# Aggressiver Arbeitgeber Staat

geschrieben von Urs Stauffer | November 23, 2018

**Ist es richtig, dass der öffentliche Arbeitgeber mit externen Anwältinnen und Anwälten auf seine eigenen Mitarbeitenden losgeht? Ist es richtig, dass der Arbeitgeber Staat den Mitarbeitenden sämtliche Kosten auferlegt? Ist es richtig, dass sich ein Mitarbeitender faktisch nicht mehr wehren kann, weil die Kostenrisiken immens sind. Wir glauben nein.**

Arbeitsrechtliche Auseinandersetzungen sind nicht zu vermeiden. Früher hat der Staat seine Sache selbst vertreten, weil er auf viele Mitarbeitende, unter ihnen auch Juristinnen und Juristen, zurückgreifen konnte. Er hat es vermieden, externe Anwälte zu beschäftigen, um gegen seine eigenen Mitarbeitenden anzutreten. Diese Tugend ist vielerorts in Vergessenheit geraten. Man glaubt, berechtigt zu sein, den Mitarbeitenden mit Anwälten gegenüberzutreten, die zunächst aus der Staatskasse und deshalb mit Steuergeldern finanziert werden. Steuergelder nota bene, zu denen der betroffene Mitarbeitende ebenfalls seinen Beitrag geleistet hat. Bekommt der Mitarbeitende nicht recht, bezahlt er alles: die Verfahrenskosten, den Anwalt des Staates und die eigene Vertretung – ein ruinöses Szenario.

## Eklatantes Ungleichgewicht

Das Ungleichgewicht zwischen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite, vor allem in wirtschaftlicher Hinsicht, ist eklatant. Das stört manchen Arbeitgeber aber nicht mehr.

Erschwerend tritt hinzu, dass auch die verfahrensrechtlichen Regeln die Arbeitnehmenden im öffentlichen Dienst nicht mehr schützen. So werden etwa im Kanton Aargau Mitarbeitende von Gemeinden ohne die Möglichkeit eines Schlichtungsverfahrens direkt in das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren verwiesen, wenn sie sich gegen eine unrechtmässige Entlassung

wehren wollen.

Ein Klageverfahren heisst Kosten. Ein Klageverfahren heisst auch, dass man die Anwaltskosten der Gegenseite bezahlen muss, wenn man verliert. Gegenseite ist der Staat, der externe Anwälte miteinbezieht, obwohl dies gestützt auf die Fachkompetenz, über die er verfügt, nicht nötig wäre. Das Klageverfahren muss angestrengt werden, ohne dass vorher eine Schlichtungsverhandlung möglich wäre.

Damit wird der Arbeitnehmer bewusst ins Risiko gesetzt. Für ihn ist der Ausgang des Verfahrens nicht nur wegen der Streitsache an sich entscheidend, sondern auch mit Bezug auf die Kosten. Auf der anderen Seite setzt sich der Staat kostenintensiv zur Wehr, ohne grössere wirtschaftliche Risiken. Dieses Ungleichgewicht ist erheblich und störend und im Grunde genommen mit Blick auf die Rechtsgleichheit verfassungswidrig.

Im Kanton Glarus etwa beschäftigt der Kanton eine externe Zürcher Anwältin, um einen 59-jährigen, langjährigen Mitarbeitenden des Kantons zu demütigen. Der Mitarbeitende hat nota bene gar nichts falsch gemacht, sondern soll in Folge einer Reorganisation aus dem Amt entfernt werden. Weshalb es dann nötig ist, eine externe Anwältin zu verpflichten, um dem eigenen Mitarbeitenden klarzumachen, dass er eigentlich gar nichts kann, überflüssig ist und nicht mehr gebraucht wird, ist wenig einsichtig.

Dasselbe gilt für eine 63-jährige Lehrperson, die für eine mittelgrosse Stadt tätig war und sieben Jahre lang in befristeten Arbeitsverhältnissen gehalten wurde; danach wollte der Arbeitgeber nicht mehr verlängern und bediente sich eines externen Anwalts, um seine Interessen durchzusetzen. Mangels eines Schlichtungsverfahrens musste der betreffende Mitarbeitende direkt vor dem Verwaltungsgericht klagen. Bekommt der Mitarbeitende nicht recht, bezahlt er alles: seine eigene Vertretung, die Gerichtsgebühren, den externen Anwalt

des ehemaligen Arbeitgebers (im erstinstanzlichen Verfahren musste der Mitarbeitende dem staatlichen Arbeitgeber bereits über CHF 16’000 ersetzen). Verliert der Arbeitgeber, bezahlt er auch, aber aus der Staatskasse: Die Vorgesetzten, die unrechtmässig entlassen haben, werden nicht in die Pflicht genommen. Bezahlen müssen sie schon gar nichts. Ist das richtig? Würden Sie sich unter diesen Umständen noch gegen Entscheide des Arbeitgebers wehren?

## Kostenlose erstinstanzliche Verfahren

Die meisten öffentlichen Arbeitgeber verhalten sich fair. Es gibt aber einige, die dies nicht tun. Es ist deshalb gerechtfertigt, sich dahingehend zu engagieren, dass erstinstanzliche arbeitsrechtliche Streitigkeiten im öffentlichen Dienst nicht zu Kosten führen dürfen, egal ob sie nun auf dem verwaltungsinternen Beschwerdeweg oder in einem verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren ausgetragen werden. Die verfahrensrechtliche Organisation des Rechtsschutzes ist ohnehin nicht etwas, auf das der Mitarbeitende Einfluss hat.

Im privaten Arbeitsvertragsrecht gibt es die kostenlose Schlichtung bei staatlichen Behörden. Zudem sind die Verfahren bis zu einem Streitwert von (mindestens) CHF 30’000 kostenfrei – hinsichtlich der Parteikostenentschädigung sind die Kantone frei, zu regeln wie sie wollen. Das wird unter anderem damit begründet, dass der Arbeitnehmer in der Regel die schwächere Partei ist. Umso mehr müsste dies im öffentlichen Verfahrensrecht gelten. Der Staat verfügt über erhebliche Ressourcen und finanzielle Mittel, um solche Aufgaben zu lösen; im privaten Arbeitsvertragsrecht gibt es zahlreiche kleine Unternehmen, die wirtschaftlich schwach sind, teilweise sogar schwächer als der Arbeitnehmende selbst, und trotzdem gilt diese Regelung. Dass man den Staat finanziell vor seinen Mitarbeitenden schützen muss, ist keine nachvollziehbare Überlegung. Schwer erträglich ist auch, dass der betroffene Mitarbeitende in der Regel den Gegner mitfinanziert.

Eine sozialverträgliche Ausgestaltung des Rechtsschutzes ist deshalb dringend geboten. Dringend geboten ist auch, dass sich öffentliche Arbeitgeber wie etwa der Kanton Glarus, überlegen, ob es tatsächlich nötig ist, externe Anwälte zu beschäftigen, um einen 59-jährigen Mitarbeitenden in die Knie zu zwingen.

---

# Tiefe Zinsen im Vorsorgebereich

geschrieben von Sandra Wittich | November 23, 2018

**Der hypothekarische Referenzzinssatz beträgt 1,5 Prozent und verbleibt damit auf demselben Stand wie der letztmals publizierte Satz. Dieser gilt für die Mietzinsgestaltung in der ganzen Schweiz. Und der Bundesrat hat den BVG-Mindestzinssatz für das kommende Jahr bei (tiefen) 1 Prozent belassen. Der Technische Zinssatz wird weiterhin fleissig mach unten korrigiert. Gute Nachrichten?**

Der hypothekarische Referenzzinssatz sowie der zugrunde liegende Durchschnittszinssatz werden vierteljährlich durch das Bundesamt für Wohnungswesen (BWO) bekannt gegeben und die Öffentlichkeit jeweils mit einer Medienmitteilung informiert.

Für die Mietzinsgestaltung wird in der ganzen Schweiz seit 10. September 2008 auf einen einheitlichen hypothekarischen Referenzzinssatz abgestellt. Dieser trat an die Stelle des in den einzelnen Kantonen früher massgebenden Zinssatzes für variable Hypotheken. Die Rechtsgrundlage bildet Artikel 12a der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG).

Der Referenzzinssatz ist für die Vorsorgeeinrichtungen und selbstverständlich nicht nur für diese, eine sehr wichtige

Grösse. Genauso wichtig ist der Referenzzinssatz für alle Mieterinnen und Mieter. Sinkt der Referenzzinssatz, bedeutet dies für alle Anleger mit einem Immobilienportefeuille zusätzlichen Druck auf die Mieten und damit auf ihre Anlagenerträge und unter Umständen auch auf die Bewertung von Liegenschaften. Die Mieterinnen und Mieter dagegen freut’s, weil sie nach geltendem Recht Anspruch auf eine Mietreduktion haben. Genau umgekehrt ist es, wenn der Referenzzinssatz steigt. Des einen Freud, des andern Leid.

Als Arbeitnehmervertreter in einer Pensionskasse schlagen zugegebenermassen zwei Herzen in meiner Brust: Einerseits ist es mir ein Anliegen, dass wir als öffentlich-rechtliche Anstalt attraktiven und auch «günstigen» Wohnraum anbieten können. Auf der anderen Seite haben wir als strategisches Organ einer PK den Auftrag und die Pflicht darüber zu wachen, dass mit dem vorhandenen Vermögen mit möglichst geringen Risiken möglichst hohe Anlageerträge langfristig erzielt werden. Sie ahnen es schon, als Personalvertreter trete ich für faire Mieten ein, aber letztlich entscheidend ist doch die Performance unserer Anlagen. Darin unterscheiden wir uns nicht von anderen Vermietern. Eine Underperformance des Immobilienportefeuilles verursacht durch marktunüblich tiefe Mieten freut einige wenige, trifft jedoch letztlich alle Versicherten. Eine PK soll sicher kein Miethai sein, aber es kann auch nicht Aufgabe einer PK sein, sozialen Wohnungsbau zu betreiben.

Und was hat das mit dem BVG-Mindestzinssatz zu tun? Der BVG-Mindestzins ist der Zinssatz, zudem die Sparkapitalien im Minimum verzinst werden müssen. Ein Mindestzins von 1 Prozent ist meines Erachtens eindeutig keine gute Nachricht. Für die Vorsorgeeinrichtungen selbst erhöht jede Höherverzinsung zwar den Druck auf die Sollrendite und mithin auf den Deckungsgrad. Auf Begehrlichkeiten um Höherverzinsung der Sparkapitalien müssten bei einem verantwortungsbewussten Mitglied des strategischen Organs einer PK daher zuerst mal rote Lämpchen

aufleuchten. Auf der anderen Seite ist es auch so, dass der technische Zinssatz und damit auch die Umwandlungssätze für Renten nach wie vor massiv unter Druck stehen.

Nun, wie hängt das alles zusammen? Eine Vorsorgeeinrichtung darf nur jene Leistungen erbringen, die sie auch langfristig finanzieren kann. Auf der anderen Seite besteht ein gesetzliches Leistungsziel für die erste und zweite Säule. Wenn der sogenannte dritte Sparer (Anlagenerträge) wegbricht, und gleichzeitig der Technische Zins und in der Folge die Umwandlungssätze sinken, kann das Leistungsziel bei kommenden Renten nur gewahrt werden, wenn die Sparbeiträge erhöht werden. Sollte auch noch die AHV unter Druck geraten, wird’s düster im Alter. Ich will jetzt nicht dem Reformpaket Altersvorsorge 2020 nachtrauern. Aber wir müssen zur Kenntnis nehmen, dass es für unsere wirtschaftliche Sicherheit erhöhter Sparbemühungen bedarf, weil uns die «Zinsfeen» offensichtlich nicht günstig gesinnt sind. Und die AHV ist dringend zu stabilisieren. Auch das geht nur über Mehreinnahmen. Ob der sogenannte AHV-Steuerdeal, gegen den bereits das Referendum angekündigt worden ist eine Heilslösung wäre, wage ich zu bezweifeln.

---

# Stärkung des gerichtlichen Rechtsschutzes bei Entlassungen durch den Staat

geschrieben von Sandra Wittich | November 23, 2018

**Mit seinem Urteil 8C_903/2017 vom 12. Juni 2018, welches zur Publikation als Leitentscheid vorgesehen ist, bestätigt das Bundesgericht eine Praxisänderung des Zürcher**

**Verwaltungsgerichts. Sieht das öffentliche Personalrecht eine Weiterbeschäftigung nach einer unrechtmässigen Kündigung vor, muss der Anspruch auf Weiterbeschäftigung von den Gerichten durchgesetzt werden.**

Das Bundesgericht beurteilte den Fall einer Angestellten der Stadt Zürich, die zunächst als Fahrerin für die Verkehrsbetriebe eingestellt worden war und später in die Funktion einer Serviceleiterin wechselte.

Trotz ihrer neuen Funktion wurde sie gegen ihren Willen erneut als Fahrerin eingesetzt und sodann wegen offensichtlichen Anzeichen für fehlende Fahrfähigkeit entlassen.

Das Verwaltungsgericht Zürich hob die Entlassung auf und ordnete die Weiterbeschäftigung an. Damit bestätigte es eine Praxisänderung aus dem Jahr 2014 (Entscheid VB.2013.00792). Bis dahin hatte das Verwaltungsgericht daran festgehalten, dass es selbst bei einer unrechtmässigen Kündigung keine Weiterbeschäftigung anordnen, sondern nur eine Entschädigung zusprechen kann.

Die Stadt Zürich focht den Entscheid des Verwaltungsgerichts und die Praxisänderung beim Bundesgericht an. Dieses hat den Entscheid und die Praxisänderung nun bestätigt: Die Rechtsweggarantie der Bundesverfassung (Art. 29a BV) verlangt einen wirksamen Rechtsschutz durch ein Gericht. Das setzt voraus, dass das Gericht unrechtmässige Anordnungen aufheben und den rechtmässigen Zustand wiederherstellen kann. Wenn ein kommunales Personalrecht – wie jenes der Stadt Zürich – bei einer unrechtmässigen Kündigung einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung vorsieht, so können und müssen die zuständigen Gerichte diesen Anspruch durchsetzen.

Mit dem Entscheid bestätigt das Bundesgericht die neue Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichts und stärkt – über Stadt und Kanton Zürich hinaus – den Rechtsschutz des Personals im öffentlichen Dienst: Wenn der Gesetzgeber im öffentlichen

Personalrecht einen Beschäftigungsanspruch vorsieht, müssen die Gerichte diesen Anspruch bei einer unrechtmässigen Entlassung durchsetzen und dürfen sich nicht auf Entschädigungsansprüche beschränken.

Das bedeutet handkehrum für öffentliche Arbeitgeber, dass sie nun ihre personalrechtlichen Erlasse darauf überprüfen sollen, ob sie sich die darin erfassten Ansprüche in jedem Fall entgegenhalten lassen möchten.

---

# Bestimmung des Zeitpunkts des Ferienbezugs

geschrieben von Sandra Wittich | November 23, 2018

**Die betriebsinterne Ferienplanung bzw. die Bestimmung des jeweiligen Zeitpunkts des Ferienbezugs der einzelnen Arbeitnehmerin oder des einzelnen Arbeitnehmers birgt Konfliktpotential. Ein kurzer Überblick zur Rechtslage in Bezug auf das Thema Bestimmung des Zeitpunkts des Ferienbezugs.**

Das Jahr neigt sich langsam dem Ende zu. Die Ferienplanung des Staatspersonals für das nächste Jahr dürfte vielenorts angelaufen oder unter Umständen bereits abgeschlossen sein. Je nach Arbeitgeberin bzw. vorgesetzter Stelle gibt es grosse Unterschiede, wie frei die Arbeitnehmenden sind in Bezug auf die Bestimmung des Zeitpunkts ihres Ferienbezugs.

## Gesetzliche Grundlagen

Gemäss § 6 der Verordnung betreffend Ferien und Urlaub der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons Basel-Stadt (Ferien- und Urlaubsverordnung) bestimmt die vorgesetzte

Stelle den Zeitpunkt der Ferien, hat dabei jedoch auf die Wünsche der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter soweit Rücksicht zu nehmen, als dies mit den Interessen des Betriebes vereinbar ist (Abs. 2). Die Ferien sind in der Regel im Verlauf des betreffenden Jahres zu beziehen; wenigstens zwei Wochen müssen zusammenhängen. Diese Regelung entspricht Art. 329c des Schweizerischen Obligationenrechts (OR). Insofern besteht in Bezug auf den Zeitrahmen und die Bestimmung des genauen Zeitpunkts des Ferienbezugs kein Unterschied zwischen der privatrechtlichen Regelung gemäss OR und den für das Staatspersonal des Kantons Basel-Stadt geltenden Bestimmungen. Auch der Gesamtarbeitsvertrag der öffentlich-rechtlichen Spitäler des Kantons Basel-Stadt sowie der Kollektivvertrag des Universitäts-Kinderspitals beider Basel (UKBB) enthalten inhaltlich identische Regelungen.

In § 6 Abs. 3 der Ferien- und Urlaubsverordnung des Kantons Basel-Stadt ist zusätzlich vorgesehen, dass wenn eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter die Ferien nicht bis spätestens Ende Juni des Folgejahres bezieht, die vorgesetzte Stelle mit der betroffenen Mitarbeiterin bzw. dem betroffenen Mitarbeiter eine Absprache über den Bezug der Ferien zu treffen und die Ferien für den Fall, dass keine Einigung zustande kommt, zuzuteilen hat.

## Praxis und Rechtsprechung

Der Arbeitgeber bestimmt somit im Prinzip und insbesondere bei Uneinigkeit den Zeitpunkt der Ferien, was zugleich ein Recht und eine Pflicht darstellt. Dass wenigstens zwei Ferienwochen im Jahr zusammenhängen müssen, entspricht der Erkenntnis der Präventivmedizin, dass die Rhythmusänderung und Entspannungswirkung sich nur in Ferien von mehrwöchiger Dauer richtig einstellen, nach einer Akklimatisationszeit, die bei zunehmendem Alter länger wird (vgl. hierzu Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsgesetz, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, Art. 329c N3). Nimmt der Arbeitnehmer jeweils nur

einzelne Tage frei, besteht die Gefahr, dass der Ferienzweck – Erholung durch länger dauernde Abwesenheit vom Arbeitsplatz – vereitelt wird. Mindestens für den zwei Wochen übersteigenden Ferienanspruch kann der Arbeitnehmer jedoch gemäss der Rechtsprechung auf ausdrücklichen Wunsch einzelne Freitage oder gar Halbtage unter Anrechnung an den Ferienanspruch beziehen (vgl. hierzu Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 329c N6 m.w. H.)

In der Praxis wird die zeitliche Lage der Ferien in der Regel einvernehmlich festgelegt, indem der Arbeitnehmer seine Ferien anmeldet und die Arbeitgeberin diese genehmigt. Die Arbeitgeberin hat auch die Möglichkeit, das Ferienbestimmungsrecht an den Arbeitnehmer zu delegieren. Wenn der Arbeitnehmer den Ferienbezug jedoch dauernd unterlässt, hat die Arbeitgeberin weiterhin die Pflicht des Einschreitens (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 329c N7). Wie ausgeführt, hat die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer zur Ferienfestsetzung anzuhören und auf dessen Wünsche Rücksicht zu nehmen. Der Arbeitnehmer hat als Ausfluss der gegenseitigen Pflicht zur Rücksichtnahme Anrecht auf frühzeitige Zuteilung der Ferien und – soweit möglich – auf Zuteilung in einer für Ferien geeigneten Zeit, etwa in den Schulferien, wenn er schulpflichtige Kinder hat, oder im Anschluss an den Mutterschaftsurlaub, wenn die Arbeitnehmerin diesen so verlängern möchte. Für eine sinnvolle Zuteilung der Ferien ist eine regelmässige Absprache zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer unabdingbar. Es ist eine allseitige Interessenabwägung erforderlich, wobei gemäss der Rechtsprechung im Zweifel die Interessen der Arbeitgeberin Vorrang haben (vgl. zum Ganzen Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 329c N7).

## Beschränkungen des Bestimmungsrechts der Arbeitgeberin

Das Bestimmungsrecht der Arbeitgeberin ist nicht grenzenlos,

sondern unterliegt erheblichen Einschränkungen. Ferien sind in der Regel – wie bereits ausgeführt – im laufenden Dienstjahr und wenn immer möglich real während des Arbeitsverhältnisses und nicht als Geldabfindung zu gewähren. Ist der Ferienzeitpunkt einmal bestimmt, so darf die Arbeitgeberin diesen nur aus dringlichen und nicht vorhersehbaren betrieblichen Gründen ändern; in Ausnahmefällen ist sogar ein Rückruf aus den Ferien möglich. Die Arbeitgeberin muss in solchen Fällen jedoch für den beim Arbeitnehmer entstandenen Schaden aufkommen, wie etwa für Annullierungs- oder Rückreisekosten (vgl. hierzu Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 329c N7 m.w.H.).

Gemäss Art. 19 Abs. 4 der Verordnung zum Arbeitszeitgesetz des Bundesrates (AZGV) muss die Arbeitgeberin zudem den Zeitpunkt der Ferien mindestens drei Monate im Voraus bekanntgeben. Die vorerwähnte Verordnung gilt zwar nur im Bereich des öffentlichen Verkehrs; diese Mindestankündigungsfrist hat sich in der Praxis jedoch allgemein durchgesetzt. Werden die Ferien zu kurzfristig angeordnet, ist der Arbeitnehmer berechtigt, den Ferienbezug zu verweigern. Er hat sein Widerspruchsrecht gemäss der Rechtsprechung jedoch unverzüglich auszuüben, ansonsten von einem Verzicht bzw. Einverständnis auszugehen ist.