

BVGer A-2950/2021 vom 20. März 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-03-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-2950_2021

FR: TAF A-2950/2021 du 20 mars 2023

IT: TAF A-2950/2021 del 20 marzo 2023

Regeste

Auflösung des Arbeitsverhältnisses

Erwägungen

E. 1.1

Verfügungen eines Arbeitgebers im Sinne von Art. 3 des Bundespersonalgesetzes (BPG, SR 172.220.1) können gemäss Art. 36 Abs. 1 BPG mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Bei der angefochtenen Kündigung handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG, die von einem Arbeitgeber gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst b BPG gestützt auf Art. 34 Abs. 1 BPG erlassen wurde. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Beurteilung der Beschwerde zuständig. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

E. 1.2

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

E. 2

Zu prüfen ist, ob die Beschwerde fristgerecht beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht wurde.

E. 2.1

Die Vorinstanz rügt, der Beschwerdeführer habe die Frist zur Einreichung der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht mit Postaufgabe am Mittwoch, dem 23. Juni 2021 verpasst. Die Verfügung sei am Freitag, dem 21. Mai 2021 vierfach versendet worden, nämlich sowohl an den Beschwerdeführer selbst als auch an dessen Rechtsvertreter jeweils einmal per A-Post Plus und einmal per eingeschriebener Post. Da die A-Post Plus Sendungen bei beiden Adressaten am Samstag, dem 22. Mai 2021 eingegangen seien, habe die 30-tägige Frist zur Einreichung der Beschwerde am Sonntag, dem 23. Mai 2021 zu laufen begonnen. Daran ändere nichts, dass der Beschwerdeführer und sein Vertreter die per eingeschriebener Post versandte Kündigungsverfügung erst später, am 25. Mai 2021 in Empfang genommen hätten. Der Beschwerdeführer entgegnet, sowohl er als auch sein Vertreter hätten kein A-Post Plus Schreiben zur Kenntnis genommen. Zudem habe er sich auf die eingeschriebene Sendung als fristauslösendes Ereignis verlassen dürfen, weshalb die Beschwerdefrist mit Eingabe vom Mittwoch, dem 23. Juni 2021 gewahrt worden sei.

E. 2.2

Eine Beschwerde ist innerhalb von 30 Tagen nach Eröffnung der Verfügung einzureichen (vgl. Art. 50 Abs. 1 VwVG). Schriftlich mitgeteilte Fristen beginnen an dem auf die ordnungsgemässe postalische Zustellung folgenden Tag zu laufen (vgl. Art. 20 Abs. 1 VwVG). Bei uneingeschriebenem Brief erfolgt die Zustellung bereits dadurch, dass er in den Briefkasten oder ins Postfach des Adressaten gelegt wird und damit in den Macht- respektive Verfügungsbereich des Empfängers gelangt. Die tatsächliche Kenntnisnahme der Verfügung durch den Empfänger ist nicht erforderlich, um den Lauf der (Rechtsmittel-)Frist auszulösen (BGE 142 III 599 E. 2.4.1, m.w.H.). Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form (vgl. Art. 13 BPG), wobei der Versand mit eingeschriebener Post kein Gültigkeitserfordernis darstellt. Bei Vorliegen eines Vertretungsverhältnisses hat die Behörde Mitteilungen an den Vertreter und nicht an den Vertretenen zu machen (vgl. Art. 11 Abs. 3 VwVG).

E. 2.3

Bei der Versandmethode A-Post Plus wird der Brief mit einer Nummer versehen und ähnlich wie ein eingeschriebener Brief mit A-Post speditiert. Im Unterschied zu den eingeschriebenen Briefpostsendungen wird aber der Empfang durch den Empfänger nicht quittiert. Entsprechend wird der Adressat im Falle seiner Abwesenheit auch nicht durch Hinterlegung einer Abholungseinladung avisiert. Die Zustellung wird vielmehr elektronisch erfasst, wenn die Sendung in das Postfach oder in den Briefkasten des Empfängers gelegt wird. Auf diese Weise ist es möglich, mit Hilfe des von der Post zur Verfügung gestellten elektronischen Suchsystems "Track & Trace" die Sendung bis zum Empfangsbereich des Empfängers zu verfolgen. Direkt bewiesen wird mit einem "Track & Trace"-Auszug allerdings nicht, dass die Sendung tatsächlich in den Empfangsbereich des Empfängers gelangt ist, sondern bloss, dass durch die Post ein entsprechender Eintrag in ihrem Erfassungssystem gemacht wurde (zum Ganzen BGE 142 III 599 E. 2.2, m.w.H.).

E. 2.4

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die spätere Entgegennahme einer zweiten Sendung durch den Betroffenen für den Fristenlauf grundsätzlich unbeachtlich (Urteil des BGer 4A_53/2019 vom 14. Mai 2019 E. 4.2, m.w.H.; BGE 119 V 89 E. 4b/aa; 118 V 190 E. 3a; 117 V 131 E. 4a; 111 V 99 E. 2b). In öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hat es jedoch einschränkend ausgeführt, dass sich die Rechtsmittelfrist gestützt auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes verlängern kann (Urteil des BGer 4A_53/2019 vom 14. Mai 2019 E. 4.3, m.w.H.). Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 und Art. 5 Abs. 3 BV) gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr (BGE 136 I 254 E. 5.2). Er verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Vorausgesetzt ist, dass die Person, die sich auf den Vertrauensschutz beruft, berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr ohne Nachteil rückgängig machen kann. Aufgrund des Vertrauensschutzes hat die Verwaltung insbesondere jegliche Verhaltensweise zu unterlassen, die geeignet wäre, die Betroffenen zu täuschen, und sie darf aus den Folgen ihres unkorrekten Verhaltens keine Vorteile ziehen. Keinen Vertrauensschutz geniessen die Rechtsuchenden, wenn sie beziehungsweise ihre Rechtsvertreter den Fehler erkannten oder bei zumutbarer Sorgfalt hätten erkennen müssen, wobei nur eine grobe prozessuale Unsorgfalt der Partei oder ihres Anwalts geeignet ist, eine fehlerhafte Eröffnung aufzuwiegen (zum Ganzen Urteil des BGer 2C_1038/2017 vom 18.

Juli 2018 E. 5.3.1, m.w.H.).

E. 2.5

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts stellt die erneute Zustellung einer Verfügung mit einer vorbehaltlosen Rechtsmittelbelehrung vor Ablauf der Beschwerdefrist einen Anwendungsfall einer vertrauensbegründenden behördlichen Auskunft dar.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Vertrauensschutzes ist auch in derartigen Fällen stets, dass die Person, die sich auf den Vertrauensschutz beruft, berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr ohne Nachteil rückgängig machen kann (Urteile des BGer 4A_53/2019 vom 14. Mai 2019 E. 4.4.2 ff.; 2C_1038/2017 vom 18. Juli 2018 E. 5.3.2 f.; 8C_184/2010 vom 27. April 2010 E. 3.2; BGE 115 Ia 12 vom 11. Januar 1989 E. 4).

E. 2.6

Die angefochtene Verfügung wurde gemäss Quittierung der Schweizerischen Post vom Freitag, dem 21. Mai 2021 am selben Tag jeweils einmal per Einschreiben und einmal per A-Post Plus an den Beschwerdeführer und dessen Vertreter versendet. Gemäss dem «Track & Trace»-Auszug wurden beide A-Post Plus Sendungen am (Pfingst-)Samstag, dem 22. Mai 2021 zugestellt, wobei beide Adressaten verneinen, ein A-Post Plus Schreiben zur Kenntnis genommen zu haben. Die eingeschriebenen Sendungen wurden unbestrittenermassen sowohl vom Beschwerdeführer als auch von dessen Vertreter nach Pfingsten, am Dienstag, dem 25. Mai 2021 entgegengenommen. Die vier Sendungen beinhalteten die identische Verfügung, ohne dass jedoch die später mit eingeschriebener Post zugestellten Verfügungen hinsichtlich der Rechtsmittelfrist mit einem Vorbehalt versehen gewesen wären. Der Beschwerdeführer beziehungsweise sein Vertreter wurde von der Vorinstanz auch nicht auf einem anderen Wege innerhalb der ordentlichen Beschwerdefrist darauf aufmerksam gemacht, allein die (bestrittene) frühere A-Post Plus Zustellung sei fristauslösend. Die Vorinstanz hat mit den gemäss «Track & Trace»-Auszug später eingetroffenen eingeschriebenen Sendungen der Verfügung, die eine vorbehaltlose Rechtsmittelbelehrung enthielt, in einer konkreten Situation gegenüber bestimmten Personen eine Auskunft erteilt, zu der sie zweifellos zuständig war. Dadurch, dass der Beschwerdeführer die Beschwerdefrist der eingeschriebenen Sendung als massgebend erachtete, würde ihm beim Nichteintreten auf seine Beschwerde ein nicht wiedergutzumachender Rechtsnachteil erwachsen. Eine grobe prozessuale Unsorgfalt kann dem Beschwerdeführer beziehungsweise dessen Rechtsvertreter nicht vorgeworfen werden. Für die Behörde wäre es ein Leichtes gewesen, dafür zu sorgen, dass aufgrund einer mehrfachen Zustellung der Verfügung keine Verwirrung um den Beginn der Rechtsmittelfrist entsteht. Ein kurzes Begleitschreiben, das Klarheit schafft und allfällige Missverständnisse bezüglich Fristenlauf zum Vornherein ausräumt, hätte genügt. Die Verwirrung um die Auslösung der Rechtsmittelfrist ist einzig durch die Vorinstanz zu verantworten und darf nicht zu einer Benachteiligung des Beschwerdeführers führen. Infolgedessen ist das berechtigte Vertrauen des Beschwerdeführers zu schützen.

E. 2.7

Aufgrund des Gesagten kann offenbleiben, ob die A-Post Plus Sendungen tatsächlich im Machtbereich des Beschwerdeführers beziehungsweise dessen Vertreter angekommen sind. Die Beschwerdefrist begann in jedem Fall am Tag nach der Zustellung der Verfügung mittels Einschreiben, das heisst am 26. Mai 2021 zu laufen. Somit wurde die 30-tägige Frist

gemäss Art. 50 Abs. 1 VwVG mit Postaufgabe vom 23. Juni 2021 gewahrt.

E. 2.8

Auf die im Übrigen formgerecht (Art. 52 Abs. 1 VwVG) eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

E. 3.1

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung - sowie auf Angemessenheit hin (vgl. Art. 49 VwVG). Soweit es um die Beurteilung von verwaltungsorganisatorischen Fragen oder Problemen der innerbetrieblichen Zusammenarbeit sowie des Vertrauensverhältnisses geht, auferlegt es sich jedoch eine gewisse Zurückhaltung bei der Überprüfung der angefochtenen Verfügung (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-4904/2020 vom 5. Juli 2021 E. 2). Das Bundesverwaltungsgericht stellt den rechtserheblichen Sachverhalt, unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien (Art. 13 VwVG), von Amtes wegen fest (Art. 12 VwVG) und wendet das Recht von Amtes wegen an, wobei es nicht an die Begründung der Parteien gebunden ist (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

E. 3.2

Bleibt eine entscheidrelevante Tatsache unbewiesen, gilt im öffentlichen Recht grundsätzlich die Beweislastregel von Art. 8 ZGB als allgemeiner Rechtsgrundsatz; die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit hat jene Partei zu tragen, die aus der unbewiesenen gebliebenen Tatsache Rechte ableitet (BGE 144 II 332 E. 4.1.3 und 142 II 433 E. 3.4.2, m.w.H.; BVGE 2012/33 E. 6.2.2). Im Beschwerdeverfahren betreffend eine Kündigung trägt die kündigende Behörde daher die Beweislast für das Vorliegen eines rechtsgenügenden Kündigungsgrundes. Behauptet die von der Kündigung betroffene Person die Missbräuchlichkeit der Kündigung, trägt sie dafür die Beweislast (Urteil des BGer 4A_293/2019 vom 22. Oktober 2019 E. 3.5.1, m.w.H.; Urteile des BVGer A-169/2018 vom 23. Januar 2019 E. 2.2 und A-1399/2017 vom 13. Juni 2018 E. 2.2).

E. 4

In materieller Hinsicht ist zunächst auf die sich widersprechenden Arztzeugnisse einzugehen (E. 5). Danach ist zu prüfen, ob eine missbräuchliche Kündigung vorliegt (E. 6), ob die Vorinstanz zu verpflichten ist, den Beschwerdeführer in einer anderen zumutbaren Stelle in der Bundesverwaltung weiter zu beschäftigen (E. 7), ob für die Kündigung ein sachlich hinreichender Grund bestand (E. 8), ob die Kündigung die Bestimmungen zum zeitlichen Kündigungsschutz einhält (E. 9) und ob der Beschwerdeführer Anspruch auf die Auszahlung der geleisteten Überstunden hat (E. 10).

E. 5

Nachfolgend ist zunächst der massgebliche Sachverhalt festzustellen und zu prüfen, ob die Vorinstanz aufgrund der ihr vorliegenden Arztzeugnisse des Vertrauensarztes und des behandelnden Arztes zu Recht davon ausgehen konnte, der Beschwerdeführer sei im Zeitpunkt der Kündigung (21. Mai 2021) arbeitsfähig gewesen.

E. 5.1

Die Vorinstanz führt zur Begründung der Kündigung mit Verfügung vom 21. Mai 2021 unter anderem auf, der Beschwerdeführer habe nach Überwinden und Wegfall der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit seine Arbeit nicht wieder aufgenommen. Der Vertrauensarzt habe den Beschwerdeführer nach der dritten Untersuchung ab April 2021 als so gut wie uneingeschränkt arbeitsfähig bezeichnet. Der behandelnde Arzt hingegen habe sich inhaltlich widersprüchlich geäußert, indem er am 8. Februar 2021 ein ressourcenorientiertes Eingliederungsprofil (REP) erstellt habe, das die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers festhalte und danach wieder eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert habe. Der Beschwerdeführer entgegnet, er sei gemäss den Arztberichten des behandelnden Arztes nachweislich bis Ende Mai krankheitsbedingt arbeitsunfähig gewesen. Das vom behandelnden Arzt erstellte ressourcenorientierte Eingliederungsprofil (REP) habe sich einzig auf eine allfällige künftige IV-Anmeldung bezogen und keine Aussage zu seiner damaligen Arbeitsfähigkeit enthalten. Die Einschätzungen des Vertrauensarztes entsprächen nicht dem aktuellen Stand der Wissenschaft und die Ausführungen wonach er seit dem 1. April 2021 wieder vollständig arbeitsfähig gewesen sein soll, würden einer fachlichen Überprüfung nicht standhalten.

E. 5.2

Für das gesamte Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273] i.V.m. Art. 19 VwVG). Danach haben Behörden und Gerichte die Beweise frei, das heisst ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen (BGE 137 II 266 E. 3.2; BVGE 2012/33 E. 6.2.1). Dies bedeutet, dass alle Beweismittel, unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen sind und danach zu entscheiden ist, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruches gestatten.

E. 5.3

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts darf der Arbeitgeber die Beurteilung des Vertrauensarztes insbesondere dann nicht unbesehen übernehmen, wenn der behandelnde Facharzt zu einer anderen Beurteilung gekommen ist und diese eingehend begründet. In solchen Fällen liegt es grundsätzlich am Vertrauensarzt und dem Arbeitgeber darzulegen, weshalb die Einschätzungen des behandelnden Arztes nicht zu berücksichtigen sind (Urteile des BVGer A-5326/2015 vom 24. August 2016 E. 4.3.1; A-6100/2013 vom 5. Juni 2014 E. 4.4; A-6820/2008 vom 15. April 2009 E. 3.3.1). Widersprechen sich die ärztlichen Einschätzungen, sind die betreffenden Berichte und Zeugnisse unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu würdigen und gegeneinander abzuwägen (Urteil des BVGer A-6820/2008 vom 15. April 2009 E. 3.1). Letztlich hat das Gericht auf das qualifiziertere Zeugnis abzustellen (Rehbinder/Stöckli, in: Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag, 2. Aufl. 2010, N 19 zu Art. 324a OR; Manuel Stengel, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen [RiU] 2014 S. 237 f.). Bei der Abwägung der gegenüberstehenden medizinischen Gutachten ist zu berücksichtigen, in welcher Art und Weise die Zeugnisse zustande gekommen sind (Roland Müller, Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, AJP 2010 S. 172), die Qualität und Aussagekraft der Zeugnisse (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, N. 12 zu Art. 324a/b OR), das Fachwissen der Ärzte bezogen auf das im Raum stehende Leiden (A-6820/2008

vom 15. April 2009 E. 3.3.1) und die Häufigkeit, Tiefe und Zeitnähe der persönlichen Untersuchung des Patienten (Urteil des BVerG A-6820/2008 vom 15. April 2009 E. 3.3.1). Insbesondere darf bei einander widersprechenden medizinischen Berichten nicht entschieden werden, ohne das gesamte Beweismaterial zu würdigen und die Gründe anzugeben, warum auf die eine und nicht auf die andere medizinische These abgestellt wird. Hinsichtlich des Beweiswertes eines Arztberichtes ist also entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind. Ausschlaggebend für den Beweiswert ist somit grundsätzlich weder die Herkunft eines Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahmen als Bericht oder Gutachten (BGE 125 V 351 E. 3a; Urteil des BVerG A-6820/2008 vom 15. April 2009 E. 3.2.4). Vor diesem Hintergrund ist nachfolgend auf die Arztzeugnisse des behandelnden Arztes und des Vertrauensarztes näher einzugehen.

E. 5.4

Am 21. Januar 2021 stellte der behandelnde Arzt das erste Arbeitsunfähigkeitszeugnis - ohne Erläuterung des Krankheitsbilds - zuhause des Beschwerdeführers aus. Dieses attestierte eine vollständige Arbeitsunfähigkeit vom 21. Januar 2021 bis zum 25. Februar 2021. Der Vertrauensarzt untersuchte den Beschwerdeführer erstmals am 29. Januar 2021. Dabei stellte er einen psychischen Gesundheitsschaden fest, der zu einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit bis Ende Februar 2021 führe. Ab dem 1. März 2021 sei mit einer vollständigen Arbeitsfähigkeit zu rechnen. Am 8. Februar 2021 erstellte der behandelnde Arzt auf Anfrage der Vorinstanz ein Ressourcenorientiertes Eingliederungsprofil (REP). Am 25. Februar 2021 attestierte der behandelnde Arzt dem Beschwerdeführer - zunächst ohne Erläuterung des Krankheitsbilds - eine Arbeitsunfähigkeit bis zum 26. März 2021. Es folgte am 4. März 2021 ein ausführlicher Arztbericht des behandelnden Arztes zum Gesundheitszustand des Beschwerdeführers. Aus diesem Bericht gehen folgende Diagnosen hervor: Anpassungsstörung, längere depressive Reaktion (F43.21) und Burnout Symptomatik (Z73.0). Des Weiteren hält der behandelnde Arzt fest, es sei ein gestaffelter Wiedereinstieg ins Berufsleben ab dem 1. April 2021 (April 30%, Mai 50% und Juni 80%) geplant gewesen, der jedoch aufgrund einer Destabilisierung des Patienten nicht möglich sei. Mit Arbeitsunfähigkeitszeugnis vom 22. März 2021 verlängerte der behandelnde Arzt sodann die attestierte Arbeitsunfähigkeit - ohne weitere Erläuterungen - bis zum 26. April 2021. Am 23. März 2021 erfolgte die zweite Konsultation des Vertrauensarztes. Der Beschwerdeführer entband am selben Tag sowohl den Vertrauensarzt als auch den behandelnden Arzt vom Arztgeheimnis gegenüber der Vorinstanz und untereinander. In seinem Bericht vom 24. März 2021 bestätigte der Vertrauensarzt die Diagnosen Anpassungsstörung, längere depressive Reaktion (F43.21) und Burnout Symptomatik (Z73.0) des behandelnden Arztes und korrigierte seine ursprüngliche Beurteilung der Arbeitsfähigkeit aus dem ersten Arztzeugnis, indem er feststellte, der Beschwerdeführer sei ab Anfang April statt ab Anfang März vollständig arbeitsfähig. Vereinzelte Arbeitseinsätze bis zu zehn Stunden pro Tag stuft er ab diesem Zeitpunkt als unbedenklich ein. Am 21. April 2021 erfolgte ein weiteres Arbeitsunfähigkeitszeugnis des behandelnden Arztes, in dem er dem Beschwerdeführer eine vollständige Arbeitsunfähigkeit bis Ende Mai attestierte. Die dritte und letzte Untersuchung des Vertrauensarztes erfolgte am 19. April 2021. Im Bericht vom 22. April 2021 hielt er fest, dass keine Arbeitsunfähigkeit attestiert

werden könne und vereinzelte Arbeitsbelastungen von 9 oder 9,5 Stunden am Tag aus medizinischer Sicht unproblematisch seien. Obwohl gewünscht, habe er keinen Bericht des behandelnden Arztes betreffend den aktuellen Zustand erhalten. Mit Schreiben vom 23. April 2021 begründete der behandelnde Arzt diesen Umstand mit einer zweiwöchigen Ferienabwesenheit und die Verlängerung der Arbeitsunfähigkeit mit der Verschlechterung des Zustandsbildes des Beschwerdeführers. Am 13. Februar 2023 reichte der Beschwerdeführer auf Anforderung des Bundesverwaltungsgerichts hin einen Arztbericht, datiert vom 3. Februar 2023, ein, der im Wesentlichen bestätigt, dass er ab dem 1. Juni 2021 für jeden anderen zumutbaren Arbeitgeber arbeitsfähig gewesen sei.

E. 5.5

Zunächst ist auf den Vorwurf der Vorinstanz einzugehen, der behandelnde Arzt habe sich hinsichtlich der Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers widersprüchlich geäußert, indem er am 8. Februar 2021 im Formular ressourcenorientiertes Eingliederungsprofil (REP) entgegen den Ausführungen in den Arztzeugnissen die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers festhalte. Der Beschwerdeführer entgegnet, das Formular beziehe sich einzig auf eine allfällige künftige IV-Anmeldung. Eine Aussage zur aktuellen Arbeitsfähigkeit sei darin gerade nicht enthalten. Es kann an dieser Stelle offengelassen werden, wie die Angaben des behandelnden Arztes im genannten Formular tatsächlich zu werten sind, da die aktuelleren Arztzeugnisse hinsichtlich der Arbeitsfähigkeit ab April von Relevanz sind. Die Arbeitsunfähigkeit für den Monat Februar wurde sowohl vom behandelnden Arzt (Arztzeugnis vom 21. Januar 2021) als auch vom Vertrauensarzt (Arztzeugnis vom 29. Januar 2021) attestiert.

E. 5.6

In Bezug auf die Würdigung der Arztzeugnisse und -berichte ist zunächst festzustellen, dass es sich bei beiden Ärzten um Fachärzte Psychiatrie und Psychotherapie FMH handelt. Beim Bericht des behandelnden Arztes vom 4. März 2021, aus dem die Diagnosen Anpassungsstörung, längere depressive Reaktion (F43.21) und Burnout Symptomatik (Z73.0) hervorgehen, wirkte zusätzlich ein Fachpsychologe für Psychotherapie FSP mit. Der behandelnde Arzt begründet die anhaltende Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers für die Monate April und Mai 2021 mit dem Arztbericht vom 23. April 2021, in dem die Ausführungen des Arztberichts vom 4. März 2021 bestätigt werden, wonach eine Zustandsverschlechterung des Beschwerdeführers - aufgrund der Situation mit der Vorinstanz - feststellbar sei. Diese führte wie dies vom behandelnden Arzt bereits im ausführlichen Arztbericht vom 4. März 2021 ausgeführt wurde - aufgrund des labilen Zustands des Beschwerdeführers wegen des Burnouts - dazu, dass die vorgeschlagene schrittweise Wiedereingliederung vorerst nicht möglich war. Der Beschwerdeführer befand sich seit dem 11. Dezember 2020 beim behandelnden Arzt und genanntem Fachpsychologen in psychiatrisch-psychotherapeutischer Behandlung. Der Vertrauensarzt untersuchte den Beschwerdeführer insgesamt drei Mal, wobei die Untersuchungen gemäss Aussagen des Beschwerdeführers «stets nur sehr kurz» gedauert hätten. In Bezug auf die Diagnose - und dabei insbesondere hinsichtlich der Burnout Symptomatik - sind sich der behandelnde Arzt und der Vertrauensarzt einig; Letzterer hat die vom behandelnden Arzt festgestellten Diagnosen Anpassungsstörung, längere depressive Reaktion (F43.21) und Burnout Symptomatik (Z73.0) im Arztbericht vom 24. März 2021 ausdrücklich bestätigt. Einig sind sich die Ärzte auch darüber, dass sich der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers seit der Diagnosestellung verbesserte. Meinungsverschiedenheiten

bestehen hinsichtlich der Frage, welche Konsequenzen die festgestellten Diagnosen auf die Dauer der Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers haben und ob ein stufenweiser Wiedereingliederungsprozess angezeigt ist. Im Gegensatz zum behandelnden Arzt, der für die Monate April und Mai eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert, hält der Vertrauensarzt letztlich eine vollständige Arbeitsfähigkeit ab April 2021 fest. Während der behandelnde Arzt eine stufenweise Wiedereingliederung in den Arbeitsalltag vorschlägt, beurteilt der Vertrauensarzt Arbeitseinsätze von acht bis neun Stunden und vereinzelte Spitzen von zehn Stunden pro Tag ab dem ersten Tag nach überwundener Burnout-Erkrankung als unbedenklich. Die Einschätzung des behandelnden Arztes ist in Bezug auf Patienten mit einer Burnout-Symptomatik die üblichere. Die allgemeine Erfahrung zeigt, dass bei einer diagnostizierten Burnout-Symptomatik in der Regel eine behutsame und wenn möglich stufenweise Wiedereingliederung angezeigt ist, geht es doch letztendlich darum, die Gefahr eines Rückfalls in alte Muster zu minimieren (Luginbühl/Brühlmann, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit - Eine Problematik an der Schnittstelle von Medizin und Recht, Jusletter 19. August 2013 Rz. 24; Ulrich Scherrmann, Stress und Burnout in Organisationen, 2015, S. 226; Stegmann/Schulz/Schröder, Psychische Erkrankungen in der Arbeitswelt: Betriebliche Wiedereingliederung aus der Perspektive der Zurückkehrenden, 2021, S. 47 f. und S. 58). Die Prognose bezüglich des Wiedereingliederungsprozesses ist freilich je nach Patient unterschiedlich und individuell. Es wäre jedoch auch und gerade aus diesem Grund am Vertrauensarzt gewesen, aufzuzeigen, weshalb für den Beschwerdeführer - entgegen der allgemeinen Praxis und den Ausführungen des behandelnden Arztes und des Fachpsychologen für Psychotherapie - bereits ab dem ersten Tag der Wiederaufnahme der Arbeit und folglich direkt im Anschluss an das erlittene Burnout vereinzelte Arbeitseinsätze bis zu zehn Stunden und somit über die Soll-Arbeitszeit hinaus unbedenklich erschienen und folglich die vom behandelnden Arzt vorgeschlagene stufenweise Wiedereingliederung in Bezug auf den Beschwerdeführer nicht angezeigt war.

E. 5.7

Die Vorinstanz äusserte sich vor erfolgter Kündigung trotz Kenntnis der Widersprüchlichkeit und Möglichkeit der Einsichtnahme in die Arztzeugnisse nicht zu den sich widersprechenden Arztzeugnissen. Aufgrund der im Zeitpunkt des Verfügungserlasses vorhandenen Beweismittel durfte die Vorinstanz die Beurteilung des Vertrauensarztes nicht ungeprüft als Grundlage für die Kündigung nehmen. Vielmehr wäre sie aufgrund der sich widersprechenden Arztberichte gehalten gewesen, die Beurteilung durch weitere Abklärungen zu verifizieren.

E. 5.8

Nach der Gegenüberstellung und Abwägung der sich widersprechenden Arztberichte kann festgestellt werden, dass es sich bei den vom behandelnden Arzt ausgestellten Arztzeugnissen um die - aus rechtlicher Sicht - qualifizierteren Arztzeugnisse handelt. Infolgedessen ist eine Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers im Zeitpunkt der Kündigungsverfügung festzuhalten.

E. 6.1

Im Hauptbegehren beantragt der Beschwerdeführer, die Kündigung sei aufzuheben und er sei weiter zu beschäftigen. Zur Begründung bringt der Beschwerdeführer vor, es lägen keine sachlich hinreichenden Gründe für eine Kündigung gemäss Art. 10 Bst. 3 Bst. a-c

BPG vor. Die Vorinstanz sei gemäss Art. 11a BPV bei krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsverhinderung verpflichtet, alle sinnvollen und zumutbaren Möglichkeiten auszuschöpfen, um die betroffene Person wieder in den Arbeitsprozess einzugliedern. Zudem sei die Kündigung unverschuldet erfolgt, weshalb die Vorinstanz gemäss Art. 19 Abs. 1 BPG alle Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung hätte ausschöpfen müssen, bevor sie ihm kündigte. Des Weiteren sei die Vorinstanz gegen offensichtliche Mobbingversuche nicht eingeschritten. Der neue Vorgesetzte hege einen Groll gegen ihn, weil er auf seinen deutlich geringeren Arbeitsoutput und die übermässigen Absenzen hingewiesen hatte. Die Vorinstanz entgegnet, der Beschwerdeführer widerspreche sich mit dem Hauptantrag auf Weiterbeschäftigung in den Parlamentsdiensten selber, da er mehrmals geäussert habe, nicht mehr für die Parlamentsdienste arbeiten zu wollen respektive zu können.

E. 6.2

Gemäss Art. 34c Abs. 1 Bst. a-d BPG besteht ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung bei Vorliegen eines schwerwiegenden Verstosses gegen geltendes Recht, das heisst im Fall einer qualifiziert rechtswidrigen Kündigung. Ein solch schwerwiegender Verstoss gegen geltendes Recht liegt gemäss Art. 34c Abs. 1 Bst. b BPG etwa vor, wenn sich die Kündigung als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR erweist. Das Fehlen eines sachlich hinreichenden Kündigungsgrundes begründet demgegenüber für sich allein noch keine Missbräuchlichkeit der Kündigung (statt vieler Urteil des BGer 8C_895/2015 vom 8. März 2016 E. 3.2, m.w.H.; Urteil des BVGer A-7166/2016 vom 7. November 2017 E. 6.1). Missbräuchlich ist eine Kündigung, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, die in Art. 336 Abs. 1 und 2 OR aufgezählt werden. Die Aufzählung der Missbrauchstatbestände in Art. 336 OR ist jedoch nicht abschliessend, wobei andere als die im Gesetz genannten Gründe eine mit Art. 336 OR vergleichbare Schwere aufweisen müssen. Grundsätzlich knüpft der sachliche Kündigungsschutz am Motiv der Kündigung an. Die Missbräuchlichkeit kann sich aber - gestützt auf eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls - nicht nur aus den Kündigungsmotiven, sondern auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Auch wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten und darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht. Ebenso darf die Kündigung nicht unter Verletzung der Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers ausgesprochen werden (Urteil des BGer 4A_309/2010 vom 6. Oktober 2010 E. 2.2; BGE 136 III 515 E. 2.3; Urteile des BVGer A-3757/2020 vom 16. März 2021 E. 6.1; A-2752/2019 vom 15. April 2020 E. 5.3.2; A-641/2019 vom 27. November 2019 E. 3.4). Eine Kündigung kann sodann missbräuchlich sein, wenn sie wegen eines Umstands ausgesprochen wird, den der Arbeitgeber als Folge einer eigenen Pflichtverletzung ganz oder teilweise zu verantworten hat. Die Ausnutzung eigenen rechtswidrigen Verhaltens bildet einen typischen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs (BGE 125 III 70 E. 2a; Urteile des BVGer A-3192/2019 vom 27. November 2019 E. 5.4.1; A-1246/2018 vom 29. Oktober 2018 E. 6.1; A-4716/2017 vom 8. August 2018 E. 7.2; Portmann/Rudolph, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 7. Aufl. 2019, N. 27 zu Art. 336 OR). Nach ständiger Rechtsprechung gelten selbst unvermittelte Meinungsänderungen und nicht gehaltene Versprechen für sich allein nicht als rechtsmissbräuchliches widersprüchliches Verhalten (Urteil des BVGer A-3436/2015 vom 30. Dezember 2015 E. 4.5.3, m.w.H.).

E. 6.3

In Bezug auf den zu beurteilenden Sachverhalt ist vorab festzuhalten, dass die Vorbringen des Beschwerdeführers, es fehle an sachlich hinreichenden Kündigungsgründen gemäss Art. 10 Abs. 3 BPG, eine Missbräuchlichkeit der Kündigung nicht zu rechtfertigen vermögen. Ebenso wenig kann lediglich aufgrund der sehr guten Bewertung im Mitarbeitergespräch wenige Tage vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit, während der die Kündigung ausgesprochen wurde, auf die Missbräuchlichkeit der Kündigung geschlossen werden (vgl. BGE 131 III 535 E. 4.2).

E. 6.4

Nachfolgend gilt es zu prüfen, ob eine Fürsorgepflichtverletzung durch die Vorinstanz vorliegt und der Beschwerdeführer infolgedessen einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung hat.

E. 6.4.1

Gleich wie den privaten trifft auch den öffentlichen Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer eine Fürsorgepflicht (Art. 328 OR i.V.m. Art. 6 Abs. 2 BPG sowie Art. 4 Abs. 2 Bst. g BPG). Der Arbeitgeber hat die Persönlichkeit des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Der Umfang der Fürsorgepflicht ist anhand der konkreten Umstände im Einzelfall sowie gestützt auf Treu und Glauben festzulegen (BVGE 2015/48 E. 5.6; Urteile des BVGer A-5345/2020 vom 13. Oktober 2021 E. 10.2.3; A-104/2020 vom 19. April 2021 E. 4.2.3; A-3006/2017 vom 4. Dezember 2018 E. 4.2, m.w.H.). Ergreift der Arbeitgeber nicht alle zumutbaren Schutzmassnahmen zu Gunsten der Gesundheit eines Arbeitnehmers oder auch etwa zur Lösung eines Konflikts, die es ermöglichen würden, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, und löst er stattdessen das Arbeitsverhältnis auf, ist die Fürsorgepflicht verletzt und die Kündigung nicht rechtmässig (vgl. Urteile des BGE 4A_439/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 5.2; 8C_334/2015 vom 19. August 2015 E. 4.2; 4A_384/2014 vom 12. November 2014 E. 4.2.1; 1C_245/2008 vom 2. März 2009 E. 4.2, m.w.H.; Urteile des BVGer A-3757/2020 vom 16. März 2021 E. 6.4.1; A-3192/2019 vom 27. November 2019 E. 5.4.1; BVGer A-3006/2017 vom 4. Dezember 2018 E. 4.3.2.2, je m.w.H; Portmann/Rudolph, a.a.O. N. 29 zu Art. 336 OR; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 4 zu Art. 336 OR; Geiser/Müller/Pärli, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl. 2019, Rz. 453 ff.).

E. 6.4.2

Die allgemeine Fürsorgepflicht wird in Art. 19 BPG konkretisiert. Gemäss dieser Bestimmung hat der Arbeitgeber alle Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung auszuschöpfen (z.B. Weiterbildung, Umgestaltung des Arbeitsplatzes, Weiterbeschäftigung in einer anderen Stelle innerhalb der Bundesverwaltung etc.), bevor er einer angestellten Person ohne deren Verschulden kündigt (Art. 19 Abs. 1 BPG; vgl. Urteil des BVGer A-3006/2017 vom 4. Dezember 2017 E. 4.3.3.2). Kündigt er ihr dennoch, hat er ihr berufliches Fortkommen zu unterstützen (Art. 19 Abs. 2 BPG). Die Bestimmung konkretisiert damit auch den Verhältnismässigkeitsgrundsatz. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gilt gemäss Art. 31 Abs. 1 Bst. a BPV als verschuldet, wenn es durch den Arbeitgeber aus einem Grund nach Art. 10 Abs. 3 Bst. a-d oder Abs. 4 BPG oder aus einem anderen sachlichen Grund, an dem die angestellte Person das Verschulden trägt, aufgelöst wird. Erweist sich eine Kündigung als sachlich nicht hinreichend begründet im

Sinne von Art. 10 Abs. 3 Bst. a-d BPG, gilt sie nicht als verschuldet (Art. 31 Abs. 1 Bst. a BPV e contrario; BVE 2016/11 E. 12.7; Urteil des BVGer A-6277/2014 vom 16. Juni 2015 E. 15.1). Ebenso aus der Fürsorgepflicht des öffentlichen Arbeitgebers gemäss Art. 328 OR in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 BPG fliesst die Pflicht, bei krankheitsbedingter Arbeitsverhinderung einer angestellten Person, alle sinnvollen und zumutbaren Möglichkeiten auszuschöpfen, um die betroffene Person wieder in den Arbeitsprozess einzugliedern (Art. 11a Abs. 1 BPV). Dafür, dass er alle Möglichkeiten ausgeschöpft hat, trägt der Arbeitgeber die Beweislast (vgl. oben E. 3.2 sowie Urteil des BVGer A-6277/2014 vom 16. Juni 2015 E. 10.3.1).

E. 6.4.3

Ob ein sachlich hinreichender Kündigungsgrund gemäss Art. 10 Abs. 3 Bst. a-d oder Abs. 4 BPG oder ein anderer sachlich hinreichender Grund, an dem die angestellte Person das Verschulden trägt, vorliegt, kann an dieser Stelle offenbleiben. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, ist der Vorinstanz selbst bei Vorliegen einer unverschuldeten Auflösung des Arbeitsverhältnisses und somit der grundsätzlichen Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 1 und Abs. 2 BPG, keine Fürsorgepflichtverletzung im Sinne von Art. 19 Abs. 1 und Abs. 2 BPG und Art. 11a Abs. 1 BPV vorzuwerfen.

E. 6.4.4

Wie bereits erläutert knüpft der sachliche Kündigungsschutz am Motiv der Kündigung an. Da die Vorinstanz - zwar zu Unrecht - davon ausging, der Beschwerdeführer sei zum Zeitpunkt der Kündigung arbeitsfähig gewesen, kann ihr in Bezug auf die fehlende Vornahme von Wiedereingliederungsmassnahmen keine Pflichtverletzung vorgeworfen werden, welche die Kündigung des Arbeitsverhältnisses als missbräuchlich erscheinen liesse.

E. 6.4.5

Es kommt hinzu, dass die Vorinstanz verschiedentlich das Gespräch mit dem Beschwerdeführer gesucht hat, um die berufliche Situation zu besprechen. Dabei betonte der Beschwerdeführer mehrfach, unter B. _____ nicht mehr für die Parlamentsdienste arbeiten zu wollen (Personalakten S. 133 ff. [die Telefonnotiz wurde vom Beschwerdeführer gegengelesen, soeben genannte relevante Ausführungen wurden dabei nicht beanstandet]). Zudem ging der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Beschwerde offenbar von einer generellen Arbeitsunfähigkeit aus (Beschwerde, E. 2.3), was die Konsequenz nach sich ziehen würde, dass auch eine Weiterbeschäftigung in einer anderen Stelle ausser Betracht fiele. Infolgedessen ist es widersprüchlich, der Vorinstanz vorzuwerfen, sie habe ihre arbeitgeberische Fürsorgepflicht verletzt, indem sie nicht alle zumutbaren Eingliederungsmassnahmen beziehungsweise alle Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung ausgeschöpft hatte. Eine Fürsorgepflichtverletzung der Vorinstanz in Bezug auf die Ausschöpfung aller Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung und der Vornahme von Wiedereingliederungsmassnahmen im Sinne von Art. 19 Abs. 1 und Abs. 2 BPG und Art. 11a Abs. 1 BPV liegt nach dem Gesagten nicht vor.

E. 6.5

Von der bereits erläuterten Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 sowie Art. 4 Abs. 2 Bst. g BPG (siehe oben E. 6.4.1) erfasst sind unter anderem auch Massnahmen gegen Mobbing.

E. 6.5.1

Sofern der Beschwerdeführer mit den Ausführungen in der Replik, die Vorinstanz sei nicht gegen offensichtliche Mobbingversuche eingeschritten, den Vorwurf ausdrücken will, er sei Mobbing zum Opfer gefallen, ist Folgendes festzuhalten: Das Vorliegen von Mobbing verlangt gemäss bundesgerichtlicher Definition (welche für privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse identisch ist, vgl. Urteil des BGer 8C_1033/2010 vom 10. Juni 2011 E. 5.2.2, m.w.H.) ein systematisches, feindliches, über einen längeren Zeitraum anhaltendes Verhalten, mit dem eine Person an ihrem Arbeitsplatz isoliert, ausgegrenzt oder gar von diesem entfernt werden soll. Auch bei wiederholten Vorfällen, welche die Persönlichkeit des Arbeitnehmenden verletzen, liegt kein Mobbing vor, sofern nicht die notwendige Dauer und Intensität erreicht ist (Urteil des BGer 8C_203/2022 vom 8. August 2022 E. 5.2.1, m.w.H.; Urteil des BVGer A-3192/2019 vom 27. November 2019 E. 5.4.2, m.w.H.).

E. 6.5.2

Bereits den Ausführungen des Beschwerdeführers, wonach es sich vorliegend um einen «Mobbingversuch» handelte, ist zu entnehmen, dass die vom Bundesgericht vorausgesetzte Intensität fehlt, um das Vorliegen von Mobbing zu bejahen. Zudem äussert der Beschwerdeführer den Mobbingvorwurf erstmals in der Replik. Vergleichbare Vorbringen sind den Akten - insbesondere den Dokumenten zu den Mitarbeitergesprächen der letzten Jahre - nicht zu entnehmen. Sofern der Beschwerdeführer mit dem vorgebrachten Mobbingvorwurf auf ein Verhalten nach erfolgter Arbeitsunfähigkeit verweisen will, scheidet eine Fürsorgepflichtverletzung der Vorinstanz aufgrund von Mobbing im Sinne der Rechtsprechung zudem an der nötigen Dauer des in Frage stehenden Verhaltens. Da der Beschwerdeführer somit nicht zu beweisen vermag, dass die Kriterien für Mobbing im Sinne der Rechtsprechung erfüllt sind, kann kein Fall von Mobbing und somit auch keine Fürsorgepflichtverletzung festgestellt werden (vgl. Urteil des BVGer A-3192/2019 vom 27. November 2019 E. 5.6).

E. 6.6

Des Weiteren gilt es zu prüfen, ob die Vorinstanz ihre Fürsorgepflicht im Sinne von Art. 328 OR verletzt hat, indem sie einen Arbeitsplatzkonflikt durch die Kündigung bereinigte, ohne zuvor sämtliche zumutbaren Massnahmen zur Entspannung des Konflikts getroffen zu haben.

E. 6.6.1

Nebst den genannten Mobbingvorwürfen weist der Beschwerdeführer auf Meinungsverschiedenheiten am Arbeitsplatz hin. Der neue Vorgesetzte hege einen Groll gegen ihn, weil er auf den deutlich geringeren Arbeitsoutput und die übermässigen Absenzen des neuen Vorgesetzten hingewiesen hatte.

E. 6.6.2

Die Annahme einer Fürsorgepflichtverletzung nach Art. 328 OR aufgrund eines Arbeitsplatzkonfliktes, setzt nebst dem Vorhandensein eines Konfliktes voraus, dass es der Arbeitgeber unterlässt, sämtliche zumutbaren Massnahmen zu ergreifen, um die Lage zu entspannen. Schreitet der Arbeitgeber unter diesen Umständen zur Bereinigung des Konflikts zur Kündigung, ist diese missbräuchlich (vgl. oben E. 6.4.1). Von Massnahmen zur Konfliktbereinigung kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung abgesehen werden,

wenn aufgrund der konkreten Situation klar ist, dass solchen Bemühungen kein Erfolg beschieden sein wird (BGE 136 III 513 E. 2.5 f.; Urteile des BGer 8C_826/2009 vom 1. Juli 2010 E. 4.4 und 4A_158/2010 vom 22. Juni 2010 E. 3.2 f.). Letztlich fällt nicht jede atmosphärische Trübung am Arbeitsplatz unter den Schutzschirm der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Bezug auf Arbeitsplatzkonflikte. Namentlich wenn die Kündigung darin begründet liegt, dass der Arbeitnehmer seine arbeitsrechtlichen Pflichten verletzt hat, besteht keine Pflicht zur Ergreifung von schlichtenden Massnahmen (BGE 125 III 70 E. 2c; Urteil des BGer 4C.73/2006 vom 22. Dezember 2006 E. 2.2 f.).

E. 6.6.3

Die Vorinstanz stützt sich in der Kündigungsverfügung auf die abneigende Haltung sowie fehlende Akzeptanz des Beschwerdeführers gegenüber seinem neuen Vorgesetzten. Diese - vom Beschwerdeführer im Übrigen nicht negierte - Abneigung gegenüber seinem neuen Vorgesetzten begründet für sich noch keine Konfliktsituation, die eine Massnahme seitens der Vorinstanz im obgenannten Sinne erfordert hätte. Aus den Akten wird nicht ersichtlich und es wird vom Beschwerdeführer auch nicht dargetan, inwiefern vor erfolgter Kündigung eine Konfliktsituation am Arbeitsplatz bestanden haben soll. Den Akten ist lediglich zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer bereits vor der Ernennung von B. _____ zu seinem neuen Vorgesetzten, mit dessen Arbeitsleistung nicht einverstanden war. Er weigerte sich gar, nach Überwindung der Arbeitsunfähigkeit, unter dessen Leitung zu arbeiten; die Ausführung des Beschwerdeführers, er habe seine Tätigkeit für die Vorinstanz nie von der Beförderung des nunmehr Vorgesetzten abhängig gemacht ist - wie bereits erläutert (siehe oben E. 6.4.5) - aktenwidrig. Unter diesen Umständen ist nicht von einem Konflikt am Arbeitsplatz im Sinne der Rechtsprechung auszugehen. Folglich ist die Kündigung auch nicht zur Bereinigung des belasteten Verhältnisses zwischen dem Beschwerdeführer und der Vorinstanz ergangen. Vorliegend handelt es sich somit nicht um eine Konfliktkündigung im Sinne der Rechtsprechung. Eine Fürsorgepflichtverletzung seitens der Vorinstanz im Sinne von Art. 328 OR liegt folglich auch in diesem Zusammenhang nicht vor.

E. 6.7

In Frage kommt ferner eine Verletzung der Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR in Verbindung mit Art. 4 Abs. 2 Bst. g BPG in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 ArG (vgl. oben E. 6.4.1), indem die Vorinstanz aufgrund ihrer Arbeitsorganisation und der damit einhergehenden Arbeitslast nicht gebührend auf die Gesundheit des Beschwerdeführers Rücksicht genommen hatte.

E. 6.7.1

Eine im Wesentlichen mit Art. 328 OR übereinstimmende Pflicht, insbesondere zum Schutz der physischen und psychischen Gesundheit, ergibt sich auch aus den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zum Arbeitsschutz (Art. 6, Art. 35 und Art. 36a des Arbeitsgesetzes [ArG, SR 822.11]), die auch auf die Verwaltung des Bundes anwendbar sind (Art. 3a Bst. a ArG; Urteile des BVer A-6750/2018 vom 16. Dezember 2019 E. 5.2.1 und A-4147/2016 vom 4. August 2017 E. 7.3). In der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3; SR. 822.113) sind unter anderem die besonderen Pflichten des Arbeitgebers in Bezug auf den Gesundheitsschutz und die Gesundheitsvorsorge konkretisiert. Gemäss Art. 3 Abs. 1 ArGV 3 hat der Arbeitgeber dafür zu sorgen, dass die notwendigen Massnahmen getroffen und in ihrer Wirksamkeit nicht beeinträchtigt werden. Er hat hierzu die getroffenen Massnahmen

in angemessenen Zeitabständen zu überprüfen. Ein wirksamer Gesundheitsschutz erfordert jedoch auch die Mitwirkung des Arbeitnehmers. Er wird entsprechend in Art. 6 Abs. 3 ArG zur Mitwirkung beim Gesundheitsschutz und der Unfallverhütung verpflichtet. Diese Pflicht wird in der ArGV 3 konkretisiert: Gemäss Art. 10 Abs. 1 ArGV 3 muss der Arbeitnehmer die Weisungen des Arbeitgebers in Bezug auf den Gesundheitsschutz befolgen und die allgemein anerkannten Regeln berücksichtigen. Stellt ein Arbeitnehmer Mängel fest, welche die Gesundheitsvorsorge beeinträchtigen, muss er sie beseitigen. Ist er dazu nicht befugt oder nicht in der Lage, muss er den Mangel dem Arbeitgeber melden (Art. 10 Abs. 2 ArGV 3). Ferner ist der Arbeitnehmer gestützt auf seine Treupflicht (Art. 321a OR bzw. Art. 20 Abs. 1 BPG) sowie grundsätzlich bereits nach dem Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet, dem Arbeitgeber über die wesentlichen Aspekte seiner Arbeitstätigkeit zu berichten und ihn über wesentliche Vorkommnisse im Betrieb zu informieren (Urteil des BVGer A-6750/2018 vom 16. Dezember 2019 E. 5.2.2; vgl. Portmann/Rudolph, a.a.O., N. 12 zu Art. 321a). Der Arbeitnehmer hat folglich auch im Arbeitsverhältnis nach Treu und Glauben Eigenverantwortung zu übernehmen. Diese zeigt sich insbesondere in der Obliegenheit, den Arbeitgeber beziehungsweise den Vorgesetzten über eine andauernde, die Gesundheit beeinträchtigende Überlastung zu informieren und auf Mängel in der Arbeitsorganisation hinzuweisen; der Arbeitgeber kann in der Regel nur tätig werden, wenn er informiert ist (Urteile des BVGer A-5979/2018 vom 18. Juli 2019 E. 3 und A-4147/2016 vom 4. August 2017 E. 7.5.2; vgl. Portmann, a.a.O., S. 13). Folglich trägt der Arbeitnehmer auch im Arbeitsverhältnis und trotz Subordinationsverhältnis letztlich selbst die Verantwortung für seine Gesundheit (vgl. Urteile des BVGer A-104/2020 vom 19. April 2021 E. 4.2.3 und E. 6.3.7; A-3006/2017 vom 4. Dezember 2018 E. 4.3.1, m.w.H.; A-4147/2016 vom 4. August 2017 E. 7.5.2). Insbesondere für Belastungen, die in übertriebenem Arbeitseifer oder Ehrgeiz herrühren, kann der Arbeitgeber grundsätzlich nicht verantwortlich gemacht werden (Urteil des BVGer A-4147/2016 vom 4. August 2017 E. 7.5.2; vgl. Portmann, Stresshaftung im Arbeitsverhältnis - Erfolgreiche Stresshaftungsklagen gegen Arbeitgeber in der Schweiz und in anderen europäischen Ländern, Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung [ARV] 2008 S. 10 f.).

E. 6.7.2

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff «Überstunden» im Sinne der privatrechtlichen Regelung in Art. 321c OR in den Bestimmungen zum Bundespersonalrecht keine Anwendung findet (vgl. Peter Helbling, in: Stämpflis Handkommentar zum BPG, 2013, N. 28 zu Art. 17 BPG). Gemäss Art. 65 Abs. 2 BPV handelt es sich im öffentlich-rechtlichen Personalrecht bei Arbeitszeit über der vertraglich vereinbarten Grenze eines Vollzeitpensums, wenn die Zeitreserven der gleitenden und flexiblen Arbeitszeit ausgeschöpft sind, um Überzeit. Arbeitnehmende sind in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen - analog zu Art. 321c Abs. 1 OR - gemäss Art. 65 Abs. 1 BPV gehalten, bei ausserordentlicher Geschäftslast oder wegen dringender Arbeit Überzeit zu leisten. Eine obere Grenze dieser Leistungspflicht ergibt sich aus dem öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzrecht und den Bestimmungen über den Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers (Schmid/Stöckli/Krauskopf, OR BT, 3. Aufl. 2021, Rz. 1442). Letztlich ist die Pflicht zur Leistung von Überstundenarbeit nach Art. 321c Abs. 1 OR beziehungsweise Überzeitarbeit gemäss Art. 65 Abs. 2 BPV aber auch durch die individuelle Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers begrenzt. Dieser kann Arbeitsstunden über die Sollarbeitszeit hinaus ablehnen, die er mit seinen Kräften oder aus

gesundheitlichen Gründen nicht zu bewältigen vermag (Portmann/Rudolph, a.a.O., N. 3 zu Art. 321c). Insofern hat der Arbeitnehmer, insbesondere wenn es um die Leistung von über die Sollarbeitszeit hinausgehende Arbeit geht, Eigenverantwortung zu übernehmen und den Arbeitgeber über eine andauernde persönliche Überlastung, die die Gesundheit beeinträchtigt, zu informieren und Überstunden beziehungsweise Überzeit abzulehnen.

E. 6.7.3

Aus der Arbeitszeiterfassung geht hervor, dass der Beschwerdeführer regelmässig Arbeitsstunden über sein ordentliches Pensum hinaus geleistet hat. Die Vorinstanz stellt die erhöhte Arbeitslast nicht in Abrede und begründet diese mit personal- und pandemiebedingten Arbeiterschwernissen. Strittig ist jedoch, inwiefern der Beschwerdeführer der Obliegenheit, den Arbeitgeber beziehungsweise einen Vorgesetzten über die gesundheitsbeeinträchtigende Überlastung aufgrund der hohen Arbeitsbelastung zu informieren, nachgekommen ist.

E. 6.7.4

Der Beschwerdeführer führt dazu aus, wiederholt auf die zu hohe Arbeitslast hingewiesen zu haben. Zudem seien Stundenabrechnungen, auf denen ersichtlich war, dass Pausen, Ruhezeiten und Höchstarbeitszeiten nicht eingehalten worden seien, monatlich von zwei Instanzen abgesegnet worden (Beschwerde, E. III. 1.4). Die Vorinstanz entgegnet, der Beschwerdeführer habe seine Arbeit inklusive Arbeitsspitzen über den Sommer 2020 hinweg erledigt, ohne bei Vorgesetzten oder der Personalbereichsleiterin wegen Überlastung vorstellig geworden zu sein (Beschwerdeantwort, E. B. 2.3).

E. 6.7.5

Aus den Akten geht hervor, dass der Beschwerdeführer am Mitarbeitergespräch, das wenige Tage vor dessen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit stattfand, auf die Arbeitsüberlastung aufmerksam machte. Sodann hat der Beschwerdeführer während seiner krankheitsbedingten Abwesenheit im Telefongespräch mit dem Leiter IT vom 14. Dezember 2020 auf die zu hohe Arbeitslast hingewiesen. Dass der Beschwerdeführer zu einem früheren Zeitpunkt hinsichtlich der Arbeitsüberlastung bei einem Vorgesetzten vorstellig geworden wäre oder die Verrichtung von Überzeit abgelehnt hätte, ergibt sich nicht aus den Akten. Insofern ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer die Vorinstanz im Vorfeld der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit nicht über den Umstand informiert hat, die Arbeitssituation würde ihn derart stark belasten, dass seine psychische Gesundheit gefährdet oder gar beeinträchtigt sei. Um der Vorinstanz zu ermöglichen, ihre Arbeitsorganisation an die individuelle Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers anzupassen, hätte dieser die Problematik bereits zu einem früheren Zeitpunkt ansprechen müssen und nicht erst wenige Tage vor seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit. Es kommt hinzu, dass der Beschwerdeführer gemäss den Dokumenten zu den Mitarbeitergesprächen der Jahre 2020, 2019 und 2018 gar von sich aus spontan Zusatzaufträge beziehungsweise zusätzliche Arbeiten übernommen hatte. Dies, obwohl der Beschwerdeführer von der Vorinstanz explizit darauf hingewiesen wurde, sein Überzeitsaldo bis Ende 2020 auf den Saldo von Null abzubauen (Mailverkehr vom 29. Juni 2020 [Personalakten S. 40]). Im Mitarbeitergespräch kurz vor der krankheitsbedingten Abwesenheit des Beschwerdeführers äusserte die Vorinstanz sodann Kritik an dessen Verwaltung der Überzeit. Ausserdem muss der Vorinstanz zu Gute gehalten werden, hinsichtlich der hohen Arbeitslast nicht untätig geblieben zu sein, sondern Massnahmen zur

Entlastung des Beschwerdeführers getroffen zu haben. So gewährte sie diesem, nach den vierwöchigen Sommerferien im Jahr 2020 die Überzeit während vier Wochen im November 2020 abzubauen. Zudem gestattete sie dem Beschwerdeführer - auf dessen Wunsch hin - den Kompensationsabzug auf den Januar 2021 zu verschieben und mit dem angekündigten Vaterschaftsurlaub zu verbinden. Infolgedessen kann der Vorinstanz in Bezug auf die Krankheit des Beschwerdeführers, keine Fürsorgepflichtverletzung im Sinne von Art. 328 OR vorgeworfen werden.

E. 6.8

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz - wenn überhaupt - ihre Fürsorgepflicht nicht in einer Weise verletzt hat, welche die Annahme eines Missbräuchlichkeitsgrunds rechtfertigen würde. Demnach handelt es sich nicht um eine qualifiziert rechtswidrige Kündigung im Sinne von Art. 34c Abs. 1 Bst. b BPG in Verbindung mit Art. 336 OR. Der Beschwerdeführer hat somit keinen Anspruch auf eine Weiterbeschäftigung gemäss Art. 34c Abs. 1 BPG.

E. 7

Eventualiter verlangt der Beschwerdeführer, sei die Vorinstanz zu verpflichten, ihn in einer anderen zumutbaren Stelle in der Bundesverwaltung weiter zu beschäftigen. Die Aufhebung der Kündigungsverfügung und damit einhergehende Rechtsfolge der Weiterbeschäftigung erfolgt lediglich, sofern Art. 34c Abs. 1 BPG Anwendung findet. Ansonsten behält die Kündigungsverfügung bei einer Gutheissung einer Beschwerde gegen eine Verfügung über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ihre Wirkung und das Arbeitsverhältnis mit der Vorinstanz gilt als aufgelöst. Da keiner der in Art. 34c Abs. 1 Bst. a-d BPG aufgezählten Gründe vorliegt, fällt eine Verpflichtung der Vorinstanz, den Beschwerdeführer in einer anderen Stelle innerhalb der Bundesverwaltung weiter zu beschäftigen, ausser Betracht.

E. 8

Subeventualiter beantragt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz sei zu verpflichten, ihm gemäss Art. 34b Abs. 1 BPG (recte: Art. 34b Abs. 2 BPG) eine Entschädigung in der Höhe von mindestens 6 Monatslöhnen zu entrichten und die geleisteten Überstunden auszuzahlen, da er nicht wie erforderlich gemahnt worden sei.

E. 8.1.1

Die vom Beschwerdeführer geforderte Entschädigung gemäss Art. 34b Abs. 2 BPG findet gemäss Art. 34b Abs. 1 Bst. a BPG Anwendung, wenn sachlich hinreichende Gründe im Sinne von Art. 10 Abs. 3 BPG für die ordentliche Kündigung fehlen. Gemäss Art. 10 Abs. 3 BPG kann der Arbeitgeber das unbefristete Arbeitsverhältnis insbesondere wegen Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten (Bst. a); Mängeln in der Leistung oder im Verhalten (Bst. b) oder mangelnder Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten (Bst. c) ordentlich kündigen. Die Entschädigung wird unter Würdigung aller Umstände festgelegt und beträgt in der Regel mindestens sechs Monatslöhne und höchstens einen Jahreslohn (Art. 34b Abs. 2 BPG).

E. 8.1.2

Die arbeitgeberische Fürsorgepflicht und das Gebot schonender Rechtsausübung haben Auswirkungen auf die vom Arbeitgeber zu beachtenden Verhaltensregeln im Falle einer

Kündigung. Eine Kündigung setzt sowohl nach Art. 10 Abs. 3 Bst. a BPG als auch nach Art. 10 Abs. 3 Bst. b BPG eine Mahnung voraus. Im Falle von Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG ist für den hier in Frage stehenden Tatbestand der «Bereitschaft, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten» ebenfalls eine vorgängige Mahnung erforderlich (Urteile des BVGer A-5641/2019 vom 9. März 2020 E. 3.4.1 und A-169/2018 vom 23. Januar 2019 E. 4.3 und E. 6.3). Zwar wird die Mahnung im revidierten Art. 10 Abs. 3 BPG - im Unterschied zu Art. 12 Abs. 6 Bst. b BPG in der Fassung vom 24. März 2000 (AS 2001 899), der bei Mängeln in der Leistung oder im Verhalten eine schriftliche Mahnung verlangte - nicht mehr erwähnt. Sie ist nach dem Willen des Gesetzgebers jedoch weiterhin erforderlich, wenn sie Sinn macht beziehungsweise grundsätzlich geeignet ist, eine Änderung des Verhaltens der angestellten Person herbeizuführen (vgl. Botschaft vom 31. August 2011 zur Änderung des BPG, BBl 2011 6715). Unabhängig von der konkreten Gesetzesbestimmung gebietet es überdies bereits das Verhältnismässigkeitsprinzip (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV), aber auch der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV sowie Art. 2 ZGB), vor einer Kündigung eine Mahnung oder Verwarnung auszusprechen, sofern eine solche geeignet ist, den betroffenen Arbeitnehmer zur gewünschten Verbesserung von Leistung oder Verhalten zu veranlassen (vgl. Urteil des BGer 8C_500/2013 vom 15. Januar 2014 E. 7.3; Urteil des BVGer A-5641/2019 vom 9. März 2020 E. 3.4.1). Die Mahnung soll der angestellten Person zum einen die begangenen Verfehlungen vorhalten und sie zu künftigem vertragsgemäsem Verhalten anhalten (Rügefunktion). Zum anderen soll sie sie darauf hinweisen, dass bei weiterem oder erneutem vertragswidrigem Verhalten Sanktionen drohen, namentlich die Kündigung ausgesprochen werden kann (Warnfunktion; vgl. Urteil des BGer 8C_500/2013 vom 15. Januar 2014 E. 7.5). Die angestellte Person muss klar erkennen können, welche Verhaltensweisen der Arbeitgeber nicht mehr zu tolerieren bereit ist und wie sie sich inskünftig zu verhalten hat. In der Mahnung muss deshalb zumindest konkludent eine Androhung der ordentlichen Kündigung für den Fall der Nichtbeachtung der Mahnung zum Ausdruck kommen (vgl. Urteile des BVGer A-1399/2017 vom 13. Juni 2018 E. 3.4; A-2708/2016 vom 16. Dezember 2016 E. 6.7; A-6410/2014 vom 1. September 2015 E. 5.3.1.3). Der aktuellen Rechtsprechung folgend kann auf eine Mahnung nur dann verzichtet werden, wenn diese von vornherein aussichtslos erscheint oder das Vertrauensverhältnis bereits unwiederbringlich zerstört ist (vgl. BGE 143 II 443 E. 7.5, m.w.H.; Urteil des BVGer A-1399/2017 vom 13. Juni 2018 E. 3.3). Die Schwelle für einen Verzicht ist dabei hoch anzusetzen, zudem ist Zurückhaltung angezeigt, würden andernfalls doch die soeben dargelegten Funktionen der Mahnung unterlaufen (vgl. Urteile des BVGer A-169/2018 vom 23. Januar 2019 E. 4.3 und A-1399/2017 vom 13. Juni 2018 E. 3.3). Fehlt es an einer erforderlichen rechtsgenügenden Mahnung, liegen bereits deshalb keine sachlich hinreichenden Gründe im Sinne von Art. 10 Abs. 3 BPG vor (statt vieler Urteil des BVGer A-169/2018 vom 23. Januar 2019 E. 5.4).

E. 8.2

Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer nicht gemahnt, seine Arbeit wieder aufzunehmen, nachdem sie - wie vorstehend erwogen zu Unrecht - davon ausging, der Beschwerdeführer sei wieder vollständig arbeitsfähig gewesen. Eine Mahnung hätte jedoch auch im Falle eines unentschuldigten Fernbleibens des Beschwerdeführers von der Arbeit ausgesprochen werden müssen, sofern die Voraussetzungen für einen Verzicht nicht vorlagen. Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz auf eine Mahnung verzichten durfte, weil diese von vornherein aussichtslos erschien. Das ist vorliegend nicht der Fall. Zwar hat der

Beschwerdeführer mehrfach angedeutet zu kündigen und betont, nach überstandener Krankheit nicht mehr an den Arbeitsplatz zurückzukehren. Die Kündigung der Vorinstanz bringt jedoch wie bereits erläutert die Konsequenz mit sich, dass eine Anstellung des Beschwerdeführers in einer anderen Stelle beim bisherigen Arbeitgeber und innerhalb der Bundesverwaltung - wie dies vom Beschwerdeführer im Schreiben vom 20. Mai 2021 und somit einen Tag vor der Kündigung in Erwägung gezogen wurde - nicht in Betracht kommt. Selbst wenn der Beschwerdeführer mehrfach seine Kündigung androhte und mitteilte, unter dem neuen Vorgesetzten seine Arbeit nicht wieder aufzunehmen, hatte er also ein gehöriges Interesse an der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses, kann doch bei einer Kündigung seiner kundgetanen Forderung nach einer Weiterbeschäftigung in einer anderen Stelle in der Bundesverwaltung nicht mehr Folge geleistet werden. Insofern wäre eine Kündigungsandrohung durch die Vorinstanz nicht aussichtslos, sondern vielmehr geeignet gewesen, eine Änderung des Verhaltens des Beschwerdeführers herbeizuführen. Im Übrigen kann aufgrund der Umstände auch nicht gesagt werden, das Vertrauensverhältnis zwischen der Vorinstanz und dem Beschwerdeführer sei zum Zeitpunkt der Kündigung unwiederbringlich zerstört gewesen: Die Vorinstanz hat die Leistung des Beschwerdeführers im Mitarbeitergespräch, das wenige Tage vor der Krankschreibung des Beschwerdeführers stattfand, als sehr gut beurteilt und gar dessen Sozialkompetenz ausdrücklich gelobt. Zudem schloss sie selbst und trotz entsprechender Vorbehalte des Beschwerdeführers nicht aus, dass dieser nach seiner Genesung an seinen angestammten Arbeitsplatz zurückkehrt (Beschwerdeantwort E. 4.6). Die von der Rechtsprechung hoch angesetzte Schwelle für den Verzicht einer Mahnung ist nicht erreicht.

E. 8.3

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer ohne die erforderliche vorgängige rechtsgenügende Mahnung kündigte und die Voraussetzungen für einen ausnahmsweisen Verzicht auf eine solche nicht erfüllt waren. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses erfolgte somit ohne sachlich hinreichenden Grund im Sinne von Art. 10 Abs. 3 BPG. Ob der Beschwerdeführer wichtige gesetzliche oder vertragliche Pflichten verletzt hat, die Arbeitsleistung oder das Verhalten Mängel aufwies oder mangelnde Bereitschaft, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten, vorlag (vgl. Art. 10 Abs. 3 Bst. a, Bst. b und Bst. c BPG), die - nach erfolgter Mahnung - zur Kündigung berechtigt hätten, muss unter diesen Umständen nicht geprüft werden (vgl. Urteil des BVerG A-169/2018 vom 23. Januar 2019 E. 5.4).

E. 8.3.1

Fehlt es einer ordentlichen Kündigung an einem sachlich hinreichenden Grund und heisst die Beschwerdeinstanz die Beschwerde gegen eine Kündigungsverfügung aus diesem Grund gut, muss sie dem Beschwerdeführer eine Entschädigung in der Höhe von in der Regel mindestens sechs Monatslöhnen und höchstens einem Jahreslohn zusprechen (Art. 34b Abs. 1 Bst. a i.V.m. Abs. 2 BPG).

E. 8.3.2

Für die Bemessung der Höhe der Entschädigung ist auf die Schwere der Persönlichkeitsverletzung beziehungsweise 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 (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-7165/2016 vom 5. Dezember 2017 E. 6.2).

E. 8.3.3

Der im Jahr 1985 geborene Beschwerdeführer stand seit April 2015 als Informatiker im Dienst der Vorinstanz. Davor arbeitete er bereits seit zwei Jahren als externer Informatiker für die Vorinstanz. Die Arbeitsleistungen des Beschwerdeführers wurden durchwegs als gut (Stufe 3) bis sehr gut (Stufe 4, Bestnote [vgl. Art. 17 BPV]) beurteilt. Sofern der Beschwerdeführer in der Zwischenzeit nicht bereits eine neue Stelle angetreten hat, dürfte es für ihn angesichts der momentanen Arbeitsmarktsituation in der Informatikbranche und seines Alters nicht mit besonderen Schwierigkeiten verbunden sein, innert nützlicher Frist auf dem Arbeitsmarkt eine neue adäquate Stelle als Informatiker zu finden. Insgesamt legen die bei der Festsetzung der Entschädigung nach Art. 34b Abs. 1 Bst. a in Verbindung mit Abs. 2 BPG zu berücksichtigenden Kriterien unter den gegebenen Umständen eine - wie vom Beschwerdeführer geltend gemachte - Entschädigung von sechs Bruttomonatslöhnen (auf der Basis des letzten massgeblichen Bruttolohns) nahe. Sozialversicherungsbeiträge sind keine abzuziehen, da auf der Entschädigung nach Art. 34b Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 BPG keine solchen zu entrichten sind (vgl. Urteile des BVGer A-7166/2016 vom 7. November 2017 E. 8.4.4 und A-4128/2016 vom 27. Februar 2017 E. 7.2, m.w.H.). Auf die Forderung des Beschwerdeführers, es seien ihm die geleisteten Überstunden ausbezahlt, wird in E. 10 eingegangen.

E. 9

Da die Kündigung während einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers ausgesprochen wurde, ist nachfolgend zu prüfen, ob die Kündigung während einer Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR beziehungsweise Art. 31a Abs. 1 BPV erfolgte.

E. 9.1

Die Vorinstanz weist in der Kündigungsverfügung vom 21. Mai 2021 darauf hin, dass die Sperrfrist nach Art. 336c Bst. b OR vor Ende April 2021 abgelaufen sei. Diejenige nach Art. 31a BPV finde keine Anwendung, da die Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers eine arbeitsplatzbezogene sei. In der Beschwerdeantwort vom 1. November 2021 schreibt die Vorinstanz, Art. 31a BPV sei nicht anwendbar, da der Beschwerdeführer die Rückkehr an seinen vertraglichen Arbeitsplatz ausschliesse. Zudem würde er auf dem IT-Arbeitsmarkt sofort eine neue Stelle finden. Das Schutzbedürfnis nach Art. 31a BPV bestehe daher nicht. Der Beschwerdeführer bringt vor, die Sperrfrist gemäss Art. 31a Abs. 1 BPV, wonach der Arbeitgeber im Falle einer Arbeitsverhinderung wegen Krankheit frühestens nach mindestens zwei Jahren Arbeitsverhinderung ordentlich kündigen könne, finde Anwendung.

E. 9.2

Gemäss Art. 31a Abs. 1 BPV kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit frühestens auf das Ende einer mindestens zwei Jahre dauernden Arbeitsverhinderung ordentlich auflösen. Eine Kündigung vor Ablauf der zweijährigen Frist ist - unter der Voraussetzung, dass ein sachlich hinreichender Kündigungsgrund nach Art. 10 Abs. 3 BPG vorliegt - sodann gemäss Art. 31a Abs. 4 BPV möglich, wenn der Arbeitnehmer seine Mitwirkung an den Eingliederungsmassnahmen nach Art. 11a BPV

verweigert. 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 (BVG 2017 I/1 E. 9.1.3.3 f.; Urteile des BVGer A-2360/2020 vom 12. Oktober 2020 E. 5.3.2; A-3627/2018 vom 14. März 2019 E. 6.2.2; A-5819/2016 vom 22. November 2017 E. 4.5.1 ff.).

E. 9.3

Die 180-tägige Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR endete Ende April 2021 und ist somit abgelaufen. Aufgrund des fehlenden sachlich hinreichenden Kündigungsgrunds nach Art. 10 Abs. 3 BPG (siehe oben E. 8) fällt die Anwendbarkeit von Art. 31a Abs. 4 BPV, wonach eine Kündigung bereits vor Ablauf der zwei jährigen Frist möglich ist, wenn der Arbeitnehmer ihre Mitwirkung an den Eingliederungsmassnahmen nach Art. 11a BPV verweigert, ohnehin ausser Betracht.

E. 9.4

Eine Verletzung der zweijährigen Sperrfrist von Art. 31a Abs. 1 BPV führt im Unterschied zur Kündigung während der Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR - die wie dargelegt nicht vorliegt - nicht zu einer «nichtigen» respektive qualifiziert rechtswidrigen Kündigung mit der Rechtsfolge eines Anspruchs auf Weiterbeschäftigung (vgl. Art. 34c Abs. 1 Bst. c BPG). Vielmehr führt die Verletzung der Sperrfrist nach Art. 31a Abs. 1 BPV dazu, dass das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der rechtmässigen Kündigungsfrist zu erstrecken ist (Art. 34b Abs. 1 Bst. c BPG; Urteile des BVGer A-2116/2021 vom 22. April 2022 E. 5.7; A-2360/2020 vom 12. Oktober 2020 E. 6; A-5819/2016 vom 22. November 2017 E. 4.4). Im Falle eines Wegfalls der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit während der zweijährigen Frist ist das Arbeitsverhältnis folglich gemäss Art. 34b Abs. 1 Bst. c BPG bis zum Ende der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit und der darauffolgenden rechtmässigen Kündigungsfrist zu erstrecken.

E. 9.5

Der Beschwerdeführer war gemäss dem nachträglich eingereichten und vom Bundesverwaltungsgericht angeforderten Arztbericht des behandelnden Arztes (datiert vom 3. Februar 2023) bis Ende Mai 2021 krankheitsbedingt arbeitsunfähig. Die Kündigungsfrist beträgt drei Monate (vgl. Art. 30a Abs. 2 Bst. b BPV). Im Falle einer generellen Arbeitsunfähigkeit - und somit der Anwendbarkeit der zweijährigen Sperrfrist gemäss Art. 31a Abs. 1 BPV - würde das Arbeitsverhältnis folglich bis Ende August 2021 erstreckt werden. Infolgedessen hätte eine Erstreckung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 34b Abs. 1 Bst. c BPG aufgrund der attestierten Arbeitsfähigkeit für eine andere zumutbare andere Stelle ab 1. Juni 2021 die gleiche Konsequenz wie die ausgesprochene ordentliche Kündigung auf Ende August 2021, nämlich einen Lohnanspruch des Beschwerdeführers bis Ende August 2021. Aufgrund des Gesagten kann somit offenbleiben, ob eine arbeitsplatzbezogene oder eine generelle Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers vorliegt.

E. 10

Der Beschwerdeführer stellt im Subeventualbegehren den Antrag, es seien ihm die geleisteten Überstunden ausbezahlt.

E. 10.1

Wie soeben erläutert wurde, kann offenbleiben, ob es sich bei der Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers bis Ende Mai 2021 um eine generelle oder um eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit handelte. In beiden Fällen ist die Lohnzahlung bis Ende August 2021 geschuldet. Da der Beschwerdeführer ab Anfang Juni 2021 jedenfalls zumindest wieder für einen anderen zumutbaren Arbeitgeber als den bisherigen (Arztbericht des behandelnden Arztes vom 3. Februar 2021) arbeitsfähig war, konnte ihm folglich ab diesem Zeitpunkt zugemutet werden, die Stellensuche für eine andere Arbeitsstelle aufzunehmen (vgl. oben E. 9.2). Auch steht die vom betreuenden Arzt attestierte arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit ab Anfang Juni dem Ferienbezug in natura während der Kündigungsfrist nicht entgegen (Urteil des BGer 4A_391/2016 vom 8. November 2016 E. 6.2; Abegg/Bernauer in: Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875 - 2020), 10. Aufl. 2021 N. 2 zu Art. 329 OR). Während der dreimonatigen Kündigungsfrist von Anfang Juni bis Ende August hat der Beschwerdeführer - analog wie wenn eine Freistellung vorliegen würde - keine Arbeitsleistung erbracht. Er konnte sich folglich während der dreimonatigen Kündigungsfrist uneingeschränkt um die Stellensuche kümmern. Infolgedessen ist es angezeigt, nachfolgend für die Frage, ob dem Beschwerdeführer nach Abzug der geleisteten Überzeit noch genügend Zeit für die Stellensuche zur Verfügung stand, die Rechtslage zur vergleichbaren Situation der Freistellung während der Kündigungsfrist heranzuziehen.

E. 10.2

Art. 65 Abs. 4 BPV sieht den Ausgleich von Überzeit durch Freizeit von gleicher Dauer vor, wobei der Zeitpunkt des Ausgleichs durch den Vorgesetzten zu bestimmen ist, sofern keine Einigung mit dem Angestellten zustande kommt (vgl. zu den Begrifflichkeiten «Überstunden» und «Überzeit» oben E. 6.7.2). Eine Barvergütung ist gemäss Art. 65 Abs. 5 BPV nur vorgesehen, wenn ein Ausgleich durch Freizeit nicht möglich ist. Dasselbe gilt im Übrigen auch in Bezug auf Arbeitsverhältnisse mit vereinbarter Gleitzeit. Die Zeitautonomie des Arbeitnehmers korreliert mit seiner Verpflichtung, allfällige Mehrstunden innert nützlicher Frist wieder abzubauen. Eine Entschädigung ist lediglich dann geschuldet, wenn betriebliche Bedürfnisse oder anderslautende Weisungen des Arbeitgebers den zeitlichen Ausgleich des Gleitzeitaldos nicht mehr zulassen beziehungsweise zugelassen haben (Urteil des BVer A-3912/2016 vom 14. November 2016 E. 8.2). Darin liegt ein bedeutender Unterschied zur Überstundenregelung im OR, wonach gemäss Art. 321c Abs. 2 und 3 OR der umgekehrte Grundsatz, dass Überstunden durch Lohn zu entschädigen sind, gilt (vgl. Wolfgang Portmann, Zum Inkrafttreten des Bundespersonalgesetzes und der Bundespersonalverordnung Darstellung einiger Schwerpunkte mit Hinweisen zur obligationenrechtlichen Regelung des Arbeitsvertrages, Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung [ARV] 2001 S. 183). Die Barvergütung von Überzeitarbeitern und Gleitzeitguthaben ist analog den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zur Abgeltung von Ferien zu beurteilen (Urteil des BVer A-3912/2016 vom 14. November 2016 E. 8.2; vgl. Helbling, a.a.O. N. 28 zu Art. 17 BPG). Aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers (vgl. Art. 20 Abs. 1 BPG) ergibt sich auch während einer Freistellung bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses das Gebot, dem Arbeitgeber nutzlos entstehende Kosten in zumutbarem Umfang zu mindern. Stehen dem Arbeitnehmer freie Tage zur Verfügung, die er als Überzeitkompensation nutzen kann, so soll er sie entsprechend verwenden, so dass sich dadurch sein Anspruch gegenüber dem

Arbeitgeber vermindert und diesem weniger Kosten entstehen. Dies gilt auch ohne eine entsprechende, ausdrückliche Weisung des Arbeitgebers. Das Abgeltungsverbot ist indessen im Einzelfall in Berücksichtigung der konkreten Umstände einzuschränken. So ist die geleistete Überzeit in Geld abzugelten, wenn deren Bezug in der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbleibenden Zeit nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Dabei spielt eine Rolle, dass der Arbeitnehmer gemäss Art. 6 Abs. 2 BPG in Verbindung mit Art. 329 Abs. 3 OR in dieser Zeit die Möglichkeit haben muss, nach einer neuen Stelle zu suchen. Diesem Anspruch des Arbeitnehmers kommt Vorrang gegenüber der Kompensation von Überzeit beziehungsweise dem Ferienbezug zu, weshalb das Abgeltungsverbot insoweit eingeschränkt wird. Massgebend ist das Verhältnis der Freistellungsdauer zur Anzahl der geleisteten Überzeit beziehungsweise der offenen Ferientage im Einzelfall (Urteil des BGer 8C_775/2021 vom 21. November 2022 E. 11; BGE 128 III 271 E. 4a; Urteil des BVGer A-5345/2020 vom 13. Oktober 2021 E. 12 und A-5318/2020 vom 13. Oktober 2021 E. 11). Eine feste Verhältniszahl lässt sich dabei allerdings nicht definieren. Wie viel Zeit für die Stellensuche aufzuwenden ist, hängt letztlich von den persönlichen Umständen des Arbeitnehmers und dem aktuellen Arbeitsmarkt ab und ist einzelfallabhängig zu beurteilen (Urteile des BGer 4A_381/2020 vom 22. Oktober 2020 E. 6; 4A_38/2020 vom 22. Juli 2020 E. 6; 4A_178/2017 vom 14. Juni 2018 E. 8; Urteile des BVGer A-5318/2020 vom 13. Oktober 2021 E. 11 und A-5345/2020 vom 13. Oktober 2021 E. 12).

E. 10.3

Der Beschwerdeführer hatte gemäss der dokumentierten Zeiterfassung (Beilage 5 Beschwerdeschrift) per Ende Oktober 2020 einen Überzeitsaldo von 180 Stunden. Bei einer Sollarbeitszeit von 8.18 Stunden pro Tag entspricht dies 22 Arbeitstagen. Zieht man von den insgesamt 66 Arbeitstagen, die während der dreimonatigen Kündigungsfrist von Anfang Juni 2021 bis Ende August 2021 zur Verfügung standen, 22 Tage ab, verbleiben dem Beschwerdeführer 44 Tage für die Suche einer neuen Arbeitsstelle.

E. 10.4

Selbst wenn bei obgenannter Berechnung die verbleibenden Ferientage des Beschwerdeführers miteinbezogen werden würden, hätte er noch genügend Tage während der Kündigungsfrist zur Verfügung gehabt, die er für die Stellensuche nutzen können. Sein Feriensaldo betrug per Ende Oktober 2020 8.5 Tage für das Jahr 2020 (Beilage 5 Beschwerdeschrift). Da er ab diesem Zeitpunkt und bis zum Ende der Kündigungsfrist arbeitsunfähig war (gemäss Arztbericht vom 3. Februar 2023 ab dem 1. Juni nur noch arbeitsplatzbezogen), findet Art. 67a Abs. 1 Bst. a BPV Anwendung, wonach Ferien im Verhältnis zur Dauer der Abwesenheit gekürzt werden, wenn die angestellte Person die Arbeit während eines Kalenderjahres länger als insgesamt 66 Arbeitstage aussetzt. Dem Beschwerdeführer bleiben nach Kürzung des Ferienanspruchs gemäss Art. 67a Abs. 2 und 3 BPV 6.5 Tage für das Jahr 2021. Insgesamt ergibt sich demnach ein Feriensaldo von 15 Tagen. Infolgedessen bleiben dem Beschwerdeführer, selbst beim Bezug der verbleibenden Ferientage, 29 Tage und somit mehr als ein Monat Zeit für die Suche nach einer neuen Arbeitsstelle. Dies erscheint insbesondere angesichts des jungen Alters des Beschwerdeführers (Jahrgang 1985) und der für Arbeitnehmer sehr günstigen Arbeitsmarktsituation im Bereich der Informatikbranche als genügend. Dem Beschwerdeführer war es damit zumutbar, die Überzeitkompensation und die verbleibenden Ferientage während der ordentlichen Kündigungsfrist von drei Monaten zu beziehen. Sein Begehren, die geleistete Überzeit auszuzahlen, ist abzuweisen.

E. 11.1

Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist in personalrechtlichen Angelegenheiten für den Beschwerdeführer unabhängig vom Ausgang des Verfahrens, ausser bei Mutwilligkeit, kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG). Der unterliegenden Vorinstanz sind ebenfalls keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

E. 11.2

Dem teilweise obsiegenden Beschwerdeführer steht zu Lasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung 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]). Mit Blick auf den Verfahrensausgang erscheint es angemessen, ihm eine um die Hälfte reduzierte Entschädigung zuzusprechen. Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (vgl. Art. 8 ff. VGKE). Wird wie vorliegend keine Kostennote eingereicht, setzt das Gericht die Parteientschädigung aufgrund der Akten fest (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

E. 11.3

In Anbetracht des mutmasslichen Arbeits- und Zeitaufwands des Verfahrens erscheint ein Honorar von Fr. 5'000.- (inkl. Auslagen) als angemessen. Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer demnach eine (reduzierte) Parteientschädigung von Fr. 2'500.- (inkl. Auslagen) zu bezahlen. Dieser Betrag ist der Vorinstanz zur Bezahlung nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils aufzuerlegen. Keine Parteientschädigung ist der Vorinstanz zuzusprechen (Art. 7 Abs. 3 VGKE). (Dispositiv nächste Seite)

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