

100.2023.24U
STN/SPM/SRE

Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 25. Februar 2025

Verwaltungsrichter Daum, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichterin Marti, Verwaltungsrichter Stohner
Gerichtsschreiberin Spiess

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt ...

Beschwerdeführer

gegen

Kanton Bern
handelnd durch die Bau- und Verkehrsdirektion, Rechtsamt,
Reiterstrasse 11, 3013 Bern
Beschwerdegegner

betreffend Personalrecht; Unmöglichkeit einer Weiterbeschäftigung
(Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern vom
15. Dezember 2022; BVD 140/2022/25)



Prozessgeschichte:

A.

A._____ (Jg. 1983) war ab 1. Januar 2019 beim Oberingenieurkreis B._____ (OIK B._____; ...) des Tiefbauamts des Kantons Bern (TBA) als Projektleiter Wasserbau mit einem Beschäftigungsgrad von 90 % angestellt. Mit Verfügung vom 26. März 2021 kündigte das TBA (OIK B._____) das Anstellungsverhältnis per 30. Juni 2021. Die dagegen erhobene Beschwerde hiess die Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) am 4. April 2022 gut und hob die Verfügung vom 26. März 2021 mangels triftiger Kündigungsgründe auf (Verfahren BVD 140/2021/7).

Mit Verfügung vom 15. August 2022 stellte das TBA (OIK B._____) fest, dass eine Weiterbeschäftigung von A._____ nicht möglich sei und sein Arbeitsverhältnis per 30. November 2022 ende. Gleichzeitig stellte es fest, dass kein Anspruch auf eine Abgangsentschädigung oder eine Sonderrente bestehe.

B.

Gegen diese Verfügung erhob A._____ am 16. September 2022 Beschwerde bei der BVD. Diese wies die Beschwerde mit Entscheid vom 15. Dezember 2022 ab.

C.

Hiergegen hat A._____ am 13. Januar 2023 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Er beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben, die Sache sei an die BVD, eventuell an das TBA (OIK B._____), zurückzuweisen mit der Weisung, in Zusammenarbeit mit der zentralen Personalkoordinationsstelle die Möglichkeit seiner Beschäftigung beim Kanton Bern vertieft zu prüfen. Eventuell sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und ihm eine Abgangsentschädigung von Fr. 7'389.25 zuzusprechen.

Mit Beschwerdeantwort vom 19. Januar 2023 hat die BVD namens des Kantons Bern 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.

1.2 Der Beschwerdeführer ist im vorinstanzlichen Verfahren mit seinen Anträgen nicht durchgedrungen (Art. 79 Abs. 1 Bst. a VRPG) und ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt (Art. 79 Abs. 1 Bst. b VRPG). Da er nach wie vor die Weiterbeschäftigung in der Kantonsverwaltung anstrebt, hat er trotz des Umstands, dass er zwischenzeitlich eine Stelle in der Privatwirtschaft hat, ein aktuelles und praktisches Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids (Art. 79 Abs. 1 Bst. c VRPG). Er ist damit zur Beschwerdeführung legitimiert.

1.3 Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.4 Mit seinem Hauptbegehren beantragt der Beschwerdeführer die Prüfung seiner Weiterbeschäftigung beim Kanton Bern. Es handelt sich daher ungeachtet des Eventualantrags auf eine Abgangsentschädigung von Fr. 7'389.25 nicht um eine vermögensrechtliche Streitigkeit mit einem Streitwert. Des Weiteren bilden allfällige finanzielle Folgen einer Gutheissung des Hauptantrags (vgl. hierzu Beschwerde S. 2 f. [Lohndifferenz]) nicht Streitgegenstand. Art. 57 Abs. 1 des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) findet folglich keine Anwendung (kein Streitwert). Das Verwaltungsgericht urteilt in Dreierbesetzung (Art. 56 Abs. 1 GSOG).

1.5 Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

2.

2.1 Die BVD ist mit in Rechtskraft erwachsenem Entscheid vom 4. April 2022 zum Schluss gekommen, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Beschwerdeführer ohne triftigen Grund nach Art. 25 Abs. 2 des Personalgesetzes vom 16. September 2004 (PG; BSG 153.01) erfolgte. Sie hob die Kündigungsverfügung des TBA (OIK B._____) vom 26. März 2021 deshalb auf (Akten TBA 3C pag. 72 ff.; vgl. vorne Bst. A). Das TBA (OIK B._____) ist Anstellungsbehörde (vgl. Art. 19 PG und Art. 14 Abs. 1 Bst. b der Personalverordnung vom 18. Mai 2005 [PV; BSG 153.011.1] i.V.m. Art. 2 Abs. 1 der Direktionsverordnung vom 9. Januar 2020 über die Delegation von Befugnissen der Bau- und Verkehrsdirektion [DeIDV BVD; BSG 152.221.191.1]), was von keiner Seite in Frage gestellt wird.

2.2 Nach Art. 29 Abs. 1 PG wird die betroffene Person weiterbeschäftigt, wenn die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ohne triftigen Grund (Art. 25 Abs. 2 PG) oder ohne wichtigen Grund (Art. 26 PG) verfügt worden ist. Daher ist nach der Konzeption des Gesetzgebers im Fall einer unrechtmässigen Kündigung die Anstellungsbehörde grundsätzlich verpflichtet, die betroffene Person weiterzubeschäftigen (zum «Grundsatz der Weiterbeschäftigung» VGE 2022/6 vom 21.11.2023 E. 1.2, 2017/269 vom 22.5.2018 E. 6, 2015/316 vom 1.12.2016 E. 6). Erst wenn die Anstellungsbehörde feststellt, dass eine Weiterbeschäftigung aus Gründen, welche die betroffene Person nicht zu vertreten hat, nicht möglich ist, wird allenfalls eine Abgangsentschädigung ausgerichtet (Art. 29 Abs. 2 i.V.m. Art. 32 PG). Dies kann gemäss den Gesetzesmaterialien namentlich der Fall sein, wenn das Arbeitsklima derart belastet ist, dass die Anstellungsbehörde zum Schluss kommt, die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses sei unzumutbar, oder wenn es unmöglich ist, die betroffene Person unter gleichwertigen Bedingungen wie Arbeitsinhalt, Gehalt usw. anderswo in der Kantonsverwaltung weiterzubeschäftigen (vgl. Vortrag des Regierungsrats zum Personalgesetz, in Tagblatt

des Grossen Rates 2004, Beilage 20, S. 13). Voraussetzung einer Entschädigung ist somit der Nachweis, dass eine Weiterbeschäftigung im erwähnten Sinn unmöglich ist (vgl. BVR 2010 S. 337 E. 4.3; VGE 2015/95 vom 5.11.2015 E. 3.4, 2011/148 vom 27.2.2012 E. 2.1).

3.

In der Sache ist strittig, ob die Vorinstanz die Verfügung der Anstellungsbehörde, mit welcher diese die Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung festgestellt hat, zu Recht bestätigt hat.

3.1 Nach dem gutheissenden Entscheid der BVD vom 4. April 2022 und der Aufhebung der Kündigungsverfügung (vgl. vorne Bst. A und E. 2.1) gewährte die Anstellungsbehörde dem Beschwerdeführer am 1. Juli 2022 das rechtliche Gehör zur beabsichtigten Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung (Akten TBA 3B pag. 166 ff.). Mit Stellungnahme vom 5. August 2022 beantragte der Beschwerdeführer seine Weiterbeschäftigung beim TBA (insb. bei einem anderen OIK) oder eventuell bei einer anderen Einheit der Kantonsverwaltung. Seiner Eingabe legte er mehrere aktuelle Stelleninserate für offene Stellen beim Kanton bei, für welche er sich interessierte (insb. eine Stelle beim OIK C. _____ als «Projektleiterin/Projektleiter Erneuerung Kantonsstrasse 70-100 %»; vgl. Akten TBA 3C pag. 134 ff.). Mit Verfügung vom 15. August 2022 stellte das TBA (OIK B. _____) die Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung fest mit der Begründung, die bisherige Stelle sei inzwischen anderweitig besetzt und «innerhalb des Oberingenieurkreises B. _____» sei keine geeignete Stelle vakant (vgl. vorne Bst. A; Akten TBA 3C pag. 157 ff.). Die dagegen erhobene Beschwerde wies die BVD mit dem angefochtenen Entscheid ab (vgl. vorne Bst. B).

3.2 Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid zusammenfassend erwogen, bei der Anstellungsbehörde sei keine Stelle frei gewesen, nachdem die bisherige Stelle des Beschwerdeführers unbefristet neu besetzt worden sei. Gleichwertige Stellen hinsichtlich Arbeitsinhalt (d.h. im Bereich Wasserbau) und Gehalt gebe es beim Kanton Bern in erster Linie beim TBA. Da

die Anstellungsbehörde jedoch keine Weisungsbefugnisse gegenüber anderen Abteilungen oder Ämtern habe, könne sie nicht veranlassen, dass dem Beschwerdeführer eine geeignete Stelle zugewiesen werde. Der Anstellungsbehörde sei daher nichts anderes übrig geblieben, als die Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung festzustellen und infolgedessen das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer aufzulösen. Unter diesen Umständen könne offengelassen werden, ob eine Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers bei der Anstellungsbehörde (TBA, OIK B._____) auch aufgrund «der im Verlauf des Trennungsprozesses entstandenen Belastung des Arbeitsklimas» nicht in Frage gekommen sei (angefochtener Entscheid E. 4c).

3.3 Der Beschwerdeführer beantragt in der Hauptsache, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die Sache an die BVD (eventuell an die Anstellungsbehörde) zurückzuweisen mit der Weisung, die Möglichkeit seiner Beschäftigung beim Kanton Bern vertieft zu prüfen (vgl. vorne Bst. C). Er verlangt damit nicht die Weiterbeschäftigung an der ursprünglichen Stelle. Vor diesem Hintergrund kann offen bleiben, ob die Anstellungsbehörde die Stelle wieder unbefristet besetzen durfte oder ob das Arbeitsklima trotz rechtskräftiger Verneinung eines Kündigungsgrunds in der Zwischenzeit derart belastet ist, dass die Weiterführung des bisherigen Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist (vgl. Beschwerde S. 5 ff.).

3.4 Zur fachlichen Qualifikation des Beschwerdeführers und zu seiner möglichen Weiterbeschäftigung im Kanton ergibt sich was folgt:

3.4.1 Der Beschwerdeführer erlangte 2010 einen Bachelor of Science in Bauingenieurwesen an einer Fachhochschule. Anschliessend arbeitete er für rund vier Jahre als Bauleiter Tunnelbau in einem Ingenieurbüro, bevor er 2018 den Master of Science FHNW in Engineering mit Vertiefung in Civil Engineering & Building Technology (Fachrichtung Wasserbau) erwarb (Akten TBA 3B pag. 12 ff.). Beim TBA (OIK B._____) gewann er als Projektleiter Wasserbau während zwei Jahren praxisbezogene Erfahrungen im naturnahen Wasserbau. Inzwischen arbeitet er (temporär) als Projektingenieur im Fachbereich Wasserbau in der Privatwirtschaft (vgl. Beschwerde S. 2 f.). Der Beschwerdeführer verfügt damit über breite Qualifikationen. So bezeichnen auch die Verantwortlichen des OIK B._____ sein Fachwissen als

«fundiert» (Zwischenzeugnisse vom 27.4. und 10.6.2021, Akten TBA 3B pag. 126 und 143). In der Kündigungsverfügung vom 26. März 2021 attestierten sie ihm ein ausgeprägtes technisches Fachwissen in Bezug auf naturnahen Wasserbau und hielten fest, dass in fachlicher Hinsicht kein Anlass zu Kritik bestand (Akten TBA 3B pag. 149).

3.4.2 Der Beschwerdeführer erklärte sich ausdrücklich bereit, eine neue berufliche Herausforderung innerhalb des TBA, der BVD oder anderswo in der Kantonsverwaltung anzutreten (Beschwerde S. 2 f.; Stellungnahme vom 5.8.2022 S. 1 f., Akten TBA 3C pag. 134 ff.; Akten TBA 3B pag. 156 f., 145). Konkret bewarb er sich am 3. Juni 2022 auf eine Stelle als «Projektleiterin/Projektleiter See- und Flussuferschutz 60 %» beim TBA und bekundete sein Interesse an einer Stelle beim OIK C._____ als «Projektleiterin/Projektleiter Erneuerung Kantonsstrasse 70-100 %» (vgl. vorne E. 3.1).

3.5 Die Vorinstanz bestreitet nicht, dass es beim TBA «gleichwertige Stellen hinsichtlich Arbeitsinhalt (d.h. im Bereich Wasserbau) und Gehalt» gibt, für welche der Beschwerdeführer aufgrund seiner Qualifikationen geeignet ist. Sie begründet die Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung (einzig) mit der fehlenden Weisungsbefugnis der Anstellungsbehörde (OIK B._____) gegenüber anderen Einheiten der Verwaltung (BVD oder andere Direktionen), dem Beschwerdeführer eine geeignete Stelle zuzuweisen (vgl. vorne E. 3.1).

3.6 Die Argumentation der Vorinstanz überzeugt nicht. Wie dargelegt (vgl. vorne E. 2) ergibt sich aus den Materialien und der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, dass eine Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung im Sinn des Gesetzes (vgl. Art. 29 Abs. 2 PG) nur anzunehmen ist, wenn es unmöglich ist, die betroffene Person unter gleichwertigen Bedingungen wie Arbeitsinhalt, Gehalt usw. anderswo in der Kantonsverwaltung weiterzubeschäftigen. Die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung ist im Einzelfall, unter Berücksichtigung der fachlichen Qualifikationen der betroffenen Person, zu prüfen. Allein der Umstand, dass die bisherige Stelle des Beschwerdeführers inzwischen vergeben ist, reicht nicht aus, um die Unmöglichkeit zu begründen. Es ist unbestritten, dass insbesondere beim TBA gleichwertige Stellen existieren und der Beschwerdeführer über gute fachliche Qualifikationen ver-

fügt (vgl. vorne E. 3.4.1). Daher hätten die anderen Oberingenieurkreise angefragt werden müssen, ob bei ihnen eine allenfalls passende Stelle zu besetzen sei. Mit Blick auf die beruflichen Qualifikationen des Beschwerdeführers wäre zudem denkbar, dass es auch anderswo in der BVD oder bei anderen Direktionen eine passende Stelle gibt. Soweit die Vorinstanz die Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung mit der fehlenden Weisungsbefugnis der Anstellungsbehörde (OIK B. _____) gegenüber anderen Einheiten der Verwaltung begründet (vgl. vorne E. 3.5), kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden. Für eine vertiefte Prüfung der Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers ist die Frage der Weisungsbefugnis irrelevant. Eine vertiefte Prüfung der Weiterbeschäftigung bedingt, dass sich die Anstellungsbehörde genügend bemüht, eine zumutbare Weiterbeschäftigung, sei es im TBA, in der BVD oder anderswo in der Kantonsverwaltung zu finden.

3.7 Die Beschwerde erweist sich damit als begründet und ist gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid an die BVD zurückzuweisen. Die BVD wird die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers beim Kanton Bern vertieft zu prüfen haben. Damit erübrigt sich die Prüfung des Eventualantrags auf eine Abgangsentschädigung (Rechtsbegehren 2; vorne Bst. C).

3.8 Ob die BVD bei ihrer (vertieften) Prüfung der Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten des Beschwerdeführers – wie von diesem beantragt – die zentrale Personalkoordinationsstelle (ZPS) beizieht, ist ihr überlassen. Die Tatsache, dass die ZPS für Kündigungen infolge Stellenaufhebung geschaffen wurde (vgl. Art. 1 Abs. 1 Stellenvermittlungsverordnung vom 16. September 2020 [StvV; BSG 153.011.2]), schliesst einen (analogen) Beizug der ZPS jedenfalls entgegen der Auffassung der Vorinstanz (angefochtener Entscheid E. 3c) nicht von vornherein aus. Unabhängig davon ist ein Beizug des kantonalen Personalamts sinnvoll bzw. sogar angezeigt, um das weitere Vorgehen zu klären.

4.

4.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG). Der Kanton Bern (BVD) hat dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer die Parteikosten im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Kostennote vom 17. Dezember 2024 (act. 5A2) gibt zu keinen Bemerkungen Anlass.

4.2 Die BVD wird die im vorinstanzlichen Verfahren entstandenen Kosten neu zu verlegen haben; dazu hat sich das Verwaltungsgericht im Rückweisungsentscheid nicht zu äussern (vgl. BVR 2022 S. 19 [VGE 2020/188 vom 5.10.2021] nicht publ. E. 8.3; Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 7).

5.

Gegen das vorliegende Urteil kann Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht geführt werden (Art. 82 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]). Da es sich um einen Zwischenentscheid im Sinn von Art. 93 BGG handelt (vgl. etwa BGE 138 I 143 E. 1.2), ist die Beschwerde aber nur zulässig, wenn eine der zusätzlichen Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG erfüllt ist.

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern vom 15. Dezember 2022 wird aufgehoben. Die Sache wird zu neuem Entscheid im Sinn der Erwägungen an die Bau- und Verkehrsdirektion zurückgewiesen,

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'500.-- wird dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.
3. Der Kanton Bern (Bau- und Verkehrsdirektion) hat dem Beschwerdeführer die Parteikosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf Fr. 3'809.10 (inkl. Auslagen und MWSt), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen:
 - Beschwerdeführer
 - Beschwerdegegnerund mitzuteilen:
 - Personalamt des Kantons Bern

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. BGG geführt werden. Der Streitwert im Sinn von Art. 51 ff. i.V.m. Art. 85 Abs. 1 BGG erreicht Fr. 15'000.--.