

Hardy Landolt*

Die Crux mit der Staatshaftung

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	90
II.	Anwendbarkeit der Staatshaftung für medizinische Dienstleistungen	92
	A. Persönlicher Geltungsbereich	92
	1. Staatliche Gesundheitsdienstleistungsbetriebe	92
	a) Eigener Gesundheitsbetrieb des Staates	92
	b) Verselbstständigter Gesundheitsbetrieb des Staates	92
	2. Private Gesundheitsdienstleistungsbetriebe	94
	a) Anwendbarkeit der Staatshaftung	94
	b) Anwendbarkeit der Kausalhaftung für private Gesundheitsbetriebe	96
	c) Fehlende gesetzliche Regelung	97
	B. Sachlicher Geltungsbereich	99
	1. Medizinische Dienstleistung: amtlicher oder gewerblicher Natur?	99
	2. Spitalbehandlung	103
	a) Allgemeines	103
	b) Behandlung von Privatpatienten	104
	3. Behandlung durch einen Belegarzt	105
III.	Haftungsrechtliche Besonderheiten	107
	A. Haftungsarten	107
	1. Organisationshaftung	107
	2. Ausfallhaftung	108
	a) Allgemeines	108
	b) Entschädigung für Impffolgeschäden	109
	3. Staatshaftung für rechtmässige Schädigung	109
	B. Haftungsvoraussetzungen	111
	1. Grundsatz der Identität der Haftungsvoraussetzungen	111
	2. Erfordernis einer wesentlichen Amtspflichtverletzung	111
	3. Verschuldenserfordernis beim immateriellen Schaden	112
	C. Zivilrecht als stellvertretendes Staatshaftungsrecht	114
	D. Sonstige Besonderheiten	114
IV.	Prozessuale Besonderheiten	115
	A. Staatshaftungsverfahren	115
	B. Keine adhäsionsweise Geltendmachung von Staatshaftungsansprüchen	116
	C. Besonderheiten im Rechtsmittelverfahren	116
	Literaturverzeichnis	117

* Prof. Dr. iur. LL.M., Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen für Sozial- und Privatversicherungsrecht sowie Haftpflichtrecht, Rechtsanwalt und Notar, Glarus.

I. Einleitung

Medizinische Dienstleistungen werden im Graubereich der privat- und öffentlich-rechtlichen Rechtsordnung vorgenommen. Nicht nur das eidgenössische, sondern auch das kantonale Gesundheitsrecht statuieren zahlreiche öffentlich-rechtliche Vorschriften, welche die Rechte und Pflichten von Leistungserbringern medizinischer Dienstleistungen oder der Dienstleistungsempfänger – der Patienten, sofern eine Behandlungsbedürftigkeit besteht – regeln¹. Dieselbe Dichotomie zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht besteht mit Bezug auf die Finanzierung von medizinischen Dienstleistungen.

Bund und Kantone sind verpflichtet, in Ergänzung zur persönlichen Verantwortung und privater Initiative dafür zu sorgen, dass jede Person die für ihre sind eine notwendige Pflege erhält². Zudem haben Bund und Kantone sich dafür einzusetzen, dass jede Person gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität, Krankheit, Unfall sowie Mutterschaft gesichert ist³. Die Umsetzung dieser Staatsziele erfolgt zunächst dadurch, dass das Gemeinwesen selber medizinische Dienstleistungen anbietet. Die staatlichen Anbieter von medizinischen Dienstleistungen sind entweder Teil des Verwaltungsvermögens oder als selbstständige Dienstleister öffentlich- oder privatrechtlich organisiert und vom jeweiligen Gemeinwesen vollständig finanziert.

Der Staat gewährt sodann in Ergänzung zum eigenen Versorgungsangebot Versicherungsleistungen im Rahmen der obligatorischen Heilungskostenversicherung, welche es den versicherten Personen ermöglichen, medizinische Dienstleistungen in Anspruch nehmen zu können, oder bezahlt privaten Leistungserbringern Subventionen, damit diese bestimmte medizinische Dienstleistungen – anstelle des Staates – anbieten⁴. Alle diese verschiedenen Verflechtungen münden in der Frage, wer das Haftungsrisiko trägt, wenn im Zusammenhang mit der Ausführung von medizinischen Dienstleistungen Schäden entstehen. Nach den grundsätzlichen Haftungsregeln trägt grundsätzlich der Schadenverursacher das Haftungsrisiko⁵.

¹ Siehe betreffend die Gesundheitsrechtserlasse des Bundes <www.admin.ch/-opc/de/classified-compilation/81.html#81>, besucht am 12.09.2019.

² Vgl. Art. 41 Abs. 1 lit. b BV.

³ Vgl. Art. 41 Abs. 2 BV.

⁴ Vgl. z.B. Art. 25a Abs. 5 KVG (Pflegekostenfinanzierung) und Art. 49a Abs. 1 und 2^{bis} KVG (Spitalkostenfinanzierung).

⁵ Vgl. Art. 41 Abs. 1 OR.

Die Crux mit der Staatshaftung

Anknüpfungspunkt für die Haftung ist folglich die Person des Dienstleistungserbringers. Verursacht eine medizinische Dienstleistung einen Schaden, ist in aller Regel klar, welcher Arzt oder welche Pflegefachperson die schädigende Handlung vorgenommen hat. Entsprechend trägt der handelnde Arzt oder die handelnde Pflegefachperson das Haftungsrisiko. Als Folge der Geschäftsherrenhaftung⁶ haftet der juristische Träger, welche dem Arzt oder der Pflegefachperson die Ausübung der medizinischen Dienstleistung übertragen hat, ebenfalls für den verursachten Schaden. Wurde die medizinische Dienstleistung anstelle des Staates erbracht und/oder von diesem mitfinanziert, stellt sich die berechtigte Frage, ob nicht auch der Staat mithaften oder sogar das gesamte Haftungsrisiko tragen soll.

Der Gesetzgeber erlaubt in Art. 61 Abs. 1 OR dem Bund und den Kantonen, eine eigene Haftungsordnung aufzustellen, wenn Beamte oder Angestellte des Staates in Ausübung ihrer «amtlichen Verrichtungen» Schaden verursachen. Bei diesem Gesetzgebungsvorbehalt handelt es sich um einen unechten Vorbehalt, weil die Haftungsordnung des Obligationenrechts anwendbar bleibt, wenn der Bund oder die Kantone von ihrer Möglichkeit, eine eigene Haftungsordnung zu erlassen, keinen Gebrauch gemacht haben⁷. Sowohl der Bund als auch die Kantone haben eigene Staatshaftungsgesetze erlassen. In der Regel wird eine ausschliessliche Kausalhaftung des Staates für schadenstiftendes Verhalten von Personen, welche für den Staat gehandelt haben, vorgesehen⁸.

Die Abgrenzung zwischen der privatrechtlichen Haftungsordnung und der öffentlich-rechtlichen Haftungsordnung im Zusammenhang mit Schäden, welche im Zusammenhang mit der Erbringung medizinischer Dienstleistungen verursacht worden sind, ist in mehrfacher Hinsicht komplex. Der vorliegende Beitrag widmet sich dieser Problematik und befasst sich den (un)geklärten oder widersprüchlich beantworteten Fragen. Gewiss ist es im Rahmen eines Tagungsbeitrages, der letztlich den Inhalt eines Referates wiedergeben soll, nicht möglich, eine umfassende Abhandlung zu bieten. Insoweit ist bereits an dieser Stelle auf das ergänzende Literaturverzeichnis im Anhang hinzuweisen.

⁶ Vgl. Art. 55 ZGB sowie Art. 55 und 101 OR.

⁷ Vgl. Art. 61 Abs. 2 OR und statt vieler BGE 122 III 101 = Pra 1996 Nr. 188 E. 2a/bb.

⁸ Siehe dazu PRIBNOW/KEUSCH, 457 ff.

II. Anwendbarkeit der Staatshaftung für medizinische Dienstleistungen

A. Persönlicher Geltungsbereich

1. Staatliche Gesundheitsdienstleistungsbetriebe

a) *Eigener Gesundheitsbetrieb des Staates*

Nach dem Gesetzeswortlaut von Art. 61 Abs. 1 OR sind die Kantone nur dann berechtigt, eine eigene Haftungsordnung zu erlassen, wenn ein «öffentlicher Beamter» oder ein «öffentlicher Angestellter» den Schaden verursacht hat. Das kantonale Staatshaftungsgesetz ist folglich anwendbar, wenn medizinische Dienstleistungen in unselbstständigen staatlichen Gesundheitsbetrieben erbracht werden⁹. Wird ein Gesundheitsbetrieb von einer Gemeinde oder von einem kommunalen Zweckverband geführt, ist mitunter kommunales Verantwortlichkeitsrecht anwendbar¹⁰.

b) *Verselbstständigter Gesundheitsbetrieb des Staates*

Der aus dem Jahr 1911 stammende Wortlaut legt an sich nahe, dass das Gemeinwesen nur dann eine eigene Haftungsordnung vorsehen kann, wenn es medizinische Dienstleistungen durch eigenes Staatspersonal, etwa einen Amtsarzt, oder durch organisatorisch nicht verselbstständigte Gesundheitsbetriebe des Verwaltungsvermögens, beispielsweise ein kantonseigenes Spital bzw. gemeindeeigenes Alters- und Pflegeheim, erbringt.

Das Gemeinwesen hat schon vor der Einführung einer obligatorischen Heilungskostenversicherung im Jahr 1996 für die gesamte Wohnbevölkerung durch das Inkrafttreten des KVG und der Anerkennung von privaten Leistungserbringern¹¹ medizinische Dienstleistungen im Rahmen von organisatorisch verselbstständigten Gesundheitsbetrieben erbracht und einen Teil der Gesundheitsversorgung bzw. andere Staatsaufgaben auf private Dienstleistungserbringer übertragen¹². Der Kanton ist auch im Geltungsbereich der obligatorischen Heilungskostenversicherung

⁹ Vgl. z.B. BGE 111 II 149 E. 3 (Universitätsspital Zürich als unselbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt des Kantons Zürich).

¹⁰ Vgl. BVR 1991, 462 ff.

¹¹ Vgl. Art. 39 ff. KVG.

¹² Siehe dazu GÄCHTER, 195 ff.; WIEGAND/WICHTERMANN, 1 ff.; ZENGER, 257 ff.; weiterführend dazu SCHÄRER und BOSCHUNG.

Die Crux mit der Staatshaftung

verpflichtet, im Rahmen der Spital- und Pflegeheimplanung private Gesundheitsbetriebe angemessen in die Planung einzubeziehen und diesen Leistungsaufträge zu erteilen¹³.

Medizinische Dienstleistungen werden folglich nicht mehr nur von Beamten und Angestellten öffentlicher Gesundheitsbetriebe erbracht. Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung ist klärungsbedürftig, ob das Staatshaftungsrecht auch für organisatorisch verselbständigte Gesundheitsbetriebe des Staates (mit öffentlich- oder privatrechtlicher Rechtsform) und private Gesundheitsbetriebe, welche einen staatlichen Versorgungsauftrag erfüllen oder staatliche Finanzmittel erhalten, weil sie medizinische Dienstleistungen anstelle des Staates erbringen, anwendbar ist. Das Bundesgericht betont im Zusammenhang mit Art. 61 Abs. 1 OR die grundsätzliche Freiheit des Bundes und der Kantone, den persönlichen Geltungsbereich des Staatshaftungsrechts zu bestimmen. In den Urteilen, in welchen die Unterstellungsfreiheit betont wird, erwähnen die Bundesrichter gleichzeitig, dass sich diese auf die «öffentlichen» Gesundheitsbetriebe beziehen würde¹⁴, ohne aber zu präzisieren, was genau unter einem öffentlichen Gesundheitsbetrieb zu verstehen ist.

Das Staatshaftungsrecht wird auch für organisatorisch verselbständigte Gesundheitsbetriebe des Staates anerkannt. Auf Bundesebene ist beispielsweise das Verantwortlichkeitsgesetz ebenfalls für das organisatorisch verselbständigte Institut Swissmedic anwendbar¹⁵. Die besondere Staatshaftung von Art. 78 ATSG gilt sodann für sämtliche Durchführungsorgane oder einzelne Funktionäre von Sozialversicherungsträgern, wozu beispielsweise die Kreisärzte der Suva oder der regionalärztliche Dienst der Invalidenversicherung zählen¹⁶. Unklarheiten bestehen in Bezug auf medizinische Gutachten, welche im Auftrag der Sozialversicherungsträger von externen Ärzten bzw. Institutionen erbracht werden¹⁷. KIESER vertritt etwa die Auffassung, dass die MEDAS-Gutachterstellen keine Durchführungsorgane seien, weshalb ein Staatshaftungsanspruch gemäss Art. 78 ATSG entfalle¹⁸. Das Bundesgericht wertet die Gutachtertätigkeit der MEDAS-Gutachterstellen aber als öffentliche Aufgabe¹⁹.

¹³ Vgl. Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG.

¹⁴ Vgl. BGE 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2.

¹⁵ Vgl. Art. 80 HMG.

¹⁶ Siehe dazu Urteil des BGer 8C_510/2007 vom 3. Oktober 2008 E. 5.

¹⁷ Ablehnend das Urteil des Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich IV.2017.01029 vom 29. März 2018 E. 2.3.

¹⁸ Vgl. KIESER, Rz. 54 zu Art. 78.

¹⁹ Vgl. BGE 137 V 210 E. 2.4.3.

Das kantonale Staatshaftungsrecht ist ebenfalls auf organisatorisch verselbstständigte medizinische Dienstleistungserbringer, insbesondere Universitäts-²⁰, Kantons-²¹ und Regionalspitäler²² sowie interkantonale Spitäler²³, anwendbar. Die Anwendbarkeit des kantonalen Staatshaftungsrechts ist bei einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform unbestritten. So etwa gilt das Zürcher Haftungsgesetz für das öffentlich-rechtlich organisierte Spital Zimmerberg²⁴. Das öffentlich-rechtlich organisierte Kreisspital Brig untersteht ebenfalls dem kantonalen Staatsrecht²⁵. Vereinzelt schränken die kantonalen Staatshaftungsgesetze den persönlichen Geltungsbereich auf staatseigene Gesundheitsbetriebe ein und schliessen staatliche Gesundheitsbetriebe mit selbstständiger Rechtspersönlichkeit explizit von der Anwendung des Verantwortlichkeitsgesetzes aus²⁶.

2. Private Gesundheitsdienstleistungsbetriebe

a) Anwendbarkeit der Staatshaftung

Das kantonale Staatshaftungsrecht wird mitunter auch trotz einer privatrechtlichen Organisationsform bzw. einer Auslagerung von staatlichen Aufgaben auf Privatpersonen²⁷ bejaht. Das öffentliche Recht und damit auch das Staatshaftungsrecht ist beispielsweise auf die psychiatrische Klinik Schlössli (ein Zürcher Regionalspital für psychiatrische Behandlung)²⁸, das als privatrechtliche Stiftung organi-

²⁰ Vgl. BGE 135 II 329 = Pra 2009 Nr. 137 E. 1.1.

²¹ Siehe z.B. Urteil des BGer 4A_48/2010 vom 9. Juli 2010 E 1.1 und Art. 17 Verordnung über das Kantonsspital Glarus (Spitalverordnung, SpitalV) vom 18. August 2010, wonach die Kantonsspital Glarus AG dem kantonalen Staatshaftungsrecht unterstellt ist.

²² Das Kantonsgericht Schwyz hat im Jahre 2001 erwogen, dass ärztliches Handeln in den Regionalspitäler des Kantons Schwyz keine hoheitliche Verrichtung darstelle und die spitalärztliche Tätigkeit daher vom Anwendungsbereich des Kantonalen Staatshaftungsgesetzes ausgenommen sei (vgl. Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz EGVSZ 2001 vom 31. Oktober 2001, 142 ff.).

²³ Vgl. BGE 139 III 252 = Pra 2013 Nr. 95 E. 1.2.

²⁴ Vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG 070127 vom 9. November 2007 E. III/2.

²⁵ Vgl. Urteil des BGer 1C_33/2007 vom 21. April 2008 E. 4.4.

²⁶ § 4 des früheren Haftungsgesetzes des Kantons Aargau vom 21. Dezember 1939 schloss die Anwendbarkeit des kantonalen Staatshaftungsrechts aus, während § 3 des aktuell in Kraft befindlichen Haftungsgesetzes vom 24. März 2009 die Staatshaftung für sämtliche Organisationen des öffentlichen Rechts vorsieht. Gemäss § 12 des Spitalgesetzes vom 25. Februar 2003 ist jedoch das Privatrecht für die Rechtsbeziehungen zwischen den Spitalaktiengesellschaften und privaten Dritten anwendbar, sofern nicht hoheitliche Tätigkeiten betroffen sind.

²⁷ Gemäss Art. 3 Abs. 2 Haftungsgesetz des Kantons Obwalden vom 24. September 1989 haftet das Gemeinwesen, wenn es die Erfüllung einer hoheitlichen Aufgabe an Private übertragen hat.

²⁸ Vgl. BGE 122 I 153 E. 2.

Die Crux mit der Staatshaftung

sierte Inselspital Bern, dessen Hauptträger der Kanton Bern ist²⁹, und die als Aktiengesellschaft konstituierten Solothurner Spitäler³⁰ anwendbar. Für eine privatrechtlich als Stiftung organisierte Augenklinik demgegenüber gilt die privatrechtliche Haftungsordnung³¹. Vom Bundesgericht offengelassen wurde unlängst, ob das Staatshaftungsrecht des Kantons Aargau auf eine Behandlung (Operation im Bereich des Hodens wegen eines Wasserbruchs sowie eines Narbenbruchs) in der Kantonsspital Aarau AG anwendbar sei, weil auf die Beschwerde ohnehin nicht hat eingetreten werden können³².

Den erwähnten Entscheiden lassen sich keine klaren Kriterien entnehmen, um die Anwendbarkeit des kantonalen Staatshaftungsrechtes eindeutig bestimmen zu können. Je nach dem Gusto des zuständigen Gerichts wird entweder auf die Natur der Rechtsform, das Ausmass der staatlichen Beteiligung³³ oder darauf abgestellt, ob und inwieweit der fragliche Gesundheitsbetrieb einen Leistungsauftrag im Rahmen der obligatorischen Heilungskostenversicherung erfüllt oder andere medizinische Dienstleistungen erbringt, die eigentlich das Gemeinwesen erbringen sollte. In der Lehre wird der Umstand, dass keine klaren Kriterien für die Beurteilung der Anwendbarkeit des kantonalen Staatshaftungsrechts bestehen, bereits seit Jahrzehnten und zunehmend kritisiert³⁴.

Es wird zur Vereinfachung vorgeschlagen, medizinische Dienstleistungen, unabhängig davon, ob sie im Rahmen einer staatlichen Versorgungspflicht erfolgen, generell der privaten Haftungsordnung zu unterstellen³⁵, oder das kantonale Staatshaftungsrecht integral auf solche Gesundheitsbetriebe anzuwenden, welche medizinischen Dienstleistungen gestützt auf eine Leistungsvereinbarung mit dem Gemeinwesen, beispielsweise einen Leistungsauftrag gemäss KVG, erbringen³⁶. Insoweit würde das Staatshaftungsrecht für sämtliche Leistungserbringer gelten, welche zulasten der obligatorischen Heilungskostenversicherung gemäss KVG,

²⁹ Vgl. Urteil des BGer 4P.244/2005 vom 6. Februar 2006 E. 2 und 4P.67/2000 vom 31. August 2000 E. 1 sowie BVR 2012, 252 E. 1.

³⁰ Vgl. Urteile des BGer 4A_100/2014 vom 24. Juli 2014 E. 1; 4A_232/2010 vom 19. Juli 2010 E. 1; 4A_98/2010 vom 21. April 2010 E. 1.1; 4A_12/2008 vom 14. März 2008 E. 2 und 5.3; 4A_323/2007 vom 24. Oktober 2007 E. 1.1.1; und 4D_22/2007 vom 16. Juli 2007 E. 2.4.; ferner BERGER, 191 ff.

³¹ Vgl. Urteil des BGer 6B_511/2018 vom 25. Juli 2018 E. 1.2.

³² Vgl. Urteil des BGer 6B/1126/2017 vom 27. April 2018 E. 1.

³³ Bei einer Beteiligungsquote von 70% wird die Anwendbarkeit des Staatshaftungsgesetzes etwa für den Kanton Aargau befürwortet (vgl. RÜSSELI, 686).

³⁴ Statt vieler SCHMID, 91 ff.; GROSS/PRIBNOW, Rz. 108 ff.; GUILLOD, 231 ff.; MEIER, 468 ff.; PRIBNOW/KEUSCH, 457 ff.; STEINER, 101 ff., 102 ff. und 115 ff.; HOFER/SCHMID-GEENE, 196 ff.; VAN GESSEL/GUILLOD, 420 ff.; weiterführend dazu BORGHI/GUILLOD et al.

³⁵ So z.B. GUILLOD, 231 ff.; und MEIER, 474.

³⁶ So z.B. GROSS/PRIBNOW, Rz. 140 ff.

UVG, IVG oder MVG abzurechnen berechtigt sind, und zwar unabhängig davon, ob sie obligatorische oder freiwillig³⁷ versicherte Dienstleistungen erbringen.

Das Kriterium, die Staatshaftung bei einer Tätigkeit eine Privatperson im Rahmen eines staatlichen Leistungsauftrages anzuwenden, ist gegenüber anderen Abgrenzungskriterien, insbesondere der Rechtsform des Gesundheitsbetriebes oder der Rechtsnatur des Dienstleistungsverhältnisses, vorzuziehen, führt letztlich aber zu einer ungleichen Rechtsanwendung. Werden die medizinischen Dienstleistungen in Ergänzung und nicht anstelle des Staates erbracht, bestünde weiterhin ein Dualismus zwischen der privaten und staatlichen Haftungsordnung. Es wäre deshalb folgerichtig, die Erbringung von medizinischen Dienstleistungen generell aus dem Anwendungsbereich der Staatshaftung auszuschliessen und die privatrechtliche Haftung anzuwenden.

Der gescheiterte Entwurf einer Totalrevision des Haftpflichtrechts hat diese Lösung vorgeschlagen. Die Literatur hat den Vorschlag begrüsst³⁸, aber zutreffend darauf hingewiesen, dass die Unterstellung zu einer Verschlechterung der Rechtsposition von geschädigten Patienten führen würde, weil die Verschuldenshaftung anwendbar wäre und der geschädigte Patient einen allfälligen Schadenersatzprozess vorfinanzieren müsste³⁹. Die Lösung einer einheitlichen Anwendung der privatrechtlichen Haftungsordnung für medizinische Dienstleistungen führt deshalb letztlich in eine Sackgasse. Die Rechtsposition der geschädigten Patienten sollte nicht zusätzlich verschlechtert, sondern verbessert werden. Es wäre deshalb Aufgabe des Gesetzgebers, die Haftung für medizinische Dienstleistungen zu regeln und auf die besondere Situation von geschädigten Patienten – auch im Bereich rechtlicher Hinsicht – Rücksicht zu nehmen.

b) Anwendbarkeit der Kausalhaftung für private Gesundheitsbetriebe

Die kantonalen Gesetzgeber folgen dem Trend, die Haftung für medizinische Dienstleistungen zu privatisieren. Nicht nur werden ehemals staatliche Gesundheitsbetriebe des Verwaltungsvermögens organisatorisch verselbstständigt, sondern es wird auch die Haftung der privaten Gesundheitsbetriebe, welche anstelle des Staates medizinische Dienstleistungen erbringen, «verstaatlicht». Gewisse Kantone sind in jüngster Zeit dazu übergegangen, die Haftungsgrundsätze des kantonalen Staatshaftungsrechtes für private Gesundheitsbetriebe als anwendbar

³⁷ Siehe dazu Art. 12 KVG.

³⁸ Vgl. z.B. VAN GESSEL/GUILLOD, 420 ff.

³⁹ So z.B. HOFER/SCHMID-GEENE, 201.

zu erklären, sofern und soweit diese «öffentliche Aufgaben»⁴⁰ bzw. medizinische Dienstleistungen im Rahmen der spitalexternen Grundversorgung gestützt auf eine Leistungsvereinbarung mit dem Gemeinwesen erbringen⁴¹.

Anderc Kantone sehen lediglich – wie der Bund in Art. 19 Abs. 1 VG – eine subsidiäre Anwendbarkeit der Staatshaftung für ungedeckte Schäden vor⁴². Der Kanton Aargau hält in § 1 Abs. 2 Haftungsgesetz vom 24. März 2019 fest, dass Private, die vom Gemeinwesen übertragene öffentliche Aufgaben erfüllen, für dabei verursachte Schäden mit ihrem Vermögen haften, ohne festzuhalten, ob und inwieweit die Haftungsgrundsätze des kantonalen Staatshaftungsrechts anwendbar sind.

c) **Fehlende gesetzliche Regelung**

Nicht wenige Kantone thematisieren die Haftungsproblematik im Zusammenhang mit der Auslagerung von staatlichen Aufgaben, insbesondere von medizinischen Dienstleistungen, auf private Leistungserbringer nicht⁴³. Als Folge des Fehlens einer gesetzlichen Regelung übernehmen die privaten Dienstleistungserbringer das Haftungsrisiko des Staates, obwohl sie eine staatliche Aufgabe erfüllen, und werden die davon betroffenen Personen in einem Haftungsfall benachteiligt, wenn die Verschuldens- statt der Kausalhaftung anwendbar ist.

Mitunter wird im Zusammenhang mit der Auslagerung der staatlichen Aufgaben partiell das kantonale Staatshaftungsrecht für anwendbar erklärt, so beispielsweise für die Spitäler im Kanton St. Gallen⁴⁴, oder im Rahmen des Bewilligungsverfahrens die Auflage gemacht, dass der private Gesundheitsbetrieb eine der Art und

⁴⁰ Vgl. Art. 4a Abs. 1 Haftungsgesetz des Kantons Zürich vom 14. September 1969 (Fassung vom 11. Februar 2008).

⁴¹ Vgl. Art. 19 Abs. 1 Gesetz über das Gesundheitswesen (Gesundheitsgesetz, GesG) des Kantons Glarus vom 6. Mai 2007.

⁴² Vgl. z.B. § 5a Haftungsgesetz (HG) des Kantons Luzern vom 13. September 1988, Art. 2 Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behördenmitglieder und Arbeitnehmer (Haftungsgesetz) des Kantons Schaffhausen vom 23. September 1985 und Art. 2a Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behördenmitglieder und Arbeitnehmer (Haftungsgesetz) des Kantons Uri vom 23. September 1985.

⁴³ Siehe z.B. Gesetz über die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten und die Verantwortlichkeit der Behörden und öffentlichen Angestellten (Verantwortlichkeitsgesetz) des Kantons St. Gallen vom 7. Dezember 1959, Gesetz über die Verantwortlichkeit (Verantwortlichkeitsgesetz) des Kantons Thurgau vom 14. Februar 1979 (siehe jedoch § 27 Abs. 5 Gesetz über das Gesundheitswesen [Gesundheitsgesetz] vom 3. Dezember 2014, wonach das Privatrecht für die Rechtsbeziehungen zwischen den Spital-Aktiengesellschaften und privaten Dritten anwendbar ist) und Gesetz über die Verantwortlichkeit der Gemeinwesen, Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) des Kantons Zug vom 1. Februar 1979.

⁴⁴ Vgl. z.B. Art. 36 Abs. 1 lit. a Statut der Spitalverbunde des Kantons St. Gallen vom 11. Mai 2006.

dem Risiko der geplanten Dienstleistungstätigkeit angemessene Betriebshaftpflichtversicherung abzuschliessen hat bzw. vorweisen muss⁴⁵.

Die Auslagerung von medizinischen Tätigkeiten auf private Dienstleister, deren Erbringung eigentlich Aufgabe des Gemeinwesens wäre, birgt schliesslich die Gefahr von Versorgungsengpässen in sich. Zwar kann im Rahmen einer Leistungsvereinbarung zwischen dem Gemeinwesen und dem privaten Gesundheitsbetrieb eine Versorgungspflicht statuiert werden, doch ist damit letztlich auch keine vollständige Verfügbarkeit von medizinischen Dienstleistungen garantiert. Vor allem im ambulanten Bereich, insbesondere bei Pflegeleistungen, besteht eine heterogene Versorgungsdichte. Bei den Spitex-Leistungen reicht die Spannbreite von 1,1 bis 3,6 Vollzeitstellen pro 1000 Einwohner (siehe nachfolgende Tabelle).

Tabelle 5.3 der Spitex-Statistik (Vollzeitstellen pro 1'000 Einwohner/innen, nach Kanton 2010)⁴⁶

Kanton	Vollzeitstellen pro 1 000 Einwohner/innen	Kanton	Vollzeitstellen pro 1 000 Einwohner/innen
Zürich	1.7	Appenzell A.Rh.	1.4
Bern	2.3	Appenzell I.Rh.	1.2
Luzern	1.5	St. Gallen	1.4
Uri	1.5	Graubünden	1.9
Schwyz	1.2	Aargau	1.1
Obwalden	1.5	Thurgau	1.5

⁴⁵ Vgl. z.B. § 9 Abs. 2^{bis} lit. a und § 33 Abs. 1 lit. h Verordnung über die Berufe, Organisationen und Betriebe im Gesundheitswesen (VBOB) des Kantons Aargau vom 11. November 2009 sowie Art. 6 Abs. 2 lit. f Verordnung über den Betrieb privater Einrichtungen der Gesundheitspflege des Kantons St. Gallen vom 21. Juni 2011, Art. 7 Abs. 2 lit. e Verordnung über die Ausübung der medizinischen Berufe des Kantons St. Gallen vom 21. Juni 2011 und Art. 8 Abs. 2 lit. e Verordnung über die Ausübung von Berufen der Gesundheitspflege des Kantons St. Gallen vom 21. Juni 2011.

⁴⁶ Siehe <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kataloge-datenbanken/tabellen.assetdetail.262492.html>>, besucht am 12.09.2019.

Nidwalden	1.1	Tessin	2.2
Glarus	1.1	Waadt	3.1
Zug	1.6	Wallis	1.9
Freiburg	1.4	Neuenburg	2.2
Solothurn	1.7	Genf	3.6
Basel-Stadt	3.3	Jura	3.1
Basel-Landsch.	1.7	Schweiz, 2010	2.0
Schaffhausen	1.6	Schweiz, 2009	1.7

Allfällige Versorgungsengpässe haben mitunter zur Folge, dass nach Bundesrecht versicherte Leistungen oder andere im kantonalen Gesundheitsrecht als staatliche Aufgabe bezeichnete medizinische Dienstleistungen nicht flächendeckend oder nicht während 24 Stunden verfügbar sind⁴⁷. In einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob das versorgungspflichtige Gemeinwesen für den Versorgungsengpass haftet. Der Kanton Zürich löst die Problematik von allfälligen Pflegeversorgungsengpässen etwa auf die Weise, dass er die versorgungspflichtige Gemeinde verpflichtet, innert angemessener Frist einen Leistungserbringer zu vermitteln, sofern pflegebedürftige Personen durch die von der Gemeinde beauftragten privaten Leistungserbringer nicht versorgt werden können⁴⁸.

B. Sachlicher Geltungsbereich

1. Medizinische Dienstleistung: amtlicher oder gewerblicher Natur?

Ob und inwieweit Bund und Kantone berechtigt sind, für medizinische Dienstleistungen eine eigene Haftungsordnung vorzusehen, beurteilt sich nach dem

⁴⁷ Vgl. dazu LANDOLT, Pflegerecht - Pflegewissenschaft, 3.

⁴⁸ Vgl. § 6 Pflegegesetz des Kantons Zürich vom 27. September 2010.

Kriterium, ob die schadenverursachende medizinische Dienstleistung amtlicher oder gewerblicher Natur ist. Für gewerbliche medizinische Dienstleistungen gilt die Haftungsordnung des Obligationenrechts⁴⁹ uneingeschränkt, während für amtliche medizinische Dienstleistungen eine eigene Haftungsordnung statuiert werden darf, aber nicht muss. Als gewerbliche Staatstätigkeit gelten Tätigkeiten, die nicht hoheitlicher Natur sind und vom Staat nur ausgeübt werden, um Einnahmen zu erzielen⁵⁰. Als gewerblich gilt beispielsweise der Betrieb eines Schwimmbades⁵¹. Eine amtliche Tätigkeit liegt demgegenüber im Zusammenhang mit dem Betrieb eines landwirtschaftlichen Instituts vor⁵².

Die medizinischen Dienstleistungen, die der Kanton⁵³ sicherzustellen hat, umfassen nicht nur ärztliche Dienstleistungen in- und ausserhalb eines Spitals, sondern auch Pflegeleistungen und weitere medizinische Dienstleistungen, beispielsweise Ernährungsberatung⁵⁴, medizinische Massage⁵⁵, Podologie⁵⁶ etc., für die das kantonale Gesundheitsrecht eine Bewilligungspflicht statuiert oder die es zumindest als Staatsaufgabe bezeichnet. Im Kanton Zürich beispielweise bezeichnet das Gesundheitsgesetz folgende Dienstleistungen als Aufgabe des Kantons bzw. der Gemeinden:

⁴⁹ Zur Haftungsordnung des Obligationenrechts zählt dabei nicht nur die Deliktshaftung gemäss Art. 41 ff. OR gemäss dem zweiten Abschnitt des ersten Titels der ersten Abteilung des Obligationenrechts, sondern auch für die vertragliche Haftung, welche im zweiten Abschnitt des zweiten Titels der ersten Abteilung des Obligationenrechts in allgemeiner und im dreizehnten Titel der zweiten Abteilung des Obligationenrechts spezifisch für Auftragsverhältnisse, im Rahmen derselben medizinische Dienstleistungen erbracht werden, geregelt ist. Siehe Art. 99 Abs. 3 OR.

⁵⁰ Vgl. BGE 126 III 370 E. 7b.

⁵¹ Vgl. BGE 113 II 424 = Pra 1988 Nr. 109 E. 1a

⁵² Vgl. BGE 128 II 70 = Pra 2002 Nr. 56 E. 1a.

⁵³ Der Bund ist grundsätzlich nicht für die Gesundheitsversorgung zuständig. Lediglich im Rahmen des Armeebetriebs werden medizinische Dienstleistungen unter der Verantwortung des Bundes erbracht (siehe dazu LANDOLT/HERZOG-ZWITTER, Rz. 206 ff.).

⁵⁴ Vgl. § 30 Abs. 1 lit. b Gesundheitsgesetz (GesG) des Kantons Basel-Stadt vom 21. September 2011, § 27 Gesundheitsverordnung (GesV) des Kantons Schwyz vom 23. Dezember 2003 und § 2 lit. e VO über die nichtuniversitären Medizinalberufe (nuMedBV) des Kantons Zürich vom 24. November 2010.

⁵⁵ Vgl. § 30 Abs. 1 lit. b Gesundheitsgesetz (GesG) des Kantons Basel-Stadt vom 21. September 2011, Art. 1 lit. j VO über die Pflegeleistungserbringer (PLV) des Kantons Freiburg vom 9. März 2010 und § 27 Gesundheitsverordnung (GesV) des Kantons Schwyz vom 23. Dezember 2003.

⁵⁶ Siehe z.B. § 23 VO über die Berufe, Organisationen und Betriebe im Gesundheitswesen (VBOB) des Kantons Aargau vom 11. November 2009, Art. 32 f. Règlement sur les professions de la santé (RPS) des Kanton Genf vom 22. August 2006, §§ 59 f. Vollzugsverordnung zum Gesundheitsgesetz des Kantons Solothurn vom 28. Juni 1999 und § 2 lit. I VO über die nichtuniversitären Medizinalberufe (nuMedBV) des Kantons Zürich vom 24. November 2010.

Die Crux mit der Staatshaftung

- Organisation der Notfalldienste⁵⁷;
- Subventionierung von Schulen, die nicht ärztliches Gesundheitspersonal ausbilden⁵⁸;
- Förderung der Weiterbildung in Berufen des Gesundheitswesens⁵⁹;
- Unterstützung von Massnahmen zur Verbesserung der Gesundheit der Bevölkerung (Gesundheitsförderung) und zur Verhütung, Früherkennung und Früherfassung von Krankheiten (Prävention)⁶⁰;
- Bekämpfung des Suchtmittelmissbrauchs⁶¹;
- Verhütung von Krankheiten und Förderung der Gesundheit von Schülern der Volks-, Mittel- und Berufsschulen⁶² und
- Bereitstellung von genügend Grabplätzen für Erd- und Urnenbestattungen⁶³.

Für die Annahme einer Staatsaufgabe genügt es nicht, dass die medizinische Dienstleistung, welche in Frage steht, im öffentlichen Interesse liegt. Privatpersonen sind nicht nur eigennützig, sondern auch gemeinnützig tätig, während der Staat verpflichtet ist, nicht nur im öffentlichen Interesse, sondern auch verhältnismässig zu handeln⁶⁴. Die Rechtsnatur des Dienstleistungsverhältnisses zwischen dem medizinischen Dienstleistungserbringer und dem Klienten, die Rechtsform des Gesundheitsbetriebs, das Erfordernis einer Berufsausübungs- oder Betriebsbewilligung, der Umstand, ob die erbrachte medizinische Dienstleistung im Rahmen der obligatorischen Heilungskostenversicherung erbracht wurde, der Versichererstatus des Klienten, der Erhalt von Subventionen und die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Schadensverursacher und dem Gesundheitsbetrieb sind je für sich genommen ebenfalls ungeeignete Kriterien, um zu entscheiden, ob eine Staatsaufgabe vorliegt und ob diese gewerblich oder amtlich bzw. hoheitlich i.S.v. Art. 61 OR ist⁶⁵.

⁵⁷ Vgl. § 17 Abs. 2 Gesundheitsgesetz (GesG) des Kantons Zürich vom 2. April 2007.

⁵⁸ Vgl. § 20a Abs. 1 Gesundheitsgesetz (GesG) des Kantons Zürich vom 2. April 2007.

⁵⁹ Vgl. § 21 Gesundheitsgesetz (GesG) des Kantons Zürich vom 2. April 2007.

⁶⁰ Vgl. § 46 Abs. 1 Gesundheitsgesetz (GesG) des Kantons Zürich vom 2. April 2007.

⁶¹ Vgl. § 48 Abs. 1 Gesundheitsgesetz (GesG) des Kantons Zürich vom 2. April 2007.

⁶² Vgl. § 49 Abs. 1 und § 50 f. Gesundheitsgesetz (GesG) des Kantons Zürich vom 2. April 2007.

⁶³ Vgl. § 57 Gesundheitsgesetz (GesG) des Kantons Zürich vom 2. April 2007.

⁶⁴ Vgl. Art. 5 Abs. 2 BV.

⁶⁵ Vgl. Urteil Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz 1011/01 vom 31. Oktober 2001 = EGVSZ 2001, 142 E. 7a-d.

Das Bundesamt für Justiz hielt in einem Gutachten von 2005 zum Datenschutz im Bereich der Spitex-Dienste fest, dass für die Abgrenzung zwischen privaten und öffentlichen Aufgaben entscheidend ist, «ob die erfüllte Aufgabe gesetzlich vorgesehen ist und ob eine Steuerungsbeziehung zwischen Staat und privaten Aufgabenträgern gegeben ist, der Staat also direkten Einfluss auf die Aufgabenerfüllung nimmt oder wesentliche Rahmenbedingungen festlegt»⁶⁶. Ob und inwieweit eine Steuerungsbeziehung zwischen dem Gemeinwesen und dem Erbringer medizinischer Dienstleistungen besteht, beurteilt sich einzelfallweise. Die Organisationsform des Dienstleistungserbringers und die Natur des Rechtsverhältnisses zwischen dem Dienstleistungserbringer und dem -empfänger sind irrelevant⁶⁷. Eine öffentliche Aufgabe stellt beispielsweise die Erbringung folgender medizinischer Dienstleistungen dar:

- Krankenkassen sind im Grundversicherungsbereich Organe der mittelbaren Staatsverwaltung und nehmen als solche eine staatliche Aufgabe wahr (Durchführung der sozialen Krankenversicherung)⁶⁸.
- Öffentliche und öffentlich subventionierte Spitäler nehmen im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung öffentliche Aufgaben wahr⁶⁹.
- Die Behandlung von Patienten in einer psychiatrischen Klinik, welche die Rechtsform einer privaten Aktiengesellschaft aufweist, entspricht einer öffentlichen Aufgabe, da die Behandlung aufgrund eines Leistungsauftrags des Kantons erfolgt, nach öffentlich festgelegten Taxen abgerechnet wird und der öffentlichen Aufsicht untersteht⁷⁰.
- Der spitalplanerische Entscheid, ein privatrechtlich konstituiertes, aber öffentlich subventioniertes Spital nicht mehr oder unter anderen Voraussetzungen zu subventionieren, berührt dieses Spital in einer öffentlichen Aufgabe⁷¹.
- Die Medizinischen Abklärungsstellen (MEDAS), die für Sozialversicherungen medizinische Gutachten erstellen, erfüllen dabei eine öffentliche Aufgabe, auch wenn sie als gewinnorientierte Kapitalgesellschaften konstituiert sind⁷².

⁶⁶ Vgl. Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 24. November 2005 = VPB 70.54 Ziff. 3.

⁶⁷ Vgl. RÜTSCHÉ, 160.

⁶⁸ Vgl. BGE 124 V 393 E. 2c.

⁶⁹ Vgl. BGE 122 III 101 E. 2a/aa.

⁷⁰ Vgl. BGE 122 I 153 E. 2e.

⁷¹ Vgl. BGE 121 I 218 E. 3.

⁷² Vgl. BGE 137 V 210 E. 2.4.3.

Der Hausarzt, der eine fürsorgliche Einweisung vornimmt, handelt nicht privat-sondern öffentlich-rechtlich⁷³. Hoheitlicher Natur ist ferner die Tätigkeit eines Arztes, der einen Ausschaffungshäftling betreut⁷⁴. Das Bundesgericht hat in dieser Entscheidung besonderes Gewicht auf den Umstand gelegt, dass der vom Ausländer- und Bürgerrechtsdienst des Kantons Bern beigezogene Arzt eine öffentliche Aufgabe erfüllt hat. Als unerheblich wurde der Umstand bezeichnet, dass der fragliche Arzt die Betreuung des zu Tode gekommenen Ausschaffungshäftlings aus eigener Initiative zusätzlich zum eigentlichen Auftrag übernommen hat⁷⁵.

2. Spitalbehandlung

a) Allgemeines

Das Bundesgericht qualifiziert die Behandlung von Patienten in Spitälern als nicht gewerbliche Staatsaufgabe⁷⁶. Voraussetzung ist allerdings, dass das Spitalpersonal «in amtlicher Eigenschaft»⁷⁷ die Behandlung vorgenommen hat. Fällt die in Frage stehende Spitalbehandlung unter das Staatshaftungsgesetz des fraglichen Kantons, gilt dieses integral⁷⁸. Es spielt keine Rolle, ob der Patient vom Spitalpersonal haupt- oder nebenamtlich bzw. in der allgemeinen, halbprivaten oder privaten Abteilung betreut worden ist⁷⁹. Das Staatshaftungsrecht gilt für ein schadenverursachendes Verhalten des Chefarztes⁸⁰ oder der Spitalapotheke⁸¹. Die veterinärmedizinische Tätigkeit an öffentlichen Spitälern, namentlich am Tierspital der Uni-

⁷³ Vgl. BGE 118 II 254 = Pra 1993 Nr. 110 E. 1b.

⁷⁴ Vgl. BGE 130 IV 27 E. 2.3.3.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Statt vieler BGE 139 III 252 = Pra 2013 Nr. 95 E. 1.3; 133 III 462 = Pra 2008 Nr. 27 E. 2.1; 122 III 101 = Pra 1996 Nr. 188 E. 2a/aa; 115 Ib 175 E. 2 sowie Urteile des BGer 4A_453/2014 vom 23. Februar 2015 E. 3.1; 4A_185/2013 vom 17. Juni 2013 E. 1.

⁷⁷ BGE 111 II 149 E. 3a.

⁷⁸ Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz 1011/01 vom 31. Oktober 2001 = EGVSZ 2001, 142 E. 7 f.

⁷⁹ Vgl. BGE 102 II 45 E. 3.

⁸⁰ Exemplarisch BGE 130 IV 27 E. 2: «Das Staatshaftungsgesetz würde seines Gehalts entleert, wenn man annehmen wollte, dass der Schaden, für den eine ganze Gruppe von Spitalärzten einstehen muss, die Staatshaftung wegen des angeblich privaten Charakters der Tätigkeit des Chefarztes nicht auslösen würde; das Opfer oder seine Rechtsnachfolger sind in aller Regel nicht in der Lage, die Rolle jeder an einer Operation beteiligten Person zu erkennen.» Siehe ferner BGE 135 II 329 = Pra 2009 Nr. 137 E. 1.1; 122 III 101 = Pra 1996 Nr. 188 E. 2a/aa und 112 Ib 334 = Pra 1987 Nr. 59 E. 2c.

⁸¹ Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Obwalden vom 8. Februar 1985 = OWVVG VII Nr. 66 E. 4e. Der Tierarztbehandlungsvertrag richtet sich nach denselben Regeln, wie sie beim Arztbehandlungsvertrag zur Anwendung gelangen (vgl. Urteil Bundesgericht 4C.345/2003 vom 11. Januar 2005 E. 3.1 und BGE 93 II 19 E. 1).

versität Zürich, fällt nicht unter das Staatshaftungsrecht, sondern ist als eine gewerbliche Tätigkeit zu qualifizieren⁸².

Schränkt ein Kanton den Geltungsbereich seines Staatshaftungsgesetzes auf hoheitliche Tätigkeiten ein, ist dieses auf medizinische Dienstleistungen, insbesondere auch eine Behandlung im Spital, nicht anwendbar, da die Gesundheitsversorgung nicht dem Bereich der Eingriffsverwaltung, sondern demjenigen der Leistungsverwaltung zuzurechnen ist⁸³. In einem solchen Fall gilt die privatrechtliche Verschuldenshaftung, insbesondere die Deliktshaftung von Art. 41 ff. OR, integral für sämtliche Spitalärzte, auch wenn diese öffentlich-rechtlich angestellt sind. Lediglich Amtsärzte, die beispielsweise bei einer Ausschaffung eines weggewiesenen Ausländers mitwirken⁸⁴ oder eine fürsorgerische Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik anordnen, unterstehen der hoheitlichen Staatshaftung, letztere allerdings derjenigen gemäss Art. 454 ZGB.

b) *Behandlung von Privatpatienten*

Die Geltung des Staatshaftungsrechtes für Privatpatienten, welche in einer staatlichen Institution behandelt werden, hat sich allmählich entwickelt. In einem Entscheid von 1956 erwog das Bundesgericht noch, dass der Kanton Aargau nicht für die Behandlung haftet, die ein Privatpatient im Kantonsspital durch den Stellvertreter des Chefarztes der chirurgischen Abteilung erfahren hat⁸⁵. Zwei Jahrzehnte später führte es aus, dass gemäss den für das Kantonsspital Olten massgebenden kantonalrechtlichen Grundlagen einerseits die gesamte Tätigkeit eines Chefarztes, gleichgültig, ob er diese haupt- oder nebenamtlich, an Patienten der allgemeinen Abteilung oder der Privatabteilung ausübt, eine unter der Aufsicht des Kantons stehende amtliche Verrichtung darstellt und andererseits das Benutzungsverhältnis sämtlicher im Kantonsspital Olten hospitalisierter Patienten öffentlich-rechtlicher Natur ist⁸⁶.

Das Bundesgericht bestätigte schliesslich die integrale Anwendung des Staatshaftungsrechtes für Privatpatienten auch für den Kanton Zürich. Es führte aus, dass Schädigungen an Privatpatienten des Chefarztes, für welche ein unter dessen

⁸² Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2000.00311 vom 8. Dezember 2003 = RB 2000 Nr. 57 = ZBI 2001, 378.

⁸³ Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz 1011/01 vom 31. Oktober 2001 = EGVSZ 2001, 142 E. 6.

⁸⁴ Vgl. Vgl. BGE 130 IV 27 E. 2.3.3.

⁸⁵ Vgl. BGE 82 II 321 E. 1 und 2.

⁸⁶ Vgl. BGE 102 II 45 E. 2.

Leitung operierendes Spitalteam verantwortlich gemacht wird, dem zürcherischen Haftungsgesetz unterliegen. Das Bundesgericht erwog explizit, dass eine komplizierte Rechtslage, welche aus Rücksicht auf die Honorarbedürfnisse der Chefärzte geschaffen worden ist, haftungsrechtlich nicht zu einer Regelung führen darf, die für die Geschädigten völlig undurchsichtig ist⁸⁷.

Die Abgrenzung zwischen dem privaten und dem öffentlichen Haftungsrecht bei einer Behandlung von Privatpatienten richtet sich nicht nach den üblichen Theorien, namentlich der Subordinations-, der Interessens- oder der Subjektstheorie, sondern nach dem Gebrauch, den der Kanton vom Vorbehalt von Art. 61 Abs. 1 OR gemacht hat⁸⁸. Die Kantone sind folglich berechtigt, privatrechtliche Behandlungsverhältnisse vom Anwendungsbereich des Staatshaftungsrechts auszunehmen, wenn die Behandlung durch angestellte Spitalärzte erfolgt, unabhängig davon, ob diese privat- oder öffentlich-rechtlich angestellt sind.

3. Behandlung durch einen Belegarzt

Trotz des Grundsatzes der integralen Anwendung des Staatshaftungsrechtes bei einer Spitalbehandlung wird die ärztliche Tätigkeit eines Belegarztes in einem öffentlichen Spital als gewerbliche Tätigkeit qualifiziert⁸⁹. Lehre und Rechtsprechung unterscheiden beim Spitalaufnahmevertrag zwischen dem totalen und dem gespaltenen Spitalaufnahmevertrag. Beim totalen Spitalaufnahmevertrag verpflichtet sich das Spital gegenüber dem Patienten gegen Entgelt zur Gewährung von Unterkunft, Verpflegung, Pflege und ärztlicher Behandlung. Beim gespaltenen Spitalaufnahmevertrag beschränkt sich demgegenüber die Leistung des Spitals auf Gewährung von Unterkunft, Verpflegung und Pflege. Die ärztliche Betreuung bildet Gegenstand eines besonderen Vertrages zwischen dem verantwortlichen Belegarzt und dem Patienten. Im gespaltenen Spitalaufnahmevertrag liegen nur die nachgeordneten ärztlichen Dienste im Pflichtbereich des Spitals⁹⁰.

Ob ein Belegarztverhältnis vorliegt, beurteilt sich nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen. Sind an einem Spital regelmässig Belegärzte tätig, ist nach dem Grundsatz von Treu und Glauben im Zweifelsfall davon auszugehen, dass

⁸⁷ Vgl. BGE 112 Ib 334 = Pra 1987 Nr. 59 E. 2c.

⁸⁸ Vgl. BGE 122 III 101 = Pra 1996 Nr. 188 E. 2a/cc.

⁸⁹ Vgl. z.B. Urteile des BGer vom 11. August 1998 i.S. A c. Q = SJ 1999 I, 129 E. 3 sowie des Obergerichts des Kantons Zürich PP160037 vom 16. November 2016 E. 3.4; des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG060225 vom 22. Januar 2013 E. V/1.3.2; des Zivilgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 23. August 1996 i.S. U. Sch. c. Dr. X. = BJ 1997, 193; des Bezirksgerichts Arbon vom 16. Oktober 1985 = SG 1985 Nr. 379 = SJZ 1986, 46 E. 3.

⁹⁰ Vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG060225 vom 22. Januar 2013 E. 1.3.2.

zwischen dem behandelnden Arzt bzw. den behandelnden Ärzten und dem Patienten ein vertragliches Behandlungsverhältnis besteht⁹¹. Kein Belegarztverhältnis liegt vor, wenn ein von einem öffentlichen Spital angestellter Spitalarzt eine private Praxis im Spital betreibt. In einem solchen Fall ist die Rechtsprechung zum Privatpatientenverhältnis anwendbar⁹². Das Bundesgericht hat in einem neueren strafrechtlichen Entscheid, in welchem über die Zulässigkeit der Nichtanhandnahme eines adhäsionsweise geltend gemachten Haftungsanspruchs zu befinden war, erwogen, dass «die Praxis zum Schutz der Betroffenen die öffentlich-rechtliche Haftung für Tätigkeiten im Gesundheitsbereich (Spitalbetrieb) tendenziell ausgeweitet» hat⁹³, weshalb zurecht nicht auf den geltend gemachten Staatshaftungsanspruch eingetreten worden sei.

Dieses Urteil irritiert insoweit, als bis anhin beim Vorliegen eines Belegarztverhältnisses für das Verhalten des Belegarztes nur privatrechtliche Haftungsansprüche geltend gemacht werden konnten. Ob der vom Bundesgericht betonte Umstand, dass der Belegarzt zusammen mit den an der Operation beteiligten Spitalärzten eine gemeinsame Entscheidung getroffen habe und folglich ein Operationsteam tätig war, inskünftig für die Begründung der Anwendbarkeit des kantonalen Staatshaftungsrechts herangezogen werden kann, ist zu bezweifeln. Zu begrüssen ist die vom Bundesgericht bereits in einem früheren Fall angemahnte Anwendung einer einheitlichen Haftungsordnung für alle Grenzfälle, insbesondere bei einer Behandlung durch den Belegarzt in einem öffentlichen Spital bzw. der Überweisung eines Patienten durch einen Belegarzt in ein öffentliches Spital:

«Même s'il est vrai que le droit public cantonal peut renoncer à l'exigence d'une faute, il n'en demeure pas moins que les conditions de la responsabilité médicale, que celle-ci repose sur le droit privé ou sur le droit public, sont par ailleurs les mêmes et posent des problèmes spécifiques. De surcroît, la frontière entre le droit public et le droit privé, dans cette matière, n'est pas toujours très perceptible pour le justiciable: des médecins privés envoient leurs patients faire des examens dans un hôpital public tout en poursuivant leur traitement, tandis que des médecins d'hôpitaux publics sont autorisés à avoir une clientèle privée. Il paraît donc opportun, au moins au niveau du Tribunal fédéral, de soumettre toutes ces causes à la même

⁹¹ Vgl. Urteile des BGer 4A_648/2014 vom 20. April 2015 E. 3.4 und des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG060225 vom 22. Januar 2013 E. V/1.3.5.

⁹² Vgl. Urteil des BGer vom 11. August 1998 i.S. A c. Q = SJ 1999 I, 129 E. 3.

⁹³ Urteil des BGer 6B_730/2017 vom 7. März 2018 E. 1.5.

voie de recours et de charger une seule et même cour de dégager une jurisprudence assurant l'application uniforme du droit.»⁹⁴

Zum Schutz der Patienten drängt es sich sodann auf, in Zweifelsfällen entweder eine privatrechtliche Haftung des Belegarztes und/oder eine Staatshaftung des Belegarztespitals zu bejahen. Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat zutreffend darauf hingewiesen, dass sich beim Zusammenwirken von Belegärzten und medizinischem Hilfspersonal schwierige Abgrenzungsfragen stellen können und die damit zusammenhängenden Beweisprobleme sich nicht zulasten des geschädigten Patienten auswirken dürfen. Schwierigkeiten können sich ergeben, wenn das Spitalpersonal durch den Spitalträger gestellt ist, jedoch im Auftrag und auf Weisung des Belegarztes handelt⁹⁵. Einem Belegarztespital kann aber keine Pflichtverletzung vorgeworfen werden, wenn der operierte Patient erst viertelstündlich, dann halbstündlich überwacht wurde und im Übrigen ein 24-Stunden-Bereitschaftsdienst bestand⁹⁶.

III. Haftungsrechtliche Besonderheiten

A. Haftungsarten

1. Organisationshaftung

Bund und die meisten Kantone statuieren eine ausschliessliche Kausalhaftung. Die geschädigte Person kann gegenüber dem einzelnen staatlichen Funktionär keinen Haftungsanspruch geltend machen. Insoweit genügt es, dass die geschädigte Person nachweisen kann, dass irgendein staatlicher Funktionär bzw. ein staatlicher Gesundheitsbetrieb einen Schaden verursacht hat.

Die Staatshaftung nähert sich insoweit einer Organisationshaftung an, bei welcher es nachzuweisen genügt, dass der Schaden als Folge eines unzulässigen Organisationsversagens des Gemeinwesens verursacht worden ist⁹⁷. Das Bundesgericht hat mitunter explizit festgehalten, dass es sich bei der primären bzw. ausschliesslichen Staatshaftung um eine Organisationshaftung handelt. Sie knüpft nicht ausschliesslich an ein individuelles Fehlverhalten staatlicher Organisationsträger an, sondern

⁹⁴ Urteil des BGer 4A_655/2012 vom 25. Februar 2013 E. 1.5.

⁹⁵ Vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG060225 vom 22. Januar 2013 E. 1.3.2.

⁹⁶ Vgl. Urteil des Amtsgerichts Luzern Stadt vom 26. Juli 1993 = SG 1993 Nr. 895 E. 7.2 ff.

⁹⁷ Weiterführend LANDOLT, 311 ff.

rechnet die Nichterfüllung der Amtspflicht dem verantwortlichen Gemeinwesen als Ganzes zu⁹⁸.

Nach der Auffassung der Lausanner Richter bestehen insbesondere «beachtliche Gründe», bei einer Schädigung durch Spitalangestellte von einer eigentlichen Organisationshaftung auszugehen⁹⁹. Die zivilrechtlich relevante Unterscheidung zwischen Zufügung eines Schadens bei Gelegenheit der amtlichen Tätigkeit und Schadenszufügung in Ausübung amtlicher Verrichtung verliert bei einer solchen Betrachtungsweise ebenfalls an Bedeutung¹⁰⁰. Das Gemeinwesen haftet im Anwendungsbereich der Organisationshaftung auch dann, wenn ein staatlicher Funktionär im Rahmen eines strafrechtlichen Verhaltens am Arbeitsplatz Schaden verursacht, so etwa bei Diebstählen in Alters- oder Pflegeheimen¹⁰¹ oder bei sexuellen Übergriffen¹⁰².

Die privatrechtliche Haftungsordnung knüpft demgegenüber immer an ein konkretes Verhalten eines Individuums an. Eine eigentliche Organisationshaftung ist dem Privatrecht grundsätzlich fremd; lediglich im Rahmen der ausservertraglichen Geschäftsherrhaftung¹⁰³ oder bei der Verletzung von vertraglichen oder gesetzlichen Sicherungspflichten kann dem pflichtvergessenen Individuum bzw. Vertragspartner ein haftungsbegründender Vorwurf gemacht werden. Insbesondere Spitäler und Pflegeheime, sind ebenfalls verpflichtet, für eine zweckmässige Arbeitsorganisation sowie eine Kontrolle der Dienstleistungsqualität zu sorgen. Ein Spital hat nicht nur für eine zweckmässige Arbeitsorganisation zu sorgen, sondern auch Schutzmassnahmen zu ergreifen, um eine Schädigung seiner Patienten und Benutzer durch seine Hilfspersonen zu verhindern¹⁰⁴.

2. Ausfallhaftung

a) Allgemeines

Der Staat übernimmt in seltenen Fällen den Ausfallschaden, den die geschädigte Person erleidet, weil sie durch Zufall geschädigt wird oder gegenüber einem privaten Schadenverursacher keinen vollständigen Ersatz geltend machen kann. Eine

⁹⁸ Vgl. Urteil des BGer 2C.4/2000 vom 3. Juli 2003 E. 5.1.3.

⁹⁹ Vgl. Urteil des BGer 2P.224/2005 vom 18. April 2006 = ZBI 2006, 596 E. 4.2.3.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Vgl. Urteil Obergericht des Kantons Aargau vom 5. Januar 2002 = HAVE 2003, 235.

¹⁰² Vgl. BGE 92 II 15 E. 4 (Haftung der psychiatrischen Klinik bejaht für strafbares Verhalten eines Assistenzarztes).

¹⁰³ Vgl. BGE 110 II 456 E. 3a.

¹⁰⁴ Vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG060225 vom 22. Januar 2013 E. V/1.3.2.

«Ausfallhaftung» besteht für Impfschäden¹⁰⁵, Nuklearschäden¹⁰⁶ und bei Opfern von Straftaten¹⁰⁷ sowie Wildschäden¹⁰⁸. Von einer Ausfallhaftung wird auch dann gesprochen, wenn zunächst eine verselbstständigte Organisationseinheit des Staates, beispielsweise eine Kantonalkasse oder ein staatlicher oder privater Gesundheitsbetrieb haftet und das Gemeinwesen erst einzustehen hat, wenn die vorrangig Ersatzpflichtigen den Schaden nicht vollständig abdecken kann¹⁰⁹.

b) Entschädigung für Impffolgeschäden

Gemäss Art. 64 f. EpG besteht ein Anspruch auf Entschädigung und Genugtuung für den Impffolgeschaden, sofern die Impfung behördlich angeordnet oder empfohlen worden ist¹¹⁰. Es ist unerheblich, ob die Anordnung oder die Empfehlung der fraglichen Impfung widerrechtlich gewesen ist. Nicht erforderlich ist sodann, dass die Anwendung des Impfstoffs sorgfaltswidrig erfolgt ist. Es genügt, dass entweder die Anwendung oder die Wirkung des Impfstoffs eine gesundheitliche Beeinträchtigung bei der geimpften Person verursacht hat. Entschädigung und Genugtuung werden allerdings nur gewährt, soweit der Schaden mit zumutbaren Bemühungen nicht anderweitig gedeckt werden kann bzw. die immaterielle Unbill durch Dritte nicht hinreichend kompensiert wird¹¹¹. Primär für Impfschäden ersatzpflichtig sind der Arzt und dessen Berufshaftpflichtversicherung sowie die Sozialversicherungen¹¹².

3. Staatshaftung für rechtmässige Schädigung

Die Ausfalldeckung für behördlich angeordnete oder empfohlene Impfungen ist zudem ein Anwendungsbeispiel für die im Staatshaftungsrecht ausnahmsweise bestehende Ersatzpflicht für eine rechtmässige Schädigung. Die Erfüllung von Staatsaufgaben bringt es mit sich, dass die davon betroffenen Personen mitunter unfreiwillig finanzielle Nachteile erleiden. Die geschädigten Personen können aber erst dann ein Haftungsanspruch gegenüber dem Gemeinwesen geltend

¹⁰⁵ Vgl. Art. 64 f. EpG.

¹⁰⁶ Vgl. Art. 16 KHG.

¹⁰⁷ Vgl. Art. 11 ff. OHG.

¹⁰⁸ Nach kantonalem Recht richtet sich zum Beispiel die Entschädigungspflicht für den sog. «Wildschaden» (vgl. Art. 13 Abs. 2 Jagdgesetz und Art. 10 Jagdverordnung sowie Urteil des BGer 2C_562/2008 vom 28. Januar 2009 E. 2).

¹⁰⁹ Vgl. Urteil des BGer 1B_491/2012 vom 30. November 2012 E. 2.5.3 und VPB 2002 Nr. 52, 621 E. 3b.

¹¹⁰ Weiterführend KIESER/LANDOLT, 41 ff.

¹¹¹ Vgl. Art. 64 Abs. 2 und Art. 65 Abs. 4 EpG.

¹¹² Vgl. BGE 129 II 353 E. 4.

machen, wenn wegen des staatlichen Funktionärs, der ihnen den Schaden zugefügt hat, widerrechtlich gehandelt hat. Für rechtmässig zugefügte Schäden haftet das Gemeinwesen nicht bzw. nur dann, wenn das Gesetz eine Haftung ausdrücklich vorsieht¹¹³.

Die Staatshaftungsregelung des Bundes bzw. das Verantwortlichkeitsgesetz kennt keine Haftung für eine rechtmässige Schadensverursachung durch Bundesbehörden¹¹⁴. Einzelne eidgenössische Gesetze – unter anderem das bereits erwähnte Epidemien-gesetz – sehen solche Entschädigungsansprüche vor¹¹⁵. Die kantonalen Staatshaftungsgesetze statuieren eine solche Ersatzpflicht entweder generell, wenn die Billigkeit die Übernahme des von einem staatlichen Funktionär rechtmässig verursachten Schaden verlangt¹¹⁶ bzw. dem Betroffenen die Tragung des Schadens nicht zugemutet werden kann (Sonderopfer)¹¹⁷ oder in den spezifisch genannten Fällen. Gewisse Kantone kennen keine Haftungsgrundlage im kantonalen Staatshaftungsgesetz, sondern verweisen auf einzelgesetzlich vorgesehene Entschädigungsnormen¹¹⁸. Einzelne Kantone wie Zürich oder St. Gallen sehen in ihren Verfassungen vor, dass die Billigkeitshaftung auf Gesetzesebene geregelt wird, andere Kantone regeln diese ohne Verfassungsgrundlage in ihrer Gesetzgebung¹¹⁹.

Eine Haftung für rechtmässig zugefügte Vermögensschäden besteht beispielsweise bei einer Enteignung¹²⁰ oder einem Entzug und einer Einschränkung wohl-erworbener Rechte und beim Widerruf von Bewilligungen¹²¹. Mitunter sieht der Gesetzgeber eine Billigkeitshaftung nur für «Sonderopfer» vor, so etwa für Schäden bei rechtmässigen Polizeieinsätzen¹²², beim Einsatz von verdeckten

¹¹³ Siehe z.B. § 12 Haftungsgesetz vom 14. September 1969 des Kantons Zürich und Art. 4 Gesetz über die Staatshaftung (SHG) vom 5. Dezember 2006 des Kantons Graubünden.

¹¹⁴ Vgl. BGE 118 Ib 473 E. 6.

¹¹⁵ Siehe die Hinweise in Urteil des BGer 2A.504/2006 vom 28. Februar 2007 E. 2.4.

¹¹⁶ Vgl. z.B. § 5 Abs. 2 Haftungsgesetz (HG) vom 13. September 1988 des Kantons Luzern und Art. 7 Abs. 2 Staatshaftungsgesetz vom 5. Mai 1991 des Kantons Glarus.

¹¹⁷ Vgl. z.B. Art. 7 Haftungsgesetz vom 24. September 1989 des Kantons Obwalden.

¹¹⁸ Vgl. z.B. § 12 Haftungsgesetz vom 14. September 1969 des Kantons Zürich.

¹¹⁹ Vgl. z.B. Art. 4 Abs. 2 Haftungsgesetz BS und Art. 4 Gesetz über die Haftung des Gemeinwesens und seiner Funktionäre (Haftungsgesetz) vom 25. April 1971 des Kantons Nidwalden.

¹²⁰ Vgl. Art. 16 ff. EntG.

¹²¹ Vgl. Urteil des BGer 2A.504/2006 vom 28. Februar 2007 E. 2.4 und die dort genannten Beispiele.

¹²² Vgl. Art. 2 Gesetz über die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten und die Verantwortlichkeit der Behörden und öffentlichen Angestellten, (Verantwortlichkeitsgesetz VG) vom 7. Dezember 1959 des Kantons St. Gallen, Art. 6 des Gesetzes über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behördenmitglieder und Arbeitnehmer (Haftungsgesetz) vom 23. September 1985 des Kantons Schaffhausen und § 13 Haftungsgesetz ZH.

Ermittlern¹²³ oder in anderen «besonderen Fällen»¹²⁴. In den Kantonen, in welchen eine allgemeine Haftung für rechtmässig verursachte Personenschäden besteht, ist einzelfallweise zu prüfen, ob aus Gründen der Billigkeit eine Ersatzpflicht für Schäden, welche im Zusammenhang mit medizinischen Dienstleistungen verursacht werden, zu bejahen ist. Durch Spitalkeime geschädigte Patienten sind beispielsweise «Sonderopfer», weil sie zufällig bei Gelegenheit eine Spitalbehandlung geschädigt wurden bzw. in der Regel den Beweis nicht führen können, dass die Infektion bei pflichtgemäss vorgenommenen Hygienemassnahmen hätte verhindert werden können.

B. Haftungsvoraussetzungen

1. Grundsatz der Identität der Haftungsvoraussetzungen

Die Haftungsvoraussetzungen sind sowohl im öffentlich-rechtlichen als auch im privatrechtlichen Bereich grundsätzlich identisch. Insbesondere die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit wird in beiden Haftungsordnungen nach Massgabe der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie überprüft¹²⁵. Danach ergibt sich die Widerrechtlichkeit daraus, dass entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt wird, ohne dass ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (sog. Erfolgsunrecht), oder dass ein schädigender Eingriff (z.B. eine Vermögensschädigung) durch Verstoss gegen eine Norm bewirkt wird, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schäden schützen soll (sog. Handlungsunrecht).

2. Erfordernis einer wesentlichen Amtspflichtverletzung

Die Rechtsprechung weicht im Zusammenhang mit der Haftung für einen widerrechtlichen Rechtsakt vom Grundsatz, dass jede widerrechtliche Handlung eine Staatshaftung auslöst, sofern die weiteren Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, ab. Hat ein Rechtsakt oder ein Verfahren, das in einem Rechtsakt mündet, Schaden verursacht, so liegt eine haftungsbegründende Widerrechtlichkeit nicht bereits vor, wenn sich dieser später als unrichtig, gesetzwidrig oder gar willkürlich erweist. Eine solche Widerrechtlichkeit ist erst dann gegeben, wenn der staatliche Funktionär eine für die Ausübung seiner Funktion wesentliche Pflicht, eine wesentliche Amtspflicht, verletzt hat¹²⁶. Soweit ersichtlich wird die Erbringung von

¹²³ Vgl. Art. 9 VVE.

¹²⁴ Vgl. Art. 7 Abs. 2 Staatshaftungsgesetz vom 5. Mai 1991 des Kantons Glarus.

¹²⁵ Vgl. BGE 123 II 577 E. 4d/bb und Urteil des BGer 2C_834/2009 vom 19. Oktober 2010 E. 2.2.

¹²⁶ Vgl. BGE 132 II 305 = Pra 2007 Nr. 53 E. 4.1 und 118 Ib 163.

medizinischen Dienstleistungen nicht als Rechtsakt verstanden. Demgegenüber werden behördliche Informationen über gesundheitsrelevante Umstände als Rechtsakte qualifiziert¹²⁷.

Im Geltungsbereich der privatrechtlichen Delikts- und Vertragshaftung besteht keine derartige Ausnahme, wonach erst eine wesentliche Vertragsverletzung oder eine wesentliche Sorgfaltspflichtverletzung eine Haftung begründen würde. Die ältere Rechtsprechung bejahte zwar ein Haftungsprivileg, indem der Arzt nur für eigentliche «Kunstfehler» verantwortlich war¹²⁸. Bloss leichtfahrlässiges Verhalten begründete noch keine Haftung. Die neuere Rechtsprechung hat dieses Haftungsprivileg abgeschafft¹²⁹. Ältere kantonale Staatshaftungsgesetze und auch Art. 49 Abs. 1 OR, der den Genugtuungsanspruch nach einer Persönlichkeitsverletzung von einer besonderen Schwere abhängig macht, erinnern an die früheren Haftungsprivilegien.

Die Bedeutung des fraglichen Gesetzeswortlautes besteht letztlich nur darin, den Genugtuungsanspruch bei Bagatellverletzungen, welche nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens nicht geeignet sind, eine immaterielle Unbill herbeizuführen, auszuschliessen¹³⁰. Insoweit betrifft das Erfordernis der besonderen Schwere der Persönlichkeitsverletzung lediglich den adäquaten Kausalzusammenhang und stellt kein Erfordernis einer besonders qualifizierten Widerrechtlichkeit oder Vertragsverletzung dar.

3. Verschuldenserfordernis beim immateriellen Schaden

Sowohl im Bundesrecht¹³¹ als auch teilweise im kantonalen Staatshaftungsrecht¹³² wird im Zusammenhang mit dem Genugtuungsanspruch von der Kausalhaftung abgewichen und ein Ersatzanspruch für die von einem staatlichen Funktionär widerrechtlich verursachte immaterielle Unbill nur dann bejaht, wenn ihm ein Verschulden vorgeworfen werden kann. Einzelne Kantone gehen noch einen Schritt weiter und machen auch den Schadensersatzanspruch – für bestimmte

¹²⁷ Siehe BGE 132 II 305 = Pra 2007 Nr. 53.

¹²⁸ Vgl. z.B. BGE 105 II 284 E. 1 und 57 II 196 E. 3.

¹²⁹ Statt vieler BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 3.1; 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3a; 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b und 113 II 429 = Pra 1988 Nr. 16 E. 3a–e sowie Urteil BGer 4C.66/2007 und 4A_382/2007 vom 9. Januar 2008 E. 4.1.

¹³⁰ Statt vieler BGE 129 III 715 E. 4.4.

¹³¹ Vgl. Art. 6 Abs. 1 VG und den Anwendungsfall Urteil des BGer 4A_549/2015 vom 27. Juli 2016 (Lähmungserscheinungen nach Medikamententest).

¹³² Siehe z.B. BGE 133 III 462 = Pra 2008 Nr. 27 E. 4.1; 115 Ib 175 E. 2a; 113 Ib 420 E. 1 und 112 Ib 320 E. 6.

Haftungstatbestände – von einem qualifizierten Verschulden abhängig¹³³. Die privatrechtliche Haftungsordnung demgegenüber kennt – in Übereinstimmung mit dem verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebot – keine derartigen qualifizierten Haftungsvoraussetzungen.

Das Bundesgericht hat in einem konkreten Anwendungsfall, der das Zuger Staatshaftungsrecht betraf, erwogen, dass aus einer aktuellen, geltungszeitlichen Sicht sich nicht begründen lasse, weshalb die Persönlichkeit als solche in der schweizerischen Rechtsordnung weniger geschützt sein sollte als Vermögensinteressen¹³⁴, die Bundesrechtswidrigkeit des Verschuldenserfordernisses aber offengelassen, weil im konkreten Fall ein Verschulden vorlag. Während die bundesgesetzliche Regelung von Art. 6 VG trotz Verfassungswidrigkeit gilt¹³⁵, ist die Frage der Zulässigkeit des Verschuldenserfordernisses beim immateriellen Schaden gemäss den vereinzelt noch bestehenden kantonalen Staatshaftungsgesetzen nach wie vor gestellt.

Im Zusammenhang mit medizinischen Dienstleistungen hat das ausnahmsweise Verschuldenserfordernis in der Regel keine grosse praktische Relevanz, weil bei einer Missachtung der objektiv gebotenen Sorgfalt in der Regel auch ein persönlicher Vorwurf erhoben werden kann. Gleichwohl sind Fälle denkbar, bei denen eine Verletzung der gebotenen medizinischen Sorgfalt an sich noch kein Verschulden darstellt. Dies trifft etwa bei organisatorischen Mängeln zu, die nur in besonderen Ausnahmesituationen Schaden bewirken. So scheiterte beispielsweise der Genugtuungsanspruch der Eltern eines Patienten, der aus einer psychiatrischen Klinik entwich und sich unter einen Zug warf, weil dem Klinikpersonal die festgestellten organisatorischen Mängel nicht als Verschulden haben vorgeworfen werden können¹³⁶.

¹³³ Vgl. z. B. § 3 Abs. 3 f. Gesetz über die Haftung des Kantons und der Gemeinden (Haftungsgesetz) vom 24. April 2008 des Kantons Basel-Landschaft.

¹³⁴ Vgl. Urteil des BGer 2A.350/2003 vom 5. August 2004 E. 5.4.1.

¹³⁵ Art. 146 BV statuiert eine allgemein anwendbare Kausalhaftung, wenn ein staatlicher Funktionär des Bundes eine medizinische Dienstleistung erbringt. Folglich verletzt das Verschuldenserfordernis im Zusammenhang mit dem Staatshaftungsrecht im Genugtuungsanspruch die Bundesverfassung, ist aber als Folge des zwingenden Anwendungsgebotes von Art. 191 BV von den rechtsanwendenden Behörden gleichwohl zu beachten.

¹³⁶ Vgl. BGE 112 Ib 320 E. 6.

C. Zivilrecht als stellvertretendes Staatshaftungsrecht

Die kantonalen Staatshaftungsgesetze lehnen sich je nach Wortlaut an die Haftungsnormen des Bundesrechts (Verantwortlichkeitsgesetz oder Art. 41 ff. OR) an. Mitunter verweist ein kantonales Staatshaftungsgesetz explizit auf die Regelung des Obligationenrechts, welche subsidiär bzw. ergänzend gilt¹³⁷. Das Bundesgericht zieht bei unklaren kantonalen Haftungsnormen die eidgenössischen Haftungsnormen des Verantwortlichkeitsgesetzes oder des ausservertraglichen Deliktsrechts regelmässig als Auslegungshilfe bei¹³⁸. Unabhängig davon, ob das kantonale Staatshaftungsrecht explizit oder nur sinngemäss (durch die Verwendung ähnlicher Gesetzestexte) auf das eidgenössische Recht verweist, handelt es sich um kantonales Haftungsrecht, welches das Bundesgericht nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür überprüft¹³⁹.

D. Sonstige Besonderheiten

Der Staatshaftungsanspruch stellt – im Gegensatz zum privatrechtlichen Haftungsanspruch – eine selbstständige öffentlich-rechtliche Forderung dar, der ein eigenes rechtliches Schicksal hat und weder ein Vorzugs- noch ein Nebenrecht darstellt¹⁴⁰. Die Abtretung eines Staatshaftungsanspruch setzt deshalb eine explizite Erklärung voraus¹⁴¹.

Sowohl der Staatshaftungsanspruch gemäss im Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes¹⁴² als auch zahlreiche kantonale Staatshaftungsansprüche¹⁴³ unterliegen einer Verwirkungsfrist¹⁴⁴. Tritt diese ein, geht der Haftungsanspruch unter und kann nicht mehr geltend gemacht und auch nicht verrechnet werden. Die Verwirkung muss von Amtes wegen berücksichtigt werden.

Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn die Anwendung der Verwirkungsregel gegen Treu und Glauben verstossen würde, namentlich wenn der Staat durch sein

¹³⁷ Vgl. z.B. § 3 Haftungsgesetz (HG) vom 13. September 1988 des Kantons Luzern und § 29 Haftungsgesetz vom 14. September 1969 des Kantons Zürich.

¹³⁸ Vgl. Urteil des BGer 2A.350/2003 vom 5. August 2004 E. 5.4.1.

¹³⁹ Statt vieler Urteile des BGer 2C_344/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 1.4; 2C_692/2012 vom 10. Februar 2013 E. 2.2; 2C_940/2011 vom 23. November 2011 E. 5.1 und 2C_616/2008 vom 16. Juni 2009 E. 3.1.

¹⁴⁰ Vgl. BGE 126 III 431 E. 2c/bb und Urteil des BGer 5A_359/2010 vom 23. August 2010 E. 3.

¹⁴¹ Vgl. Urteil des BGer 5A_359/2010 vom 23. August 2010 E. 3.

¹⁴² Vgl. BGE 136 II 187 E. 6; 133 V 14 E. 6; 126 II 145 E. 2a und 118 II 447 E. 1 und Urteil des BGer 2C_640/2011 vom 1. Februar 2012 E. 1.2.

¹⁴³ Siehe dazu Urteil des BGer 2C_707/2010 vom 15. April 2011 E. 2.

¹⁴⁴ Weiterführend KRAUSKOPF, 197 ff.

eigenes Verhalten den Gläubiger von der rechtzeitigen Forderungsanmeldung abhält¹⁴⁵. Die wiederholte Abgabe von Verjährungseinredeverzichtserklärungen stellt jedoch keine derartige treuwidrige Abhaltung von der rechtzeitigen Forderungsanmeldung dar¹⁴⁶. Die Verwirkung tritt auch dann nicht ein, wenn unverjährbare und unverzichtbare Grundrechte widerrechtlich verletzt worden sind¹⁴⁷.

Im Zeitpunkt der Anmeldung des Staatshaftungsanspruch hat die geschädigte Person die Höhe des von ihr geltend gemachten Schadens zu beziffern. Sofern eine Bezifferung nicht möglich oder nicht zumutbar ist, kann ein entsprechender Vorbehalt angebracht werden und die Höhe des Schadens nachträglich beziffert werden. Zulässig ist auch die spätere Geltendmachung eines zusätzlichen, auf dasselbe haftungsbegründende Ereignis zurückgehenden Schadens¹⁴⁸.

IV. Prozessuale Besonderheiten

A. Staatshaftungsverfahren

Für die prozessuale Geltendmachung eines Staatshaftungsanspruch kann der jeweilige Gesetzgeber frei wählen, ob für die prozessuale Durchsetzung die Grundsätze des Verwaltungsverfahrens gemäss den kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetzen oder des Zivilprozesses gemäss der eidgenössischen Zivilprozessordnung anwendbar sind¹⁴⁹. Der kantonale Gesetzgeber kann auch die ordentlichen Zivilgerichte für die Beurteilung von Staatshaftungsansprüche als zuständig erklären¹⁵⁰. Sofern und soweit der kantonale Gesetzgeber auf eidgenössische Verfahrensgrundsätze verweist, gelten diese als kantonales Recht und überprüft das Bundesgericht deren Einhaltung lediglich unter dem Gesichtswinkel der Willkür¹⁵¹. Für Ansprüche aus Staatshaftung gelten die Verfahrensgarantien gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK¹⁵².

¹⁴⁵ Vgl. z.B. BGE 126 II 145 E. 3b/aa und 116 Ib 386 E. 3c/bb sowie Urteil des BGer 2C_245/2018 vom 21. November 2018 E. 4.2.

¹⁴⁶ Vgl. Urteil des BGer 2C_707/2010 vom 15. April 2011 E. 4.7.

¹⁴⁷ Vgl. Urteil des BGer 2C_372/2018 vom 25. Juli 2018 E. 2.3.

¹⁴⁸ Vgl. Urteil des BGer 2P.280/2005 vom 1. März 2006 E. 5.3.

¹⁴⁹ Vgl. Urteile des BGer 4A_453/2014 vom 23. Februar 2015 E. 3.2 und 2C_692/2012 vom 10. Februar 2013 E. 2.2.

¹⁵⁰ Vgl. BGE 139 III 225 E. 2 und 136 I 241 E. 2.4 sowie Urteil des BGer 2C_692/2012 vom 10. Februar 2013 E. 2.2.

¹⁵¹ Statt vieler Urteil des BGer 2C_692/2012 vom 10. Februar 2013 E. 2.2.

¹⁵² Vgl. BGE 127 I 115 = Pra 2001 Nr. 161 E. 6c und 126 I 144 E. 3.

B. Keine adhäsionsweise Geltendmachung von Staatshaftungsansprüchen

Die geschädigte Person und dessen Angehörige können den aus der Straftat herührenden Haftungsanspruch als Privatkläger adhäsionsweise im Strafverfahren geltend machen¹⁵³. Das Beteiligungsrecht besteht auch dann bzw. bleibt bestehen, wenn sich der Vorwurf eines Behandlungsfehlers gutachterlich nicht nachweisen lässt¹⁵⁴. Staatshaftungsansprüche können nicht adhäsionsweise im Strafprozess geltend gemacht werden, wenn das kantonale Staatshaftungsrecht eine ausschliessliche Kausalhaftung vorsieht. In einem solchen Fall haftet der wegen eines strafrechtlichen Vergehens oder Verbrechens angeschuldigte staatliche Funktionär selber nicht¹⁵⁵.

C. Besonderheiten im Rechtsmittelverfahren

Die Staatshaftung ist Teil des öffentlichen Rechts. Gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide ist deshalb grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig¹⁵⁶. Wurde der Staatshaftungsanspruch von einem kantonalen Zivilgericht beurteilt, ist gleichwohl die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu erheben¹⁵⁷. Ausgenommen ist einzig die Staatshaftung aus medizinischer Tätigkeit, die trotz ihrer öffentlich-rechtlichen Natur im Rahmen der Beschwerde in Zivilsachen von der I. zivilrechtlichen Abteilung behandelt wird¹⁵⁸. Kein Anwendungsfall der Staatshaftung aus medizinischer Tätigkeit liegt vor, wenn gegen einen Gesundheitsbetrieb aus anderen Gründen ein Staatshaftungsanspruch geltend gemacht wird¹⁵⁹.

¹⁵³ Vgl. Art. 122 ff. StPO. Folgende Einschränkungen bestehen: Keine Adhäsionsbeurteilung im Strafbefehlsverfahren (vgl. Art. 353 Abs. 2 StPO), keine Anfechtung des Strafbefehls durch Opfer (vgl. Art. 353 Abs. 2 i.V.m. Art. 354 StPO), keine Anfechtung der Sanktion durch Opfer (vgl. Art. 382 Abs. 2 StPO), Einschränkung der Berufungskognition auf faktische Nichtigkeitsbeschwerde, wenn «ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens» bildeten (vgl. Art. 398 Abs. 4 StPO) und Ausschluss der zivilrechtlichen Berufung bei einem Streitwert unter CHF 10'000 (vgl. Art. 398 Abs. 4 StPO i.V.m. Art. 308 Abs. 2 ZPO).

¹⁵⁴ Vgl. Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt 2011/171 vom 27. April 2011 E. 4.

¹⁵⁵ Vgl. BGE 141 IV 380 E. 2.3.1; 131 I 455 E. 1.2.4; 128 IV 188 E. 2.2

¹⁵⁶ Vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 BGerR sowie Urteile des BGER 2C_692/2012 vom 10. Februar 2013 E. 1.3 und 2C_257/2011 vom 25. Oktober 2011 E. 1.1.

¹⁵⁷ Vgl. Urteil des BGER 2C_111/2011 vom 7. Juli 2011 E. 1.2.

¹⁵⁸ Vgl. Art. 31 Abs. 1 lit. d BgerR sowie BGE 135 III 329 E. 1.1 und 133 III 462 E. 2.1.

¹⁵⁹ Vgl. Urteil des BGER 2C_692/2012 vom 10. Februar 2013 E. 1.3.

Literaturverzeichnis

- BERGER MAX B., Erneute Anpassungen im Staatshaftungsrecht des Kantons Solothurn, HAVE 2011, 191 ff.
- BORCHI MARCO/GUILLOD OLIVIER, et al., La responsabilità del medico e del personale sanitario fondata sul diritto pubblico, civile e penale, Atti della giornata di studio del 12 giugno 1989, Lugano 1989
- BOSCHUNG MATHIAS, Der bodengebundene Rettungsdienst, Im Spannungsfeld zwischen Staatsaufgabe und regulierter privatwirtschaftlicher Tätigkeit, Diss. Freiburg i. Ü. 2009
- GÄCHTER THOMAS, Medizinischer Notfalldienst. Wandel zu einer kantonalen Staatsaufgabe?, in: Rüssli/Hänni/Häggi (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, 195 ff.
- GROSS JOST/PRIBNOW VOLKER, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Ergänzungsband zur 2. Auflage, Bern 2013
- GUILLOD OLIVIER, La responsabilité dans les hôpitaux publics, in: La responsabilité de l'Etat, Genf 2012, 231 ff.
- HOFER MARTIN /SCHMID-GEENE SASKIA, Die Haftung privatisierter Spitäler - ein Überblick, HAVE 2002, 196 ff.
- KIESER UELI, Kommentar ATSG, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2015
- KIESER UELI/LANDOLT HARDY, Entschädigung und Genugtuung bei Schäden aus Impffolgen, in: Mosimann/Kieser (Hrsg.), Sozialversicherungsrechts-tagung 2017, Zürich/St. Gallen 2018, 41 ff.
- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Die Verjährung und Verwirkung im Staatshaftungsrecht, in: Rüttsche/Fellmann (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Staatshaftungsrechts - Tagung vom 3. Juli 2014 in Luzern, Bern 2014, 197 ff. LANDOLT HARDY, Versichert, aber nicht versorgt!, Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2015, 3 ff. (zit. LANDOLT, Pflegerecht - Pflegewissenschaft, 3)
- LANDOLT HARDY, Organisationshaftung für medizinische Dienstleistungen und Produkte, in: Böhme/Gähwiler/Theus Simoni/Zuberbühler (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung, Festschrift für Willi Fischer, Zürich 2016, 311 ff.
- LANDOLT HARDY/HERZOG-ZWITTER IRIS, Arzthaftungsrecht, Zürich/St. Gallen 2015
- MEIER KURT, Haftung für ärztliche Tätigkeit in öffentlichen Spitälern, HAVE 2012, 468 ff.

- PRIBNOW VOLKER/KEUSCH OLIVER, Übersicht über das geltende Staatshaftungsrecht der Kantone, HAVE 2012, 457 ff.
- RÜSSLI MARKUS, Das neue Haftungsgesetz des Kantons Aargau. Ein Überblick, ZBl 2009, 676 ff.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, Was sind öffentliche Aufgaben?, recht 2013, 153 ff.
- SCHÄRER ZENO, 2 Dangerous Liaisons – Übertragung öffentlicher Aufgaben an Private, hill 2010 III Nr. 2
- SCHMID MARKUS, Die Haftung von Spitälern, in: Rütsche/Fellmann (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Staatshaftungsrechts - Tagung vom 3. Juli 2014 in Luzern, Bern 2014, 91 ff.
- STEINER ISABELLE, Der Dualismus von öffentlichem und privatem Recht in der Arzthaftung und seine Auswirkungen auf die Prozessführung, ZBJV 2006, 101 ff.
- VAN GESSEL CHRISTIAN/GUILLOD OLIVIER, Division commune d'un hôpital privé. Quel régime de responsabilité, AJP 2001, 420 ff.
- WIEGAND WOLFGANG/WICHTERMANN JÜRIG, Zur Haftung für privatisierte Staatsbetriebe, recht 1999, 1 ff.
- ZENGER CHRISTOPH ANDREAS, Privatisierung im Gesundheitswesen?, in: Wiegand (Hrsg.), Rechtliche Probleme der Privatisierung, Berner Tage für die juristische Praxis 1997, Bern 1998, 257 ff.