

Entscheid des Regierungsrates vom 9. Juli 2013

1.2 §§ 19 und 28 PG, § 21 Abs. 4 Arbeitszeitverordnung, § 31 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichts, § 11 GO RR

Regeste:

§§ 19 und 28 PG, § 21 Abs. 4 Arbeitszeitverordnung, § 31 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtes, § 11 GO RR – Mit der Genehmigung einer Vereinbarung über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit einem Amtsleiter hat der Regierungsrat materiell über die darin geregelten Punkte – im vorliegenden Fall den Ferienbezug – entschieden. Ergeben sich im Nachhinein Unklarheiten über den Inhalt der getroffenen Vereinbarung, so hat der Regierungsrat diese analog der Bestimmung über die Erläuterung von Verwaltungsgerichtsurteilen zu erläutern (vgl. Erw. B). Ein Regierungsratsmitglied, das sich vor Erlass eines Erläuterungsbeschlusses des Regierungsrates bereits gegenüber dem Amtsleiter zum Inhalt der getroffenen Regelung geäußert hat, gilt als vorbefasst. Das gegen dieses gestellte Ausstandsbegehren ist gutzuheissen (vgl. Erw. C). Der in Auflösungsvereinbarungen durchaus gebräuchliche Satz «Mit der Freistellung werden sämtliche Ferien- und Überstunden/-zeitansprüche vollumfänglich abgegolten» lässt im vorliegenden Fall bezüglich des Ferienbezuges keinerlei Raum für Interpretationen offen und erscheint völlig unzweideutig. Dies insbesondere vor dem Hintergrund des grundsätzlichen Entschädigungsverbots für nicht bezogene Ferien und der Treue- bzw. Interessenwahrungspflicht der Mitarbeitenden, aber auch wegen des Verhältnisses von Umfang des Ferienanspruchs zur Dauer der Freistellung des Amtsleiters im konkreten Fall (vgl. Erw. D).

Aus dem Sachverhalt:

Das Arbeitsverhältnis von XY, Leiter des Amtes A bei der Direktion B wurde mittels einer vom Regierungsrat am 3. April 2012 genehmigten Vereinbarung per 31. Dezember 2012 einvernehmlich aufgelöst. In Ziffer 2 der Vereinbarung wurde festgehalten, dass XY bei Anspruch auf Lohnzahlung bis zum Ablauf des Arbeitsverhältnisses ab 1. Juli 2012 von seinen Arbeitsverpflichtungen freigestellt wird und dass mit der Freistellung sämtliche Ferien- und Überstunden/-zeitansprüche vollumfänglich abgegolten werden. Ferner erklärten sich die Parteien in Ziffer 10 mit dem Vollzug vorstehender Vereinbarung als per Saldo aller gegenseitigen Ansprüche auseinandergesetzt.

Mit Schreiben vom 17. Dezember 2012 an den Regierungsrat beantragte XY, es seien ihm die 15 Tage Ferien, die ihm bis Ende Juni 2012 zugestanden hätten und die er nicht habe beziehen können, auszuzahlen. Eine Kopie des Gesuches liess er der Direktion B zukommen. Die Direktion B teilte XY mit Schreiben vom 27. Dezember

2012 mit, dass keine Ferientage mehr ausbezahlt würden. Zur Begründung verwies sie auf Ziffer 2 der am 30. März bzw. 5. April 2012 getroffenen Vereinbarung.

Mit Schreiben vom 3. Januar 2013 gelangte XY wiederum an den Regierungsrat. Er beantragte darin, der Regierungsrat habe über das Gesuch um Auszahlung der bis 1. Juli 2012 nicht bezogenen 15 Ferientage einen formellen Entscheid in der Sache zu treffen. Bei der Behandlung dieses Gesuchs habe die Vorsteherin/der Vorsteher der Direktion B in den Ausstand zu treten. Zur Begründung der Gesuche führte er aus, dass er den damaligen Vorschlag der Direktion B dahingehend verstanden habe, dass alle Ansprüche, die zwischen dem Zeitpunkt der Freistellung und dem offiziellen Ende der Anstellung (31. Dezember 2012) entstehen könnten, mit der Freistellung abgegolten sein sollten. Damit sei aber auch gesagt, dass die gesetzlich zustehenden Ferien vor dem Freistellungsdatum nicht als abgegolten gelten könnten. Mit der Antwort vom 27. Dezember 2012 habe sich die Vorsteherin/der Vorsteher der Direktion B in dieser Sache so klar festgelegt, dass sie/er sich an der Entscheidungsfindung im Regierungsrat nicht mehr vorbehaltlos beteiligen könne.

Aus den Erwägungen:

(...)

B. Der Regierungsrat entscheidet über individuelle Personalgeschäfte der Amtsleiterinnen und Amtsleiter (§ 2 Abs. 3 Bst. e der Delegationsverordnung vom 23. November 1999; BGS 153.3).

Die Frage des Ferienbezuges wurde zwischen der Direktion B und XY in Ziffer 2 der Aufhebungsvereinbarung geregelt. Mit der Genehmigung dieser Vereinbarung im Beschluss vom 3. April 2012 hat der Regierungsrat in dieser Frage bereits materiell entschieden. Wie die Ausführungen von XY zu Ziffer 2 der Aufhebungsvereinbarung zeigen, erscheint diese aber offenbar unklar, weshalb sie der Erläuterung bedarf. Da in der Zuger Verwaltungsrechtspflege nur die Erläuterung von Verwaltungsgerichtsurteilen ausdrücklich geregelt ist (§ 31 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichts vom 14. Januar 1977; BGS. 162.11), erfolgt die Erläuterung von Ziffer 2 der Aufhebungsvereinbarung analog der vorgenannten Bestimmung.

C. Gemäss § 31 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichts wird ein Urteil von der betreffenden Kammer auf Antrag oder von Amtes wegen erläutert, wenn es unklar ist oder Widersprüche enthält. In Analogie zu dieser Bestimmung ist für die Erläuterung von Ziffer 2 der Aufhebungsvereinbarung demnach der Gesamregierungsrat zuständig.

Der Ausstand von Regierungsratsmitgliedern ist in § 11 des Kantonsratsbeschlusses über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen vom 25. April

1949 (GO RR, BGS 151.1) geregelt. Danach hat ein Mitglied des Regierungsrates in den Ausstand zu treten in eigener Sache (Ziff. 1) oder wenn es mit einer am Geschäft interessierten Person in einem nahen Verwandtschaftsverhältnis steht (Ziff. 2). Zusätzlich haben die Privaten einen aus Art. 29 Abs. 1 BV abgeleiteten bundesrechtlichen Mindestanspruch auf Unabhängigkeit und Unbefangenheit einer Verwaltungsbehörde (Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, N 1668; BGE 127 I 196). Im Zusammenhang mit diesen bundesrechtlichen Mindestanforderungen betreffend Unabhängigkeit und Unbefangenheit von Behördenmitgliedern ist klar zu trennen, ob ein Behördenmitglied mit einer Angelegenheit i.e.S. vorbefasst ist, was bedeutet, dass es tatsächlich am Vorentscheid mitgewirkt hat, oder ob es lediglich eine systembedingte oder institutionelle Nähe zum Entscheidsträger aufweist, also der gleichen Verwaltungseinheit angehört oder dieser vorsteht (Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Der Ausstand von Entscheidsträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Diss. Zürich 2002, S. 164).

a. Vorbefasst i.e.S. ist jene Amtsperson, die in einem früheren Verfahrensabschnitt in amtlicher Funktion dieselbe Frage in der gleichen Angelegenheit tatsächlich beurteilt hat. Eine solche unzulässige Vorbefassung sollte grundsätzlich aufgrund von Art. 29 Abs. 1 BV in jedem Fall zu einer Ausstandspflicht führen (Benjamin Schindler, a.a.O., S. 165).

b. Dagegen spricht man von der systembedingten oder institutionellen Nähe, welche eine mit der Instruktion oder dem Entscheid selber beauftragte Amtsperson zur Vorinstanz hat. Diesfalls kann die den Rechtsmittelentscheid instruierende Person derselben Verwaltungseinheit angehören wie jene Person, die den angefochtenen Entscheid gefällt oder instruiert hat. Es fehlt an einer institutionellen Unabhängigkeit der am Entscheid mitwirkenden Personen. Befangenheit muss deswegen aber nicht vorliegen. Vielmehr besteht ein erhöhtes Risiko, dass die mit dem Vorentscheid befasste Amtsträgerin oder der mit dem Vorentscheid befasste Amtsträger auf seinen mit der Instruktion des Beschwerdentscheides betrauten Amtskollegen resp. seine betraute Amtskollegin einwirkt. Inwiefern eine solche systembedingte oder institutionelle Nähe zu einem Ausstand führen kann, ist den Kantonen überlassen, da sich aus Art. 29 Abs. 1 BV kein Anspruch auf eine minimale institutionelle Unabhängigkeit ableiten lässt. Es muss in diesen Fällen die Interessenabwägung stattfinden, ob die Unabhängigkeit und Unbefangenheit der entscheidenden Behörde höher zu gewichten ist als die Besonderheit der verwaltungsinternen Rechtspflege mit ihrem spezifischen Sachverstand und der damit verbundenen vollen Ermessensauserschöpfung (Benjamin Schindler, a.a.O., S. 166 ff.).

Die Vorsteherin/der Vorsteher der Direktion B hat mit Schreiben vom 27. Dezember 2012 in der vorliegenden Frage einen Entscheid getroffen und Ziffer 2 der Aufhebungsvereinbarung erläutert. Obwohl diese Erläuterung keine Gültigkeit hat, ist von

einer Vorbefassung i.e.S. auszugehen, zumal kaum anzunehmen ist, dass sie/er in der Gesamtbehörde einen anderen Standpunkt einnehmen wird als sie/er ihn im Schreiben vom 27. Dezember 2012 vertreten hat. Dem Ausstandsbegehren von XY wird deshalb wegen Vorbefassung entsprochen.

D. Der Ferienbezug ist mit der oder dem Vorgesetzten rechtzeitig abzusprechen. Dabei ist auf die betrieblichen sowie auf die persönlichen Interessen angemessen Rücksicht zu nehmen. Bei Uneinigkeit entscheidet die übergeordnete Stelle. Für nicht bezogene Ferien wird keine Entschädigung ausgerichtet, ausgenommen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wenn die Ferien aus betrieblichen Gründen, wegen Krankheit oder Unfall nicht mehr vor Ablauf der Kündigungsfrist oder der Vertragsdauer bezogen werden können bzw. konnten (§ 21 Abs. 1 und 4 der Verordnung über die Arbeitszeit, BGS 154.214).

Zweck der Ferien ist die Erholung der Arbeitnehmenden. Die Ferien dürfen deshalb während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geld abgegolten werden, sondern sind tatsächlich zu beziehen. Auch nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses gilt grundsätzlich das Abgeltungsverbot. Es ist indessen im Einzelfall in Berücksichtigung der konkreten Umstände einzuschränken. So sind die Ferien nach Lehre und Rechtsprechung in Geld abzugelten, wenn deren Bezug in der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbleibenden Zeit nicht möglich oder zumutbar ist. Dabei spielt eine Rolle, dass Arbeitnehmende in dieser Zeit die Möglichkeit haben müssen, nach einer neuen Stelle zu suchen (Art. 329 Abs. 3 OR). Diesem Anspruch der Arbeitnehmenden kommt Vorrang gegenüber dem Ferienbezug zu und insoweit wird das Abgeltungsverbot eingeschränkt. Bei einer Freistellung verzichten die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber in ihrem bzw. seinem eigenen Interesse auf die Arbeitsleistung der oder des Arbeitnehmenden. Die Aufhebung der Arbeitspflicht der oder des Arbeitnehmenden hat indessen nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Folge. Alle übrigen Pflichten der oder des Arbeitnehmenden bleiben deshalb bestehen, soweit sie nicht unmittelbar mit der Erbringung der Arbeitsleistung zusammenhängen. Bei der oder dem Freigestellten steht somit im Vergleich zur oder zum fristlos entlassenen Arbeitnehmenden die Treuepflicht im Vordergrund. Aus dieser Treuepflicht lässt sich ohne weiteres ein Gebot ableiten, der Arbeitgeberin bzw. dem Arbeitgeber nunmehr nutzlos entstehende Kosten in zumutbarem Umfang zu mindern. Stehen der oder dem Arbeitnehmenden während der Freistellung freie Tage zur Verfügung, die sie bzw. er wie Ferientage nutzen kann, so sollen diese entsprechend verwendet werden, so dass sich dadurch der Anspruch der oder des Arbeitnehmenden gegenüber der Arbeitgeberin und dem Arbeitgeber vermindert und diesen weniger Kosten entstehen. Diese Treuepflicht hat die oder der Arbeitnehmende insoweit wahrzunehmen, als sie bzw. er die ihr resp. ihm zustehenden Ferientage nach Möglichkeit bezieht, ohne dass eine ausdrückliche Weisung der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers nötig ist, wobei die Arbeitssuche aber Vorrang hat. In zeitlicher Hinsicht lassen sich keine allgemeingültigen Aussagen machen.

In der Lehre findet sich denn auch die allgemein gehaltene Formulierung, wonach die Abgeltung ausser Betracht fällt, wenn die Freistellungsdauer den Restanspruch deutlich überschreitet (vgl. BGE 128 III S. 280 ff.).

Der Ferienanspruch von XY für das Jahr 2012 umfasste insgesamt 30 Tage, die Dauer der Freistellung sechs Monate. Gestützt auf oben genannte Rechtsprechung, die Befugnis der Direktionsvorsteherin/des Direktionsvorstehers über den Bezug der Ferien zu bestimmen sowie der in § 28 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz, BGS 154.21) statuierten Interessenwahrungspflicht der Arbeitnehmenden ergibt sich, dass eine Abgeltung des Ferienanspruches von XY im Rahmen einer Kündigung und Freistellung durch die Arbeitgeberin bei diesem Verhältnis von Ferienanspruch zu Freistellungsdauer ausser Betracht fallen würde.

Nun wurde das Arbeitsverhältnis mit XY aber nicht durch Kündigung, sondern durch eine Aufhebungsvereinbarung vom 30. März resp. 5. April 2012 aufgelöst. Die Regelung von Ziffer 2 der Aufhebungsvereinbarung entspricht nicht nur dem für Aufhebungsvereinbarungen im Kanton Zug üblichen Inhalt, sondern auch der im juristischen Sprachgebrauch üblichen Formulierung von Vertragsklauseln und sollte demnach auch XY von seiner Ausbildung her vertraut sein. Der Satz «Mit der Freistellung werden sämtliche Ferien- und Überstunden/-zeitansprüche vollumfänglich abgegolten» lässt bezüglich des Ferienbezuges keinerlei Raum für Interpretationen offen und erscheint völlig unzweideutig. Demnach gelten sämtliche Ferienansprüche aus dem Arbeitsverhältnis als mittels Freistellung bezogen, da sowohl beim Ferienbezug wie auch bei der Freistellung Arbeitnehmende von der Pflicht der Arbeitsleistung bei gleichzeitigem Bezug des vollen Lohnes befreit sind. Hätte man – wie von XY geltend gemacht – damit nur die nach der Freistellung auflaufenden Ferienansprüche gemeint, so hätte man diese Einschränkung einerseits im Wortlaut verdeutlichen sollen, und hätte andererseits in Anbetracht der von der Direktionsvorsteherin/dem Direktionsvorsteher geforderten Abschlussarbeiten in der Vereinbarung sicherlich auch zu regeln gehabt, wie mit den Ferienansprüchen bis zur Freistellung zu verfahren ist bzw. wann er diese Ferien während der drei Monate bis zur Freistellung beziehen soll resp. die ausserordentliche Auszahlung des Ferienguthabens festhalten sollen. XY geht zudem bei seiner Argumentation fälschlicherweise davon aus, dass, sollte man seiner Auslegung der Vereinbarung nicht folgen, er mit der Unterzeichnung der Vereinbarung auf den Bezug der vor der Freistellung aufgelaufenen und in jenem Zeitpunkt noch nicht bezogenen Ferientage faktisch verzichtet hat. Dem ist aber nicht so. Mit der Unterzeichnung des Vertrages hat er sich lediglich einverstanden erklärt, dass die ihm noch zustehenden Ferientage als durch die Freistellung bezogen gelten. Auch die Zeit der Freistellung kann dem Erholungszweck dienen, sofern sie nicht für die Stellensuche verwendet werden muss. Bei einer sechsmonatigen Freistellung bleibt aber neben dem Bezug von 30 Tagen Feri-

en noch ausreichend Zeit, nämlich rund viereinhalb Monate, um sich um eine neue Stelle zu bemühen.

XY macht sinngemäss geltend, er habe sich beim Abschluss der Vereinbarung bezüglich der Abgeltung seiner Ferienansprüche in einem Irrtum (Art. 23 ff. OR) befunden. Angesichts des klaren und üblichen Wortlautes von Ziffer 2 der Vereinbarung, der Rechtslage bezüglich der geldmässigen Abgeltung von Ferienansprüchen bei einseitiger Kündigung und Freistellung durch die Arbeitgeberin bzw. den Arbeitgeber und der Tatsache, dass XY Jurist ist, widerspricht seine Berufung auf Irrtum Treu und Glauben und ist somit unstatthaft (Art. 25 Abs. 1 OR). Deshalb ist sein Gesuch um Auszahlung der zum Zeitpunkt der Freistellung (1. Juli 2012) noch nicht bezogenen 15 Ferientage abzuweisen.

Beschluss des Regierungsrats vom 5. März 2013

2. Gemeinden

2.1 § 93 GOG und § 37 GG

Regeste:

§ 93 GOG – Für einen Verzicht auf eine Strafanzeige gemäss § 93 Abs. 2 GOG braucht es neben der Zustimmung der vorgesetzten Stelle und der Tatsache, dass es sich um einen Übertretungstatbestand handelt, kumulativ auch die Voraussetzung, dass im Falle einer Verurteilung von Strafe Umgang zu nehmen oder abzusehen wäre. Sofern eine Person nach einem abschlägigen Entscheid in vollem Wissen um die Unrechtmässigkeit und somit vorsätzlich gegen Bestimmungen des PBG verstossen hat, kann nicht mehr von einem geringfügigen Verschulden, welches für eine Strafbefreiung notwendig ist, gesprochen werden. (Erw. 6).

§ 37 GG – Nach gefestigter Praxis sind unter «Missstand» bzw. unter «Vernachlässigung öffentlicher Aufgaben» im Sinne von § 37 GG die Verletzung von klarem materiellem Recht, die Missachtung wesentlicher Verfahrensgrundsätze oder die Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen zu verstehen. Der Regierungsrat des Kantons Zug übt bei der Anordnung von aufsichtsrechtlichen Massnahmen gegen eine Gemeinde praxisgemäss eine gewisse Zurückhaltung aus und schreitet erst beim Vorliegen unhaltbarer Zustände ein, die schlicht nicht toleriert werden können (Erw. 7).

Aus dem Sachverhalt:

Im Jahr 1995 orientierte X. die Einwohnergemeinde Y. über die Sanierung und Umnutzung eines nicht für Wohnzwecke zugelassenen Gebäudes. Im darauf folgenden Rechtsmittelverfahren stellte das Verwaltungsgericht im Jahr 2000 fest, dass die Umnutzung rechtswidrig war und der Gemeinderat Y. die Wiederherstellung der Bau-