

# LU\_GERICHTE V 02 21\_1 vom 28. Mai 2003

LU Gerichte, 2003-05-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu\\_gerichte\\_V\\_02\\_21\\_1](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu_gerichte_V_02_21_1)

FR: LU\_GERICHTE V 02 21\_1 du 28 mai 2003

IT: LU\_GERICHTE V 02 21\_1 del 28 maggio 2003

## Regeste

Art. 6 Ziff. 1 EMRK; §§ 92a Abs. 1, 93 Abs. 1 und 2 aPG; §§ 68 Abs. 3, 72 Abs. 1 und 2, 73 Abs. 1 PG. Das Verwaltungsgericht kann eine Verfügung, mit welcher eine Person aus dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis entlassen wird, nicht aufheben; selbst bei Verletzung des rechtlichen Gehörs ist keine Rückweisung möglich (Änderung der Rechtsprechung). Ist ein Entscheid rechtswidrig, muss das Verwaltungsgericht einen Feststellungsentscheid treffen; anschliessend ist es der Verwaltung überlassen, zu entscheiden, ob die Verfügung "abgeändert" werden soll oder ob Schadenersatz geleistet wird. Bei Uneinigkeit bezüglich des zu leistenden Schadenersatzes ist die Verwaltung nicht berechtigt, verfügungsweise darüber zu entscheiden. Diesfalls ist der Schadenersatz auf dem Klageweg beim Verwaltungsgericht geltend zu machen. § 131 Abs. 3 VRG. Einem personalrechtlichen Entscheid über die Entlassung kommt keine aufschiebende Wirkung zu, weshalb diese auch nicht wiederhergestellt werden kann. | Personalrecht

## Erwägungen

### E. 7

a) Ist somit eine Gehörsverletzung festgestellt worden, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen. Dabei steht aufgrund der formellen Natur des Gehörsanspruchs von vornherein fest, dass nicht weiter nach den Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zu fragen ist. Mithin spielt es für die Frage der formellen Rechtswidrigkeit keine Rolle, ob die Anhörung im konkreten Fall für den Ausgang der materiellen Streitentscheidung von Bedeutung ist, d.h. die Behörde zu einer Änderung ihres Entschides veranlasst wird oder nicht (BGE 127 I 132, 126 V 132, 125 I 118; LGVE 1999 II Nr. 3). b) Im vorliegenden Fall fragt sich angesichts der Schwere des festgestellten Mangels vorab, ob der vorinstanzliche Entscheid ("evidenterweise") an einem Nichtigkeitsgrund leidet (vgl. Pra 2003 Nr. 26 Erw. 3.3). Bei Verletzung des rechtlichen Gehörs lässt die Praxis diese Folge indes nur in Ausnahmefällen und mit grösster Zurückhaltung, nach Abwägung aller tangierten Interessen zu (zustimmend: Albertini, Der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern 2000, S. 452; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 40 B Vb mit Hinweisen; vgl. ferner ZBl 2001 S. 585 f., 591 Erw. 5a). Es existieren verschiedene Urteile anderer Verwaltungsgerichte, in denen sich diese in gleichem Zusammenhang nachdrücklich gegen die Annahme von Nichtigkeit aussprachen (Rechenschaftsbericht des Zürcher Verwaltungsgerichts [RB] 1995 Nr. 21 Erw. 3; AGVE 1994 S. 217 Erw. 4a). Dabei wird darauf verwiesen, dass ein Weiterbestehen des Arbeitsverhältnisses, sofern von einem solchen auszugehen sei, der Rechtssicherheit und dem reibungslosen Funktionieren der Verwaltung abträglich wäre (ZBl 2001 S. 587). Diese Gründe sind gewichtig und im

Übrigen mitverantwortlich für die Begrenzung der verwaltungsgerichtlichen Spruchkompetenz in Fällen rechtswidriger Entlassung. Demnach ist auch im vorliegenden Fall keine Nichtigkeitsfolge anzunehmen.

## **E. 8**

Nach bisheriger Rechtsprechung hat das Verwaltungsgericht in Fällen dieser Art jeweils eingehende Erwägungen über die Heilung des festgestellten Verfahrensmangels angestellt. Dabei hat es sich - unter Bezugnahme auf Lehre und Rechtsprechung - bei schwerer oder grober Missachtung von Verfahrensrechten, mit Blick auf die zu wahren Rechte der Betroffenen dezidiert gegen die Behebung des Mangels im Rahmen des Gerichtsverfahrens ausgesprochen (vgl. LGVE 1999 II Nr. 3 Erw. 5c mit Hinweisen). Andererseits ist es in solchen Fällen von der gesetzlichen Regelung in dem Sinne abgewichen, dass es den vorinstanzlichen Entscheid trotz beschränkter Spruchbefugnis gemäss § 93 Abs. 1 des Gesetzes über das öffentliche Dienstverhältnis (Personalgesetz) vom 13. September 1988 (aPG; G 1988 1257) aufgehoben hat (vgl. LGVE 1997 II Nr. 3; publiziert auch in Hänni, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, Zürich 2002, S. 613 ff.). Nachfolgend soll geprüft werden, ob daran länger festgehalten werden kann. In diesem Zusammenhang gilt es zunächst, Sinn und Zweck von § 93 Abs. 1 aPG näher darzulegen (Erw. 8a) und danach dessen Vereinbarkeit mit dem höherrangigen Recht zu prüfen (Erw. 8b). In einem weiteren Schritt soll im Einzelnen auf die Konsequenzen für die Rechtsprechung (Erw. 8c) und insbesondere die Folgen bei groben Verfahrensmängeln näher eingegangen werden (Erw. 9). a) § 93 Abs. 1 aPG, wonach dem Gericht bei erkannter Rechtswidrigkeit eines Entscheides über die Nichterneuerung, Umgestaltung oder Beendigung eines Dienstverhältnisses lediglich die Möglichkeit zur entsprechenden Feststellung zugestanden wird, steht im Dienste der Gewaltenteilung. Ohne diese Vorschrift wäre bei Beschwerdegutheissung der angefochtene Entscheid aufzuheben. Ein Entlassungsentscheid würde damit seine Wirkung verlieren, und der betroffene Mitarbeiter stünde rückwirkend wieder im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis. Gemäss Gesetzesbotschaft käme damit das Verwaltungsgericht in die unangenehme Lage, beispielsweise dem Regierungsrat einen Beamten aufzuzwingen, der zwar zu Unrecht, aber in Ausübung politischer Führungsverantwortung entlassen worden ist. Diese politisch und rechtsstaatlich nicht unproblematische Konsequenz sei zu vermeiden. Andererseits seien natürlich die berechtigten Ansprüche des rechtswidrig entlassenen Mitarbeiters zu wahren. Der zuständigen Behörde solle daher ein Wahlrecht zukommen, ob sie das Dienstverhältnis fortsetzen oder ob sie den entsprechenden Schadenersatz zahlen wolle (Botschaft des Regierungsrates vom 11.7.1986 [B 118], in: Verhandlungen des Grossen Rates des Kantons Luzern 1986 S. 616 ff., S. 644). Diese Lösung entspricht der bereits früher in Bezug auf disziplinarische Entlassungen eingeführten Regelung (vgl. den durch das PG aufgehobenen § 159 Abs. 2 VRG); damals war darauf verwiesen worden, dass sie den Interessen des Verwaltungs- und Schulbetriebes diene und die Vorteile einer sofortigen personellen Änderung die Kostenfolge weit überwiegen würden (Botschaft vom 15. 3. 1971 zu den Gesetzesentwürfen über die Organisation des Verwaltungsgerichtes und die Verwaltungsrechtspflege [B 184/71], in: Verhandlungen des Grossen Rates des Kantons Luzern 1972 S. 179 ff., S. 253 f. Rz. 189). Sie ist nunmehr - unter Hinweis auf die bereits für die alte Gesetzgebung angeführten Gründe und die Forderungen nach einem flexiblen Personalmanagement - in das neue Recht überführt worden (Botschaft vom 19.9.2000 zum Gesetz über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis [B 72], Verhandlungen des Grossen Rates des Kantons Luzern 2001 S. 429 ff., S. 443; vgl. ferner AGVE 1994 S. 218 Erw. 4b).

In LGVE 1994 II Nr. 8 hatte das Verwaltungsgericht zu §§ 90 ff. aPG dem Sinne nach ausgeführt, dass es beim gerichtlichen Rechtsschutz gleichsam um eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde besonderer Art gehe, deren Ausgang sich in der Feststellung allfälliger Rechtswidrigkeit erschöpfe. Ändere darauf die zuständige Behörde ihren Entscheid nicht, worüber sie frei entscheiden könne, riskiere sie eine Schadenersatzklage. Die betreffende Verwaltungsgerichtsbeschwerde berühre damit, anders als etwa die staatsrechtliche Beschwerde, den Prozess nicht unmittelbar. Sie gestalte sich eher als erster Teil eines Schadenersatzprozesses, in dem vorerst über die Frage der Rechtswidrigkeit zu entscheiden sei. b) Der damit vom Gesetzgeber beschrittene Weg ist keineswegs der einzig mögliche, aber der zunehmend verbreitete (anders etwa im Bund: BGE 111 Ib 76 und nunmehr Art. 14 des Bundespersonalgesetzes [SR 172.220.1]; vgl. ferner Michel, Beamtenstatus im Wandel, Diss. Zürich 1998, S. 311 ff.; vgl. demgegenüber auch den Hinweis von Hänni, Beendigung öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse, in: Geiser/Münch, Stellenwechsel und Entlassung, Basel 1997, S. 206 Fn. 202, auf die revidierte Waadtländer Ordnung, wonach - vorbehältlich der pekuniären Folgen - die gerichtliche Überprüfung sämtlicher Entlassungen überhaupt ausgeschlossen ist). Gerade im jüngeren Schrifttum finden sich auch kritische Stimmen, indem von rechtsstaatlich problematischer Systemwidrigkeit gesprochen wird (Michel, a.a.O., S. 316 f., 345 f.). Dieser Autor hält dafür, dass sich der Staat rechtswidrige Kündigungen nicht erkaufen dürfen solle, sondern es sei primär im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren eine Weiterbeschäftigung im Staatsdienst anzubieten. Dabei müsse die Gerichtsinstanz über die Möglichkeit verfügen, je nach den Umständen eine Kündigung aufzuheben oder alternativ eine Entschädigung zuzusprechen. Diese Kompetenz gehöre zu dem von der EMRK garantierten Zugang zu einem unabhängigen Gericht (Michel, a.a.O., S. 346; vgl. im Übrigen Art. 14 des Internationalen Pakts vom 16. 12. 1966 über bürgerliche und politische Rechte [UNO-Pakt II; SR 0.103.2]). Mit Blick hierauf soll die in § 93 Abs. 1 aPG zugrunde liegende Rechtsschutzstrategie im Lichte von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (vgl. § 68 Abs. 3 PG in der revidierten Fassung) beleuchtet werden: aa) Die Geltung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist für den Bereich des öffentlichen Dienstrechts nicht in jeder Hinsicht geklärt. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) waren Streitigkeiten aus dem öffentlichen Dienstverhältnis (namentlich betreffend dessen Begründung und Beendigung sowie betreffend LohnEinstufung und Beförderung) dem Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK grundsätzlich entzogen. Demgegenüber wurden bestimmte Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche aus dem Dienstverhältnis als zivilrechtlich betrachtet, so namentlich sozialversicherungsrechtliche Ansprüche sowie andere rein oder überwiegend vermögensrechtliche Ansprüche (vgl. Darstellung der bisherigen Rechtsprechung in BGE 125 I 319 Erw. 4, mit zahlreichen Hinweisen; zur Kritik im Zusammenhang mit der Entlassung vgl. ferner Kley-Struller, Beamtenrechtliche Streitsachen und Art. 6 EMRK bzw. Art. 14 CCPR, in: AJP 1995 S. 759 Ziff. 4 sowie Herzog, Art. 6 EMRK und die kantonale Verwaltungsrechtspflege, Diss. Bern 1995, S. 243 ff.). Nunmehr stellt der EGMR für die Frage der Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK auf die Natur der vom Bediensteten ausgeübten Funktion ab. Demnach unterstehen Streitigkeiten von öffentlichen Bediensteten, die unmittelbar oder mittelbar - insbesondere in der Armee und bei der Polizei - an der öffentlichen Gewalt teilhaben, ausser mit Bezug auf die pensionsrechtlichen Ansprüche, nicht den Garantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK, während öffentliche Angestellte, die andere Funktionen wahrnehmen, sich auf diese Bestimmung berufen können (BGE 126

I 35 Erw. 2b; Urteil vom 7.2.2000 i.S. Polizei-Beamten-Verband der Stadt Zürich, Erw. 2b, in: Pra 2000 Nr. 80 S. 485, je mit Hinweisen auf das Urteil des EGMR vom 8.12.1999 i.S. Pellegrin c. France; weiter BG-Urteil 2P.210/2002 vom 31.3.2003, abrufbar über [www.bger.ch](http://www.bger.ch) mit einer eingehenden Darstellung der Entwicklung und weiteren Verweisen; vgl. ferner BJM 2003 S. 90 ff.). bb) Folgt man dieser Sicht (vgl. zu den bereits zitierten auch BG-Urteil 2P.267.2001 vom 27.2.2002, abrufbar über [www.bger.ch](http://www.bger.ch)), fiele der vorliegende Fall zweifelsohne in den Anwendungsbereich der betreffenden Konventionsnorm. Mit Blick hierauf wirft die Beschränkung der richterlichen Entscheidungsbefugnis tatsächlich Fragen auf (vgl. Michel, a.a.O., S. 335 mit Hinweisen). Denn nach der Praxis der Strassburger Organe wird im Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK verlangt, dass dem Gericht die Befugnis zur Sachentscheidung zukomme, dass es mithin in der Sache selbst reformatorisch entscheiden könne (Herzog, a.a.O., S. 372 f., Peukert, in: Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl. 1996, N 58 zu Art. 6; Kley-Struller, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995, § 10 Rz. 33 sowie vom gleichen Autor: Art. 6 EMRK als Rechtsschutz gegen die öffentliche Gewalt, Zürich 1993, Rz. 66ff.; Schweizer, Die schweizerischen Gerichte und das europäische Recht, ZSR 1993 II S. 692, je mit Hinweisen). Was dieses Erfordernis im vorliegenden Kontext bedeutet, ist nicht ohne weiteres klar. So fragt sich etwa, ob der Grundsatz der reformatorischen Sachentscheidung in der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege gleich streng gehandhabt werden muss wie in der eigentlichen Zivilrechtspflege (Herzog, a.a.O., S. 374). cc) In der Sache selbst lässt sich - zumal mit Blick auf die bisherige Praxis - mit guten Gründen die Auffassung vertreten, es sei der EMRK-Rechtsweggarantie bereits Genüge getan, wenn die Entlassung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht sowie bezüglich allfälliger vermögensrechtlicher Folgen abschliessend durch ein Gericht beurteilt wird. Nach diesem Konzept, wie es § 93 aPG (und § 72 PG in der revidierten Fassung) zugrunde liegt, bliebe der Entscheid über die Weiterbeschäftigung des Betroffenen dem originären Verwaltungshandeln im Sinne eines exekutiven Letztentscheidungsrechts vorbehalten (vgl. Herzog, a.a.O., S. 244, 104 ff.). Dies liegt umso näher, als Entscheidungen in diesen Bereichen in hohem Masse ermessensgeprägt sind, worauf sich die gerichtliche Prüfung nach Konventionsrecht gerade nicht erstreckt (vgl. Kley-Struller, Der richterliche Rechtsschutz, a.a.O., § 10 Rz. 32). Dass diese Limitierung des gerichtlichen Rechtsschutzes unzulässig wäre, kann nicht gesagt werden. Immerhin wird auch im Zusammenhang mit der wirksamen Beschwerdemöglichkeit gemäss Art. 13 EMRK nicht verlangt, dass die berufene Instanz den ursprünglichen Akt aufheben können muss. Abhilfe ("Redress") soll hier ebenso in Form von Schadenersatz möglich sein (Frowein, in: EMRK-Kommentar, a.a.O., N 6 zu Art. 13, mit Hinweis auf die vielgestaltigen Rechtsschutzmöglichkeiten in Verwaltungssachen; Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, Rz. 217; ohne nähere Prüfung anders: BGE 121 I 90 f., 111 Ib 72; weitere Hinweise in gleicher Richtung: Haefliger/Schürmann, Die EMRK und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999, S. 335, Fn. 9). Diese Folge sieht § 93 Abs. 2 aPG (und § 72 Abs. 2 PG in der revidierten Fassung) zumindest im Falle rechtswidriger Entlassung vor; nur am Rande sei dabei erwähnt und mit Blick auf die umfassende Kognition gemäss § 90 Satz 2 aPG hier nicht weiter verfolgt, dass das Gesetz in der genannten Bestimmung ausdrücklich von "rechtswidrig" spricht, dies etwa im Gegensatz zur Zürcher Regel, wo von "gerechtfertigt" die Rede ist. Erlaubt sei schliesslich ein Seitenblick auf den privatrechtlichen Kündigungsschutz, der es im Falle der

Rechtswidrigkeit oder der Missbräuchlichkeit einer Entlassung (Art. 336a, 337c OR) gleichermaßen bei blossen Entschädigungsfolgen (mitsamt zusätzlicher Geldstrafe) bewenden lässt (zur Kritik: Reh binder, Berner Kommentar, N 13 zu Art. 335 OR und N 1 zu Art. 336 OR; Michel, a.a.O., S. 317 mit weiteren Hinweisen). Hier tritt deutlich zutage, dass das materielle Recht seinerseits eben keinen Anspruch auf Beseitigung der Kündigung einräumt. Nichts anderes gilt im Ergebnis für das hier interessierende öffentliche Personalrecht, auch wenn dieses Konzept letztlich bloss in einer Verfahrensvorschrift, nämlich eben der Beschränkung der richterlichen Spruchfähigkeit auf einen Feststellungsentscheid durchscheinen mag. Fehlt es aber demzufolge an entsprechenden Ansprüchen gemäss innerstaatlichem Recht, können diese auch nicht durch den Anspruch auf richterliche Prüfung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK vermittelt werden. Denn dieser Bestimmung lassen sich keine materiellrechtlichen Postulate für die Ausgestaltung der Rechtsordnung entnehmen (Kley-Struller, Der richterliche Rechtsschutz, a.a.O., § 10 Rz. 28 f. mit Hinweisen; BGE 127 I 120 f. Erw. 5a und b/bb [= Pra 2001 Nr. 161]; vgl. ferner: Villiger, Handbuch der EMRK, 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 379). dd) Nach dem Gesagten ist für die weitere Beurteilung davon auszugehen, dass § 93 Abs. 1 aPG in der hier anwendbaren Fassung vor Art. 6 Ziff. 1 EMRK standhält. Nichts grundsätzlich anderes ergibt sich im Übrigen aus Art. 14 UNO-Pakt II: Der dort verlangte Rechtsbehelf muss nicht unbedingt reformatorische oder kassatorische Wirkungen entfalten (Nachweis bei Schweizer, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Mai 2000, Rz. 73 zu Art. 13; zur Bedeutung für das öffentliche Dienstrecht und der Irrelevanz des Schweizer Vorbehaltes: Achermann/Caroni/Kälin, Die Bedeutung des UNO-Paktes über bürgerliche und politische Rechte für das schweizerische Recht, in: Kälin/Malinverni/Nowak, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, Basel 1997, S. 188 f., 191). Und was schliesslich die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV angeht (BBl 1999 IX 8633 ff.), steht diese im heutigen Zeitpunkt noch nicht in Kraft (BGE 129 I 35). Ob für sie Gleiches gelten wird wie in Bezug auf Art. 14 UNO-Pakt II, ist für den vorliegenden Fall nicht von Belang; dies soll daher zum heutigen Zeitpunkt nicht vorausgenommen werden und kann es im Übrigen auch gar nicht (vgl. zum Ganzen: Kälin, die Bedeutung der Rechtsweggarantie für die kantonale Verwaltungsjustiz, ZBl 1999 S. 55 und Kiss, Rechtsweggarantie und Totalrevision der Bundesrechtspflege, ZBJV 1998 S. 293 f.; vgl. ferner Botschaft [B 72], a.a.O., S. 444 f.). c) Ist nach diesem Exkurs von der grundsätzlichen Vereinbarkeit des § 93 Abs. 1 aPG mit dem höherrangigen Recht auszugehen, soll das Augenmerk der besonderen Sanktionsfolge im Falle von Gehörsverletzungen oder anderer Verfahrensmängel zugewendet werden. Eine erneute Überprüfung ergibt, dass in dieser Hinsicht an der bisherigen Rechtsprechung nicht festgehalten werden kann: Das Verwaltungsgericht hat in diesem Zusammenhang dem Umstand entscheidende Bedeutung beigemessen, dass eine Heilung nicht nur aufgrund der Schwere des im betreffenden Fall festgestellten Mangels, sondern auch wegen der besonderen Einschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes gemäss § 93 aPG ausser Betracht falle. Demzufolge sei die Sache in Aufhebung des angefochtenen Entscheides antragsgemäss an die verfügende Behörde zurückzuweisen (LGVE 1997 II Nr. 3 Erw. 2c). Diese Sichtweise orientiert sich vorrangig an der Heilbarkeit von Verfahrensmängeln und den dazu bestehenden Lehrmeinungen in einer Weise, die dem Konzept des § 93 aPG nicht gerecht wird. Entscheidend hat vielmehr zu bleiben, dass danach dem Gericht die Aufhebung eines die Entlassung anordnenden Entscheides ohne Wenn und Aber, mithin in jedem Fall versagt ist. Die so verstandene Beschränkung richterlicher Spruchfähigkeit

vermag sich nicht nur auf den klaren Wortlaut der fraglichen Bestimmung, sondern zugleich auf eine nachvollziehbare sachliche Begründung abzustützen (vgl. Erw. 8a hiervor), die auch im Lichte höherrangigen Rechts standhält (vgl. Erw. 8b). Fällt nun aber selbst die Aufhebung einer im Ergebnis unhaltbaren, mithin willkürlichen und insofern materiell rechtswidrigen Entlassung ausser Betracht, ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb im Falle der Verletzung formeller Garantien gerade Gegenteiliges gelten soll. d) Wie schon erwähnt, ist das Rechtsschutzkonzept gemäss § 93 Abs. 1 aPG keine luzernische Eigenheit. (...) e) Nach diesen Ausführungen ergibt sich, dass die in LGVE 1997 II Nr. 3 begründete Rechtsprechung mit Blick auf vergleichbare ausserkantonale Regelungen isoliert dasteht. Auch dies spricht für eine Abkehr davon. Daran ändert angesichts der klaren gesetzlichen Ordnung in § 93 aPG nichts, dass der Kanton Luzern nur eine einzige Beschwerdeinstanz vorsieht. Ebenso wenig lässt sich gegen eine Änderung der Rechtsprechung aus dem Urteil E. des Bundesgerichts vom 1. April 1997 (Prozess-Nr. 2P.317/1996) ableiten. Dieses hob damals einen verwaltungsgerichtlichen Entscheid wegen Gehörsverletzung auf; im Rahmen der auf Rückweisung der Sache ergangenen neuerlichen Beurteilung ist schliesslich die hier hinterfragte Rechtsprechung begründet worden. Ausschlaggebend für das bundesgerichtliche Verdikt war damals der Umstand, dass das Verwaltungsgericht vorgängig einen materiellen Entscheid auf der Grundlage eines von der Vorinstanz unkorrekt erhobenen Sachverhaltes gefällt hatte. Bevor materiell zu Ungunsten des Beschwerdeführers entschieden werden durfte, hätte das Verwaltungsgericht indes den Beweisanträgen betreffend Wahrung des Gehörsanspruchs stattgeben müssen. Da es dies nicht getan habe, könne die Frage offen bleiben, inwieweit die Heilung der Gehörsverletzung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren überhaupt zulässig wäre. Nach diesen höchstrichterlichen Erwägungen bleibt zwar offen, ob das Verwaltungsgericht in solchen Fällen überhaupt zur materiellen Beurteilung in der Lage wäre. Es darf daraus aber nicht geschlossen werden, dass bei fehlender Heilbarkeit zwingend zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides zu schreiten wäre. Am Rande sei schliesslich festgehalten, dass sich auch aus Gründen des staatsrechtlichen Beschwerderechts (Art. 84 OG) nichts zu Gunsten der bisherigen Rechtsprechung ableiten lässt. Zwar erlaubt das Bundesgericht in diesem Verfahren im Rahmen der so genannten Dorénaz-Praxis (BGE 94 I 459) unter Umständen auch die Mitanfektung unterinstanzlicher Entscheide, wenn entweder der letzten kantonalen Instanz nicht sämtliche vor Bundesgericht zulässigen Rügen unterbreitet werden konnten oder wenn solche Rügen zwar von der letzten kantonalen Instanz zu beurteilen waren, jedoch mit einer engeren Prüfungsbefugnis, als sie dem Bundesgericht zusteht (BGE 126 II 395 Erw. 8b mit Hinweisen; vgl. ferner Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl., Bern 1994, S. 347). Dies ist hier nicht der Fall, mit der Folge, dass auch vor Bundesgericht keine Aufhebung des Primärentscheides erwirkt werden könnte. Denn im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens sind nicht nur alle Rügen zulässig, die vor Bundesgericht erhoben werden könnten, sondern es ist auch deren umfassende Überprüfung gewährleistet (§ 90 Abs. 1 aPG). Daran ändert nichts, dass das Verwaltungsgericht weder reformatorisch noch kassatorisch entscheiden kann, zumal nach dem Gesagten selbst Art. 13 EMRK nicht zwingend anderes gebietet. Alles andere hätte eine Derogierung des kantonalen Rechts zur Folge, die unter den gegebenen Umständen nicht zu rechtfertigen wäre. f) Nach dem Gesagten kann an der in LGVE 1997 II Nr. 3 begründeten Rechtsprechung insoweit nicht länger festgehalten werden, als das Gericht darin die Befugnis zur kassatorischen Entscheidung beansprucht hat.

Nach diesem Ergebnis fragt sich, wie im Falle solcher Mängel weiter zu verfahren ist. a) Grundsätzlich hat das Verwaltungsgericht - anstelle der ihm verwehrt Aufhebung des angefochtenen Entscheides - bei erkannter Gehörsverletzung im Sinne von § 93 Abs. 1 aPG die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheides bereits aus formellen Gründen festzustellen. Dies gilt ohne weiteres für schwere Mängel, etwa dort, wo bei einer Beendigung oder der Umgestaltung des Dienstverhältnisses die Anhörung überhaupt unterblieben ist oder wo wesentliche Beweisanträge übergangen worden sind. Davon abgesehen gilt es zu beachten, dass die Fälle, in denen gemäss personalgesetzlichem Rechtsschutzkonzept eine gerichtliche Prüfung Platz greift, von den Folgen her stets schwer wiegen (vgl. § 90 aPG; entsprechend § 70 PG in der neuen Fassung). Unter diesen Umständen erhält auch ein Mangel, der bei isolierter Betrachtung als nicht gravierend einzustufen wäre, angesichts der Tragweite des damit behafteten Entscheides ein ganz anderes Gewicht (vgl. sinngemäss LGVE 1999 II Nr. 3 Erw. 5d). Trotzdem kann es auch hier Verfahrensfehler geben, die von ihrer Bedeutung her eine entsprechende gerichtliche Feststellung nicht erheischen. Gemeint sind Mängel völlig untergeordneter Art, namentlich solche, bei denen die Frage nach der Gehörsverletzung im ordentlichen Rechtsmittelverfahren unter Hinweis auf die Behebbarkeit oftmals sogar offen gelassen wird. Dies mag etwa im Falle knapp gehaltener Begründungen zutreffen, aber auch bei Beweisvorkehren, die ohne Möglichkeit zur Mitwirkung getroffen wurden und die für den Entscheid in der Sache bloss von nebensächlicher Bedeutung sind. Wo dabei die Grenze im Einzelnen zu ziehen ist, hat an dieser Stelle offen zu bleiben. Insbesondere kann es aufgrund der bereits erwähnten formellen Natur (Erw. 7a) des fraglichen Anspruchs gerade nicht darum gehen, die Auswirkungen des Mangels im Detail zu ergründen. b) Nach dem Gesagten genügt mithin bereits ein formeller Mangel für die gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit. Dies entspricht der früheren verwaltungsgerichtlichen Praxis (LGVE 1994 II Nr. 8) und erscheint auch deshalb als folgerichtig, weil der das Verfahren belastende Mangel bereits aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht hingenommen werden kann. Darüber hinaus fragt sich, wie es sich in Bezug auf die materielle Rechtmässigkeit und das insofern allenfalls bestehende Interesse des Betroffenen an einer gerichtlichen Beurteilung verhält. Zu denken ist hier namentlich im Hinblick auf den im Gesetz vorgesehenen Schadenersatz (§ 93 Abs. 2 aPG; vgl. § 72 Abs. 2 in der revidierten Fassung), der dann greift, wenn die zuständige Behörde ihren Entscheid nicht ändert und der sich bei gleichzeitiger materieller Rechtswidrigkeit in der Regel anders bemisst. Jenes Feststellungsinteresse würde übergangen, wenn es das Gericht bei der Beurteilung der verfahrensrechtlichen Frage bewenden liesse, was denn auch im Schrifttum verschiedentlich bedauert worden ist. Ein auch unter verfahrensökonomischen Gesichtspunkten sowie aus Sicht des verfassungsmässigen Beschleunigungsgebotes (Art. 29 Abs. 1 BV) vertretbarer Ausweg kann nur darin bestehen, dass sich das Gericht der damit verbundenen Fragen im selben Verfahren annimmt. Dagegen liesse sich aus Sicht der bisherigen Rechtsprechung einwenden, es werde damit über das zulässige Mass hinaus eine Heilung des formellen Mangels bewirkt (vgl. LGVE 1999 II und 1997 II, je Nr. 3 mit Hinweisen). Ein solcher Einwand verkennt jedoch, dass eine Heilung im eigentlichen Sinn ohnehin nur in jenen Verfahren angeht, wo der entscheidenden Behörde die Befugnis zusteht, den Primärentscheid aufzuheben oder zu ändern (vgl. LGVE 1994 II Nr. 8; ZBl 2003 S. 201 Erw. 5f). Dies trifft auf das vorliegende Verfahren nicht zu, wie einlässlich dargelegt worden ist. Ebenso wenig folgt daraus für die Betroffenen eine Verkürzung des Instanzenzugs. Denn deutlicher als dies in der früheren Rechtsprechung zum Ausdruck

kam, ist hier festzuhalten, dass gemäss dem in § 93 aPG verankerten und im revidierten § 72 PG bekräftigten Rechtsschutzkonzept selbst im Falle festgestellter Rechtswidrigkeit keine Verpflichtung der Vorinstanz zur nachträglichen Gehörsvergewährung und anschliessenden Wiedererwägung ihrer Verfügung entsteht. Insofern ist die zuständige Behörde - um die Worte aus der älteren Rechtsprechung zu verwenden - grundsätzlich frei, ihren rechtskräftigen Entscheid zu ändern oder nicht (LGVE 1994 II Nr. 8). Genau vor diesem Hintergrund erklärt sich denn auch, dass der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Entscheide der hier fraglichen Art gemäss spezialgesetzlicher Bestimmung eben keine aufschiebende Wirkung zukommt (§ 92a aPG; vgl. ferner § 73 PG in der revidierten Fassung; LGVE 1994 II Nr. 8 sowie Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, N 3 zu § 80), und zwar auch nicht über den - hier vom Gesetzeswortlaut her verbauten - Umweg von § 131 Abs. 3 VRG. Dieses Konzept, das dem Betroffenen die Rückkehr an die verlorene Stelle selbst im Falle willkürlicher Entlassung nicht gewährleistet, mag das Gerechtigkeitsempfinden strapazieren. Der Gesetzgeber hat hier indes - wie schon erwähnt - aus vertretbaren sachlichen Gründen das exekutive Letztentscheidungsrecht in rechtlich zulässiger Weise höher gewichtet. c) Nach dem Gesagten ist auch das in LGVE 1999 II Nr. 3 Erw. 5e beschrittene Vorgehen zu präzisieren. Das Verwaltungsgericht erliess im betreffenden Urteil, nachdem es eine Gehörsverletzung festgestellt hatte, eine Zwischenverfügung, mit der es dem Betroffenen ermöglichte, sich gegenüber dem entscheidenden Departement zu äussern; und dieses wurde dazu verhalten, dem Gericht nach Eingang der Stellungnahme mitzuteilen, ob es seinen Entscheid in Wiedererwägung ziehe. Die Zweckmässigkeit dieser Verfahrensweise liegt auf der Hand, und ein solcher Weg sollte auch fürderhin nicht verbaut sein. Namentlich dort, wo die Verfahrensdauer noch kurz ist und ernsthafte Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die verfügende Stelle zu einem Einlenken bereit sein könnte, sollte diese Möglichkeit nicht ausser Acht gelassen werden. Klarzustellen bleibt indes an dieser Stelle, dass dem Gericht - aus den hiervor dargelegten Gründen - jede Handhabe fehlt, die Verwaltung zu einem solchen Vorgehen zu verpflichten. d) Verfährt das Gericht nicht auf diesem Weg oder bedeutet ihm die Verwaltung, dass sie sich nicht zu einer Abkehr von ihrem Entscheid bewegen lässt, setzt es die Beurteilung in Bezug auf die materielle Rechtmässigkeit fort. Dem kann es sich mit Blick auf die ihm obliegende Prüfungspflicht insbesondere auch nicht unter Berufung auf die Aufwändigkeit der damit einhergehenden Abklärungen entziehen. Ein Vorbehalt ist einzig dort anzubringen, wo es der oder die Betroffene bei der Feststellung der formellen Rechtswidrigkeit bewenden lassen will (vgl. etwa BGE 118 V 314 Erw. 3c). Diese Beschränkung soll ihnen nicht verbaut werden, selbst wenn das Verwaltungsgericht in Verfahren dieser Art nicht an die Parteibegehren gebunden wäre (§ 147 in Verbindung mit § 156 Abs. 2 VRG und § 90 Abs. 1 Satz 2 aPG sowie § 70 Abs. 1 Satz 2 PG in der revidierten Fassung). Indes haben sie dabei zu gewärtigen, dass sich dies auf die Bemessung des ihnen zustehenden Schadenersatzes auswirken kann (Erw. 9b), jedenfalls dann, wenn es auch im weiteren Verfahrensverlauf zu keiner Klärung der materiellen Rechtslage kommt. (...)

## **E. 11**

Nach dem Gesagten stellt das Verwaltungsgericht fest, dass der vorinstanzliche Entscheid in formeller und materieller Hinsicht rechtswidrig ist. Bei diesem Ergebnis kann die Behörde ihren Entscheid ändern; andernfalls hat der Beschwerdeführer Anspruch auf Ersatz des ihm entstandenen Schadens (§ 93 Abs. 2 aPG). Wie schon dargelegt, kann die

Heimverwaltung vom Gericht nicht zur Wiedererwägung der fristlosen Entlassung verhalten werden. Dass sie es von sich aus tun würde, ist unter den gegebenen Umständen nicht anzunehmen. Es fragt sich daher, wie hinsichtlich der Schadenersatzfolge weiter zu verfahren ist. a) Dem Gesetz lässt sich keine ausdrückliche Aussage darüber entnehmen, wie und in welchem Verfahren der Schaden zu liquidieren wäre. Insbesondere kennt die Luzerner Gesetzgebung keine Bestimmung, die sich mit der Zürcher Ordnung vergleichen liesse, wonach das Verwaltungsgericht - nach Feststellung der Rechtswidrigkeit - die Entschädigung selbst bestimmt (Erw. 8d/bb), und zwar nach herrschender Auffassung im Rahmen des Anfechtungsverfahrens (Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., N 4 zu § 80 und N 2 zu § 79; vgl. ferner Rotach Tomschin, Die Revision des Zürcher Verwaltungsrechtspflegegesetzes, ZBl 1997 S. 452 Fn. 82). Vom praktischen Ablauf her, aber auch aus prozessrechtlichen Gründen, liegt für die hiesige Ordnung die Annahme nahe, dass das Verfahren vor Verwaltungsgericht mit der Feststellung der Rechtswidrigkeit seinen Abschluss findet. Dieses tritt denn auch praxisgemäss nicht auf Entschädigungsbegehren ein, die bereits in der Beschwerde gegen den Entlassungsentscheid gestellt werden. Nach festgestellter Rechtswidrigkeit ist es wiederum Sache der Verwaltung, die eine allfällige Weiterbeschäftigung des oder der betroffenen Angestellten erwägen kann. Zwar liesse sich denken, diese und die allenfalls daran anschliessende Frage des Schadenersatzes in das verwaltungsgerichtliche Verfahren einzubeziehen. Damit würde es über den - hier in der fristlosen Entlassung bestehenden - Anfechtungsgegenstand hinaus ausgedehnt (vgl. dazu ZBl 2004 S. 186; Rotach Tomschin, a.a.O., Fn. 82; demgegenüber Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., N 2 zu § 79, wonach es keiner zusätzlichen Verfügung über die geltend gemachte Forderung bedürfe). Ein solches Vorgehen wird etwa im Sozialversicherungsprozess ausnahmsweise zugelassen, sofern es spruchreife Fragen tangiert, die mit dem bisherigen Streitgegenstand derart eng zusammenhängen, dass von einer Tatbestands Gesamtheit gesprochen werden kann, und wenn sich die Verwaltung zu dieser Streitfrage mindestens in Form einer Prozessklärung geäußert hat (BGE 125 V 416, 122 V 36 Erw. 2a mit Hinweisen). Diese Voraussetzungen sind im hier interessierenden Kontext in aller Regel kaum gegeben, was mit Blick auf die Komplexität der damit einhergehenden Fragen nicht nur für die Spruchreife gilt, sondern gleichermassen für die Tatbestands Gesamtheit. Insofern besteht zwar ein Sachzusammenhang zwischen der Rechtswidrigkeit der Entlassung und der daran anknüpfenden Ersatzfolge, doch beschlägt letztere von der Art her ein qualitativ verschiedenes Prozessthema. Zu denken ist in diesem Zusammenhang etwa an die Frage der Schadenminderungspflicht; weiter fragt sich beispielsweise im Falle einer fristlosen Entlassung, ob an ihrer Statt eine fristwahrende sachlich gerechtfertigt gewesen wäre. b) Eine Ausdehnung im Rahmen des Beschwerdeverfahrens erschiene überdies aus weiteren Gründen prozessrechtlicher oder konzeptioneller Art nicht als unbedenklich. Denn sie setzt an sich voraus, dass der Verwaltung im betreffenden Bereich Entscheidungsbefugnis (§ 4 VRG) zukäme. Dies ist mit Blick auf den rein vermögensrechtlichen Charakter des fraglichen Anspruchs und den Interessenkonflikt der beteiligten Verwaltungsbehörde indes gerade nicht der Fall (vgl. § 1 lit. g aPG sowie dazu die Botschaft [B 118], a.a.O., S. 442; vgl. ferner Kölz, Prozessmaximen im schweizerischen Verwaltungsprozess, Zürich 1971, S. 19 f.; ZBl 1995 S. 237 sowie Botschaft [B 184/71], a.a.O., S. 255 Rz. 191 am Ende). Hier geht es nicht mehr um hoheitliche, mithin verbindliche und erzwingbare Anordnung von Rechten und Pflichten durch die Verwaltung, sondern es stehen sich das Gemeinwesen und der oder die Betroffene als gleichgeordnete Rechtssubjekte gegenüber. Käme es unter

diesen Umständen gleichwohl zu einer Ausdehnung, würde der Charakter des Verfahrens ändern, nämlich von einem Beschwerde- zu einem Klageverfahren (so wird in diesem Zusammenhang auch in LGVE 1994 II Nr. 8 ohne weiteres von einem Klageverfahren ausgegangen). Solches soll nicht von vornherein ausser Betracht fallen oder gar als unmöglich erachtet werden, würde aber eine klare gesetzliche Grundlage voraussetzen, wie sie heute nicht besteht. Dies und das zuvor Gesagte führt dazu, dass von einer Ausdehnung des Beschwerdeverfahrens nach § 90 Abs. 1 aPG (und § 70 Abs. 1 PG in der revidierten Fassung) auf die Entschädigungsfrage abzusehen ist, jedenfalls so lange, als eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage hierfür - vergleichbar mit der Zürcher Regelung - fehlt. Die damit entstehende Zäsur muss nicht nur als nachteilig empfunden werden. Vielmehr belässt sie auch Raum für mögliche gütliche Einigungen (vgl. etwa § 89a aPG in Verbindung mit §§ 49a ff. PVO; § 69 PG in der revidierten Fassung). c) Von der Sache her beschlägt der Schadenersatz nach § 93 Abs. 2 aPG den Bereich der Staatshaftung (vgl. ZBl 1995 S. 385 Erw. 2b). So gesehen, fragt sich sogar, ob im Streitfall allenfalls der im Haftungsgesetz vom 13. September 1988 (HG; SRL Nr. 23) vorgezeichnete Rechtsweg über die Zivilgerichtsbarkeit zum Tragen käme (vgl. § 7 HG). Diese Frage ist zu verneinen: Mit Blick auf die je eigenen Erfahrungsfelder liesse sich zwar sachlich rechtfertigen, das Verwaltungsgericht bloss über die Rechtswidrigkeit urteilen zu lassen und die Ermittlung des Schadenersatzes demgegenüber dem Zivilrichter zuzuweisen. Ob damit im Ergebnis viel gewonnen wäre, scheint indes zweifelhaft. Weit gewichtiger scheint demgegenüber das Argument, dass eine förmliche Verweisung auf das Haftungsgesetz in § 93 aPG fehlt (vgl. ferner § 72 PG in der revidierten Fassung). Sowohl das hier noch anwendbare alte als auch das mittlerweile in Kraft getretene neue Recht lassen den Schadenersatzanspruch allein von der Rechtswidrigkeit des zugrunde liegenden Verwaltungsaktes und im weiteren davon abhängen, dass die zuständige Behörde nicht auf ihn zurückkommt. Demgegenüber kann sich das Gemeinwesen unter dem Haftungsgesetz seiner Verantwortlichkeit durch den Nachweis entschlagen, dass dem betreffenden Angestellten kein Verschulden zur Last fällt. Die Staatshaftung im Kanton Luzern präsentiert sich demnach als Mischform, indem sie weder reine Kausal- noch reine Verschuldenshaftung ist (LGVE 1999 I Nr. 14 mit Hinweisen auf die Materialien). Zu verweisen ist ferner auf den wichtigen Sonderfall in § 4 Abs. 1 Satz 1 HG, wo ein Entscheid im Rechtsmittelverfahren geändert wird; hier haftet das Gemeinwesen nur beim Nachweis, dass der Angestellte oder die Behörde die Rechtswidrigkeit beabsichtigt hat. Wäre der vorliegende Fall nach Haftungsgesetz zu beurteilen, fiel er genau unter diese Bestimmung. Daran ändert nichts, dass es im Geltungsbereich von § 93 aPG nicht zur Aufhebung oder Änderung des betreffenden Hoheitsaktes kommt. Denn wesentlich ist in diesem Zusammenhang nicht die Auswirkung auf den Bestand des betroffenen Verwaltungsaktes, sondern das Verdikt über dessen Rechtswidrigkeit, das in Anwendung von § 93 aPG genauso ergeht. Käme indes § 4 Abs. 1 HG zum Tragen, ergäbe sich daraus eine noch bedeutsamere Beschränkung der Staatshaftung auf erkannte und beabsichtigte Widerrechtlichkeit (vgl. LGVE 1999 I Nr. 14 mit Hinweisen). Eine derartige Beschränkung würde vom Wortlaut und letztlich auch von Sinn und Zweck des § 93 aPG nicht getragen. Der dort angesprochene Schadenersatz setzt kein Verschulden - und dies schon gar nicht in Form von Absicht - voraus, was insofern gerechtfertigt scheint, als der die Ersatzfolge auslösende Entscheid nicht aufgehoben werden kann. In diesem Sinne geht § 93 aPG als eigenständige Anspruchsgrundlage der subsidiären Ordnung des Haftungsgesetzes vor (vgl. Botschaft vom 11.7.1986 zum Haftungsgesetz [B 116], in: Verhandlungen des Grossen Rates des Kantons Luzern 1986 S.

684 oben). d) Demnach führte der Rechtsweg - nach der im Beschwerdeverfahren festgestellten Rechtswidrigkeit - im Falle gerichtlicher Durchsetzung des Ersatzanspruchs nach § 93 Abs. 2 aPG auch nicht über das Haftungsgesetz an den Zivilrichter. Zu beschreiten ist in einem solchen Fall vielmehr das Verfahren der verwaltungsgerichtlichen Klage nach § 162 VRG, worauf die Vorinstanz zu Recht verweist. Zugleich soll nochmals in aller Deutlichkeit klargestellt werden, dass der Verwaltung in dieser Hinsicht die Verfügungsbefugnis abgeht (vgl. Erw. 11b), womit der verwaltungsgerichtliche Beschwerdeweg ausscheidet und der Klagemöglichkeit auch aus dieser Sicht nichts entgegensteht (vgl. § 163 VRG und Jaag, Kantonale Verwaltungsrechtspflege im Wandel, ZBl 1998 S. 503). (Verwaltungsrechtliche Abteilung, 28. Mai 2003, V 02 21)

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