

100.2015.343U
MUT/MAM/SRE

Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 23. März 2016

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichter Müller
Gerichtsschreiberin Marti

A. _____
vertreten durch Rechtsanwältin ...
Beschwerdeführerin

gegen

Kanton Bern
handelnd durch die Gesundheits- und Fürsorgedirektion, Rathausgasse 1,
3011 Bern
Beschwerdegegner

betreffend Kündigung des Arbeitsverhältnisses (Entscheidung der Gesundheits-
und Fürsorgedirektion des Kantons Bern vom 23. Oktober 2015;
RA Nr. 2015-1112)



Sachverhalt:

A.

A._____, geboren am ...1958, von Italien, arbeitete seit dem 1. Juni 1985 als Mitarbeiterin Unterhaltsreinigung im B._____. Mit Verfügung vom 14. April 2015 kündigte das B._____ das Anstellungsverhältnis mit A._____ per 31. Juli 2015.

B.

Gegen diese Verfügung erhob A._____ am 18. Mai 2015 Beschwerde bei der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern (GEF). Mit Entscheid vom 23. Oktober 2015 wies die GEF die Beschwerde ab.

C.

Hiergegen hat A._____ am 24. November 2015 Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit folgendem Rechtsbegehren in der Sache erhoben:

«Der Entscheid der Vorinstanz sei aufzuheben und die Beschwerdeführerin sei anzuweisen, die Beschwerdeführerin weiter zu beschäftigen.»

Mit Beschwerdeantwort vom 18. Dezember 2015 hat der Kanton Bern (GEF) die Abweisung der Beschwerde beantragt.

Erwägungen:

1.

1.1 Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des

Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig. Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

1.2 Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG).

2.

Strittig ist, ob die Kündigung des Anstellungsverhältnisses zu Recht erfolgt ist.

Die Anstellungsbehörde kann das Arbeitsverhältnis unter Wahrung einer Frist von drei Monaten auf das Ende eines Monats durch Verfügung kündigen. Sie hat für die Kündigung triftige Gründe anzugeben (Art. 25 Abs. 1 und 2 des Personalgesetzes vom 16. September 2004 [PG; BSG 153.01]). Ein triftiger Grund liegt insbesondere vor, wenn die oder der Angestellte ungenügende Leistungen erbringt, Weisungen der Vorgesetzten wiederholt missachtet hat, durch ihr oder sein Verhalten während der Arbeitszeit das Arbeitsklima nachhaltig stört oder Arbeitskolleginnen, Arbeitskollegen oder in einem Betreuungs- oder Abhängigkeitsverhältnis stehende Personen sexuell belästigt (Art. 25 Abs. 2 Bst. a-d PG). Die gesetzliche Aufzählung ist nicht abschliessend. Ein Verschulden der betreffenden Person wird nicht vorausgesetzt; es genügen auch objektive Gründe (vgl. BVR 2009 S. 443 E. 2.3, 2007 S. 538 E. 3.5.2). Eine Kündigung ist immer dann sachlich begründet, wenn die Weiterbeschäftigung der betroffenen Person dem öffentlichen Interesse, insbesondere demjenigen an einer gut funktionierenden Verwaltung, widerspricht (BVR 2012 S. 294 E. 4.1, 2009 S. 443 E. 2.3, 2007 S. 538 E. 3.3). Kann die übertragene Aufgabe wegen Krankheit oder eines Unfalls nicht (mehr) genügend erfüllt werden, so liegt darin grundsätzlich ein Kündigungsgrund. Das Gemeinwesen ist nicht verpflichtet, seine Angestellten über die Dauer der gesetzlichen Sperrfrist gemäss

Art. 28 Abs. 1 Bst. b PG hinaus zu beschäftigen und für einen nicht absehbaren Zeitraum entsprechend wenig Arbeit zuzuweisen bzw. auf die Arbeitskraft ganz zu verzichten (BVR 2009 S. 107 E. 9.1; VGE 2014/258 vom 20.2.2015, E. 2.1). Die Voraussetzungen für die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses sind aufgrund der gesamten Umstände des Einzelfalls zu würdigen und die Auflösung muss stets verhältnismässig sein (vgl. BVR 2010 S. 157 E. 3.2.2, 2009 S. 107 E. 9.1, 2009 S. 447 E. 2.3).

3.

Aufgrund der Akten ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

3.1 Die Beschwerdeführerin war ab 1. Juni 1985 mit einem Beschäftigungsgrad von 50 % (mit Erhöhung auf 90 % per 1.7.1999) beim B._____ als Mitarbeiterin Unterhaltsreinigung tätig (vgl. Kündigungsverfügung vom 14.4.2015 und Zwischenzeugnis vom 24.4.2013, in Akten B._____ [act. 3B], Beilagen 2 und 3).

3.2 Am 30. Januar 2014 musste sich die Beschwerdeführerin einer Operation am Karpaltunnel der rechten Hand unterziehen und war in der Folge zu 100 % arbeitsunfähig (vgl. Operationsbericht vom 30.1.2014, in Beschwerdebeilage 3). Aufgrund postoperativer Beschwerden konnte sie die Arbeit nicht wie geplant am 2. März 2014 wieder aufnehmen, sondern blieb weiterhin zu 100 % arbeitsunfähig (vgl. ärztliche Aufzeichnungen vom 12.2.2014, 19.2.2014 und 10.3.2014, in Beschwerdebeilage 3). Seit dem 24. März 2014 beklagt die Beschwerdeführerin auch Schmerzen in der rechten Schulter (vgl. ärztliche Aufzeichnungen vom 24.3.2014, in Beschwerdebeilage 3). Am 20. Mai 2014 musste sie an der rechten Hand erneut operiert werden (vgl. Operationsbericht vom 20.5.2014, in Beschwerdebeilage 3). Aufgrund einer vertrauensärztlichen Überprüfung der medizinischen Akten ging die Krankenversicherung am 25. August 2014 davon aus, dass die Beschwerdeführerin ab sofort wieder zu 100 % arbeitsfähig sei und die Arbeit per 15. September 2014 wieder aufzunehmen habe (vgl. Schreiben der Krankenversicherung vom 25.8.2014, in Akten B._____ [act. 3B], Beilage 6). Die Arbeitsaufnahme war ihr indessen nicht möglich,

musste sie doch am 2. September 2014 die zuvor eingesetzte Metallplatte im Handgelenk operativ entfernen lassen (vgl. ärztliche Aufzeichnungen vom 25.8.2014 und 15.9.2014, in Beschwerdebeilage 3). Aufgrund anhaltender Beschwerden im Bereich des Handgelenks und der Schulter wurde sie in der Folge weiterhin für voraussichtlich drei Monate arbeitsunfähig geschrieben (vgl. ärztliche Aufzeichnungen vom 11.8.2014, 25.8.2014 und 15.9.2014, in Beschwerdebeilage 3; Arztzeugnis vom 15.9.2014, in Akten B._____ [act. 3B], Beilage 7).

3.3 Im Dezember 2014 plante das B._____ nach Rücksprache mit dem behandelnden Arzt und der Beschwerdeführerin einen Wiedereingliederungsversuch (vgl. E-Mail-Verkehr B._____, in Akten B._____ [act. 3B], Beilagen 8-10). Es bot der Beschwerdeführerin an, stundenweise «leichte Trainingsarbeit» zu absolvieren. Vorerst sollte sie in der Wäscherei beispielsweise Frotteewäsche falten, um später wieder in die Reinigung zurückkehren zu können (E-Mail vom 13.4.2015, in Akten B._____ [act. 3B], Beilage 10). Dieser Wiedereingliederungsversuch scheiterte (vgl. E-Mail vom 8.12.2014, in Akten B._____ [act. 3B], Beilage 9). Die Beschwerdeführerin ging in der Folge davon aus, dass sie einen Arbeitsplatz in der Wäscherei erhalte – vorerst zur Evaluation von Einsatzmöglichkeiten, aber mit Aussicht auf eine definitive Versetzung –, wobei sie die Arbeiten in der Wäscherei wohl als körperlich leichter einschätzte als diejenigen in der Reinigung (vgl. Beschwerde Rz. 11). Daher liess sie sich mit Arztzeugnis vom 21. Januar 2015 eine Arbeitsfähigkeit im Umfang von 50 %-100 % in der Wäscherei ab dem 1. Februar 2015 attestieren (Arztzeugnis vom 21.1.2015, in Akten B._____ [act. 3B], Beilage 12). Gemäss dem «detaillierten Arztzeugnis zwecks Eingliederung» vom Januar 2015 sah der behandelnde Arzt einen Arbeitsversuch mit dem «überwiegenden Ziel der Arbeitspräsenz», aber kaum «formaler Arbeitsleistung» vor. Es sei weitgehend nur eine «einhändige Tätigkeit» möglich. Die rechte Hand dürfe auch für «geringe Kraftanwendungen» nicht eingesetzt werden (vgl. Akten B._____ [act. 3B], Beilage 11). Die ausgewiesene Einschränkung (nur einhändiges Arbeiten links) war indes weder mit den in der Wäscherei anfallenden Arbeiten noch mit anderen Arbeiten zu vereinbaren, weshalb seitens des B._____ auf einen Wiedereingliederungsversuch verzichtet wurde (vgl.

Beschwerdevernehmlassung B._____ vom 19.6.2015, in Akten GEF [act. 3A], pag. 37 f.). Die Beschwerdeführerin liess sich deshalb rückwirkend ab 21. Januar 2015 wieder eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit attestieren (Arztzeugnis vom 2.3.2015, in Akten B._____ [act. 3B], Beilage 12; verlängert mit Arztzeugnissen vom 15.4.2015 und 29.5.2015, in Akten B._____ [act. 3B], Beilage 5).

3.4 Mit Schreiben vom 13. März 2015 teilte die Unfallversicherung dem B._____ mit, dass die Beschwerdeführerin weiterhin arbeitsunfähig sei und unklar sei, ob sie zu einem späteren Zeitpunkt wieder in ihrer angestammten Tätigkeit werde arbeiten können (vgl. Akten B._____ [act. 3B], Beilage 4). Daraufhin stellte das B._____ der Beschwerdeführerin am 19. März 2015 die Auflösung des Arbeitsverhältnisses in Aussicht und gewährte ihr das rechtliche Gehör (vgl. Akten B._____ [act. 3B], Beilagen 15 und 16). Nach Eingang der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 10. April 2015 verfügte das B._____ am 14. April 2015 die Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 31. Juli 2015 (Stellungnahme vom 10.4.2015, in Akten GEF [act. 3A], pag. 28 ff.; Kündigungsverfügung vom 14.4.2015, in Akten B._____ [act. 3B], Beilage 2).

3.5 Zusammenfassend steht fest, dass die Beschwerdeführerin beim B._____ seit dem 30. Januar 2014 keine Arbeitsleistung mehr erbracht hat und eine Wiederaufnahme der Arbeit im Kündigungszeitpunkt nicht absehbar war.

4.

Zu prüfen ist zunächst, ob ein triftiger Grund für die Kündigung vorliegt.

4.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, der triftige Grund der ungenügenden Leistung infolge Krankheit liege nicht vor. Gestützt auf die Arztzeugnisse könne nicht geschlossen werden, dass eine Wiedereingliederung nicht möglich gewesen wäre. Sie hätte sehr gerne einen Arbeitsversuch in der Wäscherei unternommen (Beschwerde Rz. 10 ff.). – Die Vorinstanz hat demgegenüber in der seit 30. Januar 2014 andauernden

100%igen Arbeitsunfähigkeit der Beschwerdeführerin einen triftigen Grund erblickt. Da sie ihre Aufgaben nicht mehr erfüllen könne, seien die Leistungen der Beschwerdeführerin ungenügend im Sinn von Art. 25 Abs. 2 Bst. a PG (angefochtener Entscheid, E. 2.c und 2.d).

4.2 Es ist unstrittig, dass die Beschwerdeführerin am 30. Januar 2014 aus gesundheitlichen Gründen am Arbeitsplatz ausgefallen und seitdem arbeitsunfähig ist (vgl. vorne E. 3.5). Sie kann die ihr übertragenen Aufgaben nicht mehr erfüllen. Damit liegt ein triftiger Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach Art. 25 Abs. 1 Bst. a PG vor. Vor dem Hintergrund der nicht bestrittenen Arbeitsunfähigkeit ist nicht ersichtlich, was die Beschwerdeführerin aus dem misslungenen Wiedereingliederungsversuch in der Wäscherei zu ihren Gunsten ableiten will. Auf die Wiedereingliederungsthematik wird allerdings unter dem Gesichtspunkt der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und der Verhältnismässigkeit der Kündigung näher einzugehen sein (vgl. E. 5 hiernach). Inwiefern schliesslich der Umstand, dass von der Besprechung vom 19. März 2015 keine Gesprächsnotiz abgefasst worden ist, den Kündigungsgrund berühren soll, ist nicht dargetan und auch nicht ersichtlich.

4.3 Die Beschwerdeführerin bestreitet schliesslich zu Recht nicht, dass die Sperrfrist nach Art. 28 Abs. 1 Bst. b PG (180 Tage seit Beginn der Arbeitsunfähigkeit) eingehalten wurde. Das B._____ hat erheblich länger als 180 Tage seit Krankheitsbeginn mit der Kündigung zugewartet und folglich mit der am 14. April 2015 erlassenen Kündigungsverfügung die Sperrfrist eingehalten.

5.

Zu prüfen bleibt die Verhältnismässigkeit der Kündigung unter Berücksichtigung der dem Kanton als Arbeitgeber obliegenden Fürsorgepflicht.

5.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie sei bereits 57 Jahre alt und habe während 30 Jahren für das B._____ gearbeitet, weshalb dem B._____ eine «erhöhte Fürsorgepflicht» obliege. Das B._____ habe diese Pflicht verletzt, indem es Wiedereingliederungsmassnahmen vereitelt

und nicht Hand zu einer Versetzung geboten habe. Zudem habe ihr das B._____ zu einer «nicht korrekten Anmeldung bei der Unfallversicherung» geraten. Die Kündigung stelle insgesamt eine unverhältnismässige Härte dar, zumal ihr die Stellensuche aufgrund ihres Alters und Gesundheitszustands massiv erschwert, wenn nicht gar verunmöglicht sei (vgl. Beschwerde Rz. 14 ff.). – Die Vorinstanz hat die Auflösung des Arbeitsverhältnisses als verhältnismässig beurteilt und dabei berücksichtigt, dass die Kündigung nach mehr als acht Monaten seit Ablauf der gesetzlichen Sperrfrist ausgesprochen wurde. Das B._____ habe damit lange über den gesetzlich vorgesehenen Zeitraum hinaus zugewartet und das Arbeitsverhältnis erst aufgelöst, nachdem sich an der Ungewissheit des Heilungsverlaufs über Monate hinweg nichts verändert hatte. Angesichts der vorliegenden Umstände sei auch keine Versetzung innerhalb des Betriebs in Frage gekommen (vgl. angefochtener Entscheid, E. 3c und 3d).

5.2 Die Fürsorgepflicht des Kantons entspricht derjenigen, die Art. 328 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) für das privatrechtliche Arbeitsverhältnis vorsieht. Zwar ist die Fürsorgepflicht nicht ausdrücklich im bernischen Personalrecht geregelt. Der Art. 328 OR zugrunde liegende Rechtsgedanke ist indessen von allgemeiner Gültigkeit und kommt in Art. 4 Bst. g PG zum Ausdruck. Demnach trifft der Kanton Vorkehren zum Schutz der persönlichen Integrität der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Ausserdem ist in Art. 55 PG das Gegenstück zur Fürsorgepflicht, die Treuepflicht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, verankert (vgl. BVR 2009 S. 443 E. 5.1, 2007 S. 538 E. 4.4; vgl. auch BGE 137 I 58 E. 4.2.3 [Pra 100/2011 Nr. 71]).

5.2.1 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin hat das B._____ einen Wiedereingliederungsversuch in der Wäscherei nicht vereitelt. Aktenkundig ist, dass ihr das B._____ im Dezember 2014 anbot, in der Wäscherei «leichte Trainingsarbeit» zu absolvieren. Dieser Wiedereingliederungsversuch scheiterte. Der Versuch vom Februar 2015 unterblieb, da der Beschwerdeführerin gemäss dem detaillierten Arzzeugnis zwecks Eingliederung jeglicher (Arbeits-)Einsatz der rechten Hand verunmöglicht war und die in der Wäscherei zu verrichtenden

Tätigkeiten – namentlich für die Hände und Schultern – körperlich ebenso stark fordernd sind wie in der Reinigung (vgl. vorne E. 3.3). Das B._____ hat sich somit um eine Wiedereingliederung der Beschwerdeführerin bemüht und das ihm Zumutbare unternommen. Auch hat es durch das Zuwarten mit der Kündigung namentlich dem Umstand Rechnung getragen, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um eine 57-jährige, langjährige Mitarbeiterin handelt. Damit ist das B._____ seinen Fürsorgepflichten gegenüber der Beschwerdeführerin hinreichend nachgekommen (vgl. BVR 2009 S. 443 E. 5.1 und 5.2, 2007 S. 538 E. 4.4; VGE 2014/212 vom 21.8.2015, E. 6.2; ferner auch BGer 4A_384/2014 vom 12.11.2014, E. 5.2).

5.2.2 Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, das B._____ habe seine Fürsorgepflicht auch insoweit verletzt, als es sie mit Blick auf die Vorgehensweise bei der Schadensmeldung (Unfall statt Krankheit) falsch beraten habe, ergibt sich Folgendes: Zum einen ist nicht dargetan und auch nicht ersichtlich, inwiefern dieser Umstand für das vorliegende Verfahren von Bedeutung sein sollte. Zum anderen übersieht die Beschwerdeführerin, dass die Unfallversicherung ihre Leistungen nicht im Sinn einer Sanktionierung für die Vorgehensweise bei der Schadensmeldung eingestellt hat. Die Einstellung erfolgte vielmehr, weil die Beeinträchtigungen der Beschwerdeführerin nicht auf den gemeldeten Unfall zurückzuführen, sondern krankheitsbedingt sein dürften (vgl. Verfügung der Unfallversicherung vom 28.10.2015, in Beschwerdebeilage 3).

5.3 Jedes staatliche Handeln ist an den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebunden (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV; SR 101]). Es genügt demnach nicht, die Kündigungsverfügung lediglich mit dem Nachweis eines triftigen Grunds zu versehen. Darüber hinaus muss die Auflösung des Anstellungsverhältnisses stets auch vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip standhalten. Demnach muss die Kündigung erstens ein geeignetes Mittel zur Verwirklichung der auf dem Spiel stehenden öffentlichen Interessen und zweitens in dem Sinn erforderlich sein, dass nicht weniger einschneidende Massnahmen ebenfalls zum Ziel führen würden; drittens muss eine Abwägung der gegenseitigen Interessen

die Kündigung als gerechtfertigt bzw. zumutbar erscheinen lassen (BVR 2009 S. 443 E. 5.4.1 mit Hinweisen; vgl. auch BVR 2010 S. 157 E. 4.5.1).

5.4 Im Rahmen der Verhältnismässigkeit sind die langjährige Tätigkeit beim B._____ (30 Jahre) und das Alter der Beschwerdeführerin (57 Jahre) in die Würdigung einzubeziehen. Das B._____ hat sich bemüht, die Beschwerdeführerin wieder einzugliedern (E. 5.2.1 hiervor). Zudem hat es dargelegt, dass eine Versetzung in die Wäscherei aufgrund der Einschränkung (nur einhändige Tätigkeit links) ausser Betracht fällt. Mit Blick auf die eingeschränkten Deutschkenntnisse und die fehlende Berufsausbildung besteht auch keine andere Versetzungsmöglichkeit innerhalb des Betriebs des B._____. Kommt hinzu, dass das anwendbare Personalrecht keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung oder auf Versetzung begründet; die Anstellungsbehörde muss nicht anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten anbieten, damit die Kündigung zulässig bzw. verhältnismässig ist (vgl. BVR 2007 S. 538 E. 4.3 mit Hinweisen; von Kaenel/Zürcher, Personalrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 73, Fn. 86). Das Verwaltungsgericht verkennt nicht, dass die Beschwerdeführerin durch die Kündigung aufgrund ihres Alters, ihrer gesundheitlichen Situation und der langen Anstellungsdauer hart getroffen wird. Indessen geht das Interesse des B._____ an arbeitsfähigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern dem Interesse der Beschwerdeführerin vor, ihre Stelle zu behalten (vgl. BVR 2007 S. 538 E. 4.3; VGE 2013/418 vom 11.11.2015, E. 7.3). Somit erweist sich die Kündigung als verhältnismässig.

6.

Nach dem Gesagten hält der angefochtene Entscheid der Rechtskontrolle stand. Die Beendigung des Anstellungsverhältnisses mit der Beschwerdeführerin ist aus triftigem Grund erfolgt (vgl. vorne E. 4) und erweist sich als verhältnismässig (vgl. vorne E. 5). Die Beschwerde ist somit in allen Teilen unbegründet und abzuweisen. Offensichtlich unbegründete Beschwerden beurteilt das Verwaltungsgericht in Zweierbesetzung (Art. 56 Abs. 3 des

Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

7.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Ersatzfähige Parteikosten sind keine angefallen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 3 VRPG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'500.--, werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - der Beschwerdeführerin
 - dem Beschwerdegegner
 - dem B. _____

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden. Der Streitwert im Sinn von Art. 51 ff. BGG erreicht Fr. 15'000.--.