

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00044 vom 29. Juni 2016

ZH Verwaltungsgericht, 2016-06-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2016.00044

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00044 du 29 juin 2016

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00044 del 29 giugno 2016

Regeste

Konkurrenzverbot | [Sprungbeschwerde ans Verwaltungsgericht, Konkurrenzverbot für einen Arzt] Gegen Verfügungen der Spitaldirektion ist Rekurs beim Spitalrat zu erheben (E. 1.1). Vorliegend war der Spitalrat mit der Sache vorbefasst, weshalb sämtliche Mitglieder in den Ausstand treten müssen (E. 1.2). § 19 Abs. 4 VRG bildet keine genügende gesetzliche Grundlage für eine Sprungbeschwerde, die zu einer Verkürzung des Instanzenzugs führt (E. 1.3). Es besteht keine Möglichkeit, die Behandlung des Rekurses an eine andere Behörde zu übertragen (E. 1.4). Da der Rekurs in der vorliegenden Konstellation faktisch nicht behandelt werden könnte, ist die Sprungbeschwerde ans Verwaltungsgericht ausnahmsweise zuzulassen (E. 1.5). Für die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts genügt, dass die Ausgangsverfügung in Anwendung öffentlichen Rechts ergangen ist; ob die anordnende Behörde über den Streitgegenstand überhaupt verfügen konnte, ist im Beschwerdeverfahren eine materiellrechtliche Frage (E. 1.6) Keine Durchführung einer öffentlichen Verhandlung (E. 2). Das streitgegenständliche Konkurrenzverbot unterliegt dem öffentlichen Recht, weshalb der Beschwerdegegner darüber verfügen konnte (E. 3). Konkurrenzverbote öffentlichrechtlicher Arbeitgebender mit möglichen Auswirkungen auf eine privatwirtschaftliche Tätigkeit haben einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit zur Folge; sie bedürfen deshalb einer gesetzlichen Grundlage und müssen im öffentlichen Interesse liegen sowie verhältnismässig sein (E. 5). Weder die Treuepflicht noch die Bestimmungen zur Nebenbeschäftigung oder zum Amtsgeheimnis bilden eine gesetzliche Grundlage für ein über die Anstellungsdauer hinaus wirkendes Konkurrenzverbot (E. 5.1). Das öffentliche Interesse an einem Konkurrenzverbot und dessen Verhältnismässigkeit ist - unter Berücksichtigung der Besonderheiten öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisse - durch sinngemäss Anwendung der Bestimmungen zum privatrechtlichen Konkurrenzverbot zu prüfen (E. 5.2). Bei densogenannten freien Berufen (Ärzte, Rechtsanwälte, Architekten etc.), bei welchen in erster Linie die an einer Hochschule erworbenen Kenntnisse angewendet werden, ist ein Konkurrenzverbot in den meisten Fällen unzulässig, weil die Kundschaft den Arbeitnehmenden in diesen Fällen nicht aufgrund erworbener Kenntnisse, sondern wegen deren besonderer, persönlicher Eigenschaften und Fähigkeiten folgen. Hier liegen keine Umstände vor, welche ein Konkurrenzverbot dennoch ausnahmsweise als zulässig erscheinen liessen (E. 5.2.3). Gutheissung.

Erwägungen

E. 4

Abteilung VB.2016.00044 Urteil der 4. Kammer vom 29. Juni 2016 Mitwirkend:
Abteilungspräsident Jso Schumacher (Vorsitz) , Verwaltungsrichterin Tamara Nüssle,

Verwaltungsrichter André Moser, Gerichtsschreiber Reto Häggi Furrer. In Sachen A, vertreten durch RA B, Beschwerdeführer, gegen Universitätsspital, Spitaldirektion, vertreten durch RA C, Beschwerdegegnerin, betreffend Konkurrenzverbot, hat sich ergeben: I. A war ab dem 1. Oktober 2006 als Leitender Arzt in der Klinik D am Universitätsspital Zürich (USZ) tätig. Am 8. November 2011 wurde als "Addendum 1 zur Anstellungsverfügung" eine ergänzende Geheimhaltungs- sowie Konkurrenzklausel vereinbart. Letztere verbot A jegliche Verwendung oder Verwertung von Kundenstammdaten der Klinik D sowie Durchführung in einem Anhang genannter hochspezialisierter Eingriffe im Kanton Zürich während dreier Jahre ab Beendigung des Anstellungsverhältnisses. Am 27. Februar 2015 kündigte A das Anstellungsverhältnis per Ende August 2015; seit Anfang September 2015 ist er als Arzt für das Spital E im Kanton Zürich tätig. Die Spitaldirektion des USZ verpflichtete A mit Verfügung vom 7. Dezember 2015 unter Androhung der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 des Strafgesetzbuchs (SR 311.0), dem Konkurrenzverbot unterliegende Tätigkeiten sowie die Verwendung oder Verwertung von Kundenstammdaten der Klinik D sofort zu unterlassen, die Geheimhaltungspflicht und das Konkurrenzverbot einzuhalten und eine Konventionalstrafe in der Höhe von Fr. 91'854.- zu bezahlen. Als Rechtsmittel verwies sie auf die innert 30 Tagen beim Verwaltungsgericht zu erhebende Beschwerde. II. A liess am 25. Januar 2016 Beschwerde beim Verwaltungsgericht führen und die Aufhebung der Verfügung vom 7. Dezember 2015 unter Entschädigungsfolge ("zzgl. 8.0% MwSt.") beantragen; zudem liess er um (superprovisorische) Erteilung der aufschiebenden Wirkung ersuchen. Mit Präsidialverfügung vom 27. Januar 2016 stellte das Verwaltungsgericht fest, dass die Beschwerde aufschiebende Wirkung habe. Die Spitaldirektion liess mit Beschwerdeantwort vom 29. Februar 2016 die Abweisung der Beschwerde unter Entschädigungsfolge ("zzgl. 8 % MwSt") beantragen. Der mitbeteiligte Spitalrat verzichtete am 14. März 2016 auf eine Vernehmlassung. Mit weiteren Stellungnahmen von A vom 26. April 2016 und der Spitaldirektion vom 1. Juni 2016 wurde an den jeweiligen Anträgen festgehalten. Am 16. Juni 2016 verzichtete A auf eine weitere Stellungnahme. Die Spitaldirektion liess am 20. Juni 2016 um eine mündliche Verhandlung ersuchen. Die Kammer erwägt: 1. 1.1 Nach § 70 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) prüft das Verwaltungsgericht seine Zuständigkeit von Amtes wegen. Angefochten ist eine Verfügung der Spitaldirektion des USZ. Gemäss § 29 Abs. 1 des Gesetzes über das Universitätsspital vom 19. September 2005 (USZG, LS 813.15) können Anordnungen der Spitaldirektion mit Rekurs beim Spitalrat angefochten werden. Gegen Rekursentscheide des Spitalrats steht die Beschwerde ans Verwaltungsgericht offen (§ 29 Abs. 2 e contrario USZG in Verbindung mit § 41 ff. VRG). Damit gebricht es dem Verwaltungsgericht grundsätzlich an der funktionellen Zuständigkeit, um die angefochtene Verfügung zu beurteilen. 1.2 Der Beschwerdegegner führte in der Ausgangsverfügung hierzu aus, der Spitalrat habe die vorliegende Sache an seiner Sitzung vom 23. September 2015 beraten und gelte deshalb als mit der Sache vorbefasst. Aus diesem Grund sei direkt Beschwerde beim Verwaltungsgericht zu erheben. In der Beschwerdeantwort ergänzte er diese Begründung dahingehend, dass formell zwar nur die Spitaldirektion, materiell aber der Spitalrat mitverfügt habe, weshalb dieser über ein Rechtsmittel gar nicht mehr anders hätte entscheiden können. Aus diesem Grund seien die Voraussetzungen für ein "Sprung-Rechtsmittel" erfüllt. Angesichts eines Protokollauszugs der Sitzung vom 23. September 2015, gemäss dem der Spitalrat sich an dieser Sitzung dafür aussprach, "das Konkurrenzverbot auf dem Rechtsweg geltend zu machen", erscheint eine zur Befangenheit

führende Vorbefassung mit der Sache offenkundig. Sämtliche an dieser Sitzung teilnehmenden Mitglieder des Spitalrats müssten damit im Rekursverfahren in den Ausstand treten (§ 5a Abs. 1 VRG); mangels gewählter Ersatzmitglieder für solche Fälle kann der Spitalrat den Rekurs damit nicht mehr in rechtsgenügender Besetzung behandeln.

1.3 Nach Art. 77 Abs. 1 Satz 1 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (KV, LS 101) gewährleistet das Gesetz für in einem Verwaltungsverfahren ergangene Anordnungen die wirksame Überprüfung durch eine Rekursinstanz sowie den Weiterzug an ein Gericht; das Gesetz kann davon in begründeten Fällen Ausnahmen vorsehen (Art. 77 Abs. 1 Satz 2 KV). Entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners kennt das Verwaltungsverfahren des Kantons Zürich das Institut eines Sprungrechtsmittels an die nächsthöhere Instanz – im Gegensatz zum Bundesrecht (vgl. Art. 47 Abs. 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [SR 172.021]) – nicht. Wohl sieht § 19b Abs. 4 Satz 1 VRG vor, dass bei einer Vorbefassung der Rekursinstanz die dieser übergeordnete Verwaltungsbehörde für die Behandlung des Rekurses zuständig ist. Damit soll aber einerseits kein Verlust einer Rechtmittelinstanz einhergehen, sondern nur sichergestellt werden, dass der Rekurs durch eine unbefangene Behörde beurteilt wird; § 19 Abs. 4 bietet deshalb keine gesetzliche Grundlage im Sinn von Art. 77 Abs. 1 Satz 2 KV dafür, eine verwaltungsinterne Beschwerdeinstanz ersatzlos auszulassen (Jürg Bosshart/Martin Bertschi in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 19b N. 58). Andererseits kann diese Bestimmung auf das Verwaltungsgericht schon deshalb keine Anwendung finden, weil es als Gericht gegenüber den Rekursbehörden kein Weisungsrecht hat und demnach nicht als übergeordnete Verwaltungsbehörde qualifiziert werden kann.

1.4 Zu prüfen ist demzufolge, ob eine andere Behörde im Sinn von § 19b Abs. 4 Satz 1 VRG als dem Spitalrat übergeordnete und damit für den Rekurs zuständige Behörde betrachtet werden kann. Nach § 11 Abs. 1 USZG ist der Spitalrat das oberste Führungsorgan des Spitals; demnach fehlt es an einer übergeordneten Verwaltungsbehörde. Zwar übt der Regierungsrat gemäss § 9 Ziff. 2 USZG die allgemeine Aufsicht über das Universitätsspital aus. Dieses Aufsichtsrecht ist jedoch nicht mit einem allgemeinen Weisungsrecht verbunden und damit nicht mit der Stellung etwa der Direktionen gegenüber ihren Ämtern zu vergleichen. § 30 Satz 2 USZG schliesst entsprechend den Rekurs an den Regierungsrat gegen Anordnungen des Spitalrats ausdrücklich aus. Damit fehlt es vorliegend an einer übergeordneten Verwaltungsbehörde, welche über den Rekurs im Sinn von § 19b Abs. 4 Satz 1 VRG anstelle des Spitalrats entscheiden könnte (so auch Bosshart/Bertschi, § 19b N. 56). Sodann besteht auch keine Möglichkeit, eine Ersatzbehörde mit der Beurteilung des Rekurses zu betrauen. Die verwaltungsinterne Rechtspflege bezweckt Rechtsschutz durch die übergeordnete Verwaltungsbehörde, welche auf diesem Weg insbesondere auch ihre Führungs- und Aufsichtsfunktion wahrnehmen kann (vgl. hierzu Christoph Auer/Ueli Friederich, Aufgabe und Rolle der verwaltungsinternen Justiz nach Inkrafttreten der Rechtsweggarantie, in: Ruth Herzog/Reto Feller [Hrsg.], Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart, Bern 2010, S. 367 ff.). Es widerspräche deshalb der Funktion der verwaltungsinternen Rechtspflege, wenn diese im Einzelfall an eine Behörde ohne Aufsichtsfunktion und Weisungsrecht gegenüber der verfügenden Behörde übertragen würde (so auch VGr BS, 17. Juni 2015, BJM 2016, S. 157 ff., E. 2.4.1). Hier wäre dies umso problematischer, weil der Beschwerdegegner als selbständige öffentlichrechtliche Anstalt über weitgehende Autonomie verfügt.

1.5 Demnach fehlt es vorliegend an einer beschlussfähigen

Rekursbehörde, weshalb der hier eigentlich zu erhebende Rekurs faktisch nicht behandelt werden könnte. Der Spitalrat müsste damit vielmehr zuwarten, bis er durch Änderung im Bestand wieder genügend nicht vorbefasste Mitglieder aufwiese, um beschlussfähig zu sein. Ein solches Vorgehen führte indes zu einer nicht abschätzbaren Verfahrensdauer und liesse sich nicht mit dem Beschleunigungsgebot vereinbaren. Unter den gegebenen besonderen Umständen ist die Sprungbeschwerde ans Verwaltungsgericht im Licht der Rechtsweggarantie (Art. 29a der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) sowie des Anspruchs auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV) deshalb ausnahmsweise zuzulassen. Für die Zukunft bleibt anzumerken, dass der Spitalrat in Fällen, in welchen die erstinstanzliche Verfügungskompetenz bei der Spitaldirektion liegt, bei der Erteilung von Rat und Weisungen dazu Sorge zu tragen hat, dass er als Rekursinstanz dennoch beschlussfähig bleibt. In solchen Fällen hat er es deshalb zu unterlassen, als Gesamtbehörde in ein Verfahren einzugreifen, das bei der Spitaldirektion hängig ist (Bosshart/Bertschi, § 19b N. 56).

1.6 Der Beschwerdeführer macht sodann geltend, das Verwaltungsgericht sei für die Beurteilung der Streitsache sachlich nicht zuständig, weil die strittige Vereinbarung zwischen dem Beschwerdegegner und ihm privatrechtlicher Natur sei und darüber deshalb die Zivilgerichte zu entscheiden hätten. Wie der Beschwerdeführer mit dieser Rüge verkennt, genügt für die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts, dass die Ausgangsverfügung in Anwendung öffentlichen Rechts ergangen ist. Ob die verfügende Behörde über den Streitgegenstand überhaupt verfügen konnte, ist im Beschwerdeverfahren hingegen eine materiellrechtliche Frage. Das Verwaltungsgericht hat auf die Beschwerde mit anderen Worten auch dann einzutreten, wenn es bei einer unteren Instanz an einer Prozessvoraussetzung gefehlt hätte. In diesem Fall wäre die Beschwerde im Sinn der Erwägungen gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben bzw. gegebenenfalls deren Nichtigkeit festzustellen (vgl. Martin Bertschi, Kommentar VRG, Vorbemerkungen zu §§ 19–28a N. 57 f.). Nach dem Gesagten ist auf die Beschwerde einzutreten.

2. Der Beschwerdegegner ersucht um Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Sinn von § 59 Abs. 1 VRG. Nach dieser Bestimmung kann auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen eine mündliche Verhandlung angeordnet werden; der Entscheid darüber steht mithin im pflichtgemässen Ermessen der Kammer (Marco Donatsch, Kommentar VRG, § 59 N. 5). Der Beschwerdegegner bezweckt mit seinem Antrag, zur Sache auch noch mündlich angehört zu werden. Nachdem er sich indes bereits in zwei umfangreichen Schriftsätzen zum Sachverhalt und den sich stellenden Rechtsfragen äussern konnte, besteht keine Veranlassung, ihm hierzu an einer mündlichen Verhandlung eine weitere Gelegenheit einzuräumen, zumal er den Antrag erst nach Abschluss des Schriftenwechsels stellte und eine mündliche Verhandlung jedenfalls nicht dazu dienen kann, im schriftlichen Verfahren unterlassene Vorbringen auf diesem Weg nachzuholen. Im Übrigen sind hier – wie sich sogleich zeigt – in erster Linie Rechts- und nicht Tatfragen zu klären und besteht kein Bedürfnis auf mündliche Ergänzung der Sachverhaltsdarstellungen der Parteien. Soweit der Beschwerdegegner mit seinem Antrag die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung im Sinn von Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) beantragten wollte, ist ihm entgegenzuhalten, dass Individualbeschwerden nach Art. 34 EMRK nur natürlichen Personen und nichtstaatlichen Organisationen zustehen; der Beschwerdegegner fällt als öffentlichrechtliche Anstalt deshalb nicht in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK (vgl. Jochen Frowein/Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. A., Kehl am Rhein 2009, Art. 34 N. 18).

3. In materieller Hinsicht macht der Beschwerdeführer

zunächst geltend, die angefochtene Verfügung sei nichtig, weil der Beschwerdegegner über ein privatrechtliches Verhältnis verfügt habe, wofür er nicht zuständig sei. Die Rüge des Beschwerdeführers ist unbegründet. Gemäss Art. 47 Abs. 1 KV untersteht das Arbeitsverhältnis des Staats- und Gemeindepersonals dem öffentlichen Recht. Ebenso bestimmt § 13 Abs. 1 Satz 1 USZG, dass die Arbeitsverhältnisse am Universitätsspital öffentlichrechtlich sind, wobei zur Gewinnung oder Erhaltung ausserordentlich qualifizierter Fachkräfte in Einzelfällen Arbeitsverträge nach Privatrecht abgeschlossen werden können (§ 13 Abs. 1 Satz 2 USZG). Ob sich Letzteres mit Art. 47 Abs. 1 KV vereinbaren lässt (vgl. hierzu Evi Schwarzenbach in: Isabelle Häner/Markus Rüssli/Evi Schwarzenbach [Hrsg.], Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich 2007, Art. 47 N. 3 f. mit Hinweisen zur Entstehungsgeschichte), braucht hier nicht näher geprüft zu werden: Der Beschwerdeführer wurde im Jahr 2006 mittels Verfügung nach den personalrechtlichen Bestimmungen des Beschwerdegegners angestellt; sein Anstellungsverhältnis unterliegt damit als Ganzes dem öffentlichen Recht. Damit bleibt kein Raum, um einzelne Aspekte des Anstellungsverhältnisses mittels privatrechtlicher Vereinbarung zu regeln. Inwiefern es sich dennoch "offensichtlich [um] eine privatrechtliche Vereinbarung" handeln sollte, legt der Beschwerdeführer nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Die Zusatzvereinbarung unterliegt damit klarerweise dem öffentlichen Recht, weshalb der Beschwerdegegner darüber eine Verfügung erlassen konnte.

E. 4.1

Bezüglich der Rechtsnatur des streitgegenständlichen Addendums führt der Beschwerdegegner in der angefochtenen Verfügung aus, es handle sich dabei um eine "zustimmungsbedürftige [...] Verfügung". In der Beschwerdeantwort ergänzt er, es handle sich allenfalls auch um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag.

E. 4.2

Gemäss § 5 Abs. 1 des Personalreglements des Universitätsspitals Zürich vom 19. November 2008 (PR-USZ, LS 813.152) werden öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse mit dem Personal des Universitätsspitals in der Regel durch Verfügung begründet. Sie können nach Massgabe der für das Staatspersonal anwendbaren Bestimmungen auch durch öffentlichrechtlichen Vertrag begründet werden, wobei dieser hinsichtlich des Lohns, der Arbeitszeit, der Ferien sowie der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vom Personalrecht für das Staatspersonal des Kantons Zürich abweichen kann (§ 5 Abs. 2 PR-USZ). Das Anstellungsverhältnis des Beschwerdeführers wurde mit Verfügung und nicht mit öffentlichrechtlichem Vertrag begründet. Das streitgegenständliche Addendum hat eine Änderung dieses Anstellungsverhältnisses zum Gegenstand. Die vertragliche Änderung eines mittels Verfügung begründeten Anstellungsverhältnisses ist nur für die einvernehmliche Beendigung vorgesehen (§ 1 Abs. 2 PR-USZ in Verbindung mit § 23 Abs. 1 des Personalgesetzes vom 27. September 1998 [PG, LS 177.10]), hingegen nicht für andere Änderungen. Das Verwaltungsgericht hat indes verschiedentlich festgehalten, dass auch bei Arbeitsverhältnissen, die durch eine mitwirkungsbedürftige Verfügung begründet werden, Fragen, die nicht generell-abstrakt und verbindlich normiert bzw. ihrer Natur nach nur schwer durch Verfügung festlegbar sind, durch ergänzende Parteivereinbarung zwischen dem staatlichen Arbeitgebenden und anzustellenden Privatpersonen geregelt werden können; solche Vereinbarungen sind indes nur im Rahmen des materiellen Rechts zulässig (VGr, 14. August 2003, PK.2002.00003, E. 2b Abs. 3; RB 1983 Nr. 29). Ob die

Zusatzvereinbarung als verwaltungsrechtlicher Vertrag oder Verfügung zu qualifizieren ist, kann damit offenbleiben. In beiden Fällen ist das dem Beschwerdeführer auferlegte Konkurrenzverbot nur zulässig, sofern dieses nicht dem materiellen Recht widerspricht.

E. 5

Staatliches Handeln muss stets auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen (Art. 5 Abs. 1 BV). Entsprechend müssen sich die Rechte und Pflichten der Angestellten im Grundsatz aus einer Rechtsnorm ergeben (BGE 123 I 1 E. 4c; Marco Donatsch, *Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst*, Jusletter vom 3. Mai 2010, Rz. 26 f.; Christoph Meyer, *Leistungslohn im öffentlichen Dienstrecht*, in: Peter Helbling/Thomas Poledna [Hrsg.], *Personalrecht des öffentlichen Dienstes*, Bern 1999, S. 133 ff., 146 f.). Ebenso ist die Verwaltung an das Verhältnismässigkeitsprinzip gebunden und muss ihr Handeln im öffentlichen Interesse sein (Art. 5 Abs. 2 BV). Dies gilt auch im Verhältnis zwischen öffentlichrechtlichen Arbeitgebenden und deren Angestellten (vgl. hierzu im Zusammenhang mit dem Kündigungsschutz bei öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnissen Donatsch, a.a.O., Rz. 21 f.). Hier liegt ein Konkurrenzverbot im Streit, das auch Auswirkungen auf eine nachfolgende privatwirtschaftliche Tätigkeit der Angestellten haben kann und insofern den sachlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) betrifft (vgl. BGE 121 I 326 E. 2a, 130 I 26 E. 4.1 und 4.4; Felix Uhlmann, *Basler Kommentar*, 2015, Art. 27 BV N. 25). Deshalb ist ein Konkurrenzverbot nur zulässig, sofern es die Eingriffsvoraussetzungen gemäss Art. 36 BV erfüllt. Auch aus diesem Grund bedarf es einer gesetzlichen Grundlage und muss es im öffentlichen Interesse liegen sowie verhältnismässig sein.

E. 5.1

Zu prüfen ist zunächst, ob die anwendbaren personalrechtlichen Bestimmungen dem Beschwerdegegner vorliegend die Möglichkeit einräumen, seinen Angestellten ein Konkurrenzverbot aufzuerlegen. Der Beschwerdegegner macht geltend, mit der in § 49 PG festgehaltenen Treuepflicht, dem in § 51 PG festgehaltenen Amtsgeheimnis sowie den Bestimmungen zur Zulässigkeit von Nebenbeschäftigungen (§ 53 PG und §§ 17 sowie 19 PR-USZ) bestehe eine genügende gesetzliche Grundlage, um Angestellten ein Konkurrenzverbot aufzuerlegen. Dem lässt sich nicht folgen. Sowohl die Treuepflicht als auch die im Zusammenhang damit stehenden Bestimmungen zur Nebenbeschäftigung gelten grundsätzlich nur für die Dauer des Anstellungsverhältnisses. Damit sind die entsprechenden Bestimmungen keine gesetzliche Grundlage für die Auferlegung eines über das Ende der Anstellungsdauer hinauswirkenden Konkurrenzverbots. Die Pflicht, das Amtsgeheimnis zu wahren, wirkt sodann zwar ausdrücklich über die Beendigung des Anstellungsverhältnisses hinaus (§ 51 Abs. 2 PG); es fehlt indes an einem sachlichen Zusammenhang zwischen Konkurrenzverbot und Amtsgeheimnis, weshalb die entsprechende Bestimmung ebenfalls keine genügende gesetzliche Grundlage für ein Konkurrenzverbot bildet. Im Übrigen enthalten weder das Personalreglement des Universitätsspitals noch die personalrechtlichen Erlasse für das Staatspersonal des Kantons Zürich eine Ermächtigung an die Arbeitgebenden, den Angestellten ein über das Ende des Anstellungsverhältnisses hinausgehendes Konkurrenzverbot aufzuerlegen. Damit fehlt es dem streitgegenständlichen Konkurrenzverbot bereits an einer genügenden gesetzlichen Grundlage.

E. 5.2

Das Konkurrenzverbot muss sodann im öffentlichen Interesse liegen – also einem aus Sicht der Allgemeinheit berechtigten Interesse der öffentlichrechtlichen Arbeitgebenden dienen – und verhältnismässig sein. Diesbezüglich rechtfertigt sich eine analoge Anwendung der Bestimmungen zum privatrechtlichen Konkurrenzverbot (Art. 340 ff. des Obligationenrechts [OR, SR 220]): Wo der Gesetzgeber privaten Arbeitgebenden untersagt, ihren Arbeitnehmenden ein nachvertragliches Konkurrenzverbot aufzuerlegen, erweist sich ein entsprechendes Konkurrenzverbot der öffentlichen Arbeitgebenden regelmässig als unverhältnismässig. Allerdings ist den Besonderheiten des öffentlichen Dienstrechts Rechnung zu tragen. Es ist deshalb immer im Einzelfall zu prüfen, ob das öffentliche Interesse an einem Konkurrenzverbot das private Interesse der Angestellten an einer freien Stellenwahl überwiegt.

E. 5.2.1

Nach Art. 340 Abs. 2 OR ist ein Konkurrenzverbot nur verbindlich, wenn die arbeitnehmende Partei Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse hatte und die Verwendung dieser Kenntnisse die arbeitgebende Partei erheblich schädigen könnte. Dabei genügt, dass entweder Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse bestand; hingegen muss die Schädigungsmöglichkeit kumulativ hinzutreten, um ein Konkurrenzverbot zu rechtfertigen (Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. A., Zürich etc. 2012, Art. 340 N. 8). Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, ist das Konkurrenzverbot nichtig (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 340 N. 4).

E. 5.2.2

Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse sind technische, organisatorische und finanzielle Spezialkenntnisse, die geheim sind und die die arbeitgebende Partei geheim halten will. Nicht darunter fallen Kenntnisse, die in allen Unternehmen einer Branche erworben werden können bzw. zur Berufserfahrung der Angestellten zählen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 340 N. 12 mit Hinweisen; Manfred Rehbinder/Jean-Frist Stöckli, Berner Kommentar, 2014, Art. 340 OR N. 9; Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, 2014, Art. 340 OR N. 14 f.). Dass der Beschwerdeführer in diesem Sinn Einblick in die Geschäftsgeheimnisse des Beschwerdegegners erhalten hätte, macht der Beschwerdegegner nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Der Beschwerdeführer trat bereits in der Funktion eines Leitenden Arztes in die Dienste des Beschwerdegegners und dürfte damit schon vorher über sämtliche notwendigen Kenntnisse verfügt haben. Es handelt sich sodann um Kenntnisse, die der Beschwerdeführer auch an anderen Spitälern, welche entsprechende Operationen anbieten, hätte erwerben können. Wohl liessen sich die Ausführungen des Beschwerdegegners zur Konzentrationsstrategie allenfalls so verstehen, dass der Beschwerdeführer damit Einsicht in Geschäftsgeheimnisse gehabt habe. Der Beschwerdegegner unterlässt es aber, substantiiert darzutun, inwiefern sich diese Strategie überhaupt auf ein anderes Spital hätte übertragen lassen und damit eine Konkurrenzgefahr bestanden hätte. Die Argumentation des Beschwerdegegners lässt sich denn auch eher so verstehen, dass er dem Beschwerdeführer vorwerfe, durch seinen Weggang diese Konzentrationsstrategie gefährdet zu haben, weil damit eine Lücke im Kompetenzteam des Beschwerdegegners entstanden sei. Dieses Vorbringen kann ein Konkurrenzverbot indes ohnehin nicht rechtfertigen, weil es darauf hinausliefe, dass den Arbeitnehmenden durch das Konkurrenzverbot ein Stellenwechsel verunmöglicht werden soll, was dem Recht auf freie Berufswahl widerspräche.

E. 5.2.3

Einblick in den Kundenkreis besteht nur, wenn es sich um Geschäftspartner handelt, die in mehr oder weniger regelmässigen Abständen Geschäfte mit der arbeitgebenden Partei tätigen, und zwar über eine längere Zeit; dabei genügt, dass sie hie und da zu bestellen pflegen. Wesentlich ist, dass der oder die Angestellte die speziellen Wünsche und Bedürfnisse dieser Kunden kennt (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 340 N. 9; Staehelin, Art. 340 OR N. 11 [je mit zahlreichen Hinweisen]). Ein Konkurrenzverbot wegen Einblicks in den Kundenkreis ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung jedoch nicht zulässig, wenn die Kunden den Arbeitnehmenden bei deren Weggang nicht aufgrund erworbener Kenntnisse, sondern wegen deren besonderer, persönlicher Eigenschaften und Fähigkeiten folgen; in diesen Fällen fehlt es an einem Kausalzusammenhang zwischen dem Einblick in den Kundenkreis und der mit der Abwerbung von Kunden verbundenen möglichen Schädigung der Arbeitgebenden (BGE 138 III 67 E. 2.2.1; BGr, 13. Juli 2007, 4C.100/2006, E. 2.6; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 340 N. 10 [je mit Hinweisen]). Bei den sogenannten freien Berufen (Ärzte, Rechtsanwälte, Architekten u. ä.), bei welchen in erster Linie die an einer Hochschule erworbenen Kenntnisse angewendet werden, ist ein Konkurrenzverbot deshalb in den meisten Fällen unzulässig. Allerdings ist auch bei freien Berufen ein Konkurrenzverbot nicht absolut ausgeschlossen; das Bundesgericht geht jedoch von einer Vermutung aus, dass bei den freien Berufen die persönliche Seite der Beziehung zur Kundschaft von ganz besonderer Bedeutung ist (BGr, 13. Juli 2007, 4C.100/2006, 2.6; vgl. auch BGE 78 II 39 E. 1). Mithin muss bei Konkurrenzverboten in freien Berufen die arbeitgebende Partei darlegen, inwiefern im Einzelfall dennoch eine Kausalität zwischen Einsichtnahme in den Kundenstamm und möglicher Schädigung durch Konkurrenzierung besteht. Das streitgegenständliche Konkurrenzverbot betrifft die Tätigkeit eines Arztes und damit einen freien Beruf. Es besteht damit eine Vermutung, dass die persönlichen Fähigkeiten des Beschwerdeführers im Vordergrund stehen. Diese Vermutung wird noch dadurch verstärkt, dass der Beschwerdeführer beim Beschwerdegegner von Anbeginn in leitender Stellung tätig war und ihm insbesondere der Aufbau und die Leitung eines Kompetenzzentrums übertragen wurden. Zur Begründung des Konkurrenzverbots führt der Beschwerdegegner einzig an, man habe im Rahmen der Umsetzung der Spitalplanung sowie der Interkantonalen Vereinbarung über die Hochspezialisierte Medizin vom 14. März 2008 die hochspezialisierte Medizin am Universitätsspital stärken wollen. Damit begründet der Beschwerdegegner das Konkurrenzverbot einzig damit, dass er eine Konkurrenzierung vermeiden wolle. Dies entspricht indes dem üblichen Zweck eines Konkurrenzverbots und eignet sich jedenfalls nicht dazu, die Vermutung, beim Beschwerdeführer stünden dessen persönliche Fähigkeiten im Vordergrund, in Frage zu stellen. Der Entscheid, an welchen Standorten gewisse medizinische Leistungen angeboten werden sollen, obliegt sodann nicht dem Beschwerdegegner, sondern ist im Rahmen gesetzlicher Regelungen bzw. im Rahmen der dafür zur Verfügung stehenden Planinstrumente durch die zuständigen Behörden zu treffen. Selbst wenn ein öffentliches Interesse daran besteht, gewisse medizinische Leistungen nur noch an wenigen hochspezialisierten Zentren anzubieten, ist solches nicht mittels Konkurrenzverboten für angestellte Ärzte, sondern durch entsprechende gesetzgeberische bzw. planerische Massnahmen durchzusetzen. Schliesslich legt der Beschwerdegegner auch nicht dar, inwiefern im vorliegenden Kontext Einblick in einen Kundenstamm im Sinn von Art. 340 Abs. 2 OR vorliegen sollte. Die Tätigkeit des Beschwerdeführers betrifft chirurgische Eingriffe und nicht etwa die Behandlung chronischer Krankheiten. Da der Beschwerdegegner nichts Gegenteiliges darlegt, ist

deshalb davon auszugehen, dass die vom Beschwerdeführer Behandelten in der Regel kein Bedürfnis haben, diese Leistungen immer wieder in Anspruch zu nehmen; dass nach dem chirurgischen Eingriff noch Nachuntersuchungen stattfinden, vermag daran nichts zu ändern. Damit erweist sich das Konkurrenzverbot vorliegend auch als unverhältnismässig.

E. 5.3

Demnach widerspricht das Konkurrenzverbot dem übergeordneten materiellen Recht. Die dem Beschwerdeführer in der Ausgangsverfügung auferlegte Pflicht, das Konkurrenzverbot unter Strafandrohung einzuhalten sowie eine Konventionalstrafe von Fr. 91'854.- zu bezahlen, erweist sich damit als rechtswidrig.

E. 6.1

In der Ausgangsverfügung wird der Beschwerdeführer sodann auch verpflichtet, das Amtsgeheimnis zu wahren. Diese Anordnung hat indes keine eigenständige Bedeutung. Der Beschwerdeführer ist schon gestützt auf § 1 Abs. 2 PR-USZ in Verbindung mit § 51 Abs. 2 PG auch über das Ende des Anstellungsverhältnisses hinaus verpflichtet, das Amtsgeheimnis zu wahren. Es bedarf dafür keiner zusätzlichen Verpflichtung in Verfügungsform, weshalb auch kein Interesse des Beschwerdegegners an einer solchen Anordnung besteht.

E. 6.2

Im Rahmen der Ausgangsverfügung werden sodann auch angebliche Treuepflichtverletzungen des Beschwerdeführers erwähnt. Da der Beschwerdegegner diesbezüglich indes keine Anordnung getroffen hat und dem Beschwerdeführer namentlich keine Schadenersatzpflicht auferlegt, ist darauf nicht weiter einzugehen.

E. 7.1

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und die Verfügung vom 7. Dezember 2015 aufzuheben.

E. 7.2

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Da der Streitwert hier deutlich mehr als Fr. 1'000'000.- beträgt, ist die Gebühr zwischen Fr. 20'000.- und Fr. 50'000.- festzusetzen (§ 3 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 23. August 2010 [LS 175.252]). Dabei ist dem zusätzlichen Aufwand, der durch das zur Befangenheit des Spitalrats führende Verhalten der Organe des Beschwerdegegners verursacht wurde, angemessen Rechnung zu tragen.

E. 7.3

Der Beschwerdegegner ist schliesslich zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 8

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachfolgenden Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisse ist die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) nur zulässig, wenn es sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit handelt (Art. 83 lit. g e contrario BGG) und

der Streitwert mehr als Fr. 15'000.- beträgt (Art. 85 Abs. 1 lit. a BGG). Vermögensrechtlicher Natur sind Streitigkeiten dann, wenn mit ihnen vordringlich wirtschaftliche Interessen verfolgt werden (Thomas Häberli, Basler Kommentar, 2011, Art. 83 BGG N. 171). Mit dem hier im Streit liegenden Konkurrenzverbot werden vordringlich wirtschaftliche Interessen verfolgt, und der Streitwert liegt klar über der Streitwertgrenze. Nachfolgend ist deshalb auf die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten zu verweisen.

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