

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 635 48 14
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 17 176

Bern, 2. November 2017

Besetzung

Oberrichterin Pfister Hadorn (Referentin), Oberrichter Studiger
und Oberrichter Bähler J.
Gerichtsschreiberin Eichenberger

Verfahrensbeteiligte

A._____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Gesuchsteller/Beschwerdeführer

gegen

C._____ **AG**
vertreten durch Fürsprecher und Notar D. _____
Gesuchsgegnerin/Beschwerdegegnerin

Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12,
3011 Bern

Vorinstanz

Gegenstand

Ausstand

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 15. Februar 2016 (Verfahren Nr. 100.2015.296U)



Redaktionelle Vorbemerkungen:

Der Beschwerdeführer leidet an einem chronischen (lumbalen) Schmerzsyndrom. Von der Beschwerdegegnerin (öffentliches Spital) liess er sich einen Rückenmarkstimulator implantieren. Die nur teilweise funktionstüchtige Elektrode musste in der Folge operativ wieder entfernt werden. Gestützt darauf machte der Beschwerdeführer Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche geltend und stellte ein Ablehnungsbegehren. Die Beschwerdegegnerin eröffnete ein Staatshaftungsverfahren und trat mit Verfügung vom 25. September 2015 auf das Ablehnungsgesuch nicht ein. Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern Beschwerde. Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerde mit Urteil vom 15. Februar 2016 ab. Gegen den Ablehnungsentscheid erhob der Beschwerdeführer Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht, welches mit Urteil vom 13. Januar 2017 (4A_177/2016) auf die Beschwerde nicht eintrat und die Sache zur Behandlung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückwies.

Zur Begründung führte das Bundesgericht aus, dass Ausstandsbegehren in Staatshaftungsangelegenheiten, die öffentliche Spitäler betreffen, im Kanton Bern durch die Rechtsmittelinstanz zu beurteilen seien (Art. 9 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG, BSG 155.21]). Das Verwaltungsgericht habe als erste Instanz über das gegen die Entscheidungsträger der erstinstanzlich verfügenden Beschwerdegegnerin gerichtete Ausstandsbegehren befunden. Da keine der Ausnahmen vom Erfordernis der double instance gemäss Art. 75 Abs. 2 Bst. a – c BGG vorliege, könne auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Es sei Sache der Kantone, durch eine geeignete Organisations- und Verfahrensordnung den bundesrechtlichen Anforderungen an die Vorinstanzen des Bundesgerichts Rechnung zu tragen.

Nach einem Meinungsaustausch mit dem Obergericht überwies das Verwaltungsgericht das Verfahren an das Obergericht. Die 1. Zivilkammer bejaht nach einer richterlichen Lückenfüllung ihre Zuständigkeit, verneint das Vorliegen eines Anscheins der Befangenheit der Beschwerdegegnerin und weist die Beschwerde ab.

Regeste:

Staatshaftung / Ablehnungsgesuch gegen sämtliche Mitglieder des Spruchkörpers eines öffentlichen Spitals

Zur Beurteilung der Befangenheit von Verwaltungsbehörden gelangen Art. 30 Abs. 1 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht zur Anwendung. (E. 21.1)

Erwägungen:

I.

(...)

II.

(...)

III.

(...)

IV.

21.

- 21.1 Nach Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV; SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) hat jede Person Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Dieser Anspruch ist verletzt, wenn bei einer Gerichtsperson - objektiv betrachtet - Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten Verhalten der betreffenden Person oder in äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Es muss gewährleistet sein, dass der Prozess aus Sicht aller Beteiligten als offen erscheint. Für den Ausstand ist nicht erforderlich, dass der Richter tatsächlich befangen ist (Urteil des Bundesgerichts 1C_488/2016 vom 16. Februar 2017 E. 3.1, mit Hinweis auf BGE 141 IV 178 E. 3.2.1 S. 179; 140 I 326 E. 5.1 S. 328; 138 IV 142 E. 2.1 S. 144 f.).

Für nichtrichterliche Behörden kommen Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht zur Anwendung. Hingegen gewährleistet Art. 29 Abs. 1 BV den Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung; das Gebot der Unbefangenheit bildet einen Teilgehalt dieses Grundrechts (Urteil des Bundesgerichts 1C_488/2016 vom 16. Februar 2017 E. 3.1, vgl. auch BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, 2002, S. 237). Gestützt hierauf lassen sich für alle Verwaltungsverfahren in Bund, Kantonen und Gemeinden minimale Erfordernisse an die Ausstandspflicht von Entscheidträgern ableiten. Diese gleichen in manchem den Minimalanforderungen, welche an einzelne Richterpersonen gestellt werden. Die Anforderungen sind aber nicht identisch. Verwaltung und Regierung nehmen nicht alleine die Rolle des «rechten Mittlers» wahr, sondern haben aktiv «öffentliche Interessen» zu verfolgen und zu gestalten. Einen klaren Unterschied gilt es sodann in Bezug auf die institutionelle Unabhängigkeit zu machen: Während Gerichte auch als Behörden unabhängig sind, gilt dies für Verwaltungsbehörden grundsätzlich nicht. Hier ist es in weiten Bereichen dem Gesetzgeber überlassen, inwiefern er die Unbefangenheit der einzelnen Entscheidträger auch institutionell absichern will. In beschränktem Umfang kann aber auch die institutionell bedingte Befangenheit zum Ausstand führen. Dies gilt insbesondere bei Vorbefassung des Amtsträgers sowie bei Funktione nhäufungen in einer Person (BENJAMIN SCHINDLER, a.a.O., S. 237).

Im Kern der Garantie der Unbefangenheit steht für Richter wie Verwaltungsbeamte, dass sie sich in Bezug auf die Beurteilung des Sachverhalts nicht bereits festgelegt haben (Urteil des Bundesgerichts 1C_488/2016 vom 16. Februar 2017 E. 3.1, BGE 140 I 326 E. 5.2 S. 329).

Die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben bringt immer wieder mit sich, dass Behörden Entscheide treffen müssen, welche ihr Gemeinwesen oder die Behörde selber betreffen. Ein Tätigwerden der Behörde in eigener Sache verletzt dabei das Grundrecht auf unbefangene Entscheidträger der Verwaltung nicht (BENJAMIN SCHINDLER, a.a.O., S. 191). Entscheidend ist, dass die Behörde als Ganzes in ihrer amtlichen Funktion und nicht nur einzelne Mitglieder der Behörde betroffen sind (BENJAMIN SCHINDLER, a.a.O., S. 192). Nur die direkte, individuelle Betroffenheit durch das Geschäft verpflichtet zum Ausstand (THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMMAN/RUTH HERZOG, a.a.O., N. 2 zu Art. 9 VRPG). Die Ausstandspflicht trifft mit anderen Worten nur einzelne Personen, nicht ganze Behörden (THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMMAN/RUTH HERZOG, a.a.O., N. 7 zu Art. 9 VRPG).

- 21.2 Nach bernischem Recht tritt eine Person, die eine Verfügung oder einen Entscheid zu treffen oder vorzubereiten oder als Mitglied einer Behörde zu amten hat, gemäss Art. 9 Abs. 1 VRPG in den Ausstand, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse hat (Bst. a), am Vorentscheid mitgewirkt hat (Bst. b), mit einer Partei in gerader Linie oder in einer Seitenlinie bis dem dritten Grade verwandt oder verschwägert oder durch Ehe, Kindesannahme, eingetragene Partnerschaft oder faktische Lebensgemeinschaft verbunden ist, wobei die Auflösung der Ehe oder der eingetragenen Partnerschaft den Ausstandsgrund nicht aufhebt (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 anderen Gründen in der Sache befangen sein könnte (Bst. f).

Das VRPG unterscheidet nicht zwischen Ausstands- und Ablehnungsgründen (THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMMAN/RUTH HERZOG, a.a.O., N. 3 zu Art. 9 VRPG). Bei Art. 9 Abs. 1 Bst. a VRPG geht es um besondere Interessen einzelner Personen. Dieser Ausstandsgrund ist beispielsweise erfüllt, wenn Behördenmitglieder, die als Verfahrensbeteiligte, als Organe einer verfahrensbeteiligten juristischen Person, als Mitberechtigte oder Mitverpflichtete am streitigen Anspruch oder als Erbberechtigte am Verfahrensausgang interessiert sind (THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMMAN/RUTH HERZOG, a.a.O., N. 10 zu Art. 9 VRPG).

Art. 9 Abs. 1 Bst. f VRPG stellt eine Generalklausel dar. Eine Befangenheit ist anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Behördenmitglieds zu erwecken. Solche Umstände können in einem bestimmten persönlichen Verhalten oder in gewissen funktionellen oder organisatorischen Gegebenheiten begründet sein. Das Misstrauen in die Voreingenommenheit muss in objektiver Weise begründet erscheinen (THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMMAN/RUTH HERZOG, a.a.O., N. 15 zu Art. 9 VRPG; BGE 118 Ia 282 E. 3, 120 V 357 E. 3).

- 21.3 Der Beschwerdeführer bringt zu Recht vor, dass die Vorinstanz ihm aktenwidrig unterstellt habe, dass er die im Kanton Bern geltende gesetzliche Ordnung rüge. Diese aktenwidrige Feststellung der Vorinstanz bleibt indessen ohne Folgen.

Der Vollständigkeit halber ist angesichts der erstmals vor Obergericht erhobenen Rüge betreffend Personalunion festzuhalten, dass ein Ausstandsgrund grundsätzlich auch in der Behördenorganisation liegen kann.

Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zufolge sind die Kantone in Fällen, in welchen über die Verantwortlichkeit für rechtswidrige Handlungen von in öffentlichen Spitälern angestellten Ärzten zu befinden ist, in der Bestimmung der ersten Instanz frei (BGE 139 III 252 E. 1.6). Die Kantone können demnach als erste Instanz ein Gericht oder auch eine Administrativbehörde bestimmen (BGE 139 III 252 E. 1.6). Im Kanton Bern gilt in Staatshaftungsfällen bei fehlerhafter Behandlung in einem öffentlichen Spital das Anfechtungsstreitverfahren (CHRISTOPH AUER, Die Umsetzung des Bundesgerichtsgesetzes in die bernische Verwaltungsrechtspflege, ZBJV 145/2009 S. 225, 260).

Die Befürchtung, dass die als verantwortlich ins Recht gefasste Behörde eher dazu neigen könnte, gestellte Ansprüche ohne eingehende Prüfung der sich stellenden Sachverhalts- und Rechtsfragen einfach abzuwehren, ist nicht gänzlich von der Hand zu weisen (Entscheid Kantonsgericht Basel-Landschaft vom 7. September 2016 Nr. 820 15 278 E. 4.5). Allerdings hält das Bundesgericht es beispielsweise für unbedenklich, wenn ein Gemeinderat an einem Planungs- und Einspracheverfahren mitwirkt, obwohl er im betroffenen Planungssperimeter Bauland besitzt und somit unmittelbar am Ausgang des Verfahrens interessiert ist (BENJAMIN SCHINDLER, a.a.O., S. 194, mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts vom 9. Mai 1979, abgedruckt in ZBI 80 [1979] S. 48 sowie Entscheid des Solothurner Regierungsrates Nr. 1554 vom 10. August 1999, GER 12/1999 E. 2.2.1; ARN, Ausstandspflicht, S. 117). Das Bundesverwaltungsgericht hielt zudem fest, dass die Tatsache allein, dass der befragte Arzt in einem Anstellungsverhältnis zur IV-Stelle stehe, nicht schon auf mangelnde Objektivität und auf Befangenheit schliessen lasse. Es bedürfe vielmehr besonderer Umstände, welche das Misstrauen in die Unparteilichkeit der Beurteilung objektiv als begründet erscheinen liessen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6143/2015 vom 8. Februar 2017 E. 4.3.4; BGE 125 V 351 E. 3b/ee; vgl. auch THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMMAN/RUTH HERZOG, a.a.O., N. 9 und 15 zu Art. 9 VRPG).

Des Weiteren ist anzumerken, dass die vorliegend getroffene Instanzen- und Verfahrensregelung in weiten Teilen derjenigen des Verantwortlichkeitsgesetzes des Bundes (VG; SR 170.32) entspricht. Bei ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehenden und mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen erlässt die betreffende Organisation nämlich eine Verfügung (Art. 19 Abs. 3 VG; vgl. Entscheid Kantonsgericht Basel-Landschaft vom 7. September 2016 Nr. 820 15 278 E. 4.5, mit Hinweis auf JOST GROSS, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., Bern 2001, S. 362).

Die Behördenorganisation des Kantons Bern begründet damit vorliegend keinen Ausstandsgrund, insbesondere weil das nachträgliche verwaltungsgerichtliche An-

fechtungsverfahren als Korrektiv vorgesehen ist. Dadurch steht die zuständige Behörde in der (gerichtlich durchsetzbaren) Pflicht, den Prozessstoff und ihre Entscheidungsmotive in Form einer Verfügung für den geschädigten Bürger transparent zu machen.

- 21.4 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Beschwerdegegnerin sei gegenüber der Haftpflichtversicherung weisungsgebunden. Er verweist auf die Befangenheit wegen Vorliegens eines persönlichen Interesses sowie auf andere Gründe.

Die Vorinstanz hat die Befangenheit der Beschwerdegegnerin unter dem Aspekt von Art. 9 Abs. 1 Bst. f VRPG (Befangenheit aus anderen Gründen) geprüft. Der Beschwerdeführer macht keine persönlichen Interessen der einzelnen Mitglieder der Beschwerdegegnerin geltend. Infolgedessen ist lediglich zu prüfen, ob eine Befangenheit nach Art. 9 Abs. 1 Bst. f VRPG vorliegt.

- 21.5 Die Beschwerdegegnerin bestreitet nicht, die Allgemeinen Vertragsbedingungen für Betriebe und Berufe (AVB) ihrer Haftpflichtversicherung (E. _____) anerkannt zu haben. In ihrer Beschwerdeantwort im Rahmen des Verwaltungsgerichtsverfahrens führte die Beschwerdegegnerin jedoch aus, dass es kein Geheimnis sein dürfte, dass die einschlägigen AVB dem Versicherungsnehmer eine Anerkennung von Forderungen ohne Rücksprache mit dem Versicherer verbieten würden, woraus sich aber keinesfalls eine (negative) Vorbefassung ergebe (vgl. pag. 41). Von einer Anerkennung der Weisungsgebundenheit durch die Beschwerdegegnerin kann dementsprechend keine Rede sein.

Gemäss der vom Beschwerdeführer eingereichten Fassung der AVB (Beilage 2 zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde) ist der Versicherte verpflichtet, direkte Verhandlungen mit dem Geschädigten oder dessen Vertreter über Ersatzansprüche, jede Anerkennung einer Haftung oder einer Forderung, den Abschluss eines Vergleichs und die Leistung von Entschädigungen zu unterlassen, sofern nicht die E. _____ hierzu ihre Zustimmung gibt (vgl. Art. 13 Abs. 2 Satz 1 AVB). Zudem hat der Versicherte der E. _____ unaufgefordert sämtliche die Angelegenheit betreffenden Beweisgegenstände und Schriftstücke ungesäumt auszuhändigen und sie auch anderweitig bei der Schadenbehandlung nach Möglichkeit zu unterstützen (vgl. Art. 13 Abs. 2 Satz 2 AVB). Bei allen gegen die Vertragstreue verstossenden Handlungen eines Versicherten, insbesondere bei Verschleierung des Sachverhalts oder bei Anerkennung von Haftpflichtansprüchen ohne Ermächtigung durch die E. _____, entfällt ihm gegenüber die Leistungspflicht, ausser der Versicherte beweist, dass der Verstoss den Umständen nach als unverschuldet erscheint (Art. 14 Abs. 2 AVB).

Wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat, ist die Beschwerdegegnerin an die gesetzlichen Grundsätze nach Art. 16 ff. VRPG gebunden. Diese gesetzlichen Pflichten bestehen unabhängig vom Bestand eines Versicherungsverhältnisses. Sie können durch Vertrag weder eingeschränkt, wegbedungen noch abgeändert werden. Es kann insofern auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden. Von einer Weisungsgebundenheit kann dementsprechend keine Rede sein.

Den Verwaltungsbehörden steht es frei, mit Privaten privatrechtliche Verträge zu schliessen, insoweit nicht ihre hoheitliche Tätigkeit betroffen ist. Hinsichtlich der

Beurteilung der Ansprüche aus Schadenersatz und Genugtuung ist nicht die privatrechtliche, sondern die öffentlich-rechtliche Tätigkeit der Verwaltungsbehörde betroffen, weshalb sie hierüber eine Verfügung zu erlassen hat und insoweit nicht an anderweitige privatrechtliche Verträge gebunden ist. Die Vertragsfreiheit wird dadurch nicht verletzt. Art. 19 Abs. 1 OR hält fest, dass der Inhalt des Vertrags innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden kann. Das öffentliche Recht - sei es nun Bundesrecht oder kantonales Recht - bildet eine derartige Schranke. Vertragliche Vereinbarungen, welche gegen zwingendes öffentliches Recht verstossen, bewirken eine Widerrechtlichkeit des Vertrags und damit eine Nichtigkeit (Art. 19 und 20 OR; CLAIRE HUGUENIN/BARBARA MEISE, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., 2015, N. 19 und 21 zu Art. 19 OR). Vertragliche Vereinbarungen, welche gegen die zwingend anwendbaren Grundsätze von Art. 16 ff. VRPG verstossen, wären somit ohnehin widerrechtlich. Eine Verletzung der Vertragsfreiheit ist zu verneinen.

Art. 27 BV und Art. 23 KV betreffen die Wirtschaftsfreiheit. Die Wirtschaftsfreiheit schützt die Ausübung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit (Urteil des Bundesgerichts 1P.58/2004 vom 15. November 2004 E. 2.1). Die Ausübung einer staatlichen Tätigkeit oder eines öffentlichen Amtes steht nicht unter ihrem Schutz (Urteil des Bundesgerichts 1P.58/2004 vom 15. November 2004 E. 2.1; BGE 130 I 26). Eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit durch die Vorinstanz ist demnach zu verneinen.

Selbst wenn auf das Vertragsverhältnis zwischen der Beschwerdegegnerin und ihrer Haftpflichtversicherung abzustellen wäre, könnte keine Weisungsgebundenheit ausgemacht werden. Die Beschwerdegegnerin kann ihre Haftung stets anerkennen, geht dann aber das Risiko ein, den Schaden allenfalls selbst tragen zu müssen. Hätte die Beschwerdegegnerin keine Haftpflichtversicherung, so müsste sie den Schaden ohnehin stets selbst tragen.

Unabhängig davon, ob ein Versicherungsverhältnis besteht oder nicht, wird ein Spital nicht unbeschadet seine Haftung anerkennen. Eine Anerkennung der Haftung und die Zusprechung von Schadenersatz und Genugtuung durch ein öffentliches Spital sind mit grosser Wahrscheinlichkeit nur in denjenigen Fällen zu erwarten, in welchen die Haftung offensichtlich ist. Auch eine Versicherung wird vermutlich nur in diesen Fällen eine Haftung anerkennen (vgl. z.B. Urteil des Verwaltungsgerichts Obwalden vom 21. Februar 2013, VVGE 2011/2013 Nr. 53, S. 230, in welchem die Haftpflichtversicherung des Kantons Obwalden die Haftung in einem vorprozessualen Schreiben anerkannt hat). Die Interessen des Spitals und der Haftpflichtversicherung sind dementsprechend gleichgerichtet.

Die Möglichkeit, die Verfügung des Spitals mittels Beschwerde an das (unabhängige) Verwaltungsgericht weiterzuziehen, stellt das erforderliche Korrektiv dar, um die Unbefangenheit der erstinstanzlich in eigener Sache verfügenden Behörde zu gewährleisten.

Das Verwaltungsgericht kann entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht nur schwergewichtig Rechtsfragen prüfen. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann insbesondere auch die unrichtige oder unvollständige Feststellung des

Sachverhalts gerügt werden (Art. 80 Bst. a VRPG). Die Kognition des Verwaltungsgerichts beschränkt sich nicht auf eine bloße Willkürprüfung. Eine unabhängige Überprüfung durch das Verwaltungsgericht ist damit auch in Bezug auf den Sachverhalt garantiert.

V.

(...)

Die Kammer entscheidet:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - dem Beschwerdeführer, vertreten durch seinen Anwalt
 - der Beschwerdegegnerin, vertreten durch ihren Anwalt

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz

Bern, 2. November 2017

Im Namen der 1. Zivilkammer

Die Referentin:

Oberrichterin Pfister Hadorn

Die Gerichtsschreiberin:

Eichenberger

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert im Sinn von Art. 51 ff. BGG beträgt mehr als CHF 30'000.00.

Hinweis:

Gegen diesen Entscheid wurde kein Rechtsmittel ans Bundesgericht erhoben.