

Haftung für ärztliche Tätigkeit in öffentlichen Spitälern

Kurt Meier*

I. Einleitung

Ein Spital und seine Angestellten (insbesondere Ärzte und Ärztinnen) haften gegenüber ihren Patienten für fehlerhafte Behandlung.

In der vorliegenden (wahrscheinlich auch nicht fehlerfreien Abhandlung) befassen wir uns ausschliesslich mit der Frage nach den massgeblichen gesetzlichen Bestimmungen für diese Haftung im Rahmen des Staatshaftungsrechts der Kantone.

Einen Schwerpunkt bildet dabei die Abgrenzungproblematik Staatshaftungsrecht / Privatrecht. Unter welchen Voraussetzungen haftet ein Spital bzw. seine Ärzte nach den Vorschriften des kantonalen Staatshaftungsrechts und wann nach den Bestimmungen des OR? Die Problematik ist sehr kontrovers und verwirrend.

Was nicht behandelt wird, und im vorliegenden Zusammenhang auch nicht interessiert, sind die inhaltlichen Fragen zur Arzt- und Spitalhaftung wie:

- Wann liegt eine Sorgfaltspflichtverletzung vor
- Fragen rund um die Aufklärungspflicht
- Beweisproblematik
- Schadenersatz und Genugtuung.

Zum Schluss erlaube ich mir dann noch einige grundsätzliche Ausführungen zur aktuellen Lage, besser gesagt Schieflage der Spitalhaftung.

II. Der Ursprung des Elends Art. 61 OR

1. Gesetzliche Grundlagen der Staatshaftung

Die gesetzlichen Grundlagen zur Staatshaftung finden sich in Art. 59 ZGB und Art. 61 OR. Die beiden Artikel enthalten einen Vorbehalt zugunsten des öffentlichen Rechts des Bundes und der Kantone.

Art. 59 ZGB bestimmt, dass für öffentlich-rechtliche Körperschaften das öffentliche Recht (des Bundes) und der Kantone vorbehalten bleibt.

Art. 61 OR befasst sich mit der Verantwortlichkeit der öffentlichen Beamten und Angestellten bei der Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen.

Der Artikel ist derart zentral, dass ich ihn zitieren möchte:

«Art. 61

Abs. 1

Über die Pflicht von öffentlichen Beamten oder Angestellten, den Schaden, den sie in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, zu ersetzen oder Genugtuung zu leisten, können der Bund und die Kantone auf dem Wege der Gesetzgebung abweichende Bestimmungen aufstellen.

Abs. 2

Für gewerbliche Verrichtungen von öffentlichen Beamten oder Angestellten können jedoch die Bestimmungen dieses Abschnittes durch kantonale Gesetze nicht geändert werden.“

Aus dieser Bestimmung ergibt sich zum ersten, dass die juristischen Personen des öffentlichen Rechts nur haften, wenn dies das öffentliche Recht auch vorsieht. Heute sehen alle Kantone eine solche Haftung im Rahmen eines kantonalen Staatshaftungsgesetzes, vereinzelt im Rahmen von Personalgesetzen, vor.

Da alle Kantone eine Staatshaftung kennen, hat Art. 61 Abs. 1 OR heute somit keine Bedeutung mehr. Ohne ein kantonales Haftungsgesetz gäbe es keine Haftung des Kantons und eine ausschliessliche Haftung der Beamten / Angestellten nach Art. 41 ff. OR.

2. Gewerbliche Verrichtung Art. 61 Abs. 2 OR

Dem kurzen Aufatmen über die klare Rechtslage hinsichtlich Art. 61 Abs. 1 OR dank dem Vorliegen von Staatshaftungsgesetzen in allen Kantonen folgt bald die Ernüchterung mit Art. 61 Abs. 2 OR und seinen Auswirkungen.

Nach Art. 61 Abs. 2 OR gilt der Vorbehalt zugunsten des kantonalen öffentlichen Rechts nicht, wenn es sich um eine gewerbliche Verrichtung von öffentlichen Beamten und Angestellten handelt. Für gewerbliche Verrichtungen können kantonale Gesetze keine Abweichung vorsehen.

Mit dieser Bestimmung wurde für die Spitalhaftung eine sehr unübersichtliche Situation geschaffen, welche die Rechtsprechung nicht vereinfacht hat und die durch die aktuelle Privatisierungswelle bei den öffentlichen Spitälern noch unübersichtlicher wird.

3. Spitalärztliche Tätigkeit: Hoheitlich oder gewerblich?

Im Hinblick auf Art. 61 Abs. 2 stellt sich die Frage, ob die Tätigkeit eines Arztes an einem öffentlichen Spital nun eine hoheitliche oder eine gewerbliche Verrichtung ist. Ist sie hoheitlich, gilt kantonales Haftungsrecht. Ist sie gewerblich, gilt das OR.

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Meier Fingerhuth Fleisch Häberli Rechtsanwälte, Zürich. Vorliegender Beitrag basiert auf das Referat zur Staatshaftungs-Tagung vom 21. August 2012 in Luzern.

Nach anfänglichem Schwanken ist heute die Rechtsprechung des Bundesgerichts gefestigt und wurde immer wieder bestätigt. Danach handelt es sich bei der ärztlichen Tätigkeit in öffentlichen Spitälern um eine hoheitliche Tätigkeit. Umschrieben wurde dieser Grundsatz erstmals klar in BGE 111 II 149:

«Nach der herrschenden Auffassung gilt die Krankenbetreuung in öffentlichen Spitälern, soweit sie von Ärzten in amtlicher Eigenschaft ausgeübt wird, als hoheitliche, nicht als gewerbliche Tätigkeit.»

In BGE 122 III 101 (Praxis 1996, Nr. 188) wurde diese Praxis zusammenfassend bestätigt. Wörtlich sind nach diesem Entscheid Schäden, die bei der Behandlung von Patienten in öffentlichen Spitälern entstehen, „auf die Ausführung staatlicher Hoheit zurückzuführen; sie begründen keine Verletzung eines privatrechtlichen Vertrages, und zwar selbst dann nicht, wenn das Rechtsverhältnis zwischen dem Patienten und dem Spital einem Vertrag gleicht.“

Im BGE 122 I 153 wird festgehalten, dass das Gesundheitswesen, ganz allgemein die Gesundheitsfürsorge, die Krankheitsbekämpfung und Krankenbetreuung, traditionsgemäss in die Kompetenz der Kantone falle. Die Kantone sind danach befugt, das Gesundheitswesen mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften umfassend zu ordnen.

Diese Rechtsprechung hat sich seither nicht geändert, wurde immer wieder bestätigt und ist heute unangefochten. Als erstes Fazit ist somit festzuhalten:

Die spitalärztliche Tätigkeit an öffentlichen Spitälern ist eine hoheitliche Tätigkeit und keine gewerbliche Tätigkeit im Sinne von Art. 61 Abs. 2 OR. Die Kantone sind demnach frei, die Haftung eines öffentlichen Spitals und die der angestellten Ärzte dem kantonalen öffentlichen Recht zu unterstellen.

Dies bedeutet, dass die massgebende Haftungsnorm aufgrund des kantonalen Staatshaftungsrechts ermittelt werden muss. Das kantonale Recht bestimmt allein, ob ein ärztliches Handeln der kantonalen Staatshaftung unterstellt ist oder nicht. Mit diesem an und für sich klaren Grundsatz ist nun allerdings betreffend anwendbares Recht keine Rechtssicherheit verbunden, wie sich zeigen wird. Veranschaulichen möchte ich das vorerst anhand der Haftung für privatärztliche Tätigkeit an öffentlichen Spitälern.

III. Die privatärztliche Tätigkeit

In BGE 112 1b 334 hat das Bundesgericht zur Haftung der privatärztlichen Tätigkeit an einem öffentlichen Spital (hier das Universitätsspital Zürich) Stellung genommen.

In Auslegung des kantonalen Haftungsgesetzes (im Rahmen eines Direktprozesses war das Bundesgericht darin frei) wurde festgehalten, dass auch für die privatärztliche Tätigkeit das Staatshaftungsrecht gelte. Begründet wurde dies vor allem mit dem Schutz der Patienten, die auf eine einheitliche Rechtsregel angewiesen seien.

Dieser Grundsatz wurde im BGE 122 III 101 (Praxis 1996, Nr. 188) bestätigt:

«Die Kantone sind demnach frei, die Handlungen der Ärzte als Beamte dem kantonalen öffentlichen Recht zu unterstellen, und sie können dies auch für Handlungen der Ärzte gegenüber ihren Privatpatienten tun. Machen die Kantone von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, unterstehen die Handlungen der Ärzte subsidiär direkt Art. 41 ff. OR.»

Das Bundesgericht begrüsst eine einheitliche Regelung, insbesondere unter dem Aspekt der einheitlichen Haftung für alle dem Patienten an einem öffentlichen Spital zukommenden medizinischen Pflegeleistungen und Behandlungen, ohne Rücksicht auf die Person des Patienten oder auf die Abteilung, in der er behandelt wird. Es rechtfertigt sich gemäss Bundesgericht daher keineswegs, den Kantonen zu verbieten, in Anwendung von Art. 61 Abs. 1 OR eine einheitliche Regelung dieser Art aufzustellen. Die private Tätigkeit der Chefärzte ist eine Nebenbeschäftigung, die der Kanton als amtliche Tätigkeit qualifizieren und der einheitlichen Regelung unterstellen kann, ob sie nun individuell oder in Mitarbeit mit anderen Beamten ausgeübt wird. Eine solche Regelung liegt gemäss Bundesgericht ganz klar im Interesse der Patienten.

Was für den Kanton Zürich gilt, gilt nicht für den Kanton Schwyz. In einem Entscheid aus dem Jahre 2001 hat das Schwyzer Kantonsgericht (EGVSZ 2001 S. 142) festgehalten, dass die spitalärztliche Tätigkeit und damit auch die privatärztliche Tätigkeit an einem öffentlichen Spital nicht unter den Anwendungsbereich des kantonalen Staatshaftungsgesetzes falle.

In einer ausführlichen Begründung führte das Gericht aus, dass das kantonale Staatshaftungsrecht nur die sogenannte Eingriffsverwaltung erfasse. Eingriffsverwaltung besagt, dass der Staat dem Bürger gegenüber ein Handeln, ein Unterlassen oder ein Dulden vorschreiben kann. Dies treffe für die spitalärztliche Behandlung, welche der Leistungsverwaltung zuzurechnen sei, nicht zu. Also findet das kantonale Haftungsrecht keine Anwendung. Da die ärztliche Behandlung am öffentlichen Spital aber auch keine gewerbliche Tätigkeit ist, bedeutet dies, dass nach Art. 61 Abs. 1 OR der behandelnde Arzt persönlich nach Art. 41 OR haftet. Der Kanton oder die Gemeinden haften nicht. Eine allenfalls privatrechtliche

Spitalorganisation haftet lediglich nach Art. 55 OR (eingeschränkte Kausalhaftung).

Zusammenfassend ist somit festzuhalten:

Um die richtige Haftungsnorm in einem Spitalhaftungsfall zu finden, genügt es nicht, dass ein kantonales Haftungsrecht vorliegt. Die kantonalen Haftungsbestimmungen müssen genau überprüft werden, und es muss abgeklärt werden, ob die fragliche spitalärztliche Behandlung überhaupt von diesem Gesetz erfasst wird. Bei den Privatärzten mag dies noch relativ einfach sein. Viel komplizierter und unübersichtlicher wird die Situation aber zum Beispiel bei den Belegsärzten, welche nur die Infrastruktur des Spitals benutzen, dies jedoch auch in Zusammenarbeit mit angestellten Spitalärzten (z.B. Anästhesist). Eine allgemeine Regel kann nicht gegeben werden, das kantonale Haftungsrecht ist im konkreten Fall auszulegen.

Die verbreitete Aussage, dass Art. 61 Abs. 1 OR heute keine Bedeutung mehr habe, da ja alle Kantone ein Haftungsgesetz kennen, muss daher (zumindest hinsichtlich der Spitalhaftung) relativiert werden.

IV. Öffentliches Spital / Privates Spital

1. Bundesgerichtspraxis

Wir haben bisher immer von der ärztlichen Behandlung an öffentlichen Spitälern gesprochen, welche gemäss der Bundesgerichtspraxis als hoheitliche Tätigkeit anzusehen ist und damit unter den Bereich von Art. 61 Abs. 1 OR und somit unter das kantonale Staatshaftungsrecht fällt. Was jedoch unter einem öffentlichen Spital zu verstehen ist, haben wir noch nicht untersucht. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Spital ist für die Haftung jedoch ausschlaggebend. Denn nur die ärztliche Behandlung an einem öffentlichen Spital ist hoheitlich und amtlich. Die Tätigkeit im Rahmen eines privaten Spitals ist gewerblich und fällt unter Art. 61 Abs. 2 OR. Diese letzte Aussage ist aber auch gleich wieder zu relativieren. Private Spitälern können im öffentlichen Auftrag handeln und in diesem Rahmen dem kantonalen Staatshaftungsrecht unterstellt werden.

Welches sind die möglichen Kriterien zur Abgrenzung? Verschiedene kommen in Betracht, wie

- die Rechtsform der Spitalträgerschaft
- der Versichertenstatus der Patienten
- Subventionierung und finanzielle Beteiligung des Kantons
- die rechtliche Beziehung zwischen Spital und seinen Angestellten

- das Kriterium der Gesundheitsversorgung als öffentliche Aufgabe.

Die Rechtsform der Trägerschaft ist sicher ein Kriterium, aber kein umfassendes. Dieses Kriterium ist insofern brauchbar, als Spitälern, die öffentlich-rechtlich organisiert sind (beispielsweise als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt oder Zweckverband) sicher als öffentliche Spitälern zu bezeichnen sind.

Damit ist aber nichts gesagt über den Status der privatrechtlich organisierten Spitälern im Rahmen von Aktiengesellschaften, Stiftungen oder Vereinen. Diese Rechtsform nimmt rasant zu, wie wir alle wissen. Dabei gibt es Aktiengesellschaften und Stiftungen mit ausschliesslich staatlicher Beteiligung, aber auch Mischformen mit Beteiligung des Staates und Privater. Welches sind in diesen Fällen die Abgrenzungskriterien?

Der Versichertenstatus der Patienten kann es nicht sein, denn alle Privatpatienten sind auch obligatorisch versichert.

Auch das Anstellungsrecht des Spitalpersonals ist kein taugliches Kriterium.

Ebenso die Subventionen seitens der öffentlichen Hand allein, sonst unterlägen ja alle Bauern und selbst die UBS der Staatshaftung.

Das Bundesgericht hat sich verschiedene Male zu dieser Frage geäussert. So insbesondere hinsichtlich des Berner Inselfspitals, das als privatrechtliche Stiftung organisiert ist. Wörtlich führte hier das Bundesgericht zum Status *privates* oder öffentliches Spital aus:

«Das Spital ist eine private Organisation, die gestützt auf das bernische Spitalgesetz öffentliche Aufgaben wahrnimmt. Das Spital gehört zu den öffentlichen Spitälern.» (Urteil des Bundesgerichts 4P.67/2000 vom 31. August 2000).

In BGE 122 I 153 hat sich das Bundesgericht zum Status der privaten Aktiengesellschaft Psychiatrische Klinik Schössli im Kanton Zürich geäussert. Dieses Spital ist mit folgenden Ausführungen als öffentliches Spital eingestuft worden:

«Die Unterscheidung zwischen öffentlicher und privater Natur von Spitälern und Kliniken fällt nicht leicht und hängt von der Fragestellung ab. Da hierfür kaum typisierte Merkmale bestehen, ist die Frage nach der Natur der Tätigkeit der Psychiatrischen Klinik Schössli anhand der konkreten Umstände zu beurteilen.»

Und weiter:

«Das Gesundheitswesen, ganz allgemein die Gesundheitsfürsorge, Krankheitsbekämpfung und Krankenbetreuung, fallen traditionsgemäss in die Kompe-

tenz der Kantone. [...] Daraus ist die abschliessende Folgerung zu ziehen, dass das Patientenverhältnis in der Klinik Schlössli kantonal öffentlich-rechtlicher Natur ist.»

Das Bundesgericht lässt uns hier tatsächlich etwas ratlos zurück. Aus seiner Rechtsprechung ist immerhin abzuleiten, dass das Abgrenzungskriterium objektiv ist. Es besteht nicht in der Eigenart der Person oder der Organisation die gehandelt hat, sondern in der Natur der Tätigkeit, die Ursprung des Schadens ist. (Pierre Widmer, Erläuternder Bericht zur Revision zur Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, 1999, S. 67.)

2. Die Spitallisten

Die «Natur der Tätigkeit» eines Spitals muss als öffentlich-rechtlich bezeichnet werden, wenn sie im Rahmen der kantonal geregelten, öffentlichen Gesundheitsversorgung erfolgt. Damit kommen wir direkt zu den aktuellen Spitallisten und der aktuellen Spitalfinanzierung.

Mit der KVG-Revision vom 21. Dezember 2007, in Kraft getreten auf Anfang 2009, ist die Spitalplanung und Spitalfinanzierung neu geregelt worden. Einerseits erlassen die Kantone zur bedarfsgerechten medizinischen Versorgung der Wohnbevölkerung Spitallisten (Art. 39 KVG) und die Kantone haben sich massgeblich an den Kosten der Listenspitäler zu beteiligen (Art. 49a KVG).

Vor dem Hintergrund der aufgezeichneten Rechtsprechung des Bundesgerichts sollte eigentlich kein Zweifel darüber bestehen, dass alle Spitäler, die auf der kantonalen Spitalliste stehen, als öffentliche Spitäler eingestuft werden müssen. Alle anderen Spitäler, die sogenannten Vertragsspitäler, sind als private Spitäler anzusehen, welche gewerblich handeln.

Das Kriterium der Spitalliste zur Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Spital hat den Vorteil der Klarheit und Eindeutigkeit. Die Spitallisten sind öffentlich und für jedermann zugänglich. Anhand der Liste kann sofort Klarheit darüber gewonnen werden, ob die Haftung des Spitals im Rahmen von Art. 61 Abs. 1 OR erfolgt oder im Rahmen von Art. 61 Abs. 2 OR.

Gelöst ist damit allerdings nur das Problem der Unterscheidung von ärztlicher Handlung als hoheitliche oder gewerbliche Tätigkeit im Rahmen der Spitalhaftung für die «nicht Listen-Spitäler». Für diese gilt zwingend das ausservertragliche und vertragliche Schadenersatzrecht (Art. 41 und Art. 97 OR).

Für die Listen-Spitäler ist im konkreten Fall immer abzuklären, ob und inwieweit das kantonale Staatshaftungsrecht überhaupt anwendbar ist. Dies ist, wie bereits dargelegt, milde ausgedrückt nicht immer sehr einfach.

3. Die Crux der Spitallisten

Das Unterscheidungskriterium Spitalliste tönt schön, nur hat auch dieses Unterscheidungskriterium ein grosses Kreuz. Dargelegt werden kann dies exemplarisch anhand der Tabellen zur Zürcher Spitalliste 2012, Akutsomatik und Rehabilitation. Daraus ergibt sich, dass die Leistungsaufträge des Kantons an die einzelnen Spitäler nicht umfassend, sondern selektiv und eingeschränkt auf bestimmte Behandlungen sind. Zusätzlich ist die Spitalliste noch zeitlich befristet bis Ende 2014.

Was bedeutet dies nun rechtlich hinsichtlich der Haftung eines Spitals? Haftet ein privates Spital nur hinsichtlich der Eingriffe gemäss Leistungsvertrag nach öffentlichem Staatshaftungsrecht oder generell, weil es auf der Spitalliste steht und damit in die kantonale Gesundheitsorganisation eingebunden ist?

Zum Schutze der Patienten muss wohl von der zweiten Variante, einer einheitlichen Rechtsregel, ausgegangen werden. Dies analog zur dargelegten Bundesgerichtspraxis hinsichtlich der privatärztlichen Behandlung. Wie sich die Rechtsprechung diesbezüglich jedoch entwickelt, steht in den Sternen. Ein brauchbares Abgrenzungskriterium ist die Spitalliste sicher nur, wenn daraus umfassend auf Staatshaftungsrecht geschlossen werden kann.

Zu Problemen Anlass gibt auch die Haftung ausserkantonalen Spitäler, die auf einer kantonalen Spitalliste stehen. Hier ist allerdings davon auszugehen, dass das kantonale Staatshaftungsrecht vor den Grenzen des Kantons Halt macht. Das anwendbare Recht ist damit aber noch nicht bestimmt.

V. Der Dualismus Staatshaftungsrecht / privates Haftungsrecht in der Praxis

1. Rechtswegbarriere

Was bedeutet der Dualismus Staatshaftungsrecht / privates Haftungsrecht bei der Haftung für spitalärztliche Tätigkeit in der Praxis?

Zuerst sicher einmal eine massive Rechtswegbarriere und ein Chaos. Isabelle Steiner hat in einer Abhandlung in der ZBJV 2006 (Der Dualismus von öffentlichem und privatem Recht in der Arzthaftung und seine Auswirkungen auf die Prozessführung, ZBJV 142/2006, S. 101 ff.) festgestellt, dass sich rund ein Drittel aller Bundesgerichtsentscheide zur Spitalhaftung ausschliesslich mit der Frage beschäftigt, ob Staatshaftungsrecht oder Privatrecht anzuwenden ist.

Was dies für die jeweils unterliegende Partei bedeutet, kann man sich vorstellen. Hohe Kosten und nochmals von vorne beginnen. Für die Gerichte bedeutet es einen riesigen Verschleiss an Ressourcen.

Je nachdem, ob Staatshaftungsrecht oder Zivilrecht anzuwenden ist, gelten verschiedene Verfahrensvorschriften. Entweder ist der Verwaltungsweg oder der zivilprozessuale Weg einzuschlagen. Vereinzelt verweisen die Kantone allerdings auch für Staatshaftungsprozesse auf den zivilprozessualen Weg.

Verschieden (und eigentliche Fallgruben) sind die Verjährungs- und die Verwirkungsfristen. Im Zivilrecht gilt aussservertraglich eine einjährige Verjährungsfrist und vertraglich die zehnjährige Verjährungsfrist. Bei den kantonalen Staatshaftungsgesetzen kennen wir Verwirkungsfristen und Verjährungsfristen von unterschiedlicher Dauer (1–2 Jahre).

Hat eine Partei den falschen Rechtsweg beschritten, zum Beispiel Haftung aus gewerblicher Verrichtung angenommen, kann es schnell passieren, dass die Verjährungs- oder Verwirkungsfristen des kantonalen Staatshaftungsrechts verpasst sind. Ein Beispiel dafür ist BGE 122 III 101/Praxis 1996, Nr. 188.

2. Die praktischen Probleme geschildert anhand des Staatshaftungsrechts des Kantons Zürich

Die geschilderten Schwierigkeiten mit dem anwendbaren Recht möchte ich kurz anhand der Haftungsregelung im Kanton Zürich darlegen.

Die in unserem Zusammenhang massgebenden Bestimmungen des kantonalen Haftungsrechts sind:

a) Nach § 6 Haftungsgesetz gilt eine ausschliessliche, kausale Staatshaftung. Dem Geschädigten steht kein Anspruch gegen den Angestellten zu.

§ 6 Abs. 1

«Der Kanton haftet für den Schaden, den ein Angestellter in Ausübung amtlicher Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt.»

§ 6 Abs. 4

«Den Geschädigten steht kein Anspruch gegen den Angestellten zu.»

b) Nach §§ 1, 3 und 4 gilt diese ausschliessliche Kausalhaftung für den Kanton, Gemeinden und Organisationen des kantonalen öffentlichen Rechts:

§ 1 Abs. 1

«Dieses Gesetz gilt für den Kanton, für die Mitglieder und Ersatzmitglieder seiner Behörden und Gerichte und für die in seinem Dienste stehenden Personen.»

§ 2

«Dieses Gesetz gilt entsprechend auch für die Gemeinden [...]»

§ 3 Abs. 1

«Dieses Gesetz gilt entsprechend auch für die Organisationen des kantonalen öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit [...]»

c) Zu beachten gilt es eine Verwirkungsfrist von 2 Jahren gemäss § 24.

§ 24 Abs. 1

«Die Haftung des Kantones erlischt, wenn der Geschädigte sein Begehren auf Feststellung, Schadenersatz oder Genugtuung nicht innert 2 Jahren seit Kenntnis der haftungsbegründenden Tatsachen beim Kanton einreicht.»

d) Über die geltend gemachten Ansprüche entscheiden die Zivilgerichte gemäss § 19 Abs. 1.

§ 19 Abs. 1

«Über Ansprüche Dritter gegen den Kanton entscheiden

a. in der Regel die Zivilgerichte,

[...]»

Dies ist in ganz groben Zügen die Regelung des Staatshaftungsrechts des Kantons Zürich.

Nun kommt aber ein ganz gewichtiger § 4a hinzu, der 2008 in das Gesetz aufgenommen wurde. Diese Bestimmung lautet:

§ 4a Abs. 1

«Private, die ihnen übertragene öffentliche Aufgaben erfüllen, haften kausal für den Schaden, den sie dabei durch rechtswidrige Tätigkeit oder Unterlassung verursachen. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Bundeszivilrechts. Ansprüche sind auf dem Weg des Zivilprozesses geltend zu machen.»

Hier haben wir somit eine Kausalhaftung der Spitalorganisation, die Art. 55 OR vorgeht. Diese Haftung ist aber nicht ausschliesslich. Auch die behandelnden Ärzte haften kausal nach Art. 41 OR.

Darin besteht zum Beispiel ein Unterschied zur Regelung im Kanton Aargau. Hier haften Private, die öffentliche Aufgaben erfüllen, ohne spezielle Kausalhaftung. Es wird im Haftungsgesetz auf das Zivilrecht verwiesen. Hinsichtlich der Spitalträgerschaft ergeben sich damit Probleme im Rahmen der eingeschränkten Haftung von Art. 55 OR, das heisst, es müssen immer auch die handelnden Spitalangestellten eingeklagt werden.

Im Kanton Zürich ist bei einer Klage in einem Spitalhaftungsfall somit erstens immer abzuklären, ob das Spital ein Teil der Verwaltung bzw. eine Organisation des kantonalen öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit ist. Wenn dies zutrifft, gilt das «normale

Staatshaftungsrecht», und wir haben hinsichtlich der Rechtsgrundlagen keine Probleme. Dies gilt zum Beispiel für das Universitätsspital, für das Kantonsspital Winterthur, die Zürcher Stadtspitäler und die noch als Zweckverbände organisierten Regionalspitäler.

Die Probleme beginnen dann aber bei den privatrechtlich organisierten Spitälern, zum Beispiel dem Kinderspital, der Uniklinik Balgrist und zunehmend auch bei den in Aktiengesellschaften umgewandelten Zweckverbandsspitälern (Wetzikon, Männedorf und weitere).

Diese privaten Spitäler haften wohl nach § 4a. Eine Haftung nach § 6 ist jedoch auch nicht ausgeschlossen, wenn das privatrechtlich organisierte Spital ausschliesslich von öffentlichen Körperschaften getragen wird. Zu verweisen ist hier auf die Bundesgerichtspraxis betreffend Inselspital Bern.

Hinzu kommen nun noch alle übrigen privaten Spitäler (zum Beispiel die Klinik Hirslanden), die mittels Spitalliste in die kantonale Spitalversorgung eingebunden sind. Hier stellt sich das geschilderte Problem, ob diese Spitäler umfassend nach § 4a haften oder nur für die ärztlichen Handlungen, die von einem Leistungsauftrag abgedeckt sind. In diesem Bereich haben wir eine schier ausweglose Situation vor uns, die kaum mehr justiziabel ist. Stellen wir uns einen Haftungsfall vor in Bezug auf einen Eingriff, der von einem Leistungsauftrag abgedeckt ist, der dann aber zu Komplikationen führt, die Behandlungen notwendig machen, die von diesem Leistungsauftrag nicht mehr abgedeckt sind. Schon allein die Abklärung, ob ein Eingriff mit Leistungsauftrag vorliegt, ist schwierig genug. Hinzu kommt noch die Belegarztproblematik.

Diese unübersichtliche Situation wird in Zürich nur dadurch gemildert, dass § 4a eine Kausalhaftung der Spitalorganisation vorschreibt und dass das Verfahren in jedem Fall im Rahmen des Zivilprozesses abgewickelt wird.

Die Kausalhaftung bedeutet, dass auch der Spitalträger eingeklagt werden kann, ungeachtet des Risikos der eingeschränkten Haftung nach Art. 55 OR.

Die Verfahrensgleichheit bedeutet, dass sich der Geschädigte im zivilprozessualen Verfahren vor dem Bezirksgericht auf alle Haftungsbestimmungen berufen kann, das heisst auf § 6 Haftungsgesetz, § 4a Haftungsgesetz, Art. 41 OR oder Art. 97 OR. Es liegt dann am Gericht, die zutreffende Haftungsnorm zu finden (*iura novit curia*).

Die materielle Beurteilung der geltend gemachten Entschädigung (Schadenersatz/Genugtuung) unterscheidet sich bei den verschiedenen Haftungsarten nicht, wie nachfolgend noch dargelegt wird.

Zu beachten gilt es allerdings im Vorfeld eines Prozesses, dass die Verwirkungsfristen und Verjährungsfristen gewahrt werden. Sicherheitshalber ist somit bei jedem Spitalhaftungsfall nach einem Jahr ein Verjährungsverzicht einzuholen und nach zwei Jahren eine verwirkungshemmende Eingabe einzureichen. Nur damit sind diese Voraussetzungen für die Entschädigungsansprüche in jedem Fall gewahrt und es sollte eigentlich nichts passieren können.

VI. Die materiellen Unterschiede zwischen Staatshaftung und privatrechtlicher Haftung

Wozu erfolgt der gesamte Aufwand bei der Abgrenzungsfrage?

Dieser Aufwand würde sich lohnen, wenn die materiellen Haftungsvoraussetzungen auch unterschiedlich wären. Dies sei der Fall, wird oft argumentiert, da die Staatshaftung in der Regel als Kausalhaftung ausgestaltet ist, während Art. 41 OR und Art. 97 OR von einem Verschulden ausgehen.

Bei näherer Hinsicht stellt man aber fest, dass faktisch bei der Spitalhaftung zwischen einer kantonalen Kausalhaftung und der privaten Verschuldenshaftung kein Unterschied besteht.

Bei der staatlichen Kausalhaftung sind Schaden, Kausalzusammenhang und Widerrechtlichkeit zu beweisen. Bei der Haftung nach Art. 41 OR kommt noch das Verschulden dazu. Bei der Vertragshaftung entfällt die Widerrechtlichkeit, dafür muss eine Vertragsverletzung vorliegen, ein Schaden, ein Kausalzusammenhang und letztlich auch noch ein Verschulden.

Nun weiss jeder Rechtspraktiker, der sich auch nur einmal mit einem Ärzthaftpflichtfall befasst hat, dass das massgebende Kriterium, ob ein Arzt oder ein Spital haftet, bei der ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung, dem Behandlungsfehler, liegt. Diesen Behandlungsfehler hat der Patient darzulegen und zu beweisen, in der Regel durch ein medizinisches Gutachten.

Bei der kausalen Staatshaftung muss der Behandlungsfehler im Rahmen der Widerrechtlichkeit vom Patienten nachgewiesen werden. Bei der Haftung nach Art. 41 OR ist der Behandlungsfehler ebenfalls im Rahmen der Widerrechtlichkeit nachzuweisen. Bei der Vertragshaftung ist der Behandlungsfehler im Rahmen der Vertragsverletzung nachzuweisen.

Liegt ein Behandlungsfehler vor, so ist regelmässig auch von einem Verschulden des behandelnden Arztes auszugehen. Dem Verschulden kommt somit bei der Arzthaftung keine eigenständige Bedeutung mehr zu. Mit anderen Worten:

Die Haftungsvoraussetzungen sind bei der Staatshaftung, der ausservertraglichen Haftung und der Vertragshaftung absolut identisch. Identisch sind im Weiteren dann auch die Berechnung des Schadenersatzes und die Bemessung einer allfälligen Genugtuung. Diese Auffassung deckt sich mit der sorgfältigen Analyse von Monika Gattiker in AJP 2001 (Kausalhaftung für medizinische Behandlung – Realität oder Zukunftsmusik, AJP 2001, S. 644 ff.).

So gelangen wir zum Schluss, dass dem Patienten bei der Durchsetzung seines Anspruches in formeller Hinsicht bei der Abgrenzung zwischen privatrechtlicher und hoheitlicher Haftung und innerhalb der Staatshaftung eine Vielzahl von Steinen in den Weg gelegt werden, dass aber nach dem Wegräumen dieser Steine die Voraussetzungen für die Haftung und die Ermittlung von Schadenersatz und Genugtuung zwischen Staatshaftung und privatrechtlicher Haftung absolut identisch sind. Ein Zustand, der an Boshaftigkeit grenzt. Ein Zustand, der auf eine Rechtsprechung zurückzuführen ist, die nicht das Gesamte im Blickfeld hatte, sondern sich an Einzelfällen ausrichtete und dabei sogar noch meinte, im Interesse der Patienten zu handeln. Genau das Gegenteil davon ist herausgekommen. Würden die Gerichte die spitalärztliche Tätigkeit doch als gewerbliche Tätigkeit charakterisieren, wie dies in den Anfängen auch der Fall war (vgl. ZR 62 [1963] Nr. 33), ist man geneigt zu sagen und zu klagen.

VII. Lösungsansätze

1. Spitalärztliche Tätigkeit = gewerbliche Tätigkeit

Ein erster Ansatz läge darin, die ärztliche Tätigkeit in einem Spital generell als gewerbliche Tätigkeit im Sinne von Art. 61 Abs. 2 OR zu definieren. Damit wären praktisch alle Probleme auf einen Streich gelöst. Für die Spitalhaftung würde schweizweit ein einheitliches Haftungsrecht gelten. Rechtsweg und materielle Vorschriften wären absolut klar. Nachteile für Patienten und Ärzte und Spitalträger gibt es keine. Eine Haftung würde nur ausgelöst, wenn ein Behandlungsfehler im Rahmen der Widerrechtlichkeit oder der Vertragsverletzung nachgewiesen werden kann.

Mit der Annahme einer gewerblichen Verrichtung wäre auch gesichert, dass das Bundesgericht im Rahmen der zivilrechtlichen Beschwerde ohne Einschränkung die Verletzung vom Bundesrecht überprüfen könnte. Dies im Gegensatz zur eingeschränkten Überprüfung von kantonalrechtlichen Bestimmungen.

Sichergestellt wäre damit auch, dass Probleme mit weitgehend ungeklärten, fast nicht zu klärenden Sachverhalten, wie zum Beispiel die Haftung von privaten Belegärzten in öffentlichen Spitälern, die Haftung au-

sserkantonomer Listenspitäler etc. mit einer einheitlichen privatrechtlichen Haftungsregelung sich praktisch ins Nichts auflösen würden.

Was für die menschlichen Patienten utopisch tönt und ist, ist makabererweise für die Pferde bereits seit langer Zeit Wirklichkeit. In einem Entscheid aus dem Jahre 2000 (ZBl 102/2001 S. 378) hat das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich nämlich entschieden, dass die veterinärmedizinische Versorgung eines Pferdes am Tierspital der Universität Zürich eine gewerbliche Tätigkeit sei und dem Privatrecht unterstehe.

Mit einleuchtender Begründung hat das Verwaltungsgericht dargelegt, dass die Behandlung eines Pferdes am Tierspital der Universität Zürich, einer selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt, eine gewerbliche Tätigkeit sei. Also fordern wir doch für die menschlichen Patienten das gleiche Recht wie für die Pferde. Dann können wir aufatmen bzw. uns bei Fragen der ärztlichen Haftpflicht an Spitälern auf den Behandlungsfehler konzentrieren und nicht auf formalrechtliche Fallgruben.

2. Spitalliste

Der zweite, vielleicht weniger utopische Ansatz ist die umfassende Anwendung des Kriteriums der Spitalliste bei der Unterscheidung zwischen amtlicher und gewerblicher Verrichtung. Ein Spital, das auf der Spitalliste steht, sollte gesamthaft dem kantonalen Haftungsrecht unterstellt werden. Damit wäre wenigstens ein klares Kriterium zur Abgrenzung von Art. 61 Abs. 1 und Art. 61 Abs. 2 OR gegeben. Nachfolgend müsste dann wenigstens nur noch im Rahmen des kantonalen Haftungsrechts abgeklärt werden, welche Bestimmungen und Vorschriften zur Anwendung gelangen. Dieser Weg ist schon genügend mühsam, bei genauer Kenntnis des kantonalen Haftungsrechts aber einigermaßen zu bewältigen. Von Vorteil wäre dabei sicher, wenn das kantonale Verfahren für die Staatshaftung konsequent dem zivilprozessualen Verfahren unterstellt würde.

3. De lege ferenda

Grundsätzlich wird der Gesetzgeber nicht darum herumkommen, das angerichtete Rechtschaos bei der Spitalhaftung gesetzgeberisch zu lösen. Im Zusammenhang mit der gescheiterten Haftpflichtrechtsrevision wurden die richtigen Lösungsansätze aufgezeigt. Wie ausgeführt, wäre eine Unterstellung der Spitalhaftung unter Art. 41 OR und die Vertragshaftung nach Art. 97 OR angebracht. Ob eine Kausalhaftung oder eine Verschuldenshaftung statuiert wird, ist hinsichtlich der Spitalhaftung, wie ausgeführt, letztlich unerheblich.