

Rechtsgutachten

betreffend

Empfehlungen des Ombudsmanns vom 31. August 2018; Verwaltungsverfahren Gesundheitsdirektion Leistungsauftrag BEW9: Rechtliche Beurteilungen

zu Händen der
Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich

von
Prof. Dr. Markus Schott
Raphael Wyss

Zürich, 26. April 2019

Publikationsexemplar¹

¹ Das der Gesundheitsdirektion überreichte Gutachten umfasst 23 Seiten. Um das Amtsgeheimnis zu wahren, wurden in diesem Publikationsexemplar die detaillierten Wiedergaben des Inhaltes von Aktenstücken, die genauen Ausführungen des Ombudsmannes sowie deren rechtliche Analyse entfernt. Die Namen involvierter Personen wurden zum Schutz von deren Persönlichkeitsrechten anonymisiert.

Inhaltsverzeichnis

A Sachverhalt	2
B Gutachtensfragen	4
C Ergebnisse.....	4
D Rechtliche Analyse	5
I Rechtliche Schlussfolgerungen des Ombudsmannes	5
1 Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör	5
1.1 Standpunkt des OM	5
1.2 Der Anspruch auf rechtliches Gehör im Allgemeinen	6
1.3 Beurteilung im vorliegenden Fall	6
1.4 Fazit	9
2 Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben.....	9
2.1 Standpunkt des OM	9
2.2 Der Grundsatz von Treu und Glauben im Allgemeinen	10
2.3 Beurteilung im vorliegenden Fall	11
2.4 Fazit	17
3 Verletzung des Rechtsmissbrauchsverbots	17
4 Verletzung des Willkürverbots	18
4.1 Standpunkt des OM	18
4.2 Das Willkürverbot im Allgemeinen	18
4.3 Beurteilung im vorliegenden Fall	19
4.4 Fazit	21
5 Ermessensmissbrauch	21
II Rechtliche Verbindlichkeit und Rechtsfolgen der Empfehlungen der Ombudsperson.....	22

A Sachverhalt

- Am 5. Juli 2016 fand zwischen der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich ("**GD**") und der Universitätsklinik Balgrist ("**Balgrist**") das Jahresgespräch 2016 statt. Dabei informierte der Balgrist die GD darüber, dass der Knochentumorspezialist Prof. Dr. A entlassen werde. Die klinische Tätigkeit von Prof. Dr. A habe zu keinen Klagen Anlass gegeben. Die Entlassung habe andere Gründe. Entsprechend werde sich der Balgrist einem Wechsel von Prof. Dr. A an ein anderes Spital auch nicht in den Weg stellen.²
- Mit Schreiben vom 20. Juli 2016 informierte die GD den Balgrist, dass Zuweiser geltend gemacht hätten, dass die Durchführung von Operationen zur Behandlung von Knochentumoren in der erforderlichen Qualität am Balgrist in Frage gestellt sei, da der für diesen Eingriff spezialisierte Prof. Dr. A keine neuen Patienten mehr annehme. Die GD ersuchte den Balgrist daraufhin, ihr bis am 28. Juli 2016 im Detail darzulegen, wie der Balgrist den Leistungsauftrag BEW9 zur Behandlung von

² [...].

Knochtumoren (der "**Leistungsauftrag BEW9**") nach der Freistellung von Prof. Dr. A in der erforderlichen Qualität erfüllen kann.³

- 3 Der Balgrist nahm mit Schreiben vom 25. Juli 2016 zur Anfrage der GD Stellung. Darin garantierte der Balgrist die Qualität der Erfüllung des Leistungsauftrages BEW9 und übermittelte den Lebenslauf sowie weitere von der GD verlangte Unterlagen betreffend den neu für Knochtumore zuständigen Arzt.
- 4 Die GD trat parallel zum Kontakt mit dem Balgrist auch mit dem Universitätsspital Zürich ("**USZ**") in Kontakt, um abzuklären, ob diesem neben dem Balgrist ein zusätzlicher Leistungsauftrag BEW9 erteilt werden kann, der vorerst bis Ende 2017 befristet wäre.⁴ Das USZ teilte dem GD mit Schreiben vom 3. August 2016 mit, dass es an der Zuteilung des Leistungsauftrages sehr interessiert sei. Die Führung in der Behandlung von Knochtumoren würde Prof. Dr. B übernehmen und bei Bedarf einzelne zusätzliche Spezialisten aus anderen chirurgischen Fächern beiziehen.⁵
- 5 Mit Regierungsratsbeschluss Nr. 799 vom 24. August 2016 ("**RRB 799/2016**") erteilte der Regierungsrat dem USZ einen bis zum 31. Dezember 2017 befristeten Leistungsauftrag BEW9. Der Leistungsauftrag BEW9 des Balgrist wurde weder aufgehoben noch beschränkt.⁶
- 6 In der Folge entwickelte sich zwischen dem Balgrist und der GD eine schriftliche Auseinandersetzung betreffend die Erteilung des Leistungsauftrages an das USZ. Der Balgrist wünschte sich Klärung verschiedener Fragen und Einsicht in die entscheiderelevanten Akten.⁷ Indessen teilte der Balgrist am 24. Oktober 2016 der GD mit, dass er den RRB 799/2016 nicht anfechten werde.⁸
- 7 Am 14. November 2016 wandte sich der Balgrist an den damaligen Ombudsmann des Kantons Zürich ("**OM**"), der ein Ombudsverfahren eröffnete.⁹
- 8 Mit Regierungsratsbeschluss Nr. 746 vom 23. August 2017 ("**RRB 746/2017**") erteilte der Regierungsrat dem USZ einen unbefristeten Leistungsauftrag BEW9.¹⁰
- 9 Der OM schloss das Ombudsverfahren mit der Empfehlung vom 31. August 2018 ab.
- 10 Am 2. Oktober 2018 reichte der Balgrist bei der Geschäftsleitung des Kantonsrates eine Aufsichtseingabe ein und beantragte unter anderem, es sei festzustellen, dass

³ [...].

⁴ [...].

⁵ [...].

⁶ Vgl. RRB 799/2016 vom 24. August 2016, S. 3 und 8.

⁷ [...].

⁸ [...].

⁹ [...].

¹⁰ Vgl. RRB 746/2016 vom 23. August 2017, S. 4 f. und 44 f.

sich die GD bei der Erteilung des befristeten und des unbefristeten Leistungsauftrages BEW9 an das USZ mehrfach widerrechtlich verhalten habe.¹¹

B Gutachtensfragen

- 11 Vor dem geschilderten Hintergrund beantwortet dieses Rechtsgutachten die folgenden Fragen:
- i) Stehen die vom (ehemaligen) Ombudsmann in den Empfehlungen vom 31. August 2018 betreffend Verwaltungsverfahren Gesundheitsdirektion Leistungsauftrag BEW9 getroffenen rechtlichen Schlussfolgerungen (vgl. dort Rz. [...]), wonach die Gesundheitsdirektion
 - (a) das rechtliche Gehör des Balgrist verletzt hat,
 - (b) dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht Rechnung getragen hat,
 - (c) das Rechtsmissbrauchsverbot missachtet hat,
 - (d) willkürlich gehandelt hat und
 - (e) sein Ermessen missbraucht hat,im Einklang mit der diesbezüglichen Lehre und Rechtsprechung?
 - ii) Welches sind die rechtliche Verbindlichkeit und die Rechtsfolgen der Empfehlungen des Ombudsmanns?
- 12 Unsere nachfolgende Analyse stützt sich auf die uns von der GD zur Verfügung gestellten Unterlagen gemäss Anhang zu diesem Gutachten.

C Ergebnisse

- 13 Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Balgrist ist nicht ersichtlich. Es ist zwischen zwei verschiedenen Verfahren zu unterscheiden: Im Verfahren betreffend mögliche Einschränkung bzw. möglichen Entzug des Leistungsauftrages des Balgrist hat ihm die GD das rechtliche Gehör in rechtsgenügender Weise gewährt. Im Verfahren betreffend Erteilung eines zusätzlichen Leistungsauftrages an das USZ kam dem Balgrist keine Parteistellung zu, weshalb diesbezüglich das rechtliche Gehör des Balgrist, das gerade an die Parteistellung geknüpft ist, zum Vornherein nicht verletzt werden konnte.
- 14 Es ist kein Verhalten der GD ersichtlich, welches den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt hätte. Die GD hat ihr Handeln nicht schwankend oder gar widersprüch-

¹¹ [...].

lich begründet. Es lässt sich lediglich feststellen, dass die GD nicht alle dem Entscheid des Regierungsrats zugrundeliegenden Begründungselemente ausführlich gegenüber dem Balgrist kommunizierte, was aber keine Rechtsverletzung darstellt. Ferner ist der Vorwurf nicht rechtsgenügend belegt, dass die GD ihre Begründung nur vorgeschoben habe, es ihr in Wahrheit jedoch um die Verschaffung einer Anstellung von Prof. Dr. A am USZ gegangen sei. Es erscheint im Gegenteil als rechtsgenügend erwiesen, dass GD und Regierungsrat handelten, um die Versorgungssicherheit zu gewährleisten.

- 15 Es ist kein rechtsmissbräuchliches Handeln der GD ersichtlich. Der diesbezügliche Vorwurf des OM gründet auf seiner Sachverhaltsfeststellung, dass es der GD in Wahrheit um die Verschaffung einer Anstellung von Prof. Dr. A am USZ ging. Weil sich diese Feststellung als unzutreffend erweist, entbehrt der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs der tatsächlichen Grundlage.
- 16 Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die GD bei ihren Handlungen in Willkür verfallen sein soll. Weder hat sie in krasser Weise das Rechtsgleichheitsgebot missachtet noch sind ihr bei der Sachverhaltsfeststellung grobe Fehler unterlaufen.
- 17 Der Vorwurf des Ermessensmissbrauchs entbehrt ebenfalls einer tatsächlichen Grundlage. Weder ist eine zweckwidrige, von unsachlichen Gesichtspunkten geleitete Ermessensausübung noch eine Verletzung von Treu und Glauben noch ein Verstoß gegen das Willkürverbot ersichtlich.
- 18 Die Empfehlungen der Ombudsperson zeitigen *per se* keinerlei Rechtsfolgen und sind rechtlich nicht verbindlich oder durchsetzbar. Sie erwachsen insbesondere nicht in formelle oder materielle Rechtskraft.

D Rechtliche Analyse

I Rechtliche Schlussfolgerungen des Ombudsmannes

1 Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör

1.1 Standpunkt des OM

[...]

1.2 Der Anspruch auf rechtliches Gehör im Allgemeinen

- 22 Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft ("BV")¹⁵ lautet: "*Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör*". Damit wird der Anspruch auf rechtliches Gehör als Grundrecht verfassungsrechtlich verankert.

¹⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

Der Gehörsanspruch umfasst das Recht einer Partei, in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren mit ihrem Begehren angehört zu werden, Einblick in die Akten zu erhalten und zu den für die Entscheidung wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können, bevor der Entscheid gefällt wird.¹⁶

- 23 Damit eine Person sich auf Art. 29 Abs. 2 BV berufen kann, muss sie Parteistellung im betreffenden Verfahren haben. Die BV verlangt, dass die Parteistellung mindestens jenen Personen zukommt, deren Rechte oder Pflichten ein Rechtsanwendungsakt berühren soll, d.h. deren Rechtsstellung durch den Entscheid unmittelbar betroffen wird.¹⁷

1.3 Beurteilung im vorliegenden Fall

[...]

1.4 Fazit

- 29 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass keine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Balgrist ersichtlich ist. Im Verfahren betreffend mögliche Einschränkung bzw. möglichen Entzug seines eigenen Leistungsauftrages BEW9 hat die GD das rechtliche Gehör in rechtsgenügender Weise gewährt. Im Verfahren betreffend Erteilung eines zusätzlichen Leistungsauftrages an das USZ kam dem Balgrist keine Parteistellung zu, weshalb diesbezüglich das rechtliche Gehör des Balgrist, das gerade an die Parteistellung geknüpft ist, zum Vornherein nicht verletzt werden konnte.
- 30 Eine freiwillige Befolgung der Empfehlung Nr. 3 des OM ("[...]")²⁸ würde dazu führen, dass in den Verfahren betreffend Spitallisten zahlreichen Dritten eine faktische Parteistellung eingeräumt werden müsste. Dies widerspräche der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und würde beträchtliche zusätzliche Ressourcen in Anspruch nehmen.

2 Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben

2.1 Standpunkt des OM

[...]

2.2 Der Grundsatz von Treu und Glauben im Allgemeinen

- 36 Das Gebot von Treu und Glauben wird in der Bundesverfassung an zwei Stellen ausdrücklich verankert. Art. 9 BV lautet: "*Jede Person hat Anspruch darauf, von*

¹⁶ Vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Auflage Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 836; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 1002.

¹⁷ Vgl. BERNHARD WALDMANN, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (zit.: BSK), N 11 zu Art. 29 BV; GEROLD STEINMANN, in: Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer J. Schweizer, Klaus A. Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3. Auflage Zürich 2014 (zit.: SGK), N 46 zu Art. 29 BV; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage Bern 2014, § 30 N 38; BGE 134 I 140, E. 5.3; BGE 127 I 54, E. 2.b.

²⁸ [...].

den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden." Art. 5 Abs. 3 BV lautet: "*Staatliche Organe und Private handeln nach Treu und Glauben.*" Im Rahmen von Art. 9 BV bildet das Treuegebot ein Grundrecht des Einzelnen, das direkt durchsetzbar ist. Art. 5 Abs. 3 BV stellt dagegen einen blossen Verfassungsgrundsatz dar.³⁵

- 37 Der Grundsatz von Treu und Glauben gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr. Er beinhaltet folgende Teilgehalte:
- a) Grundsatz des Vertrauensschutzes, wonach der Einzelne Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusagen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden hat;
 - b) Verbot des Rechtsmissbrauchs, wonach ein Rechtsinstitut nicht zweckwidrig zur Verfolgung von Interessen verwendet werden darf, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will;
 - c) Verbot des widersprüchlichen Verhaltens, wonach staatliches Handeln in sich kohärent sein muss und (i) eine bestimmte Behörde einen (ii) in einem konkreten Verfahren (iii) verbindlich eingenommenen Standpunkt (iv) nicht ohne sachlichen Grund wechseln darf.³⁶

2.3 Beurteilung im vorliegenden Fall

[...]

2.4 Fazit

- 50 Eine schwankende oder gar widersprüchliche Begründung seitens der GD oder des Regierungsrates zur Begründung der Erteilung des Leistungsauftrages BEW9 an das USZ ist nicht ersichtlich. Es lässt sich lediglich feststellen, dass die GD nicht alle Elemente der Begründung ausführlich kommunizierte. Eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben ergibt sich daraus jedoch nicht.
- 51 Ferner lässt sich anhand der zur Verfügung stehenden Unterlagen der Vorwurf nicht beweisen, dass die GD die angeführten Begründungen nur vorgeschoben habe, es ihr in Wahrheit jedoch um die Verschaffung einer Anstellung von Prof. Dr. A am USZ gegangen sei. Aufgrund der zur Verfügung stehenden Unterlagen erscheint es im Gegenteil gerade als überwiegend wahrscheinlich und damit als rechtsgenügend erwiesen, dass GD und Regierungsrat handelten, um die Versorgungssicherheit zu gewährleisten. Entsprechend erweist sich die Feststellung des OM, dass die GD in dieser Hinsicht treuwidrig gehandelt habe, als nicht stichhaltig.

³⁵ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 15), Rz. 821 f.; TSCHANNEN et al. (Fn. 16), § 22 N 1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 15), Rz. 622 f.

³⁶ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 15), 820 und 823; TSCHANNEN et al. (Fn. 16), § 22 N 2, 3, 21 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 15), Rz. 620 f., 624, 712 ff.

- 52 Ein Verhalten der GD, welches dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht Rechnung getragen hätte, ist somit nicht ersichtlich.

3 Verletzung des Rechtsmissbrauchsverbots

- 53 In seiner Empfehlung hält der OM fest, dass die GD das Rechtsmissbrauchsverbot⁵⁰ missachtet habe.⁵¹ Der OM gelangt wie folgt zu diesem Schluss:

[...]

- 55 Wie bereits mit Blick auf eine angebliche Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben dargelegt (vgl. vorne, Rz. 43 ff.), kann das angeblich primäre Ziel einer Beschäftigung von Prof. Dr. A am USZ aufgrund der verfügbaren Beweismittel nicht belegt werden, und es erscheint gerade das Gegenteil, nämlich dass es der GD tatsächlich um die Sicherstellung der Versorgungssicherheit ging, als überwiegend wahrscheinlich. Damit entbehrt der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs einer Grundlage und erweist sich folglich als unzutreffend.

4 Verletzung des Willkürverbots

4.1 Standpunkt des OM

[...]

4.2 Das Willkürverbot im Allgemeinen

- 59 Willkür im Sinne von Art. 9 BV (zum Wortlaut vgl. vorne, Rz. 36) liegt erst vor, wenn ein Entscheid offensichtlich unhaltbar ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn er *"zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft."*⁵⁵ Es genügt nicht, dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar als zutreffender erscheint. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch dessen Ergebnis unhaltbar ist.⁵⁶

- 60 Willkürliche Rechtsanwendung wird in folgenden Fällen angenommen:⁵⁷

- a) Grobe Fehler in der Sachverhaltsermittlung wie beispielsweise das Ausserachtlassen entscheidender Tatsachen;⁵⁸ Abstellen auf eines von zwei widerstrebenden Parteigutachten ohne Einholen eines neutralen Gutachtens;⁵⁹

⁵⁰ Zum Rechtsmissbrauchsverbot im Allgemeinen vgl. vorne, Rz. 36 und 37 b).

⁵¹ [...].

⁵⁵ Vgl. statt vieler BGE 141 I 70, E. 2.2; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 15), Rz. 605 für zahlreiche weitere Hinweise auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

⁵⁶ Vgl. statt vieler BGE 141 I 70, E. 2.2; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 15), Rz. 605 für zahlreiche weitere Hinweise auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

⁵⁷ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 15), Rz. 606.

⁵⁸ Vgl. z.B. BGE 130 III 87, E. 3.3; BGE 128 I 129, E. 3.2.

⁵⁹ Vgl. BGE 132 III 83, E. 3.5.

offensichtlich falsche Tatsachenfeststellungen bzw. willkürliche Beweiswürdigung.⁶⁰ Bei der Beweiswürdigung besteht ein weiter Ermessensspielraum. Sie ist nicht schon dann willkürlich, wenn gezogene Schlüsse nicht mit der Darstellung einer Partei übereinstimmen. Die tatsächlichen Feststellungen müssen offensichtlich falsch sein oder auf einem offenbaren Versehen beruhen, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen, in entscheidender Hinsicht widersprüchlich sein, oder ohne jede Beweisgrundlage getroffen worden sein;⁶¹

- b) Offensichtliche Gesetzesverletzungen;
- c) Offensichtliche Missachtung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes oder des tragenden Grundgedankens eines Gesetzes;
- d) Grobe Ermessensfehler: offensichtliche Unverhältnismässigkeit, d.h. wenn eine staatliche Massnahme offensichtlich nicht geeignet, erforderlich oder zumutbar ist;⁶²
- e) Innerer, nicht auflösbarer Widerspruch eines Entscheides;
- f) Stossender Widerspruch zum Gerechtigkeitsgedanken: Das Bundesgericht beruft sich nur selten auf diese Begründung.⁶³ Beispielsweise kann dies bei einer konfiskatorischen Besteuerung der Fall sein.⁶⁴ Auch stellt es nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine krasse Verletzung des Gerechtigkeitsgedankens dar, wenn einer Frau die Niederlassungsbewilligung wegen einer Situation entzogen würde, in die sie ausschliesslich durch grösste Verletzung der ehelichen Pflichten ihres Ehemannes geraten ist, während er selber weiterhin die Niederlassungsbewilligung hat und auch die gemeinsamen Kinder behält.⁶⁵

4.3 Beurteilung im vorliegenden Fall

[...]

4.4 Fazit

- 66 Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die GD bei ihren Handlungen in Willkür verfallen sein soll. Weder hat sie in krasser Weise das Rechtsgleichheitsgebot missachtet noch sind ihr bei der Sachverhaltsfeststellung grobe Fehler unterlaufen.

⁶⁰ Vgl. z.B. BGE 138 V 74, E. 8.3.

⁶¹ Vgl. BGer 1P.109/2000 vom 26. April 2000, E. 1.e; BGE 118 Ia 28, E. 1.b; BGE 116 Ia 85, E. 2.b; BGE 135 III 513, E. 4.3; BGE 135 II 356, E. 4.2.1.

⁶² Vgl. BGE 133 I 145, E. 4.2; FELIX UHLMANN, Das Willkürverbot (Art. 9 BV), Habil. (Universität Basel) Bern 2005, S. 39.

⁶³ Vgl. UHLMANN (Fn. 61), S. 62.

⁶⁴ Vgl. BGE 106 Ia 342, E. 6.c.

⁶⁵ Vgl. BGE 112 Ib 473, E. 5.d.

5 Ermessensmissbrauch

- 67 In seiner Empfehlung hält der OM fest, dass die GD ihr Ermessen missbraucht habe.⁶⁹ Der OM gelangt wie folgt zu diesem Schluss:

[...]

- 69 Im Allgemeinen liegt ein Ermessensmissbrauch vor, wenn das Ermessen nach unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Gesichtspunkten ausgeübt wird oder allgemeine Rechtsprinzipien wie das Willkürverbot, das Rechtsgleichheitsgebot, das Gebot von Treu und Glauben oder der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt werden.⁷¹
- 70 [...] [Damit] entbehrt der Vorwurf der zweckwidrigen Ermessensausübung durch die GD einer tatsächlichen Grundlage. Auch eine Verletzung von Treu und Glauben (vgl. vorne, Rz. 38 ff.) oder ein Verstoss gegen das Willkürverbot (vgl. vorne, Rz. 61 ff.) sind nicht ersichtlich. Der Vorwurf des Ermessensmissbrauchs entbehrt somit ebenfalls einer tatsächlichen Grundlage.

II Rechtliche Verbindlichkeit und Rechtsfolgen der Empfehlungen der Ombudsperson

- 71 Gemäss § 93 Satz 1 VRG ist die Ombudsperson nicht befugt, Anordnungen zu treffen. In der Terminologie des VRG entspricht die Anordnung grundsätzlich dem sonst im Verwaltungsrecht verwendeten Begriff der Verfügung, meint aber jedenfalls einen verbindlichen und erzwingbaren Hoheitsakt.⁷² Die Ombudsperson hat also keine Entscheidungsgewalt und kann keine rechtsverbindlichen und erzwingbaren Akte setzen.⁷³ Bei den Verfahren der Ombudsperson handelt es sich denn auch nicht um Rechtsstreitigkeiten, die der Rechtsweggarantie unterliegen würden.⁷⁴ Ihre Handlungen erwachsen nicht in formelle oder materielle Rechtskraft.⁷⁵ Wäre dem anders, müssten die Empfehlungen der Ombudsperson grundsätzlich gerichtlich überprüfbar sein.
- 72 Damit können die Akte der Ombudsperson, insbesondere eine schriftliche Empfehlung, keine Rechtsfolgen zeitigen und sind nicht durchsetzbar. Die Ombudsperson kann das Verhalten der von ihr überprüften Behörde nicht mit verbindlicher Wirkung beeinflussen.⁷⁶ Eine Empfehlung der Ombudsperson entfaltet somit für sich

⁶⁹ [...].

⁷¹ Vgl. BGE 141 V 365, E. 1.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 15), Rz. 434; TSCHANNEN et al. (Fn. 16), § 26 N 18.

⁷² Vgl. VRG-Kommentar (Fn. 26), N 13 ff. bei den Vorbemerkungen zu §§ 4-31 VRG.

⁷³ Vgl. VRG-Kommentar (Fn. 26), N 4 und 16 zu den Vorbemerkungen zu §§ 87-94a VRG, N 1 und 7 zu § 93 VRG; ABL-ZH 1976, S. 982 f.

⁷⁴ Vgl. VRG-Kommentar (Fn. 26), N 17 zu § 93 VRG.

⁷⁵ Vgl. CYRIL HEGNAUER, in: Ombudsmann des Kantons Zürich (Hrsg.), 25 Jahre Ombudsmann/Ombudsperson des Kantons Zürich – Festschrift zum Jubiläum 1977-2002, S. 119.

⁷⁶ Vgl. VRG-Kommentar (Fn. 26), N 1 zu § 93 VRG.

alleine genommen keine irgendwie gearteten Rechtswirkungen wie etwa eine Bindung der betreffenden oder einer anderen Behörde an die Feststellungen der Ombudsperson.

* * *

Zürich, 26. April 2019

Prof. Dr. Markus Schott

Raphael Wyss

Anhang: Von der Gesundheitsdirektion zur Verfügung gestellte Unterlagen

1. [...]

2. [...]

3. [...]

4. [...]

5. [...]

6. [...]

7. [...]