

# NW\_GERICHTE VA 20 14 vom 22. Februar 2021

NW Gerichte, 2021-02-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw\\_gerichte\\_VA 20 14](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw_gerichte_VA 20 14)

FR: NW\_GERICHTE VA 20 14 du 22 février 2021

IT: NW\_GERICHTE VA 20 14 del 22 febbraio 2021

## Erwägungen

### E. 1

Formelles Gegenständlich macht der Kläger mittels (konvertierter) verwaltungsgerichtlicher Klage vermögensrechtliche Ansprüche aus einem öffentlichen Angestelltenverhältnis geltend. Das Verwaltungsgericht ist zuständig (Art. 31 GerG [NG 261.1]; Art. 95 VRG) und entscheidet als Kollegialgericht erstinstanzlich in Fünferbesetzung (Art. 33 Ziff. 3 i.V.m. Art. 38 GerG). Nachdem auch das Vorverfahren (Art. 97 Abs. 1 VRG) durchlaufen wurde und die Klage den formellen Anforderungen (Art. 99 VRG) entspricht (vgl. in diesem Zusammenhang auch den Zwischenentscheid betreffend die Konversion vom 14. September 2020 [Verfahren VA 20 14] E. 2.2.4 S. 8 f.), ist auf die Klage einzutreten.

#### E. 1.1

Ruhetagszulage je Stunde a) nach Arbeitsplan - 6.– b) aus dem Bereitschaftsdienst - 9.– c) nach unvorhersehbarem Aufgebot - 12.–

#### E. 1.2

Nacharbeit gemäss § 23 Arbeitszeitverordnung a) nach Arbeitsplan 6.50 6.50 b) aus dem Bereitschaftsdienst 9.– 9.– c) nach unvorhersehbarem Aufgebot 12.– 12.– Wie auch das eidgenössische Arbeitsgesetz definiert die kantonale Personalgesetzgebung allgemeine Normarbeitszeiten, während welchen die Arbeitsleistung im Regelfall zu erbringen ist (vgl. Art. 84 Abs. 2 Ziff. 1 PersG i.V.m. §§ 2 ff. AZV). Die Definition der Normarbeitszeiten erfolgt unter Rücksichtnahme auf gesundheits- und sozialpolitische Aspekte (für die Nacharbeit: BÉATRICE HURNI/DAMIAN K. GRAF, in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber [Hrsg.], Kurzkomentar ArG, 2018, N 10 zu Art. 16 ArG; JEAN-FRITZ STÖCKLI/DANIEL SOLTERMANN in: Geiser/von

### E. 2

Inkonvenienzzulagen für Ruhetagsarbeit

#### E. 2.1

Der Kläger macht geltend, dass ihm für die Dauer vom Dezember 2015 bis Mai 2018 insgesamt Inkonvenienzzulagen im Umfang von brutto Fr. 30'947.80 zustehen, wovon noch brutto Fr. 4'837.55 (Fr. 30'947.80 - [Fr. 25'000 + Fr. 1'110.25]) ausstehend seien (zum Ganzen: amtl. Bel. 1 [Klage] Ziffn. 10-29 S. 5-9). Zur Begründung führt er im Wesentlichen sinngemäss aus, er habe sich vom 7. Dezember 2015 bis zum 31. Mai 2019 in einem Anstellungsverhältnis beim Beklagten befunden. Mit Schreiben vom 26. März 2018 resp. 3. Mai 2018 habe er diverse Entschädigungsleistungen für Nacht- und Ruhezeitarbeit eingefordert. Im Nachgang an eine Besprechung sei am 19. Juni 2018 zwischen ihm und dem Beklagten eine Vereinbarung u.a. über die Nachzahlung von Inkonvenienzzulagen im

Umfang von Fr. 26'681.10 (unter Mitberücksichtigung des Monats Mai 2018), abgeschlossen worden. Die Vereinbarung habe zudem eine Saldoklausel sowie eine Abmachung enthalten, dass die Inkonvenienzzulagen ab dem Monat Mai 2018 monatlich ausbezahlt würden. Die Auszahlung der Inkonvenienzzulagen von Fr. 25'000.– im Juni 2018 beruhe auf einer ungenauen bzw. falschen Berechnung. Einerseits seien die Zulagen für Nacht- und Ruhetagsarbeit lediglich alternativ gewährt, andererseits sei für die Ruhetage mit Fr. 6.50/h, anstatt mit Fr. 6.00/h gerechnet worden. Er sei der Ansicht, dass die Saldoklausel gemäss Art. 341 OR nichtig sei und ihm für diesen Zeitraum für geleistete Ruhetagsnachtsarbeit kumulativ zu den Nachtzulagen Ruhetagszulagen auszurichten seien.

## **E. 2.2**

Unstreitig ist, dass der Kläger beim Beklagten vom 1. Dezember 2015 zum 31. Mai 2019 aufgrund von Arbeitsverträgen vom 2. November 2015 und vom 1. Juli 2016 angestellt war (BB 1; KB 3). Ebenso ist erstellt, dass der Kläger regelmässig Arbeitseinsätze in der Nacht sowie an Ruhetagen erbrachte und hierfür – zusätzlich zum ordentlichen Lohn – jeweils mit Nacht- oder Ruhetagszulagen entschädigt wurde (KB 7 [Vereinbarung vom 6. Juni 2018] und 10 [Sammelbeleg Lohnabrechnungen]). Die Beurteilung der Legitimität der klägerischen Forderung bedingt weitergehende Sachverhaltsfeststellungen nur in dem Fall, in welchem Nacht- und Ruhetagszulagen kumulativ auszurichten sind, was somit vorab zu klären ist (nachfolgende E. 2.3 f.).

### **E. 2.3.1**

Personen, die vom Kanton im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis beschäftigt werden, unterstehen dem Personalgesetz (Art. 1 Abs. 1 Personalgesetz [PersG; NG 165.1] i.V.m. Art. 342 lit. a OR). Die Arbeitsverhältnisse sind denn auch grundsätzlich öffentlich-rechtlich; die Anstellung durch einen zivilrechtlichen Arbeitsvertrag erfolgt nur wo dies gesetzlich vorgesehen ist (Art. 5 PersG; URS BÜRGI/GUDRUN BÜRGI-SCHNEIDER, Kapitel 7: Öffentliches Personalrecht des Wirtschaftsraums Zentralschweiz, Abschnitt Nidwalden, in: Dieselben [Hrsg.], Handbuch Öffentliches Personalrecht, 2017, N 2). Soweit in der Personalgesetzgebung keine eigene Regelung enthalten ist, sind die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts sinngemäss anwendbar (Art. 6 PersG).

### **E. 2.3.2**

Der Lohnanspruch der öffentlich-rechtlich angestellten Mitarbeitenden beurteilt sich nach den Art. 23 ff. PersG und der Entlöhnungsverordnung (EntlV; NG 165.113). Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter haben für ihre Arbeit Anspruch auf einen individuellen Lohn (Art. 23 PersG). Dieser individuelle Lohn wird gemäss Art. 24 Abs. 1 PersG ergänzt durch Zulagen wie namentlich die Sozialzulagen (Ziff. 1), die Anerkennungsprämien für ausserordentliche Leistungen (Ziff. 2), die Treueprämien (Ziff. 3) und die gegenständlich interessierenden Inkonvenienzzulagen (Ziff. 4; BÜRGI/BÜRGI-SCHNEIDER, a.a.O., N 39). Inkonvenienzzulagen werden u.a. entrichtet für Nacht- und Ruhetagsarbeit gemäss § 23 der Arbeitszeitverordnung (AZV; NG 165.112). Bei Anwendung flexibler Arbeitszeitformen finden die Bestimmungen betreffend Nachtzeit und Inkonvenienzzulagen keine Anwendung (§ 5 Abs. 2 AZV). Die Inkonvenienzzulagen werden in der Regel je Stunde entrichtet (§ 22 Abs. 1 EntlV). Grundsätzlich gilt als Nachtarbeit die Arbeitsleistung zwischen 20.00 Uhr und 06.00 Uhr, als Ruhetagsarbeit die Arbeit an arbeitsfreien Tagen

gemäss § 5 der Personalverordnung (PersV [NG 165.111]). Eine Auszahlung zusätzlich zum ordentlichen Lohn erfolgt, sofern die Nacht- oder Ruhetagsarbeit angeordnet wurde (§ 23 Abs. 3 AZV). Die Höhe der Zulage richtet sich nach dem Anhang 6 Ziff. 1 EntlV: Mo-Fr Ruhetage 1. Zulagen für Ruhetage und Nachtarbeit

### **E. 2.3.3**

Nachdem sich die anwendbaren Gesetzesbestimmungen nicht explizit zur strittigen Frage, ob die Ruhetags- und Nachtarbeitszulagen kumulativ zu entrichten seien, äussern, ist die Antwort durch Auslegung zu ermitteln. Ausgangspunkt der Gesetzesauslegung bildet der Wortlaut. Ist dieser unklar oder sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss das Gericht unter Berücksichtigung der weiteren Auslegungselemente (historisches, teleologisches und systematisches) nach der wahren Tragweite der Norm suchen, wobei bei der Auslegung von Gesetzen ein pragmatischer Methodenpluralismus zu befolgen ist; m.a.W. sind die einzelnen Auslegungselemente keiner Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 146 III 217 E. 5 S. 218 f.; 146 II 201 E. 4.1 S. 208 f.). Das Personalgesetz, konkret Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 PersG, subsumiert beide Zuschläge unter den Sammelbegriff der Inkonvenienzzulagen (ebenso: § 21 Ziff. 1 EntlV; § 23 AZV). Sowohl der Ruhetags- als auch der Nachtzulage kommt denn auch derselbe Zweck zu, nämlich die finanzielle Entschädigung des betroffenen Arbeitnehmers für die Unannehmlichkeit (Inkonvenienz) einer ausserordentlichen Arbeitszeit, konkret die Arbeit in der Nacht respektive an einem Ruhetag. M.a.W. wird danach differenziert, ob die Arbeitsleistung innerhalb der ordentlichen Arbeitszeit erbracht wird oder nicht. In letzterem Fall, d.h. im Falle der Arbeitsleistung ausserhalb der ordentlichen Arbeitszeit, entsteht dem Arbeitgeber eine weitergehende Entschädigungspflicht, welche sich in der Form einer Inkonvenienzzulage manifestiert. Im Grunde ist darin nichts anderes als eine Zweiteilung in «konveniente», normal entschädigte, und «inkonveniente», zusätzlich mit Zulagen entschädigte, Arbeitszeiten zu erkennen. Mit Blick auf dieses binäre Entschädigungssystem bzw. den dargestellten Zweck von Inkonvenienzzulagen lässt sich keine kumulative Entschädigung von Ruhetags- und Nachtarbeitszeit herleiten.

### **E. 2.4**

Für die klägerische Forderung um zusätzliche, kumulative Entrichtung von Ruhetagszulagen für bereits mit Nachtarbeitszulagen entschädigte Ruhetagsnachtarbeit in der Höhe von Fr. 4'837.55 (Zeitraum: Dezember 2015 bis Mai 2018) resp. Fr. 3'092.– (Zeitraum: Juni 2018 bis Mai 2019) fehlt es folglich an einer Anspruchsgrundlage und die Klage ist insoweit abzuweisen.

### **E. 2.5.1**

Nachdem die klägerische Forderung nach kumulativer Auszahlung von Ruhetags- und Nachtzulagen unberechtigt ist, könnte offenbleiben, ob die von den Parteien am 6./19. Juni 2018 abgeschlossene Vereinbarung über Nachzahlungen mit Saldoklausel gestützt auf Art. 341 OR nichtig ist, wie der Kläger geltend macht. Der damals errechnete Betrag ist entgegen der Ansicht des Klägers nicht falsch berechnet worden. Die nachfolgenden Ausführungen erfolgen lediglich der Vollständigkeit halber: Am 6. Juni 2018 schlossen der Kläger und der Beklagte eine «Vereinbarung über die Nachzahlung von Inkonvenienzen» ab. In der Vereinbarung erläutern die Parteien, dass der Kläger seit Dezember 2015 als Betreuer Asylbewerber/Nachtwächter beim Beklagten tätig ist und dieser fast ausschliesslich in der Nacht sowie zum Teil

### E. 2.5.2

Das Nidwaldner Personalgesetz regelt nicht, unter welchen Voraussetzungen bzw. auf welche Ansprüche der Arbeitnehmer verzichten kann. Mithin sind in diesem Zusammenhang entsprechend die obligationenrechtliche Regelung beizuziehen (Art. 6 PersG). Art. 341 Abs. 1 OR sieht vor, dass der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats danach auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes ergeben, nicht verzichten kann (BGE 124 II 436 E. 10/aa S. 451). Die Zulagen für Nacht- und Ruhetagsarbeit gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 PersG sind zu diesen unabdingbaren Ansprüchen zu zählen, nachdem diese ausdrücklich gesetzlich vorgesehen sind (für das privatrechtliche Arbeitsverhältnis postulierend: ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. A., 2012, N 2 zu Art. 341 OR; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, 2014, N 15 zu Art. 341 OR [jeweils mit Verweis auf URS HOFMANN, Verzicht und Vergleich im Arbeitsrecht, 1985]). Davon zu unterscheiden sind echte Vergleiche, d.h. vertragliche Vereinbarungen, welche einen beidseitigen Verzicht des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers vorsehen (BGE 106 II 222 E. 2 S. 222 f.). Nicht anfechtbar unter Berufung auf vorgenannte Bestimmung sind somit Vergleiche zwischen den Parteien, mit denen ein Streitiges oder unsicheres Rechtsverhältnis bereinigt wird und bei denen eindeutig beide Seiten Konzessionen gemacht haben. Diesfalls ist im Rahmen einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die beidseitigen Ansprüche, auf welche verzichtet wird, von ungefähr gleichem Wert sind (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 5 zu Art. 341 OR, mit Rechtsprechungshinweisen) oder aber die Vereinbarung gar günstiger für den Arbeitnehmer ist (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N 18 zu Art. 341 OR). Es ist hypothetisch zu fragen, ob ein Vergleich unter den konkreten tatsächlichen und rechtlichen Umständen an-

### E. 2.5.3

Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass der Kläger mit der Vereinbarung vom 6. Juni 2018 auf die nunmehr nachgeforderte Summe von Fr. 4'837.55 verzichtet hätte, könnte er sich nicht auf Nichtigkeit berufen. Gesamthaft betrachtet erscheint der Vergleich als angemessen. Es ist von einem echten Vergleich auszugehen und die Vereinbarung ist folglich auch nicht (teil-)nichtig. Der aufsummierten, klägerischen Gesamtforderung von Fr. 31'518.65 (Fr. 26'681.10 + Fr. 4'837.55) für Inkonvenienzzulagen stünde eine Zahlung des Beklagten von Fr. 27'493.55 (Fr. 25'000.– + Fr. 2'493.55 [Ferienanteil]) gegenüber. Summa summarum hätte der Kläger mit der Vereinbarung auf einen Betrag von Fr. 4'025.10 (Fr. 31'518.65 - Fr. 27'493.55), entsprechend auf rund 12.77% seiner aufsummierten Forderung (Fr. 4'025.10/Fr. 31'518.65\*100%), verzichtet. Diesem Verzicht stand jedoch ein (angemessener) Gegenwert gegenüber: Der Beklagte bot Hand für eine schnelle, unbürokratische Lösung mit einer unverzüglichen Auszahlung der vollständigen, vom Kläger eingegebenen Forderung, wobei der Beklagte dem Kläger zusätzlich – ohne ausdrückliche Verpflichtung – einen Ferienanteil ausrichtete. Im Weiteren verzichtete der Beklagte, im Interesse des im Streitfall hierfür beweispflichtigen Klägers, auf eine einlässliche, detaillierte Überprüfung des Bestands und Umfangs seines geltend gemachten Anspruchs. Die Vereinbarung hätte selbst mit Blick auf Art. 341 Abs. 1 OR (i.V.m. Art. 6 PersG) Stand gehalten. Die vom Kläger für die Periode Dezember 2015 bis Mai 2018 geltend gemachten zusätzlichen Inkonvenienzzulagen im Umfang von Fr. 4'837.55 wären ihm somit auch aus diesem Grund zu verweigern.

## **E. 6**

I 19 Weiter behauptet der Kläger, er verfüge für den Zeitraum vom 1. Juni 2018 bis zum 31. Mai 2019 über einen Anspruch auf Ruhetagsarbeit-Zulagen von gesamthaft brutto Fr. 3'092.– (amtl. Bel. 1 [Klage] Ziffn. 30-32 S. 10). Ab dem Monat Juni 2018 seien ihm die Inkonvenienz- zulagen jeweils monatlich ausbezahlt worden. Der Beklagte habe für Nachtarbeitseinsätze an Ruhetagen jedoch jeweils nur die Nachtzulagen ausgerichtet, weshalb zusätzlich Inkonvenienzschädigungen für Ruhetagsarbeit von Juni 2018 bis Mai 2019 in vorerwähnter Höhe geschuldet seien.

## **E. 7**

I 19

## **E. 8**

I 19 Kaenel/Wyler [Hrsg.], Handkommentar Arbeitsgesetz, 2005, N 3 zu Art. 16 ArG; für die Ruhe- tagsarbeit: BALZ GROSS/SÉVÉRINE FRUNZ/PIERRE-YVES MARRO, in: Blesi/Pietruszak/Wildha- ber, a.a.O., N 4 zu Art. 18 ArG; STÖCKLI/SOLTERMANN, a.a.O., N 1 zu Art. 18 ArG). Darüber hinaus werden in der Arbeitszeitverordnung AZV auch «ausserordentliche Arbeitszeiten» de- finiert, wozu unter anderem die Nacht- und Ruhetagsarbeit zählt (§ 23 AZV). Von einer «In- konvenienz» ist in diesem Kontext zu sprechen, wenn ein Arbeitseinsatz ausserhalb der Re- gulararbeitszeiten zu erfolgen hat und der betroffene Arbeitnehmer aufgrund dieser Abweichung in seiner Lebensführung – sei es in gesundheitlicher oder sozialer Hinsicht – eine Einschrän- kung erfährt. Mit der Inkonvenienzzulage wird die (finanzielle) Kompensation der nicht ander- weitig vermeidbaren Einschränkung bezweckt (HURNI/GRAF, a.a.O., N 1 zu Art. 17b).

## **E. 9**

I 19 Wie der Beklagte in diesem Zusammenhang denn auch zutreffend festhält, wäre eine zusätz- liche Erhöhung der Entschädigung von Ruhetagsnachtarbeit unsachgemäss. Einerseits würde dies zu Ungleichheiten zwischen den während ausserordentlichen Arbeitszeiten arbeitenden Arbeitnehmern führen, andererseits Abgrenzungsschwierigkeiten hervorrufen. So wäre bei- spielsweise ein Arbeitnehmer, welcher in der Nacht von Sonntag auf Montag eine Arbeitsleis- tung zwischen 23.00 Uhr bis 00.00 Uhr erbringt anders zu entschädigen als derjenige, welcher in der darauffolgenden Stunde zwischen 00.00 Uhr und 01.00 Uhr arbeitet. Dies obwohl die mit der jeweiligen Arbeitsleistung verbundene Inkonvenienz – die gesundheitliche und soziale Belastung – und der mit der Zulage verfolgte Zweck augenscheinlich identisch ist. Die vom Kläger behauptete Kumulation der Inkonvenienzzulagen erscheint denn auch im Ver- gleich mit Regelungen des Bundes oder auch andern Kantonen eher ungewöhnlich. So sieht auch die bundesrechtliche Regelung des öffentlichen Arbeitsrechts – identisch wie das kanto- nale Personalrecht – für Arbeitsleistungen während ausserordentlichen, inkonvenienten Ar- beitszeiten (Nachtarbeit, Sonntags- und Feiertagsarbeit) Zuschläge vor (vgl. Art. 17b und Art. 19 Abs. 3 Arbeitsgesetz [ArG; SR 822.11]; Art. 31 ff. Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz [ArGV 1; SR 822.111]). Es wird jedoch explizit geregelt, dass beim Zusammentreffen verschie- dener Lohnzuschläge keine Kumulation stattfindet (Art. 33 Abs. 4 ArGV 1). Ähnliche Lösungs- ansatz verfolgen im Übrigen auch diverse weitere Kantone. So wird teilweise eine Kumulation ausdrücklich (Uri: Art. 44 Abs. 2 Personalreglement/UR [Nr. 2.4213]; Obwalden: Art. 9 Abs. 1 Ausführungsbestimmungen über die Spesenentschädigungen und Zulagen im Staats- dienst/OW [Nr. 141.114]; Basel-Stadt: § 33 Abs. 3 Verordnung zur

Arbeitszeit/BS [Nr. 153.11]; Zug: § 12 Abs. 4 Entschädigungsverordnung/ZG [Nr. 154.221]) oder mindestens implizit (St. Gallen: Anhang 3 PersV/SG [Nr. 143.11]; Aargau: § 3 Abs. 1 Inkonvenienzverordnung/AG [Nr. 161.221]) ausgeschlossen oder aber immerhin bloss ein reduzierter Nachtzuschlag ausgerichtet, sofern für denselben Arbeitszeitraum bereits ein Anspruch auf einen Feiertagszuschlag besteht (Basel-Stadt: § 25 AZV/BS [Nr. 162.200]). Auch die systematische Auslegung von Anhang 6 der Entlöhnungsverordnung spricht gegen eine Kumulation der Inkonvenienzzulagen (für die Darstellung vgl. die vorstehende E. 2.3.2). Während in der ersten Kolonne der Ziff. 1.2 die Entschädigung für die Nachtarbeit gemäss § 23 Arbeitszeitverordnung von Montag bis Freitag (Überschrift: «Mo - Fr») festgelegt wird, sieht die zweite Kolonne unter der Überschrift «Ruhetage» explizit die Entschädigungshöhe beim Zusammentreffen der Voraussetzungen «Nachtarbeit» und «Ruhetage» vor, legt diese mithin auf Fr. 6.50 (resp. Fr. 9.– [Nachtarbeit aus dem Bereitschaftsdienst] oder Fr. 12.–

#### **E. 10**

I 19 [Nachtarbeit nach unvorhersehbarem Aufgebot]) fest. Anhaltspunkte für eine Addition der Zuschläge finden sich keine. Hätte der Verordnungsgeber für die Ruhetagsnachtarbeit einen besonderen Entschädigungsansatz vorsehen wollen, hätte er dies hier geregelt. Denn dass eine Kumulation möglich sein kann, hat der Verordnungsgeber selber bedacht. So hat er für den Sonderfall für geleistete Überzeit während der Nachtarbeit gemäss § 23 AZV in Ziffer 4.2 Anhang 6 EntlV explizit vorgesehen, dass an Ruhetagen "Ruhetags- und Nachtarbeitszulagen" zu entrichten sind. Demgegenüber hat er in Ziffer 3 EntlV festgelegt, dass der gleichzeitige Bezug einer Bereitschaftsdienst- oder Präsenzdienstzulage und einer Ruhetags- oder Nachtzulage nicht zulässig ist. Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, dass die Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 PersG i.V.m. § 23 AZV sowie § 21 Ziff. 1 und Anhang 6 Ziff. 1 EntlV dahingehend zu interpretieren sind, dass geschuldete Inkonvenienzzulagen für Nacht- resp. Ruhetagsarbeit nicht kumulativ ausgerichtet sind. Nachtarbeit an Ruhetagen ist gemäss dem jeweils anwendbaren Satz der zweiten Kolonne des Anhangs 6 Ziff. 1.2 EntlV zu entschädigen.

#### **E. 11**

I 19 an Ruhetagen tätig sei. Entsprechend würden dem Kläger gestützt auf § 23 AZV Inkonvenienzzulagen gemäss Anhang 6 EntlV zustehen. Die Parteien hätten sich darüber verständigt, dass der Beklagte dem Kläger «zur Deckung der nicht bezahlten Inkonvenienzzulagen (...) einen Pauschalbetrag für die Zeit von Dezember 2015 bis und mit April 2018 in der Höhe von Fr. 30'000.–» bezahle, wobei sich die Parteien mit der Bezahlung «per Saldo aller Ansprüche bezüglich Inkonvenienzzulagen als auseinandergesetzt» erklären würden. Die Überweisung des Betrags (Fr. 25'000.– für Inkonvenienzen; Fr. 5'000.– für Nachtverpflegung) erfolge mit dem Juni-Lohn 2018. Inskünftig würden dem Kläger die Inkonvenienzzulagen monatlich ausbezahlt (zum Ganzen: KB 7).

#### **E. 12**

I 19 gebracht war (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N 18 zu Art. 341 OR). Ist dies der Fall, ist der Verzicht auch arbeitnehmerseitig zulässig. Dies steht auch im Einklang mit dem anwendbaren Personalverfahrensrecht, welches vorsieht, dass Ansprüche auf dem Verwaltungsklageweg geltend zu machen und ein Vorverfahren zu durchlaufen ist (Art. 97 VRG; ebenso: BÜRGI/BÜRGI-SCHNEIDER, a.a.O., N 83). Das Vorverfahren hat

regelmässig zum Ziel, eine ein- vernehmliche Lösung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu finden. Dies bedingt erfah- rungsgemäss, dass sich die Parteien in die Lage versetzt sehen, sich zu vergleichen, indem sie Kompromisse eingehen und sich gegenseitig Zugeständnisse machen können.

### **E. 13**

I 19 3. Kompensation von Erholungszeit 3.1 Weiter verlangt der Kläger für den Zeitraum vom 1. Dezember 2015 bis zum 31. Mai 2019 einen Betrag von brutto Fr. 17'464.– für die Kompensation von Erholungszeit. Einerseits er- läutert der Kläger, er habe regelmässig Arbeitsleistungen in der Nacht erbracht, ohne dass der Beklagte genügende Massnahmen zum Schutz seiner Gesundheit im Rahmen der General- klausel von Art. 6 ArG getroffen habe. Die regelmässige Nachtarbeit habe gesundheits- und sozialschädigende Auswirkungen. Die Arbeitseinsätze an Ruhetagen und in der Nacht würden Erholungszeiten vereiteln, welche zu kompensieren seien. Andererseits führt er aus, dass er bis zum 3. Januar 2019, als er eine E-Mail seines Vorgesetzten mit diesbezüglicher Weisung erhielt, nie eine halbstündige Pause um Mitternacht gemacht habe. Der Beklagte habe seine Arbeitszeiten nie beanstandet. Diese nicht gewährte Erholungszeit sei ihm zu kompensieren. Auch sei darin eine Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zu erkennen. Konkret beansprucht er als Kompensation für Vorerwähntes einen Zuschlag von 10% bzw. 524.76h auf alle geleisteten Nacht- und Ruhetagsarbeitsstunden (5'247.66h x 0.1) für den gesamten Zeitraum seiner Anstellung beim Beklagten. Multipliziert mit einem Stundenlohn von Fr. 33.28 ergebe dies den erwähnten Anspruch von brutto Fr. 17'464.– (zum Ganzen: amtl. Bel. 1 [Klage] Ziffn. 33-61 S. 11-17). 3.2 3.2.1 Die kantonale Verwaltung ist vom betrieblichen Anwendungsbereich des ArG grundsätzlich ausgenommen (Art. 2 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 2 Abs. 2 ArG); die ArG-Vorschriften betreffend Arbeits- und Ruhezeit (Art. 9 ff. ArG) sind nicht anwendbar. Wie vorstehend bereits erwähnt, beurteilt sich der Lohnanspruch der öffentlich-rechtlich angestellten Mitarbeiter nach den Re- geln der Personalgesetzgebung, konkret den Art. 23 ff. PersG und der Entlöhnungsverord- nung. Der Anspruch auf den individuellen Lohn (Grundlohn) wird ergänzt durch Zulagen; ge- mäss Art. 24 Abs. 1 PersG namentlich die Sozialzulagen, die Anerkennungsprämien für aus- serordentliche Leistungen, die Treueprämien und die Inkonvenienzzulagen (BÜRGI/BÜRGI- SCHNEIDER, a.a.O., N 39). Nacht- oder Ruhetagsarbeit wird lediglich finanziell, in Form der Inkonvenienzzulagen, entschädigt. Eine Realkompensation mittels eines Zeitzuschlags kennt das kantonale Personalrecht nicht.

### **E. 14**

I 19 Ebenso wenig kann der Kläger aus den weiteren von ihm angeführten Regelungen des ArG über den Gesundheitsschutz etwas für sich ableiten. Zwar sieht Art. 3a Abs. 1 lit. a ArG in der Tat vor, dass die Art. 6, 35 und 36a des Gesetzes auch für die Verwaltungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden anwendbar sind. Dabei handelt es sich um eine abschliessende Auf- zählung (SECO, Wegleitung I, 003a-1). Auch aus diesen drei Bestimmungen ergibt sich kein Anspruch auf die von ihm geltend gemachte «Kompensation von Erholungszeit». 3.2.2 Insoweit der Kläger aus der angeblichen Verletzung von Arbeitgeberpflichten unter diesem Titel finanzielle Abgeltung fordert, gilt Folgendes: Mit dem Arbeitsverhältnis gehen unter- schiedliche Rechte und Pflichten einher. Unter anderem hat der Arbeitgeber die Persönlichkeit des Personals zu achten und die erforderlichen Massnahmen zum Schutz von Leben, Ge- sundheit und persönlicher

Integrität zu treffen (Art. 17 Abs. 1 PersG; in Anlehnung an die privatrechtliche Arbeitgeberfürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR). Erfüllt der Arbeitgeber seine arbeitsvertraglichen Verbindlichkeiten nicht oder nicht gehörig, hat er dem Arbeitnehmer für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt (Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 6 PersG sowie Art. 2 Ziff. 2 Haftungsgesetz [NG 161.2]; MICHEL PELLASCIO, in: Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser [Hrsg.], OR Kommentar, 3. A., 2016, N 23 zu Art. 328 OR). Die arbeitsvertragliche Vertragshaftung bedingt somit eine Vertragsverletzung, einen Schaden, die (adäquate) Kausalität zwischen den Vorgenannten und eine fehlende (oder misslungene) Verschuldensexkulpation des Arbeitgebers. Was der Kläger letztlich hier geltend macht, ist sinngemäss eine Schadenersatzforderung für eine behauptete Vertragsverletzung. Er hat folglich die Vertragsverletzung, einen Schaden sowie den adäquaten Kausalzusammenhang darzutun. Das Klageverfahren ist grundsätzlich von der Untersuchungsmaxime beherrscht, beschränkt durch die Mitwirkungspflicht des Klägers (Art. 48 i.V.m. Art. 50 Abs. 1 Ziff. 1 VRG). Die Partei hat sich in einem Verfahren nach Treu und Glauben zu verhalten (Art. 10 Abs. 1 VRG); Art und Umfang ihrer Mitwirkungspflicht richten sich grundsätzlich nach der Zumutbarkeit und der Verhältnismässigkeit. Eine Mitwirkungspflicht besteht insbesondere für die Beschaffung von Unterlagen, die nur die Parteien beibringen können, und für die Abklärung von Tatsachen, die eine Partei besser kennt als die Behörden. Insoweit trifft die klagende Partei eine Begründungs- bzw. Substantiierungspflicht. Sie hat die ihre Vorbringen stützenden Tatsachen darzulegen und allenfalls Beweismittel einzureichen. Ohne entsprechende Parteivorbringen nimmt

## **E. 15**

I 19 daher das Verwaltungsgericht in der Regel keine umfassende Prüfung des Sachverhalts vor (für ein Beschwerdeverfahren: Urteil des Bundesgerichts 8C\_346/2019 vom 11. Dezember 2019 E. 4.1.1.). Die Geltung der Untersuchungsmaxime befreit eine Partei m.a.W. nicht von jeglicher Behauptungs- und Substantiierungspflicht (Urteil des Bundesgerichts 8C\_56/2017 vom 21. Februar 2018 E. 7.2.4). Ausserdem trägt die ansprechende Partei die objektive Beweislast für Sachumstände, aus denen sie Ansprüche ableitet. Der aus dem Zivilrecht entstammende Grundsatz gilt mitunter auch im öffentlichen Recht (Urteile des Bundesgerichts 2P.208/2004 vom 14. Januar 2005 E. 3.2; 8C\_283/2013 vom 8. November 2013 E. 5.2 mit Hinweisen). Gemäss Art. 8 ZGB hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Ein Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. Art. 8 ZGB ist daher verletzt, wenn das kantonale Gericht unbewiesene Behauptungen einer Partei unbekümmert darum, dass sie von der Gegenpartei bestritten sind, als richtig hinnimmt, oder über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt (so betreffend eine Streitigkeit des öffentlichen Personalrechts: Urteil des Bundesgerichts 8C\_705/2019 vom 25. August 2020 E. 5.1). 3.3 3.3.1 Der Kläger begründet seinen Anspruch damit, dass der Beklagte durch den mangelnden Gesundheitsschutz seine Kontroll- und Fürsorgepflichten gemäss Art. 17 PersG verletzt habe. Er habe durchgehende, nicht mit zusätzlicher Erholungszeit kompensierte Arbeitseinsätze in der Nacht und an Ruhetagen geleistet, ohne dass der Arbeitgeber entsprechende Massnahmen zum Schutz

seiner Persönlichkeit (Gesundheit und Sozialleben) getroffen habe. Der Kläger verkennt, dass er hiermit eine Vertragsverletzung geltend macht. Solche Vertragsverletzungsansprüche setzen allerdings zwingend einen Schaden voraus (Art. 97 OR [wie auch haftpflichtrechtliche; Art. 41 OR]). Bei diesem handelt es sich um eine unfreiwillige Vermögensverminderung, welche in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen kann. Er entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 144 III 155 E. 2.2 S. 157 f.). Die Beeinträchtigung persönlicher-ideeller Rechtsgüter stellt – mit der ausdrücklich entwickelten Ausnahme des Haushaltsschadens –

#### **E. 16**

I 19 keinen Schaden im rechtlichen Sinne dar (BGE 127 III 403). Ein solcher wird durch den Kläger jedoch nicht annähernd konkret dargelegt. Der allgemeine, pauschale Verweis – einer anwaltschaftlich vertretenen Partei – auf Beeinträchtigungen der Gesundheit (an einer Stelle wird gar das bloss erhöhte Risiko einer Gesundheitsschädigung als Schaden genannt) bzw. des Soziallebens genügt selbst mit Blick auf die geltende Untersuchungsmaxime nicht. Ohnehin sind die genannten Beeinträchtigungen in erster Linie normativer Natur. Es fehlt in den Rechtsschriften folglich einerseits an der Substantiierung des Schadens und übrigen überdies auch an jeglichem Beweis. Im selben Sachzusammenhang rügt der Kläger überdies, dass er bei Nachteinsätzen jeweils durchgearbeitet habe; namentlich habe er seine Arbeit nicht – wie vorgeschrieben – für eine halbe Stunde unterbrechen können. Bei der angesprochenen Arbeitsunterbrechung handelt es sich um diejenige von § 7 Abs. 1 AZV («Mittagspause oder vergleichbare Arbeitsunterbrechung»). Sie zählt nicht zur Arbeitszeit, weshalb sie entsprechend auch nicht mittels Lohn oder Lohnzuschlag entschädigt werden kann. Vielmehr steht dem Arbeitnehmer, dem Kläger, gegenüber dem Arbeitgeber, dem Beklagten, lediglich ein Realerfüllungsanspruch auf den Bezug einer unbezahlten, halbstündigen Freizeitperiode während des Arbeitstages zu. Wäre ihm dieser Anspruch verwehrt, könnte er allenfalls eine Entschädigung aufgrund einer Verletzung einer (Neben-)Pflicht durch den Beklagten geltend machen. M.a.W. handelt es sich hier nicht um eine Entlohnungs-, sondern eine Entschädigungsfrage, was wiederum einen Schaden bedingen würde. An einem solchen fehlt es – wie dargelegt – jedoch gänzlich. Die klägerische Forderung in Höhe von brutto Fr. 17'464.– für die Kompensation von Erholungszeit ist folglich ebenfalls abzuweisen. 3.3.2 Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass die vom Kläger behaupteten Verletzungen arbeitsvertraglicher Pflichten durch die Beklagte ohnehin nicht gegeben sind. Es ist keinerlei Opposition des Klägers gegen die Einsatzpläne bzw. die angesetzten Arbeitseinsätze aktenkundig. Insoweit er an seinen Arbeitgeber gelangt ist, hat er jeweils lediglich Inkonvenienzzulagen nachgefordert, jedoch nie geltend gemacht, dass seine Arbeitseinsätze anders zu planen wären (KB 5 und 6). Eine solche Forderung wäre denn mit dem Arbeitsprofil auch gar nicht vereinbar gewesen. Beiden Parteien war von Beginn weg klar, dass der Kläger hauptsächlich für regelmässige Nacht- und Ruhetagsarbeitseinsätze angestellt wurde. Die Organisation und Festlegung der Arbeitszeit (mithin auch die Verpflichtung zum Bezug einer halbstündigen, unbezahlten Arbeitsunterbrechung) innerhalb des gesetzlich und vom Beklagten

#### **E. 17**

I 19 vorgegebenen Rahmens oblag dem Kläger im Übrigen selbst (§ 11 AZV). Er verkehrte eigenverantwortlich, auf Arbeitszeit, zwischen den einzelnen, zu betreuenden

Unterkünften. Bereits hieraus ergibt sich, dass die Überwachung der Unterkünfte nicht ständig, sondern punktuell zu erfolgen hatte, was es dem Kläger ohne Weiteres ermöglicht hätte, seine halbstündige Pause einzuplanen und zu beziehen. Eine gegenteilige Dienstweisung, welche dem Kläger den Bezug der unbezahlten Pause untersagt oder verunmöglicht hätte, hat denn auch nicht bestanden. Die nun nachträglich, nach Abschluss des Arbeitsverhältnisses erhobene Rüge der fehlenden Erholungszeit erscheint schlicht vorgeschoben. Ohnehin generierte der fehlende Bezug einer unbezahlten Pause zusätzliche Arbeitszeit, gar Überstunden, innerhalb des vom Beklagten vorgegebenen Arbeitszeitrahmens. Diese zusätzlich generierte Arbeitszeit ermöglichte dem Kläger eine anderweitige Zeit-Kompensation; den Überschuss liess er sich sodann vollständig, inklusive Zulagen, ausbezahlen (KB 10 Lohnabrechnung Mai 2019). Dies alles in Ausnutzung einer Unzulänglichkeit des kantonalen Zeiterfassungssystems, welches in der Nacht – anders als tagsüber, was gerichtsnotorisch ist – technisch nicht in der Lage ist, automatisch eine halbstündige Arbeitspause zu erfassen und die Arbeitnehmer hinsichtlich des Pausenbezugs zu «disziplinieren». Der Kläger hatte sich die «fehlende» Erholungszeit somit selbst zuzuschreiben, weshalb es nicht nur an einem ersatzfähigen Schaden, sondern auch an einer hierfür kausalen Pflichtverletzung des Beklagten fehlte. 4. Fazit Die verwaltungsgerichtliche Klage vom 2. Juni 2020 ist somit unbegründet und vollumfänglich abzuweisen. 5. Kosten 5.1 Die Kosten des Verwaltungsverfahrens umfassen die amtlichen Kosten (Gebühren und Auslagen) sowie die Parteientschädigung (Art. 115 VRG). Die Festlegung der amtlichen Kosten sowie der Parteientschädigung vor dem Verwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 116 Abs. 3 VRG nach der Gesetzgebung über die Prozesskosten, dem PKoG (NG 261.2).

## **E. 18**

I 19 5.2 Die Partei hat die amtlichen Kosten im Rechtsmittelverfahren zu tragen, wenn sie unterliegt, auf ihr Rechtsmittel nicht eingetreten wurde oder wenn sie das Rechtsmittel zurückgezogen hat; unterliegt eine kostenpflichtige Partei nur teilweise, werden die amtlichen Kosten angemessen herabgesetzt (Art. 122 VRG). Bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– dürfen den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern keine Verfahrenskosten auferlegt werden, soweit diese das Verfahren nicht mutwillig veranlasst haben (Art. 79a PersG i.V.m. Art. 114 lit. c ZPO). Folglich dürfen dem Kläger vorliegend trotz vollumfänglichen Unterliegens keine Verfahrenskosten auferlegt werden. Dass er mit Eingabe vom 2. Juni 2020 fälschlicherweise Verwaltungsgerichtsbeschwerde statt verwaltungsgerichtliche Klage erhoben hat, führte zwar zu unnötigen Mehraufwendungen des Gerichts, die auf eine klägerische Unsorgfalt gründen. Diese kann aber nicht als Mutwilligkeit qualifiziert werden, womit sich vorliegend auch nicht eine ausnahmsweise Kostentragung durch den Kläger rechtfertigt. 5.3 Vorab festzuhalten ist, dass Art. 79a PersG den (unterliegenden) Mitarbeiter nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung befreien würde (für die analoge Regelung von Art. 114 ZPO: VIKTOR RÜEGG/MICHAEL RÜEGG, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], BSK-ZPO, 3. A., 2017, N 1 zu Art. 114 ZPO). Im Rechtsmittelverfahren ist der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine angemessene Entschädigung zu Lasten der unterliegenden Partei zuzuerkennen, wobei jedoch den am Verfahren beteiligten Gemeinwesen in der Regel keine Parteientschädigung zuzusprechen ist (Art. 123 Abs. 2 und 4 VRG). Der Beklagte verlangte keine Parteientschädigung und hat im Übrigen seine Aufwendungen auch nicht beziffert. Damit erübrigt sich zu prüfen, ob beim vorliegenden Verfahrensausgang dem obsiegenden Beklagten ausnahmsweise eine Parteientschädigung

zuzusprechen wäre.

**E. 19**

I 19

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