Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-499/2007
{T 0/2}

Urteil vom 20. September 2007

Mitwirkung: Richter André Moser (Vorsitz); Richterin Florence Aubry Girardin; Richter Jürg Kölliker; Gerichtsschreiberin Susanne Kuster Zürcher.

A._____
vertreten durch Gerhard Hauser-Schönbächler
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Bundesgasse 3, 3003 Bern,
Vorinstanz

betreffend
Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

Sachverhalt:

A. 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. Ihre Arbeitsleistungen wurden mit den Zwischenzeugnissen vom 26. September 2003 und vom 25. November 2005 jeweils gut bewertet. In den Jahren 2003, 2004 und 2005 erhielt A._____ zudem Einsatzprämien unter ausdrücklicher Verdankung der von ihr erbrachten Leistungen, des besonderen Engagements und der positiven Einstellung zum GWK.

B. Per 1. Januar 2006 wurden im Rahmen eines Projekts «Neuorganisation HR» infolge der Aufgabenverzichtsplanung 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.

C. A._____ lehnte in der Folge den angebotenen Arbeitsvertrag mit Lohnklasse 17 ab und verlangte eine Zuordnung ihrer Stelle zur Lohnklasse 19. Nachdem die EZV den entsprechenden Antrag abgelehnt hatte, A._____ hingegen weiterhin daran festhielt und daher den neuen Arbeitsvertrag nicht unterzeichnete, stellte die Oberzolldirektion (OZD) ihr am 15. Februar 2006 die Kündigung infolge mangelnder Bereitschaft zur Verrichtung einer zumutbaren Arbeit in Aussicht. Am 30. März 2006 verfügte die OZD 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. Dieses Verfahren wird separat unter der Verfahrensnummer A-500/2007 geführt.

D. 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. A._____ war sodann vom 20. Januar 2006 bis zum 12. Februar 2006 sowie vom 4. April 2006 bis zum 6. April 2006 zu 100% krank geschrieben. 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.

E. Seit dem 15. Mai 2006 ist A._____ durchgehend zu 100 Prozent 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.

F. Am 18. Juli 2006 informierte die EZV A._____ darüber, dass sie gedenke, das Arbeitsverhältnis wegen mangelnder Tauglichkeit zur Verrichtung der im Arbeitsvertrag vereinbarten Arbeit aufzulösen. A._____ nahm dazu am 29. August 2006 ablehnend Stellung.

G. 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.

H. A._____ wandte sich am 22. September 2006 an das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) und beantragte die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Nachdem das EFD A._____ mitgeteilt hatte, dass die Behandlung ihres Begehrens eine ausreichend begründete Beschwerde in der Hauptsache voraussetze, reichte A._____ 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.

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

J. Gegen den Entscheid des EFD hat A._____ (Beschwerdeführerin) am 18. Januar 2007 beim Bundesverwaltungsgericht 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. Sinngemäss bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, es liege keine Untauglichkeit für die vereinbarte Arbeitsleistung vor. Zudem habe sich die Rechtslage seit dem Erlass des angefochtenen Entscheids insofern verändert, als sie seit Ende November schwanger sei. Deshalb sei die Kündigung nichtig bzw. unwirksam.

K. Die Vorinstanz beantragt in ihrer Stellungnahme vom 15. Februar 2007 die Abweisung der Beschwerde wie auch des Gesuchs um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Insbesondere macht die Vorinstanz geltend, der Beschwerdeführerin könne keine zumutbare andere Stelle innerhalb

der EZV angeboten werden. Im Zusammenhang mit der neuen Tatsache der Schwangerschaft der Beschwerdeführerin informiert die Vorinstanz darüber, dass die EZV der Beschwerdeführerin den Unterbruch der laufenden Kündigungsfrist mitgeteilt habe und ihr daher bis 16 Wochen nach der Niederkunft weiterhin Lohn zahle.

L. Die Beschwerdeführerin bekräftigt mit Schreiben vom 4. März (recte: April) 2007 ihre Beschwerdeanträge, präzisiert den Eventualantrag aber insofern, als die angefochtene Verfügung aufzuheben und festzustellen sei, dass die Kündigung auf Ende des Monats gültig sei, in welchem der 112. Tag nach der Geburt liege. Bezüglich möglicher Weiterbeschäftigung widerspricht die Beschwerdeführerin der Vorinstanz, indem sie vorbringt, die EZV gehe gemäss einer Mitteilung vom 11. Januar 2007 davon aus, dass die Beschwerdeführerin ihre Tätigkeit in einem anderen Personalteilbereich der EZV wieder aufnehmen könne.

M. Mit Schreiben vom 1. Mai 2007 hält die Vorinstanz an ihrem Antrag auf Beschwerdeabweisung fest. Ein Einsatz als HR-Sachbearbeiterin in einem HR-Center sei der Beschwerdeführerin ganz offensichtlich nicht mehr möglich und es stehe entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin auch keine zumutbare andere Stelle zur Verfügung. Es sei der Beschwerdeführerin aber nicht verwehrt, bis zum Ablauf der Kündigungsfrist auf einer tiefer klassierten, anders gearteten Stelle zu arbeiten.

N. Auf weitere Vorbringen der Parteien und sich bei den Akten befindliche Schriftstücke wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Beschwerden gegen Entscheide des EFD im Bereich des Personalrechts werden, abgesehen vom Tatbestand nach Art. 32 Abs. 1 Bst. c des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32), vom Bundesverwaltungsgericht beurteilt (vgl. Art. 31 VGG i.V.m. Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021] und Art. 33 Bst. d VGG sowie Art. 36 Abs. 1 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 [BPG, SR 172.220.1]). Da der erwähnte Ausnahmetatbestand vorliegend nicht gegeben ist, ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der Beschwerde gegen den Entscheid des EFD vom 5. Dezember 2006 zuständig.

2. Das Verfahren richtet sich gemäss Art. 37 VGG nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt.

3. Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 Bst. a-c VwVG befugt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin, die vor der Vorinstanz mit ihrem Rechtsbegehren nicht durchgedrungen ist, ohne weiteres

zur Beschwerde legitimiert. Da Eingabeform und -frist (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG) gewahrt und auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

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 sinngemäss die Nichtigkeit der Kündigung gemäss Art. 14 Abs. 1 BPG 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 Arbeitgeber 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 Bundesverwaltungsgerichts A-385/2007 E. 4.1.2 vom 29. März 2007; Zwischenentscheide der Eidgenössischen Personalrekurskommission [PRK] PRK 2006-026 E. 3.a.bb vom 24. Oktober 2006 sowie PRK 2006-033 E. 1.c vom 12. Dezember 2006). 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 Bundesverwaltungsgericht 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 VwVG, 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 Bundesverwaltungsgericht 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 Bundesverwaltungsgericht – wie zuvor auch die 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; Jürg 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 vor-

gesehene 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 Konstellation 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 Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [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 (vgl. Sachverhalt Bst. B und C) und der (psychischen) Erkrankung der Beschwerdeführerin (vgl. Sachverhalt Bst. E) 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 Tauglichkeit 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 E. 4.b vom 20. September 2006). Die Bundespersonalgesetzgebung definiert entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin (vgl. Stellungnahme vom 4. April 2007, Ziff. 8) 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 leichthin 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 (Beilage 5 der Vorakte Nr. 3, 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 Bundesverwaltungsgerichts A-411/2007 E. 11.2 und 11.3 vom 25. Juni 2007; 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 (angefochtene Verfügung, E. III.2), kann somit nicht beigepflichtet 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 ausgestellt 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 Bundesverwaltungsgericht sieht keinen Anlass, an dieser Darstellung zu zweifeln. Auch die EZV oder die Vorinstanz bestreiten das Vorliegen einer psychischen Erkrankung der Beschwerdeführerin 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 psychi-

schen 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 zum GWK ausgezeichnet hatte.

Weiter erachtet das Bundesverwaltungsgericht 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 vorlie-

genden 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 OZD 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 OZD 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.

9. In personalrechtlichen Angelegenheiten ist das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht unabhängig vom Verfahrensausgang kostenlos, ausser bei Mutwilligkeit (Art. 34 Abs. 2 BPG). Es sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben.

10. Der in der Hauptsache obsiegenden und anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE; SR 173.320.2]). Der Anwalt der Beschwerdeführerin hat eine Kostennote im Betrage von Fr. 4'828.50 (inkl. Mehrwertsteuer [MWST]) eingereicht. Aus der ebenfalls eingereichten detaillierten Kostenaufstellung geht nicht eindeutig hervor, welche Aufwendungen sich auf das vorliegende Verfahren und welche sich auf das noch hängige Verfahren A-500/2007 beziehen. Daher erscheint im vorliegenden Fall eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.-- (inkl. MWST) als angemessen. Diese ist der Beschwerdeführerin durch die Vorinstanz zu entrichten.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1. Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen und der Entscheid des EFD vom 5. Dezember 2006 aufgehoben.
3. Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht werden keine Kosten erhoben.
4. Der Beschwerdeführerin wird eine durch die Vorinstanz zu entrichtende Parteientschädigung von Fr. 3'500.-- (inkl. MWST) zugesprochen.
5. Dieses Urteil wird eröffnet:
   - der Beschwerdeführerin (mit Gerichtsurkunde)
   - der OZD (per Einschreiben)
   - der Vorinstanz (Ref-Nr. 653.2 CJ/sr, mit Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter: Die Gerichtsschreiberin:

André Moser Susanne Kuster Zürcher

Rechtsmittelbelehrung
Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse können mit Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden, sofern es um eine vermögensrechtliche Angelegenheit geht, bei welcher der Streitwert mindestens 15'000 Franken beträgt oder bei der sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. Art. 85 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [Bundesgerichtsgesetz, BGG]; SR 173.110). Bei einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit ist die Beschwerde nur zulässig, wenn sie die Gleichstellung der Geschlechter betrifft (vgl. Art. 83 Bst. g BGG).

Steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen, so ist sie innert 30 Tagen seit der Ausfertigung des angefochtenen Urteils zu erheben. Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Sie muss spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (vgl. Art. 42, 48, 54 und 100 BGG).

Versand am: