

mär durch analoge Anwendung von Bestimmungen zu füllen, die das öffentliche Recht und subsidiär das Privatrecht für verwandte Fälle aufgestellt haben (*Imboden/Krähenmann*, a.a.O., Nr. 23 B/VI). Da mit der AVO eine Annäherung an das privatrechtliche Angestelltenverhältnis angestrebt wurde, liegt es nahe, diese Lücke durch eine analoge Anwendung von Art. 336c OR zu füllen. Da dieser Weg mit Art. 29 der Spital-DBO vorgezeichnet wurde, bleibt lückenfüllend nichts anderes übrig, als Art. 336c OR auch bei allen übrigen kantonalen Angestellten integral auf Kündigungen zur Unzeit anzuwenden.

VGer 27.6.2001

2205

Öffentliches Personalrecht: Belegarzt an einem kantonalen Spital - Anstellung durch Verfügung, durch Verwaltungsvertrag oder durch privatrechtlichen Arbeitsvertrag? Auswirkungen eines Verwaltungsvertrages auf die Kündigungsmodalitäten und deren Anfechtung.

Dr. med. A. war seit dem 29. Dezember 1997 am kantonalen Spital H. aufgrund eines von beiden Parteien unterzeichneten Vertrages als Belegarzt tätig. Die Spitalleitung kündigte diesen Vertrag am 5. Mai 1999 mit der Begründung, Dr. A. habe treuwidrig Patienten dazu bewogen, sich an einer anderen Klinik behandeln zu lassen, an der er ebenfalls tätig war. Dr. A. liess die Kündigung mit Rekurs bei der Gesundheitsdirektion anfechten, unter anderem mit der Begründung, das Vertragsverhältnis sei öffentlich-rechtlicher Natur, stelle somit eine Verfügung dar und sei daher anfechtbar. Mit Entscheid vom 30. Mai 2000 trat die Gesundheitsdirektion auf den Rekurs nicht ein.

Aus den Erwägungen:

1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der prozessualen Voraussetzungen ergibt, dass das Verwaltungsgericht nach Art. 9 Abs. 1 lit. b des Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit (VwGerG; bGS 143.6) zur Behandlung der Beschwerde gegen den angefochtenen Nichteintretensentscheid der Gesundheitsdirektion zuständig ist. Streitgegenstand ist die von der Vorinstanz zur Begründung des Nichteintretens getroffene Feststellung, die Kündigung sei

nicht durch eine anfechtbare Verfügung, sondern durch eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung ergangen. Dass die materielle Überprüfung der Kündigung entsprechend dieser bestrittenen Feststellung dem Klageverfahren vorbehalten sein könnte, ändert nichts daran, dass der Nichteintretensentscheid als solcher mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden kann. Die Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz ist deshalb nicht zu beanstanden. Entgegen der replicando geäußerten Auffassung des Beschwerdeführers kann die Beschwerde jedoch nicht als Klage entgegengenommen werden, denn eine Klage hätte zwingend eine andere Antragstellung und Form vorausgesetzt (vgl. Art. 14 Abs. 3 VwGerG i.V.m. Art. 134 ff. ZPO, bGS 231.1). Da die Eingabe jedoch als Beschwerde form- und fristgerecht eingereicht wurde, ist darauf als solche einzutreten.

2. Die zulässige Art und Weise der Auflösung oder Kündigung eines Rechtsverhältnisses hängt in aller Regel davon ab, wie dieses begründet wurde oder allenfalls wie dieses richtigerweise hätte begründet werden müssen. Im vorliegenden Fall war bis zur Replik unbestritten, dass zwischen Dr. A. und dem Spital H. ein Rechtsverhältnis durch Vertrag begründet wurde. Unbestritten blieb, dass es sich beim Belegarztvertrag um ein *öffentlich*-rechtliches Rechtsverhältnis handelt. Umstritten ist jedoch, ob das Spital dem Belegarzt als Hoheitsträger oder aber als gleichgeordnete Vertragspartei gegenüber getreten ist. Umstritten ist ferner, ob mit dem Belegarztvertrag ein (öffentlich-rechtliches) Angestelltenverhältnis oder ein Rechtsverhältnis *sui generis* begründet wurde, welches dem Beschwerdeführer lediglich die Benützung der Spitaleinrichtungen im Rahmen einer vertraglich als selbständig bezeichneten Erwerbstätigkeit ermöglicht habe. In der Replik wird anstelle einer vertraglichen Grundlage erstmals die Begründung durch mitwirkungsbedürftige Verfügung behauptet.

Massgebend für die Begründung des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien waren am 29. Dezember 1997 noch das alte Krankenpflegegesetz vom 26. April 1992 (fortan KPG) und die Spitalverordnung vom 8. Dezember 1992 (fortan SpitalVO). Nach Art. 4 Abs. 2 lit. c KPG oblag es der Betriebskommission, insbesondere die Belegärzte zu wählen. Nach Art. 5 Abs. 1 lit. e KPG regelte der Regierungsrat die privatärztliche Tätigkeit an kantonalen Spitälern und bestimmte das Entgelt für die Benützung der Spitaleinrichtungen. Weil entsprechende Ausführungsbestimmungen bis heute fehlen (auch die erst nach Abschluss des Vertrages in Kraft getretene Dienst- und

Besoldungsverordnung der Spitäler, fortan Spital-DBO, bGS 812.111.1, enthält keine solchen Bestimmungen, vgl. ausdrücklich deren Ingress), steht fest, dass die Betriebskommission jedenfalls nicht befugt gewesen wäre, Belegärzte auf rein *privatrechtlicher* Basis anzustellen. Eine *privatrechtliche* Anstellung ist staatlichen Organen nach Lehre und Rechtsprechung nur gestützt auf eine klare und unmissverständliche gesetzliche Grundlage gestattet, die offenkundig bislang fehlt (vgl. F. Hafner, in: *Helbing/Poledna*, Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, 192 ff.).

3. Zu prüfen bleibt, ob die genannten gesetzlichen Grundlagen es der Betriebskommission gestattet haben, dem Beschwerdeführer eine Belegarztttigkeit im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages anstatt mit einer mitwirkungsbedürftigen Verfügung zu ermöglichen.

a) Nach heutiger Auffassung in Lehre und Rechtsprechung ist es unter gewissen Voraussetzungen zweckmässiger und auch zulässig, ein Verhältnis durch öffentlich-rechtlichen Vertrag statt durch Verfügung zu regeln. Ergeben sich Rechte und Pflichten nicht unmittelbar aus dem Gesetz, so müssen sie im Einzelfall in der geeigneten Rechtsform festgelegt werden. Das Legalitätsprinzip steht dabei Vereinbarungen nur entgegen, wenn das Gesetz eine abschliessende Ordnung trifft oder Verträge nach seinem Sinn und Zweck ausschliesst. ffentlich-rechtliche Verträge zwischen Gemeinwesen und Privaten dürfen sodann dem Gesetz - anders als bei dispositiven Bestimmungen des Privatrechts - nicht widersprechen. Zum Abschluss von verwaltungsrechtlichen Verträgen bedarf es jedoch keiner ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung. Es genügt, wenn das Gesetz Raum für eine vertragliche Regelung lässt. Ist diese Voraussetzung erfüllt, bleibt zu prüfen, ob der verwaltungsrechtliche Vertrag die zur Erreichung des Gesetzeszweckes geeignetere Handlungsform ist als die Verfügung (vgl. *Häfelin/Mller*, Grundriss des Allg. Verwaltungsrechts, 3. Aufl., N 858 ff.; *Tschannen/Zimmerli/Kiener*, Allg. Verwaltungsrecht, Bern 2000, 238 f.). Soweit jeweils von subordinationsrechtlichen Verträgen gesprochen wird, wenn sich ein Hoheitsträger und Private als Vertragsparteien gegenüberstehen, ist diese Terminologie nach *Tschannen/Zimmerli/Kiener* (a.a.O.) irreführend und spricht einzig den Umstand an, dass die Privaten dem Gemeinwesen als Träger von Hoheitsrechten *im Allgemeinen* untergeordnet sind. In der konkreten Vertragssituation liegt jedoch regelmässig keine Subordina-

tion begründet, sondern die Vertragspartner stehen sich als gleichgeordnete Grössen gegenüber.

b) Für den Beizug von Belegärzten an ein Spital fehlt nach dem oben Gesagten abgesehen von der Bezeichnung der Wahlinstanz eine gesetzliche Ordnung, welche die Voraussetzungen der Wahl und die Zusammenarbeit mit ihnen bestimmt. Die Wahl eines bestimmten Belegarztes ist somit weitestgehend in das Ermessen der Wahlinstanz gestellt, wie dies die im angefochtenen Entscheid zitierten Materialien zum KPG eindrücklich bestätigen. Der Betriebskommission steht einerseits ein weites Auswahlermessen zu (wie einem privaten Arbeitgeber auch) und andererseits bestand auf Seiten des Beschwerdeführers keinerlei Annahmepflicht. Unter diesen Umständen bestand offenkundig Raum für eine verwaltungsvertragliche Begründung des Rechtsverhältnisses. Die konkrete Vertragsausgestaltung zeigt, dass die Betriebskommission die Vertragsform gegenüber der Verfügung ohne Ermessensfehler als sachlich geeignetere Handlungsform beurteilen und deshalb zur Anwendung bringen durfte. Es ging offensichtlich darum, die Zusammenarbeit zwischen zwei sich freiwillig bindenden Partnern zu regeln, wobei aber die Tätigkeit des Belegarztes bezeichnenderweise kaum durch öffentlich-rechtliche Normen oder gar Zulassungsbedingungen vorbestimmt ist, auf die sich die Spitalleitung einseitig hätte berufen können oder müssen. Der Vertragsinhalt musste schon aus diesem Grund zwischen zwei sich weitgehend ebenbürtig gegenüberstehenden Parteien ausgehandelt werden und konnte nicht einseitig verfügt werden. Dies kommt darin zum Ausdruck, dass der Vertrag und nicht etwa ein generell für Belegärzte geltendes Benützungsreglement die wesentlichen Modalitäten der Benützung der spitaleigenen Einrichtungen, den Personaleinsatz, das Operationsmaterial, die Bettenbelegung, die Patientenaufnahme und -nachbehandlung, die Tarif- und Honorarregelung sowie die Tragung der Sozialversicherungsbeiträge für die ausdrücklich als selbständig konzipierte Tätigkeit des Belegarztes bestimmt. Auch die Haftpflicht wurde für die konkrete Belegarztstätigkeit spezifisch und anders als für die übrigen Spitalärzte geregelt. Schliesslich musste die Spitalleitung die Tätigkeit des Belegarztes an weiteren privaten und öffentlichen Kliniken ausdrücklich zubilligen, was die Ebenbürtigkeit und Selbstständigkeit des Beschwerdeführers gegenüber dem Spital unterstreicht. Erst subsidiär zu diesen zahlreichen und gewichtigen speziellen Vereinbarungen wurde der Beschwerdeführer auf die betrieblichen Richtlinien des

Spitals H. verpflichtet. Aber selbst für die Kündigung wurde nicht etwa auf eine generell geltende Norm verwiesen, sondern auch diese wurde individuell vereinbart: Ausgehend von einer unbestimmten Vertragsdauer wurde eine beiderseitige Kündigungsmöglichkeit innert einer Frist von sechs Monaten vorgesehen; für Vertragsänderungen wurde erneut das beiderseitige Einverständnis vorausgesetzt. Diese Vertragsausgestaltung zeigt insgesamt deutlich, dass nicht von einem einseitig hoheitlich verfügbaren Rechtsverhältnis gesprochen werden kann. Dass der vereinbarte Vertragsinhalt im allgemeinen und die vereinbarte beiderseitige Kündigungsmöglichkeit und -frist gesetzlichen Vorgaben widerspricht, wird vom Beschwerdeführer zu Recht nicht behauptet. Zwar ist umstritten, ob die Gesundheitsdirektion und auch der Vertrag selber die Tätigkeit des Belegarztes zu Recht als selbständige Erwerbstätigkeit qualifizieren. Diese Frage kann offen bleiben, weil der Beschwerdeführer hinsichtlich der Kündigungsmodalitäten vertraglich nicht schlechter gestellt wurde, als die kantonalen Angestellten: Art. 36 Abs. 2 der Angestelltenverordnung (AVO, bGS 142.211) sieht grundsätzlich sogar kürzere ordentliche Kündigungsfristen vor und lässt eine Kündigungsfrist von maximal sechs Monaten nur zu, wenn die Verlängerung wie im vorliegenden Fall schriftlich *vereinbart* wurde. Nachdem selbst die Angestelltenverordnung für vergleichbare Kündigungsmodalitäten eine Vereinbarung verlangt, kommt das Gericht zum Schluss, dass die Belegarztstätigkeit des Beschwerdeführers jedenfalls ohne Rechtsverletzung mit dem verwaltungsrechtlichen Vertrag vom 29. Dezember 1997 geregelt werden durfte und dass die Betriebskommission keineswegs darauf beschränkt war, diese Tätigkeit mittels mitwirkungsbedürftiger Verfügung zu begründen. Durch den Vertragsschluss ist der Beschwerdeführer somit eine Bindung eingegangen, die er nun auch für und gegen sich gelten lassen muss.

4. Wurde am 29. Dezember 1997 zwischen den Parteien zulässigerweise ein öffentlich-rechtlicher Vertrag geschlossen, bestimmt dieser Kontrakt nun auch die Modalitäten seiner Auflösung. Nach Ziff. 3 des Vertrages können beide Parteien gleichermassen mit einer ordentlichen Kündigungsfrist von sechs Monaten kündigen. Da in dieser Ziffer nur für Vertragsänderungen die Schriftform vorbehalten wurde, wäre die Kündigung als vertragliches Gestaltungsrecht (vgl. BGE 113 II 261) sogar formlos möglich gewesen. Immerhin liesse sich vertreten, dass mit Ziff. 3 auch für die Kündigung die Schriftform als

Gültigkeitsvoraussetzung vereinbart wurde. So oder anders steht damit fest, dass die Betriebskommission ihre in Schriftform gehaltene Kündigung gültig ausgesprochen hat. Eine qualifiziertere Form, wie sie der Beschwerdeführer fordert, nämlich die Form der Verfügung, wurde nicht vereinbart und war somit nicht erforderlich. Die ohne Rechtsmittelbelehrung ausgesprochene Kündigung hat somit als einfache Erklärung ihre Rechtswirkung entfalten können. Dies ist auch durchaus folgerichtig, denn bereits mit dem Abschluss des Verwaltungsvertrages hat die Betriebskommission zu erkennen gegeben, dass sie auf eine hoheitliche Handlungsweise durch (mitwirkungsbedürftige) Verfügung verzichten will bzw. dass sie ein solches Vorgehen nicht als angemessen betrachtet. Nachdem im Vertrag auch für die Kündigung bestenfalls die Schriftform vorbehalten wurde, hat der Beschwerdeführer dies nun auch gegen sich gelten zu lassen. Die Betriebskommission war nach dem oben Gesagten weder durch Gesetz noch Vertrag verpflichtet, die Kündigung in Form einer (anfechtbaren) Verfügung zu erlassen.

Zwar wird teilweise vom Gesetzgeber und teilweise auch von der Praxis verlangt, das Kündigungsrecht sei, obschon ein Gestaltungsrecht, jedenfalls wenn vom Gemeinwesen ausgeübt, als Verfügung zu betrachten bzw. habe als solche zu ergehen (vgl. dazu BVR 2000, 459 ff., auch zum folgenden; GVP AR 1988, 1023/24). So hat der Bundesrat in Art. 10 der Verordnung vom 9. Dezember 1996 über den öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrag in der allgemeinen Bundesverwaltung (SR 172.221.104.6) bestimmt, die Behörde spreche Kündigungen durch Verfügungen aus. Eine entsprechende Bestimmung kennt das kantonale Recht nicht. Der Regierungsrat hat allerdings für Anstellungen im Rahmen der (aufgehobenen) Dienst- und Besoldungsordnung und des (aufgehobenen) Schulgesetzes vom 26. April 1981 insbesondere angenommen, die Anstellung der Lehrer komme nicht durch zweiseitigen Vertrag, sondern durch zustimmungsbedürftige Verfügung zustande. Dem sei auch bei der Auflösung der Anstellung Rechnung zu tragen, weshalb er folgerichtig auch die Kündigung als Verfügung qualifizierte. Diese Praxis wurde aber wesentlich durch das Verneinen einer vertraglichen Grundlage bei der Anstellung der Lehrer begründet und wurde im übrigen vorab im Interesse eines hinreichenden Rechtsschutzes beschränkt. Denn nur eine als Verfügung ergangene Kündigung konnte nach damaligem Recht durch Rekurs angefochten werden. Bei der heute auch im Kanton Appenzell A.Rh.

geltenden Rechtslage kann diesen Überlegungen nicht mehr das gleiche Gewicht zukommen. Denn die Rechtmässigkeit einer Kündigung kann mittlerweile auch dann zur Überprüfung gebracht werden, wenn ein Rechtsverhältnis nicht durch Verfügung, sondern durch öffentlich-rechtlichen Vertrag begründet wurde und die Kündigung folgerichtig nicht als Verfügung, sondern als vertragliches Gestaltungsrecht betrachtet wird. Nach Art. 13 lit. d VwGerG können Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen im Klageverfahren vor das Verwaltungsgericht gebracht werden. Vor diesem geänderten Hintergrund drängt es sich mit Blick auf den Rechtsschutz nicht länger auf, das Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages (möglichst) zu verneinen oder die Kündigung eines solchen Vertrages (möglichst) als Verfügung zu qualifizieren. Das Verwaltungsgericht kommt daher auch aus diesen Gründen zum Schluss, dass dem Beschwerdeführer die Tätigkeit als Belegarzt zulässigerweise im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages ermöglicht wurde. Andererseits hat sich der Beschwerdeführer auf eine Regelung durch Verwaltungsvertrag eingelassen und dabei akzeptiert, dass für die Kündigung bestenfalls die Schriftform vorgesehen wurde. Unter diesen Umständen muss er die mithin formgültig ergangene Kündigung nicht zuletzt auch nach Treu und Glauben gegen sich gelten lassen. Der Beschwerdeführer verhält sich widersprüchlich, wenn er die Kündigung nun entgegen der Vereinbarung nur noch in Form einer anfechtbaren Verfügung gelten lassen will. Widersprüchliches Verhalten verdient auch seitens eines Privaten keinen Rechtsschutz (*Rhinow/Krähenmann*, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Nr. 77, B./III). Daher ist nicht zu beanstanden, dass die Gesundheitsdirektion mangels einer anfechtbaren Verfügung auf den Rekurs nicht eingetreten ist. Die Beschwerde ist abzuweisen.

VGer 30.5.2001