

## **RECHTSGUTACHTEN**

**BETREFFEND DAS RISIKO VON  
ENTSCHÄDIGUNGSFORDERUNGEN GEGENÜBER DEM BUND  
IM ZUSAMMENHANG MIT DER NEUREGELUNG DES  
ELEKTRONISCHEN PATIENTENDOSSIER**

**ERSTATTET DEM BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT BAG**

**BEAT STALDER  
PROF. DR. IUR, RECHTSANWALT**

**UNTER MITWIRKUNG VON MLAW CÉLINE ALTHAUS**

**BERN, DEN 26. FEBRUAR 2024**

## Inhaltsverzeichnis

|             |  |           |
|-------------|--|-----------|
| <b>I.</b>   | <b>AUSGANGSLAGE UND AUFTRAG .....</b>  | <b>3</b>  |
| 1.          | Ausgangslage .....   | 3         |
| 2.          | Auftrag .....  | 5         |
| <b>II.</b>  | <b>BEURTEILUNG .....</b>   | <b>5</b>  |
| A)          | Vorbemerkung .....   | 5         |
| B)          | Beurteilung allfälliger Entschädigungsansprüche unter<br>dem Aspekt der materiellen Enteignung ..... | 7         |
| 1.          | Der Tatbestand der materiellen Enteignung .....  | 7         |
| 2.          | Beurteilung .....  | 11        |
| 3.          | Fazit.....   | 12        |
| C)          | Beurteilung allfälliger Entschädigungsansprüche aus<br>Vertrauensschutz.....                         | 13        |
| 1.          | Grundlagen und verfahrensrechtliche Geltendmachung .....   | 13        |
| 2.          | Zur Vertrauensgrundlage hinsichtlich Gesetzesänderungen  | 13        |
| 3.          | Beurteilung .....  | 15        |
| 4.          | Fazit.....   | 20        |
| D)          | Beurteilung allfälliger Entschädigungsansprüche<br>aus Staatshaftung.....                            | 21        |
| 1.          | Die Haftungsvoraussetzungen .....  | 21        |
| 2.          | Beurteilung .....  | 23        |
| <b>III.</b> | <b>BEANTWORTUNG DER FRAGEN .....</b>   | <b>23</b> |

## I. AUSGANGSLAGE UND AUFTRAG

### 1. Ausgangslage

- 1 Am 15. April 2017 ist das Bundesgesetz vom 19. Juni 2015 über das elektronische Patientendossier (EPDG; SR 816.1) mitsamt der Verordnung vom 22. März 2017 über das elektronische Patientendossier (EPDV; SR 816.11) in Kraft getreten. Das elektronische Patientendossier (EPD) ist eine Sammlung persönlicher Dokumente mit Informationen rund um die Gesundheit der Bürgerinnen und Bürger. Dazu gehören z.B. der Austrittsbericht eines Spitals, der Pflegebericht der Spitex, die Medikationsliste, Röntgenbefunde oder der Impfausweis.<sup>1</sup>
- 2 Die Umsetzung des elektronischen Patientendossiers (EPD) erfolgt derzeit dezentral durch *Gemeinschaften* (Art. 2 Bst. d sowie Art. 10 Abs. 1 EPDG) und durch *Stammgemeinschaften* (Art. 2 Bst. e sowie Art. 10 Abs. 2 EPDG). Gemeinschaften wie auch Stammgemeinschaften machen die Daten für Patientinnen und Patienten sowie für Gesundheitsfachpersonen zugänglich; Stammgemeinschaften sorgen überdies dafür, dass die Patientinnen und Patienten EPD eröffnen, Zugriffsrechte verwalten und eigene Daten im EPD erfassen (Art. 10 Abs. 1 und 2 EPDG) können. Zur Aufgabenerfüllung muss der Datenaustausch innerhalb von Gemeinschaften, innerhalb von Stammgemeinschaften und zwischen Gemeinschaften und Stammgemeinschaften funktionieren, d.h. die jeweiligen IT-Systeme müssen interoperabel sein. Die Interoperabilität wird durch die Vorgaben der Verordnung des EDI vom 22. März 2017 über das elektronische Patientendossier (EPDV-EDI; SR 816.111), insbes. deren Anhang 5, sichergestellt.
- 3 Das EPDG gibt die Rechtsform für Gemeinschaften und Stammgemeinschaften nicht vor. Derzeit bestehen schweizweit eine Gemeinschaft und sieben Stammgemeinschaften, die nach Massgabe von Art. 11 ff. EPDG zertifiziert sind. Der Bund ist weder an der Gemeinschaft noch an einer Stammgemeinschaft beteiligt. Hingegen stellen einzelne Kantone den Betrieb einer Stammgemeinschaft auf ihrem Gebiet sicher, z.B. mittels einer Beteiligung an einer Trägergesellschaft.

---

<sup>1</sup> [Das EPD kurz erklärt \(patientendossier.ch\)](http://patientendossier.ch)

- 4 Die Gemeinschaften und Stammgemeinschaften haben im Hinblick auf die Zertifizierung und den operativen Betrieb technische Infrastrukturen aufgebaut. Die Kosten dieser Infrastrukturen wurden von den Gemeinschaften und Stammgemeinschaften getragen; der Bund richtete gestützt auf die bis 13. April 2020 befristete Verordnung vom 22. März 2017 über die Finanzhilfen für das elektronische Patientendossier (EPDFV; AS 2917 2239) Finanzhilfen aus. Die Infrastrukturen wurden und werden seitens der Gemeinschaften und Stammgemeinschaften bei Plattformanbietern eingekauft. Derzeit gibt es drei Plattformanbieter (Post, BINT, AD Swiss) welche diese Dienstleistungen erbringen. Die Plattformanbieter werden durch die Gemeinschaften und Stammgemeinschaften vertraglich verpflichtet, die gesetzlichen Vorgaben im Bereich der EPD-Infrastruktur umzusetzen. Sie stehen in keinem direkten Rechtsverhältnis mit dem Bund und sind durch das EPDG und das Ausführungsrecht nicht direkt verpflichtet. Sie stellen somit keine Adressaten im Sinne des EPDG dar.
- 5 Der Bundesrat hat am 27. April 2022 eine umfassende Revision des EPDG in Auftrag gegeben.<sup>2</sup> Im Rahmen dieser Revision sollen die Rollen zwischen Bund und Kantonen klar geregelt und eine nachhaltige Finanzierung sichergestellt werden. Gleichzeitig sollen diverse Massnahmen zur Weiterentwicklung des EPD getroffen und damit der Nutzen für alle Beteiligten erhöht werden. Eine entsprechende Vorlage der umfassenden Revision des EPDG wurde vom 28. Juni bis am 19. Oktober 2023 in die Vernehmlassung gegeben. In einigen Rückmeldungen aus dieser Vernehmlassung wurde auch die Möglichkeit einer Zentralisierung aufgeworfen, die darauf abzielt, die Gemeinschaften und Stammgemeinschaften auf eine einzige Betreibergesellschaft zu reduzieren, sei dies, dass der Bund eine solche direkt betreibt oder sei es, dass er einen einzigen Privaten damit betraut. Durch eine solche Zentralisierung wären die bestehenden Gemeinschaften und Stammgemeinschaften (soweit sie keinen Auftrag vom Bund erhalten) zur Geschäftsaufgabe gezwungen, was namentlich zur Folge hätte, dass die Investitionen, soweit noch nicht amortisiert, nutzlos würden und abgeschrieben werden müssten.

---

<sup>2</sup> Separat und vorgängig zu dieser umfassenden Revision sind derzeit Revisionsbestrebungen in Gang, welche den Teilaspekt der Einwilligung sowie eine Übergangsfinanzierung für die Stammgemeinschaften zum Gegenstand haben. Die Botschaft wurde am 6. September 2023 an das Parlament überwiesen. Die hier zu beurteilende Fragestellung bezieht sich ausschliesslich auf den Auftrag des Bundesrates zu einer umfassenden Revision des EPDG; auf die vorgezogene Teilrevision wird im Folgenden nicht näher eingegangen.

## 2. Auftrag

6 Das BAG hat mich beauftragt, im Rahmen eines Rechtsgutachtens die folgenden Fragen zu beurteilen und zu beantworten:

1. Würde eine Regelung im EPDG, wonach einzig der Bund selbst oder ein von ihm beauftragter Privater das EPD betreiben darf, eine Rechtsfolge nach dem Verantwortlichkeitsgesetz (SR 170.32) auslösen?
2. Würde der Erlass einer Regelung, wonach einzig der Bund selbst oder ein von ihm beauftragter Privater das EPD betreiben darf, für einzelne Berechtigte – insbesondere Gemeinschaften und Stammgemeinschaften sowie Plattformanbieter– eine materielle Enteignung darstellen bzw. sie in der bestehenden Eigentumsordnung enteignungsähnlich treffen, auch unter dem Aspekt des «Sonderopfers»?
3. Gibt es anderweitige Entschädigungsansprüche gegenüber dem Bund, die Gemeinschaften, Stammgemeinschaften oder Plattformanbieter geltend machen könnten?
4. Falls ein Entschädigungsanspruch besteht, wie könnte der Anspruch auf Entschädigung durch den Bund ausgeschlossen werden?

## II. BEURTEILUNG

### A) Vorbemerkung

- 7 Mit der Option einer Zentralisierung würde angestrebt, dass zukünftig *der Bund oder ein von ihm beauftragter Privater* das EPD betreibt. Beim Betrieb des EPD durch den Bund wie auch bei der Auslagerung an einen Privaten würde ein staatliches Monopol geschaffen, das als Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV<sup>3</sup>) den Voraussetzungen von Art. 94 Abs. 1 BV und Art. 36 BV zu genügen hat. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, bildet nicht Gegenstand der Fragestellung und damit der vorliegenden Beurteilung.

---

<sup>3</sup> Bundesverfassung vom 18. April 1999; SR 101.

- 8 Im Hinblick auf die Beurteilung von Entschädigungsansprüchen unbeachtlich ist der Umstand, dass sich das EPDG gemäss der Teilrevision zur Übergangsfinanzierung<sup>4</sup> nicht mehr nur wie bisher auf die bundesrechtliche Zivilrechtskompetenz von Art. 122 BV abstützen soll, sondern überdies auf Art. 117 BV, welcher dem Bund die Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet der Kranken- und Unfallversicherung einräumt. Das EPD wird dadurch (nun auch verfassungsrechtlich) zu einem Instrument der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP). Diese Frage beschlägt die verfassungsrechtliche Abstützung der *neuen* Regelung (vgl. hinten Rz. 13). Die Frage allfälliger Entschädigungsansprüche knüpft demgegenüber an der bisherigen Regelung bzw. am Vertrauen in deren Weiterbestand an. Die zusätzliche Verfassungsgrundlage steht mit dieser Fragestellung in keinem Zusammenhang.
- 9 Gegenstand der Beurteilung bildet hingegen die zur Monopolschaffung gewissermassen komplementäre Frage, ob eine zwangsweise Verdrängung der bisherigen Stammgemeinschaften, Gemeinschaften und Plattformanbieter aus dem EPD-Markt und die dadurch verursachten vorzeitigen Abschreibungen auf den getätigten Investitionen zur Entschädigungspflicht des Bundes führen oder führen könnten. In Betracht fallen namentlich Ansprüche zufolge materieller Enteignung (Art. 26 Abs. 2 BV), Ansprüche aus Staatshaftung (Art. 146 BV i.V.m. Art. 1 ff. VG<sup>5</sup>) sowie Ansprüche aus enttäuschem Vertrauen in den Weiterbestand der gesetzlichen Regelung (Art. 9 BV).
- 10 Von vornherein nicht in Betracht fallen zivilrechtliche Haftungsgrundlagen – insbesondere gestützt auf Art. 41 ff. OR<sup>6</sup> –, da der Bund im Zusammenhang mit der Regelung des EPD nicht gewerblich, sondern amtlich tätig wird (Art. 61 Abs. 1 OR). Ebenfalls liegt kein spezialgesetzlicher zivilrechtlicher Kausalhaftungstatbestand vor (z.B. Art. 58 OR), welchem der Bund auch bei Ausübung einer öffentlich-rechtlichen Tätigkeit ausnahmsweise unterstehen würde (vgl. Art. 3 Abs. 2 VG).<sup>7</sup>

---

4 Vgl. Fn. 2.

5 Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten; SR 170.32.

6 Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht); SR 220.

7 Zur Abgrenzung vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 2020, Rz. 2140 ff.; HaftpflichtKomm-BERGER, Art. 11 VG N; BGE 111 II 149 E. 3a, 108 II 334 E. 3, 101 II 177 E. 2b.

## B) Beurteilung allfälliger Entschädigungsansprüche unter dem Aspekt der materiellen Enteignung

### 1. Der Tatbestand der materiellen Enteignung

#### a) *Definition*

11 Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt eine materielle Enteignung vor, wenn staatliche – in aller Regel raumplanungsrechtlich begründete – Massnahmen zur Folge haben, dass einem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch einer Sache untersagt oder in einer Weise eingeschränkt wird, die besonders schwer wiegt, weil der betroffenen Person eine wesentliche aus dem Eigentum fliessende Befugnis entzogen wird. Geht der Eingriff weniger weit, so wird gleichwohl eine materielle Enteignung angenommen, falls einzelne Personen so betroffen werden, dass ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erscheint und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde (Sonderopfer).<sup>8</sup>

#### b) *Rechtssystematische Einordnung*

12 Gemäss Art. 26 Abs. 1 BV ist das Eigentum gewährleistet. Die Eigentumsgarantie umfasst nach Lehre und Rechtsprechung drei Teilgehalte:<sup>9</sup>

- a. Die Eigentumsgarantie als *Institutsgarantie*: Diese umfasst den Schutz des Privateigentums als tragendes Institut der Schweizerischen Rechtsordnung. Sie richtet sich in erster Linie an den Gesetzgeber mit dem Auftrag, dieses Institut zu anerkennen und zu erhalten.
- b. Die Eigentumsgarantie als *Bestandesgarantie*: Diese bewirkt den Schutz des Eigentums vor staatlichen Eingriffen bzw. macht staatliche Eingriffe in das Eigentum von besonderen Voraussetzungen abhängig, nämlich dem Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage, eines öffentlichen Interesses und der Wahrung der Verhältnismässigkeit (Art. 36 BV).

---

<sup>8</sup> Sog. «Barret-Formel», vgl. BGE 131 II 728.

<sup>9</sup> Zum Ganzen vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/TURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., 2010, Rz. 594 ff.

- c. Die Eigentumsgarantie als *Wertgarantie*: Erweist sich im Lichte der Instituts- und v.a. der Bestandesgarantie ein Eigentumseingriff als zulässig, so darf er nur gegen volle Entschädigung erfolgen.

- 13 Gegenstand der vorliegenden Betrachtung bildet nicht die in der Bestandesgarantie angelegte Frage nach der *Zulässigkeit* eines Eigentumseingriffs, sondern die in der Wertgarantie angelegte Frage nach der *Entschädigungspflicht* zufolge eines Eingriffs. Die Frage der Zulässigkeit des Eingriffs stellt sich schon deshalb nicht, weil der Eingriff durch das revidierte EPDG erfolgen würde, mithin durch ein Bundesgesetz, das gemäss Art. 190 BV für das Bundesgericht bindend und damit nicht auf seine Verfassungsmässigkeit überprüft werden kann bzw. die massgeblichen Normen selbst im Fall einer erkannten Verfassungswidrigkeit anzuwenden wären.
- 14 Der Tatbestand der materiellen Enteignung gemäss Art. 26 Abs. 2 BV knüpft an den Teilgehalt der Wertgarantie an, indem nicht nur eigentliche Enteignungen – also öffentlich-rechtliche Eingriffe in den Bestand durch die Eigentumsgarantie geschützter Rechte – zur Entschädigungspflicht führen, sondern auch öffentlich-rechtliche Vorkehren, die nicht direkt in den Bestand solcher Rechte eingreifen, aber eine derartige Schwere aufweisen, dass sie in ihren Auswirkungen einer Enteignung gleichkommen.<sup>10</sup>
- 15 Aus dem Gesagten folgt, dass staatliche Eingriffe nur dann zu einer Entschädigungspflicht zufolge materieller Enteignung führen können, wenn dadurch in gemäss Art. 26 Abs. 1 BV geschützte Eigentumsrechte eingegriffen wird.

**c) Zum Schutzbereich der Eigentumsgarantie**

**i. Grundsatz**

- 16 Die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) gewährleistet das Eigentum innerhalb der Schranken der Rechtsordnung.<sup>11</sup> Unter den Begriff des «Eigentums» im

<sup>10</sup> Klassischer Anwendungsfall der materiellen Enteignung bildet die Zuweisung baureifer Grundstücke von einer raumplanungsrechtskonformen Bauzone in eine Nichtbauzone. Eine Übertragung von Eigentumsrechten findet hier (anders als bei der formellen Enteignung) nicht statt, aber der Eigentümer wird zufolge des Entzugs von Nutzungsbefugnissen in einer Weise getroffen, die im Ergebnis einer Enteignung gleichkommt; s. etwa BGE 131 II 728 E. 2.

<sup>11</sup> Vgl. statt vieler BGE 145 II 140 E. 4.1.



verfassungsrechtlichen Sinn fallen das sachenrechtliche Eigentum, die beschränkten dinglichen Rechte und der Besitz, obligatorische Rechte (z.B. aus Miet-, Pacht- und Arbeitsverhältnissen), Immaterialgüterrechte sowie besonders rechtsbeständige öffentlich-rechtliche Ansprüche gegen den Staat (sog. wohlerworbene Rechte).<sup>12</sup>

## ii. Wohlerworbene Rechte

17 Als «wohlerworben» gelten Rechte, die im gegenseitigen Vertrauen zwischen dem Staat und dem Träger des Rechts darauf begründet worden sind, dass die Rechtsbeziehungen auf eine bestimmte Dauer grundsätzlich unverändert bleiben und einen verstärkten Schutz, namentlich vor späteren Eingriffen durch den Gesetzgeber, geniessen sollen.<sup>13</sup> In der Lehre haben sich gestützt hierauf folgende Kategorien herausgebildet:

- a. Die auf historischen Titeln oder seit unvordenklicher Zeit bestehenden Rechte (z.B. Jagd- und Fischereirechte, Weiderechte etc.).<sup>14</sup>
- b. Vertragliche oder vertragsähnliche Rechte<sup>15</sup> oder aufgrund von (gesetzlichen) Zusicherungen ein für alle Mal festgeschriebene Anspruchspositionen.<sup>16</sup> Das in einer Gesetzesbestimmung Geregelter kann damit nur dann als wohlerworbenes Recht gelten, wenn die Bestimmung «die entsprechenden Beziehungen ein für allemal festlegt und von den Einwirkungen der gesetzlichen Entwicklung ausnimmt».<sup>17</sup> Als Beispiel aus der Rechtsprechung genannt werden kann hier eine zugesicherte Pensionsberechtigung<sup>18</sup> oder Steuervergünstigung.<sup>19</sup>

12 Zum Ganzen vgl. BSK BV-WALDMANN, Art. 26 N 17; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., 2008, S. 1013 ff.; VALLENDER/HETTICH, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg): St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Art. 26 N. 15 ff.

13 Vgl. Urteil BGer 1C\_631/2017 vom 29. März 2019, E. 4.2; BGE 107 Ib 140 E. 3b, 126 II 171 E. 3c, 134 I 23, E. 7.1.

14 Vgl. statt vieler BGE 117 Ia 35.

15 Vgl. BGE 122 I 328, S. 340; 130 I 26, S. 61; Urteil BGer 2P. 56/1999 vom 21. März 2000.

16 BSK BV-WALDMANN, Art. 26 N 20.

17 BGE 130 I 26, S. 61; Vgl. hierzu auch BGE 122 II 113, S. 123 und 122 I 328, E. 7a.

18 Vgl. BGE 107 Ia 193.

19 Vgl. BGE 94 I 446.

- 18 Indem das Bundesgericht hinsichtlich öffentlich-rechtlicher Ansprüche gegen den Staat lediglich «wohlerworbene Rechte» dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie unterstellt, ist e contrario gesagt, dass Ansprüche gegen den Staat, die sich nicht auf wohlerworbene Rechte stützen lassen, grundsätzlich nicht in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie fallen und damit auch nicht Gegenstand von Ansprüchen aus materieller Enteignung bilden können.

*iii. Schutz des Vermögens*

- 19 Durch die Eigentumsgarantie nicht geschützt ist nach ständiger Rechtsprechung das Vermögen als solches.<sup>20</sup> Allerdings hat das Bundesgericht direkte und konkrete Eingriffe in das Vermögen – wie sie namentlich durch eine Beschlagnahme von Vermögenswerten bewirkt werden – in Einzelfällen auch schon als von der Eigentumsgarantie erfasst betrachtet.<sup>21</sup>

*iv. Schutz faktischer Interessen*

- 20 Seit einer im Jahr 2000 erfolgten Praxisänderung des Bundesgerichts schützt die Eigentumsgarantie auch faktische Voraussetzungen zur Ausübung von Eigentumsbefugnissen. Es erkannte, dass sich Anstösser hinsichtlich der Aufhebung einer Zufahrt zu ihrem Grundstück auf die Eigentumsgarantie berufen können, obwohl die Vorkehr nicht direkt in ihr Eigentum eingriff.<sup>22</sup> In Bestätigung dieser Rechtsprechung hat das Bundesgericht z.B. auch erkannt, im Rahmen eines Zulassungsstopps für Ärzte werde faktisch auch die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Arztes berührt. In einer solchen Beschränkung oder Erschwerung der Berufsausübung könne ausnahmsweise ein Grundrechtseingriff liegen, wenn die entsprechenden Auswirkungen die Betroffenen im Ergebnis in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit gleich beeinträchtigten wie die Einschränkung einer rechtlichen Befugnis.<sup>23</sup>

---

20 Urteil BGer 2E\_3/2020 vom 11. November 2021; BGE 118 Ib 473 E. 3.

21 BGE 142 I 20 betreffend Sperrung aller Vermögenswerte von Husni Mubarak in der Schweiz.

22 BGE 126 I 213; vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/TURNHERR, a.a.O., N. 597a.

23 BGE 130 I 26 E. 4.4.

## 2. Beurteilung

### a) ***Keine Entschädigungspflicht zufolge direkter Eigentumseingriffe***

21 Sofern eine Revision des EPDG dazu führen würde, dass nur noch der Bund selbst oder ein von ihm beauftragter Privater das EPD betreiben darf und die heute Berechtigten, insbesondere Gemeinschaften und Stammgemeinschaften sowie Plattformanbieter, hierzu nicht mehr befugt sind, würde allenfalls in deren Vermögenssituation, aber nicht in deren Eigentum eingegriffen. Der Bestand ihrer Eigentumsrechte bliebe unverändert.

22 Durch eine Revision des EPDG bzw. die Ausschaltung der bisher in das EPD involvierten Beteiligten würde sich allenfalls deren Vermögenssituation verschlechtern, indem Investitionen innert kürzerer Zeit abgeschrieben werden müssten als geplant. Wie dargelegt, ist das Vermögen durch die Eigentumsgarantie grundsätzlich nicht geschützt, weshalb insoweit kein Tatbestand der materiellen Enteignung vorliegen kann. Der vom Bundesgericht in Einzelfällen der Eigentumsgarantie unterstellte Vermögensschutz greift hier ebenfalls nicht, weil die erforderliche Eingriffsintensität nicht erreicht wird. Das Bundesgericht hat das Vermögen in einem Fall als von der Eigentumsgarantie erfasst betrachtet, in welchem der Staat mittels Sperrung von Vermögenswerten direkt auf diese Werte zugegriffen hat.<sup>24</sup> Im vorliegenden Kontext würde kein solcher unmittelbarer Zugriff erfolgen, sondern höchstens lediglich (aber immerhin) eine «normale» Vermögensschädigung, die nach dem Gesagten keinen Eingriff in die Eigentumsgarantie bewirkt.

### b) ***Keine Entschädigungspflicht zufolge Verletzung «faktischer Interessen»***

23 Indem auch gewisse «faktische Interessen» von der Eigentumsgarantie erfasst werden (vorne Rz. 20), ist die Verletzung solcher Interessen grundsätzlich geeignet, bei schweren Eingriffen Entschädigungsansprüche auszulösen. Die vom Bundesgericht aufgestellten Voraussetzungen, auch «faktische Interessen» dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie zu unterstellen, sind hier freilich nicht erfüllt: Das Bundesgericht anerkennt im Zusammenhang mit der Eigentumsgarantie «faktische Interessen» nur insoweit als von der Eigentumsgarantie erfasst, als

---

<sup>24</sup> BGE 142 I 20 betreffend Sperrung aller Vermögenswerte von Husni Mubarak in der Schweiz.

diese ihrerseits Voraussetzung für die Ausübung von Eigentumsrechten bilden, wie dies z.B. bei der Aufhebung einer Zufahrt zu einem Grundstück der Fall ist (vgl. Rz. 20).

- 24 Vorliegend stehen faktische Interessen nicht im Zusammenhang mit der Ausübung geschützter Eigentümerbefugnisse, sondern mit der wirtschaftlichen Tätigkeit. Diese Tätigkeit wird zwar von der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV erfasst. Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit (die nicht zugleich Eigentumseingriffe sind) sind aber von vornherein nicht geeignet, Entschädigungsansprüche zufolge materieller Enteignung auszulösen, da insoweit keine Verletzung der Eigentumsgarantie vorliegt (vorne Rz. 15).

**c) *Zur Entschädigungspflicht zufolge Eingriffs in «wohlerworbene Rechte»***

- 25 Wohlerworbene Rechte werden durch den Schutzbereich der Eigentumsgarantie erfasst (vorne Rz. 17), weshalb schwere Eingriffe in wohlerworbene Rechte an sich geeignet sind, Entschädigungsansprüche auszulösen. In der Praxis und Rechtsprechung werden solche Entschädigungspflichten bei Eingriffen in wohlerworbene Rechte jeweils im Verfahren der materiellen Enteignung geprüft, jedoch regelmässig auch mit der Verletzung des Vertrauensschutzes (Art. 9 BV) begründet. Das vorliegende Gutachten folgt dieser Einordnung. Auf eine allfällige Ersatzpflicht zufolge Eingriffs in wohlerworbene Rechte ist in Rz. 30 ff. hiernach näher einzugehen.

**3. Fazit**

- 26 Es liegt keine Beeinträchtigung von Rechten vor, die von der Eigentumsgarantie erfasst werden. Damit entfällt eine Entschädigungspflicht zufolge materieller Enteignung im Sinn von Art. 26 Abs. 2 BV.
- 27 Ob durch eine Neuregelung des EPD in wohlerworbene Rechte eingegriffen wird, ist nachfolgend im Rahmen der Haftung aus Vertrauensschutz zu beurteilen.

## C) **Beurteilung allfälliger Entschädigungsansprüche aus Vertrauensschutz**

### 1. **Grundlagen und verfahrensrechtliche Geltendmachung**

28 Es stellt sich die Frage, ob sich ein Entschädigungsanspruch daraus ergibt, dass der Bund nur wenige Jahre nach Einführung des EPD anstelle der bisherigen dezentralen Konzeption eine neue, zentrale Konzeption anstreben würde, wodurch das Vertrauen der Gemeinschaften, Stammgemeinschaften und Plattformanbieter in den Bestand der bisherigen Lösung enttäuscht wird. Dies ist in Rz. 30 ff. hiernach zu prüfen.

29 In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist vorzuschicken, dass weder Art. 5 Abs. 3 BV noch Art. 9 BV Grundlage eines eigenständigen Entschädigungsverfahrens gegen den Bund bilden können; eine «Vertrauenshaftungsklage» existiert nicht. Vielmehr wären Ansprüche aus Vertrauensschutz im Verfahren der materiellen Enteignung<sup>25</sup> (vorne Rz. 11 ff.) oder in einem Staatshaftungsverfahren (hinten Rz. 54 ff.) geltend zu machen. Da es sich um eine von Art. 26 Abs. 2 BV und von Art. 3 Abs. 1 VG zu differenzierende Anspruchsgrundlage handelt, rechtfertigt sich eine separate Betrachtung.

### 2. **Zur Vertrauensgrundlage hinsichtlich Gesetzesänderungen**

30 Der Begriff des Vertrauensschutzes hat unterschiedliche Ansätze. Unterschieden werden namentlich der als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns ausgestattete Teilaspekt der Verpflichtung staatlicher Organe zum Handeln nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) und der als Individualanspruch ausgestattete Anspruch aller Personen, von den staatlichen Behörden ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden (Art. 9 BV).

31 Der in Art. 5 Abs. 3 BV angelegte Verfassungsgrundsatz zielt darauf ab, die Voraussehbarkeit, Berechenbarkeit und Beständigkeit des Rechts zu gewährleisten.<sup>26</sup> Es geht hier – anders als beim Individualanspruch von Art. 9 BV – um die Sicherheit *des* Rechts und weniger um die Sicherheit *durch* das Recht (objektives

---

25 Vgl. etwa BGE 108 Ib 352.

26 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER: Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 22 Rz. 6.

Interesse des Kollektivs).<sup>27</sup> Dieser Grundsatz bildet von vornherein keine Grundlage für Entschädigungsansprüche. Allenfalls kann sich daraus aber bei einer Gesetzesänderung ein Anspruch auf eine angemessene Übergangsregelung ergeben (nachfolgend Rz. 47 ff.).

- 32 Demgegenüber verschafft Art. 9 BV den Rechtssubjekten unter gewissen Voraussetzungen einen individuellen Anspruch auf Schutz berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten (*Vertrauensgrundlage*), sofern sich dieses auf eine konkrete, die betreffende Bürgerin bzw. den betreffenden Bürger berührende Angelegenheit bezieht.<sup>28</sup> Diese Vertrauensgrundlage schafft beim Privaten die Erwartung, dass sich die staatlichen Organe in bestimmter Weise verhalten werden, worauf er in dieser Erwartung Dispositionen trifft (*Vertrauensbetätigung*). Wenn das mit der Vertrauensgrundlage verbundene private Interesse in diesen Fällen gegenüber dem staatlichen Interesse überwiegt (*Interessenabwägung*), ist der Staat als Folge des Vertrauensschutzes entweder an die Vertrauensgrundlage gebunden oder aber er hat einen Ausgleich des durch die Vertrauensenttäuschung entstandenen Nachteils zu treffen.<sup>29</sup>

- 33 Allerdings verschafft der Grundsatz von Treu und Glauben gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keinen Anspruch auf Schutz vor Gesetzesänderungen und damit auch keinen Anspruch auf Entschädigung zufolge enttäuschem Vertrauen in den Weiterbestand der geltenden Regelung. Im Gegenteil steht der Anspruch auf Vertrauensschutz in der Regel gerade unter dem Vorbehalt von Rechtsänderungen.<sup>30</sup> So ergibt sich gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bereits aus dem Demokratieprinzip, dass das Gesetz jederzeit geändert werden kann, wenn der Gesetzgeber andere Lösungen vorzieht.<sup>31</sup> Einer Gesetzesänderung vermag der Vertrauensschutz daher nur in sehr begrenztem Rahmen entgegenzustehen, nämlich dann, wenn in *wohlerworbene Rechte*

---

27 THOMAS PROBST: Die Änderung der Rechtsprechung, Eine rechtsvergleichende, methodologische Untersuchung zum Phänomen der höchstrichterlichen Rechtsprechungsänderung in der Schweiz (civil law) und den Vereinigten Staaten (common law), Diss. St. Gallen, Basel 1993.

28 BGE 129 I 161 E. 4.1 u. 4.2 S. 170; BGE 126 II 377 E. 3a S. 387; BGE 122 II 113 E. 3b/cc S. 123.

29 BGE 122 V 405 E. 3b; 130 I 26 E. 8.1.

30 BGE 122 II 113 E. 3b/cc S. 123; 118 Ia 245 E. 4b S. 254.

31 BGE 130 I 26 E. 8.1 S. 60; Urteil BGer 2C\_158/2012 vom 20. April 2012, E. 3.4.

eingegriffen oder gegen das Rückwirkungsverbot verstossen wird.<sup>32</sup> Letzteres ist hier offensichtlich nicht der Fall; näher zu prüfen ist, ob ein Eingriff in wohlerworbene Rechte vorliegt (hinten Rz. 36 ff.).

### 3. Beurteilung

#### a) *Zur Entschädigungspflicht im Allgemeinen*

34 Ob sich aus einer Gesetzesänderung eine Entschädigungspflicht des Bundes gestützt auf den Vertrauensschutz ergibt, beurteilt sich danach, ob den betroffenen Parteien ein wohlerworbenes Recht zusteht, in welches durch die Gesetzesänderung in schwerer Weise eingegriffen wird.

#### b) *Entschädigungsansprüche der Gemeinschaften und Stammgemeinschaften*

##### i. *Fragestellung*

35 Bisher erfolgt die Umsetzung des EPDG durch Gemeinschaften und Stammgemeinschaften. Diese haben die notwendige technische Infrastruktur und Betriebsorganisation zum Betrieb des EPD im Wesentlichen auf eigene Kosten beschafft und betrieben. Durch eine allfällige Zentralisierung, wonach künftig einzig der Bund bzw. *ein von ihm* beauftragter Privater das EPD betreiben soll, werden diese Investitionen sowie die Existenz der Gemeinschaften und Stammgemeinschaften an sich hinfällig. Es stellt sich damit die Frage, ob den Gemeinschaften bzw. Stammgemeinschaften mit Erlass des EPDG eine als «wohlerworbenes Recht» zu qualifizierende Zusicherung abgegeben wurde, das EPD auf unbestimmt lange Zeit und unberührt von gesetzlichen Änderungen betreiben zu können (vgl. vorne Rz. 17).

##### ii. *Wohlerworbene Rechte aufgrund der gesetzlichen Regelungen im EPDG und/oder im KVG<sup>33</sup>?*

36 Das EPDG äussert sich zur Frage der Dauerhaftigkeit der Regelung (selbstverständlich) nicht. Es enthält lediglich «Rahmenbedingungen», die der Bundesrat

---

32 BGE 130 I 26 E 8.1; 128 II 112 E. 10b/aa; 122 II 113 E. 3b/cc.

33 Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung; SR 832.10.

für die Einführung und die Verwendung eines elektronischen Patientendossiers als unabdingbar erachtete.<sup>34</sup> Dem EPDG lässt sich damit keine Festlegung entnehmen, wonach die aktuelle Konzeption zum Betrieb des EPD in Form eines privatwirtschaftlichen Zusammenschlusses von Leistungserbringern unveränderbar beibehalten werden solle. Im Gegenteil: Das Gesetz enthält verschiedene Elemente einer gewissen Dynamik, die auf eine jederzeitige Abänderbarkeit schliessen lassen. So wurde beispielsweise hinsichtlich der Zertifizierungs Voraussetzungen betreffend die Gemeinschaften und Stammgemeinschaften (Art. 11 ff. EPDG und Art. 30 ff. EPDV) klar festgehalten, dass diese «unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der Technik» festgelegt werden und die Zertifizierung gemäss Art. 35 EPDV auch nur auf drei Jahre befristet ist. Dem EPDG ist somit keine behördliche Zusicherung zu entnehmen, die jeweilige Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft zeitlich unbegrenzt betreiben zu können. Ein wohlerworbenes Recht auf Beibehaltung der aktuellen Regelung ist dem EPDG damit nicht zu entnehmen.

- 37 Gleiches gilt in Bezug auf die Regelung von EPD-Bezügen im KVG: Gemäss Art. 37 Abs. 3 KVG sind krankenversicherungsrechtliche Leistungserbringer nach Art. 35 Abs. 2 Bst. a KVG verpflichtet, sich einer zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft anzuschliessen; Art. 39 Abs. 1 Bst. f KVG verpflichtet auch Spitäler und andere Einrichtungen (Art. 35 Abs. 2 Bst. h–k KVG), sich einer zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft anzuschliessen. Es stellt sich die Frage, ob sich daraus ein Vertrauensanspruch der Gemeinschaften und Stammgemeinschaften ergibt, dass die bisherige EPD-Regelung mit Bezug auf die Konzeption dieser Entitäten beibehalten wird.
- 38 Die erwähnten KVG-Vorschriften verpflichten die Leistungserbringer, sich einer zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft anzuschliessen. Abgesehen davon, dass auch das KVG in diesem Bereich jederzeit angepasst werden könnte, sind die Adressaten dieser Bestimmungen nicht die Gemeinschaften und Stammgemeinschaften, sondern die KVG-Leistungserbringer. Allenfalls kann aus den Bestimmungen auf die Absicht des Gesetzgebers geschlossen werden, dass das Instrument des EPD auf unbestimmt lange Zeit beibehalten werden soll. Einen vertrauensrechtlich geschützten Anspruch der Gemeinschaften und

---

<sup>34</sup> BBl 2013 5321, 5372.



Stammgemeinschaften darauf, dass das EPD *in der bisherigen dezentralen Konzeption* beibehalten wird, ergibt sich daraus nicht. Das Vorliegen wohlerworbener Rechte ist auch insoweit zu verneinen.

iii. *Vertrauensschutz aufgrund der Materialien?*

39 Die Frage bleibt im Raum, ob die Gemeinschaften und Stammgemeinschaften aufgrund der Umstände bei Erlass des EPDG und der entsprechenden KVG-Bestimmungen damit rechnen mussten, dass das Modell nach relativ kurzer Zeit geändert werden könnte und ihre Investitionen damit, soweit durch den Betrieb noch nicht amortisiert, weitgehend wertlos würden. Eindeutige Hinweise finden sich in den Materialien nicht, aber immerhin Indizien:

- a. In der Botschaft zum EPDG<sup>35</sup> wies der Bundesrat darauf hin, dass im föderal organisierten Gesundheitssystem der Schweiz ein nationales Grossprojekt in Form einer zentral gesteuerten Einführung eines EPD nicht möglich sei. Die internationale Erfahrung zeige, dass nationale «eHealth-Projekte» häufig scheiterten oder sich massiv verzögerten, weil die Akteure diese ablehnten oder die Aufgabe zu komplex sei. Im Zentrum stehe deshalb die Förderung dezentraler, regionaler und strategiekonformer Projekte und deren Vernetzung. Nur so könne eine flexible und bedürfnisgerechte Entwicklung des Systems ermöglicht werden; dies führe aber zu einem erhöhten Koordinationsbedarf.<sup>36</sup>
- b. Mit dem EPDG sollten Anreize geschaffen werden, Gemeinschaften und Stammgemeinschaften zu bilden, die in EPD-Infrastrukturen investieren, damit dezentrale Lösungen realisiert werden können. Der Bundesrat wollte mit dem EPDG eine gewisse «Investitionssicherheit» schaffen.<sup>37</sup> Auf dieses Ziel ausgerichtet war namentlich auch die bis 13. April 2020 befristete Verordnung vom 22. März 2017 über die Finanzhilfen für das elektronische Patientendossier, gestützt auf welche der Bund die Gemeinschaften und Stammgemeinschaften auch finanziell unterstützte.

---

35 Botschaft des Bundesrates vom 29. Mai 2013; BBl 2013 5321.

36 BBl 2013 5321, 5331 f.

37 BBl 2013 5321, 5323 und 5388.

- c. Bezüglich der Einführung der Verpflichtung gewisser Leistungserbringer, sich einer zertifizierten Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft anzuschliessen (vorne Rz. 37), hielt der Bundesrat fest, diese ziele darauf ab, von Anfang an eine kritische Masse von Nutzerinnen und Nutzern zu erreichen, um eine rasche Etablierung des elektronischen Patientendossiers zu ermöglichen («Netzwerkeffekt»)<sup>38</sup>. Auch dieses Element weist auf die Absicht einer gewissen Rechtsbeständigkeit der getroffenen Regelung hin.

- 40 Den Materialien sind somit Hinweise zu entnehmen, aus denen geschlossen werden kann, dass die Konzeption des dezentralen EPD bei Erlass des EPDG als das damals realistische und machbare Modell betrachtet wurde. Hinweise darauf, dass das Konzept des dezentralen EPD in Bälde durch ein neues Konzept mit einer Zentralisierung durch den Bund oder durch einen von ihm beauftragten Privaten abgelöst werden könnte, habe ich nicht festgestellt.
- 41 Angesichts dieser dokumentierten Bestrebungen, insbesondere des vom Bund geförderten privaten Investitionsbedarfs in die dezentralen EPD-Lösungen, ist nicht auszuschliessen, dass das Bundesgericht hierin eine besondere Vertrauensstellung der Gemeinschaften und Stammgemeinschaften erblicken würde, die die Qualität eines wohlerworbenen Rechts erreicht und geeignet wäre, Schadenersatzansprüche auszulösen.
- 42 Diesen Entschädigungsrisiken kann (und sollte) im Rahmen der Neuregelung mittels Festlegung einer angemessenen Übergangsfrist Rechnung getragen werden (hinten Rz. 47 ff.).
- 43 Fraglich ist, ob solche Entschädigungsansprüche gesetzlich ausgeschlossen werden könnten. Ein solcher Ausschluss wäre formal denkbar, im Lichte der vorstehenden Ausführungen aber möglicherweise verfassungswidrig. Trotz dem Anwendungsgebot von Art. 190 BV ist der Gesetzgeber aufgrund von Art. 5 Abs. 1 BV gehalten, verfassungskonform zu legiferieren. Hinzu kommt, dass das Bundesgericht den Vertrauensgrundsatz von Art. 9 BV auch bei der Anwendung von Bundes(gesetzes)recht zur Anwendung bringt,<sup>39</sup> was zur Folge haben kann, dass

---

<sup>38</sup> BBl 2013 5321, 5403 f.

<sup>39</sup> BGE 132 II 153, E. 5; 133 I 270, E. 1.2.3; 121 V 65, E. 2; 106 V 139, E. 3; 99 Ib 94, E. 4.

Bundesgesetze trotz ihres Vorrangs gegenüber der Verfassung nicht angewandt werden, wenn ihre Anwendung im Einzelfall gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst.<sup>40</sup> Ob ein Haftungsausschluss vor diesem Hintergrund zulässig und sinnvoll wäre, müsste eingehend geprüft werden.

**c) *Entschädigungsansprüche der Plattformanbieter***

44 Das hiervor in Bezug auf die Gemeinschaften und Stammgemeinschaften Ausgeführte gilt grundsätzlich auch in Bezug auf die Plattformanbieter; es ist durchaus möglich, dass auch diese durch einen Wechsel hin zu einem zentralisierten Modell wirtschaftliche Einbussen erleiden.

45 Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Gemeinschaften und Stammgemeinschaften Adressaten des EPDG sind, wogegen die Plattformanbieter zwar gewisse öffentlich-rechtliche Anforderungen zu erfüllen haben, die im Rahmen der Akkreditierung zu prüfen sind, dass sie aber in einem zivilrechtlichen Vertragsverhältnis zu den Gemeinschaften und Stammgemeinschaften stehen. Es ist deshalb fraglich, ob sich diese Erfüllungsgehilfen gleichermassen auf eine Vertrauensstellung gegenüber dem Bund berufen können wie die vom EPDG direkt adressierten Gemeinschaften oder Stammgemeinschaften.

46 Soweit ihnen die Gemeinschaften und Stammgemeinschaften in diesen Verträgen Zusicherungen abgegeben haben, die bei einer allfälligen Zentralisierung nicht eingehalten werden können, sind hierfür die auftraggebenden Gemeinschaften und Stammgemeinschaften zu belangen. Eine Vertrauenshaftung des Bundes ist daraus meines Erachtens nicht abzuleiten.

**d) *Zum Anspruch auf eine angemessene Übergangsregelung***

47 Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben bzw. dem Rechtssicherheitsgebot (Art. 5 Abs. 3 BV), der Verhältnismässigkeit und dem Willkürverbot hat die Rechtsprechung abgeleitet, dass unter gewissen Umständen – selbst in Fällen, in welchen diese Grundsätze einer Gesetzesänderung nicht entgegenstehen – angemessene Übergangsfristen für neue Regelungen verfassungsrechtlich geboten sein können, damit sich die Rechtsunterworfenen an die neue Rechtslage

---

40 Vgl. BSK BV-EPINEY, Art. 190, N. 37; DUBEY CR Cst., Art. 9, Rz. 108; PIREK, Changement de loi, Rz. 824.

anpassen können bzw. die im Vertrauen auf das Andauern der Regelung und somit gutgläubig getätigte Investitionen nicht nutzlos werden.<sup>41</sup>

48 Es versteht sich aus dem Gesagten von selbst, dass sich mit angemessenen Übergangsfristen, die einen Weiterbestand der Gemeinschaften und Stammgemeinschaften und damit die Abschreibung der Investitionen aus dem laufenden Betrieb ermöglichen, die Risiken, aus Vertrauenshaftung ersatzpflichtig zu werden, reduzieren bzw. minimieren lassen. Die Möglichkeit von Übergangsfristen bedeutet jedoch nicht, dass ein allgemeiner Anspruch darauf bestünde, sämtliche Investitionen, welche unter der geltenden Rechtslage getätigt wurden, im Rahmen der geänderten Rechtslage vollumfänglich amortisieren zu können.<sup>42</sup> Wirtschaftliche Tätigkeit ist nicht ohne Risiko, und zwar auch dann nicht, wenn der Staat lenkend eingreift.<sup>43</sup> Es geht lediglich – aber immerhin – darum, dass Gesetzesänderungen nicht «überfallartig» erfolgen sollen<sup>44</sup> und den Rechtsunterworfenen deshalb die Möglichkeit einzuräumen ist, sich auf die neue Rechtslage einzustellen.

49 Wie lang eine solche Übergangsfrist zu bemessen wäre, hängt davon ab, wie gross der Amortisationsbedarf der bisher agierenden Gemeinschaften und Stammgemeinschaften noch ist. Je nach den Umständen könnte sich eine Übergangsfrist von bis zu 3 Jahren (oder sogar länger) als angemessen erweisen.

#### 4. Fazit

50 Das EDPG hat kein generelles Vertrauen der Gemeinschaften und Stammgemeinschaften dahin gehend begründet, dass die gesetzliche Konzeption dezentraler EPD-Lösungen auf unbestimmt lange Zeit beibehalten wird. Solches Vertrauen lässt sich weder dem EDPG direkt noch den Verordnungen zum EPD noch dem KVG entnehmen. Als Adressaten des EDPG müssen sie an sich damit rechnen, dass diese Konzeption früher oder später hinterfragt und angepasst werden könnte. Insoweit hat das EDPG bezüglich dieser Konzeption keine

---

41 BGE 134 I 23 E. 7.6.1; 125 II 152 E. 5; 123 II 433 E. 9; 118 Ib 241 E. 6c und 9b.

42 BGE 118 Ib 241 E. 5e und 9b S. 251 ff.

43 BGE 118 Ib 241 E. 9b S. 257. So hat das Bundesgericht beispielsweise eine Übergangsfrist von drei Monaten für das Entfernen von gemäss der neuen Gesetzgebung unzulässigen Geldspielautomaten als genügend erachtet. Vgl. BGE 106 Ia 191 E. 7 S. 195 f.

44 BGE 118 Ib 241 E. 6c.

wohlerworbenen Rechte begründet, deren Verletzung zu Entschädigungsansprüchen führen könnte.

- 51 Umgekehrt bestehen aus den Gesetzgebungsgrundlagen Hinweise darauf, dass die Gemeinschaften und Stammgemeinschaften bei Erlass des EPDG nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, dass das Konzept des dezentralen EPD einen minimalen zeitlichen Bestand haben würde. Es war dem Bund insbesondere ein Anliegen, «Investitionssicherheit» zu schaffen, daher unterstützte er die Investitionen auch mit Staatsbeiträgen. Es ist nicht auszuschliessen, dass das Bundesgericht in diesem Verhalten des Bundes einen Sachverhalt erblicken würde, der durch einen Konzeptionswechsel bereits nach rund 10 Jahren, also in einem Zeitpunkt, in dem die Investitionen allenfalls noch nicht amortisiert sein könnten, in enttäushtes Vertrauen mündet und geeignet wäre, Ersatzansprüche der Gemeinschaften und Stammgemeinschaften gegenüber dem Bund auszulösen.
- 52 Die Risiken solcher Entschädigungsansprüche können dadurch reduziert werden, dass den bereits operativen Gemeinschaften und Stammgemeinschaften mittels Einräumung einer angemessenen Übergangsfrist ermöglicht wird, ihren Betrieb während einer gewissen Dauer weiterzuführen und ihnen damit zu ermöglichen, die Investitionen aus dem Betrieb weiter zu amortisieren.
- 53 Fraglich und noch näher zu prüfen wäre, ob es zulässig und adäquat wäre, im Rahmen der EPDG-Revision Ersatzansprüche der Gemeinschaften, Stammgemeinschaften und Dritter generell auszuschliessen.

## **D) Beurteilung allfälliger Entschädigungsansprüche aus Staatshaftung**

### **1. Die Haftungsvoraussetzungen**

#### **a) Im Allgemeinen**

- 54 Für den Schaden, den ein Mitarbeiter des Bundes in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt, haftet der Bund ohne Rücksicht auf das Verschulden des Mitarbeiters (Art. 3 Abs. 1 VG). Haftungsvoraussetzung ist

somit ein Schaden, ein Verhalten (Tun oder Unterlassen) eines Bundesangestellten in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit, ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen diesem Verhalten und dem Schaden sowie die Widerrechtlichkeit des Verhaltens.<sup>45</sup>

**b) Die Widerrechtlichkeit**

55 Wie erwähnt, setzt die Haftung nach Verantwortlichkeitsgesetz die Widerrechtlichkeit des haftungsbegründenden Tuns oder Unterlassens voraus. Für nicht widerrechtliches Handeln wird der Staat einzig ggf. aufgrund der Enteignung oder aufgrund des Vertrauensschutzes entschädigungspflichtig.<sup>46</sup>

56 Widerrechtlichkeit<sup>47</sup> liegt immer vor, wenn absolut geschützte Rechtsgüter wie Leib, Leben, Freiheit, Persönlichkeit und Eigentum verletzt werden.<sup>48</sup> Bei einer Beeinträchtigung des Vermögens muss hingegen ein Verstoss gegen ein Gebot oder Verbot der Rechtsordnung vorliegen, welches dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dient. In diesem Fall muss also eine spezifisch der geschädigten Person Schutz gewährende Rechtsnorm missachtet worden sein.<sup>49</sup> Unterlassungen sind nur rechtswidrig, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln bestand; vorausgesetzt wird die Verletzung einer Amtspflicht eines Staatsmitarbeiters oder einer Schutzpflicht des Staates.<sup>50</sup>

57 Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV) und die Freiheitsrechte, insbesondere die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit bieten für sich allein keine Grundlage für das Vorliegen einer Rechtswidrigkeit. Rechtswidrigkeit liegt in beiden Fällen erst dann vor, wenn zugleich eine materielle Rechtsnorm verletzt wurde.<sup>51</sup>

---

45 Vgl. hinsichtlich der Haftungsvoraussetzungen BGE 106 Ib 357, E. 2.b; Urteil BGE 2C\_518/2008 vom 15. Oktober 2008, E. 2.1.

46 RIVA/MÜLLER: Verwaltungsorganisationsrecht - Staatshaftungsrecht - öffentliches Dienstrecht, 2016, S. 222.

47 Zum Ganzen vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2114 ff.

48 BGE 132 II 449, 123 II 577.

49 BGE 144 I 318 = Pra 108 [2019] S. 944.

50 BGE 144 II 281, 136 II 187.

51 BGE 118 Ib 473, E. 3.a.

## 2. Beurteilung

- 58 Soll das EPD in eine zentralisierte Lösung überführt werden, bedarf dies einer gesetzlichen Grundlage im revidierten EPDG. Damit ist gleichzeitig gesagt, dass mit der Zentralisierung kein Normverstoss vorliegt.
- 59 Ebenfalls verletzt eine Zentralisierung keine absoluten Rechte der Betroffenen, sondern allenfalls deren Vermögen, welches indes nicht geschützt ist, zumal keine wohlerworbenen Rechte vorliegen.
- 60 Eine Haftung des Bundes gestützt auf Art. 3 VG ist damit meines Erachtens ausgeschlossen.

## III. BEANTWORTUNG DER FRAGEN

- 61 Die mir unterbreiteten Fragen sind nach dem Gesagten wie folgt zu beantworten:

1. Würde eine Regelung im EPDG, wonach einzig der Bund selbst oder ein von ihm beauftragter Privater das EPD betreiben darf, eine Rechtsfolge nach dem Verantwortlichkeitsgesetz (SR 170.32) auslösen?

Eine solche Regelung erweist sich im Rahmen eines Bundesgesetzes als normkonform und verletzt keine Vorschriften, insbesondere keine, die den Schutz der Betroffenen – Gemeinschaften, Stammgemeinschaften und Plattformanbieter – vor solchen Eingriffen tangieren. Eine allfällige Anpassung des EPDG in Richtung Zentralisierung erweist sich damit nicht als widerrechtlich, was Ansprüche nach dem Verantwortlichkeitsgesetz ausschliesst.

2. Würde der Erlass einer Regelung, wonach einzig der Bund selbst oder ein von ihm beauftragter Privater das EPD betreiben darf, für einzelne Berechtigte – insbesondere Gemeinschaften und Stammgemeinschaften sowie Plattformanbieter– eine materielle Enteignung darstellen bzw. sie in der bestehenden Eigentumsordnung enteignungsähnlich treffen, auch unter dem Aspekt des «Sonderopfers»?

Die Voraussetzungen einer materiellen Enteignung sind weder hinsichtlich des Tatbestandes eines schweren Eingriffs noch hinsichtlich jenes eines Sonderopfers erfüllt, da keine durch die Eigentumsgarantie geschützten Rechtsgüter betroffen sind. Die Frage der Verletzung wohlerworbener Rechte ist nicht unter dem Aspekt der materiellen Enteignung, sondern unter jenem der Vertrauenshaftung zu beantworten.

3. Gibt es anderweitige Entschädigungsansprüche gegenüber dem Bund, die Gemeinschaften, Stammgemeinschaften oder Plattformanbieter geltend machen könnten?

Den Materialien zum EPDG sind Hinweise darauf zu entnehmen, dass die Konzeption des dezentralen EPD bei Erlass des EPDG als das damals realistische und machbare Modell betrachtet wurde. Hinweise darauf, dass das Konzept des dezentralen EPD in Bälde durch ein neues Konzept mit einer Zentralisierung durch den Bund oder durch einen von ihm beauftragten Privaten abgelöst werden könnte, sind in den Materialien nicht ersichtlich. Angesichts dieser Grundlagen und der relativ kurzen Geltungsdauer der dezentralen Konzeption wäre bei einem Wechsel zu einem zentral geführten EPD nicht auszuschliessen, dass das Bundesgericht ein berechtigtes Vertrauen der Gemeinschaften und Stammgemeinschaften in einen Weiterbestand der dezentralen Konzeption erblicken würde, die die Qualität eines wohlerworbenen Rechts erreicht und geeignet wäre, Schadenersatzansprüche auszulösen.

4. Falls ein Entschädigungsanspruch besteht, wie könnte der Anspruch auf Entschädigung durch den Bund reduziert oder ausgeschlossen werden?

Fraglich und näher zu prüfen wäre, ob Ersatzansprüche aufgrund eines Konzeptwechsels im revidierten EPDG generell ausgeschlossen werden könnten. Vordergründig scheint dies mit einer entsprechenden Gesetzesbestimmung möglich zu sein. Die Verfassungsmässigkeit eines solchen Ausschlusses wäre allerdings noch näher zu prüfen. Zwar hat das Bundesgericht auch verfassungswidrige Normen anzuwenden (Art. 190 BV). Dies befreit den Bundesgesetzgeber freilich nicht von seiner Pflicht, verfassungskonform zu legislieren (Art. 5 Abs. 1 BV). Im



Weiteren ist nicht ausgeschlossen, dass das Bundesgericht das Anwendungsgebot von Art. 190 BV unter Berufung von Treu und Glauben im Einzelfall durchbricht.

Um das Risiko von Ersatzansprüchen zu reduzieren, empfehle ich die Aufnahme einer Übergangsregelung in eine betreffende Teilrevision des EPDG, wonach die bestehenden Gemeinschaften und Stammgemeinschaften berechtigt sind, ihre Infrastruktur für eine gewisse Zeit weiter zu betreiben und ihnen damit zu ermöglichen, Abschreibungen auf den Investitionen während einer gewissen Dauer noch aus dem laufenden Betrieb zu finanzieren. Welche Dauer angemessen ist, bedürfte näherer, auch betriebswirtschaftlicher Abklärungen.



Prof. Dr. Beat Stalder