

Rathausgasse 1  
3011 Bern  
Telefon +41 (31) 633 79 20  
Telefax +41 (31) 633 79 09  
www.gef.be.ch

Referenz: sk  
RA Nr. **2014-12039**

## **B E S C H W E R D E E N T S C H E I D vom 18. Februar 2015**

in der Beschwerdesache zwischen

**X**

Beschwerdeführer

vertreten durch Fürsprecher

gegen

**UPD**

Vorinstanz



betreffend die Verfügung der UPD vom 19. August 2014 (Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge Stellenaufhebung per 30. Juni 2015)

### **I. Sachverhalt**

1. X (nachfolgend: Beschwerdeführer) ist seit dem 1. Mai 1982 bei den UPD (UPD; nachfolgend: Vorinstanz) angestellt. Nachdem er zu Beginn in anderer Funktion beschäftigt war, ist er seit Jahren als Spezialhandwerker II in der Direktion Dienste und Betriebe, Abteilung Bau und Technik, tätig.

2. Am 25. April 2015 wurde der Beschwerdeführer im Rahmen einer Aussprache darüber informiert, dass in der Direktion Dienste und Betriebe aufgrund der anstehenden Reorganisation Stellen aufgehoben werden müssten. Derzeit sei man daran, das Prozedere vorzubereiten.

Mit Schreiben vom 21. Juli 2014 wurde dem Beschwerdeführer mitgeteilt, dass dessen bisherige Stelle im Rahmen der Reorganisation per 30. Juni 2015 aufgehoben werde. Gleichzeitig wurde ihm diesbezüglich das rechtliche Gehör gewährt.

3. Mit Verfügung vom 19. August 2014 hat die Vorinstanz das Anstellungsverhältnis mit dem Beschwerdeführer per 30. Juni 2015 aufgelöst. Gleichzeitig hat sie den Beschwerdeführer per 1. September 2014 bis zum Ende des Anstellungsverhältnisses freigestellt. Begründet hat die Vorinstanz die Kündigung mit der Aufhebung der Stelle des Beschwerdeführers.

4. Gegen vorgenannte Verfügung reichte der anwaltschaftlich vertretene Beschwerdeführer am 19. September 2014 Beschwerde bei der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern (GEF) ein. Er beantragt die Aufhebung der Verfügung und die Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers.

5. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die GEF leitet,<sup>1</sup> holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Vorinstanz beantragt in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 12. November 2014, die Beschwerde sei abzuweisen und die angefochtene Verfügung zu bestätigen.

Auf die Rechtsschriften und Akten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

---

<sup>1</sup> Art. 10 der Verordnung vom 29. November 2000 über die Organisation und die Aufgaben der Gesundheits- und Fürsorgedirektion (Organisationsverordnung GEF, OrV GEF; BSG 152.221.121)

## II. Erwägungen

### 1. Sachurteilsvoraussetzungen

- a) Die Vorinstanz ist als gleichgestellte Organisationseinheit der GEF unterstellt (Art. 3 Abs. 1 Bst. a OrV GEF<sup>2</sup>). Die Kündigungsverfügung ist gestützt auf Art. 108 PG<sup>3</sup> i.V.m. Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG<sup>4</sup> bei der GEF anfechtbar. Die GEF ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig.
- b) Der Beschwerdeführer als Verfügungsadressat ist gemäss Art. 65 Abs. 1 VRPG ohne Weiteres zur Beschwerde befugt.
- c) Der unterzeichnende Anwalt ist gehörig bevollmächtigt.
- d) Auf die gemäss Art. 67 i.V.m. Art. 32 VRPG form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

### 2. Subsidiarität der Kündigung infolge Stellenaufhebung

- a) Der Beschwerdeführer beantragt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Zur Begründung führt er an, die für die Kündigung angeführten Gründe seien vorgeschoben und die angebliche Reorganisation ein Phantom. Die Kündigung sei vielmehr aus personenbezogenen Gründen erfolgt. Der Beschwerdeführer zweifelt zwar nicht ausdrücklich an, dass bei der Vorinstanz Reorganisationen stattgefunden haben resp. stattfinden werden. Er bringt jedoch vor, es sei nicht klar, aufgrund welcher Reorganisation die Stelle des Beschwerdeführers aufgehoben werde. Die Schlussfolgerung liege nahe, bei der von der Vorinstanz angeführten Reorganisation handle es sich um diejenige, welche bereits per 1. April 2014 erfolgt sei.
- b) Die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Kanton ist in Art. 24 ff. PG geregelt. Gemäss Art. 30 Abs. 1 PG verfügt die Anstellungsbehörde die Kündigung, wenn eine Stelle aufgehoben wird und die oder der Angestellte nicht im Sinn von Art. 23 PG versetzt werden kann. Die Stellenaufhebung als Kündigungsgrund liegt somit nicht in der Person des Betroffenen selber, sondern im betrieblich-organisatorischen Bereich. Als Grund für die Kündigung genügt hier allein die Tatsache der Stellenaufhebung. Es ist deshalb nicht erforderlich, die Reorganisation, die zur Stellenaufhebung geführt hat, zu begründen. Ämter oder Stellen

---

<sup>2</sup> Verordnung vom 29. November 2000 über die Organisation und die Aufgaben der Gesundheits- und Fürsorgedirektion (Organisationsverordnung GEF, OrV GEF; BSG 152.221.121)

<sup>3</sup> Personalgesetz vom 16. September 2004 (PG; BSG 153.01)

<sup>4</sup> Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

dürfen aber nicht gewissermassen missbräuchlich zusammengelegt bzw. aufgehoben werden, bloss um gewisse Personen leichter aus dem Dienst entfernen zu können.<sup>5</sup> Damit ist in Art. 30 PG der Grundsatz aus dem früheren Personalrecht (vgl. dazu Art. 22a aPG<sup>6</sup>) übernommen worden, wonach mit Ausnützung der Fluktuationen (Kündigungen, Pensionierungen) Entlassungen im Zusammenhang mit einem Stellenabbau möglichst zu vermeiden sind.<sup>7</sup> Die Stellenaufhebung zieht demnach nicht ohne Weiteres die Kündigung nach sich. Das beachtliche Potential an Versetzungsmöglichkeiten innerhalb der Verwaltung ist auszuschöpfen.<sup>8</sup> Eine Kündigung soll nur dann verfügt werden, wenn sie unumgänglich ist.<sup>9</sup> So sieht Art. 30 PG die Kündigung infolge Stellenaufhebung gemäss Wortlaut denn auch subsidiär zu der in Art. 23 PG vorgesehenen Versetzung vor. Letztere kann von der Anstellungsbehörde unter Beibehaltung des bisherigen Gehalts vorübergehend oder dauernd verfügt werden, wenn die Aufgabenerfüllung oder der zweckmässige und wirtschaftliche Personaleinsatz dies erfordert.

c) Der massgebende Sachverhalt ergibt sich aus den Akten folgendermassen: Aufgrund einer Dienstleistungsüberprüfung der Direktion Dienste und Betriebe<sup>10</sup> sind Reorganisationen geplant bzw. teilweise bereits vorgenommen worden. Im Zuge dieser Reorganisationen wird die Abteilung Bau und Technik neu strukturiert. So werden bspw. neu Teams geschaffen, die nach Fachbereichen organisiert sind. Dem Beschwerdeführer ist im April 2014 erstmals mitgeteilt worden, dass die Direktion Dienste und Betriebe wie auch seine Abteilung aufgrund der Reorganisation von Stellenaufhebungen betroffen sein werde; der Ablauf dieser Reorganisation sei in Vorbereitung, wobei wichtig sei, dass ältere Mitarbeiter diesen Prozess würdig durchmachen könnten.<sup>11</sup> In der Folge ist dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 21. Juli 2014 mitgeteilt worden, dass seine Stelle per 30. Juni 2015 aufgehoben werde. Damit dieser Direktionsbereich im Jahre 2017 wirtschaftlich und organisatorisch den neuen Anforderungen entspreche, würden bereits heute neue Kompetenzzentren gebildet. Aus diesem Grund würden Aufgaben im Bereich Schliessung und Möblierung umverteilt. Diese Umstrukturierung führe zum Abbau der Stelle des Beschwerdeführers.<sup>12</sup> Mit der vorliegend angefochtenen Verfügung vom 19. August 2014 ist dem Beschwerdeführer sodann per 30. Juni 2015 gekündigt worden. Begründet wird die Kündigung mit der Stellenaufhebung: Im Rahmen der nötigen Umstrukturierungen könnten Aufgaben des Beschwerdeführers auf mehrere Personen aufgeteilt werden. So würden alle Aufgaben im Bereich Umzüge und Schliessung neu von der

<sup>5</sup> von Kaenel/Zürcher, Personalrecht, in: Müller/Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage, 2013, N. 70, mit Hinweisen

<sup>6</sup> Gesetz vom 5. November 1992 über das öffentliche Dienstrecht (Personalgesetz, aPG), ausser Kraft

<sup>7</sup> Vortrag des Regierungsrates an den Grosse Rat betreffend Personalgesetz (PG) vom 10. März 2004, Kommentierung zu Art. 29

<sup>8</sup> Vgl. von Kaenel, Die Beendigung des Angestelltenverhältnisses nach bernischem Personalrecht, in: BVR 1996/193, Ziff. 2.2.6, mit Hinweisen

<sup>9</sup> Vgl. BVR 2001/385, E. 5. c

<sup>10</sup> Vgl. dazu unpaginierte Vorakten, Präsentation Meeting BL & Stv vom 14.1.2014, Dienstleistungsüberprüfung DDB + Vesselbständigkeit UPD

<sup>11</sup> Vgl. unpaginierte Vorakten, Aktennotiz vom 15. Mai 2014 betreffend X, Mitarbeiter Gebäude & Unterhalt

<sup>12</sup> Vgl. unpaginierte Vorakten, Schreiben vom 21. Juli 2014

Schreinerei übernommen. Dort entstehe ein Kompetenzzentrum für Umzüge und Schliessung. Trotz Bemühen sei es aufgrund des zwingend erforderlichen Fachwissens im Bereich Schreinerei nicht möglich, den Beschwerdeführer im neuen Kompetenzzentrum einzusetzen.

d) Fest steht demnach, dass eine Dienstleistungsüberprüfung der Direktion Dienste und Betriebe zu Umstrukturierungen in der Abteilung Bau und Technik geführt hat oder noch führen wird. Aus den Akten ist nicht ersichtlich, per welchem Datum die im Organigramm vom 15. April 2014 abgebildeten Strukturen eingeführt werden resp. worden sind.<sup>13</sup> Aufgrund des Wortlautes in der angefochtenen Verfügung ist davon auszugehen, dass die fragliche Reorganisation bereits umgesetzt worden ist.<sup>14</sup> Nicht in den Akten dokumentiert ist weiter, inwiefern die neuen Strukturen zu personellen Verschiebungen geführt haben oder noch führen werden, und auch nicht, wie viele Arbeitsstellen nach der Neuorganisation noch vorgesehen sind. Aus den Akten ist weder ersichtlich, wie die Abteilung Bau und Technik vor der Reorganisation strukturiert war, noch wie viele Personen sie beschäftigt hatte. Mit anderen Worten ist aus den Akten weder ein Zeitplan betreffend Reorganisation und Umstrukturierungen, noch deren Ausmass und die konkreten Massnahmen, noch deren direkte Folgen ersichtlich. Insofern geht tatsächlich nicht aus den Akten hervor, aufgrund welcher Umstrukturierungen die Stelle des Beschwerdeführers per welchem Datum faktisch aufgehoben wird. Gemäss der angefochtenen Verfügung wird die Stelle formell per 30. Juni 2015 aufgehoben; Ungereimtheiten in Zusammenhang mit der zusätzlich verfügten Freistellung werfen diesbezüglich jedoch Fragen auf (vgl. nachfolgende Erwägung 3). Insgesamt ist damit die ausgewiesene Reorganisation bzw. deren Auswirkungen nicht hinreichend dokumentiert, damit die Stellenaufhebung als notwendige Massnahme nachvollzogen resp. eine missbräuchliche Stellenaufhebung mit Sicherheit ausgeschlossen werden könnte. Angesichtes der nachfolgenden Erwägung ist dies hier sodann im Ergebnis unerheblich.

e) Gemäss der angefochtenen Verfügung kann der Beschwerdeführer trotz Bemühen im neuen Kompetenzzentrum Schliessung und Umzüge nicht eingesetzt werden. Auch dieser Umstand ergibt sich, abgesehen von ebendieser Aussage in der Verfügung und demselben Vorbringen in der Beschwerdevernehmlassung vom 12. November 2014, nicht aus den Akten. So finden sich keinerlei Hinweise, ob resp. inwiefern eine Änderung des Arbeitsverhältnisses nach Art. 23 PG tatsächlich geprüft worden ist. Mit anderen Worten lässt sich die in der angefochtenen Verfügung angeführte Begründung nicht auf die Akten stützen und ist somit nicht überprüfbar. Einerseits ist aus den Akten nicht ersichtlich, inwiefern geprüft und dann davon abgesehen worden ist, den Beschwerdeführer nach der Reorganisation in der angestammten Abteilung und in einem neuen Team, gegebenenfalls unter Zuweisung anderer Arbeit im Sinne von Art. 23 Abs. 1 PG, weiterhin zu beschäftigen. Andererseits und insbesondere ist nicht

---

<sup>13</sup> Vgl. unpaginierte Vorakten, Organigramm Gebäude und Unterhalt vom 15.4.2014

<sup>14</sup> Vgl. angefochtene Kündigungsverfügung vom 19. August 2014, Seite 3 unten

aktenkundig, ob eine eigentliche Versetzung des Beschwerdeführers nach Art. 23 Abs. 2 PG geprüft worden ist, und falls ja, weshalb eine solche nicht möglich ist.

Aufgrund der Aktenlage gilt vorliegend demnach als erstellt, dass dem Beschwerdeführer gekündigt worden ist, ohne die Zuweisung anderer Arbeit oder eine Versetzung im Sinne von Art. 23 PG zu prüfen. Gemäss den obigen Ausführungen ist eine Kündigung infolge einer Stellenaufhebung jedoch immer subsidiär zur Versetzung, weshalb eine Stellenaufhebung auch nicht ohne Weiteres eine Kündigung nach sich zieht (vgl. Erwägung 2 Bst. b oben). Die Vorinstanz hat demnach in Abweichung der gesetzlichen Regelung direkt die Kündigung verfügt. Sie hat den Grundsatz, wonach eine solche Kündigung nur subsidiär zur Versetzung im Sinne von Art. 23 PG zulässig ist, verletzt. Die Verfügung hält einer Rechtskontrolle nicht stand.

### 3. Freistellung

Nach dem Gesagten ist auch die verfügte Freistellung hinfällig, da eine solche ein gekündigtes Arbeitsverhältnis voraussetzt (vgl. Art. 25 Abs. 3 PG). Der Vollständigkeit halber ist zum diesbezüglichen Vorgehen der Vorinstanz jedoch Nachfolgendes festzuhalten:

In der angefochtenen Verfügung wird die Freistellung damit begründet, dass die geforderten Sparmassnahmen nur mit einer sofortigen Umsetzung der Reorganisationsmassnahmen erreicht werden könnten. Inwiefern an der Freistellung deshalb ein öffentliches Interesse im Sinne von Art. 25 Abs. 3 PG vorliegt, wird in keiner Weise begründet. Damit ist fraglich, ob die Freistellung durch die Vorinstanz im Sinne von Art. 52 Abs. 1 VRPG überhaupt hinreichend begründet war, was angesichts des Verfahrensausgangs jedoch offen gelassen werden kann.

Es wurde also weder ein öffentliches Interesse an der Freistellung des Beschwerdeführers vorgebracht, noch ist ein solches ersichtlich. Ganz im Gegenteil: Entsprechend der verfügten Freistellung hätte ein Arbeitnehmer, dem Fachwissen und gute Arbeitsleistungen seitens der Vorinstanz attestiert werden, 10 Monate lang zulasten der öffentlichen Hand den vollen Lohn bezogen, ohne dafür irgendwelche Arbeitsleistungen zu erbringen. Da der Kündigungsgrund vorliegend nicht in der Person des Beschwerdeführers begründet lag, ist denn auch kein öffentliches Interesse am Verzicht der Arbeitsleistungen des Beschwerdeführers zur Sicherstellung des ordentlichen Dienstbetriebes denkbar.<sup>15</sup> Auch wenn entsprechend den Vorbringen der Vorinstanz davon ausgegangen wird, dass die Reorganisation sofort umgesetzt werden muss, ist nicht ersichtlich, inwiefern eine ausgewiesene Fachkraft während der laufenden Kündigungsfrist und bis zur Aufhebung seiner Stelle nirgends eingesetzt werden könnte. An-

---

<sup>15</sup> Vgl. dazu von Kaenel/Zürcher, a.a.O., N. 69

zumerken ist hier, dass jede Reorganisation eine gewisse Planung und damit Vorbereitungszeit erfordert; dass eine Umstrukturierung von einem Tag auf den anderen erfolgen soll und Dienste von Arbeitnehmern damit innerhalb von nur wenigen Tagen überflüssig werden, ist wenig glaubwürdig. Die verfügte Freistellung widerspricht zudem offenkundig dem von der Vorinstanz zur Begründung vorgebrachten Sparauftrag. Aufgrund des besagten und in keiner Art nachvollziehbaren Vorgehens der Vorinstanz entsteht hier der Anschein, dass die Vorinstanz auf die Dienste des Beschwerdeführers personenbezogen verzichten wollte. In diesem Zusammenhang könnte daher in der Tat die Frage aufkommen, inwiefern im Zuge der nachgewiesenen Reorganisation nicht doch eine personenbezogene Kündigung mit einer Stellenaufhebung vorgenommen und begründet worden ist.

#### 4. Kosten

a) Die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 VRPG), werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG); spezialgesetzliche Kostenregelungen gehen dieser Norm vor (Art. 102 VRPG). Für Leistungen in personalrechtlichen Angelegenheiten der Verwaltungsjustiz werden keine Gebühren erhoben (Art. 67 Abs. 1 Bst. b FLG<sup>16</sup>).

Vorliegend sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben.

b) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten, oder die Auflage der Parteikosten ans Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand im Beschwerdeverfahren; im Verwaltungsverfahren besteht kein Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 107 Abs. 3 VRPG). Die Bemessung des Parteikostenersatzes richtet sich nach den Vorschriften der Anwaltsgesetzgebung (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Im Beschwerdeverfahren beträgt das Honorar 400 bis 11'800 Franken pro Instanz (Art. 11 Abs. 1 PKV<sup>17</sup>). Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Aufwand, der Bedeutung der Streitsache und der

---

<sup>16</sup> Gesetz vom 26. März 2002 über die Steuerung von Finanzen und Leistungen (FLG; BSG 620.0)

<sup>17</sup> Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811)

Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG<sup>18</sup>). Der Parteikostenersatz kann von der Höhe des Honorars abweichen (Art. 41 Abs. 5 KAG).

Vorliegend obsiegt der Beschwerdeführer. Die Kostennote des Rechtsvertreters vom 29. Januar 2015 beläuft sich auf Fr. 3'823.50, inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer. In der Kostennote wird zusätzlich zum Aufwand für das vorliegende Beschwerdeverfahren auch Aufwand für das vorgelagerte Verwaltungsverfahren geltend gemacht. Im Verwaltungsverfahren hat der Beschwerdeführer jedoch keinen Anspruch auf Parteikostenersatz. Aus diesem Grund, sowie angesichts des in der Sache gebotenen Aufwandes und der Schwierigkeit des Verfahrens ist der geltend gemachten Aufwand um rund einen Viertel zu kürzen. Der Parteikostenersatz ist auf Fr. 2'800.-, inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer, festzusetzen.

### **III. Entscheid**

1. Die Beschwerde vom 19. September 2014 wird gutgeheissen. Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 19. August 2014 wird aufgehoben.
2. Verfahrenskosten werden keine erhoben.
3. Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer nach Rechtskraft dieses Entscheides Parteikosten, festgesetzt auf Fr. 2'800.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer), zu ersetzen.

---

<sup>18</sup> Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

#### **IV. Eröffnung**

- FS, zuhanden des Beschwerdeführers, per GU
- Vorinstanz, per GU

DER GESUNDHEITS- UND  
FÜRSORGEDIREKTOR

Philippe Perrenoud  
Regierungsrat

#### **Rechtsmittelbelehrung**

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit schriftlicher und begründeter Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern angefochten werden. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in 2 Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und greifbare Beweismittel sind beizulegen.