

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 634 50 53
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 19 170
ZK 19 171 (uR-Gesuch Berufungsklägerin)

Bern, 1. Juli 2019

Besetzung

Oberrichterin Grütter (Referentin), Oberrichter Niklaus und
Oberrichter D. Bähler
Gerichtsschreiberin Bank

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Klägerin/Berufungsklägerin

gegen

C. _____ **AG**
vertreten durch Rechtsanwältin Dr. D. _____
Beklagte/Berufungsbeklagte

Gegenstand

Forderung aus Spitalhaftung (Listenspital) / Zuständigkeit der
Schlichtungsbehörde / Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege

Berufung gegen den Entscheid der Schlichtungsbehörde Berner
Jura-Seeland vom 4. März 2019 (JBS 19 268-269)



Regeste:

Notwendigkeit einer Schlichtungsverhandlung bei Forderungen aus öffentlich-rechtlicher Spitalhaftung (Art. 104a Abs. 3 des Personalgesetzes [PG; BSG 153.01], Art. 117 Abs. 2 des Spitalversorgungsgesetzes [SpVG; BSG 812.11]):

Mit der am 1. Februar 2019 in Kraft getretenen Gesetzesänderung von Art. 104a Abs. 3 PG und Art. 117 Abs. 2 SpVG wurde die öffentlich-rechtliche Spitalhaftpflicht umfassend der Zivilgerichtsbarkeit unterstellt. Zur Behandlung einer Klage betreffend die Forderung aus öffentlich-rechtlicher Spitalhaftung sind die Schlichtungsbehörden sachlich zuständig (E. 14.5 ff.).

Erwägungen:

I.

1. A. _____ (nachfolgend: Berufungsklägerin) gebar am _____ ihren Sohn E. _____, der unter Trisomie 21 leidet. Im Verlauf der Schwangerschaft war die Berufungsklägerin in die Klinik der C. _____ AG (nachfolgend: Berufungsbeklagte, sog. «Listenspital») überwiesen und dort behandelt worden.

Seit dem 1. Februar 2019 gilt der neue Art. 104a des Personalgesetzes (PG; BSG 153.01) bzw. Art. 117 des Spitalversorgungsgesetzes (SpVG; BSG 812.11), mit welchem Haftungsansprüche gegen «Listenspitäler» «durch Klage beim Regionalgericht» geltend zu machen sind. Das Verfahren richtet sich gemäss Art. 104a Abs. 3 PG und Art. 117 Abs. 2 SpVG nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272).

2. Am 27. Februar 2019 reichte die Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt B. _____, bei der Schlichtungsbehörde Berner Jura-Seeland (nachfolgend: Vorinstanz) ein Schlichtungsgesuch gegen die Berufungsbeklagte ein, weil sie während der Schwangerschaft unsorgfältig behandelt worden und die Behinderung ihres Sohnes erst nach der Geburt bekannt geworden sei. In ihrer Teilklage beantragte sie, die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, ihr Schadenersatz in der Höhe von CHF 253'560.70 nebst Zins zu 5% seit 15. September 2016 (mittlerer Verfalltag) sowie eine Genugtuung in der Höhe von CHF 30'000.00 nebst Zins zu 5% seit 4. Juni 2013 zu bezahlen. Zudem stellte die Berufungsklägerin ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (pag. 1 ff.).
3. Mit Entscheid vom 4. März 2019 trat die Schlichtungsbehörde Berner Jura-Seeland auf das Schlichtungsgesuch der Berufungsklägerin vom 27. Februar 2019 sowie auf das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nicht ein. Es wurden keine Verfahrenskosten erhoben (pag. 14 ff.).

Sie erwog, mit der Klage würden Haftungsansprüche aus einer Behandlung in einem öffentlich-rechtlichen Spital geltend gemacht. Das Rechtsverhältnis mit den Patientinnen und Patienten gründe in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag (Art. 117 SpVG), wobei die Staatshaftung nach Art. 100 PG greife. Ansprüche aus dem öffentlich-rechtlichen Vertrag gegen ein Listenspital sowie Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen gegen die im Kanton gelegenen Listenspitäler seien durch Klage beim Regionalgericht geltend zu machen (Art. 117 SpVG, Art. 104a Abs. 3 PG). Das Verfahren richte sich nach der ZPO. Die Schlichtungsbehörde sei gestützt auf Art. 10 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ; BSG 271.1) für die Durchführung der Schlichtungsversuche nach Art. 197 ff. ZPO zuständig. Gemäss Art. 1 ZPO regle dieses Gesetz das Verfahren vor den kantonalen Instanzen für streitige Zivilsachen. Die Schlichtungsbehörde befasse sich somit nur mit Streitigkeiten aus Zivilrecht. Der geltend gemachte Anspruch sei öffentlich-rechtlicher Natur, das Verfahren finde jedoch vor der Zivilgerichtsbarkeit statt, wobei klar bestimmt worden sei, dass eine Klage beim Regionalgericht einzureichen sei. Es fehle somit eine ausdrückliche Kompetenzdelegation an die Schlichtungsbehörde. Der Verweis, wonach sich das Verfahren nach der ZPO richte, sei unbehelflich, um die Zuständigkeit zu begründen.

4. Gegen diesen Entscheid erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 21. März 2019 (Postaufgabe am gleichen Tag) Berufung beim Obergericht des Kantons Bern mit folgenden Rechtsbegehren (pag. 24 ff.):

1. Der Nichteintretensentscheid der Schlichtungsbehörde Berner Jura-Seeland vom 4. März 2019 (JBS 19 268 -269 / P13) sei aufzuheben.
2. Die Sache sei zur Durchführung einer Schlichtungsverhandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

- Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen -

Zur Begründung führte sie aus, Art. 104a Abs. 3 PG verweise auf die ZPO. Der Anspruch sei «durch Klage beim Regionalgericht» geltend zu machen. Der Verweis auf das «Verfahren nach der ZPO» umfasse das gesamte Zivilverfahren bzw. die gesamten zivilprozessualen Bestimmungen, somit auch das Schlichtungsverfahren, das einen wesentlichen Bestandteil der ZPO darstelle, und das Rechtsmittelverfahren. Es sei nicht Sinn und Zweck der neuen Bestimmung, einzig das Regionalgericht mit der Fallbearbeitung zu betrauen. Zweck der Gesetzesänderung sei gemäss Antrag des Regierungsrates zum PG die Verfahrensgleichheit gewesen. Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Schadenersatzverfahren seien nach den gleichen Grundsätzen und im gleichen Verfahren zu beurteilen. Das schliesse eine Schlichtung mit ein. Zudem hätten die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Spitalhaftung für die Beurteilung des Rechtswegs bzw. die Zuständigkeit vermieden und die Rechtslage dadurch in prozessualer Hinsicht vereinfacht werden sollen. Eine weiter bestehende Differenz im Verfahrensablauf (privatrechtliche Spitalhaftung mit Schlichtungsverfahren, öffentlich-rechtliche Spitalhaftung ohne Schlichtungsverfahren) würde dieser Absicht zuwiderlaufen. Der Gesetzgeber habe keinen Verzicht auf das Schlichtungsverfahren gewollt. Ein Schlichtungsverfahren sei mithin erforderlich, solange keine Aus-

nahmebestimmung von Art. 198 ZPO erfüllt sei. Hätte der Gesetzgeber auf das Schlichtungsverfahren verzichten wollen, wäre dies ausdrücklich so bestimmt worden. Unter der bisherigen (bis zum 31. Januar 2019 geltenden) Verfahrensregelung habe das betroffene Spital vorgängig zum Justizverfahren eine Verfügung erlassen müssen. Dies habe ein intensives Auseinandersetzen des Spitals mit dem Schadensfall bedingt, ähnlich wie bei der Durchführung eines Schlichtungsverfahrens. Eine rechtzeitige ernsthafte Auseinandersetzung mit dem Schadensfall müsse erhalten bleiben.

Gleichzeitig reichte die Berufungsklägerin ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ein (ZK 19 171).

5. Die Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwältin D._____, verzichtete mit Eingabe vom 24. April 2019 auf das Einreichen einer Berufungsantwort sowie auf eine Stellungnahme zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (pag. 36 ff.).
6. Die Vorinstanz erklärte in ihrer Vernehmlassung vom 24. April 2019, gemäss dem klaren gesetzlichen Wortlaut von Art. 104a Abs. 3 PG und Art. 117 SpVG werde das Schlichtungsverfahren ausgeschlossen. Andernfalls hätte der Gesetzgeber eine allgemeine Zuständigkeitsnorm zugunsten der Zivilgerichtsbarkeit gewählt. Die Rede sei jedoch nicht vom Zivilgericht, sondern vom Regionalgericht. Die Schlichtungsbehörden, welche als selbständige Gerichtsbehörden gälten, würden demgegenüber nicht erwähnt (mit Hinweis auf den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern ZK 17 292 vom 29. August 2017 E. 11.4.3; pag. 39 ff.).
7. Mit Verfügung vom 25. April 2019 ordnete die Instruktionsrichterin keinen weiteren Schriftenwechsel an. Der schriftliche Entscheid wurde in Aussicht gestellt (pag. 41 ff.).
8. Die Berufungsbeklagte verzichtete am 30. April 2019 auf das Einreichen einer Kostennote (pag. 43). Die Honorarnote von Rechtsanwalt B._____ datiert vom 1. Mai 2019 (pag. 44 ff.) und wurde der Gegenpartei am 2. Mai 2019 zur Kenntnis gebracht (pag. 47).

II.

9. Das Obergericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (Art. 60 ZPO; BGE 142 III 48 E. 4.1.2).
10. Angefochten ist ein im Schlichtungsverfahren ergangener verfahrensabschliessender Nichteintretensentscheid der Schlichtungsbehörde Berner Jura-Seeland in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als CHF 10'000.00. Der Entscheid ist daher mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Abs. 2 ZPO).
11. Die Zivilkammern des Obergerichts sind für die Behandlung der vorliegenden Berufung ebenso zuständig wie für die Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege für das oberinstanzliche Verfahren (Art. 4 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 6

Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 EG ZSJ und Art. 28 Abs. 1 Bst. a des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]), wobei die Urteilsfindung in Dreierbesetzung erfolgt (Art. 3 ZPO i.V.m. Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]). Der Entscheid über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege obliegt der Instruktionsrichterin (Art. 13 Abs. 1 Satz 2 EG ZSJ). Eine Beurteilung durch die Kammer schadet jedoch nicht und erweist sich prozessökonomisch als sinnvoll.

12. Die Berufungsfrist beträgt 30 Tage (Art. 311 Abs. 1 ZPO) und wurde vorliegend gewahrt.
13. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die frist- und formgerecht erfolgte Berufung ist einzutreten (Art. 311 Abs. 1 ZPO).

III.

14.

- 14.1 Der Bernische Gesetzgeber hat das Geltendmachen von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen aus Spitalhaftung dem Zivilverfahren unterstellt. Vorliegend stellt sich die Frage, ob mit der Gesetzesänderung von Art. 104a PG und Art. 117 SpVG und der Formulierung «Klage beim Regionalgericht» auf die Notwendigkeit eines Schlichtungsverfahrens (und bei einem Streitwert von bis zu CHF 2'000.00 auch auf das Entscheidungsverfahren vor der Schlichtungsbehörde, vgl. Art. 212 ZPO) verzichtet werden sollte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Verzicht auf das Schlichtungsverfahren durchaus möglich wäre, zumal die ZPO gestützt auf den Verweis in Art. 104a Abs. 3 PG und Art. 117 Abs. 2 SpVG im Zusammenhang mit den öffentlich-rechtlichen Haftungsansprüchen als kantonales Recht zum Einsatz kommt.
- 14.2 Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt die Rechtsprechung einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen. Es können auch die Gesetzesmaterialien beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben und dem Richter damit weiterhelfen (BGE 141 III 155 E. 4.2; 140 III 206 E. 3.5.4; 140 III 289 E. 2.1; 131 III 33 E. 2 mit Hinweisen).
- 14.3 Ausgangspunkt und Grundlage jeder Auslegung bildet der Gesetzeswortlaut (BGE 134 III 273 E. 4 mit Hinweisen). Art. 104a Abs. 3 PG und Art. 117 Abs. 2 SpVG sind wie folgt formuliert:

Art. 104a Abs. 3 PG: Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung gegen die im Kanton gelegenen Listenspitäler und Listengeburtshäuser sowie gegen die im Kanton zugelassenen Rettungsdienste sind durch Klage beim Regionalgericht geltend zu machen. Das Verfahren richtet sich nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO).

Art. 117 Abs. 2 SpVG: Ansprüche aus diesem öffentlich-rechtlichen Vertrag [zwischen Listenspital und Patientin oder Patient] sind durch Klage beim Regionalgericht geltend zu machen. Das Verfahren richtet sich nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO).

Eine rein grammatikalische Auslegung dieser Normen führt zu keinem eindeutigen Ergebnis. Das Gesetz verweist generell auf die ZPO, welche – vorbehaltlich der Ausnahmen von Art. 198 ZPO – ein Schlichtungsverfahren vorsieht. Als zuständige Gerichtsstanz wird jedoch ausdrücklich das Regionalgericht genannt.

- 14.4 Auch aus der Systematik der beiden Gesetze lassen sich keine Rückschlüsse ziehen.
- 14.5 Die Entstehungsgeschichte sowie der Sinn und Zweck der Normen führen jedoch zu einem eindeutigen Auslegungsergebnis:
 - 14.5.1 Vor Einführung der neuen Gesetzesbestimmungen fand kein einheitliches Verfahren zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aus Spitalhaftung Anwendung. Seit dem 1. Januar 2014 nehmen im Kanton Bern gelegene Listenspitäler, Listengeburtshäuser und Rettungsdienste im Rahmen der obligatorischen Krankenversicherung öffentliche Aufgaben wahr. Dazu werden kantonale Leistungsaufträge erteilt (Art. 8 ff. SpVG). Die Leistungserbringer begründen ihre Rechtsverhältnisse mit den Patientinnen und Patienten im Rahmen der obligatorischen Krankenversicherung mit einem öffentlich-rechtlichen Vertrag (Art. 117 Abs. 1 SpVG). Alle Streitigkeiten aus diesen Verträgen beurteilte bisher das Verwaltungsgericht auf Klage hin als einzige kantonale Instanz (Art. 137 Abs. 2 SpVG und aArt. 137 SpVG). Zur Geltendmachung von ausservertraglichen Staatshaftungsansprüchen hatte der Geschädigte ein Begehren an die Spitalträgerschaft zu richten, die in der Folge mittels Verfügung darüber befand (aArt. 104a Abs. 1 PG). Anschliessend stand die Beschwerde an das Verwaltungsgericht offen (aArt. 104a Abs. 2 PG; vgl. Ziff. 2.1.3 des Vortrags des Regierungsrates an den Grossen Rat zum Personalgesetz [PG, Änderung] vom 7. Februar 2018: nachfolgend Vortrag des RR).

Erfolgte (oder erfolgt) die medizinische Behandlung im Rahmen eines privatrechtlichen Vertragsverhältnisses, konnte (und kann) der oder die Geschädigte allfällige Ansprüche gestützt auf die zivilrechtliche Vertrags- oder Deliktshaftung beim Zivilgericht geltend machen. Dem Entscheidverfahren vor dem Zivilgericht geht ein Schlichtungsversuch vor der Schlichtungsbehörde voraus (Art. 197 i.V.m. Art. 198 f. ZPO e contrario).

Dem Vortrag des Regierungsrates ist zu entnehmen, dass die unterschiedlichen Rechtswege bis anhin zu Schwierigkeiten führten. Die wenig transparente Rechtslage wurde dadurch verkompliziert, dass möglicherweise nach einer Behandlung in einem Listenspital noch weitere Behandlungen, für die kein Leistungsvertrag bestand, erforderlich waren und im Einzelfall daher unklar blieb, bei welcher Behand-

lung der Schaden verursacht wurde. Ob die Behandlung auf einem privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhte, war jedoch für die Einleitung des Verfahrens massgebend. Der Rechtsweg konnte insbesondere dort auseinanderfallen, wo sowohl Ansprüche aus öffentlich-rechtlichem Vertrag und Deliktsrecht nach Art. 41 ff. OR geltend gemacht wurden. Der gesetzliche Auftrag an die Leistungserbringer, eine Verfügung über die Haftungsansprüche zu erlassen, bewährte sich ferner nach den Praxiserfahrungen des Verwaltungsgerichts nicht und führte nicht zur damals angestrebten Entlastung. Die Situation war auch für Rechtssuchende nachteilig, weil sie den oftmals noch nicht vollständig erhobenen, sehr umfangreichen und komplexen Prozessstoff nicht wie früher unter Beachtung der Verjährungsfristen in Ruhe zusammentragen und das Verfahren vor Verwaltungsgericht sorgfältig vorbereiten konnten, sondern innerhalb von 30 Tagen seit Eröffnung der Verfügung Beschwerde führen mussten. Diese Unzulänglichkeiten des Verfahrens waren systembedingt. Zweck der Gesetzesänderung war es, die Probleme auf dem Weg einer Änderung der Verfahrensordnung zu beheben, weshalb der Regierungsrat die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (JGK) beauftragte, eine Teilrevision des PG auszuarbeiten und für die Geltendmachung von Ansprüchen aus Spitalhaftung einheitlich das Zivilverfahren einzuführen. Im Laufe der Abklärungen stellte sich heraus, dass zusätzlich eine Änderung des SpVG erforderlich war (Ziff. 2.3 des Vortrags des RR).

- 14.5.2 Zweck der Änderungen des PG und des SpVG war folglich eine Vereinheitlichung des Verfahrens in Streitigkeiten mit Spitälern, Rettungsdiensten und Geburtshäusern. Der Gesetzesentwurf enthielt zwei Schwerpunkte: Einerseits wurde im PG bei der Staatshaftung im Bereich der Spitalhaftungsfälle das Zivilverfahren eingeführt. Andererseits wurden die Vorschriften des SpVG für Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen Leistungserbringern und Patientinnen und Patienten angepasst und ebenfalls der Zivilgerichtsbarkeit unterstellt (Ziff. 1 des Vortrags des RR). Kernstück der Vorlage bildete mithin die Unterstellung aller öffentlich-rechtlicher Spitalhaftungsfälle unter Einbezug der Ansprüche aus dem öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Leistungserbringern und Patientinnen und Patienten unter die Zivilgerichtsbarkeit. Sie sollten – gleich wie etwa die Ansprüche aus einer medizinischen Behandlung im Rahmen eines privatrechtlichen Vertragsverhältnisses zwischen Spitälern und Geburtshäusern, die nicht als Listenspitäler bzw. -geburtshäuser geführt werden, oder zwischen ausserkantonalen Rettungsdiensten und Patientinnen und Patienten – mittels «Klage beim Regionalgericht» geltend gemacht werden, wobei sich das Verfahren nach der ZPO richten solle. Damit sollte bezüglich des Verfahrens die im Einzelfall schwierige Abgrenzung zwischen Dienstleistungen öffentlich-rechtlicher Natur und solchen privatrechtlicher Natur entfallen (Ziff. 3 des Vortrags des RR). Die Unterstellung unter die Zivilgerichtsbarkeit wurde aufgrund der sachlichen Nähe zu den zivilrechtlichen Haftungsfällen gewählt (Beurteilung des Schadens bzw. der immateriellen Unbill, der Kausalität und der Widerrechtlichkeit nach der Rechtsprechung und Lehre des Zivilrechts, Anwendbarkeit zivilrechtlicher Grundsätze – namentlich Art. 44 OR – sowie gleiche Beweis- und Rechtsfragen wie in zivilrechtlichen Haftungsfällen; Ziff. 7 des Vortrags des RR).

Der Regierungsrat hatte zudem vorgeschlagen, das Verfahren dem Untersuchungsgrundsatz zu unterstellen und das Gebührendekret anzupassen. Dem erwuchs Kritik: Diese Spezialregelung hätte die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Spitalhaftung aufrechterhalten. Denn diese Fragen hätten jeweils geklärt werden müssen, um über die anwendbare Verfahrensmaxime bzw. den geltenden Tarif zu entscheiden. Mit Blick auf das erklärte Ziel der Verfahrensvereinfachung verzichtete der Regierungsrat (und mit ihm der Grosse Rat) deshalb auf diese Spezialbestimmung (Ziff. 13 des Vortrags des RR).

- 14.5.3 Sinn und Zweck der Gesetzesänderung war nach dem Gesagten folglich die Anpassung des Verfahrens in öffentlich-rechtlichen Spitalhaftungsfällen an dasjenige des Privatrechts. Alle Spitalhaftungsfälle sollten auf dem gleichen zivilrechtlichen Weg im selben zivilprozessualen Verfahren geltend gemacht werden können. Angestrebt war mithin eine Verfahrensvereinfachung mittels Vereinheitlichung des Verfahrens und Anpassung der Verfahrensordnung an diejenige «von privatrechtlichen Streitigkeiten» (vgl. Ziff. 13 des Vortrags des RR).

Das zivilrechtliche Verfahren umfasst das Schlichtungsverfahren (Art. 197 ff. ZPO). Hätte mit der Gesetzesänderung ein solches ausgeschlossen werden sollen, wären die bisherigen Schwierigkeiten bei der Unterscheidung der rechtlichen Grundlagen des Verfahrens nicht behoben worden: Die im Einzelfall oft schwierige Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Spitalhaftung bliebe bestehen. Gerade diese Schwierigkeiten wollte der Gesetzgeber jedoch abtragen. Bei einem Verzicht auf das Schlichtungsverfahren wäre mithin ein Grossteil der angestrebten Vereinfachung zunichte gemacht. Der Regierungsrat befasste sich zudem nicht mit den einzelnen Stationen des Zivilrechts, sondern verwies pauschal auf die ZPO. Damit hat er auch ihre innere Logik übernommen. Zwar werden die Schlichtungsbehörden nicht explizit erwähnt. Dies schadet jedoch nicht, wenn integral die ZPO zur Anwendung gebracht wird: Die ZPO sieht eine Schlichtung vor, solange keine Ausnahme normiert wird. Hätte der Regierungsrat eine Ausnahme gewünscht, hätte er deshalb eine solche analog Art. 198 ZPO explizit statuieren müssen. Es brauchte somit – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – keine explizite Zuweisung an die Schlichtungsbehörde, um die Notwendigkeit eines Schlichtungsverfahrens zu begründen. Es genügt im Gegenteil, sie nicht auszuschliessen.

Der Regierungsrat spricht im Vortrag zur Gesetzesänderung über weite Strecken von der «Unterstellung unter die Zivilgerichtsbarkeit». Bei der Umsetzung erwähnt er jedoch die «Klage an das Regionalgericht». Dabei handelt es sich offensichtlich um eine alternative Formulierung für dasselbe Anliegen, nämlich den Verweis dieser spezifischen Streitfälle auf den Zivilgerichtsweg (im Gegensatz zum Verwaltungsjustizverfahren). Es gibt keine Hinweise darauf, dass der Regierungsrat – und mit ihm der Gesetzgeber – hier eine Engführung beabsichtigt hätte. Er war vielmehr offensichtlich der Ansicht, er normiere mit der «Klage an das Regionalgericht» seine Absicht, die Spitalhaftpflicht umfassend der Zivilgerichtsbarkeit zu unterstellen.

Diese Absicht hinter der Wortwahl des Regierungsrates ergibt sich auch aus folgendem Umstand: Der Regierungsrat griff auf eine Formulierung zurück, welche der kantonale Gesetzgeber bereits in einem früheren Zusammenhang benutzt hat-

te, nämlich in Art. 73 Abs. 1 des Gesetzes über den Kindes- und Erwachsenenschutz (KESG; BSG 213.316). Er verstand die Umschreibung «Klage an das Regionalgericht» (Art. 73 Abs. 1 KESG) so, dass das kantonale Recht hier für die Beurteilung von öffentlich-rechtlichen Haftungsansprüchen auf den Zivilweg verweise (vgl. Ziff. 2.1.2 des Vortrags des RR). Der Regierungsrat wollte bezüglich der Spitalhaftung analog vorgehen. Also benutzte er dieselbe Formulierung, um diese Streitsache «auf den Zivilweg» zu verweisen. Die Absicht des Regierungsrates fokussierte nicht auf die sachliche Zuständigkeit des Regionalgerichts, sondern auf den Umstand, dass es sich dabei um ein Zivilgericht handelt.

Verwiesen sei hier auch darauf, dass im Bundeszivilrecht regelmässig von «Klage» die Rede ist, dies aber ebenso wenig eine Ausnahme nach Art. 198 ZPO darstellt, sondern die Einleitung des Verfahrens mittels Schlichtungsgesuch beinhaltet.

- 14.5.4 Der Regierungsrat erwog in seinem Vortrag die Vor- und Nachteile der Neuerungen für die Rechtssuchenden und gab seiner Absicht Ausdruck, die Nachteile für diese so gering wie möglich zu halten. Zu der beabsichtigten Erleichterung des Verfahrens gehört zweifellos auch das Schlichtungsverfahren.

Entsprechend erläuterte denn auch die zuständige Regierungsrätin Evi Allemann in der Debatte im Grossen Rat: «Es ist so, dass das Verfahren nach den Bedingungen der ZPO mit einem Schlichtungsgesuch eingeleitet wird. Sollten die Schlichtungsverhandlungen scheitern, würde eine Klagebewilligung erteilt. [...] Der Verweis auf die ZPO bedeutet, dass ein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist, sofern ein solches vorgesehen ist, bevor geklagt werden kann». Nach diesem Votum und der Detailberatung wurden die Gesetzesänderungen in dieser Form vom Grossen Rat einstimmig angenommen (1. Lesung in der Eintretens- und Grundsatzdebatte des Grossen Rats des Kantons Bern vom 13. Juni 2018, 2017.RRGR.148).

15. Zusammenfassend steht im gegebenen Kontext von PG und SpVG der Begriff «das Regionalgericht» also als Chiffre für die Zivilgerichtsbarkeit, als Alternative und in Abgrenzung zum vormals zuständigen Verwaltungsgericht.

Die Schlichtungsbehörde hat nach dem Gesagten zu Unrecht einen Nichteintretensentscheid gefällt, weshalb der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur weiteren Behandlung an diese zurückzuweisen ist.

IV.

16.

- 16.1 Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Nach dem Gesagten unterliegt die Berufungsbeklagte vor oberer Instanz.

- 16.2 Das Gericht kann jedoch Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlasst haben, aus Billigkeitsgründen dem Kanton auferlegen (Art. 107 Abs. 2 ZPO).

Das Verfahren vor Obergericht und die entsprechenden Gerichtskosten sind Folge des unzutreffenden Entscheids der Vorinstanz, den diese von Amtes wegen fällt. Die Berufungsbeklagte stellte im oberinstanzlichen Verfahren keine Anträge und erklärte, die Frage der Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde sei von Amtes wegen zu prüfen (pag. 36). Auf einen Antrag auf Ausrichtung einer Parteientschädigung verzichtete sie (pag. 43). Auch im vorinstanzlichen Verfahren war die Berufungsbeklagte nicht beteiligt. Die Gerichtskosten wurden mithin nicht von den Parteien veranlasst, weshalb die Kostenaufanlage an den Kanton Bern gerechtfertigt ist (BGE 139 III 475 E. 2.3; 138 III 471 E. 7).

- 16.3 Die Gerichtskosten des oberinstanzlichen Verfahrens gehen folglich zu Lasten des Kantons Bern.

17.

- 17.1 Eine Parteientschädigung aus der Staatskasse ist grundsätzlich nicht zuzusprechen (vgl. Art. 107 Abs. 2 ZPO e contrario; STERCHI, in: Berner Kommentar zur ZPO, 2012, N. 25 zu Art. 107). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz rechtfertigt sich grundsätzlich nur in Fällen qualifizierter Verfahrensfehler oder dort, wo der Staat materiell Gegenpartei ist und damit als unterliegende Partei im Sinne von Art. 106 Abs. 1 ZPO zu betrachten ist (vgl. BGE 142 III 110 E. 3; 140 III 501 E. 3; 140 III 385 E. 4.1; 139 III 471 E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts 5A_378/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 2.2; ferner: RÜEGG/RÜEGG, in: Basler Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2017, N. 11 zu Art. 107). Im Fall der Klärung eines negativen Kompetenzkonflikts hat das Bundesgericht die Zusprechung einer Parteientschädigung zu Lasten des Kantons gestützt auf Art. 107 Abs. 2 ZPO bejaht (BGE 138 III 471 E. 7).

Auch vorliegend sind die Prozesskosten im Berufungsverfahren die Folge eines unzutreffenden Entscheids der Vorinstanz, den diese von Amtes wegen gefällt hat. Die Berufungsklägerin war gezwungen, den Entscheid der Vorinstanz anzufechten, um ihre geltend gemachte Schadenersatz- und Genugtuungsforderung durch eine zivile Gerichtsinstanz materiell überprüfen zu lassen. Die Berufungsbeklagte hatte vor Schlichtungsbehörde keinen Antrag auf Nichteintreten gestellt und hat sich im Berufungsverfahren mit dem vorinstanzlichen Entscheid nicht identifiziert. Die Prozesskosten sind somit nicht von den Parteien veranlasst worden.

Es rechtfertigt sich folglich, den Kanton zu einer Parteientschädigung zugunsten der Berufungsklägerin zu verpflichten.

Die Berufungsbeklagte macht keine Parteientschädigung geltend.

- 17.2 Rechtsanwalt B._____ machte mit Kostennote vom 1. Mai 2019 ein Honorar von insgesamt CHF 2'053.40 geltend (8 Stunden Aufwand zu CHF 270.00, ausmachend CHF 2'160.00, zzgl. Auslagen von CHF 36.00 und MwSt. von CHF 146.80; pag. 45).

Das geltend gemachte Honorar bewegt sich im Rahmen und erscheint mit Blick auf Art. 7 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 PKV als angemessen. Der Berufungsklägerin wird eine Parteientschädigung von CHF 2'053.40 zugesprochen.

18. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist das Gesuchsverfahren der Berufungsklägerin betreffend die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Berufungsverfahren (ZK 19 171) als gegenstandslos abzuschreiben. Für das Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO).

Die Kammer entscheidet:

1. Die Berufung wird gutgeheissen.

Der Entscheid der Schlichtungsbehörde Berner Jura-Seeland vom 4. März 2019 (JB 19 268 -269/P13) wird aufgehoben. Die Sache wird zur weiteren Behandlung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens gehen zu Lasten des Kantons Bern.
3. Der Kanton Bern (Schlichtungsbehörde Berner Jura-Seeland) hat der Berufungsklägerin eine Parteientschädigung von CHF 2'053.40 (inkl. Auslagen und MwSt.) zu bezahlen.
4. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege der Berufungsklägerin wird als gegenstandslos abgeschrieben (ZK 19 171).
5. Für das Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege werden keine Gerichtskosten erhoben.
6. Zu eröffnen:
 - der Berufungsklägerin, v.d. Rechtsanwalt B. _____
 - der Berufungsbeklagten, v.d. Rechtsanwältin Dr. D. _____

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz

Bern, 1. Juli 2019

Im Namen der 2. Zivilkammer

Die Referentin:

Oberrichterin Grütter

Die Gerichtsschreiberin:

Bank

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: Der Entscheid ist rechtskräftig.