

100.2019.349U  
STN/SES/ROS

## Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 5. Oktober 2020

Verwaltungsrichter Häberli, Abteilungspräsident  
Verwaltungsrichter Daum, Verwaltungsrichter Stohner  
Gerichtsschreiberin Seiler

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

gegen

**Kanton Bern**  
handelnd durch die Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion,  
Rathausgasse 1, Postfach, 3000 Bern 8  
Beschwerdegegner

betreffend Staatshaftung; Schadenersatz und Genugtuung wegen Suizids  
des Ehemannes (Verfügung der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des  
Kantons Bern vom 17. September 2019; 2018.GEF.647)



## **Sachverhalt:**

### **A.**

B.\_\_\_\_\_ (sel.) begab sich am 31. Mai 2016 in Begleitung seiner Ehefrau in den psychiatrischen Notfall des Inselspitals (verantwortlich: Universitäre Psychiatrische Dienste [UPD] Waldau). Es wurde eine stationäre Behandlung vereinbart, wobei B.\_\_\_\_\_ (sel.) am 1. Juni 2016 in die UPD Waldau hätte eintreten sollen. Diesen Termin nahm er jedoch nicht wahr. Am 2. Juni 2016 beging B.\_\_\_\_\_ (sel.) zu Hause Suizid.

### **B.**

Am 23. April 2018 reichte A.\_\_\_\_\_, die Witwe von B.\_\_\_\_\_ (sel.), bei der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern (GEF; heute: Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion [GSI]) wegen Sorgfaltspflichtverletzungen der behandelnden Ärztin der UPD ein Staatshaftungsgesuch ein und beantragte Schadenersatz (für Versorgerschaden, Haushaltschaden und ungedeckte Kosten), den Betrag von Fr. 322'346.-- übersteigend (zzgl. Zinsen von 5 % seit 2.6.2016), und Genugtuung, den Betrag von Fr. 40'000.-- übersteigend (zzgl. Zinsen von 5 % seit 2.6.2016), sowie den Ersatz vorprozessualer und prozessualer Anwaltskosten. Mit Verfügung vom 17. September 2019 wies die GEF das Staatshaftungsbegehren ab.

### **C.**

Dagegen hat A.\_\_\_\_\_ am 15. Oktober 2019 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben und beantragt, die Verfügung vom 17. September 2019 sei aufzuheben und ihr sei Schadenersatz und Genugtuung zuzusprechen.

Mit Beschwerdeantwort vom 19. November 2019 schliesst der Kanton Bern auf Abweisung der Beschwerde.

Am 15. September 2020 hat das Verwaltungsgericht dem Obergericht des Kantons Bern die Angelegenheit für einen Meinungs austausch unterbreitet und vorläufig die Ansicht vertreten, für die Beurteilung der Streitigkeit seien die Zivilgerichte zuständig. Dieser Beurteilung hat sich das Obergericht am 23. September 2020 angeschlossen.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 74 Abs. 1 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) beurteilt das Verwaltungsgericht als letzte kantonale Instanz Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide, die sich auf öffentliches Recht stützen, soweit kein Ausschlussgrund gemäss Art. 75-77 VRPG gegeben ist. Die Beschwerdeführerin stellte bei der GEF ein Staatshaftungsbegehren gestützt auf Art. 100 des Personalgesetzes vom 16. September 2004 (PG; BSG 153.01). Die GEF hat ihre Zuständigkeit aufgrund von Art. 104 PG bejaht, und die Beschwerdeführerin erhebt entsprechend der Rechtsmittelbelehrung in der angefochtenen Verfügung Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Verwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit von Amtes wegen (Art. 3 Abs. 4 und Art. 20a VRPG; BVR 2013 S. 582 E. 1.2).

**1.2** Bei Kompetenzkonflikten nach Art. 8 VRPG urteilt das Verwaltungsgericht 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]). Diese Regelung gilt jedoch nicht im Fall von Weiterleitungen nach Art. 4 VRPG (BVR 2013 S. 582 E. 1.4). Der Entscheidung ist folglich in Dreierbesetzung zu fällen (Art. 56 Abs. 1 GSOG).

## 2.

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

**2.1** Die Beschwerdeführerin stützt ihre Forderungen auf Art. 100 PG. Nach der allgemeinen Staatshaftungsordnung erlässt die Direktion, in deren Aufgabenbereich sich der anspruchsbegründende Sachverhalt ereignet hat, eine Verfügung (Art. 104 Abs. 1 PG). Mit Blick auf die besondere Staatshaftungsregelung in Art. 454 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) ist allerdings fraglich, ob die GEF vorliegend dazu zuständig war. Ansprüche gegen den Kanton nach dieser Bestimmung sind mittels Klage beim Regionalgericht geltend zu machen (Art. 73 Abs. 1 des Gesetzes vom 1. Februar 2012 über den Kindes- und Erwachsenenschutz [KESG; BSG 213.316]). Art. 454 ZGB ist abschliessender Natur und geht als bundesrechtliche Spezialhaftung dem im PG geregelten allgemeinen Staatshaftungsrecht vor (Jürg Wichtermann, Staatshaftungsrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 101 ff., 108 f. N. 14 ff. und S. 118 f. N. 41 ff., insb. N. 44; Ivo Schwander, in Fischer/Luterbacher [Hrsg.], Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, 2016, Art. 454 ZGB N. 4; Steinauer/Fountoulakis, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, 2014, N. 1281; vgl. auch BGE 121 III 204 E. 2a; BVR 2007 S. 371 E. 2.2).

**2.2** Entscheidend ist daher, ob Art. 454 ZGB hier anwendbar ist. Er hält Folgendes fest:

<sup>1</sup> Wer im Rahmen der behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes durch widerrechtliches Handeln oder Unterlassen verletzt wird, hat Anspruch auf Schadenersatz und, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt, auf Genugtuung.

<sup>2</sup> [...]

<sup>3</sup> Haftbar ist der Kanton; gegen die Person, die den Schaden verursacht hat, steht der geschädigten Person kein Ersatzanspruch zu.

<sup>4</sup> Für den Rückgriff des Kantons auf die Person, die den Schaden verursacht hat, ist das kantonale Recht massgebend.

Die Bestimmung trat auf den 1. Januar 2013 in Kraft (neues Erwachsenenschutzrecht; AS 2011 S. 725) und war im Zeitpunkt des angeblich haftungsbegründenden Ereignisses anwendbar. Im Bereich der fürsorglichen

Unterbringung (bzw. vormals der fürsorgerischen Freiheitsentziehung) löste sie die bestehende Staatshaftung nach aArt. 429a ZGB in der Fassung vom 6. Oktober 1978 (AS 1980 S. 31) ab (statt vieler Hausheer/Wey, in Basler Kommentar, 6. Aufl. 2018, Art. 454 ZGB N. 1 ff.; Rainer Wey, in Fountoulakis et al. [Hrsg.], FHB – Fachhandbuch, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Expertenwissen für die Praxis, 2016, N. 20.1). Mit Blick auf den praktisch gleichen Wortlaut von Art. 454 Abs. 1 ZGB führte das Bundesgericht die unter aArt. 429a ZGB entwickelte Rechtsprechung weiter (BGE 140 III 92 E. 2.2). Die Wendung «im Rahmen der behördlichen Massnahmen» meint jene Massnahmen, die im elften Titel (Art. 388-439 ZGB) geregelt sind, d.h. auch die fürsorgerische Unterbringung (Art. 426-439 ZGB), wobei die Umschreibung weit zu verstehen ist. Erfasst wird gemäss dem Wortlaut nicht nur ein Handeln, sondern auch ein Unterlassen indizierter Massnahmen (statt vieler Thomas Geiser, in Bächler et al. [Hrsg.], FamKomm Erwachsenenschutz, 2013, Art. 454 ZGB N. 6 f.). Neben den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sind im Kanton Bern auch die in der Schweiz zur Berufsausübung zugelassenen Ärztinnen und Ärzte zur Anordnung einer fürsorgerischen Unterbringung befugt (Art. 429 ZGB i.V.m. Art. 27 Abs. 1 KESG; vgl. für die bis zum 31.5.2016 geltende Fassung BAG 12-047). Insoweit erfüllen Ärztinnen und Ärzte öffentliche Aufgaben (vgl. Vortrag des Regierungsrats zum KESG und zum Dekret über die Anpassung von Dekreten an das Gesetz über den Kindes- und Erwachsenenschutz, in Tagblatt des Grossen Rates 2011, Beilage 30 S. 13, Erläuterungen zu Art. 22 des Entwurfs; vgl. auch BGE 118 II 254 E. 1b). Art. 454 Abs. 1 ZGB erfasst deshalb grundsätzlich auch ärztliches Fehlverhalten bzw. widerrechtliches Unterlassen (Patrick Fassbind, in Kren Kostkiewicz et al. [Hrsg.], Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl. 2016, Art. 454 N. 2). Passivlegitimiert ist der Kanton, ein Rückgriff auf die fehlbare Institution oder Person richtet sich nach kantonalem Recht (Art. 454 Abs. 3 und 4 ZGB; vgl. hierzu Art. 73 KESG).

**2.3** Anspruchsberechtigt und damit aktivlegitimiert im Sinn der Staatshaftung nach Art. 454 ZGB sind vorab die von der behördlichen Pflichtverletzung massnahmemässig direkt Betroffenen wie namentlich Personen, bei welchen die Anordnung der fürsorgerischen Unterbringung zu Unrecht unterlassen wurde. Stirbt die anspruchsberechtigte Person, so gehen ihre

Haftpflichtansprüche grundsätzlich auf die Erbinnen und Erben über. Während Schadenersatzansprüche vererblich sind, muss die geschädigte Person Genugtuungsansprüche aufgrund ihrer höchstpersönlichen Natur selbst geltend gemacht haben, um sie vererben zu können (BGE 118 II 404 E. 3a; vgl. zum Ganzen Rainer Wey, a.a.O., N. 20.14 f.). Hier macht die Beschwerdeführerin indes keine Ansprüche ihres verstorbenen Ehemanns, sondern eigene Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen geltend. Ob und unter welchen Umständen Familienangehörige nach Art. 454 ZGB aktivlegitimiert sind, ist in der Lehre umstritten (vgl. für einen Überblick Mathias Mauchle, Das Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde, Diss. St. Gallen 2019, N. 336 ff.). Nach altem Recht (aArt. 429a ZGB) waren (unterstützungsverpflichtete und -berechtigte) Familienangehörige anspruchsberechtigt (BGE 115 II 15 E. 2; Hausheer/Wey, a.a.O., Art. 454 N. 33; Stefan Mattmann, Die Verantwortlichkeit bei der fürsorgerischen Freiheitsentziehung [Art. 429a ZGB], Diss. Freiburg 1988, S. 126 ff.; vgl. auch Entscheid des Departements des Innern des Kantons Solothurn vom 31.8.1998, in ZVW 1999 S. 37 E. 2.1). Den Materialien lassen sich keine Anhaltspunkte entnehmen, wonach eine Änderung der bisherigen Rechtslage angestrebt worden wäre (vgl. Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs [Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht], in BBI 2006 S. 7001 ff., 7091 ff.; ferner Hausheer/Wey, a.a.O., Art. 454 ZGB N. 33a, auch zum Folgenden). Nach dem Bundesgericht soll denn auch die Rechtsprechung zu aArt. 429a ZGB grundsätzlich weitergeführt werden (vorne E. 2.2; vgl. auch Patrick Fassbind, a.a.O., Art. 454 ZGB N. 4); entsprechend hat es Familienangehörige der von einer Massnahme direkt Betroffenen für Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche auf die Klage nach Art. 454 ZGB verwiesen (BGE 140 III 92 E. 2.2 f. bezüglich des direkt betroffenen Sohnes und eines Elternteils; BGer 5A\_377/2015 vom 13.7.2015 E. 2.2 bezüglich des Sohnes der direkt Betroffenen). Der Wortlaut von Art. 454 ZGB ist weit und erfasst alle Personen, die durch Handeln oder Unterlassen im Rahmen einer behördlichen Massnahme des Erwachsenenschutzes verletzt werden. Entscheidend ist dabei, inwiefern von einer Schutzwirkung des Erwachsenenschutzrechts zu Gunsten von Familienangehörigen auszugehen ist. Zwar dient die fürsorgerische Unterbringung dem Schutz der betroffenen Person (Patrick Fassbind, a.a.O., Art. 426 ZGB

N. 1 und 3), die Belastung und der Schutz von Angehörigen und Dritten sind aber zu berücksichtigen (Art. 426 Abs. 2 ZGB; vgl. insoweit auch die Vorgängerbestimmung von aArt. 397a Abs. 2 ZGB in der bis zum 31. Dezember 2012 gültigen Fassung [AS 1980 S. 31]). Daraus lassen sich gewisse Schutzwirkungen zu Gunsten von Angehörigen ableiten (vgl. zum gleichlautenden Art. 390 Abs. 2 ZGB Steinauer/Fountoulakis, a.a.O., N. 1298b; Ivo Schwander, a.a.O., Art. 454 ZGB N. 15 und 18), unabhängig davon, ob der Schutz vor Verarmung noch Anlass für eine entsprechende Massnahme bilden kann (insoweit kritisch Thomas Geiser, a.a.O., Art. 454 ZGB N. 20 f.). Dies erscheint umso naheliegender, als für den Schadensbegriff nach Art. 454 ZGB die allgemeinen Grundsätze nach Art. 41 ff. des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) und für die Genugtuung nach Art. 47 f. OR gelten (Hausheer/Wey, a.a.O., Art. 454 ZGB N. 30 ff.). Art. 45 Abs. 3 und Art. 47 OR sehen u.a. im Fall der Tötung einer Person einen Ersatz des Versorgerschadens bzw. eine Genugtuung für Angehörige vor. Kämen diese als Anspruchsberechtigte im Sinn von Art. 454 ZGB nicht in Frage, wäre die Regelung von Schadenersatz und Genugtuung Hinterbliebener nach Art. 61 OR den Kantonen überlassen, soweit es nicht um gewerbliche Verrichtungen geht. Angesichts der abschliessenden bundesrechtlichen Regelung der fürsorgerischen Unterbringung drängt sich aber auch bezüglich der Haftungsfrage eine gesamtschweizerische Lösung auf. Diese Überlegung stand denn u.a. auch hinter dem Erlass von aArt. 429a ZGB (dazu BGE 121 III 204 E. 2a; ferner BGer 1P.707/2003 vom 5.5.2004 E. 2.1; BVR 2007 S. 371 E. 2.2). Das Gesagte spricht dafür, dass der Kreis der Anspruchsberechtigten gemäss Art. 454 ZGB auch Angehörige umfasst. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen sind folglich auf Art. 454 ZGB zu stützen und zu deren Behandlung sind nach Art. 73 Abs. 1 KESG die Zivilgerichte zuständig. Dadurch kann auch eine mögliche Gabelung des Rechtswegs vermieden werden, die im Kanton Bern entstehen könnte, wenn Angehörige neben eigenen auch geerbte Ansprüche der oder des Verstorbenen geltend machen (BGE 118 II 404 E. 3a; Rainer Wey, a.a.O., N. 20.15). Vermöchten Angehörige nicht Art. 454 ZGB anzurufen, müssten sie gestützt auf dasselbe schädigende Ereignis einerseits gemäss Art. 104 oder 104a PG (bei Schädigung durch eine Organisation ausserhalb der Kantonsverwaltung) vorgehen und andererseits ge-

stützt auf Art. 73 Abs. 1 KESG Klage gegen den Kanton beim Regionalgericht einreichen.

### **3.**

**3.1** Nach dem Gesagten ist die Zuständigkeit der Verwaltungs(justiz)-behörden zur Beurteilung der strittigen Haftungsbegehren zu verneinen und diejenige der Zivilgerichte zu bejahen. Da solche Begehren nicht im Ausnahmekatalog von Art. 198 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272) aufgeführt sind, wird vor der Klageeinreichung das in der ZPO vorgeschriebene Schlichtungsverfahren durchzuführen sein (vgl. Art. 73 Abs. 1 KESG). Das Staatshaftungsgesuch ist daher in Anwendung von Art. 4 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 VRPG an die Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland weiterzuleiten. Ein formloses (einfaches) Weiterleiten scheidet hier freilich aus, weil die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin mit ihrem Staatshaftungsbegehren nach Art. 100 PG und der Beschwerdebegründung zu erkennen gegeben hat, dass sie die Angelegenheit durch das angerufene Gericht behandelt haben will (vgl. vorne E. 1.1). Es liegt damit ein Kompetenzkonflikt zwischen der Partei und der Behörde vor, weshalb die Weiterleitung der Sache mit der förmlichen Feststellung der Unzuständigkeit der Verwaltungs(justiz)-behörden zu verbinden ist (vgl. BVR 2013 S. 582 E. 2.5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 4 N. 6). Die Verfügung der GEF vom 17. September 2019 ist 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** Die Beschwerdeführerin unterliegt im Kompetenzkonfliktverfahren zwischen Partei und Behörde und wird deshalb an sich kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG; vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 107 N. 7). Zuzufolge besonderer Umstände sind indes keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG; vgl. insoweit auch BVR 2013 S. 536 E. 3.5). Der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin steht kein Parteikostenersatz zu, da sie unterliegt und im Übrigen auch den zur Aufhebung des Verfahrens führenden Mangel nicht gerügt hat (Art. 108 Abs. 3 VRPG;

vgl. BVR 2004 S. 37 E. 3). Die Verwaltungs(justiz)behörden sind offensichtlich unzuständig. Mit der Kassation ist auch die Verfahrens- und Parteikostenverlegung der Vorinstanz aufgehoben. Für das Verwaltungsverfahren vor der GEF sind ebenfalls keine Verfahrenskosten zu erheben und keine Parteikosten zu sprechen (Art. 107 VRPG; vgl. auch VGE 2018/1 vom 24.6.2020 E. 3).

#### 4.

Das vorliegende Urteil regelt die Zuständigkeit endgültig, weil weder das Obergericht noch die Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland im Verfahren nach Art. 4 Abs. 3 VRPG zusätzlich einen Entscheid über die Zuständigkeit zu fällen haben. Das Urteil stellt daher, wiewohl es das Verfahren insgesamt nicht abschliesst, einen kantonal letztinstanzlichen Zwischenentscheid über die Zuständigkeit im Sinn von Art. 92 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) dar (vgl. BGE 136 I 80 E. 1.2). Es wird daher mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen (zum Ganzen BVR 2013 S. 582 E. 4). Zutreffendes Rechtsmittel dürfte die Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG sein, da der Rechtsweg jenem der Hauptsache folgt (vgl. BGE 133 III 645 E. 2.2; Felix Uhlmann, in Basler Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 92 BGG N. 12); dies dürfte auch für die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen gelten (zum Ganzen VGE 2018/1 vom 24.6.2020 E. 4). Das vorliegende Urteil kann später nicht mehr angefochten werden (Art. 92 Abs. 2 BGG).

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Zuständigkeit der Verwaltungs(justiz)behörden wird verneint, diejenige der Zivilgerichte wird bejaht.
2. Das Staatshaftungsgesuch vom 23. April 2018 (mit Beilagen) wird zur weiteren Behandlung an die Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland weitergeleitet.
3. Die Verfügung der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern vom 17. September 2019 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:
  - Beschwerdeführerin
  - Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion des Kantons Bern
  - Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland (mit Beilagen gemäss Ziff. 2 [Originale])und mitzuteilen:
  - Obergericht des Kantons Bern (ad Verfahren GL 20 296)

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung 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.--.