

ANNEX 1

Hinweis auf BGE 122 III 101-105

Gleich nach Erscheinen macht mich ein Kollege darauf aufmerksam, dass im Zusammenhang der Frage: Privatrecht oder öffentliches Recht? der obgenannte BGE Erwähnung verdient hätte, was zutrifft und hier nachgeholt sei: In BGE 122 III 101 wird in der Tat die ärztliche Behandlung in öffentlichen Kliniken in den Bereich des öffentlichen Rechts gerückt, was meine Annahme, es würde zwischen den Zivilabteilungen und der I. öffentlichrechtlichen Abteilung ein positiver Kompetenzkonflikt bestehen, in Frage stellt. Ausgangspunkt des Judikats war die auch von mir signalisierte Abgrenzungsproblematik bei privatärztlicher Behandlung in öffentlichen Spitälern. Dass eine gegenüber der sonstigen Therapie abweichende haftungsrechtliche Normierung von Privatbehandlung nicht möglich ist und für beide die selben Haftungsregeln gelten müssen, ist offenkundig. Vor die Wahl zwischen Privatrecht und öffentliches Recht gestellt entscheidet sich die I. Zivilabteilung für letzteres und nimmt (in Übereinstimmung mit dem II. Zivilabteilung im "Herzprozess", vgl. meine Fn.12) eine Möglichkeit der Kantone an, autonomes kantonales öffentliches Recht zu statuieren (womit die im Kanton Genf anno 1900 statuierte Verjährungsregel, die kürzer ist als jene nach OR Art. 127, anwendbar wird). Damit hat es mit der Bedeutung des Entscheids für uns sein Bewenden: Betroffen ist dort die Normierung von Schadenersatzansprüchen, während unsere Frage der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Behandlung nicht zur Debatte steht.

Die Regel, dass der Staat, wenn er wie Private *iure gestionis* ein Unternehmen betreibt und nicht wie sonst hoheitlich (*iure imperii*) auftritt, keine andere Rechtsstellung als Private beanspruchen soll, ist eine dem Verfassungsrecht übergeordnete Regel des *ius gentium*, d.h. die Forderung nach willkürfreier Rechtsstaatlichkeit, die im Völkerrecht anerkannt ist, aber landesintern nicht weniger Berechtigung hat. Damit wird gewiss nicht ausgeschlossen, dass öffentliche Krankenhäuser nach öffentlichrechtlichen Grundsätzen organisiert werden, dies nicht nur im Hinblick auf die innere Ordnung, sondern auch gegenüber den Patienten, denen wohl ein Anspruch auf Aufnahme zuerkannt wird und die sich der Anstaltsordnung zu konformieren haben. Nach OR Art. 61 Abs. 2 müssen allerdings Haftpflichtansprüche der Patienten im Umfang des Obligationenrechts gewährleistet bleiben. Darüber setzt sich BGE 122 II 101 hinweg, indem er eine gegenüber dem OR kürzere kantonrechtliche Verjährung als zulässig erklärt. Das Ergebnis steht nicht zur Diskussion, aber der Schreibende kann hier in Einschränkung seiner Äusserung in Fn.18 ohne weiteres einräumen, dass in der Schadenersatzfrage für die Abschwächung des Grundsatzes ausschliesslicher Anwendbarkeit des OR achtbare Gründe angeführt werden können: Sind in der Schweiz öffentliche Krankenhäuser in alter Tradition Defizitbetriebe, die unter diesem Aspekt ausserhalb der Gewerblichkeit liegen, mag dem die Kosten tragenden Kanton zugestanden werden, bei der Haftpflicht limitierend einzugreifen (was nach dem hier massgeblichen Genfer Gesetz nur gerade hinsichtlich der Verjährung geschieht, während die Haftpflichtnormen jene des gemeinen Rechts bleiben). Wer sich seinen Aufenthalt im Kantonsspital von öffentlicher Hand finanzieren lässt, mag in Kauf nehmen (und beim Eintritt in Rechnung stellen), dass für allfälligen Schadenersatz etwas modifizierte Regeln gelten.

All dies ist hier ohne Bedeutung: Es interessiert allein die Arzt-Patienten-Beziehung im Grundsätzlichen und hinsichtlich der Voraussetzungen der Behandlung: Die Frage, ob der Arzt seinem Patienten tatsächlich *iure imperii*, d.h. hoheitlich gegenübertritt, ob er für seine

Behandlung einen privatrechtlichen Rechtsfertigungsgrund, insbesondere die Einwilligung des Patienten braucht oder nicht. In der Rechtsprechung der Zivilabteilungen deutet nichts auf einen Abbau der Selbstverantwortlichkeit des Patienten hin, und keine Unterstützung kann dort für die von der Öffentlichrechtlichen Abteilung stillschweigend zugrunde gelegte Konzeption gefunden werden, dass das Selbstbestimmungsrechts des Patienten nur im Rahmen der Verfassung (d.h. deren Auslegung durch die Verfassungsrechtler) gewährleistet sein, darüber hinaus aber nicht bestehen soll.

EB 8.11.2001