

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.262 vom 13. April 2021

BS Appellationsgericht, 2021-04-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2020.262

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.262 du 13 avril 2021

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.262 del 13 aprile 2021

Erwägungen

E. 1

1.1 An den verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren VD.2020.262 und VD.2021.12 sind dieselben Parteien beteiligt. Beide Verfahren betreffen denselben Lebenssachverhalt und teilweise stellen sich in beiden Verfahren die gleichen Rechtsfragen. Aus diesen Gründen werden die beiden Verfahren vereinigt und werden mit dem vorliegenden Urteil sowohl der Rekurs des PD gegen den Entscheid der PRK vom 23. November 2020 als auch der Rekurs des Mitarbeiters gegen die Feststellungsverfügung des PD vom 15. September 2020 beurteilt.

E. 1.2

1.2.1 Entscheide der PRK unterliegen gemäss § 43 Abs. 1 des Personalgesetzes (PG, SG 162.100) dem Rekurs an das Verwaltungsgericht. Die Anstellungsbehörde kann gegen einen Entscheid der PRK selbstständig Rekurs beim Verwaltungsgericht erheben (§ 40 Abs. 3 PG). Dieses entscheidet in der Besetzung mit drei Mitgliedern (§ 43 Abs. 2 PG). Unter Vorbehalt abweichender Bestimmungen des Personalgesetzes gelten gemäss § 40 Abs. 5 PG für das Verfahren die Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100; VGE VD.2018.164 vom 9. August 2019 E. 1.1, VD.2017.150 vom 14. Mai 2018 E. 1.1) und gemäss § 21 Abs. 1 VRPG ergänzend diejenigen des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SR 154.100) und des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021).

1.2.2 Mit seinem Rechtsbegehren 1 beantragt das PD die Aufhebung der Ziff. 1 und 3 des angefochtenen Entscheids. Insoweit ist auf den frist- und formgerecht eingereichten Rekurs einzutreten.

1.2.3 Mit den Rechtsbegehren 2 und 3 beantragt das PD, es sei festzustellen, dass die PRK zur Behandlung der vorliegenden Streitsache nicht zuständig sei (Rechtsbegehren 2) und dass die Behandlung der vorliegenden Angelegenheit gestützt auf die Feststellungsverfügung vom 15. September 2020 im Verfahren vor dem Regierungsrat weiterzuführen sei (Rechtsbegehren 3).

Gemäss Art. 25 Abs. 2 VwVG ist dem Begehren um eine Feststellungsverfügung zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist. Ein schutzwürdiges Interesse liegt dann vor, wenn die gesuchstellende Person ohne die verbindliche und sofortige Feststellung des Bestands, Nichtbestands oder Umfangs öffentlich-rechtlicher Rechte oder Pflichten Gefahr liefe, dass sie oder die Behörde ihr nachteilige Massnahmen treffen oder ihr günstige unterlassen würden. Das Interesse kann rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein. Grundsätzlich muss es auch aktuell sein.

Schliesslich muss das Interesse individuell und konkret sein. Bei Fehlen eines schutzwürdigen Interesses ist auf das Begehren um eine Feststellungsverfügung nicht einzutreten (VGE VD.2017.210 vom 2. Mai 2018 E. 4.1, VD.2015.179 vom 16. September 2016 E. 5.3.1; Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage, Zürich 2013, N 340; vgl. Häner, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], *Praxiskommentar VwVG*, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 25 N 17 und 28). Für Feststellungsverfügungen auf Begehren einer gesuchstellenden Person gilt das Erfordernis des schutzwürdigen Interesses an der Feststellung auch in der Verwaltungsrechtspflege des Kantons Basel-Stadt (VGE VD.2017.210 vom 2. Mai 2018 E. 4.1, VD.2015.179 vom 16. September 2016 E. 5.3.1; Schwank, *Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt*, Diss. Basel 2003, S. 86 ff.).

Das PD hat ein schutzwürdiges Interesse an den beantragten Feststellungen nicht nachvollziehbar dargelegt. Weshalb das PD ein schutzwürdiges Interesse an den beantragten Feststellungen haben könnte, ist auch nicht ersichtlich. Falls das Verwaltungsgericht Ziff. 1 des angefochtenen Entscheids mangels Zuständigkeit der PRK aufhebt und entscheidet, dass auf das Gesuch vom 7. August 2020 und den Rekurs vom 17. August 2020 nicht eingetreten wird, steht fest, dass die PRK gemäss dem Urteil des Verwaltungsgerichts zur Behandlung der vorliegenden Streitsache nicht zuständig ist. Somit hat das PD neben der Beurteilung von Rechtsbegehren 1 kein schutzwürdiges Interesse an einer zusätzlichen Feststellung gemäss Rechtsbegehren 2. Mit Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids ist die PRK auf das Begehren um Feststellung der Nichtigkeit der Feststellungsverfügung nicht eingetreten mit der Begründung, dafür sei nicht die PRK, sondern der Regierungsrat, bei dem der Rekurs angemeldet worden ist, zuständig (angefochtener Entscheid E. II.5). Der Mitarbeiter hat jedoch (als Eventualbegehren) nicht die Feststellung der Nichtigkeit der Feststellungsverfügung, sondern deren Aufhebung durch die PRK beantragt (Eingabe des Mitarbeiters vom 23. September 2020). Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Formulierung der PRK auf einem Versehen beruht, und ist Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids nach Treu und Glauben mit dem PD (vgl. Rekurs PD Ziff. 41 und 81) dahingehend zu verstehen, dass die PRK auf das Rechtsbegehren um Aufhebung der Feststellungsverfügung nicht eingetreten ist. Dieser Nichteintretensentscheid ist mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsen (vgl. zur Teilrechtskraft VGE VD.2020.152 vom 24. November 2020 E. 2.2). Damit steht fest, dass die PRK für die Beurteilung des Rekurses gegen die Feststellungsverfügung nicht zuständig ist. Für den Fall der fehlenden Zuständigkeit der PRK ergibt sich die Zuständigkeit des Regierungsrats bzw. ■ im Fall einer Überweisung ■ des Verwaltungsgerichts unmittelbar aus dem Gesetz (vgl. § 41 Abs. 2 und § 42 des Organisationsgesetzes [OG, SG 153.100]). Auch bezüglich der in Rechtsbegehren 3 beantragten Feststellung fehlt es dem PD daher an einem schutzwürdigen Interesse.

Aus den vorstehenden Gründen ist auf die Rechtsbegehren 2 und 3 nicht einzutreten. Im Übrigen wäre das Rechtsbegehren 3 abzuweisen, soweit mit der beantragten Feststellung gemeint sein sollte, die vorliegende Streitsache sei ausschliesslich im Rekursverfahren betreffend die Feststellungsverfügung zu behandeln. Wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt, wäre die Streitsache vielmehr auch und in erster Linie im Rekursverfahren betreffend die mündliche Freistellung zu behandeln, sofern die diesbezüglichen Verfahren nicht gegenstandslos wären (vgl. unten E. 4.4 und 5.1).

1.2.4 Mit dem Rechtsbegehren 4 beantragt das PD, der Regierungsrat sei anzuweisen, die Sistierung des Verfahrens betreffend den Rekurs gegen die Feststellungsverfügung aufzuheben und die Instruktion des Verfahrens weiterzuführen. Die Sistierungsverfügung des Regierungsrats vom 30. September 2020 wurde weder vom PD noch vom Mitarbeiter angefochten. Die Sistierung des beim Regierungsrat hängigen Rekursverfahrens ist daher nicht Streitgegenstand der vorliegenden verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren. Zudem war das Rechtsbegehren bereits im Zeitpunkt der Einreichung des Rekurses vom 22. Dezember 2020 gegenstandslos, weil das JSD die Sistierung mit Verfügung vom 17. Dezember 2020 aufgehoben hatte. Auf das Rechtsbegehren 4 ist deshalb ebenfalls nicht einzutreten.

1.2.5 Der Mitarbeiter macht geltend, der Rekurs des PD widerspreche den Grundsätzen der Verwaltungsökonomie und des nachhaltigen Einsatzes öffentlicher Mittel, weil das PD nach Erhalt des angefochtenen Entscheids die Freistellung des Mitarbeiters formgerecht hätte verfügen können anstatt einen aufwendigen Rekurs einzureichen. Der Rekurs verletze deshalb zumindest den Grundsatz von Treu und Glauben, weshalb auf ihn nicht einzutreten sei (Vernehmlassung Mitarbeiter Ziff. 18 f.). Dieser Einwand ist unbegründet. Das PD ist überzeugt, dass die Freistellung des Mitarbeiters entgegen den Feststellungen im angefochtenen Entscheid nicht mittels einer rechtsgestaltenden Verfügung angeordnet werden muss und dass die PRK ihre Zuständigkeit für die Beurteilung der Freistellung zu Unrecht bejaht hat. Unter diesen Umständen ist das Departement berechtigt, mit einem Rekurs die Klärung der Fragen der Erforderlichkeit einer rechtsgestaltenden Verfügung und der Zuständigkeit der PRK durch das Verwaltungsgericht zu verlangen, auch wenn mit dem Erlass einer rechtsgestaltenden Verfügung eine raschere inhaltliche Überprüfung der Freistellung ermöglicht würde. Zudem hätten die Qualifikation der Freistellung und die Bejahung der Zuständigkeit der PRK im angefochtenen Entscheid für einen Rekurs gegen eine Freistellung mittels einer rechtsgestaltenden Verfügung zumindest faktisch erhebliche präjudizielle Wirkung. Daher kann von Seiten der Rechtsmittelbehörde vom PD nicht verlangt werden, auf die von ihm gewünschte gerichtliche Beurteilung der Sache zu verzichten.

E. 1.3

1.3.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des Rekurses des Mitarbeiters gegen die Feststellungsverfügung des PD ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des JSD vom 27. Januar 2021 sowie aus § 42 OG und § 12 VRPG. Zuständig ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 GOG). Auf den frist- und formgerecht eingereichten Rekurs ist einzutreten.

1.3.2 Der Mitarbeiter beantragt mit seinem Rekurs gegen die Feststellungsverfügung nicht nur die Feststellung der Nichtigkeit und eventualiter die Aufhebung der Feststellungsverfügung, sondern auch die Feststellung der Nichtigkeit der mündlichen Freistellung. Dieser Antrag ist zulässig, weil die Wirksamkeit der mündlichen Freistellung Gegenstand der Feststellungsverfügung ist und folglich auch die Nichtigkeit der Freistellung als deren absolute Unwirksamkeit zum Streitgegenstand des Rekurses gegen die Feststellungsverfügung gehört (vgl. eingehend zur Feststellung der Nichtigkeit unten E. 2).

1.4 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Bestimmung von § 8 VRPG. Demnach prüft das Gericht insbesondere, ob die Vorinstanzen das

öffentliche Recht nicht oder nicht richtig angewandt, den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt oder von dem ihnen zustehenden Ermessen einen unzulässigen Gebrauch gemacht haben (VGE VD.2018.164 vom 9. August 2019 E. 1.3, VD.2017.150 vom 14. Mai 2018 E. 1.3).

E. 1.5

1.5.1 Im Fall von Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) findet gemäss § 25 Abs. 2 VRPG eine mündliche Verhandlung statt, sofern die Parteien nicht darauf verzichten. Der Verzicht auf den Anspruch auf eine mündliche öffentliche Verhandlung gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (BGE 134 I 331 E. 2.1 S. 333; VGE VD.2018.12 vom 22. Mai 2018 E. 1.4, VD.2016.54 vom 16. Dezember 2016 E. 1.3, VD.2011.204 vom 13. März 2013 E. 1.2). Entsprechendes gilt für den Verzicht im Sinn von § 25 Abs. 2 VRPG (VGE VD.2018.12 vom 22. Mai 2018 E. 1.4, VD.2017.90 vom 21. Dezember 2017 E. 1.3, VD.2017.147 vom 3. Dezember 2017 E. 1.4). Da die Parteien auch stillschweigend auf ihren Anspruch auf eine mündliche öffentliche Verhandlung verzichten können, haben sie in jenen Verfahren, für die das anwendbare Prozessrecht eine solche nicht zwingend vorschreibt, einen Verfahrens Antrag auf Durchführung einer mündlichen öffentlichen Verhandlung zu stellen. Wenn sie dies unterlassen, wird angenommen, sie hätten auf die Ausübung ihres Anspruchs auf eine mündliche öffentliche Verhandlung verzichtet (BGE 134 I 331 E. 2.3 S. 333; VGE VD.2018.12 vom 22. Mai 2018 E. 1.4, VD.2016.112 vom 12. Januar 2017 E. 1.3, VD.2016.54 vom 16. Dezember 2016 E. 1.3). Ein Antrag auf Durchführung einer mündlichen öffentlichen Verhandlung ist in der Regel verspätet, wenn er nicht während des ordentlichen Schriftenwechsels gestellt wird (VGE VD.2018.12 vom 22. Mai 2018 E. 1.4, VD.2016.54 vom 16. Dezember 2016 E. 1.3; vgl. BGE 134 I 331 E. 2.3.2 S. 334 f.).

1.5.2 Sowohl das Rekursverfahren VD.2020.262 als auch das Rekursverfahren VD.2021.12 betreffen die Freistellung des Mitarbeiters. Dabei handelt es sich um eine Streitigkeit über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (vgl. VGE VD.2017.262 vom 24. August 2018 E. 3.2.3.3).

1.5.3 Bei Rekursen gegen Entscheide der PRK findet in der Regel bloss ein einfacher Schriftenwechsel statt (§ 43 Abs. 2 PG). Der anwaltlich vertretene Mitarbeiter hat in seiner Vernehmlassung keine mündliche öffentliche Verhandlung beantragt. Damit hat er im Rekursverfahren VD.2020.262 betreffend den Entscheid der PRK vom 23. November 2020 auf die Durchführung einer solchen stillschweigend verzichtet (vgl. VGE VD.2016.54 vom 16. Dezember 2016 E. 1.3). Das PD hat in seinem Rekurs ebenfalls keine mündliche öffentliche Verhandlung beantragt. Sofern es sich aufgrund seines gesetzlichen Beschwerderechts (§ 40 Abs. 3 PG) auf das Verfahrensgrundrecht von Art. 6 Ziff. 1 EMRK berufen könnte (so für die Verfahrensgrundrechte der Bundesverfassung [BV, SR 101] VGE VD.2020.110 und VD.2020.111 vom 6. November 2020 E. 2.1 und VD.2019.202 vom 31. März 2020 E. 2.1.2), hätte damit auch das PD auf die Durchführung einer mündlichen öffentlichen Verhandlung im Rekursverfahren VD.2020.262 stillschweigend verzichtet.

1.5.4 Mit Verfügungen vom 11. März 2021 teilte der Verfahrensleiter den Parteien in beiden Rekursverfahren mit, es sei vorgesehen, ohne mündliche Verhandlung aufgrund der vorliegenden Rechtsschriften und Akten zu entscheiden. Damit wussten die Parteien, dass

kein weiterer Schriftenwechsel durchgeführt wird. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hätten sie einen Antrag auf eine öffentliche mündliche Verhandlung stellen müssen, wenn sie eine solche gewünscht hätten. Indem sie dies unterliessen, verzichteten sie auch im Rekursverfahren VD.2021.12 betreffend die Feststellungsverfügung des PD vom 15. September 2020 stillschweigend auf die Durchführung einer solchen (vgl. VGE VD.2018.12 vom 22. Mai 2018 E. 1.4).

E. 2

Die PRK stellte im angefochtenen Entscheid fest, dass die dem Arbeitnehmer am 6. August 2020 mündlich mitgeteilte Freistellung nichtig sei (Ziff. 1 des Dispositivs). Das PD rügt, dass die PRK zur Beurteilung der Nichtigkeit der Freistellung nicht zuständig gewesen sei und auf den Rekurs nicht hätte eintreten dürfen (Rekurs PD Ziff. 77 f. und 101).

2.1 Nichtigkeit bedeutet absolute Unwirksamkeit (BGE 137 I 273 E. 3.1 S. 275, 132 II 21 E. 3.1 S. 27; VGE VD.2020.193 vom 28. Dezember 2020 E. 3.2.2; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich 2020, N 1096). Nichtigen Verfügungen geht jede Verbindlichkeit und Rechtswirksamkeit ab (BGE 139 II 243 E. 11.2 S. 260, 132 II 342 E. 2.1 S. 346; VGE VD.2020.193 vom 28. Dezember 2020 E. 3.2.2). Eine nichtige Verfügung ist rechtlich inexistent (BVGer C-6991/2008 vom 1. September 2010 E. 4 und 8; VGE VD.2020.193 vom 28. Dezember 2020 E. 3.2.2; Wiederkehr, in: Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, Bern 2012, N 2555 und 2777). Da eine nichtige Verfügung keinerlei Rechtswirkungen entfaltet, kann sie auch nicht Anfechtungsobjekt eines Rechtsmittels sein. Kommt die Rechtsmittelinstanz zum Schluss, die Verfügung sei nichtig, so tritt sie mangels Anfechtungsobjekts auf das Rechtsmittel nicht ein (VGE VD.2020.193 vom 28. Dezember 2020 E. 3.2.2; vgl. BGE 132 II 342 E. 2.3 S. 349; BVGer A-3612/2019 vom 29. Juli 2019 E. 6.1; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1100; Wiederkehr, a.a.O., N 2556; a.M.Moor, «La nullité doit être constatée en tout temps par toute autorité», in: Rüssli et al. [Hrsg.], Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Zürich 2012, S. 41, 47 f.). Die Nichtigkeit ist jedoch im Dispositiv festzustellen (BGE 132 II 342 E. 2.3 S. 349; BVGer A-3612/2019 vom 29. Juli 2019 E. 6.1, A-6683/2010 vom 25. August 2011 E. 3.5; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1100; Wiederkehr, a.a.O., N 2556). Die Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten (BGE 139 II 243 E. 11.2 S. 260, 137 III 217 E. 2.4.3 S. 226, 132 II 342 E. 2.1 S. 346; VGE VD.2020.193 vom 28. Dezember 2020 E. 3.2.2). Sie kann auch auf dem Rechtsmittelweg festgestellt werden (BGE 137 III 217 E. 2.4.3 S. 226, 132 II 342 E. 2.1 S. 346, 127 II 32 E. 3g S. 48; VGE VD.2020.193 vom 28. Dezember 2020 E. 3.2.2; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1101). Die Nichtigkeit kann von jedermann jederzeit geltend gemacht werden (VGE VD.2020.193 vom 28. Dezember 2020 E. 3.2.2; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1096). Die Feststellung der Nichtigkeit kann auch (erstmalig) im Rechtsmittelverfahren verlangt werden (VGE VD.2020.193 vom 28. Dezember 2020 E. 3.2.2; vgl. BGE 145 III 436 E. 3 S. 438; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1100).

2.2 Aus den vorstehenden Erwägungen kann jedoch nicht geschlossen werden, dass der Betroffene von jeder Behörde jederzeit die Feststellung der Nichtigkeit einer Verfügung verlangen kann und dass jede Behörde jederzeit die Nichtigkeit einer Verfügung feststellen muss (VGE VD.2020.193 vom 28. Dezember 2020 E. 3.2.2; vgl. Flückiger, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 7 N 40 FN 115; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1101; Moor, a.a.O., S. 48). Mit der

jederzeitigen Beachtung der Nichtigkeit durch jede Behörde ist primär bloss gemeint, dass eine Behörde die Nichtigkeit einer Verfügung vorfrageweise berücksichtigt, wenn die in ihre Zuständigkeit fallende und von ihr zu beantwortende Hauptfrage von der Gültigkeit der nichtigen Verfügung abhängig ist (VGE VD.2020.193 vom 28. Dezember 2020 E. 3.2.2; vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1101; Moor, a.a.O., S. 44; vgl. dazu auch Moor/Poltier, Droit administratif, Band II,

E. 3

3.1 Mit Gesuch vom 7. August 2020 beantragte der Mitarbeiter bei der PRK die Feststellung der Nichtigkeit der mündlichen Freistellung. Mit Verfahrensanträgen beantragte er, die Nichtigkeit sei ohne vorgängige Anhörung des PD mit einer superprovisorischen Massnahme und eventualiter mit einer vorsorglichen Massnahme festzustellen. Entgegen der Ansicht der PRK (angefochtener Entscheid E. II.2b f.) und des PD (vgl. Rekurs PD Ziff. 38, 45 und 101) hat der Mitarbeiter damit nicht im Rahmen eines selbstständigen vorsorglichen Massnahmeverfahrens ein Gesuch um Feststellung der Nichtigkeit der mündlichen Freistellung gestellt, sondern ein Gesuch um Feststellung der Nichtigkeit gestellt und im Rahmen des damit eingeleiteten Verfahrens eine superprovisorische und eventualiter eine vorsorgliche Massnahme beantragt (vgl. dazu auch Vernehmlassung Mitarbeiter Ziff. 32.a, 111 und 117).

3.2 Wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt, ist ein Gesuch um Feststellung der Nichtigkeit einer Verfügung durch eine Rechtsmittelinstanz zulässig, wenn die Voraussetzungen für das Eintreten der Rechtsmittelinstanz auf ein Rechtsmittel gegen die Verfügung abgesehen vom allenfalls infolge der Nichtigkeit fehlenden Anfechtungsobjekt erfüllt sind (vgl. oben E. 2.2). Folglich hat die PRK auf das Gesuch vom 7. August 2020 um Feststellung der Nichtigkeit der mündlichen Freistellung eintreten dürfen und müssen, wenn die Voraussetzungen für einen Rekurs an die PRK gegen die mündliche Freistellung abgesehen vom allenfalls infolge der Nichtigkeit der Freistellung fehlenden Anfechtungsobjekt erfüllt gewesen sind. Ob dies der Fall ist, wird im Folgenden geprüft (vgl. unten E. 4). Wenn eine Rechtsmittelinstanz auch aus einem anderen Grund als dem allfälligen Fehlen eines Anfechtungsobjekts infolge Nichtigkeit auf ein Rechtsmittel gegen eine Verfügung nicht einzutreten hätte, kommt eine Feststellung der Nichtigkeit durch die Rechtsmittelinstanz nur in Ausnahmefällen bei Vorliegen eines qualifizierten Rechtsschutzbedürfnisses in Betracht (vgl. oben E. 2.2). Ob die Voraussetzungen dafür im vorliegenden Fall erfüllt sind, wird im Anschluss an die Prüfung der Voraussetzungen eines Rekurses an die PRK untersucht (vgl. unten E. 5).

E. 4

4.1 Am 17. August 2020 meldete der Mitarbeiter gegen die am 6. August 2020 mündlich ausgesprochene Freistellung bei der PRK Rekurs an. Die PRK und der Mitarbeiter bejahen die Zuständigkeit der PRK für die Beurteilung der angefochtenen Freistellung (angefochtener Entscheid E. II.3; Vernehmlassung Mitarbeiter Ziff. 26 ff.). Das PD bestreitet die Zuständigkeit der PRK (insbesondere Rekurs PD Ziff. 77 f. und 101).

4.2 Die PRK ist gemäss § 40 Abs. 1 PG für Rekurse gegen Verfügungen gemäss den §§ 24 und 25 PG sowie betreffend Kündigung, fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses und Abfindungen nach § 36 Abs. 1 PG zuständig. Die bei der PRK anfechtbaren Verfügungen werden in § 40 Abs. 1 PG abschliessend umschrieben (VGE VD.2015.157 vom 4. Februar 2016 E. 2.1; Meyer/Wehrauch/Hafner/Reimann, Öffentliche Arbeitsverhältnisse im Kanton

Basel-Stadt, Basel 2019, S. 257). Die Zuständigkeit der PRK setzt damit voraus, dass es sich erstens beim Anfechtungsobjekt um eine Verfügung handelt und diese zweitens einen der erwähnten Gegenstände betrifft.

E. 4.3

4.3.1 Am 14. Januar 2020 schlossen der Kanton, vertreten durch die Vorsteherin des PD, und der Mitarbeiter eine Vereinbarung ab. Diese enthält in Ziff. 1 unter anderem die folgende Regelung: «Das Arbeitsverhältnis endet ohne Kündigung spätestens per 31. März 2022. [] Der Arbeitgeber ist, falls er es im Interesse der Dienststelle des Präsidialdepartements bzw. des Präsidialdepartements 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. Die Parteien würden sich zu diesem Zeitpunkt um eine gemeinsam abgesprochene Kommunikation bemühen.» Damit räumten die Parteien dem Arbeitgeber vertraglich das (Gestaltungs-)Recht ein, den Mitarbeiter durch eine einseitige Anordnung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses freizustellen. Voraussetzung dieses Rechts ist gemäss der Vereinbarung zumindest, dass der Arbeitgeber die Freistellung im Interesse der Dienststelle des Präsidialdepartements bzw. des PD für erforderlich erachtet. Wie das PD zu Recht geltend macht (vgl. Rekurs PD Ziff. 59■63), ist es aufgrund der eingehenden Regelung der Freistellung in Ziff. 1 der Vereinbarung vom 14. Januar 2020 entgegen der Ansicht des Mitarbeiters (vgl. Vernehmlassung Mitarbeiter Ziff. 28i, 101, 109, 131 und 133) ausgeschlossen, dass die Parteien damit nur zusätzliche Voraussetzungen statuieren und im Übrigen auf die Möglichkeit der Freistellung gemäss § 25 PG verweisen wollten. Die vereinbarte materielle Voraussetzung, dass der Arbeitgeber die Freistellung im Interesse der Dienststelle des Präsidialdepartements bzw. des PD für erforderlich erachtet, ist eindeutig weniger streng als die gemäss § 25 Abs. 1 PG geltende Voraussetzung, dass die Freistellung zur Abwehr einer Gefährdung des geordneten Vollzugs der Aufgabe erforderlich ist. Im Übrigen ist die Anwendung von § 25 PG nach dem Abschluss der (Aufhebungs-)Vereinbarung gar nicht mehr in Betracht gekommen, wie nachstehend eingehend dargelegt wird (vgl. unten E. 4.5.3 und 4.5.7). Gemäss Ziff. 4 der Vereinbarung richtet sich das Arbeitsverhältnis nach den bereits bisher geltenden massgebenden gesetzlichen und vertraglichen Grundlagen. Trotz Fehlens eines ausdrücklichen Vorbehalts gilt dies entgegen der Ansicht des Mitarbeiters (Vernehmlassung Mitarbeiter Ziff. 28.iii) offensichtlich nur insoweit, als die Vereinbarung keine abweichende Regelung enthält, und findet sich in Ziff. 1 eine solche betreffend das Recht zur Freistellung.

4.3.2 Entgegen der Darstellung des PD (Rekurs PD Ziff. 42, 60; Vernehmlassung PD Ziff. 24) haben die Parteien allerdings keine Freistellung vereinbart. Ob und ■ wenn ja ■ wann es zu einer Freistellung kommt, ist gemäss der Vereinbarung vielmehr vom Entscheid des PD abhängig. Zur Bestätigung seiner Behauptung, die Parteien hätten die Freistellung des Arbeitnehmers bereits einvernehmlich und vorbehaltlos vereinbart, behauptet das PD, in Ziff. 1 Abs. 3 der Vereinbarung werde «ausdrücklich das Recht des Arbeitnehmers vorgesehen, zu gegebenem Zeitpunkt ■ während der Freistellung eine neue Stelle anzutreten■.» (Vernehmlassung PD Ziff. 24). Das PD zitiert den Wortlaut der Vereinbarung nicht richtig. Der erste Satz von Ziff. 1 Abs. 3 der Vereinbarung lautet richtigerweise: «Der Arbeitnehmer hat das Recht, während einer allfälligen Freistellung eine

neue Stelle anzutreten.» (Hervorhebung durch das Gericht). Aus dem im Zitat des PD weggelassenen Adjektiv «allfällig» ergibt sich zweifelsfrei, dass die Freistellung gerade noch nicht vereinbart worden ist, sondern dass im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung offen gewesen ist, ob es überhaupt zu einer Freistellung kommt. Auch der letzte Satz von Ziff. 1 Abs. 2 der Vereinbarung spricht entgegen der Darstellung des PD (Vernehmlassung PD Ziff. 24) nicht dafür, sondern dagegen, dass die Freistellung bereits vereinbart worden ist. Dieser Satz lautet folgendermassen: «Die Parteien würden sich zu diesem Zeitpunkt um eine gemeinsam abgesprochene Kommunikation bemühen.» Die Verwendung des Konjunktivs (sprachwissenschaftlich auch als Möglichkeitsform bezeichnet) deutet darauf hin, dass die Parteien eine Freistellung bloss als Möglichkeit in Betracht gezogen haben.

E. 4.4

4.4.1 Anlässlich einer Sitzung vom 6. August 2020 sprach die Vorsteherin des PD unter Berufung auf die Vereinbarung vom 14. Januar 2020 mündlich per sofort die Freistellung des Mitarbeiters aus (vgl. Protokoll vom 6. August 2020; Rekurs PD Ziff. 17, 78 und 102; Vernehmlassung PD Ziff. 17 f.).

Zunächst ist zu prüfen, ob es sich beim mündlichen Aussprechen der Freistellung vom 6. August 2020 um eine Verfügung handelt.

4.4.2 Praxis und Lehre zum basel-städtischen Recht folgen beim Verfügungsbegriff in Ermangelung einer eigenen kantonalrechtlichen Regelung der Definition des Bundesgerichts zu Art. 5 Abs. 1 VwVG (vgl. VGE VD.2019.129 vom 2. April 2020 E. 2.3, VD.2015.179 vom 16. September 2016 E. 5.3.1; Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005, S. 277, 277 f.; Schwank, a.a.O., S. 70). Gemäss Rechtsprechung und Lehre zum VwVG ist eine Verfügung ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den ein konkretes verwaltungsrechtliches Rechtsverhältnis rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (BGE 121 II 473 E. 2a S. 477; Uhlmann, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 5 N 20). Eine Verfügung liegt vor, wenn eine Verwaltungshandlung kumulativ die folgenden Strukturmerkmale aufweist: (1) Anordnung einer Behörde, (2) Einzelfall, (3) Regelung eines Rechtsverhältnisses, (4) Einseitigkeit, (5) Verbindlichkeit und (6) Abstützung im öffentlichen Recht (vgl. BVGer A-3427/2007 vom 19. Juni 2007 E. 1.2; Müller, in: Auer et al. [Hrsg.], VwVG Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2019, Art. 5 N 28; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014, § 28 N 17). Das Element der Hoheitlichkeit kommt in den Merkmalen der Anordnung einer Behörde, der Einseitigkeit und der Verbindlichkeit zum Ausdruck (vgl. Müller, a.a.O., Art. 5 N 29). Massgeblich ist ein materieller, nicht ein formeller Verfügungsbegriff. Es bestehen zwar Erwartungen an die Form einer Verfügung (vgl. § 39 OG). Diese sind jedoch nicht Voraussetzung des Verfügungsbegriffs, sondern dessen Folge. Ist eine behördliche Mitteilung materiell als Verfügung zu qualifizieren, so ändern Formmängel unter Vorbehalt der Nichtigkeit nichts am Verfügungscharakter (VGE VD.2019.129 vom 2. April 2020 E. 2.3; vgl. BVGer C-429/2019 vom 30. April 2019 E. 1.5.1.2; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 872). Nach ihrem Inhalt werden rechtsgestaltende oder positive Verfügungen, Feststellungsverfügungen und verweigernde oder negative Verfügungen unterschieden. Durch eine rechtsgestaltende Verfügung werden Rechte oder Pflichten begründet, geändert oder aufgehoben. Durch eine Feststellungsverfügung werden keine Rechte oder Pflichten

begründet, geändert oder aufgehoben. Mit einer Feststellungsverfügung wird lediglich die Rechtslage geklärt, indem das Bestehen, das Nichtbestehen oder der Umfang von Rechten oder Pflichten verbindlich festgestellt wird. Durch eine verweigernde Verfügung wird ein Gesuch um Erlass einer rechtsgestaltenden Verfügung oder einer Feststellungsverfügung abgewiesen oder darauf nicht eingetreten (vgl. Art. 5 Abs. 1 VwVG; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 884, 886 und 889; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 28 N 60■62 und 65).

4.4.3 Das Aussprechen der Freistellung durch die Vorsteherin des PD ist eine Anordnung einer Behörde im Einzelfall. Mit dem Aussprechen der Freistellung wurde der Mitarbeiter von seiner Pflicht zur Arbeitsleistung befreit (vgl. VGE VD.2019.134 vom 28. November 2019 E. 3.2.1, mit Nachweisen) und wurde ihm die Erbringung der Arbeitsleistung untersagt (vgl. Meyer/Weihrach/Hafner/Reimann, a.a.O., S. 190). Damit wurde seine Rechtsstellung als Mitarbeiter geregelt. Die Befreiung von der Arbeitspflicht erfolgte einseitig. Dass die Freistellung in Ausübung eines vertraglich eingeräumten Rechts erfolgt ist, ändert daran nichts. In der Vereinbarung vom 14. Januar 2020 wird vielmehr ausdrücklich ein Recht zureinseitigen Freistellung statuiert. Die Freistellung ist verbindlich. Da das Arbeitsverhältnis auf einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrag beruht (vgl. § 9 PG), ist auch die Vereinbarung vom 14. Januar 2020 zweifellos öffentlich-rechtlicher Natur. Damit erfolgte die Freistellung gestützt auf öffentliches Recht. Somit sind alle Strukturmerkmale einer Verfügung erfüllt. Beim mündlichen Aussprechen der Freistellung vom 6. August 2020 handelt es sich folglich um eine Verfügung, wie die PRK richtig festgestellt hat (angefochtener Entscheid E. II.3c). Wie die PRK ebenfalls richtig festgestellt hat, folgt die Freistellung nicht unmittelbar aus der Vereinbarung vom 14. Januar 2020 (angefochtener Entscheid E. II.3c). Solange der Arbeitgeber von seinem mit dieser Vereinbarung eingeräumten Recht, den Mitarbeiter durch eine einseitige Anordnung freizustellen, keinen Gebrauch machte, bestand die Pflicht des Mitarbeiters zur Arbeitsleistung unverändert fort. Zudem war aufgrund der Vereinbarung vom 14. Januar 2020 offen, ob der Arbeitgeber von seinem Recht überhaupt Gebrauch macht. Entgegen der Ansicht des PD (Rekurs PD Ziff. 64; Vernehmlassung PD Ziff. 26) traf dieses deshalb sehr wohl einen neuen behördlichen Entscheid, indem es gestützt auf die Vereinbarung vom 14. Januar 2020 die Freistellung des Mitarbeiters aussprach. Erst durch das Aussprechen der Freistellung wurde der Mitarbeiter von seiner Pflicht zur Arbeitsleistung befreit bzw. wurde ihm die Erbringung der Arbeitsleistung untersagt und damit das Arbeitsverhältnis als Rechtsverhältnis umgestaltet. Entgegen der Auffassung des PD (Rekurs PD Ziff. 64; Vernehmlassung PD Ziff. 26) ist das Aussprechen der Freistellung damit als rechtsgestaltende oder positive Verfügung zu qualifizieren. Weder dem Wortlaut noch Sinn und Zweck der Vereinbarung kann entnommen werden, dass der Mitarbeiter auf die Anordnung seiner Freistellung durch eine rechtsgestaltende Verfügung verzichtet hätte (vgl. dazu Rekurs PD Ziff. 36 und 64 sowie Vernehmlassung Mitarbeiter Ziff. 115).

E. 4.5

4.5.1 Nachdem die Verfügungsqualität der mündlichen Freistellung bejaht worden ist, ist im Folgenden zu prüfen, ob es sich dabei um eine Verfügung gemäss §§ 24 oder 25 PG handelt. Die übrigen möglichen Anfechtungsobjekte eines Rekurses an die PRK gemäss § 40 Abs. 1 PG (Kündigung, fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses und Abfindungen) kommen im vorliegenden Fall offensichtlich nicht in Betracht.

4.5.2 Wenn Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ihre arbeitsvertraglichen oder gesetzlichen Pflichten verletzen oder ungenügende Leistungen erbringen, ergreift die Anstellungsbehörde gemäss § 24 Abs. 1 geeignete Massnahmen, um die geordnete Aufgabenerfüllung wieder sicherzustellen. Gemäss § 24 Abs. 2 PG kann die Anstellungsbehörde einen schriftlichen Verweis oder die Änderung des Aufgabengebiets am selben oder an einem anderen Arbeitsplatz verfügen. Die förmlichen Massnahmen und damit die mittels Verfügung anzuordnenden Massnahmen im Sinn von § 24 PG werden in Abs. 2 dieser Bestimmung abschliessend aufgezählt (vgl. VGE VD.2013.61 und VD.2013.82 vom 30. September 2014 E. 2.3.4.2; Ratschlag Nr. 8941 vom 7. September 1999 S. 50; Meyer/Wehrauch/Hafner/Reimann, a.a.O., S. 185). Abgesehen von den in § 24 Abs. 2 PG genannten Massnahmen können gestützt auf § 24 Abs. 1 PG nur informelle Massnahmen wie eine Ermahnung getroffen werden (vgl. VGE VD.2013.61 und VD.2013.82 vom 30. September 2014 E. 2.3.4.2). Damit kann eine Freistellung entgegen der Ansicht des Mitarbeiters (Vernehmlassung Mitarbeiter Ziff. 28.ii) nicht als Massnahme gemäss § 24 PG qualifiziert werden.

4.5.3 Wenn der geordnete Vollzug der Aufgaben gefährdet ist, kann die Anstellungsbehörde gemäss § 25 Abs. 1 PG vorsorgliche Massnahmen anordnen. Namentlich kann sie unter Beibehaltung des bisherigen Lohnanspruchs die Änderung des Aufgabengebiets am selben oder an einem anderen Arbeitsplatz oder die Freistellung verfügen. Vorsorgliche Massnahmen haben zum Zweck, die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sicherzustellen. Sie sind demnach akzessorisch zum Hauptverfahren. Sie können zwar auch vor Einleitung eines Hauptverfahrens angeordnet werden. Dieses sollte jedoch so rasch als möglich folgen (Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 559). Dementsprechend bestimmt § 13 Abs. 2 der Verordnung zum Personalgesetz (PV, SG 162.110), dass eine vorsorgliche Massnahme im Sinn von § 25 PG entweder durch eine definitive Massnahme im Sinn von § 24 PG ersetzt oder aber aufgehoben werden muss.

4.5.4 Massnahmen gemäss § 24 PG und vorsorgliche Massnahmen gemäss § 25 PG knüpfen nach der Praxis des Verwaltungsgerichts an einen persönlichen Vorwurf gegenüber dem betroffenen Mitarbeiter an, der bei genügender Schwere zur Kündigung führen kann. Sie werden deshalb als disziplinarische Massnahmen qualifiziert (VGE VD.2017.262 vom 24. August 2018 E. 3.2.3.2, VD.2015.157 vom 4. Februar 2016 E. 2.1, VD.2014.78 vom 20. Mai 2015 E. 2.1). Einen persönlichen Vorwurf in diesem Sinn bildet der Vorhalt eines pflichtwidrigen Verhaltens oder einer mangelhaften Leistung des Mitarbeiters (VGE VD.2019.176 vom 5. Mai 2020 E. 3.1).

4.5.5 Von der vorsorglichen Freistellung im Sinn von § 25 PG zu unterscheiden ist die im Anschluss an die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gestützt auf das Weisungsrecht gemäss Art. 12 Abs. 1 PG angeordnete Freistellung (vgl. VGE VD.2019.134 vom 28. November 2019 E. 3.2.1; Merker/Conradin/Häggi Furrer, Öffentliches Personalrecht des Wirtschaftsraums Nordwestschweiz, in: Bürgi/Bürgi-Schneider [Hrsg.], Handbuch öffentliches Personalrecht, Zürich 2017, Kapitel 4, S. 433 ff. N 276 f. und 280; Meyer/Wehrauch/Hafner/Reimann, a.a.O., S. 191; Nötzli, in: Portmann/Uhlmann [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar BPG, Bern 2013, Art. 12 N 58 und 60). Schliesslich kommt auch eine vereinbarte Freistellung in Betracht (vgl. Nötzli, a.a.O., Art. 12 N 60 und 63). Zwar setzt die Zulässigkeit eines verwaltungsrechtlichen Vertrags insbesondere voraus, dass eine Rechtsnorm die Vertragsform vorsieht, dafür Raum lässt oder sie jedenfalls nicht ausdrücklich ausschliesst und dass der Inhalt des Vertrags nicht gegen eine gültige

Rechtsnorm (Verfassung, Gesetz oder Verordnung [Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 33 N 29]) verstösst (BGE 136 I 142 E. 4.1 S. 146 f.). Daraus kann jedoch entgegen der Ansicht des Mitarbeiters (vgl. Vernehmlassung Mitarbeiter Ziff. 28.ii und 44 f.) nicht geschlossen werden, eine Freistellung sei nur gestützt auf § 25 Abs. 1 PG unter den dort statuierten Voraussetzungen zulässig. Das PG regelt die Freistellung entgegen der Auffassung des Mitarbeiters nicht abschliessend und lässt damit insbesondere Raum für eine gestützt auf das Weisungsrecht einseitige angeordnete oder für eine vertraglich vereinbarte Freistellung (vgl. zum Bundespersonalgesetz [BPG, SR 172.220.1]Nötzli, a.a.O., Art. 12 N 60).

4.5.6 Gemäss den vom PD protokollierten Angaben der Vorsteherin des PD anlässlich der Sitzung vom 6. August 2020 besteht der Grund für die Freistellung darin, dass der Konfliktklärungsprozess unter den gegebenen Umständen nicht weitergeführt werden könne (Rekurs PD Beilage 7 S. 1). Vergleichbare Angaben machte sie gemäss der Darstellung des Mitarbeiters am 7. August 2020 in einem Fernsehinterview (vgl. Vernehmlassung Mitarbeiter Ziff. 74). In der Medienmitteilung des PD vom 6. August 2020 wird die Freistellung damit begründet, dass der Konfliktklärungsprozess in der Dienststelle des Präsidialdepartements nicht zur gewünschten Verbesserung geführt habe. Anlässlich der Sitzung vom 21. Juli 2020 vertrat die Vorsteherin des PD zwar die Ansicht, der Mitarbeiter habe als Direktor der Dienststelle des Präsidialdepartements für die Situation auch Verantwortung zu übernehmen (Rekurs PD Beilage 6 S. 1 f.; vgl. Vernehmlassung Mitarbeiter Beilage 17 S. 5). Dies kann aber als blosser Verweis auf die allgemeine Verantwortung des Leiters eines Betriebs für die Situation in diesem Betrieb verstanden werden. Dass dem Mitarbeiter ein persönlicher Vorwurf gemacht bzw. Pflichtverletzungen oder ungenügende Leistungen vorgehalten würden, kann den von den Parteien erstellten Protokollen der Sitzungen vom 21. Juli und 6. August 2020 (Rekurs PD Beilagen 6 und 7; Vernehmlassung Mitarbeiter Beilagen 17 und 3), der Aktennotiz vom Dezember 2020 (Rekurs PD Beilage 5), der Medienmitteilung vom 6. August 2020, dem Fernsehinterview vom 7. August 2020 (vgl. dazu Vernehmlassung Mitarbeiter Ziff. 74) und der Feststellungsverfügung vom 15. September 2020 (Rekurs PD Beilage 8) nicht entnommen werden. Entgegen der Ansicht der PRK (angefochtener Entscheid E. II.3d) und des Mitarbeiters (Vernehmlassung Mitarbeiter Ziff. 28.iv) kann aus der Medienmitteilung vom 6. August 2020 nicht geschlossen werden, die Vorsteherin des PD habe die Voraussetzungen einer Freistellung gemäss § 25 PG als erfüllt bezeichnet. Der Inhalt der Medienmitteilung kann vielmehr als Begründung dafür verstanden werden, dass sie eine Freistellung des Mitarbeiters gestützt auf die Vereinbarung vom 14. Januar 2020 im Interesse der Dienststelle des Präsidialdepartements bzw. des PD für erforderlich erachtet. In der schriftlichen Beantwortung der Interpellation Nr. [...] von [...] betreffend «Nichtiger Freistellungsentscheid des Präsidialdepartements in der Causa [...]» erklärte der Regierungsrat, er wolle durch die getroffenen Massnahmen wieder Ruhe und Stabilität in die Dienststelle des Präsidialdepartements bringen, was seit der Freistellung des Mitarbeiters und der Übernahme der Leitung durch den interimistischen Direktor aus seiner Sicht auch gelungen sei (Vernehmlassung Mitarbeiter Beilage 23 S. 3). In einem Zeitungsinterview vom 7. Januar 2021 antwortete die Vorsteherin des PD auf die Frage, was sie bei der personalrechtlichen Auseinandersetzung mit dem Mitarbeiter falsch gemacht habe: «Ich musste im Wahlkampf diesen Entscheid fällen, damit wieder Stabilität in die Dienststelle des Präsidialdepartements einkehrt. Das ist jetzt auch so und läuft gut.» (Vernehmlassung Mitarbeiter Beilage 22 S. 4). Aus diesen Aussagen mag zwar abzuleiten

sein, dass der Mitarbeiter nach Ansicht der Vorsteherin des PD und des Regierungsrats zumindest eine Ursache für Unruhe und Instabilität in der Dienststelle des Präsidialdepartements gewesen ist. Dass ihm dies zum persönlichen Vorwurf gereichen würde oder dass er Pflichten verletzt oder ungenügende Leistungen gezeigt hätte, kann daraus jedoch nicht abgeleitet werden. Zusammenfassend besteht damit kein Hinweis darauf, dass die Freistellung vom 6. August 2020 an einen persönlichen Vorwurf gegenüber dem Mitarbeiter anknüpfen würde. Daher kann die mündliche Freistellung entgegen der Ansicht der PRK (angefochtener Entscheid E. II.3d) und des Mitarbeiters (Vernehmlassung Mitarbeiter Ziff. 28 und 30) nicht als Verfügung gemäss § 25 PG qualifiziert werden (vgl. oben E. 4.5.4).

4.5.7 Bei der Freistellung gemäss § 25 Abs. 1 PG handelt es sich um eine vorsorgliche Massnahme. Eine solche wird im Hinblick auf eine später zu treffende definitive Anordnung erlassen (vgl. oben E. 4.5.3). Im vorliegenden Fall ergibt sich bereits aus der Vereinbarung, dass das Arbeitsverhältnis ohne Kündigung spätestens per 31. März 2022 endet. Entgegen der Ansicht des Mitarbeiters (Vernehmlassung Mitarbeiter Ziff. 40■42 und 99) einigten sich die Parteien sehr wohl auf eine Aufhebung des Arbeitsverhältnisses, indem sie in Ziff. 1 der Vereinbarung vorsahen, dass das bisher unbefristete Arbeitsverhältnis ohne Kündigung spätestens per 31. März 2022 endet. Dies entspricht der Definition der Aufhebungsvereinbarung als zweiseitiges Rechtsgeschäft, mit dem der Arbeitsvertrag auf den in der Vereinbarung festgelegten Endtermin befristet wird (vgl. für diese Definition Geiser/Müller/Pärli, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2019, N 537). Zudem ergibt sich aus der Vorbemerkung zur Vereinbarung zweifelsfrei, dass es sich dabei entgegen der Ansicht des Mitarbeiters um eine Aufhebungsvereinbarung handelt. Gemäss der Vorbemerkung zur Vereinbarung haben die Parteien sich geeinigt, das Arbeitsverhältnis spätestens per Ende März 2022 einvernehmlich zu beenden, und zur abschliessenden Regelung der Modalitäten dieser Aufhebung des Arbeitsverhältnisses die Vereinbarung geschlossen (Rekurs PD Beilage 4 S. 2). Irgendeine andere künftige Anordnung steht nicht zur Diskussion. Damit fehlt es im vorliegenden Fall an einer später zu treffenden definitiven Anordnung. Auch aus diesem Grund kann es sich bei der mündlichen Freistellung nicht um eine vorsorgliche Massnahme im Sinn von § 25 PG handeln, wie das PD zu Recht geltend macht (vgl. Rekurs PD Ziff. 69■71). Dies gälte auch dann, wenn die Freistellung mit einem persönlichen Vorwurf gegenüber dem Mitarbeiter, der bei genügender Schwere zur Kündigung führen kann, begründet würde.

4.5.8 Aus den vorstehenden Gründen ist die mündliche Freistellung zwar eine Verfügung, aber keine solche gemäss § 25 PG. Damit ist die PRK für die Überprüfung der Freistellung sachlich nicht zuständig. Sie hätte deshalb auf den Rekurs vom 17. August 2020 nicht eintreten dürfen.

4.6 Die PRK und der Mitarbeiter sind der Ansicht, die Zuständigkeit der PRK müsse auch dann bejaht werden, wenn § 25 PG nicht anwendbar ist, weil die Anfechtung der Freistellung verfahrensrechtlich in unzumutbarer Weise erschwert würde, wenn beim Rechtsmittelweg nach der Rechtsgrundlage differenziert würde (vgl. angefochtener Entscheid E. II.3e; Vernehmlassung Mitarbeiter Ziff. 28.v). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Allfällige Abgrenzungsschwierigkeiten betreffend die Zuständigkeiten zweier Rechtsmittelinstanzen und allfällige Verzögerungen bei paralleler Anrufung beider Rechtsmittelinstanzen sowie Sistierung eines der beiden Rechtsmittelverfahren stellen keine hinreichenden Gründe dafür dar, dass eine Rechtsmittelinstanz einen Streitgegenstand

beurteilt, der nicht in ihre abschliessend umschriebene gesetzliche Zuständigkeit fällt. Dies wird durch die Praxis des Verwaltungsgerichts zur Zuständigkeit für die Beurteilung von Änderungen des Aufgabengebiets bestätigt.

Betreffend eine Änderung des Aufgabengebiets unterscheidet das Verwaltungsgericht in ständiger Praxis zwischen der disziplinarischen Versetzung gemäss § 24 Abs. 2 PG und der organisatorischen Versetzung gemäss § 12 Abs. 3 PG. Die disziplinarische Versetzung knüpft an einen persönlichen Vorwurf gegenüber dem betroffenen Mitarbeiter an, der bei genügender Schwere zur Kündigung führen kann. Bei der organisatorischen Versetzung erfolgt die Aufgabenzuweisung im Rahmen des Weisungsrechts des Arbeitgebers (VGE VD.2019.176 vom 5. Mai 2020 E. 1.1, VD.2015.157 vom 4. Februar 2016 E. 2.1, VD.2014.78 vom 20. Mai 2015 E. 2.1). Sowohl § 24 Abs. 2 PG als auch § 12 Abs. 3 PG lassen eine Änderung des Aufgabengebiets im Interesse einer geordneten Aufgabenerfüllung zu (VGE VD.2019.176 vom 5. Mai 2020 E. 3.1, VD.2014.78 vom 20. Mai 2015 E. 4.1). Obwohl die Unterscheidung in begrifflicher und inhaltlicher Hinsicht nicht immer ganz leicht fällt, hält das Verwaltungsgericht entsprechend der gesetzlichen Regelung daran fest, dass die PRK für die Beurteilung von Rekursen gegen disziplinarische Versetzungen zuständig ist und für solche gegen organisatorische Versetzungen nicht (VGE VD.2019.176 vom 5. Mai 2020 E. 1.1 und 3.1, VD.2015.157 vom 4. Februar 2016 E. 2.1 und 2.6, VD.2014.78 vom 20. Mai 2015 E. 2.1, 4.1 und 4.4; vgl. VGE VD.2013.192 vom 10. Juli 2015). Die Abgrenzung der Zuständigkeit der PRK erfolgt dabei aufgrund einer Beurteilung des streitigen Rechtsverhältnisses, bei der die verwendeten Begriffe zwar zu berücksichtigen, aber nicht allein ausschlaggebend sind (VGE VD.2015.157 vom 4. Februar 2016 E. 2.5, VD.2014.78 vom 20. Mai 2015 E. 2.3). Eine disziplinarische Versetzung liegt unabhängig von der Bezeichnung jedenfalls dann vor, wenn dem Mitarbeiter bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände überwiegend persönliche Vorwürfe gemacht werden (vgl. VGE VD.2019.176 vom 5. Mai 2020 E. 1.1 und 3.1, VD.2014.78 vom 20. Mai 2015 E. 4.5).

4.7 Mit seiner Vernehmlassung zum Rekurs des PD gegen den Entscheid der PRK vom 23. November 2020 beantragt der Mitarbeiter eventualiter die Feststellung der teilweisen Ungültigkeit und subeventualiter die Feststellung der vollständigen Ungültigkeit der Vereinbarung vom 14. Januar 2020 wegen Willensmängeln. Da die PRK für die Überprüfung der mündlichen Freistellung sachlich nicht zuständig ist, fehlt im Rahmen der Beurteilung des Rekurses des PD gegen den Entscheid der PRK vom 23. November 2020 auch dem Verwaltungsgericht die Zuständigkeit für die materielle Beurteilung der mündlichen Freistellung und damit insbesondere für die Beurteilung der Vereinbarung vom 14. Januar 2020, auf die sich die mündliche Freistellung stützt. Auf den Eventualantrag und den Subeventualantrag des Mitarbeiters ist daher nicht einzutreten, wie das PD zu Recht geltend macht (vgl. Stellungnahme vom 1. März 2021 Ziff. 5 und 36).

E. 5

Es bleibt zu prüfen, ob ein qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis des Mitarbeiters vorliegt, das der an sich unzuständige PRK erlaubt hat, die angefochtene mündliche Freistellung trotzdem auf ihre Nichtigkeit zu untersuchen (vgl. oben E. 2.2).

5.1 Der Mitarbeiter hätte die mündliche Freistellung statt bei der unzuständigen PRK gestützt auf § 41 Abs. 1 und 2 OG mit Rekurs beim Regierungsrat anfechten und bei diesem die Feststellung der Nichtigkeit beantragen können. Aus dem Umstand, dass der Mitarbeiter

sein Gesuch vom 7. August 2020 und seine Rekursanmeldung vom 17. August 2020 bei der PRK und damit bei der falschen Rechtsmittelinstanz eingereicht hat, erwächst ihm kein Nachteil, weil das Gesuch und der Rekurs von Amtes wegen an den Regierungsrat als zuständige Rechtsmittelbehörde weiterzuleiten wären (vgl. Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 646; Schwank, a.a.O., S. 48 und 250 f.; vgl. insbesondere zur Verbindung eines Nichteintretensentscheids mit einer Weiterleitung an die zuständige Behörde BVGer C-485/2016 vom 17. Mai 2017 E. 5.1, 5.4.5 und 6, B-1605/2015 vom 10. August 2016 E. 2; Daum/Bieri, in: Auer et al. [Hrsg.], VwVG Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2019, Art. 8 N 3 f. und Art. 9 N 7; Kiener/Rütsche/Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Auflage, Zürich 2015, N 477 und 505; Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Auflage, Basel 2013, N 3.10; Plüss, in: Griffel [Hrsg.], Kommentar VRG, 3. Auflage, Zürich 2014, § 5 N 34 und 41; für eine Weiterleitung erst nach Eintritt der Rechtskraft des Nichteintretensentscheids BVGer A-3613/2016 vom 8. März 2018 E. 4.3.4; Flückiger, a.a.O., Art. 9 N 9). Wenn das Gesuch und der Rekurs dem Verwaltungsgericht zum Entscheid überwiesen würden oder eine Partei einen allfälligen eigenen Entscheid des Regierungsrats beim Verwaltungsgericht anfechten würde, hätte im Rahmen der Beurteilung des Gesuchs vom 7. August 2020 und des Rekurses vom 17. August 2020 auch das Verwaltungsgericht die Rechtmässigkeit der mündlichen Freistellung zu überprüfen. Im vorliegenden Fall ist jedoch infolge Gegenstandslosigkeit von einer Weiterleitung des Gesuchs vom 7. August 2020 und der Rekursanmeldung vom 17. August 2020 abzusehen. Wie sich aus den vorstehenden und den nachstehenden Erwägungen ergibt (vgl. oben E. 1.3.2 und 2 sowie unten E. 8), ist die Nichtigkeit der mündlichen Freistellung bereits im Rahmen der Beurteilung des Rekurses gegen die Feststellungsverfügung festzustellen. Damit werden das Gesuch vom 7. August 2020 um Feststellung der Nichtigkeit der mündlichen Freistellung und der Rekurs vom 17. August 2020 gegen die mündliche Freistellung gegenstandslos.

5.2 Am 15. September 2020 erliess das PD eine Verfügung, mit der es feststellte, dass mit der mündlichen Freistellung die Vereinbarung vom 14. Januar 2020 in zulässiger Weise umgesetzt worden sei. Diese Feststellungsverfügung focht der Mitarbeiter entsprechend der gesetzlichen Regelung (§ 41 Abs. 1 und 2 OG) und der Rechtsmittelbelehrung mit Rekurs beim Regierungsrat an. Der Rekurs wurde dem Verwaltungsgericht zum Entscheid überwiesen. Im Rahmen der Beurteilung des Rekurses gegen die Feststellungsverfügung überprüft das Verwaltungsgericht die Rechtmässigkeit der mündlichen Freistellung. Die PRK stellte fest, aus den Ausführungen des PD und der Formulierung der Feststellungsverfügung gehe hervor, dass im Rahmen des Rekurses gegen die Feststellungsverfügung die Prüfung der Frage, ob das Zustandekommen und der Inhalt der Vereinbarung im Hinblick auf zwingende gesetzliche Vorschriften rechtmässig sind, ausgeschlossen sein solle (angefochtener Entscheid E. II.3e). Diese Feststellung ist unrichtig. Eine Vereinbarung kann nur in zulässiger Weise umgesetzt werden, wenn sie selbst zulässig ist. Folglich ist im Rahmen der Prüfung, ob die Vereinbarung in zulässiger Weise umgesetzt worden ist, bei entsprechenden Rügen auch die Rechtmässigkeit des Zustandekommens und des Inhalts der Vereinbarung zu überprüfen, sofern sich die mündliche Freistellung nicht bereits aus anderen Gründen als unzulässig erweist. Dementsprechend ist auch das PD der Ansicht, seine Feststellungsverfügung vom 15. September 2020 eröffne dem Mitarbeiter die Möglichkeit, die Zulässigkeit seiner Freistellung unter allen Gesichtspunkten gerichtlich in Frage zu stellen (Rekurs PD Ziff. 76, 84 und 92).

5.3 Gemäss den vorstehenden Erwägungen kann die Frage der Nichtigkeit der Freistellung im Rahmen des Rekurses gegen die Feststellungsverfügung umfassend geprüft werden (oben E. 5.2) und hätte diese Frage auch im Rahmen eines Rekurses gegen die mündliche Freistellung umfassend geprüft werden können (oben E. 5.1). Demzufolge fehlt es an einem qualifizierten Rechtsschutzbedürfnis an einer Feststellung der Nichtigkeit der mündlichen Freistellung durch die unzuständige PRK.

E. 6

Aus den vorstehenden Erwägungen (oben E. 2■5) ergibt sich, dass die PRK für die Beurteilung des Gesuchs um Feststellung der Nichtigkeit der mündlichen Freistellung und für den Rekurs gegen diese Freistellung nicht zuständig ist und darauf nicht hätte eintreten dürfen. Daher ist Ziff. 1 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und sowohl auf das Gesuch vom 7. August 2020 als auch auf den Rekurs vom 17. August 2020 nicht einzutreten.

E. 7

7.1 Das Dispositiv der Feststellungsverfügung lautet folgendermassen: «Die Vereinbarung vom 14. Januar 2020 (Ziffer 1 Abs. 2; Befreiung von der Pflicht zur Arbeit) wurde in zulässiger Weise umgesetzt.» Aus dieser sibyllinischen Formulierung allein erschliesst sich die Bedeutung der Feststellungsverfügung nicht. Die Tragweite des Dispositivs ist aber im Licht der Erwägungen auszulegen (vgl. zum Zivilprozessrecht BGE 143 III 420 E. 2.2 S. 423, 142 III 210 E. 2.2 S. 213; AGE BEZ.2019.74 vom 31. März 2020 E. 5.2). In der Begründung der Feststellungsverfügung wird erwogen, dass der Arbeitgeber gemäss der Vereinbarung berechtigt sei, den Mitarbeiter einseitig bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses von der Pflicht zur Arbeitsleistung zu befreien, und dass die Vorsteherin des PD den Mitarbeiter am 6. August 2020 darüber informiert habe, dass er gestützt auf die Vereinbarung ab diesem Zeitpunkt von der Pflicht zur Arbeitsleistung befreit sei. Eine Auslegung des Dispositivs unter Mitberücksichtigung dieser Begründung ergibt, dass das PD mit der Feststellungsverfügung festgestellt hat, dass die Vorsteherin des PD mit der Information vom 6. August 2020 den Mitarbeiter gestützt auf die Vereinbarung in zulässiger Weise per sofort bis zum Ende seines Arbeitsverhältnisses freigestellt habe.

7.2 Der Mitarbeiter macht geltend, die Feststellungsverfügung sei inhaltlich qualifiziert mangelhaft und daher nichtig, weil sie sich gar nicht zum Bestand oder Nichtbestand von Rechten oder Pflichten äussere (Vernehmlassung Mitarbeiter Ziff. 139.c; vgl. Rekursbegründung Mitarbeiter Ziff. 19 und 25). Diese Rüge ist unbegründet. Wie bereits erwähnt, ergibt eine Auslegung des Dispositivs unter Mitberücksichtigung der Begründung, dass das PD mit der Feststellungsverfügung festgestellt hat, dass der Mitarbeiter mit der Information vom 6. August 2020 gestützt auf die Vereinbarung in zulässiger Weise per sofort bis zum Ende seines Arbeitsverhältnisses freigestellt worden sei. Damit hat das PD festgestellt, dass sowohl die Pflicht des Mitarbeitenden zur Arbeitsleistung als auch das Recht des Mitarbeitenden zur Arbeitsleistung seit dem 6. August 2020 nicht mehr bestünden (vgl. oben E. 4.4.3).

7.3 Gemäss dem angefochtenen Entscheid der PRK könnte die Feststellungsverfügung allenfalls noch unter ergänzenden Gesichtspunkten geprüft werden, sofern sich der Mitarbeiter in der Rekursbegründung darauf berufen sollte. Z.B. könnte nach Ansicht der PRK in Frage gestellt werden, ob das PD beim Versand der schriftlichen Medienmitteilung über die angeordnete Freistellung seine Fürsorgepflicht bzw. seine Pflicht zur Wahrung der

Persönlichkeitsrechte des Mitarbeiters genügend beachtet habe (angefochtener Entscheid E. II.5). Der Mitarbeiter macht geltend, dass das PD mit seinem Verhalten die Fürsorgepflicht und die Persönlichkeitsrechte des Mitarbeiters verletzt habe, und ist der Meinung, dass die Feststellungsverfügung auch unter diesen Aspekten geprüft werden könne (Rekursbegründung Mitarbeiter Ziff. 31 ff.). Dass sich das PD mit der Feststellungsverfügung zu anderen Fragen als der Zulässigkeit der mündlichen Freistellung als solchen geäußert hätte, kann weder dem Dispositiv noch der Begründung entnommen werden. Folglich sind Feststellungen betreffend andere Fragen wie insbesondere die Zulässigkeit der Kommunikation des PD nicht Gegenstand der Feststellungsverfügung und damit auch nicht Streitgegenstand des vorliegenden Rekursverfahrens (vgl. dazu auch Vernehmlassung PD Ziff. 46). Im Übrigen ist auf die weiteren Aspekte der Umsetzung der Vereinbarung auch deshalb nicht weiter einzugehen, weil die Feststellungsverfügung bereits aus formellen Gründen vollständig aufzuheben ist, wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt (vgl. unten E. 9).

E. 8

8.1 Es fragt sich in einem ersten Schritt, ob die am 6. August 2020 verfügte Freistellung mündlich eröffnet werden durfte.

8.1.1 Gemäss § 39 OG sind Verfügungen «in der Regel» schriftlich zu erlassen, ausdrücklich als solche zu bezeichnen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Die Formulierung «in der Regel» impliziert, dass Verfügungen in Ausnahmefällen auch mündlich eröffnet werden können. Eine allgemeine Regel, in welchen Fällen eine mündliche Eröffnung zulässig ist, enthält das basel-städtische Recht nicht. Beim Verfügungsbegriff folgen der Regierungsrat und das Verwaltungsgericht in Ermangelung einer eigenen kantonalrechtlichen Regelung der Definition des Bundesgerichts zu Art. 5 Abs. 1 VwVG (Schwank, a.a.O., S. 70; VGE VD.2019.129 vom 2. April 2020 E. 2.3, VD.2017.67 vom 16. April 2018 E. 3.3; vgl. oben E. 4.4.2). Daher drängt es sich auf, auch die Ausnahmefälle, in denen bei Fehlen einer spezialgesetzlichen Regelung die mündliche Eröffnung einer Verfügung in Betracht kommt, in Anlehnung an das VwVG und die diesbezügliche Rechtsprechung und Lehre zu bestimmen.

8.1.2 Zwischenverfügungen kann die Behörde anwesenden Parteien gemäss Art. 34 Abs. 2 VwVG mündlich eröffnen. Die Behörde muss die mündlich eröffnete Zwischenverfügung aber schriftlich bestätigen, wenn eine Partei dies auf der Stelle verlangt. Zwischenverfügungen stellen einen Zwischenschritt auf dem Weg zu einer Endverfügung dar. Sie werden während eines Verfahrens erlassen und schliessen das Verfahren vor einer Behörde nicht ab (vgl. Kayser/Papadopoulos/Altmann, in: Auer et al. [Hrsg.], VwVG Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2019, Art. 45 N 6; Uhlmann/Wälle-Bär, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 45 N 3). Die im vorliegenden Fall strittige Freistellung vom 6. August 2020 wurde nicht bloss als Zwischenschritt im Rahmen eines Verfahrens angeordnet, in dem später eine Endverfügung erlassen wird. Daher kann die mündliche Eröffnung der Freistellung nicht damit begründet werden, dass es sich um eine Zwischenverfügung handle.

8.1.3 Gemäss Art. 3 lit. f VwVG findet dieses Gesetz keine Anwendung auf das erstinstanzliche Verfahren in Verwaltungssachen, deren Natur die Erledigung auf der Stelle durch sofort vollstreckbare Verfügung erfordert. Solche verfahrensfreien Verfügungen können mündlich eröffnet werden (Kiener/Rütsche/Kuhn, a.a.O., N 822). Der Erlass einer

verfahrensfreien Verfügung gestützt auf Art. 3 lit. f VwVG setzt voraus, dass ein sachlicher Grund für den Verzicht auf die Durchführung eines Verwaltungsverfahrens besteht und der Verfahrensverzicht verhältnismässig ist (Bickel/Oeschger/Stöckli, Die verfahrensfreie Verfügung. Ein Beitrag zu einem übersehenen Konzept des VwVG, in: ZBl 2009, S. 593, 611 ff.). Bei der Regelung eines Dauerverhaltens oder eines Dauerzustands bleibt für den Erlass einer verfahrensfreien Verfügung in der Regel kein Raum (Bickel/Oeschger/Stöckli, a.a.O., S. 612). Gemäss einer Lehrmeinung zum VwVG ist die mündliche Eröffnung einer Verfügung zulässig, wenn Gefahr im Verzug ist. Diese Voraussetzung sei erfüllt, wenn zur Verhinderung eines erheblichen Schadens sofort eingegriffen werden müsse, weil ein Abwarten bis zum Tätigwerden die notwendigen Massnahmen erschweren oder vereiteln würde (Stadelwieser, Die Eröffnung von Verfügungen, Diss. St. Gallen 1994, S. 68 f.). Im vorliegenden Fall bestand kein sachlicher Grund für den Verzicht auf die Durchführung eines Verwaltungsverfahrens und war insbesondere keine Gefahr im Verzug. Gemäss ihrer Darstellung wusste die Vorsteherin des PD seit dem 3. Juli 2020, dass die Weiterführung des Konfliktbewältigungsprozesses für die daran beteiligten Beraterinnen nicht mehr verantwortbar gewesen sei. Anlässlich einer Sitzung vom 21. Juli 2020 teilte die Vorsteherin des PD dem Mitarbeiter mit, dass sie seine Freistellung in Betracht ziehe, und wurde ihm Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Am 6. August 2020 sprach die Departementsvorsteherin die Freistellung schliesslich mündlich aus (vgl. Rekurs PD Ziff. 14■17 und Rekurs PD Beilagen 5■7). Damit hätte das PD längst genug Zeit gehabt, um eine schriftlich begründete Freistellungsverfügung zu erlassen. Demzufolge lag kein Ausnahmefall vor, in dem eine Verfügung mündlich eröffnet werden darf.

8.1.4 Aus den vorstehenden Gründen hätte das PD die Freistellungsverfügung vom 6. August 2020 gestützt auf § 39 OG zwingend schriftlich erlassen müssen.

8.2 In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die mündliche Eröffnung bewirkt, dass die Freistellung vom 6. August 2020 nichtig ist.

8.2.1 Eine Verfügung ist nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (BGE 132 II 342 E. 2.1 S. 346, 132 II 21 E. 3.1 S. 27; vgl. BGE 139 II 243 E. 11.2 S. 260). Die Missachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftlichkeit ist ein Nichtigkeitsgrund (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1121). Eine Verfügung, die trotz vorgeschriebener Schriftlichkeit nur mündlich eröffnet wird, leidet an einem derart schwerwiegenden Eröffnungsmangel, dass Nichtigkeit angenommen werden muss (BVGer A-5926/2012 vom

E. 9

9.1 Gemäss der PRK und dem Mitarbeiter hat die Nichtigkeit der mündlichen Freistellung zur Folge, dass auch die schriftlich erlassene Feststellungsverfügung vom 15. September 2020 nichtig sei, soweit damit festgestellt werde, dass die mündliche Freistellung zulässig gewesen sei (angefochtener Entscheid E. II.5; Vernehmlassung Mitarbeiter Ziff. 25 und 139.c; Rekursbegründung Mitarbeiter Ziff. 23). Dieser nicht weiter begründeten Ansicht kann nicht gefolgt werden. Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob die Feststellungsverfügung aufzuheben ist.

9.2 Eine Feststellungsverfügung ist nur zulässig, wenn das schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut bzw. in zumutbarer Weise mit einer rechtsgestaltenden Verfügung gewahrt werden kann (BGer 1C_455/2019 vom 19. Juni 2020 E. 2.4; vgl. BGE 126 II 300 E. 2c S.

303). Insofern ist eine Feststellungsverfügung subsidiär zu einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung (BGer 1C_6/2007 vom 22. August 2007 E. 3.3). Im vorliegenden Fall gibt es keinen Grund, weshalb das PD die Freistellung gestützt auf die Vereinbarung nicht mittels einer rechtsgestaltenden schriftlichen Verfügung hätte aussprechen können. Mit einer solchen wären die schutzwürdigen Interessen des Mitarbeiters sogar besser gewahrt worden als mit einer Feststellungsverfügung, weil zwischen dem mündlichen Aussprechen der Freistellung und dem Erlass der Feststellungsverfügung die Anfechtung der Freistellung erheblich erschwert war. Folglich ist die Feststellungsverfügung bereits deshalb aufzuheben, weil das Erfordernis der Subsidiarität gegenüber einer Gestaltungsverfügung nicht erfüllt ist.

9.3 Mit der Feststellungsverfügung vom 15. September 2020 stellte das PD fest, dass die Vorsteherin des PD mit der Information vom 6. August 2020 den Mitarbeiter gestützt auf die Vereinbarung in zulässiger Weise per sofort bis zum Ende seines Arbeitsverhältnisses freigestellt habe. Diese Feststellung ist unrichtig, weil die Freistellung mittels einer schriftlichen, ausdrücklich als solche bezeichneten und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen Verfügung hätte angeordnet werden müssen (oben 8.1) und der Information vom 6. August 2020 die Schriftform, die Bezeichnung als Verfügung und eine Rechtsmittelbelehrung fehlen. Die Feststellungsverfügung ist daher auch aus diesem Grund aufzuheben.

E. 9.4

9.4.1 Aus den nachstehenden Gründen wäre die Feststellungsverfügung auch dann aufzuheben, wenn sie als Gestaltungsverfügung betreffend die Freistellung qualifiziert würde.

9.4.2 Aus dem Anspruch aufrechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) folgt unter anderem die grundsätzliche Pflicht der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Die Begründung muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich der Entscheid mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (BGE 133 III 439 E. 3.3 S. 445; VGE VD.2019.78 vom 27. Mai 2020 E. 2.1, VD.2018.107 vom 27. März 2019 E. 2).

9.4.3 Die Begründung der Feststellungsverfügung erschöpft sich in der Feststellung, dass gemäss der Vereinbarung das PD berechtigt sei, den Mitarbeiter bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses freizustellen, dass der Mitarbeiter sich damit ohne Vorbehalt einverstanden erklärt habe und dass die Vorsteherin des PD den Mitarbeiter am 6. August 2020 informiert habe, dass er gestützt auf die Vereinbarung ab diesem Zeitpunkt freigestellt sei. Entgegen der Ansicht des PD (Rekurs PD Ziff. 86; Vernehmlassung PD Ziff. 36 und 51) wird die Freistellung damit nicht ansatzweise genügend begründet. Mangels konkreter Angaben zum Grund der Freistellung wird dem Mitarbeiter mit der Begründung der Feststellungsverfügung eine sachgerechte Anfechtung der Freistellung verunmöglicht. In der Begründung findet sich kein Hinweis auf die Überlegungen, die das PD dazu bewegen haben, den Mitarbeiter freizustellen, und insbesondere auch keine Hinweise darauf, weshalb das PD die Freistellung im Interesse der Dienststelle des Präsidialdepartements bzw. des PD für erforderlich erachtet hat (vgl. Ziff. 1 Abs. 2 der Vereinbarung).

9.4.4 Gemäss Ziff. 1 der Vereinbarung ist der Arbeitgeber berechtigt, den Mitarbeiter freizustellen, falls er dies im Interesse der Dienststelle des Präsidentialdepartements bzw. des PD für erforderlich erachtet.

Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür behandelt zu werden (Art. 9 BV). Das Willkürverbot verbietet behördliches Handeln, das sich nicht auf sachliche Gründe stützen kann (vgl. Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018, § 33 N 9 und 23 sowie § 35 N 66; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2008, S. 5). Es gilt umfassend und absolut (Rohner, in: St. Galler Kommentar, 3. Auflage 2014, Art. 9 BV N 16). Es gilt für sämtliche Bereiche des staatlichen Handelns (Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage, Zürich 2020, N 808; Kiener/Kälin/Wyttenbach, a.a.O., § 33 N 5). Sein Schutzbereich entspricht seinem Kerngehalt (Epiney, in: Basler Kommentar, 2015, Art. 36 BV N 65; Kiener/Kälin/Wyttenbach, a.a.O., § 33 N 32; Rohner, a.a.O., Art. 9 BV N 14; a.M. Biaggini, BV Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2017, Art. 9 N 5). In eine Kerngehaltsverletzung kann der Einzelne gegenüber dem Staat nach verbreiteter Auffassung nicht einwilligen (Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., N 335; Tschentscher/Lienhard/Sprecher, Öffentliches Recht, 2. Auflage, Zürich 2019, N 159; a.M. Kiener/Kälin/Wyttenbach, a.a.O., § 5 N 35). Nach dieser Auffassung ist ein Verzicht auf die Einhaltung des Willkürverbots unzulässig, weil sein Schutzbereich seinem Kerngehalt entspricht. Unabhängig davon, ob eine Einwilligung in eine Kerngehaltsverletzung in gewissen Fällen möglich ist oder nicht, verbietet nach überzeugender Lehre der Grundsatz der Menschenwürde einen Verzicht auf den Schutz des Willkürverbots, weil eine Dispensation des Staats von einer vernünftigen, sachlich begründeten Vorgehensweise durch den Einzelnen im Resultat dessen Selbstaufgabe als achtenswertes Rechtssubjekt gleichkommt (vgl. Malacrida, Der Grundrechtsverzicht, Diss. Zürich 1992, S. 128).

Demzufolge ist das PD auch bei der Ausübung seines vertraglich eingeräumten Rechts zur Freistellung des Mitarbeiters an das Willkürverbot gebunden und ist ein vertraglicher Verzicht des Mitarbeiters auf dessen Schutz ausgeschlossen (vgl. dazu auch Vernehmlassung Mitarbeiter Ziff. 45 f.). Eine Freistellung gestützt auf Ziff. 1 der Vereinbarung ist deshalb nur zulässig, wenn ein sachlicher Grund dafür besteht, dass der Arbeitgeber die Freistellung im Interesse der Dienststelle des Präsidentialdepartements bzw. des PD für erforderlich erachtet. Entgegen der Ansicht des PD (Rekurs PD Ziff. 68; Vernehmlassung PD Ziff. 7) ist es daher keineswegs irrelevant, aus welchem Grund sich der Arbeitgeber für die auf Ziff. 1 der Vereinbarung gestützte Freistellung entschieden hat. Die Begründung der Freistellung umfasst vielmehr zwingend die Angabe eines sachlichen Grundes, aus dem der Arbeitgeber die Freistellung im Interesse der Dienststelle des Präsidentialdepartements bzw. des PD für erforderlich erachtet. Eine solche Angabe fehlt in der Begründung der Feststellungsverfügung.

9.4.5 In Satz 2 von Abs. 2 der Ziff. 1 der Vereinbarung ist festgehalten worden, dass eine Freistellung grundsätzlich frühestens nach Abschluss der Supervision bzw. nach deren Abbruch erfolgen «soll». Damit hat der Arbeitgeber entgegen der Ansicht des PD nicht bloss seine Absicht festgehalten, eine Freistellung grundsätzlich frühestens nach Abschluss bzw. Abbruch der Supervision auszusprechen (Rekurs PD Ziff. 58). Aufgrund der erwähnten Klausel ist eine Freistellung gestützt auf die Vereinbarung vielmehr grundsätzlich nur zulässig, wenn die Supervision abgeschlossen oder abgebrochen worden

ist. Auch diesbezügliche Feststellungen oder eine Begründung, weshalb die Freistellung ausnahmsweise bereits vor dem Abschluss bzw. Abbruch der Supervision erforderlich gewesen sei, sind zwingender Bestandteil der Begründung der Freistellung. Entsprechende Feststellungen fehlen in der Begründung der Feststellungsverfügung jedoch. Bei der sinngemässen Wiedergabe der Sätze 1 und 3 von Abs. 2 der Ziff. 1 der Vereinbarung wurde in der Feststellungsverfügung Satz 2 betreffend den Zeitpunkt einer allfälligen Freistellung sogar weggelassen.

9.4.6 Aus den vorstehenden Gründen hat das PD den Anspruch des Mitarbeiters auf rechtliches Gehör verletzt, indem es seine Freistellung in der Feststellungsverfügung nicht genügend begründet hat. Insbesondere weil dem Mitarbeiter damit eine sachgerechte Anfechtung seiner Freistellung verunmöglicht wird, wiegt diese Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör schwer.

9.4.7 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, womit seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zu dessen Gutheissung und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (BGE 137 I 195 E. 2.2 S. 197, 135 I 187 E. 2.2 S. 190; VGE VD.2019.202 vom 31. März 2020 E. 2.3.1). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht über die gleiche Prüfungsbefugnis (Kognition) wie die Vorinstanz verfügt (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197, 133 I 201 E. 2.2 S. 204, 129 I 129 E. 2.2.3 S. 135, 126 I 68 E. 2 S. 72; VGE VD.2019.202 vom 31. März 2020 E. 2.3.1, VD.2017.282 vom 6. März 2018 E. 3.3.1, VD.2016.54 vom 16. Dezember 2016 E. 2.4; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1175; Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 548; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., N 271). Bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist eine Heilung dagegen nur anzunehmen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197 f., 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f.; VGE VD.2019.202 vom 31. März 2020 E. 2.3.1, VD.2017.282 vom 6. März 2018 E. 3.3.1, VD.2016.54 vom 16. Dezember 2016 E. 2.4; vgl. Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 548).

9.4.8 Anders als das PD kann das Verwaltungsgericht mangels einer besonderen gesetzlichen Vorschrift nicht über die Angemessenheit der Freistellung entscheiden (vgl. § 8 Abs. 5 VRPG). Damit verfügt es nicht über die gleiche Prüfungsbefugnis wie die Vorinstanz. Bereits aus diesem Grund ist eine Heilung der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im vorliegenden verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren ausgeschlossen. Da das PD in der Begründung der Feststellungsverfügung überhaupt keine Feststellungen zu den Gründen der Freistellung gemacht und dem Mitarbeiter damit deren sachgerechte Anfechtung verunmöglicht hat, führte die Rückweisung nicht zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen, die mit dem Interesse des Mitarbeiters an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht vereinbar wären. Auch aus diesem Grund kommt eine Heilung der schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht in Betracht. Wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör wäre folglich die Feststellungsverfügung auch dann aufzuheben, wenn sie als Gestaltungsverfügung qualifiziert würde. Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches

Gehör führte aber nicht zur Nichtigkeit der Verfügung. Denn selbst eine vollständig fehlende Begründung ist kein Nichtigkeitsgrund (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1125).

E. 10.1

10.1.1 Das Verfahren vor der PRK und das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren betreffend den angefochtenen Entscheid der PRK sind gestützt auf § 40 Abs. 4 PG kostenlos (vgl. angefochtener Entscheid E. IV.1).

10.1.2 Mit Ziff. 3 des angefochtenen Entscheids sprach die PRK dem Mitarbeiter für das Rekursverfahren vor der PRK eine Parteientschädigung von CHF 2'000.■ zu Lasten des PD zu.

Der Anspruch auf eine Parteientschädigung für das Verfahren vor der PRK richtet sich nach dem Gesetz über die Verwaltungsgebühren (VGG, SG 153.800) und der Verordnung zum Gesetz über die Verwaltungsgebühren (VGV, SG 153.810) (VGE VD.2014.80 vom 1. Dezember 2014 E. 5; angefochtener Entscheid E. IV.2). Gemäss § 7 Abs. 1 VGG kann dem teilweise oder ganz obsiegenden Rekurrenten, dem Anwaltskosten entstanden sind, für das Rekursverfahren eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen werden. Der Mitarbeiter unterliegt im Verfahren vor der PRK ganz, weil auf sein Gesuch vom 7. August 2020 und seinen Rekurs vom 17. August 2020 nicht einzutreten ist. Damit hat er nach dem Wortlaut von § 7 Abs. 1 VGG keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Beim Kostenentscheid ist jedoch zu berücksichtigen, dass das PD die Freistellung vom 6. August 2020 pflichtwidrig nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen hat (vgl. § 39 OG). Aus dem Fehlen einer Rechtsmittelbelehrung darf einer Partei kein Nachteil erwachsen, wenn sie das zulässige Rechtsmittel weder gekannt hat noch bei gebührender Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen und sie die Verfügung innert vernünftiger Frist angefochten oder sich nach dem zulässigen Rechtsmittel erkundigt hat (vgl. Art. 5 Abs. 3, Art. 9 sowie Art. 29 Abs. 1 und 2 BV; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1079 f.; Schwank, a.a.O., S. 250 f.; Uhlmann/Schwank, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 38 N 1, 7 f. und 18). Der Mitarbeiter hat die mündliche Freistellung rechtzeitig bei der PRK angefochten. Da sich diese Fachbehörde selbst für zuständig gehalten hat, kann es dem Mitarbeiter trotz anwaltlicher Vertretung nicht zum Vorwurf gereichen, dass er nicht erkannt hat, dass für die Beurteilung seines Rekurses nicht die PRK, sondern der Regierungsrat zuständig ist. Damit dem Mitarbeiter aus dem Fehlen einer Rechtsmittelbelehrung kein Nachteil erwächst, ist ihm deshalb für das Verfahren vor der PRK in analoger Anwendung von § 7 Abs. 1 VGG trotz Unterliegen eine Parteientschädigung zuzusprechen. Dementsprechend kann gemäss dem Bundesverwaltungsgericht im Fall einer falschen Rechtsmittelbelehrung aus Billigkeitsgründen ausnahmsweise der unterliegenden Partei eine Parteientschädigung zugesprochen werden, obwohl Art. 64 Abs. 1 VwVG eine solche nur bei ganzem oder teilweise Obsiegen vorsieht (BVGer B-6203/2007 vom 31. Januar 2008 E. 4.2). Die Höhe der von der PRK festgesetzten Parteientschädigung wurde von keiner Partei beanstandet. Folglich ist der Rekurs gegen Ziff. 3 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids abzuweisen.

10.1.3 Im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren obsiegt das PD mit seinem Rechtsbegehren 1 betreffend die Aufhebung von Ziff. 1 des angefochtenen Entscheids und unterliegt das PD mit seinem Rechtsbegehren 1 betreffend die Aufhebung von Ziff. 3 des angefochtenen Entscheids sowie mit seinen Rechtsbegehren 2, 3 und 4. Entsprechend

diesem Ausgang des verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahrens hätte in Anwendung von § 30 Abs. 1 VRPG grundsätzlich der Mitarbeiter einen Teil der Kosten zu tragen und gegenüber dem PD nur Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung. Da ihm im vorliegenden Fall aus dem Umstand, dass das PD die Freistellung vom 6. August 2020 pflichtwidrig nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen hat, kein Nachteil erwachsen darf (vgl. oben E. 10.1.2), sind dem Mitarbeiter jedoch keine Kosten aufzuerlegen und ist ihm eine volle Parteientschädigung zu Lasten des PD zuzusprechen.

Mangels Einreichung einer Kostennote ist der Aufwand der Rechtsvertreter des Mitarbeiters zu schätzen. Für die Vernehmlassung vom 28. Januar 2021 erscheint ein Zeitaufwand von knapp 24 Stunden angemessen. Beim praxisgemässen Stundenansatz für die Parteientschädigung von CHF 250.■ ergibt dies einschliesslich Auslagen eine Parteientschädigung von CHF 6'000.■ zuzüglich Mehrwertsteuer.

E. 10.2

10.2.1 Bei nicht in den direkten Anwendungsbereich von § 40 Abs. 4 PG fallenden Verfahren betreffend öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse werden in analoger Anwendung von Art. 114 lit. c der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.■ keine Entscheidungsgebühren erhoben (§ 23 Abs. 4 des Reglements über die Gerichtsgebühren [GGR, SR 154.810]). Dass das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren betreffend die Feststellungsverfügung einen Streitwert von über CHF 30'000.■ aufweisen würde, ist trotz der Behauptung des Mitarbeiters, die Weiterbeschäftigung sei für seine berufliche Zukunft von existenzieller Bedeutung (Vernehmlassung Mitarbeiter Ziff. 143), nicht feststellbar. Folglich ist das Rekursverfahren kostenlos.

10.2.2 Der Mitarbeiter obsiegt mit seinem Rekurs gegen die Feststellungsverfügung fast vollständig. Dem Umstand, dass sein Hauptbegehren um Feststellung der Nichtigkeit der Feststellungsverfügung abgewiesen und nur sein Eventualbegehren um Aufhebung der Feststellungsverfügung gutgeheissen wird, ist für die Frage der Kostenverteilung kein relevantes Gewicht beizumessen. Die Kosten sind deshalb wie im Fall eines vollständigen Obsiegens zu verteilen. Folglich ist dem Mitarbeiter zu Lasten des PD für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren in Anwendung von § 30 Abs. 1 VRPG eine volle Parteientschädigung zuzusprechen. Mangels Einreichung einer Kostennote ist der Aufwand der Rechtsvertreter des Mitarbeiters zu schätzen. Für die Rekursanmeldung vom 25. September 2020 und die Rekursbegründung vom 18. Januar 2021 erscheint ein Zeitaufwand von knapp 8 Stunden angemessen. Beim praxisgemässen Stundenansatz für die Parteientschädigung von CHF 250.■ ergibt dies einschliesslich Auslagen eine Parteientschädigung von CHF 2'000.■ zuzüglich Mehrwertsteuer.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.