

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2015 246 vom 2. Dezember 2016**

BE Verwaltungsgericht, 2016-12-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2015\\_246](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2015_246)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2015 246 du 2 décembre 2016

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2015 246 del 2 dicembre 2016

## **Regeste**

Notfalldienstpflicht (Entscheid der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern vom 6. Juli 2015 - RA Nr. 2014-11687) | Gesundheit

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig. Die Beschwerdeführenden haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten (vgl. aber E. 1.2 hiernach sowie hinten E. 3.4).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 02.12.2016, Nr. 100.2015.246U, Seite 5

### **E. 1.2**

Anfechtungsobjekt ist der Entscheid der GEF vom 6. Juli 2015; dieser ist an die Stelle der Verfügungen des KAZA vom 30. Juni 2014 getreten (sog. Devolutiveffekt der Beschwerde; vgl. BGE 136 II 539 E. 1.2; BVR 2013 S. 120 E. 5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 60 N. 7). Soweit auch die Aufhebung der Verfügungen beantragt wird, ist auf die Beschwerde daher nicht einzutreten (BVR 2010 S. 411 E. 1.4).

### **E. 1.3**

Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG).

## **E. 2**

Dezember 1984 (GesG; BSG 811.01) sind namentlich Ärztinnen und Ärzte mit Berufsausübungsbewilligung verpflichtet, sich an einem Notfalldienst zu beteiligen (vgl. auch Art. 40 Bst. g des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe [Medizinalberufegesetz, MedBG; SR 811.11] betreffend Personen, die einen universitären Medizinalberuf selbständig ausüben). Die Ärzteschaft ist für die Organisation des ambulanten Notfalldiensts selbst besorgt oder kann dessen Organisation den Berufsverbänden übertragen (Art. 30a Abs. 1 GesG). Das KAZA als zuständige Stelle der GEF (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. b der Verordnung vom 24. Oktober

2001 über die beruflichen Tätigkeiten im Gesundheitswesen [Gesundheitsverordnung, GesV; BSG 811.111]) ist über die Organisation des ambulanten Notfalldiensts zu orientieren. Es regelt dessen Organisation, wenn diese nicht anderweitig sichergestellt ist, und entscheidet bei Streitigkeiten aus der Notfalldienstpflicht (Art. 30a Abs. 3 GesG). Gemäss Art. 30b GesG können die Organisatoren des Notfalldiensts bei Vorliegen eines wichtigen Grundes eine Person auf Gesuch hin von der Notfalldienstpflicht befreien oder sie von dieser Pflicht ausschliessen (Abs. 1; nachfolgend auch «Dispensation»); von der Notfalldienstpflicht befreite oder ausgeschlossene Fachpersonen können wieder in Pflicht ge-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 02.12.2016, Nr. 100.2015.246U, Seite 6 nommen werden, wenn der Befreiungs- oder Ausschlussgrund weggefallen oder wenn es zur Sicherstellung der Versorgung notwendig ist (Abs. 2). Fachpersonen, die keinen Notfalldienst leisten, haben eine Ersatzabgabe an die Organisatoren des Notfalldiensts zu entrichten (Ersatzabgabepflicht; Art. 30b Abs. 3 erster Satz GesG). Die Ärztinnen und Ärzte kommen ihrer Notfalldienstpflicht damit entweder durch Realleistung (ambulanter Notfalldienst) oder durch Entrichtung einer Ersatzabgabe nach, wobei zwischen den beiden Leistungsformen kein Wahlrecht besteht. Die Notfalldienstpflicht ist in erster Linie durch Realleistung zu erfüllen (vgl. Art. 30b Abs. 1 GesG, wonach die Dispensation von der Realleistung nur «bei Vorliegen eines wichtigen Grundes» möglich ist; so auch VGE 2011/21 vom 20.12.2011, E. 3.2 [bestätigt durch BGer 2C\_83/2012 vom 29.8.2012]). Eine Befreiung von der Realleistungs- und von der Ersatzabgabepflicht ist seit der Änderung von Art. 30b Abs. 3 GesG vom 19. Januar 2010 (in Kraft seit 1.1.2011 [BAG 10-086]) grundsätzlich nicht mehr zulässig. Mithin sind alle Fachpersonen, die nach Art. 30a Abs. 1 GesG zur Beteiligung am Notfalldienst verpflichtet, aber von der Realleistungspflicht befreit sind, unbeschrieben des Dispensationsgrunds ersatzabgabepflichtig (vgl. Vortrag des Regierungsrats betreffend die Änderung des GesG, in Tagblatt des Grossen Rates 2010, Beilage 3, S. 8).

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 30a und 30b des Gesundheitsgesetzes vom

### **E. 2.2**

Die BEKAG ist ein als privatrechtlicher Verein konstituierter Berufsverband. Der ABV, ebenfalls ein Verein im Sinn von Art. 60 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210), bildet gemäss Art. 1 der ABV-Statuten vom 13. November 2008 eine Sektion der BEKAG (Beschwerdeantwortbeilage [BAB] 3). Ihm obliegt unter der Oberaufsicht der BEKAG die Aufgabe, den ambulanten ärztlichen Notfalldienst in seinem Einzugsgebiet zu organisieren und durchzuführen (vgl. Art. 2 der BEKAG-Statuten vom 23. Oktober 2008 [BAB 4]; BGer 2C\_83/2012 vom 29.8.2012, E. 1.2.2), wobei er dies an die in den einzelnen Regionen tätigen Ärzte delegieren kann (Art. 2 der ABV-Statuten). Im Kanton Bern kommen den Berufsverbänden insoweit – anders als in anderen Kantonen (vgl. z.B. für den Kanton Thurgau BGer 2C\_807/2010 vom 25.10.2011, E. 2.6) – keine hoheitlichen Befugnisse zu. Ihre Kompetenzen beschränken sich darauf, mit den einzelnen betroffenen Ärztinnen und Ärzten eine einvernehmliche Regelung zu finden. Gelingt dies nicht, haben sie die Angelegenheit zur Durch-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 02.12.2016, Nr. 100.2015.246U, Seite 7 führung eines entsprechenden Verwaltungsverfahrens bzw. zum Erlass einer

Verfügung an das KAZA zu übermitteln (E. 2.1 hiervor; BVR 2005 S. 372 E. 2.5; Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, 2012, N. 2173).

### **E. 3**

Streitig und vorab zu prüfen ist, was Streitgegenstand des Verfahrens bildet.

#### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführenden machen wie bereits vor der Vorinstanz geltend, das KAZA habe die Dispositionsmaxime verletzt. Die BEKAG habe mit «Gesuchen» vom 18. September 2012 das Verfahren beim KAZA eingeleitet und beantragt, sie seien zu verpflichten, am ordentlichen Notfalldienst des ABV mitzuwirken. Das KAZA habe indessen fälschlicherweise angenommen, Verfahrensgegenstand bilde die Frage, ob sie ihre gesetzlich statuierte Notfalldienstpflicht erfüllen, indem sie waffenplatzpsychiatrischen Dienst leisten. Die entsprechenden Feststellungsverfügungen vom 30. Juni 2014 beurteilten demnach nicht die «vom Gesuchsteller» unterbreiteten Anträge, sondern lediglich eine damit zusammenhängende Teilfrage (Beschwerde S. 23). – Die GEF vertritt im angefochtenen Entscheid den Standpunkt, es gelte zwar die Dispositionsmaxime, die Anträge der BEKAG vom 18. September 2012 seien jedoch im Licht ihrer Begründung auszulegen. Die Notfalldienstpflicht für Ärztinnen und Ärzte mit Berufsausübungsbewilligung ergebe sich direkt aus dem Gesetz; ein Regelungsspielraum bestehe nicht. Die Anträge der BEKAG seien daher an sich untauglich, «um über diesbezügliche Streitigkeiten zu entscheiden». Erst aus der Begründung erschliesse sich eindeutig, «was inhaltlich zwischen den Parteien strittig war bzw. ist». Es handle sich um die Frage, «ob die Beschwerdeführenden durch ihre Tätigkeit im waffenplatzpsychiatrischen Dienst Notfalldienst im Sinn von Art. 30a GesG leisten oder nicht». Indem das KAZA diese Frage entschieden habe, habe es «keine andere Streitigkeit und insbesondere auch nicht mehr beurteilt», als ihm von der BEKAG vorgelegt worden sei, weshalb keine Verletzung der Dispositionsmaxime vorliege (angefochtener Entscheid E. 3c-d). – Der ABV als Beschwerdegegner

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 02.12.2016, Nr. 100.2015.246U, Seite 8 vertritt schliesslich die Auffassung, es handle sich nicht um ein der Dispositionsmaxime unterstehendes Verfahren; vielmehr habe das KAZA zufolge seiner Aufsichtsfunktion bei Streitigkeiten aus der Notfalldienstpflicht autoritativ regelnd eingegriffen. Ausserdem habe das KAZA nicht «etwas anderes» zugesprochen als beantragt, sondern weniger, was selbst bei Geltung der Dispositionsmaxime unproblematisch sei (Beschwerdeantwort S. 6).

#### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführenden haben gemeinsam per 15. November 2000 eine psychiatrische Praxis in ... eröffnet. Je mit Schreiben vom 24. Oktober 2000 haben sie unter Hinweis auf ihre Spezialisierung um Dispensation vom allgemeinen ärztlichen Notfalldienst ersucht (unpag. Akten KAZA, je vorderster Fasz., Beilagen 1 und 3 zu den Schlussbemerkungen vom 5.5.2014). Obgleich in beiden Fällen keine ausdrücklichen Dispensationsentscheide aktenkundig sind, muss vorliegend (anders als beispielsweise in VGE 2011/21 vom 20.12.2011) davon ausgegangen werden, dass beiden Gesuchen ohne weiteres stattgegeben wurde. Die nicht weiter begründete Angabe des ABV in den Schreiben an das KAZA vom 7. bzw. 9. April 2014 (unpag. Akten KAZA, je vorderster Fasz.), wonach der Beschwerdeführer bzw. die Beschwerdeführerin «nie durch den ABV ... vom allgemeinen

Notfalldienst dispensiert» worden seien, ist nicht nachvollziehbar. Der Kassier des ABV hat ihnen in den Folgejahren ohne weiteres Rechnung für die jährliche Ersatzabgabe gestellt (unpag. Akten KAZA, je vorderster Fasz., Beilagen 2, 4 und 5 zu den Schlussbemerkungen vom 5.5.2014), was die Dispensation von der Realleistungspflicht voraussetzt (VGE 2011/21 vom 20.12.2011, E. 3.4; BGer 2C\_83/2012 vom 29.8.2012, E. 3.4). Ausserdem gibt der ABV im fraglichen Schreiben vom 7. bzw. 9. April 2014 an, die meisten Psychiaterinnen und Psychiater in seinem Einzugsgebiet seien wegen «fachlicher Unfähigkeit» vom allgemeinen Notfalldienst dispensiert. Weshalb dies bei den Beschwerdeführenden im Unterschied zur offenbar überwiegenden Mehrheit ihrer Fachkolleginnen und -kollegen nicht der Fall sein sollte, wird in keiner Weise begründet. Es ist daher davon auszugehen, dass die Beschwerdeführenden nach Aufnahme der Praxistätigkeit im Jahr 2000 gegen Bezahlung der Ersatzabgabe bis auf weiteres von der Leistung ambulanten Notfalldiensts dispensiert waren. Soweit der ABV im erwähnten Schreiben vom 7. bzw. 9. April 2014 allenfalls zum Ausdruck bringen wollte, die Beurteilung des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 02.12.2016, Nr. 100.2015.246U, Seite 9 schwerdeführenden seien nie von der Realleistungs- und der Ersatzabgabepflicht dispensiert worden, ist festzuhalten, dass dies von den Beschwerdeführenden auch nie behauptet wurde und jedenfalls seit dem 1. Januar 2011 grundsätzlich auch nicht mehr zulässig wäre (vorher E. 2.1).

### **E. 3.3**

Die nunmehr zu beurteilende Streitigkeit gründet im Jahr 2009, als die Beschwerdeführenden ihre Tätigkeit als Waffenplatzpsychiaterin bzw. Waffenplatzpsychiater aufgenommen haben. Ihren Begehren um «Befreiung von der Notfalldienstersatzabgabe» lag die Auffassung zugrunde, der waffenplatzpsychiatrische Dienst stelle einen Notfalldienst im Sinn von Art. 30a Abs. 1 GesG dar (Realleistung), womit die ursprüngliche Dispensation von der Realleistungspflicht und die damit verbundene Pflicht zur Bezahlung der Ersatzabgabe hinfällig werde (vgl. auch den entsprechenden Schriftenwechsel in unpag. Akten KAZA, je gelber Fasz.; ferner das Schreiben der Beschwerdeführerin 1 vom 9.10.2009, unpag. Akten KAZA 4C, gelber Fasz., Beilage 13 zur Beschwerde vom 20.12.2010). In dieser Angelegenheit konnten die Beteiligten keine einvernehmliche Lösung finden, weshalb die Sache schliesslich zwecks autoritativer Regelung an die mit hoheitlichen Entscheidungsbefugnissen ausgestattete zuständige Behörde übermittelt wurde.

### **E. 3.4**

Die Übermittlung der Streitsache an das KAZA mit als «Gesuchen» bezeichneten Schreiben der BEKAG vom 18. September 2012 (unpag. Akten KAZA, je blauer Fasz.) darf entgegen den Beschwerdeführenden nicht zum Fehlschluss verleiten, der Berufsverband trete als Gesuchsteller auf und bestimme als solcher gemäss dem Verfügungs- bzw. Dispositionsgrundsatz mit seinen Anträgen den Verfahrens- und Streitgegenstand (vgl. allgemein zur Tragweite dieses Prinzips für Gesuchsverfahren etwa Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, N. 139 f.; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 16 N. 2). Da die Sicherstellung der medizinischen Notfallversorgung eine öffentlich-rechtliche Aufgabe ist (vgl. dazu hinten E. 6.4.1), muss die Sache im Streitfall zur autoritativen Klärung an die mit den entsprechenden hoheitlichen Befugnissen ausgestattete Behörde überwiesen werden. Anders als für die Einleitung eines

von der Dispositionsmaxime geprägten Gesuchsverfahrens liegt es damit nicht im Belieben des Berufsverbands,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 02.12.2016, Nr. 100.2015.246U, Seite 10 ob er im konkreten Einzelfall das Verwaltungsverfahren anheben will oder nicht. Findet er mit den Betroffenen keine einvernehmliche Lösung, ist er von Gesetzes wegen zur Übermittlung der Streitsache an das KAZA verpflichtet. Zudem kann dieses zur Sicherstellung der Notfalldienstorganisation auch von Amtes wegen tätig werden. Ist daher im vorliegenden Zusammenhang von «Gesuchen» die Rede (vgl. BVR 2005 S. 372 E. 2.5.3), ist dies nicht als eine dem Verfügungs- bzw. Dispositionsgrundsatz folgende Verfahrensanhebung zu verstehen. Das KAZA ist denn auch nicht an allfällige «Anträge» des Berufsverbands gebunden; diese bringen lediglich zum Ausdruck, welche Position der ABV bzw. die BEKAG in der zu klärenden Streitsache vertreten. Die Dispositionsmaxime kommt daher – jedenfalls mit Bezug auf die Schreiben vom 18. September 2012 – nicht zur Anwendung. Daraus erschliesst sich auch, dass das vor dem Verwaltungsgericht gestellte Begehren der Beschwerdeführenden, «das Gesuch des Beschwerdegegners vom 18. September 2012 sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann» (Rechtsbegehren 4; vorne Bst. D), sinngemäss nur als Antrag entgegengenommen werden kann, die hier zur Diskussion stehende Streitfrage sei in ihrem Sinn zu klären (positives Feststellungsbegehren; vgl. dazu E. 3.5 hiernach). Soweit weitergehend kann darauf mangels Vorliegens einer Gesuchssache nicht eingetreten werden. Im Übrigen ist anzumerken, dass die Beschwerdeführenden aus der Rüge, das KAZA und die GEF hätten die mit «Gesuch» vom 18. September 2012 gestellten Anträge nicht vollständig beurteilt, nichts zu ihren Gunsten ableiten könnten, denn sie wären durch die angebliche Rechtsverweigerung (Beschwerde S. 24) gar nicht beschwert.

### **E. 3.5**

Den Verfügungen des KAZA vom 30. Juni 2014 liegen somit nicht den Verfahrensgegenstand bestimmende «Gesuche» des ABV oder der BEKAG zugrunde, sondern die Begehren der Beschwerdeführenden aus dem Jahr 2009. Nachdem die Beschwerdeführenden ursprünglich von der Realleistung des Notfalldiensts dispensiert und zur Bezahlung der Ersatzabgabe verpflichtet worden sind (vorne E. 3.2), machten sie 2009 geltend, durch den ab diesem Zeitpunkt übernommenen waffenplatzpsychiatrischen Dienst ihrer (primären) Realleistungspflicht gemäss Art. 30a Abs. 1 GesG nachzukommen (vorne E. 3.3). Indem das KAZA festgestellt hat, dieser Dienst stelle keinen Notfalldienst im Sinn von Art. 30a Abs. 1 GesG dar, hat

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 02.12.2016, Nr. 100.2015.246U, Seite 11 es die Streitfrage entschieden. Eine unzulässige Verfahrensbeschränkung oder Verletzung von prozessualen Regeln beim Erlass von Teilentscheiden, wie sie die Beschwerdeführenden rügen (Beschwerde S. 25), ist nicht erkennbar. Insbesondere bestand für den Erlass einer weitergehenden Gestaltungsverfügung keine Veranlassung, denn die Beschwerdeführenden sind – folgt man der Beurteilung der Vorinstanzen in der Sache (dazu hinten E. 6) – nach wie vor und bis auf weiteres (vgl. Art. 30b Abs. 2 GesG) von der Realleistungspflicht befreit und zur Entrichtung der Ersatzabgabe verpflichtet. Ausserdem steht es ihnen gegebenenfalls frei, ihrer Notfalldienstpflicht künftig durch Leistung eines anerkannten (fachärztlichen) Notfalldiensts nachzukommen und sich damit von der Ersatzabgabepflicht zu lösen. Unter diesen Umständen ist eine Feststellung, welche die streitige konkrete Rechtsfrage wie hier verbindlich und mit erzwingbaren Rechtsfolgen für

die Betroffenen klärt, für die Erledigung der Auseinandersetzung ausreichend und daher (auch aus prozessökonomischer Sicht) nicht zu beanstanden; ein weitergehendes Feststellungsinteresse ist entgegen den Beschwerdeführenden (Beschwerde S. 26 f.) nicht erforderlich (zur Feststellungsverfügung statt vieler BGE 131 II 13 E. 2.2; BVR 2009 S. 458 E. 3.3). Soweit zwischen den Verfahrensbeteiligten trotz der hier verbindlich beurteilten Angelegenheit weitere Fragen im Zusammenhang mit der Notfalldienstpflicht der Beschwerdeführenden streitig sind (vgl. auch E. 3.6 hiernach), wären diese in einem neuen Verfahren zu klären.

### **E. 3.6**

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens die Frage bildet, ob die Beschwerdeführenden durch den waffenplatzpsychiatrischen Dienst seit 2009 ihrer primären Realleistungspflicht (Beteiligung an einem Notfalldienst gemäss Art. 30a Abs. 1 GesG) nachkommen. Darüber hat das KAZA zu Recht mittels Feststellungsverfügung entschieden. Soweit die Beschwerdeführenden im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltend machen, es bestehe zwischen den Parteien, «auch unabhängig von der Frage, ob waffenplatzpsychiatrischer Dienst als Notfalldienst zu qualifizieren [sei], sehr wohl unter zahlreichen Gesichtspunkten Regelungsbedarf» (Beschwerde S. 23, wobei sie nunmehr auch ihre Notfalldienstpflicht generell in Frage zu stellen scheinen [vgl. Beschwerde S. 22]), ist darauf nicht weiter einzugehen. Auch die Frage, ob die Beschwerdeführenden nunmehr zur realen Teilnahme an

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 02.12.2016, Nr. 100.2015.246U, Seite 12 einem vom Beschwerdegegner anerkannten Notfalldienst verpflichtet sind (z.B. Beteiligung am ambulanten psychiatrischen Notfalldienst im Spital ...), ist nicht Streitgegenstand. Es ist aber immerhin festzuhalten, dass der ABV im verwaltungsgerichtlichen Verfahren keine Gründe für ein Zurückkommen auf den Dispensationsentscheid im Sinn von Art. 30b Abs. 2 GesG vorbringt, sondern im Gegenteil die Dispensation von der Realleistungspflicht für die Beschwerdeführenden nach wie vor als möglich erachtet (vgl. Beschwerdeantwort S. 8 f.).

### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführenden rügen weiter eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (vgl. Art. 21 ff. VRPG; Art. 26 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]; Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV; SR 101]). Der Präsident des ABV habe sich mit Schreiben vom 20. Juni 2015 an den (damaligen) Vorsteher der GEF gewandt und ausdrücklich auf das zu diesem Zeitpunkt hängige Beschwerdeverfahren Bezug genommen, namentlich mit der Bitte um raschen Entscheid bzw. Beseitigung der bestehenden Rechtsunsicherheit (act. 14A; Beschwerdebeilage [BB] 18). Die Antwort der GEF (KAZA) erfolgte am 16. Juli 2015, soweit den waffenplatzpsychiatrischen Dienst betreffend unter Verweis auf den zwischenzeitlich ergangenen Beschwerdeentscheid vom 6. Juli 2015 (act. 14A; BB 19). Die Beschwerdeführenden hätten von diesem Briefwechsel, der sich nicht bei den Vorakten befindet, keine Kenntnis gehabt. Erst dem «ABV-Newsletter II/2015» vom 28. August 2015 hätten sie entnommen, dass der Präsident des ABV «mehrfach Briefwechsel mit der GEF» geführt habe (act. 14A; BB 11). Indem die GEF ihnen diesen Briefwechsel vorenthalten habe, habe sie eine Gehörsverletzung begangen (Eingabe vom 2.2.2016 S. 3; act. 14).

## **E. 4.2**

Die GEF hat den fraglichen Briefwechsel zu Recht nicht zu den Verfahrensakten erkannt und folglich auch das Replikrecht der Beschwerdeführenden nicht verletzt, wie es sich in Verfahren vor Verwaltungs(justiz)behörden und Gerichtsinstanzen aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt (vgl. statt vieler BGE 138 I 154 E. 2.3.2; BVR 2009

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 02.12.2016, Nr. 100.2015.246U, Seite 13 S. 328 E. 2.4). In den Akten ist alles festzuhalten, was zur Sache gehört und entscheidungswesentlich sein kann. Die Behörden haben die Vollständigkeit der im Verfahren eingebrachten und erstellten Akten sicherzustellen (vgl. BVR 2015 S. 557 E. 3.1 mit Hinweisen). Das Schreiben des ABV-Präsidenten vom 20. Juni 2015 nimmt zwar unter anderem Bezug auf die hier streitige Angelegenheit und die aus Sicht des ABV befürchteten Auswirkungen auf weitere Fälle, ist aber im Wesentlichen als darüber hinausgehende Bitte des ABV an die GEF um Unterstützung und «zügigeres Entscheiden» bei der verbindlichen Klärung von diversen offenbar streitigen Fragen im Zusammenhang mit dem ärztlichen Notfalldienst zu verstehen. Es handelt sich demnach nicht um einen in das Verfahren betreffend die Beschwerdeführenden eingebrachten Parteistandpunkt, welcher aktenkundig zu machen wäre und zur Replik berechtigen würde. Ausserdem ist festzuhalten, dass sich die GEF auch mit Blick auf Art. 48 VRPG (Verbot des Berichtens) nichts vorwerfen lassen muss: Sie hat im Verfahren, das die Beschwerdeführenden betrifft, keine nicht aktenkundige Korrespondenz geführt, sondern erst nach Eröffnung des Beschwerdeentscheids im erwähnten Schreiben vom 16. Juli 2015 kommentarlos auf ebendiesen verwiesen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs bzw. des Grundsatzes der Waffengleichheit ist somit zu verneinen.

## **E. 5**

Der Beschwerdeführer 2 rügt weiter, es sei unzulässig, auf die ihm gegenüber zunächst erklärte Anerkennung des waffenplatzpsychiatrischen Dienstes als Notfalldienst im Sinn von Art. 30a Abs. 1 GesG zurückzukommen bzw. diese widerrufen (vgl. vorne Bst. A).

### **E. 5.1**

Es ist aktenkundig und wird vom Beschwerdegegner nicht bestritten, dass der Präsident des ABV unter Bezugnahme auf einen Vorstandsbeschluss vom 2. März 2009 gegenüber dem Beschwerdeführer 2 den waffenplatzpsychiatrischen Dienst als Notfalldienst im Sinn von Art. 30a Abs. 1 GesG zunächst grundsätzlich anerkannt hat. Die Anerkennung wurde an die Voraussetzung geknüpft, dass «die in den Notfalldienststrichtlinien des ABV erwähnten mindestens 20 Dienst-Tage pro Jahr, wo Sie auch

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 02.12.2016, Nr. 100.2015.246U, Seite 14 nachts auf Pikett sind und kurzfristig Patienten beurteilen müssen», erfüllt sind (Schreiben vom 13.8.2009 [Akten KAZA 4B, gelber Fasz., Beilage 14 zur Beschwerde vom 20.12.2010]). Am 10. Mai 2010 forderte der Präsident des ABV den Beschwerdeführer 2 auf, zuhanden des Vorstands «die im letzten Jahr (z.B. Mai 09 bis April 10) geleisteten Notfalldienste (inkl. Zahl der Patienten, die «unzeitig» angeschaut werden mussten), sowie die geleisteten Pikettdienste aufzulisten», dies weil «von einem Teil der Vorstandsmitglieder und von anderer Seite Zweifel bestanden, ob im Rahmen der Tätigkeit als Waffenplatzpsychiater tatsächlich Einsätze in der Nacht und am Wochenende in dem Ausmass anfallen, wie sie zur Deklaration als gleichwertiger Notfalldienst wie der allgemeine Notfalldienst notwendig wären» (Akten KAZA 4B, gelber Fasz., Beilage 12

zur Beschwerde vom 20.12.2010).

## **E. 5.2**

Soweit sich der Beschwerdeführer 2 im vorliegenden Zusammenhang darauf beruft, die Voraussetzungen von Art. 30b Abs. 2 GesG seien nicht erfüllt (Beschwerde S. 27 f.), ist Folgendes festzuhalten: Nach Art. 30b Abs. 2 GesG können von der Notfalldienstpflicht befreite oder ausgeschlossene Fachpersonen wieder in Pflicht genommen werden, wenn der Befreiungs- oder Ausschlussgrund weggefallen oder wenn es zur Sicherstellung der Versorgung notwendig ist. Die Regelung betrifft mithin ausschliesslich das Zurückkommen auf den Entscheid über die Dispensation von der Realleistungspflicht nach Art. 30b Abs. 1 GesG und nicht – wie hier – das Zurückkommen auf einen Entscheid über die Anerkennung eines Dienstes als Notfalldienst im Sinn von Art. 30a Abs. 1 GesG. Die Rüge, wonach die Voraussetzungen von Art. 30b Abs. 2 GesG nicht erfüllt seien, geht daher ins Leere. Weiter ist klarzustellen, dass die zunächst auf einer vernehmlicher Basis getroffene Regelung zwischen dem ABV und dem Beschwerdeführer 2 über die Anerkennung des waffenplatzpsychiatrischen Dienstes als Notfalldienst im Sinn von Art. 30a Abs. 1 GesG das im Streitfall allein verfügungskompetente KAZA nicht zu binden vermag. Insbesondere handelt es sich bei der gegenüber dem Beschwerdeführer 2 ergangenen Verfügung des KAZA vom 30. Juni 2014 nicht um eine Wiederaufnahme nach Art. 56 Abs. 1 VRPG zwecks Behebung einer ursprünglich fehlerhaften Verfügung, sondern um den erstmaligen autoritativen Entscheid der im Streitfall verfügungskompetenten Behörde (vorne E. 2 und Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 02.12.2016, Nr. 100.2015.246U, Seite 15 3.4). Der Beschwerdeführer 2 kann daher aus den vermeintlich fehlenden «Widerrufsvoraussetzungen» nichts zu seinen Gunsten ableiten.

## **E. 6**

Es bleibt zu prüfen, ob der von den Beschwerdeführenden geleistete waffenplatzpsychiatrische Dienst als Notfalldienst im Sinn von Art. 30a Abs. 1 GesG zu qualifizieren ist.

### **E. 6.1**

Was unter Notfalldienst im Sinn von Art. 30a Abs. 1 GesG zu verstehen ist, ist durch Auslegung zu ermitteln. Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut (grammatikalisches Auslegungselement). Ist der Normtext nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Zu berücksichtigen sind der Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen (systematisches Auslegungselement), die Entstehungsgeschichte (historisches Auslegungselement) sowie Sinn und Zweck der Norm (teleologisches Auslegungselement). Gleich wie das Bundesgericht lässt sich das Verwaltungsgericht von einem pragmatischen Methodenpluralismus leiten, der keinem Auslegungselement einen grundsätzlichen Vorrang zuerkennt. Es muss im Einzelfall abgewogen werden, welche Methode oder Methodenkombination zu der Lösung führt, die im normativen Gefüge und mit Blick auf die Wertentscheidungen des Gesetzgebers am meisten überzeugt (statt vieler BVR 2016 S. 167 E. 3.1, 2015 S. 518 E. 3.2, je mit Hinweisen).

### **E. 6.2**

Die GEF hat in Anwendung der anerkannten Auslegungsmethoden und insbesondere unter Rückgriff auf den Normzweck dargelegt, was sie unter Notfalldienst im Sinn von Art. 30a Abs. 1 GesG versteht (angefochtener Entscheid E. 6). Sie kam im Wesentlichen zum Schluss, ein solcher sei zu bejahen, wenn drei Kriterien erfüllt seien: Der Dienst müsse 1. die medizinische Versorgung für Erkrankungen von einigem Gewicht, deren Behandlung keinen Aufschub duldet, sicherstellen,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 02.12.2016, Nr. 100.2015.246U, Seite 16 2. grundsätzlich der Allgemeinheit bzw. der gesamten Bevölkerungsgruppe, die von jeweiligen medizinischen Erkrankungen betroffen sein kann, zugänglich sein und 3. ausserhalb der üblichen ambulanten Sprechstundenzeiten angeboten bzw. geleistet werden (abends, nachts, an Wochenenden und Feiertagen).

### **E. 6.3**

Nach gängiger Definition wird unter ärztlichem Notfalldienst die Sicherstellung der medizinischen Erstversorgung in dringenden Fällen ausserhalb der Sprechstundenzeiten und an Wochenenden verstanden (Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 266. Aufl. 2014, S. 1512; Thomas Gächter, Medizinischer Notfalldienst – Wandel zu einer kantonalen Staatsaufgabe?, in Markus Rüssli et al. [Hrsg.], Festschrift für Tobias Jaag, 2012, S. 195 ff., 197; Poledna/Stoll, Ärztlicher Notfalldienst: Pflicht oder Recht des Arztes? – Betrachtungen am Beispiel der Gesundheitsgesetzgebung des Kantons Zürich, in AJP 2005 S. 1367 ff., 1367). Die von der GEF an erster und dritter Stelle genannten Kriterien lassen sich ohne weiteres aus dieser Definition bzw. direkt aus dem Wortlaut («Notfall» und «Dienst») herleiten und werden von den Beschwerdeführenden auch nicht in Frage gestellt. Uneinigkeit besteht dagegen hinsichtlich des zweiten Kriteriums, wonach der Notfalldienst der Allgemeinheit zugänglich sein muss.

### **E. 6.4**

Ob der Notfalldienst im Sinn von Art. 30a Abs. 1 GesG wie von der GEF mit dem zweiten Kriterium umschrieben allgemein zugänglich sein muss, lässt sich dem Wortlaut der Bestimmung nicht entnehmen. Es ist daher unter Berücksichtigung der übrigen Auslegungselemente nach der wahren Tragweite der Norm zu suchen (vorne E. 6.1), wobei sich das Normverständnis nicht aus sich selbst heraus ermitteln lässt (vgl. statt aller BGE 140 I 305 E. 6.2.; ferner Thomas Müller-Graf, «Sinn und Zweck» – Anmerkungen zur Problematik teleologisch gestützter Argumentation, in BVR 2014 S. 386 ff.). Es stellt sich namentlich die Frage, welche Regulationsabsicht Art. 30a GesG zu Grunde liegt bzw. weshalb im Bereich der ambulanten medizinischen Notfallversorgung, welche hauptsächlich durch freipraktizierende Ärztinnen und Ärzte erbracht wird, ein staatliches Eingreifen als notwendig erachtet wird. Erkenntnisse dazu ergeben sich insbesondere aus der historischen Entwicklung des ärztlichen Notfalldienstes.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 02.12.2016, Nr. 100.2015.246U, Seite 17

#### **E. 6.4.1**

Wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, hat Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind (Art. 12 BV; statt vieler BGE 142 I 1 E. 7.2.1 mit Hinweisen). Dieses Recht auf Hilfe und Betreuung in Notlagen erstreckt sich auch auf ärztliche Hilfe in einem medizinischen

Notfall (vgl. auch Art. 29 KV; ferner Coullery/Meyer, Gesundheits- und Sozialhilferecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 683 ff., 688 N. 7). Der Kanton und die Gemeinden sind aus diesem Grund verpflichtet, Vorkehrungen zum Schutz der Gesundheit sämtlicher Personen zu treffen, die auf ihrem Gebiet von einem medizinischen Notfall betroffen sind (vgl. Art. 41 Abs. 1 KV; Kälin/Bolz, Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, 1995, Art. 41 N. 2a). Ursprünglich war der ambulante ärztliche Notfalldienst in der Schweiz vollständig der privaten Initiative der Ärzteschaft überlassen. Für die Sicherstellung und Organisation eines Notfall- und Bereitschaftsdienstes sorgten die ärztlichen Standesvereinigungen in eigener Verantwortung; ein staatliches Eingreifen wurde nicht als nötig erachtet. Durch verschiedene Umstände (Wandel des ärztlichen Berufsbilds, neue finanzielle Rahmenbedingungen und technische Entwicklungen im Notfallbereich) wurde und wird der Notfalldienst von den Ärztinnen und Ärzten indes vermehrt als Last empfunden, weshalb das Interesse an der Leistung von Notfalldienst zurückgegangen ist (vgl. BGer 2C\_807/2010 vom 25.10.2011, E. 2.3 mit zahlreichen Hinweisen; Poledna/Stoll, a.a.O., S. 1367). Dieser Wandel hatte unmittelbare Folgen für die Versorgungssicherheit der Bevölkerung in medizinischen Notfallsituationen, weshalb sich die Kantone zunehmend veranlasst sahen, mittels öffentlich-rechtlicher Massnahmen Vorkehrungen zum Schutz der Gesundheit sämtlicher Personen zu treffen, die auf ihrem Gebiet von einem medizinischen Notfall betroffen sind (Thomas Gächter, a.a.O., S. 199 f.). Die Sicherstellung der flächendeckenden medizinischen Notfallversorgung wird daher heute ohne weiteres als staatliche Aufgabe begriffen (vgl. BGer 2C\_83/2012 vom 29.8.2012, E. 1.2.2, 2C\_807/2010 vom 25.10.2011, E. 2.6), und zwar unbesehen davon, dass sich zumindest ein Teil der geltenden Strukturen nach wie vor am älteren Modell orientieren, wonach die medizinische Notfallversorgung allein in den Händen der Ärzteschaft lag (Thomas Gächter, a.a.O., S. 196). Wie diese Aufgabe ausgestaltet und umgesetzt wird, ergibt sich im Einzelnen aus dem einschlägigen kantona-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 02.12.2016, Nr. 100.2015.246U, Seite 18 len Recht (vgl. Gächter/Blum-Schneider, Ambulanter ärztlicher Notfalldienst als staatliche Aufgabe – Gesetzliche Grundlage für eine allfällige Ersatzabgabe, in Zeitschrift für Recht und Gesundheit [hill] 2012 Nr. 8 N. 13 f.; ferner VGer GR U 12 56 vom 27.5.2014, in PVG 2014 S. 52 E. 3d).

#### **E. 6.4.2**

Gemäss Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GesG treffen Kanton und Gemeinden die notwendigen Massnahmen im Bereich des öffentlichen Gesundheitswesens. Darunter fallen namentlich Vorschriften und Massnahmen zur Behandlung von Kranken und Verunfallten (Art. 1 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. c GesG). Aus Gründen der Versorgungssicherheit können im Bereich des ambulanten Notfalldienstes privatwirtschaftlich tätige medizinische Leistungserbringerinnen und -erbringer in die Pflicht genommen werden (vgl. Art. 30a Abs. 1 Satz 1 GesG bzw. aArt. 27 Abs. 2 GesG in der bis Ende 2001 geltenden Fassung [GS 1984 S. 191 ff., 197]; Coullery/Meyer, a.a.O., S. 694 N. 25). Diese sind in der Organisation des Notfalldienstes weitgehend frei (Art. 30a Abs. 1 Satz 2 GesG); die Verantwortung für die Sicherstellung einer ausreichenden ambulanten Notfallversorgung liegt aber beim Kanton (Art. 30a Abs. 3 Satz 2 GesG; vgl. zum Ganzen auch BVR 2005 S. 372 E. 2.5.1 sowie vorne E. 2).

#### **E. 6.4.3**

Für die Auslegung des gesetzlichen Begriffs «Notfalldienst» ergibt sich daraus was folgt: Mit Blick auf die Regelungsabsicht von Art. 30a GesG (Sicherstellung einer ausreichenden notfallmedizinischen Versorgung) lässt sich der Notfalldienst im Sinn dieser Bestimmung nicht losgelöst von organisatorischen Aspekten definieren. Es kann mit anderen Worten nicht gesagt werden, jeder auf die medizinische Erstversorgung in dringenden Fällen ausserhalb der Sprechstundenzeiten und an Wochenenden ausgerichtete Dienst sei ein Notfalldienst im Sinn von Art. 30a Abs. 1 GesG (im Sinn der von der GEF formulierten Kriterien 1 und 3, vgl. vorne E. 6.2). Würde es damit sein Bewenden haben, wäre die Versorgungssicherheit in keiner Weise garantiert. So würde nämlich beispielsweise ein lediglich gegenüber einem geschlossenen Personenkreis offen stehender Notfalldienst (z.B. ein auf vertraglicher Basis und gegen ein fixes Honorar übernommener 24 Stunden Pikettdienst für Bewohnerinnen und Bewohner eines Alters- und Pflegeheims) zwar die von der GEF definierten Kriterien 1 und 3 erfüllen, die notfallmedizinische Versorgung der Gesamtbevölkerung aber

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 02.12.2016, Nr. 100.2015.246U, Seite 19 keineswegs sicherstellen. Vielmehr wäre es in einem solchen Fall unumgänglich, parallel dazu einen entsprechenden Notfalldienst für die Restbevölkerung zu organisieren und zu betreiben. Es versteht sich, dass dies regelmässig nicht im Sinn einer effizienten und möglichst ressourcenschonenden Organisation der medizinischen Notfallversorgung sein kann. Auch wäre in einem solchen Fall die Versorgungssicherheit empfindlich tangiert, wenn die Bereitschaft der Ärztinnen und Ärzte, den unter Umständen weniger attraktiven allgemein zugänglichen Notfalldienst zu übernehmen, weiter abnehmen würde. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die GEF grundsätzlich nur dann von einem Notfalldienst im Sinn von Art. 30a Abs. 1 GesG ausgeht, wenn dieser der gesamten Bevölkerung bzw. der Allgemeinheit offensteht. Die Rüge der Beschwerdeführenden, das von der GEF definierte zweite Kriterium weise keinen erkennbaren Bezug zum Normzweck auf (Beschwerde S. 33), trifft damit nicht zu.

#### **E. 6.4.4**

Als unzutreffend erweist sich vor diesem Hintergrund auch die von den Beschwerdeführenden vertretene Auffassung, es müsse jeder Notfalldienst anerkannt werden, der einen «sinnvollen Beitrag an die notfalldienstliche Gesamtabdeckung der Region» leiste (Beschwerde S. 34). Das Kriterium des «sinnvollen Beitrags» kann zwar insofern beachtlich sein, als für die angebotene medizinische Dienstleistung im Rahmen der Notfallversorgung eine reale Nachfrage bestehen muss; es kann aber aus Gründen der Versorgungssicherheit nicht als allein massgeblich für die Anerkennung eines Notfalldiensts im Sinn des Gesundheitsgesetzes gelten.

#### **E. 6.4.5**

Die Beschwerdeführenden kritisieren weiter, dem Kriterium der Allgemein zugänglichkeit fehle jegliche Kontur; insbesondere bedinge eine sinnvolle Organisation des ärztlichen Notfalldiensts zwangsläufig eine Aufgabenteilung nach geografischen und sachlichen Kriterien. Dies stelle auch die GEF nicht in Abrede, indem sie z.B. spezialisierte kardiologische oder neonatologische Notfalldienste als solche im Sinn von Art. 30a GesG anerkenne. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb Herzpatientinnen und -patienten oder Neugeborene als «Allgemeinheit» gelten sollen, nicht aber Angehörige der Armee (Beschwerde S. 33). – Entgegen den Beschwerdeführenden läuft die Anerkennung

fachärztlicher Notfalldienste den vorstehend dargelegten Grundsätzen nicht zuwider, jedenfalls sofern

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 02.12.2016, Nr. 100.2015.246U, Seite 20 sie durch den örtlichen Berufsverband koordiniert sind und eine gewisse Nachfrage für einen solchen Dienst besteht (vgl. zum Aspekt der Koordination auch hinten E. 6.5). Aus Gründen der Versorgungssicherheit ist es sachgerecht, einen fachärztlichen Notfalldienst (gleich wie einen allgemeinärztlichen) grundsätzlich nur dann als Notfalldienst im Sinn des Gesundheitsgesetzes anzuerkennen, wenn er allen Personen in einem bestimmten Einzugsgebiet offensteht, die von dem durch den Dienst abgedeckten gesundheitlichen Risiko betroffen sein können. Dass dies beispielsweise beim neonatologischen Notfalldienst nur Neugeborene sein können, liegt in der Natur der Sache. Das Kriterium der allgemeinen Zugänglichkeit des Notfalldiensts lässt sich damit entgegen den Beschwerdeführenden durchaus sachgerecht und klar umschreiben.

#### **E. 6.4.6**

Der waffenplatzpsychiatrische Dienst erfüllt die Voraussetzung der allgemeinen Zugänglichkeit nicht. Die Beschwerdeführenden stehen im Rahmen ihrer Tätigkeit als Waffenplatzpsychiatrin bzw. -psychiater ausschliesslich diensttuenden Armeeangehörigen auf den Waffenplätzen ... und ... zur Verfügung. Sie erbringen insoweit eine exklusive Dienstleistung zu Gunsten der Eidgenossenschaft, deren Umfang sie selber mitbestimmt haben. Selbst wenn im Militärdienst spezifische psychische Belastungen auftreten mögen (vgl. Beschwerde S. 34), bedeutet dies nicht, dass Armeeangehörige eine von einem spezifischen Gesundheitsrisiko ausschliesslich betroffene Personengruppe bilden würden. Vielmehr können entsprechende psychische Belastungen auch die übrige Bevölkerung treffen, welche den fraglichen Dienst aber unbestrittenermassen nicht in Anspruch nehmen kann. Soweit die Beschwerdeführenden geltend machen, der waffenplatzpsychiatrische Dienst sei sehr wohl öffentlich, weil er sich «an einen unbestimmten, grösseren und durch persönliche Beziehungen nicht zusammenhängenden Personenkreis» richte (Beschwerde S. 34), ändert das nichts an der Tatsache, dass dieses Angebot nur einem sehr beschränkten, nicht aufgrund eines spezifischen Gesundheitsrisikos definierten Personenkreis offensteht bzw. die Bevölkerung der Region ... und Umgebung grossmehrheitlich aufgrund nicht medizinischer Kriterien davon ausgeschlossen ist. Dies läuft der mit Art. 30a GesG verfolgten Regelungsabsicht zuwider, die notfallmedizinische Versorgung im gesamten jeweiligen Einzugsgebiet sicherzustellen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 02.12.2016, Nr. 100.2015.246U, Seite 21

#### **E. 6.5**

Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass der von den Beschwerdeführenden geleistete waffenplatzpsychiatrische Dienst den psychiatrischen Notfalldienst am Spital ... womöglich entlasten und einen sinnvollen Beitrag zur psychiatrischen Notfallversorgung in der Region ... leisten mag. Aus den dargelegten Gründen folgt daraus aber kein Anspruch auf Anerkennung dieses Dienstes als Notfalldienst im Sinn von Art. 30a Abs. 1 GesG. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus dem vom Beschwerdegegner zu Recht betonten Erfordernis einer koordinierten Organisation der medizinischen Notfallversorgung (Beschwerdeantwort S. 11-13). Die Ärzteschaft bzw. die Berufsverbände, welche vom Gesetz mit entsprechenden Vollzugskompetenzen betraut sind (vgl. Art. 30a Abs. 1 Satz 2

GesG), haben eine Organisationsstruktur zu wählen, welche der Bevölkerung den Zugang zur medizinischen Notfallversorgung garantiert. Dazu müssen die einzelnen Notfalldienstleistungen aufeinander abgestimmt und in ein Gesamtkonzept eingebunden sein. Für die konkrete Umsetzung des gesetzlichen Auftrags dürfte es regelmässig verschiedene vertretbare Lösungen geben. Den Organisatoren kommt dabei ein grosser Spielraum zu. Entscheiden sie sich aus Praktikabilitätsgründen für eine einfache, unter Umständen auch etwas schematische Organisationsstruktur, ist dies aus der Optik der Rechtskontrolle nicht zu beanstanden, selbst wenn andere Lösungen den individuellen Bedürfnissen einzelner Ärzte besser gerecht würden. Ein korrigierendes Eingreifen von staatlicher Seite ist erst bei Rechtsfehlern geboten, etwa wenn die Versorgungssicherheit gefährdet ist (vgl. Art. 30a Abs. 3 GesG) oder die Organisatoren ihren Spielraum willkürlich oder rechtsungleich ausüben. Das ist hier nicht erkennbar.

### **E. 6.6**

Die Beschwerde erweist sich damit auch insoweit als unbegründet. Ob der Sachverhalt mit Blick auf die Frage, ob und wie häufig die Beschwerdeführenden als Waffenplatzpsychiaterin bzw. -psychiater Einsätze ausserhalb der Praxiszeiten leisten, ausreichend abgeklärt wurde (vgl. Beschwerde S. 35 ff.), ist bei diesem Ergebnis nicht von Bedeutung. Es ist aber anzumerken, dass die im Zusammenhang mit der gerügten fehlerhaften Feststellung des Sachverhalts vorgebrachte Kritik, die GEF habe die Beschwerdeführenden «in ein schlechtes Licht gerückt» (Beschwerde S. 18), keine rechtsfehlerhafte Feststellung des entscheidewesentlichen Sachverhalts zu begründen vermag.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 02.12.2016, Nr. 100.2015.246U, Seite 22

### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführenden rügen schliesslich, die GEF habe die Kosten fehlerhaft liquidiert (Beschwerde S. 37 f.). – Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführenden ihr Äusserungsrecht mit Bezug auf die Instruktionsmassnahmen des KAZA vom 1. April 2014 und die entsprechenden Ausführungen des Beschwerdegegners vom 7. bzw. 9. April 2014 (unpag. Akten KAZA, je vorderster Fasz.) erst im Verfahren vor der GEF wahrnehmen konnten. Darin liegt eine Gehörsverletzung durch das KAZA, die jedoch im Verfahren vor der GEF geheilt werden konnte, was nicht in Frage gestellt wird. Streitig ist aber, ob diesem Umstand bei der Kostenverlegung hätte Rechnung getragen werden müssen. Die Vorinstanz hat davon abgesehen, weil die fraglichen Beweismittel nicht den Streitgegenstand betreffen und «für die vorliegenden Beschwerden von keinerlei Bedeutung» gewesen seien (angefochtener Entscheid E. 2f).

### **E. 7.2**

Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Eine Gehörsverletzung kann einen besonderen Umstand im Sinn von Art. 108 Abs. 1 und 3 VRPG für ein Abweichen vom

Unterliegerprinzip darstellen, wenn sie für die Betroffenen mit einem erheblichen Mehraufwand verbunden ist (BVR 2004 S. 133 E. 3.1 und 3.2, 2004 S. 37 E. 3; Merkli/Aeschli-mann/Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 9 und 16). – Die geheilte Gehörsverletzung betraf eine Instruktionsmassnahme des KAZA: Der Kantonsarzt stellte dem ABV verschiedene Fragen, die er für die Erstellung des Sachverhalts als massgeblich erachtete. Es kann den Beschwerdeführenden daher für die Frage der Kostenverlegung nicht entgegengehalten werden, die Ergebnisse dieser Instruktionsmassnahmen seien für das Verfahren ohne Bedeutung gewesen. Gleichwohl hält die Kostenverlegung

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 02.12.2016, Nr. 100.2015.246U, Seite 23 der Rechtskontrolle stand: Ein durch die Gehörsverletzung bedingter nennenswerter Mehraufwand für die Beschwerdeführenden ist nicht erkennbar, denn sie haben noch während laufender Beschwerdefrist vor der GEF von der fraglichen Instruktionsmassnahme Kenntnis erhalten und konnten in der Beschwerde vom 30. Juli 2014 darauf eingehen (vgl. Akten GEF pag. 25, 31). Dieser Aufwand wäre auch ohne Gehörsverletzung angefallen. Es ist daher nicht rechtswidrig, der Gehörsverletzung im Kostenpunkt keine Rechnung zu tragen (vgl. auch BVR 2015 S. 557 E. 3.8 [betreffend Verletzung der Aktenführungspflicht], bestätigt durch BGer 1C\_205/2015 vom 29.10.2015, E. 6). Nichts anderes lässt sich der von den Beschwerdeführenden angeführten «jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung» entnehmen (BGer 4D\_97/2014 vom 16.4.2015, E. 6); im Gegenteil geht auch das Bundesgericht davon aus, dass das Kriterium des Mehraufwands bei der Kostenverlegung in Situationen wie der vorliegenden berücksichtigt werden darf (vgl. z.B. BGer 8C\_608/2015 vom 17.12.2015, E. 6).

### **E. 8.1**

Die Beschwerde erweist sich damit in allen Teilen als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die unterliegenden Beschwerdeführenden haben die Verfahrenskosten unter Solidarhaft zu tragen (Art. 108 Abs. 1 und Art. 106 VRPG). Sie haben keinen Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

### **E. 8.2**

Der obsiegende Beschwerdegegner verlangt ebenfalls Parteikostenersatz. Es stellt sich die Frage, ob bei ihm ersatzfähige Parteikosten im Sinn von Art. 104 VRPG angefallen sind. Solche entstehen grundsätzlich nur bei berufsmässiger Parteivertretung von Privaten; Behörden haben die Kosten einer allfälligen Vertretung durch eine Anwältin oder einen Anwalt in der Regel selbst zu tragen (vgl. Art. 104 Abs. 3 und 4 i.V.m. Art. 2 VRPG). Die Behördenqualität von mit öffentlichen Aufgaben betrauten Privaten hängt davon ab, ob sie befugt sind, in Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben zu verfügen (Art. 2 Abs. 1 Bst. c VRPG; BVR 2013 S. 365 E. 4.4.2, bestätigt durch BGer 2C\_768/2012 vom 29.4.2013, E. 4.2). Der Beschwerdegegner trägt zwar durch die Organisation des Notfalldiensts zur

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 02.12.2016, Nr. 100.2015.246U, Seite 24 Sicherstellung der medizinischen Notfallversorgung und damit zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe bei, es kommt ihm im Streitfall aber keine Verfügungsbefugnis zu (vorne E. 2.2 und E. 6.4.1). Er ist am vorliegenden Verfahren daher nicht als Behörde, sondern als Privater beteiligt und kann demnach Ersatz der Parteikosten geltend machen (Art. 104 Abs. 1 i.V.m. Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Kostennote des Rechtsvertreters vom 25. Oktober 2016 gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 4'000.--, werden den Beschwerdeführenden auferlegt. 3. Die Beschwerdeführenden haben dem Beschwerdegegner für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die Parteikosten, festgesetzt auf Fr. 9'920.50 (inkl. Auslagen und MWSt), zu ersetzen. 4. Zu eröffnen: - den Beschwerdeführenden - dem Beschwerdegegner - der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Der Abteilungspräsident: Die Gerichtsschreiberin: Rechtsmittelbelehrung Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.