

HAFTUNG FÜR IMPFSCHÄDEN ANMERKUNGEN ZU BGE 129 II 353 FF. URTEIL DER II. ÖFFENTLICHRECHTLICHEN ABTEILUNG I.S. X. GEGEN KANTON ST. GALLEN UND KANTONSGERICHT ST. GALLEN (VERWALTUNGSGERICHTSBESCHWERDE) 2A.462/2002 VOM 26. MAI 2003 (ZH)

Hardy Landolt, PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Glarus

**** HAVE 2003 Seite 313 ****

I. Zusammenfassung des Sachverhalts

Der Kinderarzt Dr. A. verabreichte der im Februar 1994 geborenen X. in seiner Praxis im April/Juni 1994 jeweils eine DTP-Impfung (Diphtherie/Tetanus/Pertussis) sowie Impfungen gegen Polio (Impfstoff Poloral) und Meningitis (Impfstoff HibTITER). Die Impfungen erfolgten gemäss den Empfehlungen des Bundesamtes für Gesundheit korrekt im Alter von zwei und vier Monaten mit landesüblichen Impfstoffen. Im Anschluss an die zweite beobachtete die Mutter bei ihrem - nach Darstellung des Kinderarztes bis dahin völlig normal entwickelten - Kind zunächst kurze Zuckungen, später krampfartige Zuckungen und Zittern. Nach verschiedenen medizinischen Untersuchungen wurde schliesslich ein Entwicklungsrückstand, eine Wahrnehmungsstörung mit autistischen Zügen und eine Epilepsie diagnostiziert, die eine vollständige Behinderung zur Folge hatten. Mit Klage vom 1. April 1999 beantragte die Mutter von X. deshalb gestützt auf *Art. 23 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1970 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG; SR 818.101)* dem Bezirksgericht St. Gallen, den Kanton St. Gallen zu verpflichten, ihrer Tochter als Schadenersatz einen Betrag von Fr. 1 611 854.- nebst Zins zu bezahlen. X. reichte zugleich gegen den behandelnden Kinderarzt, der die in Frage stehenden Impfungen in seiner Privatpraxis vorgenommen hatte, beim Bezirksgericht See eine Zivilklage ein, mit welcher von diesem Schadenersatz im Betrag von Fr. 1 731 854.- verlangt wird.

II. Zusammenfassung der Erwägungen

Das Bezirksgericht wies die Klage ab. Nachdem die Klägerin ausdrücklich erklärt hatte, es werde kein Anspruch aus kantonalem Verantwortlichkeitsgesetz geltend gemacht, entschied das Bezirksgericht einzig über den Entschädigungsanspruch nach Art. 23 EpG, den es verneinte. Gegen dieses Urteil wandte sich X. an das Kantonsgericht St.Gallen, welches ihre Berufung in Folge abwies. Eine von X. gegen dieses Urteil gerichtete kantonale Nichtigkeitsbeschwerde hiess das Kassationsgericht des Kantons St. Gallen gut, hob den angefochtenen Entscheid auf und wies die Sache zur Neuurteilung an das Kantonsgericht zurück. Die Gutheissung wurde damit begründet, das Kantonsgericht habe die Tatsache, dass X. an den fraglichen Daten ebenfalls gegen Polio geimpft worden war, seinem Urteil nicht zu Grunde gelegt. Mit neuem Urteil wies das Kantonsgericht die Klage wiederum ab. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt X. dem Bundesgericht im Hauptantrag, das Urteil des Kantonsgerichts St.Gallen aufzuheben und den Kanton St. Gallen zu verpflichten, ihr Fr. 1 611 854.- nebst Zins zu bezahlen. Das Bundesgericht weist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ab und stellt fest, dass es sich bei Art. 23 Abs. 3 EpG um eine Ausfallhaftung handle, die erst in Betracht falle, wenn keine ausreichende Deckung von primär Ersatzpflichtigen erlangt werden könne.

III. Bemerkungen

A. Rechtsnatur

Der Bund haftet für eine schadenstiftende amtliche Tätigkeit, sofern sie widerrechtlich ist (vgl. Art. 146 BV und Art. 3 Abs. 1 VG); der Nachweis eines Verschuldens des Beamten ist nur bei der Geltendmachung von Genugtuungsansprüchen erforderlich. Die meisten Kantone kennen ebenfalls eine *ausschliessliche Kausalhaftung*, so auch der Kanton St. Gallen (vgl. Art. 1 Gesetz über die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten und die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 7.12.1959).

Der Widerrechtlichkeitsbegriff wird sowohl im öffentlich- als auch im privatrechtlichen Haftungsrecht einheitlich verstanden. Widerrechtlich ist das schadenstiftende Verhalten dann, wenn es entweder *absolut geschützte Rechtsgüter* (Erfolgsunrecht) oder - bei blossen Vermögensschäden - eine *Rechtsnorm mit Schutzcharakter* (Verhaltensunrecht) verletzt (vgl. BGE 123 II 577 E. 4d und 115 II 15 E. 3).

Eine *Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit*, die natürlich und adäquat kausal durch eine amtliche Tätigkeit, insbesondere eine pflichtwidrige Unterlassung (siehe dazu BGE 126 II 63 = Pra 2000 Nr. 184 (siehe dazu die Urteilsbesprechung von RICHLI, in: *AJP* 2000, 1025 ff.) und BGE 89 I 483 E. 6) herbeigeführt wurde, begründet eine Widerrechtlichkeitsvermutung, die durch den Nachweis eines Rechtfertigungsgrundes, z.B. einer Einwilligung oder der Wahrnehmung von Amtspflichten, widerlegt werden kann. Der *Entlastungsbeweis* misslingt dann, wenn keine Einwilligung bzw. hinreichende Aufklärung stattfand (vgl. statt vieler BGE 115 Ib 175 E. 2b), keine entsprechende Amtspflicht bestand oder sogar amtspflichtwidrig gehandelt wurde.

Eine Staatshaftung für *humane Infektionsschäden* setzt solchermassen nicht den Nachweis einer Amts- bzw. Sorgfaltspflichtverletzung voraus (vgl. dazu BGE 123 II 577 E. 4c und d/aa-bb). In öffentlich-rechtlichen Arzthaftungsfällen bzw. im Anwendungsbereich der

**** HAVE 2003 Seite 314 ****

Kausalhaftung bejaht das Bundesgericht allerdings die Widerrechtlichkeit erst dann, wenn eine eigentliche *Sorgfaltspflichtverletzung* des Arztes oder der Organe des Krankenhauses nachgewiesen wird (vgl. BGE 115 Ib 175 E. 2a). Nach allgemeinen Beweisregeln hat der Geschädigte den Beweis für das Vorliegen einer Sorgfaltspflichtverletzung zu erbringen, während der Arzt die Beweislast für eine rechtsgenügeliche Einwilligung und Aufklärung trägt (vgl. BGE 115 Ib 175 E. 2b). Diese Praxis hat zur Folge, dass der Patient schlechter gestellt wird; an sich müsste der Arzt die Widerrechtlichkeitsvermutung vollumfänglich mit dem Nachweis, vor der Einwilligung hinreichend aufgeklärt und sorgfaltsgemäss gehandelt zu haben, widerlegen (siehe dazu auch MÜLLER, M. (1996) Staatshaftungsverfahren und Grundrechtsschutz, in: *recht* 1996, 259 ff.).

Die behördliche Impfpflicht stellt zwar eine amtliche Tätigkeit dar, ist aber nicht widerrechtlich, da das EpG die zuständigen Behörden des Bundes und der Kantone dazu anhält, Impfpflichten abzugeben. Die Bejahung der Widerrechtlichkeit behördlicher Empfehlungen würde so eine eigentliche Amtspflichtverletzung voraussetzen. Eine solche könnte etwa dann vorliegen, wenn inhaltlich falsche Impfpflichten gemacht würden. In einem solchen Fall ergäbe sich eine "Haftungsüberlappung" insoweit, als eine privatrechtlich organisierte Impfstelle ihrerseits zur Sorgfalt verpflichtet ist und so behördliche Empfehlungen kritisch zu hinterfragen, insbesondere den Impfwilligen hinreichend aufzuklären hat. Bei der in Art. 23 EpG vorgesehenen Haftung wird aber keine Amts- bzw. Sorgfaltspflichtverletzung vorausgesetzt, mithin handelt es sich bei dieser Norm um einen Anwendungsfall der Staatshaftung für rechtmässig zugefügte Schäden (BGE a.a.O., E. 4.2).

B. Persönlicher Geltungsbereich

1. Aktivlegitimation

Aktivlegitimiert ist ausschliesslich der Geimpfte (vgl. BGE a.a.O., E. 4.2). Im vorliegenden Fall wurde die Geschädigte *nach* ihrer Geburt geimpft, weshalb im Hinblick auf Art. 46 OR von ihrer Aktivlegitimation auszugehen ist. Unklarheiten bestehen bei *pränatal verursachten Impfschäden* insoweit, als sich Lehre und Rechtsprechung uneinig sind, ob nur die (pflichtwidrig nicht) geimpfte Mutter oder auch bzw. nur das geschädigte Kind schadenersatzberechtigt sind (vgl. dazu weiterführend LANDOLT, H. (2003) Baby Boy und der kategorische Imperativ. Ein Beitrag zur haftpflichtrechtlichen Problematik des pränatalen Schadens und der Familienhaftung, in: *ZSR I* 2003, 185 ff., MANNSDORFER, T.M. (2003) Haftung für perinatale Schädigung im medizinischen Bereich, in: *HAVE* 2003, 101 ff., MANNSDORFER, T.M. (2003) Entscheid der Vollversammlung des französischen Kassationshofes (Cour de Cassation, Assemblée plénière) vom 28.11.2001 (Arrêt no 486), in: *AJP* 2003, 1360 ff. und MÜLLER, C. (2003) Die ärztliche Haftpflicht für die Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes. Rechtsvergleichende Überlegungen zur Zulässigkeit von Wrongful birth- und Wrongful life-Klagen im schweizerischen Recht, in *AJP* 2003, 522 ff.).

Im Hinblick auf die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts ist den Angehörigen des Geimpften eine Genugtuung zuzusprechen, sofern die Impffolgen eine schwere Körperverletzung bewirkt haben (vgl. BGE 112 II 220 E. 3, 114 II 144 E. 3a, 115 II 27 E. 1 und 2, 116 II 95 E. 2c, 117 II 50 E. 3 und 118 II 404 = ZBJV 1994, 283). Fraglich ist, ob der Anspruch auf eine Angehörigen Genugtuung direkt aus Art. 23 Abs. 3 EpG folgt und es insoweit unerheblich ist, wenn das kantonale Staatshaftungsrecht die Geltendmachung einer Genugtuung von einem Verschulden abhängig macht, wie das in St. Gallen der Fall ist (vgl. Art. 12 Abs. 2 VG SG). Der zu referierende Entscheid äussert sich zu dieser Problematik nicht, weil nur Ansprüche des geschädigten Kindes eingeklagt wurden.

2. Passivlegitimation

Passivlegitimiert sind die Kantone. Art. 23 Abs. 3 EpG begründet eine Entschädigungspflicht der Kantone selbst dann, wenn in Anwendung von Impfempfehlungen des Bundes ein Schaden eingetreten ist (vgl. BGE a.a.O., E. 4.8). Die Kantone können eine weitergehende Haftung für Impfschäden vorsehen, müssen aber nicht (vgl. dazu infra Ziff. D.2). Das Bundesgericht betont zudem, dass eine "zurückhaltende Annahme einer kantonalen Entschädigungspflicht" angebracht sei, weil der Bund die Kantone - unbekümmert um ihr Staatshaftungsrecht - für eine rechtskonforme Schadenszufügung haften lässt. Anzuführen ist, dass das Tierseuchengesetz (TSG) vom 1.4.1966 im Gegensatz zum EpG für eine rechtmässig angeordnete Tieraussmerzung in Art. 32 TSG eine zwingende Haftung des Bundes und in Art. 33 TSG eine freiwillige Haftung der Kantone vorsieht, weshalb aus der zwingenden Natur der Kantonshaftung im Bereich der humanen Infektionsschäden nicht e contrario geschlossen werden kann, es sei eine besondere Zurückhaltung zu üben.

C. Sachlicher Geltungsbereich

1. Allgemeines

Ein *Infektionsschaden* liegt vor, wenn eine Person oder ein Tier durch ein (pflichtwidriges) menschliches Verhalten mit Erregern einer Infektionskrankheit angesteckt wird und als Folge davon eine Körperverletzung bzw. ein Schaden eintritt (vgl. Art. 46 OR). Beim *Impfschaden* erfolgt die Ansteckung durch ein bewusstes

** HAVE 2003 Seite 315 **

Verabreichen eines Impferums. Die unerwünschten Nebenwirkungen umfassen alle nach einer Impfung auftretenden, klinischen Ereignisse, die in einem zeitlichen Zusammenhang mit der Impfung stehen (vgl. dazu BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT/SCHWEIZERISCHE KOMMISSION FÜR IMPFFRAGEN (2003) *Allgemeine Empfehlungen zu Impfungen. Supplementum XVI zum blauen Ordner Infektionskrankheiten*, Bern, 7).

Art. 23 Abs. 3 EpG bezieht sich auf Schäden, die als Folge von *behördlich angeordneten oder empfohlenen Impfungen* eintreten, wobei ein natürlicher und adäquater Zusammenhang zwischen Impfung und Schaden nachgewiesen sein muss (vgl. BGE a.a.O., E. 4.2). Andere Infektionsschäden, insbesondere "unechte" Impfschäden (Schädigung infolge pflichtwidrig unterlassener Impfung oder Vornahme von nicht behördlich empfohlenen Impfungen) werden von dieser Haftungsnorm nicht erfasst. Für andere humane Infektionsschäden beurteilt sich eine allfällige Entschädigungspflicht nach den allgemeinen Staatshaftungsgrundsätzen.

Damit eine Staatshaftung begründet werden kann, ist im Regelfall ein widerrechtliches amtliches Verhalten nachzuweisen. Ausnahmsweise besteht eine *Billigkeitshaftung* für ein rechtmässig schadenstiftendes Verhalten. Einige Kantonsverfassungen bzw. kantonale Staatshaftungsgesetze sehen eine solche auf Billigkeitsüberlegungen beruhende Haftung für eine rechtmässige Schädigung vor, sofern der Geschädigte schwer betroffen ist und ihm nicht zugemutet werden kann, den Schaden zu tragen (siehe z.B. § 75 Abs. 1 KV AG, Art. 70 Abs. 2 KV AR, § 13 Abs. 2 KV BL und Art. 54 Abs. 2 KV OW).

2. Behördlich empfohlene Impfung als Schadensursache

Das Bundesamt für Gesundheitswesen (BAG) hat *Richtlinien zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten* und über den Umgang mit Erregern herauszugeben und sie laufend dem neuesten wissenschaftlichen Stand anzupassen (vgl. Art. 3 Abs. 3 EpG). Ebenso sind die kantonalen Behörden berechtigt, Massnahmen zu ergreifen, um die Ausbreitung von Krankheiten zu verhindern; sie können insbesondere im Einvernehmen mit dem BAG Impfungen vorsehen (vgl. Art. 21 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 1 EpG). Im zu referierenden Entscheid wurde offengelassen, ob das BAG Impfempfehlungen abgeben dürfe (vgl. BGE a.a.O., E. 3). Gestützt auf die vorstehend erwähnten gesetzlichen Grundlagen ist das BAG gewiss berechtigt, Impfempfehlungen abzugeben (vgl. dazu MÜLLER, M. (1992) *Zwangsmassnahmen als Instrument der Krankheitsbekämpfung. Das Epidemiegesetz und die Persönliche Freiheit*, Basel, 64 f.).

Das BAG hat denn auch zusammen mit der Schweizerischen Kommission für Impffragen (SKIF) einen *allgemeinen Impfplan* ausgearbeitet, der Impfempfehlungen für die ganze Schweiz und die gesamte Bevölkerung enthält (im Internet verfügbar unter <http://www.bag.admin.ch/infekt/impfung/plan/d/index.htm>). Dieser wird ergänzt durch *spezifische Empfehlungen* der zuständigen Behörden in Bezug auf besondere Impfungen, Bevölkerungsgruppen oder Verhaltensweisen (siehe dazu <http://www.bag.admin.ch/infekt/impfung/vaccs/d/index.htm>). Art. 23 Abs. 1 EpG verpflichtet die Kantone, für die *Möglichkeit der kostenlosen Impfung* gegen übertragbare Krankheiten, die für die Bevölkerung eine erhebliche Gefahr bedeuten, zu sorgen. Gemäss der *VO über die kostenlosen Impfungen* vom 22.12.1976 ist ein kostenloser Impfschutz für *Kinderlähmung* und *Tuberkulose* vorzusehen.

Art. 23 Abs. 3 EpG ist nach dem klaren Wortlaut auf alle Impfschäden anwendbar, die als Folge der Durchführung staatlich empfohlener Impfungen eintraten. Ob die Impfung kostenlos vom Kanton durchgeführt werden musste (Kinderlähmung und Tuberkulose) bzw. wurde (andere Impfungen) oder der Geimpfte bzw. seine Krankenkasse (vgl. Art. 12 KLV) die Kosten tragen mussten, ist unerheblich. Art. 23 Abs. 3 EpG schützt das Vertrauen der Bevölkerung in behördliche Auskünfte und stellt insoweit einen Anwendungsfall der Vertrauenshaftung dar (vgl. dazu z.B. BGE 121 V 71 E. 2a).

D. Subsidiarität

1. Formelle Subsidiarität

Die Haftung für Impfschäden gemäss Art. 23 Abs 3 EpG ist subsidiär (vgl. BGE a.a.O., E. 4). Der Geschädigte kann eine Entschädigung nur dann fordern, wenn er nachweist, alle zumutbaren Bemühungen unternommen zu haben, den Schaden gegenüber allfällig widerrechtlich Haftenden oder sonstigen Ersatzpflichtigen, insbesondere Sozialversicherungen, geltend zu machen (*formelle Subsidiarität*). Reicht der Geschädigte nach dem zuständigen kantonalen Staatshaftungsrecht ein Entschädigungsbegehren ein oder erhebt er Klage, darf deshalb auf das Schadenersatzbegehren nur dann eingetreten werden, wenn er den vorerwähnten Nachweis erbringt. Ist gleichzeitig ein Haftungs- oder Sozialversicherungsverfahren anhängig, das sich mit dem Impfschaden befasst - wie das im zu referierenden Fall zutraf (vgl. supra Ziff. I) -, ist das Verfahren zu sistieren. Aus dem Sachverhalt geht jedoch hervor, dass Bezirk- und Kantonsgericht die Klage abgewiesen haben, auf diese also eingetreten sind und sie materiell behandelt haben. Die Klageabweisung hat wegen des Eintritts der *materiellen Rechtskraft* zur Folge, dass ein erneutes Haftungsbegehren nicht mehr gestellt werden kann, wenn der Geschädigte vergeblich versucht hat, Dritte zu belangen. Es sollte deshalb auf zu früh

**** HAVE 2003 Seite 316 ****

bzw. parallel gestellte Begehren gemäss Art. 23 Abs. 3 EpG nicht eingetreten werden.

2. Materielle Subsidiarität

Nach dem rechtskräftigen Abschluss allfälliger Haftungs- oder Sozialversicherungsverfahren kann der Geschädigte nur für den noch nicht gedeckten Schaden Ersatz verlangen (*materielle Subsidiarität*). Die Haftung von Art. 23 Abs. 3 EpG stellt so eine *Ausfallhaftung* dar (vgl. BGE a.a.O., E. 4). Der ungedeckte Schaden oder die Genugtuungssumme können zudem ganz oder teilweise gekürzt werden, wenn den Geschädigten ein grobes Selbstverschulden trifft (vgl. Art. 23 Abs. 3 Satz 2 EpG sowie rechtsvergleichend BGH vom 26.1.1959 (III ZR 213/57) E. III.4: Kein Verschulden eines 10-jährigen Schülers, der einen Merkzettel über eine bevorstehende Impfung nicht weiterleitet, und dessen Eltern, die sich nicht von sich aus über periodische Schulimpfungen erkundigen).

Eine erste Ausnahme von der materiellen Subsidiarität besteht bei Impfschäden, die als Folge von klinischen Versuchen mit Heilmitteln bzw. Impfsereen bei Probanden eintreten. Art. 7 Abs. 1 *VO über klinische Versuche mit Heilmitteln (VKlin)* vom 17.10.2001 verpflichtet den Sponsor dazu, den gesamten Schaden zu ersetzen, den die Versuchsperson im Rahmen eines klinischen Versuchs erleidet. Wie bei der Ausfallhaftung gemäss EpG handelt es sich bei dieser Haftung um eine solche für rechtmässiges Verhalten (vgl. Art. 54 Abs. 1 lit. a HMG), ist aber im Gegensatz zu jener nicht subsidiär (vgl. Art. 54 Abs. 1 lit. b HMG).

Eine *primäre Haftung* für eine Schädigung, die als Folge einer gestützt auf eine behördliche Empfehlung rechtmässig vorgenommenen oder unterlassenen Impfung eintrat, kann in den Kantonen, die eine Billigkeitshaftung für eine rechtmässige Schadenszufügung kennen (siehe dazu supra Ziff. C.1) auf das *kantonale Staatshaftungsrecht* abgestützt werden. In der Literatur wird für Härtefälle zudem ganz generell eine Staatshaftung gestützt auf Art. 8 Abs. 1 BV gefordert (siehe dazu statt vieler den Überblick bei WEBER-DÜRLER, B. (1989) Zur Entschädigungspflicht des Staates für rechtmässige Akte in: *FS Otto Kaufmann*, Bern/Stuttgart, 339 ff.). Das Bundesgericht hat dieses Ansinnen - mit der einzigen Ausnahme der Sonderopferentschädigung - bis anhin allerdings abgelehnt (vgl. BGE 118 Ib 473 E. 6b).

IV. De lege ferenda

De lege ferenda ist eine Billigkeitshaftung - analog Art. 23 EpG - für alle Arten von Infektionsschäden zu fordern. Es ist nämlich nicht nachvollziehbar, warum nur "echte" Impfschäden, nicht aber andere Impf- bzw. Infektionsschäden, privilegiert behandelt werden sollen. Eine Ausfallhaftung erscheint bei einer Schädigung als Folge des Beachtens behördlicher Empfehlungen auf den ersten Blick zwar als naheliegender. Doch käme es - vor allem bei Härtefällen - einer stossenden Ungerechtigkeit gleich, Art. 23 EpG nicht analog anzuwenden.

Dies trifft insbesondere bei *Impfschäden, die als Folge des (pflichtwidrigen) Unterlassens behördlich empfohlener Impfungen* entstehen, und bei einer *Ansteckung eines ungeborenen Kindes mit HIV oder anderen*

Infektionskrankheiten zu. Praxisgemäss kann gegenüber ungeborenem Leben keine strafbare Handlung erfolgen (so OGer TG vom 19.12.1996 (SB 96 42) = RBOG 1997, 24), was zur Folge hat, dass - mangels Opferqualität (vgl. Art. 2 Abs. 1 OHG) - keine Opferhilfeentschädigungsansprüche geltend gemacht werden können. Haftungsansprüche des Kindes gegenüber den es infizierenden Eltern scheitern ebenfalls entweder an der fehlenden Aktivlegitimation oder am Haftungssubstrat. Diese Härte wird allerdings insoweit gemildert, als eine angeborene HIV-Ansteckung ein Geburtsgebrechen darstellt (vgl. Ziff. 490 Anhang GgV). Trotzdem verbleibt ein ungedeckter Schaden; dieser Härtefallschaden gehört - wie im Fall von Art. 23 Abs. 3 EpG - gedeckt.

Das infizierte bzw. zu Unrecht nicht geimpfte Kind befindet sich in einer vergleichbaren Lage wie das geimpfte Kind. Beide wurden "Opfer" einer Kausalkette, die sie nicht in Gang setzten und an der der Staat im Rahmen von Bemühungen zur Gesundheitsprävention entweder aktiv oder passiv beteiligt ist.

Diese Texte sind urheberrechtlich geschützt.