Kanton Zürich
Staatskanzlei
Rechtsdienst
ZHEntscheid
Publiziert auf www.zhentscheide.zh.ch

Entscheidinstanz:	Gesundheitsdirektion
Geschäftsnummer:	GD_989/2009
Datum des Entscheids:	3. August 2012
Rechtsgebiet:	Personalrecht
Stichwort(e):	vorzeitige Beendigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses Freistellung Kompensation von Ferientagen «Ferienunfähigkeit» infolge Krankheit

verwendete Erlasse:	*Bundesrecht*	*kantonales Recht*
	Art. 321a OR	§ 16 lit. d PG
	Art. 329c OR	§ 15 Abs. 3 VVO
	Art. 329d OR	§ 82 Abs. 2 VVO
	Art. 336c OR	§ 83 VVO

Zusammenfassung (verfasst von der Staatskanzlei)**:**

Dass Ferien während der Dauer der Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen abgegolten werden dürfen (als Ausfluss des Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer sich erholen zu lassen), gilt grundsätzlich auch nach der Kündigung, wenn Ferientage tatsächlich als solche bezogen werden können. Es entspricht der Treuepflicht des Arbeitnehmers, im Falle einer Freistellung (bei voller Lohnzahlung) Ferien zu beziehen, wenn die Freistellungsdauer den noch verbleibenden Ferienanspruch wesentlich übersteigt. Ein tatsächlicher Ferienbezug bei vorzeitiger Beendigung eines befristeten Arbeitsverhältnis ist umso eher möglich, als es an einem einer Kündigung immanenten Überraschungsmoment fehlt.

Krankheit oder Unfall während der Ferien kann zu «Ferienunfähigkeit» führen, wenn wegen Bettruhe, medizinischer Behandlungen, regelmässigem Arztbesuch über längerer Zeit, Spitalaufenthalt oder allgemeinem Unwohlsein eine Entspannung und Erholung nicht eintreten kann. Die Beeinträchtigungen müssen ein einigermassen erhebliches Ausmass angenommen haben, um den Ferienzweck vereiteln zu können; Arbeitsunfähigkeit führt nicht in jedem Fall zu Ferienunfähigkeit.

Anonymisierter Entscheidtext (Auszug):

Sachverhalt:

X. [Rekurrent] war in einem zunächst bis 28. Februar ****, später bis 31. Mai **** verlängerten befristeten Arbeitsverhältnis beim Betrieb Y. angestellt. Am 14. April **** erliess Y. [Rekursgegner] eine Austrittsverfügung «Auflösung im gegenseitigen Einvernehmen». Es führte darin an, das Arbeitsverhältnis von X. werde unter Verdankung der geleisteten

Dienste gemäss Aktennotiz vom 8. April **** im gegenseitigen Einvernehmen auf den 8. April **** aufgelöst.

Nach einem ersten Rechtsgang, in dem die erste Austrittsverfügung aufgehoben worden war, wurde in der neuen Austrittsverfügung festgelegt, dass der Rekurrent ab sofort die restlichen Ferientage beziehe und die vorhandenen Mehrzeit- und Überzeitguthaben kompensiere; für die verbleibende Zeit bis zum Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses am 31. Mai **** werde er freigestellt.

Im Rekurs gegen diese Verfügung wird beantragt, es sei unter teilweiser Aufhebung der angefochtenen Verfügung der gesamte Lohn, inklusive Ferienguthaben bis zum Ende des Anstellungsverhältnisses am 31. Mai ****, vollumfänglich auszuzahlen.

Erwägungen:

[…]

4. [Parteivorbringen]

5. Was die Freistellung an sich betrifft, ist diese in Übereinstimmung mit der Beurteilung des PA vorliegend nicht zu beanstanden. Eine befristete Anstellung endet zwar ohne Kündigung mit Ablauf der vereinbarten Dauer (§§ 13 und 16 lit. b des Personalgesetzes vom 27. September 1998 [PG]); im Einzelfall ist aber die Möglichkeit einer vorzeitigen Auflösung in gegenseitigem Einvernehmen (§§ 16 lit. c, 23 PG) ebenso gegeben wie auch eine analoge Anwendbarkeit von § 15 Abs. 2 der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz (VVO), wonach Angestellte in begründeten Fällen (z.B. bei klarem Vertrauensverlust oder erheblichen Zusammenarbeitsproblemen im Team) während der Kündigungsfrist ohne Einfluss auf die Lohnfortzahlung (aber unter eventueller Anrechnung eines anderweitig verdienten Lohnes) freigestellt werden können (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 12. Januar 2011 [PB.2010.00005], E. 6.2; ALFRED BLESI, Die Freistellung des Arbeitnehmers, 2. Auflage, Zürich 2010, N. 56). Eine solche Freistellung wird schriftlich verfügt oder vereinbart (§ 15 Abs. 3 VVO). Bei einer Freistellung verzichtet der Arbeitgeber also auf die Arbeitsleistung des Angestellten, bezahlt aber grundsätzlich noch den Lohn.

   Die Freistellung des Rekurrenten im Rahmen der befristeten Anstellung erweist sich daher als rechtlich zulässig.

6. Zunächst ist die Frage der Kompensation von Ferientagen durch eine Freistellung zu klären.

a) Wird ein Angestellter – am häufigsten nach Kündigung in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis – freigestellt, stellt sich die Frage, ob die noch unbezogenen Ferientage mit der arbeitsfreien Zeit während der Freistellung zu kompensieren sind, selbst wenn keine entsprechende Anweisung des Arbeitgebers erfolgt (vgl. BGE 128 III 271 4a.). Meist bestehen denn im Zeitpunkt der Freistellung noch unbezogene Ferientage; zudem wächst der Ferienanspruch während der Freistellung weiter an (Blesi, a.a.O., N. 437).

Der Zweck der Ferien liegt in der Erholung des Arbeitnehmers. Der Anspruch auf Ferien hat rechtlich eine Doppelnatur. Einerseits stellt er eine Forderung des Arbeitnehmers dar; andererseits ist er als Ausfluss der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers anzusehen. Die Ferien dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geld abgegolten werden, sondern sind tatsächlich zu beziehen (Urteil des Bundesgerichts 4A_11/2011 vom 16. Mai 2011, E. 1.2., BGE 128 III 271 E. 4.a/aa S. 280). Dieser Grundsatz gilt sowohl im Privatrecht (Art. 329d Abs. 2 OR) als auch im öffentlichen Recht; gemäss § 83 Abs. 1 VVO dürfen nicht bezogene Ferien grundsätzlich nicht in bar abgegolten werden.

b) Auch nach einer Kündigung gilt grundsätzlich das Abgeltungsverbot. Kommt es in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis nach erfolgter Kündigung zu einer Freistellung, erachtet das Bundesgericht die nach wie vor bestehende Treuepflicht des Arbeitnehmers nach Art. 321a OR als massgebend dafür, ob Ferien während der Freistellung zu beziehen sind (BLESI, a.a.O., N. 443). Diese Überlegung gilt gleichermassen auch im öffentlichen Personalrecht, da die kantonalen Angestellten ebenso eine Treuepflicht haben; gemäss § 49 PG haben sie die ihnen übertragenen Aufgaben sorgfältig und gewissenhaft auszuführen und die Interessen des Kantons in guten Treuen zu wahren. Dazu gehört auch, die verbleibenden Ferientage möglichst während der Freistellung zu beziehen. Dieser Gedanke liegt auch § 83 Abs. 1 lit a VVO zu Grunde, erlaubt diese Bestimmung eine ausnahmsweise Abgeltung doch nur dann, wenn die Ferien aus dienstlichen oder triftigen persönlichen Gründen nicht mehr vor Ablauf der Kündigungsfrist bezogen werden können.

Aus der Treuepflicht lässt sich also das Gebot ableiten, dem Arbeitgeber während der Freistellung nunmehr nutzlos entstehende Kosten in zumutbarem Umfang zu mindern. Stehen dem Arbeitnehmer während der Freistellung freie Tage zur Verfügung, die er wie Ferientage nutzen kann, so soll er sie und damit auch ohne ausdrückliche Weisung des Arbeitgebers entsprechend verwenden, so dass sich dadurch sein Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber vermindert und diesem weniger Kosten entstehen. Indessen kommt auch in diesem Falle dem Anspruch des Arbeitnehmers auf Stellensuche Vorrang zu. Zu berücksichtigen ist auch, welche Partei die Kündigung ausgesprochen hat; hat der Arbeitnehmer die Kündigung ausgesprochen, so ist ihm ein Bezug seines verbleibenden Ferienanspruchs grundsätzlich zuzumuten. Ist nicht erstellt, ob die Ferientage während der Freistellung tatsächlich bezogen werden können, ist das Verhältnis von Freistellungs- zu Ferientagen zu berücksichtigen. Der zahlreichen Rechtsprechung zufolge gilt der Ferienanspruch als kompensiert, wenn die Freistellungsdauer den noch verbleibenden Ferienanspruch wesentlich übersteigt (BGE 128 III 271 E. 4a/bb f. S. 281, zur Schadenminderungspflicht im Besonderen 129 III 380 [4C.67/2003] E. 4.2 [nicht publiziert]; BLESI, a.a.O., N. 454, 464).

Die Kompensation von Ferientagen durch eine Freistellung stellt sodann keine geldmässige Abgeltung der Ferien im Sinne von Art. 329d Abs. 2 OR bzw. § 83 Abs. 1 VVO dar. Es handelt sich vielmehr um eine Naturalabgeltung, denn die Ferientage können während der Freistellung tatsächlich als solche bezogen werden (BLESI, a.a.O., N. 448).

c) Eine solche Schadenminderungspflicht überzeugt, denn der Arbeitnehmer erhält während der Dauer der Freistellung den Lohn, ohne eine Arbeitsleistung zu vollbringen. Soll ein Arbeitnehmer nach erfolgter Kündigung in Freistellung die ihm zustehenden Ferientage nach Möglichkeit beziehen, muss dies nun umso mehr bei einer Freistellung im Rahmen eines befristeten Arbeitsverhältnisses, dessen Ablauf in naher Zukunft steht und schon längst feststeht, gelten. Dies deshalb, weil der Arbeitnehmer (wie in vorliegendem Fall) bei einer Freistellung wenige Wochen vor Ablauf der befristeten Anstellung längst darum weiss, dass er das restliche Ferienguthaben innert der verbleibenden Zeit beziehen muss, und, entsprechend seiner Treuepflicht, den Bezug des Ferienguthabens mit den betrieblichen Bedürfnissen rund um den Abschluss der befristeten Anstellung koordinieren muss. Folglich fehlt es an einem der Kündigung immanenten, auch auf die Ferienplanung auswirkenden Überraschungsmoment; der Arbeitnehmer kann und muss bei einer Befristung seine Ferien also frühzeitig planen, vorbereiten sowie Bemühungen für eine neue Arbeitsstelle anstrengen und koordinieren und wird diesbezüglich durch eine Freistellung nicht überrascht. Im Weiteren geniesst auch der Vorrang der Arbeitssuche insofern keine massgebliche Bedeutung, als sich bei einem befristeten Anstellungsverhältnis bereits aus dieser Endlichkeit heraus und unabhängig von einer Freistellung schon frühzeitig die Notwendigkeit der Arbeitssuche ergibt. Schliesslich kann gerade auch in einem befristeten Arbeitsverhältnis die Möglichkeit eintreten, dass die Freistellung bessere Möglichkeiten zum Ferienbezug erlaubt, da andernfalls immer auch betriebliche Bedürfnisse die zeitliche Ferienplanung des einzelnen Arbeitnehmers einschränken können.

d) Der Rekurrent wies am 8. April ***, dem Datum der im Nachgang aufgehobenen fristlosen Kündigung (bzw. nachmaligen Freistellung) ein Guthaben von 14 Tagen (à 6,75 Stunden) auf. Bis Ende Mai **** lief dieses Guthaben auf etwas weniger als 17 Tage auf, also etwas über drei Wochen. Vor der vermeintlichen Aufhebung des Angestelltenverhältnisses wusste der Rekurrent im damaligen Zeitpunkt (d.h. bis zum 8. April ****), dass er sein Ferienguthaben in der Höhe von rund drei Wochen in der verbleibenden Anstellungsdauer bis Ende Mai ****, einem Zeitraum von etwas weniger als acht Wochen, beziehen und diese Ferienzeit auch mit den betrieblichen Bedürfnissen und der Stellensuche koordinieren musste. Die Kompensation ist daher grundsätzlich gerechtfertigt. Dies gilt umso mehr, als die Freistellung schon ursprünglich dem Ansinnen des Rekurrenten entsprochen hatte; bei einem solchen Willen wäre es treuwidrig gegenüber dem Rekursgegner, über die Freistellung hinaus die Auszahlung des Ferienguthabens zu verlangen. Im Übrigen liegt vorliegend das Verhältnis Ferienguthaben (rund drei Wochen) zu Freistellungsdauer (mehr als siebeneinhalb Wochen) durchaus im Bereich dessen, was bei einer bei Freistellung nach Kündigung stets auch zu berücksichtigenden Verhältnisprüfung Ferienguthaben – Freistellungsdauer von der Gerichtspraxis als kompensationszulässig erachtet wird.

e) Der Rekursgegner ist also im Grundsatz zu Recht von der Annahme ausgegangen, das allfällige Ferienguthaben würde mit der (rückwirkenden) Freistellung abgegolten. Auch die Folgerung, das bereits ausbezahlte Ferienguthaben werde mit dem nachzuzahlenden Lohn verrechnet, erweist sich daher grundsätzlich als korrekt. Dies bedarf jedoch noch nachfolgender Präzisierung.

7.a) Wegen des grundsätzlichen Abgeltungsverbots bedarf eine Abgeltung – im engen Rahmen des Abgeltungsmöglichen (§ 83 Abs. 1 lit. a und b VVO) – immer einer Bewilligung der Direktion (§ 83 Abs. 2 VVO). Die ursprüngliche Anordnung betreffend Ferienauszahlung nach fristloser Auflösung des Arbeitsverhältnisses erging als Anwendungsfall von § 83 Abs. 1 lit. a VVO daher in einer Verfügung der Gesundheitsdirektion auf Antrag des Rekursgegners. Demgegenüber fällt die Anordnung einer Kompensation von Ferientagen im Rahmen einer Freistellung in die Kompetenz der verfügenden Instanz, da nach dem vorstehend Ausgeführten die Kompensation des Ferienguthabens durch eine Freistellung als Naturalabgeltung nicht unter das Abgeltungsverbot fällt. Grundsätzlich erweist sich daher die vorliegende Verrechnung des Rekursgegners ohne Einverständnis der Direktion rechtmässig. Soweit dieser aber in der angefochtenen Verfügung den Ferienbezug innerhalb der Freistellungsdauer anordnete («Mit Beginn der Freistellung bezieht Herr […] die restlichen Ferientage und kompensiert allfällig vorhandene Mehrzeit- und Überzeitguthaben»), kommt dies inhaltlich einer Aufhebung der ursprünglichen Ferienauszahlung gleich. Formell wurde die Verfügung indessen – obwohl dies im Begleitschreiben an den Rechtsvertreter so umschrieben wurde – nicht aufgehoben. Da ein Rechtsakt nur von der verfügenden oder übergeordneten Instanz aufgehoben werden kann (vgl. etwa ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010, N. 996), konnte der Rekursgegner als nur antragsstellende Instanz diese Verfügung formell auch gar nicht aufheben. Die Verfügung ist daher an dieser Stelle von Amtes wegen noch aufzuheben.

b) Die Verrechnung des nachzuzahlenden Lohnes mit dem bereits ausbezahlten Ferienguthaben in der Lohnabrechnung war indes nicht nur wegen der ausstehenden Aufhebung der Verfügung vom 21. April **** nicht korrekt, sondern – streng genommen – auch infolge Anfechtung der zu Grunde liegenden [späteren] Verfügung. Da es sich dabei aber um eine provisorische, in keiner Art und Weise eine allenfalls anderslautende definitive Lohnabrechnung vorwegnehmende Auszahlung handelte und diese Handlung wohl einzig als Entgegenkommen gegenüber dem Rekurrenten bereits schon vor der rechtskräftigen Feststellung der auszuzahlenden Lohnrestsumme zu sehen ist, ist diese (im Sinne des Rekurrenten blosse Teil-)Auszahlung in jenem Zeitpunkt nicht zu beanstanden. Im Falle einer Gutheissung des Rekurses in Form einer festzustellenden Nichtverrechenbarkeit würde dem Rekurrenten indessen insofern kein Rechtsnachteil erwachsen, als die zusätzliche Auszahlung unter Zinsleistung erfolgen würde.

8.a) Somit ergibt sich, dass dem Rekurrenten der Bezug des Ferienguthabens während der Dauer der Freistellung grundsätzlich möglich war, und dies namentlich auch ohne Ankündigungsfrist für den Bezug der Ferien. Folglich bleibt nun zu prüfen, inwiefern die geltend gemachte Krankheit diesen Ferienbezug während der Freistellung verunmöglichte bzw. inwiefern die Ferienfähigkeit des Rekurrenten aufgrund der vorgebrachten Umstände zu verneinen ist. Wie es sich mit Bezug auf das verbleibende Ferienguthaben verhält, wenn der Arbeitnehmer während der Dauer einer Freistellung erkrankt, bedarf dabei ebenfalls einer differenzierten Beurteilung.

b) Ob die Krankheit eines Angestellten im Zeitpunkt einer Freistellung deren Anordnung oder Vereinbarung überhaupt entgegensteht, trägt vorliegend keine massgebliche

Bedeutung, zumal dies der Rekurrent auch nicht geltend macht. Es handelt sich um eine einvernehmliche Freistellung, d.h. der Rekurrent selbst hatte gemäss Aktennotiz vom 8. April **** im gleichentags erfolgten Gespräch um sofortige Freistellung ersucht. Sodann ging auch der gleiche Wille aus seiner Rekursschrift [im ersten Rechtsgang] hervor, und auch im jetzigen Rekursverfahren beanstandet er die in der angefochtenen Verfügung u.a. angeordnete Freistellung an sich nicht. Der Rekurrent bekundete also auch im Nachhinein mehrfach seinen entsprechenden Willen.

Zudem verfängt es etwa auch nicht, die Bestimmung über den Kündigungsschutz in Art. 336c OR beizuziehen, die auch im öffentlichen Personalrecht gilt (§ 20 PG). Demgemäss ist eine durch den Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung, während der Arbeitnehmer wegen Krankheit an der Arbeitsleistung verhindert ist, nichtig (Abs. 2). Dabei handelt es aber nur um einen einseitigen zeitlichen Kündigungsschutz bei Krankheit zulasten des Arbeitgebers (d.h. bei Kündigung des Arbeitgebers), der überdies nur in einem unbefristeten, nicht aber in einem befristeten Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Diese Bestimmung wurde nicht eingeführt, weil der Gesundheitszustand den Mitarbeitenden im Zeitpunkt des Erhalts der Kündigung daran hindert, eine andere Anstellung zu suchen, sondern weil eine Anstellung durch einen neuen Arbeitgeber nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist wegen der Unsicherheit in Bezug auf die Dauer und den Grad der Arbeitsunfähigkeit sehr unwahrscheinlich ist (BGE 128 III 212 E. 2c [= Pra 91 (2002) Nr. 153], ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2006, Art. 336c N. 2). Wo das Arbeitsverhältnis aber befristet ist, ist dieser Schutzgedanke von Vornherein ausgeschaltet. So endet die befristete Anstellung auch dann am vereinbarten Datum, wenn der Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt krank ist. Derweil bezieht sich die Nichtigkeit gemäss Art. 336c OR nur auf die Kündigung an sich, nicht aber auf eine Freistellung für die verbleibende Vertragsdauer (BLESI, a.a.O., N. 518).

Ist in einem befristeten Arbeitsverhältnis bei Krankheit des Arbeitnehmers mangels zeitlichem Kündigungsschutz eine Kündigung durch den Arbeitgeber also möglich, muss a maiore minus auch eine Freistellung erlaubt sein. Ist es zudem einem Arbeitnehmer nicht verwehrt, trotz Krankheit eine Kündigung auszusprechen, ist es ihm (unabhängig davon, ob es sich um unbefristetes oder befristetes Arbeitsverhältnis handelt) umso mehr möglich, trotz Krankheit in eine Freistellung einzuwilligen oder diese sogar zu beantragen. Selbst bei Krankheit des Rekurrenten im fraglichen Zeitpunkt (8. April ****) hätte dies der Freistellung an sich grundsätzlich nicht entgegengestanden und keine Verlängerung des befristeten Angestelltenverhältnisses zur Folge gehabt.

c) Tritt ein Krankheitsfall während der laufenden Kündigungsfrist und der Freistellungsdauer ein, unterbricht dies in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis den Ablauf der Kündigungsfrist (Sperrfrist, Art. 336c Abs. 2 OR) und zieht die Verlängerung der Freistellungsdauer nach sich, vorausgesetzt, der Arbeitnehmer bietet nach Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit seine Arbeit an (STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, Teilband V 2c, 3. Aufl., Zürich 1996, Art. 336c N. 19f.). Dies gilt wiederum aber auch nur für den Fall der Kündigung durch den Arbeitgeber, bei welcher der Arbeitnehmer den zeitlichen Kündigungsschutz nach Art. 336c OR geniesst. Geht die Kündigung hingegen vom Arbeitnehmer aus, trägt dieser grundsätzlich das Risiko hin-

sichtlich allfälligem Krankheitseintritt nach Kündigung; es tritt also nicht per se eine Verlängerung der Kündigungsfrist und damit auch der Freistellung, die einen späteren Ferienbezug ermöglichen würden, ein. Die nach erfolgter Freistellung eingetretene Krankheit berührt die Freistellung an sich also nicht. Dies gilt (analog) auch bei einem befristeten Arbeitsverhältnis. Die geltend gemachte Krankheit bzw. bescheinigte Arbeitsunfähigkeit hat vorliegend demnach nicht etwa per se die Verlängerung der Befristung des Angestelltenverhältnisses zur Folge. Daran ändert auch nichts, dass die Freistellung, bedingt durch den Verfahrensausgang im ersten Rekursverfahren, rückwirkend angeordnet wurde. Indessen bleibt jedoch zu prüfen, ob die geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit auch Ferienunfähigkeit miteinschliesst (BLESI, a.a.O., N. 457). Dies würde letztlich dazu führen, dass im nachgewiesenen Umfang der nicht bezogene Ferienanspruch doch ausbezahlt werden müsste.

9.a) Nach den vorstehenden Ausführungen (Erw. 6) war es gerechtfertigt, die verbleibenden Ferientage mit der Freistellung zu kompensieren. Bleibt innerhalb der Freistellung ein Bezug von Ferientagen möglich, ist, wie der Rekurrent grundsätzlich zu Recht vorbringt, im Anwendungsfall folglich auch die Bestimmung zum verunmöglichten Ferienbezug gemäss § 82 Abs. 2 VVO zu berücksichtigen. Demgemäss werden Krankheits- und Unfalltage während der Ferien, die mit einem ärztlichen Zeugnis belegt sind, nicht als Ferien gerechnet. Dieser Grundsatz gilt auch – obwohl gesetzlich nicht ausdrücklich festgelegt – im Privatrecht. Krankheit, Unfall und andere unverschuldete Arbeitsverhinderungen des Arbeitsnehmers während der Ferien vereiteln normalerweise den Erholungszweck der Ferien, weshalb die Zeit der Arbeitsverhinderung gewöhnlich nicht an die Ferien angerechnet werden kann, sondern vom Arbeitgeber zu entlöhnen ist. Bei Ferienunfähigkeit ist zumeist Arbeitsunfähigkeit gegeben; aber Arbeitsunfähigkeit bedingt nicht immer Ferienunfähigkeit. Entscheidend ist, ob der Arbeitnehmer durch Krankheit oder Unfall ferienunfähig geworden ist, ob also sein Zustand der Erholung entgegensteht oder nicht. Ferienunfähigkeit liegt vor, wenn wegen Bettruhe, medizinischer Behandlungen, regelmässigem Arztbesuch über längerer Zeit, Spitalaufenthalt oder allgemeinem Unwohlsein eine Entspannung und Erholung nicht eintreten kann. Die Beeinträchtigungen müssen ein einigermassen erhebliches Ausmass angenommen haben, um überhaupt den Ferienzweck vereiteln zu können (Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 28. Mai 2008 [PB.2007.00055] E. 3.4., Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 17. Oktober 2007 [AN070151], Entscheid der Gesundheitsdirektion vom 4. Januar 2006 [ID 955-2005], E. 3, in: zhentscheide.zh.ch; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2006, Art. 329c OR N. 15, MANFRED REHBINDER, Berner Komm. VI 2/2/1, 1985, OR 329a N 5, BLESI, a.a.O., N. 457; Mitbericht PA).

b-d) [Ausführungen zu Verlauf und Schwere der Erkrankung des Rekurrenten]

e) Damit ist davon auszugehen, der Erholungszweck der Ferien sei vorliegend durch die Krankheit des Rekurrenten nicht verhindert worden. Dieser macht auch nicht in sonst einer Weise geltend, er habe nach der Entlassung aus der Klinik in einer eine Erholung einschränkenden Häufigkeit Arzt- oder Spitalbesuche vornehmen müssen oder sei bettlägerig gewesen. Die den Zeitraum bis zum nächsten Klinikeintritt abdeckende ärztliche Bescheinigung vom 8. Juni **** ist im Lichte der Tatsache, dass sich der Rekurrent gemäss entsprechendem Hinweis im Austrittsbericht nach dem Austritt

um eine zuvor schon anvisierte Langzeitbehandlung in der [Klinik] erneut bemühen wollte und diese stationäre Behandlung schliesslich vom 29. Juni bis 9. Oktober **** gemäss Bestätigung der [Klinik] vom 8. Oktober **** auch stattfand, als überbrückende Erholungsphase zu würdigen. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass die Arbeitsunfähigkeit des Rekurrenten keine Ferienunfähigkeit zur Folge hatte und daher den Erholungszweck der Ferien nicht vereitelte (so auch Mitbericht PA). Angesichts des folgenden längeren Klinikaufenthaltes drängten sich in dieser Phase auch keine Stellenbemühungen auf, die den Rekurrenten in gewissem Umfang von der Erholung hätten abhalten können. Der Rekurrent macht denn vorliegend auch nicht geltend, er hätte zu wenig Zeit für die Stellensuche gehabt oder hätte sich um eine Stelle bemühen müssen.

f) Somit kann festgehalten werden, dass dem Rekurrenten ab dem 9. Mai **** bis zum Ablauf der befristeten Anstellung am Ende des Monats grundsätzlich Zeit verblieb, das Ferienguthaben von (bis Ende Mai ****) knapp und damit aufgerundet 17 Tagen à 6,75 h zu beziehen. Der Rekursgegner ist daher im Grundsatz zu Recht vom Bezug der Ferientage bis Ende Mai **** ausgegangen. Indes drängen sich folgende Überlegungen zur genauen Berechnung auf:

10.a) Der Rekurrent hatte einen Beschäftigungsgrad von 80,36%, seine Dienstzeit richtete sich nach einem Einsatzplan. Gemäss den Monatsabrechnungen wich seine monatliche «Regelarbeitszeit» (nach Einsatzplan) nicht von der monatlichen Sollarbeitszeit ab. Zur wöchentlichen und täglichen Verteilung der Arbeitszeit ist zu bemerken, dass der Rekurrent zwar an einigen Tagen eine Regelarbeitszeit von 8,4 Stunden anstelle von 6,75 Stunden aufwies. Als Ausgleich hatte er im Monat durchschnittlich einen Frei-Tag mehr. Jedenfalls wichen die Einsatzpläne bis im April **** jeweils nur unwesentlich von einer regelmässigen Verteilung der Arbeitszeit auf fünf Tage in der Woche ab. Für die Berechnung der noch verbleibenden Freistellungstage kann daher von durchschnittlich fünf Arbeitstagen à 6,75 Stunden ausgegangen werden.

Bei einer Regelarbeitszeit von 6,75 Stunden pro Arbeitstag standen dem Rekurrenten nach Ablauf der Ferienunfähigkeit vom 9. Mai **** bis 31. Mai **** unter Berücksichtigung der Feiertage (Auffahrt) 14 Freistellungstage für den Ferienbezug zur Verfügung. Da die Freistellungszeit für den Ferienbezug in Arbeitstagen zu berechnen ist, weil auch die Ferien in Arbeitstagen ausgewiesen sind (vgl. BGE 128 III 271 E. 4b S. 283), standen dem Rekurrenten nicht genügend Freistellungstage zur Verfügung, an denen er hätte Ferien beziehen können, das heisst es verbleiben damit konkret noch drei Tage, die er nicht beziehen konnte. Diese sind ihm daher zu vergüten.

b) Die Fälligkeit der Lohnforderung ist im Sinne von Art. 339 Abs. 1 OR mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 1. Juni **** eingetreten. Demnach ist die Verzugszinsforderung ab diesem Datum ausgewiesen.

c) Die weitere Anordnung in der angefochtenen Verfügung, allfällig vorhandenes Mehrzeit- und Überzeitguthaben gelte als kompensiert, trägt angesichts des ausgeglichenen Saldos per 8. April **** keine eigentliche Bedeutung mehr und ist lediglich deklaratorischer Natur.

11.a) Der Rekurs ist somit teilweise gutzuheissen, im Übrigen aber abzuweisen. […]

Die Gesundheitsdirektion v e r f ü g t :

I. Der Rekurs von X. […] betreffend Austrittsverfügung (Ende befristete Anstellung) wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutheissen. [Rekursgegner] wird dementsprechend verpflichtet, X. innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides den Lohnanteil für drei Arbeitstage (inkl. Anteil 13. Monatslohn) nebst Zins zu 5% seit 1. Juni **** auszuzahlen.

[…]

© 2014 Staatskanzlei des Kantons Zürich