

Rechtsgutachten

Entschädigung und Genugtuung bei Schäden aus Impffolgen

von

Prof. Dr. iur. Hardy LANDOLT LL.M.

Prof. Dr. iur. Ueli KIESER

Inhaltsverzeichnis:

I. Ausgangslage	1
II. Begriff des Impfschadens	2
A. Allgemeines	2
B. Impffolgeschaden	3
III. Versicherungs- und Haftungsansprüche im Zusammenhang mit einem Impffolgeschaden..	3
A. Versicherungsansprüche	3
1. Sozialversicherungsrechtliche Ansprüche	3
i. Allgemeine Versicherungsansprüche	3
ii. Besondere Versicherungsansprüche	4
a. Unfallversicherungsrechtliche Leistungspflicht.....	4
1) Impffolgeschaden als versicherter Unfall	4
2) Impffolgeschaden als versicherte Berufskrankheit.....	6
b. Geburtsgebrechensversicherungsrechtliche Leistungspflicht	8
c. Militärversicherungsrechtliche Leistungspflicht	8
2. Privatversicherungsrechtliche Ansprüche	9
B. Haftungsansprüche.....	9
1. Abgrenzung zwischen öffentlich- und privatrechtlicher Haftungsordnung.....	9
i. Allgemeines	9
ii. Sachlicher Geltungsbereich des Staatshaftungsrechts.....	10
iii. Persönlicher Geltungsbereich des Staatshaftungsrechts.....	11
2. Haftung für fehlerhafte Impfstoffe.....	13
3. Haftung für unsorgfältige Impfempfehlungen	14
4. Haftung für rechtswidrige Impfbobligatorien	14
5. Haftung für unsorgfältige Anwendung eines Impfstoffes	15
i. Allgemeines	15
ii. Einwilligungs- und Aufklärungsfehler	17
iii. Anwendungsfehler	18
6. Haftung für unzumutbare Impfschäden.....	19
i. Unterschiedliche kantonale Billigkeitshaftung	19
ii. Keine allgemeine Billigkeitshaftung des Bundes	20

IV. Entschädigung für den materiellen Impffolgeschaden	20
A. Anspruchsvoraussetzungen	20
1. Allgemeines	20
2. Behördlich angeordnete oder empfohlene Impfung.....	20
3. Gesundheitliche Beeinträchtigung	20
4. Schaden.....	21
i. Allgemeines	21
ii. Zivilrechtlicher Schadenbegriff.....	21
iii. Opferhilferechtlicher Schadenbegriff	22
B. Subsidiarität	22
1. Keine anderweitige Deckung	22
2. Zumutbare Bemühungen	23
i. Allgemeines	23
ii. Wesentliches Mitverschulden des Schadens	24
iii. Zumutbare Schadenminderung	25
a. Sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht.....	25
b. Haftpflichtrechtliche Schadenminderungspflicht.....	26
iv. Zumutbare Schadenersatzverfolgungsbemühungen	27
a. Allgemeines	27
b. Opferhilferechtliche Zumutbarkeit.....	27
c. Sachliche Zumutbarkeit	30
d. Finanzielle Zumutbarkeit.....	31
e. Zeitliche Zumutbarkeit.....	33
f. Zusammenfassung	33
V. Entschädigung für den immateriellen Impffolgeschaden.....	34
A. Anspruchsvoraussetzungen	34
1. Allgemeines	34
2. Immaterielle Unbill.....	34
3. Schwere der Beeinträchtigung – Bagatellverletzung	37
B. Bemessung der Genugtuungshöhe.....	39
1. Allgemeines	39
2. Haftpflichtrechtliche Bemessungsmethode.....	40
i. Allgemeines	40
ii. Präjudizienvergleichsmethode.....	41
iii. Zweiphasige Berechnungsmethode	43
3. Opferhilferechtliche Bemessungsmethode	44
VI. Beweiserleichterung gemäss Art. 69 Abs. 2 EpG	47
A. Allgemeines	47
B. Anwendungsbereich und Bedeutung von Art. 69 Abs. 2 EpG	48
1. Anwendungsbereich	48
2. Beweis- und Rechtsanwendungsregel	48
C. Anforderungen an die Glaubhaftmachung.....	50
1. Allgemeines	50
2. Opferhilferechtliche Glaubhaftmachung.....	52
3. Sozialversicherungsrechtliche Glaubhaftmachung	54
4. Besonderheiten beim Beweis einer negativen Tatsache.....	55

VII. Beantwortung der Fragen.....	56
A. Subsidiarität	56
B. Genugtuung	58
C. Beweiserleichterung.....	59

I. Ausgangslage

Das Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 28. September 2012 regelt in den Art. 64 bis 69 den Anspruch auf Entschädigung und Genugtuung bei Schäden aus Impffolgen. Art. 100 und 101 der Verordnung über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemienvorordnung, EpV) vom 29. April 2015 konkretisieren, wer ein Gesuch für eine Entschädigung oder eine Genugtuung stellen kann und welche Angaben und Belege bei der Gesuchseinreichung notwendig sind. Die seit dem 1. Januar 2016 in Kraft stehende Regelung unterscheidet sich nur unwesentlich von der bisherigen Entschädigungsordnung. Wesentliche Unterschiede bestehen hinsichtlich des neu eingeführten Genugtuungsanspruches, der Zuständigkeit des Bundes für die Gewährung der Entschädigung bzw. der Genugtuung und der Kostenaufteilung zwischen Bund und Kantonen¹.

Die gesetzliche Regelung unterscheidet dabei zwischen der Entschädigung für den materiellen Schaden² und der Genugtuung für den immateriellen Schaden³, der als Folge einer behördlich angeordneten oder behördlich empfohlenen Impfung eintritt. Der Entschädigungsanspruch wird nur gewährt, soweit der Schaden mit zumutbaren Bemühungen nicht anderweitig gedeckt werden kann⁴. Der Genugtuungsanspruch demgegenüber hängt einerseits von der Schwere der immateriellen Beeinträchtigung ab und wird andererseits nur in dem Umfang gewährt, soweit Dritte keine oder keine genügende Leistung erbringen⁵. Während die Entschädigung betragsmässig nicht begrenzt wird, beträgt die Genugtuung höchstens 70 000 Franken⁶. Beide Ansprüche können herabgesetzt oder gänzlich verweigert werden, wenn die Lieferung der im Folge betroffene Person den materiellen oder immateriellen Schaden wesentlich mitverschuldet hat⁷.

Im Zusammenhang mit der Anwendung der neuen gesetzlichen Bestimmungen hat das Bundesamt für Gesundheit den Auftrag erteilt, die nachfolgenden Fragen gutachterlich zu beurteilen:

1. Prüfung der Subsidiarität (Art. 64 Abs. 2 EpG): Nach der Konzeption des EpG ist eine Entschädigung nur dann auszurichten, wenn der Schaden nicht anderweitig gedeckt wird.

- *Im Sinne einer Auslegeordnung: Welche möglichen Entschädigungsleistungen von Sozialversicherungen (KVG, IVG) sowie weit verbreiteter Privatversicherungen werden üblicherweise bei einem Impfschaden ausgerichtet?*
- *Welche Kriterien sind für die Feststellung und Beurteilung eines «Restschadens» bzw. «verbleibenden Schaden» heranzuziehen? Wie lässt sich beurteilen, ob Leistungen Dritter ungenügend sind? Was bedeutet der Rückgriff auf den zivilrechtlichen Schadensbegriff?*
- *Wie lässt sich das Verfahren zur Ausrichtung einer Entschädigung (und Genugtuung) in Bezug auf die Prüfung der Subsidiarität standardisieren und vereinfachen?*

2. Genugtuung/Schwere der Beeinträchtigung (Art. 65 Abs. 1 und 2 EpG): Als Bemessungsgrundlage für eine Genugtuung dient die Schwere der Beeinträchtigung.

- *Ab wann kann von einer schweren Beeinträchtigung i.S. von Artikel 65 EpG gesprochen werden?*

¹ Siehe Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 3. Dezember 2010 (nachfolgend: Botschaft EpG) = BBl 2010, 311 ff., 410 ff.

² Vgl. Art. 64 EpG.

³ Vgl. Art. 65 EpG.

⁴ Vgl. Art. 64 Abs. 2 EpG.

⁵ Vgl. Art. 65 Abs. 1 und 4 EpG.

⁶ Vgl. Art. 65 Abs. 3 EpG.

⁷ Vgl. Art. 67 EpG.

- *Wie ist das Verhältnis zu den im Privatrecht gewährten Beiträgen? Wie könnte eine degressive Skala – unter Berücksichtigung des Höchstbetrags nach EpG und unter Bezugnahme auf das Haftpflichtrecht – im Bereich der Impfschäden ausgestaltet werden?*
- 6 3. Beweiserleichterung: Auslegung der Begriffe «zumutbare Bemühungen» sowie «glaubhaft machen» (Art. 64 Abs. 2 sowie Art. 69 Abs. 2 EpG).
- *Was ist unter diesen Begriffen zu verstehen? Welche Parallelen gibt es zu anderen Rechtsgebieten?*
 - *Welche Beweiserleichterungen sind damit verbunden? Wie gestaltet sich das Zusammenspiel der beiden Elemente?*
- 7 Die nachfolgenden Ausführungen gliedern sich wie folgt:
- In einem ersten Teil werden der Begriff des «Impfschadens» sowie die Haftungs- und Versicherungsansprüche bei Eintritt eines solchen Schadens überblicksweise dargestellt.
 - Der zweite Teil widmet sich der Entschädigung für den materiellen Impfschaden und den besonderen Aspekten dieses Entschädigungsanspruches.
 - Der dritte Teil befasst sich mit der Entschädigung für den immateriellen Schaden und den besonderen Aspekten gemäss der eingangs erwähnten Fragestellung.
 - Der vierte Teil schliesslich ist der Problematik der Beweiserleichterung gewidmet.
 - Der fünfte Teil enthält die Zusammenfassung und die praktischen Hinweise.

II. Begriff des Impfschadens

A. Allgemeines

- 8 Der Begriff «Impfschaden» ist unklar. Im weitesten Sinne umfasst der *Impfschaden sämtliche geldwerten Nachteile, die eine geimpfte Person unfreiwillig erleidet*. Solche unfreiwilligen Nachteile können eintreten, wenn ein unzulässiges Impfblogatorium erlassen wird⁸, ein zwar zulässiges Impfblogatorium in unzulässiger Weise, beispielsweise durch physischen Zwang, vollzogen wird⁹, die Einnahme des verwendeten Impferserums ohne vorgängige Aufklärung erfolgt¹⁰ oder unsachgemäss appliziert wird¹¹ oder das verwendete Impferserum selbst fehlerhaft hergestellt worden ist. Weiter ist denkbar, dass Aufsichts- oder andere Amtspflichten im Zusammenhang mit Infektionskrankheiten missachtet werden¹².

⁸ Die Kantone können Impfungen von gefährdeten Bevölkerungsgruppen, von besonders exponierten Personen und von Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben, für obligatorisch erklären, sofern eine erhebliche Gefahr besteht (vgl. Art. 22 EpG sowie Art. 38 Abs. 1 und 2 EpV).

⁹ Ein Impfblogatorium muss zeitlich befristet sein und darf nicht mittels physischen Zwangs vollzogen werden (vgl. Art. 38 Abs. 3 EpV).

¹⁰ Bei rezeptpflichtigen Medikamenten hat der Arzt die Chancen und Risiken der verschiedenen auf dem Markt erhältlichen Produkte im Hinblick auf die konkrete Anwendung abzuwägen und diese mit seinem Patienten zu diskutieren (vgl. Urteil BGer 4A_365/2014 und 4A_371/2014 vom 5. Januar 2015 E. 9.2; Siehe ferner Urteil BGer 4A_343/2015 vom 21. Oktober 2015 E. 3).

¹¹ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht eine widerlegbare Tatsachenvermutung, dass eine durch die Injektion eines Arzneimittels verursachte Infektion auf eine Sorgfaltspflichtverletzung des Arztes zurückgeht (vgl. BGE 120 II 248 E. 2c).

¹² Siehe LANDOLT, Hardy, Grundlagen des Impfrechts unter besonderer Berücksichtigung der Haftung für Infektionsschäden, in: AJP 2004, S. 280 ff.

B. Impffolgeschaden

Gemäss dem Titel des 2. Abschnittes bestehen der Entschädigungs- und der Genugtuungsanspruch im Zusammenhang mit «Schäden aus Impffolgen». Im Gesetzestext selbst wird nicht festgehalten, was unter einem Impffolgeschaden zu verstehen ist. Nach der Auffassung der Gutachter umfasst der Impffolgeschaden *sämtliche geldwerten Nachteile, die als Folge einer unerwünschten Beeinträchtigung der Gesundheit im Zusammenhang mit der Anwendung oder Wirkung eines Impferums, das behördlich angeordnet oder empfohlen worden ist, eintreten*. Der Bundesrat betonte in der Botschaft, dass übliche bzw. geringfügige Impfreaktionen, z.B. Rötung, Schwellung, Fieber etc., nicht als unerwünschte Beeinträchtigung der Gesundheit qualifiziert werden können¹³.

Der Schaden, der im Zusammenhang mit einer unzulässigen Anordnung eines Impfbefehls oder dem rechtswidrigen Vollzug eines zulässigen Impfbefehls eintritt, stellt keinen Impffolgeschaden dar, weil der Schaden nicht eine Folge der Verwendung des Impferums ist, sondern unabhängig davon durch ein widerrechtliches Verhalten einer staatlichen Behörde verursacht worden ist. Die Haftung für unzulässig angeordnete oder vollzogene Impfbefehle richtet sich nach der anwendbaren Staatshaftungsordnung des Kantons, der das Impfbefehlswiderrechtlich erlassen oder vollzogen hat.

III. Versicherungs- und Haftungsansprüche im Zusammenhang mit einem Impffolgeschaden

A. Versicherungsansprüche

1. Sozialversicherungsrechtliche Ansprüche

i. Allgemeine Versicherungsansprüche

Erleidet eine geimpfte Person einen Impffolgeschaden, kann sie – je nach Schwere der gesundheitlichen Beeinträchtigung und den damit verbundenen funktionellen Leistungsdefiziten – in der Regel *kranken- und invalidenversicherungsrechtliche Ansprüche* geltend machen. Soweit die kranken- und invalidenversicherungsrechtlichen Ansprüche das sozialversicherungsrechtliche Existenzminimum nicht decken, kann die geschädigte Person *Ergänzungsleistungen* (jährliche Ergänzungsleistung und Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten) zusätzlich beanspruchen.

Die Kosten der notwendigen *Untersuchungs- und Behandlungsmassnahmen* sind im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gedeckt, während die Invalidenversicherung *Eingliederungs- und Rentenleistungen* sowie beim Eintritt einer Hilfsbedürftigkeit eine *Hilflosenentschädigung* und einen *Assistenzbeitrag* sowie *Hilfsmittel* vorsieht. Die invalidenversicherungsrechtlichen Ansprüche fallen mit dem Erreichen des Pensionierungsalters dahin bzw. werden durch die AHV nicht bzw. lediglich sehr eingeschränkt substituiert.

Rentenbezüger und Personen, die eine Hilflosenentschädigung der IV erhalten (können)¹⁴, sind berechtigt, sofern ihr *sozialversicherungsrechtliches Existenzminimum* nicht gedeckt ist, *Ergänzungsleistungen*¹⁵ sowie eine Vergütung für ungedeckte Krankheits- und Behinderungskosten¹⁶ zu beziehen. Versichert sind dabei die Kosten einer zahnärztlichen Behandlung, der Hilfe, Pflege

¹³ Vgl. Botschaft EpG, 412.

¹⁴ Vgl. Art. 4 ff. ELG.

¹⁵ Vgl. Art. 9 ff. ELG.

¹⁶ Vgl. Art. 14 ELG und Art. 19b ELV.

und Betreuung zu Hause sowie in Tagesstrukturen, von ärztlich angeordneten Bade- und Erholungskuren, für Diät, Transporte zur nächstgelegenen Behandlungsstelle und Hilfsmittel sowie die Kostenbeteiligung nach Artikel 64 KVG¹⁷.

- ¹⁴ Je nach Einzelfall sind *besondere sozialversicherungsrechtliche Ansprüche* denkbar. Die obligatorische Unfallversicherung wird leistungspflichtig, wenn die geimpfte Person als Arbeitnehmer/in obligatorisch unfallversichert ist und der Impffolgeschaden entweder als versicherter Unfall oder als Berufskrankheit qualifiziert werden kann. Theoretisch denkbar ist ferner, dass ausnahmsweise die Invalidenversicherung die Heilungskosten zu übernehmen hat, wenn der Impffolgeschaden als ein Geburtsgebrechen betrachtet werden könnte. Sodann bestehen militärversicherungsrechtliche Ansprüche, wenn die impfgeschädigte Person ausnahmsweise während des Militär- bzw. Zivildienstes geimpft worden ist.

ii. Besondere Versicherungsansprüche

a. Unfallversicherungsrechtliche Leistungspflicht

1) Impffolgeschaden als versicherter Unfall

- ¹⁵ Die obligatorische Unfallversicherung ist leistungspflichtig, wenn der Impffolgeschaden als Unfall qualifiziert werden kann. Art. 4 ATSG umschreibt zum einen unter Heranziehung von *vier Kriterien (Plötzlichkeit, Unfreiwilligkeit, Ungewöhnlichkeit, äusserer Faktor) das Unfallereignis* und hält zum anderen fest, dass das so definierte Unfallereignis eine bestimmte Folge (Beeinträchtigung der Gesundheit oder Tod) haben müsse. Mithin unterscheidet der Gesetzgeber zwischen dem Unfallereignis und dem Unfallbegriff. Ein als Unfallereignis zu qualifizierender Sachverhalt stellt insoweit nicht ohne weiteres einen Unfall im Sinne von Art. 4 ATSG dar; erst wenn eine bestimmte Folge hinzutritt, ist der Unfallbegriff erfüllt. Letzteres stellt eine Kausalitätsfrage dar.
- ¹⁶ Wenn jemand eine ärztliche, chiropraktische oder pflegerische Massnahme beansprucht, liegt beim betreffenden Ereignis grundsätzlich kein Unfallereignis vor; es fehlt an der Ungewöhnlichkeit und an der Unfreiwilligkeit. Immerhin nimmt die Rechtsprechung in einem eng gewählten Rahmen ausnahmsweise dennoch das Vorliegen eines Unfalls an. Dabei ist nach der Rechtsprechung ein strenger Massstab anzulegen; deshalb muss die betreffende Massnahme vom medizinisch Üblichen ganz erheblich abweichen und – objektiv betrachtet – entsprechend grosse Risiken in sich schliessen¹⁸. Ein «Behandlungsfehler» erfüllt den Unfallbegriff nur, wenn es sich um Verwechslungen, Ungeschicklichkeiten oder absichtliche Schädigungen handelt¹⁹.
- ¹⁷ Oft setzt die Annahme bzw. Verneinung eines Unfallereignisses eine umfassende Abklärung voraus²⁰. Verneint hat das Bundesgericht ein Unfallereignis, als eine äusserst schwierige und heikle Operation scheiterte; es fehlt hier an einem ungewöhnlichen Faktor²¹. Analog wurde entschieden, als die medizinische Massnahme darin bestand, dass bezogen auf eine Schulterluxation ein Repositionsversuch (mit daraus resultierendem Armbruch) vorgenommen wurde²².
- ¹⁸ Anders verhielt es sich in einem Fall, in welchem von einem Blasenkatheter mehr als die Hälfte der ursprünglichen Länge im Körper verblieb, weil mit einem derart krassen Verstoß gegen die

¹⁷ Vgl. Art. 14 Abs. 1 ELG.

¹⁸ Vgl. BGE 118 V 284; siehe ferner die Zusammenstellung der Rechtsprechung in SVR 1999 UV Nr. 9.

¹⁹ So SVR 2014 UV Nr. 5, 8C_999/2012, E. 4.1.

²⁰ Dazu das Beispiel in SVR 2014 UV Nr. 5, 8C_999/2012, bezogen auf eine Herzoperation mit irreversiblen Verlust der Sehfähigkeit.

²¹ Vgl. BGE 121 V 35.

²² Vgl. SVR 2012 UV Nr. 11, 8C_708/2011.

ärztliche Sorgfaltspflicht nicht gerechnet werden musste²³. Ebenfalls ein Unfallereignis wurde angenommen, als sich ein mit Häufigkeit 1:25000 zu erwartender Zwischenfall ereignete (Durchstechen der Bindegewebsaponeurose bei Blutentnahme)²⁴. Ein Unfallereignis nahm das Bundesgericht ferner in einem konkreten Fall einer zahnärztlichen Behandlung an, welche in der Injektion eines Anästhetikums in den Unterkiefer (mit Läsion des nervus lingualis) bestand²⁵.

Impfeschäden wurden in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht – soweit ersichtlich – durch das Bundesgericht noch *kaum je beurteilt*. Immerhin ist auf das Urteil 9C_905/2011 vom 24. August 2012 zu verweisen. Hier war der folgende Sachverhalt zu beurteilen:

Der 1968 geborene G. arbeitete als Servicetechniker bei der X. AG. Ende Juli 2007 liess er sich gegen Hepatitis A und B impfen, worauf gesundheitliche Beeinträchtigungen auftraten, die eine Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit verunmöglichten. Nachdem ihm seit 20. August 2007 volle Arbeitsunfähigkeit bescheinigt worden war, meldete sich G. am 27. Februar 2008 unter Hinweis auf Veränderungen der Motorik, Atembeschwerden, Konzentrationsstörungen, Schwindel und Kurzzeit-Gedächtnisstörungen bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug an. Gestützt auf die Akten der Taggeldversicherung, der Krankenkasse und der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA) sowie das Gutachten der Neurologischen Klinik des Universitätsspitals A. vom 23. November 2009, eine fachärztliche Abklärung in der Integrierten Psychiatrie B. (Gutachten vom 9. März 2010) und die Beurteilung des Regionalen Ärztlichen Dienstes (RAD) ermittelte die IV-Stelle Luzern einen Invaliditätsgrad von 67 %. Mit Verfügung vom 4. Oktober 2010 sprach sie G. rückwirkend ab 1. Juli 2008 eine Dreiviertelsrente der Invalidenversicherung zu.

Das Bundesgericht hiess eine dagegen gerichtete Beschwerde der Vorsorgeeinrichtung gut und wies die Sache zur weiteren Abklärung (Einholung eines psychiatrischen Gutachtens) an die IV-Stelle zurück. Aus dem Sachverhalt lässt sich entnehmen, dass sich auch die SUVA mit der gesundheitlichen Beeinträchtigung befasste, was erkennen lässt, dass die Beeinträchtigung der Unfallversicherung als Unfall gemeldet wurde.

Neben dem vorstehend genannten Urteil ist aber nicht erkennbar, dass ein Impfschaden zu Leistungsansprüchen der Unfallversicherung führen kann. Dass bei der Rechtsanwendung nicht eine Leistungspflicht der Unfallversicherung im Vordergrund steht, lässt sich auch einem anderen Urteil des Bundesgerichts entnehmen. In diesem Urteil hatte das Bundesgericht eine koordinationsrechtliche Fragen zu entscheiden und hielt dabei fest, dass mit der Verwendung des Adjektivs «soweit» in Art. 23 Abs. 3 des (damals geltenden, zwischenzeitlich aufgehobenen) Epidemien-gesetzes zum Ausdruck gebracht (wird), dass der Kanton nur in dem Umfang haftet, der «nach Inanspruchnahme anderer Ersatzpflichtiger, wie z.B. der Krankenversicherung (BBl 1970 I 419) verbleibt.»²⁶ Dasselbe hält die bundesrätliche Gesetzesbotschaft zum (früheren) Epidemien-gesetz fest: «Gemäss Absatz 3 müssen die Kantone eingetretene Impfschäden (Schaden aus Impffolgen) grundsätzlich entschädigen, sofern sie nicht anderweitig, z. B. durch die Krankenversicherung, gedeckt werden.»²⁷

Zusammenfassung: Bei Impffolgeschäden ist das Vorliegen eines Unfalles im Sinne von Art. 4 ATSG unter dem Gesichtspunkt des sogenannten «*accident médical*» zu prüfen. Die sozialversi-

²³ Vgl. SVR 2005 UV Nr. 15, U 56/01.

²⁴ Vgl. SVR 2008 UV Nr. 22, 8C_526/2007.

²⁵ Dazu SVR 2013 UV Nr. 7, 8C_535/2012.

²⁶ So BGE 129 II 358.

²⁷ So BBl 1970 I 419.

cherungsrechtliche Rechtsprechung lässt unter eher strengen Voraussetzungen zu, dass eine medizinische Behandlung als Unfallereignis angesehen wird. Dies verhält sich so, wenn ein *klares Abweichen vom üblichen medizinischen Standard* vorliegt. Anwendungsfälle aus der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung sind allerdings kaum ersichtlich. Das – soweit erkennbar – einzige Urteil, welches auf die Leistungspflicht einer Unfallversicherung Bezug nimmt, lässt nicht erkennen, ob im konkreten Fall eine Leistungspflicht bejaht wurde²⁸.

2) Impffolgeschaden als versicherte Berufskrankheit

- ²⁴ Unter bestimmten Voraussetzungen werden Krankheiten, welche einen Bezug zur Berufstätigkeit haben, dem Unfall gleichgestellt, was in der Folge mit sich bringt, dass die Unfallversicherung für die betreffenden Einbussen und deren Folgen aufzukommen hat. Grundlage für die entsprechende Leistungspflicht ist Art. 9 UVG. Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

²⁵ *Art. 9 UVG Berufskrankheiten*

1 Als Berufskrankheiten gelten Krankheiten (Art. 3 ATSG), die bei der beruflichen Tätigkeit ausschliesslich oder vorwiegend durch schädigende Stoffe oder bestimmte Arbeiten verursacht worden sind. Der Bundesrat erstellt die Liste dieser Stoffe und Arbeiten sowie der arbeitsbedingten Erkrankungen.

2 Als Berufskrankheiten gelten auch andere Krankheiten, von denen nachgewiesen wird, dass sie ausschliesslich oder stark überwiegend durch berufliche Tätigkeit verursacht worden sind.

- ²⁶ Berufskrankheiten liegen vor, wenn die gesundheitliche Beeinträchtigung «bei der beruflichen Tätigkeit (...) verursacht worden»²⁹ ist oder «durch berufliche Tätigkeit verursacht worden»³⁰ ist. Die in Art. 9 Abs. 1 UVG genannte Liste enthält – bezogen auf den hier interessierenden Bereich – folgende «Listenkrankheit»: «Infektionskrankheiten, verursacht durch Arbeiten in Spitälern, Laboratorien, Versuchsanstalten und dergleichen»³¹. Erfasst werden somit bestimmte gesundheitliche Einbussen, die «durch Arbeiten» (in Spitälern etc.) verursacht wurden. Die Entscheidung, ob bei einer Impfung, welche wegen des beruflichen Umfeldes vorgenommen wird, z.B. beim Spitalpersonal, eine Berufskrankheit vorliegt, ist überaus schwierig zu fällen. Es fehlt zudem an einer ersichtlichen Rechtsprechung dazu. Gegen eine Subsumierung des Impfschadens unter die Berufskrankheit sprechen im Wesentlichen der Wortlaut von Art. 9 UVG und die Regelung der Prämienzahlungspflicht. Dies wird sogleich näher zu erläutern sein.
- ²⁷ Berufskrankheiten zeichnen sich dadurch aus, dass die berufliche Tätigkeit Ursache ist für die Beeinträchtigung. Der Begriff der «Tätigkeit» schliesst in sich, dass eine effektive Betätigung im massgebenden Berufssektor erfolgt. Entsprechend verwendet der Anhang 1 zur Verordnung über die Unfallversicherung (UVV) den Begriff der «arbeitsbedingten Erkrankung». Wenn etwa «Sonnenbrand, Sonnenstich, Hitzschlag» als Erkrankungen genannt werden, welche als Berufskrankheiten anerkannt sind, wird ein Bezug auf «Alle Arbeiten» gemacht. Wer sich beispielsweise den Hitzschlag während des Arbeitswegs zuzieht, erleidet deshalb keine Berufskrankheit. Die Unfallversicherung hat für die Folgen eines solchen Hitzschlages nicht aufzukommen. Beizufügen ist immerhin, dass bezogen auf das Krankheitsrisiko bei beruflich bedingten Aufenthalten in bestimmten Regionen³² dennoch nicht nur die Berufstätigkeit berücksichtigt wird, sondern auch die Freizeit.

²⁸ Vgl. Urteil BGer 9C_905/2011 vom 24. August 2012; dazu vorstehend Rz. 19 f.

²⁹ Art. 9 Abs. 1 UVG (Hervorhebung nicht im Gesetzestext).

³⁰ Art. 9 Abs. 2 UVG (Hervorhebung nicht im Gesetzestext).

³¹ Vgl. Anhang 1 zur Unfallversicherungsverordnung (UVV).

³² Dazu Anhang 1 der UVV Ziff. 2 lit. b am Ende.

Dieses (prinzipielle) Ergebnis wird bestätigt durch die Vorgehensweise bei der Festsetzung der Prämien für Berufskrankheiten und Berufsunfälle. Grundsätzlich sind Prämien für das Risiko Berufskrankheit nach denselben Grundsätzen zu bestimmen, wie sie für Prämien für das Risiko Unfall gelten. Dennoch müssen aber – wegen des Willkürverbots und wegen des Grundsatzes der Rechtsgleichheit – bestimmte Differenzierungen allenfalls vorgenommen werden. Im Ausgangspunkt muss berücksichtigt werden, dass den Verhütungsvorschriften bei Berufskrankheiten eine hohe Bedeutung zukommt. Dies wirkt sich bei der Prämienfestsetzung bzw. -anpassung entsprechend aus. 28

Prämien für Berufskrankheiten müssen mit besonderem Blick auf die Innehaltung der Verhütungsmassnahmen festgesetzt werden. Berufskrankheiten sind oft, allenfalls gar regelmässig an eine bestimmte gefährdende Situation gebunden. Insoweit können Berufskrankheiten nicht typischerweise – wie es sich bei Unfällen verhält – durch ein allgemein vorsichtiges Verhalten vermieden werden, sondern regelmässig durch das korrekte Einhalten von Verhütungsmassnahmen. Wenn – bei korrekter Verhaltensweise des Betriebs – eine Berufskrankheit trotzdem auftritt, wird dies in manchen Fällen Anlass geben zum Erlass von neuen Verhütungsvorschriften. 29

Der zutreffende Umgang mit dem neuen Auftreten von Berufskrankheiten ist insoweit der Erlass von allenfalls korrigierten Verhütungsmassnahmen. Letzteres hat denn auch der Bundesrat erkannt. Er hält in der Gesetzesbotschaft folgendes fest: 30

«Besondere Bedeutung kommt der Verordnung vom 23. Dezember 1960 über die Verhütung von Berufskrankheiten zu, welche der SUVA die Möglichkeit bietet, die durch verschiedenste Berufskrankheiten gefährdeten Versicherten frühzeitig zu erfassen, periodisch zu untersuchen und besonders Gefährdete für ihre bisherige Tätigkeit als ungeeignet zu erklären, wobei diesen unter bestimmten Voraussetzungen eine Übergangsentschädigung bis zum Höchstbetrag von 300 Tagesverdiensten zugesprochen wird»³³. 31

In Art. 65 Abs. 1 KUVG (später abgelöst durch das UVG) war das fundamentale Prinzip enthalten, dass der Betriebsinhaber alle Schutzmittel zur Verhütung von Berufskrankheiten einzuführen hatte. Kommt der Betriebsinhaber dieser Pflicht «nicht nach, so riskiert er, dass ihn die Anstalt in eine höhere Gefahrenstufe des Prämientarifs versetzt oder dem Strafrichter überweist. Tritt wegen mangelnder Prophylaxe ein Schaden ein, so ist darüber hinaus Bestrafung wegen fahrlässiger Körperverletzung oder Tötung möglich. Bei Vorliegen einer Grobfahrlässigkeit kann der Betriebsinhaber zudem für den vollen Schaden haftbar gemacht werden»³⁴. Bei der Festsetzung der Prämien wird also ein klarer Bezug zu den Verhütungsmassnahmen gemacht. Ein Betrieb vermag allerdings bezogen auf eine Impfung und auf hier verursachte Krankheiten kaum effektive Verhütungsmassnahmen zu treffen. 32

Allerdings lassen sich auch *Argumente für eine Subsumierung der Impfschäden unter die Berufskrankheiten* finden. Diesbezüglich könnte vorgebracht werden, dass die behördliche Anordnung bzw. die Weisung des Arbeitgebers hinsichtlich Vornahme einer Impfung (beispielsweise) für das Spitalpersonal³⁵ diesen Vorgang zu einem Teil der Berufstätigkeit macht. Damit könnte dann ein 33

³³ BBl 1976 III 148.

³⁴ So SCHAETTI, Robert C., Die Berufskrankheiten in der schweizerischen obligatorischen Unfallversicherung, in: SZS 1957, S. 28 ff.; vgl. auch SCHAETTI, Robert C., Die Verhütung von Berufskrankheiten nach neuem Recht, in: SZS 1961, S. 89 ff.

³⁵ Vgl. Urteil VGer SG vom 19. Oktober 2006 = SGGVP 2006 Nr. 1: Die Verpflichtung einer Spitalangestellten zu einer präventiven Hepatitis B-Impfung ist ein zulässiger und verhältnismässiger Eingriff in die persönliche Freiheit bzw. in die körperliche Unversehrtheit. Die Verweigerung der Impfung rechtfertigt die Auflösung des Anstellungsverhältnisses. Bei der Auflösung eines öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses haben die Betroffenen die Möglichkeit,

aus der Impfung entstehender Schaden als «durch die berufliche Tätigkeit verursacht» angesehen werden. Immerhin müsste einer solchen Argumentation entgegengehalten werden, dass bislang analoge gesundheitliche Schädigungen nicht als Berufskrankheiten angesehen wurden. Wenn etwa eine Arbeitnehmerin im Rahmen eines durch die Arbeitgeberin angeordneten Weihnachtessens eine Lebensmittelvergiftung erfährt, wird keine Berufskrankheit angenommen.

- ³⁴ Der Grund dafür liegt darin, dass die Krankheit nicht «durch die berufliche Tätigkeit verursacht» wurde. Vielmehr geht es nur darum, dass die Erkrankung *anlässlich* einer beruflichen Tätigkeit oder *bei Gelegenheit* einer beruflichen Tätigkeit verursacht wurde. Dies wird im Rahmen der Generalklausel nach Art. 9 Abs. 2 UVG noch nicht als genügend angesehen. Hier muss vom Wortlaut der Bestimmung her berücksichtigt werden, dass die Generalklausel eine Verursachung *durch* die berufliche Tätigkeit verlangt, während bei den Listenstoffen und Listenkrankheiten eine Verursachung *bei* der Tätigkeit hinreichend ist. Entsprechend hält denn auch die Literatur fest, dass die Generalklausel nach Art. 9 Abs. 2 UVG nur «in seltenen Fällen» angerufen werden kann³⁶.
- ³⁵ Insgesamt steht damit die Auffassung im Vordergrund, dass die *behördlich angeordnete Impfung bestimmter Gruppen von Arbeitnehmern, z.B. im Spitalbereich, nicht zur Annahme einer Berufskrankheit* führen kann, wenn wegen der Impfung eine Schädigung entsteht.

b. Geburtsgebrechensversicherungsrechtliche Leistungspflicht

- ³⁶ Art. 13 IVG – mit dem Randtitel «Anspruch bei Geburtsgebrechen» – hat folgenden Wortlaut:

¹ *Versicherte haben bis zum vollendeten 20. Altersjahr Anspruch auf die zur Behandlung von Geburtsgebrechen (Art. 3 Abs. 2 ATSG) notwendigen medizinischen Massnahmen.*

² *Der Bundesrat bezeichnet die Gebrechen, für welche diese Massnahmen gewährt werden. Er kann die Leistung ausschliessen, wenn das Gebrechen von geringfügiger Bedeutung ist.*

- ³⁷ Als Geburtsgebrechen gelten diejenigen Krankheiten, die bei vollendeter Geburt bestehen³⁷. Die Ursache des Geburtsgebrechens ist nicht von Bedeutung. Es kann sich darum handeln, dass ein Unfallereignis oder eine Krankheit zur gesundheitlichen Schädigung geführt hat. Nicht von Bedeutung für die Leistungspflicht der Invalidenversicherung ist auch, ob bezogen auf die gesundheitliche Schädigung eine haftpflichtige Drittperson einzustehen hat oder nicht; letzteres kann sich immerhin dahingehend auswirken, dass die Invalidenversicherung gestützt auf Art. 72 bis Art. 75 ATSG gegebenenfalls auf eine haftpflichtige Drittperson Rückgriff nimmt.
- ³⁸ Als Folge der finalen Leistungspflicht erbringt die Invalidenversicherung auch Leistungen, wenn das anerkannte Geburtsgebrechen durch eine Impfung bewirkt oder verursacht wurde. Die Leistungspflicht der Invalidenversicherung richtet sich aber einzig nach dem Tatbestand des Geburtsgebrechens, ohne dass massgebend wäre, aus welchem Grund sich das Geburtsgebrechen eingestellt hat. Wurde das anerkannte Geburtsgebrechen durch eine Impfung bewirkt oder verursacht, kann die betroffene versicherte Person dieselben gesetzlichen Leistungen beanspruchen, wie das bei nicht impfbedingt verursachten Geburtsgebrechen der Fall ist.

c. Militärversicherungsrechtliche Leistungspflicht

- ³⁹ Die Leistungspflicht der Militärversicherung richtet sich nach besonderen Haftungsgrundsätzen, welche in Art. 5 bis Art. 7 MVG festgehalten sind. Diese drei Gesetzesbestimmungen betreffen

entweder auf dem Anfechtungsweg die Weiterbeschäftigung zu verlangen oder auf dem Klageweg eine Entschädigung zu erstreiten.

³⁶ Vgl. MAURER, Alfred, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Bern 1985, 222.

³⁷ Vgl. Art. 3 Abs. 2 ATSG.

folgende drei Sachverhalte (angegeben ist jeweils der Randtitel der einzelnen Gesetzesbestimmung):

- Art. 5 MVG: Feststellung der Gesundheitsschädigung während des Dienstes
- Art. 6 MVG: Feststellung der Gesundheitsschädigung nach dem Dienst
- Art. 7 MVG: Feststellung der Gesundheitsschädigung bei der Eintrittsmusterung

Bezogen auf einen Impfschaden ist mithin massgebend, in welchem Zeitpunkt die betreffende Gesundheitsschädigung festgestellt wurde. In der Folge steht der Militärversicherung gegebenenfalls der Nachweis offen, dass sie aus einem besonderen Grund nicht für die Folgen der Gesundheitsschädigung einzustehen hat. ⁴⁰

Der Impfschaden wird bezogen auf die Leistungspflicht der Militärversicherung nicht besonders erfasst. Auch bei dieser gesundheitlichen Einbusse ist massgebend, in welchem Zeitpunkt sie festgestellt wurde. Entsprechend richtet sich die Leistungspflicht der Militärversicherung nach Art. 5, Art. 6 oder Art. 7 MVG. ⁴¹

2. Privatversicherungsrechtliche Ansprüche

Die allgemeinen und besonderen sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche werden ergänzt durch allfällige privatversicherungsrechtliche Ansprüche. Von besonderer Bedeutung sind diesbezüglich *Zusatzversicherungsleistungen* gemäss Art. 12 KVG, welche die Heilungskostendeckung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erweitern oder *Taggeld-, Renten- bzw. Invaliditätskapitalleistungen* beinhalten, wobei letztere in der Regel lediglich das Unfallrisiko abdecken. Zu berücksichtigen sind sodann allfällige *Leistungen eines Rechtsschutzversicherers*³⁸. ⁴²

Erwerbstätige Personen, die einen Impffolgeschaden erleiden, sind regelmässig bei ihrem Arbeitgeber taggeldversichert, wobei es keine Rolle spielt, ob die Arbeitsunfähigkeit krankheits- oder unfallbedingt verursacht worden ist. Der Taggeldanspruch besteht dabei für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit, längstens aber während 720 Tagen. Kinder und Jugendliche sind mitunter von einer «*Schulversicherung*» gedeckt, welche der Schulträger abgeschlossen hat. Soweit ersichtlich werden lediglich Unfälle von Schülern, während sie sich in der Obhut der Schule befinden, gedeckt³⁹. Impffolgeschäden werden regelmässig nicht durch ein Unfallereignis verursacht, weshalb eine diesbezügliche Leistungspflicht entfällt. ⁴³

B. Haftungsansprüche

1. Abgrenzung zwischen öffentlich- und privatrechtlicher Haftungsordnung

i. Allgemeines

Nach Art. 61 OR können Bund und Kantone für *amtliche bzw. hoheitliche Staatstätigkeiten* eigenen Haftungsnormen aufstellen⁴⁰. Bund und Kantone dürfen demgegenüber in Bezug auf gewerbliche Staatstätigkeiten aber nicht zu Lasten des Geschädigten von den Haftungsgrundsätzen gemäss Art. 41 ff. OR abweichen⁴¹. Wenn ein Gemeinwesen von seiner Befugnis gemäss Art. 61 Abs. 1 OR keinen Gebrauch macht, haften öffentlich-rechtlich organisierte Gesundheitsbetriebe und Angehörige von Medizinal- und Gesundheitsberufen für ihr Verhalten unmittelbar nach den bundesprivatrechtlichen Normen (Art. 41 ff. OR)⁴². ⁴⁴

³⁸ Dazu infra Rz. 153.

³⁹ Siehe z.B. Verordnung des Regierungsrates des Kantons Aargau über die Unfallversicherung von Schülerinnen und Schülern sowie die Berufshaftpflichtversicherung von Lehrpersonen an öffentlichen Schulen (V Schulversicherung) vom 22. Oktober 1997 (403.711).

⁴⁰ Siehe z.B. Urteil BGer 4C.97/2002 vom 1. Juli 2002 E. 2.1.

⁴¹ Vgl. Art. 61 Abs. 2 OR.

⁴² Vgl. z.B. BGE 122 III 101 = Pra 1996 Nr. 188 E. 2a/bb und cc.

ii. Sachlicher Geltungsbereich des Staatshaftungsrechts

- ⁴⁵ Im Zusammenhang mit der Anwendung des Staatshaftungsrechts ist in einem ersten Schritt zu klären, *welche medizinischen Dienstleistungen als hoheitlich/amtlich und welche als gewerblich zu qualifizieren* sind. 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 handeln⁴³.
- ⁴⁶ 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»⁴⁴.
- ⁴⁷ 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 irrelevant⁴⁵. Eine öffentliche Aufgabe stellt beispielsweise die Erbringung folgender medizinischer Dienstleistungen dar:
- ⁴⁸ • Krankenkassen sind im Grundversicherungsbereich Organe der mittelbaren Staatsverwaltung und nehmen als solche eine staatliche Aufgabe wahr (Durchführung der sozialen Krankenversicherung)⁴⁶.
 - ⁴⁹ • Öffentliche und öffentlich subventionierte Spitäler nehmen im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung öffentliche Aufgaben wahr⁴⁷.
 - ⁵⁰ • 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 untersteht⁴⁸.
 - ⁵¹ • Der spitalplanerische Entscheid, ein privatrechtlich konstituiertes, aber öffentlich subventioniertes Spital nicht mehr oder unter anderen Voraussetzungen zu subventionieren, berührt dieses Spital in einer öffentlichen Aufgabe⁴⁹.
 - ⁵² • Die Medizinischen Abklärungsstellen (MEDAS), die für Sozialversicherungen medizinische Gutachten erstellen, erfüllen dabei eine öffentliche Aufgabe, auch wenn sie als gewinnorientierte Kapitalgesellschaften konstituiert sind⁵⁰.

⁴³ Vgl. Art. 5 Abs. 2 BV.

⁴⁴ Vgl. Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 24. November 2005 = VPB 70.54 (<http://www.vpb.admin.ch/ital/doc/70/70.54.html> – zuletzt besucht am 13. Juli 2016) Ziff. 3

⁴⁵ Vgl. Bernhard RÜTSCHÉ, Was sind öffentliche Aufgaben?, in: recht 2013, 153 ff., 160: «Ebenso wenig hängt der Begriff der öffentlichen Aufgabe davon ab, ob der Aufgabenträger in den Formen des öffentlichen Rechts oder Privatrechts handelt oder welches Recht auf das Handeln des Aufgabenträgers anwendbar ist. Insbesondere darf von der Handlungsform des privatrechtlichen Vertrags nicht geschlossen werden, dass die betreffende Tätigkeit keine öffentliche Aufgabe darstellt.»

⁴⁶ Vgl. BGE 124 V 393 E. 2c.

⁴⁷ Vgl. BGE 122 III 101 E. 2a/aa.

⁴⁸ Vgl. BGE 122 I 153 E. 2e.

⁴⁹ Vgl. BGE 121 I 218 E. 3.

⁵⁰ Vgl. BGE 137 V 210 E. 2.4.3.

Der Hausarzt, der eine fürsorgliche Einweisung vornimmt, handelt nicht privat-, sondern öffentlich-rechtlich⁵¹. Hoheitlicher Natur ist ferner die Tätigkeit eines Arztes, der einen Ausschaffungshäftling betreut⁵². 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 hat⁵³.

Keine öffentliche Aufgabe ist hingegen die privatärztliche Tätigkeit von Chefärzten an öffentlichen Spitälern⁵⁴. Auch wenn die privatärztliche Tätigkeit von Chefärzten an öffentlichen Spitälern an sich keine öffentliche Aufgabe darstellt, untersteht diese Tätigkeit dann dem kantonalen Staatshaftungsrecht, wenn weiteres Spitalpersonal in das Behandlungsverhältnis involviert ist oder wenn das kantonale Recht dies so vorsieht. «Das Staatshaftungsgesetz würde seines Gehalts entleert, wenn man annehmen wollte, dass der Schaden, für den eine ganze Gruppe von Spitalärzten eintreten 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.»⁵⁵

iii. Persönlicher Geltungsbereich des Staatshaftungsrechts

Liegt eine Staatsaufgabe vor, ist anschliessend zu klären, ob das jeweilige Staatshaftungsrecht nur auf öffentlich-rechtlich organisierte oder auch privatrechtlich organisierte Dienstleister anwendbar ist. Das Staatshaftungsrecht ist auf öffentlich-rechtlich organisierte Dienstleister entweder primär oder subsidiär anwendbar, letzteres sofern im einschlägigen Organisationsstatut der öffentlich-rechtlichen Anstalt bzw. Körperschaft oder des öffentlich-rechtlich vereinbarten Zweckverbandes besondere Haftungsregeln vorgesehen werden.

Uneinheitlicher ist die Rechtsordnung hinsichtlich *privatrechtlich organisierter Dienstleister*. Das Bundesrecht bestimmt, dass für ausserhalb der Bundesverwaltung befindliche Dienstleister, welche eine Staatsaufgabe erbringen, die staatsvertraglichen Haftungsgrundsätze, insbesondere die *Kausalhaftung für den materiellen Schaden*, gelten und der Bund lediglich subsidiär haftet, wenn der Dienstleister den Schadenersatz bzw. die Genugtuung «nicht zu leisten vermag»⁵⁶.

Eine erste Gruppe von Kantonen kennt *keine Staatshaftung für Private*, die im Rahmen eines Leistungsauftrags eine Staatsaufgabe wahrnehmen. Dazu zählt etwa der Kanton Zug, der die Staatshaftung auf Behördenmitglieder, Beamte und Angestellte des Gemeinwesens beschränkt⁵⁷ und auch im Organisationsstatut der verselbstständigten und privatrechtlich organisierten Gesundheitsbetriebe keinen Verweis auf die Staatshaftungsordnung vornimmt, sondern explizit von

⁵¹ Vgl. BGE 118 II 254 = Pra 1993 Nr. 110 E. 1b.

⁵² Vgl. BGE 130 IV 27 E. 2.3.3.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Vgl. BGE 122 III 101 E. 2a/aa.

⁵⁵ BGE 122 III 101 = Pra 1996 Nr. 188 E. 2a/aa.

⁵⁶ Vgl. Art. 19 Abs. 1 lit. a VG.

⁵⁷ Vgl. z.B. § 1 Abs. 2 Gesetz über die Haftung des Kantons und der Gemeinden (Haftungsgesetz) des Kantons Basel-Land vom 24. April 2008, § 1 Abs. 2 Gesetz über die Haftung des Staates und seines Personals (Haftungsgesetz, HG) des Kantons Basel Stadt vom 17. November 1999, § 1 Abs. 1 Gesetz über die Haftung des Staates, der Gemeinden, der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten und die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten und Arbeiter (Verantwortlichkeitsgesetz) des Kantons Solothurn vom 26.06.1966, Art. 1 Abs. 1 Gesetz über die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten und die Verantwortlichkeit der Behörden und öffentlichen Angestellten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG) des Kantons St. Gallen vom 07.12.1959, § 1 Abs. 1 Gesetz über die Verantwortlichkeit (Verantwortlichkeitsgesetz) des Kantons Thurgau vom 14. Februar 1979 und § 1 Abs. 1 Gesetz über die Verantwortlichkeit der Gemeinwesen, Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) des Kantons Zug vom 1. Februar 1979.

der Anwendbarkeit der privatrechtlichen Haftungsordnung ausgeht⁵⁸. Eine Staatshaftung besteht in diesen Kantonen nur dann, wenn der verselbstständigte Gesundheitsbetrieb öffentlich-rechtlich organisiert ist.

- ⁵⁸ Eine zweite Gruppe von Kantonen statuiert eine *subsidiäre Staatshaftung*. Im Kanton Luzern beispielsweise gilt eine subsidiäre Staatshaftung für uneinbringliche Schäden, die Private, denen eine medizinische Versorgung delegiert wurde, verursacht haben⁵⁹. In Schaffhausen haftet die beauftragende Körperschaft oder Anstalt ebenfalls subsidiär, soweit die Privaten, welche öffentlich-rechtliche Aufgaben in selbstständiger Erwerbstätigkeit ausführen, die für den verursachten Schaden geschuldete Entschädigung nicht zu leisten vermögen oder mangels Verschulden zur Schadenleistung nicht verpflichtet werden können⁶⁰.
- ⁵⁹ Gewisse Kantone statuieren zwar keine allgemeine Staatshaftung, nehmen aber in den Organisationsstatuten privatrechtlich organisierter Spitäler eine *Verweisung auf die Staatshaftungsordnung* vor. Das Kantonsspital des Kantons Glarus beispielsweise ist eine privatrechtliche Aktiengesellschaft des Schweizerischen Obligationenrechts mit Sitz in Glarus⁶¹, die Haftung des Kantonsspitals richtet sich aber trotz der privatrechtlichen Organisationsform gleichwohl nach dem Staatshaftungsgesetz⁶². Ergebnisgleich statuieren andere Kantone eine Staatshaftung auch für Private, die eine Staatsaufgabe ausführen. Im Kanton Obwalden wird aber vorausgesetzt, dass Private eine hoheitliche Aufgabe wahrnehmen⁶³.
- ⁶⁰ Wenige Kantone ordnen eine *Kausalhaftung der Privaten* an, die eine Staatsaufgabe ausführen⁶⁴. Eine primäre Kausalhaftung der Privaten kombiniert mit einer Ausfallhaftung des Staates für uneinbringliche Schäden kennt auch der Kanton Bern⁶⁵. Im Kanton Aargau wird ebenfalls eine primäre Kausalhaftung der Privaten, aber keine Ausfallhaftung des Staates vorgesehen⁶⁶. Die Aufgabenübertragung auf Private setzt jedoch den Nachweis einer risikogerechten Haftpflichtversicherung voraus, falls die Gefahr einer erheblichen Schädigung von Dritten besteht und das Gemeinwesen nicht kraft Sonderregelung haftet⁶⁷.
- ⁶¹ Besteht eine Kausalhaftung von privaten Dienstleistern, die eine Staatsaufgabe im Gesundheitsbereich erbringen, verdrängt diese sowohl die Vertrags- als auch die Deliktshaftung des Privatrechts. Der fragliche medizinische Dienstleister haftet in diesem Fall für eigenes Verhalten und dasjenige seiner Organe und Hilfspersonen ohne Verschulden oder der Möglichkeit eines Entlastungsbeweises. Die Organe und Hilfspersonen des fraglichen Dienstleisters haften ihrerseits nach privatrechtlichen Grundsätzen, wenn das Staatshaftungsrecht nicht eine Kausalhaftung des Gesundheitsbetriebs vorsieht.

⁵⁸ Siehe § 6 Abs. 1 Gesetz über das Zuger Kantonsspital vom 25. März 1999.

⁵⁹ Vgl. § 5a Abs. 1 Haftungsgesetz vom 13. September 1988.

⁶⁰ Vgl. 2a Abs. 2 Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behördenmitglieder und Arbeitnehmer (Haftungsgesetz) vom 23. September 1985.

⁶¹ Vgl. Art. 2 Abs. 1 VO über das Kantonsspital Glarus (Spitalverordnung) vom 18.08.2010.

⁶² Vgl. Art. 17 Abs. 1 VO über das Kantonsspital Glarus (Spitalverordnung) vom 18.08.2010.

⁶³ Vgl. Art. 3b Abs. 2 Haftungsgesetz des Kantons Obwalden vom 24. September 1989.

⁶⁴ Vgl. z.B. § 4a des Haftungsgesetzes des Kantons Zürich vom 14. September 1969

⁶⁵ Vgl. Art. 101 Personalgesetz (PG) des Kantons Bern vom 16. September 2004.

⁶⁶ Die Kantonsspitäler Aarau und Baden sowie die Psychiatrischen Dienste wurden 2003 unter der Bezeichnung Kantonsspital Aarau AG, Kantonsspital Baden AG und Psychiatrische Dienste Aargau AG in je eine gemeinnützige Aktiengesellschaft des OR umgewandelt. Die Rechtsbeziehungen zwischen jeder Spitalaktiengesellschaft und privaten Dritten richten sich grundsätzlich nach dem Privatrecht. Vorbehalten bleiben hoheitliche Tätigkeiten, die jeder Spitalaktiengesellschaft durch die Gesetzgebung übertragen werden (vgl. § 12 Abs. 1 Spitalgesetz [SpiG] des Kantons Aargau vom 25.02.2003).

⁶⁷ Siehe § 1 Abs. 2 Haftungsgesetz (HG) des Kantons Aargau vom 24. März 2009.

2. Haftung für fehlerhafte Impfstoffe

Impfstoffe⁶⁸ werden von einem in der Schweiz ansässigen Unternehmen hergestellt (Arzneimittelhersteller) oder in die Schweiz importiert (Arzneimittelimporteur) und durch den Arzt abgegeben (Impfstelle). Die *Haftung des Arzneimittelherstellers bzw. -importeurs* richtet sich nach dem Bundesgesetz über die Produkthaftungspflicht (Produkthaftungspflichtgesetz, PrHG) vom 18. Juni 1993⁶⁹. Der Hersteller/Importeur eines Arzneimittels haftet ohne Verschulden für den Personen- oder Sachschaden, der durch ein fehlerhaftes Produkt verursacht worden ist. Die Haftung der Swissmedic für die widerrechtliche Zulassung eines Impfstoffes beurteilt sich nach Art. 80 HMG.

Ein Produkt ist fehlerhaft, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die der Durchschnittskonsument unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwarten berechtigt ist⁷⁰; insbesondere sind zu berücksichtigen:

- die Art und Weise, in der es dem Publikum präsentiert wird;
- der Gebrauch, mit dem vernünftigerweise gerechnet werden kann;
- der Zeitpunkt, in dem es in Verkehr gebracht wurde⁷¹.

Die schweizerische Rechtsprechung ist überaus zurückhaltend mit der Bejahung eines Produktfehlers. Die Einhaltung behördlicher Vorschriften schliesst einen Produktfehler nicht zum vornherein aus. Sie genügt daher für den Nachweis der Fehlerfreiheit eines Produkts nicht. Die Zulassung bzw. die Genehmigung der Produktinformation bestätigt lediglich, dass die öffentlich-rechtlichen Anforderungen eingehalten sind⁷². Ein Produkt verliert nicht deshalb seine Produktqualität im Sinn von Art. 3 PrHG, weil es im Rahmen einer Dienstleistung - wie beispielsweise einer Arztkonsultation - gebraucht oder weitergegeben wird. Indessen stellt sich in solchen Fällen die Frage, ob die «berechtigten Sicherheitserwartungen» des durchschnittlichen Arztes oder jene des durchschnittlichen Patienten massgebend sind⁷³.

In Anbetracht der jüngsten Rechtsprechung⁷⁴ stellt sich insbesondere die Grundsatzfrage, ob eine Produkthaftungspflicht bei Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln überhaupt besteht oder diesbezüglich von vornherein ausschliesslich die Haftung des Arztes, der das Arzneimittel abgibt, angerufen werden kann. Im Yasmin-Entscheid hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit der umstrittenen Frage, ob die Schwangerschaftsverhütungspille im Zeitpunkt der Einnahme fehlerhaft war, einerseits zwischen rezept- und nicht rezeptpflichtigen Arzneimitteln unterscheiden⁷⁵ und andererseits die Unterscheidung zwischen der Fach- und der Patienteninformation besonders hervorgehoben⁷⁶.

Bei rezeptpflichtigen Arzneimitteln ist nicht auf die Sicherheitserwartung des durchschnittlichen Patienten, mithin die Patienteninformation, abzustellen. Für die Beurteilung, ob die Sicherheitserwartungen des Patienten in Bezug auf rezeptpflichtige Medikamente berechtigt sind, ist auch das Wissen des Arztes einzubeziehen, der dem Patienten das Medikament verschreibt. Bei rezeptpflichtigen Medikamenten hat der Arzt die Chancen und Risiken der verschiedenen auf dem

⁶⁸ Siehe dazu Liste der zugelassenen Impfstoffe und Blutprodukte (online verfügbar unter <https://www.swissmedic.ch/arzneimittel/00156/00221/00222/00235/index.html?lang=de> – zuletzt besucht am 13. Juli 2016).

⁶⁹ SR 221.112.944.

⁷⁰ Vgl. BGE 137 III 226 E. 3.2 und 133 III 81 E. 3.1.

⁷¹ Vgl. Art. 4 Abs. 1 PrHG.

⁷² Urteil BGER 4A_365/2014 und 4A_371/2014 vom 5. Januar 2015 E. 8.

⁷³ Ibid. 9.1.

⁷⁴ Siehe Urteil BGER 4A_365/2014 und 4A_371/2014 vom 5. Januar 2015 (betreffend Anwendung der Produkthaftung im Zusammenhang mit der Schwangerschaftsverhütungspille Yasmin).

⁷⁵ Ibid. E. 9.2.

⁷⁶ Ibid. E. 4.

Markt erhältlichen Produkte im Hinblick auf die konkrete Anwendung abzuwägen und diese mit seinem Patienten zu diskutieren⁷⁷. Weisen die Fachinformationen hinreichend auf die Risiken des fraglichen Arzneimittels hin, liegt selbst dann kein Produktfehler vor, wenn in der Patienteninformation keine oder ungenügende Warnhinweise enthalten sind⁷⁸.

- ⁶⁷ Auch in rechtsvergleichender Hinsicht scheitern Haftungsansprüche gegenüber dem Hersteller eines Impferserums regelmässig am Nachweis der Fehlerhaftigkeit bzw. dem Verursachungszusammenhang zwischen der geltend gemachten unerwünschten Impfreaktion und der vorgängigen Impfung⁷⁹. Haftungsansprüche kommen demgegenüber gegenüber der Impfstelle bzw. dem Arzt, der den Impfstoff anwendet und dabei den Patient nicht hinreichend über die Risiken aufklärt, in Frage⁸⁰.

3. Haftung für unsorgfältige Impfempfehlungen

- ⁶⁸ Das Bundesamt für Gesundheit veröffentlicht periodisch Impfempfehlungen gemäss dem aktuellen Stand der Wissenschaft⁸¹. Die Eidgenössische Kommission für Impffragen erarbeitet dabei die Impfempfehlungen zuhanden des BAG⁸². Sollten die Impfempfehlungen einzelfallweise nicht dem aktuellen Stand der Wissenschaft entsprechen, ist eine Staatshaftung des Bundes denkbar. Die *Informationstätigkeit des Bundes* im Zusammenhang mit der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten entfaltet *Schutzwirkung für die von den amtlichen Informationen Betroffenen Privaten*⁸³. Entsprechend können unsorgfältige Informationen bzw. Empfehlungen von staatlichen Funktionären einzelfallweise als widerrechtlich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 VG qualifiziert werden.

4. Haftung für rechtswidrige Impfbulatorien

- ⁶⁹ Die Kantone können Impfungen von gefährdeten Bevölkerungsgruppen, von besonders exponierten Personen und von Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben, für obligatorisch erklären, sofern eine erhebliche Gefahr besteht⁸⁴. Zur Feststellung, ob eine erhebliche Gefahr besteht, beurteilen die zuständigen kantonalen Behörden folgende Faktoren:
- Schweregrad einer möglichen Erkrankung sowie das Risiko einer Weiterverbreitung der Krankheit;
 - Gefährdung besonders verletzbarer Personen;
 - epidemiologische Situation auf kantonaler, nationaler und internationaler Ebene unter Einbezug des BAG;
 - zu erwartende Wirksamkeit eines allfälligen Impfbulatoriums;
 - Eignung und Wirksamkeit anderer Massnahmen zur Eindämmung der Gesundheitsgefahr⁸⁵.
- ⁷⁰ Ein Impfbulatorium für Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben, insbesondere in Gesundheitseinrichtungen, ist auf diejenigen Bereiche zu beschränken, in welchen das Risiko einer Weiterverbreitung der Krankheit erhöht ist oder in welchen besonders verletzbare Personen gefährdet

⁷⁷ Ibid. E. 9.2.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Siehe z.B. Urteile LG München 6 O 23277/04 vom 12. Januar 2007 = BeckRS 2011, 12144, und OLG Celle 1 U 57/82 vom 27. Juni 1983 = VersR 1983, 1143.

⁸⁰ Vgl. Urteil BGH III ZR 52/93 vom 7. Juli 1994 = NJW 1994, 3012.

⁸¹ Vgl. Art. 9 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 1 EpG.

⁸² Vgl. Art. 56 Abs. 2 EpG.

⁸³ Siehe BGE 118 Ib 473 E. 5.

⁸⁴ Vgl. Art. 22 EpG.

⁸⁵ Vgl. Art. 38 Abs. 1 EpV.

sind⁸⁶. Ein Impfblogatorium muss sodann zeitlich befristet sein; die Impfung darf schliesslich nicht mittels physischem Zwang erfolgen⁸⁷. Impfblogatorien, welche diese Voraussetzungen nicht erfüllen bzw. in Missachtung dieser Voraussetzungen vollzogen werden, sind widerrechtlich und begründen eine Schadenersatzpflicht nach dem Verantwortlichkeitsgesetz bzw. dem jeweiligen kantonalen Staatshaftungsrecht.

5. Haftung für unsorgfältige Anwendung eines Impfstoffes

i. Allgemeines

Das Epidemiengesetz verpflichtet Ärzte und weitere Gesundheitsfachpersonen dazu, im Rahmen ihrer Tätigkeit zur Umsetzung des nationalen Impfplans beizutragen. Sie informieren die von den Impfempfehlungen betroffenen Personen über den nationalen Impfplan⁸⁸. Die Epidemieverordnung weist den Ärzten folgende Aufgaben zu⁸⁹: 71

- Die Ärzte informieren basierend auf dem Impfstatus die von den Impfempfehlungen betroffenen Personen beziehungsweise die gesetzliche Vertretung über den nationalen Impfplan sowie über die Übertragungs- und Krankheitsrisiken für Personen, die nicht geimpft sind.
- Die Ärzte stellen die offiziellen Informationsmittel des Bundes oder der Kantone den von den Impfempfehlungen betroffenen Personen beziehungsweise der gesetzlichen Vertretung zur Verfügung.

Die Ärzte nehmen ferner Impfungen vor, wobei für die Gelbfieberimpfung eine besondere Einwilligung erforderlich ist⁹⁰. Soweit der freiberuflich tätige Arzt, der weder staatlicher Angestellter noch Beauftragter ist, die ihm vom Epidemiengesetz übertragenen Aufgaben ausführt oder behördlich empfohlene bzw. angeordnete Impfungen ausführt, stellt sich die Frage, ob die Staatshaftung oder die privatrechtliche Vertrags- und Deliktshaftung anwendbar ist. Die Abgabe von angeordneten oder empfohlenen Impfstoffen erfolgt zwar im öffentlichen Interesse⁹¹, stellt aber erst dann eine Staatsaufgabe dar, wenn zwischen dem Gemeinwesen und der Impfstelle eine hinreichende «Steuerungsbeziehung» besteht. 72

Eine derartige Steuerungsbeziehung besteht nach der Auffassung der Gutachter dann, wenn die Impfstelle eine behördlich angeordnete Impfung ausführt, mithin als staatliches Vollzugsorgan des Impfblogatoriums tätig ist. Unklar ist hingegen, ob auch bei empfohlenen Impfungen eine derartige Steuerungsbeziehung angenommen werden kann. Die empfohlenen Impfungen sind zwar gesetzlich vorgeschrieben und erfüllen insoweit die Voraussetzung der gesetzlichen Grundlage, die impfwillige Person entscheidet aber autonom, ob die empfohlene Impfung vorgenommen werden soll. Entscheidet sie sich für eine Impfung, ist die angegangene Impfstelle grundsätzlich frei, die Impfung vorzunehmen, wird diese in aller Regel aber wunschgemäss applizieren. 73

Freiwilligkeit der Impfung und Entscheidungsautonomie des Patienten und der Impfstelle sprechen gegen die Annahme einer hinreichenden Steuerungsbeziehung des Staates. Wie eingangs dargelegt⁹² geht die Rechtsprechung vom Vorliegen einer Staatsaufgabe aus, wenn anerkannte 74

⁸⁶ Vgl. Art. 38 Abs. 2 EpV.

⁸⁷ Vgl. Art. 38 Abs. 3 EpV.

⁸⁸ Vgl. Art. 20 Abs. 2 und 3 EpG.

⁸⁹ Vgl. Art. 33 Abs. 2 EpV.

⁹⁰ Vgl. Art. 41 ff. EpV.

⁹¹ «Die Impfung des einzelnen Individuums hat auch einen gemeinnützigen Aspekt und liegt daher im öffentlichen Interesse. Zur Verwirklichung dieses öffentlichen Interesses sieht der Staat zahlreiche Massnahmen vor. Einen wichtigen Stellenwert haben dabei die Impfempfehlungen des BAG. Es wäre deshalb stossend, einerseits Impfungen zu fördern und der Bevölkerung Impfungen zu empfehlen oder anzuordnen und andererseits beim Auftreten eines Impfschadens in bestimmten Fällen keine staatliche Unterstützung in geeigneter Form zu gewähren» (Botschaft EpG, 411).

⁹² Vgl. supra Rz. 46 ff.

Leistungserbringer im Rahmen eines Leistungsauftrages medizinische Dienstleistungen erbringen oder die erbrachte medizinische Dienstleistung von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gedeckt ist, wobei im letzteren Fall die Abgrenzung zwischen hinreichender und fehlender Steuerungsbeziehung schwer fällt. Die obligatorische Krankenpflegeversicherung übernimmt die Kosten für folgende prophylaktische Impfungen⁹³:

- Impfung und Booster gegen Diphtherie, Tetanus, Pertussis, Poliomyelitis
- Impfung gegen Masern, Mumps und Röteln
- Haemophilus-Influenzae-Impfung
- Impfung gegen Influenza
- Hepatitis-B-Impfung
- Passive Impfung mit Hepatitis B-Immunglobulin
- Pneumokokken-Impfung
- Meningokokken-Impfung
- Impfung gegen Tuberkulose
- Impfung gegen Frühsommer-Meningoenzephalitis (FSME)
- Varizellen-Impfung
- Impfung gegen Humane Papillomaviren (HPV)
- Hepatitis-A-Impfung
- Impfung gegen Tollwut

⁷⁵ Nach der Meinung der Gutachter sprechen *gute Gründe für und gegen die Annahme der Geltung des Staatshaftungsrechts für lediglich behördlich empfohlene und unter die obligatorische Krankenpflegeversicherung fallende Impfungen*. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass behördliche empfohlene und unter die obligatorische Krankenpflegeversicherung fallende Impfungen eine Staatsaufgabe darstellen, wäre das Staatshaftungsrecht des jeweiligen Kantons nur dann anwendbar, wenn es primär oder zumindest subsidiär für privatwirtschaftlich tätige Personen gilt.

⁷⁶ Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, sind die einschlägigen privatrechtlichen Haftungsgrundsätze, mithin die vertragliche und ausservertragliche Verschuldenshaftungen⁹⁴, anwendbar. Die *privatrechtliche Haftungsordnung gilt in jedem Fall für behördlich empfohlene, aber nicht unter die obligatorische Krankenpflegeversicherung fallende Impfungen*. Das kantonale Staatshaftungsrecht ist ferner auf die Impftätigkeit eines Tierarztes nicht anwendbar⁹⁶. Unabhängig davon, ob die Staatshaftung oder die Vertrags- bzw. Deliktshaftung anwendbar ist, besteht eine Haftung der Impfstelle aber nur, sofern und soweit ihr im Zusammenhang mit der Abgabe des Impfstoffes ein widerrechtliches Verhalten (Staats- und Deliktshaftung) oder vertragswidriges Verhalten (Vertragshaftung) vorgeworfen werden kann.

⁹³ Vgl. Art. 12a KLV.

⁹⁴ Vgl. Art. 41 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 OR.

⁹⁶ Vgl. GVP 1976 Nr. 49.

ii. Einwilligungs- und Aufklärungsfehler

Die Impfung, d.h. das Verabreichen des Impfstoffes, stellt einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit dar, weshalb entweder eine *rechtsgültige Einwilligung* vorliegen⁹⁷ oder – sofern ausnahmsweise ein Impfblogatorium besteht – die einschlägigen Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Die Einwilligung kann ausdrücklich, konkludent oder nach der Rechtsprechung sogar hypothetisch erfolgen⁹⁸. Eine Einwilligung ohne vorgängige Aufklärung ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ungültig und hat die Widerrechtlichkeit des Eingriffs zur Folge bzw. stellt im Anwendungsbereich der Vertragshaftung eine Sorgfaltspflichtverletzung dar⁹⁹.

Der Umfang der *Eingriffsaufklärung* hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Als Grundregel gilt, dass der Patient über Art und Risiken der in Aussicht genommenen Behandlungsmethode in einem Umfang aufzuklären ist, damit er seine Einwilligung in Kenntnis der Sachlage geben kann. Eine Aufklärung darf nur dann unterbleiben, wenn es sich um alltägliche Massnahmen handelt, die keine besondere Gefahr und keine endgültige oder länger dauernde Beeinträchtigung der körperlichen Integrität mit sich bringen, oder wenn der Patient bei früherer Gelegenheit bereits dieselbe oder eine ähnliche Behandlung erfahren hat¹⁰⁰.

Die Impfstelle hat solchermassen nur allfällige *erhebliche Risiken in geeigneter Weise* dem Patienten oder seinem gesetzlichen Vertreter darzulegen¹⁰¹. Die Aufklärungspflicht besteht insbesondere bei einer Impfung gegen DPT¹⁰², Keuchhusten¹⁰³, Polio¹⁰⁴, Pocken¹⁰⁵ und Tetanus¹⁰⁶ bzw. mit dem Bogomoletz-Serum¹⁰⁷, und umfasst nicht nur übliche¹⁰⁸, sondern auch seltene Risiken, sofern diese bekannt sind und schwerwiegende Folgen haben können¹⁰⁹. Die Impfstelle hat in jedem Fall über die *von Gesundheitsbehörden geäusserten Bedenken und Risiken* zu informieren

⁹⁷ Die Einwilligung hat unbeeinflusst von Dritten («frei») zu erfolgen und kann jederzeit widerrufen werden (vgl. Art. 6 Abs. 5 Europäisches Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin [Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin] vom 4. April 1997).

⁹⁸ Vgl. z.B. Urteil BGer i.S. T.-W. U. vom 1. Dezember 1998 = Pra 2000 Nr. 28 E. 4, und BGE 117 Ib 197 E. 5b und c. Der Arzt trägt dabei die Beweislast, dass der Patient auch bei hinreichender Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte.

⁹⁹ Statt vieler BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 4.

¹⁰⁰ Ibid. E. 4.1.2.

¹⁰¹ Das Erfordernis eines Aufklärungsgesprächs gebietet bei einer Routineimpfung nicht in jedem Fall eine mündliche Erläuterung der Risiken. Es kann vielmehr genügen, wenn dem Patienten nach schriftlicher Aufklärung Gelegenheit zu weiteren Informationen durch ein Gespräch mit dem Arzt gegeben wird (vgl. Urteil BGH VI ZR 48/99 vom 15. Februar 2000 = FamRZ 2000, 809 = AusR 2000, 104 = JZ 2000, 727 und 898 = NJW 2000, 1784). Aufzuklären ist gemäss BGH über ein Ansteckungsrisiko von 1:15,5 Mio. bei einer Kontaktperson einer gegen Kinderlähmung geimpften Person (NJW 1994, 3012). Weiterführend DEUTSCH, Erwin, Aufklärung und Einwilligung vor Impfungen, in: VersR 1998, S. 1053 ff. und KAMPS, Hans, Der Umfang der Aufklärungspflicht und Haftung des staatlich angestellten Impfarztes und des niedergelassenen Arztes bei der Polio-Schutzimpfung, in: MedR 1995, S. 268 ff.

¹⁰² Vgl. z.B. Urteil OLG Stuttgart 3 U 188/84 vom 12. Juni 1985 und BGH VI ZR 189/85 vom 3. Juni 1986.

¹⁰³ Siehe z.B. Urteil BGH III ZR 100/88 vom 15. Februar 1990.

¹⁰⁴ Vgl. z.B. Urteil BGH VI ZR 340/96 vom 21. April 1998 und III ZR 52/93 vom 7. Juli 1994 = BGHZ 126, 386 = AusR 1994, 26.

¹⁰⁵ Vgl. z.B. Urteil OLG Düsseldorf 8 U 286/81 vom 31. Januar 1985.

¹⁰⁶ Vgl. z.B. Urteile OLG Nürnberg 2 U 3878/94 vom 16. Februar 1995 und BGH VI ZR 130/95 vom 9. Januar 1996, wo zwar die Aufklärungspflicht allgemein bejaht, aber in Bezug auf die Risiken Neuritiden und Hyperimmunisierung verneint wurde. Im Urteil OLG Stuttgart 14 U 8/92 vom 13. August 1992 wurde die Aufklärungspflicht auch über das seltene Risiko von Allgemeinreaktionen (Fieber, Unwohlsein und Schüttelfrost) bejaht.

¹⁰⁷ Vgl. Urteil BGH VI ZR 25/65 vom 25. Oktober 1996.

¹⁰⁸ Z.B. Gehirnhautentzündung bei DPT-Impfung (siehe Urteile OLG Stuttgart 3 U 188/84 vom 12. Juni 1985) und BGH VI ZR 189/85 vom 3. Juni 1986).

¹⁰⁹ Vgl. Urteil BGH VI ZR 340/96 vom 21. April 1998 E. 1b.

und auf die *Freiwilligkeit* bei bloss empfohlenen Impfungen hinzuweisen¹¹⁰. Zudem ist der Geimpfte darüber aufzuklären, ob er ein allfälliges *Ansteckungsrisiko für Dritte* darstellt, was bei einer Polio-Impfung mit Lebendviren der Fall ist¹¹¹.

- ⁸⁰ Eine Aufklärungspflicht besteht ferner nicht nur in Bezug auf allfällige erhebliche Impfrisiken. Der Arzt hat in Erfüllung seiner Untersuchungs- und Diagnosesorgfaltspflicht auch festzustellen, ob auf Grund der konkreten Umstände eine *Impfung überhaupt oder eine besondere bzw. zusätzliche Impfung* erforderlich sind¹¹². Zwecks Vermeidung einer Rötelerkrankung, die eine Schädigung des ungeborenen Kindes zur Folge hat, ist bei fortpflanzungswilligen Frauen eine Abklärung bzw. Impfung vorzunehmen; bereits schwangere Frauen sind über eine bestehende Infektion aufzuklären, damit sie ggf. abtreiben können¹¹³.

iii. Anwendungsfehler

- ⁸¹ Die Impfstelle haftet, wenn sie durch eine pflichtwidrige Anwendung eines Impfstoffes einen Schaden bewirkt hat¹¹⁴, wobei sie sich – im Rahmen der Vertragshaftung – durch den Nachweis, nicht schuldhaft gehandelt zu haben, von der Haftung befreien kann¹¹⁵. Eine Pflichtwidrigkeit liegt insbesondere dann vor, wenn die Impfstelle die *Impfeignung* nicht abklärt¹¹⁶, *ungeeignete*¹¹⁷

¹¹⁰ Vgl. dazu Urteile OLG Stuttgart 3 U 188/84 vom 12. Juni 1985 sowie BGH VI ZR 189/85 vom 3. Juni 1986 sowie BGH III ZR 213/57 vom 26. Januar 1959.

¹¹¹ Vgl. Urteil BGH III ZR 52/93 vom 7. Juli 1994 E. II.2a.

¹¹² Bei Unfällen oder operativen Eingriffen ist regelmässig eine Tetanus-Impfung angezeigt (vgl. Urteile OLG Stuttgart 14 U 8/92 vom 13. August 1992 und OLG Köln 7 U 301/83 vom 24. Mai 1984).

¹¹³ Siehe dazu Urteile OLG Hamm 3 U 99/96 vom 23. April 1997 sowie BGH VI ZR 178/97 vom 30. Juni 1998, OLG Koblenz 3 U 290/88 vom 26. Februar 1991 = AusR 1992, 4, BGH VI ZR 104/91 vom 26. November 1991, OLG Düsseldorf 8 U 128/89 vom 12. Juli 1990, BGH VI ZR 36/89 vom 11. April 1989, OLG Hamm 3 U 74/88 vom 21. November 1988, BGH VI ZR 114/81 vom 18. Januar 1983 (Haftung des Gynäkologen für die Folge einer unterlassenen Rötelnimpfung bzw. -aufklärung bejaht) sowie OLG Hamm U 88/98 vom 3. Februar 1999 und BGH VI ZR 116/99 vom 1. August 2000 (Haftung eines Laborarztes mit Bezug auf das Unterlassen eines IgM-Tests bejaht). Siehe ferner Urteile OLG Düsseldorf 8 U 155/84 vom 19. Dezember 1985 und BGH VI ZR 23/86 vom 21. Oktober 1986, wo festgestellt wurde, dass der Arzt weitere serologische Untersuchungen durchzuführen hat, selbst wenn ein üblicher Röteln-Test keine Erkrankung indiziert. In Urteilen OLG München 5 U 2125/83 vom 3. Juli 1984 und BGH VI ZR 105/87 vom 19. April 1988 wurde von der Pflicht ausgegangen, einen erneuten HAH-Test vorzunehmen, um eine Rötelninfektion zweifelsfrei auszuschliessen.

¹¹⁴ Siehe dazu Urteile OLG Stuttgart 14 U 33/98 vom 29. Dezember 1998 = MedR 2000, 35 (zur Kausalität bei Impfschäden) und LG Waldshut-Tiengen 1 O 205/94 vom 27. November 1997) = AusR 1998, 17 = PharmaR 1998, 256 (Anforderungen an den Kausalitätsnachweis bei behaupteten Impfschäden); siehe ferner Urteile OLG Nürnberg 1 U 513/92 vom 2. November 1993 = MedR 1995, 325 (Beweisanforderungen bei Impfschäden) und BGH III ZR 37/66 vom 24. Juni 1968 = DRiZ 1968, 346 (Beweisfragen bei Impfschäden), OLG Hamm 3 U 74/889 vom 21. November 1986 und BGH VI ZR 36/89 vom 11. April 1989 (Unterbrechung des Kausalzusammenhangs gegenüber pflichtwidrig handelndem Hausarzt durch pflichtwidrige Unterlassung eines Röteln-Test durch einen Gynäkologen) sowie BVerwG 3 C 10/87 vom 29. März 1990 = NVwZ-RR 1991, 164 (Kausalzusammenhang zwischen Impfung und Tod des Tieres) und BGE 87 II 117 E. 5 und 6.

¹¹⁵ Vgl. Art. 97 Abs. 1 OR. Die Beweislastverteilung in Arzthaftungsfällen hängt massgeblich von der Rechtsnatur der Haftungsordnung (Vertrags-, Delikts- oder Staatshaftung) ab, ist komplex und im Anwendungsbereich der vertraglichen Haftung unbefriedigend bzw. unklar geregelt (vgl. dazu BGE 120 II 248 E. 2c und 113 II 432 f.).

¹¹⁶ Der Arzt hat insbesondere Vorerkrankungen, eine allfällige Allergie-Neigung und andere Auffälligkeiten festzustellen und eine Blutwertbestimmung vorzunehmen (vgl. Urteil BGH VI ZR 340/96 vom 21. April 1998 E. 1a). Bestehen Impfunverträglichkeiten oder -hindernisse, hat die Impfung (vorübergehend) zu unterbleiben oder ist ein anderes Impfersum zu verwenden. Eine Impfung hat etwa bei Säuglingen zu unterbleiben bei einem fieberhaften Infekt (DPT-Impfung; vgl. Urteil OLG Hamm 3 U 98/90 vom 26. Juni 1991), einem Verdacht auf eine Hirnschädigung (DPT-Impfung; vgl. Urteil OLG Düsseldorf 8 U 27/90 vom 19. September 1991), nach einem Krampfanfall, der eine Hospitalisierung erforderlich machte (DPT-Impfung; vgl. Urteil OLG Hamm 3 U 309/80 vom 7. Dezember 1981) oder bei Hautausschlägen und zerebral verursachten Krampfleiden (Pocken-Impfung, vgl. Urteil OLG Düsseldorf 8 U 286/81 vom 31. Januar 1985). Siehe ferner Urteil AG Köln 118 C 23/97 vom 14. Mai 1997 = VersR 1998, 581 (Impfunverträglichkeit eines Säuglings).

¹¹⁷ Vgl. z.B. § 7 Abs. 2 Vollzugsverordnung zur eidgenössischen Epidemiengesetzgebung des Kantons Zürich vom 19. März 1975.

bzw. nicht zugelassene¹¹⁸ Impfstoffe verwendet oder deren Applikation nicht fachgerecht, insbesondere nicht unter Beachten der Dosierungs- und Hygienestandards, vornimmt¹¹⁹.

6. Haftung für unzumutbare Impfschäden

i. Unterschiedliche kantonale Billigkeitshaftung

Haftungsansprüche sind ferner denkbar gegenüber den Kantonen, die obligatorische oder freiwillige Impfungen durchführen, sofern und soweit diese in den kantonalen Staatshaftungsgesetzen neben der Haftung für ein widerrechtliches Verhalten eines staatlichen Funktionärs ausnahmsweise eine *Ersatzpflicht des Staates für rechtmässig verursachte Personen- oder Sachschäden* vorsehen¹²⁰. Für rechtmässig zugefügte Schäden haftet das Gemeinwesen nicht bzw. nur dann, wenn das Gesetz eine Haftung ausdrücklich vorsieht¹²¹.

Die kantonalen Staatshaftungsgesetze statuieren eine solche Ersatzpflicht entweder generell, wenn die Billigkeit die Übernahme des von einem staatlichen Funktionär rechtmässig verursachten Schaden verlangt¹²² bzw. dem Betroffenen die Tragung des Schadens nicht zugemutet werden kann (Sonderopfer)¹²³ oder in den spezifisch genannten Fällen. Gewisse Kantone kennen keine Haftungsgrundlage im kantonalen Staatshaftungsgesetz, sondern verweisen auf einzelgesetzlich vorgesehene Entschädigungsnormen¹²⁴. 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 Gesetzgebung¹²⁵.

Eine Haftung für rechtmässig zugefügte Vermögensschäden besteht beispielsweise bei einer Enteignung¹²⁶ oder einem Entzug und einer Einschränkung wohlerworbener Rechte und beim Widerruf von Bewilligungen¹²⁷. Mitunter sieht der Gesetzgeber eine Billigkeitshaftung nur für «Sonderopfer» vor, so etwa für Schäden bei rechtmässigen Polizeieinsätzen¹²⁸, beim Einsatz von verdeckten Ermittlern¹²⁹ oder in anderen «besonderen Fällen»¹³⁰. 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 den Impfschaden zu bejahen ist.

¹¹⁸ Vgl. dazu Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts über die Anforderungen an die Zulassung von Arzneimitteln (Arzneimittel-Zulassungsverordnung, AMZV) vom 9. November 2001.

¹¹⁹ Siehe dazu BGE 120 II 248 ff.

¹²⁰ Dazu WEBER-DÜRLER, Béatrice, Zur Entschädigungspflicht des Staates für rechtmässige Akte, in: FS Otto Kaufmann, Bern/Stuttgart 1989, S. 339 ff.

¹²¹ Siehe z.B. § 12 Haftungsgesetz vom 14. September 1969 des Kantons Zürich (OS 170.1) und Art. 4 Gesetz über die Staatshaftung (SHG) vom 5. Dezember 2006 des Kantons Graubünden (SR 170.050).

¹²² Vgl. z.B. § 5 Abs. 2 Haftungsgesetz (HG) des Kantons Luzern vom 13. September 1988 und Art. 7 Abs. 2 Staatshaftungsgesetz des Kantons Glarus vom 5. Mai 1991.

¹²³ Vgl. z.B. Art. 7 Haftungsgesetz des Kantons Obwalden vom 24. September 1989.

¹²⁴ Vgl. z.B. § 12 Haftungsgesetzes Kantons Zürich vom 14. September 1969.

¹²⁵ 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 (NG 161.2).

¹²⁶ Vgl. Art. 16 ff. EntG.

¹²⁷ Vgl. Urteil BGer vom 28.02.2007 (2A.504/2006) E. 2.4 und die dort genannten Beispiele.

¹²⁸ Vgl. Art. 4 Haftungsgesetz NW, 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 (GS 161.1), 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 (SHR 170.300), § 10 des Gesetzes über die Haftung des Staates, der Gemeinden, der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten und die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten und Arbeiter (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 26. Juni 1966 des Kantons Nidwalden (NG 124.21) und § 13 Haftungsgesetz ZH.

¹²⁹ Vgl. Art. 9 VVE.

¹³⁰ Art. 4 Haftungsgesetz BS und Art. 7 Abs. 2 Staatshaftungsgesetz GL.

- ⁸⁵ Eine Billigkeitshaftung für Impffolgeschäden kommt wie der epidemierechtliche Entschädigungs- und Genugtuungsanspruch nur dann in Frage, wenn die Impfung, welche die gesundheitliche Beeinträchtigung verursacht hat, behördlich angeordnet oder empfohlen worden ist, den nur dann kann die geschädigte Person als «Sonderopfer» qualifiziert werden. In koordinationsrechtlicher Hinsicht macht es keinen Sinn, wenn die geschädigte Person vorgängig der Geltendmachung der epidemierechtlichen Ansprüche eine ausnahmsweise gegebene Billigkeitshaftung zu beantragen hätte. Zudem wird die Billigkeitshaftung in der Regel so verstanden, dass der Staat lediglich den Anteil des Schadens entschädigt, dessen Tragung der geschädigten Person nicht zumutbar ist¹³¹. Der epidemierechtliche Entschädigungsanspruch demgegenüber ist betraglich nicht begrenzt und setzt keine Unzumutbarkeit der Schadenstragung durch die geschädigte Person voraus.

ii. Keine allgemeine Billigkeitshaftung des Bundes

- ⁸⁶ Die Staatshaftungsregelung des Bundes, respektive das Verantwortlichkeitsgesetz (VG), kennt keine Haftung für eine rechtmässige Schadensverursachung durch Bundesbehörden¹³². Einzelne eidgenössische Gesetze – unter anderem das Epidemiengesetz – sehen solche Entschädigungsansprüche vor¹³³.

IV. Entschädigung für den materiellen Impffolgeschaden

A. Anspruchsvoraussetzungen

1. Allgemeines

- ⁸⁷ Gemäss Art. 64 EpG besteht ein Anspruch auf Entschädigung für den Impffolgeschaden, sofern die Impfung behördlich angeordnet oder empfohlen worden ist. Der Entschädigungsanspruch wird allerdings nur gewährt, soweit der Schaden mit zumutbaren Bemühungen nicht anderweitig gedeckt werden kann. Der Entschädigungsanspruch für den materiellen Impffolgeschaden stellt einen Anwendungsfall der vorgenannten Kategorie der Billigkeits- bzw. Ausfallhaftung für rechtmässig durch staatliches Handeln verursachte Schäden dar.

2. Behördlich angeordnete oder empfohlene Impfung

- ⁸⁸ Während der Staatshaftungsanspruch ein widerrechtliches Verhalten eines staatlichen Funktionärs voraussetzt¹³⁴, setzt der epidemierechtliche Entschädigungsanspruch lediglich voraus, dass die Impfung behördlich angeordnet oder empfohlen worden ist¹³⁵. 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.

3. Gesundheitliche Beeinträchtigung

- ⁸⁹ Die gesundheitliche Beeinträchtigung muss dabei natürliche und adäquate Folge des verwendeten Impfstoffes sein. Ein natürlicher Kausalzusammenhang zwischen der gesundheitlichen Beeinträchtigung und der Anwendung oder der Wirkungsweise des Impfstoffes ist dann gegeben, wenn

¹³¹ Siehe z.B. JÄGER, Peter/SCHWEITER, Angela, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Arzthaftpflicht- und Arztstrafrecht. Mit einem Anhang unveröffentlichter Urteile. 3. A., Zürich 2012, 21.

¹³² Vgl. BGE 118 Ib 473 E. 6.

¹³³ Siehe die Hinweise in Urteil BGer 2A.504/2006 vom 28. Februar 2007 E. 2.4.

¹³⁴ Vgl. Art. 3 Abs. 1 VG.

¹³⁵ Eine Impfung liegt auch dann vor, wenn die Impfung keinen Erfolg hatte, also im biologischen Sinn überhaupt nicht stattgefunden (vgl. Urteil BGH III ZR 91/69 vom 26. Januar 1970 = VersR 1970, 372).

die gesundheitliche Beeinträchtigung ohne die Impfung ebenfalls oder nicht eingetreten wäre. Die Impfung muss solchermassen eine nicht wegdenkbare Bedingung («conditio sine qua non») für die gesundheitliche Beeinträchtigung gewesen sein.

Ferner wird vorausgesetzt, dass die im konkreten Fall vorgenommene Impfung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens an sich geeignet ist, die eingetretene gesundheitliche Beeinträchtigung zu bewirken. Da der Zweck des Entschädigungsanspruches darin besteht, die geimpfte Person, welche wegen einer Impfung, die im öffentlichen Interesse vorgenommen worden ist, vor ungedeckten Schaden zu bewahren, ist das Adäquanzerfordernis nicht allzu streng anzuwenden. Insbesondere auch sehr seltene Impfreaktionen sind wegen des Zweckes des Entschädigungsanspruches als adäquat zu qualifizieren. In der Botschaft wird – wie bereits erwähnt – präzisierend festgehalten, dass lediglich übliche bzw. geringfügige Impfreaktionen inadäquat bzw. nicht entschädigungsfähig sind¹³⁶.

4. Schaden

i. Allgemeines

Das Epidemien-gesetz verwendet den Begriff des Schadens sowohl beim Entschädigungs- als auch beim Genugtuungsanspruch, äussert sich aber nicht in allgemeiner Form dazu, was unter dem «Schaden» zu verstehen ist. Der Begriff des Schadens kann in einem weiteren Sinn als unfreiwillig erlittener Nachteil oder in einem engeren Sinn als finanzielle Einbusse verstanden werden.

ii. Zivilrechtlicher Schadenbegriff

Nach der im Schadenausgleichsrecht geltenden *Differenztheorie* besteht der Schaden in der Differenz zwischen der aktuellen Höhe des Vermögens des Geschädigten und der Höhe, die dasselbe Vermögen hätte, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre¹³⁷. Nicht als Vermögensschaden gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Verlust einer blossen Chance für einen Vermögensvorteil¹³⁸.

Die einschlägigen Haftungsbestimmungen konkretisieren, was unter dem *Vermögensschaden* zu verstehen ist. Art. 46 Abs. 1 OR und Art. 5 Abs. 2 VG nennen beispielsweise die verletzungsbedingten Kosten und die Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit unter Berücksichtigung der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens als ersatzfähige Schadensposten. Im Fall eines Todes sind gemäss Art. 45 Abs. OR und Art. 5 Abs. 1 VG die Todesfall- und Bestattungskosten, die Kosten der versuchten Heilung und der Versorgungsausfall zu entschädigen.

Das Bundesgericht geht sodann auch von der *Ersatzfähigkeit des normativen Personenschadens* aus. Erbringen Dritte, regelmässig Angehörige, unentgeltlich Dienstleistungen, beispielsweise Pflegeleistungen, für den Geschädigten, fallen keine Kosten und damit auch kein Vermögensschaden an, gleichwohl ist der Haftpflichtige verpflichtet, die eingesparten Kosten zu vergüten. Von praktischer Bedeutung sind dabei der Haushalt¹³⁹ sowie der Betreuungs- und Pflegeschaden¹⁴⁰. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht dabei davon aus, dass abgesehen von diesen Ausnahmen nach geltendem Recht kein Anspruch auf Ersatz des normativen Schadens besteht¹⁴¹.

¹³⁶ Vgl. Botschaft EpG, 412.

¹³⁷ Statt vieler BGE 132 III 564 = Pra 2007 Nr. 57 E. 6.2 und 132 III 186 E. 8.1.

¹³⁸ Vgl. BGE 133 III 462 = Pra 2008 Nr. 27 E. 4.

¹³⁹ Vgl. BGE 127 III 403 E. 4.

¹⁴⁰ Vgl. Urteil BGer 4C.276/2001 vom 26. März 2002 = Pra 2002 Nr. 212 E. 6b/bb.

¹⁴¹ Vgl. BGE 132 III 379 E. 3.3.2.

iii. Opferhilferechtlicher Schadenbegriff

- ⁹⁵ Dieser zivilrechtliche Schadenbegriff gilt für das gesamte Haftpflichtrecht, nicht aber für das Opferhilferecht. Bis zur Revision des Opferhilferechtes im Jahr 2010 umfasste der opferhilferechtliche Entschädigungsanspruch gemäss Art. 19 ff. OHG nicht nur den tatsächlichen, sondern auch den normativen Personenschaden, insbesondere den Haushaltsschaden¹⁴². Nunmehr sieht Art. 19 Abs. 4 OHG explizit vor, dass der Haushalt- sowie der Betreuungs- und Pflegeschaden nur dann berücksichtigt werden, wenn sie zu zusätzlichen Kosten oder zur Reduktion der Erwerbstätigkeit führen.
- ⁹⁶ Ähnliche Voraussetzungen bestehen für den ergänzungsleistungrechtlichen Vergütungsanspruch gemäss Art. 14 ELG; in den kantonalen Ausführungsbestimmungen wird im Zusammenhang mit unentgeltlich erbrachten Betreuungs- und Pflegeleistungen regelmässig verlangt, dass der Angehörige der versicherten Person den Eintritt eines wesentlichen und dauerhaften Erwerbsausfalls nachweisen kann¹⁴³. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht dabei von einem ersatzfähigen Erwerbsausfall aus, wenn dieser mehr als 10 % ausmacht und länger als fünf Arbeitstage andauert¹⁴⁴.
- ⁹⁷ Nicht nur beim epidemierechtlichen Entschädigungs-, sondern auch beim Genugtuungsanspruch stellt sich folglich die Frage, ob der zivil- oder der opferhilferechtliche Schadenbegriff massgeblich ist. Diesbezüglich wird in der Botschaft zum neuen Epidemiengesetz folgendes festgehalten¹⁴⁵:
- ⁹⁸ *Für die Bestimmung der anrechenbaren Schadensposten ist grundsätzlich das Zivilrecht massgebend. Das in seiner Integrität beeinträchtigte Opfer hat demnach Anspruch auf eine Entschädigung an Kosten, die infolge der Beeinträchtigung entstanden sind, sowie für Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit, unter Berücksichtigung der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens (Art. 46 OR).*
- ⁹⁹ Im Verlauf der parlamentarischen Beratungen wurden hinsichtlich des für den Entschädigungsanspruch massgeblichen Schadenbegriff keine abweichenden Anträge gestellt, weshalb davon auszugehen ist, dass der Schaden gemäss Art. 64 EpG sowohl den Vermögensschaden als auch den normativen Schaden, soweit er gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ersatzfähig ist, umfasst. Personen, bei welchen als Folge einer unsachgemässen Verabreichung des Impfstoffes oder von unerwünschten Impfreaktionen, ein derartiger zivilrechtlicher Schaden eintritt, steht allerdings ein Entschädigungsanspruch nur soweit zu, als der Schaden mit zumutbaren Bemühungen nicht anderweitig gedeckt werden kann.

B. Subsidiarität

1. Keine anderweitige Deckung

- ¹⁰⁰ Das Bundesgericht hat in Bezug auf die Entschädigungspflicht gemäss Epidemiengesetz von 1970 erwogen, dass die «Ausfalldeckung» erst dann in Betracht falle, wenn keine ausreichende Deckung von primär Ersatzpflichtigen erlangt werden könne¹⁴⁶. Als primär Ersatzpflichtige wurden der Arzt und dessen Berufshaftpflichtversicherung sowie die Sozialversicherungen genannt¹⁴⁷.

¹⁴² Vgl. BGE 131 II 656 E. 6.

¹⁴³ Siehe z.B. § 12 Abs. 2 Zusatzleistungsverordnung (ZLV) vom 5. März 2008 des Kantons Zürich.

¹⁴⁴ Vgl. Urteil BGer 8C_773/2008 vom 11. Februar 2009 E. 5.1 und P 18/06 vom 25. April 2007 E. 4.

¹⁴⁵ Botschaft EpG, 412.

¹⁴⁶ Vgl. BGE 129 II 353 E. 4.

¹⁴⁷ Ibid.

In der ursprünglichen Vorlage des Bundesrates vom 3. Dezember 2010 bzw. der nationalrätlichen Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 13. Oktober 2011 war vorgesehen, dass der Anspruch auf Entschädigung nur gewährt wird, «soweit der Schaden nicht anderweitig gedeckt wird»¹⁴⁸. In den Erläuterungen weist der Bundesrat darauf hin, dass der Entschädigungsanspruch gemäss Art. 64 EpG subsidiär zu Haftungs- und Versicherungsansprüchen sei und die Entschädigung nur definitiv gewährt werde, «wenn die für die betroffene Person notwendige finanzielle Hilfe von den primär Pflichtigen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht erbracht wird beziehungsweise wenn sie ungenügend oder lückenhaft ist»¹⁴⁹. 101

Der Nationalrat hat – als Erstrat – am 8. März 2012 der bundesrechtlichen Vorlage zugestimmt. Die ständerätliche Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit schlug demgegenüber dem Ständerat, der die Vorlage als Zweitrat am 1. Juni 2012 beraten hat, vor, Art. 64 Abs. 2 dahingehend abzuändern, dass der Entschädigungsanspruch besteht, «soweit der Schaden mit zumutbaren Bemühungen nicht anderweitig gedeckt werden kann». 102

Ständerätin Christine EGERSZEGI-OBRIEST äusserte sich im Ständerat zu dieser Änderung folgendermassen¹⁵⁰: 103

Hier hätte ich eine Bemerkung zu Absatz 2. In der Botschaft heisst es, dass ein Schaden nur gedeckt wird, wenn er nicht durch Sozial- oder Privatversicherungen vergütet wird. Die SGK wollte sichergehen, dass ein Geschädigter nicht von Pontius zu Pilatus gehen muss, um zu seinem Recht zu kommen. Hier entbrannte aber eine interessante Diskussion um die Frage, wann denn der Rechtsweg zumutbar ist. Wir haben jetzt die Formulierung gewählt ‚soweit der Schaden mit zumutbaren Bemühungen nicht anderweitig gedeckt werden kann‘. Diese Stelle sollte der Nationalrat mit Haftpflichtexperten noch einmal anschauen. 104

Bundesrat Alain BERSET unterstützte dieses Votum¹⁵¹: 105

Je vous propose de soutenir la version adoptée par votre commission, de manière à pouvoir encore clarifier cette question. Cela dit, le terme "raisonnables" est une notion juridique indéterminée. Sa fonction consiste à limiter les efforts qu'une personne devra faire dans une situation donnée dans une mesure qui est supportable. Et, dans le fond, le but de cette modification serait d'alléger dans certains cas la procédure d'indemnisation. Et c'est une approche que le Conseil fédéral soutient également. Et pour définir ensuite ce qu'est un effort raisonnable, il appartiendra à un juge de déterminer et d'examiner les circonstances du cas d'espèce et, en particulier, d'examiner tous les éléments objectifs et subjectifs. Je vous invite donc à suivre la proposition de votre commission. 106

Der Nationalrat schloss sich anlässlich der zweiten Beratung am 11. September 2012 diskussionslos der ständerätlichen Version an¹⁵². 107

2. Zumutbare Bemühungen

i. Allgemeines

Die Verpflichtung der geschädigten Person, zumutbare Bemühungen im Hinblick auf eine anderweitige Deckung des Schadens zu unternehmen, ist in zweierlei Hinsicht abzugrenzen. Jede 108

¹⁴⁸ Siehe Fahne 2012 I N (zum Geschäft 10.107).

¹⁴⁹ Botschaft, 412.

¹⁵⁰ Siehe AB 2012 S 394.

¹⁵¹ Siehe AB 2012 S 394.

¹⁵² Siehe AB 2012 N 1284 ff.

geschädigte Person ist als Folge des Schadenminderungsgrundsatzes gehalten, nach Eintritt des Schadens zumutbare Bemühungen zu unternehmen, um das Ausmass des Schadens möglichst gering zu halten. Von der eigentlichen Schadenminderungspflicht zu unterscheiden ist die Frage, inwieweit die geschädigte Person sich um den Erhalt von Schadenausgleichsleistungen zu bemühen hat.

- ¹⁰⁹ Die vorerwähnten Äusserungen anlässlich der ständerätlichen Beratung offenbaren, dass der Einschub «mit zumutbaren Bemühungen» nicht die eigentlichen Schadenminderungs-, sondern die Schadenersatzverfolgungsbemühungen meint. Die nachfolgenden Ausführungen thematisieren gleichwohl beide Bereiche, nicht zuletzt deshalb, weil im Zusammenhang mit der Schadenminderungspflicht ebenfalls zu klären ist, welche Massnahmen von einer Person zu ergreifen sind, wenn diese als Folge einer behördlich angeordneten oder empfohlenen Impfung geschädigt wird.

ii. Wesentliches Mitverschulden des Schadens

- ¹¹⁰ Im Kontext mit der «Schadenminderung» sind zwei Problembereiche auseinander zu halten. Die geschädigte Person kann durch ihr Verhalten einerseits zur Entstehung bzw. zum Eintritt der gesundheitlichen Beeinträchtigung oder des Schadens beitragen, andererseits den von ihr nicht mitverursachten Schadens vergrössern. In haftpflichtrechtlicher Hinsicht werden beide Verhaltensweisen unter dem Titel des «Selbstverschuldens» berücksichtigt; es spielt dabei keine Rolle, ob der Geschädigte fahrlässig oder vorsätzlich den Schaden mitverursacht oder vergrössert hat¹⁵³. Im Sozialversicherungsrecht demgegenüber differenziert Art. 21 ATSG die beiden Verhaltensweisen.
- ¹¹¹ Eine Leistungskürzung bzw. -verweigerung ist im Zusammenhang mit der Herbeiführung des versicherten Risikos nur zulässig, wenn die versicherte Person vorsätzlich gehandelt hat¹⁵⁴. Eine bloss *fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles bleibt folgenlos*. Im Geltungsbereich der obligatorischen Unfallversicherung ist in Abweichung dieses Prinzips eine Leistungskürzung bereits dann zulässig, wenn die versicherte Person sich grobfahrlässig verhalten oder einer aussergewöhnlichen Gefahr ausgesetzt hat oder ein Wagnis eingegangen ist¹⁵⁵.
- ¹¹² Nach dem Eintritt der gesundheitlichen Beeinträchtigung, mithin des Versicherungsfalles, ist die versicherte Person demgegenüber verpflichtet, sich zumutbaren Massnahmen, insbesondere Behandlungs- und Eingliederungsmassnahmen, zu unterziehen. Eine Leistungskürzung ist allerdings bei Massnahmen, die vom Sozialversicherungsträger verlangt werden, erst dann möglich, wenn die versicherte Person *schriftlich gemahnt* und unter Ansetzen einer *angemessenen Bedenkzeit* auf die zulässige Leistungskürzung im Unterlassungsfall hingewiesen worden ist¹⁵⁶. Insoweit gilt die Voraussetzung einer vorsätzlichen Unterlassung zumindest für die Massnahmen, welche der Sozialversicherungsträger angeordnet hat.
- ¹¹³ Gemäss Art. 67 EpG ist eine Herabsetzung oder Verweigerung der Entschädigung und der Genugtuung zulässig, wenn die geschädigte Person den Schaden wesentlich mitverschuldet hat. In den Erläuterungen zu dieser Gesetzesbestimmung wird nicht dargelegt, ob das Mitverschulden lediglich eine Mitverursachung der gesundheitlichen Beeinträchtigung bzw. des Schadens oder auch eine Vergrösserung des ausschliesslich durch die Impfung verursachten Schadens meint und ein allfälliges Mitverschulden bereits bei einem fahrlässigen oder nur bei einem vorsätzlichen Verhalten anzunehmen ist¹⁵⁷.

¹⁵³ Ein Umstand, der von der geschädigten Person zu vertreten ist, insbesondere eine konstitutionelle Prädisposition, kann sowohl die Schadensberechnung als auch die Schadenersatzbemessung beeinflussen (vgl. BGE 113 II 86 E. 3).

¹⁵⁴ Vgl. Art. 21 Abs. 1 ATSG.

¹⁵⁵ Vgl. Art. 37 und 38 UVG.

¹⁵⁶ Vgl. Art. 21 Abs. 4 ATSG.

¹⁵⁷ Siehe Botschaft EpG, 414.

Da der epidemierechtliche Entschädigungsanspruch dem Staatshaftungsanspruch bei widerrechtlicher Schädigung nachgebildet ist, rechtfertigt es sich, die *haftungsrechtlichen Grundsätze* heranzuziehen. Entsprechend ist eine Kürzung der Entschädigung oder der Genugtuung gerechtfertigt, wenn die impfgeschädigte Person durch ein Verhalten die gesundheitliche Beeinträchtigung oder den Schaden mitverursacht oder verschlimmert. Es spielt dabei keine Rolle, ob die impfgeschädigte Person lediglich *fahrlässig* oder *vorsätzlich* gehandelt hat. Eine fahrlässige Mitverursachung des Impffolgeschadens rechtfertigt in jedem Fall eine angemessene Kürzung. 114

iii. Zumutbare Schadenminderung

a. Sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht

In der Praxis dürfte der Aspekt der Schadenminderung im Vordergrund stehen. Da impfgeschädigte Personen – je nach Schwere der gesundheitlichen Beeinträchtigung – regelmässig Sozialversicherungsleistungen, seltener Schadenersatzleistungen beanspruchen können, ist nachfolgend auf die sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht näher einzugehen. Die in Art. 21 ATSG festgehaltenen Grundsätze gelten uneingeschränkt im Geltungsbereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, während in der Invalidenversicherung eine Leistungskürzung auch ohne Mahn- und Bedenkzeitverfahren möglich ist¹⁵⁸. 115

Art. 21 Abs. 4 ATSG bezieht sich darauf, dass – bei vorausgesetzter Zumutbarkeit der Behandlung bzw. Eingliederung – die versicherte Person die Behandlung bzw. Eingliederung durch ein ihr zuzurechnendes Verhalten vereitelt bzw. deren Erfolg verunmöglicht. Dabei kann das Verhalten aktiv oder passiv sein. Art. 21 Abs. 4 ATSG nennt diesbezüglich drei massgebende *Verhaltensweisen*. *Sich entziehen* einerseits und *sich widersetzen* anderseits umschreiben ein eher passiv bzw. ein aktiv bestimmtes Verhalten der versicherten Person. Die *mangelnde Mitwirkung* als dritte vom Gesetzgeber genannte Verhaltensweise betont diejenigen Elemente, die durch die versicherte Person zusätzlich zu den durch die Versicherung geschuldeten bzw. zu erstattenden Leistungen beizusteuern sind; zu denken ist etwa daran, dass die versicherte Person den Heilungsverlauf durch ihr Verhalten entscheidend beeinträchtigt¹⁵⁹. Zwischen dem vorausgesetzten Verhalten der versicherten Person und der vorausgesetzten Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit muss ein *Kausalzusammenhang* bestehen, wobei sowohl der natürliche wie auch der adäquate Zusammenhang von Bedeutung sind¹⁶⁰. 116

Es wird davon auszugehen sein, dass prinzipiell ein *vorsätzliches* (bzw. eventualvorsätzliches) Verhalten vorliegen muss. Nach Zugang der Mahnung kann allenfalls auch angenommen werden, ein grobfahrlässiges Verhalten reiche aus¹⁶¹. Insoweit ist nicht davon auszugehen, dass – wie es bei Art. 21 Abs. 1 ATSG massgebend ist – einzig ein vorsätzliches Verhalten berücksichtigt werden darf. Allerdings wird die Verletzung einer Schadenminderungspflicht immer das Bewusstsein in sich schliessen, dass ein Alternativverhalten (subjektiv und objektiv) möglich wäre. Die betroffene Person muss also – jedenfalls nach dem Mahn- und Bedenkzeitverfahren – in der Lage sein, sich die nachteiligen Folgen ihres Verhaltens zu vergegenwärtigen¹⁶². Dies setzt voraus, dass sie die massgebenden Sachverhaltselemente tatsächlich mitgeteilt erhalten hat¹⁶³. 117

Im ATSG findet sich keine auf das gesamte Sozialversicherungsrecht bezogene, allgemeine Regelung der Zumutbarkeit. Unbestritten ist aber, dass von einer allgemeinen Geltung des Grundsatzes auszugehen ist. Soweit eine Unmöglichkeit vorliegt, die infrage stehende Verhaltensweise zu 118

¹⁵⁸ Vgl. Art. 7b IVG,

¹⁵⁹ Dazu BGE 134 V 197 f.

¹⁶⁰ Zu den genannten Elementen vgl. KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 21 Rz. 128 ff.

¹⁶¹ Vgl. die Hinweise in BGE 134 V 197; vgl. dazu auch SVR 2008 UV Nr. 17, 8C_356/2007, E. 4 am Anfang.

¹⁶² Vgl. SVR 2008 IV Nr. 7, I 824/06, E. 3.3.

¹⁶³ Dazu BGE 134 V 189.

erfüllen, stellt sich die Frage der Zumutbarkeit gar nicht¹⁶⁴. Dieses Prinzip hat nur Bedeutung, wenn das geforderte Verhalten erfüllt werden kann, diesem jedoch bestimmte Umstände entgegenstehen. Dabei kann es sich um subjektive oder um objektive Elemente handeln. Zu den subjektiven Elementen zählen etwa Alter, Gesundheitszustand, Ausbildung, Wohnsitz oder familiäre Verhältnisse; objektive Umstände sind z.B. die arbeitsmarktlichen Verhältnisse¹⁶⁵.

- ¹¹⁹ Art. 21 Abs. 4 ATSG legt eine einzelne Begrenzung der Zumutbarkeit ausdrücklich fest. Nie zumutbar ist eine Verhaltensweise, die eine Gefahr für Leben und Gesundheit darstellt. Diagnostische oder therapeutische Massnahmen stellen grundsätzlich keine solche Gefahr dar; hingegen muss bei anderen medizinischen Eingriffen die Zumutbarkeit im Einzelfall geprüft werden. Nach der Rechtsprechung wird die Zumutbarkeit einer Operation bejaht, wenn es sich erfahrungsgemäss um einen unbedenklichen, nicht mit Lebensgefahr verbundenen Eingriff handelt, der mit mindestens überwiegender Wahrscheinlichkeit eine völlige Heilung oder immerhin eine wesentliche Besserung des Leidens mit sich bringt¹⁶⁶. Wenn eine Verhaltensweise keine solche Gefahr darstellt, ist sie allein deswegen noch nicht bereits zumutbar; vielmehr hat auch in diesem Fall eine die gesamten objektiven und subjektiven Umstände einbeziehende Zumutbarkeitsabklärung stattzufinden.
- ¹²⁰ Art. 21 Abs. 4 ATSG enthält bezüglich der Zumutbarkeit der Behandlung keine positive Festlegung; immerhin werden durch einzelgesetzliche Regelungen Konkretisierungen vorgenommen. So gilt eine medizinische Massnahme dann als zumutbar, wenn sie zu diagnostischen Zwecken nötig ist oder mit hoher Wahrscheinlichkeit eine erhebliche Besserung verspricht¹⁶⁷. Diese Festlegung hat allgemeine Bedeutung, da sie eine Konkretisierung der Zumutbarkeit darstellt und nur deshalb im Einzelgesetz enthalten ist, weil dadurch die Gesetzesanwendung erleichtert wird¹⁶⁸.

b. Haftpflichtrechtliche Schadenminderungspflicht

- ¹²¹ Kann die geschädigte Person neben den Sozialversicherungs- auch Haftungsansprüche geltend machen, stellt sich die Frage, ob zusätzlich zu den sozialversicherungsrechtlich erforderlichen Schadenminderungsbemühungen weitere Massnahmen zu ergreifen sind, um den ungedeckten Schaden zu minimieren. Die haftpflichtrechtliche Schadenminderungspflicht ist nicht strenger als die sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht. Da der Haftpflichtige – im Gegensatz zu den Sozialversicherern – den Schaden verursacht hat, rechtfertigt es sich nicht, vom Geschädigten unter haftpflichtrechtlichen Gesichtspunkten zusätzliche Schadenminderungsbemühungen zu verlangen.
- ¹²² Wie bereits erwähnt kann die geschädigte Person vom Haftpflichtigen Ersatz des normativen Schadens, insbesondere des Angehörigenschadens, verlangen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Angehörige invalidenversicherungsrechtlich demgegenüber schadenminderungspflichtig¹⁶⁹ und können für unentgeltliche Dienstleistungen von Angehörigen nur eingeschränkt Versicherungsleistungen beansprucht werden¹⁷⁰.

¹⁶⁴ Vgl. dazu LANDOLT, Hardy, Das Zumutbarkeitsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Diss. Zürich 1995, 108 ff.

¹⁶⁵ Vgl. *ibid.*, 118; aus der Rechtsprechung SVR 2008 IV Nr. 7, I 824/06, E. 3.1.1.

¹⁶⁶ Vgl. BGE 105 V 179.

¹⁶⁷ So Art. 18 Abs. 2 MVG.

¹⁶⁸ Vgl. dazu KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 21 Rz. 119 ff.

¹⁶⁹ Statt vieler BGE 133 V 504 E. 4.2.

¹⁷⁰ Vgl. z.B. Art. 18 Abs. 2 UVV.

Da der zivilrechtliche Schadenbegriff – zumindest für den Entschädigungsanspruch gemäss Art. 64 EpG – gilt, wäre es widersprüchlich, die strengere sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht der Angehörigen zu fordern mit der Folge, dass die impfgeschädigte Person nicht den gesamten ungedeckten normativen Personenschaden geltend machen könnte. ¹²³

iv. Zumutbare Schadenersatzverfolgungsbemühungen

a. Allgemeines

Die geschädigte Person kann aufgrund des Solidaritätsprinzips auswählen, gegenüber welchem Haftpflichtigen sie Schadenersatz fordern möchte. Hinsichtlich der Sozialversicherungsleistungen besteht kein derartiges Wahlrecht; die Leistungspflicht des jeweiligen Sozialversicherungsträgers beurteilt sich gemäss den einschlägigen Koordinationsregeln¹⁷¹. Die versicherte Person ist nicht verpflichtet, dem leistungspflichtigen Sozialversicherungsträger nachzuweisen, dass die Geltendmachung von Haftungsansprüchen unzumutbar sei. Es genügt, dass die versicherte Person gegenüber dem an sich leistungspflichtigen Sozialversicherungsträger eine Anmeldung zum Leistungsbezug vornimmt. Der leistungspflichtige Sozialversicherungsträger regressiert integral im Umfang der gesetzlichen Versicherungsansprüche im Zeitpunkt, in welchem sich das versicherte Risiko ereignet, in den Haftungsanspruch der versicherten Person¹⁷². ¹²⁴

Eine *Geltendmachungsobliegenheit* besteht demgegenüber im Zusammenhang mit *opferhilferechtlichen Leistungen*. Gemäss Art. 4 OHG werden Leistungen der Opferhilfe nur endgültig gewährt, wenn der Täter oder eine andere verpflichtete Person oder Institution keine oder keine genügende Leistung bringt. In Anbetracht dieser absoluten Subsidiarität wäre das Opfer einer Straftat an sich verpflichtet, sämtliche Haftungs- und Versicherungsansprüche geltend zu machen, bevor Leistungen der Opferhilfe beansprucht werden könnten. Wer Kostenbeiträge für die längerfristige Hilfe Dritter, eine Entschädigung oder eine Genugtuung beansprucht, muss jedoch nicht nachweisen, sondern lediglich glaubhaft machen, dass kein hinreichender Schadenersatz geltend gemacht werden kann, es sei denn, es sei der geschädigten Person angesichts besonderer Umstände nicht zumutbar, sich um Schadenersatzleistungen Dritter zu bemühen¹⁷³. ¹²⁵

Art. 64 Abs. 2 EpG ist mit der Bestimmung von Art. 4 Abs. 2 OHG vergleichbar. Hier wie dort wird grundsätzlich die *Subsidiarität der Leistungspflicht* verankert, wobei die geschädigte Person nicht verpflichtet ist, die Schadenersatzleistungen Dritter unter allen Umständen geltend zu machen. Die geschädigte Person hat lediglich zumutbare Schadenersatzverfolgungsbemühungen zu unternehmen. Ständerätin Christine EGERSEGI-OBRIST hat in ihrem Votum diesbezüglich treffend dargelegt, die impfgeschädigte Person müsse nicht von «Pontius zu Pilatus» gehen, bevor sie den Entschädigungsanspruch geltend machen könne¹⁷⁴. ¹²⁶

b. Opferhilferechtliche Zumutbarkeit

Das Ausmass der zumutbaren Schadenersatzverfolgungsbemühungen gemäss Art. 64 Abs. 2 EpG ist analog der opferhilferechtlichen Praxis zu konkretisieren: ¹²⁷

- Hinsichtlich sozialversicherungsrechtlicher Ansprüche geht die Praxis von der generellen Zumutbarkeit der Geltendmachung aus¹⁷⁵. Da die sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche gemäss Art. 20 Abs. 1 OHG vollumfänglich in Abzug gebracht werden, ist eine ¹²⁸

¹⁷¹ Vgl. Art. 63 ff. ATSG.

¹⁷² Vgl. Art. 72 ff. ATSG.

¹⁷³ Siehe dazu Urteil BGer 1A.170/2001 vom 18. Februar 2002 E. 4.2.

¹⁷⁴ Dazu supra Rz. 104.

¹⁷⁵ Vgl. z.B. BGE 123 II 1 E. 3b.

Sistierung des opferhilferechtlichen Entschädigungsverfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss der sozialversicherungsrechtlichen Verfahren gerechtfertigt¹⁷⁶.

- 129
- Das opferhilferechtliche Entschädigungsverfahren darf demgegenüber nur dann bis zum Abschluss eines hängigen Strafverfahrens sistiert werden, wenn das Verfahren vor der Opferhilfestelle ohnehin nicht rascher hätte durchgeführt werden können¹⁷⁷. So hat das Bundesgericht die Sistierung des Opferhilfeverfahrens bis zum Abschluss des Strafverfahrens zugelassen, in welchem zunächst durch ein Gutachten abgeklärt werden musste, ob überhaupt eine Straftat (schwere fahrlässige Körperverletzung durch ärztlichen Kunstfehler) vorlag, was die Opferhilfestelle nicht schneller hätte tun können, als dies im Strafverfahren erfolgte¹⁷⁸.
- 130
- Von der geschädigten Person kann sodann nicht verlangt werden, einen an Kosten- und Beweislastrisiken reichen Zivilprozess gegen den Täter anzustrengen¹⁷⁹. Rechtsprechungsgemäss besteht auch keine Pflicht, Zivilforderungen im Strafverfahren adhäsionsweise geltend zu machen¹⁸⁰. Wäre es der geschädigten Person zumutbar gewesen, Schadenersatzansprüche adhäsionsweise geltend zu machen, entfällt aber die Legitimation zur Ergreifung von Rechtsmitteln im Strafverfahren¹⁸¹.
- 131
- Ob die Geltendmachung von Zivilansprüchen im Strafprozess zumutbar war oder nicht, hängt von den Umständen des konkreten Falles ab. Die Unzumutbarkeit ist dann anzunehmen, wenn das Opfer vom Täter beinahe getötet bzw. schwer gesundheitlich beeinträchtigt worden ist und seither an einer depressiven Störung leidet, welche verstärkt würde, wenn das Opfer bei einem (teilweisen) Unterliegen im Adhäsionsprozess zur Bezahlung einer Parteientschädigung an den Täter verpflichtet würde¹⁸².
- 132
- Unter Umständen steht während des Strafprozesses, und zwar auch noch im Hauptverfahren, noch nicht fest, ob infolge des Gegenstandes des Verfahrens bildenden Verhaltens des Angeschuldigten überhaupt ein Schaden entstanden ist, oder lässt sich die Höhe des Schadens noch nicht zuverlässig abschätzen. In solchen Fällen beispielsweise kann die Legitimation des Opfers zur Ergreifung von Rechtsmitteln im Strafprozess nicht davon abhängen, ob es im Strafverfahren adhäsionsweise Zivilansprüche geltend gemacht habe¹⁸³.
- 133
- Im Zusammenhang mit der analogen Anwendung der opferhilferechtlichen Praxis für die Auslegung des *epidemierechtlichen Zumutbarkeitsvorbehalts* sind folgende ergänzende Bemerkungen zu machen:
- 134
- Der Zumutbarkeitsvorbehalt gemäss Art. 4 Abs. 2 OHG gilt sowohl für den Entschädigungs- als auch den Genugtuungsanspruch sowie die weiteren längerfristigen Hilfen Dritter. Gemäss dem vom Parlament verabschiedeten Gesetzeswortlaut des EpG ist der *Zumutbarkeitsvorbehalt lediglich beim Entschädigungs-, nicht aber beim Genugtuungsanspruch explizit vorgesehen*. Art. 65 Abs. 4 EpG hält lediglich fest, dass der Genugtuungsanspruch nur besteht, soweit Dritte keine oder keine genügende Leistung erbringen. Ob dabei die Geltendmachung dieser Drittansprüche unzumutbar oder zumutbar sein muss, wird nicht erwähnt.

¹⁷⁶ Widersprüchlich BGE 123 II 1 E. 3b.

¹⁷⁷ Vgl. BGE 122 II 211 E. 3e.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Vgl. BGE 123 II 1 E. 3b.

¹⁸⁰ Vgl. BGE 120 IV 44 E. 4.

¹⁸¹ Ibid. E. 4b.

¹⁸² Vgl. Urteil SozVersGer ZH OH.2012.00009 vom 26. November 2012 E. 6.1.

¹⁸³ Ibid. E. 4b.

- Im Rahmen der parlamentarischen Beratung wurde nicht thematisiert, ob der Vorbehalt der Zumutbarkeit der Geltendmachung von Drittsprüchen nur für den Entschädigungs- oder auch für den Genugtuungsanspruch gelten soll¹⁸⁴. Insoweit kann nicht von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers ausgegangen werden. Nach der Meinung der Gutachter wäre es widersprüchlich, wenn die impfgeschädigte Person sich nur beim Entschädigungsanspruch auf das Privileg der Unzumutbarkeit einer Geltendmachung von Drittsprüchen berufen könnte, beim Genugtuungsanspruch demgegenüber sämtliche im Zusammenhang mit dem immateriellen Schaden verfügbaren Drittsprüche prozessual einfordern müsste. 135
- Dem Opfer einer Straftat können sodann *Teilzahlungen*¹⁸⁵ und *Vorschüsse*¹⁸⁶ in Bezug auf die Entschädigung, nicht aber die Genugtuung geleistet werden. Ein Vorschuss ist zu leisten, wenn das Opfer sofortige finanzielle Hilfe benötigt und die Folgen der Straftat kurzfristig nicht mit hinreichender Sicherheit festzustellen sind. Dem Opfer und dessen Angehörigen sind gegebenenfalls im Rahmen der Sofort- und der längerfristigen Hilfe die Kosten für die juristische Hilfe, mithin auch Anwaltskosten, zu vergüten¹⁸⁷. Die opferhilferechtlichen Leistungen sind jedoch subsidiär zur unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung¹⁸⁸. 136
- Steht dem Opfer nach dem kantonalen Verfahrensrecht ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und -verteidigung zu, besteht grundsätzlich kein Bedarf mehr für die Übernahme der Anwaltskosten durch die Opferhilfestelle. Wird dagegen dem Opfer die unentgeltliche Rechtspflege verwehrt, ist es Aufgabe der Opferhilfestelle zu prüfen, ob die Übernahme der Anwaltskosten gerechtfertigt ist¹⁸⁹. Die längerfristige Hilfe im Sinne von Art. 14 Abs. 1 OHG ergänzt allfällige Ansprüche auf unentgeltliche Rechtspflege nach Straf- oder Zivilprozessrecht. Insofern können sachlich gebotene anwaltliche Aufwendungen zur Wahrung der geschützten Interessen des Opfers, die nicht von der unentgeltlichen Rechtspflege gedeckt werden, unter dem Titel der längerfristigen Hilfe entschädigungspflichtig sein¹⁹⁰. 137
- Das EpG sieht demgegenüber *keine Teilzahlungen und Vorschüsse sowie die Übernahme von Anwaltskosten* vor. Es kommt hinzu, dass die opferhilferechtliche Entschädigung höchstens 120 000 Franken ausmacht¹⁹¹ und Schadenersatzleistungen Dritter vollumfänglich angerechnet werden¹⁹². Die epidemierechtliche Entschädigung demgegenüber ist be-
traglich nicht limitiert, aber wie die opferhilferechtliche Entschädigung subsidiär zu Schadenersatzleistungen Dritter. 138
- Als Folge der unterschiedlichen Subsidiärhaftungen besteht bei impfgeschädigten Personen – anders als bei den Opfern einer Straftat –, je stärker sie gesundheitlich beeinträchtigt worden sind, ein *grösseres Prozessrisiko*. Während es sich für ein Opfer einer Straftat lediglich lohnt, gegenüber dem (solventen) Täter Schadenersatz ab einem Betrag von 139

¹⁸⁴ Nationalrätin Yvette ESTERMANN hat anlässlich der nationalrätlichen Beratung vom 8. März 2012 den Bundesrat lediglich angefragt, in welchen Fällen von einem Mitverschulden der impfgeschädigten Person auszugehen und eine Kürzung der Genugtuung gerechtfertigt sei (siehe AB 2012 N 319).

¹⁸⁵ Vgl. Art. 20 Abs. 4 OHG.

¹⁸⁶ Vgl. Art. 21 OHG.

¹⁸⁷ Vgl. Art. 14 Abs. 1 OHG.

¹⁸⁸ Vgl. BGE 131 II 121 E. 2.3.

¹⁸⁹ Vgl. BGE 123 II 548 E. 2a und Urteil BGer 1C_26/2008 vom 18. Juni 2008 E. 4.

¹⁹⁰ Vgl. Urteile BGer 1C_26/2008 vom 18. Juni 2008 E. 6.1 und 1A.165/2001 vom 4. März 2002 E. 5 und 6.

¹⁹¹ Vgl. Art. 20 Abs. 3 OHG.

¹⁹² Vgl. Art. 20 Abs. 1 OHG.

120 000 Franken geltend zu machen, besteht dieses Interesse für eine (schwer) impfgeschädigte Person generell und ist das Prozessrisiko entsprechend höher zu gewichten.

- ¹⁴⁰
- Ein weiterer Unterschied besteht hinsichtlich des Regresses. Dem Kanton, der Opferhilfeleistungen erbracht hat, steht ein Rückgriffsrecht gegenüber dem Täter zu. Das Epidemiegesetz sieht *keine Regressmöglichkeit* vor, weshalb das Gemeinwesen ein Interesse daran hat, dass impfgeschädigte Personen Haftungsansprüche geltend machen.

c. Sachliche Zumutbarkeit

- ¹⁴¹ Der in Art. 64 Abs. 2 EpG statuierte Vorbehalt der Zumutbarkeit von Schadenersatzverfolgungsbemühungen ist *einzelfallweise nach Massgabe der subjektiven und objektiven Umstände* auszulegen. Die Zumutbarkeit der Geltendmachung von Schadenausgleichsansprüchen setzt zunächst voraus, dass solche ernsthaft in Betracht fallen. Tritt ein Impffolgeschaden ein, ist der geschädigten Person in der Regel die Geltendmachung der allgemeinen sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche zumutbar. Hinsichtlich der besonderen sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche ist dann von der Zumutbarkeit der Geltendmachung auszugehen, wenn die Anspruchsvoraussetzungen (Accident médical, Berufskrankheit, Geburtsgebrechen oder Impfung während des Militär- bzw. Zivildienstes) offensichtlich erfüllt sind.
- ¹⁴² Bei den *privatversicherungsrechtlichen Ansprüchen* ist dahingehend zu differenzieren, ob diese die allgemeinen oder die besonderen sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche ergänzen oder unabhängig von sozialversicherungsrechtlichen Ansprüchen bestehen. Der geschädigten Person ist es zumutbar, zeitgleich mit der Geltendmachung von allgemeinen sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche auch diese ergänzende privatversicherungsrechtliche Ansprüche einzufordern. Besondere privatversicherungsrechtliche Ansprüche, mithin Ansprüche im Zusammenhang mit freiwilligen Unfallversicherungen, sind demgegenüber nur ausnahmsweise geltend zu machen, wenn der Eintritt eines Accident médical oder ausnahmsweise eine Berufskrankheit ernsthaft in Betracht zu ziehen sind.
- ¹⁴³ Öffentlich- oder privatrechtliche *Haftungsansprüche* setzen voraus, dass die Anordnung oder die Empfehlung der Impfung oder die Anwendung des Impferums als widerrechtlich zu qualifizieren ist. Sofern und soweit eine ausschliessliche Staatshaftung anwendbar ist, können allfällige Adhäsionsansprüche im Strafverfahren nicht geltend gemacht werden¹⁹³. Ohnehin ist von der *generellen Unzumutbarkeit, allfällige Adhäsionsansprüche im Strafverfahren geltend zu machen*, auszugehen, da es praxisgemäss überaus selten ist, dass im Zusammenhang mit einer gesundheitlichen Beeinträchtigung eines Patienten strafrechtliche Verurteilungen ergehen bzw. Haftungsansprüche nicht auf den Zivilweg verwiesen werden.
- ¹⁴⁴ Sofern sich der Haftungsanspruch gegen den Bund richtet, ist es von vornherein nicht prozessökonomisch, wenn die geschädigte Person verpflichtet wäre, beim Eidgenössischen Finanzdepartement Staatshaftungsansprüche geltend zu machen¹⁹⁴, um anschliessend beim eidgenössischen Departement des Innern den allenfalls ungedeckten Schaden einzufordern. Auch bei der Anwendbarkeit des kantonalen Staatshaftungsrecht stellt sich die berechnete Frage, ob die impfgeschädigte Person angehalten werden kann, gegenüber dem Kanton, allenfalls dem fehlbaren staatlichen Funktionär Haftungsansprüche geltend zu machen, da die Kosten der Entschädigung und Genugtuung bei empfohlenen Impfungen zwischen Bund und Kanton aufgeteilt werden und bei obligatorischen Impfungen vom anordnenden Gemeinwesen getragen werden¹⁹⁵.

¹⁹³ Vgl. BGE 131 I 455 E. 1.2.4 und Urteil BGer 6B_780/2015 vom 6. Januar 2016 E. 1.1.

¹⁹⁴ Siehe dazu Art. 2 Abs. 1 Verordnung zum Verantwortlichkeitsgesetz vom 30. Dezember 1958 (SR 170.321).

¹⁹⁵ Vgl. Art. 68 f. EpG.

Soweit nur privatrechtliche Haftungsansprüche geltend gemacht werden können, ist einzelfallweise eine Pflicht zur prozessualen Geltendmachung zu bejahen. Haftungsansprüche gegenüber dem Hersteller/Importeur des Impferserums sind schwierig bis unmöglich durchzusetzen, während Haftungsansprüche gegenüber dem Arzt, der den Impfstoff verabreicht hat, eher in Frage kommen. Für ernsthaft in Betracht zu ziehende Haftungsansprüche ist letztlich aber die finanzielle und zeitliche Zumutbarkeit massgeblich. In Zweifelsfällen ist die Zumutbarkeit der Geltendmachung von Haftungsansprüchen zu verneinen; nach der Auffassung der Gutachter wäre es in solchen Grenzfällen zwecks Vermeidung einer ungerechtfertigten Bereicherung angezeigt, wenn die impfgeschädigte Person dem Eidgenössischen Departement des Innern im Rahmen der *prozessualen Mitwirkungspflicht allfällige Haftungsansprüche abtreten* würde.

145

d. Finanzielle Zumutbarkeit

Im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Schadenausgleichsansprüchen bestehen unterschiedliche finanzielle Risiken. Während bei *sozialversicherungsrechtlichen Leistungsansprüchen* ein *geringes finanzielles Risiko* besteht, da das sozialversicherungsrechtliche Verfahren in der Regel kostenlos ist¹⁹⁶, hat die zivilprozessuale Geltendmachung von *Haftungsansprüchen und privatversicherungsrechtlichen Leistungsansprüchen je nach der Höhe des Streitwertes ein erhebliches Kostenrisiko* zur Folge. Dieses Kostenrisiko besteht im Rahmen von zivilprozessualen Auseinandersetzungen, während im Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Haftungsverfahrens moderatere Spruchgebühren gelten¹⁹⁷. Hinsichtlich allfälliger Staatshaftungsansprüche ist im Bund das Verwaltungsverfahren, in den Kantonen entweder das Verwaltungsverfahren oder der Zivilprozess anwendbar¹⁹⁸.

146

Die klagende Partei hat dem Gericht (auch im Rechtsmittelverfahren) unter Umständen einen Kostenvorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten zu leisten¹⁹⁹. Zusätzlich zu den Gerichtskosten hat die klagende Partei je nach Ausmass des Unterliegens der Gegenpartei eine Parteientschädigung gemäss den kantonalen Tarifen zu leisten²⁰⁰. Die kantonalen Gebührentarife sehen bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten regelmässig eine prozentuale Streitwertgebühr vor²⁰¹. Dasselbe gilt für die Anwaltsgebühren bzw. Parteientschädigung²⁰². Die impfgeschädigte Person kann sich folglich – vor allem bei einem relativ hohen Schaden – einen Zivilprozess nur dann leisten, wenn sie über hinreichende liquide Mittel verfügt, um einerseits Kostenvorschüsse und andererseits Gerichtsgebühren und Parteientschädigungen sämtlicher Gerichtsstufen bezahlen zu können.

147

148

¹⁹⁶ Vgl. Art. 61 lit. a und g ATSG und Art. 69 Abs. 1^{bis} IVG (ausnahmsweise Kostenpflicht des versicherungsgerichtlichen Verfahrens bis maximal 1 000 Franken).

¹⁹⁷ Die maximale Spruchgebühr beim Bund beträgt für das verwaltungsinterne Administrativverfahren immerhin 50 000 Franken (vgl. Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG). Eine Spruchgebühr von mindestens 15 000 Franken bis maximal 50 000 Franken wird pro Instanz bei einem Streitwert über 5 Millionen fällig (vgl. Art. 1 Abs. 2 Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969 [SR 172.041.0] und Art. 4 Reglement über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE] vom 21. Februar 2008 [SR 173.320.2]).

¹⁹⁸ Im Kanton St. Gallen besteht beispielsweise eine ausschliessliche Staatshaftung, gleichwohl beurteilt der Zivilrichter allfällige Staatshaftungsansprüche (vgl. Art. 1 Abs. 1, Art. 4 und Art. 13^{bis} Gesetz über die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten und die Verantwortlichkeit der Behörden und öffentlichen Angestellten [Verantwortlichkeitsgesetz] vom 7. Dezember 1959).

¹⁹⁹ Vgl. Art. 98 ZPO.

²⁰⁰ Vgl. Art. 105 Abs. 2 ZPO.

²⁰¹ Siehe z.B. § 4 Gebührenverordnung des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. September 2010 (211.11).

²⁰² Vgl. z.B. § 4 Verordnung des Obergerichtes des Kantons Zürich über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (215.3).

Geschädigte Personen, deren finanzielle Verhältnisse unterhalb des prozessualen Existenzminimums²⁰³ liegen, können einen Antrag betreffend Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung stellen, welcher bewilligt wird, wenn die Geltendmachung des jeweiligen Schadenausgleichsanspruches nicht aussichtslos²⁰⁴ und der Beizug eines Rechtsvertreters notwendig ist²⁰⁵. Sofern ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung geltend gemacht werden kann, ist von der finanziellen Zumutbarkeit der Geltendmachung von Schadenausgleichsansprüchen auszugehen.

- ¹⁴⁹ Ob es allerdings (prozess)ökonomisch ist, wenn das Gemeinwesen im Haftungsverfahren das Prozessrisiko trägt, nur um anschliessend den ungedeckten Schaden im epidemierechtlichen Entschädigungsverfahren zusätzlich zu den angefallenen Gerichts- und Parteikosten zu vergüten, darf mit Fug bezweifelt werden, vor allem in Bezug auf den Genugtuungsanspruch, der betraglich ohnehin auf 70 000 Franken beschränkt ist. Liegt die finanzielle Leistungsfähigkeit der geschädigten Person über dem prozessualen Existenzminimum muss je nach dem Umfang der finanziellen Verhältnisse, der Höhe des Schadens und dem jeweiligen Prozessrisiko abgewogen werden, ob die Geltendmachung von Haftungs- und privatversicherungsrechtlichen Ansprüchen finanziell zumutbar ist.
- ¹⁵⁰ Dieser Wertungsentscheid ist einzelfallweise nach pflichtgemäßem Ermessen zu fällen. Die zivilprozessuale, weniger ausgeprägt die verwaltungsverfahrenrechtliche Geltendmachung von Haftungsansprüchen im Zusammenhang mit Impfschäden birgt ein *überdurchschnittliches Prozessrisiko* in sich, da der Nachweis der Fehlerhaftigkeit des Impfstoffes oder einer Sorgfaltspflichtverletzung im Zusammenhang mit der Verabreichung des Impfstoffes schwierig zu erbringen ist bzw. ein ausgedehntes Beweisverfahren unter Einschluss von Gutachten voraussetzt. Im Regelfall dürfte es unter Berücksichtigung sämtlicher subjektiver und objektiver Umstände nicht nur für die geschädigte Person, sondern auch das entschädigungspflichtige Gemeinwesen finanziell nicht lohnenswert sein, die geschädigte Person anzuhalten, Haftungsansprüche geltend zu machen.
- ¹⁵¹ Bei der Abwägung der finanziellen Zumutbarkeit ist sodann der Umstand zu berücksichtigen, ob der Haftpflichtige in der Lage ist, den Schadenersatz bzw. die Genugtuung zu bezahlen. Die *Bonitätsproblematik* wird im Zusammenhang mit Impfungen insoweit relativiert, als einerseits das Gemeinwesen im Anwendungsbereich der Staatshaftung und andererseits Hersteller von

²⁰³ Für die Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation der gesuchstellenden Partei zu würdigen, wobei nicht schematisch auf das betreibungsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern den individuellen Umständen Rechnung zu tragen ist. Der Teil der finanziellen Mittel, der das zur Deckung der persönlichen Bedürfnisse Notwendige übersteigt, muss mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten verglichen werden; dabei sollte es der monatliche Überschuss der gesuchstellenden Partei ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (vgl. BGE 135 I 221 = Pra 2010 Nr. 25 E. 5.1). Zudem muss es der monatliche Überschuss der gesuchstellenden Partei erlauben, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskostenvorschüsse innert absehbarer Zeit zu leisten und gegebenenfalls zusätzlich die Parteikosten der Gegenpartei sicherzustellen (vgl. BGE 141 III 369 E. 4.1).

²⁰⁴ Als aussichtslos sind Begehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind (statt vieler BGE 139 III 475 E. 2.2).

²⁰⁵ Weiterführend PRIBNOW, Volker, Die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege im Haftpflichtprozess, in: AJP 1997, S. 1205 ff.

Impfstoffen bzw. Impfstellen immer bzw. eher als Privatpersonen in der Lage sind, Schadenersatzleistungen aus ihrem Vermögen zu erbringen, insbesondere dann, wenn sie – wie Ärzte – sich obligatorisch haftpflichtversichern müssen²⁰⁶.

e. Zeitliche Zumutbarkeit

Es ist ferner zu berücksichtigen, dass lediglich der Direktschaden (Gesamtschaden abzüglich Sozialversicherungsleistungen und sonstige Schadenversicherungsleistungen) Gegenstand eines Haftpflichtprozesses bildet. Damit der Direktschaden beziffert werden kann²⁰⁷, ist es unerlässlich, vorgängig der Einleitung eines Haftpflichtprozesses die in Abzug zu bringenden Versicherungsleistungen geltend zu machen, was ebenfalls erfahrungsgemäss einige Zeit in Anspruch nimmt, vor allem dann, wenn die Anspruchsvoraussetzungen der jeweiligen Versicherungsleistungen strittig sind. Ob der impfgeschädigten Person die prozessuale Geltendmachung von Versicherungsansprüchen und im Anschluss von Haftungsansprüchen in zeitlicher Hinsicht zumutbar ist, lässt sich generell nicht beantworten. Nach der Auffassung der Gutachter ist dann Zurückhaltung geboten, die zeitliche Zumutbarkeit zu bejahen, wenn der potentiell Haftpflichtige nicht vergleichsbereit oder sogar nicht solvent ist.

Sowohl im Zusammenhang mit der finanziellen als auch der zeitlichen Zumutbarkeit der Geltendmachung von Schadenausgleichsansprüchen ist erheblich, ob ein Rechtsschutzversicherer vorhanden ist, der die Verfahrenskosten abdeckt. Eine Rechtsschutzdeckung für die prozessuale Geltendmachung von Haftungs- und Versicherungsansprüchen gewähren einerseits die Privatrechtsschutzversicherung und andererseits (eingeschränkt) die Gesundheitsrechtsschutzversicherungen, welche als Zusatzversicherung gemäss Art. 12 KVG beim obligatorischen Krankenversicherer mitunter abgeschlossen werden. Die Geltendmachung von Haftungsansprüchen ist – bei einem geringen Schaden – ohne Vorhandensein eines Rechtsschutzversicherers zumutbar²⁰⁸. Bei einem hohen Schaden oder einer komplexen Haftungsproblematik, welche bei Impfschäden regelmässig vorliegen dürfte, ist das Vorhandensein eines Rechtsschutzversicherers entscheidungserheblich.

f. Zusammenfassung

Die Zumutbarkeit, Versicherungs- und Haftungsansprüche geltend zu machen, ist im Rahmen eines dreistufigen Verfahrens zu beurteilen:

- Die impfgeschädigte Person hat nur sachlich ausgewiesene bzw. ernsthaft in Betracht fallende Versicherungs- und Haftungsansprüche geltend zu machen. Nicht ernsthaft in Betracht fallende Ersatzansprüche sind nicht einzufordern. Nach der Auffassung der Gutachter ist die Geltendmachung der allgemeinen sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche und einzelfallweise von privatrechtlichen Versicherungs- und Haftungsansprüchen zumutbar. In der Regel unzumutbar ist die Geltendmachung der besonderen sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche sowie von Staatshaftungsansprüchen, da die epidemierechtliche Entschädigung bzw. Genugtuung von Bund und Kantonen wie allfällige Staatshaftungsansprüche finanziert werden.

²⁰⁶ Vgl. Art. 40 lit. h MedBG.

²⁰⁷ Eine Bezifferung des Schadens kann gemäss Art. 42 Abs. 2 OR ausnahmsweise unterbleiben, wenn die Bezifferung weder möglich noch zumutbar ist. In einem solchen Fall hat der Richter den Schaden mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen. Art. 42 Abs. 2 OR zielt lediglich auf eine Beweiserleichterung und nicht etwa darauf, dem Geschädigten die Beweislast generell abzunehmen. Das Bundesgericht hält in seiner Rechtsprechung denn auch ausdrücklich fest, dass der Geschädigte alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen hat (vgl. BGE 122 III 219 E. 3a).

²⁰⁸ Vgl. Urteil OGer ZH UH140107 vom 28. Januar 2015 E. 5.5/b.

- 156 • Sachlich ausgewiesene Versicherungs- und Haftungsansprüche sind ausnahmsweise dann nicht geltend zu machen, wenn die finanziellen Verhältnisse der impfgeschädigten Person und des potentiell Haftpflichtigen, die mutmasslichen Verfahrenskosten und das Prozessrisiko eine höhere Wahrscheinlichkeit begründen, dass die impfgeschädigte Person im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Ersatzansprüchen unter dem Strich nichts erhält bzw. unter Umständen sogar aus ihrem eigenen Vermögen Verfahrens- und Anwaltskosten entschädigen muss.
- 157 • Finanziell zumutbare Schadenverfolgungsbemühungen sind in zeitlicher Hinsicht unzumutbar, wenn von der impfgeschädigten Person als Folge der erlittenen gesundheitlichen Beeinträchtigung oder aus anderen Gründen nicht verlangt werden kann, dass sie sich (mehreren) Schadenersatzverfahren mit überjähriger Dauer aussetzt.

V. Entschädigung für den immateriellen Impffolgeschaden

A. Anspruchsvoraussetzungen

1. Allgemeines

- 158 Gemäss Art. 65 Abs. 1 EpG besteht ein Anspruch auf eine Genugtuung, wenn eine behördlich angeordnete oder empfohlene Impfung eine schwere gesundheitliche Beeinträchtigung zur Folge hat. Der Genugtuungsbetrag beträgt maximal 70 000 Franken und richtet sich nach der Schwere der Beeinträchtigung²⁰⁹. Der Gesetzeswortlaut von Art. 65 Abs. 1 EpG weist eine frappante Ähnlichkeit mit Art. 22 Abs. 1 OHG auf. Hier wie dort gilt sodann der Höchstbetrag von 70 000 Franken²¹⁰.
- 159 Unklar ist, wie der *Verweis auf die sinngemässe Anwendung von Art. 47 und 49 OR* zu verstehen ist. Gemäss Art. 47 OR stehen der körperverletzten Person und den Angehörigen einer getöteten Person ein Genugtuungsanspruch zu, während Art. 49 OR einen solchen persönlichkeitsverletzten Personen gewährt, wobei Angehörige von schwer körperverletzten Personen praxisgemäss ebenfalls genugtuungsberechtigt sind²¹¹. Im Opferhilferecht ist denn auch explizit anerkannt, dass Angehörige des Opfers der Straftat eine Genugtuung bis maximal 35 000 Franken geltend machen können²¹².
- 160 Das Epidemiengesetz schweigt sich hinsichtlich der *Aktivlegitimation der Angehörigen* aus; es wird von der Praxis zu klären sein, ob der Genugtuungsanspruch auch von Angehörigen einer schwer impfgeschädigten Person mit oder ohne Todesfolge geltend gemacht werden kann. Nach der Auffassung der Gutachter ist ein solcher Genugtuungsanspruch zu bejahen. Entsprechend der opferhilferechtlichen Regelung gilt dabei ein Höchstbetrag von 35 000 Franken.

2. Immaterielle Unbill

- 161 Im Unterschied zum Entschädigungs- setzt der Genugtuungsanspruch nicht einen materiellen, sondern einen immateriellen Schaden voraus. Der immaterielle Personenschaden wird vom Gesetzgeber nicht explizit benannt. Nicht nur Art. 65 EpG, sondern auch Art. 47 und 49 OR erwäh-

²⁰⁹ Vgl. Art. 65 Abs. 2 und 3 EpG.

²¹⁰ In der Botschaft wird explizit erwähnt, dass sich der Höchstbetrag am OHG orientiert und ungefähr zwei Dritteln des üblicherweise verwendeten haftpflichtrechtlichen Grundbetrags bei dauernder Invalidität entspricht (vgl. Botschaft EpG, 413).

²¹¹ Grundlegend BGE 112 II 121 ff. und 112 II 220 ff.

²¹² Vgl. Art. 22 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 2 lit. b OHG.

nen lediglich die «Genugtuung», mithin die Ersatzleistung, die für den immateriellen Personenschaden geschuldet wird, nicht aber diesen selbst. Lehre und Rechtsprechung verwenden für die Umschreibung des immateriellen Personenschadens unterschiedliche Begriffe²¹³. In der deutschschweizer Rechtssprache hat sich der Begriff der «immateriellen Unbill»²¹⁴ eingebürgert, während in den anderen Landesteilen u.a. die Begriffe «tort moral», «préjudice moral», «torto morale», «danno morale» bzw. «danno morale puro» etc. verwendet werden.

Eine *persönliche Unbill* wird verursacht durch körperliche und seelische Schmerzen²¹⁵, Trauer und Leid²¹⁶, Minderwertigkeitsgefühle²¹⁷, Ängste²¹⁸, insbesondere Todesangst²¹⁹, und Kränkungen²²⁰, insbesondere beim Ausbleiben einer Entschuldigung²²¹ oder in Diskriminierungsfällen²²². Eine gewöhnliche Aufregung²²³ oder die Straftaten oder Unfällen an sich immanente Angst stellen keine immaterielle Unbill dar²²⁴. Die blossе Angst, mit einer Krankheit angesteckt worden zu sein, hat ebenfalls keinen Gefühlsschaden zur Folge; erforderlich ist eine der Todesangst vergleichbare Angst²²⁵. In zeitlicher Hinsicht wurde «eine bloss wenige Minuten dauernde Todesangst soweit ersichtlich für sich allein noch nie als Grund für eine Genugtuung betrachtet»²²⁶. Eine während Stunden²²⁷ bzw. eine während einer Stunde erlittene Todesangst ist genugtuungsbegründend²²⁸. 162

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung bejaht allerdings einen Genugtuungsanspruch in «Ansteckungsfällen», wenn eine spätere schwere Erkrankung überwiegend wahrscheinlich ist bzw. die mit dem Erreger angesteckte Person lebenslänglich Medikamente einnehmen oder sich anderen medizinischen Massnahmen zu unterwerfen hat. Bei einer Ansteckung mit dem HI-Virus geht die Rechtsprechung vom Vorliegen einer schweren Körperverletzung aus²²⁹ und erachtet eine haftpflichtrechtliche Genugtuung von 35 000 Franken als gerechtfertigt²³⁰. Mit einer Ansteckung des HI-Virus vergleichbar ist sodann die Schädigung des Erbgutes bzw. die Verursachung eines erhöhten Krebs-Risikos²³¹. 163

²¹³ Siehe die Hinweise in BGE 123 IV 145 E. 4b/bb.

²¹⁴ Statt vieler z.B. BGE 123 II 210 E. 3b/cc.

²¹⁵ Vgl. BGE 120 II 97 = Pra 1995 Nr. 37 E. 2b.

²¹⁶ Vgl. BGE 112 II 131 = Pra 1986 Nr. 157 E. 2.

²¹⁷ Vgl. Urteil OGer ZH SE090044 vom 7. April 2010 E. 1.5.1.

²¹⁸ Vgl. BGE 129 IV 22 = Pra 2003 Nr. 132 E. 7.3 «Angstzustände, Panik, Schlaflosigkeit, Gefühle der Verunsicherung, Appetitlosigkeit und Melancholie».

²¹⁹ Vgl. BGE 125 III 412 E. 2b/aa und Urteil BGer 1A.235/2000 vom 21. Februar 2001 E. 5c.

²²⁰ Vgl. BGE 125 III 70 E. 3a.

²²¹ Vgl. Urteil BGer 1A.83/2002 vom 22. Juli 2002 = Pra 2003 Nr. 27 E. 5.1.

²²² Vgl. HÜTTE, Klaus/LANDOLT, Hardy, Genugtuungsrecht. Grundlagen zur Bestimmung der Genugtuung. Bd. 2: Genugtuung bei Körperverletzung, Zürich 2013 Rz. 257.

²²³ Vgl. Urteil BezGer Bischofszell TG BGB 97/§ 167 = Assistalex 1997 Nr. 7700.

²²⁴ «Straftaten im Sinne des Opferhilfegesetzes sind sehr häufig mit Angst für die Opfer verbunden. Dies ist gewissermassen der opferhilferechtliche Normalfall und bei der Bemessung der Genugtuung nicht besonders zu berücksichtigen» (Urteil BGer 1A.235/2000 vom 21.02.2001 E. 5c).

²²⁵ Vgl. BGE 125 III 412 E. 2c.

²²⁶ Urteil BGer 1A.235/2000 vom 21.02.2001 E. 5c (Flugunfall).

²²⁷ Vgl. BGE 125 IV 199 E. 6.

²²⁸ Vgl. Urteil SozVersGer ZH OH.2003.00003 vom 19.08.2003 E. 3.3.1.

²²⁹ Vgl. BGE 141 IV 97 ff.

²³⁰ Vgl. Urteil BGer 6B_857/2015 vom 21. März 2016 E. 3.3.

²³¹ Vgl. BGE 137 IV 219 E. 2.6 f.

- ¹⁶⁴ Nachhaltige Beeinträchtigungen der Lebensqualität sind ebenfalls genugtuungsbegründend²³². Lebensqualitätseinbußen entstehen im Zusammenhang mit verletzungsbedingten Funktionsausfällen, die Alltags- und Freizeitvergnügen beeinträchtigen²³³, einer verkürzten Lebenserwartung²³⁴ und Beeinträchtigungen des sozialen Beziehungsnetzes (Partnerschaft, Familie, Freunde, gemeinnützige Tätigkeit etc.) des Verletzten. Eine derartige *soziale Unbill* tritt ein, wenn der Verletzte nicht mehr mit der Umwelt kommunizieren kann²³⁵, bei der Partnerwahl beeinträchtigt ist²³⁶, verminderte Heiratschancen hat²³⁷, nur noch über ein eingeschränktes Sexualleben verfügt²³⁸ oder keine Kinder mehr zeugen kann.
- ¹⁶⁵ Von einer genugtuungsbegründenden Störung der Sexualfunktion ist nicht nur beim Vorliegen einer Impotenz (*impotentia generandi* oder *impotentia coeundi*²³⁹) oder des Angewiesenseins auf potenzfördernde Medikamente²⁴⁰, sondern auch bei einer Verringerung der Häufigkeit des ehelichen Beischlafs²⁴¹ oder von Schmerzen während des Geschlechtsverkehrs²⁴² auszugehen. Eine immaterielle Unbill entsteht sodann, wenn der Verletzte familiäre Funktionen nicht mehr ausüben, beispielsweise sich nicht mehr um die Erziehung seiner Kinder kümmern kann²⁴³, oder von der Familie getrennt in einem Heim leben muss²⁴⁴. Solche verletzungsbedingt erfolgende Beeinträchtigungen des Ehe- und Familienlebens rechtfertigen eine Erhöhung der Genugtuung²⁴⁵.
- ¹⁶⁶ Eine *berufliche Unbill* tritt ein, wenn die Berufswahlfreiheit verletzungsbedingt eingeschränkt wird²⁴⁶, der Geschädigte verletzungsbedingt seinen angestammten Beruf wechseln²⁴⁷ oder seine

²³² Vgl. BGE 112 II 131 E. 2 und 4.

²³³ Vgl. z.B. Urteile KGer GR SB 08 40 vom 2. Juli 2009 E. 3 (Verlust an Lebensqualität zufolge Unmöglichkeit der Ausübung der früheren Hobbies Wandern, Radfahren, Luftgewehrschiessen und Ballonfahren), KGer SZ vom 26. April 1997 = SG 1997 Nr. 1211 E. 8a/cc (Unmöglichkeit, frühere Sportarten auszuüben), BezGer Affoltern vom 23. November 1994 i.S. Alpina Versicherungen E. 8 (Beeinträchtigung von Wanderungen, Ausritte, Teilnahme an Reitturnieren sowie eingeschränkte Theater- und Konzertbesuche) und ZivGer TI vom 20. Dezember 1989 = JdT 1992 I 754 = Rep 1990, 219 (Beeinträchtigung der Wanderfreude).

²³⁴ Siehe z.B. Urteile KreisGer Untertoggenburg-Gossau vom 11. Dezember 2007 = SG 2009 Nr. 1619 E. II/9c (wegen zu später Krebsdiagnose und -aufklärung deutlich schlechtere Überlebensprognose) und KGer VS vom 26. September 1990 i. S. I. c. R. = ZWR 1991, 227 E. 4d.

²³⁵ Vgl. Urteil BGer 4C.170/1997 und 4P.304/1998 vom 22. März 1999 = SG 1999 Nr. 1363 E. 3c.

²³⁶ Die Partnerwahl wird durch Verstümmelung und Entstellungen beeinträchtigt. Narben im Gesicht und am Körper fallen bei Frauen und Mädchen in der Regel mehr ins Gewicht als bei Männern (vgl. Urteile BGer 6S.232/2003 vom 17. Mai 2004 = Pra 2004 Nr. 144 E. 2.4 und ferner SozVersGer ZH OH.2010.00009 vom 16. April 2012 E. 6.4).

²³⁷ Vgl. Urteile BGer 4C.103/2002 vom 16. Juli 2002 = Assistalex 2002 Nr. 9368 E. 5, KGer SZ vom 26. April 1997 = SG 1997 Nr. 1211 E. 8a/cc, KGer VS vom 26. September 1990 i. S. I. c. R. = ZWR 1991, 227 E. 4d und AmtsGer Olten-Gösigen 35/1987 vom 20. Mai 1988 = SG 1988 Nr. 547 E. 5 und BGer C.332/1979 vom 18. März 1980 = JT 1981 I 461.

²³⁸ Vgl. BGE 132 II 117 E. 2.4 sowie Urteile BGer 4C.103/2002 vom 16. Juli 2002 = Assistalex 2002 Nr. 9368 E. 5, KGer SZ vom 26. April 1997 = SG 1997 Nr. 1211 E. 8a/cc, AppHof BE vom 1. Juni 1994 i. S. S. und M. Versicherungs-Gesellschaft = SG 1994 Nr. 1052.2 E. 5 und BGer C.332/1979 vom 18. März 1980 = JT 1981 I 461.

²³⁹ Vgl. BGE 112 II 226 E. 3a und 104 II 307 = JdT 1979, 458.

²⁴⁰ Vgl. Urteil BGer 4C.103/2002 vom 16. Juli 2002 E. 5.

²⁴¹ Vgl. Urteil KGer ZG A2 1996 72 vom 23. August 1999 = Assistalex 1999 Nr. 5871 = plädoyer 1999/6, 57 = SG 1999 Nr. 1377 = ZGVP 1999, 111 E. 4.1.

²⁴² Vgl. Urteil KGer NE vom 1. April 1996 = SG 1996 Nr. 1080 E. 3 (Verlust eines Samenleiters nach Hundebiss).

²⁴³ Vgl. BGE 117 II 50 = Pra 1992 Nr. 140 E. 4b (schwer verletzter Vater einer sechs Monate alten Tochter) und 112 II 131 = Pra 1986 Nr. 157 E. 4 (schwer verletzte Mutter von drei Kindern im Alter 11, 15 und 21) und ferner Urteil BStGer SK.2009.5 vom 15. Juni 2010 E. 6.4b (alleinerziehender Vater in Untersuchungshaft).

²⁴⁴ Siehe z.B. BGE 112 II 220 = Pra 1986 Nr. 233 E. 3a.

²⁴⁵ Vgl. z. B. BGE 131 II 656 E. 11.4.

²⁴⁶ Vgl. BGE 89 II 56 E. 4.

²⁴⁷ Vgl. BGE 131 II 656 E. 11.4, 112 II 131 = Pra 1986 Nr. 157 E. 4b und 102 II 33 E. 4 sowie Urteile OGer LU vom 13. Juni 1995 i.S. K c. S = SG 1995 Nr. 1008 = SJZ 1996, 87 E. 3 (Aufgabe des Kochberufs) und BezGer Affoltern vom 23. November 1994 i.S. Alpina Versicherungen E. 8 (Aufgabe des Berufs einer Handarbeitslehrerin).

selbstständigerwerbende Tätigkeit aufgeben muss²⁴⁸ bzw. die angestammte Erwerbsarbeit zwar weiterhin ausüben kann, aber verringerte Aufstiegschancen hat²⁴⁹. Genugtuungserhöhend zu berücksichtigen sind ferner eine erfolglose berufliche Wiedereingliederung²⁵⁰ oder der Verlust der Arbeitsstelle sowie fehlende berufliche Aussichten²⁵¹.

3. Schwere der Beeinträchtigung – Bagatellverletzung

Der epidemierechtliche Genugtuungsanspruch setzt voraus, dass die unerwünschten Impffolgen *eine schwere persönliche, soziale und/oder berufliche Unbill* verursachen. Der Bundesrat hat in der Botschaft betont, dass die Genugtuung auf wesentliche Beeinträchtigungen beschränkt ist und den erlittenen Nachteil nicht unbedingt vollkommen abdecken soll²⁵². Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass bagatelläre Beeinträchtigungen der Gesundheit keinen Anspruch auf eine Genugtuung begründen. Dieselbe Problematik besteht nicht nur beim epidemierechtlichen Genugtuungsanspruch, sondern auch beim haftungsrechtlichen Genugtuungsanspruch und bei der sozialversicherungsrechtlichen Integritätsentschädigung.

Im *Unfallversicherungsrecht* besteht ein Anspruch auf eine Integritätsentschädigung erst *ab einem Schweregrad von 5 %* bei physischen Beeinträchtigungen²⁵³ bzw. von 20 % bei psychischen Beeinträchtigungen²⁵⁴. Der Schweregrad wird in Anlehnung an die sog. Gliederskala (UVV Anhang 3) festgelegt. Die Entschädigung für spezielle oder nicht aufgeführte Integritätsschäden wird nach dem Grad der Schwere vom Skalenwert abgeleitet und richtet sich im Einzelnen nach den SUVA-Tabellen²⁵⁵; diese dienen der Gleichbehandlung der Versicherten und sind verwaltungsintern verbindlich²⁵⁶. Die militärversicherungsrechtliche Einschätzung der Integritätseinbusse erfolgt demgegenüber mit einem Raster von +/- 2,5%²⁵⁷.

Die haftpflichtrechtliche Genugtuungspraxis anerkennt ebenfalls, dass nicht jede geringfügige gesundheitliche Beeinträchtigung eine immaterielle Unbill zur Folge hat. Unter einer solchen Bagatellverletzung sind *schnell ausheilende Gesundheitsbeeinträchtigungen* zu verstehen. Dazu zählen etwa Knochenbrüche, insbesondere Arm- und Beinbrüche, die komplikationslos verheilen, Hirnerschütterungen, Rissquetschwunden, Blutergüsse oder Schürfwunden sowie Tätlichkeiten, z.B. Ohrfeigen, Faustschläge oder Fusstritte. Selbst ein kurzzeitiger Spitalaufenthalt von wenigen Tagen oder eine Arbeitsunfähigkeit von bis zu einem Monat haben werden mitunter als unwesentlich qualifiziert.

²⁴⁸ Vgl. BGer 4C.103/2002 vom 16. Juli 2002 = Assistalex 2002 Nr. 9368 E. 5.

²⁴⁹ Vgl. Urteile BGer 1A.235/2000 vom 21. Februar 2001 E. 5f/aa (verpasste berufliche Karriere als Pilot und Flugunternehmer) und KGer VS vom 11./15. März 1986 = ZWR 1986, 217 E. 6 (verringerte Aufstiegschancen eines Polizisten).

²⁵⁰ Vgl. Urteil BGer 4C.379/1994 vom 21. August 1995 = SG 1995 Nr. 1052.1 E. 7a.

²⁵¹ Vgl. Urteil BGer 1A.83/2002 vom 22. Juli 2002 = Pra 2003 Nr. 27 E. 5.1.

²⁵² Vgl. Botschaft EpG, 412.

²⁵³ Vgl. Ziff. 1 Anhang 3 UVV.

²⁵⁴ Siehe Integritätsentschädigungstabelle Nr. 8.

²⁵⁵ Siehe Art. 36 Abs. 2 UVV sowie BGE 124 V 32 E. 1c und 113 V 219 E. 2b.

²⁵⁶ Vgl. BGE 116 V 156 E. 3c und 113 V 218 = Pra 1988 Nr. 178 E. 3b.

²⁵⁷ Vgl. Art. 25 Abs. 2 MVV.

¹⁷⁰ Tabelle: Bagatellverletzungspraxis

Urteil	Als Bagatellverletzung qualifiziert
OGer ZH vom 07.07.2010 (SB100109) = NZZ vom 14.07.2010, S. 14	Schädelbruch nach Schlägerei
KGer SG vom 13.08.2008 (BZ.2008.29) E. II/3b	Schleudertrauma bei Vorzustand (invalidisierendes Rückenleiden)
KGer SG vom 11.06.2007 (BZ.2006.100) = SG 2008 Nr. 1613 E. III/3c	16-tägiger Aufenthalt eines fünfeinhalb Jahre alten Knaben im Spital, wovon fünf auf der Intensivstation – ein mittelschweres geschlossenes Schädelhirntrauma mit Fazialisschwäche links (leicht eingeschränkte Augenhebung links, linker Mundwinkel hängt leicht) – nichtdislozierter Bruch des Ellenbogens rechts, welcher mit einer Oberarmgipsschiene für vier Wochen ruhiggestellt werden musste
BGer vom 18.01.2006 (4C.283/2005) = JdT 2006 I S. 476 E. 3	«une fracture ouverte de la jambe droite, qui a nécessité trois interventions chirurgicales et séjours hospitaliers, l'un d'eux étant intervenu peu avant les fêtes de Noël 2000; la lésion a provoqué une incapacité de travail totale de travail, jusqu'au 4 juin 2001, puis à raison d'un pourcentage de 50% jusqu'au 3 septembre 2001»
VPB 2001 Nr. 18	Verletzungen am Wadenbein und am Fussgelenk – sechs Wochen Bein im Gips
BGer vom 25.09.2000 (4C.49/2000) E. 3c)	Arm- bzw. Beinbruch, die komplikationslos heilen
BGer vom 11.08.2000 (1A.107/1999) E. 2e	Fusstritte, mehrere Blutergüsse, vor allem im Genitalbereich, sowie Harnröhrenverletzung – vierwöchige Arbeitsunfähigkeit
VGer BS vom 28.02.1997 = BJM 1999, S. 271	Weichteilkontusion und 3-tägige Arbeitsunfähigkeit
KassGer NE vom 09.06.1988 i.S. Guichard = RJN 1988, S. 34 E. 2b	Nasenbeschwerden («tuméfaction modérée de la racine du nez, sans déformation importante à l'exception d'une déviation du septum nasal sur la gauche»)
BezGer Arbon vom 16.10.1985 i.S. R. = SG 1985 Nr. 379 = SJZ 1986, S. 46 E. 8	Notwendigkeit einer Hüftkorrektur mittels Spreizhose
BGE 108 V 90 = Pra 1983 Nr. 75 E. 2b	eineinhalbwöchige Photophobie
BGE 33 II 15 E. 8	Verlust von vier Schneidezähnen

¹⁷¹ Bei vorübergehenden Gesundheitsbeeinträchtigungen ist eine immaterielle Unbill erst dann anzunehmen, wenn *erschwerende Begleitumstände* bestehen. Solche liegen vor, wenn die an sich geringfügige Körperverletzung vorsätzlich, unter traumatischen Umständen zugefügt wurde oder

längerfristige psychische Nachwirkungen hat²⁵⁸. Wer in seiner Wohnung überfallen, mit Tränengas besprüht und brutal geschlagen wird, ist genugtuungsberechtigt, auch wenn die Schläge «nur» zu einer aufgerissenen Unterlippe mit Bluterguss und das Tränengas in den Augen zu Reizungen an der Bindehaut führten²⁵⁹.

Als erschwerende Umstände kommen ferner z.B. eine Lebensgefährdung, *einschneidende Wirkungen auf das private oder berufliche Leben*, wie etwa ein langer Spitalaufenthalt oder mehrere lange Spitalaufenthalte, oder *besonders heftige oder langandauernde Schmerzen* in Frage²⁶⁰. Eine ausbleibende Entschuldigung stellt jedoch keinen erschwerenden Begleitumstand dar²⁶¹. 172

Nicht mehr als Bagatellverletzungen können ein Nasenbeinbruch, der Bruch der Kinnlade, der Verlust von Zähnen, der Riss eines Halswirbels, eine Oberschenkelfraktur, der Schuss in das Schienbein, lebensgefährliches Würgen, wiederholte Schläge an den Kopf oder die Attacke eines Exhibitionisten gegen eine Frau bezeichnet werden²⁶². Von einer genugtuungsbegründenden Körperverletzung ist zudem immer dann auszugehen, wenn eine *Dauerinvalidität eintritt oder ein wichtiges Organ dauernd beeinträchtigt wird*²⁶³, wie das z.B. für den Verlust eines Sinnesorgans²⁶⁴, eine Entstellung, schielende Augen und den Verlust der Sehkraft²⁶⁵ oder den Verlust eines Samenleiters²⁶⁶ zutrifft. 173

B. Bemessung der Genugtuungshöhe

1. Allgemeines

Gemäss Gesetzeswortlaut ist für die Bemessung des Genugtuungsbetrags die Schwere der Beeinträchtigung massgeblich²⁶⁷. In der Botschaft wird diesbezüglich ausgeführt: 174

Absatz 2 formuliert den Grundsatz, dass sich wie im Haftpflichtrecht die Berechnung der Genugtuung nach der Schwere der Beeinträchtigung bemisst. Dabei wird allerdings dem Höchstbetrag nach Absatz 3 Rechnung zu tragen sein. Der Höchstbetrag ist für die schwersten Leiden vorgesehen; die Beträge für Genugtuungen gestützt auf das EpG werden deshalb kleiner sein als jene die gestützt auf das Privatrecht zugesprochen werden. 175

²⁵⁸ Vgl. Urteile BGer 6S.334/2004 vom 30. November 2004 E. 4.2 (Würgen der Ehefrau mit Tötungsvorsatz) und 6S.28/2003 vom 18./26. Juni 2003 E. 3.2 (Opfer wurde in Wohnung überfallen, mit Tränengas besprüht und brutal geschlagen).

²⁵⁹ Vgl. Urteil BGer 6S.28/2003 vom 18./26. Juni 2003 E. 3.2.

²⁶⁰ Vgl. Urteile BGer 1A.107/1999 vom 11. August 2000 E. 2e und OGer ZH vom 27. März 1990 = SJZ 1990, 400 E. 6 (Ablehnung einer Genugtuung von CHF 1 500, vorübergehende Schmerzen bzw. Verletzung der Wirbelsäule nach Sturz), und Appellationshof BE vom 27. Mai 1987 i.S. R. H. c. Skiclub Brienz = SG 1987 Nr. 478 E. III/2 (zweiwöchiger Spitalaufenthalt und 5-monatige Arbeitsunfähigkeit nach Knieverletzung und Kreuzbandriss).

²⁶¹ Vgl. Urteil Bezirksgerichtliche Kommission Münchwilen TG §25/1999 vom 21. Januar 1999 = Assistalex 1999 Nr. 5566.

²⁶² Vgl. Urteile BGer 1A.276/2005 vom 24. März 2006 E. 2.2 (CHF 6 000 für Gehirnerschütterung sowie Brüche des rechten Unterschenkels, des linken Handgelenks und des Nasenbeins verbunden mit einem 16-tägigen Spitalaufenthalt) und 1A.107/1999 vom 11. August 2000 E. 2e und 1P.494/2002 vom 11. November 2002 = Pra 2003 Nr. 81 (Rissquetschwunde an der Nase und multiple Schädelprellungen) sowie OGer ZH 1A.163/2000 vom 8. November 2000 E. 4 (Schlüsselbeinfraktur, Schulterprellung, eintägiger Spitalaufenthalt, fünfeinhalbwöchige Arbeitsunfähigkeit) und OGer LU vom 21. Mai 1984 i.S. B. c. S. = SG 1984 Nr. 279 E. 6 (Tibiatorsions- und Fibulafraktur sowie 25-tägige Spitalpflege und sechsmonatige Arbeitsunfähigkeit); a.A. Urteil BGer 4C.283/2005 vom 18. Januar 2006 = JdT 2006 I 476 E. 3.2 (Verneinung einer immateriellen Unbill bei einer neunmonatigen Arbeitsunfähigkeit von 100 % und dreimaliger Operation).

²⁶³ Vgl. BGE 121 II 369 E. 3c/bb und Urteil BGer 1A.235/2000 vom 21. Februar 2001 E. 5b/aa.

²⁶⁴ Vgl. BGE 110 II 163 = Pra 1984 Nr. 175 E. 2c (einseitiger Hörverlust).

²⁶⁵ Vgl. BGE 81 II 159 E. 6.

²⁶⁶ Vgl. Urteil KGer NE vom 1. April 1996 = SG 1996 Nr. 1080 E. 3.

²⁶⁷ Vgl. Art. 65 Abs. 1 und 2 EpG.

176

Die Festsetzung der Genugtuung im Einzelfall richtet sich nach einer degressiven Skala, die von den im Privatrecht üblicherweise gewährten Beträgen unabhängig ist. Diese Beträge können jedoch einen Hinweis darauf geben, welche Beeinträchtigungen hohe Genugtuungen rechtfertigen. Von Bedeutung ist zudem, dass der Spielraum angesichts der Höchstbeträge deutlich geringer ist als im Privatrecht. In diesem Sinn muss die entscheidende Behörde die Höchstsummen für die schwersten Verletzungen vorbehalten, was in der Regel dann der Fall ist, wenn sie zu 100 Prozent invalid sind.

177 Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurden diese Äusserungen in der Botschaft nicht infrage gestellt, weshalb davon auszugehen ist, dass die epidemierechtliche Genugtuung degressiv ausgestaltet ist, wobei der Höchstbetrag von 70 000 Franken lediglich bei schwersten Impffolgeschäden beansprucht werden kann. Für die Festlegung des epidemierechtlich massgeblichen Genugtuungsbetrages sind verschiedene Methoden denkbar:

178

- *Prozentmethode:* Der epidemierechtliche Maximalbetrag von 70 000 ist im Gesetz verankert und wird auf absehbare Zeit nicht betraglich angepasst, während die haftpflichtrechtliche Genugtuung einzelfallweise festgelegt wird. Das Bundesgericht pflegt im Rahmen seines Ermessens die Genugtuungssumme in schweren Fällen erheblich höher anzusetzen als früher²⁶⁸. Aktuell werden Genugtuungsbeträge über 200 000, aber unter 300 000 Franken in schwersten Invaliditätsfällen zugesprochen²⁶⁹. Der Maximalbetrag von 70 000 Franken entspricht insoweit 25 bis 30 % der haftpflichtrechtlichen Genugtuung. Die epidemierechtliche Genugtuung könnte folglich als ein einzelfallweise zu bestimmender Prozentsatz der haftpflichtrechtlichen Genugtuung verstanden werden.

179

- *Analogiemethode:* Die epidemierechtliche Genugtuung, insbesondere der Maximalbetrag, ist der opferhilferechtlichen Genugtuung nachgebildet und erfüllt wie diese den Zweck, die geschädigte Person vor einem ungedeckten Schaden zu bewahren, wobei die Solidargemeinschaft der Steuerzahler nicht wie allfällige Haftpflichtige den gesamten immateriellen Schaden auffangen soll. Insoweit wäre es naheliegend, die opferhilferechtliche Genugtuungspraxis für die Festlegung der epidemierechtlichen Genugtuung analog heranzuziehen.

2. Haftpflichtrechtliche Bemessungsmethode

i. Allgemeines

180 Nach dem Wortlaut von Art. 47 OR ist die Genugtuung «unter Würdigung der besonderen Umstände» festzulegen. Der Gesetzgeber hat es versäumt, die einzelnen Kriterien oder sogar eine Berechnungsmethode zu bestimmen, anhand derer die Festlegung des Genugtuungsbetrages erfolgen soll. Er verweist lediglich auf die «Angemessenheit» des Genugtuungsbetrages. Die Rechtsprechung hat die Angemessenheit dahingehend konkretisiert, dass die Genugtuungssumme dem Opfer nicht «lächerlich» tief erscheinen darf²⁷⁰, umgekehrt aber auch nicht einen finanziellen Wohlstand herbeiführen soll. Damit würde nicht der Ausgleich der immateriellen Unbill, sondern vielmehr eine eigentliche ungerechtfertigte Bereicherung erzielt²⁷¹.

²⁶⁸ So BGE 112 II 131 E. 2.

²⁶⁹ Vgl. HÜTTE, Klaus/LANDOLT, Hardy, Genugtuungsrecht. Grundlagen zur Bestimmung der Genugtuung. Bd. 2: Genugtuung bei Körperverletzung, Zürich 2013, Rz. 465 ff.

²⁷⁰ Vgl. BGE 129 IV 22 = Pra 2003 Nr. 132 E. 7.2, 125 III 269 = Pra 1999 Nr. 175 E. 2a, 118 II 410 E. 2a und 90 II 79 E. 2.

²⁷¹ Vgl. BGE 123 III 10 E. 4c/bb.

Die Festlegung der Genugtuung hat nach der Rechtsprechung einzelfallweise zu erfolgen und die gesamten Umstände zu berücksichtigen²⁷², weshalb nicht – wie in der Unfallversicherung im Zusammenhang mit der Integritätsentschädigung – die Tarif-, sondern die Einzelfallmethode zur Anwendung gelangt²⁷³. Das Bundesgericht betont, dass die Festsetzung der Höhe der Genugtuung eine Entscheidung nach Billigkeit ist und die Bemessung der Genugtuung nicht nach schematischen Massstäben erfolgen darf²⁷⁴. Die Festlegung der Genugtuung ist zwar eine Rechtsfrage, da der Entscheid aber ein Ermessensentscheid ist, überprüft ihn das Bundesgericht nur mit grosser Zurückhaltung²⁷⁵. Das Bundesgericht beschränkt sich letztlich auf eine Willkürprüfung²⁷⁶.¹⁸¹

Für die einzelfallweise Festlegung der Genugtuungssumme sind folgende Kriterien massgeblich:¹⁸²

- Art und Schwere der Verletzung,
- Intensität und Dauer der Auswirkungen auf die Persönlichkeit des Betroffenen,
- der Grad des Verschuldens des Haftpflichtigen,
- ein allfälliges Selbstverschulden des Geschädigten sowie
- die Aussicht auf Linderung des Schmerzes durch die Zahlung eines Geldbetrags²⁷⁸.

ii. Präjudizienvergleichsmethode

In der Praxis haben sich in Konkretisierung der Einzelfallmethode die Präjudizienvergleichs- und die Zwei-Phasen-Methode herausgebildet²⁷⁹. In der Regel wird die *Präjudizienvergleichsmethode* herangezogen. Das Bundesgericht betont, dass sich aus Präjudizien durch Vergleich von bereits beurteilten Fällen mit dem zu beurteilenden Fall Anhaltspunkte für die Beurteilung der Angemessenheit der Festlegung des Genugtuungsbetrages gewinnen lassen²⁸⁰. Anhand bereits beurteilter vergleichbarer Fälle wird die Höhe des Genugtuungsbetrags im Einzelfall unter Würdigung der konkreten Umstände festgesetzt.¹⁸³

²⁷² Vgl. BGE 123 III 306 = Pra 1997 Nr. 170 E. 9b, 97 V 103 E. 3 und 90 II 184 E. 2.

²⁷³ Vgl. BGE 132 II 117 E. 2.2.3 und 127 IV 215 E. 2e.

²⁷⁴ Statt vieler BGE 132 II 117 E. 2.2.3 sowie Urteile BGer 6B_544/2010 vom 25. Oktober 2010 E. 3.1, 4C.263/2006 vom 17. Januar 2007 E. 7.3 und 4C.55/2006 vom 12. Mai 2006 E. 5.2.

²⁷⁵ Vgl. BGE 123 III 306 E. 9b.

²⁷⁶ Statt vieler BGE 123 II 210 E. 2c.

²⁷⁸ Statt vieler BGE 132 II 117 2.2.2, 123 III 306 = Pra 1997 Nr. 170 E. 9b und 112 II 131 E. 2.

²⁷⁹ Weiterführend HÜTTE, Klaus/LANDOLT, Hardy, Genugtuungsrecht. Grundlagen zur Bestimmung der Genugtuung. Bd. 2: Genugtuung bei Körperverletzung, Zürich 2013, Rz. 370 ff.

²⁸⁰ Statt vieler BGE 127 IV 215 E. 2e und 112 II 131 = Pra 1986 Nr. 157 E. 2.

- ¹⁸⁴ Die Anzahl der zum Vergleich herangezogenen Präjudizien variiert beträchtlich²⁸¹. Das Bundesgericht verlangt, dass die zum Vergleich herangezogenen Präjudizien zeitlich nicht weit zurückliegen²⁸² und zudem sorgfältig verglichen werden²⁸³. Präjudizien, die mehr als 25 Jahre zurückliegen, dürfen nur noch bedingt berücksichtigt werden²⁸⁴. Die herangezogenen früheren Präjudizien sind dem jeweiligen Teuerungsanstieg bis zum Berechnungszeitpunkt anzupassen²⁸⁵, ansonsten eine Erosion der realen Genugtuung erfolgt.
- ¹⁸⁵ Das Bundesgericht übt grosse Zurückhaltung bei der Überprüfung der von den kantonalen Tatsachengerichten im Rahmen eines Präjudizienvergleichs zugesprochenen Genugtuungssummen und beschränkt sich letztlich auf eine Willkürprüfung²⁸⁶. Eine Abweichung um 25 % von vergleichbaren Präjudizien ist zwar «an der unteren Grenze des noch Haltbaren», aber nicht willkürlich²⁸⁷. Verlangt der Geschädigte eine höhere Genugtuungssumme, als veröffentlichte Gerichtspraxis und die dem Gericht bekannten Entscheidungsgrundlagen nahelegen, ist er für jene Elemente, die eine Erhöhung rechtfertigen könnten, behauptungs- und beweispflichtig²⁸⁸. Er hat insbesondere einschlägige Präjudizien explizit zu nennen²⁸⁹.
- ¹⁸⁶ Den Gutachtern sind keine schweizerischen Präjudizien bekannt, in welchen haftpflichtrechtliche Genugtuungen für einen Impffolgeschaden zugesprochen worden sind. Auch in rechtsvergleichender Hinsicht gilt derselbe Befund, immerhin lassen sich dem deutschen Fallrecht einige wenige Schmerzensgeldentscheide entnehmen²⁹⁰:

Gericht	Impfung	Impfreaktion	Genugtuungsbetrag
OLG Karlsruhe 7 U 50/86 vom 20.09.1989 = NJW 1990, 2319	Unterbliebene Impfung trotz festgestellter Tuberkuloseerkrankung in Schulen	Tuberkulose	DM 10 000
OLG Düsseldorf 8 U 27/90 vom 19.09.1991 = NJW-RR 1992, 351	Keuchhustenimpfung	Krampfanfälle, wiederholte Spitalaufenthalte	DM 20 000
BGH III ZR 100/88 vom 15.02.1999 = NJW 1990, 2311	Diphtherie, Keuchhusten, Wundstarrkrampf	Nicht erwähnt	DM 50 000

²⁸¹ Siehe z.B. BGE 134 III 97 E. 3.3 (drei Präjudizien), 112 II 131 = Pra 1986 Nr. 157 E. 3 (sechs Präjudizien) und 96 II 218 E. 8b (acht Präjudizien) und Urteile BGer 4C.263/2006 vom 17. Januar 2007 E. 7.4 (ein Präjudiz), 6S.232/2003 vom 17. Mai 2004 = Pra 2004 Nr. 144 E. 2.2 (sechs Präjudizien), 6S. 334/2003 vom 10. Oktober 2003 E. 5.2 (fünf Präjudizien), 4C.167/2000 vom 28. September 2000 E. 5d (vier Präjudizien), 4C.123/1996 vom 21. Oktober 1997 = SG 1997 Nr. 1262 E. 3b/bb und cc (elf Präjudizien) und 4C.407/1994 vom 19. Dezember 1995 = SG 1995 Nr. 1059 E. 4 (sieben Präjudizien).

²⁸² Vgl. Urteil BGer 4C.150/2004 vom 2. August 2004 E. 5.2.

²⁸³ Vgl. BGE 97 V 103 E. 3.

²⁸⁴ Vgl. Urteil BGer 6S.232/2003 vom 17. Mai 2004 = Pra 2004 Nr. 144 E. 2.2.

²⁸⁵ Vgl. Urteile OGer ZH vom 8. Dezember 1995 = ZR 1997 Nr. 2 E. IX und vom 15. November 1984 = SJZ 1985, 374 = ZR 1985 Nr. 80 E. 3a, ablehnend Urteil BGer 4C.435/2005 vom 5. Mai 2006 E. 6.2.

²⁸⁶ Statt vieler BGE 123 II 210 E. 2c.

²⁸⁷ Vgl. Urteil BGer 4C.435/2005 vom 5. Mai 2006 E. 6.2.

²⁸⁸ Vgl. BGE 127 IV 215 E. 2e, ferner 125 III 412 E. 2c/cc.

²⁸⁹ Vgl. Urteil BGer 1P.323/2005 vom 16. August 2005 E. 3.4.

²⁹⁰ Weiterführend DEUTSCH, Erwin, Aufklärung und Einwilligung vor Impfungen, in: VersR 1998, S. 1053 ff. und KAMPS, Hans, Der Umfang der Aufklärungspflicht und Haftung des staatlich angestellten Impfarztes und des niedergelassenen Arztes bei der Polio-Schutzimpfung, in: MedR 1995, S. 268 ff.

OLG Stuttgart 3 U 188/84 vom 12.06.1985 = VersR 1986, 1198	DPT-Impfung	schwere Gehirnschädigung nach Gehirnentzündung	DM 60 000
--	-------------	---	-----------

Insoweit wäre bei Anwendung der Präjudizienmethode für die Bestimmung der epidemierechtlichen Genugtuung auf bereits beurteilte Fälle mit vergleichbaren gesundheitlichen Beeinträchtigungen abzustellen. Hinsichtlich der Praxis zur haftpflichtrechtlichen Genugtuung ist auf die Fallsammlung von LANDOLT/HÜTTE zu verweisen²⁹¹.

iii. Zweiphasige Berechnungsmethode

Die zweiphasige Berechnungsmethode basiert auf der Erkenntnis, dass ähnliche Körper- und Persönlichkeitsverletzungen in objektiver Hinsicht zwar vergleichbar sind, der Betroffene aber unterschiedlich auf die Körperverletzung reagiert. Entsprechend wird vorgeschlagen, in einem ersten Schritt eine Basisgenugtuung und in einem zweiten Schritt individuelle Zuschläge in Prozenten der Basisgenugtuung festzusetzen. Das Bundesgericht betont zwar, dass Genugtuungstarife unzulässig sind, lässt aber die zweiphasige Berechnungsmethode in jüngster Zeit sowohl bei der Verletzten²⁹² als auch bei der Angehörigenenugtuung²⁹³ zu.

Als Basisverletztengenugtuung bieten sich die Integritätsentschädigung der Unfallversicherung oder die Integritätsentschädigung der Militärversicherung an. In den Fällen, in denen keine Integritätsentschädigungswerte greifbar sind, ist die Basisgenugtuung nach richterlichem Ermessen zu bestimmen²⁹⁴. Das Bundesgericht hat unlängst erwogen, dass die Basisgenugtuung weder der doppelten Integritätsentschädigung der Unfallversicherung²⁹⁵ noch der Integritätsentschädigung der Militärversicherung entspricht²⁹⁶. Anerkannt wird demgegenüber, dass die einfache Integritätsentschädigung der Unfallversicherung als Basisgenugtuung herangezogen werden darf²⁹⁷. Die Integritätsentschädigung ist aber nur ein Richtwert, der im Verhältnis zu anderen massgeblichen Bemessungskriterien unterschiedlich gewichtet werden kann²⁹⁸.

²⁹¹ HÜTTE, Klaus/LANDOLT, Hardy, Genugtuungsrecht. Grundlagen zur Bestimmung der Genugtuung. Bd. 2: Genugtuung bei Körperverletzung, Zürich 2013, 269 ff.

²⁹² Vgl. BGE 132 II 117 E. 2.2.3 (CHF 50 000 Basisgenugtuung für paraplegieähnliche Verletzungen) sowie Urteile BGer 4C.263/2006 vom 17. Januar 2007 E. 7.3, OGer Luzern 11 04 163 vom 27. September 2006 = SG 2008 Nr. 1612 = HAVE 2007, 35 E. 14 (CHF 106 800 Basisgenugtuung für schweres Schädel-Hirn-Trauma), KGer BL 40-03/507/NOD vom 8. Juni 2004 = SG 2004 Nr. 1568 E. 12 (CHF 20 000 Basisgenugtuung für Schleudertrauma), BGer 4C.103/2002 vom 16. Juli 2002 = Assistalex 2002 Nr. 9368 E. 5 (CHF 100 000 Basisgenugtuung für Paraplegie) und KGer SZ KG 336/95 und KG 356/95 vom 26. April 1997 = plädoyer 1997/5, 67 = SG 1997 Nr. 1211 = SVZ 1998, 271 (CHF 100 000 für schweres Schädel-Hirn-Trauma).

²⁹³ Vgl. Urteile BGer 4A_423/2008 vom 12. November 2008 E. 2.1, 1C_106/2008 vom 24. September 2008 E. 3 und 4C.435/2005 vom 5. Mai 2006 E. 4.2.1 f.

²⁹⁴ Vgl. z.B. Urteil SozVersGer ZH OH.2010.00001 vom 14. Juni 2011 E. 5.2 (CHF 10 000 als Basisgenugtuung bei einer Vergewaltigung).

²⁹⁵ Vgl. Urteil BGer 4C.55/2006 vom 12. Mai 2006 E. 5.2 und LANDOLT, ZH-K, N 108 ff. zu Art. 47 OR.

²⁹⁶ Vgl. BGE 134 III 97 E. 4.4.

²⁹⁷ Vgl. BGE 132 II 117 E. 2.2.3 sowie Urteile BGer 4C.263/2006 vom 17. Januar 2007 E. 7.3, 4C.55/2006 vom 12. Mai 2006 E. 5.2 und 4C.123/1996 vom 21. Oktober 1997 = SG 1997 Nr. 1262 E. 3b/aa.

²⁹⁸ Vgl. Urteil BGer 4C.55/2006 vom 12. Mai 2006 E. 5.2.

- ¹⁹⁰ In der Regel²⁹⁹ werden Gesamtgenugtuungssummen zugesprochen, die höher als die UVG-Integritätsentschädigung bzw. Basisgenugtuung sind³⁰⁰. Die bei schweren Körperverletzungen zugesprochenen Genugtuungssummen liegen teuerungsbereinigt bei 200 000 bis 300 000 Franken³⁰¹. Die Gesamtgenugtuung bei schwersten Körperverletzungen entspricht insoweit maximal der doppelten UVG-Integritätsentschädigung, die aktuell 148 200 ausmacht³⁰², und indiziert einen Zuschlag von 100 % zur Basisgenugtuung. Es existiert aber keine Regel, wonach die doppelte Integritätsentschädigung als Richtschnur für die Bemessung der Gesamtgenugtuung heranzuziehen ist³⁰³. Die Höhe der Zuschläge zur Integritätsentschädigung ist einzelfallabhängig festzulegen³⁰⁴.

3. Opferhilferechtliche Bemessungsmethode

- ¹⁹¹ Für die Festlegung des Genugtuungsbetrags sind Art. 47 und 49 OR zwar gemäss dem Gesetzeswortlaut sinngemäss anwendbar³⁰⁵, doch der Genugtuungsbetrag des Opfers der Straftat beträgt maximal 70 000 Franken³⁰⁶ und bei den Angehörigen die Hälfte dieses Betrages. Der Höchstbetrag wird dabei nicht in Anlehnung an die haftpflichtrechtliche Bemessungsmethode bereits bei mittelschweren, sondern nur bei schwersten gesundheitlichen Beeinträchtigungen gewährt. Mit hin erhält das Opfer einer Straftat eine degressiv abgestufte haftpflichtrechtliche Genugtuung.
- ¹⁹² Das Bundesamt für Justiz umschreibt das *Degressionsgebot* in seinem Leitfaden aus dem Jahr 2008³⁰⁷ folgendermassen:

Dies hat zur Folge, dass die Genugtuung nach einer degressiven Skala festzusetzen ist, die von den im Privatrecht gewährten Beträgen unabhängig ist; diese können indessen darauf hinweisen, welche Arten von Beeinträchtigungen zu den höchsten Beträgen führen. Es ist wichtig, die Kohärenz des Systems zu beachten. Die Plafonierung führt zwangsläufig zu einer allgemeinen Senkung der Beträge im Vergleich zum Haftpflichtrecht. Wenn zu hohe Beträge für kleinere oder mittlere Beeinträchtigungen gewährt werden, wird damit das System verfälscht und Opfer mit ausserordentlich schweren Beeinträchtigungen benachteiligt. Es genügt also nicht, Genugtuungen, die den vom Gesetz vorgesehenen Plafond überschreiten, einfach zu kürzen. Es ist in der Regel auch nicht möglich, einfach den nach Haftpflichtrecht zugesprochenen Betrag zu übernehmen³⁰⁸.

²⁹⁹ Ausnahmsweise liegt die Genugtuung trotz fehlenden Selbstverschuldens unter der Integritätsentschädigung, siehe z.B. Urteile OGer Zürich vom 25. April 2008 = NZZ vom 23.09.2005, 58, und NZZ vom 26.04.2008, 59 (Genugtuung nach brutalem Foul im Eishockey von CHF 10 000 liegt unterhalb Integritätsentschädigung von CHF 21 400) und AmtsGer LU-Land 119929 UZ 010 vom 31. Dezember 2002 = SG 2002 Nr. 1550 E. 11.3.

³⁰⁰ Statt vieler BGE 123 III 306 = Pra 1997 Nr. 170 E. 9a, Urteile BGer 4C.60/1998 vom 20. Juli 1998 = SG 1998 Nr. 1316 E. 4 und 4C.407/1994 vom 19. Dezember 1995 = SG 1995 Nr. 1059 E. 4 sowie Tribunale d'appello TI vom 15. September 1998 = Rep 1998, 247 E. 6.3, OGer ZH vom 8. Dezember 1995 = ZR 1997 Nr. 2 E. IX und BezGer SZ vom 10. August 1995 = plädoyer 1995/5, 67.

³⁰¹ Siehe die Hinweise bei HÜTTE, Klaus/LANDOLT, Hardy, Genugtuungsrecht. Grundlagen zur Bestimmung der Genugtuung. Bd. 2: Genugtuung bei Körperverletzung, Zürich 2013, Rz. 466.

³⁰² Vgl. Art. 22 Abs. 1 UVV.

³⁰³ Vgl. Urteil BGer 4C.55/2006 vom 12. Mai 2006 E. 5.2.

³⁰⁴ Siehe die Hinweise bei HÜTTE, Klaus/LANDOLT, Hardy, Genugtuungsrecht. Grundlagen zur Bestimmung der Genugtuung. Bd. 2: Genugtuung bei Körperverletzung, Zürich 2013, Rz. 468.

³⁰⁵ Vgl. Art. 22 Abs. 1 OHG.

³⁰⁶ Vgl. Art. 23 Abs. 2 lit. a OHG.

³⁰⁷ Leitfaden zur Bemessung der Genugtuung nach Opferhilfegesetz zu Handen der kantonalen Behörden, die für die Gewährung von Genugtuungen nach OHG zuständig sind (<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/opfer-hilfe/hilfsmittel/leitf-genugtuung-ohg-d.pdf> – zuletzt besucht am 13. Juli 2016).

³⁰⁸ Ibid., 5.

Im Anhang zum Leitfaden zur Bemessung der Genugtuung nach Opferhilfegesetz werden folgende Genugtuungsbeträge vorgeschlagen: 193

Tabelle 1: OHG-Genugtuung für Beeinträchtigung in der physischen Integrität 194

Grad	Opfer mit Beeinträchtigung in der physischen Integrität	Genugtuung in CHF
1	Mässig schwere Beeinträchtigungen (z.B. Verlust eines Fingers oder des Geruchsinns)	0 – 20'000
2	Eingeschränkte Bewegungsfähigkeit, Verlust einer Funktion oder eines wichtigen Organs (z.B. Verlust eines Armes oder eines Beines, sehr starke und schmerzhaft Verletzung der Wirbelsäule, deutliche und bleibende Narben im Gesicht)	20'000 – 40'000
3	Starke Einschränkung der Bewegungsfähigkeit und/oder der intellektuellen und sozialen Fähigkeiten (z.B. Paraplegie, vollständige Erblindung, Verlust des Gehörs)	40'000 – 55'000
4	Sehr starke Einschränkung der Bewegungsfähigkeit und/oder der intellektuellen und sozialen Fähigkeiten (z.B. Tetraplegie)	55'000 – 70'000

Tabelle 3: OHG-Genugtuung für Angehörige 195

Grad	Beeinträchtigung des Angehörigen	Genugtuung in CHF
1	Tod eines Bruders oder einer Schwester	0 – 8'000
2	Tod des Vaters oder der Mutter	8'000 – 18'000
3	Tod eines Kindes	10'000 – 20'000
4	Tod des Ehegatten oder des Partners	20'000 – 30'000
5	Erhebliche Veränderung der Lebensweise	25'000 – 35'000

Die Rechtsprechung hat in einer Fülle von Fällen die Höhe der opferhilferechtlichen Genugtuung konkretisiert. Einen guten Überblick über die opferhilferechtliche Genugtuungspraxis findet sich in der Studie von BAUMANN/ANABITARTE/MÜLLER GMÜNDER³⁰⁹, in welcher rund 1 000 Genugtuungsentscheide verarbeitet worden sind. Da auch die epidemierechtliche Genugtuung degressiv zu handhaben ist, ist die Höhe der Genugtuung gemäss Art. 65 EpG analog der opferhilferechtlichen Praxis festzulegen. 196

Die Schweizerische Verbindungsstellen-Konferenz Opferhilfegesetz (SVK-OHG) hat 1997 Empfehlungen zur Anwendung des Bundesgesetzes über die Hilfe an Opfern von Straftaten herausgegeben. Die Empfehlungen sind als praktisches Arbeitsinstrument für die mit dem OHG befassten Stellen und Personen konzipiert. Aufgrund der Revision des Opferhilfegesetzes, welche auf 197

³⁰⁹ BAUMANN, Meret/ ANABITARTE, Blanca, et al., Genugtuungspraxis Opferhilfe. Die Höhe der Genugtuung nach dem revidierten OHG, in: Jusletter 1. Juni 2015 (Online verfügbar unter http://www.sodk.ch/fileadmin/user_upload/Fachbereiche/Opferhilfe/Grundlagen/2015.06.01_Jusletter_Genugtuungspraxis_OHG_de.pdf (zuletzt besucht am 13. Juli 2016)).

1. Januar 2009 in Kraft getreten ist, hat die SVK-OHG ihre Empfehlungen zur Anwendung des OHG überarbeitet und 2010 neu herausgegeben³¹⁰.

¹⁹⁸ Es handelt sich um folgende Empfehlungen:

- Fachtechnische Empfehlung der SVK-OHG zur Konkretisierung der Handhabung des Kostenrisikos für Opfer im Strafverfahren vom 30. Oktober 2014
- Fachtechnische Empfehlung der SVK-OHG zur Konkretisierung des Anspruchs auf Kostenübernahme für Hilfeleistungen «in der Schweiz» vom 25. November 2013
- Fachtechnische Empfehlung der SVK-OHG zur Kostenverteilung zwischen den Kantonen bei Beratungen ausserhalb des Wohnsitzkantons vom 14. Oktober 2010, aktualisiert am 3. November 2015
- Fachtechnische Empfehlung der SVK-OHG zur freien Wahl der Opferberatungsstelle und zur Zuständigkeit für finanzielle Leistungen vom 14. Oktober 2010, ergänzt am 25. November 2013 und am 22. Mai 2014
- Fachtechnische Empfehlung der SVK-OHG zur Herabsetzung der Entschädigung wegen Mitverschuldens vom 25. März 2010

¹⁹⁹ Diese Empfehlungen, insbesondere auch die Empfehlung betreffend Herabsetzung der Entschädigung wegen Mitverschuldens, sind für die Bemessung der epidemierechtlichen Genugtuung von keiner Relevanz, weil sie einerseits Fragen betreffen, die im EpG geregelt sind, so etwa die Kostenverteilung, oder andererseits Probleme im Zusammenhang mit dem Strafverfahren regeln, welche sich beim Auftreten eines Impfschaden regelmässig nicht stellen.

²⁰⁰ Insoweit empfehlen die Gutachter, die epidemierechtliche Genugtuung zwar in Analogie zur opferhilferechtlichen Praxis betraglich festzulegen, aber eigene Empfehlungen zu erarbeiten, wie die degressiv abzustufenden Genugtuungsbeträge im konkreten Einzelfall bestimmt werden sollen. Dem gesetzgeberischen Hinweis auf die «Schwere der Beeinträchtigung» und die sinngemässe Anwendbarkeit von Art. 47 und 49 OR ist insoweit Rechnung zu tragen, als keine egalitären Beträge bei identischer Impfreaktion vorzusehen sind.

²⁰¹ Da weitgehend Präjudizien zur Bemessung der haftpflicht- und opferhilferechtlichen Genugtuung bei Impfschäden fehlen, ist es naheliegend, die epidemierechtliche Genugtuung in eine egalitäre Basisgenugtuung, betraglich abgestuft nach der Schwere der Impfreaktion, und einen einzelfallweise festzulegenden Zuschlag je nach den Auswirkungen der unerwünschten Impfreaktion bzw. dem Ausmass der persönlichen, sozialen und beruflichen Unbill, aufzuteilen.

²⁰² Ob dabei Basisgenugtuung und Zuschläge in Analogie zur haftpflichtrechtlichen Praxis gleich oder anders gewichtet werden sollen, hängt davon ab, ob die epidemierechtliche Genugtuung grosszügig oder eher zurückhaltend gehandhabt werden soll. Nach der Meinung der Gutachter ist eine grosszügige Handhabung der epidemierechtlichen Genugtuung gerechtfertigt, weshalb der Basisgenugtuung im Vergleich zum einzelfallweise festzulegenden Zuschlag ein höheres Gewicht beizumessen ist.

³¹⁰ Online verfügbar <http://www.sodk.ch/fachbereiche/familien-und-gesellschaft/opferhilfe/wwwopferhilfe-schweiz.ch/empfehlungen/> (zuletzt besucht am 13. Juli 2016).

VI. Beweiserleichterung gemäss Art. 69 Abs. 2 EpG

A. Allgemeines

Ob ein epidemierechtlicher Entschädigungs- oder Genugtuungsanspruch geltend gemacht werden kann, wird in einem ordentlichen Verwaltungsverfahren geprüft. Das Gesuch betreffend Entschädigung und/oder Genugtuung ist an das Eidgenössische Departement des Innern als der zuständigen Behörde einzureichen³¹¹. Das EDI entscheidet nach Anhörung der eidgenössischen Kommission für Impffragen und des betroffenen Kantons, ob eine Entschädigung oder eine Genugtuung ausgerichtet wird. 203

Die zuständige Behörde stellt den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen fest, wobei der Gesuchsteller verpflichtet ist, an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken³¹². Die Mitwirkungspflicht bezieht sich einerseits auf die Einreichung von verfügbaren Unterlagen bzw. die Erteilung von entschädigungsrelevanten Auskünften sowie andererseits – in Anlehnung an die opferhilferechtliche Praxis – auf die Bezifferung des Schadens innerhalb der Verwirkungsfrist gemäss Art. 66 Abs. 2 EpG³¹³. Trotz des Untersuchungsgrundsatzes gelten hinsichtlich der Beweislast und des Beweismasses die allgemeinen Regeln. Dies bedeutet, dass kein Anspruch auf eine Entschädigung bzw. Genugtuung besteht, wenn der anspruchsbegründende Sachverhalt nicht mit dem erforderlichen Beweismass nachgewiesen werden kann. 204

Eine anspruchsrelevante Tatsache muss mit Sicherheit oder zumindest mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden. Die rechtsanwendende Behörde darf keinen vernünftigen Zweifel mehr an der Verwirklichung der fraglichen Tatsache haben. Ausnahmen vom Regelbeweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit oder ein blosses Glaubhaftmachen als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Diesen Ausnahmen liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten³¹⁴. 205

Im Sozialversicherungsrecht hat der Richter demgegenüber seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blossе Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt der Beweisanforderung der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht. Der Richter hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die er von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt³¹⁵. Das ausserordentliche Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt sodann im Zusammenhang mit dem Nachweis eines privatversicherungsrechtlichen Versicherungsfalles³¹⁶ sowie für den Nachweis eines rechtserheblichen Kausalzusammenhanges zwischen Schaden und anspruchsbegründendem Sachverhalt³¹⁷. 206

³¹¹ Vgl. Art. 69 Abs. 1 EpG.

³¹² Vgl. Art. 12 f. VwVG.

³¹³ Soweit der Schaden oder allfällige Leistungspflichten Dritter innert der fünfjährigen Verwirkungsfrist gemäss Art. 25 Abs. 1 OHG nicht feststehen, sind unbezifferte Entschädigungs- und Genugtuungsbegehren zulässig (BGE 126 II 97 E. 2a – d). Hingegen muss das Opfer innert der Verwirkungsfrist den anspruchsbegründenden Sachverhalt mit hinreichender Bestimmtheit darlegen (ibid. E. 2e und f). Wenn eine Opferhilfestelle nach Einreichung eines Entschädigungs- und Genugtuungsbegehren (zu Unrecht) zur Substanziierung der Schadensposten auffordert, aber keine weiteren Angaben verlangt, so verstösst es gegen Treu und Glauben, das Gesuch hernach mangels solcher weiterer Angaben abzuweisen (ibid. E. 4 und 5).

³¹⁴ Vgl. BGE 128 III 271 E. 2b/aa.

³¹⁵ Statt vieler BGE 119 V 9 E. 3c/aa.

³¹⁶ Vgl. BGE 130 III 321 E. 2.

³¹⁷ Statt vieler BGE 121 III 358 E. 5.

- ²⁰⁷ Zum anspruchsbegründenden Sachverhalt gemäss Art. 64 und 65 EpG zählen einerseits die Anspruchsvoraussetzungen (behördlich angeordnete oder empfohlene Impfung, materieller oder immaterieller Schaden sowie rechtserheblicher Kausalzusammenhang zwischen Impfung und Schaden) und andererseits die nicht hinreichende Deckung des Schadens durch anderweitige Schadenausgleichsleistungen. Im Zusammenhang mit der Subsidiarität des epidemierechtlichen Entschädigungs- und Genugtuungsanspruches stellt sich die Frage, ob die allgemeinen Beweisregeln gelten oder der gesuchstellenden Partei Beweiserleichterungen zu gewähren sind, da es sich beim Umstand der ungenügenden Deckung bzw. der Unzumutbarkeit der Geltendmachung von Schadenausgleichsansprüchen Dritter regelmässig um negative Tatsachen handelt, bei welchen der Nachweis nicht möglich bzw. naturgemäss schwer zu erbringen ist³¹⁸.

B. Anwendungsbereich und Bedeutung von Art. 69 Abs. 2 EpG

1. Anwendungsbereich

- ²⁰⁸ Art. 69 Abs. 2 EpG hält – wie Art. 4 Abs. 2 OHG – fest, dass die gesuchstellende Partei lediglich glaubhaft machen muss, dass Dritte keine oder keine genügenden Leistungen erbringen. Explizit nicht erwähnt ist der in Art. 64 Abs. 2 EpG aufgeführte Zumutbarkeitsvorbehalt, was zur Frage führt, ob die gesuchstellende Partei die Unzumutbarkeit, gegenüber prioritär schadenausgleichspflichtigen Personen prozessual vorzugehen, ebenfalls nur glaubhaft zu machen oder mit dem ordentlichen Beweismass nachzuweisen hat.

- ²⁰⁹ In der Botschaft wird zu Art. 69 Abs. 2 EpG folgendes festgehalten³¹⁹:

²¹⁰ *Nach Absatz 2 muss nicht bewiesen, sondern bloss glaubhaft gemacht werden, dass Dritte keine oder keine genügenden Leistungen erbringen. Wer einen Anspruch geltend macht, muss aber die Folgen eines Beweismangels auf sich nehmen, wenn er oder sie nicht glaubhaft machen kann, dass er oder sie von Dritten (Herstellerin, Ärztin oder Arzt, Versicherungen) keine oder nur ungenügende Beträge erhalten hat.*

- ²¹¹ Im Rahmen der parlamentarischen Beratung der Bestimmung haben sich keine relevanten Wortäusserungen ergeben. Vor dem Hintergrund der Gesetzesmaterialien wäre eigentlich davon auszugehen, dass die Beweiserleichterung gemäss Art. 69 Abs. 2 EpG lediglich für den Umstand anwendbar ist, keine oder keine hinreichende Schadensdeckung durch Dritte erhalten zu haben. Es besteht jedoch ein fließender Übergang zwischen dem Nichterhalt genügender Schadenausgleichsleistungen und der Unzumutbarkeit der Geltendmachung von Schadenausgleichsleistungen.

- ²¹² Nach der Auffassung der Gutachter ist die Beweiserleichterung gemäss Art. 69 Abs. 2 EpG folglich für beide Aspekte (Nichterhalt genügender Schadenausgleichsleistungen und Unzumutbarkeit der Geltendmachung von Schadenausgleichsleistungen) im Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsgrundsatz anzuwenden. Die impfgeschädigte Person hat folglich die Umstände, welche die Zumutbarkeit der Geltendmachung von Schadenausgleichsansprüchen gegenüber Dritten betreffen, nicht mit dem Regelbeweismass nachzuweisen, sondern ebenfalls lediglich glaubhaft zu machen.

2. Beweis- und Rechtsanwendungsregel

- ²¹³ Um den Begriff des Glaubhaftmachens, wie er in Art. 69 Abs. 2 EpG verwendet wird, auszulegen, muss zunächst eine Einordnung dieser Bestimmung vorgenommen werden. Es fallen dabei die

³¹⁸ So BGE 104 Ia 14 E. 2.

³¹⁹ Botschaft EpG, 414.

folgenden Elemente ins Gewicht. Art. 69 Abs. 2 EpG bezieht sich auf eine Rangreihenfolge, wobei es um die Ordnung einer Leistungspflicht bezogen auf den Eintritt eines Impffolgeschadens geht. Hier kommen – wie es in der bundesrätlichen Gesetzesbotschaft dargestellt wird³²⁰ – Hersteller und Herstellerin, Ärztin und Arzt oder Versicherungen in Frage, um den eingetretenen Schaden zu vergüten. Diesen gegenüber muss nach Art. 64 Abs. 2 EpG «mit zumutbaren Bemühungen» angestrebt werden, den Schaden zu decken. Insoweit hat die Leistungspflicht nach Epidemien-gesetz offensichtlich eine nachrangige Bedeutung.

Wenn die nach Epidemien-gesetz zu erbringenden Leistungen nachrangig sind, kommt der Frage zentrale Bedeutung zu, ob die vorangehend leistungspflichtigen Personen und Stellen einen ihnen gegenüber bestehenden Leistungsanspruch erfüllt haben. Dabei kann die geschädigte Person bezogen auf die für eine Leistungspflicht in Betracht fallenden Personen oder Stellen nicht ein Wahlrecht haben, wen sie belangen will. Soweit eine Rangreihenfolge besteht, muss die geschädigte Person die vorrangig leistungspflichtigen zunächst ins Recht fassen. Darauf bezieht sich Art. 64 Abs. 2 EpG, nach welcher Bestimmung «mit zumutbaren Bemühungen» eine vorrangige Leistungspflicht durchgesetzt werden muss. 214

Das Gesetz verlangt nicht, dass die vorrangig bestehenden Leistungspflichten unbedingt durchzusetzen sind. Es besteht eine gewisse Flexibilität, indem dies nur «mit zumutbaren Bemühungen» (Art. 64 Abs. 2 EpG) erfolgen muss. Art. 69 Abs. 2 EpG bezieht sich auf die Umsetzung dieser Bemühungen und setzt voraus, dass ein bestimmtes Ergebnis «glaubhaft» gemacht wird; es muss aufgezeigt werden, dass die vorrangig leistungspflichtigen Personen oder Stellen keine oder keine genügenden Leistungen erbringen. Dieses Ergebnis spiegelt verschiedene Elemente: 215

Es geht um das fehlende Bestehen von (genügenden) Leistungen, wobei mit «zumutbaren» Bemühungen versucht werden muss, Leistungen zu erhalten. Insoweit bezieht sich das «Glaubhaft-machen» auf ganz unterschiedliche Elemente. Einerseits sind es Sachverhaltselemente (Fehlen einer sonstigen – genügenden – Leistung); andererseits geht es um das Erfüllen der zumutbaren Schritte, um Leistungen zu erhalten. Die Frage der «Zumutbarkeit» ist dabei keine sachverhaltliche Frage. Sie kann insoweit nicht einem «Beweis» unterstellt werden. Vielmehr muss einordnend und würdigend festgelegt werden, ob die geschädigte Person das ihr Zumutbare vorgekehrt hat. 216

Sodann fällt ins Gewicht, dass das im Rahmen von Art. 64 Abs. 2 EpG aufzuzeigende Resultat ein Negativum – Fehlen von (genügenden) Leistungen – betrifft, bei welchem nach neuester Rechtsprechung allenfalls eine gewisse Beweiserleichterung zulässig ist³²¹. Soweit es sich schliesslich darum handelt, dass die Leistungen allenfalls nicht «genügend» sind, geht es wiederum nicht um ein «beweisbares» Sachverhaltselement, sondern um einen würdigenden Entscheid im Rahmen der Rechtsanwendung. Auch diesbezüglich kann nicht von einem bestimmten Beweisgrad gesprochen werden. 217

Art 64 Abs. 2 und Art. 69 Abs. 2 EpG stellen folglich nicht nur blosse Beweisregeln dar, sondern enthalten auch Wertungskriterien für den Rechtsanwender. Die Glaubhaftmachung an sich bezieht sich auf ein beweisrechtliches Erfordernis, indem damit ein bestimmter Beweisgrad quantifiziert wird³²². Art. 69 Abs. 2 EpG ordnet die Glaubhaftmachung indessen nicht einem Sachverhaltselement zu, sondern bezieht die Glaubhaftmachung auf ein bestimmtes Resultat («keine oder keine genügenden Leistungen»). Dieses Resultat betrifft gewisse Sachverhaltselemente (z.B. Fehlen von Leistungen), doch schliesst das Resultat bezogen auf andere Elemente – Erbringen 218

³²⁰ Ibid.

³²¹ Siehe dazu infra Rz. 246 ff.

³²² Dazu infra Rz. 222 ff.

von «zumutbaren» Bemühungen und Fehlen von «genügenden» Leistungen – eine Bewertung im Rahmen der Rechtsanwendung in sich.

- ²¹⁹ Deshalb kann Art. 69 Abs. 2 EpG – entgegen dem ersten Anschein – nicht als ausschliesslich beweisrechtliche Regelung angesehen werden. Damit stellt sich die Frage, welche Bedeutung Art. 69 Abs. 2 EpG ausserhalb einer reinen beweisrechtlichen Anforderung hat. Die Regelung zielt darauf ab, dass die betroffene Person nicht alles Denkbare oder Mögliche vorzukehren hat, um genügende sonstige Leistungen zur Deckung des Impffolgeschadens zu erreichen. Im Rahmen der Rechtsanwendung soll gewissermassen mit einer nicht bis ins Letzte geschärften Brille hingeblickt werden, um zu erkennen, ob eine genügende Schadensdeckung vorliegt.
- ²²⁰ Der Gesetzgeber verlangt vom Rechtsanwender eine gewisse Zurückhaltung im Zusammenhang mit der Überprüfung, ob andere Leistungen überhaupt vorliegen oder allenfalls noch nicht genügend sind. Es wird also gewissermassen in Kauf genommen, dass die geschädigte Person – wenn alles irgendwie Denkbare in die Wege geleitet würde – einen (weiteren) Schadenersatz von sonstigen Personen oder Stellen erhältlich machen könnte. Dabei hat der Gesetzgeber – wenn dies auch aus den Materialien nicht erkennbar wird – wohl mitberücksichtigt, dass ein Vorgehen gegen sonstige Personen oder Stellen – z.B. gegen die Herstellerin – mit grossen Schwierigkeiten und Kostenrisiken verbunden sein kann. Es schien offenbar dem Gesetzgeber richtig, dass die nach Epidemiengesetz Ersatzpflichtigen nicht absolut subsidiär, sondern allenfalls auch relativ subsidiär leisten sollen.
- ²²¹ Insgesamt ergibt sich damit, dass die nach Epidemiengesetz leistungspflichtigen Stellen einen gewissen Ermessensbereich haben, wenn zu entscheiden ist, ob andere (allenfalls) Leistungspflichtige die zu beanspruchenden Leistungen (volumfänglich) erbracht haben. Allerdings darf der Grundsatz der Subsidiarität der epidemierechtlichen Leistungspflicht nicht ausgehöhlt werden, wie den bundesrätlichen Hinweisen zu Art. 64 Abs. 2 EpG klar entnommen werden kann³²³.

C. Anforderungen an die Glaubhaftmachung

1. Allgemeines

- ²²² Das Bundesgericht umschreibt den Beweisgrad des Glaubhaftmachens folgendermassen³²⁴:

²²³ *Mit dem Beweismass des Glaubhaftmachens sind herabgesetzte Anforderungen an den Beweis verbunden; die Tatsachenänderung muss also nicht nach dem im Sozialversicherungsrecht sonst üblichen Grad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (BGE 126 V 353 E. 5b S. 360) erstellt sein. Es genügt, dass für das Vorhandensein des geltend gemachten rechtserheblichen Sachumstandes wenigstens gewisse Anhaltspunkte bestehen, auch wenn durchaus noch mit der Möglichkeit zu rechnen ist, bei eingehender Abklärung werde sich die behauptete Änderung nicht erstellen lassen.*

- ²²⁴ Ausführlich äussert sich BÜHLER zur Frage, was Glaubhaftmachen verlangt³²⁵:

²²⁵ *Glaubhaftmachen bedeutet nach der von Guldener geprägten, vom Bundesgericht in verschiedenen Variationen verwendeten Formel, dass der Richter nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt sein muss. Es genügt, dass ihm aufgrund objektiver Anhaltspunkte der Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsachen vermittelt wird. Die Möglichkeit, dass die Verhältnisse sich anders*

³²³ Vgl. Botschaft EpG, 414.

³²⁴ So Urteil BGer 8C_746/2013 vom 10. Juli 2014 E. 2.

³²⁵ So BÜHLER, Alfred, Beweismass und Beweismässigkeit bei Gerichtsgutachten, in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2006, Zürich 2006, S. 37 ff., 42 f.

gestaltet haben können, muss nicht ausgeschlossen sein³²⁶. Oder kürzer: ‚Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte‘³²⁷. Für das Glaubhaftmachen genügt demgemäss eine geringere Wahrscheinlichkeit als beim Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.

Ähnlich umschreibt MÜLLER den Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit³²⁸:

Beim Glaubhaftmachen genügt es, dass sich die Tatsachen so zugetragen haben wie behauptet, ohne auszuschliessen, dass sich die Verhältnisse anders gestalteten (Kölz/Häner, Rz. 289; vgl. Kummer, Grundriss, S.135). Mit anderen Worten: Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn noch mit der Möglichkeit zu rechnen ist, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 130 III 325 E.3.3). Oder: Es genügt, wenn gewisse Anhaltspunkte für einen Sachumstand bestehen, auch wenn noch mit der Möglichkeit zu rechnen ist, bei eingehender Abklärung werde sich der Sachumstand nicht erstellen lassen (vgl. Urteil vom 22.Februar 2008, 9C_881/2007, E.2.2 und Locher, Grundriss, § 68 Rz. 45). Bei der Prüfung des Glaubhaftmachens kann der zeitliche Abstand zwischen Ablehnungsverfügung und Neuanmeldung bzw. zwischen Rentenverfügung und Revisionsgesuch entscheidend sein (vgl. Urteil vom 29. April 2009, 8C_436/2008, E.4.2; vgl. dazu auch Müller Urs, Rentenrevision, Rz. 310).

Analog ist auch die Umschreibung bei SUMMERMATTER/JACOB³²⁹:

Als glaubhaft gemacht gilt ein Sachvortrag gemeinhin dann, wenn (aufgrund summarischer Prüfung) für das Vorhandensein der in Frage kommenden Tatsache mehr spricht als dagegen, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass er sich nicht verwirklicht haben könnte.³³⁰ Dabei ist nicht erforderlich, dass der Richter von einer bestimmten Sachlage überzeugt ist, sondern es genügt, ihm auf Grund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein der in Frage kommenden Tatsachen zu vermitteln, ohne dass er dabei den Vorbehalt preisgeben müsste, dass die Verhältnisse sich anders gestalten könnten.³³¹ Zutreffenderweise ist die Glaubhaftmachung deshalb auch schon als Beweismass der einfachen Wahrscheinlichkeit (*simple vraisemblance, semplice verosimiglianza*)³³² bezeichnet und mit einem Wahrscheinlichkeitswert von 51% veranschaulicht worden³³³.

³²⁶ BGE 104 Ia 413 E. 4; ähnlich die Formulierungen in BGE 120 II 398 E. 4c und 88 I 14 E. 5.

³²⁷ BGE 130 III 325 E. 3.3; ähnlich die Formulierung in BGE 125 III 372 E. 4; Urteil BGer 4P.201/2004 vom 29. November 2004 E. 4.2, auszugsweise publ. in ZZZ 2005, 283.

³²⁸ So MÜLLER, Urs, Das Verwaltungsverfahren in der Invalidenversicherung, Bern 2010, Rz. 1548.

³²⁹ So SUMMERMATTER, Daniel/JACOB, Claudia, Das Beweismass beim Kausal- und Motivationszusammenhang, in: HAVE 2012, S. 136 ff., 142.

³³⁰ BGE 130 III 321, E. 3.3 und BÜHLER, Alfred, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten, in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2006, Zürich 2006, S. 37 ff., 43.

³³¹ BGE 88 I 11, E. 5a.

³³² BGE 130 III 321, E. 3.3.

³³³ BERGER-STEINER, Isabelle, Das Beweismass im Privatrecht. Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, Diss. Bern 2007, 269 und 279, sowie BÜHLER, Alfred, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten, in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2006, Zürich 2006, S. 37 ff., 43.

²³⁰ Schwierig ist die prozentuale Quantifizierung des Beweisgrads der Glaubhaftmachung. Dabei wird in der Literatur immerhin ein bestimmter Mindestgrad vorgeschlagen, bei dessen Nichterreichung ein Glaubhaftmachen keinesfalls angenommen werden kann. SUMMERMATTER/JACOBBER äussern sich dazu etwa wie folgt³³⁴:

²³¹ *Als Grenzwert, unter dem von einer sehr unwahrscheinlichen und damit unter keinen Umständen mehr als glaubhaft zu erachtenden Sachverhaltsbehauptung auszugehen ist, schlagen wir einen Schwellenwert von 25% vor. Was darüber liegt kann dem soeben Gesagten entsprechend das Beweismass der Glaubhaftmachung erfüllen, tut es aber in jedem Fall ab 51%.*

²³² Zu beachten ist, dass gegebenenfalls im Vergleich verschiedener Rechtsgebiete unterschiedliche Quantifizierungen des Beweisgrads bestehen können. SUTER hält diesbezüglich fest³³⁵:

²³³ *Genügt im Sozialversicherungsrecht ein Wahrscheinlichkeitsgrad von knapp über 50 %³³⁶, so muss der richterliche Überzeugungsgrad im Haftpflichtrecht mit 75 % oder mehr beziffert werden³³⁷. Dies kann dazu führen, dass in einem konkreten Fall das Sozialversicherungsrecht korrekterweise einen Leistungsanspruch bejaht und eine Invalidenrente spricht; es im Haftpflichtrecht aber am rechtsgenügenden Beweis einer unfallbedingten Einschränkung der Arbeitsfähigkeit fehlt³³⁸.*

2. Opferhilferechtliche Glaubhaftmachung

²³⁴ Leistungen der Opferhilfe werden nur endgültig gewährt, wenn der Täter oder eine andere verpflichtete Person oder Institution keine oder keine genügende Leistung erbringt³³⁹. Wer Kostenbeiträge für die längerfristige Hilfe Dritter, eine Entschädigung oder eine Genugtuung beansprucht, muss glaubhaft machen, dass keine oder keine genügenden Schadenausgleichsleistungen erhältlich gemacht werden können, es sei denn, es sei ihm oder ihr angesichts der besonderen Umstände nicht zumutbar, sich um Leistungen Dritter zu bemühen³⁴⁰.

²³⁵ Der Bundesrat hat in der Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG) vom 9. November 2005³⁴¹ hinsichtlich der Glaubhaftmachung folgendes festgehalten:

²³⁶ *Laut Absatz 2 muss das Vorliegen der Voraussetzungen nach Absatz 1 nicht bewiesen, sondern bloss glaubhaft gemacht werden. Je nach Umständen kann einem Opfer aber nicht zugemutet werden, sich um Leistungen Dritter zu*

³³⁴ So SUMMERMATTER, Daniel/JACOBBER, Claudia, Das Beweismass beim Kausal- und Motivationszusammenhang, in: HAVE 2012, S. 136 ff., 142.

³³⁵ So SUTER, Patrick, Die Preisgabe der Überwindbarkeitsvermutung – einige Gedanken aus haftpflichtrechtlicher Sicht, in: *ibid.* 2015, S. 447 ff., 449.

³³⁶ Vgl. Nachweise bei *ibid.*, 93. Im Zivilrecht entspricht dies gemäss Urteil des BGer 5A_113/2014 vom 8. Mai 2014 E. 3.1 dem Glaubhaftmachen.

³³⁷ HASENBÖHLER, Franz, Das Beweisrecht der ZPO. Bd. 1: Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte, Zürich/Basel/Genf 2015, 195, PASQUIER, Bruno, Die Schätzung nach gerichtlichem Ermessen – unmittelbare und sinngemässe Anwendung des Art. 42 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg i. Ü. 2014, 16 f., und SUTER, Patrick, Die Preisgabe der Überwindbarkeitsvermutung – einige Gedanken aus haftpflichtrechtlicher Sicht, in: HAVE 2015, S. 447 ff., 91 mit zahlreichen Verweisen, sowie Arrêt du 4. Novembre 2014 de la Cour d'appel civile du Tribunal Cantonal VD, 45.

³³⁸ Gleiches kann im Verhältnis Zivil-/Strafrecht geschehen. Vgl. dazu Urteil BGer 4C.327/2004 vom 22. Dezember 2004 E. 3: Kausalzusammenhang zwischen einem Unfall und einem Hirnleistungsdefizit wurde wegen der unterschiedlichen Beweisintensität im Strafrecht verneint und im Zivilrecht bejaht.

³³⁹ Vgl. Art. 4 Abs. 1 OHG.

³⁴⁰ Vgl. Art. 4 Abs. 2 OHG.

³⁴¹ BBl 2005, 7165 ff.

kümmern (so z.B. wenn das Opfer wegen Verletzungen handlungsunfähig ist oder bei Straftaten innerhalb der Familie). In diesem Fall sind das Opfer oder seine Angehörigen von der Glaubhaftmachung entbunden. Die Bestimmung entspricht der Regel von Artikel 1 OHV, welche auf Gesetzesstufe gehoben wurde. Auch wenn die zuständige Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (vgl. Art. 29 Abs. 2, der gleich lautet wie Art. 16 Abs. 2 OHG), kann das Opfer nicht vollkommen passiv bleiben, sondern ist zur Mitwirkung bei der Abklärung des Sachverhalts verpflichtet. Allerdings soll die Gewährung von Leistungen nicht davon abhängig gemacht werden, dass das Opfer Strafklage erhebt oder am Strafverfahren teilnimmt, wie dies von verschiedenen ausländischen Gesetzgebern vorgesehen wird. Wer einen Anspruch geltend macht, muss aber die Folgen eines Beweismangels auf sich nehmen, wenn er oder sie nicht glaubhaft machen kann, dass er bzw. sie von der beschuldigten Person oder von Dritten (Versicherungen, ausländischer Staat) keine oder nur ungenügende Beträge erhalten hat. Die Opferhilfestelle muss besonderen Umständen Rechnung tragen. Es ist denkbar, dass die Glaubhaftmachung dem Opfer wegen praktischer Schwierigkeiten oder anderer damit verbundener Belastungen nicht zugemutet werden kann³⁴².

Die opferhilferechtliche Glaubhaftmachung bezieht sich nur auf den Umstand «bisher noch nicht entschädigt worden zu sein und keine Schadenersatz- oder Genugtuungsleistungen in nächster Zukunft erwarten zu können»³⁴³. Die Unzumutbarkeit der Geltendmachung von Haftungsansprüchen gegenüber dem Täter wird von der Genfer Behörde bereits dann bejaht, wenn das Opfer nachweist, dass der Täter nicht über genügend finanzielle Mittel verfügt, um den Schaden decken zu können. Es genügt dabei, dass das Opfer den Täter schriftlich um Auskunft bittet und letzterer innert nützlicher Frist nicht antwortet³⁴⁴. 237

Die Praxis verlangt beim Nachweis der Opfereigenschaft ebenfalls lediglich ein Glaubhaftmachen des Vorliegens einer Straftat³⁴⁵. Die blossе Behauptung, durch die angezeigte Handlung hart betroffen oder tief verletzt worden zu sein, genügt aber für die Glaubhaftmachung der Opfereigenschaft nicht³⁴⁶. Ebenso wenig genügt ein Arztzeugnis für die Glaubhaftmachung Opfereigenschaft, wenn der Arzt darin ausschliesslich gestützt auf die Angaben der betroffenen Person ohne nähere Begründung das Vorliegen einer posttraumatischen Belastungsstörung bestätigt³⁴⁷. 238

Das Opfer muss sodann im Zusammenhang mit der Befreiung von Gerichts- und Parteikosten im strafrechtlichen Adhäsionsverfahren ebenfalls nur glaubhaft machen, dass das Risiko einer Kostenauflage ein psychologisches Hindernis für die Geltendmachung von Zivilansprüchen darstellt³⁴⁸. Ein derartiges Hindernis ist dann gegeben, wenn das Opfer vom Täter beinahe getötet bzw. schwer gesundheitlich beeinträchtigt worden ist und seither an einer depressiven Störung leidet³⁴⁹. 239

³⁴² BBl 2005, 7165 ff., 7205 f.

³⁴³ Vgl. Urteil BGer 1A.170/2001 vom 18. Februar 2002 = Pra 2002 Nr. 104 E. 4.2.

³⁴⁴ Vgl. CONVERSE, Stéphanie, Aide aux victimes d'infractions et réparation du dommage. De l'action civile jointe à l'indemnisation par l'Etat sous l'angle du nouveau droit, Zürich 2009, 172 ff., 181 f.

³⁴⁵ Vgl. z.B. BGE 131 IV 78 = Pra 2005 Nr. 109 E. 1.4.

³⁴⁶ Ibid.

³⁴⁷ Vgl. Urteil BGer 6B_600/2009 vom 1. Dezember 2009 E. 1.3.

³⁴⁸ Vgl. Urteil SozVersGer ZH OH.2012.00009 vom 26. November 2012 E. 6.1.

³⁴⁹ Ibid.

3. Sozialversicherungsrechtliche Glaubhaftmachung

- ²⁴⁰ Wie bereits erwähnt gilt dem Sozialversicherungsrecht generell der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Allerdings finden sich neben diesem Regelbeweisgrad im Sozialversicherungsrecht für Teilfragen andere Beweiserfordernisse. Teilweise liegen diese höher³⁵⁰; in anderen – in der Praxis häufigeren – Fällen ist auf einen tieferen Beweisgrad abzustellen und genügt ein blosses Glaubhaftmachen einer bestimmten Tatsache³⁵¹.
- ²⁴¹ Im Sozialversicherungsrecht hat der Beweisgrad des Glaubhaftmachens einer Tatsachenveränderung im Rahmen der Neuansmeldung bzw. der Anpassung gemäss Art. 87 Abs. 3 und 4 IVV erhebliche Bedeutung. Verlangt die versicherte Person die Anpassung einer Invalidenrente oder Hilflosenentschädigung, hat sie im entsprechenden Gesuch «glaubhaft zu machen», dass sich der anspruchsbegründende Sachverhalt erheblich geändert hat³⁵². Nach einer rechtskräftigen Verweigerung einer Invalidenrente oder Hilflosenentschädigung ist die Glaubhaftmachung einer rechtserheblichen Sachverhaltsänderung die massgebende Voraussetzung dafür, dass die Verwaltung auf eine Neuansmeldung überhaupt einzutreten hat³⁵³.
- ²⁴² BÜHLER äussert sich zum Beweismass der Glaubhaftmachung im sozialversicherungsrechtlichen Kontext³⁵⁴:

²⁴³ *Mit dieser Regelung wird – für das sozialversicherungsrechtliche Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren ganz untypisch – dem Versicherten die Beweisführungslast für die erforderliche Tatsachenänderung überbunden und der Verwaltung die aus dem Untersuchungsgrundsatz (Art. 43 ATSG) fliessende Pflicht zur amtswegigen Sachverhaltsabklärung abgenommen³⁵⁵. Das Eidgenössische Versicherungsgericht scheint in diesem Zusammenhang das Beweismass des Glaubhaftmachens anders zu verstehen als die zivilprozessuale Lehre und Rechtsprechung. Die Glaubhaftmachung einer erheblichen Tatsachenänderung soll nämlich davon abhängig sein, ob die frühere Verfügung nur kurze oder schon längere Zeit zurückliegt. Je nachdem seien an den Beweis des Glaubhaftmachens höhere oder geringere Anforderungen zu stellen³⁵⁶. Dem kann nicht beigespflichtet werden. Entscheidend ist nicht der zeitliche Abstand zwischen der Vorbeurteilung der Invalidität oder Hilflosigkeit und dem Revisionsgesuch, sondern das sachliche Kriterium, ob überhaupt eine relevante Tatsachenänderung geltend gemacht wird, und wenn ja, ob eine dem Glaubhaftmachen entsprechende Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass sie sich verwirklicht hat. Betrifft die Sachverhaltsänderung die Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit oder andere Fragen, zu denen ärztliche Stellungnahmen erforderlich sind, genügt es demgemäss nicht, dass lediglich ein neues medizinisches Gutachten oder ein neuer ärztlicher Bericht vorgelegt wird, in dem der im Wesentlichen gleich gebliebene Sachverhalt ärztlicherseits bloss anders beurteilt wird. Erforderlich ist vielmehr, dass die neuen ärztlichen Stellungnahmen neue Elemente tatsächlicher Natur beinhalten, die nach der ursprünglichen Rentenverfügung eingetreten sind und*

³⁵⁰ Vgl. etwa Art. 141 Abs. 3 AHVV.

³⁵¹ Vgl. z.B. Art. 87 Abs. 3 IVV oder in Art. 49 Abs. 2 ATSG.

³⁵² Vgl. Art. 87 Abs. 3 IVV.

³⁵³ Vgl. Art. 87 Abs. 4 IVV.

³⁵⁴ So BÜHLER, Alfred, Beweismass und Beweismässigkeit bei Gerichtsgutachten, in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2006, Zürich 2006, S. 37 ff., 65 f.

³⁵⁵ BGE 130 V 69 E. 5.2.5.

³⁵⁶ BGE 109 V 114 E. 2b sowie 264 E. 3.

zum damals gegebenen Sachverhalt hinzugekommen sind oder diesen verändert haben³⁵⁷.

Ein anderes Beispiel betrifft den Erlass einer Feststellungsverfügung. Dem Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung ist gemäss Art. 49 Abs. 2 ATSG zu entsprechen, wenn die gesuchstellende Person ein schützenswertes Interesse glaubhaft macht. Art. 49 Abs. 2 ATSG hält sich grundsätzlich an die durch Art. 25 Abs. 2 VwVG getroffene Regelung. Allerdings weicht die Bestimmung insoweit von Art. 25 Abs. 2 VwVG ab, als nicht der Nachweis eines entsprechenden Interesses vorausgesetzt wird, sondern das Glaubhaftmachen genügt.

Bei der Frage, ob das Interesse glaubhaft gemacht wurde, kann analog die im IV-Bereich entwickelte Rechtsprechung zur Eintretensprüfung bei Neu anmeldungsgesuchen herangezogen werden³⁵⁸, oder es kann auf den Grad der Wahrscheinlichkeit abgestellt werden, welcher bei Anpassungsgesuchen gilt³⁵⁹. Deshalb muss geprüft werden, ob das entsprechende Gesuch näher begründet ist; es muss dem Versicherungsträger einleuchtend erscheinen, dass eine Feststellungsverfügung erlassen werden soll, was voraussetzt, dass begreiflich ist, dass ein entsprechendes Gesuch gestellt wird. Dabei steht dem Versicherungsträger ein gewisser Beurteilungsraum zu³⁶⁰.

4. Besonderheiten beim Beweis einer negativen Tatsache

Art. 69 Abs. 2 EpG lässt bei einer bestimmten Ausgangslage die Glaubhaftmachung als genügenden Beweisgrad gelten. Der Gesuchsteller hat der entscheidenden Behörde aufzuzeigen, dass Dritte keine oder keine genügenden Leistungen erbringen. Wenn ein solcher Sachverhalt «glaubhaft» gemacht ist, kann eine Entschädigung oder eine Genugtuung beansprucht werden. Es geht mithin zentral darum aufzuzeigen, dass sich eine bestimmte Tatsache – Ausrichtung von (genügenden) Leistungen – nicht verwirklicht hat. Es handelt sich mithin im Wesentlichen um eine negative Tatsache, welche zu beweisen ist.

Bei dieser Ausgangslage fragt sich, ob der besondere Beweisgrad von Art. 69 Abs. 2 EpG mit der Besonderheit in Zusammenhang steht, dass ein Negativum zu beweisen ist. Nachfolgend ist auf die zu dieser Problematik ergangenen Urteile zu verweisen und auf die Literatur einzugehen. Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht haben im Zusammenhang mit dem Beweis einer negativen Tatsache folgende Erwägungen angestellt:

Negative Tatsachen (...) lassen sich zwar nicht direkt beweisen (vgl. Urteil des BGer 2C_440/2014 vom 10. Oktober 2014 E. 10.3; Urteil des BVGer A-8457/2010 vom 14. Juni 2011 E. 3.4.1), oft aber aus positiven Sachumständen erschliessen. Eine allgemeine Regel, wonach nur positive Tatsachen, nicht aber Negative beweisbar und zu beweisen seien («negativa non sunt probanda»), ist daher nach der Rechtsprechung abzulehnen. Der Umstand, dass negative Tatsachen bewiesen werden müssen, ändert nach dieser Judikatur grundsätzlich nichts an der Beweislast, führt jedoch zu einer Herabsetzung des Beweismasses auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit sowie dazu, dass die Gegenpartei nach Treu und Glauben verstärkt bei der Beweisführung mitwirken muss (vgl. dazu auch Art. 13 VwVG), namentlich indem sie einen Gegenbeweis erbringt oder dafür zumindest substantiiert Indizien benennt (BGE 139 II 451 E. 2.4, 137 II 313 E. 3.5.2, 133 V 205 E. 5.5; Urteil des BGer 2C_686/2012 vom 13. Juni 2013 E. 4.2.3; Urteil des BVGer D-3353/2013 vom 15. April 2014 E. 5.5.5;

³⁵⁷ In diesem Sinne auch BGE 112 V 372 E. 2b (betr. Art. 41 aIVG/seit 1. Januar 2003 Art. 17 ATSG), 110 V 293 E. 2a (prozessuale Revision) und 108 V 172 E. 1 (Revisionsgrund von Art. 137 lit. b OG).

³⁵⁸ Vgl. BGE 109 V 114.

³⁵⁹ Dazu Art. 87 Abs. 3 IVV.

³⁶⁰ Vgl. KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 49 Rz. 40.

siehe zum Ganzen Urteil des BGer 1C_59/2015 vom 17. September 2015 E. 3.2; Urteil des BVGer A-5113/2014 vom 11. Dezember 2014 E. 4.1.3)³⁶¹.

249

Ein Beweis ist erbracht, wenn die entscheidende Behörde zum Schluss gelangt, dass die Tatsache, wie behauptet oder angenommen, besteht. Absolute Gewissheit ist nicht verlangt; es genügt ein Grad an Wahrscheinlichkeit, der keine vernünftigen Zweifel am Bestehen der Tatsache zulässt (KRAUSKOPF/EMMENEGGER, in: *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 2009, N. 207 zu Art. 12 VwVG). Negative Tatsachen sind dem direkten Beweis nicht zugänglich. Indessen ist es möglich, aus positiven Sachumständen mittelbar auf jenes Negativum zu schliessen (HANS PETER WALTER, in: *Berner Kommentar, Einleitung Art. 1-9 ZGB*, 2012N. 327 und 336 zu Art. 8 ZGB). Den bei negativen Tatsachen bestehenden Beweisschwierigkeiten ist zwar nicht mit einer Umkehr der Beweislast zu begegnen, jedoch mit gewissen Beweiserleichterungen (WALTER, a.a.O., N. 342 und 349 ff. zu Art. 8 ZGB; Urteile des Bundesgerichts 4A_364/2013 vom 5. März 2014 E. 6.6.4; 2C_686/2012 vom 13. Juni 2013 E. 4.2.3)³⁶².

250 In der Literatur wird bezogen auf den Beweis von negativen Tatsachen folgendes festgehalten:

251

Die Regeln über die Beweislast bestimmen, welche Partei die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Es geht mit anderen Worten um die Frage, wer was beweisen muss. (...) In der Praxis bestehen für die beweisbelastete Partei insbesondere dann Schwierigkeiten, wenn sie den Beweis negativer oder innerer Tatsachen (z.B. Wissen und Willen einer Person) zu erbringen hat. Denn auch negative Tatsachen sind grundsätzlich zu beweisen, wenn daraus Ansprüche abgeleitet werden. Der Grundsatz ‚negativa non sunt probanda‘ gilt nicht (mehr). Die beweisführende Partei hat den Beweis des Nichtbestehens einer Tatsache zu erbringen, indem sie positive Sachumstände nachweist, von denen auf die negative Tatsache geschlossen werden kann.³⁶³

252 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nach neuem Verständnis bezogen auf den Beweis von negativen Tatsachen die Beweisschwierigkeiten nicht verkannt werden. Primär wird indessen betont, dass der Beweis (auch) mit dem Nachweis von positiven Sachumständen geleistet werden kann, aus welchen in der Folge ein Schluss auf das zu beweisende Negativum gezogen werden kann. Daneben wird eingeräumt, dass gewisse Beweiserleichterungen möglich sind.

VII. Beantwortung der Fragen

253 Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen lassen sich die Gutachterfragen wie folgt beantworten:

A. Subsidiarität

254

- Welche möglichen Entschädigungsleistungen von Sozialversicherungen (KVG, IVG) sowie weit verbreiteter Privatversicherungen werden üblicherweise bei einem Impfschaden ausgerichtet?

³⁶¹ Urteil BVGer A-6314/2015 vom 25.02.2016 E. 5.5.4.

³⁶² Urteil BGer 2C_988/2014 vom 01.09.2015 E. 3.2.

³⁶³ Dazu BERNHEIM, Marc/GEIGER, Gaudenz, Paulianische Anfechtung – Auswirkungen der Beweislastverteilung aus beratender und forensischer Sicht, in: Sprecher Thomas (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VI, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 7 ff., 9 ff.

255
Sofern die unerwünschte Impfreaktion eine gewisse Schwere überschreitet und die davon betroffene Person sich medizinischen Massnahmen unterziehen muss oder in ihrer funktionellen Leistungsfähigkeit im erwerblichen und/oder hauswirtschaftlichen Bereich beeinträchtigt wird, sind Leistungen der Krankenversicherung (Heilungskosten) und Invalidenversicherung (Eingliederung, Rente, Hilflosenentschädigung und Assistenzbeitrag) üblich. Ergänzend können Ergänzungsleistungen gefordert werden, wenn die impfgeschädigte Person entweder eine Hilflosenentschädigung oder eine Invalidenrente bezieht.

256
Denkbar, aber unüblich sind Sozialversicherungsleistungen, wenn ein Accident médical vorliegt, die unerwünschte Impfreaktion als Berufskrankheit zu qualifizieren ist oder ein (anerkanntes) Geburtsgebrechen darstellt oder die Impfung während eines Militär- oder Zivildienstes ausgeführt worden ist. In den ersten beiden Fällen kann die impfgeschädigte Person vom obligatorischen Unfallversicherer zusätzliche Leistungen (Rente bereits auf einem Invaliditätsgrad von 10 %, höhere Hilflosenentschädigung, Integritätsentschädigung beim Vorliegen einer medizinisch-theoretischen Invalidität) geltend machen.

257
Besteht eine Leistungspflicht im Rahmen der Geburtsgebrechensversicherung der Invalidenversicherung, hat diese die Kosten der medizinischen Massnahmen prioritär im Verhältnis zum Krankenversicherer zu übernehmen. Zusätzlich zur Hilflosenentschädigung erhalten impfgeschädigte Kinder, die hilflos oder pflegebedürftig sind, einen Intensivpflegezuschlag; dieser besteht aber unabhängig vom Vorliegen eines Geburtsgebrechens. Ist die Militärversicherung leistungspflichtig, erhält die impfgeschädigte Person die im Militärversicherungsgesetz erwähnten Leistungen, welche über dem Leistungsniveau der obligatorischen Unfallversicherung liegen.

- 258 • *Welche Kriterien sind für die Feststellung und Beurteilung eines «Restschadens» bzw. «verbleibenden Schaden» heranzuziehen? Wie lässt sich beurteilen, ob Leistungen Dritter ungenügend sind? Was bedeutet der Rückgriff auf den zivilrechtlichen Schadensbegriff?*

259
Mit dem epidemierechtlichen Entschädigungsanspruch wird der durch Schadenersatz-, Sozialversicherungsleistungen und allfällige private Schadenversicherungsleistungen nicht gedeckte Personenschaden, so wie er gemäss Art. 46 OR und Art. 5 Abs. 2 VG beim Vorliegen eines Haftpflichtigen entschädigt werden müsste, abgegolten.

260
Der zivilrechtliche Personenschaden umfasst dabei nicht nur den Vermögensschaden, welcher als Folge der gesundheitlichen Beeinträchtigungen eintritt (Mehrkosten, Einkommensausfall und mittelbare Vermögensschäden), sondern auch den normativen Schaden, der einerseits den Haushaltsschaden und andererseits den Betreuungs- und Pflegeschaden umfasst. Die epidemierechtliche Entschädigung unterscheidet sich insoweit von der opferhilferechtlichen Entschädigungspflicht, als dort lediglich der Vermögensschaden, nicht aber der normative Schaden ersatzfähig ist.

- 261 • *Wie lässt sich das Verfahren zur Ausrichtung einer Entschädigung (und Genugtuung) in Bezug auf die Prüfung der Subsidiarität standardisieren und vereinfachen?*

262
Eine Standardisierung und Vereinfachung des Verfahrens lässt sich dadurch realisieren, dass potenziell impfgeschädigten Personen ein Anmeldeformular zur Verfügung gestellt wird, in welchem die gesuchstellende Person sachdienliche Angaben zur Impfung (Impfstoff und Impfstelle), der unerwünschten Impfreaktion um zu den Auswirkungen derselben macht.

263
Die gesuchstellende Person ist ferner anzuhalten, den Nachweis der erfolgten Anmeldung zum Leistungsbezug in Bezug auf die vorerwähnten üblicherweise leistungspflichtigen Sozialversicherungsträger (Krankenversicherer, IV-Stelle und gegebenenfalls Ergänzungsleistungsbehörde) zu erbringen und den durch diese ungedeckten Vermögens- und normativen Schaden rudimentär zu beziffern.

- ²⁶⁴ Nach Eingang des Anmeldeformulars ist behördlicherseits zu klären, ob aufgrund der verfügbaren Unterlagen die gesuchstellende Person anzuhalten ist, weitere sachdienliche Angaben und Unterlagen einzureichen und gegebenenfalls allfällige Haftungsansprüche gegenüber der Impfstelle anzumelden, soweit dies nicht bereits erfolgt ist. Eine Anmeldung von Haftungsansprüchen macht lediglich dann Sinn, wenn nicht das Gemeinwesen (Bund oder Kanton), sondern eine Privatperson als potentiell Haftpflichtiger infrage kommt.
- ²⁶⁵ Ferner ist zu klären, ob eine Sistierung des epidemierechtlichen Entschädigungsverfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss allfälliger Versicherungsverfahren und Haftpflichtprozesse vorzunehmen ist. Obwohl im Gesetz nicht vorgesehen ist einzelfallweise zu überlegen, ob der gesuchstellenden Person angemessene Vorschussleistungen auszurichten sind. Nach der Meinung der Gutachter wäre es legitim, die Leistung von allfälligen Vorschüssen davon abhängig zu machen, dass die gesuchstellende Person allfällige Versicherungs- und Haftungsansprüche sicherheitshalber abtritt.
- ²⁶⁶ Nach dem rechtskräftigen Abschluss der zumutbaren Versicherungs- und Haftungsverfahren ist der gesuchstellenden Person Gelegenheit zu geben, den durch Versicherungs- und Haftungsansprüche noch nicht gedeckten Personenschaden zu beziffern und nachzuweisen. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob in analoger Anwendung von Art. 69 Abs. 2 EpG der gesuchstellenden Person Beweiserleichterungen im Zusammenhang mit dem Nachweis der gesundheitlichen Beeinträchtigungen, des ersatzfähigen Schadens und der Kausalität zwischen der vorgenommenen Impfung und den vorerwähnten Folgen zu gewähren sind, die weiter reichen als die den geschädigten Personen ohnehin gewährten Beweiserleichterungen.

B. Genugtuung

- ²⁶⁷ • *Ab wann kann von einer schweren Beeinträchtigung i.S. von Artikel 65 EpG gesprochen werden?*
- ²⁶⁸ Im Hinblick auf die Anwendbarkeit des zivilrechtlichen Schadensbegriffes ist die «Eintrittsschwelle» in Analogie zur haftpflichtrechtlichen Genugtuungspraxis zu bestimmen. Die Zufügung des Impfstoffes stellt an sich keine immaterielle Unbill dar; der Kontakt mit einem Erreger wird praxisgemäss erst dann als genugtuungsbegründend qualifiziert, wenn eine schwere Erkrankung droht oder nachhaltig in das Erbgut eingegriffen wird. Geringfügige bzw. vorübergehende gesundheitliche Beeinträchtigungen werden erst beim Vorliegen erschwerende Umstände als an sich geeignet betrachtet, eine immaterielle Unbill herbeizuführen.
- ²⁶⁹ • *Wie ist das Verhältnis zu den im Privatrecht gewährten Beiträge? Wie könnte eine degressive Skala – unter Berücksichtigung des Höchstbetrags nach EpG und unter Bezugnahme auf das Haftpflichtrecht – im Bereich der Impfschäden ausgestaltet werden?*
- ²⁷⁰ Die haftpflichtrechtliche Genugtuungspraxis unterscheidet in methodologischer Hinsicht die Präjudizienmethode und die Zweiphasenmethode. Die opferhilferechtliche Genugtuungspraxis orientiert sich am immateriellen Schadenbegriff des Haftpflichtrechts, gewährt aber – wie im EpG auch vorgesehenen – nur einen Höchstbetrag von 70 000 Franken und – wegen der degressiven Ausgestaltung – Genugtuungssummen, welche 25 bis 30 % der haftpflichtrechtlichen Genugtuung ausmachen. Entsprechend kann die opferhilferechtliche Genugtuungspraxis – im Rahmen der Präjudizienmethode – oder eine den epidemierechtlichen Vorgaben entsprechende Zweiphasenmethode angewendet werden.
- ²⁷¹ Die epidemierechtliche Zweiphasenmethode wäre in Anlehnung an die haftpflichtrechtliche Methode auszugestalten. In einem ersten Schritt ist eine egalitäre Basisgenugtuung je nach Schwere der gesundheitlichen Beeinträchtigung zu bestimmen, wobei für die degressive Abstufung die in

der obligatorischen Unfallversicherung zur Anwendung gelangende «Gliederskala» herangezogen werden kann. Anschliessend ist je nach Ausprägung der persönlichen, sozialen und beruflichen Unbill ein Zuschlag zur Basisgenugtuung zu gewähren.

Modellhaft für diese Methode steht die nachfolgende Tabelle:

272

<i>Epidemierechtliche Genugtuung</i>	
Basisgenugtuung	maximal CHF 50 000
• medizinisch-theoretische Invalidität bis 5 %	kein Anspruch
• medizinisch-theoretische Invalidität ab 5 % (Abstufung gemäss Gliederskala in der obligatorischen Unfallversicherung, d.h. pro 5 % medizinisch-theoretische Invalidität CHF 2 500.–)	5 % = CHF 2 500.– 100 % = CHF 50 000.–
Individuelle Zuschläge	maximal CHF 20 000.–
– persönliche Unbill	maximal CHF 10 000.–
– soziale Unbill	maximal CHF 5 000.–
– berufliche Unbill	maximal CHF 5 000.–

C. Beweiserleichterung

- Was ist unter den Begriffen «zumutbare Bemühungen» sowie «glaubhaft machen» zu verstehen? Welche Parallelen gibt es zu anderen Rechtsgebieten? 273

Nach dem Willen des Gesetzgebers sind der epidemierechtliche Entschädigungs- und Genugtuungsanspruch absolut subsidiär. Im Unterschied zu den Sozialversicherungs- und Schadenversicherungsleistungen statuiert das EpG kein Regressrecht, weshalb die impfgeschädigte Person als Folge der absoluten Subsidiarität grundsätzlich verpflichtet ist (wäre), nicht nur allfällige Haftungsansprüche, sondern auch sämtliche Sozialversicherungs- und Schadenversicherungsleistungen geltend zu machen, bevor der durch diese Ersatzleistungen nicht gedeckten Personenschaden als Impfgeschaden geltend gemacht werden könnte. 274

Diese Pflicht zur Geltendmachung von Haftungs-, Sozialversicherungs- und Schadenversicherungsleistungen wird durch Art. 64 Abs. 2 und Art. 69 Abs. 2 EpG insoweit relativiert, als die impfgeschädigte Person nur verpflichtet ist, zumutbare Bemühungen zu unternehmen, und es in beweismässiger Hinsicht genügt, dass die impfgeschädigte Person glaubhaft macht, keine oder ungenügend hohe Schadenersatz-, Sozialversicherungs- und Schadenversicherungsleistungen erhältlich machen zu können. Beim Zumutbarkeitsvorbehalt und beim Privileg der Glaubhaftmachung handelt es sich um eigentliche Wertungsbegriffe, welche im Rahmen der Rechtsanwendung durch die entscheidende Behörde bzw. das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen ausulegen sind. 275

Das Erfordernis des blossen Glaubhaftmachens ist keine singuläre Besonderheit des Epidemiengesetzes, sondern überall dort im Schadenausgleichsrecht statuiert, wo der geschädigten Person der Zugang zu staatlichen Schadenausgleichsleistungen erleichtert werden soll. Das Opfer einer Straftat, das eine staatliche Entschädigung bzw. Genugtuung geltend macht, oder die sozialversicherte Person, welche ein Revisionsgesuch einreichen möchte, werden in gleicher Weise privilegiert behandelt. Insbesondere das Opfer einer Straftat ist nicht verpflichtet, sämtliche denkbaren Schadenausgleichsleistungen prozessual einzufordern, bevor die opferhilferechtlichen Schadenausgleichsansprüche geltend gemacht werden können. 276

- 277 • Welche Beweiserleichterungen sind damit verbunden? Wie gestaltet sich das Zusammenspiel der beiden Elemente?
- 278 Das Privileg der Glaubhaftmachung beinhaltet ferner eine Beweiserleichterung, als die gesuchstellende Person die Unzumutbarkeit der Schadenersatzverfolgung bzw. das Ungenügen der mit zumutbarem Aufwand eintreibbaren Haftungs-, Sozialversicherungs- und Schadenversicherungsleistungen nicht mit dem ordentlichen Beweismass der an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit, sondern lediglich mit dem reduzierten Beweismass der Glaubhaftmachung nachzuweisen hat. Glaubhaftmachung erfordert einen Plausibilisierungsgrad, der über der blossen «Möglichkeit», aber unterhalb der «überwiegenden Wahrscheinlichkeit» liegt.
- 279 Die gesuchstellende Person ist folglich verpflichtet, hinreichende Indizien darzulegen, welche es der rechtsanwendenden Behörde erlauben, mit der Überzeugungskraft der blossen Wahrscheinlichkeit festzustellen, dass die Geltendmachung der theoretisch einforderbaren Haftungs-, Sozialversicherungs- und Schadenversicherungsleistungen nicht gerechtfertigt ist bzw. ein überwiegendes Interesse daran besteht, der impfgeschädigten Person eine Entschädigung bzw. abgestufte Genugtuung zu gewähren.
- 280 Nach der Auffassung der Gutachter ist die Geltendmachung der allgemeinen sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche und einzelfallweise – je nach den finanziellen Verhältnissen der impfgeschädigten Person und des potentiell Haftpflichtigen, den mutmasslichen Verfahrenskosten und dem Prozessrisiko – von privatrechtlichen Haftungsansprüchen zumutbar. Unzumutbar bzw. sachlich nicht gerechtfertigt ist die Geltendmachung von Staatshaftungsansprüchen, da die epidemierechtliche Entschädigung bzw. Genugtuung von Bund und Kantonen wie allfällige Staatshaftungsansprüche finanziert werden.

* * *

Glarus/Zürich, 13. Juli 2016

Prof. Dr. Hardy Landolt LL.M.



Prof. Dr. iur. Ueli Kieser



Literaturverzeichnis

- BAUMANN, Meret/ANABITARTE, Blanca, et al., Genugtuungspraxis Opferhilfe. Die Höhe der Genugtuung nach dem revidierten OHG, in: Jusletter 1. Juni 2015
- BERGER-STEINER, Isabelle, Das Beweismass im Privatrecht. Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, Diss. Bern 2007
- BERNHEIM, Marc/GEIGER, Gaudenz, Paulianische Anfechtung – Auswirkungen der Beweislast-verteilung aus beratender und forensischer Sicht, in: Sprecher Thomas (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VI, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 7 ff.
- BÜHLER, Alfred, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten, in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2006, Zürich 2006, S. 37 ff.
- CARTIER, Beat/ JOST, Marcel, et al., Impfungen des Personals im Gesundheitswesen. 2. A., Luzern 2002
- CONVERSE, Stéphanie, Aide aux victimes d'infractions et réparation du dommage. De l'action civile jointe à l'indemnisation par l'Etat sous l'angle du nouveau droit, Zürich 2009
- DEUTSCH, Erwin, Aufklärung und Einwilligung vor Impfungen, in: VersR 1998, S. 1053 ff.
- GÄCHTER, Thomas/KAUFMANN, Marianne, Impfpflicht für Gesundheitspersonal, in: Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2013, S. 213 ff.
- GROSS, Jost, Staats- und Beamtenhaftung, in: Schaden, Haftung, Versicherung, Basel 1999, S. 95 ff.
- GROSS, Jost/PRIBNOW, Volker, Schweizerisches Staatshaftungsrecht. Ergänzungsband zur 2. Auflage, Bern 2013
- GYGI, Fritz, Die Widerrechtlichkeit in der Staatshaftung, in: Mélanges André Grisel, Neuchâtel 1983, S. 417 ff.
- HALLER, Walter, Grundrechte und Epidemiegesetz, in: Roos Beat/Koller Heinrich (Hrsg.), Recht & Aids, Bern 1997, S. 57 ff.
- HASENBÖHLER, Franz, Das Beweisrecht der ZPO. Bd. 1: Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte, Zürich/Basel/Genf 2015
- HUG, Lisa, Einwilligung in die Impfung – wenn sich Eltern und Kind nicht einig sind, Zürich 2015
- HÜTTE, Klaus/LANDOLT, Hardy, Genugtuungsrecht. Grundlagen zur Bestimmung der Genugtuung. Bd. 2: Genugtuung bei Körperverletzung, Zürich 2013
- JÄGER, Peter/SCHWEITER, Angela, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Arzthaftpflicht- und Arztstrafrecht. Mit einem Anhang unveröffentlichter Urteile. 3. A., Zürich 2012
- KAMPS, Hans, Der Umfang der Aufklärungspflicht und Haftung des staatlich angestellten Impfarztes und des niedergelassenen Arztes bei der Polio-Schutzimpfung, in: MedR 1995, S. 268 ff.
- KIESER, Ueli, ATSG-Kommentar. 3. A., Zürich/Basel/Genf 2015
- KIESER, Ueli/LANDOLT, Hardy, Unfall – Haftung – Versicherung, Zürich/St. Gallen 2012
- LANDOLT, Hardy, Das Zumutbarkeitsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Diss. Zürich 1995
- LANDOLT, Hardy, Haftung für Impfschäden. Anmerkungen zu BGE 129 II 353 ff., in: HILL 2003, S. Fachartikel 10
- LANDOLT, Hardy, Grundlagen des Impfrechts unter besonderer Berücksichtigung der Haftung für Infektionsschäden, in: AJP 2004, S. 280 ff.
- LANDOLT, Hardy, Haftung für rechtmässige Schadenverursachung, in: HAVE 2014, S. 3 ff.
- MAURER, Alfred, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Bern 1985
- MÜLLER, Markus, Zwangsmassnahmen als Instrument der Krankheitsbekämpfung. Das Epidemiegesetz und die Persönliche Freiheit, Basel 1992
- MÜLLER, Markus, Staatshaftungsverfahren und Grundrechtsschutz, in: recht 1996, S. 259 ff.
- MÜLLER, Urs, Das Verwaltungsverfahren in der Invalidenversicherung, Bern 2010

- PASQUIER, Bruno, Die Schätzung nach gerichtlichem Ermessen – unmittelbare und sinngemässe Anwendung des Art. 42 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg i. Ü. 2014
- PRIBNOW, Volker, Die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege im Haftpflichtprozess, in: AJP 1997, S. 1205 ff.
- SCHAETTI, Robert C., Die Berufskrankheiten in der schweizerischen obligatorischen Unfallversicherung, in: SZS 1957, S. 28 ff.
- SCHAETTI, Robert C., Die Verhütung von Berufskrankheiten nach neuem Recht, in: SZS 1961, S. 89 ff.
- SCHWARZENBACH, Hans Rudolf, Die vermögensrechtliche Haftung des Gemeinwesens und der Beamten in der Schweiz, in: ZBl 1979, S. 503 ff.
- SCHWARZENBACH, Hans Rudolf, Die Staats- und Beamtenhaftung in der Schweiz mit Kommentar zum zürcherischen Haftungsgesetz. 2. A., Zürich 1985
- STEGE, Christof, Die Haftungsgrundsätze der Militärversicherung, in: SZS 2001, S. 246 ff.
- SUMMERMATTER, Daniel/JACOB, Claudia, Das Beweismass beim Kausal- und Motivationszusammenhang, in: HAVE 2012, S. 136 ff.
- SUTER, Patrick, Die Preisgabe der Überwindbarkeitsvermutung – einige Gedanken aus haftpflichtrechtlicher Sicht, in: HAVE 2015, S. 447 ff.
- WEBER-DÜRLER, Beatrice, Falsche Auskünfte von Behörden, in: ZBl 1991, S. 1 ff.
- WEBER-DÜRLER, Béatrice, Zur Entschädigungspflicht des Staates für rechtmässige Akte, in: FS Otto Kaufmann, Bern/Stuttgart 1989, S. 339 ff.