

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2016 163 vom 8. August 2017**

BE Verwaltungsgericht, 2017-08-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2016\\_163](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2016_163)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2016 163 du 8 août 2017

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2016 163 del 8 agosto 2017

## **Regeste**

Anstellungsverfahren für die Nachfolge von Prof. ... - Rechtsverweigerung (Entscheid der Erziehungsdirektion des Kantons Bern vom 26. April 2016 - 4800.600.550.05/15 [704788]) | Andere

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der (Rechtsverweigerungs-)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 (vgl. auch Art. 75 Bst. d VRPG, Umkehrschluss; BVR 2008 S. 523 E. 1.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 67). Im Beschwerdeverfahren ist zu prüfen, ob die Universität zu Unrecht nicht wie verlangt verfügt hat. Ob der Nichterlass einer Verfügung eine Rechtsverweigerung darstellt, ist eine Frage der materiellen Begründetheit der Beschwerde (VGE 2014/165 vom 17.2.2015 E. 1.1, 2013/188 vom 25.3.2014 E. 3.1).

### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt (Art. 79 Abs. 1 Bst. a und b VRPG). Vorausgesetzt wird weiter, dass ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids bzw. der Klärung der Verfügungspflicht auf dem Verwaltungsjustizweg besteht (Art. 79 Abs. 1 Bst. c VRPG). Das Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung der Rechtsverweigerung liegt nicht auf der Hand, wenn es in der Hauptsache fraglich erscheint (vgl. BGer 1C\_605/2014 vom 6.7.2015 E. 2.6; ferner auch VGE 2010/237 vom 29.6.2011 E. 1.2, nicht publ. in BVR 2011 S. 564; VGE 2014/165 vom

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 5 17.2.2015 E. 1.2; Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, N. 1308). Ein Rechtsverhältnis ist namentlich dann mit Verfügung zu regeln, wenn die Voraussetzungen für die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens erfüllt sind; dafür muss unter anderem ein schutzwürdiges Interesse dargetan werden (vgl. hinten E. 4.2; Markus Müller, in Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], *Kommentar VwVG*, 2008, Art. 46a N. 4). Wie es damit im vorliegenden Fall verhält, liegt im Streit und ist im Rahmen der materiellen Erwägungen zu klären. Ob für die Beurteilung der Rechtsverweigerung in allen Teilen ein schutzwürdiges und namentlich aktuelles Interesse gegeben ist, kann offenbleiben. Die Begründungsanforderungen, die an das Rechtsmittel gestellt werden (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 Abs. 2 VRPG; statt vieler

BVR 2006 S. 470 E. 2.4), sind jedoch entgegen der Auffassung der Universität auch hinsichtlich des Eventualbegehrens erfüllt. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist mit der erwähnten Einschränkung einzutreten.

### **E. 1.3**

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

### **E. 2.1**

Die Anstellung von ordentlichen und ausserordentlichen Professorinnen und Professoren richtet sich in erster Linie nach dem Gesetz vom

### **E. 2.2**

Das Anstellungsverfahren besteht aus der Strukturphase (Art. 21-24 Anstellungsreglement) und der Anstellungsphase (Art. 25-33 Anstellungsreglement). Während in der Strukturphase über die Schaffung, Veränderung, Aufhebung oder Besetzung einer Professur zu entscheiden ist (vgl. Art. 23 Anstellungsreglement), wobei zu besetzende Professuren grundsätzlich auszuschreiben sind (Art. 62 Abs. 2 UniV; Art. 24 Anstellungsreglement), führt die Anstellungsphase zur Anstellung einer Bewerberin oder eines Bewerbers als ordentliche oder ausserordentliche Professorin bzw. Professor (vgl. Art. 33 Anstellungsreglement). Die Entscheidfindung der Universitätsleitung erfolgt dabei in Abstimmung mit der Fakultät (Art. 61 Abs. 4 UniV). Die Fakultät stellt einen Anstellungsantrag an die Universitätsleitung (Art. 63 Abs. 1 UniV; Art. 27 Abs. 1 Anstellungsreglement). Für die Vorbereitung des Anstellungsantrags setzt die betroffene Fakultät eine fakultäre Wahlkommission ein (Art. 25 Abs. 1 Anstellungsreglement), die das Verfahren vertraulich behandelt (Amtsgeheimnis; Art. 33 Abs. 2 Anstellungsreglement). Der Antrag enthält in der Regel einen Vorschlag der drei für die Stelle am besten geeigneten Kandidatinnen und Kandidaten (Art. 63 Abs. 2 UniV; Art. 27 Abs. 2 Anstellungsreglement). Aufgrund einer gesamthaften Beurteilung werden die Kandidatinnen und Kandidaten rangiert (vgl. Art. 28 Anstellungsreglement); die Fakultät holt vor ihrem Entscheid mindestens zwei auswärtige Gutachten ein, die sich vergleichend zur Leistung der Kandidatinnen und Kandidaten äussern (vgl. Art. 29 Anstellungsreglement). Nach Abschluss der Anstellungsverhandlungen (Art. 63 Abs. 3 UniV; Art. 30 Anstellungsreglement) stellt die Universitätsleitung auf Antrag der zuständigen Fakultät die Professorinnen und Professoren an (vgl. Art. 39 Abs. 1 Bst. h UniG i.V.m. Art. 51 Abs. 1 UniV; Art. 5 Abs. 1 Anstellungsreglement), und zwar mit öffentlich-rechtlichem Vertrag (Art. 51 Abs. 2 UniV; Art. 5 Abs. 2 Anstellungsreglement). Die vertragliche Begründung des Arbeitsverhältnisses entspricht dem allgemeinen Grundsatz im bernischen Personalrecht (vgl. Art. 16 PG). 3. 3.1 Die Beschwerdeführerin stellt zu Recht nicht in Frage, dass sie weder einen verfassungsrechtlichen noch einen gesetzlichen Anspruch darauf

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 7 hat, als Nachfolgerin von Prof. B.\_\_\_\_\_ angestellt zu werden. Umstritten ist aber, ob der Universität eine Rechtsverweigerung vorzuwerfen ist, weil sie es ablehnt, die Nichtanstellung der Beschwerdeführerin mit einer anfechtbaren Verfügung zu regeln. 3.2 Das Verbot der Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung fliesst als Teilgehalt aus der allgemeinen Verfahrensgarantie von Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV; SR 101) und Art. 26 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Bern (KV; BSG 101.1). Danach hat jede

Person vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung so- wie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Eine formelle Rechtsverweigerung im Sinn dieser in Art. 49 Abs. 2 VRPG konkretisierten Garantie liegt vor, wenn es eine Behörde ausdrücklich ablehnt oder stillschweigend unterlässt, eine Entscheidung zu treffen, obwohl sie dazu verpflichtet wäre (BVR 2011 S. 564 E. 2.2, 2008 S. 523 E. 2.1; BGE 142 II 154 E. 4.2 [Pra 105/2016 Nr. 98], 135 I 6 E. 2.1). 3.3 Ob das Verhalten der Universitätsleitung eine Rechtsverweigerung darstellt, hängt somit davon ab, ob ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Erlass einer Verfügung besteht. Eine Verfügung ist Voraussetzung da- für, dass sie ihre Parteistellung wirksam geltend machen kann (vgl. zum Parteibegriff Art. 12 VRPG) und berechtigt ist, einen negativen Entscheid anzufechten (Beschwerdebefugnis; Art. 65 Abs. 1 und Art. 79 Abs. 1 VRPG). Das gilt sowohl für Leistungs- und Gestaltungsverfügungen als auch für Feststellungsverfügungen (BGE 133 V 188 E. 4.2; BGer 2A.185/1997 vom 11.2.1998, in Pra 87/1998 Nr. 70 E. 2b, je mit Hinweisen). 3.4 Die ERZ hat eine Rechtsverweigerung verneint, weil die Universität nicht verpflichtet sei, über die Nichtanstellung der Beschwerdeführerin eine Verfügung zu erlassen. Eine solche Verpflichtung ergebe sich weder aus dem kantonalen Personalrecht noch aus verfassungs- und verfahrens- rechtlichen Garantien. Das gelte namentlich mit Bezug auf die Rechtsweg- garantie gemäss Art. 29a BV. – Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ver- pflichtet die erwähnte Verfassungsbestimmung den Berner Gesetzgeber, wirksamen Rechtsschutz gegen alle Rechtsakte vorzusehen, die in Rechte der Bürgerin oder des Bürgers eingreifen. Die Universität sei zum Erlass

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 8 einer anfechtbaren Verfügung verpflichtet; soweit das kantonale Recht dies nicht vorsehe, ergebe sich eine entsprechende Pflicht direkt aus der Ver- fassung. Allfällige Lücken im Rechtsschutz seien mithin in einer verfas- sungskonformen Weise zu schliessen. 3.5 Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid hinreichend dar- gelegt, weshalb die Universität nicht zum Erlass einer Verfügung verpflich- tet sei. Anders als die Beschwerdeführerin geltend macht (Beschwerde S. 5 f.; Replik S. 2 f.), ist sie damit der Begründungspflicht nachgekommen, die sich aus dem allgemeinen Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 26 Abs. 2 KV; vgl. auch Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Danach müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt wer- den, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Ent- scheid stützt. Das bedeutet aber nicht, dass sie sich ausdrücklich mit sämt- lichen Behauptungen und Einwänden auseinandersetzen muss; vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte be- schränken (BGE 142 II 154 E. 4.2 [Pra 105/2016 Nr. 98], 140 II 262 E. 6.2; BVR 2016 S. 529 E. 4.3; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 5 ff.). Die ERZ war insbesondere nicht verpflichtet, die umfangreiche Literatur zur Rechtsweggarantie zu ver- arbeiten; ein Justizentscheid hat einen anderen Zweck als eine wissen- schaftliche Abhandlung. Ebenso wenig musste sie rechtsvergleichende Darstellungen des deutschen Rechts für ihre Entscheidungsfindung beiziehen. Ob der Auffassung der Beschwerdeführerin inhaltlich zu folgen ist, ist im Übrigen nicht eine Frage des rechtlichen Gehörs, sondern der Begründet- heit der Beschwerde. 4. 4.1 Nach Art. 29a BV hat jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde; Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen. Voraussetzung für die Anwendung von Art. 29a BV ist, dass eine «Rechts- streitigkeit» vorliegt. Das Bundesgericht legt diesen Begriff dahin aus, dass die Streitigkeit im Zusammenhang mit

einer individuellen, schützenswerten

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 9 Rechtsposition stehen muss (BGE 141 II 233 E. 4.2.1, 140 II 315 E. 4.4 mit weiteren Hinweisen). Auch Realhandeln des Gemeinwesens kann nach höchstrichterlicher Rechtsprechung in schützenswerte Rechtspositionen eingreifen (BGE 140 II 315 E. 4.4; jüngst auch BGE 1C\_517/2016 vom 12.4.2017 E. 4.2). Art. 29a BV erstreckt die richterliche Prüfung dem Grundsatz nach auf alle Rechtsstreitigkeiten. Die jeweiligen Rechte und Pflichten fliessen allerdings nicht aus der Rechtsweggarantie selber, sondern aus dem gesamten Verfassungs-, Gesetzes- und Verordnungsrecht (BGE 136 I 323 E. 4.3 [Pra 100/2011 Nr. 36]). Die Garantie gibt zudem keinen Anspruch darauf, jedes staatliche Handeln ungeachtet prozessualer Vorschriften auf seine Rechtmässigkeit hin überprüfen zu lassen; sie steht insbesondere den üblichen Sachurteilsvoraussetzungen von Rechtsmitteln, darunter der Beschwerdebefugnis, nicht entgegen (BGE 139 II 185 E. 12.4, 137 II 409 E. 4.2 [Pra 101/2012 Nr. 73], 136 I 323 E. 4.3 [Pra 100/2011 Nr. 36]; VGE 2011/73 vom 24.2.2012 E. 3.4). 4.2 Nach Art. 49 Abs. 1 VRPG regelt die zuständige Behörde öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse von Amtes wegen oder auf Gesuch hin mit einer Verfügung (statt vieler BVR 2013 S. 227 E. 4.1). Auf ein Gesuch um Erlass einer Verfügung ist einzutreten, wenn ein schutzwürdiges Interesse nachgewiesen wird (Art. 50 Abs. 2 VRPG). Das Rechtsschutzinteresse muss aktuell, praktisch und genügend intensiv sein, damit es als schutzwürdig gelten kann. Es handelt sich um eine personenbezogene und damit subjektive Vorbedingung für einen Sachentscheid. Die Schutzwürdigkeit bestimmt sich nach objektiven Kriterien und hängt nicht davon ab, wie weit sich jemand subjektiv betroffen und in seinen Rechten beeinträchtigt fühlt (BVR 2015 S. 27 E. 4.1 mit Hinweisen). Gleich zu verstehen ist der Begriff des schutzwürdigen Interesses bei der Beschwerdebefugnis nach Art. 65 bzw. Art. 79 VRPG (Grundsatz der Einheit des Verfahrens; BVR 2016 S. 273 E. 2.2). Dies ergibt sich auch aus dem Parteibegriff gemäss Art. 12 Abs. 1 VRPG (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 50 N. 5; vorne E. 3.3). Ob ein schutzwürdiges Interesse im vorstehend umschriebenen Sinn besteht, ist anhand der jeweiligen Rechtsbegehren zu beurteilen (vgl. Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 153 mit Hinweis).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 10 4.3 In der Folge ist zunächst zu untersuchen, ob die Beschwerdeführerin Anspruch darauf hat, dass die Universität über ihre Anstellung bzw. Nichtanstellung als Nachfolgerin von Prof. B. \_\_\_\_\_ eine Gestaltungsverfügung erlässt (Hauptbegehren; E. 5 hiernach). Bei der Sachgesetzgebung, aus der sich durchsetzbare Rechte und Pflichten ergeben können (vorne E. 4.1), ist neben dem kantonalen öffentlichen Dienstrecht auch das Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG; SR 151.1) zu berücksichtigen, auf das sich die Beschwerdeführerin unter anderem stützt. Daraus ergibt sich ihrer Ansicht nach unter anderem auch die «Forderung von Schadenersatz» (Beschwerde S. 3). Aus der Begründung der Rechtschrift wird mithin klar, dass die Beschwerdeführerin nicht nur den Erlass einer Gestaltungsverfügung hinsichtlich der Anstellung bzw. Nichtanstellung verlangt; sie zielt auch auf Erlass einer Leistungsverfügung – die Entschädigung nach Art. 5 Abs. 2 GIG kann allerdings auch weitgehend feststellenden (symbolischen) Charakter haben (vgl. BGE 131 II 361 E. 4.8 [Pra 95/2006 Nr. 53]) –, falls sie mit ihrem Hauptantrag nicht durchdringen sollte (dazu hinten E. 6). Im Anschluss bleibt gegebenenfalls zu prüfen, ob eine

Feststellungsverfügung hätte getroffen werden müssen (Eventualbegehren; hinten E. 7).

## **E. 5**

September 1996 über die Universität (Universitätsgesetz, UniG; BSG 436.11) und seinen Ausführungsbestimmungen. Soweit diese keine besonderen Vorschriften enthalten, gilt die Personalgesetzgebung (Art. 18 Abs. 1 UniG), also vorab das Personalgesetz vom 16. September 2004 (PG; BSG 153.01). Der Regierungsrat regelt das Nähere zum Gehalt und zur Anstellung sowie die Zuständigkeiten durch Verordnung (Art. 18 Abs. 3 UniG). Der Universitätsleitung als Anstellungsbehörde obliegt gemäss Art. 61 Abs. 1 der Verordnung vom 12. September 2012 über die Universität (UniV; BSG 436.111.1) die Verantwortung für das Verfahren, wobei die Grundsätze von Art. 63 UniV zu beachten sind. Die Einzelheiten hat die Universitätsleitung im Reglement vom 18. Dezember 2012 über die Anstellung an der Universität Bern (Anstellungsreglement) festgeschrieben.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 6

### **E. 5.1**

Mit ihrem Hauptbegehren verlangt die Beschwerdeführerin den Erlass einer Gestaltungsverfügung über die «Berücksichtigung/Nichtberücksichtigung im Anstellungsverfahren zur Nachfolge von Prof. B. \_\_\_\_\_» (vorne Bst. A). Die Verfügung soll ihr den Rechtsweg öffnen, damit sie die «materielle Korrektur» und die «Wiederholung des Wahlverfahrens» erstreiten könne (Beschwerde S. 2 f.).

### **E. 5.2**

Nach Art. 18 Abs. 1 UniG i.V.m. Art. 107 Abs. 1 PG erlässt der Arbeitgeber (unter Vorbehalt anders lautender Vorschriften dieses Gesetzes oder besonderer Gesetze) eine Verfügung, wenn bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis keine Einigung zu Stande kommt. Art. 107 Abs. 1 PG bezieht sich nur auf Streitigkeiten, die sich aus dem Arbeitsver-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 11

hältnis ergeben, und auf solche, die nach den zum allgemeinen Verfügungsbegriff, wie er auch Art. 49 VRPG zu Grunde liegt, entwickelten Kriterien verfügbare sind (vgl. BVR 2011 S. 564 E. 2.2, 2009 S. 458 E. 3.2). Die Nichtberücksichtigung im Anstellungsverfahren bildet keine Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis, weshalb Art. 107 Abs. 1 PG nicht Anwendung findet.

### **E. 5.3**

Anders als der Bund hat der Kanton Bern sodann keine eigene Regelung zum Rechtsschutz von abgewiesenen Stellenbewerberinnen und Stellenbewerbern vorgesehen. Nach Art. 34 Abs. 3 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG; SR 172.220.1) haben solche Personen keinen Anspruch auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung. Ihnen ist es mithin verwehrt, die Absage anzufechten, unabhängig davon, ob es sich dabei um einen Rechtsakt (Verfügung) oder um einen Realakt handelt (vgl. dazu BVGer A-7443/2015 vom 18.7.2016 E. 2.1 mit Hinweisen zur Entstehungsgeschichte der Bestimmung; Markus Müller, [Schleich-]Wege zum Verwaltungsrechtsschutz, in ZBl 2015 S. 59 ff., 65 f.). Nach Art. 108 Abs. 1 PG gilt für die Rechtspflege das VRPG, soweit das Personalgesetz nichts anderes bestimmt. Eine Verfügung im Sinn des VRPG liegt nur vor, wenn eine Verwaltungshandlung die erforderlichen materiellen Strukturmerkmale aufweist. Nach ständiger Praxis wird in erster Linie auf die Definition von Art. 5 Abs. 1 des

Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Ver- waltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) und die dazu ergangene Recht- sprechung abgestellt (BVR 2015 S. 263 E. 1.4, 2013 S. 423 E. 2.2, 2013 S. 301 E. 1.2; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 8). Ob der negative Ausgang des Stellenbewerbungsverfahrens nach diesen Kriterien eine Verfügung bzw. eine verfügbare Angelegenheit darstellt, hat das Verwaltungsgericht bislang nicht entschieden (vgl. VGE 2011/73 vom 24.2.2012 E. 3.6). Die Frage kann auch im vorliegenden Verfahren dahin- gestellt bleiben.

#### **E. 5.4**

Am 27. April 2015 hat die Universität mit Prof. C. \_\_\_\_\_ den Anstellungsvertrag abgeschlossen (vgl. vorne Bst. A). Es stellt sich damit die Frage, ob die Beschwerdeführerin noch ein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Gestaltungsverfügung hat. Nur unter der Voraussetzung, dass die Anstellung rückgängig gemacht und das Anstellungsverfahren

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 12 wiederholt werden könnte, erhalte die übergangene Bewerberin oder der übergangene Bewerber (bei erfolgreicher Beschwerde) eine neue Chance, angestellt zu werden (vgl. RR AG vom 18.5.1992, in ZBl 1993 S. 15 E. 2; ferner auch KGer VS 26.9.1984, in ZWR 1985 S. 28 E. 3.3).

#### **E. 5.5**

Der Anstellungsentscheid ist grundsätzlich rechtsbeständig. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit einer (Erneuerungs-)Wahl von Mitgliedern einer Verwaltungskommission der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen anerkannt, dass von deren Beständigkeit auszu- gehen sei, auch wenn die Verfahrensrechte von einzelnen Bewerberinnen und Bewerbern verletzt worden seien. Selbst bei einer schweren Ver- letzung von Verfahrensrechten bestehe keine Grundlage, um den Wahl- beschluss aufzuheben. Anders verhalte es sich aber, wenn die gewählte Person die gesetzlichen Aufgaben nicht oder nur unzureichend wahrzu- nehmen vermöchte, zumal dies dem Gebot einer rechtsstaatlich konstitu- ierten und funktionierenden Verwaltung widerspräche. Eine solche Anstel- lung verletze nicht nur die Verfahrensrechte von einzelnen Bewerberinnen oder Bewerbern, sondern verstosse als solche gegen wichtige öffentliche Interessen. Es entspreche dem Gemeinwohl, einen entsprechenden Be- schluss auf Beschwerde hin oder von Amtes wegen aufzuheben. In einem solchen Fall wäre das Wahlverfahren ganz oder teilweise zu wiederholen (zum Ganzen BGer 8C\_199/2014 vom 5.9.2014 E. 6.2 f.).

#### **E. 5.6**

Von dieser Rechtslage ist im vorliegenden Fall ebenfalls auszu- gehen. Zwar kann im bernischen Recht nicht argumentiert werden, es fehle an einem Rechtsanspruch auf Weiterbeschäftigung selbst bei einer un- rechtmässigen Kündigung, so dass ein solcher Anspruch bei einer Erneue- rungswahl erst recht auszuschliessen sei (vgl. dazu BGer 8C\_199/2014 vom 5.9.2014 E. 6.3). Denn im Unterschied zum Personalrecht des Kan- tons St. Gallen wird die betroffene Person nach Art. 29 Abs. 1 PG bei einer unrechtmässigen Kündigung grundsätzlich weiterbeschäftigt; nur subsidiär für den Fall, dass eine Weiterbeschäftigung nicht möglich bzw. unzumutbar ist, sieht das Gesetz eine Abgangsentschädigung vor (Art. 29 Abs. 2 i.V.m. Art. 32 PG; vgl. BVR 2010 S. 337 E. 5.3; von Kaenel/Zürcher, Personal- recht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 49 ff., 82 N. 87). Das ändert aber nichts daran, dass der öffentlich-recht-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 13 liche Vertrag, mit dem das Arbeitsverhältnis begründet wird (vorne E. 2.2), eine gegenseitige Vertrauensbasis schafft. Die Vertragsparteien dürfen vorbehaltlich besonderer Vorkommnisse davon ausgehen und darauf ver- trauen, dass der Vertrag, so wie er abgeschlossen wird, tatsächlich einge- halten und aufrechterhalten wird (vgl. BGer 1C\_168/2008 vom 21.4.2009, in ZBl 2010 S. 56 E. 5.2). Allfällige Mängel des Anstellungsverfahrens be- deuten daher auch nach allgemeinen Grundsätzen noch nicht ohne weite- res, dass der Vertrag anfechtbar, widerrufbar oder gar nichtig ist (vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 35 N. 5 ff.).

### **E. 5.7**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, das Anstellungsverfahren sei von «zahlreichen Unregelmässigkeiten» und «willkürlichen Entscheidun- gen» geprägt gewesen (Beschwerde S. 4). Im Einzelnen kritisiert sie eine willkürliche Beurteilung ihrer wissenschaftlichen Leistungen, wirft zwei Mit- gliedern der fakultären Wahlkommission Befangenheit vor, wobei eine dritte Person widerrechtlich am Verfahren teilgenommen habe, und sieht das Amtsgeheimnis verletzt (Beschwerde S. 17 f.). – Die Beschwerdeführerin rügt damit verschiedene Verfahrensfehler. Sie macht aber nicht geltend, die angeblichen Fehler hätten zur Ernennung eines Bewerbers geführt, der die gesetzlichen Vorgaben nicht erfülle; sie legt auch nicht dar, weshalb der Anstellungsentscheid wichtigen öffentlichen Interessen widersprechen soll (vgl. vorne E. 5.5). Unter diesen Umständen ist von der Beständigkeit des Anstellungsentscheids auszugehen. Die mit ihrem Hauptbegehren be- antragte materielle Korrektur und die Wiederholung des Anstellungsver- fahrens kann die Beschwerdeführerin folglich nicht mehr erreichen.

### **E. 5.8**

Die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV führt zu keinem ande- ren Schluss, ergibt sich das mit dem Vertragsschluss begründete Vertrau- ensverhältnis doch aus dem materiellen Recht (vgl. auch vorne E. 4.1). Aus den weiteren verfahrensrechtlichen Garantien, welche die Beschwerde- führerin anruft, kann sie daher ebenfalls nichts für sich ableiten. Das gilt namentlich für Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101). Danach hat jede Person ein Recht darauf, Streitig- keiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen einem unabhän- gigen Gericht zu unterbreiten. Wie Art. 29a BV schafft auch diese Bestim-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 14 mung nicht selber materiellrechtliche Rechtspositionen. Sie sichert vielmehr den verfahrensrechtlichen Schutz von zivilen Rechten, die nach nationalem Recht bestehen (BGE 125 I 7 E. 4a, 125 I 209 E. 7a [Pra 89/2000 Nr. 149]; BVR 2007 S. 344 E. 2.3), setzt mithin voraus, dass das Recht innerstaatlich gewährt wird und durchsetzbar ist (BGE 142 I 99 E. 2.3, 125 II 293 E. 5b; Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, in Jens Meyer-Ladewig et al. [Hrsg.], EMRK Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 6 N. 14). Weiter ist der Hinweis der Beschwerdeführerin auf Art. 25a VwVG nicht zielführend. Diese Vor- schrift vermittelt den in schutzwürdigen Interessen Betroffenen verschie- dene Ansprüche gegenüber realen (verfügungsfreien) Handlungen, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und Rechte oder Pflichten berühren (Abs. 1), darunter einen Beseitigungsanspruch hinsichtlich der Folgen widerrechtlicher Handlungen (Abs. 1 Bst. b); die Behörde entschei- det durch

Verfügung (Abs. 2). Stützt sich ein Realakt auf kantonales Recht, ist Art. 25a VwVG indes nicht anwendbar (BVR 2007 S. 441 E. 4.2; Herzog/Daum, Die Umsetzung der Rechtsweggarantie im bernischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, in BVR 2009 S. 1 ff., 5). Abgesehen davon kommt hier aufgrund der Rechtsbeständigkeit des Anstellungsentscheids eine Beseitigungsanordnung ohnehin nicht mehr in Betracht.

### **E. 5.9**

Eine Wiederholung des Anstellungsverfahrens vermag die Beschwerdeführerin schliesslich auch nicht gestützt auf die geltend gemachte Diskriminierung wegen des Geschlechts zu erwirken: Nach Art. 3 GlG dürfen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts weder indirekt noch direkt benachteiligt werden (Abs. 1); das Diskriminierungsverbot gilt insbesondere für die Anstellung (Abs. 2). Wird eine Person durch die Abweisung ihrer Bewerbung für die erstmalige Begründung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses diskriminiert, so ist Art. 5 Abs. 2 GlG anwendbar (Art. 13 Abs. 2 Satz 1 GlG), d.h. die betroffene Person hat lediglich Anspruch auf eine Entschädigung. Der Anspruch auf Beseitigung einer bestehenden Diskriminierung gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. b GlG steht in einem solchen Fall nicht zur Verfügung (Riemer-Kafka/Ueberschlag, in Kaufmann/Steiger-Sackmann [Hrsg.], Kommentar zum GlG, 2. Aufl. 2009, Art. 5 N. 14). Insbesondere kann nicht eine Wiederholung des Anstellungsverfahrens oder gar die Anstellung verlangt werden (vgl. BGE 131 II 361 E. 4.5 [Pra 95/2006 Nr. 53]; BGer 2P.277/2004 und 2A.637/2004 vom

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 15 19.1.2006, in RDAF 2006 I S. 128 E. 1.4; BVerfGE A-7443/2015 vom 18.7.2016 E. 2.2; Kathrin Arioli, in Kaufmann/Steiger-Sackmann [Hrsg.], Kommentar zum GlG, 2. Aufl. 2009, Art. 13 N. 51). Die Beschränkung des Rechtsschutzes auf den Entschädigungsanspruch wird unter dem Gesichtswinkel der Rechtsweggarantie zwar kritisiert (vgl. etwa Alain Griffel, Auswirkungen der Rechtsweggarantie auf die Entscheidungsbefugnis eines Gerichts, in Peter Breitschmid et al [Hrsg.], Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, 2015, S. 263 ff.). Für eine Ausdehnung der Ansprüche über Art. 5 Abs. 2 GlG hinaus besteht für die rechtsanwendende Behörde indes kein Raum (vgl. auch Art. 190 BV; Alain Griffel, a.a.O., S. 276). Kein anderes Ergebnis lässt sich im Übrigen aus Art. 14 EMRK ableiten, der unter anderem Diskriminierungen wegen des Geschlechts untersagt. Das Diskriminierungsverbot ist akzessorisch ausgestaltet und kann deshalb nur angerufen werden, wenn der Schutzbereich konventionsrechtlich garantierter Rechte und Freiheiten berührt ist. Es hat damit keine selbständige Geltung als Menschenrecht (BGE 130 II 137 E. 4.2; Meyer-Ladewig/Lehner, in Jens Meyer-Ladewig et al. [Hrsg.], EMRK Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 14 N. 5 ff.; Kurt Pärli, Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht, in AJP 2015 S. 1671 ff., 1695 f.). Das Zusatzprotokoll Nr. 12 zur EMRK vom 4. November 2000, das ein allgemeines und nicht bloss akzessorisches Diskriminierungsverbot enthält, hat die Schweiz nicht unterzeichnet (vgl. BVerfGE 9C\_474/2015 vom 19.8.2015 E. 3; Kurt Pärli, a.a.O., S. 1674).

### **E. 5.10**

Nach dem Erwogenen kann die Beschwerdeführerin die mit ihrem Hauptbegehren verfolgte materielle Korrektur und Wiederholung des Anstellungsverfahrens nicht mehr erreichen,

da der Anstellungsentscheid rechtsbeständig ist. Damit steht fest, dass sie – ungeachtet der verfahrens- rechtlichen Qualifikation der Nichtberücksichtigung im Anstellungsverfahren – nur noch eine Feststellung darüber erstreiten kann, ob ihre Verfahrens- rechte im Anstellungsverfahren verletzt worden sind, sofern das dafür er- forderliche Rechtsschutzinteresse gegeben ist (weiterführend dazu hinten E. 7).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 16

### **E. 6.1**

Die Beschwerdeführerin wirft der Universität Anstellungsdiskriminierung vor und verlangt deshalb unter Verweis auf Art. 3 ff. GIG «Schadenersatz nach Gleichstellungsgesetz» (Beschwerde S. 3). Ob sie damit eine Entschädigung nach Art. 5 Abs. 2 GIG meint oder Schadenersatz bzw. Genugtuung – diese Leistungen werden nach Art. 5 Abs. 5 GIG vorbehalten –, präzisiert sie nicht.

### **E. 6.2**

Personen, deren Bewerbung für die erstmalige Begründung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses abgewiesen worden ist, können ihren Anspruch auf Entschädigung im Sinn von Art. 5 Abs. 2 GIG direkt mit Beschwerde gegen die abweisende Verfügung geltend machen (Art. 13 Abs. 2 Satz 2 GIG). Daraus ergibt sich, dass die Ablehnung der Bewerbung von Bundesrechts wegen Verfügungscharakter hat, wenn eine Diskriminierung im Sinn des eidgenössischen Gleichstellungsgesetzes geltend gemacht wird (vgl. KGer LU 7H 13 93 vom 6.5.2014, in JAR 2015 S. 517 E. 3.2; VGer LU V 98 245 vom 13.3.2001, in LGVE 2001 II Nr. 2 E. 3c; BVGE 2010/53 E. 6.2; Waldmann/Kraemer, Die Ausgestaltung des Rechtsschutzes im öffentlichen Personalrecht, in Häner/Waldmann [Hrsg.], Brennpunkte im Verwaltungsprozess, 2013, S. 189 ff., 218). Das gilt auch, wenn das Arbeitsverhältnis – wie im Kanton Bern – durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag begründet wird (Kathrin Arioli, a.a.O., Art. 13 N. 46; BVGE 2010/53 E. 6.3.3). Die Verfahrensordnung des Gleichstellungsgesetzes gilt im Übrigen für die gemäss Art. 5 Abs. 5 GIG vorbehaltenen Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung ebenso (vgl. dazu BGE 133 II 257 E. 5.3 [Pra 97/2008 Nr. 13]); ein Staatshaftungsbegehren, das in einem eigenen Verfahren zu behandeln wäre, ist nicht erforderlich (Kathrin Arioli, a.a.O., Art. 13 N. 76 ff. und 84; Hardy Landolt, in Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 49 OR N. 242).

### **E. 6.3**

Nicht restlos geklärt ist allerdings, ob die Ablehnung der Bewerbung im Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes in jedem Fall als Verfügung gilt, gegen die Beschwerde geführt werden kann (so etwa Kathrin Arioli, a.a.O., Art. 13 N. 46 und 55; Christian Bruchez, in Aubert/Lempen [Hrsg.], Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, 2011, Art. 13 N. 43; Peter Hänni, Personalrecht des Bundes, 2. Aufl. 2004,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 17 Rz. 55), oder ob von der betroffenen Person verlangt werden muss bzw. kann, dass sie bei der zuständigen Anstellungsbehörde zunächst ein Begehren auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung stellt (so für das Bundespersonalrecht jetzt BVGer A-7443/2015 vom 18.7.2016 E. 2.2.3, allerdings unter Berücksichtigung von Art. 34 Abs. 3 BPG; dazu vorne E. 5.3). Wie es sich damit verhält, muss hier nicht abschliessend beantwortet werden. An- erkannt ist jedenfalls, dass die abgewiesene Stellenbewerberin bzw. der Bewerber das

Recht hat, eine anfechtbare Verfügung zu verlangen, die sich über die Ansprüche nach Art. 5 GIG ausspricht (vgl. BGer 1A.8/2000 vom 10.3.2000 E. 3b; KGer LU 7H 13 93 vom 6.5.2014, in JAR 2015 S. 517 E. 3.2; VGer LU V 98 245 vom 13.3.2001, in LGVE 2001 II Nr. 2 E. 3c, je mit Hinweis auf die Botschaft des Bundesrats zum GIG, in BBl 1993 I 1248 ff., 1313 [deutsche Fassung] bzw. BBl 1993 I 1163 ff., 1227 [französische Fassung]). So oder anders muss die betroffene Person ihre Ansprüche im Rahmen des gegen den (angeblich) diskriminierenden Anstellungsentscheid eingeleiteten Verfahrens geltend machen können (BGE 133 II 257 E. 5.3 [Pra 97/2008 Nr. 13]).

#### **E. 6.4**

Die ERZ stellt nicht in Abrede, dass der diskriminierenden Ablehnung einer Bewerbung Verfügungscharakter zukommt. Sie hält allerdings dafür, dass die Beschwerdeführerin weder mit ihrem Gesuch an die Universitätsleitung vom 4. April 2015 um Erlass einer anfechtbaren Verfügung noch mit ihrer Beschwerde an die ERZ vom 7. Mai 2015 Entschädigungsansprüche nach Art. 5 Abs. 2 GIG geltend gemacht habe. Aus der Eingabe vom 14. Juli 2015 gehe vielmehr hervor, dass sie diese Ansprüche später geltend machen wolle, weshalb diese nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens bildeten (angefochtener Entscheid E. 1.2). – Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, sie habe sich sowohl im Verfahren vor der Rekurskommission als auch im Verfahren vor der Vorinstanz auf eine Diskriminierung wegen des Geschlechts berufen. Ihre Diskriminierung stelle einen zentralen Grund der Beschwerde dar, wenn auch nicht den ausschliesslichen. Erst der Erlass einer anfechtbaren Verfügung werde es ihr ermöglichen, die Diskriminierung auch materiell zu substantiieren und zu beweisen (Replik S. 4).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 18

#### **E. 6.5**

Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass die Beschwerdeführerin in ihrem Gesuch um Erlass einer «Feststellungsverfügung betreffend die Nichtbegründung des Dienstverhältnisses in der Nachfolge Prof. B. \_\_\_\_\_» vom 4. April 2015 den Vorwurf der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nicht erhoben hat (vgl. Beilage 11 zur Beschwerde vom 7.5.2015). In der Beschwerdeschrift vom 7. Mai 2015 wird lediglich allgemein festgehalten, sie habe ein aktuelles und praktisches Interesse an der «Geltendmachung von Schadenersatz» (S. 4; Vorakten ERZ act. 1). Erst in der Replik vom 14. Juli 2015 hat sie auf Art. 3 ff. GIG verwiesen, Anstellungsdiskriminierungen an der Universität angesprochen und die «Forderung von Schadenersatz nach dem Gleichstellungsgesetz» bekräftigt, weil ihr ein männlicher Bewerber ohne Habilitation vorgezogen worden sei. Weiter hat sie unter dem Gesichtspunkt des schutzwürdigen Interesses ausgeführt, sie bestehe auf der Feststellung des Nichtzustandekommens der Anstellung, um gegen die «klare Diskriminierung aufgrund ihres Geschlechts vorgehen zu können» (Ziff. 4, 6 und 24 ff.; Vorakten ERZ act. 9).

#### **E. 6.6**

Die Beschwerdeführerin scheint irrtümlich anzunehmen, sie müsse in einem ersten Schritt die Widerrechtlichkeit der Nichtanstellung feststellen lassen, um in einem zweiten Schritt die Rechtsansprüche nach Art. 5 GIG geltend machen zu können. Art. 13 Abs. 2 GIG stellt indessen klar, dass ein derartiges zweistufiges Vorgehen nicht nötig ist. Entschädigungs- und weitere Ansprüche können vielmehr direkt in einem Verfahren gegen die ab-

weisende Verfügung erhoben werden (vgl. VGer GE 99/0069 vom 31.5.2000, in RDAF 2000 I S. 459 E. 2 S. 461; ferner vorne E. 6.3). Das Vorgehen der Beschwerdeführerin schadet ihr jedoch nicht: Sie hat bereits in ihrer Beschwerde an die Rekurskommission vom 29. Dezember 2014 gegen die Mitteilung der Universität betreffend die Short-List dargelegt, weshalb das Anstellungsverfahren ihrer Ansicht nach diskriminierend abgelaufen sei (vgl. Ziff. 45 und 48 ff.; Beilage 2 zur Beschwerde vom 7.5.2015, Vorakten ERZ act. 1); diese Ausführungen sind hinreichend konkret und genügen damit den Mindestanforderungen an die Substanziierung der Vorbringen (vgl. zum Massstab BVGer A-7443/2015 vom 18.7.2016 E. 2.2.3). In der Folge wandte sich die Beschwerdeführerin mehrfach an die Universitätsleitung und ersuchte um Erlass einer anfechtbaren Verfügung (vorne Bst. A). Auch wenn sie den Diskriminierungsvorwurf dabei nicht

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 19 wiederholt hat, war er der Universität aufgrund des Beschwerdeverfahrens vor der Rekurskommission bekannt; sie wäre verpflichtet gewesen, eine entsprechende Verfügung zu erlassen. Auch im Verfahren vor der ERZ war die Diskriminierung nach dem vorstehend Gesagten Thema, zumal die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde vom 7. Mai 2015 auf die Beschwerdeschrift an die Rekurskommission vom 29. Dezember 2014 verwiesen und das Dokument als Beweismittel eingereicht hat.

#### **E. 6.7**

Unter den gegebenen Umständen hat die ERZ zu Unrecht geschlossen, Ansprüche nach dem Gleichstellungsgesetz gehörten nicht zum Streitgegenstand ihres Verfahrens. Hinsichtlich der Anstellungsdiskriminierung erweist sich der Vorwurf der Rechtsverweigerung damit als begründet.

#### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerin verlangt mit ihrem Eventualbegehren schliesslich den Erlass einer Feststellungsverfügung (vgl. vorne Bst. C). Dazu führt sie aus, es gehe ihr nicht um die «materiell-rechtliche Feststellung», sondern nur um die «formell-rechtliche Frage», ob eine Pflicht zum Erlass einer Verfügung bestehe, die den Rechtsweg öffnen könne. Ohne externe Rechtskontrolle werde sie von Anfang an chancenlos sein, wenn an der Universität Bern zukünftig wieder eine Stelle zu besetzen sei. Zudem gehe es um die Wiederherstellung ihres beruflichen Rufes (Beschwerde S. 3). Die Beschwerdeführerin leitet das schutzwürdige Interesse insbesondere ab aus den allgemeinen Verfahrensgarantien (Art. 29 BV), der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV), der Gleichstellung von Frau und Mann (Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 10 Abs. 2 und 3 KV) und den Grundsätzen der Wirtschaftsordnung (Art. 94 Abs. 4 BV). Weiter beruft sie sich auf konventionsrechtliche Garantien, nämlich das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK) und das Recht auf wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK; Beschwerde S. 2).

#### **E. 7.2**

Die Zulässigkeit von Feststellungsbegehren kann zunächst spezialgesetzlich geregelt sein (Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 22; für ein Beispiel aus dem Enteignungsrecht s. BVR 2008 S. 5 E. 2.2). Soweit

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 20 die Beschwerdeführerin der Universität Anstellungsdiskriminierung vorwirft, steht insbesondere eine Entschädigung nach Art. 5 Abs. 2 GIG zur Diskussion, wobei ein

entsprechender Entscheid auch weitgehend feststellender Art sein kann (vorne E. 4.3 und 5). Darüber hinaus ist jedoch keine Rechtsgrundlage in einem Spezialerlass ersichtlich, welche im vorliegenden Fall zum Erlass einer Feststellungsverfügung verpflichtet. Insbesondere ist das berufliche Ansehen nicht Gegenstand einer solchen Regelung, im Unterschied etwa zur Feststellungsklage nach Art. 9 Abs. 1 Bst. c des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241).

### **E. 7.3**

Nach der Rechtsprechung sind Feststellungsverfügungen dort, wo sie nicht spezialgesetzlich vorgesehen sind, nur zulässig, wenn an der Feststellung ein schutzwürdiges rechtliches oder tatsächliches Interesse besteht, das nicht ebenso gut durch eine Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden kann. Die Feststellungsverfügung ist so gesehen subsidiär, sofern der betroffenen Person daraus nicht unzumutbare Nachteile entstehen. Das Interesse muss zudem in der Regel praktisch und aktuell sein (vgl. BGE 126 II 300 E. 2c; BVR 2016 S. 273 E. 2.2, 2005 S. 97 E. 2.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 19 ff.). Das Bedürfnis nach Feststellungen zur Rechtslage kann sodann auch bestehen, wenn die oder der Betroffene gegen einen beanstandeten Verwaltungsakt trotz Hinfalls des aktuellen Interesses Beschwerde führt (BGer 2C\_737/2010 vom 18.6.2011 E. 4.6; Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N. 340 mit weiteren Hinweisen). Das Rechtsschutzinteresse ist dann zu bejahen, wenn eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung zu beantworten ist, die sich jederzeit unter den gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen und die wegen der Dauer des Verfahrens kaum je rechtzeitig einer endgültigen Beurteilung zugeführt werden kann (BVR 2016 S. 529 E. 1.2.1, 2014 S. 5 E. 1.2.1, je mit zahlreichen Hinweisen). In einem solchen Fall liegt es im öffentlichen Interesse, die aufgeworfene Frage wegen deren Grundsätzlichkeit zu beantworten (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.3.1, 141 II 14 E. 4.4), wobei sich der Klärungsbedarf der streitigen Grundsatzfrage aber aufgrund der individuellen, potenziell wiederholbaren Situation der beschwerdeführenden Person bestimmt (BGE 131 II 670 E. 1.2; BVR 2008 S. 569 E. 3.2). Angesprochen ist damit das allgemeine Interesse an der Klärung der Rechtslage, nicht

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 21 das Interesse der oder des Einzelnen, im konkreten Fall noch eine Beurteilung zu erhalten, die ihr oder ihm aufgrund des Wegfalls des aktuellen Interesses doch nichts mehr nützen würde. Anderes gilt hingegen, wenn durch die EMRK geschützte Ansprüche zur Diskussion stehen (Marantelli-Sonanini/Huber, in Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 48 N. 15 mit Hinweis auf BGer 2C\_11/2012 vom 25.4.2012 E. 2.2). Das Bundesgericht verzichtet hier mit Blick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) regelmässig auf das Erfordernis des aktuellen Rechtsschutzinteresses (BGE 2C\_1052/2016 und 2C\_1053/2016 vom 26.4.2017 E. 1.3, 142 I 135 E. 1.3.1; vgl. auch BVR 2012 S. 225 E. 4.2). Das gilt etwa auf dem Gebiet der ausländerrechtlichen Administrativhaft (BGE 142 I 135 E. 1.3.2, 139 I 206 E. 1.2; BVR 2016 S. 529 E. 1.2 mit Hinweisen). Bei realem (verfügungsfreiem) Handeln der Verwaltung anerkennt die bernische Rechtspraxis einen Feststellungsanspruch, auch wenn Art. 25a VwVG im Anwendungsbereich des kantonalen Rechts nicht einschlägig ist (vorne E. 5.8; BVR 2007 S. 441 E. 4.3; zum Rechtsschutz gegen Realakte auf kommunaler Ebene BVR 2013 S. 423 E. 3.2 sowie Daniela Thurnherr, Einheitlichkeit und Vielfalt in der Verwaltungsrechtspflege – Die kantonale Verfahrensautonomie auf dem

Prüfstand, in BVR 2015 S. 74 ff., 87). Auch in diesem Fall muss grundsätzlich ein schutzwürdiges rechtliches oder tatsächliches Interesse nachgewiesen sein; ebenso gilt der Grundsatz der Subsidiarität der Feststellungsverfügung (BVR 2007 S. 441 E. 4.1 und 5.2).

#### **E. 7.4**

Der Erlass einer Feststellungsverfügung setzt damit ein schutzwürdiges Interesse voraus. Dieses Interesse hat in der Regel praktisch und aktuell zu sein. Das Bundesgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung zwar nicht ausgeschlossen, dass letzteres Erfordernis als ungerechtfertigte Sachurteilsvoraussetzung den effektiven Zugang zum Gericht versperren und daher die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV verletzen kann (Marantelli-Sonanini/Huber, a.a.O., Art. 48 N. 15 mit Hinweis auf BGer 2C\_598/2010 vom 11.3.2011 E. 2.3; ferner etwa BGer 2C\_780/2008 vom 15.6.2009 E. 2.3). Die gleiche Überlegung gilt mit Bezug auf die konventionsrechtlichen Garantien von Art. 6 und 13 EMRK (BGer 1C\_539/2013 vom 18.3.2014 E. 2.2, 2C\_780/2008 vom 15.6.2009 E. 2.4, je mit Hinweisen auch auf die Rechtsprechung des EGMR; weiter-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 22 führend zum Ganzen Marion Spori, Vereinbarkeit des Erfordernisses des aktuellen schutzwürdigen Interesses mit der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV und dem Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK, in AJP 2008 S. 147 ff.). In jedem Fall vorausgesetzt werden darf nach dem Gesagten aber, dass das (Feststellungs-)Interesse selbst bei mangelnder Aktualität aus Sicht der oder des Betroffenen oder der Allgemeinheit schutzwürdig ist. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich unabhängig davon, ob der Nichtberücksichtigung einer Stellenbewerberin oder eines Bewerbers eine Verfügung oder ein Realakt zugrunde liegt, weitgehend nach denselben Kriterien.

#### **E. 7.5**

Zu prüfen ist zunächst, ob die Beschwerdeführerin ein individuelles Feststellungsinteresse für sich beanspruchen kann.

##### **E. 7.5.1**

Klarzustellen ist vorab, dass Gerechtigkeitsüberlegungen oder das Bedürfnis, durch Klärung der Rechtmässigkeit des Anstellungsverfahrens zu Akzeptanz des Entscheids zu gelangen, kein praktisches Rechtsschutzinteresse zu begründen vermögen (vgl. VGE 2011/73 vom 24.2.2012 E. 3.3). Als konkretes individuelles Interesse für den Erlass einer Feststellungsverfügung nennt die Beschwerdeführerin – abgesehen vom Themenbereich der Anstellungsdiskriminierung (dazu vorne E. 6) – einzig die Wiederherstellung ihres beruflichen Rufes. Die Konsequenzen, die ein willkürlich geführtes Anstellungsverfahren namentlich hinsichtlich der Bewertung wissenschaftlicher Leistungen nach sich ziehen, seien einschneidend für den weiteren beruflichen Werdegang (Beschwerde S. 11).

##### **E. 7.5.2**

Der «gute Ruf» einer Person wird unter anderem durch Art. 28 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) geschützt. Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz umfasst dabei auch das gesellschaftliche und berufliche Ansehen, mithin die «soziale Geltung» einer Person (BGE 129 III 715 E. 4.1 mit Hinweisen). Der gute Ruf und die Ehre einer Person sind zudem Teil ihrer persönlichen Identität und ihrer geistigen Integrität. Sie sind damit auch als Teil des Rechts auf Achtung des Privatlebens im Sinn von Art. 8 EMRK geschützt (BGer 5A\_888/2011 vom 20.6.2012, in sic! 2012 S. 720 E. 6.4;

Meyer-Ladewig/Nettesheim, in Jens Meyer-Ladewig et al. [Hrsg.], EMRK Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 8 N. 43). Der EGMR legt den Begriff «Privatleben» sehr weit aus; vom

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 23 Schutzbereich erfasst sind der Anspruch auf Schutz der Privatsphäre am Arbeitsplatz, der Zugang zum Arbeitsverhältnis und dessen Beendigung (Kurt Pärli, a.a.O., S. 1678 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR). Von einem Eingriff in das Privatleben kann allerdings nur gesprochen werden, wenn eine Beeinträchtigung eine gewisse Schwere aufweist (vgl. BGE 126 II 425 E. 4c/bb). Beim «guten Ruf» geht es sodann um ein «civil right», das grundsätzlich geeignet ist, in den Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu fallen (BGE 134 I 229 E. 4.2, 130 I 388 E. 5.3; Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, a.a.O., Art. 6 N. 21). Für die Anwendbarkeit der Bestimmung muss indessen eine Streitigkeit über Existenz, Inhalt, Umfang oder Art der Ausübung von derartigen zivilrechtlichen Ansprüchen oder Verpflichtungen vorliegen. Dabei wird verlangt, dass die Streitigkeit echt und ernsthaft ist und deren Ausgang sich für den zivilrechtlichen Anspruch als unmittelbar entscheidend erweist; bloss weit entfernte Auswirkungen reichen nicht aus. Aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK lässt sich kein genereller Anspruch ableiten, wonach Rechtsstreitigkeiten unabhängig von ihrem Inhalt immer einer gerichtlichen Beurteilung unterliegen (BGE 131 I 12 E. 1.2, 130 I 388 E. 5.1 a.E.; BVR 2007 S. 344 E. 2.3; Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, a.a.O., Art. 6 N. 17).

### **E. 7.5.3**

Im Zusammenhang mit dem beruflichen (bzw. geschäftlichen) Ruf und der damit verbundenen Reputation hat die Rechtsprechung ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse an der Klärung der Frage bejaht, ob sich die betroffene Person gesetzwidrig verhalten hat (BGE 136 II 304 E. 2.3.1; BVGE 2012/33 E. 1.2, je zur Verletzung der börsenrechtlichen Meldepflicht) bzw. ihr eine einwandfreie Geschäftstätigkeit abgesprochen werden muss (vgl. BVGE 2013/56 E. 1.3.2). Die Beschwerdeführerin befindet sich nicht in einer vergleichbaren Situation. Der Umstand allein, dass eine Bewerberin oder ein Bewerber in einem Anstellungsverfahren nicht berücksichtigt wird, hat in der Regel nicht derartige Auswirkungen auf den beruflichen Ruf. Jede Stellenbewerberin und jeder Stellenbewerber muss damit rechnen, für die zu besetzende Stelle nicht zum Zug zu kommen. Die Beschwerdeführerin vermag nicht aufzuzeigen, weshalb es sich in ihrem Fall anders verhalten soll. Insbesondere leuchtet nicht ein, inwiefern die Bewertung ihrer wissenschaftlichen Leistungen eine Bedeutung über das hier interessierende Anstellungsverfahren hinaus haben könnte; sie ist in-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 24 sofern auch nicht mit einer Prüfungsbewertung vergleichbar. Inwieweit der weitere berufliche Werdegang der Beschwerdeführerin gefährdet sein könnte, ist weder dargetan noch ersichtlich.

### **E. 7.5.4**

Bei dieser Ausgangslage kann die Beschwerdeführerin aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK nichts für sich ableiten. Eine im Sinn dieser Bestimmung ernsthafte Streitigkeit, die eine feststellende Verfügung über die Nichtberücksichtigung der Beschwerdeführerin im Anstellungsverfahren erfordern würde, ist zu verneinen. Wie dargelegt ist nicht nachvollziehbar, inwiefern ihr aus diesem Verfahren ein fortdauernder Makel anhaften

soll (vgl. für diese Überlegung auch BGE 130 I 388 E. 5.3 betreffend eine formlose polizeiliche Wegweisung). Nicht anwendbar ist hier sodann Art. 13 EMRK. Danach hat jede Person, die in ihren in dieser Konvention anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, das Recht, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben. Dieses Recht auf wirksame Beschwerde kann nur zusammen mit einer anderen materiellen Bestimmung der Konvention oder der Zusatzprotokolle angerufen werden (sog. akzessorische Natur; dazu BGE 130 I 369 E. 7.1; BVR 2008 S. 569 E. 3.4.2). Vorausgesetzt ist, dass die Verletzung einer materiellen Konventionsvorschrift in vertretbarer Weise behauptet wird (BGE 137 I 296 E. 4.3 [Pra 101/2012 Nr. 25]; BVR 2012 S. 225 E. 4.1; VGE 2011/73 vom 24.2.2012 E. 3.5.1, je mit Hinweisen). Daran fehlt es im vorliegenden Fall, namentlich auch mit Bezug auf das Recht auf Achtung des Privatlebens gemäss Art. 8 EMRK.

#### **E. 7.5.5**

Ist in der Nichtberücksichtigung kein Makel zu erblicken, der den nichtberücksichtigten Stellenbewerberinnen und Bewerbern fortlaufend anhaftet, vermag der negative Ausgang des Anstellungsverfahrens für sich allein kein schutzwürdiges Interesse zu begründen (anders offenbar BVGE 2010/53 E. 7.1 a.E., wonach die abgewiesene Person regelmässig in ihren persönlichen Interessen nach Art. 25 Abs. 2 VwVG berührt ist; dazu auch die Bemerkungen zum Urteil von Tobias Jaag, in AJP 2011 S. 421 f.). Soweit die Beschwerdeführerin aber der Meinung sein sollte, durch das Vorgehen der Universität sei ihr infolge Persönlichkeitsverletzung oder aus anderen Gründen, die nicht die Diskriminierung wegen des Geschlechts betreffen, ein Schaden entstanden, steht ihr die Möglich-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 25 keit offen, diese Anliegen in einem eigenen Verantwortlichkeitsprozess zu verfolgen (vgl. BGer 2A.354/1999 vom 10.11.1999 E. 2). Das gilt unabhängig davon, ob die Stellenabsage dem verfügungsweisen Handeln oder dem realen Handeln der Verwaltung zuzuordnen ist; in beiden Fällen sind Feststellungsbegehren gegenüber Leistungsbegehren im Staatshaftungsverfahren subsidiär (vorne E. 7.3; vgl. BVR 2008 S. 569 E. 3.3.1, 2007 S. 441 E. 4.1).

#### **E. 7.5.6**

Soweit die Beschwerdeführerin das schutzwürdige Interesse aus Art. 94 Abs. 4 BV ableiten will, kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden. Danach sind Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind. Die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet insbesondere den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit (Art. 27 Abs. 2 BV). Die Wahrnehmung einer staatlichen Tätigkeit bzw. die Ausübung eines öffentlichen Amtes oder einer öffentlich-rechtlichen Anstellung steht nicht unter ihrem Schutz (BGE 130 I 26 E. 4.1, 121 I 326 E. 2a; BGer 1P.58/2004 vom 15.11.2004, in ZBl 2006 S. 309 E. 2.2; BVR 2015 S. 491 E. 5.4.1; Klaus A. Vallender, in St. Galler Kommentar BV, 3. Aufl. 2014, Art. 27 N. 10). Der Schutzbereich des Grundrechts ist nur betroffen bei privatwirtschaftlichen Tätigkeiten, denen Angestellte des öffentlichen Dienstes nebenberuflich in ihrer Freizeit nachgehen (BGE 121 I 326 E. 2a; Klaus A. Vallender, a.a.O., Art. 27 N. 14). Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, was die Beschwerdeführerin aus Art. 94 Abs. 4 BV zu

ihren Gunsten ableiten will.

## **E. 7.6**

Schliesslich ist zu untersuchen, ob aufgrund der Grundsätzlichkeit der Fragestellung ein öffentliches Interesse an der Feststellung der Rechtslage besteht.

### **E. 7.6.1**

Das Feststellungsinteresse lässt sich zunächst nicht mit dem Hinweis begründen, aus verfahrensrechtlichen Gründen bestehe allgemein eine Pflicht zum Erlass einer Verfügung, um den Rechtsweg zu öffnen. Anders als die Beschwerdeführerin meint, kann aus der «formell-rechtlichen Frage, ob eine Pflicht zum Erlass einer Verfügung» besteht (vorne E. 7.1), nicht auf ein Feststellungsinteresse geschlossen werden. Rein abstrakte,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 26 theoretische Rechtsfragen ohne konkrete Rechtsfolgen sind von den Behörden nicht zu behandeln (vgl. statt vieler BGE 137 II 199 E. 6.5; BVR 2016 S. 273 E. 2.2; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 19). Vielmehr fragt sich, ob die Beschwerdeführerin eine Feststellung darüber erwirken kann, ob ihre Verfahrensrechte im Anstellungsverfahren verletzt worden sind. Ob insoweit (aufgrund der Grundsätzlichkeit der Fragestellung) ein öffentliches Feststellungsinteresse besteht, ist wie erwähnt aufgrund der individuellen, potenziell wiederholbaren Situation der beschwerdeführenden Person zu bestimmen (vorne E. 7.3).

### **E. 7.6.2**

Das der vorliegenden Streitigkeit zugrunde liegende Anstellungsverfahren ist mit der Ernennung von Prof. C. \_\_\_\_\_ beendet worden (vgl. vorne Bst. A). Eine allfällige Feststellung darüber, dass Verfahrensrechte der Beschwerdeführerin verletzt worden sind, würde mit Blick auf ein neues Anstellungsverfahren keine weitergehenden Wirkungen zeitigen. Selbst wenn in absehbarer Zeit wieder eine Professur an der Universität Bern zu besetzen wäre, für die sich die Beschwerdeführerin bewerben möchte, würde sich die Ausgangslage anders präsentieren: Die Besetzung einer Professur setzt einen neuen Strukturentscheid und in der Regel eine neue Ausschreibung voraus. Zudem würde eine neu zusammengesetzte fakultäre Wahlkommission den Anstellungsantrag vorbereiten. In einem künftigen Anstellungsverfahren wäre somit die Geeignetheit der Beschwerdeführerin mitsamt ihrem wissenschaftlichen Leistungsausweis für die zu besetzende Stelle neu abzuklären, ohne dass auf die Erkenntnisse des strittigen Anstellungsverfahrens abgestellt werden müsste. Die fakultäre Wahlkommission behandelt die Verfahren vertraulich; es gilt das Amtsgeheimnis (vgl. zu den Rechtsgrundlagen vorne E. 2.2).

### **E. 7.6.3**

Würde sich die Beschwerdeführerin nochmals für eine Professur an der Universität Bern oder an einer anderen Universität bewerben, müsste sie sich nach dem Erwogenen einer völlig neuen Ausgangslage stellen. Damit ist keine Fragestellung von grundsätzlicher Bedeutung aufgeworfen, an deren Beantwortung ein öffentliches Feststellungsinteresse besteht. Aus dem Urteil 2P.277/2004 und 2A.637/2004 des Bundesgerichts vom 19. Januar 2006 (publ. in RDAF 2006 I S. 128) kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten, ist doch jeweils anhand der konkreten

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 27 Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, ob eine Fragestellung von grund-

sätzlicher Bedeutung vorliegt.

### **E. 7.7**

Es besteht somit kein schutzwürdiges Interesse an einer Feststellungsverfügung, die sich zur Nichtberücksichtigung der Beschwerdeführerin im Anstellungsverfahren äussert. Fehlt es an einer personenbezogenen Vorbedingung für den Sachentscheid, die verfassungs- und konventionsrechtlich zulässig ist (vorne E. 7.4 und 4.2), ist eine Rechtsverweigerung zu verneinen.

### **E. 8.1**

Nach dem Gesagten steht fest, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Hauptbegehren (Gestaltungsverfügung) nicht durchdringt, da der Anstellungsentscheid rechtsbeständig und die beabsichtigte materielle Korrektur nicht mehr möglich ist (vorne E. 5). Anders verhält es sich indes, soweit sie eine Anstellungsdiskriminierung geltend macht und auf den Erlass einer Leistungsverfügung (Entschädigung bzw. Schadenersatz) zielt, der auch weitgehend feststellender Charakter zukommen kann. Das Recht, eine anfechtbare Verfügung zu verlangen, die sich über Ansprüche nach Art. 5 GIG ausspricht, ist allseits anerkannt. Vor diesem Hintergrund und den gegebenen Umständen hätte die ERZ nicht schliessen dürfen, die Ansprüche nach dem GIG lägen ausserhalb des Streitgegenstands. In diesem Punkt ist der Vorwurf der Rechtsverweigerung folglich begründet (vorne E. 6). Mit Blick auf das im Eventualstandpunkt beantragte Feststellungsbegehren wegen Verletzung der Verfahrensrechte im Anstellungsverfahren verfügt die Beschwerdeführerin aber über kein (weitergehendes) schutzwürdiges Interesse; weder liegt ein individuelles noch aufgrund der Grundsätzlichkeit der Fragestellung ein öffentliches Feststellungsinteresse vor. Es fehlt somit an einer Prozessvoraussetzung, weshalb der Vorwurf der Rechtsverweigerung insoweit unbegründet ist (vorne E. 7).

### **E. 8.2**

Im Ergebnis ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und der angefochtene Entscheid, soweit die Anstellungsdiskriminierung betreffend, aufzuheben. Grundsätzlich müsste die Sache zur Fortsetzung des Ver-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 28 fahren an die Anstellungsbehörde zurückgewiesen werden, damit sie eine Verfügung erlässt, die sich über die Ansprüche gemäss Art. 5 GIG ausspricht; das Schlichtungsverfahren, das der Kanton Bern für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons und der Gemeinden vorschreibt (vgl. Art. 4 i.V.m. Art. 2 des Einführungsgesetzes vom 16. November 1998 zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann [EG GIG; BSG 152.072]; dazu von Kaenel/Zürcher, a.a.O., S. 86 N. 93 f.), ist in einem solchen Fall nicht anwendbar. Da sich die Universität und namentlich die für die Anstellung zuständige Universitätsleitung bereits mehrfach zur Anstellungsdiskriminierung geäussert hat, rechtfertigt sich eine Rückweisung an sie nicht, würde es sich doch um einen prozessualen Leerlauf handeln, der nicht im Interesse der Beschwerdeführerin liegt. Die Sache ist damit zur Fortsetzung des Verfahrens an die ERZ zurückzuweisen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist (vorne E. 1.2).

### **E. 9**

Bei diesem Prozessausgang ist die Beschwerdeführerin als hälftig unterliegend zu betrachten. Ihr sind daher in diesem Umfang die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 108

Abs. 1 VRPG). Art. 13 Abs. 5 GIG rechtfertigt keine weitergehende Kostenbefreiung. Danach ist das Verfahren bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen, die zu Streitigkeiten wegen Verletzung des GIG führen, zwar kostenlos; ausgenommen sind nur Fälle von mutwilliger Prozessführung. Die Kostenbefreiung setzt aber voraus, dass es in der Sache um einen Anspruch nach GIG geht, nicht bloss um eine andere Problematik, die einen gewissen Zusammenhang mit diesem Bundesgesetz hat (vgl. BGE 124 I 223 E. 3; BGer 2C\_154/2017 vom 23.5.2017 E. 8.2.1, 2C\_686/2012 vom 13.6.2013 E. 6.1). Die Rechtsbegehren, mit denen die Beschwerdeführerin unterliegt (Hauptbegehren sowie Feststellungsbegehren ausserhalb der Anstellungsdiskriminierung), stützen sich nicht bzw. nicht in vertretbarer Weise auf das GIG. Es gibt daher keinen Grund, Art. 13 Abs. 5 GIG umfassend anzuwenden, zumal die erwähnten Begehren selbständig beurteilbar sind. Ersatzfähige Parteikosten sind keine angefallen (Art. 104 VRPG).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2017, Nr. 100.2016.163U, Seite 29

#### **E. 10**

Gegen das vorliegende Urteil steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 82 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) offen. Der auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse zu beachtende Ausnahmetatbestand von Art. 83 Bst. g BGG ist nicht gegeben. Zwar geht es um ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis im weit zu verstehenden Sinn dieser Bestimmung (Thomas Häberli, in Basler Kommentar, 2. Aufl. 2011, Art. 83 BGG N. 168). Der Streit um die Nichtanstellung in eine entgeltlich ausübende Funktion ist aber vermögensrechtlicher Natur und die nach Art. 85 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 51 Abs. 1 Bst. a BGG zu beachtende Streitwertgrenze von Fr. 15'000.-- wird mit den durch die Nichtanstellung entgangenen Entschädigungen erreicht (vgl. BGer 8C\_559/2015 vom 9.12.2015 E. 1, 8C\_199/2014 vom 5.9.2014 E. 1, je betreffend eine Nichtwiederwahl). Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.