



Entscheid der Personalrekurskommission des Kantons Basel-Stadt

vom 23. November 2020

Kommission: lic. iur. Gabrielle Kremo (Präsidium),
lic. iur. Christian Heim, lic. iur. Juana-Maria Molina
Schreiberin: MLaw Rebecca Mühlebach

Aktenzeichen Nr. 07/2020 und 11/2020: Gesuch und Rekurs von Dr. X betreffend die [...] mündlich mitgeteilte Freistellung bzw. Befreiung von der Pflicht zur Arbeitsleistung

I. Sachverhalt

1. Mit Eingabe an die Personalrekurskommission vom 7. August 2020 stellte Dr. X, Direktor einer Dienststelle [...], das Gesuch, es sei festzustellen, dass die ihm gegenüber tags zuvor durch das Departement D mündlich ausgesprochene Freistellung nichtig sei, unter entsprechender Kostenfolge. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte er, die begehrte Feststellung der Nichtigkeit sei ohne vorgängige Anhörung des Departement D als superprovisorische Massnahme, eventualiter im Sinne einer provisorischen Massnahme zu treffen, und es sei ihm die Rechtsvertretung durch Dr. A und Dr. B, Advokaten, zu bewilligen. Dem letztgenannten Begehren wurde mit Verfügung der instruierenden Präsidentin der Personalrekurskommission vom 11. August 2020 entsprochen, der Erlass der beantragten superprovisorischen Verfügung wurde jedoch abgelehnt und dem Departement D Gelegenheit zur Vernehmlassung eingeräumt. Dabei wurde dieses aufgefordert, entweder eine schriftliche Fassung der mitgeteilten Freistellung des Arbeitnehmers unter Einhaltung der formellen Anforderungen an eine Verfügung sowie einen Beleg für deren Versand an den Rechtsvertreter des Gesuchstellers einzureichen oder aber eine Stellungnahme zu dessen Rüge, wonach die fehlende Schriftlichkeit die Nichtigkeit der Freistellung zur Folge habe. Mit Eingabe vom 10. September 2020 beantragte das Departement D, auf die Begehren des Arbeitnehmers sei nicht einzutreten.

2. Am 17. August 2020 reichte der Arbeitnehmer eine weitere Rechtsschrift ein, mit welcher er gegen seine Freistellung vom 6. August 2020 Rekurs erhob mit den Anträgen, die Freistellung sei ersatzlos aufzuheben und er sei per sofort als Direktor der Dienststelle weiter zu beschäftigen, unter ordentlicher und ausserordentlicher Kostenfolge.

3. Das Departement D hat am 15. September 2020, wie in seiner Stellungnahme vom 10. September 2020 angekündigt, eine Feststellungsverfügung erlassen mit dem Hinweis, damit dem Bedürfnis des Arbeitnehmers zu entsprechen, die zur Diskussion stehende Befreiung von der Arbeitspflicht einer rechtlichen Überprüfung zuzuführen. Dabei hielt das Departement D an seinem bereits seit August 2020 vertretenen Standpunkt fest, dass sich die Freistellung des Arbeitnehmers unmittelbar aus einer von den Parteien Anfang 2020 geschlossenen Vereinbarung ergebe. Der Wortlaut dieser Feststellungsverfügung lautet wie folgt: "Die Vereinbarung vom 14. Januar 2020 (Ziffer 1 Abs. 2; Befreiung von der Pflicht zur Arbeit) wurde in zulässiger Weise umgesetzt." Entsprechend der Argumentation der Verwaltung, wonach die dem Arbeitnehmer am 6. August 2020 kommunizierte Befreiung von der Pflicht zur Arbeitsleistung keine durch Verfügung ausgesprochene Freistellung im Sinne von § 25 des Personalgesetzes vom 17. November 1999 (PG; SG 162.100) darstelle und daher auch keine Zuständigkeit der Personalrekurskommission zu deren Überprüfung bestehe, weist die am Schluss der Feststellungsverfügung angefügte Rechtsmittelbelehrung auf die Möglichkeit eines Rekurses beim Regierungsrat hin. Einen solchen Rekurs hat der Arbeitnehmer offenbar erhoben, hat doch der für die Instruktion jenes Verfahrens zuständige Zentrale Rechtsdienst des Justiz- und Sicherheitsdepartements der Personalrekurskommission die Kopie einer prozessleitenden Verfügung vom 30. September 2020 zukommen lassen, womit entsprechend dem Antrag des Rekurrenten das Rekursverfahren vor dem Regierungsrat bis zum Entscheid der Personalrekurskommission sistiert und dem Rekurrenten die Pflicht zur Einreichung einer Rekursbegründung während der Sistierung abgenommen wurde.

4. Im vorliegenden Verfahren haben sich auf entsprechende Anfrage beide Parteien mit ihrer jeweiligen Eingabe vom 23. September 2020 einverstanden erklärt, dass die Personalrekurskommission den Entscheid über die Feststellung der Nichtigkeit der dem Arbeitnehmer mündlich mitgeteilten Befreiung von der Pflicht zur Arbeitsleistung in einem schriftlichen Verfahren, unter Verzicht auf eine mündliche Verhandlung, trifft. Während das Departement D in seiner Eingabe inhaltlich auf seine früheren Darlegungen verweist, hat der Arbeitnehmer seinen Standpunkt nochmals begründet und insbesondere auch eingehend zur Bedeutung der Vereinbarung der Parteien vom 14. Januar 2020 und zur Feststellungsverfügung des Departement D vom 15. September 2020 Stellung genommen. Ausserdem macht er geltend, dass bei Annahme der von der Verwaltung vertretenen Auslegung der erwähnten Vereinbarung auf seiner Seite Willensmängel vorlägen, weshalb er in analoger Anwendung der diesbezüglichen Bestimmungen des Obligationenrechts eventualiter deren Anfechtung erkläre. Hinsichtlich der Feststellungsverfügung beantragt er eventualiter deren Aufhebung durch die Personalrekurskommission. Die beiden Rechtsschriften vom 23. September 2020 sind der jeweiligen Gegenpartei am 28. September 2020 zur Kenntnis zugestellt worden. Gleichzeitig ist ihnen die personelle Zusammensetzung der Personalrekurskommission mitgeteilt worden. Darauf sind keine weiteren Äusserungen mehr erfolgt.

5. Am 12. November 2020 hat die instruierende Präsidentin der Personalrekurskommission das Verfahren betreffend das Gesuch um Feststellung der Nich-

tigkeit der Freistellung des Arbeitnehmers und jenes betreffend den Rekurs gegen diese Freistellung zusammengelegt, so dass vorliegend eine gleichzeitige Beurteilung erfolgt. Diese Verfügung ist den Parteien am 16. November 2020 zugestellt worden, dem Departement D unter Beilage der Rekursanmeldung vom 17. August 2020. Darauf hat sich dieses nicht mehr geäußert.

II. Rechtliche Erwägungen

1. Das Departement D hat in seiner Stellungnahme vom 10. September 2020 auf den seiner Ansicht nach problematischen Umstand hingewiesen, dass einer der Rechtsvertreter des Arbeitnehmers, Dr. A, neben seiner Tätigkeit als freiberuflicher Advokat auch stellvertretender Präsident der Personalrekurskommission sei. Es ersucht daher um grundsätzliche Klärung der Frage, ob die Mitglieder bzw. Vorsitzenden der Personalrekurskommission vor dieser Kommission selber als Rechtsvertreter auftreten dürften und wie diese in solchen Fällen mit der Frage von Ausstand und Befangenheit umgehe. Auf diesen Einwand ist vorweg einzugehen. Dabei stellt sich zum einen die Frage der Zulässigkeit einer anwaltlichen Rechtsvertretung durch ein Mitglied bzw. einen Vorsitzenden der Personalrekurskommission vor dieser Kommission und zum andern jene nach einer allfälligen Befangenheit der im konkreten Fall eingesetzten Mitglieder der Personalrekurskommission, wenn eine solche Rechtsvertretung durch einen Kommissionskollegen stattfindet.

a. Zunächst ist festzuhalten, dass für die Personalrekurskommission keine explizite Bestimmung existiert, die deren Mitgliedern bzw. Vorsitzenden die Übernahme von anwaltlichen Mandaten vor dieser Kommission verbietet. Weder im Personalgesetz vom 17. November 1999 (PG; SG 162.100) noch in den gemäss § 40 Abs. 5 PG zusätzlich anwendbaren Normen des Organisationsgesetzes vom 22. April 1976 (OG; SG 153.100) und des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 14. Juni 1928 (VRPG; SG 270.100) ist eine entsprechende Vorschrift zu finden. Dasselbe gilt für die vom Regierungsrat genehmigte Geschäftsordnung der Personalrekurskommission. Dementsprechend ist aufgrund der allgemeinen Ausstandsregeln lediglich klar, dass niemand in einem konkreten Verfahren gleichzeitig als Rechtsvertretung und als entscheidendes Kommissionsmitglied fungieren darf. Wie der Rechtsvertreter des Departement D zwar zutreffend ausführt, enthält das Gesetz betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft vom 3. Juni 2015 (Gerichtsorganisationsgesetz, GOG; SG 154.100) eine Regelung für die nebenamtlichen Richterinnen und Richter, wonach diese im Kanton Basel-Stadt ausser als gesetzliche Vertretung nicht als Parteivertretung vor dem Gericht, an dem sie tätig sind, auftreten dürfen (§ 57 Abs. 4 GOG). Diese Bestimmung ist jedoch auf die Personalrekurskommission nicht anwendbar, denn diese ist anerkanntermassen kein Gericht (vgl. Regierungsratsbeschluss Nr. 0594 vom 27. Juni 2000). Auch eine analoge Anwendung der für die Gerichte geltenden Vorschrift ist abzulehnen, denn an die Personalrekurskommission sind aufgrund ihrer rechtlichen Ausgestaltung eben nicht dieselben strengen Anforderungen an die Unabhängigkeit zu stellen wie an die Justiz. Dies gilt umso mehr, als die Regelung im kantonalen GOG verfassungsrechtlich nicht vorgeschrieben wäre. Dementspre-

chend war bis zum Inkrafttreten des totalrevidierten GOG am 1. Juli 2016 die Parteivertretung durch Anwältinnen und Anwälte, die gleichzeitig Richterinnen bzw. Richter des betreffenden baselstädtischen Gerichts waren, grundsätzlich zulässig. Nur den ordentlichen Richterinnen und Richtern des Appellationsgerichts war dies verwehrt. Bei dieser Sachlage kann in Bezug auf die anwaltliche Vertretung durch Mitglieder der Personalrekurskommission nicht von einer echten Gesetzeslücke im Personalgesetz ausgegangen werden, welche durch die analoge Anwendung von § 57 Abs. 4 GOG gefüllt werden müsste. Darüber hinaus würde der generelle Ausschluss eines Anwalts von der Rechtsvertretung vor einer Verwaltungsrekursinstanz, welcher er selbst als Mitglied angehört, einen Eingriff in seine Wirtschaftsfreiheit darstellen, der einer klaren rechtlichen Grundlage bedarf.

b. Bezüglich der weiteren Frage, ob bei einer Rechtsvertretung durch den in andern Fällen als Stellvertretenden Vorsitzenden tätigen Anwalt alle Mitglieder der Personalrekurskommission, einschliesslich der übrigen Vorsitzenden, als befangen gelten müssten, ist festzustellen, dass vorliegend kein Ausstandsbegehren gestellt worden ist. Das Departement D hat zwar diesbezügliche Zweifel geäussert, jedoch in seiner Eingabe vom 10. September 2020 lediglich ausgeführt, allfällige Ausstandsrügen gegenüber den ordentlichen Mitgliedern der Personalrekurskommission seien "bereits vorsorglich angemeldet". Ein solcher Vorbehalt einer Ablehnung genügt nicht. In der Folge hat sich das Departement D nicht mehr zu dieser Frage geäussert, insbesondere auch nicht nach der Mitteilung vom 28. September 2020 über die personelle Zusammensetzung der Personalrekurskommission, obschon dazu vor der Ausfällung des vorliegenden Entscheids genügend Zeit zur Verfügung gestanden wäre. Im Übrigen wäre aber auch trotz der Rechtsvertretung durch Dr. A keine Befangenheit der übrigen Mitglieder der Personalrekurskommission anzunehmen. Bei dieser handelt es sich um eine Milizorganisation, welche in der Regel rund 10 Fälle pro Jahr in Dreierbesetzung zu bearbeiten hat, so dass die einzelnen Mitglieder in nur sehr wenigen Verfahren pro Jahr im Einsatz sind, wobei die Zusammensetzung jeweils variiert. Ausserdem findet gemäss der Geschäftsordnung der Personalrekurskommission einmal im Jahr eine Plenarsitzung statt. Bei dieser Situation bestehen nur äusserst geringe kollegiale Verbindungen innerhalb der Kommission. Auch liegen keinerlei Abhängigkeiten vor, da die Vorsitzenden der Personalrekurskommission wie auch deren Mitglieder ihre Tätigkeit nicht beruflich ausüben und dafür auch nur bescheidene Sitzungsgelder erhalten. Damit steht eine unbefangene Behandlung des vorliegenden Falles trotz der anwaltlichen Tätigkeit des Stellvertretenden Vorsitzenden durch die Personalrekurskommission ausser Frage.

2a. Aus den Rechtsschriften des Arbeitnehmers geht das Anliegen hervor, dass die ihm von der Vorsteherin des Departement D am 6. August 2020 mündlich mitgeteilte und gleichzeitig im Rahmen einer schriftlichen Medienmitteilung öffentlich gemachte Freistellung bzw. Befreiung von der Pflicht zur Arbeitsleistung als nichtig erklärt und damit aufgehoben wird. Dazu hat er verschiedene Rechtsschritte unternommen, zunächst ein Gesuch an die Personalrekurskommission um Feststellung der Nichtigkeit der Freistellung im Rahmen eines selbständigen vorsorglichen Massnahmeverfahrens gestellt und danach noch einen dagegen gerichteten Re-

kurs gemäss § 40 PG eingereicht. Ausserdem hat das Departement D aufgrund der Rüge des Arbeitnehmers, wonach er in Bezug auf seine Freistellung Anspruch auf Erlass einer schriftlichen Verfügung habe, eine Feststellungsverfügung erlassen. Darin hat das Departement D festgestellt, dass durch sein Vorgehen im Zusammenhang mit dem Verzicht auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers die Vereinbarung der Parteien vom 14. Januar 2020 korrekt umgesetzt worden sei. Dagegen hat der Arbeitnehmer entsprechend der ihm erteilten Rechtsmittelbelehrung beim Regierungsrat Rekurs erhoben, worauf dieser jedoch das Verfahren bis zum Entscheid der Personalrekurskommission sistiert hat. Zusätzlich hat der Rechtsvertreter des Arbeitnehmers eventualiter die Aufhebung dieser Feststellungsverfügung durch die Personalrekurskommission verlangt, und überdies die Anfechtung der erwähnten Vereinbarung der Parteien wegen Willensmängeln erklärt. Aufgrund dieser Vielzahl verschiedener Rechtsschritte ist vorweg eine Klärung des prozessualen Vorgehens erforderlich.

b. Nach § 40 Abs. 1 PG können Verfügungen gemäss den §§ 24 und 25 PG sowie betreffend Kündigung, fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses und Abfindungen gemäss § 36 Abs. 1 PG bei der Personalrekurskommission angefochten werden. § 24 PG sieht vor, dass die Anstellungsbehörde bei Verletzung von arbeitsvertraglichen oder gesetzlichen Pflichten sowie bei Erbringung ungenügender Leistungen durch Mitarbeitende geeignete Massnahmen zur Sicherstellung der geordneten Aufgabenerfüllung ergreifen kann. In § 25 PG ist geregelt, dass bei Gefährdung des geordneten Vollzugs der Aufgaben vorsorgliche Massnahmen getroffen werden können, namentlich unter Beibehaltung des bisherigen Lohnanspruchs die Änderung des Aufgabengebietes am selben oder an einem anderen Arbeitsplatz oder die Freistellung verfügt werden kann. Aus diesen Vorschriften folgt, dass die Personalrekurskommission (abgesehen von den hier nicht relevanten Fällen der Untersuchung von Beschwerden wegen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz) nur im Rahmen eines bei ihr anhängig gemachten Rechtsmittelverfahrens tätig werden kann. Ein solches setzt wiederum voraus, dass eine Verfügung ergangen ist, welche von der betroffenen Person angefochten worden ist.

c. Vorliegend hat der Arbeitnehmer zunächst ein Gesuch im Rahmen eines selbständigen vorsorglichen Massnahmeverfahrens gestellt, womit er die Feststellung der Nichtigkeit einer mündlich mitgeteilten Freistellung verlangt hat. Auch wenn die Nichtigkeit von behördlichen Entscheiden jederzeit und von allen Behörden zu berücksichtigen ist, kann die Personalrekurskommission die beantragte Feststellung der Nichtigkeit gleichwohl nur treffen, wenn bei ihr als zuständiger Instanz ein vom Gesetz vorgesehenes förmliches Verfahren eingeleitet worden ist. In Bezug auf das Verfahren betreffend Erlass einer vorsorglichen Massnahme, welche selbständig, d.h. ohne dass ein Rekursverfahren hängig ist, ausgesprochen werden soll, hat der Arbeitnehmer keine gesetzliche Grundlage genannt. Eine solche ist denn auch in den massgeblichen Normen nicht zu finden. Weder im Personalgesetz noch in den gemäss dessen § 40 Abs. 5 anwendbaren Bestimmungen des Organisationsgesetzes und des Verwaltungsrechtspflegegesetzes ist ein selbständiges vorsorgliches Massnahmeverfahren vorgesehen. Aufgrund der Ausführungen im Gesuch vom 7. August 2020 ist vielmehr davon auszugehen, dass der

Arbeitnehmer sich wohl eine analoge Anwendung der Bestimmungen von §§ 261 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272) vorstellt, wonach vorsorgliche Massnahmen auch vor der Rechtshängigkeit einer Klage erlassen werden können (§ 263 ZPO). Ob ein derartiges Vorgehen auch nach baselstädtischem Verwaltungsrecht im Verfahren vor einer Rekursinstanz zulässig ist, erscheint fraglich. Ein solches Verfahren setzt grundsätzlich den Erlass einer Verfügung, d.h. eines behördlichen Entscheids voraus, worin ein grundlegender Unterschied zu den Verhältnissen im Zivilrecht besteht. Gleichwohl kann vorliegend das Gesuch unter den gegebenen Umständen entgegengenommen und behandelt werden, da der Arbeitnehmer mit seiner Eingabe vom 17. August 2020 auch einen Rekurs erhoben hat. Darin hat er zwar bloss den Antrag auf Aufhebung der umstrittenen Freistellung und nicht auf Feststellung der Nichtigkeit derselben gestellt. Dies spielt jedoch keine Rolle, da – wie erwähnt – die Nichtigkeit eines behördlichen Entscheids gegebenenfalls von Amtes wegen zu berücksichtigen und festzustellen ist. Der Rekurs vom 17. August 2020 ist zudem bereits im Rahmen der Rekursanmeldung genügend begründet worden, wobei auf das Gesuch vom 7. August 2020 betreffend Feststellung der Nichtigkeit der Freistellung Bezug genommen und ausdrücklich an der Auffassung festgehalten worden ist, dass die Freistellung formnichtig sei. Zu diesen Vorbringen hat das Departement D bereits in seiner Vernehmlassung vom 10. September 2020 Stellung genommen und sich dementsprechend nach Zustellung der Rekursanmeldung nicht mehr geäussert. Schliesslich ist der Rekurs in jedem Falle auch rechtzeitig erhoben worden, zumal der Fristenlauf angesichts der fehlenden Schriftlichkeit des angefochtenen Entscheids ohnehin nicht begonnen hätte. Somit kann das Begehren um Feststellung der Nichtigkeit der Freistellung des Arbeitnehmers im Rahmen des bei der Personalrekurskommission eingeleiteten Rekursverfahrens beurteilt werden, sofern deren Zuständigkeit dafür gegeben ist.

3a. Wie oben erwähnt, können Verfügungen gemäss § 25 PG, u.a. auch Freistellungen, bei der Personalrekurskommission angefochten werden. Das Departement D hat vorliegend von Anfang an bestritten, dass es in diesem Sinne eine anfechtbare Verfügung erlassen habe. Nach seiner Argumentation soll sich die Befreiung des Arbeitnehmers von der Erbringung der Arbeitsleistung unmittelbar aus der von den Parteien am 14. Januar 2020 geschlossenen Vereinbarung ergeben (Beilage 9 zum Gesuch vom 7. August 2020). Darin ist u.a. Folgendes vorgesehen: "Der Arbeitgeber ist, falls er es im Interesse der Dienststelle bzw. des Departement D für erforderlich erachtet, berechtigt, den Arbeitnehmer einseitig bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses (31. März 2022) freizustellen, d.h. von der Pflicht zur Arbeitsleistung zu befreien. Eine entsprechende Freistellung soll jedoch grundsätzlich frühestens nach Abschluss der Supervision bzw. nach deren Abbruch erfolgen. Der Arbeitnehmer erklärt sich damit ohne Vorbehalt einverstanden." Bei der Mitteilung an den Arbeitnehmer vom 6. August 2020, wonach er ab sofort von der Pflicht zur Arbeitsleistung befreit sei, handelt es sich nach Auffassung des Departement D einzig um die Umsetzung dieser Abmachung der Parteien. Verfahrensrechtlich bedeute das Fehlen einer Verfügung nach § 25 PG, dass die Personalrekurskommission weder für das Gesuch um Feststellung der Nichtigkeit noch für den Rekurs des Arbeitnehmers zuständig sei. Entsprechend dieser Argumentation wurde dann auch in der Rechtsmittelbelehrung der Feststellungsverfügung vom 15. Sep-

tember 2020, gemäss welcher die Vereinbarung der Parteien vom 14. Januar 2020 in zulässiger Weise umgesetzt worden sei, ein Weiterzug an den Regierungsrat als möglich bezeichnet. Ausserdem wurde darin der Begriff "Freistellung" vermieden und stattdessen die Formulierung "Befreiung von der Pflicht zur Arbeitsleistung" gewählt. Diese sprachliche Differenzierung erscheint allerdings von vornherein irrelevant, wird doch in der erwähnten Vereinbarung die Freistellung explizit als gleichbedeutend mit der Befreiung von der Pflicht zur Arbeitsleistung bezeichnet (" ... freizustellen, d.h. von der Pflicht zur Arbeitsleistung zu befreien. ...").

b. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist beim Begriff der Verfügung in Ermangelung einer kantonalrechtlichen Regelung gestützt auf § 21 Abs. 1 VRPG auf die Definition des Bundesgerichts zu Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetzes, VwVG; SR 172.021) abzustellen. Danach stellt eine Verfügung einen individuellen, auf öffentliches Recht gestützten und an den Einzelnen gerichteten Hoheitsakt dar, der eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise regelt. Im Falle einer sog. Gestaltungsverfügung bezieht sich deren Gegenstand auf die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten (vgl. statt vieler die Entscheide des Verwaltungsgerichts VD.2019.129 vom 2. April 2020 und VD. 2014.83 vom 2. September 2014, jeweils mit Verweisen). Massgeblich ist dabei ein materieller, nicht ein formeller Verfügungsbegriff. Das heisst, die formellen Anforderungen an eine Verfügung, wonach diese schriftlich zu erlassen, als solche zu bezeichnen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen sind (vgl. § 39 OG), sind nicht Voraussetzung für das Vorliegen einer Verfügung, sondern dessen Folge. Liegt also inhaltlich eine behördliche Anordnung vor, womit Rechte und Pflichten eines Einzelnen verbindlich geregelt werden, so sind dafür die Vorschriften für den Erlass einer Verfügung einzuhalten und kann die betreffende Verwaltungsbehörde den Verfügungscharakter ihrer Regelung nicht vermeiden, indem sie diese nicht in Form einer Verfügung erlässt (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts VD.2019.129 vom 2. April 2020 mit Hinweisen).

c. Vorliegend hat die Vorsteherin des Departement D gemäss dem Wortlaut der Medienmitteilung vom 6. August 2020 entschieden, den Arbeitnehmer freizustellen (vgl. Beilage 2 zum Gesuch vom 7. August 2020). Schon diese Formulierung zeigt, dass ein behördlicher Entscheid getroffen wurde, mit welchem die Rechtsbeziehung zwischen den Parteien, nämlich das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis, rechtsgestaltend in verbindlicher und erzwingbarer Weise neu geregelt wurde. Dieser Entscheid des Departement D beinhaltet die Aufhebung der Pflicht des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung. Damit besteht kein Zweifel, dass materiell eine Verfügung im Sinne der vorstehend dargelegten Definition vorliegt. Entgegen der Argumentation des Departement D folgt die Freistellung auch nicht unmittelbar aus der oben zitierten Bestimmung in der Vereinbarung der Parteien vom 14. Januar 2020, was eine Verfügung als entbehrlich erscheinen liesse. Diese Vereinbarung sieht nämlich bloss die Berechtigung des Arbeitgebers vor, den Arbeitnehmer einseitig freizustellen, wobei eine solche Freistellung grundsätzlich erst nach Abschluss der Supervision bzw. nach deren Abbruch erfolgen sollte. Von dieser Be-

rechtiung hat die Vorsteherin des Departement D am 6. August 2020 Gebrauch gemacht, was sie in der dazu verschickten Medienmitteilung mit dem Scheitern des mit externer Unterstützung geführten Konfliktklärungsprozesses begründet hat. Auch dies bestätigt das Vorliegen einer Verfügung. Etwas Anderes wäre nur dann anzunehmen, wenn in der Vereinbarung voraussetzungslos eine Freistellung auf einen bestimmten Zeitpunkt vorgesehen wäre, was aber klarerweise nicht der Fall ist.

d. Des Weiteren macht das Departement D geltend, rechtliche Grundlage der Befreiung des Arbeitnehmers von der Erbringung seiner Arbeitsleistung sei nicht § 25 PG, sondern ausschliesslich die Vereinbarung der Parteien vom 14. Januar 2020. Daher seien die gesetzlichen Anforderungen für eine Freistellung nicht massgeblich und bestehe auch keine Überprüfungsbefugnis der Personalrekurskommission. Nach § 40 Abs. 1 PG wäre nämlich deren Zuständigkeit nur bei einer Verfügung gemäss § 25 PG gegeben. Dieser Argumentation ist insofern zu folgen, als sich die beanstandete Freistellung des Arbeitnehmers inhaltlich tatsächlich auf die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung vom 14. Januar 2020 stützt. Dementsprechend sind in erster Linie die darin enthaltenen Regelungen massgeblich. Allerdings steht auch eine solche im Arbeitsverhältnis getroffene Vereinbarung nicht im rechtsfreien Raum. Vielmehr hat sich die Verwaltung als Arbeitgeber auch in solchen Fällen an die zwingenden Normen des öffentlichen Rechts zu halten, insbesondere auch an die dem Arbeitnehmer zustehenden Schutzrechte und verfahrensrechtlichen Garantien. Daran ändert sich vorliegend auch nichts durch den Umstand, dass der Arbeitnehmer gemäss der getroffenen Vereinbarung sein vorbehaltloses Einverständnis mit der der Gegenseite eingeräumten Berechtigung, ihn bei Abschluss bzw. Abbruch der Supervision freizustellen, erklärt hat. Selbst im privatrechtlichen Arbeitsrecht gibt es diverse gesetzliche Bestimmungen, die absolut oder einseitig zwingend sind, d.h. auf jeden Fall nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden können. Dieser kann somit während des Arbeitsverhältnisses nicht gültig darauf verzichten. Dazu zählt z.B. die allgemeine Pflicht des Arbeitgebers, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen. Dass die vorliegend vereinbarte Berechtigung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer freizustellen, nicht völlig willkürlich ausgeübt werden kann, scheint im Übrigen auch dem Departement D klar zu sein. Einerseits sieht nämlich die erwähnte Vereinbarung in Ziff. 4 vor, dass sich das Arbeitsverhältnis weiterhin nach den bisher geltenden massgebenden gesetzlichen und vertraglichen Grundlagen richte. Andererseits hat die Vorsteherin des Departement D in ihrer Medienmitteilung vom 6. August 2020 die Freistellung des Arbeitnehmers damit begründet, dass der im Januar 2020 mit externer Unterstützung initiierte Konfliktklärungsprozess in der Dienststelle nicht erfolgreich zu Ende geführt werden könne. Das damit verfolgte Ziel, konstruktive Lösungen für die anhaltenden Differenzen im Haus zu finden, könne nicht erreicht werden. Im Fokus stehe, das Haus in eine ruhige und stabile Zukunft zu begleiten, wozu es ein funktionierendes Führungsteam und Ruhe unter den Mitarbeitenden brauche. Damit hat die Vorsteherin des Departement D selbst die Freistellung des Arbeitnehmers deshalb als gerechtfertigt bezeichnet, weil sie die Führung der Dienststelle aufgrund der dort herrschenden Differenzen als beeinträchtigt erachtete. Damit hat sie nichts anderes getan, als die in § 25 PG vorgesehene allgemeine

Voraussetzung an eine Freistellung, nämlich durch diese vorsorgliche Massnahme einer Gefährdung des geordneten Vollzugs der Aufgaben des Arbeitnehmers zu begegnen, im konkreten Fall als erfüllt zu bezeichnen. Selbst nach den Ausführungen in der Medienmitteilung war somit die Freistellung des Arbeitnehmers nur deswegen am Platz, weil das öffentliche Interesse am Funktionieren der Dienststelle dies als erforderlich erscheinen liess. Unter diesen Umständen ist die angeordnete Freistellung des Arbeitnehmers, auch wenn sie sich inhaltlich im Wesentlichen auf eine Parteivereinbarung stützt, als vorsorgliche Massnahme im Sinne von § 25 PG zu qualifizieren, die gemäss § 40 Abs. 1 PG bei der Personalrekurskommission angefochten werden kann.

e. Im Übrigen müsste die Zuständigkeit der Personalrekurskommission zur Überprüfung der angeordneten Freistellung selbst dann bejaht werden, wenn § 25 PG als nicht anwendbar erachtet würde. Beim Rechtsmittelweg in Bezug auf die Freistellung eines Arbeitnehmers nach der von der Verwaltung angegebenen Rechtsgrundlage zu differenzieren, würde nämlich einen Weiterzug verfahrensrechtlich in unzumutbarer Weise erschweren. Gerade in Fällen, in denen die Rechtsgrundlage strittig ist, besteht die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen durch die in Frage kommenden Rechtsmittelinstanzen. Soll dies vermieden werden, so muss eines der Verfahren sistiert werden, wie dies hier in Bezug auf die Anfechtung der am 15. September 2020 erlassenen Feststellungsverfügung des Departement D geschehen ist. Dadurch wird der Verfahrensweg grundlos verlängert, was der Bestimmung von § 40 Abs. 4 PG widerspricht, wonach der Rechtsschutz vor allen Rekursinstanzen den Grundsatz eines raschen und einfachen Verfahrens befolgen soll. Darüber hinaus vertritt hier die Verwaltung die Auffassung, dass hinsichtlich der Vereinbarung der Parteien vom 14. Januar 2020 überhaupt kein Rechtsschutz bestehen soll. Wie aus ihren Ausführungen sowie aus der Formulierung der Feststellungsverfügung vom 14. Januar 2020 hervorgeht, soll im Rechtsmittelverfahren bloss geprüft werden können, ob die erwähnte Vereinbarung der Parteien in zulässiger Weise umgesetzt worden ist, wohingegen die weitere Frage, ob deren Zustandekommen und Inhalt im Hinblick auf zwingende gesetzliche Vorschriften rechtmässig sind, jeglicher Überprüfung entzogen sein soll. Dies wäre als Verletzung der verfassungsmässigen Rechtsmittelgarantie zu erachten.

f. Zusammenfassend ist aufgrund der obigen Erwägungen festzuhalten, dass die Zuständigkeit der Personalrekurskommission zur Beurteilung der umstrittenen Freistellung gegeben ist. Diese Überprüfungsbefugnis bezieht sich nicht nur auf die Möglichkeit einer Aufhebung der betreffenden Verfügung, sondern auch auf die beantragte Feststellung der Nichtigkeit derselben.

4a. Die Nichtigkeit eines Entscheids ist nach Rechtsprechung und Lehre dann anzunehmen, wenn der ihm anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgründe fallen vor allem funktionelle und sachliche Unzuständigkeit sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht. Auch schwerwiegende Form- oder Eröff-

nungsfehler können die Nichtigkeit einer Verfügung nach sich ziehen. Demgegenüber führen inhaltliche Mängel einer Entscheidung nur ausnahmsweise, d.h. wenn sie ausserordentlich schwer wiegen, zur Nichtigkeit (statt vieler: BGE 133 II 366 E. 3.2., 129 I 361 E. 2.1; Entscheid des Bundesgerichts 1C_198/2010 vom 11. November 2010 E. 2.1; Entscheid des Verwaltungsgerichts VD.2014.83 vom 2. September 2014; alle jeweils mit Hinweisen). Nichtigkeit bedeutet absolute Unwirksamkeit einer Verfügung, d.h. diese entfaltet keinerlei Rechtswirkungen. Sie ist vom Zeitpunkt ihres Erlasses an und ohne amtliche Aufhebung rechtlich unverbindlich. Die Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen Behörden von Amtes wegen zu beachten (BGE 133 II 366 E. 3.1, 129 I 361 E. 2.; Entscheid des Bundesgerichts 1C_198/2010 vom 11. November 2010 E. 2.1, jeweils mit Hinweisen).

b. Wie oben dargelegt, stellt die beanstandete, dem Arbeitnehmer mündlich mitgeteilte Freistellung materiell eine Verfügung dar, weshalb die dafür geltenden Form- und Eröffnungsvorschriften einzuhalten sind. Im Personalrecht gilt dafür § 9 in Verbindung mit § 11 der Verordnung zum Personalgesetz, wonach eine Freistellung als vorsorgliche Massnahme im Sinne von § 25 des Personalgesetzes schriftlich zu eröffnen, als Verfügung zu bezeichnen, zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen ist. Sofern die vorliegende Freistellung nicht als Massnahme im Sinne von § 25 PG qualifiziert würde, wäre die allgemeine Vorschrift von § 39 OG anwendbar, wonach Verfügungen in der Regel schriftlich zu erlassen, ausdrücklich als solche zu bezeichnen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen sind. All diesen Formvorschriften genügt die zur Diskussion stehende Freistellung offensichtlich nicht. Schwerwiegend ist dabei vor allem, dass die Verfügung nicht in schriftlicher Form erlassen worden ist, weshalb ihr natürlich auch die notwendige Begründung fehlt. Dies verunmöglicht im Rechtsmittelverfahren eine inhaltliche Überprüfung, und zwar auch im Hinblick auf die im vorliegenden Verfahren als Rechtsgrundlage für die Freistellung genannte Vereinbarung der Parteien vom 14. Januar 2020. Insbesondere ist das Departement D mit keinem Wort auf die darin enthaltene Regelung eingegangen, wonach eine Freistellung des Arbeitnehmers grundsätzlich frühestens nach Abschluss bzw. Abbruch der vorgesehenen Supervision erfolgen sollte. Zwar wurde in der bereits erwähnten Medienmitteilung behauptet, der eingeleitete Konfliktklärungsprozess sei endgültig gescheitert, doch wurde auch hier keine konkrete Begründung dafür angegeben. Gerade diese Frage ist jedoch zwischen den Parteien umstritten. Als schwerer und nicht heilbarer Verfahrensfehler ist zudem der Umstand zu werten, dass die fehlende Schriftlichkeit nicht etwa auf ein Versehen oder Unkenntnis der Verwaltung über die massgeblichen Formvorschriften zurückzuführen ist, und auch kein Fall vorliegt, in welchem zunächst eine bloss mündliche Freistellung ausgesprochen und diese dann innert nützlicher Frist schriftlich bestätigt wird. Vielmehr hat sich das Departement D ungeachtet der diesbezüglichen Forderung der Rechtsvertretung des Arbeitnehmers geweigert, eine schriftliche Verfügung zu eröffnen, und darauf beharrt, dass eine mündliche Mitteilung der Freistellung genüge. Dementsprechend hat es auch auf die im vorliegenden Verfahren ergangene Instruktionsverfügung vom 11. August 2020, womit es zur Einreichung einer schriftlichen Fassung der mitgeteilten Freistellung unter Einhaltung der formellen Anforderungen an eine Verfügung und eines Belegs für deren Versand an den Rechtsvertreter des Ge-

suchstellers oder aber zur Einreichung einer Stellungnahme zu dessen Rüge der Nichtigkeit der Freistellung aufgefordert wurde, den Mangel der fehlenden Schriftlichkeit nicht behoben. Das Departement D hat in seiner Stellungnahme vom 10. September 2020 argumentiert, die Freistellung sei gestützt auf die zwischen den Parteien getroffene Aufhebungsvereinbarung vom 14. Januar 2020 erfolgt, doch stand dies einer Eröffnung der Verfügung in schriftlicher Form keineswegs entgegen. Das Departement D hätte ein Schriftstück verfassen können und eben auch müssen, in welchem es die Anordnung der Freistellung hätte festhalten und zur Begründung der Massnahme zumindest auf die erwähnte Vereinbarung der Parteien und die danach geltenden Voraussetzungen der Freistellung hätte hinweisen können. Erst recht befremdlich erscheint die Verweigerung einer schriftlichen Freistellungsverfügung im Hinblick auf die noch am Tag der mündlichen Orientierung des Arbeitnehmers versandte schriftliche Medienmitteilung. Das Departement D erkannte offensichtlich ein Bedürfnis, die Öffentlichkeit über eine arbeitsrechtliche Massnahme gegenüber dem Direktor der Dienststelle schriftlich zu informieren, wohingegen dem Betroffenen die Aushändigung eines entsprechenden Schriftstücks verweigert wurde. Dies bestätigt, dass die Weigerung, die Freistellung als schriftliche Verfügung zu erlassen, dazu dienen sollte, dem Arbeitnehmer eine Anfechtung derselben zu verunmöglichen.

An dieser Schlussfolgerung ändert im Übrigen auch nichts, dass die Verwaltung schliesslich am 15. September 2020, also über 5 Wochen seit mündlicher Mitteilung der Freistellung, eine Feststellungsverfügung erlassen hat, wonach die Vereinbarung vom 14. Januar 2020 (Ziffer 1 Abs. 2; Befreiung von der Pflicht zur Arbeit) in zulässiger Weise umgesetzt worden sei. Auch darin fehlt eine konkrete Begründung der verhängten Massnahme. Insbesondere wird mit keinem Wort auf den Passus in der Vereinbarung eingegangen, wonach eine entsprechende Freistellung grundsätzlich frühestens nach Abschluss der Supervision bzw. nach deren Abbruch erfolgen sollte. Vielmehr ist im Gegenteil bei der Wiedergabe der Sätze 1 und 3 der entsprechenden Bestimmung von Ziff. 1 Abs. 2 der Vereinbarung dieser Satz 2 stillschweigend weggelassen worden. Auch in diesem Zusammenhang sollte dem Arbeitnehmer offensichtlich verunmöglicht werden, seine Einwände in Bezug auf das behauptete Scheitern des Konfliktlösungsprozesses zum Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens zu machen.

c. Unter den dargelegten Umständen erscheinen die fehlende Schriftlichkeit der in Frage stehenden Freistellungsverfügung und damit verbunden vor allem das Fehlen einer im Rechtsmittelverfahren überprüfbaren Begründung für die Massnahme als sehr schwerwiegende formelle Mängel, die aufgrund der Haltung des Departement D auch nicht nachträglich geheilt werden konnten. Daraus folgt, dass die mündlich mitgeteilte Freistellung bzw. die Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeitsleistung als nichtig betrachtet werden muss. Dem Begehren um Feststellung der Nichtigkeit dieses Entscheids des Departement D ist daher zu entsprechen. Eine zusätzliche Aufhebung der Freistellung bzw. der Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeitsleistung ist damit nicht erforderlich, denn – wie oben erwähnt – entfaltet eine nichtige Verfügung keinerlei Rechtswirkungen und ist in jeder Hinsicht

unverbindlich. Sinngemäss wird damit aber auch dem Antrag im Rekurs des Arbeitnehmers vom 17. August 2020 auf Aufhebung seiner Freistellung entsprochen.

5. Die Feststellung der Nichtigkeit der Freistellung des Arbeitnehmers betrifft nicht nur das Vorgehen des Departement D vom 6. August 2020, sondern steht auch zu dessen Feststellungsverfügung vom 15. September 2020 in Widerspruch, wonach mit der Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeitsleistung die Vereinbarung der Parteien vom 14. Januar 2020 in korrekter Weise umgesetzt worden sei. Diese Verfügung muss daher, soweit es um die Wirksamkeit der Freistellung vom 6. August 2020 geht, ebenfalls als nichtig erachtet werden. Formell ist allerdings für dieses Verfahren der Regierungsrat zuständig, bei welchem der Rekurs angemeldet worden ist.

Es wird auch Sache des Regierungsrates sein, wie weit er sich angesichts der Beurteilung durch die Personalrekurskommission für den Rekurs gegen die Feststellungsverfügung noch als zuständig erachten will. Allenfalls könnte die vom Departement D getroffene Feststellung, wonach es die Vereinbarung der Parteien vom 14. Januar 2020 in korrekter Weise umgesetzt habe, noch unter ergänzenden Gesichtspunkten geprüft werden, sofern sich der Arbeitnehmer in der Rekursbegründung darauf berufen sollte. So könnte z.B. in Frage gestellt werden, ob das Departement D beim Versand der schriftlichen Medienmitteilung über die angeordnete Freistellung seine Fürsorgepflicht gegenüber dem Arbeitnehmer bzw. seine Pflicht zur Wahrung dessen Persönlichkeitsrechte genügend beachtet hat, zumal auch im Hinblick auf das diesem unbestrittenermassen auferlegte Verbot, sich gegenüber der Öffentlichkeit zu äussern. Diesbezüglich bestünde jedenfalls keine Zuständigkeit der Personalrekurskommission.

III. Folgerungen

Zusammenfassend ergibt sich aus den obigen Erwägungen die Feststellung der Nichtigkeit des Entscheids des Departement D vom 6. August 2020, womit dieses den Arbeitnehmer mit sofortiger Wirkung bis zum Ende der Kündigungsfrist am 31. März 2022 freigestellt hat. Damit wird dessen Gesuch vom 7. August 2020 und sinngemäss auch seinem Rekursantrag vom 17. August 2020 auf Aufhebung dieser Freistellung entsprochen. Hingegen kann auf das Begehren um Feststellung der Nichtigkeit der Feststellungsverfügung des Departement D vom 15. September 2020 nicht eingetreten werden.

IV. Verfahrenskosten und Parteientschädigung

1.

Das Rekursverfahren ist gestützt auf § 40 Abs. 4 PG kostenlos.

2.

Die Gebühren und Parteientschädigungen in verwaltungsinternen Rekursverfahren werden im Gesetz über die Verwaltungsgebühren sowie in der entsprechenden Ausführungsverordnung geregelt. Gemäss § 7 dieses Gesetzes kann dem teilweise oder ganz obsiegenden Beschwerdeführer, dem Anwaltskosten entstanden sind, eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen werden. In verwaltungsinternen Rekursverfahren werden jedoch in der Regel nicht die effektiven Anwaltskosten als Parteientschädigungen zuerkannt, sondern diese werden im Rahmen der in §§ 11 bis 13 der Verordnung zum Gesetz über die Verwaltungsgebühren geregelten Ansätze festgelegt.

Da der vorliegende Rekurs gutgeheissen wird, ist es gerechtfertigt, dem Rekurrenten eine Parteientschädigung zuzusprechen. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände, namentlich dass es sich nicht um einen besonders umfangreichen und aufwendigen Fall handelt, zumal der beanstandete Entscheid bloss unter formellen Gesichtspunkten und nicht auf seine inhaltliche Zulässigkeit geprüft werden musste, ist dem Rekurrenten eine pauschale Parteientschädigung in Höhe von CHF 2'000.00 inkl. Auslagen zuzügl. 7.7 % Mehrwertsteuer zuzusprechen. Diese Parteientschädigung hat das Departement D auszurichten.

Demgemäss hat die Personalrekurskommission entschieden:

I.

- ://:
1. In Gutheissung des Gesuchs vom 7. August 2020 und des Rekurses vom 17. August 2020 wird festgestellt, dass die dem Arbeitnehmer am 6. August 2020 mündlich mitgeteilte Freistellung bzw. Befreiung von der Pflicht zur Arbeitsleistung nichtig ist.
 2. Auf das Begehren um Feststellung der Nichtigkeit der Feststellungsverfügung des Departement D vom 15. September 2020 wird nicht eingetreten.
 3. Dem Arbeitnehmer wird für das vorliegende Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 2'000.00 inkl. Auslagen zuzügl. Mehrwertsteuer (7.7 %) zu Lasten des Departement D zugesprochen.

Mit Urteil VD.2020.262 und VD.2021.12 vom 13. April 2021 wurde vom Verwaltungsgericht Ziffer 1 dieses Entscheides aufgehoben und auf das Gesuch vom 7. August 2020 und den Rekurs vom 17. August 2020 nicht eingetreten.