



**Bericht
des Stadtrates an
den Gemeinderat**

Nr. 35/2009

221.20

Auftrag Luca Tenchio und Mitunterzeichnende betreffend

Umsetzung der Praxis betreffend Zulagen und Entschädigungen während Arbeitsverhinderungen

Antrag

Der Auftrag sei abzulehnen.

Begründung

1. Ausgangslage

Mit Beschluss vom 30. März 2009 (SRB 197) hat der Stadtrat eine neue personalrechtliche Regelung betreffend der Auszahlung von Zulagen und Entschädigungen während Arbeitsverhinderungen beschlossen und rückwirkend auf den 1. Januar 2009 in Kraft gesetzt (Art. 77 a AB zur PVO, vgl. Anhang). Damit ist der Stadtrat einem Antrag des Verbands Schweizerischer Polizeibeamter VSPB, Sektion Curia, grosszügig nachgekommen, indem Zulagenvergütungen nicht nur bei Ferien, sondern auch bei bezahltem Urlaub, bei Krankheit und Unfall, bei Mutterschaftsurlaub sowie bei anderen unverschuldeten und unfreiwilligen Arbeitsverhinderungen entrichtet werden sollen. Grosszügig auch deshalb, weil die Zulagenvergütung während Arbeitsverhinderungen in der Personalverordnung hätte ausbedungen oder stark eingeschränkt werden können.

Nachdem das Anliegen damit zur Zufriedenheit des Personals umgesetzt wurde, wird im Auftrag beantragt, die Zulagenvergütung sei nicht nur rückwirkend seit dem 1. Januar 2009, sondern zumindest bereits ab dem 1. Januar 2006 auszurichten.



2. Rechtliches

2.1 Frühere Rechtslage

Die Stadt hatte vor der Inkraftsetzung des neuen Art. 77a AB zur PVO in ihrem Personalrecht keine ausdrückliche Regelung erlassen, wie der Umfang der Lohnfortzahlung bei Ferien sowie bei Krankheit und anderen unverschuldeten Abwesenheiten mit Blick auf die hier interessierenden Zulagen und Entschädigungen zu handhaben ist. Entscheidend ist dabei die Frage, wie der Umfang des „Lohns“ zu definieren ist. Gemäss Art. 38 PVO haben die Angestellten und Lehrpersonen für ihre Dienstleistungen Anspruch auf einen monatlich auszuzahlenden Lohn von einem Zwölftel des Jahreslohns. Weitere Lohnbestandteile sind in den Art. 46 ff. PVO (Teuerungsausgleich, Funktionszulagen etc.) und in den Art. 49 ff. PVO (13. Monatslohn, Treuprämie etc.) definiert. Schliesslich lässt sich auch aufgrund der Tatsache, dass die Bestimmungen zum Lohn (Abschnitt III./B., Art. 37 ff. PVO) und jene zu den Vergütungen und Zulagen (Abschnitt III./E., Art. 52 PVO) systematisch getrennt geregelt sind, mit guten Gründen die Meinung vertreten, letztere bildeten keinen Lohnbestandteil und seien einzig dann geschuldet, wenn die damit zusammenhängenden Arbeiten auch tatsächlich erbracht werden.

Ebenso wenig lässt sich aus Art. 1 Abs. 3 PVO ein Anspruch auf die Ausrichtung von Zulagen und Entschädigungen während Ferien und unverschuldeten Abwesenheiten ableiten. Zum einen findet das Obligationenrecht (OR) auf öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse grundsätzlich keine Anwendung. Art. 342 Abs. 1 lit. a OR hält nämlich in diesem Zusammenhang insbesondere fest, die Vorschriften der Gemeinden über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis blieben vorbehalten. Zum anderen lässt sich aus den Materialien zur Revision des Personalrechts zum Verweis auf das Privatrecht, wie er in Art. 1 Abs. 3 PVO formuliert wurde, folgendes entnehmen (Auszug aus dem Protokoll der gemeinderätlichen Vorberatungskommission vom 8. Januar 2004):

„Bemerkungen: Der Verweis auf das Privatrecht bedeutet nicht, dass jedes Mal, wenn ein Regelungstatbestand in der PVO oder der AB zur PVO fehlt, direkt auf das OR zurückgegriffen werden darf. Die Personalverordnung der Stadt Chur ist ein eigenes Regelwerk des öffentlichen Rechts und grundsätzlich aus sich selber auszulegen. Allenfalls ist das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung auch bewusst erfolgt (qualifiziertes Schweigen). Ist das Vorliegen eines qualifizierten Schweigens zu verneinen und führen auch die anerkannten Auslegungsregeln nicht zu einer Lösung, darf eine Regelungslücke angenommen und das Obligationenrecht herangezogen werden.“



Kernaussage des Protokollauszugs ist, dass das Personalrecht der Stadt ein eigenes Regelwerk des öffentlichen Rechts darstellt und grundsätzlich aus sich selber auszulegen ist. Entsprechend lässt sich das im Auftrag zitierte Urteil des Bundesgerichts (BGE 132 II 172; Forderung gegen die Firma Orange/Call-Center) nicht per se auf die Dienstverhältnisse mit der Stadt als öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin anwenden. Vielmehr kann das bisherige städtische Personalrecht derart ausgelegt werden, dass Vergütungen und Zulagen keinen Lohnbestandteil bildeten und einzig dann geschuldet seien, wenn die entsprechenden Leistungen von den Mitarbeitenden auch tatsächlich erbracht werden. Vor dem Erlass des neuen Art. 77a AB zur PVO bestand mithin keine Veranlassung, die zivilrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts „ungefiltert“ zu übernehmen. Die im Auftrag erwähnten Verjährungsbestimmungen wären zudem nur dann relevant, wenn ein Anspruch bereits vor der auf den 1. Januar 2009 in Kraft gesetzten Rechtsänderung zu bejahen gewesen wäre. Dies ist jedoch - wie dargelegt - nicht der Fall.

2.2 Rechtslage mit dem neuen Art. 77a AB zur PVO

Die Stadt ist eine attraktive Arbeitgeberin und will dies auch bleiben. Dem Stadtrat liegt viel daran, dass die in Art. 4 PVO zur Personalpolitik formulierten Ziele und Grundsätze zur Personalpolitik auf allen Stufen ernst genommen und umgesetzt werden. Entsprechend erachtet es der Stadtrat als sachlich gerechtfertigt, die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Arbeitsrecht entwickelten minimalen Standards des privaten Arbeitsrechts beim städtischen Personalrecht - wenn immer möglich - zu berücksichtigen und die städtischen Rechtsgrundlagen entsprechend anzupassen. Bei der Ausformulierung des neuen Artikels 77a AB zur PVO hat sich der Stadtrat vom (privatrechtlichen) Grundsatz leiten lassen, dass sowohl bei unverschuldeten Abwesenheiten nach Art. 324a OR als auch bei Ferien nach Art. 329 bzw. 329d OR der Lohn gleich sein soll, wie wenn die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer gearbeitet hätte (vgl. U. Streiff / A. von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, N 9 zu Art. 324a und N 3 zu Art. 329d). Dazu gehören gemäss Bundesgericht nebst dem Grundlohn auch alle dauernd und regelmässig ausbezahlten Zulagen. Das Bundesgericht hat sich im erwähnten Urteil (BGE 132 III 172) einzig zur Problematik der Zulagen für Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit in den Ferien geäussert. Die gleiche Problematik betreffend Zulagenentschädigung stellt sich aber nicht nur während den Ferien, sondern auch während dem (bezahlten) Urlaub oder unverschuldeten Arbeitsverhinderungen. Der Stadtrat entschloss sich daher zu einer umfassenden Lösung. Er hat diese im neuen Art. 77a AB zur PVO positiv-rechtlich normiert und rückwirkend auf den 1. Januar 2009 in Kraft gesetzt. Die Kompetenz zum Erlass dieser Bestimmung liegt gemäss Art. 52 und Art. 80 PVO einzig beim Stadtrat. Sie ist rechtlich einwandfrei, verhältnismässig und auf alle be-



troffenen städtischen Mitarbeitenden unter Beachtung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit anwendbar. Es besteht keine Veranlassung, dass der Gemeinderat hier eine andere und viel weiter gehende Regelung beschliesst, die zudem mit erheblichen Zusatzkosten (vgl. Ziffer 3 nachstehend) verbunden ist.

2.3 Kantonale Regelung

Die Regierung des Kantons Graubünden hat sich anlässlich der Sitzung vom 25. August 2009 (Protokoll Nr. 828) mit Nachforderungen zum Ferienanteil auf ausbezahlte Nacht-, Sonntags-, Schicht- und Pikettdienstzulagen für die Jahre 2004 bis 2008 befasst. Ohne eingehende Begründung ist die Regierung zum Schluss gelangt, Art. 329d Abs. 1 OR sei direkt auf das kantonale Personalrecht anwendbar. Entsprechend sei auch von einer Verjährungsfrist gemäss Art. 128 OR von fünf Jahren auszugehen. Im Endergebnis gelangte die Regierung zum Schluss, dass das Personalamt zu beauftragen sei, den kantonalen Mitarbeitenden, welche in den Jahren 2004 - 2008 die Nacht-, Sonntags-, Schicht- und Pikettdienstzulage erhalten haben, den auf die Ferien fallenden Lohnanteil ebenfalls auszubezahlen. Auf eine Anpassung des Personalrechts wurde verzichtet. Aus dem Regierungsbeschluss ergibt sich, dass eine Teillösung einzig bezogen auf die Ferien getroffen wurde. Die Regelung von anderen Fällen von Arbeitsverhinderungen lässt die Regierung offen und auf eine Normierung im Personalrecht wird verzichtet. Diese lückenhafte Regelung wiederum hat allenfalls zur Folge, dass noch weitere Nachforderungen seitens der kantonalen Mitarbeitenden gestellt werden.

Demgegenüber hat der Stadtrat eine deutlich weitergehende Lösung getroffen und diese in den Ausführungsbestimmungen zur PVO normiert. Entsprechend erscheint der Verzicht auf eine rückwirkende Auszahlung der Zulagen für die Jahre 2006 bis und mit 2008 als begründet. Ganz abgesehen davon hat der Stadtrat dargelegt, dass die Verjährungsvorschriften bereits deshalb nicht zur Anwendung gelangen, da unter der Ägide des vor dem 1. Januar 2009 geltenden Personalrechts kein Anspruch auf Ausrichtungen von Vergütungen und Zulagen während den Ferien und anderen Abwesenheiten bestand.

3. Umsetzung

Die Überweisung des Auftrags Tenchio wäre mit erheblichen Kostenfolgen verbunden. Die Nachzahlungen an das Personal betragen rund Fr. 60'000.-- pro Kalenderjahr und verursachen einen administrativen Mehraufwand von rund Fr. 15'000.-- (Personal- und Infrastrukturkosten).



3.1 Vorgehen

Für die im Auftrag verlangte rückwirkende Auszahlung ab dem 1. Januar 2006 müssten Personalstamm-, Lohn- und Zeitdaten verwendet werden. Zudem wären bestehende, ausgetretene und pensionierte Mitarbeitende zu berücksichtigen. Bei allen ausgetretenen Mitarbeitenden, die Zahlungen zu gut haben, wären die aktuellen Adressen, die Bankverbindungen und die neuen AHV-Nummern ausfindig zu machen. Dies wiederum bedeutete, dass alle möglichen Berechtigten kontaktiert werden müssten. Die so zusammengetragenen Grunddaten müssten in der Folge pro Mitarbeiter/in und Jahr manuell zusammengestellt und die Zulagenvergütungen berechnet werden. Zulagenberechtigte Abwesenheiten müssten Zeiterfassungsprotokollen und Zeiterfassungssystemen entnommen werden, wobei auswertbare Zeitdaten aufgrund des Zeiterfassungs-Systemwechsels erst ab 1. Januar 2007 zur Verfügung stehen. Die zulagenrelevanten Zeitdaten des Jahres 2004 sind nicht mehr vorhanden und diejenigen aus den Jahren 2005 und 2006 müssten pro berechnete Person in PDF-Monatsprotokollen manuell herausgesucht werden.

Im Auftrag wird verlangt, dass die Zulagenvergütung für das Jahr 2009 bis und mit drittem Quartal noch Ende 2009 ausbezahlt wird. Dies widerspricht dem Beschluss des Stadtrates, wonach die Auszahlung jeweils im ersten Quartal des Folgejahrs erfolgt. Um die Zulagenberechtigung über ein Kalenderjahr überprüfen zu können, muss das Jahresende abgewartet werden. Sollten für das Jahr 2009 vorerst nur die ersten drei Quartale berücksichtigt werden, müssten für das letzte Quartal im Januar 2010 nochmals eine separate Auswertung und Berechnung vorgenommen werden. Im Weiteren ist die Umsetzung des Auftrags vor Ende Jahr aus zeitlichen und organisatorischen Gründen nicht realisierbar.

3.2 Anfallende Kosten

Der beim Personalamt zusätzlich anfallende Arbeitsaufwand wäre beträchtlich und könnte ohne zusätzliches Personal nicht bewältigt werden. Es müsste über eine Zeitspanne von ca. 3 Monaten eine Aushilfe mit einem Teilzeitpensum von ca. 30 - 40 % angestellt werden. Die Aufgabe könnte sodann nur einer Person übertragen werden, die sowohl das alte als auch das neue Lohnverarbeitungs- und Zeiterfassungssystem kennt und mit den städtischen Organisationsstrukturen vertraut ist. Die Verfügbarkeit dieser Person müsste vorerst abgeklärt werden.



Aufgrund dieser Ausführungen beantragt Ihnen der Stadtrat, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Mitglieder des Gemeinderates, den Auftrag abzulehnen.

Chur, 7. September 2009

Namens des Stadtrates

Der Stadtpräsident

Der Stadtschreiber

Christian Boner

Markus Frauenfelder

Anhang

Beschluss des Stadtrates vom 30. März 2009 (SRB 197)

Aktenauflage

- Beschluss der Regierung vom 25. August 2009 (RB Protokoll Nr. 828)
- Auszug Protokoll Vorberatungskommission städtisches Personalrecht vom 8. Januar 2004

Eingereicht anlässlich der Gemeinderats-
sitzung vom 18. Juni 2009.

Auftrag

M. Frauenfelder, Stadtschreiber

betr. Umsetzung der Praxis betr.

Zulagen und Entschädigungen während Arbeitsverhinderungen

In BG 132 III 172 Erw. 3 vom 5. Dezember 2005 hat das Schweizerische Bundesgericht er-
kannt, dass die zusätzlich zum Grundlohn als Ausgleich für Nacht-, Wochenend- sowie Feier-
tagsarbeit erbrachten Leistungen dann bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden
Lohnes nach Art. 329d Abs. 1 OR zu berücksichtigen sind, wenn diese regelmässig und wäh-
rend einer gewissen Dauer ausgerichtet werden.

Mit Beschluss vom 30. März 2009 (SRB 197) hat der Stadtrat «unter Berücksichtigung des
Berichts des Personalamtes und des Rechtsdienstes» erkannt, dass die Ausführungsbestimm-
ungen zur Personalverordnung mit Einführung einer neuen Norm (Art. 77a¹) zu ergänzen
sind.

Gemäss Art. 30 Abs. 1 PVO verjähren Ansprüche aus wiederkehrenden Leistungen gemäss
der PVO nach Ablauf von fünf Jahren. Im Übrigen sind die Vorschriften des Obligationen-
rechts anwendbar (Art. 1 Abs. 3 PVO): für Forderungen «aus dem Arbeitsverhältnis von Ar-
beitnehmern» legt Art. 128 Ziff. 3 OR die Verjährung auf fünf Jahre fest.

Art. 77a ABZPVO wurde durch den Stadtrat gemäss Ziff. 2 des genannten Beschlusses rück-
wirkend auf den 1. Januar 2009 in Kraft gesetzt.

Mehr als drei Jahre nach dem Urteil des Bundesgerichts erlässt der Stadtrat eine sich darauf
stützende Norm und gewährt dem Personal der Stadt und der IbC, welchem solche Ansprüche
mit einer Verjährungsfrist von 5 Jahren zustehen, lediglich eine Rückwirkung von 3 Monaten.

Die Unterzeichnenden beauftragen den Stadtrat deshalb, die genannte Norm innert 1 Monat
seit Überweisung vorliegenden Auftrages zumindest auf den 1. Januar 2006 in Kraft zu setzen
und zu beschliessen, den Berechtigten die dadurch entstehenden Ansprüche (namentlich jenen
vom 1. Januar 2006 oder früher bis und mit dritten Quartal 2009) innert Ende Jahr 2009 aus-
zuzahlen und dem Gemeinderat mittels eines Traktandums zu einer Gemeinderatssitzung ent-
sprechenden Vollzugsbericht zu erstatten.

Chur, den 18. Juni 2009

Luca Tenchio

¹ Neu Art. 77a ABZPVO lautet mit der Marginalie «Auszahlung von Zulagen und Entschädigungen während
Arbeitsverhinderungen»:

¹ Zulagen und Entschädigungen für besondere Unannehmlichkeiten, Schichtarbeit, Überstunden, Störungsdienst
und Bereitschaftsdienst sind auch während den Ferien, Urlaub, bei Krankheit und Unfall, bei Mutterschaftsur-
laub sowie bei anderen unverschuldeten und unfreiwilligen Arbeitsverhinderungen zusammen mit dem Lohn
auszurichten, sofern diese Arbeitsleistungen dauernd und regelmässig erbracht werden. Die Auszahlung erfolgt
jeweils im ersten Quartal des Folgejahres.

² Eine Tätigkeit nach Abs. 1 gilt als dauernd und regelmässig erbrachte Arbeitsleistung, wenn sie

a) im Rahmen des Anstellungsvertrages bzw. der Funktion vorgesehen ist, und

b) während mindestens vier Monaten im Jahr ohne wesentliche Unterbrüche ausgeübt wurde.



Beschluss des Stadtrates

Sitzung vom 30. März 2009 (SRB 197)

Zulagen und Entschädigungen während Arbeitsverhinderungen

Die Geschäftsprüfungskommission hat in ihrem Bericht zu Rechnung 2006 an den Stadtrat folgende Anfrage gerichtet:

"Gemäss BGE 132 III 172 Erw. 3 vom 5. Dezember 2005 hat das Schweizerische Bundesgericht erkannt, dass die zusätzlich zum Grundlohn als Ausgleich für Nacht-, Wochenend- sowie Feiertagsarbeit erbrachten Leistungen dann bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes nach Art. 329d Abs. 1 OR zu berücksichtigen sind, wenn diese regelmässig und während einer gewissen Dauer ausgerichtet werden. Der Polizeibeamtenverband Chur hat im August 2006 diesbezüglich den Rechtskonsulenten der Stadt Chur angefragt, welches die Auswirkungen dieses Urteils auf die Löhne der Polizistinnen und Polizisten seien. Bis zum 18. April 2007 blieb diese Anfrage unbeantwortet. Der Stadtrat wird von der GPK ersucht, zuhanden des Gemeinderates im Rahmen der Botschaft zur Personalaufstockung des städtischen Polizeikorps hierüber einen Bericht betreffend personalfinanzielle Auswirkungen auf das Polizeikorps zu erstatten. Zuhanden der GPK will der Stadtrat innert gleicher Frist einen Bericht erstatten bezüglich Auswirkungen auf andere Bereiche des Churer Personals."

Laut schriftlichem Bericht des Personalamts und des Rechtsdienstes vom 30. Juni 2008 fallen bei einer Auszahlung der auf Arbeitsverhinderungen fallenden Zulagen jährlich Lohnkosten von insgesamt rund Fr. 60'000.-- an.

Gemäss Art. 65 Abs. 4 PVO regelt der Stadtrat den Anspruch auf den Ausgleich oder die Vergütung von Überstunden, Nacht-, Sonntags- und Bereitschaftsdienst.

Der Stadtrat kommt unter Berücksichtigung des Berichts des Personalamts und des Rechtsdienstes zum Schluss, dass die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts auch bei der Stadt Chur ihre Gültigkeit haben und im Personalrecht umgesetzt werden sollen. Eine entsprechende Regelung für die Entrichtung von Zulagen und Entschädigungen während Arbeitsverhinderungen soll in die Ausführungsbestimmungen des Personalrechts aufgenommen werden.

Beschluss

1. Folgende neue Bestimmung wird mit Wirkung ab dem 1. Januar 2009 in die Ausführungsbestimmungen zur Personalverordnung der Stadt Chur aufgenommen:

Art. 77a AB zur PVO (neu, nach Artikel 77)

Auszahlung von Zulagen und Entschädigungen während Arbeitsverhinderungen

- ¹ Zulagen und Entschädigungen für besondere Unannehmlichkeiten, Schichtarbeit, Überstunden, Störungsdienst und Bereitschaftsdienst sind auch während den Ferien, Urlaub, bei Krankheit und Unfall, bei Mutterschaftsurlaub sowie bei anderen unverschuldeten und unfreiwilligen Arbeitsverhinderungen zusammen mit dem Lohn auszurichten, sofern diese



Arbeitsleistungen dauernd und regelmässig erbracht werden. Die Auszahlung erfolgt jeweils im ersten Quartal des Folgejahres.

- ² Eine Tätigkeit nach Abs. 1 gilt als dauernd und regelmässig erbrachte Arbeitsleistung, wenn sie:
- a) im Rahmen des Anstellungsvertrages bzw. der Funktion vorgesehen ist, und
 - b) während insgesamt mindestens vier Monaten im Jahr ohne wesentliche Unterbrüche ausgeübt wurde.

2. Die Inkraftsetzung erfolgt rückwirkend auf den 1. Januar 2009.

3. Mitteilung an

Geschäftsprüfungskommission
Personalkommission
Departement 1
Departement 2
Departement 3
Forst- und Alpverwaltung
Hochbauamt
Tiefbau- und Vermessungsamt
IBC Energie Wasser Chur
Rechtskonsulent
Stadtpolizei
Finanzkontrolle
Finanz- und Liegenschaftenverwaltung
Personalamt

Namens des Stadtrates

Der Stadtpräsident

Der Stadtschreiber

Christian Boner

Markus Frauenfelder