

des in Art. 5 StPO verankerten Beschleunigungsgebots in angemessener Zeit zu einem Abschluss zu bringen. Der älteste Fall datiert von 2015, die übrigen von 2017–2019. Dass dieser eine Fall deutlich älter ist als die übrigen, liegt darin begründet, dass die durch eine medizinische Behandlung mutmasslich geschädigte Person zwischenzeitlich verstorben ist. Die Untersuchung war daher auf den Eventualtatbestand der fahrlässigen Tötung auszudehnen.

**Möchten Sie diesem Interview noch etwas für die Leserschaft von in dubio, insbesondere die Anwaltschaft zufügen?**

Gerne. Ich blicke auf zehn sehr interessante Monate zurück seit Eintritt in meine neue Funktion. Es gab viel zu tun, und es wird weiterhin viel zu tun geben. Den Kontakt mit den Parteivertretern und -vertreterinnen aus der Bernischen Anwaltschaft empfinde ich als sehr angenehm. Der kom-

menden Zeit sehe ich mit Spannung und Freude entgegen. Es werden sich nicht nur innerhalb der einzelnen Verfahren interessante Fragen stellen, sondern es stellen sich auch Fragen verfahrensübergreifender und grundsätzlicher Natur, wie zum Beispiel, inwiefern sich Angehörige Verstorbener als Privatkläger am Strafverfahren beteiligen können, wenn lediglich Staatshaftungsansprüche gegen ein Spital, jedoch keine Zivilansprüche gegen die beschuldigten Personen selbst geltend gemacht werden können.

In diesem Sinne freue ich mich auf die vor mir liegende Arbeit und auf den fachlichen Austausch und einen weiterhin kollegialen Kontakt mit Ihnen als Fürsprecherinnen und Fürsprecher sowie mit Rechtsanwälten und Rechtsanwältinnen.

**in dubio dankt bestens für dieses Interview.**

## Haftung für Fehler in der Spitalbehandlung – die neue Zuständigkeitsordnung im Kanton Bern

### 1. Einleitung

Im Kanton Bern haften nach Art. 101 Abs. 1 Personalgesetz (PG)<sup>1</sup> 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 zufügen. Den Kanton trifft eine Ausfallhaftung.

**Peter Kaufmann\* und  
Alexia Sidiropoulos\*\***

Per 1. Februar 2019 sind die Änderungen des Personalgesetzes in Kraft getreten, wonach Haftungsansprüche aus medizinischer Behandlung gegenüber Listenspitälern, Listengeburtsheimen sowie zugelassenen Rettungsdiensten neu beim Regionalgericht geltend zu machen sind (Art. 104a Abs. 3 PG).

Dieser Beitrag soll den im Kanton Bern prozessierenden Anwältinnen und Anwälten einen Überblick über die relevanten Neuerungen und die nach wie vor bestehenden Stolpersteine geben.

### 2. Bisherige Regelung

#### 2.1 Verfügung des Spitalträgers

Gemäss der bis zum 31. Januar 2019 geltenden Regelung mussten die in Art. 101 Abs. 1 PG genannten Organisationen über Haftungsansprüche im Verfügungsverfahren entscheiden. Auf Begehren des Patienten oder dessen Angehöriger wurde ein Verfahren auf Erlass einer Verfügung eröffnet. In diesem Rahmen hatte das Spital den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären und anschliessend eine Verfügung zu erlassen. Diese Verfügung war beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern anfechtbar (aArt. 104a PG).

Die Regelung brachte verschiedene Probleme mit sich und war für alle involvierten Parteien letztlich unbefriedigend. Die Patientinnen und Patienten hatten Mühe zu verstehen, weshalb ein Spital zumindest «erstinstanzlich» über den Anspruch entscheiden konnte. Das Spital seinerseits musste in der Funktion einer Verwaltungs-

\* Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Haftpflichtrecht- und Versicherungsrecht, Bern

\*\* Dr. iur., Rechtsanwältin, Bern

<sup>1</sup> BSG 153.01

behörde von Amtes wegen mögliche medizinische Fehler abklären und darüber befinden, ob dem eigenen Personal eine Pflichtverletzung vorzuwerfen ist.<sup>2</sup>

## 2.2 Passivlegitimation

Vor dem Inkrafttreten des teilrevidierten KVG mit der neuen Spitalfinanzierung bestand weitgehend Einigkeit, dass nur sogenannte öffentliche Spitäler mit staatlicher Trägerschaft dem Personalgesetz unterstehen würden. Allein aus der Aufnahme in die Spitalliste konnte nach herrschender Lehre nicht abgeleitet werden, dass auch Privatspitäler eine öffentliche Aufgabe im Sinne des Personalgesetzes erfüllen. So waren einige Privatspitäler zwar auf der Spitalliste eines Kantons aufgeführt und entsprechend befugt, in der jeweiligen Kategorie zulasten der OKP abzurechnen, verfügten aber über keinen Leistungsauftrag des Kantons mit Abrechnungsberechtigung gegenüber diesem.<sup>3</sup> Folge dieser Betrachtungsweise war, dass auch Belegärzte an privaten Listenspitälern in diesem Sinne nicht in die öffentliche Aufgabenerbringung eingebunden waren und somit bei Behandlungsfehlern direkt zu belangen waren.

Mit der per 1. Januar 2009 in Kraft getretenen und bis 31. Dezember 2011 kantonal umzusetzenden<sup>4</sup> sogenannten dual-fixen Spitalfinanzierung beteiligen sich die Kantone mit mindestens 55 % an den in Form von Leistungspauschalen definierten Kosten einer stationären<sup>5</sup> Spitalleistung inklusive Investitionskosten (Art. 49a KVG). Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um ein privat oder ein öffentlich getragenes Spital handelt. Wie sich diese Kostenbeteiligung auf die Haftung auswirkt, war nicht restlos geklärt.

## 3. Vorentwurf

Der Regierungsrat hat die JGK mit Beschluss vom 15. März 2017 ermächtigt, zur Änderung des Personalgesetzes und des Dekrets betreffend die Verfahrenskosten und Verwaltungsgebühren im Zusammenhang mit der Geltendmachung von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen aus Spitalhaftung ein Vernehmlassungsverfahren zu eröffnen. Kernstück des Entwurfs war die Vereinheitlichung des Verfahrens. Neu sollten Ansprüche aus öffentlichem Recht gegen die im Kanton Bern gelegenen Listenspitäler, Listengeburtshäuser und Rettungsdienste gleich wie zivilrechtliche Ansprüche mittels Klage beim Regionalgericht geltend gemacht werden. Damit sollte die im Einzelfall schwierige Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Spital-

haftung entfallen. Gleichzeitig sollte damit das Erfordernis des zweistufigen Instanzenzugs umgesetzt werden. Der Vorentwurf sah vor, dass das Gericht den Sachverhalt bei öffentlich-rechtlichen Ansprüchen von Amtes wegen feststellen sollte. Im Weiteren wurde vorgesehen, die tieferen Kosten des Verwaltungsverfahrens für diese Ansprüche beizubehalten, da eine Unterstellung der Spitalhaftung und der Klagen aus öffentlich-rechtlichem Behandlungsvertrag unter die Zivilgerichtsbarkeit in zahlreichen Fällen höhere Verfahrensgebühren und damit einhergehend eine Erhöhung des Prozessrisikos für den Geschädigten zur Folge habe.<sup>6</sup>

Der Bernische Anwaltsverband hat hiernach die Fachgruppe BAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht gebeten, eine Vernehmlassung zu verfassen. Die vorgeschlagene Neuordnung wurde grundsätzlich begrüsst. Die Fachgruppe führte in ihrer Vernehmlassung aus, dass die Revision dringend und zwingend sei. Der Weg über die Zivilgerichtsbarkeit sei wahrscheinlich der richtige, zumal die Zivilrichter im Rahmen der materiellen Schadenberechnung eines komplexen Personenschadens mehr Erfahrung haben dürften als Verwaltungsrichter. Indessen seien diverse Aspekte ungeklärt, die nun zu klären seien, um künftig von einer Vereinfachung des Verfahrens sprechen zu können. So wies die Fachgruppe darauf hin, dass mit der Vorlage die Abgrenzung von privatrechtlichen zu öffentlich-rechtlichen Ansprüchen nach wie vor ungelöst bleibe. Für öffentlich-rechtliche Ansprüche würde die Untersuchungsmaxime gelten, für privatrechtliche die Verhandlungsmaxime. Ob eine solche Regelung für die Zivilgerichte praktikabel sei, wurde infrage gestellt. Weiter wurde aufgeworfen, dass die Verfahrenskosten im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren tiefer seien als im ordentlichen Verfahren vor Regionalgerichten. Wenn nun die Zivilgerichte bei gemischten Sachverhalten (öffentliches Recht und Privatrecht) zuständig sind, müsste unter Umständen innerhalb des gleichen Prozesses je eine spezifische Gebühr erhoben werden. Schliesslich wurde moniert, dass die zentrale Frage des materiellen Verjährungsrechts nach wie vor nicht geregelt sei. Die Problematik werde zwar mit der vorgesehenen Gesetzesänderung nicht tangiert, sollte aber aus Sicht der Rechtssicherheit geklärt werden. Die kurze einjährige deliktische Frist ab Kenntnis des Schadens sei für den Rechtssuchenden äusserst stossend.

## 4. Neue Regelung

### 4.1 Einleitung

Relativ zügig wurden die neuen Bestimmungen per 1. Februar 2019 in Kraft gesetzt. Die Fachgruppe BAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht hat eine Veranstaltung zu diesen gesetzlichen Änderungen durchgeführt und hierfür auch Vertreter der Insel Gruppe

<sup>2</sup> Vgl. dazu Urteil des Verwaltungsgerichts Bern VGE 100.2010.493 vom 14.11.2011, BVR 2012, 252 ff. E. 3.3.

<sup>3</sup> RÜTSCHÉ BERNHARD, Datenschutzrechtliche Aufsicht über die Spitäler, Zürich/Basel/Genf 2012, N 71. Vgl. auch AEBI-MÜLLER REGINA E./FELLMANN WALTER/GÄCHTER THOMAS/RÜTSCHÉ BERNHARD/TAG BRIGITTE, *Arztrecht*, Bern 2016, § 2 N 14. Offen gelassen Urteil des Verwaltungsgerichts Bern VGE 100.2013.188U vom 25.03.2014, E. 2.3 und 2.5.

<sup>4</sup> Vgl. die Übergangsbestimmungen zur Änderung des KVG vom 21. Dezember 2007.

<sup>5</sup> Vgl. zum Begriff «stationär» Art. 3 VKL (SR 832.104).

<sup>6</sup> Vortrag des Regierungsrates des Kantons Bern zur Änderung des Personalgesetzes und des Dekrets betreffend die Verfahrenskosten und Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft vom 16.03.2017 (Fassung für die Vernehmlassung)

Bern, Hirslanden Bern sowie der Lindenhofgruppe Bern eingeladen. Mit der Gesetzesänderung wurden einige Unklarheiten und Ungewissheiten geklärt. Andere unklare Punkte bleiben jedoch bestehen. Auf diese wird nachfolgend noch eingegangen.

#### 4.2 Neue gesetzliche Regelung

Art. 104a Abs. 3 des Personalgesetzes lautet neu wie folgt:

Art. 104a Abs. 3 (neu)

<sup>3</sup> Ansprüche auf Schadenersatz oder Genugtuung gegen die im Kanton gelegenen Listenspitäler und Listengeburtshäuser sowie gegen die im Kanton zugelassenen Rettungsdienste sind beim Regionalgericht geltend zu machen. Das Verfahren richtet sich nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO).

Ebenso hat das Spitalversorgungsgesetz<sup>7</sup> eine Änderung erfahren:

Art. 117 Abs. 1 (geändert), Abs. 2 (neu)

<sup>1</sup> Die im Kanton Bern gelegenen Listenspitäler und Listengeburtshäuser sowie die im Kanton Bern zugelassenen Rettungsdienste begründen ihre Rechtsverhältnisse mit den Patientinnen und Patienten im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung mit einem öffentlich-rechtlichen Vertrag.

<sup>2</sup> Ansprüche aus diesem öffentlich-rechtlichen Vertrag sind durch Klage beim Regionalgericht geltend zu machen. Das Verfahren richtet sich nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO).

Damit wird festgehalten, dass Ansprüche auf Schadenersatz oder Genugtuung gegen die im Kanton Bern gelegenen Listenspitäler neu durch Klage beim Regionalgericht geltend zu machen sind. Das Verfahren richtet sich nach der ZPO. Sodann wird geregelt, dass im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung die Listenspitäler mit den Patienten einen öffentlich-rechtlichen Vertrag schliessen. Dies sind die Grundzüge der neuen Regelung.

#### 4.3 Inkrafttreten und Übergangsbestimmungen

Die neuen Bestimmungen sind per 1. Februar 2019 in Kraft gesetzt worden. Das neue Recht findet gemäss den Übergangsbestimmungen Anwendung auf alle Ansprüche auf Schadenersatz oder Genugtuung gegen die im Kanton Bern gelegenen Listenspitäler, über die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Veränderung noch nicht verfügt worden ist. Entsprechend ist ab 1. Februar 2019 auch die Verfügungskompetenz der Spitäler weggefallen.

7 BSG 812.11

#### 4.4 Einheit des Verfahrens

Die Einheit des Verfahrens bedeutet, dass die geschädigte Person im gleichen zivilprozessualen Verfahren vor dem Regionalgericht verschiedene Haftungsbestimmungen geltend machen kann. Die Rechtslage wird dadurch in prozessualer Hinsicht vereinfacht. Zudem unterscheiden sich die materiellen Haftungsvoraussetzungen bei den verschiedenen Haftungsarten nicht. Massgebendes Kriterium für die Frage, ob eine Ärztin bzw. ein Arzt oder ein Spital haftet, ist die Verletzung der ärztlichen Sorgfalt.

Der Wechsel vom Verfahren der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege bzw. von der verwaltungsrechtlichen Klage zum Zivilverfahren hat für die Rechtssuchenden jedoch auch verfahrensrechtliche Nachteile und damit einhergehend eine Erhöhung des Prozessrisikos zur Folge. Das Zivilgericht ermittelt den Sachverhalt nicht von Amtes wegen, das heisst, es ist an die Beweisanträge der Parteien gebunden. Die patientenfreundlichen Ansätze des Vorentwurfs, wonach für öffentlich-rechtliche Sachverhalte die Untersuchungsmaxime weiterhin gelte und die günstigeren Verfahrensgebühren des Verwaltungsgerichts zur Anwendung gelangen, wurden ersatzlos gestrichen. Die Umsetzung wäre in der Praxis indes tatsächlich problematisch gewesen und hätte die Zivilgerichte wohl vor komplexe Abgrenzungsprobleme gestellt. Die neue Regelung verfolgt den Grundsatz der Vereinheitlichung des Rechtswegs konsequent. Nichtsdestotrotz ist die heutige geltende Regelung für die Patienten auch mit erheblichen Nachteilen verbunden. Die Untersuchungsmaxime gilt nicht mehr und das Kostenrisiko ist gestiegen. Mithin sind die Gerichtsprozesse komplexer und risikobehafteter geworden.

#### 4.5 Schlichtungsverfahren

Anlässlich der Fachveranstaltung der Fachgruppe BAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht wurde auch darüber diskutiert, ob ein Schlichtungsverfahren benötigt wird. Diese Frage hat das Obergericht des Kantons Bern mit Urteil ZK 19 170 vom 1. Juli 2019 geklärt, in welchem festgehalten wurde, dass in den neurechtlichen Spitalhaftungsverfahren vorgängig ein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist.

#### 4.6 Verjährung

Obwohl von der Fachgruppe angeregt, ist die Frage der anwendbaren Verjährungsfrist bei der Haftung eines Listenspitals weder im Gesetz noch im Vortrag des Regierungsrats thematisiert worden. Das Personalgesetz enthält keine eigene Regelung der Verjährung von Staatshaftungsansprüchen. Aufgrund des Verweises von Art. 105 PG ist daher auf das Obligationenrecht als ergänzendes kantonales Recht abzustellen. Indes ist fraglich, ob sich der Verweis nur auf die deliktische Verjährung von Art. 60 OR bezieht oder auch die vertragliche von Art. 127 OR in Frage kommt. Auch wenn beim Erlass der Norm wohl das Deliktsrecht im Fokus stand, könnte das vertragliche Leis-

tungsstörungsrecht als ergänzendes kantonales Staatshaftungsrecht in Betracht gezogen werden.<sup>8</sup> Die Frage stellt sich insbesondere deshalb, weil mit Art. 117 Abs. 1 Spitalversorgungsgesetz klargestellt wird, dass zwischen dem Listenspital und dem Patienten oder der Patientin ein öffentlich-rechtlicher Behandlungsvertrag besteht.

Die Problematik wird mit den per 1. Januar 2020 in Kraft tretenden neuen Regelungen des OR zur Verjährung im Privatrecht entschärft.

De lege lata gilt die 10-jährige Frist aus vertraglicher Haftung (Art. 127 OR) und die einjährige relative bzw. zehnjährige absolute Frist aus deliktischer Haftung (Art. 60 OR).

Ab 2020 wird die relative Verjährungsfrist bei Personenschäden (Körperverletzung oder Tötung) im Delikts- und Vertragsrecht vereinheitlicht. Neu gilt eine relative Verjährungsfrist von drei Jahren ab Kenntnisnahme des Schadens. Die absolute Verjährungsfrist beträgt neu 20 Jahre (neuArt. 60 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> OR und neuArt. 128a OR). Damit sollen insbesondere Geschädigte mit Spätschäden bei der Geltendmachung ihrer Ansprüche nicht mehr wie bisher an der Verjährung scheitern. Der Vorbehalt der strafrechtlichen Verjährungsfrist im Deliktsrecht bleibt bestehen. Neu wird zudem festgehalten, dass der Anspruch frühestens mit Ablauf von drei Jahren seit Eröffnung eines strafrechtlichen Urteils eintritt (neuArt. 60 Abs. 2 OR).

#### 4.7 Passivlegitimation von Belegärzten bei stationärer Behandlung?

Ebenfalls nicht restlos geklärt wurden die Auswirkungen der neuen Regelung auf Spitäler mit Belegarztsystem. Zwar enthält Art. 104a Abs. 3 PG nun die gewünschte Klärung, wonach alle Listenspitäler, d. h. auch privat getragene, in Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Sinne von Art. 101 PG handeln. Unklar bleibt aber die Passivlegitimation der Belegärzte.

Belegärzte an Listenspitälern werden als Teil der öffentlichen Grundgesundheitsversorgung betrachtet, wenn sie stationäre Leistungen erbringen. Sie sind nicht als eigenständige stationäre OKP-Leistungserbringer nach Art. 39 Abs. 1 KVG anerkannt und haben keine eigenen Leistungsaufträge vom Kanton. Der Leistungsauftrag richtet sich vielmehr an das Spital. Die Leistungen des Belegarztes sind folglich nicht selbstständig, sondern nur als Leistungen des entsprechenden Listenspitals durch die OKP versichert und vom Kanton mitfinanziert.<sup>9</sup> Das Bundesgericht hat sich in einem strafrechtlichen Fall dafür ausgesprochen, dass Belegärzte von Privat- und öffentlichen Listenspitälern Teil der öffentlichen Grundversorgung sind, sobald und solange sie stationär tätig sind. Sie seien nicht als eigenständige stationäre Leistungserbringer anerkannt, sondern als Hilfspersonen des Listenspitals anzusehen. Entscheidend sei dabei, ob die handelnde Person in der Funktion des öffentlich-rechtlichen Angestell-

8 WICHTERMANN JÜRIG, Staatshaftungsrecht, in: Müller Markus/Feller Reto (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2013, 111 f. und Fn. 31, m.w.H.

9 AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHER/TAG (Fn. 3), § 2 N 30.

ten einen Schaden verursacht.<sup>10</sup> Soweit somit das kantonale Haftungsrecht – wie im Kanton Bern – eine ausschliessliche Haftung der mit öffentlichen Aufgaben betrauten Institutionen für ihre Organe und Angestellten vorsieht, wäre nicht nur eine Haftung des Spitals für die OKP-Behandlungen der Belegärzteschaft möglich, vielmehr würde die gesetzliche Regelung eine direkte Belangung derselben ausschliessen.<sup>11</sup>

Die Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Passivlegitimation bleiben somit teilweise bestehen.

#### 5. Schlussbetrachtung

Begrüsst wird, dass neu ein Gericht für sämtliche Spitalhaftungsfälle zuständig ist. Die in der Praxis oft schwierig vorzunehmende Abgrenzung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht ist in dieser Hinsicht obsolet geworden. Dass neu selbst bei öffentlich-rechtlichen Spitalhaftungsfällen die Verhandlungsmaxime gilt sowie ein höheres Gerichtskostenrisiko besteht, ist nachteilig. Dies dürfte insbesondere die «Selbstzahler» von der gerichtlichen Austragung teilweise abhalten. Dass nicht alle Fragen restlos geklärt sind, kommt letztlich der Anwaltschaft nicht zwingend ungelegen, insofern es zu unserem Aufgabengebiet gehört, offene Rechtsfragen gerichtlich klären zu lassen.

10 Urteil des Bundesgerichts 6B\_730/2017 vom 07.03.2018 E. 1.5.

11 Vgl. zum Ganzen auch SIDIROPOULOS ALEXIA, Haftung des Spitals, Diss. Luzern 2018, Bern 2019, Rz. 108 ff.