

34

Auszug aus dem Urteil der Abteilung I
i. S. A. gegen Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD) und
Oberzolldirektion (OZD)
A-499/2007 vom 20. September 2007

Bundespersonal. Kündigung zur Unzeit. Kündigung wegen Untauglichkeit.

Art. 14 Abs. 1 Bst. b und c, Art. 12 Abs. 6 Bst. c BPG. Art. 336c OR.

1. Es ist kein neues Einspracheverfahren nach Art. 14 Abs. 1 BPG durchzuführen, wenn der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund für eine Kündigung erst während des Beschwerdeverfahrens eingetreten ist (E. 4).
2. Eine Kündigung ist nur dann im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Bst. c BPG nichtig, wenn sie während einer der in Art. 336c Abs. 1 OR vorgesehenen Sperrfristen ausgesprochen worden ist und der Nichtigkeitsgrund somit im Zeitpunkt der Kündigung bereits gegeben war. Die Kündigung vor dem Beginn einer Sperrfrist führt auch im Bundespersonalrecht zur Verlängerung der Kündigungsfrist gemäss Art. 336c Abs. 2 OR (E. 6).
3. Im vorliegenden Fall ist die Kündigung nach rund fünfmonatiger Arbeitsunfähigkeit infolge psychischer Erkrankung unverhältnismässig. Es liegt daher keine Untauglichkeit im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. c BPG vor, und die Kündigung ist im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Bst. b BPG nichtig (E. 7.2–7.5).

Personnel fédéral. Résiliation en temps inopportun. Résiliation pour incapacité.

Art. 14 al. 1 let. b et c, art. 12 al. 6 let. c LPers. Art. 336c CO.

1. Il n'y a pas lieu d'entreprendre une nouvelle procédure d'opposition suivant l'art. 14 al. 1 LPers lorsque la cause de nullité invoquée pour la résiliation est intervenue seulement lors de la procédure de recours (consid. 4).
2. Une résiliation est nulle au sens de l'art. 14 al. 1 let. c LPers seulement lorsqu'elle a été prononcée pendant une des périodes prévues par l'art. 336c al. 1 CO et que la cause de nullité existait déjà au moment de la résiliation. Le congé donné avant

l'une de ces périodes provoque, également en droit du personnel fédéral, une prolongation du délai de congé en vertu de l'art. 336c al. 2 CO (consid. 6).

- 3. En l'espèce, la résiliation après une incapacité de travail d'environ cinq mois à la suite d'une maladie psychiatrique viole le principe de la proportionnalité. Il n'existe par conséquent pas d'aptitudes insuffisantes au sens de l'art. 12 al. 6 let. c LPers; la résiliation est ainsi nulle au sens de l'art. 14 al. 1 let. b LPers (consid. 7.2–7.5).**

Personale federale. Risoluzione del rapporto di lavoro in tempo inopportuno. Disdetta per inattitudine.

Art. 14 cpv. 1 lett. b e c, art. 12 cpv. 6 lett. c LPers. Art. 336c CO.

- 1. Non è necessario promuovere una procedura d'opposizione secondo l'art. 14 cpv. 1 LPers allorquando il motivo di nullità fatto valere per una disdetta è sopraggiunto soltanto durante la procedura di ricorso (consid. 4).**
- 2. Una disdetta è nulla ai sensi dell'art. 14 cpv. 1 lett. c LPers solo se è stata pronunciata durante uno dei periodi previsti dall'art. 336c cpv. 1 CO e il motivo di nullità esisteva già al momento della risoluzione. La disdetta data prima dell'inizio di uno di questi periodi comporta anche nel diritto in materia di personale federale una proroga del termine di disdetta secondo l'art. 336c cpv. 2 CO (consid. 6).**
- 3. Nel caso di specie, la risoluzione del rapporto di lavoro dopo circa cinque mesi d'incapacità lavorativa in seguito a una malattia psichica è sproporzionata. Non v'è pertanto inattitudine ai sensi dell'art. 12 cpv. 6 lett. c LPers e la disdetta è nulla ai sensi dell'art. 14 cpv. 1 lett. b LPers (consid. 7.2–7.5).**

A. war seit dem 1. Januar 2002 bei der Eidgenössischen Zollverwaltung (EZV) im Grenzwachtkommando (GWK) X. in Y. im Personalbereich tätig, anfänglich mit befristeter Anstellung als Personalassistentin in Lohnklasse 8 und ab Oktober 2002 in unbefristeter Anstellung als Bürochefin Personalgewinnung in der Lohnklasse 16.

Per 1. Januar 2006 wurden im Rahmen eines Projekts « Neuorganisation HR » infolge der Aufgabenverzichtplanung im Bereich Logistik die Personaldienste der Grenzwachtkommandi mit jenen der Kreisdirektionen in

neuen Human-Resources-Zentren (HR-Zentren) zusammengelegt. A. wurde im Hinblick auf diese Reorganisation ein neuer Arbeitsvertrag als HR-Sachbearbeiterin in Lohnklasse 17 im HR-Zentrum Y. angeboten. Bei dieser Zuordnung handelte es sich um eine sogenannte «Juniorklasse» für Mitarbeitende ohne den Abschluss als Personalfachperson mit eidgenössischem Fachausweis. Es war vorgesehen, dass A. nach Abschluss der entsprechenden Ausbildung in die «Seniorklasse» 19 eingereiht werden sollte.

A. lehnte in der Folge den angebotenen Arbeitsvertrag mit Lohnklasse 17 ab und verlangte eine Zuordnung ihrer Stelle zur Lohnklasse 19. Am 30. März 2006 verfügte die EZV allerdings die Neuunterstellung von A. in das HR-Zentrum Y. mit Lohnklasse 16 und bei gleichbleibendem Lohn im Sinne des bisherigen Arbeitsvertrages unter gleichzeitigem Rückzug des Junior-Arbeitsvertrags. A. erhob gegen diese Verfügung am 12. Mai 2006 Beschwerde beim Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD), welche am 5. Dezember 2006 abgewiesen wurde. Mit Eingabe vom 18. Januar 2007 führt A. dagegen Beschwerde wegen Lohndiskriminierung beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer). Dieses Verfahren wird separat unter der Verfahrensnummer A-500/2007 geführt.

Das neue HR-Zentrum Y. nahm seine Tätigkeit per 1. Januar 2006 auf, die Arbeitsplätze der früheren Personalsachbearbeitenden des GWK X. verblieben jedoch vorerst noch in den bisherigen Räumlichkeiten. Am 12. Mai 2006 eröffnete der Leiter des HR-Zentrums Y. A., dass am 2. Juni 2006 der Umzug der Arbeitsplätze und der Büros in die neuen Räumlichkeiten erfolgen werde.

Seit dem 15. Mai 2006 ist A. durchgehend zu 100 % krank geschrieben. Am 7. Juli 2006 bestätigte der von der EZV beigezogene Medical Service eine Erkrankung aus dem psychischen Formenkreis. Derzeit sei eine Rückkehr an den neuen Arbeitsplatz nicht oder nur beschränkt möglich.

Mit Verfügung vom 7. September 2006 kündigte die EZV das Arbeitsverhältnis mit A. per Ende Dezember 2006 wegen Untauglichkeit; einer allfälligen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

A. reichte am 9. Oktober 2006 beim EFD eine Beschwerde gegen die Kündigungsverfügung ein. Gleichentags erhob sie auch Einsprache bei der EZV und machte die Nichtigkeit der Kündigung geltend. Daraufhin verlangte die EZV am 16. Oktober 2006 beim EFD die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung vom 7. September 2006.

Das EFD vereinigte das Beschwerde- und das Einspracheverfahren am 27. Oktober 2006 zu einem einzigen Verfahren. Mit Entscheid vom 5. De-

zember 2006 wies es in der Folge die Beschwerde von A. ab und hiess das Gesuch der OZD um Feststellung der Gültigkeit der Kündigung gut. Zudem wurde einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen.

Gegen den Entscheid des EFD hat A. (Beschwerdeführerin) am 18. Januar 2007 beim BVGer Beschwerde einlegen lassen. Sie verlangt die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sowie die Aufhebung des Entscheids des EFD (Vorinstanz) vom 5. Dezember 2006 unter Erklärung der Nichtigkeit der Kündigung. Eventuell sei der Entscheid aufzuheben und festzustellen, dass die Kündigung (erst) per 31. Januar 2008 gültig sei.

Die Vorinstanz beantragt in ihrer Stellungnahme vom 15. Februar 2007 die Abweisung der Beschwerde wie auch des Gesuchs um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

Das BVGer heisst die Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

4. Mit Arztzeugnis vom 26. Dezember 2006, also kurz vor Ablauf der Kündigungsfrist am 31. Dezember 2006, ist bei der Beschwerdeführerin eine Schwangerschaft ärztlich bestätigt worden. Als voraussichtlicher Geburtstermin ist der 2. September 2007 errechnet worden. Es stellt sich aus diesem Grund die Frage, inwiefern sich diese gegenüber dem vorinstanzlichen Verfahren neue Tatsache verfahrensrechtlich auswirkt.

4.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, mit der Mitteilung der Schwangerschaft an ihre Arbeitgeberin im Dezember 2006 habe sie sinn-gemäss die Nichtigkeit der Kündigung gemäss Art. 14 Abs. 1 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) geltend gemacht. Deshalb müsste der Arbeitgeber nun grundsätzlich erneut die Beschwerdeinstanz (Vorinstanz) gemäss Art. 14 Abs. 2 BPG anrufen. Da diese die Kündigung mit Entscheid vom 5. Dezember 2006 bereits bestätigt habe, müsse die Frage der Nichtigkeit nun vom Gericht beurteilt werden. Die Vorinstanz bringt in diesem Zusammenhang vor, es sei verfahrensrechtlich nicht möglich, in einem laufenden Beschwerdeverfahren ein neues Einspracheverfahren zu lancieren.

4.2 Nach Art. 14 Abs. 1 Bst. c BPG kann eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer innert 30 Tagen nach Kenntnisnahme eines mutmasslichen Nichtigkeitsgrundes beim Arbeitgeber schriftlich geltend machen, die Kündigung sei nichtig, weil sie zur Unzeit nach Art. 336c des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) erfolgt sei. Verlangt der Ar-

beitgeber sodann gemäss Art. 14 Abs. 2 BPG nicht innert 30 Tagen nach Eingang der geltend gemachten Nichtigkeit die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung, so ist diese nichtig und die betroffene Person wird mit der bisherigen oder einer anderen zumutbaren Arbeit weiterbeschäftigt. Art. 14 Abs. 1 BPG beinhaltet demzufolge einen provisorischen Kündigungsschutz, der jedoch dahinfällt, sobald der Arbeitgeber seinerseits im Sinne von Art. 14 Abs. 2 BPG tätig wird. Ab diesem Zeitpunkt sind die Möglichkeiten dieses besonderen Einspracheverfahrens erschöpft und die Kündigung ist im üblichen Rahmen eines Beschwerdeverfahrens zu überprüfen (Urteil des BVGer A-385/2007 vom 29. März 2007 E. 4.1.2). Das Einspracheverfahren gemäss Art. 14 Abs. 2 BPG und das anschliessende Verfahren zur Feststellung der Gültigkeit der Kündigung sind hier bereits abgeschlossen. Somit ist die Frage der Nichtigkeit der angefochtenen Kündigung im vorliegenden Beschwerdeverfahren vom BVGer zu beantworten. Die Beschwerdeführerin bestreitet die entsprechende Zuständigkeit auch nicht grundsätzlich. Es ist hier aber klarzustellen, dass einerseits neue Tatsachen im Rahmen des Streitgegenstandes jederzeit, also auch im laufenden Verfahren, vorgebracht werden können (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 615; ANDRÉ MOSER, in ANDRÉ MOSER/PETER UEBERSAX, *Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen*, Basel 1998, Rz. 2.80). Andererseits wäre ein neues Einspracheverfahren infolge des Grundsatzes von Art. 54 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wonach die Behandlung der Sache, die Gegenstand der mit Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet, mit Einreichung der Beschwerde auf die Beschwerdeinstanz übergeht, auch gar nicht zulässig.

5. Das BVGer überprüft die bei ihm angefochtenen Verfügungen und Entscheide mit uneingeschränkter Kognition. Gerügt werden kann nicht nur die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Art. 49 Bst. a VwVG) oder die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG), sondern auch die Unangemessenheit der angefochtenen Verfügung oder des Entscheides (Art. 49 Bst. c VwVG). Die Beschwerdeinstanz überprüft demnach nicht nur, ob die Verwaltung bei ihrem Entscheid im Rahmen ihres Ermessens geblieben ist, sondern grundsätzlich auch, ob sie eine dem Sachverhalt angemessene Lösung getroffen hat, mithin nicht bloss rechtlich, sondern ebenfalls sachlich richtig entschieden hat (FRITZ GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2. Aufl., Bern 1984, S. 315; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 633 ff.). Bei der Prüfung der Angemessenheit auferlegt sich das BVGer – wie zuvor auch die Eidgenössische Per-

sonalrekurskommission (PRK) – indes eine gewisse Zurückhaltung, soweit es um die Leistungsbeurteilung von Bediensteten, um verwaltungsorganisatorische Fragen oder um Probleme der betriebsinternen Zusammenarbeit und des Vertrauensverhältnisses geht. Es entfernt sich insofern im Zweifel nicht von der Auffassung der Vorinstanz und setzt nicht an deren Stelle sein eigenes Ermessen (vgl. Entscheid der PRK vom 24. November 1999, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 64.39 E. 3a; MOSER, a.a.O., Rz. 2.62 mit Hinweisen; ULRICH ZIMMERLI/WALTER KÄLIN/REGINA KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2004, S. 93).

6. Nach dem zuvor Ausgeführten (E. 4) ist zu prüfen, wie sich die neue Tatsache der Schwangerschaft der Beschwerdeführerin in materiellrechtlicher Hinsicht auf den Bestand der Kündigung auswirkt.

6.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die Kündigung mit der Schwangerschaft nichtig geworden sei und somit zu gegebener Zeit wiederholt werden müsste. Nach Art. 14 Abs. 1 Bst. c BPG sei eine Kündigung nichtig, wenn sie zur Unzeit (im Sinne von Art. 336c OR) erfolgt sei, weshalb einer Arbeitnehmerin während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft nicht gekündigt werden dürfe. Im Unterschied zum Obligationenrecht unterscheide das Bundespersonalrecht bei den Rechtsfolgen allerdings nicht zwischen Kündigungen, die *vor* und solchen, die *während* der Sperrfrist ausgesprochen worden seien. Auch wenn in der Literatur die Ansicht vertreten werde, dass die im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis geltende Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und einer blossen Verlängerung der Sperrfrist (Art. 336c Abs. 2 OR) auch für das BPG Anwendung finden müsse, gebiete das im öffentlichrechtlichen Recht streng angewandte Legalitätsprinzip in jedem Fall die Nichtigkeit der Kündigung.

6.2 Die Vorinstanz macht demgegenüber geltend, mit dem Eintritt der Schwangerschaft werde die bereits viel früher ausgesprochene Kündigung keineswegs nichtig. Die laufende Kündigungsfrist werde durch die Schwangerschaft nur unterbrochen und die Kündigung bleibe gültig. Lediglich das Ende der Kündigungsfrist werde dadurch hinausgeschoben. Es bestehe kein Grund für eine vom OR abweichende Regelung, denn Art. 14 Abs. 1 Bst. c BPG verweise auf die Rechtsfolgen von Art. 336c OR. Zum selben Ergebnis führe Art. 6 Abs. 2 BPG, der das OR für anwendbar erkläre, soweit der Gesetzgeber nichts Abweichendes vorgesehen habe. Eine Spezialregelung sei vorliegend jedoch nicht gegeben.

6.3 Zu klären ist somit die Bedeutung von Art. 14 Abs. 1 Bst. c BPG für Fälle, in denen eine Kündigung vor Beginn einer Sperrfrist im Sinne von

Art. 336c Abs. 1 OR, insbesondere dessen Bst. c, ausgesprochen worden ist. Der Wortlaut von Art. 14 Abs. 1 Bst. c BPG hält fest, dass die Arbeitnehmenden gegenüber ihren Arbeitgebern geltend machen können, eine Kündigung sei nichtig, weil sie « zur Unzeit nach Artikel 336c OR erfolgt ist ». Art. 336c OR regelt jedoch nicht nur die Fälle von Nichtigkeit, sondern sieht in Abs. 2 verschiedene Rechtsfolgen vor, falls eine Kündigung in irgendeiner Form mit einer der in Abs. 1 genannten Sperrfristen zusammentrifft: Eine Kündigung während einer der Sperrfristen ist nach dem Obligationenrecht nichtig, eine Kündigung hingegen, die vor Beginn einer Sperrfrist ausgesprochen worden ist, führt nur zu einer Unterbrechung der Kündigungsfrist und nach Beendigung der Sperrfrist zu deren Fortsetzung (BGE 128 II 212 E. 3a, BGE 113 II 259 E. 2a; vgl. auch ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR*, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, N 10 zu Art. 336c OR; JÜRGEN BRÜHWILER, *Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1996, Ziff. I zu Art. 336c OR; MANFRED REHBINDER, in: *Berner Kommentar, Rz. 6 ff. zu Art. 336c OR*).

In der Literatur wird nun teilweise die Meinung vertreten, Art. 14 Abs. 1 Bst. c BPG sehe diese von Art. 336c OR vorgesehene Unterscheidung in Bezug auf die Rechtsfolgen einer Kündigung zur Unzeit nicht vor. Eine Kündigung sei nach dem Wortlaut von Art. 14 Abs. 1 Bst. c BPG auch dann nichtig, wenn sie vor Beginn einer Sperrfrist ausgesprochen worden und die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen sei (HARRY NÖTZLI, *Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht*, Bern 2005, Rz. 233 f. mit Verweis auf WOLFGANG PORTMANN, *Überlegungen zum bundespersonalrechtlichen Kündigungsschutz*, *LeGes – Gesetzgebung & Evaluation* 2002/2, S. 55 ff.). Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden: Aus dem Wortlaut von Art. 14 Abs. 1 Bst. c BPG kann nicht geschlossen werden, dass eine Kündigung zur Unzeit im Sinne von Art. 336c OR im öffentlichen Dienstrecht in jedem Falle die Nichtigkeit zur Folge haben soll. Die Vorschrift ermöglicht es dem Arbeitnehmenden wörtlich nur – aber immerhin – das in Art. 14 Abs. 1 BPG vorgesehene besondere Einspracheverfahren einzuleiten, sofern aus seiner Sicht ein von Art. 336c OR definierter Nichtigkeitsfall vorliegt. Aus Art. 14 Abs. 1 Bst. c BPG lässt sich jedoch nicht herauslesen, dass die von Art. 336c Abs. 2 (2. Teilsatz) OR vorgesehene Bedingung für einen Nichtigkeitsfall, nämlich das Aussprechen einer Kündigung während einer der beschriebenen Sperrfristen, im Bundespersonalrecht nicht erfüllt sein müsste. Somit muss auch im öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnis nach BPG der Nichtigkeitsgrund bereits im Zeitpunkt der Kündigung bestanden haben. Eine Kündigung vor Beginn einer Sperrfrist stellt demgegenüber eine Konstel-

lation mit einer anderen Rechtsfolge als die Nichtigkeit – die Unterbrechung der Kündigungsfrist – dar. Diese ist von Art. 14 Abs. 1 BPG nicht erfasst.

Eine gegenteilige Auslegung wäre nur dann zulässig, wenn der Gesetzgeber in Art. 14 Abs. 1 Bst. c BPG im Sinne von Art. 6 Abs. 2 BPG eine vom OR abweichende Regelung hätte treffen wollen. Aus den Materialien zum BPG ist kein Hinweis auf eine solche Absicht des Gesetzgebers ersichtlich, sondern im Gegenteil hatte der Bundesrat in seiner Botschaft an das Parlament in diesem Zusammenhang festgehalten, dass « die Nichtigkeitsgründe des OR auch für das Arbeitsverhältnis im Bund gelten » (Botschaft zum Bundespersonalgesetz [BPG] vom 14. Dezember 1998, BBl 1999 II 1597, S. 1616). Zu den Fällen der blossen Unterbrechung der Kündigungsfrist hat sich der Bundesrat zwar nicht direkt geäussert, es lässt sich aus dieser Aussage aber eindeutig schliessen, dass er für das BPG keine weiteren Nichtigkeitsgründe als die im OR vorgesehenen verankern wollte. Aus den Protokollen der Eidgenössischen Räte ergibt sich ebenfalls kein Indiz für weitergehende Nichtigkeitsgründe (vgl. insbesondere Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 1999 N 2072 ff., AB 1999 S 1093 f.).

Somit ist im Ergebnis festzuhalten, dass Art. 14 Abs. 1 Bst. c BPG zur Rechtsfolge einer Kündigung, die vor Beginn einer der Sperrfristen erfolgt ist, gar keine Aussage macht (vgl. dazu auch den Entscheid der PRK vom 14. Mai 2004, veröffentlicht in VPB 68.152 E. 6b.bb). Auf einen solchen, im BPG nicht geregelten Fall ist nach Art. 6 Abs. 2 BPG die jeweils einschlägige Bestimmung des OR anwendbar. Vorliegend kommt demnach Art. 336c Abs. 2 (2. Teilsatz) OR zur Anwendung, wonach eine Kündigung vor einer gesetzlich festgelegten Sperrfrist zur Verlängerung der Kündigungsfrist führt.

Die im vorliegenden Fall nach ausgesprochener Kündigung eingetretene Schwangerschaft der Beschwerdeführerin macht die Kündigung daher nicht nichtig, sondern die Kündigungsfrist verlängert sich nach Art. 336c Abs. 2 (2. Teilsatz) OR i.V.m. Art. 336c Abs. 1 Bst. c und Abs. 3 OR bis zum Monatsende nach der Beendigung der 16 Wochen nach der Geburt, vorliegend also voraussichtlich bis Ende Januar 2008, sofern keine anderen, im Folgenden zu behandelnden (vgl. E. 7) Nichtigkeitsgründe gegeben sein sollten.

7. Die EZV wie auch die Vorinstanz haben als Kündigungsgrund die Untauglichkeit infolge lang andauernder Krankheit der Beschwerdeführerin angegeben. Es ist im Folgenden zu prüfen, ob die Kündigung begründet ist im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 12 Abs. 6 Bst. c BPG.

7.1 Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, es sei stossend, ihr unmittelbar nach Ablauf der bei Krankheit gemäss Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR geltenden Sperrfrist von 90 Tagen zu kündigen. Sinngemäss wird vorgebracht, dass die Annahme der Untauglichkeit nach dieser Krankheitsdauer im öffentlichen Dienstrecht unverhältnismässig sei. Besonders stossend sei, dass die Kündigung ausgesprochen worden sei, obwohl die zuständigen Ärzte einen direkten Kausalzusammenhang zwischen dem Lohnstreit und der (psychischen) Erkrankung der Beschwerdeführerin (vgl. Sachverhalt) festgestellt hätten. Auch sei die vom vertrauensärztlichen Dienst, dem Medical Service, angeregte Mediation nicht einmal eingeleitet worden.

Die Vorinstanz bringt demgegenüber vor, dass die Prognosen sowohl des Medical Service wie auch des Hausarztes der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Kündigung keine baldige Rückkehr an den Arbeitsplatz erhoffen liessen. Inzwischen (d. h. bei Erlass des angefochtenen Entscheids am 5. Dezember 2006) habe sich die Prognose bestätigt, da die Beschwerdeführerin seit bald einem Jahr vollständig arbeitsunfähig sei.

7.2 Eine Angestellte ist dann nicht geeignet oder untauglich im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. c BPG, wenn sie aus objektiven Gründen, die mit ihrer 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. Dabei sind etwa gesundheitliche Probleme, ungenügende Fachkompetenz, fehlende Integration und Dynamik sowie mangelnde Intelligenz deutliche Indizien einer bestehenden Untauglichkeit oder Ungeeignetheit (NÖTZLI, a.a.O., Rz. 202).

7.2.1 Generell dürfen mangelnde Eignung oder Tauglichkeit nicht leichthin angenommen werden, denn gemäss Art. 19 Abs. 1 BPG muss der Arbeitgeber alle sinnvollen Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung ausschöpfen, bevor er Angestellten ohne deren Verschulden kündigt. Somit ist der Arbeitgeber unter dem Aspekt des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) verpflichtet, den erst nach der Probezeit festgestellten Mangel vorab etwa durch entsprechende Weiterbildung des bzw. der Angestellten zu beheben oder das Arbeitsverhältnis so umzugestalten, dass der oder die Angestellte den Anforderungen zu genügen vermag (Botschaft BPG, a.a.O., S. 1614; NÖTZLI, a.a.O., Rz. 203). Erst wenn auch diese oder ähnliche Massnahmen versagen, darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ordentlich kündigen.

7.2.2 Aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit folgt im Besonderen auch, dass in Krankheitsfällen nur dann von einer mangelnden Tauglich-

keit ausgegangen werden kann, wenn dieser Zustand über einen längeren Zeitraum andauert und absehbar ist, das er innert angemessener Frist keine Besserung erfährt (Entscheid der PRK 2006-012 vom 20. September 2006 E. 4.b). Die Bundespersonalgesetzgebung definiert entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin keine bestimmte Krankheitsdauer als angemessene Frist. Eine solche ist insbesondere auch nicht in der von Art. 56 Abs. 1 und 2 der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV, SR 172.220.111.3) vorgesehenen Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Krankheit und Unfall von regulär insgesamt zwei Jahren (1. Jahr: 100 % Lohn, 2. Jahr: 90 % Lohn) zu sehen. Zwar zeigt sich in dieser Bestimmung einmal mehr der bereits zuvor erwähnte Grundsatz, dass der Arbeitgeber Bund nicht leichtthin die Annahme treffen darf, eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer sei dauerhaft nicht mehr zur vereinbarten Arbeitsleistung fähig (E. 7.2.1). In den Erläuterungen des Eidgenössischen Personalamts zur Bundespersonalverordnung wird dazu ausserdem erklärt, dass nach zwei Jahren beurteilt werden könne, ob jemand wieder in den Arbeitsprozess integriert werden könne (vgl. auch den Entscheid der PRK vom 14. Mai 2004, veröffentlicht in VPB 68.152 E. 7a). Daraus ist zu schliessen, dass die Dauerhaftigkeit bzw. Langfristigkeit einer Krankheit im Normalfall nicht vor Ablauf von zwei Jahren angenommen werden soll. Die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 56 BPV steht jedoch wie im Obligationenrecht (vgl. Art. 324a OR) in keinem Zusammenhang mit den Sperrfristen nach Art. 336c Abs. 1 OR (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 11 zu Art. 336c OR). Diese beiden Aspekte sind auch im Bundespersonalrecht nicht miteinander koordiniert. Dies hat zur Folge, dass eine allfällige Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 56 BPV durch eine Kündigung nach Ablauf einer Sperrfrist beendet werden kann, sofern keine Missbräuchlichkeit nach Art. 336 Abs. 1 Bst. c OR vorliegt (Entscheid der PRK vom 14. Mai 2004, veröffentlicht in VPB 68.152 E. 7c.bb.; Entscheid des BVGer A-411/2007 vom 25. Juni 2007 E. 11.2 und 11.3; BGE 113 II 259 E. 3; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 34 zu Art. 324a/b OR).

Der Haltung der Vorinstanz, für eine Kündigung nach Ablauf der Sperrfristen genüge es, wenn die Unmöglichkeit zur Leistung der Arbeit gegeben sei, kann somit nicht beigeplichtet werden. Im Gegenteil ist jeweils im konkreten Fall und im Lichte der Verhältnismässigkeit zu prüfen, ob erstens die Krankheit im Zeitpunkt der Kündigung tatsächlich als langandauernd einzustufen war, ob es zweitens absehbar war, dass innert einer angemessenen Frist keine Besserung eintreten werde und ob drittens der Arbeitgeber alle sinnvollen Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung nach Art. 19 Abs. 1 BPG ausgeschöpft hat.

7.3 Gemäss dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit hat eine Verwaltungsmassnahme das richtige Mittel zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles zu sein. Zudem darf der Eingriff nicht stärker sein, als der Zweck der Massnahme es verlangt; lässt sich das im öffentlichen Interesse liegende Ziel mit einem schonenderen Mittel erreichen, so ist dieses zu wählen (BGE 123 II 33 E. 9; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 591). Auch bei der Auflösung des Dienstverhältnisses muss der Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachtet werden, d. h. die Verwaltung muss jene Massnahme wählen, welche angemessen ist bzw. jene, die genügt (Entscheid der PRK vom 21. Oktober 1999, veröffentlicht in VPB 64.36 E. 4b).

7.3.1 Der Hausarzt der Beschwerdeführerin teilte der EZV am 5. April 2006 mit, A. leide seit Ende 2005 an Schlafstörungen, Ängsten und diversen vegetativen Symptomen, die in Zusammenhang mit der Reorganisation der EZV zu stellen seien. Die Beschwerdeführerin habe auf Grund der angedrohten Versetzung einen Zusammenbruch erlitten und sei ab sofort « für die Arbeit im HR-Zentrum 100 % krank zu schreiben » (ergänzende Anmerkung: Das tags zuvor ausgestellte Arztzeugnis ist befristet bis zum 6. April 2006). Die Beschwerdeführerin benötige eine intensive Therapie zur Bewältigung des Burnouts, das durch « Drohungen, angsteinflössende Gespräche/Briefe von Vorgesetzten und persönliche Demütigungen » ausgelöst worden sei. Am 26. Juni 2006 bescheinigte der Hausarzt der Beschwerdeführerin sodann wiederum eine Arbeitsunfähigkeit zu 100 %, beginnend am 15. Mai 2006 bis zum 16. Juli 2007. Seither ist die volle Arbeitsunfähigkeit durch mehrere weitere Arztzeugnisse verlängert worden (Zeugnisse vom 17. Juli 2006, 28. Juli 2006, 22. August 2006, 27. September 2006, 3. Januar 2007, 5. Februar 2007). Mit Schreiben vom 7. Juli 2006 beurteilte der von der EZV beigezogene Medical Service die hausärztliche Darstellung einer schwerwiegenden Erkrankung der Beschwerdeführerin aus dem psychischen Formenkreis als sehr sorgfältig. Der Medical Service teilte der EZV ferner seine Ansicht mit, dass unter den gegebenen Umständen « derzeit eine Rückkehr an den neuen Arbeitsplatz nicht oder nur sehr schlecht möglich » scheine. Diesem Problem liege eine einfache Ursache-Wirkungs-Beziehung zu Grunde, weshalb eine Mediation zur Lösung der Situation vorgeschlagen wurde. Am 17. Juli 2006 ergänzte der Medical Service seine Einschätzung insofern, als er bestätigte, dass die Krankschreibungen der Beschwerdeführerin seit Januar 2006 dem gleichen Krankheitsfall zuzurechnen seien. Das BVGer sieht keinen Anlass, an dieser Darstellung zu zweifeln. Auch die EZV oder die Vorinstanz bestreiten das Vorliegen einer psychischen Erkrankung der Be-

schwerdeführerin nicht. Unbestritten ist ebenfalls, dass für den Beginn der Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR erst der 15. Mai 2006 ausschlaggebend ist. Infolgedessen war die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Kündigung (7. September 2006) durchgängig seit knapp vier Monaten aus psychischen Gründen zu 100 % arbeitsunfähig. Zuvor war die Beschwerdeführerin im Jahr 2006 einmal 24 Tage und einmal 3 Tage ebenfalls zu 100 % krank geschrieben, was gesamthaft seit Januar 2006 gut fünf Monate Arbeitsunfähigkeit bis zur Kündigung ergibt.

7.3.2 Eine solche Krankheitsdauer ist zwar nicht als ausgesprochen kurz zu bezeichnen, jedoch im Vergleich etwa zur in Art. 56 BPV vorgesehenen Lohnfortzahlungspflicht von zwei Jahren auch nicht als langandauernde Arbeitsverhinderung einzustufen. Es ist nicht plausibel, bereits nach insgesamt fünf Monaten Arbeitsunfähigkeit infolge psychischer Erkrankung davon auszugehen, dass dieser Zustand von Dauer sein werde, zumal, wie im Folgenden (E. 7.3.3) aufgezeigt wird, durchaus Möglichkeiten zur Verbesserung des Gesundheitszustandes der Beschwerdeführerin offen gestanden hätten bzw. nach wie vor offen stehen.

7.3.3 Die Arbeitgeberin bestreitet den Zusammenhang zwischen der psychischen Erkrankung der Beschwerdeführerin und dem akuten und (auch heute noch) ungelösten Lohn- bzw. Einreihungskonflikt nicht (vgl. das hängige Verfahren A-500/2007). Die EZV hat trotz dieses Konflikts keine weiteren Vermittlungsmassnahmen, wie z. B. die vom Medical Service vorgeschlagene Mediation, eingeleitet und damit auch die für eine Konfliktlösung notwendige Zeit nicht abgewartet. Zu beachten ist diesbezüglich etwa, dass die Beschwerdeführerin vor der Umstrukturierung in der EZV anerkannterweise gute Arbeitsleistungen erbrachte, mithin also in keiner Weise untauglich im Sinne von Art. 12 Abs. 6 Bst. c BPG war, sondern sich im Gegenteil unter anderem durch besonderes Engagement und eine positive Leistung ausgezeichnet hatte.

Weiter erachtet das BVGer die vom Hausarzt und vom Medical Service gestellten Prognosen hinsichtlich der Möglichkeit einer Rückkehr an den Arbeitsplatz bzw. über den weiteren Krankheitsverlauf nicht als eindeutig negativ, wie dies die Vorinstanz geltend macht. Zwar geht aus beiden ärztlichen Darstellungen hervor, dass die Situation nicht einfach zu lösen sein werde, weshalb im damaligen Zeitpunkt (« derzeit ») eine Rückkehr an den Arbeitsplatz als nicht bzw. nur schwer möglich eingeschätzt wurde. Jedoch legen die gewählten Formulierungen und insbesondere die klare Empfehlung des Vertrauensarztes des Medical Service für eine Mediation den Schluss nahe, dass mit einer Änderung der Umstände im Zusammenhang mit den durch die Umstrukturierung ausgelösten Konflikten sehr

wohl auch eine Besserung des psychischen Gesundheitszustandes der Beschwerdeführerin eintreten könnte. Zwar steht nicht fest, ob und welche (positiven) Wirkungen solche Konfliktlösungsmassnahmen mit sich gebracht hätten. Die Annahme der Vorinstanz, es sei keine baldige Rückkehr der Beschwerdeführerin an ihren Arbeitsplatz zu erwarten, erscheint dem Gericht in diesem Lichte betrachtet als zu absolut. Es kann nicht gesagt werden, im Zeitpunkt der Kündigung sei absehbar gewesen, dass keine Besserung innert einer angemessenen Frist eintreten werde, da vorliegend entsprechende Gegenmassnahmen zur Konfliktlösung zur Verfügung gestanden hätten.

7.4 Die EZV als Arbeitgeberin hat darüber hinaus auch ihre Pflicht zum Treffen von weiteren Massnahmen gemäss Art. 19 Abs. 1 BPG verletzt. So sind vor der Kündigung die naheliegendsten Massnahmen zur Entlastung der Beschwerdeführerin wie beispielsweise die rein physische Umgestaltung oder Verlegung des Arbeitsplatzes am neuen Arbeitsort oder eine vorübergehende Änderung des Pflichtenhefts der Beschwerdeführerin für die Tätigkeit im HR-Zentrum Y. weder vorgeschlagen noch veranlasst worden. Ob der Beschwerdeführerin tatsächlich auch keine zumutbare andere Arbeit innerhalb der EZV zur Verfügung gestellt werden konnte bzw. kann, kann unter diesen Umständen dahingestellt bleiben. Aus den Akten ergibt sich jedenfalls kein Hinweis auf entsprechende Bemühungen der Arbeitgeberin.

7.5 Die Kündigung nach fünf Monaten psychisch bedingter Arbeitsunfähigkeit war nach den vorstehenden Erwägungen nicht die mildest mögliche Massnahme und erweist sich infolgedessen als unverhältnismässig. Im vorliegenden Fall sind somit die Voraussetzungen für die Annahme einer Untauglichkeit gemäss Art. 12 Abs. 6 Bst. c BPG nicht gegeben. Damit lag die Kündigung auch nicht im zulässigen Ermessen der EZV bzw. der Vorinstanz (vgl. oben E. 5). Da die geltend gemachte Untauglichkeit der Beschwerdeführerin trotz der ursprünglich in Aussicht gestellten Kündigung infolge Ablehnung einer zumutbaren Arbeit (Art. 12 Abs. 6 Bst. d BPG) den einzigen Kündigungsgrund bildete, erweist sich die Kündigung durch die EZV als nichtig im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Bst. b BPG. Die Beschwerde ist demnach im Sinne der Erwägungen gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Beschwerdeführerin am Ende ihres Mutterschaftsurlaubes mit der bisherigen oder, wenn dies nicht möglich ist, mit einer anderen zumutbaren Arbeit weiterzubeschäftigen.

8. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wird mit dem vorliegenden Entscheid in der Hauptsache gegenstandslos. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen,

dass der Antrag auch noch aus einem weiteren Grund obsolet geworden wäre: Im vorliegenden Fall würde die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bzw. die Weiterführung des rechtlichen und tatsächlichen Zustandes vor der Kündigung insbesondere den Anspruch der Beschwerdeführerin auf weitere Lohnzahlungen bedeuten. Durch die noch während der Kündigungsfrist eingetretene Schwangerschaft der Beschwerdeführerin hat sich die Sach- bzw. die Rechtslage nun aber insofern entscheidend verändert, als die EZV aufgrund der Schwangerschaft der Beschwerdeführerin weiterhin Lohn bezahlt, wozu sie auch verpflichtet ist (Art. 336c Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 324a Abs. 3 OR). Damit ist das Ziel des Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bereits erfüllt.