

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2015 321 vom 8. August 2018**

BE Verwaltungsgericht, 2018-08-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2015\\_321](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2015_321)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2015 321 du 8 août 2018

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2015 321 del 8 agosto 2018

## **Regeste**

ärztliche Notfalldienstpflicht (Entscheid der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern vom 23. September 2015; RA Nr. 2015-1251) | 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. Es prüft von Amtes wegen, ob die Prozess- bzw. Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 20a VRPG; BVR 2017 S. 514 E. 1.3; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 51 N. 6 und 8).

### **E. 1.2**

Gemäss Art. 79 Abs. 1 VRPG ist zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde befugt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a; sog. formelle Beschwerde), durch die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung oder des Entscheids hat (Bst. c; sog. materielle Beschwerde). Beschwerdeberechtigt ist ferner jede andere Person, Organisation oder Behörde, die durch Gesetz oder Dekret dazu ermächtigt ist (Art. 79 Abs. 2 VRPG).

### **E. 1.3**

Zu klären ist zunächst die grundsätzliche Befugnis des A. \_\_\_\_\_, sich auf dem Beschwerdeweg gegen behördliche Entscheide zum ärztlichen Notfalldienst zur Wehr zu setzen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2018, Nr. 100.2015.321U, Seite 5

#### **E. 1.3.1**

Das hier in der Sache massgebliche Gesundheitsgesetz vom

#### **E. 1.3.2**

Der beschwerdeführende A. \_\_\_\_\_ ist ein als Verein im Sinn von Art. 60 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) konstituierter Berufsverband und umfasst die Ärzteschaft der Gemeinde ... sowie der umliegenden Gemeinden (Art. 1 der Statuten vom 25. Oktober 2008 des Ärztlichen Bezirksvereins A. \_\_\_\_\_ [nachfolgend: A. \_\_\_\_\_ - Statuten]). Der Verein bezweckt nebst der Wahrung und Förderung der

ethischen und wirtschaftlichen Standesinteressen, der Behandlung von und Stellungnahme zu Fragen des Gesundheitswesens sowie der Pflege der Kollegialität innerhalb des Vereins und zu benachbarten Bezirksvereinen auch die Organisation des ambulanten ärztlichen Notfalldiensts in seinem Versorgungs- bzw. Einzugsgebiet (vgl. Art. 2 und 10 A. \_\_\_\_\_-Statuten). Zur Organisation und Durchführung dieses Dienstes sind Ärztinnen und Ärzte mit Berufsausübungsbewilligung bzw. deren Berufsverbände durch Art. 30a Abs. 1 GesG verpflichtet (vgl. auch Art. 22 Abs. 1 GesG i.V.m. Art. 40 Bst. g des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe [Medizinalberufegesetz, MedBG; SR 811.11]). Der A. \_\_\_\_\_ ist Mitglied der ebenfalls als Verein ausgestalteten Ärztesgesellschaft des Kantons Bern (BEKAG), die im Bereich des Notfalldiensts statutengemäss die «Oberaufsicht» wahrnimmt (vgl. Art. 1 und 2 der Statuten vom 23. Oktober 2008 der Ärztesgesellschaft des Kantons Bern [nachfolgend: BEKAG-Statuten]). Das KAZA ist als zuständige Stelle der GEF über die Organisation des ambulanten ärztlichen

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2018, Nr. 100.2015.321U, Seite 6 Notfalldiensts zu orientieren. Es regelt die Organisation des Dienstes, wenn diese nicht anderweitig sichergestellt ist, und entscheidet bei Streitigkeiten aus der Notfalldienstpflicht (Art. 30a Abs. 3 GesG). Der A. \_\_\_\_\_ ist damit mangels Verfügungskompetenz zwar keine Behörde im Sinn von Art. 2 Abs. 1 Bst. c VRPG (vgl. VGE 2015/246 vom 2.12.2016 E. 8.2 mit Hinweisen); gleichwohl erfüllt er mit Bezug auf die Organisation des ambulanten ärztlichen Notfalldiensts eine öffentliche Aufgabe (vgl. einlässlich zur medizinischen Notfallversorgung als staatliche Aufgabe VGE 2015/246 vom 2.12.2016 E. 6.4.1).

### **E. 1.3.3**

Privatrechtlich organisierte Trägerinnen und Träger von öffentlichen Aufgaben werden hinsichtlich ihrer Beschwerdelegitimation in der Praxis den Gemeinwesen gleichgestellt (vgl. z.B. BGE 140 II 80 [BGer 2C\_936/2013 vom 31.1.2014] nicht publ. E. 1.4.3 [Billag AG]; BGer 2C\_736/2010 vom 23.2.2012 E. 1.3 [Verein FMH]; Bernhard Waldmann, in Basler Kommentar, 2. Aufl. 2011, Art. 89 BGG N. 41); sie gelten insoweit als sog. Verwaltungsverbände (BVR 2008 S. 1 E. 2.3; Merkli/ Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 65 N. 17). Nach Art. 89 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) werden sie nur beschränkt zur Beschwerdeführung zugelassen: Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann sich das Gemeinwesen auf das allgemeine Beschwerderecht stützen, wenn es durch die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid gleich oder ähnlich wie eine Privatperson betroffen ist oder wenn es als Träger öffentlicher Aufgaben schutzwürdige, spezifische öffentliche Interessen geltend machen kann und in einem Mass betroffen ist, das die Bejahung der Rechtsmittelbefugnis rechtfertigt. Das allgemeine Interesse an der richtigen Rechtsanwendung verschafft hingegen keine Beschwerdebefugnis (statt vieler BGE 141 II 161 E. 2.1 mit Hinweisen). Das Verwaltungsgericht berücksichtigt diese Rechtsprechung für die Beurteilung der Legitimation nach Art. 79 Abs. 1 bzw. Art. 65 Abs. 1 VRPG; die höchstrichterliche Praxis hat es aber nicht unesehen übernommen (vgl. dazu BVR 2017 S. 418 E. 2.4 f. mit Hinweis u.a. auf Michael Pflüger, Die Beschwerdebefugnis von Gemeinwesen in der bernischen Verwaltungsrechtspflege, in BVR 2013 S. 201 ff., insb. S. 212 ff.; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 65 N. 2). Das kann im Einzelfall dazu führen, dass die Beschwerdebe-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2018, Nr. 100.2015.321U, Seite 7 f. gnis auf kantonaler Ebene weiter gefasst ist als vor Bundesgericht, was bundesrechtlich zulässig ist und insbesondere dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens nach Art. 111 BGG nicht widerspricht (BGE 139 II 373 E. 1.7, 138 II 162 E. 2.1.1 [Pra 101/2012 Nr. 108]; BVR 2014 S. 105 E. 1.2.3). Nach verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung muss der Verwal- tungsverband schutzwürdige, spezifische öffentliche Interessen geltend machen können und in einem Mass betroffen sein, welches die Bejahung der Rechtsmittelbefugnis rechtfertigt (vgl. etwa BVR 2017 S. 418 E. 4.1). Letztlich muss ein – aus der Sicht der Rechtspflege gewürdigt – ausrei- chender Anlass dafür bestehen, dass sich Behörden und Gerichte mit der Sache befassen (Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 153, und darauf verweisend etwa BGE 139 II 279 E. 2.3; BVR 2017 S. 418 E. 2.5).

#### **E. 1.3.4**

Zwischen den Parteien ist seit Jahren streitig, ob und in welcher Form der Beschwerdegegner notfalldienstpflichtig ist (zum Streitgegen- stand vgl. hinten E. 1.4.1 ff.). Es ist daher zu prüfen, ob der A.\_\_\_\_\_ durch diese Streitsache in eigenen schutzwürdigen Interessen derart betroffen ist, dass seine Rechtsmittelbefugnis gerechtfertigt erscheint. – Der A.\_\_\_\_\_ ist Organisator des ambulanten ärztlichen Notfalldiensts (Art. 30a Abs. 1 GesG; vgl. vorne E. 1.3.2). In Anwendung von Art. 30b GesG kann er bei Vorliegen eines wichtigen Grundes eine Person auf Gesuch hin von der Pflicht, Notfalldienst zu leisten, befreien oder sie von dieser Pflicht ausschliessen (Abs. 1; nachfolgend auch Dispensation); vom Notfalldienst befreite oder ausgeschlossene Fachpersonen können wieder in Pflicht genommen 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 den A.\_\_\_\_\_ zu entrichten. Diese beträgt 500 Franken pro Notfalldienst, jedoch höchstens 15'000 Franken pro Jahr (Ersatzabgabepflicht; Art. 30b Abs. 3 GesG; vgl. dazu auch hinten E. 1.5).

#### **E. 1.3.5**

Die gesetzlichen Rahmenbedingungen lassen dem A.\_\_\_\_\_ bei der Organisation des Notfalldiensts einen relativ grossen Spielraum. Solange er eine Organisationsstruktur wählt, welche der Bevölkerung im Einzugsgebiet den jederzeitigen Zugang zu medizinischer

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2018, Nr. 100.2015.321U, Seite 8 Notfallversorgung garantiert (Versorgungssicherheit), die gesetzlichen Rahmenbedingungen respektiert und seinen Spielraum grundrechtskonform, d.h. im Wesentlichen rechtsgleich und willkürfrei ausübt, besteht kein Anlass für korrigierende staatliche Eingriffe. Für die konkrete Umsetzung des gesetzlichen Auftrags, den ambulanten ärztlichen Notfalldienst zu organisieren, dürfte es daher regelmässig verschiedene vertretbare Lösungen geben (vgl. hinten E. 2.6.1 mit Hinweis auf die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung). Aufgrund dieser relativ weitgehenden Organisationsfreiheit ist der A.\_\_\_\_\_ durch Entscheide, welche die Notfalldienstpflicht und damit zusammenhängende Fragen wie die Dispensation oder die Ersatzabgabepflicht betreffen, deutlich stärker in eigenen Sachanliegen berührt als ein Verwaltungsverband, der im Wesentlichen vom Gesetz umrissene Vorgaben umsetzt (z.B. beim Erteilen bestimmter Polizeibewilligungen, vgl. etwa BVR 2013 S. 566 E. 3.2 zur fehlenden

Beschwerdelegitimation der Gemeinden Bern, Biel und Thun in Streitigkeiten betreffend ausländerrechtliche Bewilligungen). Seine Interessenlage ist insoweit vergleichbar mit einer Gemeinde, welche in der Regel zur Beschwerdeführung zugelassen wird, wenn sie Autonomiebefugnisse beansprucht (BVR 2017 S. 418 E. 4.1 mit Hinweisen). Es erscheint unter diesem Gesichtswinkel sachgerecht, dass der A.\_\_\_\_\_ seine mit der konkreten Aufgabenerfüllung verbundenen Überlegungen, Wertungen und Interessen in allfälligen Streitigkeiten aus der Notfalldienstpflicht nicht nur gegenüber dem KAZA einbringen, sondern sie auch gegen einen missliebigen Entscheid verteidigen kann. Seine Stellung unterscheidet sich denn auch wesentlich von jener einer (nicht beschwerdebefugten) desavouierten Vorinstanz (vgl. zu diesem Begriff statt vieler BGE 141 II 161 E. 2.1 am Schluss; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 65 N. 17). Ferner ist die Beurteilung von Fragen im Zusammenhang mit der Notfalldienstpflicht einzelner Ärztinnen und Ärzte geeignet, die künftige Aufgabenerfüllung des A.\_\_\_\_\_ wesentlich zu beeinflussen. Er ist als Organisator des Notfalldiensts gegenüber den Ärztinnen und Ärzten wie erwähnt zu einer rechtsgleichen Praxis verpflichtet, weshalb Entscheide in diesem Zusammenhang regelmässig eine über den blossen Einzelfall hinausgehende Tragweite haben (anschaulich in diesem Zusammenhang z.B. BGer 2C\_736/2010 vom 23.2.2012 E. 1.3 betreffend die Beschwerdebefugnis des Vereins FMH im Zusammenhang mit der

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2018, Nr. 100.2015.321U, Seite 9 Äquivalenzanerkennung ausländischer Facharztstitel). Auch diese präjudizielle Wirkung auf die öffentliche Aufgabenerfüllung begründet hier eine qualifizierte Betroffenheit des Aufgabenträgers.

#### **E. 1.3.6**

Der A.\_\_\_\_\_ ist schliesslich auch in finanziellen Interessen berührt: Da die Notfalldienstpflicht entweder durch Realleistung oder durch Leistung einer Ersatzabgabe erfüllt wird, betreffen Streitigkeiten aus der Notfalldienstpflicht den A.\_\_\_\_\_ regelmässig auch in seiner Stellung als Gläubiger der Ersatzabgabe (Art. 30b Abs. 3 GesG; hinten E. 1.5). Diese dient direkt der Organisation des Notfalldiensts und damit der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe (zur Zweckgebundenheit der Ersatzabgabe vgl. Art. 12 des Reglements und der Ausführungsbestimmungen vom 12. Dezember 2016 über den ärztlichen Notfalldienst im Ärztlichen Bezirksverein A.\_\_\_\_\_ [act. 13A; nachfolgend: NFD Reglement 2016], abrufbar unter <www.....ch>, Rubriken «Notfalldienst», «Reglement»; ferner die Richtlinien vom 1. Januar 2009 zur Organisation des ärztlichen Notfall-Dienstes im Notfallkreis der Stadt ... [in Kraft bis 31.12.2016; nachfolgend: NFD Richtlinien 2009], Ziff. 6 am Schluss [Beschwerdebeilage, BB 22]). Die finanziellen Interessen des A.\_\_\_\_\_ als Gläubiger der Ersatzabgabe stehen demnach in Zusammenhang mit der öffentlichen Aufgabenerfüllung und sind aufgrund der präjudiziellen Wirkung solcher Entscheide von erheblicher Bedeutung, was praxismässig eine qualifizierte Betroffenheit des Aufgabenträgers begründen kann (vgl. BGE 141 II 161 E. 2.3; Michael Pflüger, a.a.O., S. 210 f. und 214 mit Hinweisen). Im Übrigen weist der A.\_\_\_\_\_ zu Recht darauf hin, dass sich der vorliegende Fall wesentlich von dem in BVR 2008 S. 1 beurteilten Sachverhalt unterscheidet: Dort hat das Verwaltungsgericht die Beschwerdelegitimation einer Tourismusorganisation verneint, weil die streitige Abgabe nicht der für Veranlagung, Inkasso und Kontrolle zuständigen Organisation, sondern der Gemeinde zustand. Der Organisation wurde mangels Gläubigerstellung ein eigenes schutzwürdiges Interesse abgesprochen (BVR 2008 S. 1 E. 2.4). Dass hier die Abgabe nicht

unmittelbar Streitgegenstand des Verfahrens bildet (hinten E. 1.4.3), kann für die Frage der Beschwerdelegitimation aufgrund der übrigen dar- gelegten Umstände, welche eine qualifizierte Betroffenheit des A.\_\_\_\_\_ begründen, nicht ausschlaggebend sein.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2018, Nr. 100.2015.321U, Seite 10

### **E. 1.3.7**

Zusammenfassend ergibt sich, dass der A.\_\_\_\_\_ als Organisator des ambulanten ärztlichen Notfalldiensts durch Streitigkeiten in diesem Bereich in eigenen spezifischen Interessen betroffen ist, weshalb er grundsätzlich zur Beschwerdeführung legitimiert ist.

### **E. 1.4**

Die Beschwerdeführung setzt weiter ein schutzwürdiges Interesse voraus, das im Urteilszeitpunkt praktisch und aktuell sein muss (vgl. dazu allgemein BVR 2015 S. 350 E. 4.1, 2008 S. 569 E. 3.1; zu den entspre- chenden bundesrechtlichen Legitimationsvoraussetzungen BGE 142 I 135 E. 1.3.1, 139 I 206 E. 1.1).

#### **E. 1.4.1**

Ob ein schutzwürdiges Interesse an der Beschwerdeführung be- steht, ist anhand der jeweiligen Rechtsbegehren zu beurteilen (BVR 2018 S. 310 E. 4.2). Zu prüfen ist deshalb zunächst, was (noch) Streitgegen- stand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ist: Der Streitgegenstand bezeichnet im Beschwerdeverfahren den Umfang, in dem das mit der an- gefochtenen Verfügung geregelte Rechtsverhältnis umstritten ist. Zur sei- ner Bestimmung ist somit von der angefochtenen Verfügung bzw. vom an- gefochtenen Entscheid, dem sog. Anfechtungsobjekt, auszugehen. Dieses gibt den Rahmen des Streitgegenstands vor, der nicht über das hinausge- hen kann, was die Vorinstanz geregelt hat oder hätte regeln sollen, welche wiederum nur das von der verfügenden Behörde Angeordnete prüfen darf (BVR 2017 S. 514 E. 1.2 mit Hinweisen; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 72 N. 6). Innerhalb dieses Rahmens bezeichnen die Parteien in ihren Rechtsmitteleingaben (Beschwerdeanträge und -begründung) den Streitgegenstand (sog. Dispositionsmaxime; statt vieler BVR 2011 S. 391 E. 2.1; BGer 2C\_124/2013 vom 25.11.2013, in ZBl 2014 S. 663 E. 2.2.3, je mit Hinweisen).

#### **E. 1.4.2**

Der Beschwerdegegner ersuchte am 10. September 2000 die da- mals zuständige Dienststelle Bewilligungswesen der GEF, ihn vom allge- meinen Notfalldienst zu dispensieren bzw. den von ihm geleisteten spezial- ärztlichen Notfalldienst zu anerkennen (unpag. Akten KAZA). Das KAZA wies am 5. Mai 2015 das Gesuch ab und stellte fest, der Gesuchsteller bzw. Beschwerdegegner erfülle seine Notfalldienstplicht als Arzt nicht (Dispositiv-Ziffer 1; vorne Bst. A). Die GEF hob diese Verfügung mit Be- schwerdeentscheid vom 23. September 2015 ersatzlos auf, weil sie zum

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2018, Nr. 100.2015.321U, Seite 11 Schluss kam, der Beschwerdegegner sei im Entscheidzeitpunkt nach den reglementarischen Grundlagen nicht mehr notfalldienstpflchtig gewesen (Beschränkung der Dienstplicht auf die ersten zehn Jahre nach Aufnahme der Praxistätigkeit gemäss Ziff. 5 der NFD-Richtlinien 2009 [BB 22], aufge- hoben durch das am 1.1.2017 in Kraft getretene NFD-Reglement 2016 [act. 13A; vgl. insb. Art. 16 und 20]). Der Beschwerdeführer beantragte dem Verwaltungsgericht zunächst die Aufhebung des

Entscheid der GEF und die Bestätigung der Verfügung des KAZA vom 5. Mai 2015 (vorne Bst. C). Diese Rechtsbegehren hat er mit Stellungnahme vom 28. August 2017 geändert (act. 13): Er verweist auf das neue NFD-Reglement 2016, gemäss welchem der fachärztliche angiologische und gefässchirurgische Notfalldienst am ...spital seit dem 1. Januar 2017 als Notfalldienst im Sinn des GesG anerkannt wird (Art. 2 Abs. 4 i.V.m. Art. 8 und Anhang 2 des NFD-Reglements 2016). Demzufolge sei der Entscheid der GEF aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Beschwerdegegner seine Notfalldienstpflicht seit Aufnahme der Berufstätigkeit im Jahr 2000 bis zur Änderung der NFD-Richtlinien per 1. Januar 2017 nicht erfüllt habe (neues Rechtsbegehren 2; vorne Bst. D). Diese Änderung bzw. Beschränkung der Anträge ist ohne weiteres zulässig (Art. 26 VRPG i.V.m. Art. 227 Abs. 3 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272]).

#### **E. 1.4.3**

Nicht mehr streitig ist demnach, ob der Beschwerdegegner seit 1. Januar 2017 seiner Notfalldienstpflicht durch Leistung des angiologischen-gefässchirurgischen Notfalldiensts am ...spital nachkommt. Hinfällig ist damit auch die Beurteilung des vom Beschwerdegegner im Jahr 2000 gestellten «Dispensationsgesuchs» (bzw. des Begehrens um Anerkennung des fachärztlichen Notfalldiensts als Notfalldienst im Sinn des GesG). Insbesondere erübrigen sich weitere Ausführungen dazu, ob die Anordnung des vorinstanzlichen Entscheids in dieser Hinsicht ausreichend war; die GEF hat sich darauf beschränkt, die Verfügung des KAZA ersatzlos aufzuheben, ohne im Dispositiv über das Dispensationsbegehren zu befinden. Streitig bleibt indes die Frage, ob der Beschwerdegegner von 2000 bis Ende 2016 durchgehend notfalldienstpflichtig war und ob er gegebenenfalls seiner Dienstpflicht nachgekommen ist. Dabei geht es ausschliesslich um die Realleistung (Leistung von Notfalldienst); die (subsi-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2018, Nr. 100.2015.321U, Seite 12 diäre) Erfüllung der Dienstpflicht durch Leistung einer Ersatzabgabe ist hier nicht Streitgegenstand (vgl. aber hinten E. 1.5).

#### **E. 1.4.4**

Die Notfalldienstpflicht des Beschwerdegegners ist somit nur noch bezogen auf einen bereits vergangenen, abgeschlossenen Zeitraum zu beurteilen. Eine rückwirkende Verpflichtung zur Realleistung ist ausgeschlossen; die Beurteilung kann sich daher – wie beantragt – höchstens in der Feststellung erschöpfen, ob der Beschwerdegegner in der Vergangenheit seiner gesetzlichen Leistungspflicht nachgekommen ist oder nicht. – Feststellungsbegehren sind praxisgemäss nur zulässig, wenn an der Feststellung ein schutzwürdiges rechtliches oder tatsächliches Interesse besteht, das nicht ebenso gut durch ein Leistungs- oder Gestaltungsbegehren gewahrt werden kann. Auch das Feststellungsinteresse muss zudem in der Regel praktisch und aktuell sein (vgl. BGE 126 II 300 E. 2c; BVR 2018 S. 310 E. 7.3, 2016 S. 273 E. 2.2, je mit Hinweisen).

#### **E. 1.4.5**

Der Beschwerdeführer begründet sein Interesse an der Beschwerdeführung damit, dass er im Fall einer Gutheissung bzw. der gerichtlichen Feststellung, wonach der Beschwerdegegner seine Notfalldienstpflicht von 2000 bis Ende 2016 nicht erfüllt habe, dem KAZA die Verfügung einer Ersatzabgabe beantragen werde, sofern keine Einigung mit dem Beschwerdegegner möglich sei (Eingabe vom 28.8.2017 [act. 13] S. 5 oben). –

Nach der insoweit vergleichbaren Ausgangslage im Staatshaftungsrecht lässt die Absicht der Verfügungsadressatin bzw. des Verfügungsadressaten, in einem anschliessenden Staatshaftungsprozess noch Schadenersatz geltend zu machen, ein dahingefallenes aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse nicht wieder aufleben. Im Gegenzug bleibt in solchen Fällen die Überprüfung des umstrittenen Akts im Staatshaftungsverfahren zulässig, d.h. den Betroffenen darf die Rechtskraft der Verfügung oder der Entscheidung nicht entgegengehalten werden (grundlegend BGE 129 I 139 E. 3.1, 126 I 144 E. 2a mit Hinweisen; BVR 2014 S. 297 E. 4.3.1, 2008 S. 569 E. 3.3.2 f.; Reto Feller, Das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes im Staatshaftungsrecht, Diss. Bern 2007, S. 209 ff.). Diese Rechtsprechung lässt sich zurückführen auf den allgemeinen Grundsatz der Subsidiarität der Feststellungsverfügung (vgl. BGer 8C\_596/2017 vom

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2018, Nr. 100.2015.321U, Seite 13 1.3.2018 E. 5.3.4 mit zahlreichen Hinweisen); sie ist demzufolge auch auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt übertragbar. Das vom Beschwerdeführer mit seinem Feststellungsbegehren verfolgte Anliegen steht demnach grundsätzlich in Widerspruch zum Subsidiaritätsgrundsatz, weil es auch mit einem Leistungsbegehren bzw. im Verfahren auf Festsetzung einer Ersatzabgabe gewahrt werden kann.

#### **E. 1.4.6**

Die Subsidiarität von Feststellungsverfahren gegenüber Leistungs- oder Gestaltungsverfahren ist prozessökonomisch begründet: Regelmässig bedeutete es einen prozessualen Leerlauf, zunächst ein Feststellungsverfahren auf Bestehen behaupteter Ansprüche oder einzelner Anspruchsvoraussetzungen durchzuführen, denn es bedürfte zu deren Durchsetzung eines weiteren Verfahrens (statt vieler BVR 2008 S. 569 E. 3.3.1 mit Hinweisen). Allerdings dürfen der um Feststellung ersuchenden Person durch den Verweis auf das Leistungs- bzw. Gestaltungsverfahren keine unzumutbaren Nachteile entstehen. Die Subsidiarität darf demnach nicht vorbehaltlos oder absolut verstanden werden (Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 20; Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, N. 351; Beatrice Weber-Dürler, in Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum VwVG, 2008, Art. 25 N. 16). Vielmehr kann es im Einzelfall gerade aus prozessökonomischen Gründen angezeigt sein, ein Feststellungsbegehren zuzulassen; der Subsidiaritätsgrundsatz verliert in solchen Fällen seine verfahrensökonomische Rechtfertigung (vgl. auch Christoph Bürki, Verwaltungsjustizbezogene Legalität und Prozessökonomie, Diss. Bern 2010, S. 92 mit Beispielen).

#### **E. 1.4.7**

Das vorliegende Verfahren weist in verschiedener Hinsicht Besonderheiten auf: Augenfällig ist die ausserordentlich lange Dauer des Verwaltungsverfahrens (rund 15 Jahre), ohne dass dafür ein sachlicher Grund erkennbar wäre. Insbesondere ist die Dauer nicht von den Parteien zu vertreten; sie haben vielmehr wiederholt erfolglos auf eine Entscheidung des KAZA gedrängt. Mittlerweile dauert das Verfahren rund 18 Jahre – nach so langer Zeit kommt dem Bedürfnis nach einer baldigen Klärung der Streitsache ein besonderes Gewicht zu. Würde man den Beschwerdeführer ohne Beurteilung des Feststellungsbegehrens ins Verfahren auf Festsetzung einer Ersatzabgabe verweisen, wäre die hier strittige Frage weiter

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2018, Nr. 100.2015.321U, Seite 14 ungeklärt. Mit Blick auf die Begründung des vorinstanzlichen Entscheids, wonach der Beschwerdegegner zwischen 2010 und 2016 gar nicht notfall- dienstpflichtig gewesen sei (vorne Bst. B), käme ein allfälliger Ersatzabgabeprozess vor den unteren Instanzen einem prozessualen Leerlauf gleich, denn die GEF würde ihre bereits bekannte Haltung bekräftigen und die Voraussetzungen für eine Ersatzabgabe mangels Dienstpflicht des Beschwerdegegners verneinen. Die Parteien müssten sich damit erneut auf ein längeres Rechtsmittelverfahren einlassen, was mit Blick auf die bereits 18 Jahre dauernde Auseinandersetzung kaum vertretbar wäre. Vielmehr gebietet es die Prozessökonomie, die hier streitige Frage zu beurteilen, soweit dies für einen allfälligen Ersatzabgabeprozess von praktischer Bedeutung ist. Die Klärung dieser Frage erübrigt unter Umständen ein in zeitlicher Hinsicht aufwendiges Folgeverfahren. Kommt dazu, dass sich auch der Beschwerdegegner nicht grundsätzlich gegen die Bejahung des Feststellungsinteresses ausgesprochen hat (vgl. Beschwerdeantwort [BA] S. 20 f. [act. 16], wonach der Beschwerdegegner das Feststellungsinteresse lediglich für den Zeitraum vor 1.1.2011 bestreitet, dazu sogleich in E. 1.5). Vielmehr bekundet auch er – sollte der A. \_\_\_\_\_ als Beschwerdeführer zugelassen werden (dazu vorne E. 1.3) – ausdrücklich sein Interesse an einer baldigen materiellen Klärung der streitigen Rechtsfrage (vgl. Stellungnahme des Beschwerdegegners vom 6.6.2017 S. 3 ff. [act. 8]).

### **E. 1.5**

Der Beschwerdeführer begründet sein Interesse an der beantragten Feststellung mit einer allfälligen nachträglichen Verpflichtung des Beschwerdegegners zur Bezahlung einer Ersatzabgabe. Letztere ist hier zwar nicht Streitgegenstand (vorne E. 1.4.3); gleichwohl ist eine Feststellung über die Erfüllung der Notfalldienstpflicht für den Beschwerdeführer nur insoweit von praktischem Nutzen, als eine Ersatzabgabe überhaupt in Betracht fällt. Im Folgenden ist daher noch zu prüfen, ob und gegebenenfalls für welchen Zeitraum eine nachträgliche Verpflichtung zur Bezahlung einer Ersatzabgabe grundsätzlich möglich wäre.

#### **E. 1.5.1**

Ärztinnen und Ärzte mit Berufsausübungsbewilligung sind verpflichtet, sich an einem Notfalldienst zu beteiligen (Art. 30a und 30b GesG; Art. 40 Bst. g MedBG). Gemäss Art. 30b Abs. 1 GesG können sie sich bei

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2018, Nr. 100.2015.321U, Seite 15 Vorliegen eines wichtigen Grundes von der Pflicht zur Leistung von ambulanten Notfalldienst dispensieren lassen. Wer keinen Notfalldienst leistet, muss eine Ersatzabgabe entrichten (Art. 30b Abs. 3 Satz 1 GesG; zur Rechtslage bis 31.12.2010 vgl. auch hinten E. 1.5.3). Die Ärztinnen und Ärzte kommen ihrer Dienstpflicht 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; VGE 2015/246 vom 2.12.2016 E. 2.1; ferner VGE 2011/21 vom 20.12.2011 E. 3.2 [bestätigt durch BGer 2C\_83/2012 vom 29.8.2012]).

#### **E. 1.5.2**

Die vom Beschwerdeführer erlassenen, in zeitlicher Hinsicht hier einschlägigen NFD Richtlinien 2009 (in Kraft bis 31.12.2016 [BB 22; vgl. vorne E. 1.3.6]) halten unter Ziff. 5

fest, die «Dienstpflicht» bestehe während der ersten zehn vollen Kalenderjahre nach Eröffnung der Praxis im Notfalldienstkreis der Gemeinden ... und ... . Die GEF kam gestützt auf diese Bestimmung zum Schluss, der Beschwerdegegner, welcher seine Praxis im Jahr 2000 eröffnet hat, sei «nach dem eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut der [...] Organisationsregelung» nicht mehr «notfalldienstpflichtig» (angefochtener Entscheid E. 4d S. 9 f.). – Entgegen der Vorinstanz ist die Tragweite der fraglichen Reglementsbestimmung nicht ohne weiteres klar: Sollte mit «Dienstpflicht» die Notfalldienstpflicht in Form der Realleistungs- und der Ersatzabgabepflicht gemeint sein, was der Wortlaut und die übrigen Bestimmungen des Reglements nahe legen und auch von der GEF so verstanden wird (vgl. angefochtener Entscheid E. 4e S. 10 zweiter Absatz), stünde Ziff. 5 des Reglements in Widerspruch zum übergeordneten Gesetzesrecht, wonach Ärztinnen und Ärzte dienstpflichtig sind, solange sie eine bewilligungspflichtige Tätigkeit im Sinn des GesG ausüben (Art. 30a Abs. 1 GesG; Art. 22 Abs. 1 GesG i.V.m. Art. 40 MedBG). Die «Dienstpflicht» gemäss Ziff. 5 NFD Richtlinien 2009 kann daher – gesetzeskonform ausgelegt – nur als Realleistungspflicht im Sinn der Teilnahme am ambulanten Notfalldienst verstanden werden. Dies mit dem Ergebnis, dass Ärztinnen und Ärzte unter der Geltung der NFD Richtlinien 2009 zehn Jahre nach Aufnahme der Praxistätigkeit ihre weitere

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2018, Nr. 100.2015.321U, Seite 16 Dienstpflicht grundsätzlich durch Leistung einer Ersatzabgabe zu erfüllen hatten. Der Schluss der Vorinstanz, der Beschwerdeführer sei zehn Jahre nach Aufnahme der Praxistätigkeit aus der Dienstpflicht entlassen worden und könne bereits aus diesem Grund nicht mehr zu einer Ersatzabgabe verpflichtet werden, trifft somit nicht zu.

### **E. 1.5.3**

Bis 31. Dezember 2010 war es gemäss Art. 30b Abs. 3 GesG grundsätzlich zulässig, trotz Dienstpflicht auf die Ersatzabgabe zu verzichten («Kann-Bestimmung», Fassung vom 6.2.2001 [BAG 01-083]; vgl. auch Vortrag des Regierungsrats betreffend die Änderung des GesG, in Tagblatt des Grossen Rates 2000, Beilage 45, S. 10). Ausserdem konnte zur Bezahlung einer Ersatzabgabe nur verpflichtet werden, wer von der Realleistungspflicht entbunden oder davon ausgeschlossen war. Die Praxis schloss daraus, dass die Verpflichtung zur Bezahlung einer Ersatzabgabe eine formelle Dispensation oder einen formellen Ausschluss voraussetzte (VGE 2011/21 vom 20.12.2011 E. 3.4, bestätigt durch BGer 2C\_83/2012 vom 29.8.2012 E. 3.4).

### **E. 1.5.4**

Seit der Änderung von Art. 30b Abs. 3 GesG vom 19. Januar 2010 (in Kraft seit 1.1.2011 [BAG 10-086]) ist eine Befreiung von der Realleistungs- und von der Ersatzabgabepflicht grundsätzlich nicht mehr vorgesehen: Fachpersonen, die keinen Notfalldienst leisten, haben eine Ersatzabgabe an die Organisatoren des Notfalldienst zu entrichten (Art. 30b Abs. 3 Satz 1 GesG in der geltenden Fassung; vorne E. 1.5.1). Es liegt somit nicht mehr im Ermessen der Organisatoren des Notfalldienst, ob sie eine Ersatzabgabe erheben wollen oder nicht. Bei Nichterfüllung der Realleistungspflicht ist die Leistung einer Ersatzabgabe somit grundsätzlich obligatorisch, ohne Rücksicht darauf, aus welchem Grund die Fachperson keinen Notfalldienst leistet. Damit wurde einem Anliegen der Ärzteschaft nach einer «voraussetzungslos geschuldeten Ersatzabgabe» Rechnung getragen (Vortrag des Regierungsrats betreffend die Änderung des GesG, in Tagblatt des Grossen Rates 2010,

Beilage 3, S. 8 und 10). Ob dies auch in besonderen Fällen von vorübergehenden, namentlich gesundheitsbedingten Verhinderungen gilt (z.B. bei Unfall, vorübergehender Krankheit, Schwangerschaft und Niederkunft; vgl. dazu auch Thomas Eichenberger, Allgemeine Bemerkungen zur Notfalldienstpflcht für Ärztinnen bei Schwan-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2018, Nr. 100.2015.321U, Seite 17 gerschaft, Niederkunft und mit Erziehungsaufgabe bei Kleinkindern, in Zeitschrift der bernischen Ärztesgesellschaft doc.be 1/2015 S. 3 ff., 5), muss hier nicht entschieden werden.

### **E. 1.5.5**

Der Wortlaut von Art. 30b Abs. 3 Satz 1 GesG wurde per 1. Januar 2011 ausserdem dahingehend geändert, dass die Ersatzabgabepflcht nicht mehr daran anknüpft, ob eine Person von der Realleistungspflcht «entbunden» oder davon «ausgeschlossen» ist: Ersatzabgabepflchtig sind nunmehr «Fachpersonen, die keinen Notfalldienst leisten». Die nach bisheriger Praxis erforderliche formelle Dispensation von der Realleistungspflcht in den Formen «Entbindung» oder «Ausschluss» lässt sich damit nicht mehr direkt aus dem Wortlaut der Bestimmung herleiten. Ob der Gesetzgeber damit vom Erfordernis der formellen Dispensation abrücken wollte, lässt sich den Materialien zwar nicht eindeutig entnehmen. Allerdings kann das mit der Revision verfolgte Anliegen, die Ersatzabgabepflcht bei Nichterfüllung der Realleistungspflcht «voraussetzungslos» eintreten zu lassen, ohne weiteres auch dahingehend verstanden werden, dass eine formelle Dispensation für die Erhebung nicht mehr erforderlich sein soll. Ausserdem hätte der Wortlaut von Art. 30b Abs. 3 Satz 1 erster Satzteil GesG nicht geändert werden müssen, hätte man lediglich die obligatorisch geschuldete Ersatzabgabe (E. 1.5.4 hiervoor) einführen wollen. Daraus ist zu schliessen, dass die Ersatzabgabe seit 1. Januar 2011 auch insoweit «voraussetzungslos» geschuldet ist, als sie keine förmliche Befreiung bzw. keinen förmlichen Ausschluss mehr voraussetzt, sondern direkt an die tatsächliche Nichterfüllung der Realleistung anknüpft. Dies bedeutet nicht, dass die Notfalldienstpflchtigen damit frei wählen können, ob sie ihre Dienstpflcht durch Realleistung oder Ersatzabgabe erfüllen. Um sich von der Realleistungspflcht befreien zu lassen, bedarf es vielmehr nach wie vor wichtiger Gründe und eines förmlichen Dispensionsentscheids (Art. 30b Abs. 1 GesG). Die Frage, wer seine Notfalldienstpflcht durch Realleistung erfüllen darf (oder muss; vgl. auch Art. 30b Abs. 2 GesG), ist demnach zu unterscheiden von der Frage, wer (namentlich rückwirkend) zur Bezahlung einer Ersatzabgabe verpflichtet werden kann. Vor diesem Hintergrund vermag der in VGE 2011/21 vom 20. Dezember 2011 E. 3.4 im Sinn eines «obiter dictum» enthaltene Hinweis, es bedürfe für die Erhebung einer Ersatzabgabe wohl auch unter der seit 1. Januar 2011 geltenden Rechtslage einer

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2018, Nr. 100.2015.321U, Seite 18 formellen Dispensation von der Realleistungspflcht, bei näherer Betrachtung nicht zu überzeugen. Die Ersatzabgabepflcht muss nicht zwingend an dieselben Voraussetzungen anknüpfen wie die Dispensation. Dass sich eine solche Verknüpfung nicht begriffsnotwendig aus dem Konzept der Ersatzabgabe ergibt, hat im Übrigen auch das Bundesgericht festgestellt: Zwar hat es in BGer 2C\_83/2012 vom 29. August 2012 das erwähnte verwaltungsgerichtliche Urteil bzw. die bisherige Praxis als «nicht willkürlich» geschützt, jedoch nicht ohne darauf hinzuweisen, dass auch eine andere Lösung denkbar wäre und das Erheben einer Ersatzabgabe nicht zwingend eine formelle Entbindung von der primären Leistungspflcht erfordere (E. 3.5 des Urteils mit Hinweis auf die

Wehrpflichtersatzabgabe, welche bei nicht geleistetem Militärdienst auch ohne formellen Ausschluss aus der Armee geschuldet sei).

### **E. 1.5.6**

Art. 30b Abs. 3 GesG hat demzufolge per 1. Januar 2011 in zweifacher Hinsicht eine Änderung erfahren: So liegt es grundsätzlich nicht mehr im Ermessen der Organisatoren des Notfalldiensts, ob sie eine Ersatzabgabe erheben wollen oder nicht. Zudem setzt das Erheben der Ersatzabgabe keine formelle Befreiung bzw. keinen formellen Ausschluss der notfalldienstpflichtigen Person mehr voraus, sondern es genügt, dass diese ihre Realleistungspflicht nicht erfüllt. – Daraus ist hier Folgendes zu schliessen: Für die Zeit zwischen 1. Januar 2011 und 31. Dezember 2016 ist eine nachträgliche Verpflichtung des Beschwerdegegners zur Bezahlung einer Ersatzabgabe grundsätzlich möglich, sollte er in dieser Zeit seiner Notfalldienstpflicht nicht durch Realleistung nachgekommen sein. Insoweit ist die beantragte Feststellung für den Beschwerdeführer von potenziellem praktischem Nutzen. Für die Zeit davor fällt eine nachträgliche Erhebung einer Ersatzabgabe mangels der nach damaliger Rechtslage erforderlichen formellen Dispensation von der Realleistungspflicht (die im vorliegenden Kontext nicht nachträglich erfolgen könnte) ausser Betracht, weshalb das Feststellungsinteresse insoweit zu verneinen ist.

### **E. 1.6**

Der A. \_\_\_\_\_ ist folglich zur Beschwerdeführung legitimiert und auf die Beschwerde ist einzutreten, soweit sich die beantragte Feststellung auf den Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2016 bezieht.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2018, Nr. 100.2015.321U, Seite 19 Soweit weitergehend, ist mangels eines schutzwürdigen Interesses auf die Beschwerde nicht einzutreten.

### **E. 1.7**

Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

### **E. 2**

Dezember 1984 (GesG; BSG 811.01) räumt dem A. \_\_\_\_\_ kein Beschwerderecht ein und es ist auch anderweitig keine spezialgesetzliche Ermächtigung zur Beschwerdeführung ersichtlich. Das Beschwerderecht des A. \_\_\_\_\_ muss sich folglich aus der allgemeinen Legitimationsregelung von Art. 79 Abs. 1 VRPG ergeben, wobei hier die formelle Beschwer unproblematisch und im Folgenden die materielle Beschwerde zu prüfen ist. Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerdebefugnis des A. \_\_\_\_\_ in einem früheren Entscheid ohne nähere Begründung bejaht (VGE 2011/21 vom 20.12.2011 E. 1.1); das Bundesgericht hat die Frage offengelassen, da die Beschwerde in der Sache ohnehin abzuweisen war (BGer 2C\_83/2012 vom 29.8.2012 E. 1.2.2).

### **E. 2.1**

Im Folgenden ist zu prüfen, ob der Beschwerdegegner vom 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2016 seiner Notfalldienstpflicht nachgekommen ist. – Kanton und Gemeinden sind verpflichtet, Vorkehren zum Schutz der Gesundheit sämtlicher Personen zu treffen, die auf ihrem Gebiet von einem medizinischen Notfall betroffen sind (vgl. Art. 41 Abs. 1 der

Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]; Kälin/Bolz, Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, 1995, Art. 41 N. 2a). Sie sorgen gemäss Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GesG für 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). Daraus ergibt sich die Verpflichtung des Gemeinwesens, eine flächendeckende medizinische Notfallversorgung sicherzustellen. Dazu können im Bereich des ambulanten Notfalldiensts privatwirtschaftlich tätige medizinische Leistungserbringerinnen und -erbringer in die Pflicht genommen werden. Ärztinnen und Ärzte mit Berufsausübungsbewilligung bzw. deren Berufsverbände sind gemäss Art. 30a Abs. 1 GesG zur Organisation und Durchführung des Notfalldiensts verpflichtet (vorne E. 1.3.2; zum Ganzen ausführlich VGE 2015/246 vom 2.12.2016 E. 6.4.1 f.).

## **E. 2.2**

Der Beschwerdegegner praktiziert als Facharzt FMH für Angiologie und Allgemeine Innere Medizin. Er gründete im Jahr 2000 mit zwei Kollegen die D. \_\_\_\_\_ AG, welche auf dem Areal des ...spitals eine Gemeinschaftspraxis für Angiologie und Gefässchirurgie (heute: E. \_\_\_\_\_) betreibt. Das Leistungsangebot der Gemeinschaftspraxis umfasst unter anderem eine rund um die Uhr bediente, allgemein zugängliche Telefonnummer für Notfälle sowie die Versorgung angiologischer und gefässchirurgischer Notfälle am ...spital. Für den hier fraglichen Zeitraum (1.1.2011 bis 31.12.2016) umschreibt der

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2018, Nr. 100.2015.321U, Seite 20 Beschwerdegegner seine Notfalldienst-Leistung wie folgt (BA S. 6 f. [act. 16]): «Seit der [...] Einrichtung des Notfallzentrums 2009 durch das ...spital unterstützt die Gemeinschaftspraxis die spitaleigene Notfallorganisation, die ihrerseits öffentlich zugänglich ist und bekannt gemacht wird. Die Unterstützung erfolgt in Form einer Übernahme von Patienten nach der Triage in die eigenverantwortliche Behandlungsbhut der Ärzte der D. \_\_\_\_\_, in Form von Fachauskünften, Konsilien usw. wie auch in Form von Assistenzdienstleistungen. Daneben wird das der Öffentlichkeit direkt zugängliche eigene Notfalldispositiv via Praxistelefon 24h/365d unverändert weitergeführt. Diese Dienstleistung steht nach wie vor jedermann offen. [...] 2014 wurde die Gemeinschaftspraxis als E. \_\_\_\_\_ von der Dachgesellschaft (Union Schweizerischer Gesellschaft für Gefässkrankheiten USGG) zertifiziert. Mit der Zertifizierung verbunden ist die Verpflichtung, einen eigenen fachärztlichen Notfalldienst mit einer 24h/365d Abdeckung zu gewährleisten.»

## **E. 2.3**

Bei dem vom Beschwerdegegner geleisteten Notfalldienst handelt es sich somit um einen fachärztlichen Dienst. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Notfallversorgung der Bevölkerung sei als Grundversorgung zu verstehen, welche in erster Linie durch den allgemeinen ambulanten Notfalldienst sichergestellt werde. Fachärztliche Notfalldienste würden anerkannt, wenn sie von der Belastung her mit dem allgemeinen ambulanten Notfalldienst vergleichbar seien und eine erhebliche Entlastung desselben zur Folge hätten. Dies sei beim angiologischen und gefässchirurgischen Notfalldienst des Beschwerdegegners nicht der Fall, weshalb dieser Dienst nicht anerkannt bzw. mangels Anerkennung nicht als Pflichterfüllung im Sinn des GesG gewertet werden könne (Beschwerde S. 22 f.).

## E. 2.4

Was unter Notfalldienst im Sinn von Art. 30a Abs. 1 GesG zu verstehen ist, ist durch Auslegung zu ermitteln (zu den einzelnen Auslegungselementen statt vieler BVR 2016 S. 167 E. 3.1 mit Hinweisen). Das Verwaltungsgericht hat sich im VGE 2015/246 vom 2. Dezember 2016 eingehend mit dem Regelungsgehalt von Art. 30a Abs. 1 GesG auseinandergesetzt. Es kam unter anderem zum Schluss, dass sich der gesetzliche Begriff «Notfalldienst» im Sinn von Art. 30a Abs. 1 GesG nicht losgelöst von organisatorischen Aspekten definieren lässt (VGE 2015/246 vom 2.12.2016 E. 6.4.1 ff.): Die Ärzteschaft bzw. deren Berufsverbände, welche vom Gesetz mit entsprechenden Vollzugskompetenzen betraut sind (Art. 30a Abs. 1 Satz 2 GesG), müssen eine Organisationsstruktur wählen, welche der Bevölkerung rund um die Uhr den Zugang zu medizinischer Notfallver-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2018, Nr. 100.2015.321U, Seite 21 sorgung garantiert. Dazu müssen die einzelnen Notfalldienstleistungen aufeinander abgestimmt und in ein Gesamtkonzept eingebunden sein (VGE 2015/246 vom 2.12.2016 E. 6.5).

## E. 2.5

Der Beschwerdeführer macht demnach zu Recht geltend, dass eine flächendeckende und durchgehende Notfallversorgung der Bevölkerung nur sichergestellt werden kann, wenn die verschiedenen Notfalldienste durch die gemäss Art. 30a Abs. 1 Satz 2 GesG für die Organisation Verantwortlichen (hier durch den Beschwerdeführer) koordiniert werden. Von einzelnen Ärztinnen und Ärzten, Praxen oder Spitälern betriebene private Angebote können nur dann zur Sicherstellung der Notfallversorgung beitragen, wenn sie Teil eines Gesamtkonzepts (z.B. Dienstpläne) sind. Dieses hat sich in erster Linie daran zu orientieren, welche Dienstleistungen die notfallmedizinische Grundversorgung der Bevölkerung erfordert. Die Organisatoren des Notfalldienstes müssen daher die einzelnen, insbesondere fachärztlichen Dienste daraufhin überprüfen können, ob sie zur Sicherstellung einer flächendeckenden und durchgehenden notfallmedizinischen Grundversorgung notwendig sind. Die Anerkennung eines Notfalldienstes durch die Organisatoren ist somit Voraussetzung dafür, dass dieser Dienst als Pflichterfüllung im Sinn von Art. 30a Abs. 1 Satz 1 GesG gewertet werden kann. Der vom Beschwerdegegner in diesem Zusammenhang angeführte Entscheid der GEF 2015-2654 vom 7. Dezember 2016 E. 5.4 (BA Beilage 24, act. 16A, auch einsehbar unter <[www.gef.be.ch](http://www.gef.be.ch)>, Rubriken «Direktion», «Organisation», «Rechtsamt», «Rechtsprechung GEF»), überzeugt nicht. Folgte man der darin vertretenen Auffassung, wäre es den Notfalldienstpflichtigen freigestellt, wann und wie oft sie Dienst leisten. Der Beschwerdeführer kann seiner Aufgabe als Organisator des ambulanten Notfalldienstes indes nur gerecht werden, wenn sich die Dienstpflichtigen in ein von ihm koordiniertes Versorgungskonzept einbinden lassen. Die GEF hat ihre bisherige Praxis, wonach das Anerkennungs- und Koordinationskriterium bei der Frage nach der Erfüllung des Notfalldienstes keine Rolle spiele bzw. ungesetzlich sei, denn auch aufgegeben (vgl. z.B. Entscheid GEF 2016-1382 vom 18.9.2017, E. 8.13 S. 26 und E. 8.15 S. 28 [noch nicht rechtskräftig], unter Verweis auf VGE 2015/246 vom 2.12.2016 E. 6.5). Das Kriterium der «Anerkennung» eines Notfalldienstes durch die Organisatoren erweist sich damit als sachgerecht.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2018, Nr. 100.2015.321U, Seite 22

## **E. 2.6**

Im Rahmen der gerichtlichen Rechtskontrolle bleibt zu prüfen, ob der Beschwerdeführer dem Beschwerdegegner die Anerkennung des geleisteten Notfalldienstes in rechtswidriger Weise verweigert hat.

### **E. 2.6.1**

Für die konkrete Umsetzung des gesetzlichen Auftrags, einen flächendeckenden und durchgehenden Notfalldienst zu organisieren, 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 (VGE 2015/246 vom 2.12.2016 E. 6.5).

### **E. 2.6.2**

Bis Ende 2016 hat der Beschwerdeführer fachärztliche Notfalldienste nur sehr zurückhaltend anerkannt: Die notfallmedizinische Grundversorgung wurde im Wesentlichen durch den allgemeinen ambulanten Notfalldienst, ergänzt um einen pädiatrischen, einen psychiatrischen und einen gynäkologischen Notfalldienst sichergestellt (Beschwerde S. 22 f.). Es ist aus der Optik der Rechtskontrolle nicht zu beanstanden, dass spezial- bzw. fachärztliche Notfalldienste nur in Ausnahmefällen als Notfalldienst im Sinn von Art. 30a Abs. 1 Satz 1 GesG anerkannt wurden. Eine solche Praxis ist weder willkürlich noch rechtsungleich. Je mehr fachärztliche Dienste zur Behandlung spezifischer Notfälle als Notfalldienst im Sinn des GesG anerkannt werden, desto weniger (Fach-)Ärztinnen und (Fach-)Ärzte stehen für die allgemeine notfallmedizinische Grundversorgung zur Verfügung. Es ist sachgerecht und im Sinn der Regelungsabsicht des Gesetzgebers, dass ein fachärztlicher Notfalldienst nur dann als Pflichterfüllung gemäss Art. 30a Abs. 1 GesG anerkannt wird, wenn er den allgemeinen Notfalldienst erheblich entlastet: Dies war jedenfalls nach der bis Ende 2016 geltenden Praxis der Fall, wenn ein fachärztlicher Notfalldienst den allgemeinen ambulanten Notfalldienst als erste Anlaufstelle für die Bevölkerung weitgehend ersetzte, wie z.B. pädiatrische, gynäkologische oder psychiatrische Notfalldienste, welche bei entsprechenden gesundheitlichen Problemen von der Bevölkerung direkt aufgesucht werden. Im Unterschied dazu wird ein medizinischer Laie bei einem angiologischen oder gefässchirurgischen Notfall regelmässig zuerst den allgemeinen Notfalldienst aufsuchen, weil er selbst nicht in der Lage ist, die entsprechenden Symptome (vgl. dazu BA S. 5 f., 17 [act. 16]) medizinisch einzuordnen. In den meisten Fällen ist demnach zunächst eine Triage und Zuweisung durch diensthabende allgemeine Notfallärztinnen oder -ärzte erforderlich, was letztlich auch der Beschwerdegegner einräumt (vgl. seine Beschwerde an die GEF vom 8.6.2015 S. 9, wonach nur in 20 % der Fälle eine direkte Kontaktaufnahme durch Notfallpatientinnen und -patienten erfolgt, bzw. BA S. 12 [act. 16], wo die Direktkontakte auf «ca. ein Drittel des gesamten Patientenvolumens» beziffert werden). Es liegt somit auf der Hand, dass die Erstversorgung von Patientinnen und Patienten mit akuten angiologischen oder

gefässchirurgischen Problemen in der Regel zunächst über den all- gemeinen Notfalldienst erfolgt. Der Beschwerdeführer durfte daher ohne Recht zu verletzen dem angiologischen-gefässchirurgischen Notfalldienst des Beschwerdegegners eine erhebliche Entlastung des allgemeinen am- bulanten Notfalldiensts absprechen bzw. ihm die Anerkennung als Pflicht- erfüllung im Sinn von Art. 30a Abs. 1 GesG versagen.

### **E. 2.6.3**

Daran ändert nichts, dass der Beschwerdeführer seit 1. Januar 2017 den vom Beschwerdeführer geleisteten Notfalldienst «mutmasslich» als Erfüllung der Notfalldienstpflicht anerkennt (Stellungnahme vom 28.8.2017 S. 7 [act. 13]). Es sind – wie bereits dargelegt (vorne E. 2.6.1) – verschiedene, aus der Optik der Rechtskontrolle vertretbare Organisations- strukturen denkbar. Aus der Reglementsänderung per 1. Januar 2017, wel- che eine grosszügigere Anerkennung spezialärztlicher Notfalldienste mög- lich macht, kann nicht auf die Rechtswidrigkeit der bisherigen Anerken- nungspraxis geschlossen werden. Der Beschwerdeführer hat zudem auf- gezeigt, dass der Notfalldienst der ...gruppe erst seit 2017 in den allgemeinen ambulanten Notfalldienst in der Region ... eingebunden ist. Er hat damit gemäss eigenen Angaben seine Organisationsstruktur mit Blick auf die Bedürfnisse der Bevölkerung und die Anliegen und Möglichkeiten seiner Mitglieder angepasst (Stellungnahme vom 28.8.2017 S. 7 mit Verweis auf das neue NFD Reglement 2016 bzw. den entsprechenden

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2018, Nr. 100.2015.321U, Seite 24 Mehrheitsbeschluss seiner stimmberechtigten Vereinsmitglieder vom 12.12.2016 [act. 13 und 13A]). Dies ist ohne weiteres zulässig, ändert aber nichts daran, dass auch die bisherige Praxis keinen Anlass für ein korrigie- rendes Eingreifen durch die öffentliche Hand bot.

### **E. 2.7**

Die Beschwerde ist somit unter Aufhebung des angefochtenen Ent- scheids gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Es ist festzustellen, dass der Beschwerdegegner zwischen Januar 2011 und Dezember 2016 notfalldienstpflichtig war, er diese Pflicht jedoch (nach der aus der Optik der Rechtskontrolle nicht zu beanstandenden damaligen Praxis des Beschwer- deführers) nicht erfüllt hat. Betreffend den Zeitraum vor dem 1. Januar 2011 ist auf die Beschwerde nicht einzutreten, da der Beschwerdeführer insoweit kein schutzwürdiges Interesse an einer entsprechenden Feststel- lung hat (vorne E. 1.5 f.).

### **E. 3.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, den Be- schwerdeführer und den Beschwerdegegner je als zur Hälfte obsiegend bzw. unterliegend zu betrachten. – Die ausserordentlich lange Verfahrensdauer kann als besonderer Umstand bei der Kostenverlegung ausnahms- weise berücksichtigt werden (Art. 108 Abs. 1 und 3 VRPG). Hier besteht dazu indes kein Anlass: Beim Beschwerdeführer wurde der besondere Um- stand der ausserordentlich langen Verfahrensdauer bereits berücksichtigt, indem ausnahmsweise aus prozessökonomischen Gründen auf seinen Feststellungsantrag (teilweise) eingetreten wurde (vorne E. 1.4.7). Es ist daher nicht angezeigt, diesem Aspekt bei der Festsetzung seines Kosten- anteils ein zweites Mal Rechnung zu tragen. Beim Beschwerdegegner hat sich die lange Verfahrensdauer nicht nachteilig ausgewirkt, weshalb eine Berücksichtigung im Kostenpunkt ebenfalls nicht sachgerecht ist.

### **E. 3.2**

Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, festgesetzt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'000.--, sind demnach je zur Hälfte dem Beschwerdeführer und dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Entsprechend sind auch die Verfahrenskosten vor der GEF

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2018, Nr. 100.2015.321U, Seite 25 in der Höhe von Fr. 2'000.-- neu zu verlegen: Sie gehen je hälftig zu Lasten des Beschwerdeführers und des Beschwerdegegners.

### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführer und der Beschwerdegegner haben je Anspruch auf hälftigen Ersatz ihrer Parteikosten für das verwaltungsgerichtliche und das vorinstanzliche Verfahren (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG; vgl. zum Anspruch des Beschwerdeführers auch VGE 2015/246 vom 2.12.2016 E. 8.2).

### **E. 3.4**

Nach Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) bestimmt sich der Parteikostenersatz innerhalb des Rahmentarifs nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses, wobei das Honorar in Beschwerdeverfahren nach dem Tarif in Verwaltungsrechtssachen Fr. 400.-- bis Fr. 11'800.-- pro Instanz beträgt (Art. 41 Abs. 1 KAG i.V.m. Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes [Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811]).

### **E. 3.5**

Gestützt auf diese Rechtsgrundlagen sind die auf Seiten des Beschwerdeführers angefallenen Parteikosten wie folgt festzusetzen (Kostennote vom 5.6.2018): Der Rechtsvertreter macht für das Verfahren vor der GEF ein Honorar von Fr. 9'850.-- zuzüglich Auslagen von Fr. 344.75 und MWSt, insgesamt Fr. 11'010.35 geltend. Dieses Honorar erscheint mit Blick auf die massgebenden Bemessungskriterien überhöht, stellen sich in diesem Verfahrensabschnitt doch insbesondere keine komplexen verfahrensrechtlichen Fragen. Das Gericht erachtet einen Betrag von Fr. 7'800.-- für das erstinstanzliche Beschwerdeverfahren als angemessen. Zuzüglich Fr. 344.75 Auslagen und Fr. 651.60 MWSt sind die Parteikosten für das Verfahren vor der GEF somit auf Fr. 8'796.35 festzusetzen. Für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht weist der Rechtsvertreter ein Honorar von Fr. 8'875.-- zuzüglich Fr. 310.65 Auslagen und Fr. 734.85 MWSt, ausmachend total Fr. 9'920.50 aus. Dieses Honorar bewegt sich im Licht der massgebenden Bemessungskriterien am obersten Rand eines noch als angemessen zu beurteilenden Parteikostenersatzes, ist aber angesichts des zunächst auf die Beschwerdelegitimation beschränkten Verfahrens und den etwas aufwendigeren Schriftenwechsel gerade noch vertretbar.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2018, Nr. 100.2015.321U, Seite 26

### **E. 3.6**

Für die Höhe der auf Seiten des Beschwerdegegners angefallenen Parteikosten ergibt sich Folgendes (Kostennoten vom 21.8.2015 und 5.6.2018): Für das vorinstanzliche Verfahren ist der von der GEF als angemessen erachtete Betrag von Fr. 6'500.-- (inkl. Auslagen und

MWSt) nicht zu beanstanden (angefochtener Entscheid E. 5b S. 11 f.). Für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht weist der Rechtsvertreter ein Honorar von Fr. 11'800.-- zuzüglich Fr. 100.-- Auslagen und Fr. 952.-- MWSt, ausmachend total Fr. 12'852.-- aus. Dieser Betrag erscheint überhöht. Auch wenn zu berücksichtigen ist, dass der Schriftenwechsel durch die anfängliche Verfahrensbeschränkung auf die Frage nach der Beschwerde- legitimation etwas aufwendiger war, rechtfertigt dies nicht die volle Ausschöpfung des Rahmentarifs, zumal der Rechtsvertreter den Beschwerde- gegner bereits im vorinstanzlichen Verfahren vertreten hat und mit dem Prozessstoff vertraut war. Das Gericht erachtet mit Blick auf die massgebenden Bemessungskriterien ein Honorar von Fr. 8'500.-- für das verwaltungsgerichtliche Verfahren als angemessen. Zuzüglich Auslagen von Fr. 100.-- und Fr. 688.-- MWSt sind die Parteikosten des Beschwerdegegners somit auf Fr. 9'288.-- festzusetzen.

#### **E. 4**

a) Die Kosten für das Verfahren vor der Gesundheits- und Fürsorge- direktion des Kantons Bern in der Höhe von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer und dem Beschwerdegegner je zur Hälfte, ausmachend je Fr. 1'000.--, auferlegt. b) Der Beschwerdegegner hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern die Parteikosten, bestimmt auf insgesamt Fr. 8'796.35 (inkl. Auslagen und MWSt), zur Hälfte, ausmachend Fr. 4'398.20 (inkl. Auslagen und MWSt), zu ersetzen. c) Der Beschwerdeführer hat dem Beschwerdegegner für das Verfahren vor der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern die Parteikosten, bestimmt auf insgesamt Fr. 6'500.-- (inkl. Auslagen und

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2018, Nr. 100.2015.321U, Seite 28 MWSt), zur Hälfte, ausmachend Fr. 3'250.-- (inkl. Auslagen und MWSt), zu ersetzen.

#### **E. 5**

Zu eröffnen: - dem Beschwerdeführer - 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.