

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00363 vom 2. Februar 2022

ZH Verwaltungsgericht, 2022-02-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00363

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00363 du 2 février 2022

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00363 del 2 febbraio 2022

Regeste

Auflösung des Anstellungsverhältnisses | Die Ausübung eines Medizinalberufs in eigener fachlicher Verantwortung an einem öffentlichen Spital erfordert nach Bundesrecht (Art. 34 Abs. 1 f. MedBG) erst seit dem 1. Februar 2020 eine Bewilligung (E. 3.3). Unter dem kantonalen Recht war dies nach § 3 GesG jedoch schon vor dem 1. Februar 2020 der Fall (E. 3.4). Die Auflösung des Anstellungsverhältnisses mit einem Arzt, welcher nicht über eine Bewilligung zur fachlich eigenverantwortlichen Tätigkeit verfügt, ist rechtmässig. Dies gilt auch dann, wenn die Anstellung aufgrund der fehlenden Bewilligung von Anfang an mangelhaft war; eine Anstellung trotz fehlender Bewilligung begründet kein schützenswertes Vertrauen in den Fortbestand der Anstellung (E. 4.2). Gutheissung der Beschwerde der Arbeitgeberin.

Erwägungen

E. 4

Abteilung VB.2021.00363 Urteil der 4. Kammer vom 17. Februar 2022 Mitwirkend: Verwaltungsrichter Reto Häggi Furrer (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Tamara Nüssle, Verwaltungsrichter Marco Donatsch, Gerichtsschreiber Elias Ritzi. In Sachen Spital A, vertreten durch RA B, Beschwerdeführerin, gegen C, vertreten durch RA D, Beschwerdegegner, betreffend Auflösung des Anstellungsverhältnisses, hat sich ergeben: I. C (geboren 1958) verfügt über ein ausländisches Arztdiplom und ist als Arzt tätig. Mit "KADERARZT-VERTRAG" vom 19./22. März 2018 stellte ihn das als Zweckverband organisierte Spital A per 1. Mai 2018 als Kaderarzt im Fachbereich [...] zur fachlich selbständigen Tätigkeit an. Mit Verfügung vom 29. Mai 2020 löste das Spital A das Anstellungsverhältnis mit C unter Einhaltung der Kündigungsfrist per Ende November 2020 auf. Zur Begründung wurde mit Schreiben vom 2. Juli 2020 ausgeführt, dass C nicht über eine Bewilligung zur fachlich eigenverantwortlichen Tätigkeit verfüge, weshalb er nicht weiterbeschäftigt werden könne. II. Einen hiergegen erhobenen Rekurs hiess der Bezirksrat E mit Beschluss vom 14. April 2021 gut, stellte fest, dass die Kündigung unrechtmässig sei, und verpflichtete das Spital A, C eine Entschädigung von vier Monatslöhnen zu bezahlen. Zur Begründung führte der Bezirksrat aus, C dürfe gemäss den bundesrechtlichen Bestimmungen während einer Übergangsfrist von fünf Jahren auch ohne Bewilligung fachlich selbständig tätig sein. III. Das Spital A erhob dagegen am 17. Mai 2021 Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte, unter Entschädigungsfolge sei der Rekursentscheid aufzuheben und die Kündigungsverfügung zu bestätigen, eventualiter die Angelegenheit an den Bezirksrat zurückzuweisen. Der Bezirksrat E verzichtete am 27. Mai 2021 auf Vernehmlassung. C liess am 14. Juni 2021 die Abweisung der Beschwerde unter Entschädigungsfolge beantragen. Mit weiteren Stellungnahmen des

Spitals A vom 8. Juli und 26. August 2021 sowie von C vom 11. August und 6. September 2021 hielten die Parteien an ihren Anträgen fest. Die Kammer erwägt: 1. Das Verwaltungsgericht ist für Beschwerden gegen Rekursentscheide eines Bezirksrats über personalrechtliche Anordnungen eines Zweckverbands nach §§ 41 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) zuständig. Als Arbeitgeberin ist die Beschwerdeführerin in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit praxismässig wie eine Privatperson betroffen, weshalb sie nach § 49 in Verbindung mit § 21 Abs. 2 lit. a VRG zur Beschwerde legitimiert ist (vgl. BGE 134 I 204 E. 2.3). Da auch die weiteren Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. 2. Der Streitwert der Beschwerde beträgt rund Fr. 67'000.-, weshalb die Angelegenheit in die Zuständigkeit der Kammer fällt (§ 38 Abs. 1 in Verbindung mit § 38b Abs. 1 lit. c e contrario VRG). 3. 3.1 Die Beschwerdeführerin begründete die Kündigung im Wesentlichen damit, dass "[s]pätstens seit der jüngsten Anpassung des Bundesgesetzes über die Medizinalberufe [...] in sämtlichen Spitälern [...] fachlich eigenverantwortliche Ärztinnen und Ärzte einer Berufsausübungsbewilligung [...] bedürfen" und der Beschwerdegegner über keine solche Bewilligung verfüge, weil sein ärztliches Diplom in der Schweiz nicht anerkannt sei. Die Vorinstanz kam demgegenüber zum Schluss, dass der Beschwerdegegner während einer bis zum 1. Februar 2025 dauernden Übergangsfrist auch ohne Berufsausübungsbewilligung fachlich eigenverantwortlich hätte tätig sein dürfen und die Kündigung deshalb ohne sachlichen Grund erfolgt sei. Im Folgenden ist deshalb vorab zu prüfen, ob der Beschwerdegegner im Kündigungszeitpunkt berechtigt war, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Tätigkeit auszuüben. 3.2 Der Beschwerdegegner wurde zur Tätigkeit in eigener fachlicher Verantwortung bei der Beschwerdeführerin angestellt (vgl. Ziff. 4 Abs. 1 des Anstellungsvertrags; ferner die Korrespondenz im Vorfeld der Anstellung, wonach der Beschwerdegegner als Leitender Arzt angestellt werde); seine Unterstellung unter den damaligen Chefarzt im Fachbereich [...] war nur administrativer Natur. 3.3 Gemäss Art. 34 Abs. 1 des Medizinalberufegesetzes vom 23. Juni 2006 (MedBG, SR 811.11) in der seit dem 1. Februar 2020 geltenden Fassung bedarf es für die Ausübung eines universitären Medizinalberufs in eigener fachlicher Verantwortung einer Bewilligung des Kantons, auf dessen Gebiet der Medizinalberuf ausgeübt wird. Vor dem 1. Februar 2020 galt die bundesrechtliche Bewilligungspflicht nur für die privatwirtschaftliche Ausübung eines universitären Medizinalberufs in eigener fachlicher Verantwortung und galt die Berufsausübung im öffentlichen Dienst von Kantonen und Gemeinden nicht als privatwirtschaftlich (Art. 34 Abs. 1 f. MedBG in der bis zum 31. Januar 2020 geltenden Fassung, AS 2015, 5081 ff., 5085). Die Unterscheidung zwischen privatwirtschaftlicher Tätigkeit und Berufsausübung im öffentlichen Dienst begründete der Bundesrat in der Botschaft damit, dass der Bund gestützt auf Art. 95 Abs. 1 der Bundesverfassung lediglich die Möglichkeit habe, Vorschriften über privatwirtschaftliche Tätigkeiten zu erlassen (Botschaft zur Änderung des Medizinalberufegesetzes [MedBG] vom 3. Juli 2013, BBl. 2013 6205 ff., 6223). Mithin mussten die Kantone die Tätigkeit in einem öffentlichen Spital nach Bundesrecht nicht einer Bewilligungspflicht unterstellen, es war ihnen aber freigestellt, im kantonalen Recht eine solche Bewilligungspflicht vorzusehen. In diesem Sinn gewährt Art. 67b Abs. 2 MedBG Personen, die vor Inkrafttreten der Änderung von Art. 34 Abs. 1 MedBG ihren Beruf im öffentlichen Dienst von Kantonen und Gemeinden in eigener fachlicher Verantwortung ausübten und zu dieser Berufsausübung nach kantonalem Recht keine Bewilligung brauchten, eine Übergangsfrist von fünf Jahren zum Erwerb einer Bewilligung nach den Bestimmungen des Medizinalberufegesetzes. Ob der

Beschwerdegegner im Kündigungszeitpunkt berechtigt war, auch ohne Bewilligung in eigener fachlicher Verantwortung tätig zu sein – wovon die Vorinstanz ausgeht –, ist demnach abhängig davon, ob das kantonale Recht diese Tätigkeit vor dem 1. Februar 2020 einer Bewilligungspflicht unterstellte (vgl. auch Botschaft zum Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe vom 18. November 2015, BBl. 2015 8715 ff., 8765). 3.4 Im Kanton Zürich trat am 1. Juli 2008 das (neue) Gesundheitsgesetz vom 2. April 2007 (GesG, LS 810.1; OS 63, 204 ff.) in Kraft. Gemäss § 3 GesG benötigt eine Bewilligung der Direktion, wer fachlich eigenverantwortlich sowie berufsmässig oder im Einzelfall gegen Entgelt unter anderem ärztliche Leistungen erbringt. Das kantonale Gesundheitsgesetz trifft hinsichtlich der Bewilligungspflicht keine Unterscheidung zwischen privatwirtschaftlichen Tätigkeiten und der Berufsausübung in einem öffentlichen Spital. Ohne Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung berechtigt sind nach § 25 Abs. 2 GesG einzig die Professorinnen und Professoren der Universität Zürich mit einem Lehrauftrag für klinische Fächer im Rahmen ihrer Anstellung. Demnach hätte der Beschwerdegegner schon vor Inkrafttreten der heutigen Fassung von Art. 34 Abs. 1 MedBG eine Bewilligung zur fachlich eigenverantwortlichen Tätigkeit im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses bei der Beschwerdeführerin haben müssen. Über eine solche Bewilligung verfügte der Beschwerdegegner unbestrittenermassen nicht, und er hätte sie auch nicht erhalten können, da sein Arztdiplom in der Schweiz nicht anerkannt wird (vgl. § 67 Abs. 1 GesG). Entgegen der Vorinstanz fällt der Beschwerdegegner damit nicht in den Anwendungsbereich von Art. 67b Abs. 2 MedBG. Er hätte vielmehr schon vor dem 1. Februar 2020 über eine Bewilligung der Gesundheitsdirektion verfügen müssen.

E. 4.1

Gemäss Art. 27 Abs. 1 der hier massgebenden Personalverordnung des Spitals A vom 14. Januar 2016 darf die Kündigung durch die Arbeitgeberin nicht missbräuchlich und nicht diskriminierend sein und setzt einen sachlich zureichenden Grund voraus. Mit dem zusätzlichen Erfordernis des sachlich zureichenden Kündigungsgrunds geht der öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz weiter als die Missbrauchstatbestände des Obligationenrechts (VGr, 14. November 2019, VB.2019.00174, E. 3.2 mit Hinweis). Grundsätzlich ist eine Kündigung dann sachlich begründet, wenn die Weiterbeschäftigung der betreffenden angestellten Person dem öffentlichen Interesse widerspricht, insbesondere demjenigen einer gut funktionierenden Verwaltung.

E. 4.2

Hier stellte eine Mitarbeiterin der Beschwerdeführerin im Rahmen der Vorbereitungsarbeiten für die Überführung des Zweckverbands in eine Aktiengesellschaft fest, dass der Beschwerdegegner nicht über eine Bewilligung zur fachlich eigenverantwortlichen Tätigkeit verfügte. In der Folge fand offenbar ein Gespräch mit dem Beschwerdegegner statt und wurde diesem mit Schreiben vom 8. Mai 2020 eröffnet, dass er nur unter fachlicher Aufsicht hätte tätig sein dürfen und eine solche Tätigkeit bei der Beschwerdeführerin nicht möglich sei, da man "keinen Chefarzt im Fachbereich [...]" mehr beschäftige; der Beschwerdegegner wurde deshalb umgehend freigestellt. Der Beschwerdegegner hielt in seiner Stellungnahme hierzu fest, er sei klarerweise für die fachlich selbständige Arbeit in der Funktion eines Leitenden Arztes angestellt worden, und hielt zur Bewilligungspflicht sinngemäss fest, diese betreffe nur die Tätigkeit auf eigene Rechnung. Wie vorstehend dargelegt, hätte der Beschwerdegegner zu keinem Zeitpunkt in eigener fachlicher Verantwortung für die Beschwerdeführerin tätig sein dürfen.

Dementsprechend stellte die Beschwerdeführerin den Beschwerdegegner umgehend frei, nachdem sie dies bemerkt hatte. Da der Beschwerdegegner die Voraussetzungen für eine Bewilligung nicht erfüllt, hätte er auch in der Folge die Tätigkeit bei der Beschwerdeführerin nicht wiederaufnehmen können, zumal diese keine Ärztin bzw. keinen Arzt mehr beschäftigte, unter deren bzw. dessen fachlicher Aufsicht der Beschwerdegegner hätte tätig sein dürfen. Damit hätte der Beschwerdegegner auch nicht – wie er dies fordert – intern versetzt oder seine Funktion geändert werden können. Demnach beruht die Kündigung auf einem sachlichen Grund. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob die Beschwerdeführerin bei der Anstellung des Beschwerdegegners ihre Pflichten zur Überprüfung der Berufszulassung verletzte. Es ist zwar nicht nachvollziehbar, weshalb die Beschwerdeführerin bei der Anstellung des Beschwerdegegners nicht prüfte, ob dieser überhaupt zur Tätigkeit in eigener fachlicher Verantwortung zugelassen ist, zumal sich aus den Bewerbungsunterlagen klar ergibt, dass sein Arztdiplom in der Schweiz nicht anerkannt ist. Daraus kann der Beschwerdegegner jedoch vorliegend nichts zu seinen Gunsten ableiten, denn die ursprüngliche Mangelhaftigkeit der Anstellung vermag kein Vertrauen des Beschwerdegegners zu begründen, dass das Anstellungsverhältnis später nicht wegen dieses Mangels und unter Einhaltung der Kündigungsfrist aufgelöst werde. Das Gleiche gilt hinsichtlich des Informationsschreibens vom 18. Dezember 2019, in dem der Spitaldirektor und die Personalleiterin im Hinblick auf die Auflösung des Zweckverbands ankündigten, der bisherige Vertrag bleibe nach der Umwandlung in eine Aktiengesellschaft "mit allen Konditionen weiterhin gültig". Abgesehen davon, dass dieses Schreiben offenkundig eine allgemeine Information an alle Mitarbeitenden war, besagt es nichts anderes, als dass die bisherigen Anstellungsbedingungen – und damit auch das gegenseitige Recht zur Kündigung unter Einhaltung der Kündigungsfrist – mit der Rechtsformumwandlung übernommen würden.

E. 4.3

Der Beschwerdegegner macht schliesslich geltend, die Beschwerdeführerin habe ihn zu Unrecht nicht altershalber entlassen. Streitgegenstand vor Verwaltungsgericht kann nur sein, was bereits Gegenstand des Rekursverfahrens war oder bei richtiger Rechtsanwendung hätte sein müssen (vgl. Marco Donatsch, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 52 N. 11). Der Umfang des Rekursverfahrens wird einerseits durch das Thema der erstinstanzlichen Verfügung und andererseits durch die Rekursanträge sowie dem diesen zugrunde liegenden Sachverhalt bestimmt (Donatsch, § 20a N. 9). Hier beschränkte sich der anwaltlich vertretene Beschwerdegegner im Rekursverfahren darauf, eine Entschädigung wegen unrechtmässiger Kündigung zu verlangen; einen Antrag, er sei stattdessen altershalber zu entlassen, stellte er demgegenüber nicht und rügte dies weder in seiner Rekursbegründung noch in seinen späteren Eingaben. Damit kann er die Frage, ob die Beschwerdeführerin statt einer Kündigung eine Entlassung altershalber hätte aussprechen müssen, nicht zum Gegenstand des Beschwerdeverfahrens machen.

E. 5

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und der vorinstanzliche Rekursentscheid aufzuheben.

E. 6

Da der Streitwert mehr als Fr. 30'000.- beträgt (vorne E. 2), ist das Verfahren kostenpflichtig (§ 65a Abs. 3 Satz 1). Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen und ist diesem keine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 und § 17 Abs. 2 VRG). Die Beschwerdeführerin ersucht ebenfalls um eine Parteientschädigung. Bei ihr handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit öffentlichem Zweck, deren Träger bzw. Aktionäre die früheren Verbandsgemeinden des Zweckverbands A sind. Praxisgemäss kommt ihr daher kein Anspruch auf eine Parteientschädigung zu (VGr, 2. Februar 2022, VB.2021.00252, E. 6).

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