Kanton Zug

Buch GVP 2013

Kanton Zug

Buch GVP 2013

Inhalt

2.1.1 Personalrecht 3

2.1.1 Personalrecht

§§ 11 und 12 des Personalgesetzes
Regeste:

§§ 11 und 12 des Personalgesetzes – öffentliches Personalrecht; nichtige Kündigung. Prüfung von Amtes wegen, ob eine Kündigung nichtig sei (Erw. 3.1.). Es ist unerheblich, ob das Amt Y und/oder die Direktion X im Zeitpunkt des Aussprechens der Kündigung um die Krankheit der Beschwerdeführerin wussten. Ein Nichtwissen ändert nichts am Aussprechen der Kündigung während der Sperrfrist und den entsprechenden rechtlichen Folgen (Erw. 3.4.).

Aus dem Sachverhalt:

1.1. Frau T. arbeitete ab 1. Mai 2010 in einem unbefristeten Vollpensum als «jur. Sachbearbeiterin» bei der Direktion X, Amt Y. Eine juristische Ausbildung hatte Frau T. allerdings nicht.

1.2. Am 29. Dezember 2011 fand im Amt Y eine Besprechung statt, an welcher Frau T. (Mitarbeiterin Abteilung Z), Herr M. (Leiter-Stv. Abteilung Z) sowie Herr K. (Leiter Abteilung Z) teilnahmen. Folgende Punkte waren Thema dieser Besprechung: Informationsveranstaltung, Arbeit am 31. Oktober 2011, Arbeitszeiterfassung, Ferientag am 21. Dezember 2011, Verhalten bei Büro-Abwesenheiten, Arbeitsqualität sowie Beurkundungstätigkeit. Am 12. November 2012 und am 26. November 2012 fanden weitere Besprechungen statt, an welchen Frau P. (Amtsleiterin Amt Y), Frau T. sowie Herr K. teilnahmen. Thema dieser Besprechungen war die Arbeitsleistung von Frau T.

1.3. Am 16. Januar 2013 wurde Frau T. das rechtliche Gehör gewährt. Mit Schreiben vom 7. Februar 2013 nahm Frau T. noch schriftlich Stellung.

1.4. Mit Verfügung vom 26. Februar 2013 löste die Direktion X das Arbeitsverhältnis mit Frau T. per 31. Mai 2013 auf. Zur Begründung wurde im Wesentlichen angeführt, im ersten Jahr der Anstellung habe Frau T. für ihre Leistungen einen guten Beurteilungswert erhalten. Seit Ende 2011 müssten ihre Leistungen als Fachspezialistin dauerhaft als ungenügend bewertet werden. Sie sei häufig krankheitsbedingt abwesend; die Mitteilungen über diese Abwesenheiten erfolgten oft sehr spät oder gar nicht.

Aus den Erwägungen:

(. . .)

II.

1. Ein unbefristetes öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis endigt gemäss § 8 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 1. September 1994 (Personalgesetz, PG; BGS 154.21) durch schriftliche Kündigung seitens der Mitarbeiterin bzw. des Mitarbeiters oder seitens des Kantons. Der Kanton kann das Arbeitsverhältnis gemäss § 10 Abs. 1 PG unter Einhaltung der für den Mitarbeiter geltenden Kündigungsfristen und Kündigungstermine kündigen. Vor der Kündigung ist dem Mitarbeiter das rechtliche Gehör zu gewähren und die Kündigung ist zu begründen (§ 10 Abs. 3 PG). Bevor eine Kündigung ausgesprochen wird, ist die Angemessenheit weniger weitreichender Massnahmen zu erwägen wie Ermahnung, Verwarnung, Rüge, Verweis, Gehaltskürzungen, Aufschub oder Verweigerung der Treue- und Erfahrungszulage, Zuweisung anderer Arbeit, Versetzung an eine andere Stelle (Funktionsänderung) oder Androhung der Entlassung (§ 10 Abs. 4 PG). Eine Kündigung ist, wenn sie während bestimmter Sperrfristen ausgesprochen wird, nichtig und entfaltet keine Rechtswirkung (§§ 11 und 12 PG). Die Kündigung ist gemäss § 13 PG missbräuchlich, wenn Verfahrensvorschriften verletzt wurden oder wenn sie sich nicht auf sachliche Gründe stützen lässt, insbesondere wenn sie ausgesprochen wird wegen einer persönlichen Eigenschaft oder wegen der Ausübung verfassungsmässiger Rechte, es sei denn, die Eigenschaft oder die Rechtsausübung beeinträchtige

wesentlich die Erfüllung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis oder die Zusammenarbeit mit anderen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern (Bst. a), oder wenn sie erfolgt, um die Entstehung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis und deren Geltendmachung nach Treu und Glauben zu erschweren oder zu verunmöglichen (Bst. b). Eine missbräuchliche Kündigung begründet Anspruch auf Entschädigung, die sich nach der Anzahl der zurückgelegten Dienstjahre bemisst (§ 14 Abs. 1 und 2 PG); ein Anspruch auf Fortführung des Arbeitsverhältnisses kann aus einer missbräuchlichen Kündigung nicht abgeleitet werden und Beschwerden gegen eine solche Kündigung haben keine aufschiebende Wirkung (§ 14 Abs. 3 PG). Wird bei Beschwerden gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Rechtsverletzung festgestellt, so sind mit dem Feststellungsentscheid gleichzeitig die gemäss diesem Gesetz bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschuldeten finanziellen Leistungen zuzusprechen; unter Vorbehalt der Nichtigkeit ist die Aufhebung der das Arbeitsverhältnis beendigenden Verfügung ausgeschlossen (§ 70 Abs. 3 PG).

(. . .)

3.1. Obwohl sich die Beschwerdeführerin nicht auf den Standpunkt stellt, die Kündigung sei nichtig, ist dies nachfolgend von Amtes wegen zu prüfen, denn der Regierungsrat überprüft die angefochtenen Verfügungen und Entscheide mit uneingeschränkter Kognition.

3.2. Die Kündigung seitens des Kantons ist unter Vorbehalt einer gerechtfertigten fristlosen Entlassung aus wichtigen Gründen nichtig, wenn sie während der folgenden Sperrfrist ausgesprochen wird: während 30 Tagen im 1. Dienstjahr, während 90 Tagen im 2. bis 5. Dienstjahr und während 180 Tagen ab dem 6. Dienstjahr im Falle unverschuldeter ganzer oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfall (§ 11 Bst. c PG). Die Kündigung, die während einer Sperrfrist erklärt wird, entfaltet keine Rechtswirkung (§ 12 Abs. 1 PG).

Bei der Formulierung dieses Tatbestandes orientierte sich der Gesetzgeber erklärtermassen am Zivilrecht, da der Beamtenstatus abgeschafft und das Arbeitsrecht des kantonalen Personals dem Obligationenrecht angeglichen werden sollte. Die Regelung des Kündigungsschutzes bei Krankheit und Unfall ist denn auch praktisch identisch mit Art. 336 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 OR: Der Kündigungsschutz ist demnach absolut und bedeutet, dass eine während einer Sperrfrist ausgesprochene Kündigung wirkungslos ist; die bzw. der Mitarbeitende verbleibt am Arbeitsplatz. Eine während einer Sperrfrist verfügte Kündigung wird nach Ablauf dieser Frist auch nicht ohne weiteres wirksam; vielmehr müsste nach Ablauf der Frist eine neue ordentliche Kündigung unter Einhaltung der Fristen und Termine erfolgen. Selbst bei Vorliegen eines sachlichen Grundes zur Kündigung wird somit auf Personen mit erhöhtem Schutzbedürfnis Rücksicht genommen (Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 1. Februar 1994 zum Personalgesetz; Vorlage Nr. 130.4 – 8257, S. 25 und 52 f.). Die Sperrfrist bei Krankheit und Unfall wird damit begründet, dass die Arbeitsunfähigkeit der bzw. des Arbeitnehmenden bei vernünftiger Betrachtungsweise eine Neuanstellung wegen der Ungewissheit über Dauer und Mass der Arbeitsunfähigkeit als unwahrscheinlich erscheinen lasse (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, N 8 zu Art. 336c OR mit zahlreichen Hinweisen).

Ob die Kündigung in die Sperrfrist fällt und damit nichtig ist oder ob sie noch vorher wirksam wurde und nur die Kündigungsfrist unterbrochen wird, bestimmt sich nach dem Zugang der Kündigung beim Empfänger (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 10 zu Art. 336c OR).

(. . .)

3.3. Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin diverse Arztzeugnisse abgegeben, welche für das Jahr 2013 eine Arbeitsunfähigkeit aufgrund Krankheit für die Zeit vom 3. Januar bis 10. Januar 2013 und danach ab dem 17. Januar 2013 belegen. Offenbar fehlt lediglich für die Abwesenheit vom 5. März bis 8. März 2013 ein Arztzeugnis.

Gemäss dem hier massgebenden Arztzeugnis vom 4. März 2013 war die Beschwerdeführerin seit dem

25. Februar 2013 aufgrund einer ärztlichen Untersuchung vom 4. März 2013 für eine Woche total arbeitsunfähig infolge Krankheit; die Krankheit dauerte also bis zum 4. März 2013. Die Kündigung datiert vom 26. Februar 2013, wurde gleichentags versandt und von der Beschwerdeführerin am 1. März 2013 entgegen genommen. Damit war die Beschwerdeführerin bei Zugang der Kündigung krank.

Die Beschwerdeführerin hatte am 1. Mai 2010 ihre Arbeit aufgenommen, befand sich also im Zeitpunkt der Kündigung im dritten Dienstjahr. Damit dauerte die Sperrfrist 90 Tage.

Die Beschwerdeführerin war im Jahr 2011 unbestrittenermassen an insgesamt 66.5 Tagen krank, wobei sich die krankheitsbedingten Abwesenheiten im Jahr 2011 auf sämtliche zwölf Monate verteilten und es sich um zahlreiche und oft nur kurze Abwesenheiten handelte. Im Jahr 2012 war die Beschwerdeführerin an insgesamt 74 Arbeitstagen krankheitsbedingt abwesend, wiederum verteilt auf sämtliche zwölf Monate. Im Jahr 2013 war die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen an vier Arbeitstagen im Büro anwesend bzw. bis zum 25. Februar 2013 an 34 Arbeitstagen krank, mithin an vier Arbeitstagen im Büro. Damit waren die Absenzen in den Jahren 2011 und 2012 für die Berechnung der Sperrfrist je einzeln zu berücksichtigen. Im Jahr 2013 war die Beschwerdeführerin offensichtlich vom 3. bis zum 10. Januar 2013 und dann seit dem 17. Januar 2013 krank, weshalb für die Berechnung der Sperrfrist die Krankheitstage seit dem 17. Januar 2013 zu berücksichtigen sind. Der letzte Tag der 90 Tage dauernden Sperrfrist war damit der 26. April 2013.

Damit wurde die Kündigung während einer Sperrfrist ausgesprochen.

3.4. Die Beschwerdegegnerin hält einer allfälligen Nichtigkeit entgegen, entgegen einer entsprechenden Zusicherung sei die Beschwerdeführerin am 25. Februar 2013 nicht zur Arbeit erschienen. Erst mit dem Erhalt des Arztzeugnisses vom 4. März 2013 sei das Amt Y über deren erneute Krankheit und Abwesenheit seit dem 25. Februar 2013 in Kenntnis gesetzt worden. Im Zeitpunkt der Verfügung der Kündigung sei eine allfällige Krankheit dem Amt Y und der verfügenden Direktion X nicht bekannt gewesen.

Es ist unerheblich, ob die bzw. der Arbeitnehmende von seiner Krankheit weiss oder die bzw. der Arbeitgebende darüber informiert ist. Auch die unterlassene Information der bzw. des Arbeitgebenden über die Arbeitsverhinderung führt deshalb nicht zu einem Dahinfallen des zeitlichen Kündigungsschutzes, auch wenn die Unterlassung eine Verletzung der Treuepflicht darstellen und unter Umständen eine Schadenersatzpflicht begründen kann (Streiff/von Kaenel/ Rudolph, a.a.O., N 8 zu Art. 336c OR).

Damit ist klar, dass es unerheblich ist, ob das Amt Y und/oder die Direktion X im Zeitpunkt des Aussprechens der Kündigung um die Krankheit der Beschwerdeführerin wussten. Ein Nichtwissen ändert nichts am Aussprechen der Kündigung während der Sperrfrist und den entsprechenden rechtlichen Folgen.

3.5. Die Beschwerdeführerin stellt die Frage in den Raum, weshalb nach dem Dezember 2011 keine vertrauensärztliche Untersuchung mehr erfolgte, nachdem sie in den Jahren 2012 und 2013 so häufig krank gewesen sei.

Gemäss § 58bis Abs. 2 PG können bei länger dauernder Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfall periodisch weitere Arztzeugnisse verlangt oder Untersuchungen durch die Kantonsärztin oder den Kantonsarzt oder durch Spezialistinnen oder Spezialisten angeordnet werden.

§ 58bis Abs. 2 PG ist eine Kann-Bestimmung. Die bzw. der Arbeitgebende hat also keine Verpflichtung, eine vertrauensärztliche Untersuchung anzuordnen. Der Verzicht auf eine vertrauensärztliche Untersuchung hat allerdings zur Folge, dass grundsätzlich auf die von der Beschwerdeführerin abgegebenen Arztzeugnisse abzustellen ist (sog. «Anscheinsbeweis»), solange nicht begründete Zweifel an deren Richtigkeit geweckt wurden. Vorliegend besteht kein Anlass, die überreichten Arztzeugnisse

anzuzweifeln, nachdem die Beschwerdegegnerin die Richtigkeit der Zeugnisse nie bestritten hat (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 12 zu Art. 324a/b OR).

3.6. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung zu 100 % arbeitsunfähig war, so dass die Kündigung während der Sperrfrist gemäss § 11 Bst. c PG erfolgte. Die Kündigung erweist sich demzufolge grundsätzlich als nichtig, es sei denn, die in § 11 PG genannten Vorbehalte wären anwendbar. Eine fristlose Entlassung aus wichtigen Gründen, die auch während einer Sperrfrist zulässig wäre, hat die Beschwerdegegnerin nicht ausgesprochen. Im Weiteren ist nicht erkennbar und wird von der Beschwerdegegnerin auch nicht geltend gemacht, dass die Krankheit bzw. die Arbeitsunfähigkeit durch die Beschwerdeführerin selbst verschuldet worden wäre. Damit ist keiner der beiden Vorbehalte, die eine Kündigung trotz Sperrfrist zulassen würden, erfüllt und es bleibt bei der Nichtigkeit der Kündigung. Die Kündigung wurde somit während einer Sperrfrist ausgesprochen, ist deshalb nichtig und entfaltet keinerlei Rechtswirkungen. Dies bedeutet, dass das Arbeitsverhältnis mit der Beschwerdeführerin weiterhin bestand und erst nach Ablauf der Sperrfrist von 90 Tagen – d.h. ab dem 27. April 2013 – gekündigt werden konnte, wobei bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Lohnfortzahlungspflicht im Krankheitsfall gemäss § 58 PG bestehen bleibt. Die Beschwerde erweist sich damit insofern als begründet, als die Kündigung als nichtig zu betrachten ist. Eine Entschädigung infolge missbräuchlicher Kündigung ist aber nicht zuzusprechen, denn bei diesem Ausgang des Verfahrens kann und muss offen bleiben, ob die Kündigung auch rechtsmissbräuchlich im Sinne von § 13 PG zu qualifizieren gewesen wäre.

Entscheid des Regierungsrates vom 9. Juli 2013

§§ 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 Entscheidfindung 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 Geschäftsordung 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 Geschäftsordung 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 Gesamtregierungsrat 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 Entscheidträger aufweist, also der gleichen Verwaltungseinheit angehört oder dieser vorsteht (Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Der Ausstand von Entscheidträgern 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 Ermessensausschöpfung (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 Ferien 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