

# **BE\_WEITERE GEF.2016-2875 vom 6. Juni 2017**

Be Weitere, 2017-06-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_weitere\\_GEF.2016-2875](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_weitere_GEF.2016-2875)

FR: BE\_WEITERE GEF.2016-2875 du 6 juin 2017

IT: BE\_WEITERE GEF.2016-2875 del 6 giugno 2017

## **Regeste**

Personalrecht: Auflösung des Arbeitsverhältnisses

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Sachurteilsvoraussetzungen

#### **E. 1.1**

Die Vorinstanz war bis am 31. Dezember 2016 als gleichgestellte Organisationseinheit der GEF unterstellt (Art. 3 Abs. 1 Bst. a aOrV GEF10), und ihre Verfügungen waren gestützt auf Art. 108 PG11 i.V.m. Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG12 bei der GEF anfechtbar. Mit der Ver- selbständigung der Vorinstanz am 1. Januar 2017 ist die Zuständigkeit der GEF als Be- schwerdeinstanz nach Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG grundsätzlich entfallen. Jedoch ist die Rechtmässigkeit einer Verfügung im Allgemeinen nach der Rechtslage zum Zeitpunkt ihres Erlasses zu beurteilen. Ist ein bestimmter Sachverhalt rechtlich zu würdigen, soll jenes mate- rielle Recht Anwendung finden, das im Zeitpunkt der Verwirklichung dieses Sachverhalts Gel- tung hatte. In diesem Zusammenhang unterscheiden Rechtsprechung und Lehre zwischen

9 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) 10 Frühere Fassung der OrV GEF, Version in Kraft bis 31. Dezember 2016 (BAG 16-070) 11 Personalgesetz vom 16. September 2004 (PG; BSG 153.01) 12 Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 4 von 17

„echter“ und „unechter“ Rückwirkung. Echte Rückwirkung liegt vor, wenn neues Recht auf einen Sachverhalt angewendet wird, der sich abschliessend vor Inkrafttreten dieses Rechts verwirklicht hat. Die echte Rückwirkung ist grundsätzlich unzulässig. Ausnahmen vom Verbot der echten Rückwirkung sind nur unter strengen Voraussetzungen zulässig.<sup>13</sup> So muss die Rückwirkung im fraglichen Erlass ausdrücklich angeordnet oder klar gewollt sein, zeitlich mässig und durch triftige Gründe gerechtfertigt sein. Zudem darf sie keine stossenden Rechtsungleichheiten und keinen Eingriff in wohlerworbene Rechte bewirken. Weiter können zwingende, d.h. besonders wichtige Gründe die Anwendbarkeit neuen Rechts verlangen.<sup>14</sup> Von unechter Rückwirkung wird demgegenüber gesprochen, wenn neues Recht auf zeitlich offene Dauersachverhalte angewendet wird, d.h. auf Verhältnisse, die schon unter Herrschaft des alten Rechts entstanden sind und beim Inkrafttreten des neuen Rechts noch andauern. Weiter liegt unechte Rückwirkung vor, wenn das neue Recht nur für die Zeit nach seinem In- krafttreten zur Anwendung gelangt, dabei aber in einzelnen

Belangen auf Sachverhalte ab- stellt, die bereits vor seinem Inkrafttreten vorlagen. Die unechte Rückwirkung ist grundsätzlich zulässig; sie kann aber unter anderem mit dem Prinzip des Vertrauensschutzes kollidieren.<sup>15</sup> Die vorliegend angefochtene Verfügung wurde am 7. November 2016 erlassen. Der massgebende Sachverhalt hat sich somit abschliessend vor Inkrafttreten des neuen Rechts verwirklicht. Da die Vorinstanz zu diesem Zeitpunkt der GEF noch als gleichgestellte Organisations- einheit unterstellt war und eine echte Rückwirkung des neu in Kraft getretenen Rechts weder ausdrücklich angeordnet oder klar gewollt war noch durch zwingende Gründe verlangt wird, ist die GEF nach wie vor für die Beurteilung der Beschwerde gestützt auf Art. 108 PG i.V.m. Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG zuständig.

### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführerin als Verfügungsadressatin ist gemäss Art. 65 Abs. 1 VRPG ohne weiteres zur Beschwerde befugt.

### **E. 1.3**

Auf die gemäss Art. 67 i.V.m. Art. 32 VRPG form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägungen einzutreten.

## **E. 2**

Streitgegenstand

### **E. 2.1**

Beschwerden sind nur im Rahmen des Streitgegenstandes zulässig. Dieser braucht sich nicht mit dem Anfechtungsobjekt zu decken, kann aber auch nicht darüber hinausgehen. Streitgegenstand ist, was die beschwerdeführende Partei anbegehrt und die Behörde nicht

13 vgl. BGE 125 I 182 E. 2b/cc mit Hinweisen 14 Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 25 N. 7, mit Hinweisen 15 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer) A-2849/2014 vom 28. Oktober 2014, E. 5.2.2

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 5 von 17

zugestehen will. Zur Bestimmung des Streitgegenstandes ist das Rügeprinzip massgebend. Konkret bezeichnen die Parteien den Streitgegenstand durch ihre Eingaben.<sup>16</sup>

### **E. 2.2**

Anfechtungsobjekt ist vorliegend die Verfügung vom 7. November 2016. Die Beschwerdeführerin beantragt neben der Aufhebung dieser Verfügung, das im September 2016 ausgestellte Arbeitszeugnis sei unter Berücksichtigung einer allfälligen Wiedereinstellung anzupassen. Im Arbeitszeugnis sei unter Beurteilung die Formulierung „sprachlich kam es gelegentlich zu Missverständnissen“ ersatzlos zu streichen. Ausserdem sei allenfalls der Schlussabschnitt des Zeugnisses betreffend den Kündigungsgrund bzw. das Arbeitszeugnis entsprechend dem Ausgang des Beschwerdeverfahrens anzupassen.

### **E. 2.3**

Mit der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz das Arbeitsverhältnis mit der Beschwerdeführerin aufgelöst. Eine Regelung betreffend den Inhalt eines Arbeitszeugnisses enthält besagte Verfügung hingegen nicht. Streitgegenstand kann daher vorliegend allein die Frage der Rechtmässigkeit der Kündigung sein. Mit ihrem unter Ziff. 3 aufgeführten

Antrag geht die Beschwerdeführerin über das Anfechtungsobjekt hinaus. Insoweit kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

### **E. 3**

Argumentation der Verfahrensbeteiligten

#### **E. 3.1**

In ihrer Verfügung vom 7. November 2016 bringt die Vorinstanz zunächst vor, sie habe der Beschwerdeführerin die Auflösung des Arbeitsverhältnisses in Form einer Verfügung zukommen lassen, um unnötige Schwierigkeiten zu vermeiden. Die Rechtslage in diesem Punkt sei jedoch nicht eindeutig. Weiter führt die Vorinstanz aus, infolge der mangelhaften deutschen Sprachkenntnisse der Beschwerdeführerin sei es immer wieder zu Missverständnissen und Problemen im Umgang mit den Jugendlichen gekommen, weswegen mehrere Gespräche stattgefunden hätten: Anlässlich des Gesprächs vom 23. August 2016 zwischen dem Erziehungsleiter Aussenstationen, dem Stationsleiter Lindenweg und der Beschwerdeführerin seien die sprachlichen Schwierigkeiten thematisiert und die Beschwerdeführerin sei angehört worden. Anlässlich des Gesprächs vom 6. September 2016 sei im Sinne einer konstruktiven Lösung eine Verlängerung der Probezeit geprüft worden. Die Vorgesetzten hätten in der Folge jedoch auf eine Verlängerung verzichtet, da sich die sprachlichen Fähigkeiten der Beschwerdeführerin nicht im erwarteten Rahmen entwickelt hätten. Am 12. September 2016 habe der Erziehungsleiter Aussenstationen anlässlich einer Leitungssitzung erfahren, dass sich die Beschwerdeführerin über eine 50%-Stelle in einem anderen Klinikbereich informiert habe. Darauf angesprochen, habe die Beschwerdeführerin erklärt,

16 vgl. zum Ganzen: Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 72 N. 6 ff. und Art. 25 N 13 f.

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 6 von 17

der Professor, bei dem sie ihre Masterarbeit schreibe, habe gewechselt und der neue Professor verlange die Arbeit sehr viel früher, weswegen es ihr nicht möglich sei, weiterhin mit einem Beschäftigungsgrad von 80% zu arbeiten. Dieses Vorgehen habe die Vorgesetzten irritiert und zu einem Mangel an Vertrauen in die Beschwerdeführerin als verlässliche Mitarbeiterin geführt. Sie hätten sich entschlossen, das Arbeitsverhältnis in der Probezeit aufzulösen. Grund seien einerseits die immer wieder thematisierten Sprachschwierigkeiten der Beschwerdeführerin und andererseits das fehlende Vertrauen in die Verbindlichkeit der Beschwerdeführerin gewesen. Die Stelle fordere ein hohes Engagement und eine Fokussierung auf die Aufgaben. Die Vorgesetzten hätten aufgrund der Situation nicht davon ausgehen können, dass die Beschwerdeführerin voll und ganz hinter ihrem Engagement stehe. Unmittelbar nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses sei die Beschwerdeführerin krank geworden und nur noch einmal kurz zur Arbeit erschienen, um ihre Sachen abzuholen. Das Verhalten der Beschwerdeführerin sowie ihre ungenügenden Sprachkenntnisse seien triftige Gründe für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Die Probezeit diene der Feststellung, ob die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter den im Bewerbungsverfahren festgestellten Anforderungen genüge. Auch habe der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis bei nicht erfüllten Erwartungen aufzulösen. An die Triftigkeit der Gründe für eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses in der Probezeit würden weniger hohe Anforderungen gestellt als an die Triftigkeit der Gründe bei einer ordentlichen Kündigung.

### E. 3.2

Die Beschwerdeführerin stellt in ihrer Beschwerde vom 1. Dezember 2016 zunächst fest, sie habe regelmässig den Praktikanten in der Wohngruppe im praktischen Arbeitsalltag begleitet. Sie bringt weiter vor, insbesondere in den klinischen Bereichen sprächen innerhalb der UPD viele Personen – Ärztinnen wie auch Pflegepersonal – den hiesigen Dialekt nicht als Muttersprache. Zudem habe sie ihre künftigen Vorgesetzten anlässlich der im Vorfeld ihrer Anstellung durchgeführten zwei Bewerbungsgespräche darauf hingewiesen, dass sie die hiesige Mundart nicht beherrsche. Ihre künftigen Vorgesetzten hätten daraufhin angegeben, das Beherrschen der hiesigen Mundart stelle keine Notwendigkeit dar. Die Beschwerdeführerin bemerkt weiter, ihr Lebenslauf gebe Auskunft über ihre schriftlichen und mündlichen Kenntnisse in der deutschen Sprache. Auch gehe aus dem Lebenslauf hervor, dass sie weder in der Schweiz aufgewachsen sei noch Deutsch als Muttersprache spreche. Schliesslich habe zusätzlich zu den Bewerbungsgesprächen ein Probearbeitstag stattgefunden. Die Beschwerdeführerin führt sodann aus, über keines der ausserordentlich geführten Mitarbeitergespräche seien Notizen erstellt und zwischen ihr und ihren Vorgesetzten seien keinerlei schriftlichen Vereinbarungen getroffen worden. Es seien weder Entwicklungsziele noch konkrete Massnahmen formuliert noch eine konkrete Evaluation der sprachlichen Fähigkeiten vorgenommen worden. Anlässlich der Mitarbeitergespräche seien immer wieder die angeblich

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 7 von 17

mangelhaften Sprachkompetenzen auf eine wenig wertschätzende Art und Weise thematisiert worden. Die Beschwerdeführerin gibt an, auf ihr Angebot, ihre Sprachkompetenzen in einem Kurs zu verbessern, hätten die Vorgesetzten nicht reagiert. Ebenso wenig hätten sie nach entsprechenden Möglichkeiten zur Verbesserung ihrer Sprachkenntnisse gesucht. Hingegen hätten die beiden Vorgesetzten auf andere Stellen innerhalb der UPD hingewiesen. Anlässlich des Gesprächs vom 6. September 2016 hätten die beiden Vorgesetzten behauptet, ihre angeblich mangelhaften Sprachkenntnisse seien mehrmals Ursache von Missverständnissen im Umgang mit den Jugendlichen gewesen. Auf die Nachfrage, um welche Vorfälle es sich dabei gehandelt habe, hätten die Vorgesetzten ausweichend reagiert und keine konkreten Beispiele genannt. Im selben Gespräch hätten die Vorgesetzten einen neuen Arbeitsvertrag ab 1. Dezember 2016 sowie eine Versetzung in eine andere Abteilung in Aussicht gestellt und auf die Möglichkeit eines Stellenwechsels innerhalb der UPD hingewiesen. Die Beschwerdeführerin ihrerseits habe mitgeteilt, sie befürchte, dass sie in der Probezeit entlassen werde. Wenn sich die Vorinstanz in ihrer Verfügung auf den Standpunkt stelle, der Erziehungsleiter Aussenstatistiken hätte erst am 12. September 2016 davon erfahren, dass sie sich über eine andere Stelle innerhalb der UPD informiert habe, weise sie darauf hin, dass er sie anlässlich der Mitarbeitergespräche geradezu zu einem internen Wechsel motiviert habe. Wenn behauptet werde, dieser Vorfall habe sein Vertrauen in die Beschwerdeführerin untergraben, so handle es sich dabei um einen Vorwand, mit welchem die Entlassung gerechtfertigt werden sollte. Kurz vor Erhalt der Kündigung habe die Beschwerdeführerin ihren Vorgesetzten zur Rede gestellt und von ihm wissen wollen, weswegen er Vorbehalte gegen sie habe und ihr nicht vertraue. Der Vorgesetzte habe sich dazu nicht geäussert. Einige Tage nach diesem Zwischenfall habe sie die Entlassung erhalten. Die Beschwerdeführerin bestreitet, sie habe ihr Pensum reduzieren wollen. Ebenso wenig treffe es zu, dass sie nicht mehr in der Lage gewesen sei, ihr vertraglich vereinbartes Arbeitspensum zu bewältigen. Sie habe sich weder zusätzliche

Freiwünsche erbeten noch geplante Arbeitseinsätze getauscht oder abgelehnt. Auch sei unzutreffend, dass es an der Universität Fribourg zu einem Wechsel der Professur gekommen sei und sie deswegen ihre Masterarbeit früher als geplant habe fertigstellen müssen. Die Vorinstanz äussere in ihrer Verfügung implizit den Vorwurf, es habe ihr an einem entsprechenden Engagement gemangelt, weil sie beispielsweise einige Tage nach Erhalt der Kündigung erkrankt sei. Die Zweifel an der Erkrankung und der Arbeitsunfähigkeit würden einer seriösen Grundlage entbehren. Die eingereichten Arztzeugnisse würden ab dem 1. Oktober 2016 bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses eine durchgehende Arbeitsunfähigkeit zu 100% attestieren. Auch sei sie von der Vorinstanz nicht zu einer vertrauensärztlichen Untersuchung aufgeboten worden.

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 8 von 17

Die Beschwerdeführerin führt weiter aus, gemäss Art. 4 Bst. g PG müsse der Arbeitgeber Vorkehrungen zum Schutz der persönlichen Integrität der Mitarbeitenden treffen. Eine Kündigung könne demnach missbräuchlich sein, wenn der Arbeitgeber in einer Konfliktsituation eine Kündigung ausspreche, ohne zuvor zumutbare Massnahmen zur Entschärfung des Konflikts ergriffen zu haben. Zu denken sei hier an Teamsitzungen, Aussprachen, den Beizug von Mediatoren sowie Coaches und nicht zuletzt auch Zielvorgaben und die Verwendung anderer Führungsinstrumente. Mit ihrem Verhalten hätten die Vorgesetzten massgeblich dazu beigetragen, dass bestehende Differenzen nicht offen angesprochen und geschlichtet worden seien. Die behaupteten mangelhaften Sprachkompetenzen hätten lediglich als Vorwand gedient, um zuerst die Probezeit zu verlängern und anschliessend die Entlassung zu rechtfertigen. Schliesslich hält die Beschwerdeführerin fest, auch Art. 164 PV17 sehe vor, dass Ergebnisse der Leistungs- und Verhaltensbeurteilung sowie die neu vereinbarten Ziele und Massnahmen schriftlich festgehalten, von den Gesprächspartnerinnen und -partnern unterzeichnet und im Personaldossier abgelegt würden. Zusammenfassend bestreitet die Beschwerdeführerin das Vorliegen triftiger Gründe für eine Entlassung aus dem befristeten Arbeitsverhältnis.

### **E. 3.3**

Mit Beschwerdevernehmlassung vom 9. Januar 2017 hält die Vorinstanz fest, es sei zutreffend, dass auch Mitarbeitende, die den hiesigen Dialekt nicht sprächen, in der Klinik eingesetzt würden. Anders als die Beschwerdeführerin könnten sich diese Mitarbeitenden jedoch auf Hochdeutsch gut verständigen und hätten somit keine Schwierigkeiten, von den Patienten verstanden zu werden. Es treffe nicht zu, dass die Beschwerdeführerin den Praktikanten im praktischen Arbeitsalltag begleitet habe; vielmehr habe der Praktikant den Auftrag gehabt, die Beschwerdeführerin in den Arbeitsalltag einzuführen und sie bei sprachlichen Schwierigkeiten zu unterstützen. Zutreffend sei dagegen, dass die Vorgesetzten anlässlich des Bewerbungsgesprächs bestätigt hätten, dass das Beherrschen der hiesigen Mundart keine Voraussetzung für die Stelle sei. Jedoch hätten sie bereits anlässlich des Bewerbungsgesprächs darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeführerin ihre Deutschkenntnisse verbessern müsse, um von den Jugendlichen verstanden zu werden. Im Vertrauen darauf, dass die Beschwerdeführerin Anstrengungen für die Verbesserung ihrer Deutschkenntnisse unmittelbar in die Wege leiten würde, sei die Beschwerdeführerin nach einem Probearbeitstag eingestellt worden. Bei den Jugendlichen handle es sich um Patienten mit teilweise schwerwiegenden Beeinträchtigungen, welche an die Kommunikation hohe Anforderungen stellen würden. Die Beschwerdeführerin habe sich in

den Gesprächen mit den Vorgesetzten jeweils sehr verständnisvoll für die vorgebrachten Kritikpunkte gezeigt und versichert, dass sie sich anstrengen werde. Insbesondere werde bestritten, dass sich der Erziehungsleiter Aussenstationen in einer wenig wertschätzenden Art und Weise über die Sprachkenntnisse der Beschwerdeführerin geäussert habe. Vielmehr hätten die Vorgesetzten sehr viel Verständnis für die Beschwerdeführerin gezeigt. In verschiedenen Gesprächen sei versucht worden, ihr klarzumachen, dass die fehlenden sprachlichen Kenntnisse zu Problemen im Umgang mit den Jugendlichen führen würden. Die Vorgesetzten hätten der Beschwerdeführerin auch Vorgehensweisen aufgezeigt für Situationen, in denen sie das Gefühl habe, etwas nicht richtig zu verstehen oder nicht richtig verstanden zu werden. Der sprachliche Austausch mit den Jugendlichen sei ein wesentliches Element der Therapie. Da sich die entsprechenden Erwartungen der Vorgesetzten trotz Unterstützung nicht erfüllt hätten, sei das Arbeitsverhältnis in der Probezeit aufgelöst worden. Die Gründe für die Auflösung seien der Beschwerdeführerin in einem Gespräch und schriftlich erläutert worden. Die Beschwerdeführerin habe Verständnis gezeigt für das Vorgehen der Vorgesetzten und habe die Auflösung zunächst akzeptiert.

#### **E. 3.4**

Mit nachgereichter Replik vom 28. Februar 2017 stellt die Beschwerdeführerin fest, die Begründung der Vorinstanz stelle einen reinen Vorwand dar. Obwohl die Vorinstanz die ungenügenden Sprachkenntnisse als Grund für die Kündigung angebe, bestätige sie zugleich ausdrücklich, dass das Beherrschen der hiesigen Mundart keine Voraussetzung für die besagte Stelle sei. Dies wäre ohnehin sonderbar, da viele Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die bei der Vorinstanz tätig seien, den hiesigen Dialekt nicht beherrschen würden. Mittels einer Parteibefragung bzw. einem Parteiverhör könne ohne weiteres festgestellt werden, wie gut ihre Sprachkenntnisse seien. Sie habe 2008 das Niveau C2 erreicht und das Bachelorstudium an der Universität Freiburg in deutscher Sprache absolviert und abgeschlossen. Im Moment sei sie daran, das Masterstudium zu absolvieren. Es habe keine Verständnisprobleme mit den Jugendlichen gegeben. Sie habe eine Scharnierfunktion zwischen Ärzten, Psychologen, Psychiatern, Eltern, Lehrpersonen etc. ausgeübt, was problemlos geklappt habe. Es gebe keine Aktennotizen oder Aktenstücke, in welchen ihr irgendwelche Verständigungsprobleme vorgeworfen worden wären. Die Hochsprache und ein schweizerischer Dialekt seien verschiedene Sprachen. Aus diesem Grund habe sie ihrem Vorgesetzten angeboten, einen Mundartkurs zu besuchen. Sie habe darauf weder eine positive noch eine negative Reaktion erhalten. Unter den Jugendlichen habe es zwei Gymnasialisten gehabt, die sich mit Bestimmtheit ohne Probleme in der Hochsprache hätten verständigen können.

Es fehle an triftigen Gründen für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Ihr Vorgesetzter habe sich ihr gegenüber sehr sonderbar verhalten. Einerseits habe er sie aufgefordert, sich bei den Abteilungsgesprächen aktiv in die Diskussion einzubringen, andererseits habe er sie als vorlaut kritisiert, wenn sie sich dann aktiv an der Diskussion beteiligt habe. Zudem habe ihr weder der Vorgesetzte konkrete Vorwürfe gemacht oder sei ihr jemals von anderer Seite mitgeteilt worden, dass sie die Erwartungen nicht erfülle. Oft sei der Vorgesetzte sogar

über- rascht und erstaunt gewesen, dass sie Arbeiten sehr gut erfüllt habe, habe ungläubig nachge- fragt und dann kein Lob ausgesprochen, als ob er etwas gegen sie gehabt hätte. Sie sei we- gen dieses Verhaltens sehr verunsichert gewesen. Bei einem Treffen mit den anderen Abtei- lungen hätten sich die anderen Abteilungsleiter die Mühe genommen, die neuen Mitarbeite- rinnen und Mitarbeiter vorzustellen, während ihr Vorgesetzter sie nur ganz trocken mit dem Namen vorgestellt habe. Aufgrund dieser Situation habe sie sich hie und da den Stellenanzei- ger der Vorinstanz angesehen. Ohne sich aktiv oder verbindlich beworben zu haben, habe sie einmal bei einer Stelle nachgefragt. Offenbar sei die Vertraulichkeit nicht gewährleistet gewe- sen, sodass ihr Vorgesetzter ihr vorgeworfen habe: „Was treibst du hinter meinem Rücken?“. Diese Reaktion sei für sie nicht nachvollziehbar gewesen, weil die Vorinstanz aktiv andere Bewerber gesucht habe und kein Familienbetrieb sei. Sie dürfe sich in dieser Institution selbstbestimmt umschaue, ob es allenfalls noch andere Stellen habe.

### **E. 3.5**

In ihrer Duplik vom 17. Februar 2017 bringt die Vorinstanz keine neuen Argumente oder Einwände vor.

### **E. 4**

Rechtliche Würdigung

#### **E. 4.1**

Am 20. September 2016 hat die Vorinstanz einerseits mündlich und andererseits mit vordatiertem Schreiben vom 9. September 2016 der Beschwerdeführerin zur Kenntnis ge- bracht, dass sie das Arbeitsverhältnis per 31. Oktober 2016 aufzulösen beabsichtige. Auf An- trag der Beschwerdeführerin erliess die Vorinstanz am 7. November 2016 – und somit nach Ablauf der Probezeit am 30. September 2017 – eine Verfügung, mit der die Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 31. Oktober 2016 angeordnet wurde. Die Vorinstanz bringt dabei vor, die Rechtslage sei bezüglich der Frage, ob die Auflösung des Arbeitsverhältnisses innerhalb der Probezeit einer Verfügung bedürfe, nicht eindeutig. Gemäss dem im Verwaltungsrecht vorherrschenden Untersuchungsgrundsatz stellt die GEF den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 18 Abs. 1 VRPG) und wendet auch das Recht Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 11 von 17

von Amtes wegen an (Art. 20a Abs. 1 VRPG). Der Untersuchungsgrundsatz gilt indes nur im Rahmen des Streitgegenstandes, wie er von der beschwerdeführenden Partei definiert wird.<sup>18</sup> Streitgegenstand ist vorliegend die Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Es stellt sich somit zunächst die Frage, ob es für die Kündigung innerhalb der Probezeit eine Formvorschrift gibt und was die Rechtsfolge der Nichtbeachtung einer allfälligen Formvorschrift ist (Ziff. 4.2). Wei- ter gilt es zu prüfen, ob die Vorinstanz das Arbeitsverhältnis mit Schreiben datiert auf den

#### **E. 4.2**

Gemäss Art. 22 Abs. 2 PG kann das Arbeitsverhältnis während der Probezeit von bei- den Seiten auf das Ende eines Monats gekündigt werden. Eine Formvorschrift für die Auflö- sung ist dabei im Gegensatz zur ordentlichen Kündigung (vgl. Art. 25 Abs. 1 PG) nicht explizit vorgesehen. Art. 107 Abs. 1 PG sieht jedoch vor, dass der Arbeitgeber unter Vorbehalt anders lautender Vorschriften eine Verfügung erlässt, wenn bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsver- hältnis keine Einigung zu Stande kommt. Die Kündigung des

Arbeitsverhältnisses ist eine ein- seitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die ein Dauerschuldverhältnis nach Ablauf einer bestimmten Zeit oder mit sofortiger Wirkung für die Zukunft beendet.<sup>19</sup> Die einseitige Ver- tragsauflösung ist nicht einvernehmlich und daher streitig im Sinne von Art. 107 PG. Somit ist auch bei Kündigungen während der Probezeit seitens der Anstellungsbehörde eine Verfügung erforderlich, um das Arbeitsverhältnis wirksam aufzulösen. Dies entspricht im Übrigen auch der Regelung des Bundespersonalrechts in Art. 13 i.V.m. Art. 34 BPG<sup>20</sup>. Es stellt sich weiter die Frage, welche Rechtsfolge die Nichtbeachtung dieser Formvorschrift nach sich zieht. Im kantonalen Personalrecht fehlt eine eindeutige Regelung für diese Frage und auch in den entsprechenden Materialien finden sich keine entsprechenden Ausführungen. Deshalb ist vor- liegend das Bundespersonalrecht analog beizuziehen. Art. 14 Abs. 1 aBPG<sup>21</sup> sah vor, dass Kündigungen mit wichtigen Formverletzungen nichtig sind. Allerdings sah dieselbe Bestim- mung auch vor, dass die betroffene Person die Nichtigkeit innert 30 Tagen nach Kenntnis- nahme eines mutmasslichen Nichtigkeitsgrundes beim Arbeitgeber schriftlich und glaubhaft geltend machen musste.

18 vgl. Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 2011, S. 57 und Erw. 2 hievore 19 vgl. Nötzli in: Portmann/Uhlmann (Hrsg.), Kommentar zum Bundespersonalgesetz (BPG), 2013, Art. 12 N. 7 20 Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) 21 Frühere Fassung des BPG, Version in Kraft bis 30. Juni 2013 (AS 2013 1493)

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 12 von 17

Im Handkommentar zum (alten) Bundespersonalgesetz wird denn auch ausgeführt, dass die Nichtigkeit im Sinne von Art. 14 Abs. 1 und 2 aBPG nicht der Nichtigkeit im verwaltungsrecht- lichen Sinne entspricht, sondern sich der Anfechtbarkeit nähert. Eine nichtige Kündigung im herkömmlichen Sinn ist unwirksam und entfaltet somit zu keinem Zeitpunkt Rechtswirkungen. Sie muss nicht angefochten werden, sondern die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beach- ten. Art. 14 Abs. 1 und 2 aBPG sahen dagegen ein formelles Verfahren zur Feststellung der Nichtigkeit der Kündigung vor. Selbst die „nichtige“ Verfügung erwächst demnach in formelle Rechtskraft, wenn Angestellter und Arbeitgeber die nach Art. 14 Abs. 1 bzw. Abs. 2 aBPG gebotenen Handlungen unterlassen.<sup>22</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat deshalb die „nichti- ge Kündigung“ dem Wesen nach als eine „anfechtbare Kündigung“ bezeichnet.<sup>23</sup> Im Handkommentar wird weiter ausgeführt, die „anfechtbare Nichtigkeit“ der Kündigung be- zwecke, einen die Rechtssicherheit störenden Schwebezustand zu verhindern. Dieses Ziel werde nur erreicht, wenn die Nichtigkeit der Kündigung nicht unbefristet geltend gemacht werden kann. Deshalb müsse der Angestellte den mutmasslichen Nichtigkeitsgrund nicht nur innert 30 Tagen nach Kenntnisnahme geltend machen (Art. 14 Abs. 1 aBPG), sondern auch vor Ablauf der Kündigungsfrist.<sup>24</sup> Mit der Revision des BPG vom 1. Juli 2013<sup>25</sup> wurde Art. 14 ersatzlos gestrichen und das ge- schilderte Spezialanfechtungsverfahren aufgehoben. Gemäss Botschaft wurden die verfaf- rensrechtlichen Bestimmungen damit in drei Punkten geändert: Die Anfechtung der Kündi- gungsverfügung erfolgt seither im gleichen Verfahren wie die Anfechtung anderer arbeits- rechtlicher Verfügungen, die Beschwerde gegen Verfügungen des Arbeitgebers hat nur noch dann aufschiebende Wirkung, wenn die Beschwerdeinstanz das anordnet, und der Arbeitge- ber wird bei Gutheissung der Beschwerde gegen eine Kündigung zur Zahlung einer Entschä- digung, zur Fortzahlung des Lohnes oder zur Erstreckung des Arbeitsverhältnisses verpflich- tet.<sup>26</sup> Da das Verfahren

nach Art. 14 aBPG aufgehoben wurde, erübrigt sich die Frage, ob dieses auf die kantonale Ebene übertragen werden müsste. Vorliegend ist somit davon auszugehen, dass das Nichtbeachten der Formvorschrift (d.h. dass die Auflösung des Arbeitsverhältnisses während der Probezeit verfügt werden muss) zur Nichtigkeit der Kündigung führt und dass diese von Amtes wegen zu beachten ist.

### **E. 4.3**

Die Vorinstanz macht in der Beschwerdevernehmlassung vom 9. Januar 2017 geltend, die Beschwerdeführerin habe die Kündigung zunächst akzeptiert, weshalb man auf eine Ver-  
22 vgl. Nötzli, a.a.O., Art. 14 N. 4 23 Urteil des BVGer A-1785/2006 vom 16. April 2007, E. 1.2 24 Nötzli, a.a.O., Art. 14 N. 18 f. 25 AS 2013 1493 26 vgl. Botschaft zu einer Änderung des Bundespersonalgesetzes vom 31. August 2011, (BBl 2011 6723)

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 13 von 17

fügung verzichtet habe. Sie bringt also sinngemäss vor, das Arbeitsverhältnis sei zunächst einvernehmlich aufgelöst worden. Die Vorinstanz verkennt dabei, dass eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses solange strittig ist, bis eine Austrittvereinbarung im gegenseitigen Einver- nehmen gemäss Art. 27a PG vorliegt. Eine solche Vereinbarung liegt unbestrittenermassen nicht vor. Für die rechtswirksame Auflösung brauchte es daher vorliegend eine Verfügung.

#### **E. 4.3.1**

Es stellt sich folglich die Frage, ob bereits das Kündigungsschreiben datiert auf den

#### **E. 4.3.2**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Kündigung während der Pro- bezeit zwingend in Form einer Verfügung hätte ergehen müssen. Weil das Schreiben vom 9. September 2016 die Anforderungen an eine Verfügung nicht erfüllt, ist die ursprüngliche Kündigung während der Probezeit als formfehlerhaft und deshalb als nichtig zu qualifizieren.

### **E. 4.4**

Schliesslich bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanz das Arbeitsverhältnis stattdessen mit ihrer Verfügung vom 7. November 2016 rechtswirksam auflösen konnte. Die Vorinstanz erliess die besagte Verfügung nach Ablauf der Probezeit, weshalb diese in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden muss. Die Umdeutung einer Kündigung ist gemäss Rechtsprechung aus Gründen der Prozessökonomie zulässig, wenn die entspre-

30 Müller, a.a.O., S. 116

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 15 von 17

chenden materiellen Voraussetzungen gegeben sind.<sup>31</sup> So kann das Arbeitsverhältnis grund- sätzlich unter Wahrung einer Frist von drei Monaten jeweils auf Ende eines Monats durch Ver- fügung gekündigt werden (Art. 25 Abs. 1 PG), wobei triftige Gründe anzugeben sind (Art. 25 Abs. 2 PG). Triftige Gründe liegen insbesondere vor, wenn die oder der Angestellte ungenü- gende Leistungen erbringt (Art. 25 Abs. 2 Bst. a PG), Weisungen der Vorgesetzten wiederholt missachtet hat (Art. 25 Abs. 2 Bst. b PG), das Arbeitsklima nachhaltig stört (Art. 25 Abs. 2 Bst. c PG) oder im Falle sexueller Belästigung (Art. 25 Abs. 2 Bst. d PG).

#### **E. 4.4.1**

Das Vorliegen der für eine ordentliche Kündigung erforderlichen triftigen Gründe nach Art. 25 Abs. 2 PG ist im gegenwärtigen Fall wohl zu verneinen. Da die Verfügung vom 7. November 2016 jedoch ohnehin formell fehlerhaft ist, kann auf eine abschliessende materielle Beurteilung verzichtet werden. So wurde die Kündigung zum einen rückwirkend per Ende Oktober 2016 ausgesprochen, was unzulässig ist, weil die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses immer auf die Zukunft gerichtet sein muss.<sup>32</sup> Zum andern wurde damit zugleich die in Art. 25 Abs. 1 PG vorgesehene dreimonatige Kündigungsfrist missachtet.

#### **E. 4.4.2**

Die Kündigungsverfügung vom 7. November 2016 ist deshalb aus formellen Gründen als nichtig zu qualifizieren. Daraus folgt, dass auch mit dieser das Arbeitsverhältnis mit der Beschwerdeführerin nicht rechtswirksam aufgelöst werden konnte. Die Beschwerde vom 1. Dezember 2016 wird folglich gutgeheissen.

#### **E. 4.5**

Es stellt sich die Frage, welche Rechtsfolge die Nichtigkeit der Kündigungsverfügung hat. Die Beschwerdeführerin hat beantragt, sie sei wieder einzustellen.<sup>33</sup> Gemäss Art. 29 Abs. 1 PG ist für den Fall einer unbegründeten Kündigung grundsätzlich die Weiterbeschäftigung der betroffenen Person vorgesehen. Vorliegend ist die Kündigung aber nichtig, weshalb die materielle Begründetheit der Kündigung nicht geprüft werden musste. Art. 29 PG ist folglich für den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Aufgrund der Nichtigkeit konnte die Kündigungsverfügung vom 7. November 2016 zu keinem Zeitpunkt eine Rechtswirkung entfalten. Das Arbeitsverhältnis wurde also gar nie aufgehoben und eine Wiedereinstellung erübrigt sich. Das befristete Arbeitsverhältnis läuft damit vertragsgemäss bis Ende Juni 2017 mit allen Rechten und Pflichten weiter. Eine allfällige finanzielle Entschädigung für die Folgen der nichtigen Kündigung wäre von der Beschwerdeführerin in einem separaten Verfahren geltend zu machen.<sup>34</sup>

31 vgl. zur Umdeutung einer fristlosen in eine ordentliche Kündigung: Urteil des BVGer A-4973/2012 vom 5. Juni 2013, E. 3.2 mit weiteren Hinweisen 32 vgl. Nötzli, a.a.O., Art. 12 N. 7 33 vgl. Rechtsbegehren 2 der Beschwerde vom 1. Dezember 2016 34 vgl. BVR 2012, S. 435 E. 2.2 m.w.H.

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 16 von 17

#### **E. 4.6**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigen sich weitere Ausführungen zum mit Replik vom 28. Februar 2017 sinngemäss gestellten Beweisantrag um Parteibefragung.<sup>35</sup> 5.

5.1 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 Verfahrens- kosten 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 FLG36). Vorliegend sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben. 5.2 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). Vorliegend wurde die Beschwerdeführerin zwar durch die X unterstützt, jedoch von dieser nicht i.S.v. Art. 108 Abs. 1 VRPG berufsmässig vertreten. Somit besteht kein Anspruch auf Parteikostenersatz.

35 vgl. Replik vom 28. Februar 2017, S. 1 36 Gesetz vom 26. März 2002 über die Steuerung von Finanzen und Leistungen (FLG; BSG 620.0)

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 17 von 17

III. Entscheid 1. Auf Rechtsbegehren 3 der Beschwerde vom 1. Dezember 2016 wird nicht eingetreten. 2. Soweit weitergehend wird die Beschwerde gutgeheissen. 3. Es wird festgestellt, dass die Kündigungsverfügung vom 7. November 2016 nichtig ist. 4. Verfahrenskosten werden keine erhoben. 5. Parteikosten werden keine gesprochen.

IV. Eröffnung - Beschwerdeführerin, per Einschreiben - Vorinstanz, per Einschreiben

DER GESUNDHEITS- UND FÜRSORGEDIREKTOR

Pierre Alain Schnegg, 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 3 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.

## **E. 9**

September 2016 Verfügungsqualität aufweist. Das VRPG kennt keine Legaldefinition der Verfügung. Ob einem behördlichen Schreiben Verfügungsqualität zukommt, bestimmt sich allein danach, ob die inhaltlichen Strukturmerkmale gemäss Art. 5 VwVG<sup>27</sup> vorliegen.<sup>28</sup> Danach gilt als Verfügung die einseitige und verbindliche Anordnung einer Behörde, mit der ein Rechtsverhältnis gestützt auf öffentliches Recht geregelt wird. Werden durch eine Anordnung oder einen Beschluss einer Behörde keine individuellen Rechte oder Pflichten gestaltend oder feststellend geregelt bzw. werden keine Rechtsfolgen verbindlich festgelegt, mangelt es an einem wesentlichen Verfügungselement. In welcher äusseren Form eine Anordnung gekleidet und wie sie bezeichnet wird, spielt für ihre Qualifikation als Verfügung keine Rolle. Auch ein in Briefform gefasstes Schreiben kann eine Verfügung darstellen. Unerheblich für die Qualifikation ist ferner, ob eine schriftliche behördliche Äusserung alle Elemente einer Verfügung gemäss Art. 52 Abs. 1 VRPG erfüllt oder ob einzelne davon fehlen. Das Nichtbeachten von Formvorschriften seitens der verfügenden Behörde darf jedoch den Betroffenen nicht schaden. Als Grundsatz gilt gemäss Art. 44. Abs. 6 VRPG, dass aus mangelhafter, d.h. formfehlerhafter Eröffnung niemandem ein Rechtsnachteil erwachsen darf. Schwergewichtige Formfehler können die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge haben.<sup>29</sup> Die einzelnen Formerfordernisse ergeben sich aus Art. 52 Abs. 1 VRPG. Danach muss eine Verfügung folgende Elemente enthalten: a. die Bezeichnung der verfügenden Behörde, b. die Tatsachen, Rechtssätze und Gründe, auf die sie sich stützt, c. die Verfügungsformel und die Kostenregelung,

27 Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) 28 vgl. Müller, a.a.O., S. 109; BVR 2009/461 E. 3.3; BVR 2008/246 E. 1.5.2 29 BVR 2013 S. 301 ff. E. 1.2; BVR 2011 S. 564 E. 2.3.1; BVR 2009 S. 458 ff. E. 3.3, VGE 23128 vom

#### **E. 14**

Juli 2008, E. 3.2.2; VGE 22496 vom 27. Juni 2006, E. 2.2; BVR 2010 S. 557 E. 2.2; VGE 2010/86 vom 25. März 2010, E. 2.1; BGE 135 II 328 E. 2.1; BGE 131 II 13 E. 2.2; BGE 126 II 300 E. 1a; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 8 f. und Art. 52 N. 1 ff.

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 14 von 17

d. den Hinweis auf das zulässige ordentliche Rechtsmittel mit Angabe von Frist und Instanz (Rechtsmittelbelehrung), e. die Adressatinnen oder Adressaten, f. das Datum und g. die Unterschrift; bei Massenverfügungen kann darauf verzichtet werden. Das Schreiben vom 9. September 2016 erfüllt die Formerfordernisse einer Verfügung offensichtlich nicht: So enthält das Schreiben bspw. weder eine eigentliche Verfügungsformel, eine Rechtsmittelbelehrung noch eine Begründung (vgl. Art. 52 Abs. 1 VRPG). Insbesondere die fehlende Begründung wiegt schwer, da diese zwingend erforderlich ist. Es sind alle Tatsachen, Rechtsätze und Gründe anzugeben, auf die sich die Verfügung stützt. Dabei muss die Begründung so abgefasst sein, dass die Betroffenen den Akt gegebenenfalls sachgerecht anfechten können.<sup>30</sup> Der Verweis im Kündigungsschreiben auf ein Gespräch zwischen der Beschwerdeführerin und dem Vorgesetzten genügt diesen Anforderungen nicht. Erst dank der Verfügung vom 7. November 2016 konnte sich die Beschwerdeführerin effektiv gegen die Kündigung wehren. Auch die Vorinstanz ging indessen implizit davon aus, dass das Schreiben den Anforderungen an eine Verfügung nicht genügt. Andernfalls hätte sich der Erlass der Verfügung vom 7. November 2016 erübrigt. Ob das Schreiben sodann die materiellen Strukturmerkmale einer Verfügung aufweist, ist fraglich. Angesichts des Inhaltes des Schreibens wäre wohl davon auszugehen. Aufgrund der vorgehenden Ausführungen kann diese Frage hier aber offen gelassen werden, weil der schwere Formmangel vorliegend zu einer Nichtigkeit führen würde.

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