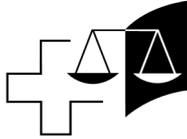


Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



8C_795/2018

Urteil vom 8. April 2019

I. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter Maillard, Präsident,
Bundesrichterinnen Heine, Viscione,
Gerichtsschreiberin Riedi Hunold.

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Susanne Raess,
Beschwerdeführer,

gegen

Universitätsspital Zürich,
Rämistrasse 100, 8091 Zürich,
handelnd durch Klinik B. _____, und diese vertreten durch Rechtsanwältin Gudrun
Österreicher,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Öffentliches Personalrecht (Besoldung),

Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 3.
Oktober 2018 (VB.2018.00109).

Sachverhalt:

A.

A.a. A. _____, geboren 1964, war ab 1. Dezember 2003 als Oberarzt und ab 1. Oktober
2009 als Leitender Arzt bei der Klinik B. _____ des Universitätsspitals Zürich (USZ)
angestellt; sein Beschäftigungsgrad betrug 100 %. Unfallbedingt war er ab August 2007 nur
noch teilweise arbeitsfähig. Mit Verfügung vom 29. Januar 2010 entliess ihn das USZ

invaliditätshalber per Ende Februar 2010 im Umfang von 10 %, da die BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich (BVK) eine unfallbedingte Berufsinvalidität von 10 % feststellte. Ab 1. März 2010 richtete ihm die Unfallversicherung eine Invalidenrente bei einem Invaliditätsgrad von 10 % aus.

A.b. Am 14. Oktober 2014 liess A. _____ geltend machen, da er trotz seiner Pensumsreduktion stets zu einem 100 % Pensum beschäftigt worden sei, sei er für das zu viel geleistete Pensum von 10 % zu entschädigen. Eine Vereinbarung vom 14. Januar 2016 regelte u.a. die Auflösung des Arbeitsverhältnisses per Ende Juni 2016, eine Abfindung in der Höhe von zehn Monatslöhnen und eine Entschädigung von vier Monatslöhnen; zudem wurde festgehalten, die Parteien seien mit Ausnahme des Rechtsstreits über die Auszahlung eines Lohnes von 90 % statt 100 % seit November 2009 per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt. Mit Verfügung vom 20. April 2016 wies die Klinik B. _____ das Begehren von A. _____ um zusätzlichen Lohn für ein 10 % Pensum ab. A. _____ liess dagegen Rekurs einreichen, welchen das USZ am 10. Januar 2018 abwies.

B.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich wies die dagegen erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 3. Oktober 2018 ab.

C.

A. _____ lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen mit dem Antrag, es sei der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und ihm ab 1. November 2009 bis 25. September 2014 eine Entschädigung für die die wöchentliche Arbeitszeit von 45 Stunden überschreitende Zeit zu bezahlen, mindestens Fr. 126'500.-. Eventualiter sei der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zu neuer Beurteilung zurückzuweisen.

Das Bundesgericht führt keinen Schriftenwechsel durch.

Erwägungen:

1.

Die Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt, da die Beschwerde unter Einhaltung der gesetzlichen Frist (Art. 100 Abs. 1 BGG) und Form (Art. 42 BGG) von einer durch die Entscheidung besonders betroffenen Partei mit einem schutzwürdigen Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 89 Abs. 1 BGG) eingereicht wurde und sich das Rechtsmittel gegen einen von einer letzten kantonalen Instanz (Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG) gefällten Endentscheid (Art. 90 BGG) in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG) richtet, keine der in Art. 83 BGG erwähnten Ausnahmen greift und angesichts der beantragten Entschädigung von mindestens Fr. 126'500.- auch der Streitwert von Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG erfüllt ist.

2.

2.1. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 und 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden

Begründung abweisen. Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Pflicht zur Begründung der Beschwerde (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ([BGE 141 V 234](#) E. 1 S. 236 mit Hinweisen).

2.2. Das Bundesgericht kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG).

Die beschwerdeführende Partei, welche die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss substantiiert darlegen, inwiefern die Voraussetzungen einer Ausnahme gemäss Art. 105 Abs. 2 BGG gegeben sind und das Verfahren bei rechtskonformer Ermittlung des Sachverhalts anders ausgegangen wäre; andernfalls kann ein Sachverhalt, der vom im angefochtenen Entscheid festgestellten abweicht, nicht berücksichtigt werden ([BGE 140 III 16](#) E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen).

2.3. Eine willkürliche Anwendung kantonalen Rechts liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch dessen Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar als zutreffender erscheinen mag, genügt nicht ([BGE 141 I 70](#) E. 2.2 S. 72 mit Hinweisen).

3.

Streitig ist, ob die Vorinstanz zu Recht den Anspruch des Beschwerdeführers auf zusätzliche Entschädigung im Umfang eines 10 %-Pensums verneint hat.

4.

Die Vorinstanz hat erwogen, gestützt auf die massgebenden kantonalen Gesetzesbestimmungen und das Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11; vgl. vorinstanzliche E. 2) sowie in Anbetracht der vom Unfallversicherer ausgerichteten Taggelder für eine Arbeitsunfähigkeit von 10 % ab 1. November 2009 und der von der BVK festgestellten Berufsinvalidität von 10 % mit entsprechender Rentenzusprache durch den Unfallversicherer habe das USZ zu Recht unter Zugrundelegung der ärztlich attestierten eingeschränkten Leistungsfähigkeit von 10 % das Arbeitsverhältnis von einem vollen Pensum auf ein solches zu 90 % reduziert. Die entsprechenden Verfügungen des USZ vom 29. Januar 2010 und der Unfallversicherung vom 31. März 2010 seien unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Es sei weder ein schriftlicher Abänderungsvertrag noch eine neue Verfügung mit einem vollen Pensum ergangen. Demnach habe der Beschwerdeführer ab 1. November 2009 keinen Anspruch mehr auf einen Lohn für eine Vollzeitbeschäftigung (vorinstanzliche E. 4). In der Folge prüfte die Vorinstanz das Vorliegen von allenfalls geleisteter Überzeit, welche zu entschädigen wäre. Angesichts der Stellung als in einem kantonalen Spital tätiger leitender Arzt entfalle der personalrechtliche Anspruch auf finanzielle oder zeitliche Kompensation von Überzeit unter Umständen gänzlich. Dazu legte die Vorinstanz die Grundsätze über die Speisung und Auszahlungen in Zusammenhang mit dem Gesetz des Kantons Zürich vom 12. Juni 2006 über die ärztlichen Zusatzhonorare (Honorargesetz; LS 813.14) dar (vorinstanzliche E. 5.1). Der Beschwerdeführer habe unbestrittenermassen über eine Bewilligung zur

Ausübung einer privatärztlichen Tätigkeit verfügt und habe von den Geldern aus dem aus privatärztlicher Tätigkeit gespeisten Pool profitiert. Mit Blick auf die Sonderregelung für honorarberechtigte Kaderärzte könne der Beschwerdeführer sich daher nicht auf einen personalrechtlichen Anspruch auf Entschädigung für geleistete Überzeit berufen (vorinstanzliche E. 5.2). Auch aus Art. 13 ArG könne er keinen Anspruch auf Entschädigung ableiten, da das ArG in Art. 3 lit. d Personen, die eine höhere leitende Tätigkeit ausübten, vom persönlichen Anwendungsbereich des ArG ausnehme (vorinstanzliche E. 5.3). Ob der Beschwerdeführer unter die Ausnahme von Art. 3 lit. d ArG falle, sei fraglich, könne aber offen bleiben, da er bereits aus anderem Grund keinen Anspruch auf Entschädigung von Überzeit habe (vorinstanzliche E. 5.4). Der Beschwerdeführer behaupte, er habe während der strittigen Zeit ein 100 % Pensum geleistet, mache aber nicht geltend, er habe mehr als 50 Stunden pro Woche gearbeitet. Die nachträgliche Zeiterfassung durch den Beschwerdeführer weise sodann erhebliche Unstimmigkeiten auf und lasse keine durchschnittliche Wochenarbeitszeit von über 45 Stunden erkennen. Zudem gehe aus den Akten hervor, dass er seit Sommer 2009 von der Leistung von ärztlichem Hintergrund- bzw. Nacht- und Notfalldienst befreit gewesen sei, einen ganzen Arbeitstag für seine wissenschaftliche Arbeit zur Verfügung und ab September 2014 an den Wochenenden sowie einen Nachmittag pro Woche frei gehabt habe. Mit den nachträglichen Aufzeichnungen gelinge ihm der Beweis von zu entschädigender Überzeit nicht. Auch könne ihm nicht gefolgt werden, soweit er aus der angeblich unterlassenen Arbeitgeberpflicht zur Arbeitszeiterfassung eine Beweisumkehr ableite. Eine solche sei rechtlich nicht vorgesehen und käme nur bei Beweisvereitelung in Frage, was aber dem USZ nicht vorgeworfen werden könne (vorinstanzliche E. 5.5).

5.

Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, vermag keine Bundesrechtswidrigkeit zu begründen.

5.1. Soweit er geltend macht, die Vorinstanz habe die Ausführungen des USZ in der Rekursantwort vom 8. August 2016 nicht berücksichtigt, kann er nichts zu seinen Gunsten daraus ableiten. Diese belegen gerade, dass er seine Arbeitszeit unzureichend erfasst hat. Insbesondere ist aber damit weder eine ungenügende Begründung des vorinstanzlichen Entscheids im Sinne einer Verletzung des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 BV noch eine willkürliche oder sonstwie gegen eine Norm des Bundesrechts verstossende Sachverhaltsfeststellung (vgl. E. 2.2) nachgewiesen. Namentlich hat die Vorinstanz in für das Bundesgericht verbindlicher Weise festgestellt, dass er trotz (nur während kurzer Zeit nicht gegebenem) Zugang zum Zeiterfassungstool seine Arbeitszeit nicht zuverlässig erfasst hat (vorinstanzliche E. 5.5). Somit kann offen bleiben, ob seine Ausführungen vor Bundesgericht überhaupt den Begründungsanforderungen nach Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG genügen.

5.2. Der Beschwerdeführer vermag nicht aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz das massgebende kantonale Recht willkürlich angewendet haben soll. Dass allenfalls auch eine andere, vielleicht gar überzeugendere Auslegung des Gesetzes möglich wäre, vermag nach konstanter Rechtsprechung keine Willkür zu begründen (E. 2.3). Namentlich ist es sachlich gerechtfertigt und auch üblich, dass Änderungen des Beschäftigungsgrades und des Lohnes einer zumindest schriftlichen Vereinbarung wenn nicht gar einer Verfügung bedürfen. Ebenso wenig ist zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Frage, ob der Beschwerdeführer in seiner Stellung als leitender Arzt als leitender Angestellter im Sinne von Art. 3 lit. d ArG zu gelten habe, offen gelassen hat (vgl. hinsichtlich der Oberärzte [BGE 138 I 356](#)), da nach dem massgebenden Sachverhalt jedenfalls keine zu entschädigenden Überstunden ausgewiesen sind. Aus diesem kann auch keine Verletzung der Arbeitgeberpflicht zur Arbeitszeiterfassung

durch das USZ abgeleitet werden, zumal der Beschwerdeführer vom Arbeitgeber verschiedentlich auf die unzureichend erfasste Arbeitszeit hingewiesen worden ist (vgl. vorinstanzliche E. 5.5). Weiter ist die Feststellung der Vorinstanz, mangels Beweisvereitelung finde entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers keine Beweislastumkehr statt, weder willkürlich noch sonstwie bundesrechtswidrig, finden sich doch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Arbeitgeber - wie vom Beschwerdeführer behauptet - in rechtsmissbräuchlicher Weise die Aufzeichnungen über die Arbeitszeit vernichtet und diesen aktiv an der Zeiterfassung gehindert hätte.

Anzufügen bleibt, dass die Behauptung des Beschwerdeführers (Leistungsfähigkeit von 100 % in der angestammten Tätigkeit als Leitender Arzt), sofern sie zutreffen würde, der zugesprochenen Invalidenrente des Unfallversicherers die Grundlage (zumutbare Arbeitsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit von lediglich 90 %) entziehen würde und diese infolge anfänglicher Unrichtigkeit in Wiedererwägung nach Art. 53 Abs. 2 ATSG gezogen werden müsste.

6.

Das Verfahren ist kostenpflichtig. Der unterliegende Beschwerdeführer hat die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 8. April 2019

Im Namen der I. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Maillard

Die Gerichtsschreiberin: Riedi Hunold