

ZH_VERWALTUNGSGERICHT PB.2009.00010 vom 30. September 2009

ZH Verwaltungsgericht, 2009-09-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__PB.2009.00010

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT PB.2009.00010 du 30 septembre 2009

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT PB.2009.00010 del 30 settembre 2009

Regeste

Forderung aus Arbeitsverhältnis | Finanzielle Abgeltung nicht bezogener Ferien
Zuständigkeit (E. 1) und anwendbares Recht (E. 2.1). Es ist im vorliegenden Fall umstritten, ob die Ferien bezogen wurden. Offenbar bestanden keinerlei Ferienkontrollen. Das Pflichtenheft des Arbeitnehmers sieht jedoch umfangreiche, wöchentlich zu erledigende Arbeiten vor und enthält keine Bestimmung, nach welcher mit den Arbeiten während der Schulferien auszusetzen wäre (E. 2.2). Hingegen ist die Ernennung einer Stellvertretung durch die Arbeitgeberin vorgesehen. Eine solche Ernennung erfolgte jedoch nie (E. 2.3). Die Beweislast für den vollständigen Bezug der Ferien trägt die Arbeitgeberin als Schulderin (E. 2.4). Im öffentlichrechtlichen Dienstrecht besteht kein Raum für eine abweichende Regelung, nach welcher keine Ferienkontrollen zu machen wären (E. 2.5). Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass nicht alle Ferien bezogen wurden, zumal die Arbeitgeberin dies für die neuste Zeit anerkennt (E. 2.6) Es wurde durch den Arbeitnehmer keine formelle Genehmigung für die Übertragung der Ferienansprüche eingeholt (E. 3.1). Der Sinn des Genehmigungsvorbehalts besteht darin, im Rahmen der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin den Erholungszweck der Ferien zu gewährleisten (E. 3.2). Die Arbeitgeberin ist ihrer Fürsorgepflicht nicht nachgekommen und der Ferienanspruch ist nicht verwirkt (E. 3.3). Die Verjährungsfrist wurde vorliegend gewahrt, selbst wenn sie nur fünf Jahre dauern sollte (E. 4). Die nicht bezogenen Ferien sind finanziell abzugelten (E. 5).
Gutheissung.

Erwägungen

E. 4

Abteilung PB.2009.00010 Entscheid der 4. Kammer vom 30. September 2009 Mitwirkend: Abteilungspräsident Jso Schumacher (Vorsitz) , Verwaltungsrichter Peter Sprenger, Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Gerichtssekretär Philip Conradin. In Sachen A, vertreten durch Rechtsanwalt B, Beschwerdeführer , gegen Schulgemeinde X, vertreten durch die Schulpflege X, diese vertreten durch Rechtsanwalt C, Beschwerdegegnerin , betreffend Forderung aus Arbeitsverhältnis, hat sich ergeben: I. Seit Mai 1985 war A, geboren 1948, als Schulhausabwart in der Schulgemeinde X angestellt. Am 23. Januar 2008 unterzeichneten A und die Schulpflege X eine Vereinbarung zu seiner Frühpensionierung per Ende Juli 2008. Nachdem bezüglich des Umfangs nicht bezogener Ferientage keine Einigkeit hatte erzielt werden können, liess A von der Schulpflege X mit Schreiben vom 27. März 2008 die Abgeltung eines Ferienanspruchs über 24.5 Wochen sowie schliesslich am 5. August 2008, nachdem 3.5 Wochen Ferien bezogen worden waren, die Auszahlung eines Ferienanspruchs über 21 Wochen, beziffert mit Fr. 42'974.50, nebst Zins zu 5 % seit dem 1. August 2008 verlangen. Die Schulpflege veranlasste am 9. August 2008 die

Auszahlung anerkannter Ferienansprüche über 4.5 Wochen aus der Zeit von Juli 2006 bis Dezember 2007 und lehnte mit Beschluss vom 25. August 2008 die Forderung im Übrigen ab. II. Gegen diesen Beschluss liess A am 26. September 2008 beim Bezirksrat Z rekurrieren mit dem Antrag, die Schulgemeinde X sei zu verpflichten, ihm – nach Abzug des ausbezahlten anerkannten Ferienanspruchs von

E. 4.5

Wochen – Fr. 35'616.95 (abzüglich der gesetzlichen und vertraglichen Sozialleistungen) nebst Zins zu 5 % seit 1. August 2008 zu bezahlen, unter Entschädigungsfolgen. Mit Beschluss vom 12. Januar 2009 wies der Bezirksrat Z den Rekurs ab. III. Dagegen liess A am 20. Februar 2009 Beschwerde beim Verwaltungsgericht erheben und erneut beantragen, die Schulgemeinde X sei zu verpflichten, ihm für nicht bezogene Ferien von 21 Wochen den Lohn von Fr. 35'616.95 (abzüglich der gesetzlichen oder vertraglichen Sozialleistungen) nebst Zins zu

E. 5

% seit 1. August 2008 zu bezahlen, unter Entschädigungsfolge. Der Bezirksrat Z verzichtete mit Schreiben vom 12. März 2009 ausdrücklich auf Vernehmlassung; die Schulpflege X liess am 12. Mai 2009 die Abweisung der Beschwerde unter Entschädigungsfolge beantragen. Die Kammer zieht in Erwägung: 1. 1.1 Nach § 74 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) ist das Verwaltungsgericht für die Behandlung von Beschwerden gegen personalrechtliche Rekursentscheide des Bezirksrats zuständig. Mit der Beschwerde können auch vermögensrechtliche Ansprüche aus dem Dienstverhältnis geltend gemacht werden (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, Vorbem. zu §§ 74–80d N. 8, § 74 N. 5). 1.2 Ob bei Streitigkeiten das Klage- oder das Anfechtungsverfahren Platz greift, entscheidet sich primär danach, ob ein verfügbares oder vertragliches Arbeitsverhältnis vorliegt (dazu ausführlich VGr, 14. August 2002, PK.2002.00003 [= RB 2002 Nr. 25 = ZBl 104/2003, S. 428 ff.], E. 2, www.vgrzh.ch). Dafür sind die oft fehlerhaft gebrauchten Bezeichnungen wie "Arbeitsvertrag" oder "Anstellungsvertrag" weniger massgebend als vielmehr, ob das anwendbare Personalrecht überhaupt genügend (potentiellen) Spielraum belässt, um individualisierte Lösungen zu treffen, oder ob die Anstellungsbedingungen im anwendbaren Personalrecht als bindend betrachtet werden. Letzterwähntes ist dann zu bejahen, wenn das jeweilige Gemeinwesen von den Regelungen im anwendbaren Personalrecht nicht wesentlich abweichen darf (VGr, 26. September 2002, PK.2002.00004, E. 2b, c und f sowie 3a, www.vgrzh.ch). Grundsätzlich werden die Arbeitsverhältnisse des öffentlichen Rechts durch Verfügung begründet (Fritz Lang, Das Zürcher Personalgesetz vom 27. September 1998, in: Peter Helbling/Thomas Poledna [Hrsg.], Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 49 ff., 64 f.). Auch v orliegend ist von einem verfügbaren Arbeitsverhältnis auszugehen. Nach § 72 des Gemeindegesetzes vom 6. Juni 1926 (LS 131.1) ist das Arbeitsverhältnis des Gemeindepersonals öffentlichrechtlich (Abs. 1). Soweit durch die Gemeinden keine eigenen Vorschriften erlassen wurden, sind die Bestimmungen des Personalgesetzes vom 27. September 1998 (PG, LS 177.10) und seiner Ausführungserlasse sinngemäss anwendbar (Abs. 2). Ein Anstellungsvertrag aus dem Jahr 1993 bestimmt entsprechend, dass bezüglich Urlaub die damalige kommunale Personalverordnung wie auch die Bestimmungen des Kantons für Angestellte Anwendung finden. Auch die an die Stelle der alten kommunalen Personalverordnung getretene jetzige kommunale

Personalverordnung enthält als Grundsatz, dass sinngemäss die für das Staatspersonal des Kantons Zürich massgebenden Regelungen gelten, soweit die Verordnung nichts anderes bestimmt. Über ein darüber hinausgehendes kommunales Personalrecht verfügt die Beschwerdegegnerin nicht. Am 1. Juli 1999 trat das kantonale Personalgesetz in Kraft, ebenso die Personalverordnung vom 16. Dezember 1998 (PV, LS 177.11) und die Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 19. Mai 1999 (VVPG, LS 177.111). Alle diese Erlasse gewähren gerade in den wesentlichen Punkten wie Arbeitszeit, Ferienguthaben und Kündigungsfrist keinen (erheblichen) Spielraum für die Parteien in der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses. Es ist deshalb von einem verfügbaren Anstellungsverhältnis auszugehen. Das Verwaltungsgericht ist für die vorliegende Beschwerde daher zuständig. Ebenso ging die Vorinstanz davon aus, dass das vorliegende Arbeitsverhältnis durch Verfügung und nicht durch verwaltungsrechtlichen Vertrag begründet worden sei. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist demnach einzutreten. 1.3 Dem vorinstanzlichen Entscheid liegt ein Streitwert von über Fr. 20'000.- zu Grunde, so dass die Beschwerde in Dreierbesetzung zu erledigen ist (§ 38 Abs. 1 und 2 VRG). 2. 2.1 Vorliegend umstritten ist der Bezug von Ferienansprüchen seit dem Jahr 2001. Anwendbar ist damit nicht die alte, sondern die neue kommunale Personalverordnung, welche auch auf bei Inkrafttreten bereits bestehende Arbeitsverhältnisse Anwendung findet. Sie bestimmt, dass sich der Ferienanspruch sowie der Bezug und die Berechnung nach kantonalem Recht richten. Nach § 43 lit. a PG regelt der Regierungsrat den Ferienanspruch; dieser hat seine Kompetenz in §§ 79 ff. VVPG ausgeschöpft. Aufgrund seines Alters betrug der Ferienanspruch des Beschwerdeführers entsprechend § 43 lit. a PG in Verbindung mit § 79 Abs. 1 VVPG in den betroffenen Jahren jeweils fünf Wochen. 2.2 Während der Beschwerdezeit geltend macht, er habe seit dem Jahr 2001 insgesamt 21 Wochen Ferien nicht bezogen, bestreitet dies die Beschwerdegegnerin. Die Beschwerde bringt insbesondere vor, dass es aus organisatorischen Gründen nicht möglich gewesen sei, die Ferien jährlich vollständig zu beziehen. So waren die Ferien während der Schulferien zu beziehen, jedoch nach dem "Anstellungsvertrag" nicht in den Zeiten der Haupt- und Zwischenreinigung, wobei gemäss Pflichtenheft für Schulhausabwarte die Hauptreinigung vorzugsweise während der Sommerferien durchzuführen war. Der Beschwerdeführer behauptet, darüber hinaus seien gerade während der Schulferien umfangreiche Instandstellungs-, Reinigungs- und Gartenarbeiten angefallen. Gemäss Pflichtenheft waren zudem die Schulräume und Gänge zweimal wöchentlich und die Lernschwimmanlage mindestens einmal wöchentlich, bei Belegung auch öfters, zu reinigen. Schliesslich beschreibt der Beschwerdeführer in einem Schreiben vom 24. März 2008 detailliert die in den Ferien erledigten Gartenarbeiten und weist darauf hin, dass das Hallenbadwasser auch während der Ferien täglich zu testen war. Die Beschwerdegegnerin führt demgegenüber an, der Beschwerdeführer habe in den Jahren 2001 bis 2006 jeweils sein ganzes Ferienguthaben bezogen. Er habe selbständig wie angewiesen während der Schulferien seine Ferien (wegen seines Gartens mehrheitlich zu Hause) bezogen. Betriebliche Gründe seien dem Ferienbezug nicht entgegengestanden, zumal gegenüber dem Beschwerdeführer während der Ferien keine Arbeiten angeordnet worden seien. Während der Beschwerdezeit seine Behauptung auf die Vorgaben des Pflichtenhefts abstützen kann, verweist die Beschwerdegegnerin auf Arbeitsrapporte, anhand welcher sich der Ferienbezug des Beschwerdeführers erschliesse. Dass der Beschwerdeführer seine Ferien bezogen habe, zeige sich darin, dass er für Arbeiten, welche eigentlich zum Pflichtenheft gehörten, Rechnung gestellt habe, etwa für Rasenmähen in den Sommerferien oder

Werkzeugschärfen in den Herbstferien. Aus den angeführten Rapporten ergibt sich allerdings nicht, dass der Beschwerdeführer seine Ferien jährlich vollständig bezogen hat; zu einem solchen Nachweis müsste sich anhand der Rapporte auf den Bezug von jährlich fünf Wochen Ferien schliessen lassen. Mithin müssten die auch in den Ferien zu erledigenden Arbeiten umfangreich genug rapportiert sein. Nachdem in den Rapporten jedoch bloss einzelne und bei weitem nicht sämtliche gemäss Pflichtenheft zu erledigenden Arbeiten verzeichnet sind, lassen die Rapporte einen solchen Schluss auf vollständig bezogene Ferien gerade nicht zu. Zwar lässt sich anhand der Rapporte immerhin ansatzweise nachweisen, dass der Beschwerdeführer manchmal Ferien bezog, jedoch nicht, ob in vollständigem Umfang. Weitere Belege dafür, dass der Beschwerdeführer seine Ferien bezogen hat oder dass die im Pflichtenheft genannten Arbeiten während der Schulferien nicht hätten erledigt werden müssen, führt die Beschwerdegegnerin nicht an, obwohl das Pflichtenheft nicht etwa vorsieht, mit den aufgeführten Arbeiten sei während der Schulferien auszusetzen. Plausibel erscheint vielmehr das Vorbringen des Beschwerdeführers vor dem Hintergrund, dass die Beschwerdegegnerin bezüglich der Zeit von Juli 2006 bis Dezember 2007 einen Ferienanspruch des Beschwerdeführers über 4.5 Wochen im März 2008 anerkannt und im August 2008 ausbezahlt hat. Die Nichtbezahlung der Ferienansprüche aus der Zeit vor Juli 2006 begründete sie damals dem Beschwerdeführer gegenüber noch nicht mit dem Argument, diese Ferien seien bezogen worden, sondern bloss damit, dass sie für jene Ansprüche nicht hafte, weil im Sommer 2006 ein Behördenwechsel erfolgt sei, anlässlich dessen der Beschwerdeführer seine Ansprüche nicht geltend gemacht habe, weshalb die Beschwerdegegnerin davon ausgehen können, sämtliche Ferienansprüche seien bezogen. Diese Argumentation liess die Beschwerdegegnerin zwar inzwischen fallen; immerhin lässt die Anerkennung der nicht bezogenen Ferien zwischen Juli 2006 und Dezember 2007 die geltend gemachten Ferienansprüche aus der Zeit vor Juli 2006 als plausibel erscheinen. Im Übrigen mutet es fragwürdig an, neuerdings die Ferienansprüche aus den Jahren 2001 bis 2005 als bezogen zu behaupten, nachdem zuvor bloss die diesbezügliche Verantwortung abgestritten wurde. Es ist deshalb davon auszugehen, dass es dem Beschwerdeführer aus dienstlichen Gründen nicht möglich war, seine Ferien jeweils vollständig zu beziehen.

2.3 Zwar sieht der "Anstellungsvertrag" vor, dass bei Ferien durch die Beschwerdegegnerin ein Stellvertreter anzustellen ist, so dass der Bezug von Ferien trotz der angeführten dienstlichen Pflichten möglich würde. Jedoch erfolgte solches offenbar nie. Die Beschwerdegegnerin führt aus, die Ernennung eines Stellvertreters sei mangels Anordnung von Arbeiten während der Schulferien gar nicht nötig gewesen. Insoweit die Beschwerdegegnerin jedoch nicht genügend substantiierte, dass während der Schulferien keinerlei Arbeiten vorlagen, kann ihr diesbezüglich nicht gefolgt werden.

2.4 Die Beschwerdegegnerin weist schliesslich darauf hin, der Beschwerdeführer habe zu substantiieren, inwiefern es ihm unmöglich gewesen sei, die Ferien zu beziehen. Er habe die Beweislast dafür, dass er keine Ferien habe beziehen können. Dem ist der Beschwerdeführer mit Verweis auf das umfangreiche Pflichtenheft und die nicht erfolgte Stellvertretung nachgekommen. Soweit die Beschwerdegegnerin hingegen anführt, es gelte sowieso die Untersuchungsmaxime und nicht die angeführte Beweislastverteilung, ist darauf hinzuweisen, dass zwar nach § 7 Abs. 1 VRG die Verwaltungsbehörde den Sachverhalt von Amtes wegen untersucht. Die Behörde ist daher für die Beschaffung des entscheidrelevanten Tatsachenmaterials, das heisst für die Ermittlung des massgebenden Sachverhalts, verantwortlich. Die Untersuchungsmaxime entbindet die Parteien indessen nicht von der Obliegenheit, den massgebenden Sachverhalt

in den Rechtsschriften darzustellen, denn der Untersuchungsgrundsatz wird durch die Mitwirkungspflicht der am Verfahren Beteiligten eingeschränkt (§ 7 Abs. 2 VRG). Insbesondere im Rechtsmittelverfahren hat der Betroffene die seine Rügen stützenden Tatsachen substantiiert darzulegen und allenfalls Beweismittel einzureichen. Vor allem aber hat der Untersuchungsgrundsatz keinen Einfluss auf die objektive Beweislast. Diese richtet sich in erster Linie nach dem materiellen Recht und subsidiär nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz von Art. 8 des Zivilgesetzbuchs (SR 210). So trägt auch im Verwaltungsverfahren grundsätzlich derjenige die (objektive) Beweislast, der aus der unbewiesen gebliebenen Tatsache hätte Rechte ableiten können (VGr, 21. Dezember 2005, PB.2005.00034, E. 4.1, www.vgrzh.ch; vgl. Kölz/Boss-hart/Röhl, § 7 N. 5 f., Vorbem. zu §§ 19–28 N. 69, § 60 N. 1 und 3). Vorliegend ist davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin als (wenn auch öffentlichrechtliche) Arbeitgeberin eine Fürsorgepflicht trifft, zumal sich der Beschwerdeführer als Schulhausabwart in einem klaren Subordinationsverhältnis zu ihr befand. Dieses Subordinationsverhältnis zeigt sich auch daran, dass die Bestellung der Stellvertretung nach dem "Anstellungsvertrag" Sache der Arbeitgeberin und nicht des Arbeitnehmers war. Aufgrund ihrer Fürsorgepflicht als Arbeitgeberin trug folglich die Beschwerdegegnerin als Schuldnerin die Beweislast dafür, dass Ferientage und wie viele während der massgebenden Zeit vom Beschwerdeführer bezogen worden waren (vgl. auch Wolfgang Portmann, Basler Kommentar, 2007, Art. 329c OR N. 14; BGE 128 III 271 E. 2a/bb). Dass aus den Akten nicht hervorgeht, der Beschwerdeführer habe eine Stellvertretung beantragt oder die Beschwerdegegnerin schriftlich auf den Anspruch hingewiesen, ist deshalb unerheblich, weil sowohl die Gewährung oder Anordnung der Ferien als auch die Bestellung der Stellvertretung – selbst gegen den Willen des Arbeitnehmers – aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers folgen.

2.5 Die Beschwerdegegnerin wendet zwar ein, aufgrund von erheblicher Freiheit des Beschwerdeführers im Bezug seiner Ferien obliege dem Beschwerdeführer der Beweis, dass er (aufgrund dienstlicher Gründe) nicht sämtliche Ferien beziehen können. Abgesehen davon, dass der Beschwerdeführer dem abgestützt auf das Pflichtenheft sowie unter Aufzählung der durch ihn in den Ferien erledigten Arbeiten nachgekommen ist, ist festzuhalten, dass auch der öffentlichrechtliche Arbeitgeber dafür zu sorgen hat, dass die Ferien grundsätzlich im laufenden Kalenderjahr bezogen werden. Er ist auch dafür verantwortlich, wenn der Anspruch erst viel später geltend gemacht wird (VGr, 28. Mai 2008, PB.2007.00055, E. 2.4.1, www.vgrzh.ch; vgl. BGE 130 III 19 E. 3.2; RB 2002 Nr. 126). Auch wenn die Beschwerdegegnerin anführt, dass sie davon ausgehen können, dass der Beschwerdeführer seine Ferien stets in eigener Verantwortung beziehe und dass er im Bezug der Ferien derart frei gewesen sei, dass sie keine Veranlassung gehabt habe, Ferien anzuordnen, und trotz ihres Hinweises darauf, als Regel habe bloss bestanden, die Ferien während der Schulferien zu beziehen, wobei diese "Aufgabenteilung" einvernehmlich so festgelegt worden sei, ist festzuhalten, dass der angeführte Grundsatz, nachdem es sich beim "Anstellungsvertrag" zwischen Beschwerdeführer und Beschwerdegegnerin um ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis und nicht um einen öffentlichrechtlichen Vertrag handelt, gemäss § 12 Abs. 2 PG e contrario nicht dispositiver Natur ist. Für eine abweichende Regelung dieser Frage bleibt entsprechend kein Raum und ordentliche Ferienkontrollen wären zu machen gewesen. Allerdings substantiiert die Beschwerdegegnerin bereits ungenügend, dass überhaupt eine (solcherart unzulässige) abweichende Regelung getroffen worden wäre.

2.6 Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass dienstliche Gründe den Beschwerdeführer daran hinderten, die gesamten jährlichen

Ferienansprüche zu beziehen, und dass er nicht sämtliche Ferien bezogen hat. Die Beschwerdegegnerin führt keine genügenden Nachweise dafür an, dass der Beschwerdeführer Ferien und wie viele solche er bezogen hat. Offenbar bestanden keinerlei Ferienkontrollen. Nachdem die Beschwerdegegnerin auch für den Zeitraum von Juli 2006 bis Dezember 2007 ein Guthaben über 4.5 Wochen anerkannt und ausbezahlt hat, erscheint die Behauptung des Beschwerdeführers, in den Jahren 2001 bis 2004 sowie 2006 je bloss zwei Wochen sowie im Jahr 2005 drei Wochen und im Jahr 2007 eine Woche Ferien bezogen zu haben, nicht als abwegig. Die Beschwerdegegnerin musste zudem, auch ohne dass ihr dies der Beschwerdeführer etwa hätte darlegen müssen, um das angehäuften Ferienguthaben wissen, da sie nie eine Stellvertretung organisierte, eine solche aber gerade angesichts des umfangreichen Pflichtenhefts, welches für die Schulferien keinen Arbeitsunterbruch vorsieht, nötig gewesen wäre.

2.7 Der Beschwerdeführer geht von 21 Wochen nicht bezogenen Ferien aus. Die Beschwerdegegnerin bestreitet den Anspruch bloss grundsätzlich, bringt gegen die Berechnung des Ferienanspruchs jedoch weiter nichts vor und behauptet einen zusätzlichen Ferienbezug durch den Beschwerdeführer nicht substantiiert. Weil sie lediglich pauschal den Ferienanspruch bestreitet, ist zwangsläufig auf die Berechnung des Beschwerdeführers abzustellen und von nicht bezogenen Ferien im Umfang von 21 Wochen auszugehen.

3. 3.1 Nach der aktuellen kommunalen Personalverordnung in Verbindung mit § 81 Abs. 2 VVPG sind Ferien, die im laufenden Kalenderjahr aus dienstlichen oder triftigen persönlichen Gründen nicht bezogen werden können, in der Regel bis spätestens Mitte des folgenden Kalenderjahrs zu beziehen. Übertragungen von Ferien bedürfen der Bewilligung der vorgesetzten Dienststelle. Vorliegend ist jedoch unbestritten, dass der Beschwerdeführer zu keinem Zeitpunkt ein formelles Gesuch um Übertragung von Ferien auf das nächste Kalenderjahr eingereicht hat.

3.2 Der Sinn des Genehmigungsvorbehalts besteht darin, im Rahmen der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers den Erholungszweck der Ferien zu gewährleisten (vgl. ABI 2005, 1556; Manfred Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. A., Bern 2002, Rz. 246). Im Obligationenrecht (OR, SR 220) stehen die Ferien-Bestimmungen Art. 329a bis 329d OR unter dem Kapitel "C. Pflichten des Arbeitgebers" (Randtitel zu den Art. 322 ff. OR). Eine analoge Pflicht trifft auch den öffentlichrechtlichen Arbeitgeber (VGr, 5. Juli 2002, PB.2002.00004, E. 3a, www.vgrzh.ch). Zwar werden durch eine nachträgliche Bewilligung einer Übertragung, welche sich über einen längeren Zeitraum als das abgelaufene Dienstjahr hinweg erstreckt, diese Zwecke des Genehmigungsvorbehalts vereitelt (VGr, 5. Juli 2002, PB.2002.00004 E. 3a, www.vgrzh.ch). Eine Verwirkung des Ferienanspruchs ist jedoch entgegen den Vorbringen der Beschwerdegegnerin gemäss kantonalem Recht nicht vorgesehen (VGr, 28. Mai 2008, PB.2007.00055, E. 2.2, www.vgrzh.ch; vgl. §§ 79 ff. VVPG, insbesondere § 81 Abs. 2 VVPG; vgl. auch RB 2002 Nr. 126; sinngemäss bezüglich des Privatrechts auch BGE 130 III 19 E. 3.2). Der materielle Ferienanspruch des Arbeitnehmers verfällt nicht von selbst, da es sich um eine Pflicht des Arbeitgebers handelt. Zwar hat der Arbeitnehmer das Gesuch um Übertragung einzureichen und damit mitzuwirken. Er steht diesbezüglich jedoch weder in einer Pflicht noch einer Obliegenheit; vielmehr hätte der Arbeitgeber einzuschreiten. Es wäre stossend, aus dem Fehlen einer Ferienkontrolle und demzufolge einer Genehmigung des Ferienübertrags eine Verwirkung der Ferienansprüche abzuleiten.

3.3 Wird es dem Arbeitnehmer aufgrund triftiger dienstlicher Gründe faktisch verunmöglicht, seine Ferien zu beziehen, kann sich der Genehmigungsvorbehalt nicht auf den materiellen Ferienanspruch auswirken (vgl. VGr, 28. Mai 2008, PB.2007.00055, E. 2.4.1, www.vgrzh.ch). Aufgrund der im Pflichtenheft

vorgesehenen häufigen Reinigungen und Instandstellungen bestand für den Beschwerdeführer keine Möglichkeit, ohne die durch die Beschwerdegegnerin zu bestellende Vertretung Ferien zu machen. Es wäre die Pflicht der Beschwerdegegnerin gewesen, eine solche Vertretung zu organisieren und den Beschwerdeführer auch gegen seinen Willen in die Ferien zu schicken. Im vorliegenden Fall hat es die Beschwerdegegnerin unterlassen, sich um den Stand der Ferienansprüche des Beschwerdeführers zu kümmern, obwohl die Kontrolle über die Ferienansprüche die Pflicht des Arbeitgebers ist. Die Beschwerdegegnerin durfte zudem nicht annehmen, dass der Beschwerdeführer auf seine Ferienansprüche verzichtet oder sie ganz bezogen hätte. Weil die Beschwerdegegnerin ihren Pflichten bezüglich der Ferien des Beschwerdeführers nicht nachgekommen ist, kann hier keine Verwirkungsfolge angenommen werden. 4. Die Beschwerdegegnerin erhebt bezüglich eines Teils der Ferienansprüche die Einrede der Verjährung. Für Ferienansprüche ist die Dauer der Verjährungsfrist umstritten. Sie beträgt nach einer mehrheitlich in der Lehre vertretenen Auffassung fünf Jahre gemäss Art. 128 Ziff. 3 OR (Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. A., Zürich etc. 2006, Art. 329c N. 4), nach anderen Meinungen zehn Jahre gemäss Art. 127 OR (Wolfgang Portmann/Jean-Fritz Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. A., Zürich etc. 2007, S. 139; Christiane Brunner et al., Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. A., Basel etc. 2005, S. 148; vgl. zu beiden Ansichten BGE 130 III 19 E. 3.2). Die Verjährung beginnt mit der Fälligkeit (Art. 130 OR), welche bei vierwöchigem Ferienanspruch nach Ablauf von 48/52 des Entstehungsjahrs eintritt (Streiff/von Kaenel, Art. 329c N. 4). Dementsprechend tritt die Fälligkeit bei fünfwöchigem Ferienanspruch nach Ablauf von 47/52 des Entstehungsjahrs ein. Ob von einer fünf- oder zehnjährigen Verjährungsfrist auszugehen ist, kann vorliegend aber offen bleiben. Zu beachten ist nämlich, dass stets die "älteren" Ferientage als zuerst bezogen gelten (vgl. sinngemäss Art. 87 Abs. 1 OR; VGr, 28. Mai 2008, PB.2007.00055, www.vgrzh.ch). Die ältesten geltend gemachten Ferientage stammen damit aus dem Jahr 2004. Der Ferienanspruch von 21 Wochen ist somit nicht verjährt.

E. 5.1

Die kommunale Personalverordnung in Verbindung mit § 83 Abs. 1 VVPG hält fest, dass nicht bezogene Ferien grundsätzlich nicht bar abgegolten werden. Ausgenommen hiervon bleibt nach ihr in Verbindung mit § 83 Abs. 1 lit. a VVPG der Ferienanspruch im Austrittsjahr, wenn das Arbeitsverhältnis unter Wahrung der Kündigungsfrist aufgelöst wurde, die Ferien jedoch aus dienstlichen oder triftigen persönlichen Gründen vor Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr bezogen werden konnten. Das Abgeltungsverbot gilt damit nicht absolut und ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände einzuschränken (VGr, 28. Mai 2008, PB.2007.00055, E. 3.2, www.vgrzh.ch). Im Falle von Krankheit oder bei Unfallfolgen spielt es etwa aufgrund persönlicher Gründe ebenso wenig, wie wenn die restliche Zeit bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses für die Stellensuche benötigt wird (VGr, 28. Mai 2008, PB.2007.00055, E. 3.2, www.vgrzh.ch). Auch in der privatrechtlichen Rechtsprechung geht das Bundesgericht davon aus, dass eine Ausnahme vom Abgeltungsverbot besteht, wenn der Bezug der Ferien in der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbleibenden Zeit nicht möglich oder zumutbar ist (BGE 128 III 271 E. 4a/aa mit Hinweisen; vgl. auch Portmann, Art. 329d OR N. 12).

E. 5.2

Der faktische Bezug der Ferien wäre zwar im Zeitpunkt der Auflösungsvereinbarung noch möglich und zumutbar gewesen sei. Weil die Beschwerdegegnerin den Anspruch jedoch

trotz bereits am 17. Januar 2008 erfolgten Hinweises nicht anerkannte, konnten die Ferien nicht bezogen werden. Aufgrund dieser Sachlage kann dem Arbeitnehmer der Nichtbezug der Ferien im Austrittsjahr nicht angelastet werden.

E. 5.3

§ 83 Abs. 1 lit. a VVPG setzt für die Barauszahlung des Ferienanspruchs ausserdem voraus, dass "das Arbeitsverhältnis unter Wahrung der Kündigungsfrist aufgelöst wurde". Die vorliegende Vereinbarung vom 23. Januar 2008 über die Frühpensionierung am 31. Juli 2008 wahrt die massgebliche Kündigungsfrist; insbesondere liegt keine fristlose Kündigung vor. Die Auszahlung des Ferienanspruchs scheitert hieran nicht. Die Beschwerdegegnerin wendet allerdings ein, das Verhältnis sei einvernehmlich aufgelöst worden, weshalb keine Kündigung vorliege und damit eine Voraussetzung nach § 83 VVPG nicht gegeben sei. Immerhin habe der Beschwerdeführer am 9. Juli 2007 signalisiert, er könne sich eine Frühpensionierung vorstellen, zumal eine solche schon lange ein Thema gewesen sei. Demgegenüber hält der Beschwerdeführer fest, die Auflösung sei insofern nicht einvernehmlich erfolgt und habe faktisch einer Kündigung entsprochen, als er keine Wahl gehabt habe, obwohl er am liebsten weitergearbeitet hätte. Zudem sei die Beschwerdegegnerin selbst vom Vorliegen einer Kündigung ausgegangen, als sie eine Abfindung auszahlte, was nur dann möglich sei, wenn das Dienstverhältnis auf Veranlassen des Staats aufgelöst wird. Ausserdem habe auch die vereinbarte Auflösungsfrist einer Kündigungsfrist entsprochen. Ob allerdings eine Kündigung oder eine Vereinbarung vorliegt, kann nicht massgebend sein, soweit nicht im Rahmen der Vereinbarung Einigkeit über eine Abgeltung des Ferienanspruchs bestand. Aus der vorliegenden Vereinbarung wurde jedoch die Frage des Ferienanspruchs ausgeklammert, wie aus dem Verhandlungsgespräch vom 17. Januar 2008, wonach die Frage zu überprüfen sei, wie auch daraus, dass sie in der Vereinbarung keinerlei Erwähnung findet, hervorgeht. Insbesondere kann nicht von einer Saldoklausel gesprochen werden. Erneut erscheint die gegen die Auszahlung des Ferienanspruchs gerichtete Argumentation der Beschwerdegegnerin im Übrigen fragwürdig, hätten doch dieselben Argumente auch den Ferienanspruch zwischen Juli 2006 und Dezember 2007, welchen sie allerdings in bar auszahlte, betreffen müssen. Damit sind die nicht bezogenen Ferienansprüche im Sinne einer Ausnahme finanziell abzugelten.

E. 6

Gemäss den Ausführungen des Beschwerdeführers hat er seit dem Jahr 2001 21 Wochen Ferien nicht bezogen, woraus eine finanzielle Entschädigung von Fr. 42'974.50 folge. Nach Überweisung von Fr. 7'357.55 bezüglich des anerkannten Ferienanspruchs von Juli 2006 bis Dezember 2007 bemisst sich der geltend gemachte Betrag auf Fr. 35'616.95. Gegen diese Bezifferung wendet die Beschwerdegegnerin nichts ein. Richtig stützt sich der Beschwerdeführer bei der Berechnung auf den Jahreslohn. Zwar ist für die Berechnung der Ferienentschädigung in der Regel der 13. Monatslohn nicht zu berücksichtigen (vgl. Anastasia Falkner, Ferienentschädigung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, AJP 2004 S. 944–946); wird jedoch der aufgelaufene Feriensaldo am Ende der Anstellung ausbezahlt, ist ein Anteil am 13. Monatslohn zusätzlich zu bezahlen (Streiff/von Kaenel, Art. 329d N. 3) und somit auf den Jahreslohn abzustellen. Öffentlichrechtliche Geldforderungen sind im Verzugsfall grundsätzlich zu verzinsen, und zwar zu einem Satz von 5 % (vgl. René Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a.M. 1990, Nr. 31 B I und

V). In analoger Anwendung der Regelung von Art. 102 Abs. 1 OR setzt auch die Zinspflicht bei öffentlichrechtlichen Forderungen im Allgemeinen eine Mahnung voraus. Wo für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet ist, kommt der Schuldner mit dem Ablauf dieses Tags in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR). Als Mahnung hingegen ist die gehörige Geltendmachung des Anspruchs anzusehen (Rhinow/Krähenmann, Nr. 31 B IV). Sie muss die klare Willensäusserung des Gläubigers bzw. der Gläubigerin, die Bezahlung der geschuldeten Leistung zu verlangen, zum Ausdruck bringen (Rolf Weber, Berner Kommentar, 2000, Art. 102 OR N. 66 ff.). Die Frage des Ferienanspruchs wurde in der Vereinbarung zur Frühpensionierung ausgeklammert; insbesondere kann die Vereinbarung deshalb diesbezüglich keinen Verfalltag vorsehen. Die Fälligkeit bestimmt sich deshalb analog Art. 102 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 339 Abs. 1 OR und trat folglich per 1. August 2008 ein. Weil sich jedoch insofern die Fälligkeit nicht aus einer vertraglichen, sondern aus einer gesetzlichen Regelung ergibt, ist eine Mahnung erforderlich, um den Schuldner in Verzug zu setzen. Die Forderung wurde bereits am 27. März 2008 geltend gemacht. Nachdem bereits vor Fälligkeit gemahnt werden kann (vgl. Wolfgang Wiegand, Basler Kommentar, 2007, Art. 102 OR N. 8), ist hierin zugleich eine Mahnung zu sehen. Die Verzugszinsforderung ist somit ausgewiesen und es ist Verzugszins ab dem 1. August 2008 zu leisten.

E. 7

Die Beschwerde ist nach dem Gesagten gutzuheissen. Dem Beschwerdeführer sind Fr. 35'616.95 (abzüglich der gesetzlichen und vertraglichen Sozialleistungen) nebst Zins zu 5 % ab dem 1. August 2008 zuzusprechen.

E. 8

Der Streitwert liegt über Fr. 20'000.-. Das Verfahren ist somit nicht kostenlos (§ 80b VRG). Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§§ 80c und 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Dem Beschwerdeführer steht sodann eine angemessene Parteientschädigung für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Es rechtfertigt sich die Zusprechung einer Parteientschädigung von insgesamt Fr. 2'800.-. Beim vorliegenden Streitwert ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht zulässig (Art. 85 Abs. 1 lit. b des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG] e contrario). Demgemäss entscheidet die Kammer :

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