

100.2020.321U
STN/ROS

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 16. September 2020

Verwaltungsrichter Stohner
Gerichtsschreiberin Marti

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt ...

Beschwerdeführerin

gegen

Kanton Bern
handelnd durch die Bildungs- und Kulturdirektion, Sulgeneckstrasse 70,
3005 Bern

Beschwerdegegner

betreffend Kündigung des Arbeitsverhältnisses; aufschiebende Wirkung
(Zwischenverfügung der Bildungs- und Kulturdirektion des Kantons Bern
vom 15. Juli 2020; 2020.BKD.31823)



Sachverhalt:

A.

A._____ ist seit dem 1. August 2017 als Leiterin Personaldienst III und Stellvertreterin der HR-Leiterin im Generalsekretariat der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern (SID) angestellt. Mit Verfügung vom 17. April 2020 kündigte das Generalsekretariat der SID das Arbeitsverhältnis mit A._____ per 31. Juli 2020.

B.

Dagegen erhob A._____ am 20. Mai 2020 Beschwerde bei der SID. Sie beantragte, die Verfügung vom 17. April 2020 sei aufzuheben und sie sei weiterhin durch den Kanton Bern zu beschäftigen bzw. es sei ihr in geeigneter Weise die Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess zu ermöglichen, sobald es ihr Gesundheitszustand erlaube. Zudem ersuchte A._____ um Erteilung der aufschiebenden Wirkung für die Beschwerde.

C.

Mit Verfügung vom 26. Mai 2020 erklärte der Leiter des Rechtsdiensts im Generalsekretariat der SID, dass sowohl der juristische stellvertretende Generalsekretär als auch die übrigen Mitarbeitenden des Generalsekretariats der SID in den Ausstand treten würden. A._____ erklärte sich mit der Übertragung der Angelegenheit an die Bildungs- und Kulturdirektion des Kantons Bern (BKD) einverstanden. Der Direktor der SID hiess daraufhin mit Zwischenverfügung vom 11. Juni 2020 das Ablehnungsbegehren betreffend den Sicherheitsdirektor gut, stellte fest, dass der juristische stellvertretende Generalsekretär und die Mitarbeitenden des Rechtsdiensts im Generalsekretariat der SID in den Ausstand getreten seien, und leitete die Beschwerde zur Instruktion und zum Entscheid an die BKD weiter (vgl. Art. 8 des Gesetzes vom 20. Juni 1995 über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung [OrG; BSG 152.01] i.V.m. Art. 20 Abs. 3 der Verordnung

vom 18. Oktober 1995 über die Organisation des Regierungsrates [OrV RR; BSG 152111]). Diese Zwischenverfügung ist in Rechtskraft erwachsen.

D.

Mit Zwischenverfügung vom 15. Juli 2020 wies der instruierende Rechtsdienst im Generalsekretariat der BKD das Gesuch betreffend aufschiebende Wirkung ab.

E.

Hiergegen hat A. _____ am 14. August 2020 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit den Anträgen, es seien die Nichtigkeit der Zwischenverfügung vom 15. Juli 2020 festzustellen und der Beschwerde vom 20. Mai 2020 die aufschiebende Wirkung zu gewähren; eventualiter seien die angefochtene Zwischenverfügung aufzuheben und der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren. Aufgrund der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sei die Beschwerdeführerin weiterhin durch den Kanton Bern zu beschäftigen bzw. sei ihr in geeigneter Weise die Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess zu ermöglichen, sobald ihr Gesundheitszustand dies zulasse.

Der Rechtsdienst im Generalsekretariat der BKD hat mit Beschwerdeantwort vom 9. September 2020 Antrag auf Abweisung der Beschwerde gestellt.

Erwägungen:

1.

1.1 Das Verwaltungsgericht beurteilt 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) als letzte kantonale Instanz Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide, die sich auf öffentliches Recht stützen. Im Streit liegt die Weigerung der BKD, der Beschwerde gegen die Kündigungsverfügung aufschiebende Wirkung beizulegen (vgl. vorne Bst. B und D). Die angefochtene Verfügung schliesst das Hauptverfahren weder ganz noch teilweise ab, weshalb sie als Zwischenverfügung zu betrachten ist (Art. 74 Abs. 3 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 Bst. g VRPG). Sie unterliegt dem gleichen Rechtsmittel wie die Hauptsache (Art. 75 Bst. a VRPG im Umkehrschluss). Das Verwaltungsgericht ist daher zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2 Zwischenverfügungen und Zwischenentscheide, die weder die Zuständigkeit noch den Ausstand oder die Ablehnung betreffen, sind nach Art. 74 Abs. 3 i.V.m. Art. 61 Abs. 3 Bst. a VRPG unter anderem dann selbstständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können.

1.2.1 Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinn von Art. 61 Abs. 3 Bst. a VRPG wird praxismässig bejaht, wenn die beschwerdeführende Partei ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Abänderung der Zwischenverfügung oder des Zwischenentscheids hat, wobei kein irreparabler Schaden erforderlich ist. Ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse an der sofortigen Anfechtung der Zwischenverfügung ist bereits dann gegeben, wenn ein günstiger Endentscheid für die betroffene Person nicht jeden Nachteil zu beseitigen vermag. Dabei genügt auch ein tatsächliches – etwa bloss wirtschaftliches – Interesse, soweit es für die betroffene Person nicht nur darum geht, eine Verteuerung oder eine aus wirtschaftlicher Sicht ungünstige Verlängerung des Verfahrens zu verhindern. Der nicht wieder gutzumachende Nachteil muss in jedem Fall dargetan sein, wobei das Glaubhaftmachen genügt (zum Ganzen BVR 2017 S. 205 E. 1.3, 2016 S. 237 E. 5.1 mit Hinweisen).

1.2.2 Hat das Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung, erhält die Beschwerdeführerin keinen Lohn mehr. Ein günstiger Endentscheid (Aufhebung der Kündigung) vermöchte zwar Nachteile wirtschaftlicher Natur wieder zu beheben, da ihr diesfalls das Gehalt lückenlos nachzuzahlen wäre. Nach Einstellung der Lohnzahlungen hat die Beschwerdeführerin gegebenenfalls Arbeitslosenleistungen zu beziehen, was mit gewissen Einschränkungen verbunden ist (vgl. VGE 2017/263 vom 6.12.2017 E. 1.2.2). Die hier strittige Zwischenverfügung ist somit selbständig anfechtbar.

1.3 Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch die angefochtene Zwischenverfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

1.4 Das Verwaltungsgericht überprüft die angefochtene Zwischenverfügung auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

1.5 Der Entscheid fällt in die einzelrichterliche Zuständigkeit (Art. 57 Abs. 2 Bst. b des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

2.

Strittig ist die Weigerung der BKD, der gegen die Kündigung gerichteten Beschwerde aufschiebende Wirkung beizulegen.

2.1 Die Beschwerdeführerin macht vorab geltend, zuständig zum Erlass selbständig anfechtbarer Zwischenverfügungen sei nicht die instruierende Behörde, sondern die Regierungsrätin (Bildungs- und Kulturdirektorin). Die Verfügung sei daher nichtig.

2.2 Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu berücksichtigen. Ein Entscheid ist dann nichtig, wenn ihm Mängel anhaften, die besonders schwer wiegen und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar sind, und wenn die Rechtssicherheit durch Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (sog. Evidenztheorie).

Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht (statt vieler BGE 138 II 501 E. 3.1; BVR 2015 S. 334 E. 2.2, 2014 S. 297 E. 4.3.3).

2.3 Beschwerden gegen die Kündigung von Arbeitsverhältnissen kommt keine aufschiebende Wirkung zu, es sei denn, die *instruierende Behörde* ordne sie an (Art. 108 Abs. 2 des Personalgesetzes vom 16. September 2004 [PG; BSG 153.01]). Damit wird der Grundsatz von Art. 68 Abs. 1 VRPG, wonach die Beschwerde grundsätzlich aufschiebende Wirkung hat, umgekehrt, was bedeutet, dass der Entzug der aufschiebenden Wirkung die Regel, deren Erteilung die Ausnahme bildet. Die aufschiebende Wirkung kann nur gewährt werden, wenn dafür wichtige Gründe bestehen (Art. 68 Abs. 2 VRPG im Umkehrschluss), wobei sowohl öffentliche als auch private Interessen derart wichtig sein können, dass sie die Gewährung der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen können (vgl. Art. 27 Abs. 1 Bst. a und Art. 68 Abs. 4 VRPG). Die Zuständigkeit der instruierenden Behörde ergibt sich mithin bereits aus dem Wortlaut von Art. 108 Abs. 2 PG, Art. 27 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 4 VRPG (vgl. auch Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 27 N. 20, Art. 61 N. 6 und Art. 68 N. 24). Das Generalsekretariat der BKD instruiert gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. i der Verordnung vom 27. November 2002 über die Organisation und die Aufgaben der Bildungs- und Kulturdirektion [OrV BKD; BSG 152.221.181]) die Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren zuhanden des Regierungsrats und der Direktion. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin liegt insoweit auch keine unzulässige Subdelegation der Instruktion an den Rechtsdienst im Generalsekretariat vor. Die angefochtene Zwischenverfügung wurde vom Generalsekretariat der BKD als Organ erlassen und vom Leiter Recht des Rechtsdiensts im Generalsekretariat unterzeichnet. Dieser ist als stellvertretender Generalsekretär befugt, für das Generalsekretariat zu unterzeichnen (vgl. Art. 15 der Direktionsverordnung vom 11. Mai 2007 über die Delegation von Befugnissen der Erziehungsdirektion [DeIDV ERZ; BSG 152.221.181.1]). Die angefochtene Zwischenverfügung wurde von der zuständigen Behörde erlassen. Es liegt kein Nichtigkeitsgrund vor.

3.

3.1 Der Entscheid über die aufschiebende Wirkung bedingt in der Regel eine einzelfallbezogene Interessenabwägung, wobei auch die Erfolgsaussichten in der Hauptsache beleuchtet werden können; sie fallen bei der Abwägung aber nur wesentlich ins Gewicht, wenn der Prozessausgang als eindeutig erscheint (vgl. BVR 2012 S. 145 E. 3.1, 2008 S. 433 E. 2.1, 2000 S. 385 E. 2 einleitend, je mit weiteren Hinweisen). Das Verwaltungsgericht verfolgt im Personalrecht eine strenge Praxis, indem es ein Abweichen von der gesetzlichen Ordnung nur aus Gründen für gerechtfertigt erachtet, welche nicht in nahezu jedem Kündigungsfall gegeben sind. So sind stets erhebliche private Interessen persönlicher und finanzieller Art betroffen. Würden solche Gründe anerkannt, würde die Ausnahme zur Regel, was dem Sinn des Gesetzes und dem klaren Willen des Gesetzgebers widerspräche (vgl. BVR 2008 S. 433 E. 2.2, 2000 S. 385 E. 2 einleitend). Danach ist das öffentliche Interesse an der Entfernung der von der Kündigung betroffenen Person von der Stelle im Interesse der Wiederbesetzung durch eine andere Person, des reibungslosen Funktionierens des Betriebs und des Vermeidens weiterer Gehaltszahlungen bis zum Ausgang von Rechtsmittelverfahren gesetzlich stärker gewichtet. Dass Betroffene in dieser Situation gegebenenfalls Arbeitslosengelder beziehen müssen, vermag die Beilegung der aufschiebenden Wirkung grundsätzlich nicht zu begründen (vgl. BVR 2008 S. 433 E. 2.2 mit Hinweisen). Das Verwaltungsgericht hat als wichtigen Grund zur Herstellung der aufschiebenden Wirkung den Umstand anerkannt, dass im ganzen Personaldossier jegliche dokumentierte Hinweise auf das Vorliegen von sachlichen Kündigungsgründen fehlten (vgl. BVR 2000 S. 385 E. 2); eine Entscheidprognose war dabei nicht ausschlaggebend, da sich nicht ausschliessen liess, dass in dem in Aussicht genommenen Beweisverfahren noch zu konkretisierende Kündigungsgründe nachgewiesen werden könnten. Gleich zu entscheiden wäre allenfalls, wenn sich anhand der Akten ohne weiteres ergeben würde, dass etwa Gehörsansprüche oder Zuständigkeitsvorschriften schwer verletzt worden sind (vgl. BVR 2009 S. 189 [VGE 23242 vom 25.3.2008] nicht publ. E. 3.1).

3.2 Entsprechend dem vorläufigen Charakter des einstweiligen Rechtsschutzes muss in der Regel ohne weitere Beweiserhebungen, aufgrund der Akten, entschieden werden. Es genügt, wenn eine Gefährdung des Rechtsanspruchs der gesuchstellenden Partei aufgrund summarischer Prüfung als wahrscheinlich erscheint, auch wenn die Möglichkeit einer Fehlannahme nicht ausgeschlossen werden kann. Zusätzliche Abklärungen und erhöhte Anforderungen an das Glaubhaftmachen der Gefährdung sind jedoch am Platz, wenn mit vorläufigen Massnahmen das Ergebnis eines Verfahrens unwiderruflich vorweggenommen wird (BVR 2008 S. 433 E. 2.3; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 27 N. 3, Art. 68 N. 17). Im vorliegenden Fall steht keine Situation zur Diskussion, in welcher der Endentscheid mit der vorsorglichen Massnahme stark präjudiziert würde. Der Zwischenentscheid kann aufgrund der Akten ergehen; weitere Beweismassnahmen sind nicht erforderlich.

4.

4.1 Zur Begründung des Antrags um Erteilung der aufschiebenden Wirkung bringt die Beschwerdeführerin vor, die Erfolgsaussichten einer Reintegration in den Arbeitsprozess sänken mit zunehmender Dauer der Abwesenheit vom Arbeitsplatz. Mit der Wiedereingliederung sei deshalb zu beginnen, sobald es ihre gesundheitliche Situation erlaube.

4.2 Im Zusammenhang mit der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses ist der Entzug der aufschiebenden Wirkung der gesetzlich vorgesehene Normalfall (Art. 108 Abs. 2 PG; vorne E. 2.3), wohingegen die Gewährung der aufschiebenden Wirkung die Ausnahme bildet. Würde eine allfällige erschwerte Wiedereingliederung in Folge längerer Abwesenheit vom Arbeitsplatz einen wichtigen Grund für die Gewährung der aufschiebenden Wirkung darstellen, so würde die aufschiebende Wirkung der Beschwerde zum Regelfall und deren Entzug zur Ausnahme. Was in aller Regel mit der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses einhergeht, kann jedoch nicht als wichtiger Grund für eine ausnahmsweise Anordnung der aufschiebenden Wirkung gelten. Soweit die Beschwerdeführerin im Weiteren argumentiert, künftigen Wiedereingliederungsmassnahmen im Rahmen der Kantonsverwaltung

würde ohne aufschiebende Wirkung die Grundlage entzogen, kann ihr nicht gefolgt werden. Das kantonale Personalrecht verschafft der Beschwerdeführerin im Falle einer Gutheissung ihrer Beschwerde auch ohne Erteilung der aufschiebenden Wirkung gemäss Art. 29 Abs. 1 PG einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung. Hinzu kommt vorliegend, dass die Beschwerdeführerin bereits seit dem 23. April 2019 krankheitsbedingt vollständig arbeitsunfähig ist. Am 17. Februar 2020 trat sie nach einer Zustandsverschlechterung zur stationären Behandlung in die Privatklinik X._____ ein (vgl. Verfügung der SID vom 17. April 2020 Sachverhalt Bst. A). Dieser Aufenthalt dauerte vorerst bis (mindestens) zum 3. April 2020 an. Vom 21. April bis zum 28. Mai 2020 hielt sie sich erneut in der Klinik auf. Gemäss den aktenkundigen Arztzeugnissen der Privatklinik X._____ war die Beschwerdeführerin (ab ihrem Klinikeintritt am 17. Februar 2020) bis zum 11. Juni 2020 zu 100 % arbeitsunfähig (vgl. Zeugnisse vom 24.3.2020, 3.4.2020, 21.4.2020 und 25.5.2020, in Personaldossier Bd. 2 [act. 3C] pag. 6 ff.). In den Akten finden sich weiter zwei Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen der Privatklinik Y._____ in; darin wird der Beschwerdeführerin eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % für die Zeit vom 12. Juni bis 31. Juli 2020 bescheinigt (vgl. Bescheinigung vom 8.6.2020, in Personaldossier Bd. 2 [act. 3C] pag. 3, und Bescheinigung vom 23.6.2020, in Personaldossier nicht paginierter Bd. 3 [act. 3D]). In ihrer Beschwerde vom 14. August 2020 beantragt die Beschwerdeführerin, es sei ihr die Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess zu ermöglichen, sobald es ihr Gesundheitszustand zulasse, ohne indes geltend zu machen, dass dies bereits der Fall sei. Es ist deshalb davon auszugehen, dass allfällige Wiedereingliederungsmassnahmen zurzeit ohnehin nicht möglich wären. In diesem Licht sind keine privaten Interessen der Beschwerdeführerin ersichtlich, welche das öffentliche Interesse an einer gut funktionierenden Verwaltung aufzuwiegen vermögen.

4.3 Die Beschwerdeführerin macht schliesslich zu Recht nicht geltend, die Erfolgsaussichten in der Hauptsache fielen eindeutig zu ihren Gunsten aus. Kann die übertragene Aufgabe wegen Krankheit 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 auf die Arbeitskraft ganz zu verzichten (BVR 2009 S. 107 E. 9.1; VGE 2018/344 vom 21.11.2019 E. 3.3).

5.

Zusammenfassend fehlt es an wichtigen Gründen, die es rechtfertigen, der Beschwerde an die BKD aufschiebende Wirkung beizulegen. Die angefochtene Zwischenverfügung hält der Rechtskontrolle stand. Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 VRPG).

6.

Gegen das vorliegende Urteil steht grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen (Art. 82 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]), steht doch in der Hauptsache ebenfalls dieses Rechtsmittel zur Verfügung; namentlich erreicht der Streitwert die Grenze von Fr. 15'000.-- gemäss Art. 85 Abs. 1 Bst. b BGG (Grundsatz der Einheit des Verfahrens; vgl. BGE 143 II 425 E. 1.3 mit Hinweisen). Da es sich um einen Zwischenentscheid im Sinn von Art. 93 BGG handelt (vgl. BGE 135 II 30 E. 1.3, 133 V 477 E. 4.1), ist die Beschwerde aber nur zulässig, wenn die zusätzlichen Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG erfüllt sind.

Demnach entscheidet der Einzelrichter:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.--, werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - Beschwerdeführerin
 - Beschwerdegegner
 - Sicherheitsdirektion des Kantons Bern

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung 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.--.