

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.216 vom 25. Mai 2022

BS Appellationsgericht, 2022-05-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2021.216

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.216 du 25 mai 2022

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.216 del 25 maggio 2022

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für die Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des JSD vom 27. September 2021 sowie aus § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) und § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Zum Entscheid ist das Dreiergericht berufen (vgl. § 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]).

E. 1.2

1.2.1 Der Rechtsverzögerungs- oder Rechtsverweigerungsrekurs steht nur offen, wenn keine anfechtbare Verfügung vorliegt (vgl. Müller/Bieri, in: Auer et al. [Hrsg.], Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar,

E. 1.4

1.4.1 Der Antrag 3 des Rechtsverzögerungsrekurses lautet folgendermassen: «Dem Beschwerdeführer sei für das Verfahren der Rechtsverzögerungsbeschwerde eine angemessene Entschädigung zuzusprechen.» Dieser Antrag ist auslegungsbedürftig. Aufgrund der Tatsache, dass der Mitarbeiter sowohl gemäss dem Wortlaut des Antrags als auch gemäss dem Wortlaut der Begründung (Rekurs Ziff. 45) eine Entschädigung für das Rekursverfahren verlangt, ist davon auszugehen, dass er jedenfalls eine Parteientschädigung für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren beantragt. Dementsprechend beantragt er mit dem Rechtsbegehren

E. 2

Zum Sachverhalt ist zunächst festzuhalten, dass die Behauptung des Rekurrenten, das Verwaltungsgericht habe die mündliche Freistellung in seinem Urteil vom 13. April 2021 als willkürlich beurteilt (Rekurs Ziff. 10), falsch ist. Die mündliche Freistellung erachtete das Verwaltungsgericht als nichtig, weil es sich dabei um eine (Gestaltungs-)Verfügung handle und diese entgegen dem gesetzlichen Schriftformerfordernis bloss mündlich eröffnet worden sei (Urteil des Verwaltungsgerichts E. 4.4 und 8.1 f.). Aus dem Urteil des Verwaltungsgerichts kann zwar geschlossen werden, dass die Freistellung willkürlich wäre, wenn kein sachlicher Grund dafür bestünde, dass der Arbeitgeber die Freistellung im Interesse des B____ bzw. des PD für erforderlich erachtet (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts E. 9.4.4). Die Frage, ob ein solcher Grund vorliegt oder nicht, hat das Verwaltungsgericht aber nicht beurteilt. Den Grund für die Aufhebung der Feststellungsverfügung sah das Verwaltungsgericht darin, dass das Erfordernis der Subsidiarität gegenüber einer Gestaltungsverfügung nicht erfüllt gewesen sei und die

sinngemässe Feststellung, die Vorsteherin des PD habe mit der Information vom

E. 6

August 2020 den Mitarbeiter gestützt auf die Vereinbarung in zulässiger Weise freigestellt, unrichtig sei (Urteil des Verwaltungsgerichts E. 9).

3.

3.1 Gemäss Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, SR 101) hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist. Diese Bestimmung verankert das Beschleunigungsgebot und das Verbot der Rechtsverzögerung (vgl. BGer 4A_190/2015 vom 13. Mai 2015 E. 2, 8C_210/2013 vom 10. Juli 2013 E. 2.1, 4A_744/2011 vom 12. Juli 2012 E. 11.2; VGE VD.2018.146 vom 1. April 2019 E. 6.2, VD.2017.140 vom 11. Dezember 2017 E. 3.1). Der gleiche Anspruch ergibt sich in zivilrechtlichen Streitigkeiten und Strafsachen aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK (BGer 4A_744/2011 vom 12. Juli 2012 E. 11.2). Diese Bestimmung gewährleistet betreffend den Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist keinen weitergehenden Schutz als Art. 29 Abs. 1 BV (vgl. BGE 130 I 312 E. 5.1 S. 332). Eine Rechtsverzögerung und damit eine Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV liegt vor, wenn sich eine Gerichts- oder Verwaltungsbehörde zwar bereit zeigt, einen Entscheid zu fällen, diesen aber nicht binnen der Frist trifft, die nach der Natur der Sache und nach der Gesamtheit der übrigen Umstände als angemessen erscheint (VGE VD.2018.146 vom 1. April 2019 E. 6.2, VD.2017.140 vom 11. Dezember 2017 E. 3.1; vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich 2020, N 1046). Die Angemessenheit der Dauer bestimmt sich nicht absolut. Sie ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu beurteilen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen (BGer 12T_2/2011 vom 23. Juni 2011 E. 3.1; vgl. AGE BEZ.2020.25 vom 3. Juni 2020 E. 2.3.1). Dabei sind insbesondere die Art des Verfahrens und die konkreten Umstände einer Angelegenheit wie Umfang und Bedeutung des Verfahrens, das Verhalten der betroffenen Privaten und der Behörden, die Bedeutung für die Betroffenen sowie die für die Sache spezifischen Entscheidungsabläufe zu berücksichtigen (BGer 12T_2/2011 vom 23. Juni 2011 E. 3.1; vgl. BGE 144 I 486 E. 3.2 S. 489). Entscheidend für die Beurteilung, ob eine Verlängerung des Verfahrens eine Rechtsverzögerung darstellt, ist, ob sie sich objektiv rechtfertigen lässt (VGE VD.2020.97 vom 25. Juni 2020 E. 3.2.3; vgl. BGE 144 II 486 E. 3.2 S. 489; BGer 12T_2/2011 vom 23. Juni 2011 E. 3.1). Eine Behörde, die eine grosse Anzahl von Fällen zu entscheiden hat, hat zwangsläufig gewisse Prioritäten zu setzen. Dabei steht ihr naturgemäss ein grosser Ermessensspielraum zu. Aufgrund der Vielzahl von Verfahren, die eine Behörde gleichzeitig zu behandeln hat, sind gewisse Zeiten, während denen ein Dossier ruht, normal und nicht zu beanstanden. Solche Phasen müssen allerdings auf nachvollziehbaren Gründen beruhen und dürfen eine den Umständen des Falles angemessene Dauer nicht überschreiten (BGE 144 II 486 E. 3.3 S. 489 f.; BGer 12T_2/2011 vom 23. Juni 2011 E. 3.1). Mangelnde Organisation oder Überlastung bewahren nicht vor dem Vorwurf der Rechtsverzögerung. Entscheidend ist allein, dass die Behörde nicht fristgerecht handelt (BGE 144 II 486 E. 3.2 S. 489; BGer 5A_768/2020 vom 23. November 2020 E. 2). Wenn kein einzelner Verfahrensabschnitt von wirklich stossender Dauer ist, ist für die Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer das gesamte Verfahren massgebend und können Perioden intensiver Tätigkeit solche der Untätigkeit kompensieren (AGE BEZ.2020.25 vom 3. Juni 2020 E. 2.3.1; vgl. BGE 130 IV 54 E. 3.3.3 S. 56; BGer 6B_870/2016 vom 21. August 2017 E. 4.1; Hoffmann-Nowotny, in:

Kunz et al. [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Basel 2013, Art. 319 N 45). Rechtsverzögerung ist nicht allein deshalb zu bejahen, weil ein Verfahren längere Zeit (unter Umständen mehrere Monate) in Anspruch genommen hat. Als massgebend muss vielmehr gelten, ob das Verfahren in Anbetracht der auf dem Spiel stehenden Interessen zügig durchgeführt worden ist und die Behörden insbesondere keine unnütze Zeit haben verstreichen lassen (BGE 127 III 385 E. 3a S. 389; BGer 4A_190/2015 vom 13. Mai 2015 E. 2; VGE VD.2018.146 vom 1. April 2019 E. 6.2).

3.2 Der Mitarbeiter beklagt sich in seinem Rechtsverzögerungsrekurs vom 3. September 2021 darüber, dass er mehr als ein Jahr nach seiner mündlichen Freistellung vom 6. August 2020 noch keine Freistellungsverfügung erhalten habe (vgl. Rekurs Ziff. 17 und 29). Da die Anstellungsbehörde der Ansicht war, dass die Freistellung des Mitarbeiters nicht mittels einer rechtsgestaltenden Verfügung angeordnet werden müsse und die mündliche Freistellung gültig sei, war es jedenfalls bis zur Eröffnung des Urteils des Verwaltungsgerichts vom 13. April 2021 am 21. April 2021 objektiv gerechtfertigt, dass sie keine schriftliche Freistellungsverfügung erliess. Der Umstand, dass das Verwaltungsgericht in seinem Urteil vom 13. April 2021 schliesslich die Notwendigkeit einer rechtsgestaltenden Verfügung und die Nichtigkeit der mündlichen Freistellung festgestellt hat (vgl. VGE VD.2020.262 und VD.2021.12 vom 13. April 2021 E. 4.4 und 8.1 f.), ändert daran entgegen der Ansicht des Mitarbeiters (Replik Ziff. 11 f.) nichts. Die Anstellungsbehörde war berechtigt, mit einem Rekurs die Klärung der Frage der Erforderlichkeit einer rechtsgestaltenden Verfügung durch das Verwaltungsgericht zu verlangen. Darauf hätte sie im Ergebnis verzichtet, wenn sie vor dem Urteil des Verwaltungsgerichts eine schriftliche Freistellungsverfügung erlassen hätte (vgl. VGE VD.2020.262 und VD.2021.12 vom 13. April 2021 E. 1.2.5). Aus den vorstehenden Gründen ist für die Beurteilung der Frage, ob die Freistellungsverfügung innert angemessener Frist erlassen worden ist, höchstens die Zeit seit der Zustellung des Urteils des Verwaltungsgerichts zu berücksichtigen. Die Frage, ob sogar nur die Zeit seit dem Eintritt der Rechtskraft in Betracht zu ziehen ist (vgl. dazu Vernehmlassung S. 3), kann mangels Entscheidungsrelevanz offenbleiben, weil eine allfällige Verzögerung bis zu diesem Zeitpunkt ohnehin objektiv gerechtfertigt wäre (vgl. unten E. 3.4).

3.3 Zwischen der Zustellung des Urteils des Verwaltungsgerichts am 21. April 2021 und dem Erlass der Freistellungsverfügung vom 28. Oktober 2021 vergingen gut sechs Monate und zwischen dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils und dem Erlass der Freistellungsverfügung gut fünf Monate. Die damalige Vorsteherin des PD als Anstellungsbehörde und der damalige Rechtsvertreter des PD waren mit dem Fall bestens vertraut und mussten sich bereits vor der mündlichen Freistellung vom 6. August 2021 Klarheit darüber verschaffen, weshalb aus ihrer Sicht ein Grund für eine Freistellung gemäss Ziff. 1 der Vereinbarung besteht. Nachdem Anfang Februar 2021 ein neuer Vorsteher des PD sein Amt angetreten hatte, stand das persönliche Wissen der bisherigen Vorsteherin zwar nicht mehr zur Verfügung. Es ist aber davon auszugehen, dass der neue Vorsteher des PD über die wesentlichen Gründe für die mündliche Freistellung informiert worden ist. Da die Anstellungsbehörde aufgrund des Arbeitsverhältnisses mit den relevanten Umständen bereits vertraut ist, ist ihre Situation nicht vergleichbar mit derjenigen einer Rechtsmittelinstanz, die sich vor der materiellen Überprüfung einer Freistellung zuerst ein Bild vom rechtserheblichen Sachverhalt verschaffen muss. Spätestens nachdem das Urteil des Verwaltungsgerichts am 22. Mai 2021 in Rechtskraft

erwachsen war, gab es bis zum Erlass der Freistellungsverfügung vom 28. Oktober 2021 keine Freistellungsverfügung mehr. Mit E-Mail vom 6. Juli 2021 (Rekursbeilage 5 S. 2 f.) verlangte der Mitarbeiter zudem ausdrücklich seine Wiedereinsetzung als Direktor des B _____. Trotzdem wurde er gemäss seiner unbestrittenen Darstellung von der Ausübung seiner Funktion abgehalten (Rekurs Ziff. 5 und 17). Dies stellt einen Grund für eine beschleunigte Durchführung des Verfahrens auf Erlass der Freistellungsverfügung dar. Unter Berücksichtigung der vorstehend dargelegten Umstände kann eine Dauer von gut fünf oder sechs Monaten für ein erstinstanzliches Verfahren auf Erlass einer Freistellungsverfügung grundsätzlich nicht mehr als angemessen betrachtet werden. Eine Rechtsverzögerung könnte daher nur dann verneint werden, wenn sich die Verlängerungen des Verfahrens objektiv rechtfertigen liessen. Dies ist bezüglich einer Verlängerung des Verfahrens um insgesamt gut zwei Monate nicht der Fall, wie im Folgenden aufgezeigt wird.

3.4 Ab Mai 2021 führten die Parteien Vergleichsverhandlungen. Das erste Gespräch fand am 3. Mai 2021 statt (vgl. Rekurs Ziff. 13; Vernehmlassung S. 3 f. und 7 f.). Gegenstand der Vergleichsverhandlungen war für den Vorsteher des PD zunächst nur eine einvernehmliche Freistellung. Auf Wunsch des Mitarbeiters wurde der Gegenstand der Verhandlungen auf die Frage einer alternativen Beschäftigung des Mitarbeiters ausgedehnt (E-Mail des Vorstehers des PD vom 8. Juli 2021 [Rekursbeilage 5 S. 1]). Solange die Vergleichsverhandlungen sich nicht als aussichtslos erwiesen haben, ist es nicht zu beanstanden, dass der Vorsteher des PD das Verfahren auf Erlass einer Freistellungsverfügung nicht wiederaufgenommen und insbesondere dem Mitarbeiter noch nicht das rechtliche Gehör gewährt hat. Die durch die Vergleichsverhandlungen verursachte Verlängerung des Verfahrens ist daher bis zum Zeitpunkt, in dem sich diese als aussichtslos erwiesen haben, objektiv gerechtfertigt. Der Vorsteher des PD macht geltend, Gegenstand der Vergleichsverhandlungen sei nur eine alternative Beschäftigung des Mitarbeiters bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses am 31. März 2022 gewesen. Erst aufgrund eines Telefonats mit dem Rechtsvertreter des Mitarbeiters vom 3. Juli 2021 sei für den Vorsteher des PD erkennbar gewesen, dass eine Beschäftigung über den 31. März 2022 hinaus für den Mitarbeiter eine notwendige Voraussetzung einer einvernehmlichen Lösung sei (E-Mail des Vorstehers des PD vom 3. Juli 2021 [Rekursbeilage 5 S. 4]; E-Mail des Vorstehers des PD vom 8. Juli 2021 [Rekursbeilage 5 S. 1]). Der Mitarbeiter hingegen behauptet sinngemäss, er habe von Anfang an klargemacht, dass eine Weiterbeschäftigung über den 31. März 2022 hinaus für ihn eine notwendige Voraussetzung sei (vgl. Rekurs Ziff. 13; E-Mail des Rechtsvertreters des Mitarbeiters vom 6. Juli 2021 [Rekursbeilage 5 S. 2]). Es ist zwar unbestritten, dass der Vorsteher des PD dem Mitarbeiter nur Beschäftigungsangebote bis maximal Ende März 2022 unterbreitet hat (vgl. E-Mail des Vorstehers des PD vom 3. Juli 2021 [Rekursbeilage 5 S. 4]; E-Mail des Rechtsvertreters des Mitarbeiters vom 6. Juli 2021 [Rekursbeilage 5 S. 2]). Daraus musste der Mitarbeiter aber nicht schliessen, dass der Vorsteher des PD eine alternative Beschäftigung über den 31. März 2022 hinaus als möglichen Gegenstand einer einvernehmlichen Lösung von vornherein ausschloss. Dass der Mitarbeiter oder sein Rechtsvertreter dem Vorsteher des PD vor dem 16. Juni 2021 mitgeteilt hätte, dass eine alternative Beschäftigung notwendigerweise über den 31. März 2022 hinaus dauern müsste, ist nicht erstellt. Mit E-Mail vom 13. Juni 2021 (Rekursbeilage 7) unterbreitete der Vorsteher des PD dem Rechtsvertreter des Mitarbeiters zwei Angebote für Aufgaben, die der Mitarbeiter im Rahmen des bestehenden Arbeitsverhältnisses bis März 2022 hätte wahrnehmen können. Mit E-Mail vom 16. Juni 2021 (Rekursbeilage 7)

erklärte der Rechtsvertreter des Mitarbeiters, dass sie die Vorschläge sehr zu schätzen wüssten. Anschliessend schrieb er: «Leider sind beide Vorschläge aus den nachfolgenden Gründen nicht umsetzbar, wobei ich aber noch vorausschicken möchte, dass wir immer davon gesprochen haben, dass eine Lösung über den März 2022 hinaus gefunden werden müsste.» Nach der Begründung, weshalb die Vorschläge des Vorstehers des PD nicht umsetzbar seien, und der Unterbreitung eines Gegenvorschlags, findet sich der folgende Satz: «Wie bereits einleitend dargelegt, sollte dieser Auftrag über den März 2022 hinaus gehen, weil meinem Mandanten nachweislich Unrecht angetan worden ist.» Spätestens aufgrund dieser E-Mail musste dem Vorsteher des PD entgegen der in seiner E-Mail vom 8. Juli 2021 (Rekursbeilage 5 S. 1) vertretenen Ansicht klar sein, dass eine Beschäftigung über den 31. März 2022 hinaus für den Mitarbeiter eine notwendige Voraussetzung einer einvernehmlichen Lösung war. Um zu vermeiden, dass das Verfahren durch aussichtslose Vergleichsverhandlungen verzögert wird, hätte der Vorsteher des PD dem Rechtsvertreter deshalb bereits unmittelbar nach der E-Mail vom 16. Juni 2021 klar kommunizieren müssen, dass eine Beschäftigung des Mitarbeiters über das vereinbarte Ende des Arbeitsverhältnisses am 31. März 2022 hinaus für ihn keine Option darstelle. Da eine frühere entsprechende Mitteilung weder substantiiert behauptet noch belegt worden ist, ist davon auszugehen, dass der Vorsteher des PD dem Rechtsvertreter des Mitarbeiters erst am 3. Juli 2021 erklärt hat, dass eine Beschäftigung über Ende März 2022 hinaus für ihn nicht in Betracht komme. Aus den vorstehenden Gründen ist die durch die Vergleichsverhandlungen verursachte Verlängerung des Verfahrens bis etwa Mitte Juni 2021 objektiv gerechtfertigt. Indem der Vorsteher des PD erst am 3. Juli 2021 das Scheitern der Vergleichsverhandlungen festgestellt hat, ist das Verfahren aber unnötig um rund zwei Wochen verlängert worden.

3.5 Der Mitarbeiter behauptet, sein Rechtsvertreter habe den Vorsteher des PD für den Fall des Scheiterns der Vergleichsverhandlungen ersucht, bis spätestens am 25. Juni 2021 eine Verfügung zu erlassen (Rekurs Ziff. 14). Diese Behauptung ist aktenwidrig. Die E-Mail des Rechtsvertreters des Mitarbeiters vom 16. Juni 2021 (Rekursbeilage 7 S. 1) enthält den folgenden Satz: «Sollte indes bis 25. Juni 2021 keine einvernehmliche Regelung erzielt werden, ersuche ich Sie höflich um Zustellung der in Aussicht gestellten Verfügung, welche mein Mandant dann anfechten wird.» Damit hat der Mitarbeiter in keiner Art und Weise verlangt, dass eine allfällige Verfügung bis am 25. Juni 2021 erlassen werde, sondern bloss für den Fall, dass bis zu diesem Termin keine einvernehmliche Lösung gefunden wird, den Erlass einer Verfügung verlangt. Eine Frist oder einen Termin für den Erlass einer allfälligen Verfügung nannte er nicht. Im Übrigen wäre es völlig unrealistisch gewesen, am 16. Juni 2021 zu fordern, die Freistellungsverfügung müsse bis am 25. Juni 2021 erlassen werden. Am 21. Juli 2020 gewährte die damalige Vorsteherin des PD dem Mitarbeiter zwar schon einmal das rechtliche Gehör zu seiner Freistellung (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts E. 8.1.3). Da seither fast ein Jahr verstrichen war, ein Urteil des Verwaltungsgerichts ergangen war und sich die Verhältnisse möglicherweise verändert hatten, war es jedoch geboten, dem Mitarbeiter vor dem Erlass der Freistellungsverfügung nochmals das rechtliche Gehör zu gewähren. Allein dafür waren deutlich mehr als neun Tage erforderlich. Die Ansicht, im Fall seiner Freistellung stelle bereits eine Verzögerung um wenige Tage eine Rechtsverweigerung dar (Replik Ziff. 14), ist offensichtlich unrichtig.

3.6 Mit Schreiben vom 8. Juli 2021 gewährte der Vorsteher des PD dem Mitarbeiter das rechtliche Gehör zur geplanten Freistellungsverfügung und setzte ihm dazu eine Frist bis

zum 2. August 2021 zur schriftlichen Stellungnahme. Mit Stellungnahme vom 30. Juli 2021 (Rekursbeilage 8) machte der Mitarbeiter geltend, der Vorsteher des PD sei befangen, und beantragte er, dass der Vorsteher des PD in den Ausstand trete. Gemäss der Vernehmlassung des Stellvertreters des Vorstehers des PD hat der Vorsteher des PD gemäss einer Aktennotiz vom 14. September 2021 entschieden, in den Ausstand zu treten, und den Vorsteher des GD als seinen Stellvertreter entsprechend informiert (Vernehmlassung S. 6). Aufgrund dieser Darstellung ist davon auszugehen, dass der Vorsteher des PD erst am 14. September 2021 entschieden hat, dem Ausstandsgesuch vom 30. Juli 2021 Folge zu leisten. Damit hat er sich für den Entscheid, in den Ausstand zu treten, rund sechs Wochen Zeit gelassen. Dafür, dass der Vorsteher des PD jedenfalls bis Ende August 2021 noch nicht entschieden hat, ob er dem Ausstandsgesuch Folge leistet, spricht auch die E-Mail des Generalsekretärs des PD vom 31. August 2021 (Rekursbeilage 9). Nachdem sich der Rechtsvertreter des Mitarbeiters mit E-Mail vom 27. August 2021 darüber beklagt hatte, dass er seit der Stellungnahme vom 30. Juli 2021 zur geplanten Freistellungsverfügung abgesehen von der Eingangsbestätigung noch nichts vom PD oder dessen Vorsteher gehört habe, erklärte der Generalsekretär des PD mit E-Mail vom 31. August 2021, der Entscheid stehe bevor und mit der Zustellung sei im September zu rechnen. Irgendein Hinweis darauf, dass der Vorsteher des PD in den Ausstand getreten oder der Fall seinem Stellvertreter übergeben worden sei, findet sich in der E-Mail nicht. Den Entscheid, ob er dem gegen ihn selbst gerichteten Ausstandsgesuch Folge leistet, hätte der Vorsteher des PD innert höchstens zwei Wochen fällen können und müssen, zumal der Mitarbeiter seine Befangenheit bloss mit einigen wenigen einfach zu verifizierenden Tatsachenbehauptungen begründet hat. Folglich wurde das Verfahren um rund einen Monat unnötig verlängert, indem sich der Vorsteher des PD für den Entscheid über seinen Ausstand rund sechs Wochen Zeit liess. Der diesbezügliche Erklärungsversuch der Anstellungsbehörde überzeugt nicht. Sie macht geltend, zwischen Anfang August und der Zustellung des Ausstandsentscheids seien einige Wochen vergangen. Dies sei darauf zurückzuführen, dass sich der Stellvertreter des Vorstehers des PD habe in den Fall einarbeiten müssen und dass der bisherige Rechtsvertreter des PD Anfang August sein Mandat unerwartet niedergelegt habe (Vernehmlassung S. 3 und 5). Zunächst wurde dem Mitarbeiter soweit ersichtlich nie ein Ausstandsentscheid zugestellt, sondern informierte der Stellvertreter des Vorstehers des PD den Mitarbeiter mit Schreiben vom 17. September 2021 bloss darüber, dass der Vorsteher des PD in den Ausstand getreten sei und er die Verfahrensführung übernommen habe (vgl. Vernehmlassung S. 6). Vor allem aber ist nicht ersichtlich, weshalb sich der Vorsteher des GD als Stellvertreter des Vorstehers des PD bereits vor dem Entscheid des Vorstehers des PD, dem Ausstandsgesuch des Mitarbeiters Folge zu leisten, in den Fall eingearbeitet haben sollte. Wenn sich der Stellvertreter des Vorstehers des PD trotzdem bereits vor dem 14. September 2021 in den Fall eingearbeitet haben sollte, liesse sich die dadurch verursachte Verlängerung des Verfahrens trotzdem nicht objektiv rechtfertigen, weil die Einarbeitung nur wegen des vom Arbeitgeber und der Anstellungsbehörde zu vertretenden Ausstands des Vorstehers des PD erforderlich wurde (vgl. dazu unten E. 3.7). Das PD beschäftigt eine Advokatin und einen Advokaten als Juristin und Jurist des Generalsekretariats. Diese mussten in der Lage sein, den Vorsteher des PD betreffend die Frage seines Ausstands zeitnah und kompetent zu beraten. Der Beizug eines externen Advokaten war dazu offensichtlich nicht erforderlich. Im Übrigen soll die Niederlegung des Mandats des bisherigen Rechtsvertreters gemäss der eigenen Darstellung der Anstellungsbehörde bloss zu einer leichten Verzögerung der Fallbearbeitung um wenige

Tage geführt haben (Vernehmlassung S. 5). Zusammenfassend vermögen die Vorbringen der Anstellungsbehörde die vorstehend festgestellte unnötige Verlängerung des Verfahrens um rund einen Monat weder zu erklären noch zu rechtfertigen.

3.7

3.7.1 Der Mitarbeiter begründet die Befangenheit des Vorstehers des PD in erster Linie mit dessen folgenden Äusserungen: Vor den Wahlen stellte die Kulturredaktion der D____ (nachfolgend: D____) dem Kandidaten und den Kandidatinnen für das Regierungspräsidium dieselben 14 Fragen. Eine davon lautete: «Werden Sie A____ als Direktor des B____ wieder installieren?» Der heutige Vorsteher des PD antwortete darauf «Nein.» ([...]). In einem in der D____ publizierten Interview wurde dem Vorsteher des PD unter anderem die folgende Frage gestellt: «In der Causa A____ fehlt uns das Verständnis für Ihr Vorgehen. Sie haben Ende November, noch vor Ihrer Wahl, auf eine entsprechende Frage der D____ geantwortet, Sie würden A____ nicht mehr als Direktor des B____ einsetzen. Warum denn nicht?» Der Vorsteher des PD antwortete darauf: «A____ hatte die Freistellung unterschrieben. Deshalb kam ja auch mit C____ jemand Neues. Das ist die Situation, die ich angetroffen habe. Ich habe dazu nichts beigetragen. C____ macht seine Sache aus meiner Sicht sehr gut. Stellen Sie sich vor, es wären zwei Museumsdirektoren da! Das gäbe ein riesiges Chaos. Es ist im B____ so viel Geschirr zerschlagen worden. Ich glaube, es gab etwa 40 Leitartikel in den Medien. Es ist völlig klar: Das war nicht mehr zu kitten. Es braucht einen Neuanfang. Deshalb sagte ich damals schon, ich wolle A____ nicht wieder einsetzen.» Schliesslich behauptet der Mitarbeiter, der Vorsteher des PD habe sich gegenüber Drittpersonen wiederholt dahingehend über ihn geäussert, dass er ein «dickes Personaldossier, das mit Berichten von Kuratorinnen und von Frau Altregierungspräsidentin gespeist sei», in den Händen halte und keinen Mitarbeiter beschäftigen könne, der gegen das PD einen Prozess führe (Rekurs Ziff. 38; Stellungnahme vom 30. Juli 2021 [Rekursbeilage 8] Ziff. 11). Ob die Behauptungen des Mitarbeiters betreffend Äusserungen des Vorstehers des PD gegenüber Drittpersonen den Tatsachen entsprechen, kann mangels Entscheidungsrelevanz offenbleiben.

3.7.2 Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV hat in Verfahren vor Verwaltungsinstanzen jede Person Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung. Das Gebot der Unbefangenheit bildet einen Teilgehalt dieses Grundrechts (BGE 140 I 326 E. 5.2 S. 329; BGer 1C_477/2016 vom 16. August 2017 E. 3.1). Gemäss § 22 des Personalgesetzes (PG, SG 162.100) treten Mitarbeiter, die eine Verfügung zu treffen oder vorzubereiten haben, in den Ausstand, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse haben oder wenn sie aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten. Diese Bestimmung gilt auch für die Mitglieder des Regierungsrats (vgl. § 24 Abs. 1 OG). Im Kern der Garantie der Unbefangenheit steht für Gerichtspersonen wie für Mitglieder von Exekutivbehörden, dass sie sich in Bezug auf die Beurteilung des Sachverhalts nicht bereits festgelegt haben. Die für Gerichte geltenden Anforderungen an die Unbefangenheit können zwar nicht unbeschadet auf das Verwaltungsverfahren übertragen werden (BGE 140 I 326 E. 5.2 S. 329; BGer 1C_477/2016 vom 16. August 2017 E. 3.1). Jede Äusserung einer Amtsperson im Vorfeld eines förmlichen Verfahrens hat indessen den Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung (Art. 29 Abs. 1 BV) zu wahren. Auch Mitglieder von Exekutivbehörden haben sich bei informellen Äusserungen im Vorfeld und erst recht während eines hängigen Verfahrens eine besondere Zurückhaltung aufzuerlegen und ihre Stellungnahmen dürfen nicht den Anschein erwecken, dass sie sich in Bezug auf das anstehende Verfahren bereits

festgelegt haben (BGer 1C_477/2016 vom 16. August 2017 E. 3.1; vgl. BGE 140 I 326 E. 6.2 S. 331 f.). Die Freiheit, im Verlauf des Verfahrens zu einer anderen als der gefassten Meinung zu gelangen, erscheint in besonderem Masse eingeschränkt, wenn Äusserungen über den mutmasslichen Ausgang eines Verfahrens gegenüber Dritten, insbesondere gegenüber der Presse, gemacht werden, weil in diesem Fall ein «Umschwenken» besonders schwierig ist (BGer 1P.687/2005 vom 9. Januar 2006 E. 7.1 [betreffend Gerichtspersonen]).

3.7.3 Im Zeitpunkt des in der D_____ abgedruckten Interviews hatte die PRK ihren Entscheid vom 23. November 2020 noch nicht gefällt. Daher musste der heutige Vorsteher des PD damals nicht damit rechnen, dass sich die mündliche Freistellung als nichtig erweist und er im Fall seiner Wahl zum Regierungspräsidenten voraussichtlich eine neue Freistellungsverfügung erlassen muss, wenn er verhindern will, dass der Mitarbeiter an seinen Arbeitsplatz als Direktor des B_____ zurückkehrt. Er konnte die Frage vielmehr dahingehend verstehen, dass die Redaktion wissen wollte, ob er im Fall seiner Wahl die von seiner Vorgängerin ausgesprochene Freistellung aufheben und den Mitarbeiter wieder als Direktor des B_____ installieren werde. Unter diesen Umständen erscheint es fraglich, ob die in der D_____ publizierte Antwort des heutigen Vorstehers des PD für sich allein zur Begründung seiner Befangenheit im Verfahren betreffend den Erlass einer neuen Freistellungsverfügung genügen würde. Im Zeitpunkt des in der D_____ publizierten Interviews lag das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 13. April 2021 bereits vor und hatte der Vorsteher des PD bereits mehr als drei Wochen Zeit gehabt, dieses zu analysieren. Damit wusste er genau, dass er eine Rückkehr des Mitarbeiters an seinen Arbeitsplatz als Direktor des B_____ nur durch den Erlass einer Freistellungsverfügung verhindern kann. Aufgrund der Medienberichterstattung zum Urteil des Verwaltungsgerichts (vgl. statt vieler «[...]», in: D_____) war dies auch für jeden interessierten Zeitungsleser erkennbar. Die Tatsache, dass der Inhalt des Urteils in den Medien nicht in jeder Hinsicht korrekt wiedergegeben worden ist, ändert daran nichts. Unter diesen Umständen können die Aussagen des Vorstehers des PD nicht anders verstanden werden, als dass er sich diesbezüglich bereits definitiv festgelegt hatte und unabhängig von den Vorbringen des Mitarbeiters im Rahmen des rechtlichen Gehörs bereits entschlossen war, diesen freizustellen. Aus den vorstehenden Gründen hat der Vorsteher des PD mit seinen Äusserungen in der D_____ seine Pflicht, sich im Vorfeld eines Entscheids zur Wahrung des Anspruchs des Mitarbeiters auf gleiche und gerechte Behandlung bei informellen Äusserungen eine besondere Zurückhaltung aufzuerlegen, eindeutig verletzt und mit seinem eigenen Verhalten selbst einen Ausstandsgrund im Sinn von Art. 29 Abs. 1 BV und § 22 PG gesetzt. Dieses Verhalten des Vorstehers des PD als Anstellungsbehörde und Organ des Kantons ist diesem als Arbeitgeber wie eigenes Verhalten zuzurechnen. Daher haben der Kanton und die Anstellungsbehörden die durch den Ausstand des Vorstehers des PD verursachte Verlängerung des Verfahrens selbst zu vertreten und lässt sich diese objektiv nicht rechtfertigen.

3.7.4 Zwischen der Information des Stellvertreters des Vorstehers des PD über den Ausstand des Vorstehers des PD am 14. September 2021 (vgl. Vernehmlassung S. 6) und dem Erlass der Freistellungsverfügung vom 28. Oktober 2021 vergingen gut sechs Wochen. Angesichts dessen, dass sich der Vorsteher des GD als Stellvertreter des Vorstehers des PD zuerst in den Fall einarbeiten musste, kann diesem in keiner Art und Weise eine Rechtsverzögerung vorgeworfen werden, sondern ist vielmehr zu konstatieren, dass er die Freistellungsverfügung sehr rasch erlassen hat. Wenn sich der Vorsteher des PD nicht durch

pflichtwidrige Äusserungen selbst in den Ausstand versetzt hätte, wäre es aber gar nicht erforderlich gewesen, dass sich der Vorsteher des GD in den Fall einarbeitet und als Stellvertreter des Vorstehers des PD dem Mitarbeiter erneut das rechtliche Gehör gewährt. Der Stellvertreter des Vorstehers des PD erliess die Freistellungsverfügung vom 28. Oktober 2021 gut zwei Wochen nach der letzten Stellungnahme des Mitarbeiters vom 12. Oktober 2021 (vgl. Vernehmlassung S. 6). Es darf erwartet werden, dass der Vorsteher des PD, der mit dem Fall bereits seit längerer Zeit vertraut gewesen ist, nach der Stellungnahme des Mitarbeiters vom 30. Juli 2021 für den Erlass der Freistellungsverfügung nicht viel mehr Zeit benötigt hätte als sein Stellvertreter. Entgegen der Ansicht des Mitarbeiters (vgl. Rekurs Ziff. 34) hätte hingegen nicht erwartet werden können, dass der Vorsteher des PD die Freistellungsverfügung innert weniger Tage nach dem Eingang der Stellungnahme erlässt. Aus den vorstehenden Gründen hätte die Freistellungsverfügung spätestens Ende August 2021 und damit rund zwei Monate früher vorliegen müssen, wenn der Vorsteher des PD nicht hätte in den Ausstand treten müssen. Somit hat der Vorsteher des PD eine objektiv nicht zu rechtfertigende Verlängerung des Verfahrens um rund zwei Monate verursacht, indem er selbst den Grund für seinen Ausstand gesetzt hat.

3.8 Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die Anstellungsbehörde des Mitarbeiters eine Rechtsverzögerung begangen hat und das erstinstanzliche Verfahren auf Erlass der Freistellungsverfügung vom 28. Oktober 2021 insgesamt gut zwei Monate zu lange gedauert hat. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich die Verzögerungen gemäss E. 3.6 und 3.7 hiervor überschneiden.

4.

4.1 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 CHF 30'000. keine Entscheidegebühren erhoben (§ 23 Abs. 4 des Reglements über die Gerichtsgebühren [GGR, SR 154.810]). Dass das vorliegende verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren einen Streitwert von über CHF 30'000. aufweisen würde, ist nicht feststellbar. Folglich ist das Rekursverfahren kostenlos. Zu entscheiden bleibt, ob dem Mitarbeiter zulasten des PD eine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

4.2

4.2.1 Der Antrag 1 des Rekurrenten wird im Wesentlichen gutgeheissen. Insoweit obsiegt der Rekurrent. Betreffend den Antrag 2 wird auf den Rekurs nicht eingetreten. Soweit damit Forderungen aus Staatshaftung geltend gemacht werden, hat der Rekurrent den Antrag 3 zurückgezogen. Insoweit unterliegt der Mitarbeiter im vorliegenden Rekursverfahren. Es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass ein relevanter Anteil des Aufwands der Rechtsvertreter des Mitarbeiters ausschliesslich wegen der erwähnten Anträge entstanden ist. Daher kann das teilweise Unterliegen des Mitarbeiters beim Kostenentscheid vernachlässigt werden. Folglich hat der Mitarbeiter gegenüber dem PD Anspruch auf eine Parteientschädigung für den Rechtsverzögerungsrekurs.

4.2.2 Der Mitarbeiter reichte mit einer einzigen Eingabe den vorliegenden Rechtsverzögerungsrekurs und eine in die Zuständigkeit des Regierungsrats fallende aufsichtsrechtliche Anzeige ein. Die Ausführungen, die zumindest auch den Rechtsverzögerungsrekurs betreffen, umfassen rund neun Seiten. Mangels Einreichung

einer Honorarnote ist der dafür erforderliche Aufwand der Rechtsvertreter des Mitarbeiters praxisgemäss zu schätzen. Unter Mitberücksichtigung des Umstands, dass die Rechtsvertreter mit dem Fall bereits bestens vertraut sind, erscheint ein geschätzter Aufwand von rund vier Stunden angemessen. Dies ergibt bei Anwendung des praxisgemässen Stundenansatzes für die Parteientschädigung von CHF 250.■ ein Honorar von CHF 1'000.■. Zusätzlich ist eine Spesenpauschale von CHF 30.■ zu berücksichtigen (vgl. § 23 Abs. 1 des Honorarreglements [HoR, SG 291.400]).

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