

# **AR\_GERICHTE OG O4V-21-32 vom 23. Juni 2022**

AR Gerichte, 2022-06-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar\\_gerichte OG\\_O4V-21-32](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar_gerichte OG_O4V-21-32)

FR: AR\_GERICHTE OG O4V-21-32 du 23 juin 2022

IT: AR\_GERICHTE OG O4V-21-32 del 23 giugno 2022

## **Regeste**

Obergericht Appenzell Ausserrhoden 4. Abteilung Urteil vom 23. Juni 2022 Mitwirkende Obergerichtspräsident W. Kobler Oberrichterinnen D. Cadosch Autolitano, M. Gasser Aebischer Oberrichter E. Graf, P. Louis Obergerichtsschreiber D. Hofma

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der prozessualen Voraussetzungen ergibt, dass das Obergericht nach Art. 54 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1) und Art. 70 Abs. 2 lit. c des Personalgesetzes (PG, bGS 142.21) zur Behandlung der Beschwerde gegen den Rekursentscheid der Vorinstanz zuständig ist und die Voraussetzungen hinsichtlich der Beschwerdeberechtigung sowie der Frist-, Form- und Begründungserfordernisse erfüllt sind.

### **E. 1.2**

Der Beschwerdeführer macht eingangs geltend, dass er bereit sei, im Sinne von Ziff. 2 des angefochtenen Beschlusses eine neue Abrechnung über das Überstunden- und Ferienguthaben der Beschwerdegegnerin zu erstellen. Ziff. 2 des angefochtenen Beschlusses enthalte neben einer Leistungspflicht jedoch auch die Feststellung, dass er zur finanziellen Abgeltung des gesamten, noch zu bestimmenden Guthabens verpflichtet sei. Aufgrund dieser Ausgestaltung sei er gezwungen, ein Feststellungsbegehren zu stellen.

Die Beschwerdegegnerin bestreitet die Zulässigkeit eines Feststellungsbegehrens. Dem Beschwerdeführer sei es ohne weiteres möglich gewesen, ein Leistungsbegehren zu stellen, indem er einerseits die Aufhebung des regierungsrätlichen Entscheids und andererseits die leicht errechenbare Zusprechung des Ferien- und Überstundenanspruchs für die Zeitspanne vom 2. bis 30. Oktober 2018 in Höhe von CHF 8'996.40 beantragt hätte. Ein schutzwürdiges Interesse an einer Feststellungsklage bestehe nur insoweit, als eine Rechtsunsicherheit nicht durch eine Leistungs- und Gestaltungsklage behoben werden könne.

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet eine Beschwerde, welcher ein Rekursentscheid der Vorinstanz und eine Verfügung des Beschwerdeführers zugrunde liegen. Damit handelt es sich um ein Rechtsmittel- und nicht etwa um ein Klageverfahren. Die Frage, ob eine Klägerin in der Lage ist, ein Leistungsbegehren zu stellen, stellt sich nur im Klageverfahren (TOBIAS JAAG, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechts- pflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, N. 10 zu § 83 VRG). Die Beschwerde- gegnerin hatte ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung, ob Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis bestehen, welche vom Beschwerdeführer in der Verfügung vom 26. April 2019 verneint wurden. Die Vorinstanz kam dagegen zum Schluss,

dass solche Ansprüche bestehen. Wie diese in Ziff. 2 des Rekursentscheids richtig ausführt, lassen sich die Ferien- und Überstundenguthaben der Beschwerdegegnerin aus den Akten nicht eindeutig verifizieren. Dazu hat der Beschwerdeführer den von der Beschwerdegegnerin vorgelegten Überstundensaldo in der Rekursantwort bestritten (act. 5.14, S. 9). Die Höhe eines allfälligen

Seite 6 Ferien- und Überstundenanspruchs ergibt sich daher erst nach erfolgter konkreter Abrechnung, welche durch den Beschwerdeführer vorzunehmen wäre. Eine solche detaillierte Abrechnung ist jedoch nur erforderlich, wenn das Obergericht den Anspruch der Beschwerdegegnerin auf Auszahlung der Ferien- und Überstundenguthaben vom 16. Juli 2018 bis und mit 2. Oktober 2018 sowie am 31. Oktober 2018 bejahen würde. Das Rechtsbegehren 1 des Beschwerdeführers erweist sich damit als zulässig, womit auf die Beschwerde einzutreten ist.

### **E. 1.3**

Wie der Beschwerdeführer in der Replik zutreffend ausführt, existiert im Kanton Appenzell Ausserrhoden im verwaltungsgerichtlichen Verfahren (anders als bspw. bei der Anschlussberufung gemäss Art. 313 der Zivilprozessordnung, ZPO, SR 272) keine Anschlussbeschwerde. Die Beschwerdegegnerin kann demzufolge im Beschwerdeverfahren nicht eine Abänderung des angefochtenen Beschlusses zu ihren Gunsten beantragen. Dazu hätte sie vielmehr selbst Beschwerde erheben müssen. Da das Rechtsbegehren 3 der Beschwerdegegnerin über das Rechtsbegehren des Beschwerdeführers (Streitgegenstand der Beschwerde) hinausgeht, ist auf dieses nicht einzutreten (vgl. dazu MARCO DONATSCH, in: Alain Griffel [Hrsg.], a.a.O, N. 22 zu § 63 VRG).

### **E. 2.1**

Die Vorinstanz kommt im angefochtenen Entscheid zum Schluss, dass mit dem Ergebnis der vertrauensärztlichen Untersuchung nicht unmittelbar eine Rechtswirkung verbunden sei. Diese diene lediglich der Auskunft. Mit dieser Auskunft hätte der Beschwerdeführer eine Grundlage gehabt, um die Beschwerdegegnerin aufzufordern, wieder zur Arbeit zu erscheinen oder sie hätte den Ferien- und Überstundenbezug anordnen können. In den Akten sei keine solche Anordnung des Beschwerdeführers zu finden. Auch auf die Rückmeldungen der behandelnden Ärzte sei keine Reaktion durch den Beschwerdeführer erfolgt. Hätte der Beschwerdeführer die Abwesenheiten der Beschwerdegegnerin wegen Krankheit nicht akzeptieren wollen, hätte er diese zur Arbeitsleistung auffordern oder den Bezug von Ferien und Überstunden anordnen müssen. Da der Beschwerdeführer dies nicht getan habe, habe er faktisch akzeptiert, dass sich die Beschwerdegegnerin bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. Oktober 2018 im Krankenstand befunden habe. Die Beschwerdegegnerin habe Anspruch auf Auszahlung des gesamten Überstunden- und Ferienguthabens.

### **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, dass die Beschwerdegegnerin als Teamleiterin einer gesteigerten Treuepflicht unterlegen habe. Sie sei verpflichtet gewesen, die Interessen des Kantons zu wahren. Aus der Treuepflicht lasse sich ohne Weiteres das Gebot ableiten, dem Arbeitgeber nunmehr nutzlos entstehende Kosten in zumutbarem Umfang zu mildern. Hierzu gehöre auch das Gebot, dem Arbeitgeber die entsprechenden Kosten zu ersparen,

Seite 7 indem Ferientage und Überstunden bei fehlender Arbeitsfähigkeit aber bestehender Ferienfähigkeit bezogen bzw. kompensiert würden. Gemäss Art. 30 Abs. 4 Anhang A zum Personalreglement sei ein positiver Zeitsaldo bei einem Austritt innerhalb der Kündigungsfrist zu kompensieren. Dieser Grundsatz binde beide Parteien; es habe somit umso mehr und über die Treuepflicht hinaus auch der Beschwerdegegnerin obliegen, sich um die Kompensation ihrer Überstunden während der Kündigungsfrist zu kümmern. Sie hätte mindestens proaktiv mit ärztlichen Zeugnissen belegen müssen, dass ihr der Bezug von Ferien und Überstunden nicht möglich gewesen sei. Dies habe sie jedoch pflichtwidrig unterlassen.

### **E. 2.3**

Beim Beschwerdeführer handelt es sich um eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt des Kantons mit Sitz in Herisau (Art. 1 des Gesetzes über den Spitalverbund Appenzell Ausserrrhoden, Spitalverbundgesetz, SVARG, bGS 812.11). Gemäss Art. 14 Abs. 1 SVARG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 bis PG bestimmen sich die Arbeitsverhältnisse im SVAR nach dem Personalgesetz und der Besoldungsverordnung. Der Verwaltungsrat erlässt die Ausführungsbestimmungen dazu. Soweit das Gesetz und die Ausführungsbestimmungen nichts Abweichendes bestimmen, gelten die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts sinngemäss (Art. 3 Abs. 2 PG). Nach Art. 50 Abs. 1 PG wird der Zeitpunkt des Ferienbezugs von der vorgesetzten Stelle unter Berücksichtigung der betrieblichen Gegebenheiten und nach Rücksprache mit der oder dem Angestellten festgelegt. Anrechenbare Überstunden sind mit Freizeit von gleicher Dauer zu kompensieren. In Ausnahmefällen kann die Anstaltsbehörde eine Auszahlung zum ordentlichen Stundenlohn anordnen (Art. 62 Abs. 3 PG). Gemäss Art. 21 Abs. 1 des Personalreglements (PR) wird der Ferienbezug so früh als möglich, in der Regel 3 Monate im Voraus, festgelegt. In Ausnahmefällen, namentlich bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, ist eine kurzfristige Anordnung zulässig, sofern dies den Ferienzweck nicht vereitelt (vgl. dazu auch die analoge Bestimmung in Art. 17 Abs. 1 der Personalverordnung, PGV, bGS 142.212). Bei der Kündigung einer oder eines Angestellten ordnet der SVAR falls notwendig, die Kompensation von Überstunden oder den Bezug ausstehender Ferien an (Art. 52 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 51 Abs. 2 PR; vgl. dazu auch Art. 42 Abs. 2 i.V.m. Art. 43 lit. c PGV). Gemäss Art. 30 Abs. 3 des Anhangs A PR (Arbeitszeit, Zeitzuschlag und Inkonvenienzentschädigung) kann die vorgesetzte Stelle die Kompensation entsprechend der betrieblichen Notwendigkeiten anordnen. Die Anordnung hat frühzeitig, mindestens vierzehn Tage im Voraus, zu erfolgen, damit die Angestellte oder der Angestellte entsprechend planen kann. Beim Austritt ist ein positiver Zeitsaldo innerhalb der Kündigungsfrist zu kompensieren. Er wird finanziell zum Ansatz des ordentlichen Stundenlohns abgegolten, wenn ein Abbau aus betrieblichen oder triftigem persönlichen Grund bis zum Austritt nicht erfolgen kann (Anhang 30 Abs. 4 Anhang A).

Seite 8

### **E. 2.4**

Mit der Vorinstanz ist darin übereinzugehen, dass die vertrauensärztliche Untersuchung vom 14. August 2018 keine unmittelbaren Rechtswirkungen entfaltete, was vom Beschwerdeführer auch nicht bestritten wird. Unbestritten ist im Weiteren, dass nach der vertrauensärztlichen Untersuchung keine Anordnung des Beschwerdeführers erfolgte, wonach die Beschwerdegegnerin wieder zur Arbeit zu erscheinen oder den positiven Ferien- und Über-

stundensaldo während der Kündigungsfrist zu kompensieren habe. Aus Anhang 30 Abs. 4 Anhang A PR kann entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht abgeleitet werden, dass bei einem positiven Zeitsaldo beim Austritt auf eine Anordnung verzichtet werden kann, stünde dies doch im offensichtlichen Widerspruch zum übergeordneten Art. 50 Abs. 1 PG, welcher eine einzelfallweise Festlegung des Ferienbezugs nach Rücksprache mit der oder dem Angestellten vorschreibt (vgl. dazu auch Art. 329c Abs. 2 OR). Eine (zumindest kurzfristige) Anordnung zur Kompensation von Überstunden und des Bezugs ausstehender Ferien ist nach Art. 50 Abs. 1 PG, Art. 21 Abs. 1 PR, Art. 52 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 51 Abs. 2 PR und Art. 30 Abs. 3 Anhang 3 PR) vielmehr zwingend und gehört zu den Pflichten des Arbeitgebers (vgl. auch BGE 128 III 271 E. 2 a bb; 123 III 84 E. 5b).

Wie die Beschwerdegegnerin vernehmlassungsweise zutreffend ausführt, lässt sich auch aus der Treuepflicht nicht ableiten, dass auf eine Anordnung der Ferien- und Überstundenkompensation verzichtet werden kann. Der vom Beschwerdeführer zitierte BGE 128 III 271 ist mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar, da sich dieser auf die Treuepflicht eines während der Dauer der Kündigungsfrist freigestellten Arbeitnehmers bezieht. Dabei war dessen Arbeits- bzw. Ferienfähigkeit nicht umstritten; zudem überschritt die Freistellungs-dauer den Restanspruch des Arbeitnehmers deutlich. Aus den Akten ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass der Beschwerdeführer bis zur Zustellung des Entwurfs der Aufhebungsvereinbarung am 23. August 2018 den Ferienbezug und eine Überstundenkompensation überhaupt thematisiert hat. Ein solcher wurde auch nicht angeordnet, nachdem sich die Beschwerdegegnerin geweigert hatte, die Vereinbarung zu unterzeichnen. Da es der Beschwerdeführer trotz vertrauensärztlicher Untersuchung versäumt hat, die Beschwerdegegnerin zum Bezug der Ferien und Überstunden zu verpflichten, hat er der Beschwerdegegnerin das Ferien- und Überstundenguthaben auszuzahlen. Damit ist der vorinstanzliche Rekursentscheid in diesem Punkt nicht zu beanstanden, womit die Beschwerde abzuweisen ist. Im Sinne einer Eventualbegründung ist im Folgenden dennoch auf die Frage der Arbeits- und Ferienfähigkeit der Beschwerdegegnerin einzugehen.

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass sich die ärztlichen Zeugnisse der Beschwerdegegnerin nicht zu deren Ferienfähigkeit äusserten. Demgegenüber sei Dr. C. in seinem umfassenden und ausführlich sowie nachvollziehbar begründeten Gutachten vom 14. August

Seite 9 2018 zum Ergebnis gekommen, dass die psychischen Beschwerden der Beschwerde- gegnerin keinen Krankheitswert aufwiesen und dass sie folglich zu 100 % arbeitsfähig gewesen sei. Der Arbeitnehmer trage die Beweislast für seine behauptete Arbeits- und Ferienunfähigkeit. Angesichts der Beweislage habe die Beschwerdegegnerin weder ihre Arbeitsunfähigkeit noch ihre Ferienunfähigkeit rechtsgenügend bewiesen. Selbst wenn die Beschwerdegegnerin ihre Krankheit zu beweisen vermöchte, würde dies nicht bedeuten, dass sie auch ferienunfähig gewesen sei. Sofern das Gericht am Beweiswert des Gutachtens von Dr. C. zweifeln sollte, beantragt der Beschwerdeführer die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdegegnerin vertritt dagegen den Standpunkt, dass sich aus den beiden ärztlichen Berichten von Dr. F. vom 11. Oktober 2018 (act. 5.1/8) und Dr. G. vom 26. Oktober 2018 (act. 5.1/19) ohne Zweifel eine Arbeitsunfähigkeit der Beschwerdegegnerin ergebe,

andernfalls wäre diese mit Sicherheit nicht einer stationären Therapie zugeführt worden. Dies werde deutlich durch den Psychostatus und den somatischen Aufnahmebefund bei Klinikeintritt am 3. Oktober 2018 bestätigt (act. 5.1/20). Das Gutachten von Dr. C. vermöge von vornherein keine beweistaugliche Grundlage für die Entwicklung des Gesundheitszustands der Beschwerdegegnerin nach dem Zeitpunkt der Untersuchung vom 14. August 2018 zu erbringen. Der Gutachter sei im Rahmen seiner Beurteilung von einer ganzen Reihe falscher Tatsachen und blossen Mutmassungen ausgegangen. Rechtlich komme dem Bericht von Dr. C. nur die Bedeutung eines Parteigutachtens zu, das im Lichte der übrigen Arztberichte zu würdigen sei. Für die Kompensation des Überstundensaldos stelle sich die Frage der Ferienunfähigkeit von vornherein nicht. Ein Arztzeugnis brauche sich nicht explizit über die Ferien zu äussern, wenn Ferien gar nicht geplant seien oder wegen Krankheit gar nicht angetreten werden könnten. Die Beweislast dafür, dass die Beschwerdegegnerin die ihr zustehenden Ferien tatsächlich bezogen habe, liege bei der Beschwerdeführerin. Die regelmässigen Arztbesuche der Beschwerdegegnerin würden einen Ferienbezug ausschliessen.

### **E. 3.3**

Nach herrschender Lehre schliessen sich Krankheit und Ferien grundsätzlich gegenseitig aus. Bei Bettlägerigkeit und regelmässigen Arztbesuchen ist die Ferienfähigkeit zu verneinen. Ist der Arbeitnehmer trotz Erkrankung ferienfähig, ist eine Kompensation seines Ferienanspruchs während einer längeren Krankheitsdauer grundsätzlich möglich. Der Arbeitnehmer trägt die Beweislast für die Ferienunfähigkeit (PRINZ/GEEL in: Etter/Facincani/Sutter [Hrsg.], Arbeitsvertrag, 2021, N. 17 zu Art. 239a OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 6 zu Art. 329a OR). Demgegenüber trägt der Arbeitgeber die Beweislast, dafür, dass und wie viele Ferientage vom Arbeitnehmer bezogen worden sind (BGE 128 III 271 E. 2a).

Seite 10

Mit der Beschwerdegegnerin ist darin übereinzugehen, dass in der Literatur und Rechtsprechung die Unterscheidung zwischen Arbeitsunfähigkeit und Ferienunfähigkeit relevant ist, wenn ein Arbeitnehmer in den Ferien erkrankt. Dabei handelt es sich ausschliesslich um Fälle, in welchen ein Ferienbezug stattgefunden hat und der Erholungswert der Ferien nachträglich wegen Krankheit in Frage gestellt wird. Vorliegend geht aus den Akten jedoch kein solcher Ferienbezug der Beschwerdegegnerin während der Kündigungsfrist hervor, welcher im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vom Beschwerdeführer zu beweisen wäre. Vielmehr ist erstellt, dass die Beschwerdegegnerin im August und September 2018 in regelmässigen Abständen Dr. F. sowie Dr. G. konsultiert hat (act. 5.1/17 und 22). In diesen Zeitraum fiel zudem die vom Beschwerdeführer angeordnete ärztliche Untersuchung vom 14. August 2018. Aufgrund dieser Arztbesuche war die private Lebensgestaltung der Beschwerdegegnerin und damit auch ein allfälliger Feriengenuss stark eingeschränkt, was nach herrschender Lehre eine Ferienfähigkeit in diesem Zeitraum ausschliesst. Dasselbe muss ohnehin für den Zeitraum vom 16. Juli 2018 bis zum 14. August 2018 gelten, ergab sich doch bei der Konsultation in H. eine Reduktion des körperlichen und psychischen Allgemeinzustands und der Verdacht eines Burn-out-Syndroms der Beschwerdegegnerin (act. 5.1/12). Damit bestand für diese vor der vertrauensärztlichen Untersuchung vom 14. August 2018 kein Grund, sich selbst als ferienfähig einzustufen und Ferien zu beziehen, selbst wenn sie dazu in der Lage gewesen wäre. Eine Ferienkompensation ist auch nicht für den 31. Oktober 2018 erkennbar, hat die Klinik E. der Beschwerdegegnerin doch auch für

dieses Datum eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % attestiert (act. 5.1/20). Dazu kommt, dass der Beschwerdeführer von den Ärzten der Beschwerdegegnerin selbst Stellungnahmen eingeholt hat, welche nach Ansicht des Obergerichts auf eine Ferienunfähigkeit der Beschwerdegegnerin ab dem 10. August 2018 schliessen lassen, wobei insbesondere dem Fachwissen von Dr. G. als Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie für das im Raum stehende Burn-Out-Syndrom der Beschwerdegegnerin erhöhtes Gewicht zukommt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6820/2008 vom 15. April 2009 E. 3.3.1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 12 zu Art. 324a OR, S. 425 f.). Da sich die Befunde der behandelnden Ärzte und des Vertrauensarztes offensichtlich widersprechen, wäre es am Beschwerdeführer gewesen, spätestens nach dem Eingang der ärztlichen Stellungnahmen die Ferienfähigkeit der Beschwerdegegnerin durch einen zweiten Vertrauensarzt überprüfen zu lassen. In Anbetracht dieser Umstände vermag der Beschwerdeführer nicht aufzuzeigen und erscheint es nicht plausibel, dass die Beschwerdegegnerin während der Kündigungsfrist Ferien oder Überstunden kompensiert hat. Daran würde auch die Einholung eines unabhängigen Gutachtens nichts ändern, da ein solches über drei Jahre nach der strittigen Ferienunfähigkeit nicht die gewünschte Klärung bringen könnte.

Seite 11

#### **E. 4**

Zusammenfassend ergibt sich damit, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer zurecht verpflichtet hat, der Beschwerdegegnerin eine Abrechnung über das Überstunden- und Ferienguthaben vorzulegen und ihr den Saldo des Ferien- und Überstundenguthabens nebst Zins zu 5 % ab dem 1. November 2018 auszubezahlen. Die Beschwerde ist damit abzuweisen.

#### **E. 5**

Im Rechtsmittelverfahren ist grundsätzlich gebühren- und kostenpflichtig, wer ganz oder teilweise unterliegt oder auf dessen Rechtsmittel nicht eingetreten wird (Art. 53 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 VRPG). Bei Streitigkeiten aus dem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis werden jedoch keine Kosten erhoben (Art. 53 Abs. 1 i.V.m. Art. 22 Abs. 2 lit. c VRPG).

#### **E. 6**

Zustellung an den Beschwerdeführer über dessen Anwalt, die Beschwerdegegnerin über deren Anwalt und die Vorinstanz.

Im Namen der 4. Abteilung des Obergerichts

Der Obergerichtspräsident: lic. iur. Walter Kobler Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Daniel Hofmann

versandt am:

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