden Konstellation für das gesamte Arbeitsverhältnis oder nur im Umfang der nicht arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit (50%) Anwendung findet, und ob ein Weiterbeschäftigungsanspruch des Beschwerdeführers aufgrund einer missbräuchlichen Umgehung des Sperrfristenschutzes besteht (E. 5 f.). Des Weiteren stellt sich die Frage einer Entschädigung zu Gunsten des Beschwerdeführers (E. 7).

E. 4

Im Hauptbegehren verlangt der Beschwerdeführer die ersatzlose Aufhebung der angefochtenen Verfügung.

E. 4.1

Er macht in dieser Hinsicht geltend, das Bundespersonalrecht sehe weder eine gesetzliche Grundlage für eine Teilkündigung noch für eine einseitige Anordnung der Reduktion des Beschäftigungsgrades vor. Eine Teilkündigung einzelner Abreden sei wie im Privatrecht unzulässig. Die Vorinstanz habe jedoch ausdrücklich nur einen Teil des Arbeitsverhältnisses in Form einer Pensumsreduktion «gekündigt». Eine Änderungskündigung erfasse zudem wie eine ordentliche Kündigung stets das gesamte Arbeitsverhältnis, weshalb die Rechtmässigkeit der Kündigung in ihrer Gesamtheit zu prüfen sei. Entgegen der Bezeichnung der Verfügung als «Änderungskündigung» liege vorliegend aber eine einseitige Vertragsänderung des Arbeitgebers vor. Vertragsänderungen seien im öffentlichen Personalrecht nur im Einvernehmen zwischen den Parteien oder im Fall einer rechtlichen Grundlage zulässig, wobei Art. 25 Abs. 3 BPV die zulässigen Änderungen durch den Arbeitgeber abschliessend regle. Die Verfügung sei somit offensichtlich rechtsfehlerhaft. Da sie keine ordentliche Kündigung beinhalte, sei sie aufzuheben, ohne dass die kündigungsspezifischen Rechtsfolgen nach Art. 34b f. BPG Anwendung fänden.

E. 4.2

Die Vorinstanz führt demgegenüber aus, Grundlage für die einseitige Reduktion des Beschäftigungsgrads bilde Art. 25 Abs. 3 BPV. Diese Bestimmung regle, welche Änderungen verfügsfrei vorgenommen werden könnten, weshalb - im Umkehrschluss - andere Änderungen durch Verfügung zu erfolgen hätten. Sie habe dem Beschwerdeführer mitgeteilt, den Beschäftigungsgrad reduzieren zu wollen und ihm eine entsprechende Vereinbarung zugestellt, wobei keine Einigung zustande gekommen sei. Entsprechend sei nur der Weg der Verfügung auf der gesetzlichen Grundlage von Art. 34 BPG in Frage gekommen. Dabei bedürfe es zwar im Grundsatz einer Kündigung, doch gebiete das Verhältnismässigkeitsprinzip, auf eine solche zu verzichten, wenn eine mildere Massnahme wie beispielsweise eine Teilkündigung möglich sei.

E. 4.3

Gemäss Art. 8 Abs. 1 BPG entsteht das Arbeitsverhältnis des Bundespersonals durch den Abschluss eines schriftlichen öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrags. Arbeitsverträge können grundsätzlich jederzeit, unter Einhaltung der schriftlichen Form (Art. 13 BPG; Art. 30 BPV), im gegenseitigen Einvernehmen modifiziert werden. Kommt über eine Vertragsänderung keine Einigung zustande, so muss der Vertrag - ausser in den Fällen von

Art. 25 Abs. 3 f. BPV (einseitige Änderungsbefugnis ohne Kündigung) - nach den Bestimmungen von Art. 10 BPG gekündigt werden (Art. 30 Abs. 2 BPV; Urteil des BGer 8C_356/2017 vom 22. Januar 2018 E. 7.1). Die in Art. 10 Abs. 3 und 4 BPG geregelten Kündigungsgründe führen dabei nicht in jedem Fall zwingend zur (endgültigen) Beendigung des Arbeitsvertrags: Insbesondere kann der Arbeitgeber - gestützt auf Art. 6 Abs. 2 BPG - vom im Privatrecht entwickelten Institut der Änderungskündigung Gebrauch machen und mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses die Offerte für dessen Fortsetzung unter geänderten Bedingungen verbinden (vgl. Eidgenössisches Personalamt EPA, BPV, Erläuterungen Juni 2001, S. 19 und Kommentar vom Januar 2015, je zu Art. 30; Urteil des BVerger A-5218/2013 vom 9. September 2014 E. 7.3.3.3; Helbling, in: Portmann/Uhlmann, Handkommentar BPG, 2013, Art. 34 N 61). Aus Gründen der Verhältnismässigkeit kann dies unter Umständen geboten sein (Urteil des BVerger A-2498/2019 vom 11. April 2017 E. 3.3; EPA Erläuterungen 2001, S. 19).

E. 4.4

Im privaten Arbeitsrecht werden grundsätzlich zwei Erscheinungsformen von Änderungskündigungen unterschieden: Eine eigentliche Änderungskündigung im engeren Sinn liegt vor, wenn eine unbedingt ausgesprochene Kündigung mit der Offerte zu einem veränderten Arbeitsvertrag verbunden wird oder eine Kündigung nur unter der Bedingung ausgesprochen wird, dass die andere Partei einer bestimmten Vertragsänderung nicht zustimme. Von einer uneigentlichen Änderungskündigung bzw. solchen im weiteren Sinn ist die Rede, wenn einer Partei gekündigt wird, weil sie zu einer angebotenen bzw. einverständlichen Änderung des Arbeitsvertrags nicht bereit war (vgl. BGE 123 III 246 E. 3; Thomas Geiser, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, AJP 1999, S. 61; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag - Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 2012, N. 3 zu Art. 335 OR). Was die privatrechtlichen Möglichkeiten zur Reduktion von unbefristeten vertraglichen Verpflichtungen anbelangt, wird die Änderungskündigung von der Teilkündigung unterschieden (vgl. Urteil des BGer 4C.398/2001 vom 6. Juni 2002 E. 2.2). Während die (Änderungs-)Kündigung das Arbeitsverhältnis als Ganzes betrifft, hat die Teilkündigung die Beendigung einzelner vertraglicher Bestimmungen zum Gegenstand (Rehbinder/Stöckli, Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR, 2014, N. 5 zu Art. 335 OR mit Hinweisen; Wyler/Heinzer/Zandirad, Droit du travail, 4. Aufl. 2019, S. 623 f.). Besteht ein Vertrag aus verschiedenen, unabhängigen Teilen, kann grundsätzlich jeder Teil selbständig beendet werden. Die Tätigkeit eines Arbeitnehmers für einen bestimmten Arbeitgeber wird jedoch grundsätzlich als einheitliches Arbeitsverhältnis angesehen: Die Möglichkeit der Teilkündigung besteht daher im privaten Arbeitsrecht nur, wenn sie vertraglich vereinbart ist (Urteil des BGer 4C.398/2001 vom 6. Juni 2002 E. 2.2.1 u. E. 2.2.3 mit Hinweisen; Portmann/Rudolph, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 1 - 529 OR, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 337 N. 4). Dasselbe Ergebnis kann jedoch indirekt mittels Änderungskündigung erreicht werden, indem der ganze Vertrag gekündigt und ein neuer Vertrag angeboten wird (Roger Rudolph, Tücken bei der Ausübung des arbeitsrechtlichen Kündigungsrechts, Jusletter vom 3. März 2014, Rz. 32).

E. 4.5

Die Vorinstanz hat keine Kündigung des gesamten Arbeitsverhältnisses im Sinne einer eigentlichen Änderungskündigung (bedingte Kündigung oder umfassende Kündigung mit neuer Vertragsofferte) verfügt. Gemessen an der dargelegten Terminologie (E. 4.4) entspricht die verfügte partielle Aufhebung der vertraglichen Leistungspflichten - d.h. die

Reduktion des Beschäftigungsgrads und des Lohns - einer Teilkündigung (vgl. auch Urteil des BGer 8C_1065/2009 vom 31. August 2010 E. 1.2, 4.1; aus der kantonalen Rechtsprechung statt vieler: Urteil PB.2010.00022 des VGer ZH vom 1. Juni 2011 E. 2). Als solche wäre sie im Privatrecht, worauf der Beschwerdeführer zutreffend hinweist, je nach Vertrag unzulässig. Das Bundespersonalrecht hat jedoch die einseitige Änderungen von Teilen des Arbeitsvertrags, wie dargelegt, einer eigenen Regelung zugeführt (E. 4.3), indem die gestützt auf Art. 37 BPG erlassenen Ausführungsbestimmungen den Arbeitgeber in dieser Hinsicht auf den gesetzlichen Weg der Kündigung (Art. 10 BPG) und der (Kündigungs-)Verfügung (Art. 34 Abs. 1 BPG) unter Geltung der entsprechenden Schutzbestimmungen verweisen (Art. 30 Abs. 2 BPV). Für teilauflösende Änderungen des öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrags der vorliegenden Art ist mithin ein Änderungs- und Kündigungsverfahren gesetzlich vorgesehen. Die Rechtsprechung erlaubt der Arbeitgeberin ferner die Umgestaltung eines Arbeitsverhältnisses mittels Verfügung, weil dies im Vergleich zu dessen Auflösung bzw. zu einer Änderungskündigung grundsätzlich die mildere Massnahme darstelle (für einseitige Vertragsanpassungen ohne Kündigung: Urteile des BVer A-7560/2015 vom 18. Mai 2016 E. 4.1; A-1110/2014 vom 27. April 2015 E. 4.2.2.3 [Anpassung der Lohnregelung], A-1764/2010 vom 14. Oktober 2010 E. 4.5.2 [Änderung der Funktionsbewertung], A-2498/2016 vom 11. April 2017 E. 3.3 [Anpassung des Arbeitszeitmodells]). Die Vorinstanz hat im vorliegenden Fall nicht bloss eine einseitige Vertragsanpassung verfügt, sondern eine (Teil-)Kündigung auf das Ende der (aus ihrer Sicht geltenden) Kündigungsfrist unter Freistellung des Beschwerdeführers ausgesprochen (vgl. Ziff. 1, 4 und 5 des Dispositivs), womit sie grundsätzlich im Rahmen des dargelegten gesetzlichen Systems und Ablaufs gehandelt hat (Art. 30 Abs. 2 BPV; Art. 10 BPG). Zwar hat sie sich dabei nicht dem in erster Linie vorgesehenen Instrument der Änderungskündigung (E. 4.3) im technischen Sinn des Privatrechts (E. 4.4) bedient und eine Teilkündigung erlassen. Indessen hat die Vorinstanz mit dem gewählten Vorgehen - welches das Arbeitsverhältnis ohne weitere Handlungen des Beschwerdeführers teilweise fortbestehen liess - diesen in seiner Rechtsstellung nicht schlechter gestellt als mit einer Änderungskündigung. Weiter hat sie dem Beschwerdeführer die verfügte Änderung anlässlich des Gesprächs vom 12. Februar 2020 zuerst angeboten und, für den Fall der Ablehnung, die Kündigung gemäss Verfügungsentwurf unter Gewährung der Möglichkeit zur Stellungnahme in Aussicht gestellt (vorne, Bst. F). Nachdem er das Angebot mit Stellungnahme 11. März 2020 ablehnte und sein Interesse an der Fortführung des Beschäftigungsgrads zum Ausdruck gebracht hatte, verzichtete sie zwar auf eine erneute Offerte. Durch das gewählte Vorgehen und den zeitlichen Ablauf hat die Vorinstanz indessen den besonderen Verfahrensabläufen des Personalrechts Rechnung getragen. Insbesondere hatte sie dem Beschwerdeführer im Vorfeld der Kündigung das rechtliche Gehör zu gewähren und darf der Arbeitgeber die in Art. 25 Abs. 2 BPV statuierte Parteiautonomie nur dann durch Erlass einer einseitig-hoheitlichen Verfügung regeln, wenn - wie vorliegend - trotz angemessener Bemühungen keine Einigung zu Stande kommt (Art. 34 Abs. 1 BPG; Urteil des BGer 8C_356/2017 vom 22. Januar 2018 E. 8.3 m.H.). In Bezug auf die Frage der öffentlich-rechtlichen Grundlage rechtfertigt sich unter diesen Umständen nicht, die Teilkündigung der Vorinstanz wertungsmässig anders zu behandeln als eine verfügte (eigentliche) Änderungskündigung und sie - im Unterschied zu letzterer - nicht als Kündigung im Sinne von Art. 30 Abs. 2 BPV zu betrachten.

E. 4.6

Somit kann dem Beschwerdeführer nicht gefolgt werden, soweit er das Fehlen einer personalrechtlichen Grundlage für die einseitige Änderung des Arbeitsvertrags durch Teilkündigung beanstandet. Eine andere Frage ist dagegen, ob die Kündigung materiell rechters war, was nachfolgend insbesondere unter Anwendung der Kündigungsvorschriften zu prüfen ist.

E. 5

Im Eventualbegehren verlangt der Beschwerdeführer die Weiterbeschäftigung gemäss dem geltenden Arbeitsvertrag.

E. 5.1

Zur Begründung trägt der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, das verfügte Konstrukt der Vorinstanz stelle den Versuch dar, die Kündigungsschutzbestimmung nach Art. 31a Abs. 1 BPV (Sperrfrist) zu umgehen. Da er seit dem 25. Februar 2019 krankgeschrieben sei, könne das gesamte Arbeitsverhältnis frühestens nach Ablauf von zwei Jahren, d.h. per Ende Februar 2021 gekündigt werden. Die beabsichtigte Umgehung des Kündigungsschutzes durch Teilkündigung stelle ein missbräuchliches Vorgehen im Sinne von Art. 336 des Obligationenrechts (OR, SR 220) dar, zumal sie einzig in der Absicht erfolgt sei, seine Lohnansprüche während Krankheit im Sinne von Art. 336 Abs. 1 Bst. c OR zu vereiteln. Die Vorinstanz hält dem entgegen, die Teilkündigung sei eindeutig nicht missbräuchlich, sondern im Gegenteil verhältnismässig und zulässig. Es liege keine Konstellation vor, in welcher im Sinne der Rechtsprechung auf Missbräuchlichkeit geschlossen werden könne.

E. 5.2

Im Falle einer missbräuchlichen Kündigung nach Art. 336 OR bietet der Arbeitgeber der angestellten Person die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit an, wenn die Beschwerdeinstanz die Beschwerde gegen eine Verfügung über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gutheisst (Art. 34c Abs. 1 Bst. b BPG). Missbräuchlich ist eine Kündigung, wenn sie aus bestimmten Gründen ausgesprochen wird, die in Art. 336 OR umschrieben werden. Die Aufzählung in Art. 336 OR ist nicht abschliessend. Sie konkretisiert beispielhaft das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot, so dass eine missbräuchliche Kündigung auch aus anderen Gründen bejaht werden kann. Dies setzt jedoch voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar ist. Grundsätzlich knüpft der sachliche Kündigungsschutz am Motiv der Kündigung an. Die Missbräuchlichkeit kann sich aber auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Sie hat das Gebot schonender Rechtsausübung zu beachten. Insbesondere darf sie kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht (Urteile des BVerger A-2752/2019 vom 15. April 2020 E. 5.3.2; A-641/2019 vom 27. November 2019 E. 3.4, A-2718/2016 vom 16. März 2017 E. 10.1). Die Missbräuchlichkeit ist grundsätzlich vom Arbeitnehmer zu beweisen (statt vieler Urteil des BVerger A-3750/2016 vom 2. Februar 2017 E. 5; Urteil des BVerger 4A_217/2016 vom 19. Januar 2017 E. 4.1).

E. 5.3

Da der Beschwerdeführer der Vorinstanz eine missbräuchliche Umgehung des Sperrfristenschutzes vorwirft, drängt es sich auf, vorab zu prüfen, ob der zeitliche Kündigungsschutz nach Art. 31a Abs. 1 BPV vorliegend im Umfang der Teilkündigung unmittelbar Anwendung findet.

E. 5.3.1

Gemäss Art. 31a Abs. 1 BPV kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis bei Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall nach Ablauf der Probezeit frühestens auf das Ende einer mindestens zwei Jahre dauernden Arbeitsverhinderung ordentlich auflösen. Fraglich ist dabei, ob die Vorinstanz die genannte Bestimmung verletzt hat, indem sie das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer schon vor Ablauf der Zweijahresfrist von Art. 31a BPV unter hälftiger Reduktion des Beschäftigungsgrads teilweise aufgelöst hat. Unstreitig ist hingegen, dass die 90-tägige Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR bereits verstrichen war, als die Vorinstanz die Kündigung aussprach.

E. 5.3.2

Nicht anwendbar ist der Sperrfristenschutz nach Art. 31a Abs. 1 BPV - ebenso wenig wie derjenige nach Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR - im Fall der sogenannten arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit, wenn ein Arbeitnehmer mithin lediglich in Bezug auf seinen bisherigen Arbeitsplatz an der Arbeit verhindert ist, ansonsten aber normal einsatzfähig und insbesondere nicht daran gehindert ist, eine andere Stelle zu finden und anzutreten (BVGE 2017 I/1 E. 9.1.3.3 f.; Urteile des BVGer A-5819/2016 vom 22. November 2017 E. 4.5.1 ff., A-3627/2018 vom 14. März 2019 E. 6.2.2). Denn mit den gesetzlichen Sperrfristen nach Art. 336c OR wird der Zweck verfolgt, Arbeitnehmende vor dem Verlust ihres Arbeitsplatzes zu schützen in Zeiten, in denen sie in der Regel geringe Chancen bei der Stellensuche haben (BGE 128 III 212 E. 2c; Urteil des BGer 8C_1074/2009 vom 2. Dezember 2010 E. 3.4.5). Wie im Privatrecht ist es auch im öffentlichen Recht nicht Sinn des zeitlichen Kündigungsschutzes, den Bestand eines Arbeitsverhältnisses über die regulären Kündigungsfristen und die sachlichen Kündigungsschutzbestimmungen hinaus zu gewährleisten, obwohl der betroffene Arbeitnehmer gleich wie jeder andere arbeitsfähige Angestellte in der Lage ist, eine neue Stelle zu suchen und anzutreten. Folglich ist Art. 31a BPV zumindest dann die Anwendung zu versagen, wenn ein Arbeitnehmer nur hinsichtlich seiner bisherigen Arbeitsumgebung arbeitsunfähig ist (BVGE 2017 I/1 E. 9.1.3.3 f.; Urteil des BVGer A-5819/2016 vom 22. November 2017 E. 4.5.1 ff.).

E. 5.3.3

Vorliegend ist der Beschwerdeführer unbestritten an seinem Arbeitsplatz vollumfänglich arbeitsunfähig, ausserhalb des bisherigen Arbeitsplatzes aber lediglich zu rund 50% durch Krankheit an der Arbeitsleistung verhindert. Umstritten ist deshalb, ob der Schutz nach Art. 31a Abs. 1 BPV nur in diesem Umfang von 50% oder für das gesamte Arbeitsverhältnis gilt. In Frage steht mithin, in welchem Umfang die Sperrfrist im Fall der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit zur Anwendung kommt, wenn der Arbeitnehmer über eine (nur) teilweise allgemeine Arbeitsunfähigkeit verfügt.

E. 5.3.4

Die Vorinstanz führt dazu aus, im Umfang der nur arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit von 50% liege eine verschuldete Untauglichkeit i.S.v. Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG vor. Der Kündigungsschutz nach Art. 31a BPV greife bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit nicht. Ebenso entspreche es dem Schutzgedanken dieser Norm und sei es verhältnismässig, bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit den Kündigungsschutz nur auf den nicht arbeitsplatzbezogenen Teil der Arbeitsunfähigkeit anzuwenden. Ihn in solchen Fällen auf das gesamte Arbeitsverhältnis auszudehnen, hiesse, dass der Arbeitgeber bei einer geringen Beeinträchtigung durch Krankheit von zum Beispiel 10% den vollen Lohn auch

für den überwiegenden, verschuldeten Teil der arbeitsplatzbezogenen Untauglichkeit (z.B. 90%) bezahlen müsse, was eine grosse Missbrauchsgefahr berge. Dies sei genauso unbillig, wie dem Arbeitnehmer den Schutz bei allgemeiner Krankheit gänzlich zu versagen, sobald daneben nur ein kleiner Anteil einer entsprechenden, rein arbeitsplatzbezogenen Untauglichkeit bestehe.

E. 5.3.5

Der Beschwerdeführer macht demgegenüber geltend, der Sperrfristenschutz nach Art. 31a Abs. 1 BPV sei - wie derjenige nach Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR - hinsichtlich des gesamten Arbeitsverhältnisses auch bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit zu beachten. Insbesondere könne es gleich schwierig sein, eine neue Stelle zu finden, wie bei vollumfänglicher Arbeitsverhinderung. Zudem führe die Zweiteilung des Arbeitsverhältnisses in einen gekündigten Teil und einen weiterbestehenden unbefristeten Teil zu rechtlichen Anwendungsproblemen und sachfremden Ergebnissen. Beispielsweise stelle sich die Frage, ob er nun eine Entschädigung für den gekündigten Teil des Arbeitsverhältnisses und später, bei Auflösung des Restarbeitsverhältnisses, nochmals eine weitere Entschädigung mangels sachlichen Grunds für die Kündigung geltend machen könne.

E. 5.4

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut. Ist der Text nicht klar oder bestehen Zweifel, ob ein scheinbar klarer Wortlaut den wahren Sinn der Norm wiedergibt, so ist dieser unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente (sog. Methodenpluralismus) zu ermitteln. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm (historisches Element), ihren Sinn und Zweck (teleologisches Element) und die Bedeutung, die ihr im Kontext mit anderen Normen (systematisches Element) zukommt (statt vieler Urteile des BVerfG A-2884/2019 vom 17. Februar 2020 E. 5.1; A-4962/2012 vom 22. April 2013 E. 5.1).

E. 5.4.1

Im Rahmen der auf den 1. Juli 2013 in Kraft getretenen Revision des Bundespersonalrechts hat der Verordnungsgeber mit Art. 31a BPV eine Bestimmung geschaffen, welche die Auflösung von Arbeitsverhältnissen wegen krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit näher regelt. Der Wortlaut von Art. 31a Abs. 1 BPV enthält keine eindeutige Antwort auf die streitige Rechtsfrage. Er unterscheidet sich jedoch insofern vom Wortlaut von Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR, als letzterer den Kündigungsschutz ausdrücklich vorsieht während der Arbeitnehmer durch Krankheit «ganz oder teilweise» an der Arbeitsleistung verhindert ist. In Art. 31a Abs. 1 BPV ist die Wendung «ganz oder teilweise» dagegen nicht enthalten, woraus die Vorinstanz die Zulässigkeit einer Teilkündigung ableiten will.

E. 5.4.2

Das teleologische Auslegungselement weist jedoch in die gegenteilige Richtung: Mit der Einführung von Art. 31a BPV wurde - wie mit der Revision des Bundespersonalrechts allgemein (Botschaft vom 31. August 2011 zu einer Änderung des Bundespersonalgesetzes, BBl 2011 6703, 6704, 6707 ff.) - eine Angleichung an das Privatrecht bezweckt. Der Bund als sozialer Arbeitgeber sollte sich nicht der Praxis "aller grossen Arbeitgeber" entziehen, ihre Angestellten mit einer zweijährigen abgestuften Lohngarantie bei Krankheit oder Unfall zu versichern (Kommentar des EPA vom Januar 2015 zu Art. 31a BPV). Die in Art. 31a Abs. 1 BPV vorgesehene Zweijahresfrist entspricht daher der Dauer, während welcher

private Krankentaggeldversicherungen in der Regel Leistungen erbringen. Die angestrebte Angleichung an das Privatrecht erlaubt - wie im Fall der ausschliesslich arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit (E. 5.3.2; BVG 2017 I/1 E. 9.1.3.3) - folgerichtig auch hinsichtlich der nur teilweisen Arbeitsverhinderung eine Orientierung am Zweck der obligationenrechtlichen Regelung. Mit Änderung des OR vom 18. März 1988 (AS 1988 1472) hat der Gesetzgeber klargestellt, dass die Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR auch bei partieller Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit läuft. Dieser Kündigungsschutz wurde deshalb vorgesehen, weil angesichts der Ungewissheit über Fortdauer und Ausmass der Arbeitsunfähigkeit die Anstellung des teilweise arbeitsunfähigen Arbeitnehmers durch neue Arbeitgeber bei Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist unwahrscheinlich erscheine (Botschaft zur Volksinitiative «betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht» und zur Revision der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Obligationenrecht vom 9. Mai 1984; BBl 1984 II 551, 605 mit Verweis auf ZR 1980 Nr. 56). Mithin kann die Erschwernis beim Finden einer neuen Stelle bei voller und teilweiser Arbeitsverhinderung gleichermassen gegeben sein und daher der Zweckgedanke, den Arbeitnehmer während der vorgesehenen Frist vor dem Verlust des Arbeitsplatzes zu schützen, ebenso greifen (Streiff/von Kaenel/Rudolph a.a.O. N 8 zu Art. 336c). Dieser Schutzzweck gebietet auch im öffentlichen Recht eine Anwendung von Art. 31a Abs. 1 BPV bei Teilarbeitsunfähigkeit - jedenfalls im vorliegenden Fall, in dem der Beschwerdeführer wegen Krankheit auch ausserhalb der bisherigen Arbeitsumgebung zu 50% an der Arbeit verhindert ist. Insbesondere liegt nahe, dass eine Arbeitsverhinderung in diesem Umfang und die entsprechend beschränkte Einsetzbarkeit am neuen Arbeitsplatz seine Anstellungschancen wesentlich beeinträchtigen dürften, zumal aus Sicht potentieller Arbeitgeber die künftige Entwicklung des Grads der Einsatzfähigkeit ungewiss erscheint und die Ausschreibung von Stellen mit einem damit vereinbaren Teilpensum nicht häufig vorkommt.

E. 5.4.3

Dass es sich im Fall einer Arbeitsunfähigkeit mit geringfügigem Umfang allenfalls anders verhalten könnte, wie die Vorinstanz mit Hinweis auf eine mögliche Missbrauchsgefahr befürwortet, ist nach dem Sinn und Zweck der Norm nicht ausgeschlossen: Die Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedenfalls nicht anwendbar bei Beeinträchtigungen, die derart unbedeutend sind, dass eine Anstellung durch einen neuen Arbeitgeber am Ende der ordentlichen Kündigungsfrist kaum beeinflusst wird (BGE 128 III 212 E. 2c; Urteil des BGer 4A_227/2009 vom 28. Juli 2009 E. 3.2). Darüber hinaus wird in der Literatur zur Art. 336c OR teilweise vertreten, die Teilarbeitsunfähigkeit sei der vollständigen Arbeitsunfähigkeit nach dem Normzweck nur gleichgestellt, wenn in Anbetracht des Ausmasses und der Dauer der Verhinderung ein künftiger Arbeitgeber den Betroffenen mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht einstellen würde (Rehbinder/Stöckli, Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Bern 2014, Art. 336c N. 3 mit weiteren Hinweisen). Wie es sich mit der Anwendung von Art. 31a Abs. 1 BPV im Fall einer geringfügigen Arbeitsunfähigkeit verhält, muss indessen aufgrund der (höheren) Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers von 50% vorliegend nicht näher erörtert zu werden. Soweit die Vorinstanz ferner die Zulässigkeit der Teilkündigung in Anlehnung an den Schutz der privatrechtlichen Krankentaggeldversicherungen stützen will, kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden. Wohl trifft zu, dass hinsichtlich der Leistungspflicht der privaten Versicherung - aufgrund der Schadensminderungspflicht des Versicherten (vgl. Art. 61 des Versicherungsvertragsgesetz [VVG; SR 221.229.1]) - nach einer gewissen

Übergangsfrist häufig ein Stellenwechsel verlangt wird und die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Aufgabenbereich bei der Bemessung bzw. Kürzung der Leistung berücksichtigt wird (vgl. BGE 133 III 527 E. 3.2.1; Urteile des BGer 4A_253/2019 vom 5. September 2019 E. 4.2; Rudolph/von Kaenel, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit, SJZ 2010, S. 364 f. mit Hinweisen; vgl. ferner BGE 114 V 283 E. 5b). Indessen ist, abweichend von der Sichtweise der Vorinstanz, zwischen Kündigungsschutz und Lohnfortzahlungspflicht zu unterscheiden. Der Verordnungsgeber hat sich bei Erlass von Art. 31a Abs. 1 BPV zwar mit der Zweijahresfrist - in zeitlicher Hinsicht - an der Dauer des Schutzes der privaten Krankentaggeldversicherung orientiert (E. 5.4.2). Im Übrigen aber lehnt sich der Kündigungsschutz nach Art. 31a Abs. 1 BPV, soweit vorliegend relevant, inhaltlich an die Regelung von Art. 336c OR an. Dagegen ist die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Krankheit nicht in Art. 31a BVP, sondern in den Art. 56 ff. BPV und demgemäss ebenfalls nicht entsprechend den angeführten privatversicherungsrechtlichen Grundsätzen geregelt (Erläuterungen EPA vom Juni 2015 zu Art. 56 BPV betreffend Teilzeitkrankheit; vgl. ferner Urteil des BVGer A-7441/2014 vom 23. März 2015 E. 3.3). Die Berücksichtigung des Versicherungsrechts spricht somit aus teleologischer Sicht ebenfalls nicht gegen eine gesamthafte Anwendung des öffentlich-rechtlichen Sperrfristenschutzes bei partieller Arbeitsunfähigkeit.

E. 5.4.4

Das historische Auslegungselement steht den vorstehenden Überlegungen zu Sinn und Zweck der Norm nicht entgegen. Anhaltspunkte zum Verständnis der Norm bei deren Einführung ergeben sich insbesondere aus den erwähnten Erläuterungen des EPA vom Januar 2015 zur Revision der BPV (Urteil des BVGer A-5121/2014 vom 27. Mai 2015 E. 4.3.1). Sie äussern sich jedoch nicht explizit zur streitigen Frage und enthalten keinen Hinweis darauf, dass der Verordnungsgeber mit Art. 31a Abs. 1 BPV hinsichtlich der teilweisen Arbeitsunfähigkeit eine Abweichung vom Wortlaut von Art. 336c OR beabsichtigte. Ein Indiz dafür, dass er die Formulierung «ganz oder teilweise» in Art. 31a Abs. 1 BPV im Gegenteil nicht im Sinn einer bewussten Wertung wegliess, bietet die in Art. 56 Abs. 1 und 2 BPV geregelte reguläre Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers, deren Dauer mit der zweijährigen Frist nach Art. 31a Abs. 1 BPV grundsätzlich übereinstimmt (vgl. BVGE 2017 I/1 E. 9.1.3.3). Der Wortlaut dieser Norm enthält die Wendung «ganz oder teilweise» ebenfalls nicht, während für die Fristberechnung - nach den Erläuterungen des Verordnungsgebers - diejenigen Tage zählen, an denen die Angestellten die vertragliche Sollarbeitszeit «nicht oder nur teilweise» erbringen (Kommentar des EPA Januar 2015 zu Art. 56 BPV, auch zur Teilzeitkrankheit und Lohnkürzung von 10% nach zwölf Monaten [Abs. 2] auf dem Teil der Arbeitsfähigkeit). Diese Überlegung wurde ebenfalls nicht explizit in den Text aufgenommen. Mit der auf den 1. Januar 2017 in Kraft getretenen neuen Fassung von Art. 31a Abs. 1 BPV erfolgte im Übrigen lediglich eine sprachliche Präzisierung (vgl. Urteil des BGer 8C_279/2016 vom 22. Februar 2017 E. 3 mit Hinweisen), woraus sich keine weiteren Erkenntnisse ergeben.

E. 5.4.5

Aus der Gesetzssystematik lassen sich ebenfalls keine Anhaltspunkte ableiten, die den anhand des Normzwecks ermittelten Sinn der Bestimmung in Frage stellen.

E. 5.4.6

Die Auslegung von Art. 31a Abs. 1 BPV ergibt somit, dass der zeitliche Kündigungsschutz bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit für das gesamte Arbeitsverhältnis anwendbar ist, wenn der Arbeitnehmer wegen Krankheit zugleich hinsichtlich anderer geeigneter Tätigkeiten im Umfang von 50% an der Arbeitsleistung teilweise verhindert ist. Daraus ergibt sich, dass die Vorinstanz mit der angefochtenen Teilkündigung die in Art. 31a Abs. 1 BPV verankerte Sperrfrist von zwei Jahren missachtet hat, indem sie den Beschäftigungsgrad des Beschwerdeführers - im Umfang seiner Arbeitsfähigkeit ausserhalb des bisherigen Arbeitsplatzes - vor Fristablauf auf die Hälfte reduziert hat.

E. 5.5

Damit steht indessen nicht fest, dass die angefochtene (Teil-)Kündigung zugleich missbräuchlich ist, wie der Beschwerdeführer geltend macht. Aus der direkten Anwendung und Verletzung von Art. 31a Abs. 1 BPV im vorliegenden Fall folgt grundsätzlich, dass dem Beschwerdeführer die Rechtsfolgen des zeitlichen Kündigungsschutzes zu Gute kommen, d.h. eine Erstreckung des Arbeitsverhältnisses bis zum Fristablauf erfolgt (Art. 34b Abs. 1 Bst. c BPG: dazu E. 6). Insoweit - d.h. für die Dauer der Sperrfrist - werden dem Beschwerdeführer somit keine Rechtspositionen, insbesondere keine Lohnzahlungen, durch Umgehung entzogen. Die relevanten Bestimmungen des zeitlichen und des sachlichen Kündigungsschutzes haben zudem ihre eigene Bedeutung und unterschiedliche Funktionen. Während Art. 31a Abs. 1 BPV die Kündigung in bestimmten Perioden der Arbeitsverhinderung verbietet, knüpft der Anspruch auf Weiterbeschäftigung bei Missbräuchlichkeit (Art. 336 OR i.V.m. Art. 34c Abs. 1 Bst. b BPG) wie dargelegt an das Kündigungsmotiv und die Art und Weise der Ausübung des Kündigungsrechts an (vgl. zum privatrechtlichen Verhältnis von Art. 336c und Art. 336 OR: Rehbinder/Stöckli, a.a.O., Art. 336 N 65). Eine Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers setzt somit voraus, dass - über die zu früh erfolgte Kündigung hinaus - ein missbräuchliches Motiv oder Vorgehen hinsichtlich der Teilkündigung vorliegt, was im Folgenden zu prüfen ist.

E. 5.6

Der Beschwerdeführer beruft sich insbesondere auf den Tatbestand von Art. 336 Abs. 1 Bst. c OR. Missbräuchlich ist demgemäss eine Kündigung, die ausschliesslich ausgesprochen wird, um die Entstehung von Ansprüchen der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln.

E. 5.6.1

Im Vordergrund stehen dabei insbesondere Vorteile finanzieller Art, doch können auch weitere Ansprüche erfasst sein, welche sich aus dem Arbeitsverhältnis ergeben. Es gilt ein strenger Massstab, weil die Kündigung ausschliesslich zur Vereitelung des Anspruchs erfolgen muss. Dabei muss die Entstehung des vereitelten Anspruchs unmittelbar bevorstehen. Da der Beweis der Vereitelungsabsicht für den Arbeitnehmer schwierig ist, reicht es bei zeitlicher Nähe zum Entstehen von besonderen Ansprüchen aus, wenn der Arbeitnehmer glaubhaft macht, dass ein vom Arbeitgeber angegebener Entlassungsgrund vorgeschoben ist (zum Ganzen Urteile des BVGer A-641/2019 vom 27. November 2019 E. 3.4, A-5997/2017 vom 14. März 2019 E. 4.4 mit weiteren Hinweisen).

E. 5.6.2

Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer krankheitsbedingt nicht mehr in der Lage war, die vertraglich vereinbarte Arbeit zu verrichten. Er hat erstmals am 21. November 2019 - unter Vorlage der neuen ärztlichen Beurteilung vom 12. November 2019 - geltend

gemacht, dass er an seiner aktuellen Stelle zwar zu 100% arbeitsunfähig sei, die aktuellen Gesundheitsprobleme aber nach einer «ersten groben Schätzung» nur zur Hälfte arbeitsplatzbezogen, zur anderen Hälfte jedoch aufgrund einer allgemein relevanten Erkrankung vorhanden seien und er somit bis auf weiteres an sämtlichen zumutbaren Arbeitsplätzen nur zu 50% arbeitsfähig sei. Die Vorinstanz hatte ihm jedoch bereits zuvor, am 6. November 2019, in Aussicht gestellt, das ganze Arbeitsverhältnis - infolge mangelnder Tauglichkeit zur Leistung der vereinbarten Arbeit (Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG) und unter Wahrung der ordentlichen Kündigungsfrist - auflösen zu wollen. Damit bekundete sie den Willen zur Vertragsbeendigung bereits zu einem Zeitpunkt, zu dem sie aus ihrer Sicht, wie sich aus den Akten ergibt, noch von einer rein arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit ausging und die Kündigung - aufgrund der dargelegten Praxis (E. 5.3.2) - gesamthaft als zulässig erachtete. Nach der Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 21. November 2019 (Bst. E) sah sie von einer umfassenden Kündigung ab. Sie führte am 10. Dezember 2019 und 12. Februar 2020 Standortgespräche mit dem Beschwerdeführer durch und bot ihm u.a. die vorzeitige Pensionierung an (vgl. zur Möglichkeit von Aufhebungsverträgen während der Sperrfrist: EPA, Kommentar BPV vom März 2017 zu Art. 31a mit Hinweisen). Schliesslich verfügte sie gemäss dem dargelegten Ablauf (vorne, Bst. F) eine Teilauflösung des Arbeitsvertrags - und zwar im Umfang, in dem die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit nur am bisherigen Arbeitsplatz bestand. Inwieweit der Sperrfristenschutz bei teilweiser (allgemeiner) Arbeitsunfähigkeit gilt, durfte sie dabei als im Einzelnen ungeklärte Rechtsfrage betrachten.

E. 5.6.3

Aus diesen Vorgängen ist zu schliessen, dass die Teilkündigung der Vorinstanz von Beginn weg und ausschliesslich durch die unbestritten beeinträchtigte Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers am Arbeitsplatz motiviert war. Insbesondere kann aufgrund des vorstehenden Sachverhalts ausgeschlossen werden, dass es sich bei der krankheitsbedingten Untauglichkeit um einen vorgeschobenen Entlassungsgrund handelt und es der Vorinstanz um die Vereitelung von Lohnansprüchen ging. Der Beschwerdeführer vermag dafür denn auch keine Nachweise beizubringen. Unter diesen Umständen kann ferner berücksichtigt werden, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Kündigung wegen einer die Arbeitsleistung beeinträchtigenden Krankheit grundsätzlich nicht deswegen missbräuchlich ist: Die Kündigung wegen Krankheit hat, wie das Bundesgericht festhält, zwar (stets) zur Folge, dass für die Zukunft die Lohnfortzahlungspflicht entfällt, wenn die Krankheit zur Arbeitsunfähigkeit führt. Insofern könnte es sich um eine Vereitelungskündigung nach Art. 336 Abs. 1 Bst. c OR handeln. Es verweist in diesem Zusammenhang jedoch darauf, dass eine Krankheit als persönliche Eigenschaft i.S.v. Art. Art. 336 Abs. 1 Bst. a OR gilt, gemäss dieser Norm jedoch der sachliche Kündigungsschutz bzw. Persönlichkeitsschutz entfällt, wenn die persönliche Eigenschaft die Arbeitsleistung beeinträchtigt. Aufgrund der Systematik des gesamten Kündigungsschutzes geht das Bundesgericht davon aus, dass der Gesetzgeber grundsätzlich nicht so weit gehen wollte, diesfalls dafür eine Vereitelungskündigung anzunehmen (BGE 123 III 246 E. 5 mit Hinweisen; vgl. auch Urteil des BVGer A-2708/2016 vom 16. Dezember 2016 E. 5.6.3; ferner BGE 136 III 510 E. 4.4).

E. 5.6.4

Ebenso wenig wurde die Teilkündigung gemäss dem dargelegten zeitlichen Ablauf deshalb ausgesprochen, weil der Beschwerdeführer Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend machte (Art. 336 Abs. 1 Bst. d OR; vgl. BGE 123 III 246 E. 4), indem er die

einvernehmliche Reduktion des Beschäftigungsgrads ablehnte und sich im Rahmen des rechtlichen Gehörs auf den Sperrfristenschutz berief. Zu Recht macht er dies auch nicht geltend. Des Weiteren liegt nach dem Ausgeführten keine Konstellation vor, in welcher der Arbeitgeber eine Vertragsbeendigung eigentlich gar nicht will und die Teilkündigung als Druckmittel nur erklärt, um ein eine für ihn günstigere bzw. die Gegenpartei schlechtere Vertragsregelung durchzusetzen (vgl. für die Änderungskündigung BGE 123 III 246 E. 3b).

E. 5.7

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zwar den zeitlichen Kündigungsschutz (Art. 31a Abs. 1 BPV) missachtet hat, darüber hinaus aber kein missbräuchliches Motiv oder Vorgehen hinsichtlich der verfügten Teilkündigung auszumachen ist. Demnach liegt keine missbräuchliche Kündigung i.S.v. Art. 336 OR, insbesondere keine Vereitelungskündigung, vor, weshalb dem Beschwerdeführer kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung zusteht (Art. 34c Abs. 1 Bst. b BPG). Das Eventualbegehren des Beschwerdeführers erweist sich somit als unbegründet.

E. 6

Im Subeventualbegehren verlangt der Beschwerdeführer, das gekündigte (Teil-)Arbeitsverhältnis sei bis zum 28. Februar 2021 zu erstrecken.

E. 6.1

Wie dargelegt, verstösst die verfügte Teilkündigung vor Ablauf der Sperrfrist von zwei Jahren gegen den Kündigungsschutz nach Art. 31a Abs. 1 BPV (E. 5.3 f.). Die Vorinstanz stellt im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht in Abrede, dass der Beschwerdeführer nicht nur seit Februar 2019 arbeitsplatzbezogen krankgeschrieben, sondern ebenfalls seit diesem Zeitpunkt über eine generelle Teilarbeitsunfähigkeit zufolge Krankheit verfügt. Somit ist mit dem Beschwerdeführer davon auszugehen, dass die zweijährige Sperrfrist per Ende Februar 2021 abläuft. Eine Verletzung der Frist von Art. 31a BPV führt - im Unterschied zur Kündigung während der Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR - nicht zu einer «nichtigen» bzw. qualifiziert rechtswidrigen Kündigung mit der Rechtsfolge eines Anspruchs auf Weiterbeschäftigung (Art. 34c Abs. 1 Bst. c BPG). Vielmehr ist das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zu erstrecken (Art. 34b Abs. 1 Bst. c BPG; Urteile des BVGer A-5819/2016 vom 22. November 2017 E. 4.3 f.; A-2849/2014 vom 28. Oktober 2014 E. 6).

E. 6.2

Für den vorliegenden Fall ergibt sich daraus, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer im Umfang der zu Unrecht erfolgten Teilkündigung - in Gutheissung des Subeventualbegehrens - bis Ende Februar 2021 zu erstrecken ist. Als Bestandteil der rechtswidrigen Teilkündigung ist vorliegend auch die erweiterte Reduktion des Beschäftigungsgrads und des Lohns gemäss Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung zu betrachten. Insofern kommt dieser Anordnung zufolge der Erstreckung ebenso keine Bedeutung mehr zu wie den weiteren Ziffern des Dispositivs, welche das Arbeitsverhältnis zu Unrecht bereits auf den Ablauf der dreimonatigen Kündigungsfrist bzw. ab 1. Juli 2020 umgestalten. Über die Abgeltung der Ferien- und Gleitzeitguthaben (Ziff. 6) wird dabei aufgrund der Erstreckung bei Ablauf der Sperrfrist neu zu befinden sein.

E. 7

Ebenfalls Subeventualiter verlangt der Beschwerdeführer gestützt auf Art. 34b Abs. 1 Bst. a BPG eine Entschädigung von sechs Monatslöhnen mangels eines sachlichen Grunds für die Teilkündigung.

E. 7.1

Ist eine Kündigung nicht durch einen sachlichen Grund gemäss Art. 10 Abs. 3 BPG gerechtfertigt, spricht das Bundesverwaltungsgericht dem Arbeitnehmer auf Beschwerde hin eine Entschädigung zu (Art. 34b Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 BPG). Der Arbeitgeber kann das unbefristete Arbeitsverhältnis unter anderem wegen mangelnder Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten, ordentlich kündigen (Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG). Der Angestellte ist nicht geeignet oder untauglich, wenn er aus objektiven Gründen, die mit seiner Person in Zusammenhang stehen und einen Bezug zur Arbeit haben müssen, nicht oder nur ungenügend in der Lage ist, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu leisten. Gesundheitliche Probleme sind deutliche Indizien einer bestehenden Untauglichkeit oder Ungeeignetheit. In Fällen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit liegt eine mangelnde Tauglichkeit im Sinne von Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG nur dann vor, wenn dieser Zustand über einen längeren Zeitraum andauert und nicht von einer baldigen Besserung der gesundheitlichen Verfassung des Arbeitnehmers auszugehen ist. Nach der Rechtsprechung rechtfertigt sich die Annahme einer längeren Krankheit im Allgemeinen frühestens nach zwei Jahren (zum Ganzen Urteile des BGer 8C_391/2019 vom 11. Oktober 2019 E. 3.2, 8C_714/2017 vom 7. März 2018 E. 4.2.2; BVGE 2016/11 E. 8.5; Urteil des BVGer A-641/2019 vom 27. November 2019 E. 3.3 mit Hinweisen). Vorliegend war der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Kündigung, jedenfalls arbeitsplatzbezogen, während gut einem Jahr zu 100% arbeitsunfähig. Wie die Stellungnahme des Health & Medical Service vom 1. Oktober 2019 und die entsprechenden Arztzeugnisse bestätigen, war der Beschwerdeführer aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage, an den bisherigen Arbeitsplatz zurückzukehren, wie er zudem selbst einräumt. Unter diesen Umständen durfte die Vorinstanz bereits vor Ablauf der grundsätzlich verlangten Zweijahresfrist annehmen, dass es sich mindestens in Bezug auf die angestammte Tätigkeit um eine länger andauernde Krankheit handelt und eine Besserung in dieser Hinsicht nicht zu erwarten ist (vgl. zur Annahme einer längeren Krankheit vor Ablauf von zwei Jahren auch Urteile des BVGer A-5819/2016 vom 22. November 2017 E. 3.3, A-5159/2017 vom 18. Februar 2019 E. 4.1.4).

E. 7.2

Zu prüfen bleibt jedoch, ob die Vorinstanz alle sinnvollen und zumutbaren Möglichkeiten ausgeschöpft hat, um den Beschwerdeführer wiedereinzugliedern bzw. weiter zu beschäftigen, bevor sie das Arbeitsverhältnis teilweise auflöste.

E. 7.2.1

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, im Falle der Untauglichkeit der angestellten Person die Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung auszuschöpfen, bevor er ihr kündigt (Urteil des BVGer A-2650/2018 vom 1. Mai 2019 E. 4.3; eingehend Urteile des BVGer A-3796/2018 vom 22. November 2018 E. 3.4.2 f., A-3006/2017 vom 4. Dezember 2018 E. 4.3.3.2, je auch zur diesbezüglichen Bedeutung der Aufhebung von aArt. 31 Abs. 2 BPV zum 1. Januar 2017 [AS 2013 1521]). Dies ist Ausdruck der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber seinen Angestellten (Urteile A-3796/2018 E. 3.4.2, A-3006/2017 E. 4.3.3.2). Die zuständige Stelle hat bei krankheitsbedingter Arbeitsverhinderung alle

sinnvollen und zumutbaren Möglichkeiten auszuschöpfen, um die betroffene Person wieder in den Arbeitsprozess einzugliedern (Art. 11a Abs. 1 BPV). Ist ein Arbeitnehmer für die Stelle als ungeeignet oder untauglich zu betrachten, ist zu prüfen, ob unter den gegebenen Umständen ein Angebot einer vergleichbaren zumutbaren Arbeit innerhalb der Bundesverwaltung möglich ist. Der Arbeitnehmer seinerseits ist grundsätzlich verpflichtet, den Prozess der beruflichen Wiedereingliederung im Rahmen seiner Möglichkeiten aktiv zu unterstützen (Art. 11a Abs. 2 BPV; zum Ganzen Urteile des BVGer A-2650/2018 vom 1. Mai 2019 E. 3.1, A-2752/2019 vom 15. April 2020 E. 6.3.3, A-641/2019 vom 27. November 2019 E. 3.3, E. 4.4, A-5819/2016 vom 22. November 2017 E. 3.2.3, A-662/2017 vom 31. August 2017 E. 5.1.3).

E. 7.2.2

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Bemühungen der Vorinstanz, eine alternative Beschäftigungsmöglichkeit ausserhalb des BAZL in der Bundesverwaltung zu organisieren, seien als unzureichend zu qualifizieren. Es sei schwer nachvollziehbar, weshalb [...] angesichts seiner Qualifikationen und einwandfreien Arbeitsleistungen innerhalb des Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) und gerade auch des BAKOM keine passende Stelle habe gefunden werden können.

E. 7.2.3

Die Vorinstanz hält dem entgegen, es könne ihr keine Untätigkeit vorgeworfen werden und sie habe mit dem Generalsekretariat UVEK in dieser Hinsicht Kontakt aufgenommen. Doch sei es auch in der Bundesverwaltung nicht möglich gewesen, einen Mitarbeiter im Alter des Beschwerdeführers mit einem sehr eingeschränkten Spezialgebiet und einer Arbeitsunfähigkeit von 50% zu vermitteln. Zudem habe sich der Beschwerdeführer allen Wiedereingliederungsmassnahmen entzogen. Angesichts seiner mangelnden Kooperationsbereitschaft sei es nicht möglich gewesen, eine Stellenvermittlung ernsthaft an die Hand zu nehmen.

E. 7.2.4

Die Ausführungen der Vorinstanz erscheinen zwar insofern nachvollziehbar, als es aufgrund des Alters und der teilweisen allgemeinen Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers nicht leicht gewesen sein dürfte, ihm eine Stelle im Departement anzubieten. Ebenfalls waren aufgrund der eher kurzen Dienstzeit des Beschwerdeführers keine allzu hohen Anforderungen an die Wiedereingliederung aufgrund einer erhöhten Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zu stellen (vgl. Urteil des BVGer A-5665/2014 vom 29. September 2015 E. 5.3). Nicht vertieft und schlüssig dargelegt ist jedoch, weshalb der Beschwerdeführer als [...] aufgrund des bisherigen spezialisierten Aufgabengebiets, das im [...] bestand, in keinem anderen fachlichen Bereich hätte arbeiten können. Dies erschliesst sich ebenfalls nicht aus den Ausbildungs- bzw. Arbeitszeugnissen im Personaldossier sowie den Personalbeurteilungen, zumal es ihm gemäss Zwischenzeugnis vom 21. Januar 2019 gelungen sei [Ausführungen zur Tätigkeit gemäss Arbeitszeugnis].

E. 7.2.5

Nicht der Aktenlage entspricht weiter die Darstellung der Vorinstanz, dass sich der Beschwerdeführer allen Wiedereingliederungsmassnahmen entzogen habe und ihm zufolge fehlender Kooperation keine Stelle habe vermittelt werden können: Am 24. Juli 2019 teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit, dass aufgrund der Ungewissheit über die vollumfängliche Arbeitsunfähigkeit ein «Case Management» eröffnet werde, in dem vom

behandelnden Arzt zuerst ein ressourcenorientiertes Eingliederungsprofil zu erstellen sei (Beschwerdebeilage 10). Dieser hielt mit Arztzeugnis vom 26. Juli 2019 und Stellungnahme vom 30. Juli 2019 ein psychiatrisches Leiden des Beschwerdeführers fest [...]. Eine Rückkehr an den alten Arbeitsplatz unter denselben personellen Voraussetzungen sei nicht mehr möglich. Doch werde in einem veränderten Umfeld in absehbarer Zeit wieder eine (Teil-)Arbeitsfähigkeit zu vergleichbaren Tätigkeiten gegeben sein, wobei vorerst ein stufenweiser Einstieg zu empfehlen sei. In der Folge lud die Vorinstanz den Beschwerdeführer für den 4. September 2019 zu einer Besprechung der Wiedereingliederung mit dem nächsthöheren Linienvorgesetzten ein, um den Kontakt zu seiner bisherigen Vorgesetzten, wie ärztlich empfohlen, zu vermeiden. Aufgrund einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes konnte er an dieser Besprechung zwar nicht teilnehmen, da er gemäss Arztzeugnis vom 10. September 2019 nicht zur Teilnahme an Sitzungen in der Lage war. Im Weiteren aber fehlen in den Akten Belege dafür, dass der Beschwerdeführer in Bezug auf Arbeitsmöglichkeiten ausserhalb der Vorinstanz Massnahmen der Wiedereingliederung ferngeblieben wäre, solche abgelehnt oder notwendige Mitwirkungshandlungen unterlassen hätte. So konnte er u.a. am späteren Standortgespräch vom 9. Dezember 2019 wieder teilnehmen und hat seine Bereitschaft zur Wiedereingliederung bekundet (dazu E. 7.2.6).

E. 7.2.6

Am 26. September 2019 erteilte die Vorinstanz dem vertrauensärztlichen Dienst der Bundesverwaltung, Health & Medical Service, einen Abklärungsauftrag zu Erkrankung und Reintegration. Dabei ersuchte sie insbesondere um Informationen über eine allenfalls rein arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit und eine mögliche Wiedereingliederung. Am 1. Oktober 2019 bestätigte der vertrauensärztliche Dienst, dass eine Rückkehr an den bisherigen Arbeitsplatz nicht mehr möglich sei. Ebenso führte der vertrauensärztliche Dienst aus, dass hinsichtlich der Wiedereingliederung im BAZL und ansonsten anderweitig in der Bundesverwaltung nach Einsatzmöglichkeiten zu suchen sei, wobei ein Einstieg im Teilzeitpensum und unter bestimmten Rahmenbedingungen bzw. Schonauflagen erfolgen könne (Teilzeitpensum, klar definierte Aufgaben, kein Zeitdruck, kein Multitasking, ruhige Arbeitsumgebung, regelmässiges Zusammensitzen mit vorgesetzter Person). Am 14. Oktober 2019 gelangte die Vorinstanz daraufhin an das Generalsekretariat UVEK und fragte unter Hinweis auf diese Bedingungen an, ob in den anderen UVEK-Ämtern oder im Generalsekretariat eine Möglichkeit der Weiterbeschäftigung bestehe. Am protokollierten Standortgespräch vom 10. Dezember 2019 informierte die Vorinstanz den Beschwerdeführer darüber, dass aufgrund von Abklärungen keine entsprechende Stelle im UVEK angeboten werden könne. Der Beschwerdeführer äusserte daraufhin den Wunsch, einen zeitlich auf einige Monate befristeten Arbeitsversuch [...] innerhalb oder ausserhalb der Bundesverwaltung zu unternehmen, was zum Ende des Gesprächs auch im Rahmen des weiteren Vorgehens festgehalten wurde. In der Folge sind indessen keine Bemühungen der Vorinstanz zur Wiedereingliederung mehr ersichtlich. Insbesondere wurde dem Beschwerdeführer keine konkrete alternative Beschäftigungsmöglichkeit, auch nicht versuchsweise, angeboten.

E. 7.2.7

Was die Suche nach einer vergleichbaren Arbeit innerhalb der Bundesverwaltung betrifft, beschränkte sich die Vorinstanz demgemäss darauf, dem vertrauensärztlichen Dienst einen Abklärungsauftrag hinsichtlich Informationen zu einer möglichen Wiedereingliederung zu

erteilen und sich beim Generalsekretariat UVEK nach einer möglichen Weiterbeschäftigung zu erkunden. Es geht jedoch aus den Akten an keiner Stelle hervor, weshalb ein Arbeitsversuch nach den vom vertrauensärztlichen Dienst aufgezeigten Bedingungen in keiner Einheit der Bundesverwaltung möglich war. Es fehlt bereits an einer Antwort des UVEK zur Frage einer alternativen Einsatzmöglichkeit bzw. eines Arbeitsversuchs. Eine Kontaktaufnahme mit anderen Departementen erfolgte nicht. Die Vorinstanz hat sich zudem nach den genannten Erkundigungen nicht viel Zeit genommen, bevor sie von weiteren Bemühungen absah bzw. das Kündigungsverfahren einleitete.

E. 7.2.8

Unter diesen Umständen lässt sich nicht prüfen, ob ein Arbeitsversuch realistisch gewesen wäre und können der Vorinstanz keine ausreichenden Anstrengungen zur Wiedereingliederung zu Gute gehalten werden. Mit anderen Worten ging sie verfrüht von einer Untauglichkeit im Umfang der nur arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit aus. Damit kann nicht davon ausgegangen werden, dass im Kündigungszeitpunkt bereits ein sachlich hinreichender Grund für eine Kündigung vorlag, weshalb dem Beschwerdeführer eine Entschädigung zuzusprechen ist.

E. 7.3

Die Entschädigung nach Art. 34b Abs. 1 a BPG wird von der Beschwerdeinstanz unter Würdigung aller Umstände festgelegt. Sie beträgt in der Regel mindestens sechs Monatslöhne und höchstens einen Jahreslohn. Für die Bemessung der Höhe der Entschädigung ist auf die Schwere der Persönlichkeitsverletzung bzw. des Eingriffs in die Persönlichkeit der angestellten Person, die Intensität und Dauer der vertraglichen Beziehungen, die Art und Weise der Kündigung, die Strafwürdigkeit des Verhaltens des Arbeitgebers und die Schwere eines allfälligen Mitverschuldens der angestellten Person, das Mass der Widerrechtlichkeit der Entlassung, die soziale und finanzielle Lage der angestellten Person sowie deren Alter und Stellung im Unternehmen des Arbeitgebers abzustellen (Urteile BVGer A-2884/2018 vom 23. Juli 2019 E. 7.4, A-3627/2018 vom 14. März 2019 E. 7.1). Vorliegend hat der Beschwerdeführer sein Entschädigungsbegehren von vornherein auf sechs Bruttomonatslöhne beschränkt, was aufgrund der dargelegten Umstände als angemessen erscheint. Sozialversicherungsbeiträge sind keine abzuziehen, da auf der Entschädigung nach Art. 34b Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 BPG keine solche zu entrichten sind (Urteile A-2884/2018 vom 23. Juli 2019 E. 7.7, A-6031/2017 vom 3. April 2019 E. 4.4).

E. 8

Schliesslich wendet sich der Beschwerdeführer gegen Dispositiv-Ziffer 4 der Kündigungsverfügung, wonach die Kündigung i.S.v. Art. 31 Abs. 1 Bst. a BPV als verschuldet gelte. Soweit der Beschwerdeführer bestreitet, dass die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit selbstverschuldet sei, kann ihm zunächst insofern nicht gefolgt werden, als die Praxis zwar gestützt auf die per 1. Januar 2017 aufgehobene Bestimmung von aArt. 31 Abs. 2 der BPV vom 3. Juli 2011 (AS 2013 1521) bei einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses wegen gesundheitlicher Probleme von einer unverschuldeten Kündigung ausging. Mit Aufhebung von aArt. 31 Abs. 2 BPV gilt jedoch seit dem 1. Januar 2017 eine Kündigung, die wegen langandauernder krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit des Angestellten bzw. wegen mangelnder Tauglichkeit i.S.v. Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG ausgesprochen wird, personalrechtlich als selbst verschuldet (Art. 31 Abs. 1 Bst. a BPV;

Urteil des BGER 8C_391/2019 vom 11. Oktober 2019 E. 4.2.2; Urteile des BVerger A-5159/2017 vom 18. Februar 2019 E. 4.2.3, A-2650/2018 vom 1. Mai 2019 E. 4.1). Dabei nicht relevant ist, weshalb jemand erkrankt ist (vgl. Urteil des BGER 8C_391/2019 vom 11. Oktober 2019 E. 4.2.2 m.H.). Nicht von einer verschuldeten Auflösung des Arbeitsverhältnisses wird nach der Praxis jedoch (weiterhin) ausgegangen, wenn der Arbeitgeber seiner Pflicht, die Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung bzw. Wiedereingliederung auszuschöpfen, nicht ausreichend nachkommt, und er somit zu Unrecht bereits im Kündigungszeitpunkt eine fehlende Untauglichkeit i.S.v. Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG und Art. 31 Abs. 1 Bst. a BPG annimmt, mithin (noch) kein sachlich hinreichender Grund für die Kündigung vorliegt (vgl. Urteile des BVerger A-2752/2019 vom 15. April 2020 E. 6.3.3, 6.4 u. E. 7; A-3006/2017 vom 4. Dezember 2018 E. 3.2, 5.1, 6.2). Vorliegend ist dies wie ausgeführt der Fall, womit dem Subeventualbegehren des Beschwerdeführers in dieser Hinsicht ebenfalls zu entsprechen und festzustellen ist, dass die Teilkündigung des Arbeitsverhältnisses nicht als selbst verschuldet gilt.

E. 9

Zusammengefasst ist die Beschwerde im Sinne der Erwägungen teilweise gutzuheissen. Das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer bis zum 28. Februar 2021 zu erstrecken. Die Vorinstanz ist zudem zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine Entschädigung von sechs Bruttomonatslöhnen zu bezahlen. Überdies ist festzustellen, dass es sich um eine unverschuldete Kündigung handelt. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

E. 10.1

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

E. 10.2

Dem teilweise obsiegenden Beschwerdeführer steht zu Lasten der Vorinstanz eine reduzierte Entschädigung für die ihm erwachsenen notwendigen Kosten zu (vgl. Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die eingereichte Kostennote weist ein Honorar von insgesamt Fr. 4'799.10 (inkl. Auslagen) aus. Der geltend gemachte Aufwand (18.75 h à Fr. 250.-) erweist sich als angemessen. Insbesondere überschreiten die eingereichten Rechtsschriften in Anzahl und Umfang das erforderliche Ausmass nicht. Mit Blick auf den Verfahrensausgang ist dem Beschwerdeführers eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- zuzusprechen. Dem Beschwerdeführer wurde gemäss der Kostennote, die den Vermerk «nicht MWST-pflichtig» enthält, kein Mehrwertsteuerbetrag in Rechnung gestellt, weshalb von einem Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE abzusehen ist. Der ebenfalls teilweise obsiegenden Vorinstanz steht als Behörde keine Parteientschädigung zu (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE). (Das Dispositiv folgt auf der nächsten Seite.)

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