

DIE GRUNDRECHTSHAFTUNG

Haftung für grundrechts-, insbesondere rechtsgleichheitswidriges Verhalten

Antrittsvorlesung vom 9. Dezember 2003

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

Inhaltsübersicht:

| | |
|---|-----------|
| I. EINLEITUNG | 1 |
| II. BEGRIFF UND ERSCHEINUNGSFORMEN DER GRUNDRECHTSVERLETZUNG | 2 |
| III. RECHTSSCHUTZDEFIZITE UND HAFTUNGSINTERESSE | 3 |
| A. VERWALTUNGSVERFAHREN VORHANDEN | 3 |
| B. KEIN VERWALTUNGSVERFAHREN VORHANDEN | 5 |
| IV. HAFTUNGSVORAUSSETZUNGEN | 6 |
| A. ALLGEMEINES | 6 |
| B. ENTSCHÄDIGUNGSPositIVISMUS | 7 |
| C. GRUNDRECHTSHAFTUNG ALS VERFASSUNGSGRUNDSATZ | 9 |
| V. HAFTUNG FÜR EIN RECHTSGLEICHHEITSWIDRIGES VERHALTEN | 10 |
| A. ALLGEMEINES | 10 |
| B. RECHTSGLEICHHEIT ALS ABSOLUTES RECHTSGUT ODER SCHUTZNORM MIT INDIVIDUALCHARAKTER? | 11 |
| C. HAFTUNG FÜR EINE VERLETZUNG DES DIFFERENZIERUNGSGEBOTS | 12 |
| D. HAFTUNG FÜR EINE VERLETZUNG DES RECHTSVERWEIGERUNGSVERBOTS | 13 |
| 1. Allgemeines | 13 |
| 2. Haftung für eine verfassungswidrige Gesetzgebung | 15 |
| E. HAFTUNG FÜR EINE VERLETZUNG DES DISKRIMINIERUNGSVERBOTS | 17 |

I. Einleitung

Sehr geehrter Herr Abteilungsvorstand

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Bundesverfassung und zahlreiche internationale Abkommen schützen die Menschenrechte. Deren genuiner Zweck besteht darin, jedem Menschen die Möglichkeit für ein selbstbestimmtes Leben zu gewähren. Dies wird durch den *Schutz von grundlegenden Rechtsgütern* angestrebt, die sich – vereinfachend – in fünf Kategorien einteilen lassen: Leib und Leben, Freiheit, Persönlichkeit, Eigentum und Gleichheit.

Was soll geschehen, wenn die Grundrechte verletzt werden? Man möchte meinen, dass die Dinge einfach sind: Entsteht ein Schaden als Folge einer Grundrechtsverletzung, haftet der pflichtvergessene Staat genauso wie der Private, der widerrechtlich oder absichtlich sittenwidrig handelt (vgl. Art. 41 ff. OR). Eine solche „automatische Grundrechtshaftung“ scheint zumindest für den Bund zu gelten. Dieser haftet nämlich gemäss Art. 146 BV für Schäden, die seine Organe in *Ausübung amtlicher Tätigkeiten widerrechtlich* verursachen. Steht einmal fest, dass ein Grundrecht verletzt wurde, wurde augenscheinlich wider das Recht, nämlich wider ein Grundrecht gehandelt. Eine Staatshaftung des Bundes wäre so nach aller Logik zu bejahen, wenn das schadenverursachende Verhalten eine amtliche Tätigkeit darstellt.

Der Verfassungsgeber äussert sich im Abschnitt über die Grundrechte (Art. 7 ff. BV) nicht ausdrücklich dazu, welche Sanktionen gelten, wenn ein Grundrecht verletzt wurde. In Art. 26 Abs. 2 BV erfährt man nur, dass *zulässige* Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, voll zu entschädigen sind. Wenn schon gerechtfertigte Grundrechtseingriffe zu Schadenersatz berechtigen, müsste dann nach aller Logik nicht auch und umso mehr eine Haftung für Grundrechtsverletzungen bestehen? Oder gilt gerade das Gegenteil? Hat der Verfassungsgeber durch ein *qualifiziertes Schweigen* eine Haftung sowohl für Grundrechtsverletzungen als auch für andere zulässige Grundrechtseingriffe ausschliessen wollen?

Die Problematik der Grundrechtshaftung stellt sich nicht nur im innerstaatlichen, sondern auch und zunehmend im völkerrechtlichen Kontext. Mit dem blossen Hinweis auf Art. 5 Ziff. 5 und Art. 41 EMRK beeile ich mich zur nationalen Arena zurück. Damit Sie sich einen allgemeinen Überblick machen können, sind im ersten Teil die Grundprobleme und -strukturen der schweizerischen Grundrechtshaftung darzustellen. Im zweiten Teil des Referats möchte ich auf die Haftung für ein rechtswidriges Verhalten eingehen.

Lassen Sie mich zuallerst aber ein paar wenige Worte zum „Phänomen“ der Grundrechtsverletzung verlieren.

II. Begriff und Erscheinungsformen der Grundrechtsverletzung

Eine Grundrechtsverletzung liegt nicht bereits dann vor, wenn ein *grundrechtlich geschützter Lebensbereich* beeinträchtigt wird. Erst und nur dann, wenn feststeht, dass die Voraussetzungen von Art. 36 BV (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit und Kerngehaltsgarantie) nicht erfüllt werden, stellt die Beeinträchtigung eine eigentliche Verletzung dar. Eine bloss Grundrechtsbeeinträchtigung kann solchermassen nur dann zu einer Haftung führen, wenn im eidgenössischen oder im kantonalen Recht eine Haftung für eine rechtmässige Schadenszufügung vorgesehen wird. Dies ist nur ausnahmsweise der Fall, wie Sie der eingblendeten Hellraumfolie entnehmen können.

Im Regelfall wird das fragliche Grundrecht durch ein *aktives Verhalten* beeinträchtigt. Der abgewiesene Asylbewerber – ich nehme dieses Beispiel, um die SVPLer im Saal milde zu stimmen – wird z.B. mit Gewalt aus der Zelle in ein Flugzeug verbracht und im Heimatstaat den Behörden übergeben. Das Tun kann auch weniger gewaltintensiv oder sogar gewaltfrei sein. Nicht immer wird in Grundrechte durch ein aktives Verhalten eingegriffen. Passive Grundrechtsverletzungen liegen in all jenen Fällen vor, in denen staatliche Organe durch ein *pflichtwidriges Unterlassen oder Dulden* eines Drittverhaltens eine grundrechtlich geschützte Erwartungshaltung des Geschädigten zu Unrecht beeinträchtigen.

Aktive und passive grundrechtsverletzende Verhaltensmuster treten im Regelfall in einem normativen Kleid daher. Verwaltung und Justiz erlassen einen Entscheid und vollziehen diesen nötigenfalls mit den Mitteln staatlicher Gewalt. Die Grundrechtsverletzung, so es denn eine ist, wird durch den fraglichen Rechtsakt manifest und kann im einschlägigen Verwaltungsverfahren überprüft werden.

Denkbar ist ferner, dass ein rechtsetzendes Staatsorgan Grundrechte verletzt. Das sog. *legislative bzw. normative Unrecht* kann ebenfalls aktiv und passiv sein. Im ersten Fall sieht der Gesetzgeber eine Regelung, z.B. Körperstrafe als Sanktionsform, vor, deren (drohender) Vollzug in die grundrechtlich geschützten Rechtsgüter eingreift. Er kann aber auch bestimmten Personengruppen Grundrechte oder andere Rechte vorenthalten, sie gar diskriminieren, oder zumindest nicht die Massnahmen ergreifen, die zum Schutz eines einzelnen Grundrechts erforderlich wären.

Das grundrechtsverletzende Verhalten von Staatsorganen kann schliesslich bloss faktisch erfolgen. Die polizeiliche oder militärische Aufgabenerfüllung z.B. verlangt oft ein unmittelbares Handeln, ohne dass vorgängig eine anfechtbare Verfügung erlassen wird. Genauso formlos handeln Ärzte und Pflegepersonen in öffentlichen Spitälern und Heimen.

III. Rechtsschutzdefizite und Haftungsinteresse

A. Verwaltungsverfahren vorhanden

Im Normalfall kann sich der Bürger gegen eine drohende Grundrechtsverletzung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens zur Wehr setzen. Wird im einschlägigen Verfahren eine Grundrechtsverletzung rechtskräftig verneint, kommt dem Entscheid *Bindungswirkung zwischen den Parteien* zu. Der Eintritt der (materiellen und formellen) Rechtskraft schliesst es aus, dass die abschlägig beurteilte Frage einer Grundrechtsverletzung in einem erneuten Verfahren zwischen denselben Parteien nochmals gestellt wird.

Dieses Prinzip gilt nach den meisten Staatshaftungsgesetzen auch für die Grundrechtshaftung. Der im „Grundrechtsstreit“ gegen den Staat unterlegene Bürger kann zwar ein Staatshaftungsbegehren stellen, die beurteilende Behörde ist aber an die

negative Feststellung der früheren Behörde gebunden (*sog. Einmaligkeit des Rechtsschutzes* oder *Rechtskraftprinzip*). Ein Zurückkommen auf den „Grundrechtsstreit“ ist nur möglich, wenn ein *Revisionsgrund* vorliegt, der es dem Bürger erlaubt, eine Wiederaufnahme des formell rechtskräftigen Verfahrens zu verlangen. Strenggenommen müsste in einem solchen Fall das Grundrechtshaftungsverfahren sistiert und bei der Instanz, die den Vorentscheid gefällt hat, ein Revisionsverfahren eingeleitet werden. Aus Gründen der Verfahrensökonomie sollte m. E. das Vorliegen eines Revisionsgrundes im Haftungsverfahren geprüft werden (dürfen).

Wird eine Grundrechtsverletzung demgegenüber bejaht, heisst das Gericht das gestellte Begehren gut. In der Regel wird der Bürger damit zufrieden gestellt. Er erhält das, was er wollte: Er darf bauen, Waren verkaufen, als Gewerbetreibender tätig sein etc. Das Obsiegen in einem Grundrechtsstreit kann nicht automatisch eine Haftung zur Folge haben, wenn ein Schaden entstanden ist. Es gehört zum Wesen des Rechtsstaates, dass er ein Verfahren zur Prüfung von allfälligen Rechtsansprüchen zur Verfügung stellt. Finanzielle und andere Nachteile, die *verfahrensbedingt* anfallen, haben die Parteien zu tragen bzw. diese werden durch die Regelung der Partei- und Verfahrenskosten kompensiert. Der *Grundsatz der Entschädigungslosigkeit von verfahrensimmanenten Nachteilen* gilt allerdings nicht ausnahmslos.

Der Gesetzgeber hat verschiedene Entschädigungsansprüche für verfahrensbedingte Schäden vorgesehen. So etwa besteht nach VwVG eine *Haftung für willkürliche Zwischenentscheide*. EMRK und kantonale Strafprozessordnungen kennen ferner eine Entschädigungspflicht für eine *ungerechtfertigt ausgestandene Haft*. Eine Haftung besteht schliesslich auch für Verfahrensbeteiligte, die grobfahrlässig oder vorsätzlich unbegründete Rechtsbehelfe ergreifen. Die Entschädigungspflicht wird in diesen Fällen in der Regel nicht durch eine Grundrechtsverletzung ausgelöst. Doch deutet die *Haftung für willkürliche Zwischenentscheide* – das Willkürverbot ist nach Art. 7 BV ein Grundrecht – an, dass dies nicht immer so ist. Es gibt auch Schäden, die als Folge einer Verletzung von Grundrechten vor dem Prozess oder von prozessualen Grundrechten entstehen. Doch dazu später.

B. Kein Verwaltungsverfahren vorhanden

Die Verwaltungsrechtspflegegesetze des Bundes und der Kantone verlangen ein fassbares Anfechtungsobjekt, mithin „Anordnungen der Behörden im Einzelfall“ (Art. 5 Abs. 1 VwVG). Der Bürger ist deshalb bei passiven und faktischen Grundrechtsverletzungen nur ungenügend geschützt ist: kein Anfechtungsobjekt, kein Rechtsschutz! Rechtsschutzdefizite bestehen aber mitunter aber selbst bei aktiven Grundrechtsverletzungen.

Das legislative Unrecht z.B. kann nur bei kantonalen Erlassen in einem Verwaltungsverfahren festgestellt werden. Das Bundesgericht ist im Rahmen des *staatsrechtlichen Beschwerdeverfahrens* letztinstanzlich berechtigt, kantonale Gesetze sowohl akzessorisch als auch konkret auf ihre Verfassungsmässigkeit hin zu überprüfen. Bundesgesetze und Staatsverträge dürfen von ihm und anderen Justizbehörden aber nicht überprüft werden. Selbst wenn sie verfassungswidrig sind, müssen sie gemäss Art. 191 BV zur Anwendung gebracht werden. Das Fehlen eines Rechtsschutzes wird allerdings insoweit gemildert, als der vom Vollzug verfassungswidriger Gesetze Betroffene Rechtsmittel ergreifen kann.

Stand dem geschädigten Bürger überhaupt kein Verfahren zur Verfügung, das Vorliegen einer Grundrechtsverletzung (über)prüfen zu lassen, wusste er mangels Rechtsmittelbelehrung nicht um die Möglichkeit eines solchen Verfahrens oder war ihm die Erhebung von möglichen Rechtsbehelfen unzumutbar, muss der *fehlende präventive Verwaltungsrechtsschutz* durch andere Rechtsbehelfe kompensiert werden, wenn die Grundrechte ausreichend geschützt werden sollen.

Als probates Mittel stellt sich dabei die Staatshaftung zur Verfügung. Die Staatshaftung setzt aber den Eintritt eines Schadens, vorliegend eines Grundrechtsschadens, voraus. Die Staats- bzw. Grundrechtshaftung übt so nur eine *kompensatorische Funktion* aus und kann allfällige Defizite des präventiven Verwaltungsrechtsschutzes nicht oder – etwas milder formuliert – nur ungenügend wettmachen.

IV. Haftungsvoraussetzungen

A. Allgemeines

Der Bund haftet für eine schadenstiftende amtliche Tätigkeit, sofern sie widerrechtlich ist; ein Verschulden des Beamten ist grundsätzlich nicht erforderlich (*Kausalhaftung*). Die meisten Kantone kennen ebenfalls eine ausschliessliche Kausalhaftung. Ausnahmsweise besteht eine *Billigkeitshaftung* für ein rechtmässig schadenstiftendes Verhalten oder wird ein eigentliches Verschulden verlangt. Der Bürger, dessen Grundrechte verletzt wurde, kann in Anbetracht dieser Ausgangslage eine Entschädigung für den dadurch erlittenen Schaden verlangen, wenn er nachweist, dass:

- eine *amtliche Tätigkeit* (Tun oder pflichtwidriges Unterlassen oder Dulden),
- die *widerrechtlich* ist,
- in *rechtserheblicher Weise* (natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang)
- materiellen oder immateriellen *Schaden* verursacht hat, wobei
- ein *Verschuldensnachweis* nur bei der Geltendmachung einer Genugtuung erforderlich ist, und schliesslich
- die *Verjährung* oder *Verwirkung* noch nicht eingetreten sind.

Von besonderem Interesse ist dabei die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit. Der Widerrechtlichkeitsbegriff wird sowohl im öffentlich- als auch im privatrechtlichen Haftungsrecht einheitlich verstanden. Widerrechtlich ist das schadenstiftende Verhalten dann, wenn es entweder *absolut geschützte Rechtsgüter* (Erfolgsunrecht) oder – bei blossen Vermögensschäden – eine *Rechtsnorm mit Schutzcharakter* (Verhaltensunrecht) verletzt. Als absolute Rechtsgüter anerkannt sind Leib und Leben, Freiheit, Eigentum und Persönlichkeit.

Vor diesem Hintergrund wäre an sich zu folgern, dass eine aktive oder pflichtwidrig passive Beeinträchtigung eines grundrechtlich geschützten Lebensbereichs, die nicht gemäss Art. 36 BV gerechtfertigt werden kann, eine Widerrechtlichkeit

darstellt, wenn das fragliche Grundrecht ein absolutes Rechtsgut schützt oder Schutznormcharakter aufweist. Trifft beides nicht zu, ist eine Haftung gleichwohl möglich, wenn Amtspflichten verletzt worden sind, die ihrerseits Schutznormcharakter haben.

B. Entschädigungspositivismus

Das Bundesgericht qualifiziert eine Grundrechtsverletzung, selbst wenn sie rechtskräftig festgestellt wurde und das fragliche Grundrecht absolute Rechtsgüter schützt, nicht per se als Widerrechtlichkeit. Eine Grundrechtshaftung besteht nur dann und insoweit, als eine gesetzliche Entschädigungsnorm besteht (*sog. Entschädigungspositivismus*).

Die Lausanner Richter haben in einem Arzthaftungsfall von 1995 in Bezug auf das *Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit* – notabene ein absolutes Rechtsgut – etwa ausgeführt:

„Das Bundesgericht hat es bisher stets abgelehnt, eine Schadenersatz- bzw. Genugtuungspflicht direkt aus dem Grundrecht der persönlichen Freiheit abzuleiten. Damit richten sich Umfang und Voraussetzungen der Staatshaftung im vorliegenden Fall allein nach der kantonalen Gesetzgebung, für deren richtige Handhabung die primäre Verantwortung beim kantonalen Richter liegt. Auch wenn das kantonale Haftungsrecht für die Frage der Widerrechtlichkeit des beanstandeten Staatsakts an bundesverfassungsrechtliche Gegebenheiten anknüpft, erhält der Schadenersatzanspruch dadurch noch keinen verfassungsrechtlichen Rang; die Abweisung eines solchen Anspruchs stellt selbst keinen Eingriff in das durch den beanstandeten Staatsakt seinerzeit berührte Grundrecht dar. Es geht auch bei einer solchen vorfrageweisen Anwendung von Verfassungsrecht lediglich um die Handhabung des Haftungsgesetzes, welche das Bundesgericht nur unter dem Blickwinkel von Art. 4 BV, das heisst namentlich des Willkürverbots, zu prüfen hat.“

Das Bundesgericht bekennt sich auch in Bezug auf weitere absolute Rechtsgüter zum Entschädigungspositivismus und bejaht etwa eine Haftung im Zusammenhang mit einer ungerechtfertigten Freiheitsentziehung nur dann, wenn eine explizite Gesetzesbestimmung besteht. Begründet wird der Haftungsausschluss – wie Sie gehört haben – mit dem Legalitätsprinzip: Ohne Gesetz, keine Haftung!

Dem Entschädigungspositivismus kann aus mehreren Gründen nicht zugestimmt werden:

- Das Bundesgericht hat mit Bezug auf das absolute Rechtsgut Eigentum ganz zu Beginn ebenfalls den Standpunkt vertreten, eine Enteignungsentschädigung könne nur auf kantonales Verfassungs- bzw. Gesetzesrecht abgestützt werden.
- Diese Meinung – und damit der Entschädigungspositivismus – wurde in der Folge aber aufgegeben. Bis zum Inkrafttreten von Art. 22ter aBV (1969) stützte das Bundesgericht den verfassungsrechtlichen Entschädigungsanspruch dabei auf die damals noch ungeschriebene (!) Eigentumsgarantie ab. Es kommt hinzu, dass zum Schutz des Eigentums – in Anwendung des Gleichbehandlungsgebots – eine Entschädigungspflicht für Sonderopfer und unnütz gewordene Planungskosten bejaht wurde.
- Es ist nicht einzusehen, weshalb dem absoluten Rechtsgut Eigentum gegenüber den ebenfalls absoluten Rechtsgütern Leib und Leben oder Freiheit eine privilegierte Stellung zukommen soll. Wenn überhaupt, wäre das Gegenteil anzunehmen, da Leib und Leben gegenüber Eigentum und Besitz höherrangig sind. Es dürfte deshalb mit dem Willkürverbot und dem Gleichbehandlungsgebot nicht vereinbar sein, im einen Fall eine Haftung zu bejahen, in den anderen Fällen aber nicht.
- Die Lausanner Richter haben zudem anerkannt, dass ein *Anspruch auf Genugtuung* auch ohne ausdrückliche Erwähnung im kantonalen Verantwortlichkeitsgesetz geltend gemacht werden kann, wenn „besondere Umstände“ vorliegen. Die Genugtuung ist aber nichts anderes als ein immaterieller Schadenersatz. Auch diesbezüglich ist unerfindlich, weshalb zwar das immaterielle Leid, nicht aber ein Vermögensschaden bei „besonderen Umständen“ abgegolten werden soll.
- Der Entschädigungspositivismus ist auch insoweit abzulehnen, weil er – in letzter Konsequenz – den gänzlichen Ausschluss einer Haftung für Grundrechtsverletzungen zulassen würde. Das Bundesgericht behält sich immerhin eine Willkürprüfung bei der Anwendung kantonalen Staatshaftungsgesetzes vor, weshalb das kantonale Recht *keinen willkürlichen Haftungsausschluss* vorsehen

darf. Insoweit besteht qua Bundesverfassungsrecht ein (minimaler) Haftungsanspruch für Grundrechtsverletzungen.

- Die höchstrichterliche Zurückhaltung scheint vor dem Hintergrund der *kantonalen Verfassungs- bzw. Staatshaftungswirklichkeit* und der verfassungsmässigen Grundrechtsordnung unangebracht. Zahlreiche Kantone sehen wie der Bund in ihren Verfassungen eine Kausalhaftung für eine widerrechtliche Schadenszufügung durch eine amtliche Tätigkeit vor. Andere Kantonsverfassungen demgegenüber machen einen Vorbehalt und verweisen auf die gesetzliche Ordnung des Staatshaftungsrechts oder enthalten keine Regelung. Der Entschädigungspositivismus könnte so – wenn überhaupt – nur bei Letzteren beiden Kategorien in Frage kommen. Im Staatshaftungsrecht des Bundes und bei den anderen Kantonen ist eine Grundrechtsverletzung als Widerrechtlichkeit zu betrachten.
- Der Entschädigungspositivismus ist nicht zuletzt aus Gründen der bundesverfassungsrechtlichen Grundrechtsordnung abzulehnen. Die Grundrechte können im Rahmen von Art. 36 BV zwar beeinträchtigt, dürfen aber nicht ihres Kerngehaltes entleert werden. Es wäre mit der *Kerngehaltsgarantie* unvereinbar, wenn eine Grundrechtsverletzung, sogar wenn sie in einem förmlichen Verfahren festgestellt wurde, sanktionslos bliebe. Dies trifft vor allem für die zwingenden Grundrechte zu, die – selbst im Krieg – nicht eingeschränkt werden dürfen.

C. Grundrechtshaftung als Verfassungsgrundsatz

Die Staatshaftung für ein grundrechtswidriges Verhalten ist insoweit aus verfassungsrechtlichen Gründen unabdingbar und stellt einen *Verfassungsgrundsatz* dar. Die Entschädigungspflicht folgt dabei nicht indirekt gestützt auf das Gleichbehandlungsgebot, sondern direkt aus dem fraglichen Grundrecht. Die in der Bundesverfassung und den Kantonsverfassungen explizit aufgeführten *Grundrechtshaftungstatbestände* stellen nach dieser Betrachtungsweise *Konkretisierungen einer vorbestehenden Grundrechtshaftung* und nicht Ausnahmehaftungstatbestände dar.

Bei der Ausgestaltung der Haftung ist dem zuständigen Gemeinwesen in Anwendung der ebenfalls in der Verfassung vorgegebenen Grundsätze, insbesondere der Souveränität der Kantone und dem Grundsatz der Wahrung des öffentlichen Inter-

esses, ein *Gestaltungsspielraum* zuzubilligen. Ein Autonomiebereich ist insbesondere in Bezug auf die Fragen zu bejahen, ob eine Verschuldens- oder Kausalhaftung, eine subsidiäre oder ausschliessliche Staatshaftung, eine Haftung für eine widerrechtliche oder auch eine rechtmässige Schadenszufügung vorgesehen werden soll. Die Regelungsfreiheit wird aber überstrapaziert, wenn die Kantone im Rahmen des Willkürverbotes in Bezug auf die Sanktionierung von in der Bundesverfassung garantierten Grundrechten gänzlich frei legislieren oder eine Grundrechtsverletzung nicht als Widerrechtlichkeit erklären könnten.

Ein Haftungsausschluss für *Grundrechte, die absolute Rechtsgüter schützen, oder für schwere Grundrechtsverletzungen* ist nach der vorliegend vertretenen Auffassung verfassungswidrig. Das Vorliegen einer solcherart qualifizierten Grundrechtsverletzung führt allerdings nicht automatisch zu einer Haftung. Erst wenn die weiteren Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind, besteht ein Haftungsanspruch. Dazu gäbe es noch einiges zu sagen. Erwähnt sei nur die Fristproblematik, mit der sich das Bundesgericht im bekannten Spring-Fall unlängst auseinandergesetzt hat. Doch die Zeit drängt; ein Blick in die Runde bestätigt zudem flehende Hungeraugen! Immerhin ist es noch nicht ganz so schlimm, wie es bei Matthäus Kapitel 25, Vers 5 heisst: Da „wurden sie alle schläfrig und schliefen ein!“ Nun gut, es sind ja auch keine „törichten Jungfrauen“ im Saal.

Meine sehr verehrten Damen und Herren, lassen Sie mich deshalb wie angekündigt zur besonderen Problematik der Haftung für ein rechtsgleichheitswidriges Verhalten überleiten.

V. Haftung für ein rechtsgleichheitswidriges Verhalten

A. Allgemeines

Die verfassungsmässige Rechtsgleichheitsgarantie von Art. 8 BV beinhaltet verschiedene Garantien. In Art. 8 Abs. 1 BV wird das allgemeine Gleichbehandlungsgebot festgeschrieben. Aus diesem leiten Lehre und Rechtsprechung im Wesentlichen zwei Garantien ab: Das *Differenzierungsgebot* und das *Rechtsverweigerungsverbot*. Die neue Bundesverfassung enthält in Art. 8 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 ein allgemeines und besonderes *Diskriminierungsverbot*. In Art. 8 Abs. 3 Satz 2 und

Abs. 4 schliesslich werden zwei *Egalisierungsgebote* festgeschrieben. Diese erteilen dem Gesetzgeber den Auftrag, Massnahmen für die Gleichstellung von Frauen und Behinderten zu ergreifen.

B. Rechtsgleichheit als absolutes Rechtsgut oder Schutznorm mit Individualcharakter?

Die Rechtsgleichheitsgarantie entspricht strukturell einem *absoluten Rechtsgut*. Fehlen eine sachliche Begründung (beim Gleichbehandlungsgebot) bzw. eine qualifizierte Begründung (beim Diskriminierungsverbot), liegt eine Grundrechtsverletzung vor, die keiner weiteren Rechtfertigung, insbesondere gestützt auf Art. 36 BV, zugänglich ist. Konsequenterweise ist deshalb davon ausgehen, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes oder des Diskriminierungsverbotes immer eine *unwiderlegbare Widerrechtlichkeitsvermutung* auslöst. Das Bundesgericht teilt grundsätzlich diese Auffassung, so etwa in BGE 107 Ib 160 E. 3, macht in anderen Fällen, insbesondere die Haftung für eine Rechtsverweigerung, aber von einer eigentlichen Amtspflichtverletzung abhängig. Art. 8 BV wird diesbezüglich zu Unrecht zu einer Verfassungsnorm herabgestuft, die weder ein absolutes Rechtsgut beinhaltet noch selbst Schutznormcharakter aufweist. Es ist zudem mit der Natur der Kausalhaftung (Erfolgshaftung) unvereinbar, eine Sorgfaltspflichtverletzung (Verschuldenshaftung) zu verlangen.

Die Rechtsgleichheit weist darüber hinaus eine enge Verwandtschaft mit der Chancengleichheit auf. Diese wird in Art. 2 Abs. 3 BV als *allgemeines Verfassungsziel* erklärt und bildet zudem Gegenstand der besonderen Gesetzgebungsaufträge von Art. 8 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4 BV. Genauso wie die Rechtsgleichheit in diesem mehr programmatischen Bereich garantieren auch andere Grundrechte nicht nur absolute Rechtsgüter, sondern oft nur blosser Teilhaberechte oder Chancen. Die *sozialen Teilhaberechte* gewähren dem Einzelnen das Recht, am gesellschaftlichen Leben teilzunehmen. So darf man sich mit anderen versammeln und zu Interessengruppen zusammenschliessen sowie seine Meinung bilden und kundtun. Die *wirtschaftlichen Teilhaberechte* ermöglichen es dem Bürger, als Produzent oder Konsument am Wirtschaftsleben zu partizipieren. Die Chancengleichheit soll zunächst durch eine einheitliche Grundschulausbildung ermöglicht werden. Hernach kann

der Einzelne seinen Beruf frei wählen und seine Berufstätigkeit im Rahmen der geltenden Marktordnung ausüben.

Die sozialen und wirtschaftlichen Teilhaberechte verbürgen – im Verhältnis zum Staat – bloss eine *Chancengleichheit*. Entsteht ein Schaden, weil sich das Individuum in Ausübung der ihm gewährten Chancen dem gesellschaftlichen bzw. wirtschaftlichen Geschehen ausgesetzt hat, trägt der Staat grundsätzlich keine Verantwortung. Er ist erst dann verantwortlich, wenn er *pflichtwidrig* diese Chancengleichheit untergräbt, sei es, weil er besondere Schutzpflichten, insbesondere Egalisierungsgebote, nicht innert nützlicher Frist umsetzt oder bestehende Eingriffs- bzw. Leistungsnormen in Verletzung des Differenzierungs- oder des Rechtsverweigerungsverbots missachtet.

Meine sehr geehrte Damen und Herren, lassen sie mich deshalb die Haftungsproblematik bei der Verletzung des Differenzierungsgebots, des Rechtsverweigerungsverbots und des Diskriminierungsverbots etwas genauer betrachten.

C. Haftung für eine Verletzung des Differenzierungsgebots

Das *Verbot unsachlicher Differenzierung* verpflichtet Gesetzgeber und Rechtsanwender beim Erlass und Vollzug von Normen keine Unterscheidungen vorzunehmen, die sich nicht auf vertretbare, sachliche Gründe abstützen lassen. Im Bereich der wirtschaftlichen Teilhaberechte wird das allgemeine Differenzierungsgebot durch den *Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden* konkretisiert. Dieser Grundsatz fliesst nach der neueren Praxis des Bundesgerichts direkt aus der Wirtschaftsfreiheit und verpflichtet den Staat zu einer über das allgemeine Gleichbehandlungsgebot hinausgehenden *Wettbewerbsneutralität* in der Behandlung direkter Konkurrenten. Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität gilt in allen Bereichen staatlicher Wirtschaftsgesetzgebung. Der Staat darf insbesondere nicht bei der Benutzung öffentlichen Grundes, bei staatlichen Förderungsmassnahmen oder bei fiskalischen Belastungen einzelnen Gewerbetreibenden gegenüber ihren direkten Konkurrenten ungerechtfertigte wirtschaftliche Vorteile verschaffen.

Eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsneutralität stellt einen *qualifizierten Eingriff* in das Verbot der unsachlichen Differenzierung dar und ist dann wider-

rechtlich, wenn die fragliche Massnahme nicht gerechtfertigt werden kann. In einem solchen Fall ist eine Entschädigungspflicht zu bejahen, wenn das wettbewerbswidrige Verhalten den Schaden verursacht hat und rechtskonformes Verhalten geeignet gewesen wäre, den eingetretenen Schaden erfahrungsgemäss zu verhindern.

Bei der Beurteilung der Haftungsvoraussetzungen im Zusammenhang mit der Schädigung eines Mitkonkurrenten durch staatliches Verhalten prüft das Bundesgericht regelmässig nicht die Verletzung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität, sondern macht die Widerrechtlichkeit zu Unrecht von der Frage abhängig, ob die als verletzt gerügten Gesetzesbestimmungen einen Individualschutzcharakter aufweisen. Trifft dies nicht zu, scheidet eine Haftung, obwohl das pflichtwidrige Verhalten einen direkten Konkurrenten bevorteilt und der Schaden durch ein rechtskonformes Verhalten hätte verhindert werden können.

Eine solche Konstellation lag etwa BGE 94 I 628 zu Grunde. Im fraglichen Entscheid bejahte das Bundesgericht zwar eine Pflichtwidrigkeit des Starkstrominspektorates, sprach aber den verletzten Normen keine Schutzwirkung zu Gunsten der Händler mit Elektrowaren zu. Dieser Entscheid wurde von einem Teil der Lehre mit dem zutreffenden Argument kritisiert, dass Kontrollvorschriften wettbewerbswirksam sind, weshalb sowohl ein Schutznormverstoss vorlag als auch die Adäquanz hätte bejaht werden müssen.

D. Haftung für eine Verletzung des Rechtsverweigerungsverbots

1. Allgemeines

Das *Rechtsverweigerungsverbot* verpflichtet rechtsanwendende Behörden, Gesetze im richtigen Verfahren und gegenüber allen Rechtsadressaten gleich anzuwenden, und rechtsetzende Behörden, innert zumutbarer Frist verfassungskonform zu liefern. Werden die verfahrensrechtlichen Grundsätze missachtet, liegt eine *formelle Rechtsverweigerung* vor. Wird das geltende Recht ungleich angewendet, spricht man von einer *materiellen Rechtsverweigerung*.

Eine formelle Rechtsverweigerung bleibt auf Grund des gerichtlichen Instanzenzugs in der Regel folgenlos. Die angerufenen Richter stellen eine solche fest, heben

den vorinstanzlichen Entscheid auf und weisen die Sache an das fehlbare Gericht zurück, damit dieses rechtskonform entscheide. Ausnahmsweise wird von der Heilung eines Verfahrensmangels ausgegangen; in diesem Fall entscheidet die obere Instanz direkt den Rechtsstreit, wenn sie sich damit überhaupt befassen muss. Eine ähnliche Ausgangslage besteht bei der materiellen Rechtsverweigerung. Der vorinstanzliche Richter entschied zwar im korrekten Verfahren, aber qualifiziert unrichtig, wie sich nachträglich herausstellt.

Das Wartenmüssen auf die richtige Entscheidung kann genauso einen Schaden bewirken wie das Wartenmüssen auf die Wiederholung eines rechtskonformen Verfahrens. Die obsiegende Partei erleidet in beiden Fällen einen Schaden. Sie wurde – wie sich nachträglich herausstellte – zu Unrecht in einen Rechtsstreit verwickelt und erhält dafür eine Parteientschädigung, mit der der gesamte Verfahrensschaden als abgegolten betrachtet wird. Von den verfahrensimmanenten Nachteilen zu unterscheiden ist – wie ich bereits angeregt habe – der Schaden, der entsteht, weil *vorprozessual eine Grundrechtsverletzung* erfolgte oder *prozessuale Grundrechte* verletzt wurden.

Mit der Parteientschädigung werden die zu erwartenden Verfahrenskosten pauschal abgegolten, nicht aber zusätzliche Verfahrenskosten infolge einer Rechtsverweigerung (Justizschaden) oder ein vorprozessual entstandener Grundrechtsschaden. Eine gesetzliche Entschädigungspflicht wird für den Justizschaden – ich meine damit den Schaden, der als Folge einer Rechtsverweigerung entsteht – in der Regel nicht vorgesehen. Vereinzelt erwähnt das Gesetz eine Entschädigungspflicht ausdrücklich oder beschränkt sie. Einige kantonale Staatshaftungsgesetze schliessen eine Entschädigungspflicht für einen Justizschaden aus, insbesondere wenn die Rechtsmittel nicht voll ausgeschöpft wurden, bzw. sehen sie nur bei einem schweren Verschulden (Arglist oder auch bei Grobfahrlässigkeit) der rechtsanwendenden Behörden vor. Das Bundesgericht vertritt letzteren Standpunkt und macht eine Haftung vom Vorliegen einer expliziten Haftungsnorm und zudem einer *wesentlichen Amtspflichtverletzung* abhängig.

Die Haftungsbeschränkung wird vom Bundesgericht mit dem Legalitäts- und dem Rechtskraftprinzip begründet. Diese Argumentation ist – nicht nur hinsichtlich des Entschädigungspositivismus – unzutreffend. Das Rechtskraftprinzip will die Ein-

maligkeit des Rechtsschutzes garantieren und verhindern, dass ein rechtskräftiger Entscheid in Bezug auf die verneinte Grundrechtsverletzung im Haftungsprozess nochmals in Frage gestellt wird. Der Schutz rechtskräftiger Urteile dient aber ausschliesslich dem Rechtsfrieden und nicht dem Schutz der richterlichen Unabhängigkeit.

Der Haftungsausschluss bei leichtfahrlässigen Verfahrensfehlern liesse sich einzig mit dem Schutz der richterlichen Unabhängigkeit begründen. Der Richter soll im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens auch über umstrittene Probleme frei entscheiden können, ohne befürchten zu müssen, eine Haftung auszulösen. Da sowohl im Bund als auch in den meisten Kantonen eine ausschliessliche Kausalhaftung besteht, ist aber kein Grund ersichtlich, weshalb ein Haftungsprivileg des Staates bestehen soll. Für den Schutz der richterlichen Unabhängigkeit ist ein Regressprivileg des fehlbaren Beamten bzw. Richters ausreichend.

2. Haftung für eine verfassungswidrige Gesetzgebung

Die rechtsetzenden Behörden sind ebenfalls an die Rechtsgleichheit und die anderen Grundrechte gebunden. Bundesgesetze und Staatsverträge sind allerdings für den Rechtsanwender verbindlich. Eine *Haftung für eine verfassungswidrige Gesetzgebung* fällt vor diesem Hintergrund nur für die von Art. 191 BV nicht erfassten Erlasse in Betracht. Könnte nämlich der Bürger Schadenersatzansprüche für die Folgen eines verfassungswidrigen Bundesgesetzes oder Staatsvertrages geltend machen, so käme das einer Umgehung des Anwendungsgebotes gleich. Die einschlägigen Haftungsgesetze schliessen zudem oft das Parlament als Gesamtorgan – nicht aber einzelne Parlamentarier – vom Anwendungsbereich aus, weshalb eine Haftung für eine verfassungswidrige Gesetzgebung wegen des Entschädigungspositivismus auch aus diesem Grund nicht möglich ist.

Der Haftungsausschluss wird insoweit relativiert, als einerseits verfassungswidrige kantonale Erlasse und andererseits Rechtsanwendungsakte, die gestützt auf verfassungswidriges Recht ergehen, angefochten werden können. Verstösst die kantonale Steuergesetzgebung z.B. gegen das Gleichbehandlungsgebot, kann der Betroffene die Grundrechtsverletzung im einschlägigen Steuerbeschwerdeverfahren feststellen lassen. Das Bundesgericht bekennt sich zwar zum *Grundsatz, dass verfassungswid-*

riges Recht von den kantonalen Gerichten nicht angewendet werden darf, übt aber grosse Zurückhaltung mit der Kassation von Rechtsnormen und begnügt sich in der Regel mit der blossen Feststellung verfassungswidrigen Rechts. Dies hat im besagten Beispiel zur Folge, dass Herr und Frau Schweizer verfassungswidrige und damit zu viel Steuern bezahlen. Kurzum es entsteht ein ungedeckter Grundrechtsschaden.

Aber selbst ein präventiver Verwaltungsrechtsschutz kann mitunter den Eintritt eines Schadens nicht verhindern. Führt bereits der Erlass eines verfassungswidrigen Gesetzes zu einem Schaden, nützt der beste Verwaltungsrechtsschutz nichts. Kann der fragliche Erlass zudem nicht angefochten werden, hat der Bürger überhaupt keine Möglichkeit, die Widerrechtlichkeit des Gesetzes und damit die Schädigung feststellen zu lassen. In *Analogie zur Staatshaftung für Realakte* sollte eine Haftung bejaht werden. Es ist nämlich nicht einzusehen, warum der Geschädigte bei einer faktischen Schadenszufügung durch Exekutivorgane Ersatz verlangen kann, bei derselben Schädigung durch ein Legislativorgan aber leer ausgehen soll. Allgemein staatspolitische Überlegungen oder Regressschwierigkeiten gegenüber dem Legislativorgan bzw. einzelnen Mitgliedern (Parlamentarier, Stimmbürger) rechtfertigen ebensowenig eine Haftungsprivilegierung wie im vorerwähnten Fall des judikativen Unrechts.

Das Bundesgericht betont ebenfalls, dass der kantonale Gesetzgeber innert zumutbarer Frist einen verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen hat, und lässt eine Haftung für normatives Unrecht zumindest von Exekutivbehörden (Bundesrat, Bundesverwaltung) zu, wenn diese in gesetzgeberischer Funktion Schaden verursachen. Ein allfälliger Schaden, der aus der rechtsverweigernden Untätigkeit des Gesetzgebers entsteht, kann letztlich nur im Rahmen der Staatshaftung kompensiert werden, weshalb *de lege lata et ferenda* generell eine Staatshaftung für rechtswidrige, insbesondere grundrechtswidrige Gesetzgebungsakte zu fordern ist. Da die Bundesverfassung vom *Vorrang des zwingenden Völkerrechts* ausgeht – ich erinnere an Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV –, ist eine Staatshaftung auch für völkerrechtswidrige Bundesgesetze und Staatsverträge zu bejahen, wenn zwingende Grundrechte verletzt werden.

Die Haftung für normatives Unrecht ist in anderen Staaten ebenfalls anerkannt. Auf europäischer Ebene sieht Art. 288 Abs. 2 EGV eine *Haftung der Gemeinschaft* für eine Schädigung durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit vor. Praxisgemäss haftet die Gemeinschaft auch für die Tätigkeit ihrer Legislativorgane. Der Europäische Gerichtshof hat sich ferner 1991 im Urteil *Francovich* zum Grundsatz der *Haftung der Mitgliedstaaten* für Schäden bekannt, die dem Einzelnen durch dem Mitgliedstaat zuzurechnende Verstösse gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen. Die seitherige Praxis hat dabei klargestellt, dass die Haftung auch für legislatives Unrecht besteht. Was soll geschehen, wenn das Nichtmitglied Schweiz seinen Verpflichtungen im Rahmen der bilateralen Abkommen nicht nachkommt? Können EU-Bürger gestützt auf die *Francovich*-Praxis Schadenersatz auch dann verlangen, wenn unser Parlament schuld ist? Ich lasse diese spannende Frage unbeantwortet und möchte noch ein paar wenige Bemerkungen zur Haftung für eine Verletzung des Diskriminierungsverbots machen.

E. Haftung für eine Verletzung des Diskriminierungsverbots

Das Diskriminierungsverbot untersagt staatlichen Behörden, Personen auf Grund bestimmter verpönte persönlicher Eigenschaften, namentlich wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters oder einer Behinderung, zu diskriminieren, also rechtlich oder tatsächlich ungleich zu behandeln. Auf Grund der strukturellen Vergleichbarkeit des Gleichbehandlungsgebotes bzw. des Differenzierungsgebots mit dem Diskriminierungsverbot ist es nahe liegend, die für eine Verletzung des Differenzierungsgebots geltenden Haftungsgrundsätze auch bei einer Verletzung des Diskriminierungsverbotes anzuwenden. Eine verpönte eigenschaftsbedingte Ungleichbehandlung, die nicht qualifiziert gerechtfertigt werden kann, begründet dermassen eine unwiderlegbare Widerrechtlichkeitsvermutung und löst eine Haftung des Staates aus, wenn eine amtliche Diskriminierung zu einem Schaden führt.

Vor dem Hintergrund des Entschädigungspositivismus wäre eine Haftung nur beim Vorhandensein einer expliziten Haftungsnorm denkbar. Ich will das Für und Wider dieses Dogmas an dieser Stelle nicht wieder aufwärmen, sondern festhalten, dass sowohl der Verfassungs- als auch der Gesetzgeber eine Entschädigungspflicht in den Fällen einer Geschlechter- und Behindertendiskriminierung ausdrücklich vor-

sehen. Erwähnen möchte ich an dieser Stelle nur den in Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV statuierten Entschädigungsanspruch bei einer *Lohndiskriminierung*. Aus zeitlichen Gründen kann ich an dieser Stelle leider nicht auf die Haftungsnormen der beiden Gleichstellungsgesetze eingehen. Ich muss Sie diesbezüglich auf den bald einmal erscheinenden Artikel vertrösten.

Meine sehr verehrten Damen und Herren. Ich komme zum Schluss und mache es kurz. Eine Restitution von Schäden, die als Folge einer Grundrechtsverletzung eingetreten sind, erfolgt im geltenden Recht nur ungenügend. Das Verwaltungsverfahrenrecht ist ausser Stande, Grundrechtsschäden zu verhindern oder zu beseitigen. Es braucht eine eigentliche Grundrechtshaftung. Sowohl die allgemeine Haftungstheorie als auch die Haftung bei einer Verletzung der Rechtsgleichheit sind aber in zahlreichen Punkten widersprüchlich. Wenn ich Sie für die Problematik sensibilisieren und sogar ein paar mögliche Lösungsansätze skizzieren konnte, bin ich zufrieden.

Es bleibt mir das Privileg, für Ihre Aufmerksamkeit zu danken und Ihnen zur morgigen Bundesratswahl viel Vergnügen zu wünschen. Kommen Sie gut nach Hause!