



Obergericht Appenzell Ausserrhoden
4. Abteilung

Urteil vom 25. November 2021

Mitwirkende	Obergerichtspräsident W. Kobler Oberrichterinnen D. Cadosch Autolitano, M. Gasser Aebischer Oberrichter E. Graf, P. Louis Obergerichtsschreiber D. Hofmann
Verfahren Nr.	O4V 20 34
Sitzungsort	Trogen
Beschwerdeführer	A. vertreten durch: RA AA.
Vorinstanz	Regierungsrat Appenzell Ausserrhoden, Regierungsgebäude, 9102 Herisau
Beschwerdegegner	B. vertreten durch: RA BB.
Gegenstand	Ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses Beschwerde gegen den Rekursentscheid des Regierungsrates vom 22. September 2020

Rechtsbegehren

a) des Beschwerdeführers:

1. Der Beschluss des Regierungsrates Appenzell Ausserrhoden vom 22. September 2020 sei aufzuheben.
2. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Beschwerdeführers vom 28. Januar 2019 sei aufzuheben.
3. A. sei als Nachtwache zu 60% im C. weiter zu beschäftigen.
4. Eventuell sei die Vorinstanz zu verpflichten, A. 6 Monatslöhne, Fr. 19'312.80, zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

b) der Vorinstanz:

Die Beschwerde sei abzuweisen.

c) des Beschwerdegegners:

Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdeführers.

Sachverhalt

- A. A., geboren am XX.XX.1959, war seit dem 10. September 2001 beim B. als Pflegehelfer angestellt. Seit dem 1. Januar 2011 beläuft sich sein Arbeitspensum auf 60% (act. 7.1.14/7). Der Arbeitseinsatz von A. erfolgte im Nachtdienst, zuletzt 3 Nächte pro Woche auf der D. des C. (Stellenbeschrieb vom 26. März 2018; act. 7.1.13/13).
- B. Da A. als Nachtwache besoldungsmässig tiefer eingestuft war als diplomierte Pflegefachkräfte, ersuchte er die Klinikleitung seit 2007 mehrmals um Überprüfung der Lohnklasse bzw. Beteiligung bei einer Weiterbildung (act. 7.1.14/5, 12, 15, 17). Nachdem A. irrtümlich ein Stellenbeschrieb als diplomierter Pflegefachmann (Lohnklasse 7a) ausgehändigt worden war (act. 7.1/5), beantragte er im Dezember 2017 und Januar 2018 per E-Mail bei der Pflegedienstleitung aufgrund identischer Arbeit eine Lohnanpassung an die Lohnstufe 7 (act. 7.1/6 und 8).

- C. Im Rahmen der Revision des Personalgesetzes wurde A. am 8. März 2018 ein neuer Arbeitsvertrag zugestellt (act. 7.1/10). Am 26. März 2018 wurde ihm eine Stellenbeschreibung als Hilfspfleger mit der Lohnklasse 2 ausgehändigt, welche von beiden Seiten unterzeichnet wurde (act. 3/12). Am 13. April 2018 erhielt er auf eigenen Wunsch ein Zwischenzeugnis (act. 7.1/4).
- D. Gemäss Arztzeugnis vom 26. April 2018 (act. 3.13) war A. ab dem 28. April 2018 krankheitsbedingt arbeitsunfähig. Mit E-Mail vom 27. April 2018 (act. 7.1/11) bot die Pflegedienstleiterin A. an, auf der gleichen Station per 1. Juli 2018 in den Tagdienst zu wechseln, mit allfälliger Pensenaufstockung um 10%.
- E. Nach der Gewährung des rechtlichen Gehörs (act. 7.1.14/21) kündigte der B. das Arbeitsverhältnis mit A. am 28. Januar 2019 auf den 30. April 2019 wegen Krankheit (act. 7.1.1).
- F. Dagegen liess A., vertreten durch RA AA. (act. 7.1), mit Eingabe vom 19. Februar 2019 Rekurs beim Regierungsrat Appenzell Ausserrhoden erheben. Dabei beantragte er die Aufhebung der Kündigung und die Weiterbeschäftigung. Eventualiter sei ihm eine Entschädigungszahlung in der Höhe von sechs Monatslöhnen zuzusprechen. Mit Beschluss vom 22. September 2020 (act. 2) wies der Regierungsrat den Rekurs ab.
- G. Gegen diesen Entscheid liess A. (im Folgenden: Beschwerdeführer), vertreten durch RA AA., mit Eingabe vom 26. Oktober 2020 (act. 1) beim Obergericht Beschwerde erheben, wobei er eingangs erwähnte Rechtsbegehren stellte.
- H. Mit Schreiben vom 1. Dezember 2020 (act. 6) verzichtete der Regierungsrat (im Folgenden: Vorinstanz) auf eine Vernehmlassung. Mit Schreiben vom 8. Januar 2021 (act. 8) liess sich der B. (im Folgenden: Beschwerdegegner), vertreten durch RA BB., mit eingangs erwähnten Rechtsbegehren zur Beschwerde vernehmen.
- I. Mit Schreiben vom 11. März 2020 (act. 12) liess der Beschwerdeführer unter Aufrechterhaltung seiner Anträge eine Replik einreichen, wozu sich der Beschwerdegegner mit Duplik vom 17. Mai 2020 (act. 16) ebenfalls unter Aufrechterhaltung der Anträge vernehmen liess.
- J. Auf die Begründung der gestellten Anträge wird - soweit erforderlich - in den Erwägungen näher eingegangen.

Erwägungen

1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der prozessualen Voraussetzungen ergibt, dass das Obergericht nach Art. 54 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1) und Art. 70 Abs. 2 lit. c des Personalgesetzes (PG, bGS 142.21) zur Behandlung der Beschwerde gegen den Rekursentscheid der Vorinstanz zuständig ist und die Voraussetzungen hinsichtlich der Beschwerdeberechtigung sowie der Frist-, Form- und Begründungserfordernisse erfüllt sind. Auf die Beschwerde ist demnach grundsätzlich unter folgendem Vorbehalt einzutreten: Nicht einzutreten ist auf die Beschwerde, soweit darin beantragt wird, die Kündigung aufzuheben (Antrag 2) und den Beschwerdeführer weiter zu beschäftigen (Antrag 3). Wie die Vorinstanz in Ziff. 6 des angefochtenen Entscheids richtig ausführt, ist eine ausgesprochene Kündigung auf jeden Fall gültig und es ergibt sich im kantonalen Recht kein Anspruch auf Fortführung des bisherigen oder Eingehung eines neuen Arbeitsverhältnisses (Art. 30 Abs. 2 PG). Soweit der Beschwerdeführer in der Replik die Nichtigkeit der Kündigung geltend macht und sich dabei auf das Urteil des Bundesgerichts 8C_7/2020 vom 3. November 2020 beruft, unterlässt er es gänzlich, zu begründen (und es ergeben sich auch aus den Akten keine Anhaltspunkte) inwiefern die kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen einer Nichtigkeit (Evidenztheorie) im vorliegenden Fall erfüllt sein sollten. Auf die Beschwerde ist demnach nur einzutreten, soweit die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids (Antrag 1) und die eventuelle Zuspreehung einer Entschädigung beantragt wird (Antrag 4).
2. Beim Beschwerdegegner handelt es sich um eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt des Kantons mit Sitz in F. (Art. 1 des Gesetzes über den B., [...]gesetz, bGS 812.11). Gemäss Art. 14 Abs. 1 SVARG i.V.m. Art. 2 Abs. 1^{bis} PG bestimmen sich die Arbeitsverhältnisse im [...] nach dem Personalgesetz.
3. Beim Obergericht können mit Beschwerde in Verwaltungssachen grundsätzlich nur Rechtsverletzungen (inbegriffen Ermessensmissbrauch, Ermessensüberschreitung und -unterschreitung) sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 56 VRPG). Das Obergericht hat darüber hinaus volle Überprüfungsbefugnis, soweit dies im Gesetz vorgesehen ist oder wenn sein Entscheid an eine Bundesinstanz mit unbeschränkter Überprüfungsbefugnis weitergezogen werden kann. Ein Weiterzug an eine Bundesinstanz mit voller Kognition, welche auch die Ermessenskontrolle umfasst, ist vorliegend nicht gegeben. Da eine volle Überprüfung auch nicht anderweitig gesetzlich vorgesehen ist, bleibt die Kognition des Obergerichts vorliegend auf die Rechts- und Sachverhaltskontrolle beschränkt. Rechtsfragen unterstehen dem Grundsatz der Rechtsanwendung von

Amtes wegen (*iura novit curia*), welcher bedeutet, dass das Gericht an die Rechtsauffassungen der Verfahrensbeteiligten nicht gebunden ist; auch nicht an die von ihnen nach Massgabe des kantonalen Verfahrensrechts form- und fristgerecht vorgetragenen Rechtsbehauptungen (BGE 133 V 196 E.1.4). Daher kann das Obergericht eine Beschwerde aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (sog. Motivsubstitution; vgl. dazu WIEDERKEHR/PLÜSS, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, 2020, Rz. 1305).

4. Gemäss Art. 24 Abs. 2 PG muss eine ordentliche Kündigung auf einem sachlichen Grund beruhen und sie darf nicht missbräuchlich nach der Bestimmung von Art. 28 Abs. 1 PG sein. Auch darf die Kündigung nicht zur Unzeit im Sinne von Art. 29 Abs. 1 PG erfolgen. Angesichts der inhaltlichen Offenheit und Unbestimmtheit eines sachlichen Grundes steht den Verwaltungsbehörden beim Entscheid über die Kündigung somit ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Vorbehalten bleiben jedoch stets die allgemeinen verfassungsrechtlichen Schranken wie das Willkürverbot, das Verhältnismässigkeitsprinzip sowie der Grundsatz von Treu und Glauben (Urteil des Bundesgerichts 1C_42/2007 vom 29. November 2007 E. 3.6.2; Urteile des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2017.00587 vom 31. Januar 2017 E. 2.2; PB.2010.00012 vom 21. Juli 2010 E. 4). Grundsätzlich ist eine Kündigung dann sachlich begründet, wenn die Weiterbeschäftigung der betreffenden angestellten Person dem öffentlichen Interesse, insbesondere demjenigen einer gut funktionierenden Verwaltung, widerspricht und die Entlassung verhältnismässig ist. Dies kann auch der Fall sein, wenn ein Angestellter aus gesundheitlichen Gründen für seine Tätigkeit nicht mehr geeignet ist und seine Beschäftigung auf Dauer nicht wieder aufgenommen oder fortsetzen können (BGE 124 II 53 E. 2b/bb; BGE 123 III 246 E. 5). Die Kündigung wegen einer lang andauernden Krankheit kann jedoch missbräuchlich sein, wenn der Arbeitgeber diese selbst verschuldet hat, weil er etwa seiner Fürsorgepflicht nicht nachgekommen ist (Urteil des Bundesgerichts 8C_707/2009 vom 22. Juni 2010 E. 4.2).
- 4.1 Der Beschwerdeführer war vor Erlass der Kündigung unbestrittenermassen seit dem 28. April 2018 durchgehend krankheitsbedingt arbeitsunfähig. Mithin war er zum Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses am 28. Januar 2019 seit 9 Monaten aus gesundheitlichen Gründen an seiner beruflichen Tätigkeit verhindert. Die (vorliegend 180 Tage währende) Sperrfrist nach Art. 29 Abs. 1 lit. b PG war folglich zum Kündigungszeitpunkt seit rund drei Monaten abgelaufen.

Zu prüfen ist jedoch, ob im Kündigungszeitpunkt tatsächlich nicht mehr mit einer Rückkehr des Beschwerdeführers an seinen angestammten Arbeitsplatz aus gesundheitlichen Gründen gerechnet werden konnte und ob die Kündigung dem Erfordernis der Verhältnismässigkeit genügt.

4.2 Die Vorinstanz kommt im angefochtenen Entscheid zum Schluss, dass objektiv keine Zweifel an der Krankheit des Beschwerdeführers bestünden. Zudem habe im Kündigungszeitpunkt keine begründete Aussicht vorgelegen, dass der Beschwerdeführer zu einem späteren Zeitpunkt wieder in der Lage hätte sein können, seine Arbeit entsprechend seines Ausbildungs- und Weiterbildungsstands dauernd auszuüben. Der Beschwerdeführer sei von seinem Vorgesetzten Ende März 2018 über die Gründe des Aufhebens seines Dienstes als Alleinnachtwache orientiert worden. Einen Monat später sei ihm der Wechsel in den Tagdienst per Juli 2018 als Lösungsvorschlag angezeigt worden. Die Abkehr vom Dienst als Alleinnachtwache sei sachlich mit dem inadäquaten Erfüllen der Anforderungen an den Dienst als Alleinnachtwache begründet, vorzeitig angezeigt worden und habe im Rahmen der arbeitsvertraglichen Pflichten gelegen. Mangelndes Engagement bei der Realisierung der Weiter- und Fortbildungsmassnahmen des Beschwerdeführers und der daraus mangelnden Qualifikation für den Dienst als Allgemeinachtwache könne der Vorinstanz als Arbeitgeberin nicht angelastet werden. Es seien wiederholt Gespräche geführt worden, um alternative Lösungen zu finden. Es staune zwar, dass es dem Beschwerdegegner als Grossbetrieb nicht möglich gewesen sei, dem Beschwerdeführer eine vergleichbare Stelle als Nachtwache im Hintergrund anzubieten. Dennoch könne im Vorgehen des Beschwerdegegners weder eine Persönlichkeits- noch eine Fürsorgepflichtsverletzung ausgemacht werden.

4.3 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass ihm am 26. April 2018 von der Pflegedienstmitarbeiterin mitgeteilt worden sei, dass er inskünftig nicht mehr als Nachtwache tätig sein könne, worauf er einen Zusammenbruch erlitten habe. Er habe sich gleichentags zu seiner Hausärztin begeben, die ihn ab dem 28. April 2018 für 14 Tage zu 100% arbeitsunfähig geschrieben habe. Die Kündigung sei unverhältnismässig, weil vom Beschwerdegegner keine ihm mögliche Stelle als Nachtwache angeboten worden sei, wenn denn die Anforderungen gestiegen sein sollten. Es habe am Willen gefehlt, eine sozialverträgliche Lösung zu finden. Das Angebot, in den Tagdienst zu wechseln, sei ein Scheinangebot, weil für den Beschwerdeführer nicht zumutbar, was dem Beschwerdegegner bekannt gewesen sei. Die dem Beschwerdeführer angeblich fehlende Qualifikation für die Alleinnachtwache sei im Anschluss an seine Lohnforderung konstruiert worden. Die arbeitgeberseits kausal (mit)verursachte Arbeitsunfähigkeit mache die mit exakt dieser Krankheit begründete Kündigung sachlich ungerechtfertigt, jedenfalls solange der Krankentaggeldversicherer zahle. Der fehlende Zusammenhang, Lohnforderung/Kündigung, d.h. die verworfene Rache Kündigung werde von

der Vorinstanz nicht begründet. Sie verweigere damit das rechtliche Gehör. Der Vorschlag aufgrund des angeblichen fehlenden Diploms in den unzumutbaren Tagdienst zu wechseln, sei auf die beharrlichen Lohnforderungen zu Beginn 2018 gefolgt. Die Kündigung sei missbräuchlich nach Art. 28 Abs. 1 lit. c PG.

4.4 Der Beschwerdegegner bestreitet das Vorliegen einer Racheekündigung, da dem Beschwerdeführer seit 2007 mehrmals Lohnerhöhungen gewährt worden seien. Dieser sei jedoch immer wieder darauf hingewiesen worden, dass bei ungelernten Arbeitskräften Grenzen bei der Einstufung bestanden hätten und deshalb eine Fort- und Weiterbildung zum Fachangestellten Betreuung für eine neue Lohneinstufung notwendig sei. Bis heute habe der Beschwerdeführer keine entsprechende Ausbildung absolviert. Entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers sei diesem nie gänzlich ein Einsatz in der Nacht verboten worden. Einzig der Einsatz als Alleinnachtwache sei ihm nicht möglich gewesen. Es werde bestritten, dass der Beschwerdeführer am 26. April 2018 zu einer Sitzung nach E. gerufen worden sei, da dieser vom 19. April 2018 an frei gehabt habe. Da das Arztzeugnis vom 26. April 2018 datiere, könne das Angebot für eine Stelle im Tagdienst vom 27. April 2018 nicht Auslöser des angeblichen Nervenzusammenbruchs sein. Der Beschwerdeführer sei nicht auf den Vorschlag des Wechsels in den Tagdienst eingegangen und habe von sich aus keinerlei Alternativen vorgeschlagen. In der Folge habe er sich darauf beschränkt, fortlaufend Arztzeugnisse einzureichen, welche ihm eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit attestiert hätten. Vor dem Hintergrund, dass die Arbeitgeberin weder über einen allfälligen Genesungsprozess noch eine mögliche Rückkehr an den Arbeitsplatz informiert worden sei, sei es nach einer rund neunmonatigen krankheitsbedingten Abwesenheit gerechtfertigt gewesen, das Arbeitsverhältnis wegen Krankheit aufzulösen. Der Personaldienst des Beschwerdegegners sei vor der Kündigung beigezogen worden, um Möglichkeiten für eine Wiedereingliederung zu suchen. Es gebe keine Verpflichtung, ein Konfliktlösungsverfahren durchzuführen. Beim Vorschlag des Wechsels in den Tagdienst handle es sich nicht um eine Änderungskündigung, da es darum gegangen sei, Lösungsmöglichkeiten für eine Weiterbeschäftigung zu suchen. Ende April 2018 habe die definitive künftige Beschäftigungsart, welche - wenn überhaupt - eine Änderungskündigung ausgelöst hätte, noch gar nicht festgestanden. Der Umstand, dass ein mehrmonatiger Krankheitsausfall verbunden mit der Ungewissheit über eine Rückkehr an den Arbeitsplatz zu einer Mehrbelastung der anderen Mitarbeitenden führe, liege auf der Hand. Es sei nicht nachgewiesen, dass die Arbeitsunfähigkeit und deren Länge arbeitgeberseits verursacht worden sei.

4.5 Aus den Akten geht hervor, dass dem Beschwerdeführer wegen Krankheit gekündigt wurde und ihm (alleine) zu diesem Kündigungsgrund mit Schreiben vom 8. Januar 2019 (act. 7.14/20) im Sinne von Art. 27 Abs. 2 PG das rechtliche Gehör gewährt wurde. Im Schreiben

vom 21. Januar 2019 hat der Beschwerdeführer dazu ausgeführt, dass die Nachricht, dass er nicht mehr in der Nacht arbeiten dürfe, bei ihm eine körperliche und psychische Reaktion ausgelöst habe, die es ihm unmöglich mache, zu arbeiten. Da sein Lebenspartner unter einer Bipolaren Störung leide und dieser eine enge Betreuung während des Tages benötige, käme der Tagdienst für ihn nicht in Frage. Deshalb werde seinerseits erwartet, dass die Kündigung nicht ausgesprochen werde und ihm eine Stelle in der Nachwache mit einer qualifizierten Hintergrundwache angeboten werde. Vergleicht man den aktuellen und von beiden Seiten unterzeichneten Stellenbeschrieb des Beschwerdeführers vom 26. März 2018 (act. 3/12), welcher als besondere Arbeitsbedingung *die Nachtarbeit* und als Hauptaufgabe die Ausführung einer *fachgerechten Betreuung und Pflege nach Anweisung des diplomierten Pflegepersonals oder der Fachangestellten Gesundheit* aufführt, kann ohne Weiteres der Schluss gezogen werden, dass eine Nachtwache mit einer qualifizierten Hintergrundwache dem Stellenprofil des Beschwerdeführers entspricht. Da der Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer wegen Krankheit gekündigt hat, hätte in der Kündigungsverfügung im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folglich aufgezeigt werden müssen, dass der Beschwerdeführer aus gesundheitlichen Gründen für die Tätigkeit als Nachtwache unter Aufsicht nicht mehr geeignet ist und dieser diese Aufgabe auf Dauer nicht wieder aufnehmen oder fortsetzen können. Eine dauernde Arbeitsunfähigkeit in diesem Beruf oder Aufgabenbereich wird jedoch weder durch ein ärztliches Zeugnis des Beschwerdeführers attestiert, noch hat der Beschwerdegegner diesbezüglich ein vertrauensärztliches Gutachten eingeholt (Art. 64 PG), um die dauernde Arbeitsunfähigkeit im angestammten Aufgabenbereich als Nachtwache zu belegen. Der Beschwerdegegner hat es vielmehr gänzlich unterlassen, in der Kündigungsverfügung vom 28. Januar 2019 überhaupt auf den Gesundheitszustand des Beschwerdeführers Bezug zu nehmen. Er macht darin geltend, *"dass eine Lösung, wie in der Stellungnahme vorgeschlagen werde (Nachtwache mit einer qualifizierten Hintergrundwache) fortlaufend geprüft worden sei, aber nicht realisiert werden konnte, da kein Stellenabgang in diesem Bereich verzeichnet worden sei. Eine Stellenneutrale Umsetzung sei aufgrund der wirtschaftlichen Situation unumgänglich"*. Der Beschwerdegegner macht damit in der Kündigungsverfügung keine gesundheitlichen Gründe, sondern personelle und organisatorische Gründe für die Kündigung geltend. Solche Gründe erweisen sich in Bezug auf eine Kündigung *wegen Krankheit* als sachfremdes Motiv, womit ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (MARCO DONATSCH, in: Alain Griffel, [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, N. 26 zu 50 VRG). Darüber hinaus widersprechen sie auch den Ausführungen der Stellungnahme vom 8. Januar 2021 (vgl. dazu Ziff. 8, *"wonach dem Beschwerdeführer nie gänzlich ein Einsatz in der Nacht verboten worden sei. Einzig der Einsatz als Alleinnachtwache sei ihm nicht mehr möglich"*).

Sowohl der Beschwerdegegner als auch die Vorinstanz scheinen zudem ausser Acht gelassen zu haben, dass für eine Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses (Änderung zum Tagdienst) nach Art. 33 PG eine Änderungskündigung erforderlich gewesen wäre. Im Übrigen hätte der Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer gemäss Art. 27 Abs. 2 PG in Bezug auf diesen (nachgeschobenen) Kündigungsgrund vorab das rechtliche Gehör gewähren müssen (Urteile des Bundesgerichts 8C_7/2021 vom 27. August 2021 E. 4.1; 8C_340/2014 vom 15. Oktober 2014 E. 5.2).

Demnach muss der Schluss gezogen werden, dass die Kündigung nicht als Folge der gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Beschwerdeführers, sondern in erster Linie aus beim Beschwerdegegner liegenden organisatorischen Gründen erfolgte. Damit ist nicht erstellt, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Kündigung aufgrund seines Gesundheitszustands dauernd an der Erfüllung seiner angestammten Aufgabe als Nachtwache gemäss Stellenbeschreibung verhindert war. Es gibt keine Anhaltspunkte, dass der Beschwerdeführer die Anforderungen, die an den Inhaber dieser Arbeitsstelle gesetzt werden, zum Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr erfüllen konnte, zumal der Beschwerdeführer diese Arbeit jahrelang alleine ausgeführt hat und seine Arbeitsleistung in den Zwischenzeugnissen (act. 7.1/3 und 4) durchaus als positiv bewertet wurde. Die Krankheit des Beschwerdeführers bildete demnach keinen sachlichen Kündigungsgrund, und die Kündigung ist darüber hinaus mit formellen Rechtsmängeln behaftet, weshalb sich diese als rechtswidrig erweist.

- 4.6 Ergänzend dazu ist zudem zu berücksichtigen, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der Kündigung seit fast 18 Jahren bestanden hatte, was ein gewisses Gewicht des sachlichen Grunds für die Kündigung verlangt. Demgegenüber ist zu beachten, dass es sich beim Beschwerdegegner um einen Grossbetrieb mit über 1000 Mitarbeitern handelt (vgl. Zwischenzeugnis vom 13. April 2018, act. 7.1/4). Der krankheitsbedingte Ausfall des zu 60% angestellten Beschwerdeführers dürfte daher die Funktionsfähigkeit des Beschwerdegegners kaum einschneidend beeinflusst haben (vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts 8C_707/2009 vom 22. Juni 2010 E. 4.3). Die jahrzehntelange Treue des Beschwerdeführers für denselben Betrieb erhöhte jedoch die Fürsorgepflicht des Beschwerdegegners (BGE 132 III 115 E. 5.4). Eine sachlich gerechtfertigte Kündigung aus organisatorischen Gründen wäre damit nur gerechtfertigt, wenn eine andere zumutbare Stelle nicht angeboten werden kann oder abgelehnt wird, was eine Ausformung des verfassungsmässigen Verhältnismässigkeitsgrundsatzes darstellt (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2017.00123 vom 3. Oktober 2017 E. 4.1). In diesem Sinne muss klar hervorgehoben werden, dass es einem Betrieb von der Grösse und Leistungsfähigkeit des Beschwerdegegners mit über 1000 Mitarbeitern personell und organisatorisch grundsätzlich möglich sein müsste, eine Stelle als Nachtwache unter Aufsicht einzurichten und durchzuführen.

Angesichts dieser personellen Ausstattung wären selbst bei einer begründeten betrieblichen Umstrukturierung konkrete Wiedereingliederungsbemühungen für den Beschwerdeführer geboten gewesen, dessen Leistungen immer als gut bewertet worden waren. Vor diesem Hintergrund ist nicht nachvollziehbar (und nicht nur erstaunlich), weshalb der Beschwerdegegner nach der Gewährung des rechtlichen Gehörs und der angezeigten Bereitschaft zur Wiederaufnahme der Arbeit gänzlich von einem Arbeitsversuch auf dessen angestammten Stelle bzw. einer vergleichbaren Stelle im Nachtdienst absah. In den Akten gibt es zudem weder Hinweise, dass der Beschwerdegegner zum Beschwerdeführer während dessen krankheitsbedingter Abwesenheit den Kontakt gesucht hat, noch Anhaltspunkte, dass der Beschwerdegegner interne Alternativmöglichkeiten ernsthaft abgeklärt oder sich bemüht hat, dem Beschwerdeführer zumutbare Stellenangebote zu unterbreiten. Entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners war es dabei keinesfalls am Beschwerdeführer, dem Beschwerdegegner Kompromissvorschläge zu unterbreiten. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Beschwerdeführer keine Fort- oder Weiterbildung absolviert hat, zumal eine solche Weiterbildung für die Stelle des Beschwerdeführers gemäss Stellenbeschreibung vom 26. März 2018 - soweit ersichtlich - gar nicht erforderlich war und der Beschwerdegegner andernfalls aufgrund von Art. 56 PG verpflichtet gewesen wäre, den Beschwerdegegner bei der Weiterbildung zu unterstützen und zu fördern.

- 4.7 Zusammenfassend bildete die Krankheit des Beschwerdeführers im vorliegenden Fall keinen sachlichen Kündigungsgrund. Zudem war die Kündigung angesichts der Fürsorgepflichten des Beschwerdegegners nicht verhältnismässig, weshalb sich die ausgesprochene Kündigung als rechtswidrig erweist. Damit kann offengelassen werden, ob die Kündigung (auch) als missbräuchliche Rachekündigung zu qualifizieren ist und inwiefern das Verhalten des Beschwerdegegners kausal für die Krankheit des Beschwerdeführers war.
5. Erweist sich die Kündigung nachträglich als rechtswidrig, oder wurde ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz grob verletzt, so hat die oder der Angestellte Anspruch auf Entschädigung von bis zu 6 Monatslöhnen, sofern keine Weiter- oder Wiederbeschäftigung erfolgt (Art. 30 Abs. 4 PG). Der Beschwerdeführer verlangt eventualiter eine Entschädigung von sechs Monatslöhnen. Da sich weder die Vorinstanz noch der Beschwerdegegner zu diesem Antrag geäußert haben und den Behörden bei der Bemessung der Entschädigungshöhe ein weites Ermessen zusteht (vgl. dazu Art. 3 Abs. 2 PG i.V.m. Art. 336 Abs. 2 OR), kann das Obergericht die Entschädigung nicht als erste Instanz festlegen. Daher wird die Sache zur Festsetzung einer angemessenen Entschädigung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
6. Insgesamt ergibt sich damit, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen ist, soweit darauf eingetreten wird, und die Sache zur Festsetzung einer angemessenen Entschädigung im

Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird. Dispositiv-Ziff. 1 des vorinstanzlichen Entscheids wird damit aufgehoben.

7. Im Rechtsmittelverfahren ist grundsätzlich gebühren- und kostenpflichtig, wer ganz oder teilweise unterliegt oder auf dessen Rechtsmittel nicht eingetreten wird (Art. 53 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 VRPG). Bei Streitigkeiten aus dem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis werden jedoch keine Kosten erhoben (Art. 53 Abs. 1 i.V.m. Art. 22 Abs. 2 lit. c VRPG; Art. 70 Abs. 5 PG).
8. Nach Art. 53 Abs. 3 VRPG hat die obsiegende Partei in der Regel Anspruch auf eine Entschädigung für ihre notwendigen Kosten und Auslagen. Ausgangsgemäss ist dem Entschädigungsbegehren des anwaltlich vertretenen Beschwerdeführers zu entsprechen, welcher mit seinen Anträgen jedoch nicht vollständig, sondern nur etwa zur Hälfte obsiegt.

Die Entschädigung setzt sich zusammen aus einem Honorar und den Barauslagen; die Mehrwertsteuer wird als Zuschlag in Rechnung gestellt (Art. 3 der Verordnung über den Anwalts-tarif, AT, bGS 145.53). In Verfahren vor dem Obergericht in Verwaltungssachen wird das Honorar pauschal festgelegt (Art. 13 Abs. 1 lit. c AT) und beträgt Fr. 1'000.-- bis Fr. 10'000.-- (Art. 16 Abs. 1 AT). Innerhalb des für eine Pauschale gesetzten Rahmens richtet sich das Honorar nach den besonderen Umständen des Falles. In Betracht fallen namentlich Art und Umfang der Bemühungen, die Schwierigkeiten des Falles sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten (Art. 17 AT). Grundsätzlich kann die mögliche Bandbreite der Honorare unterteilt werden in

- a) einfache, unterdurchschnittlich aufwändige Fälle, in denen ein Honorar von Fr. 1'000.-- bis zu Fr. 4'000.-- zu sprechen ist;
- b) mittlere Fälle, die durchschnittlich schwierige Rechts- und/oder Sachverhaltsfragen betreffen und einen durchschnittlichen Aufwand benötigten, in denen ein Honorar in der Grössenordnung von Fr. 4'000.-- bis Fr. 7'000.-- angemessen erscheint; und
- c) schwierige Fälle sowohl bezüglich Sachverhalts- und/oder Rechtsfragen, in denen überdurchschnittlich umfangreiche Eingaben notwendig waren und umfangreiche Akten zu studieren waren, was ein Honorar von Fr. 7'000.-- bis Fr. 10'000.--, bzw. in aussergewöhnlichen Fällen bis zu Fr. 15'000.-- rechtfertigt.

Vorliegend handelt es sich nach Erachten des Obergerichts um einen Fall, der der untersten Kategorie zuzuordnen ist. Dabei ist zu beachten, dass der Rechtsvertreter den Beschwerdeführer bereits im vorinstanzlichen Verfahren vertreten hat, womit sich der Aufwand reduzieren liess. Dem Aufwand und den Anforderungen angemessen erscheint ein Honorar in der

Höhe von Fr. 3'000.--. Zuzüglich 4 % Barauslagen und 7.7 % Mehrwertsteuer ergeben sich Fr. 3'360.25. Davon hat der Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer die Hälfte oder Fr. 1'680.15 zu ersetzen. Dem Beschwerdegegner steht keine Parteientschädigung zu (Art. 59 Abs. 1 i.V.m. Art. 24 Abs. 3 lit. a VRPG).

9. Da der Beschwerdeführer durch die Aufhebung des Entscheids der Vorinstanz nachträglich teilweise in die Position des Obsiegenden gelangt, ist auch die Entschädigung für das vorinstanzliche Rekursverfahren entsprechend neu zu verlegen. Die Vorinstanz hat somit im Rahmen der Festsetzung der Entschädigung gemäss Art. 30 Abs. 4 PG auch über die Zusprechung einer angemessenen Parteientschädigung für das Rekursverfahren zu entscheiden. Dispositiv-Ziff. 3 des vorinstanzlichen Entscheids wird demzufolge ebenfalls aufgehoben.

Das Obergericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden Dispositiv-Ziff. 1 und 3 des Beschlusses des Regierungsrates vom 22. September 2020 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Festsetzung einer angemessenen Entschädigung nach Art. 30 Abs. 3 PG und Ausrichtung einer Parteientschädigung für das Rekursverfahren an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird nicht auf die Beschwerde eingetreten.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'680.15 (Barauslagen und Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen.
4. **Rechtsmittel:**
Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde richtet sich nach Art. 82 ff. Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110). Die Beschwerde ist beim Schweizerischen Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG). Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 15'000.--.
5. Zustellung an den Beschwerdeführer über dessen Anwalt, die Vorinstanz und den Beschwerdegegner über dessen Anwalt.

Im Namen der 4. Abteilung des Obergerichts

Der Obergerichtspräsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Walter Kobler

lic. iur. Daniel Hofmann

versandt am: 26. November 2021