

100.2018.273U
STN/SES/ROS

Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 27. April 2020

Verwaltungsrichter Häberli, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichter Daum, Verwaltungsrichter Keller,
Verwaltungsrichter Rolli, Verwaltungsrichter Stohner
Gerichtsschreiberin Seiler

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt ...
Beschwerdeführer

gegen

Spitäler B. _____ AG
handelnd durch die statutarischen Organe
vertreten durch Fürsprecher ...
Beschwerdegegnerin

betreffend Spitalhaftung (Verfügung der Spitäler B. _____ AG vom
23. Juli 2018)



Sachverhalt:

A.

A._____ unterzog sich aufgrund langjähriger und starker Schmerzen im lumbalen Bereich am Spital C._____ (Teil der Spitäler B._____ AG) einer sog. Neuromodulation mit Implantation eines Rückenmarkstimulators. Am 25. Juni 2007 wurden Elektroden für eine Testphase eingesetzt, die nur teilweise funktionierten. Am 9. Juli 2007 wurden sie ersatzlos entfernt. Beide Eingriffe erfolgten ambulant.

B.

Nach gescheiterten Vergleichsverhandlungen verlangte A._____ mit Eingabe vom 6. Februar 2015 bei der B._____ AG die Ausrichtung einer Genugtuung von Fr. 20'000.-- (zzgl. Zinsen von 5 % seit 25.6.2007) sowie von Schadenersatz von Fr. 10'568.-- (zzgl. Zinsen von 5 % seit 2.9.2007). Weiter verlangte er unter dem Titel vorprozessuale Anwaltskosten eine Zahlung von Fr. 25'279.95 (zzgl. Zinsen von 5 % seit 14.5.2011). Mit Verfügung vom 23. Juli 2018 wies die Spitäler B._____ AG die Begehren von A._____ ab, soweit sie darauf eintrat.

C.

Dagegen hat A._____ am 24. August 2018 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Er beantragt zur Hauptsache, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Sache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Sinn von Eventualanträgen erneuert er die mit Eingabe vom 6. Februar 2015 gestellten Rechtsbegehren (vorne Bst. B).

Mit Beschwerdeantwort vom 24. Oktober 2018 beantragt die B._____ AG die Abweisung der Beschwerde. A._____ hat am 11. Januar 2019 erneut Stellung genommen.

D.

Das Verwaltungsgericht hat am 30. September 2019 bei der B. _____ AG Unterlagen eingeholt und den Parteien in der Folge Gelegenheit gegeben, zu seiner Zuständigkeit Stellung zu nehmen. Diese haben sich mehrfach hierzu geäußert und insbesondere Anträge zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen gestellt.

E.

Am 10. Februar 2020 hat das Verwaltungsgericht dem Obergericht des Kantons Bern die Angelegenheit für einen Meinungsaustausch unterbreitet und vorläufig die Ansicht vertreten, für die Beurteilung der Streitigkeit seien die Zivilgerichte zuständig. Dieser Beurteilung hat sich das Obergericht am 20. März 2020 angeschlossen.

Erwägungen:

1.

Erachtet das Verwaltungsgericht nach einem Meinungsaustausch mit dem Obergericht die bernischen Zivilgerichte für zuständig, so sind die Akten zusammen mit dem Entscheid über die Zuständigkeit dem Obergericht zuzustellen (Art. 8 Abs. 1 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]). Das Verwaltungsgericht urteilt bei Kompetenzkonflikten in Fünferbesetzung (Art. 56 Abs. 2 Bst. b des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

2.

Das Verwaltungsgericht hat die Zuständigkeit der Zivilgerichtsbarkeit im Meinungsaustausch mit dem Obergericht im Wesentlichen wie folgt begründet:

2.1 Der Beschwerdeführer stützt seine Forderungen auf Art. 101 des Personalgesetzes vom 16. September 2004 (PG; BSG 153.01); die Beschwerdegegnerin hat eine Verfügung nach Art. 104a Abs. 1 PG erlassen. Ihre Haftung beurteilt sich nach denjenigen Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses in Kraft gewesen sind (BVR 2011 S. 200 E. 2.4.1). Die fraglichen Behandlungen des Beschwerdeführers erfolgten im Jahr 2007. Anwendbar sind damit das Spitalversorgungsgesetz vom 5. Juni 2005 (aSpVG; BAG 05-106) und die Spitalversorgungsverordnung vom 30. November 2005 (aSpVV; BAG 06-10; vgl. VGE 2013/188 vom 25.3.2014 E. 2.3). Die Beschwerdegegnerin ist eine Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220). Alleinaktionär ist der Kanton Bern (vgl. [www.....ch](#)), Rubriken «Über uns/Struktur und Aktionariat»). Die Beschwerdegegnerin ist mithin ein öffentliches Unternehmen in Privatrechtsform.

2.2 Gemäss Art. 61 Abs. 1 OR kann jeder Kanton eigene Haftungsbestimmungen aufstellen für Schäden, die Beamtinnen und Beamte oder öffentliche Angestellte in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen. Für gewerbliche Verrichtungen können die privatrechtlichen Haftungsbestimmungen nach Art. 41 ff. OR jedoch nicht durch kantonale Gesetze geändert werden (Art. 61 Abs. 2 OR). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt die Behandlung von Patientinnen und Patienten in einem öffentlichen Spital nicht als gewerbliche Verrichtung im Sinn von Art. 61 Abs. 2 OR. Die Kantone sind daher befugt, nicht aber verpflichtet, die Haftung der in einem öffentlichen Spital beschäftigten Ärztinnen und Ärzte dem kantonalen öffentlichen Haftungsrecht zu unterstellen (statt vieler BGE 139 III 252 E. 1.3, 122 III 101 E. 2). Nach Art. 101 Abs. 1 PG haften öffentliche Organisationen des kantonalen Rechts und private Organisationen oder Personen, die unmittelbar mit kantonalen öffentlichen Aufgaben betraut sind, für den Schaden, den ihre Organe oder Angestellten in Erfüllung ihrer Aufgabe Dritten widerrechtlich zugefügt haben (vgl.

VG 2013/188 vom 25.3.2014 E. 2.1). Das Personalgesetz stellt damit für das anwendbare Haftungsrecht auf das Kriterium der öffentlichen Aufgabe und folglich auf die Funktionstheorie ab (vgl. Alexia Sidiropoulos, Die Haftung des Spitals, Diss. Bern 2019, N. 93). Erfasst werden sämtliche öffentlich- und privatrechtlichen Organisationen; sie sind indes nur in dem Umfang staatshaftungsrechtlich belangbar, als sie auch tatsächlich staatliche Aufgaben wahrnehmen (vgl. Jürg Wichtermann, Staatshaftungsrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 101 ff., 121 f. N. 50 ff.; s. auch Patrick Freudiger, Anstalt oder Aktiengesellschaft? - Zur Bedeutung der Rechtsform bei Ausgliederungen, Diss. Bern 2015, S. 392 ff.). Mit anderen Worten: Der Aufgabenbegriff ist ein funktionaler Begriff; die Organisationsform des Aufgabenträgers spielt keine Rolle (Bernhard Rütsche, Datenschutzrechtliche Aufsicht über die Spitäler nach Umsetzung der neuen Spitalfinanzierung, Rechtsgutachten, 2012, einsehbar unter: <www.jgk.be.ch>, Rubriken «Aufsicht/Datenschutz/Gesundheit», N. 42). Wenn eine Tätigkeit eine öffentliche Aufgabe darstellt, unterliegt diese grundsätzlich dem Staatshaftungsrecht – unabhängig davon, ob die Aufgabe durch Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts erfüllt wird (Bernhard Rütsche, a.a.O., N. 44).

2.3 Als öffentliche Aufgabe gilt eine Tätigkeit, die dem Gemeinwesen kraft Verfassung oder Gesetz zur Ausübung übertragen ist (BVR 2013 S. 251 E. 3.1; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 1 N. 14; Bernhard Rütsche, a.a.O., N. 17 ff.). Gemäss Art. 41 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Bern (KV; BSG 101.1) schützen und fördern Kanton und Gemeinden die Gesundheit. Sie sorgen für eine ausreichende und wirtschaftlich tragbare medizinische und pflegerische Versorgung der Bevölkerung und stellen die dafür notwendigen Einrichtungen bereit. Das aSpVG bezweckte gestützt auf die genannte Verfassungsbestimmung, die Spitalversorgung für die Bevölkerung des Kantons sicherzustellen (Art. 1 Abs. 1 aSpVG). Die Spitalversorgung ist folglich eine öffentliche Aufgabe. Mit deren Erfüllung konnte der Kanton öffentliche oder private Leistungserbringer betrauen (vgl. Art. 9 Abs. 1 und 5 i.V.m. Art. 1 Abs. 2 aSpVG; vgl. Vortrag des Regierungsrats zum aSpVG, in Tagblatt des Grossen Rates 2004, Beilage 6 [nachfolgend: Vortrag aSpVG] S. 13). Solche Leistungserbringer waren (neben anderen) die Regionalen

Spitalzentren (RSZ) wie beispielsweise die Beschwerdegegnerin, denen die Gewährleistung der umfassenden Grundversorgung in den Regionen oblag (vgl. Art. 9 Abs. 4, Art. 10 Abs. 1 und Art. 35 Abs. 1 aSpVG). Zur Aufgabenübertragung schloss der Kanton mit den einzelnen RSZ Leistungsverträge, die den Umfang der Tätigkeit bestimmten und die RSZ im Rahmen der bestellten Leistungen zur Dienst- und Aufnahmebereitschaft verpflichteten (Art. 35 Abs. 2, Art. 16 und 17 aSpVG; vgl. Vortrag aSpVG S. 17 f.). Inhalt und Umfang der öffentlichen Aufgaben wurden mithin durch die Leistungsvereinbarungen zwischen dem Kanton und den Spitälern festgelegt (Bernhard Rütsche, a.a.O., N. 75). Auf der Grundlage der Leistungsverträge beteiligte sich der Kanton an den Betriebs- und Investitionskosten der Leistungserbringer (Art. 29 Abs. 1 Satz 1 aSpVG; vgl. Vortrag aSpVG S. 21 ff.; s. dazu auch VGE 2011/374 vom 23.9.2015 E. 3, insb. E. 3.1). Im Umfang ihrer Pflicht zur Erbringung von Spitalleistungen, für welche sie vom Kanton entschädigt wurden, erfüllten die Spitalzentren öffentliche Aufgaben (BVR 2013 S. 251 E. 3.3 und 3.4; vgl. auch VGE 2013/188 vom 25.3.2014 E. 2.3). Aufgegeben wurde hingegen die Unterscheidung zwischen öffentlichen Spitälern und Privatspitälern, wie sie das Gesetz vom 2. Dezember 1973 über Spitäler und Schulen für Spitalberufe (Spitalgesetz, SpG; GS 1973 S. 416) noch kannte (vgl. Vortrag aSpVG S. 13).

2.4 Von den Leistungsverträgen hängt auch (heute noch) ab, inwieweit die ambulante Versorgung durch Spitäler zu den öffentlichen Aufgaben gehört (vgl. Regina Aebi-Müller et al., *Arztrecht*, 2016, § 2 N. 12; Bernhard Rütsche, a.a.O., N. 88). Wer die ambulanten medizinischen Leistungen erbringt (Personal) und mit welchen Mitteln dies geschieht (Infrastruktur), spielte nach dem aSpVG hingegen keine Rolle (überholt deshalb BVR 1997 S. 313 E. 1a/bb, ergangen noch unter dem SpG). Das kommt auch in der hier anwendbaren Gesetzgebung zum Ausdruck: Der Kanton Bern anerkannte auf Verordnungsstufe, dass zur Spitalversorgung der kantonalen Bevölkerung auch Leistungen der ambulanten Versorgung gehörten (Art. 1 Abs. 2 Satz 2 aSpVV). Daraus folgt, dass unter Umständen auch das Erbringen ambulanter Spitalleistungen eine öffentliche Aufgabe darstellen konnte. Erforderlich hierfür war jedoch, dass mit dem betreffenden Leistungserbringer ein entsprechender Leistungsvertrag über die Erbringung ambulanter Spitalleistungen abgeschlossen wurde: Dement-

sprechend sah Art. 23 Abs. 2 Bst. b aSpVV die Möglichkeit vor, im Leistungsvertrag zusätzlich medizinische, pflegerische, therapeutische oder medizinischtechnische Leistungen für Patientinnen und Patienten des teilstationären und ambulanten Bereichs zu vereinbaren (VGE 2013/188 vom 25.3.2014 E. 2.6; Bernhard Rüttsche, a.a.O., N. 89). Zusammenfassend erfüllten Spitäler im Bereich ambulanter Leistungen einzig dann öffentliche Aufgaben, wenn diesbezüglich kantonalrechtliche Leistungsaufträge bestanden. Demgegenüber nahmen Spitäler bei ambulanten Behandlungen ausserhalb ihrer Leistungsaufträge keine öffentlichen Aufgaben wahr. Derartige Behandlungen waren (und sind noch heute) privatwirtschaftlicher Natur und unterstehen dem Privatrecht (Regina Aebi-Müller et al., a.a.O., § 2 N. 16 und N. 33; Stefanie Haussener, Selbstbestimmung am Lebensende: Realität oder Illusion? Eine kritische Analyse von Rechtslage und medizinischer Praxis, Diss. Luzern 2016, § 1 N. 17 und 19).

2.5 Der Beschwerdegegnerin wurden mit Leistungsvertrag 2007 Leistungen der stationären und teilstationären Akutversorgung in folgenden Fachbereichen übertragen: Innere Medizin, Chirurgie (inkl. Orthopädie, Urologie), Gynäkologie, Geburtshilfe, HNO und Ophthalmologie. Zusätzlich vereinbart wurden folgende Leistungen: Schwangerschaftsberatung, Aus- und Weiterbildung in definierten Gesundheitsberufen und Leistungen der Psychiatrieversorgung (Leistungsvertrag zwischen der Beschwerdegegnerin und dem Kanton Bern für das Jahr 2007 [act. 14A], Ziff. 2.1 und 2.3). Im Umfang dieser vertraglich überbundenen Aufgaben erfüllte die Beschwerdegegnerin nach dem Gesagten öffentliche Aufgaben (vorne E. 2.3 f.; BVR 2013 S. 251 E. 3.3 und 3.4; VGE 2013/188 vom 25.3.2014 E. 2.3). Für ambulante Behandlungen, insbesondere auch für ambulante Schmerztherapien, verfügte sie demgegenüber über keinen Leistungsauftrag. Die beiden Behandlungen des Beschwerdeführers erfolgten unbestrittenermassen ambulant und damit nicht in unmittelbarer Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Sinn von Art. 101 Abs. 1 PG.

3.

3.1 Zusammenfassend ist die Zuständigkeit der Verwaltungs(justiz)-behörden zur Beurteilung des strittigen Haftungsbegehrens zu verneinen und diejenige der Zivilgerichte zu bejahen. Die Akten sind nach Art. 8 Abs. 1 VRPG zum Entscheid über die Zuständigkeit dem Obergericht zuzustellen. Eine direkte Überweisung an die zuständige Schlichtungsbehörde, wie das Obergericht anregt, kommt daher nicht in Betracht. Die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 23. Juli 2018 ist (samt Kostenschluss) wegen offensichtlicher Unzuständigkeit gemäss Art. 40 Abs. 2 VRPG von Amtes wegen zu kassieren (vgl. auch BVR 2019 S. 400 E. 3.2 und 5.1).

3.2 Nach konstanter Praxis sind in Kompetenzkonfliktverfahren zwischen Behörden keine Verfahrenskosten zu erheben; Parteikosten sind in sinngemässer Anwendung der Bestimmungen über das Verwaltungsverfahren ebenso wenig zu sprechen, da die Kompetenzbereinigung von Amtes wegen zu geschehen hat und es keines Zutuns der Parteien bedarf (Art. 107 Abs. 3 VRPG [analog]; BVR 2007 S. 371 E. 4, 2019 S. 400 [VGE 2018/342 vom 14.5.2019] nicht publ. E. 5.2; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 8 N. 9, Art. 107 N. 7 und 12). Es besteht kein Anlass, im vorliegenden Fall von diesen Grundsätzen abzuweichen. Die Ausführungen der Parteien zur Kostenverlegung im Beschwerdeverfahren (Art. 108 VRPG) führen nicht weiter. Da hier kein Kompetenzkonflikt zwischen Behörden und Privaten vorliegt, ist die erwähnte Bestimmung nicht anwendbar. Für das Verwaltungsverfahren vor der Beschwerdegegnerin sind ebenfalls keine Verfahrenskosten zu erheben und keine Parteikosten zu sprechen (Art. 107 VRPG).

4.

Das vorliegende Urteil regelt die Zuständigkeit nicht endgültig, sondern stellt (wohl) erst im Verbund mit dem noch zu fällenden Entscheid des Obergerichts einen kantonal letztinstanzlichen Zwischenentscheid über die Zuständigkeit im Sinn von Art. 92 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Juni

2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) dar (statt vieler BVR 2019 S. 400 [VGE 2018/342 vom 14.5.2019] nicht publ. E. 6, 2019 S. 416 [VGE 2018/355 vom 9.5.2019] nicht publ. E. 7, je mit Hinweisen). Deshalb wird hier auf eine Rechtsmittelbelehrung verzichtet.

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Zuständigkeit der Verwaltungs(justiz)behörden wird verneint, diejenige der Zivilgerichte wird bejaht.
2. Die Akten werden dem Obergericht des Kantons Bern zum Entscheid über die Zuständigkeit überwiesen.
3. Die Verfügung der Spitäler B. _____ AG vom 23. Juli 2018 wird von Amtes wegen aufgehoben.
4. Für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht und für das vorinstanzliche Verfahren werden weder Verfahrenskosten erhoben noch Parteikosten gesprochen.
5. Zu eröffnen:
 - Beschwerdeführer
 - Beschwerdegegnerin
 - Obergericht des Kantons Bern (GL 20 41; zusammen mit den Akten)und mitzuteilen:
 - Schlichtungsbehörde ...

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin: