

## **Staatshaftung nach dem Entwurf für die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts**

### **Einführungsreferat**

- I. Ausgangspunkt: Verschiebung der Grenzen zwischen öffentlichrechtlichem Haftungsrecht und privatrechtlichem Haftpflichtrecht  
vgl. Schema auf der Rückseite
  
- II. Beispiele: aktuelle Fälle zur Staatshaftung
  1. Fall: Leukerbad (BGE 2C.4/2000 und 2C.4/1999)
  2. Fall: Sars/Messe Schweiz (Tagespresse)
  3. Fall: Skyguide/Flugunfall Bodensee (Tagespresse)
  4. Fall: Misslungene Operation an staatlichem Spital (BGE 115 Ib 175 ff.)
  5. Fall: Unfall auf Schul-Exkursion (BVR 2003, 241 ff.)
  6. Fall: Listeriose/Vacherin Mont d'Or (BGE 118 Ib 473 ff.)
  7. Fall: Diplomatische Verhandlungen über Rentenzahlungen für Schweizer im ehemaligen Belgisch-Kongo (BGE in Pra 86/1997 Nr. 20)
  
- III. Konsequenzen der neuen Grenzziehung
  1. Einheitliche Regelung für vergleichbare Aktivitäten von Staat und Privaten
  2. Unterschiedliche Regelungen und Rechtswege bei Schädigung durch den Staat
  3. Zivil- statt Verwaltungsgerichtsbarkeit bei Schädigung durch nicht-hoheitliche Tätigkeiten
  4. Ungleichbehandlung der Geschädigten
  5. Ungleichbehandlung der Beamten
  6. Uneinheitliche Zuordnung verwaltungsrechtlicher Verträge
  7. Fazit
  
- IV. Weitere Probleme
  1. Verfassungsmässigkeit

2. Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen hoheitlichen und nicht-hoheitlichen Tätigkeiten

V. Schlussfolgerungen

1. Beschränkung auf punktuelle Änderungen
2. Handlungsbedarf bei Revision im Sinn des Vorentwurfs
3. Schluss

# Staatshaftung nach dem Entwurf für die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts

## I. Ausgangspunkt

Der Entwurf für die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts enthält Neuerungen, die es rechtfertigen, dass sich auch das öffentliche Recht damit auseinandersetzt. Er schlägt vor, die *Grenze zwischen privatrechtlichem Haftpflichtrecht und öffentlichrechtlichem Haftungsrecht zu verschieben.*

[Schema erläutern]

Kategorie der nicht-hoheitlichen amtlichen Tätigkeiten d.h. der nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten, die ohne Anordnungs- und Zwangsbefugnis ausgeübt werden, wird vom öffentlichen Haftungsrecht zum privatrechtlichen Haftpflichtrecht verschoben (schraffierte Fläche).

Inskünftig sollen Schädigungen im Rahmen nicht-hoheitlicher amtlicher Tätigkeiten nicht mehr gestützt auf das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes oder die kantonalen Haftungsgesetze beurteilt werden, sondern gemäss den Haftpflichtbestimmungen des Obligationenrechts (Art. 41 ff. OR).

Die bisherige Abgrenzung zwischen gewerblichen und amtlichen Aktivitäten gemäss Art. 61 OR wird abgelöst durch jene zwischen hoheitlichen und nicht-hoheitlichen Tätigkeiten gemäss Art. 43a OR/VE (für die Kantone) und Art. 3 VG/VE (für den Bund).

## II. Beispiele

Einige mehr oder weniger aktuelle Fälle von Schädigung durch staatliche Handlungen oder Unterlassungen zur Illustration der *Zuordnung zu den hoheitlichen oder nicht-hoheitlichen Tätigkeiten*:

1. Fall: *Leukerbad* (BGE 2C.4/2000, 2C.4/1999):  
Zahlungsunfähigkeit der Gemeinde Leukerbad. Vorwurf an die zuständigen Behörden des Kantons Wallis, ihre Aufsichtspflichten gegenüber der Gemeinde Leukerbad verletzt zu haben.  
Gemeindeaufsicht ist hoheitliche Aufgabe des Kantons  
→ auch nach neuem Recht öffentlich-rechtliche Regelung des Kantons (Art. 43a OR/VE).
2. Fall: *Sars/Messe Schweiz* (Tagespresse):  
Sars-Epidemie in Hongkong, China und weiteren asiatischen Staaten. Verfügung des Bundesamtes für Gesundheit, mit welcher Personen aus den betroffenen Staaten zwei Tage vor Beginn der internationalen Schmuck- und Uhrenmesse in Basel und Zürich untersagt wurde, an dieser Messe als Verkäufer aufzutreten. Vorwurf der unverhältnismässigen Reaktion mit grossen Schadenfolgen.  
Verfügung ist hoheitliche Handlungsform  
→ auch nach neuem Recht öffentlich-rechtliche Regelung des Bundes (Art. 3 VG/VE).
3. Fall: *Skyguide/Flugunfall Bodensee* (Tagespresse):  
Zusammenstoss von zwei Flugzeugen über dem Bodensee im Luftraum, der von der schweizerischen Flugsicherungsgesellschaft Skyguide überwacht wird. Skyguide ist eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft mit Mehrheitsbeteiligung des Bundes, die mit Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe des Bundes betraut ist. Vorwurf von Fehlern in der Überwachung und Sicherung des Flugverkehrs.  
Flugsicherung ist hoheitliche Aufgabe  
→ auch nach neuem Recht öffentlich-rechtliche Regelung des Bundes für Organisationen ausserhalb

der Bundesverwaltung, die öffentliche Aufgabe des Bundes erfüllen (Art. 19 VG/VE).

4. Fall: *Misslungene Operation an staatlichem Spital* (BGE 115 Ib 175 ff.):  
Schwere Schädigung einer Patientin im Zusammenhang mit einer Herzoperation. Vorwurf ärztlicher Kunstfehler.  
Ärztliche Tätigkeit ist nicht-hoheitlich
  - nach neuem Recht nicht mehr kantonales Haftungsrecht, sondern privatrechtliches Haftpflichtrecht (Art. 43 OR/VE)
  - Organisationshaftung gemäss Art. 49a OR/VE.
  
5. Fall: *Unfall auf Schul-Exkursion im Kanton Bern* (BVR 2003, 241 ff.):  
Zeltlager einer Kantonsschulklasse in unmittelbarer Nähe eines Höhlensystems. Schülerin fällt in der Nacht bei der Verrichtung der Notdurft in ein tiefes Loch. Vorwurf der mangelhaften Einrichtung des Zeltlagers.  
Durchführung einer Schul-Exkursion ist nicht-hoheitliche Tätigkeit
  - nach neuem Recht nicht mehr kantonales Haftungsrecht, sondern privatrechtliches Haftpflichtrecht (Art. 43 OR/VE)
  - Organisationshaftung gemäss Art. 49a OR/VE.
  
6. Fall: *Listeriose/Vacherin/Mont d'Or* (BGE 118 Ib 473 ff.):  
Warnung der Behörden vor gesundheitsschädigendem Weichkäse. Drastischer Rückgang des Verkaufs. Vorwurf der ungerechtfertigten negativen Information über Weichkäse
  - Information/Warnung hoheitlich?
  - falls ja: Haftung gemäss Art. 3 VG/VE
  - falls nein: privatrechtliche Organisationshaftung gemäss Art. 49a OR/VE.

7. Fall: *Diplomatische Verhandlungen über Rentenzahlungen für Schweizer im ehemaligen Belgisch-Kongo* (BGE in Pra 86/1997 Nr. 20):

Schweizer, die im ehemaligen Belgisch-Kongo gearbeitet hatten, erhielten nur einen Teil der ihnen zustehenden Renten. Langwierige Verhandlungen zwischen Bundesbehörden und Belgien über diese Frage führten zu keiner Lösung des Problems. Vorwurf an den Bund, die Verhandlungen nicht mit der nötigen Entschlossenheit geführt zu haben.

- diplomatische Verhandlungen hoheitlich?
- falls ja: Haftung gemäss Art. 3 VG/VE
- falls nein: Organisationshaftung (Art. 49a OR/VE).

### **III. Konsequenzen der neuen Grenzziehung**

Auf ersten Blick keine grossen Unterschiede zwischen privatrechtlichem Haftpflichtrecht und öffentlichem Haftungsrecht. Die Haftungsvoraussetzungen sind weitgehend identisch. Sehr oft wird daher das Ergebnis nach öffentlichem Haftungsrecht und allgemeinem Haftpflichtrecht das gleiche sein.

Trotzdem hat neue Grenzziehung zwischen den beiden Rechtsgebieten *erhebliche Auswirkungen*.

#### **1. Einheitliche Regelung für vergleichbare Aktivitäten von Staat und Privaten**

Die Schadenersatzpflicht bei ähnlichen Sachverhalten im privat- und öffentlichrechtlichen Bereich unterliegt der gleichen Regelung, so etwa,

- wenn Schädigung im Rahmen einer Schulexkursion erfolgt wie im Rahmen eines Pfadilagers oder in Zeltferien mit dem Club Méditerranée;
- wenn ein Kunstfehler in einem privaten oder öffentlichen Spital erfolgt.

Das erscheint sinnvoll und ist grundsätzlich zu begrüssen.

Es ist allerdings nicht zwingend, da die Rahmenbedingungen nicht ohne weiteres die gleichen sind:

- Schüler/innen sind verpflichtet, an Exkursion teilzunehmen, auch solche, die daran nicht interessiert sind.
- Lehrer/innen müssen alle Leute mitnehmen, auch solche, die nicht geeignet sind.
- Öffentliche Spitäler müssen alle Patienten aufnehmen, und die Patienten können – jedenfalls in der allgemeinen Abteilung – die Ärzte nicht auswählen (ähnlich Chappuis 310).



## **2. Unterschiedliche Regelungen und Rechtswege bei Schädigung durch den Staat**

Die amtlichen Tätigkeiten des Staates unterliegen teilweise dem öffentlichen Recht, teilweise dem Privatrecht. Je nach dem, ob Schädigung im Rahmen hoheitlicher oder nicht-hoheitlicher Tätigkeiten erfolgt, ist öffentliches Haftungsrecht oder privatrechtliches Haftpflichtrecht massgebend und der öffentlichrechtliche oder privatrechtliche Rechtsweg einzuschlagen.

→ Rechtsunsicherheit: Schwierigkeit, das massgebende Recht und – im Zusammenhang damit – das anwendbare Verfahren zu bestimmen.

## **3. Zivil- statt Verwaltungsgerichtsbarkeit**

Wenn privatrechtliches Haftpflichtrecht anwendbar ist, unterliegen Streitigkeiten der Zivilgerichtsbarkeit.

→ Zivilgerichte haben im Zusammenhang mit Haftungsfällen über Rechtmässigkeit der Erfüllung staatlicher Aufgaben zu entscheiden. Das erscheint nicht zweckmässig, da es dafür spezialisierte Verwaltungsgerichte gibt. Allerdings gibt es das in einigen Kantonen auch heute.

## **4. Ungleichbehandlung der Geschädigten**

Der mit dem Vorentwurf vorgeschlagene Systemwechsel hat eine *Slechterstellung* der Geschädigten zur Folge, welche im Rahmen der Erfüllung nicht-hoheitlicher öffentlicher Aufgaben durch private Organisationen einen Schaden erleiden. Das privatrechtliche Haftpflichtrecht sieht im Unterschied zum Verantwortlichkeitsgesetz (Art. 19 Abs. 1 lit. a VG) *keine subsidiäre Haftung des Staates* vor; wenn die private Organisation nicht belangt werden kann oder nicht zahlungsfähig ist, geht der Geschädigte – anders als bei Schädigung im Rahmen hoheitlicher Tätigkeiten – leer aus.

Umgekehrt führt der Vorentwurf insofern zu einer *Besserstellung* der Geschädigten im Rahmen nicht-hoheitlicher Tätigkeiten, als sie wahlweise entweder den Staat oder den schadenverursachenden Beamten belangen können; Staat und Beamte haften gemäss Art. 53b OR/VE *solidarisch*.

## **5. Ungleichbehandlung der Beamten**

Die teilweise Unterstellung von Fällen unter das öffentlichrechtliche Haftungsrecht und unter das privatrechtliche Haftpflichtrecht führt zu einer Ungleichbehandlung von Beamten. Beamte, die hoheitliche Aufgaben erfüllen, sind in zweifacher Weise gegenüber ihren Kollegen, die nicht-hoheitliche Aufgaben erfüllen, privilegiert:

- Sie können nicht direkt durch den Geschädigten belangt werden (Art. 3 Abs. 3 VG). Beamte, die keine hoheitlichen Aufgaben erfüllen, unterliegen dagegen der Solidarhaftung gemäss Art. 53b OR/VE; der Geschädigte kann also direkt gegen den Beamten vorgehen (Aufhebung von Art. 11 Abs. 2 VG).
- Auf Beamte, die hoheitliche Aufgaben erfüllen, kann überdies nur Rückgriff genommen werden, wenn sie vorsätzlich oder grobfahrlässig gehandelt haben (Art. 7 VG); Beamte, die nicht-hoheitliche Aufgaben erfüllen, können dagegen gemäss Art. 53c OR/VE auch für einfache Fahrlässigkeit haftbar gemacht werden.

## **6. Uneinheitliche Zuordnung verwaltungsrechtlicher Verträge**

Handelt der Staat durch verwaltungsrechtliche Verträge, ist er nicht-hoheitlich tätig; als Vertragspartner kann er weder verfügen noch Zwang anwenden. Vertragsverletzungen richten sich daher nach den Regeln des privatrechtlichen Haftpflichtrechts; dieses ist gemäss Art. 42 OR/VE grundsätzlich auch auf Schaden anwendbar, der durch vertragswidriges Verhalten verursacht worden ist. Da sich die

Erfüllung verwaltungsrechtlicher Verträge nach öffentlichem Recht richtet, ist deshalb je nach Verlauf der Vertragserfüllung *teilweise Privatrecht, teilweise öffentliches Recht* massgebend. Dementsprechend erfolgt auch der Rechtsschutz teilweise auf dem Weg des Zivilprozesses, teilweise durch Verwaltungsgerichte.

## 7. Fazit

Vorgeschlagene Grenzziehung ist nicht unmöglich, aber m.E. mit *erheblichen Nachteilen* verbunden. Insbesondere die Ungleichbehandlung der Geschädigten, vor allem aber auch der Beamten, die nicht-hoheitliche Aufgaben erfüllen, ist stossend; sie verletzt das Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 BV.

Dazu kommt die generelle Problematik der Unterscheidung zwischen hoheitlichen und nicht-hoheitlichen staatlichen Tätigkeiten. Die beiden Kategorien bilden eine *Einheit, die nicht auseinandergerissen werden sollte*. Der moderne Staat ist Eingriffs- und Leistungsstaat in einem; beide Arten von Aktivitäten gehören zusammen und fliessen ineinander über. Es gibt keinen Grund für die „Privilegierung“ der hoheitlichen gegenüber den nicht-hoheitlichen Tätigkeiten. Auch mit Fehlleistungen im Rahmen nicht-hoheitlicher Tätigkeiten können schwerwiegende Schäden verursacht werden, wie die Tätigkeit öffentlicher Spitäler, aber auch die Versorgung mit Wasser zeigen. Für beide Kategorien staatlicher Tätigkeiten sind die Behörden an die gleichen Grundsätze gebunden, so an das Legalitätsprinzip, an das Verhältnismässigkeitsprinzip, an das Gleichbehandlungsgebot, an das Willkürverbot und an den Grundsatz von Treu und Glauben. Da ist es schwer zu rechtfertigen, die Haftung unterschiedlichen Regelungen zu unterstellen.

## IV. Weitere Probleme

### 1. Verfassungsmässigkeit

Grundsätzlichster Einwand: *Fehlende Kompetenz des Bundes* zur Regelung der Haftung der Kantone für Schädigung im Rahmen amtlicher Tätigkeiten.

Vorentwurf stützt sich auf die Zivilrechtskompetenz des Bundes (Art. 122 BV). Er geht davon aus, dass Haftung der Kantone für nicht-hoheitliche Tätigkeiten Zivilrecht ist.

Herkömmliche Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht stützt sich vor allem auf *Interessentheorie* und *Funktionstheorie*.

→ Regelungen, die der Verfolgung öffentlicher Interessen und der Erfüllung staatlicher Funktionen dienen, sind öffentlichrechtlich, die anderen privatrechtlich.

Darauf basiert auch die heutige Abgrenzung zwischen öffentlichrechtlichem Haftungsrecht und privatrechtlichem Haftpflichtrecht gemäss Art. 61 OR.

Lösung des Vorentwurfs stützt sich auf die *typologische Methode*. Diese weist eine Norm dem Privatrecht zu, wenn sie

- dazu dient, die Voraussetzungen privatautonomer Rechtsgestaltung zu umschreiben,
- herkömmlicherweise mit der Privatrechtstradition zusammenhängt und
- typischerweise privatrechtliche Ziele verfolgt.

Diese Abgrenzungskriterien sind schwer zu fassen und noch weniger klar als die herkömmlichen. Die typologische Methode hat denn auch in der Lehre kaum Unterstützung gefunden. Entsprechend wird die Annahme der Verfasser des Vorentwurfs bestritten, dass die Haftung für nicht-hoheitliche amtliche Tätigkeiten Privatrecht sei.

Meines Erachtens ist Haftpflichtrecht *akzessorisches Recht*. Die Regelung der Folgen einer Schädigung gehört jener Rechtsordnung an, welcher die schädigende Tätigkeit untersteht. Die Haftung folgt der Tätigkeit, im Rahmen von welcher die Schädigung verursacht wurde; ist diese privatrechtlich, ist auch die Haftung privatrechtlich, ist sie öffentlichrechtlich, so muss das auch für die Haftungsregelung gelten.

Die im Vorentwurf vorgeschlagene Regelung ist daher erst dann zulässig, wenn dem Bund durch *Änderung der Bundesverfassung* die Kompetenz eingeräumt wird, die Haftung der Kantone für amtliche nicht-hoheitliche Tätigkeiten zu regeln.

## **2. Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen hoheitlichen und nicht-hoheitlichen Tätigkeiten**

Eine Begründung der Autoren des Vorentwurfs für die Verschiebung der Grenze zwischen öffentlichem Haftungsrecht und privatrechtlichem Haftpflichtrecht ist die Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen gewerblichen und amtlichen Tätigkeiten nach geltendem Recht (Art. 61 OR). Die vorgeschlagene Grenze zwischen hoheitlichen und nicht-hoheitlichen Tätigkeiten dürfte jedoch nicht weniger Probleme bieten. Auch hier wird es Grenzfälle geben, deren Zuordnung umstritten ist.

Die Autoren des Vorentwurfs schlagen als Abgrenzungskriterium – m.E. zu Recht – die *Anordnungs- und Zwangsbefugnis* vor: Bereiche, in welchen der Staat verfügen und Zwang anwenden darf, sind hoheitlich.

Auch diese Abgrenzung wirft jedoch mehrere *Fragen* auf:

- a) Handelt ein Beamter nur hoheitlich, wenn er verfügt oder Zwang anwendet, oder immer dann, wenn er es tun *dürfte*? Formulierung von Art. 43a Abs. 1 OR/VE spricht eher für erste Lösung („in Ausübung hoheitlicher Gewalt“); Art. 3

VG/VE eher für zweite („in Ausübung einer hoheitlichen Tätigkeit“). Zweite Lösung ist vorzuziehen.

- b) Es gibt Tätigkeitsbereiche wie Schule und Gesundheitswesen, in welchen der Staat teilweise hoheitlich handelt, teilweise aber nicht. Das würde dazu führen, dass sogar im gleichen Sachbereich sowohl das allgemeine Haftpflichtrecht als auch das öffentlichrechtliche Haftungsrecht gilt.
  
- c) Die Qualifizierung verschiedener Tätigkeiten, die zwar ohne Befehls- und Zwangsbefugnis erfolgt, bereitet Schwierigkeiten, so die öffentliche Beurkundung und Registerführung, behördliche Informationen und Warnungen sowie diplomatische Verhandlungen.

## **V. Schlussfolgerungen**

### **1. Beschränkung auf punktuelle Änderungen**

Aus den dargelegten Gründen plädiere ich für *Beibehaltung der bisherigen Abgrenzung* zwischen öffentlichem Haftungsrecht und allgemeinem Haftpflichtrecht. Allerdings würde ich einige punktuelle Verbesserungen gemäss Vorentwurf unterstützen:

- a) **Anpassung der Regelungen des Verantwortlichkeitsgesetzes des Bundes an das allgemeine Haftpflichtrecht, soweit sinnvoll, so insbesondere**
  - Zusprechung von Genugtuung unabhängig vom Verschulden;
  - Verlängerung der Verjährungsfristen.
  
- b) **Übernahme weiterer Verbesserungen des Vorentwurfs gegenüber heutiger Regelung:**
  - Aufhebung der persönlichen Haftung der Handelsregisterbehörden sowie des Vormunds und der vormundschaftlichen Behörden (Art. 928 OR/VE und Art. 426 ZGB/VE);
  - Aufhebung des besonderen Verfahrens für Magistratspersonen (Aufhebung von Art. 10 Abs. 2 VG).

### **2. Handlungsbedarf bei Revision im Sinn des Vorentwurfs**

Wenn Vorschläge gemäss Vorentwurf verwirklicht werden sollen, braucht es dafür eine *Änderung der Bundesverfassung*.

Überdies sollten gegenüber dem Vorentwurf folgende Verbesserungen oder Präzisierungen angebracht wurden:

- a) **Ausdrückliche Anerkennung des Rechts der Kantone, für Geschädigte und Beamte günstigere Regelungen zu treffen, als sie im OR vorgesehen sind:**

- Einführung der subsidiären oder primären Haftung des Kantons bei Schädigung durch Organisationen, denen die Erfüllung nicht-hoheitlicher öffentlicher Aufgaben übertragen worden ist.
  - Ausschluss der direkten Belangbarkeit der Beamten durch die Geschädigten (geringfügige, aber kaum ins Gewicht fallende Verschlechterung für Geschädigte).
- b) Anerkennung der Zulässigkeit der Regelung des Rückgriffs des Staates auf die Beamten und der Schadloshaltung der Beamten gegenüber dem Staat im nicht-hoheitlichen Bereich durch die Kantone. (Dies erfolgt besser im Personalrecht als im Haftungsrecht).

Entsprechende Regelungen sollten auch auf Bundesebene geschaffen werden.

### **3. Schluss**

So bleibt von den umwälzenden Reformvorschlägen nur wenig übrig. Dies scheint mir jedoch die bessere Lösung zu sein als eine Reform, die aus verfassungsrechtlicher Sicht Bedenken weckt und zu Problemen führt, welche kaum geringer sind als jene, die man lösen will.