

*Auf eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde ist das Bundesgericht am 2. Februar 2015 nicht eingetreten (4A\_565/2014).*

**100.2014.136U**

HAT/RAP

## **Verwaltungsgericht des Kantons Bern**

Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 19. August 2014**

Verwaltungsrichter Häberli  
Gerichtsschreiberin Gschwind

**A.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch Rechtsanwalt ...  
Beschwerdeführerin



\_\_\_\_\_ gegen

### **Stiftung Inseletpital**

handelnd durch ihre statutarischen Organe, Freiburgstrasse 18, 3010 Bern  
vertreten durch Fürsprecher ...

Beschwerdegegnerin

betreffend Spitalhaftung; Ablehnung des Administrativgutachters (Zwischenverfügung der Stiftung Inseletpital vom 11. April 2014)

## **Sachverhalt:**

### **A.**

A.\_\_\_\_\_ wurde am 18. Januar 2000 wegen einer epileptischen Erkrankung im Inselspital Bern am Gehirn operiert, wobei sie eine linksseitige Hemiparese (Halbseitenlähmung) erlitt. Nachdem sie mit der Stiftung Inselspital mehrjährige aussergerichtliche Verhandlungen über Schadenersatz- und Genugtuungsleistungen geführt hatte, einigten sich die Beteiligten anfangs 2008 darauf, bei Dr. B.\_\_\_\_\_, Medizinischer Direktor des ..., und bei Dr. C.\_\_\_\_\_, ehemals leitender Arzt der Neurochirurgie am ..., je ein medizinisches Gutachten einzuholen. Gemäss den hierauf ergangenen (Teil-)Gutachten vom 14. April bzw. 20. Mai 2008 war die Operation notwendig und gab es keine anderen therapeutischen Optionen. Nach Auffassung der Gutachter lag das Risiko einer Hemiparese bei rund 2 % und sind die Operation sowie die Diagnose und Behandlung «lege artis» durchgeführt worden. Die Folgediskussion zwischen den Beteiligten brachte keine Einigung. Am 15. Oktober 2009 stellte A.\_\_\_\_\_ ein Gesuch um Schadenersatz und Genugtuung, das die Stiftung Inselspital mit Verfügung vom 18. November 2010 abwies. Hiergegen gelangte A.\_\_\_\_\_ an das Verwaltungsgericht, das ihre Beschwerde am 14. November 2011 teilweise guthiess, die angefochtene Verfügung aufhob und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an die Stiftung Inselspital zurückwies. Das Verwaltungsgericht kam zum Schluss, die Stiftung Inselspital habe für beweisbedürftige medizinische Sachverhalte unter Verweigerung des geforderten Sachverständigenbeweises unzulässigerweise allein auf vorprozessuale Privat- bzw. Parteigutachten abgestellt (VGE 2010/493, publ. in BVR 2012 S. 252).

### **B.**

In der Folge nahm die Stiftung Inselspital das Verfahren wieder auf. Sie teilte A.\_\_\_\_\_ am 16. Februar 2012 mit, Dr. B.\_\_\_\_\_ und Dr. C.\_\_\_\_\_ würden «neu als gerichtliche Experten eingesetzt». A.\_\_\_\_\_ lehnte indes beide Sachverständige wegen Vorbefassung ab. Die von der Stiftung Inselspital verfügte Abweisung dieses Ablehnungsbegehrens focht A.\_\_\_\_\_ erfolgreich beim Verwaltungsgericht an, das die Zwischenverfügung vom 1. Mai 2012 aufhob und dem Ablehnungsbegehren gegen Dr. B.\_\_\_\_\_ und Dr. C.\_\_\_\_\_ stattgab. Die beiden

Experten hätten als Administrativgutachter genau jene Fragen zu beantworten, zu denen sie sich als Privatgutachter bereits ausführlich geäußert haben, weshalb sie in ihrer Meinungsbildung nicht mehr frei erscheinen würden (VGE 2012/178 vom 7.1.2013).

**C.**

Die Stiftung Inselspital erwog alsdann, Prof. Dr. D.\_\_\_\_\_, Chefarzt der Universitätsklinik für Neurochirurgie am ..., als Administrativgutachter einzusetzen. Mit prozessleitender Verfügung vom 8. Mai 2013 gab sie A.\_\_\_\_\_ Gelegenheit, zu dessen Person und zum entworfenen Fragenkatalog Stellung zu nehmen. A.\_\_\_\_\_ liess sich am 12. Juni 2013 vernehmen und wurde am 18. September 2013 aufgefordert, innert Frist allfällige Ablehnungsgründe substantiiert vorzutragen. Darauf reagierte A.\_\_\_\_\_ mit Eingaben vom 22. und 23. Oktober 2013, welche die Stiftung Inselspital als Ablehnungsbegehren entgegennahm, das sie mit Zwischenverfügung vom 11. April 2014 alsdann abwies.

**D.**

Dagegen hat A.\_\_\_\_\_ am 14. Mai 2014 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit dem Antrag, die Verfügung vom 11. April 2014 sei «nichtig zu erklären bzw. aufzuheben». Die Stiftung Inselspital schliesst in ihrer Beschwerdeantwort vom 17. Juli 2014 auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

## **Erwägungen:**

### **1.**

**1.1** Angefochten ist eine Zwischenverfügung, mit welcher die Stiftung Inselspital das Ablehnungsbegehren der Beschwerdeführerin abgewiesen hat. Zwischenverfügungen unterliegen demselben Rechtsmittel wie der Entscheid in der Sache selber (Umkehrschluss aus Art. 75 Bst. a des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]). In der Hauptsache geht es um Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche aufgrund eines chirurgischen Eingriffs im Inselspital Bern. Da gegen die insoweit zu treffende Verfügung die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig ist (vgl. Art. 74 ff. VRPG; Art. 104a Abs. 2 des Personalgesetzes vom 16. September 2004 [PG; BSG 153.01]), steht sie auch gegen die streitige Zwischenverfügung offen. Zwischenverfügungen über den Ausstand und die Ablehnung sind selbständig anfechtbar (Art. 74 Abs. 3 i.V.m. Art. 61 Abs. 2 VRPG). Das Verwaltungsgericht ist somit für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

**1.2** Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch die Abweisung ihres Ablehnungsbegehrens besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Zwischenverfügung (vgl. Art. 79 Abs. 1 VRPG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

**1.3** Das Verwaltungsgericht überprüft die angefochtene Zwischenverfügung auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG).

**1.4** Die Mitglieder des Verwaltungsgerichts behandeln als Einzelrichterinnen oder Einzelrichter Beschwerden gegen Zwischenverfügungen (Art. 57 Abs. 2 Bst. b des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

### **2.**

Zunächst stellt die Beschwerdeführerin den Verfahrensantrag, es seien die Akten zu vervollständigen bzw. die «gesamten, insbesondere auch die von der

E.\_\_\_\_\_Versicherung bearbeiteten Daten unter Vollständigkeitserklärung beizuziehen» und ihr nach Einsicht in diese Akten Gelegenheit zu erneuter Stellungnahme zu gewähren. – Anfechtungs- und Streitgegenstand des Rechtsmittelverfahrens bildet allein die Ablehnung des für die Erstattung eines Administrativgutachtens vorgesehenen Sachverständigen. Weshalb für die Beurteilung dieser Streitfrage der Beizug weiterer Akten erforderlich wäre, ist weder ersichtlich noch (nachvollziehbar) dargetan. Im Übrigen ist unklar, was die Beschwerdeführerin mit den «von der E.\_\_\_\_\_Versicherung bearbeiteten Daten» genau meint. Soweit sie damit auf von der Haftpflichtversicherung der Stiftung Inselspital selber eingeholte, für die Entscheidungsfindung relevante Dokumente mit medizinischem Inhalt abzielt, ist deren Edition bereits im ersten Rechtsgang verbindlich angeordnet worden (vgl. BVR 2012 S. 252 E. 3.4.1 f. und 3.5.2). Soweit sie aber jene Akten meint, welche die Haftpflichtversicherung im Zusammenhang mit dem Staatshaftungsverfahren für ihren eigenen Gebrauch angelegt hat, wäre ein Beizug – sofern überhaupt zulässig – jedenfalls unnütz: Es handelt sich dabei um Dokumente einer Dritten, die über keinen besonderen Sachverstand verfügt und nur mittelbar in das von der Stiftung Inselspital als Behörde zu führende Gesuchsverfahren involviert ist; solche Unterlagen taugen nicht als Erkenntnisquelle für den Entscheid, der in der Hauptsache zu fällen ist, und gehören deshalb nicht in die Verfahrensakten (zur Aktenführungspflicht vgl. BVR 2012 S. 252 E. 3.3.5 mit Hinweisen). Der Antrag auf Beizug weiterer «Daten» bzw. von (unbestimmten) Unterlagen der Haftpflichtversicherung wird deshalb abgewiesen, womit es sich erübrigt, der Beschwerdeführerin, die bereits mehrmals Einsicht in die gesamten Akten des Staatshaftungsverfahrens genommen hat, erneut Akteneinsicht zu gewähren. Weiter braucht der Beschwerdeführerin bei diesen Gegebenheiten nicht (ausdrücklich) Gelegenheit zur Einreichung einer weiteren Eingabe gewährt zu werden. Das verfassungsrechtliche Replikrecht (vgl. BGE 138 I 484 E. 2.2 und 2.4 mit Hinweisen; VGE 2010/40 vom 6.7.2010, E. 4.3.2) ist gewahrt worden, indem die Ausfällung des vorliegenden Urteils mehr als vier Wochen nach der Zustellung der Beschwerdeantwort erfolgt (vgl. BGer 6B\_629/2010 vom 25.11.2010, E. 3.3.2; vgl. auch BGer 1B\_407/2012 vom 21.9.2012, E. 2.2 und 3).

### 3.

Streitig ist, ob Prof. Dr. D.\_\_\_\_\_ im Staatshaftungsverfahren betreffend die Operation vom 18. Januar 2000 als Sachverständiger wirken darf.

**3.1** Massgebend ist insoweit die Regelung von Ausstand und Ablehnung in Art. 9 VRPG, da für Sachverständige grundsätzlich die gleichen Ausstands- und Ablehnungsgründe wie für Richterinnen und Richter gelten (Art. 9 Abs. 5 sowie Art. 19 Abs. 1 Bst. g und Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 183 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272]; VGE 2012/178 vom 7.1.2013, E. 2.2, 21581 vom 9.11.2010, E. 4.2; vgl. auch BGE 137 V 210 E. 2.1.3, 133 II 384 E. 4.1, 125 II 541 E. 4a; BGer 6B\_258/2011 vom 22.8.2011, E. 1.3.1). Die Ablehnung von Prof. D. \_\_\_\_\_ ist mithin gerechtfertigt, wenn einer der Ausstandsgründe gemäss Art. 9 Abs. 1 VRPG vorliegt, er also in der Sache ein persönliches Interesse hat (Bst. a), an einem Vorentscheid mitgewirkt hat (Bst. b), mit einer Partei verwandt, verschwägert oder durch Ehe, Kindesannahme, eingetragene Partnerschaft oder faktische Lebensgemeinschaft verbunden ist (Bst. c), eines gesetzlichen Erfordernisses für das Amt verlustig geht (Bst. d), eine Partei vertritt oder für eine Partei in der gleichen Sache tätig war (Bst. e) oder aus andern Gründen in der Sache befangen sein könnte (Bst. f). Letztere Generalklausel erfasst nach der Praxis des Verwaltungsgerichts namentlich Eigeninteressen, Vorbefassungen, enge Beziehungen und Interessenbindungen, die keinen anderen Ausstandsgrund erfüllen, aufgrund der konkreten Umstände aber doch auf mangelnde Unparteilichkeit schliessen lassen. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten persönlichen Verhalten oder in gewissen funktionellen und organisatorischen Gegebenheiten begründet sein, wobei nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen ist, sondern das Misstrauen in objektiver Weise begründet erscheinen muss (BVR 2011 S. 128 E. 2.2, 2006 S. 193 E. 3.2; VGE 2013/209 vom 18.12.2013, E. 2.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 9 N. 15). Bei der Auslegung der Ausstands- und Ablehnungsgründe gemäss Art. 9 Abs. 1 VRPG ist auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den verfassungsrechtlichen Minimalanforderungen gemäss Art. 29 und Art. 30 der Bundesverfassung (BV; SR 101) bzw. Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101) zu berücksichtigen (vgl. etwa BGE 136 I 207 E. 3.1, 114 Ia 50 E. 3).

**3.2** Die Beschwerdeführerin beruft sich auf keinen der dargestellten gesetzlichen Ausstandsgründe und stützt ihre Ablehnung nicht auf konkrete Einwände gegen die Person von Prof. D. \_\_\_\_\_. In Bezug auf den Sachverständigen persönlich bringt sie einzig vor, die Beantwortung der offenen medizinischen Fragen setze ein anderes Fachgebiet als die Neurochirurgie voraus (Beschwerde, S. 4 f.). Nachdem die streitige Haftung im Zusammenhang mit einer Operation am Gehirn steht, ist indes nicht

ersichtlich, weshalb Prof. D.\_\_\_\_\_ mit Blick auf seine Spezialisierung als Sachverständiger ungeeignet sein sollte. Falls er als Neurochirurg nicht abschliessend zu allen entscheidungswesentlichen Sachverhaltsfragen Stellung nehmen kann, wird die Stiftung Inselspital weitere Abklärungen zu treffen haben; ob und inwieweit dies zutrifft, wird sich nach Erstellung des einzuholenden Gutachtens weisen. Zudem steht die berufliche Qualifikation von Prof. D.\_\_\_\_\_, der als ordentlicher Professor an der ... und Direktor der Neurochirurgischen Klinik des Universitätsspitals ... wirkt, ausser Frage. Allerdings würde mangelnde Sachkunde ohnehin keinen Ablehnungsgrund darstellen, sondern lediglich die Beweiskraft der Schlussfolgerungen des Sachverständigen in Frage stellen (vgl. VGE 18872 vom 1.7.1993, E. 2b; vgl. auch Annette Dolge in Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 183 ZPO N. 25). Ferner ist nicht ersichtlich, inwiefern Prof. D.\_\_\_\_\_ als befangen erscheinen könnte, wobei er als Sachverständiger ohnehin verpflichtet wäre, der Behörde allfällige Ausstandsgründe von sich aus zu offenbaren (vgl. etwa Annette Dolge, a.a.O., Art. 183 ZPO N. 20). In der prozessleitenden Verfügung vom 18. September 2013 hat die Stiftung Inselspital ausdrücklich festgehalten, dass zwischen ihr und Prof. D.\_\_\_\_\_ «keine Verflechtungen» bestünden (act. 5A, pag. 510); es steht der Beschwerdeführerin allerdings frei, in den Katalog der Gutachterfragen auch solche zu allfälligen beruflichen Kontakten zwischen Prof. D.\_\_\_\_\_ und dem Inselspital aufnehmen zu lassen. Objektive Gründe für die Befürchtung der Beschwerdeführerin, die Wahl des Sachverständigen sei auf ein «nicht neutrales und parteiisches Ergebnis ausgerichtet» (Beschwerde, S. 4), sind weder ersichtlich noch dargetan. Insbesondere besteht kein Anlass, eine «parteiische Beeinflussung» des Verfahrens durch die Haftpflichtversicherung zu befürchten (Beschwerde, S. 7 f. und 12). Es wurde im ersten Rechtsgang klargestellt, dass das Instruktionsverfahren von der Stiftung Inselspital und nicht mehr von der Haftpflichtversicherung zu führen ist (BVR 2012 S. 252 ff., insb. E. 3.5.2). Zudem stellt deren anfänglich stärkere Beteiligung an der Sachverhaltsabklärung kein Indiz für eine ungebührliche Einmischung dar, sondern war dem Umstand geschuldet, dass die Beschwerdeführerin und die Stiftung Inselspital damals in rein informellem Kontakt standen. Ein Einbezug der Haftpflichtversicherung in einer solchen Phase aussergerichtlicher Verhandlungen war nicht unüblich und erscheint aus damaliger Sicht unproblematisch. Es gilt insoweit zu bedenken, dass der Stiftung Inselspital erst Jahre nach dem Zeitpunkt, in dem die Beschwerdeführerin an sie herangetreten ist, gesetzlich die Aufgabe zur verfügungsweisen Beurteilung von Schadenersatzgesuchen übertragen wurde (vgl. BVR 2012 S. 252 E. 1.1.1 f.). Nachdem keinerlei Hinweise bestehen, dass bei

Prof. D. \_\_\_\_\_ ein gesetzlicher Ausstandsgrund vorliegen könnte, hat die Vorinstanz das Ablehnungsbegehren zu Recht abgewiesen.

**3.3** Was die Beschwerdeführerin ansonsten gegen die angefochtene Verfügung vorbringt, ist unbehelflich: Wie bereits im ersten Rechtsgang dargelegt, obliegt der Stiftung Inselspital die Verfahrensinstruktion von Amtes wegen; weil sie insoweit Behördenstellung hat, muss sie von sich aus alles Erforderliche vorkehren, um das Verfahren der Erledigung zuzuführen. Dabei hat sie insbesondere den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 18 Abs. 1 VRPG). Zwar trifft private Gesuchsteller eine Mitwirkungspflicht (vgl. Art. 20 VRPG), aber die Stiftung Inselspital ist deswegen nicht an Vorbringen und Beweisanträge der Beschwerdeführerin gebunden; sie darf und muss selber darüber entscheiden, auf welche Art und Weise und in welcher Abfolge sie ihren gesetzlichen Pflichten nachkommen will (BVR 2012 S. 252 E. 3.3.1). Insbesondere unterliegt sie keiner Verpflichtung, unverzüglich über gestellte Verfahrensanträge zu entscheiden. Sie kann vielmehr die Ergebnisse des Instruktionsverfahrens abwarten und erst in dessen weiterem Verlauf über Anträge der Beschwerdeführerin befinden oder solche gar erst im Rahmen des Entscheids in der Hauptsache abweisen. Zwar hat sie Beweisanträge zum rechtserheblichen Sachverhalt zu berücksichtigen (BVR 2012 S. 252 E. 3.3.3), was der Beschwerdeführerin indes keinen Anspruch darauf vermittelt, dass darüber vorgängig entschieden wird. Es ist erst mit Beschwerde gegen den Endentscheid geltend zu machen, der Sachverhalt sei ungenügend abgeklärt oder es seien Anträge der Beschwerdeführerin zu Unrecht abgewiesen worden. Mithin stellt es keine Verletzung von Verfahrensrechten bzw. von Gehörsansprüchen dar, wenn die Stiftung Inselspital bisher noch nicht über alle Verfahrens- und Beweisanträge der Beschwerdeführerin, sondern vorab über deren Ablehnungsbegehren entschieden hat. Ferner ist nicht ersichtlich, inwiefern das Datenschutzrecht im vorliegenden Zusammenhang relevant sein könnte; auf die (schwer verständlichen) Ausführungen der Beschwerdeführerin zu datenschutzrechtlichen Fragestellungen (Beschwerde, S. 8 ff.) ist daher nicht weiter einzugehen. Schliesslich kann auf die Erwägungen des Verwaltungsgerichts im ersten Rechtsgang verwiesen werden, soweit die Beschwerdeführerin – erneut – die Rolle der Stiftung Inselspital als verfügende Behörde kritisiert (vgl. BVR 2012 S. 252 E. 3.6).

#### 4.

**4.1** Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 und 3 VRPG).

**4.2** Das vorliegende Urteil über einen vorinstanzlichen Zwischenentscheid schliesst das Verfahren nicht ab und gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ebenfalls als Zwischenentscheid (BGE 133 V 477 E. 4.1.3, 136 V 156 nicht publ. E. 1.2 [BGer 8C\_699/2009 vom 22.4.2010]). Gegen selbständig eröffnete Zwischenentscheide über Ausstandsbegehren ist die Beschwerde beim Bundesgericht zulässig (Art. 92 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]). Diese Entscheide können später nicht mehr angefochten werden (Art. 92 Abs. 2 BGG; vgl. in Bezug auf Sachverständige BGer 2C\_991/2011 und 2C\_992/2011 vom 18.7.2012, E. 1.3 mit Hinweisen). Dabei steht das gleiche Rechtsmittel wie in der Hauptsache offen (BGE 133 III 645 E. 2.2). Entscheide letzter kantonaler Instanzen über Verantwortlichkeitsansprüche aus Spitalhaftung unterliegen der Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG (vgl. Art. 72 Abs. 2 Bst. b BGG; BGE 133 III 462 E. 2.1). Da die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.-- nach Art. 74 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 51 Abs. 1 Bst. c BGG erreicht ist, ist auf dieses Rechtsmittel hinzuweisen.

#### **Demnach entscheidet der Einzelrichter:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'500.--, werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

4. Zu eröffnen:

- der Beschwerdeführerin
- der Beschwerdegegnerin

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden. Der Streitwert im Sinn von Art. 51 ff. BGG liegt über Fr. 30'000.--.