



DIKE VERLAG AG
CH-8853 LACHEN



AJP/PJA 2005 S. 379-412

DIE GRUNDRECHTSHAFTUNG HAFTUNG FÜR GRUNDRECHTSWIDRIGES VERHALTEN UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER VERLETZUNG DER RECHTSGLEICHHEITSGARANTIE (ART. 8 BV)

La Constitution fédérale et d'innombrables traités internationaux protègent les droits fondamentaux. Or tous ces textes sont muets par rapport à la réparation du dommage à la suite d'une violation d'un droit fondamental. L'article traite de la responsabilité basée sur la violation d'un droit fondamental. Dans la première partie, l'auteur décrit les bases d'une telle responsabilité. La deuxième partie est consacrée à l'analyse de la responsabilité lors d'une violation de la garantie de l'égalité de droit (art. 8 Cst). Contrairement à la pratique, l'auteur est de l'avis que la violation d'un droit fondamental est illicite, entraînant ainsi la responsabilité de l'Etat .

(trad. Flurin von Planta)

PD DR. IUR. HARDY LANDOLT, LL.M., RECHTSANWALT, GLARUS *

**** AJP/PJA 2005 Seite 379 ****

Inhaltsübersicht:

I. EINLEITUNG

II. BEGRIFF UND ERSCHEINUNGSFORMEN DER GRUNDRECHTSVERLETZUNG

A. Begriff

B. Erscheinungsformen

1. Aktive Grundrechtsverletzung
2. Passive Grundrechtsverletzung
3. Rechtliche Grundrechtsverletzung
4. Faktische Grundrechtsverletzung

III. GRUNDPRINZIPIEN DER GRUNDRECHTSHAFTUNG

A. Allgemeines

B. Grundrechtshaftung als Anwendungsfall der Staatshaftung

C. Besonderheiten der Grundrechtshaftung

1. Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsschutzes
2. Keine Grundrechtshaftung beim Fehlen einer gesetzlichen Entschädigungsnorm (sog. Entschädigungspositivismus)
3. Subsidiarität des (immateriellen) Schadenersatzes gegenüber anderen Sanktionsarten
4. Nichtverwirkbarkeit der Grundrechtshaftung

IV. GRUNDRECHTSHAFTUNG FÜR EINE VERLETZUNG DES RECHTSGUTES "Gleichheit"

- A. Überblick über die verfassungsmässigen Gleichheitsgarantien
 1. *Gleichbehandlungsgebot*
 2. *Diskriminierungsverbot*
 3. *Egalisierungsgebot*
- B. Gleichbehandlungsgebot als Haftungsgrundlage
- C. Haftung bei einer Verletzung der verfassungsrechtlichen Gleichheitsgarantien
 1. *Allgemeines*
 2. *Haftung bei einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots*
 3. *Haftung bei einer Verletzung des Diskriminierungsverbots*
 4. *Haftung bei einer Verletzung des Egalisierungsgebots*

V. Anhang

I. Einleitung

Die Bundesverfassung ¹ und zahlreiche internationale Abkommen ² schützen die Menschen- bzw. Grundrechte ³. 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 ⁴ und Leben ⁵, Freiheit ⁶, Persönlichkeit ⁷, Eigentum ⁸ und Gleichheit ⁹.

Was soll geschehen, wenn die Grundrechte verletzt werden? Man möchte meinen, dass die Dinge einfach sind: Wird ein Grundrecht verletzt und entsteht ein Schaden, haftet der pflichtvergessene Staat genauso wie der Private, der widerrechtlich oder absichtlich sittenwidrig handelt ¹⁰. 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 zu bejahen, wenn das schadenverursachende Verhalten eine amtliche Tätigkeit darstellt.

**** AJP/PJA 2005 Seite 380 ****

Der Verfassungsgeber äussert sich - im Abschnitt über die Grundrechte (Art. 7 ff. BV) - nicht ausdrücklich dazu, welche Sanktionen gelten, wenn ein Grundrecht verletzt wurde ¹¹. 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 ¹². Der vorliegende Aufsatz folgt jedoch dem Bestreben, in einem ersten Teil die *Grundstrukturen der schweizerischen Grundrechtshaftung* darzustellen. Der zweite Teil widmet sich nach einem Überblick über die Entschädigungsnormen bei einer Verletzung der Rechtsgüter "Gesundheit", "Freiheit" und "Eigentum" der *Haftung für rechtsgleichheitswidriges Verhalten*.

II. Begriff und Erscheinungsformen der Grundrechtsverletzung**A. Begriff**

Eine Grundrechtsverletzung liegt nicht bereits dann vor, wenn ein grundrechtlich geschützter Lebensbereich von einer Person beeinträchtigt wird, die die Grundrechte zu respektieren hat ¹³. Erst und nur dann, wenn feststeht, dass die Voraussetzungen von Art. 36 BV (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit und Kerngehaltsgarantie) nicht erfüllt sind, stellt die Beeinträchtigung eine eigentliche Verletzung dar und kann von einer Widerrechtlichkeit gesprochen werden. Eine blosser Grundrechtsbeeinträchtigung kann nur dann zu einer Haftung führen, wenn im eidgenössischen oder kantonalen Recht ausnahmsweise eine Haftung für eine rechtmässige Schadenszufügung vorgesehen wird ¹⁴.

**** AJP/PJA 2005 Seite 381 ******B. Erscheinungsformen****1. Aktive Grundrechtsverletzung**

Im Regelfall wird das fragliche Grundrecht durch ein aktives Verhalten verletzt. Der abgewiesene Asylbewerber wird z.B. mit Gewalt aus der Zelle in ein Flugzeug verbracht und im Heimatstaat den Behörden übergeben oder stirbt an den Folgen von polizeilichen oder ärztlichen Zwangsmassnahmen. Das Tun kann auch weniger gewaltintensiv oder sogar gewaltfrei sein. Der frischgebackene Selfmade-Millionär möchte eine Ferrari-Garage mit kleinem Werkstattbetrieb in der Wohnzone bauen, die Baubewilligungsbehörde verweigert ihm aber - völlig zu Unrecht, wie sich nachträglich herausstellt - die Baubewilligung, weil sie keinen Gewerbebetrieb im Villenquartier möchte.

2. Passive Grundrechtsverletzung

Dieser Fall macht anschaulich, dass nicht immer ein ausschliesslich aktives Verhalten vorliegt. Die Baubewilligungsbehörde muss zwar die Gesuchsunterlagen studieren, der ablehnende Entscheid - das Verweigern - stellt letztlich ein Unterlassen dar. Passive Grundrechtsverletzungen liegen in den Fällen vor, in denen staatliche Organe durch ein pflichtwidriges Unterlassen oder Dulden eines Drittverhaltens eine grundrechtlich geschützte Erwartungshaltung des Geschädigten zu Unrecht beeinträchtigen.

Die Pflichtwidrigkeit besteht - aus beamtenrechtlicher Sicht - in einer Amtspflichtverletzung oder allgemeiner gesprochen in einer *Sorgfaltspflichtverletzung* ¹⁵. Der Schädiger hätte auf Grund der besonderen Verhältnisse nicht untätig bleiben dürfen, sondern sich so verhalten müssen, dass das fragliche Grundrecht nicht verletzt worden wäre. Die Crux besteht darin, dass die Sorgfaltspflichten in Bezug auf die Achtung der Grundrechte in der Bundesverfassung nur rudimentär geregelt sind, weshalb im konkreten Einzelfall bestimmt werden muss, welchem Anforderungsprofil hätte genügt werden müssen ¹⁶.

Aus der Verfassung lassen sich zwar *allgemeine* ¹⁷ und *besondere Schutzpflichten* ableiten ¹⁸. Besondere Schutzpflichten bestehen insbesondere im Zusammenhang mit einzelnen Verfassungsbestimmungen ¹⁹ und grundlegenden Grundrechten ²⁰. Aus den Schutzpflichten können jedoch regelmässig nicht konkrete Verhaltensanweisungen

**** AJP/PJA 2005 Seite 382 ****

abgeleitet werden, weshalb im Einzelfall oft unklar ist, ob die behördliche Passivität pflichtwidrig bzw. für den Schadenseintritt kausal war ²¹. Diese Schwierigkeit stellt sich insbesondere dann, wenn das nachrangige Gesetzesrecht *keine Handlungspflicht*, sondern nur ein Handlungsrecht vorsieht ²².

3. Rechtliche Grundrechtsverletzung

Aktive und passive grundrechtsverletzende Verhaltensmuster manifestieren sich im Regelfall in einer normativen Form. Rechtsanwendende Behörden - in den vorstehenden Beispielen etwa die Polizei und die Baubewilligungsbehörde - 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 ²³. 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 ²⁴, vor, deren (drohender) Vollzug in die grundrechtlich geschützten Rechtsgüter eingreift. Er kann aber auch bestimmten Personengruppen Grundrechte oder andere Rechte ²⁵ vorenthalten, sie gar diskriminieren ²⁶, oder zumindest nicht die Massnahmen ergreifen, die zum Schutz eines einzelnen Grundrechts erforderlich wären.

Das legislative Unrecht kann nur bei kantonalen Erlassen in einem Verwaltungsverfahren festgestellt werden. Das Bundesgericht ist im Rahmen des *staatsrechtlichen Beschwerdeverfahrens* berechtigt, sowohl akzessorisch als auch konkret zu überprüfen, ob ein kantonaler Erlass die verfassungsmässigen Grundrechte verletzt ²⁷. Solches ist im Bund nicht möglich. Bundesgesetze und Staatsverträge dürfen nicht überprüft werden ²⁸. Zulässig ist nur die akzessorische Kontrolle von Verordnungen ²⁹. Das *Fehlen eines präventiven Rechtsschutzes* wird allerdings insoweit gemildert, als der vom Vollzug Betroffene Rechtsmittel ergreifen kann.

**** AJP/PJA 2005 Seite 383 ******4. Faktische Grundrechtsverletzung**

Überhaupt kein Rechtsschutz besteht in all jenen Fällen, in denen das grundrechtsverletzende Verhalten bloss faktisch erfolgt ³⁰. Die polizeiliche oder militärische Aufgabenerfüllung z.B. verlangt oft ein unmittelbares Handeln, ohne dass vorgängig eine Verfügung erlassen wird, die angefochten werden könnte. Genauso formlos handeln Ärzte und Pflegeperson in öffentlichen Krankenanstalten. Besteht kein nachträgliches Verwaltungsverfahren ³¹, hat der Bürger, in dessen Grundrechte eingegriffen wurde, keine Möglichkeit, das Vorliegen einer allfälligen Grundrechtsverletzung in einem Verfahren feststellen zu lassen ³².

III. Grundprinzipien der Grundrechtshaftung**A. Allgemeines**

Tritt als Folge einer rechtlichen oder faktischen Grundrechtsverletzung ein Schaden ein, stellt sich die Frage, ob eine Staats- oder - gegenüber grundrechtsverpflichteten Privaten - eine Delikts- oder Vertragshaftung besteht ³³. Der Bund, nicht aber dessen Funktionäre, haftet für eine schadenstiftende amtliche Tätigkeit, sofern sie widerrechtlich ist ³⁴; ein Verschulden des Beamten ist grundsätzlich nicht erforderlich (ausschliessliche Kausalhaftung). Die meisten Kantone kennen ebenfalls eine ausschliessliche Kausalhaftung.

Ausnahmsweise besteht eine *Billigkeitshaftung* für ein rechtmässig schadenstiftendes Verhalten. Eine Ersatzpflicht für rechtmässiges Handeln wird, soweit keine gesetzliche Sondernorm für eine solche Haftung besteht, vom Bundesgericht nicht anerkannt. Sie käme praxisgemäss, wenn überhaupt, höchstens bei behördlichen Eingriffen in absolut geschützte Rechtsgüter der Privaten in Frage ³⁵. Wie in Art. 26 Abs. 2 der Bundesverfassung finden sich in einigen Kantonsverfassungen ebenfalls entsprechende Entschädigungsnormen für Enteignungen bzw. ausnahmsweise andere Grundrechtsverletzungen ³⁶. Die kantonalen Staatshaftungsgesetze sehen ebenfalls nur ausnahmsweise eine Haftung für eine rechtmässige Schädigung aus Gründen der Billigkeit ³⁷ bzw. im Zusammenhang mit polizeilichen Massnahmen vor ³⁸. Die Billigkeitshaftung bezweckt die

**** AJP/PJA 2005 Seite 384 ****

Restitution von Schäden, die als Folge rechtmässiger Eingriffe in absolute Rechtsgüter Unbeteiligter, d.h. von Personen, die weder Verhaltens- noch Zustandsstörer sind, entstehen ³⁹.

B. Grundrechtshaftung als Anwendungsfall der Staatshaftung

Der Bürger, dessen Grundrechte verletzt wurde, kann in Anbetracht dieser Ausgangslage eine Entschädigung für den Schaden, der als Folge einer erlittenen Grundrechtsverletzung eingetreten ist, verlangen, wenn er nachweist, dass:

- eine *amtliche Tätigkeit* (Tun oder pflichtwidriges Unterlassen oder Dulden) ⁴⁰,
- die *widerrechtlich* ist,
- in *rechtserheblicher Weise* (natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang) ⁴¹
- materiellen oder immateriellen *Schaden* verursacht hat ⁴², wobei
- ein *Verschuldensnachweis* ⁴³ nur bei der Geltendmachung einer Genugtuung erforderlich ist ⁴⁴, und schliesslich
- die *Verjährung* oder *Verwirkung* ⁴⁵ noch nicht eingetreten sind.

Entschädigungen für Grundrechtsverletzungen müssen, je nachdem, ob eine Bundes- oder Kantonsbehörde die Grundrechtsverletzung begangen hat, bei der nach den jeweiligen Staatshaftungsgesetzen zuständigen Behörde geltend gemacht werden. Das eine Grundrechtsverletzung bejahende Sachgericht kann keine Entschädigung zusprechen, gleichwohl aber die Grundrechtsverletzung im Urteilsdispositiv feststellen ⁴⁶.

C. Besonderheiten der Grundrechtshaftung

1. Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsschutzes

a. Vorgängiges Verwaltungsverfahren

1) Rechtskräftig verneinte Grundrechtsverletzung

Das Vorliegen einer Grundrechtsverletzung wird - wie bereits erwähnt - in der Regel, aber nicht immer, vorgängig in einem Verwaltungsverfahren festgestellt. Wird eine Grundrechtsverletzung rechtskräftig verneint, kommt dem Entscheid Bindungswirkung zwischen den Parteien, d.h. zwischen Staat und Bürger, 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. 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) ⁴⁷.

**** AJP/PJA 2005 Seite 385 ****

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 ⁴⁸. Streng genommen 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) ⁴⁹.

2) Rechtskräftig bejahte Grundrechtsverletzung

Wurde im Verwaltungsverfahren das Vorliegen einer Grundrechtsverletzung bejaht, hat die entscheidende Behörde das gestellte Begehren gutzuheissen. 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. Was aber soll geschehen, wenn die Gutheissung nicht mit einer Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes verbunden ist?

Es kann sein, dass ein vorinstanzlicher Entscheid ausnahmsweise vorläufig vollstreckbar war und die nachträgliche Feststellung der Unrichtigkeit so zur Unzeit erfolgt. Denkbar ist auch, dass der Bürger während der Dauer des "Grundrechtsstreites" einen Schaden erlitten hat. Der zu Unrecht Inhaftierte konnte z.B. während der Dauer des Haftprüfungsverfahrens nicht arbeiten; der Baugesuchsteller, dem zu Unrecht die Baubewilligung verweigert wurde, musste während des Verfahrens Mehrkosten, z.B. Hypothekarzinsen, tragen;

die Organisatoren einer Demonstration müssen neue Plakate drucken etc.

Das nachträgliche Obsiegen in einem Grundrechtsstreit kann nicht automatisch eine Haftung zur Folge haben. Es gehört zum Wesen des Rechtsstaates, dass er ein Verfahren zur Prüfung von allfälligen Rechtsansprüchen zur Verfügung stellt⁵⁰. Finanzielle und andere Nachteile, die verfahrensbedingt anfallen, haben die Verfahrensparteien zu tragen bzw. diese werden durch die *Regelung der Partei- und Verfahrenskosten* kompensiert⁵¹. Der *Grundsatz der Entschädigungslosigkeit von verfahrensimmanenten Nachteilen* gilt allerdings nicht ausnahmslos. Der Gesetzgeber hat verschiedene Entschädigungsansprüche für verfahrensbedingte Grundrechtsverletzungen vorgesehen. So etwa besteht eine *Haftung für willkürliche Zwischenentscheide*⁵² oder *ungerechtfertigt ausgestandene Haft*⁵³. Eine Haftung besteht sodann für Verfahrensbeteiligte, die grobfahrlässig oder vorsätzlich unbegründete Rechtsbehelfe und -mittel oder andere prozessuale Mittel ergreifen⁵⁴.

Das Bundesgericht hat im "Spring-Fall" schliesslich auch dem Institut der Prozessentschädigung aus Billigkeitsgründen eine *Ersatzfunktion für einen vorprozessual erlittenen Grundrechtsschaden* zugesprochen⁵⁵. Obwohl Joseph Spring mit seiner Genugtuungsforderung von 100 000 Franken scheiterte, kam er so doch noch zum Ziel. Das Bundesgericht sprach ihm nämlich diesen Betrag als Parteientschädigung zu, obwohl normalerweise - wie das Bundesgericht selber attestiert - bei einem solchen Streitwert nur 30 000 Franken hätten zugesprochen werden dürfen.

Von den verfahrensimmanenten Nachteilen zu unterscheiden ist der Schaden, der entsteht, weil *prozessuale Grundrechte* verletzt werden. Bei einer Verletzung von Verfahrensrechten, z.B. dem Beschleunigungsverbot⁵⁶, ist keine

**** AJP/PJA 2005 Seite 386 ****

Zurückhaltung in Bezug auf eine Haftung angebracht. Mit der Parteientschädigung werden die zu erwartenden Verfahrenskosten eines rechtmässigen Verfahrens pauschal abgegolten, nicht aber ein anderer Schaden⁵⁷. Da der Rechtssuchende darauf vertrauen darf, dass das Verfahren nicht über Gebühr dauert, sollten schadenverursachende Verfahrensfehler eine Haftung auslösen⁵⁸.

b. Kein vorgängiges Verwaltungsverfahren

Stand dem geschädigten Bürger - oder der Behörde⁵⁹ - überhaupt kein Verfahren zur Verfügung, das Vorliegen einer Grundrechtsverletzung (über)prüfen zu lassen, wusste er mangels Rechtsmittelbelehrung nicht um die Möglichkeit eines solchen Verfahrens⁶⁰ oder war ihm die Erhebung von möglichen Rechtsbehelfen unzumutbar⁶¹, ist das Rechtskraftprinzip nicht anwendbar.

Im Rahmen des Staatshaftungsverfahrens kann und muss daher (auch) die Frage der Grundrechtsverletzung gestellt und beantwortet werden. Da dem vom Verwaltungshandeln lediglich faktisch Betroffenen keine bzw. nur ungenügende Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, kommt dem Staatshaftungsverfahren in diesem Bereich eine besondere Bedeutung zu, wobei es allerdings keine präventive Wirkung entfaltet und deshalb die Mängel des Verwaltungsrechtsschutzes nicht zu ersetzen vermag⁶².

Der geschädigte Bürger muss in beiden Fällen - wie bereits erwähnt - die Haftungsvoraussetzungen nachweisen. Erfolg ist ihm beschieden, wenn die Grundrechtsverletzung als *Widerrechtlichkeit* und das schadenverursachende Verhalten als eine *amtliche Tätigkeit* betrachtet wird und zwischen *Schaden* und dem schadenverursachenden Verhalten ein innerer *Wirkungszusammenhang* besteht. Entscheidende Bedeutung kommt dabei der Frage zu, ob eine Grundrechtsverletzung widerrechtlich ist.

2. Keine Grundrechtshaftung beim Fehlen einer gesetzlichen Entschädigungsnorm (sog. Entschädigungspositivismus)

i. Allgemeines

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) verletzt⁶³. Vor diesem Hintergrund wäre an sich zu folgern, dass durch eine Amtshandlung oder -unterlassung bewirkte 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 in Bezug auf das Vermögen aufweist.

Müsste Letzteres verneint werden, wäre eine Haftung für Vermögensschäden gleichwohl möglich, wenn Amtspflichten oder andere Normen verletzt wurden, die ihrerseits Schutznormcharakter haben ⁶⁴.

ii. Entschädigungspositivismus

a. Allgemeines

Das Bundesgericht qualifiziert eine *Grundrechtsverletzung*, selbst wenn sie rechtskräftig festgestellt wurde und das fragliche Grundrecht absolute Rechtsgüter schützt, nicht per se als Widerrechtlichkeit. Eine Haftung für Schäden, die als Folge einer Grundrechtsverletzung entstehen, setzt eine gesetzliche Entschädigungsnorm voraus (*sog. Entschädigungspositivismus*) ⁶⁵. Die Lausanner Richter haben in Bezug auf das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit - notabene ein absolutes Rechtsgut - etwa ausgeführt ⁶⁶:

"Es liegt in der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit der Kantone, die Voraussetzungen der Staatshaftung zu umschreiben bzw. auf eine solche überhaupt zu verzichten, soweit nicht unmittelbar bundesrechtliche Entschädigungsgarantien oder Haftungsregelungen greifen. Umfang und Voraussetzungen der Staatshaftung richten sich somit allein

**** AJP/PJA 2005 Seite 387 ****

nach der kantonalen Gesetzgebung, deren Auslegung und Anwendung das Bundesgericht nur mit beschränkter Kognition überprüfen kann. Auch wenn das kantonale Haftungsrecht für die Frage der Widerrechtlichkeit des beanstandeten Staatsaktes an bundesverfassungsrechtliche Gegebenheiten anknüpft, erhält der Schadenersatzanspruch dadurch noch keinen verfassungsrechtlichen Rang; 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, d.h. namentlich des Willkürverbotes, zu prüfen hat (unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts in Sachen S. vom 5.5.1995, E. 3b)." ⁶⁷

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 ⁶⁸. Auch bei anderen Grundrechten, die nach herkömmlichem Verständnis keine absoluten Rechtsgüter schützen, sondern nur Teilhaberechte ⁶⁹ darstellen, wird der Vorbehalt einer gesetzlichen Haftungsgrundlage gemacht. Begründet wird der Haftungsausschluss - wie bei den Grundrechten, die absolute Rechtsgüter schützen - nicht nur mit dem fehlenden Schutznormcharakter von Abwehrrechten ⁷⁰, sondern regelmässig auch mit dem Prinzip des Entschädigungspositivismus ⁷¹.

b. Überblick über die Entschädigungsnormen

1) Bei einer Verletzung des Rechtsguts "Gesundheit"

Sowohl die Bundesverfassung als auch die EMRK und die Mehrheit der Kantonsverfassungen ⁷² sehen keine expliziten Entschädigungsnormen für eine Verletzung des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit vor ⁷³. Solche werden aber im Staatshaftungsrecht des Bundes und der Kantone aufgeführt ⁷⁴. In vereinzelt Fällen besteht eine Haftung gestützt auf besondere Bestimmungen selbst bei einem rechtmässigen Eingriff ⁷⁵.

**** AJP/PJA 2005 Seite 388 ****

Wie im allgemeinen Haftungsrecht sind bei einer *widerrechtlichen Tötung* die Mehrkosten, insbesondere für die Bestattungskosten und die Kosten der versuchten Heilung, und der Erwerbsausfall vom Ereignis bis zum Tod zu ersetzen ⁷⁶. Personen, die durch die Tötung ihren Versorger verlieren, können für den Versorgerschaden Ersatz verlangen ⁷⁷. Angehörigen des Getöteten kann unter Würdigung der besonderen Umstände eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zugesprochen werden, sofern den Beamten ein Verschulden trifft ⁷⁸.

Bei einer *widerrechtlichen Körperverletzung* kann der Verletzte für den gesamten Schaden (Mehrkosten und Erwerbsausfall) Ersatz verlangen ⁷⁹. Entschädigungspflichtig ist auch die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens ⁸⁰. Der Verletzte und seine Angehörigen ⁸¹ können ebenfalls eine Genugtuung geltend machen, die wie im Fall der Tötung aber ein Verschulden des fehlbaren Beamten voraussetzt ⁸².

2) Bei einer Verletzung des Rechtsguts "Freiheit"

Im Gegensatz zur Mehrzahl der Kantonsverfassungen⁸³ und der EMRK⁸⁴ sieht die Bundesverfassung keine verfassungsrechtliche Entschädigungsnorm für eine Verletzung des Grundrechts auf Freiheit vor. Das Bundesgericht bekennt sich denn auch zum Entschädigungspositivismus und bejaht eine Haftung im Zusammenhang mit einer rechtswidrigen Freiheitsentziehung nur dann, wenn eine explizite Gesetzesbestimmung besteht⁸⁵.

i) Haftentschädigung

Sowohl der Bund⁸⁶ als auch die Kantone⁸⁷ stipulieren im ordentlichen bzw. im verwaltungsrechtlichen Strafverfahren eine Entschädigungspflicht, wenn das Verfahren eingestellt⁸⁸, der Betroffene freigesprochen⁸⁹ oder die Strafe revisionsweise aufgehoben⁹⁰ wird. Die Entschädigungspflicht besteht sowohl für eine *ungesetzliche* als auch für eine *ungerechtfertigte* Inhaftierung (Untersuchungshaft, Strafvollzug)⁹¹.

**** AJP/PJA 2005 Seite 389 ****

Die strafprozessuale Entschädigungspflicht gilt ferner auch für eine ungerechtfertigte Auslieferungs- bzw. Ausschaffungshaft⁹². Die Entschädigung erfolgt durch eine angemessene Geldleistung⁹³.

Die Entschädigung wird nicht nur für eine ungerechtfertigt ausgestandene Freiheitsentziehung, sondern auch für "andere Nachteile" geschuldet⁹⁴. Dazu zählen insbesondere die Nachteile von prozessualen Zwangsmassnahmen (Hausdurchsuchung, Telefonüberwachung etc.) und andere mittelbar mit dem Strafverfahren zusammenhängende Beeinträchtigungen (Prestigeverlust, Wettbewerbsnachteile etc.)⁹⁵, sofern diese objektiv eine gewisse Schwere erreichen⁹⁶. Bei den prozessualen Zwangsmassnahmen wird nicht das Rechtsgut "Freiheit", sondern dasjenige der "Persönlichkeit" beeinträchtigt, weshalb die *Entschädigungspflicht für ungerechtfertigte Nachteile* einen Anwendungsfall der Grundrechtshaftung für eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts darstellt.

Zu entschädigen sind in all diesen Fällen der erlittene *Schaden* und die *immaterielle Unbill*⁹⁷. Zu ersetzen sind solchermassen alle mit der unzulässigen Freiheitsentziehung verbundenen finanziellen Nachteile⁹⁸, wozu der Einkommensverlust⁹⁹ und Mehrkosten (Anwaltskosten¹⁰⁰, Kosten für das Bahnbillett und auch Auslagen für geplant gewesene Ferien¹⁰¹, Prozesskosten¹⁰² etc.) gehören. Das Bundesgericht verlangt aber einen Schaden von "einiger Bedeutung"¹⁰³, weshalb ein bloss geringfügiger Schaden nicht zu entschädigen ist. Die Höhe der Genugtuungsleistung¹⁰⁴ ist einzelfallweise festzulegen und hängt vornehmlich von der *Schwere der erlittenen Beeinträchtigung* ab¹⁰⁵. Eine zu Unrecht erfolgte Inhaftierung bzw. Anstaltseinweisung stellt

**** AJP/PJA 2005 Seite 390 ****

in der Regel eine immaterielle Unbill dar¹⁰⁶. Die Dauer der zu Unrecht ausgestandenen Haft ist dabei genauso zu berücksichtigen¹⁰⁷ wie die sonstigen persönlichen Verhältnisse¹⁰⁸. Ausnahmsweise können auch Angehörige eine Genugtuung geltend machen¹⁰⁹.

Eine volle Entschädigungspflicht besteht nicht, wenn den Betroffenen ein Selbstverschulden trifft¹¹⁰. Die Entschädigung kann herabgesetzt oder verweigert werden, wenn der Betreffende die Inhaftierung oder andere prozessuale Zwangsmassnahmen schuldhaft verursacht oder das Verfahren mutwillig erschwert oder verlängert oder sonstwie leichtfertig gehandelt hat¹¹¹.

**** AJP/PJA 2005 Seite 391 ****

ii) Entschädigung für eine fürsorgerische Freiheitsentziehung

Art. 429a ZGB sieht ferner eine *Kausalhaftungsnorm für den Fall einer widerrechtlichen fürsorgerischen Freiheitsentziehung* i.S.v. Art. 397a ff. ZGB vor¹¹². Wer durch eine widerrechtliche Freiheitsentziehung¹¹³ verletzt wird, hat Anspruch auf Schadenersatz und, wo die Schwere der Verletzung es rechtfertigt, auf Genugtuung¹¹⁴. Haftbar ist dabei der Kanton, in welchem der fürsorgerische Freiheitsentzug angeordnet wurde, unter Vorbehalt des Rückgriffs gegen die Personen, welche die Verletzung absichtlich oder

grob fahrlässig verursacht haben.

3) Bei einer Verletzung des Rechtsguts "Eigentum"

Die Bundesverfassung sieht eine "volle" Entschädigung für zulässige Eigentumsbeschränkungen vor¹¹⁵. Die Haftung für Enteignungen stellt demnach einen Anwendungsfall der Staatshaftung für rechtmässiges Verhalten dar. Eine Verletzung des Rechtsguts Eigentum wird gegenüber anderen Grundrechtsverletzungen demnach privilegiert behandelt. Nur bei der Haftung für eine - nachträglich als ungerechtfertigt erscheinende - Inhaftierung liegt ausnahmsweise ebenfalls eine Haftung für (ursprünglich) rechtmässiges Staatshandeln vor.

Zu entschädigen sind nicht nur die Übertragung des Eigentums auf den Staat (formelle Enteignung), sondern auch Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen (materielle Enteignung)¹¹⁶. Die Rechtsprechung hat eine Entschädigungspflicht auch für Eigentumsbeschränkungen bejaht, die einzelne Eigentümer in unzumutbarer Weise treffen, mithin einem "Sonderopfer" entsprechen¹¹⁷. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht demgegenüber von der *Entschädigungslosigkeit polizeilich motivierter Eigentumsbeschränkungen* aus¹¹⁸. Als solche werden Massnahmen bezeichnet, die der Abwehr einer unmittelbar drohenden Gefahr dienen¹¹⁹. Eine Entschädigung ist hingegen nicht zum vornherein ausgeschlossen, wenn mit der Beschränkung nicht eine unmittelbar drohende, sondern eine mehr allgemeine, grundsätzliche Gefahr gebannt werden soll, wenn "Massnahmen zur Abwehr einer abstrakten Gefährdung ergriffen werden"¹²⁰.

Die Enteignungsvoraussetzungen und die Entschädigungspflicht werden in diversen Erlassen des Bundes¹²¹ und der Kantone¹²² konkretisiert. Zu entschädigen sind alle Nachteile, die dem Enteigneten aus der Entziehung oder Beschränkung seiner Rechte erwachsen¹²³. Darunter fallen der Verkehrswert des enteigneten Rechtes, wenn von einem Grundstück nur ein Teil in Anspruch genommen wird, die Verkehrswertverminderung des verbleibenden Teils sowie alle weiteren dem Enteigneten verursachten Nachteile, die sich nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge als Folge der Enteignung voraussehen lassen¹²⁴.

**** AJP/PJA 2005 Seite 392 ****

Die Entschädigung wird in der Regel in Geldform (einmalige Kapitalentschädigung oder Teilzahlungen)¹²⁵ zuzüglich eines Zinses¹²⁶ geleistet. An Stelle der Geldleistung kann ganz oder teilweise eine Sachleistung treten¹²⁷. Ohne Zustimmung des Enteigneten ist Realersatz nur zulässig, wenn seine Interessen ausreichend gewahrt werden¹²⁸.

c. Anerkennung einer verfassungsrechtlichen Haftungsgrundlage bei Grundrechtsverletzungen?

Dem Entschädigungspositivismus kann aus mehreren Gründen nicht zugestimmt werden¹²⁹:

-- Der Haftungspositivismus galt im Römischen Recht, wurde aber mit der Einführung von allgemeinen Haftungsnormen im privaten Haftungsrecht¹³⁰ anlässlich des In-Kraft-Tretens des OR von 1881 und im öffentlichen Haftungsrecht anlässlich der Verabschiedung des eidgenössischen und der kantonalen Staatshaftungsgesetze überwunden. Seither bestehen *umfassende gesetzliche Haftungsnormen für eine widerrechtliche Vermögensschädigung*. Der Entschädigungspositivismus ist insoweit ein spätrömisches Relikt!

-- 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 werden¹³¹. Diese Meinung - und damit der Entschädigungspositivismus - wurde in der Folge aber aufgegeben¹³². Bis zum In-Kraft-Treten von Art. 22^{ter} aBV (1969) stützte das Bundesgericht den verfassungsrechtlichen Entschädigungsanspruch dabei auf die damals noch ungeschriebene (!) Eigentumsgarantie ab¹³³. Es kommt hinzu, dass zum Schutz des Eigentums - in Anwendung des Gleichbehandlungsgebots - eine Entschädigungspflicht für Sonderopfer und unnütz gewordene Planungskosten bejaht wird¹³⁴.

-- Es ist nicht einzusehen, weshalb dem absoluten Rechtsgut Eigentum gegenüber den ebenfalls absoluten Rechtsgütern Leib und Leben oder Freiheit eine privilegierte Stellung zukommen soll¹³⁵. Wenn überhaupt, wäre das Gegenteil anzunehmen, da Leib und Leben gegenüber Eigentum und Besitz höherrangig sind¹³⁶. Es dürfte deshalb mit dem Willkürverbot und dem Gleichbehandlungsgebot nicht vereinbar sein, im einen Fall eine Entschädigung für eine rechtmässige Enteignung gestützt auf ungeschriebenes Verfassungsrecht zu bejahen,

eine Haftung für Grundrechtsverletzungen vom Vorliegen expliziter Haftungsormen abhängig zu machen ¹³⁷.

-- 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 ¹³⁸. 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

**** AJP/PJA 2005 Seite 393 ****

Staatshaftungsgesetze vor ¹³⁹, 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 ¹⁴⁰. Andere Kantonsverfassungen demgegenüber machen einen Vorbehalt und verweisen auf die gesetzliche Ordnung des Staatshaftungsrechts ¹⁴¹ oder enthalten keine Regelung ¹⁴², weshalb der Entschädigungspositivismus - wenn überhaupt - nur bei Letzteren beiden Kategorien in Frage kommen könnte. Im Staatshaftungsrecht des Bundes und bei den anderen Kantonen aber 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 ¹⁴³. Es wäre mit der *Kerngehaltsgarantie* unvereinbar, wenn eine Grundrechtsverletzung, sogar wenn sie in einem förmlichen Verfahren festgestellt wurde, von vornherein sanktionslos bliebe ¹⁴⁴. Dies trifft vor allem für die zwingenden Grundrechte zu, die von vornherein nicht eingeschränkt werden dürfen ¹⁴⁵.

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 ¹⁴⁶, sondern direkt aus dem fraglichen Grundrecht ¹⁴⁷. Grundrechte sind - im Verhältnis zum Staat - absolute Rechte, deren Verletzung eine Widerrechtlichkeitsvermutung begründet. Die in der Bundesverfassung und den Kantonsverfassungen explizit aufgeführten Grundrechtshaftungstatbestände stellen nach dieser Betrachtungsweise Konkretisierungen einer vorbestehenden Grundrechtshaftung und, sofern sie die Haftung einschränken, haftungseinschränkende und *nicht haftungserweiternde 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 ¹⁴⁸ und dem Grundsatz der Wahrung des öffentlichen Interesses ¹⁴⁹, ein *Gestaltungsspielraum* zuzubilligen. Ein Autonomiebereich ist insbesondere in Bezug auf die Fragen zu bejahen, ob eine Verschuldens- oder Kausalhaftung, eine subsidiäre ¹⁵⁰ oder ausschliessliche Staatshaftung, eine Haftung nur für eine widerrechtliche oder auch für 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 Grundrechte gänzlich frei legiferieren könnten. Ein Haftungsausschluss für *Grundrechte, die absolute Rechtsgüter schützen, oder für schwere Grundrechtsverletzungen* ist nach der vorliegend vertretenen Auffassung verfassungswidrig.

**** AJP/PJA 2005 Seite 394 ****

Ist einmal festgestellt, dass im konkreten Einzelfall eine eigentliche Grundrechtsverletzung vorliegt, ist damit eine *unwiderlegbare Widerrechtlichkeitsvermutung* (absolute Rechtsgutverletzung) geschaffen ¹⁵¹, die eine Staatshaftung auslöst, wenn der Schädiger dem Staatshaftungsgesetz unterstellt ist und das

schadenverursachende Verhalten einer amtlichen Tätigkeit entsprach. Die Widerrechtlichkeitsvermutung kann im Gegensatz zum Privatrecht ¹⁵² durch den Nachweis eines Rechtfertigungsgrundes nicht widerlegt werden.

Dies liegt daran, dass von einer Grundrechtsverletzung erst dann ausgegangen werden kann, wenn die in Art. 36 BV genannten Rechtfertigungskriterien nicht erfüllt sind, also eine *nicht zu rechtfertigende Grundrechtsbeeinträchtigung* vorliegt. Geringfügige Beeinträchtigungen erweisen sich in der Regel als verhältnismässig ¹⁵³ und schliessen eine Entschädigungspflicht von vornherein aus. Grundrechtsbeeinträchtigungen, die nach Art. 36 BV gerechtfertigt werden können, führen nur dann zu einer Haftung, wenn ausnahmsweise eine Ersatzpflicht für eine rechtmässige Schädigung besteht oder die schädigende amtliche Tätigkeit zwar nicht grundrechtsverletzend, aber doch amtspflichtwidrig war.

Das Vorliegen einer Grundrechtsverletzung führt ebenfalls nicht automatisch zu einer Haftung. Erst wenn das *amtliche Tun, Dulden oder (pflichtwidrige) Unterlassen* einen Schaden in rechtlich erheblicher Weise herbeigeführt hat, kann eine Haftung entstehen. Der Schaden muss so als *natürliche und adäquate Folge des grundrechtsverletzenden amtlichen Verhaltens* eingetreten sein. Wäre er ohnehin entstanden, fehlt der natürliche Kausalzusammenhang. Die Adäquanz demgegenüber ist zu verneinen, wenn die grundrechtsverletzende amtliche Tätigkeit nicht geeignet war, einen Schaden der eingetretenen Art herbeizuführen ¹⁵⁴.

3. Subsidiarität des (immateriellen) Schadenersatzes gegenüber anderen Sanktionsarten

Das Staatshaftungsrecht des Bundes und der Kantone wird vom Grundsatz beherrscht, dass der verursachte materielle und immaterielle Schaden durch Bezahlen einer Geldsumme kompensiert werden soll ¹⁵⁵. An Stelle einer Geldsumme kann zur Abgeltung immateriellen Schadens auch eine "andere Art der Genugtuung" ¹⁵⁶ vom Richter vorgesehen werden. Dazu zählt eine strafrechtliche Verurteilung nicht, da der Strafanspruch dem Staat selbst und nicht dem Geschädigten zusteht ¹⁵⁷.

Die Haftungsordnung geht von der *Subsidiarität der Haftung für immaterielle Beeinträchtigungen* aus. Kann der immaterielle Schaden "anders wiedergutmacht" werden, besteht kein Anspruch auf eine Genugtuungsleistung ¹⁵⁸. Verallgemeinernd fragt sich deshalb, ob die Grundrechtshaftung immer subsidiär bzw. ausgeschlossen ist, wenn eine andere Sanktionsart vorhanden ist. Die Rechtskraft schliesst - wie ausgeführt - ein Zurückkommen auf die Frage, ob eine Grundrechtsverletzung vorliegt, aus. Man könnte deshalb geneigt sein zu argumentieren, dass ein gewonnener "Grundrechtsstreit" - notabene die förmliche Feststellung erlittenen Unrechts - eine ausreichende Kompensation darstellt.

Hat der Staat z.B. eine Leistung (Bewilligung, Versicherungsleistungen etc.) verweigert oder hat er vom Bürger ein Verhalten verlangt, das nachträglich als grundrechtswidrig qualifiziert wird, führt die Bejahung einer Grundrechtsverletzung im "Grundrechtsstreit" dazu, dass der Bürger das erhält, was er ursprünglich wollte. Für verfahrensbedingte Umtriebe erhält er bei Obsiegen zusätzlich eine Parteientschädigung, womit alle Nachteile abgegolten sind. Die Subsidiaritätsproblematik stellt sich so nur in Bezug auf den Schaden, der als Folge der Grundrechtsverletzung verfahrensunabhängig entstanden ist. Dieser Schaden ist nach der vorliegend vertretenen Meinung dann zu ersetzen, wenn ein absolutes Rechtsgut verletzt wurde oder eine schwerwiegende Grundrechtsverletzung vorliegt.

Die Rechtsprechung ist uneinheitlich. Bei einer Verletzung des Beschleunigungsgebotes z.B. wird zwar vom Bundesgericht ein Anspruch auf Feststellung der Grundrechtsverletzung bejaht ¹⁵⁹ und eine Haftung nicht ausgeschlossen ¹⁶⁰, trotzdem besteht aber nicht in jedem Fall ein Haftungsanspruch ¹⁶¹.

Eine Genugtuung gemäss Art. 41 EMRK (ehemals Art. 50 EMRK) ¹⁶² wird vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ebenfalls oft mit dem Argument abgelehnt, die Gutheissung der Beschwerde und die Publikation des

**** AJP/PJA 2005 Seite 395 ****

Urteils seien eine hinreichende Genugtuung ¹⁶³, in anderen Fällen demgegenüber wird eine Entschädigung zugesprochen ¹⁶⁴. Anzufügen ist zudem, dass eine in Anwendung von Art. 41 EMRK zugesprochene Entschädigung - auch wenn sie nur einen Teil des Schadens kompensiert - als *Totalreparation* für den durch die Konventionswidrigkeit entstandenen Schaden betrachtet wird. Für eine weitergehende Entschädigung nach Landesrecht bleibt so kein Raum ¹⁶⁵, weshalb die innerstaatliche Grundrechtshaftung in solchen Fällen von vornherein subsidiär ist.

4. Nichtverwirkbarkeit der Grundrechtshaftung

Allfällige Schadenersatzansprüche müssen innerhalb der gesetzlichen Verjährungs- bzw. Verwirkungsfristen geltend gemacht werden ¹⁶⁶. Der Haftungsanspruch verwirkt dabei in einem Jahr bzw. zehn Jahren seit der Schadenkenntnis bzw. dem Ereignis ¹⁶⁷. Bedeutet dies, dass eine Haftung durch Zeitablauf ausgeschlossen wird, selbst wenn schwerwiegende Grundrechtsverletzungen begangen wurden?

Innerhalb der Grundrechte besteht eine Rangordnung. Jedes Grundrecht darf zwar seines Kerngehaltes nicht entleert werden ¹⁶⁸, doch sind grundsätzlich Einschränkungen - wie eingangs erwähnt - zulässig ¹⁶⁹. *Grundlegende Grundrechte* sind demgegenüber - auch im Kriegsfall - von vornherein uneinschränkbar, gelten also absolut. Die EMRK z.B. betrachtet das Verbot willkürlicher Tötung ¹⁷⁰, das Folterverbot ¹⁷¹ sowie das Verbot erniedrigender Bestrafung und Behandlung ¹⁷², das Verbot der Sklaverei und der Leibeigenschaft ¹⁷³ und das Verbot ungesetzlicher Strafe ¹⁷⁴ als absolut zwingende Grundrechte. Das Völkergewohnheitsrecht bekennt sich ebenfalls zum zwingenden Charakter von fundamentalen Menschenrechten. Dazu gehören - neben den bereits in der EMRK und anderen Staatsverträgen kodifizierten Verboten - insbesondere das Verbot des Völkermordes ¹⁷⁵. Eine unbefristete *Strafbarkeit erga omnes* besteht dabei innerhalb der zwingenden Grundrechte für das Verbrechen des Völkermordes, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und das Verbrechen der Aggression ¹⁷⁶.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat ferner eine Kategorie von *relativ zwingenden Grundrechten* herausgeschält. Dem Einzelnen um seiner Persönlichkeit willen zustehende Grundrechte - sozusagen höchstpersönliche

**** AJP/PJA 2005 Seite 396 ****

Grundrechte ¹⁷⁷ -, wozu insbesondere die persönliche Freiheit, die Niederlassungsfreiheit, die Glaubens- und Gewissensfreiheit, die Kultusfreiheit, die Ehefreiheit sowie das Verbot des Schuldverhaftes und der körperlichen Strafen zählen, sind unverjährbar und unverzichtbar ¹⁷⁸. Diese Grundrechte können, wenn sie ausnahmsweise nicht absolut gelten, zwar eingeschränkt werden. Der Bürger kann aber auf die Wahrnehmung seines Rechts nicht verzichten; ebenso kann ihm eine Verjährung, mithin ein Rechtsverlust durch Fristablauf, nicht entgegengehalten werden.

Werden absolut oder relativ zwingend zu beachtende Grundrechte verletzt, besteht eine Haftung des Staates für grundrechtswidriges Verhalten, für das er die Verantwortung trägt, unabhängig von allfälligen Verjährungs- oder Verwirkungsfristen ("ewige Grundrechtshaftung"). Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV gehen zudem von der absoluten Geltung des zwingenden Völkerrechts aus. Haftungseinschränkende Bestimmungen der Bundesverfassung, insbesondere Art. 191 BV, oder von Gesetzen des Bundes bzw. der Kantone gelten solchermassen nicht, wenn die Verletzung eines in völkerrechtlicher Hinsicht absoluten Grundrechts erfolgt ist. Im Fall von *Joseph Spring* ¹⁷⁹ - er wurde 1943 an der Schweizer Grenze vorerst abgewiesen und hernach den Nazis übergeben - hat das Bundesgericht die Messlatte allerdings sehr hoch angesetzt und eine Haftung des Bundes für die aus heutiger Sicht "unmenschliche" ¹⁸⁰ Flüchtlingspolitik abgelehnt. Das Verbot unmenschlichen Verhaltens galt aber im fraglichen Zeitpunkt ebenfalls zwingend ¹⁸¹. Die nationale Verjährungs- bzw. Verwirkungsordnung ist in einem solchen Fall nicht anwendbar.

Der Richter, der über eine allfällige Grundrechtshaftung zu entscheiden hat, muss das im *Beurteilungszeitpunkt* und nicht das im Zeitpunkt der Grundrechtsverletzung geltende Haftungsrecht anwenden. Dies trifft insbesondere für die Beurteilung der Haftungsvoraussetzungen zu, wozu auch die Widerrechtlichkeit gehört. Ein gesellschaftlicher Wertewandel kann zur Folge haben, dass eine früher als gegeben betrachtete Haftung wegfällt. Es kann aber auch das Gegenteil der Fall sein: Die heutigen Richter beurteilen ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten als widerrechtlich, obwohl ein Richter im Zeitpunkt des Ereignisses anders entschieden hätte. Diese Relativität kann aber nur in Bezug auf Grundrechte gelten, die nicht nach Völkerrecht zwingend sind.

Galt im Zeitpunkt der Grundrechtsverletzung ein anderes Haftungsgesetz als im Beurteilungszeitpunkt - wie das bei Joseph Spring der Fall war ¹⁸² -, ist die *Übergangsregelung* des neuen Erlasses massgeblich. Diese entscheidet, ob altes oder neues Recht für altrechtliche Fälle gilt. Im Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes wird eine Rückwirkung des neuen Rechts für frühere Grundrechtsverletzungen vorgesehen, sofern die Verwirkung - beurteilt nach neuem Recht - mittlerweile nicht eingetreten ist ¹⁸³. Diese Ausgangslage führte das Bundesgericht im Spring-Fall dazu, eine Haftung infolge Verwirkung zu verneinen. Im Hinblick auf den Vorrang des Völkerrechts und die absolute Geltung des Verbots unmenschlicher Behandlung hätte die nationale Verwirkungsordnung aber nicht zur Anwendung gebracht werden dürfen. Nicht verwirkbare Grundrechte fallen

nicht in den sachlichen Geltungsbereich der Verjährungs- und Verwirkungsregelungen¹⁸⁴. Wie erwähnt kam Joseph Spring aber doch noch zu seinem Recht, weil ihm die Lausanner Richter statt Schadenersatz eine ebenso hohe Parteientschädigung zusprachen.

IV. Grundrechtshaftung für eine Verletzung des Rechtsgutes "Gleichheit"

A. Überblick über die verfassungsmässigen Gleichheitsgarantien

Die verfassungsmässige Rechtsgleichheitsgarantie beinhaltet ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot, ein allgemeines Diskriminierungsverbot und zwei besondere Egalisierungsgebote.

**** AJP/PJA 2005 Seite 397 ****

1. Gleichbehandlungsgebot

Das Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt werden muss. In Konkretisierung dieses relativen Ansatzes haben Lehre und Rechtsprechung verschiedene Garantien herausgearbeitet:

-- Das *Verbot unsachlicher Differenzierung* verpflichtet Gesetzgeber und Rechtsanwender beim Erlass¹⁸⁵ und Vollzug¹⁸⁶ von Normen keine Unterscheidungen vorzunehmen, die sich nicht auf vertretbare, sachliche Gründe abstützen lassen.

-- Das *Verbot der formellen und materiellen Rechtsverweigerung* verpflichtet rechtsanwendende Behörden, Gesetze im richtigen Verfahren und gegenüber allen Rechtsadressaten gleich anzuwenden, und rechtsetzende Behörden, innert zumutbarer Frist verfassungskonform zu legiferieren¹⁸⁷.

Gestützt auf Art. 4 Abs. 1 aBV wurden ferner *besondere materiell- und verfahrensrechtliche Garantien* abgeleitet. Diese sind in der neuen Bundesverfassung weitgehend verselbstständigt worden¹⁸⁸.

2. Diskriminierungsverbot

Die neue Bundesverfassung enthält in Art. 8 Abs. 2 ein allgemein anwendbares Diskriminierungsverbot¹⁸⁹. Dieses 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. Die Diskriminierung stellt dabei eine qualifizierte Ungleichbehandlung dar.

Eine solche liegt - je nach dem Diskriminierungsverständnis¹⁹⁰ - dann vor, wenn die Gesetzesnorm an die fragliche Eigenschaft anknüpft bzw. die Ungleichbehandlung nicht qualifiziert gerechtfertigt werden kann (*Anknüpfungsverbot*)¹⁹¹, mit einer (indirekten) Benachteiligung der Personen, die die fragliche Eigenschaft aufweisen, verbunden

**** AJP/PJA 2005 Seite 398 ****

ist (*Benachteiligungsverbot*)¹⁹², oder geradezu eine ausgrenzende oder herabwürdigende Benachteiligung dieser Personengruppe darstellt (*Herabwürdigungsverbot*)¹⁹³.

3. Egalisierungsgebot

Die Chancengleichheit wird in Art. 2 Abs. 3 BV als allgemeines Verfassungsziel erklärt und bildet Gegenstand besonderer Gesetzgebungsaufträge¹⁹⁴. Besondere Egalisierungsgebote sieht die Bundesverfassung in Bezug auf zwei diskriminierungsgeschützte Personengruppen vor. Der Bund ist verpflichtet, zu Gunsten von Frauen und Behinderten Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen zu treffen¹⁹⁵. Der Gleichstellungsauftrag zu Gunsten der Behinderten und der Frauen wird durch besondere Gleichstellungsgesetze konkretisiert¹⁹⁶. Das Sozialversicherungsrecht, insbesondere das IVG, kennt schliesslich ebenfalls ausgleichende Leistungsnormen zu Gunsten von Behinderten bzw. Invaliden¹⁹⁷.

B. Gleichbehandlungsgebot als Haftungsgrundlage

Das Bundesgericht zieht das Gleichbehandlungsgebot gelegentlich für die Begründung einer Entschädigungspflicht im Zusammenhang mit Eingriffen in andere Grundrechte heran. Die beurteilten Fälle betreffen primär enteignungs- und vertrauensschutzrechtliche Fälle¹⁹⁸. Das Gleichbehandlungsgebot dient dabei als unselbstständige Haftungsgrundlage. Es besteht zwar eine gesetzliche Entschädigungsnorm, doch

umfasst diese nicht alle Fälle oder wurde im konkreten Fall in Missachtung der Rechtsgleichheitsgarantie angewandt ¹⁹⁹.

Es bleibt die Frage, ob Art. 8 Abs. 1 BV auch in anderen Fällen, in denen keine gesetzliche Entschädigungsnorm besteht, als "*vermittelnde*" *Haftungsgrundlage* angerufen werden kann ²⁰⁰. Die analoge Anwendung einer gesetzlichen

**** AJP/PJA 2005 Seite 399 ****

Entschädigungsnorm auf nur gleichgelagerte, nicht aber auch auf andere Fälle von Grundrechtsverletzungen, lässt sich kaum vernünftig begründen und unterstellt die Richtigkeit des Entschädigungspositivismus. Ein Rückgriff auf Art. 8 Abs. 1 BV bzw. eine analoge Anwendung von spezifischen Entschädigungsnormen ist nicht notwendig: Eine Grundrechtsverletzung, auch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes, ist widerrechtlich und löst eine Staatshaftung aus, wenn die anderen Haftungs Voraussetzungen erfüllt sind.

C. Haftung bei einer Verletzung der verfassungsrechtlichen Gleichheitsgarantien

1. Allgemeines

Weder das Bundes- noch das kantonale Staatshaftungsrecht kennen allgemein anwendbare Entschädigungsnormen für Verletzungen der Rechtsgleichheitsgarantie. Lediglich die beiden Gleichstellungsgesetze des Bundes sehen eine Haftung für diskriminierendes Verhalten gegenüber Behinderten und Frauen vor ²⁰¹. Im Hinblick auf den Entschädigungspositivismus wäre deshalb davon auszugehen, dass eine Verletzung des Rechtsgutes "Gleichheit" keine Entschädigungspflicht zur Folge hat.

Sowohl das Bundesgericht als auch kantonale Gerichte bejahen jedoch eine *Entschädigungspflicht bei einer Verletzung des Differenzierungsverbots* ²⁰² wie auch im Falle einer *Rechtsverweigerung* ²⁰³, obwohl in beiden Fällen keine explizite Haftungsbestimmung besteht ²⁰⁴. 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 auszugehen, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes oder des Diskriminierungsverbotes immer eine *unwiderlegbare Widerrechtlichkeitsvermutung* auslöst. Das Bundesgericht teilt mitunter diese Auffassung ²⁰⁵, macht aber die Haftung für eine Rechtsverweigerung regelmässig von einem groben richterlichen Fehlverhalten abhängig ²⁰⁶. Das diesbezügliche Haftungsprivileg besteht jedoch nicht, weil Art. 8 BV kein absolutes Recht ist, sondern weil die Ungleichbehandlung durch den Richter erst bei einer "Fehlentscheidung" nicht mehr sachlich gerechtfertigt werden kann, mithin erst dann eine Grundrechtsverletzung vorliegt.

2. Haftung bei einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots

i. Haftung bei einer Verletzung des Verbots unsachlicher Differenzierung

a. Allgemeines

Die Grundrechte garantieren nicht nur absolute Rechtsgüter, sondern auch und 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 ²⁰⁷ und zu Interessengruppen zusammenschliessen ²⁰⁸ sowie seine Meinung bilden und kundtun ²⁰⁹. 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 ²¹⁰. Hernach kann der Einzelne seinen Beruf frei wählen und seine Berufstätigkeit im Rahmen der geltenden Marktordnung ausüben ²¹¹.

Die sozialen und wirtschaftlichen Teilhaberechte verbürgen bloss eine *Chancengleichheit* oder - unter dem Blickwinkel der Rechtsgleichheit betrachtet - eine relative Gleichheit. Entsteht ein Schaden, weil sich das Individuum dem gesellschaftlichen bzw. wirtschaftlichen Geschehen ausgesetzt hat, trägt der Staat grundsätzlich keine Verantwortung. Er ist nicht entschädigungspflichtig, wenn man den falschen Ehepartner oder einen schlecht bezahlten Beruf gewählt oder mit dem falschen Geschäftspartner gearbeitet hat etc.

Die Staatshaftung ist *keine Erfolgshaftung*, sondern eine *Verhaltenshaftung* für eine amtliche Schadenszufügung.

**** AJP/PJA 2005 Seite 400 ****

Eine Grundrechtshaftung für die Verletzung von sozialen und wirtschaftlichen Teilhaberechten setzt dermassen voraus, dass entweder deren direkte Ausübung durch ein grundrechtsverletzendes Amtshandeln beeinträchtigt wird (Art. 36 BV) oder beim Erlass bzw. Vollzug von Eingriffs- und Leistungsnormen, die die Ausübung der Grundrechte regeln, das Differenzierungs- bzw. das Rechtsverweigerungsverbot verletzt werden ²¹².

b. Haftung bei einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden

Im Bereich der wirtschaftlichen Teilhaberechte wird das allgemeine Gleichbehandlungsgebot durch den *Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden* konkretisiert. Dieser Grundsatz fliesst nach der neueren Praxis des Bundesgerichts direkt aus der Wirtschaftsfreiheit ²¹³ und verpflichtet den Staat zu einer über das allgemeine Gleichbehandlungsgebot hinausgehenden *Wettbewerbsneutralität* in der Behandlung direkter Konkurrenten ²¹⁴.

Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität gilt in allen Bereichen staatlicher Wirtschaftsgesetzgebung ²¹⁵. Der Staat darf insbesondere nicht bei der Benutzung öffentlichen Grundes ²¹⁶, bei staatlichen Förderungsmassnahmen oder bei fiskalischen Belastungen ²¹⁷ einzelnen Gewerbetreibenden gegenüber ihren direkten Konkurrenten ungerechtfertigte wirtschaftliche Vorteile verschaffen ²¹⁸. Eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsneutralität stellt einen qualifizierten Eingriff in das Verbot der unsachlichen Differenzierung dar und ist dann widerrechtlich, 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 ²¹⁹. Bei der Beurteilung der Haftungsvoraussetzungen bei einer 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 Individualschutzcharakter aufweisen ²²⁰. Trifft dies nicht zu, scheitert 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 ²²¹. 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: "Wenn die Klägerin wegen des Versagens des Starkstrominspektorates im Konkurrenzkampf benachteiligt und geschädigt wurde, wie sie behauptet, so wurde sie nicht in einem durch die erwähnten Vorschriften geschützten Rechtsgut verletzt." ²²² Dieser Entscheid wurde von der Lehre mit dem zutreffenden Argument kritisiert, dass Kontrollvorschriften wettbewerbswirksam sind, weshalb sowohl ein Schutznormverstoss vorlag als auch die Adäquanz hätte bejaht werden müssen ²²³.

ii. Haftung bei einer Rechtsverweigerung bzw. -verzögerung**a. Durch rechtsanwendende Behörden****1) Allgemeines**

Die rechtsanwendenden Behörden haben gesetzliche Bestimmungen auf alle Rechtsunterworfenen gleich anzuwenden. Die gesetzlich gewählte und unvoreingenommene Instanz hat sich - frei von überspitzten Anforderungen ²²⁴ - im Rahmen des anwendbaren Verfahrensrechts mit den an sie herangetragenen materiellrechtlichen Fragen auseinanderzusetzen, die Parteien zu hören und ihnen Gelegenheit

**** AJP/PJA 2005 Seite 401 ****

zum Beweis zu bieten ²²⁵ sowie das Verfahren innert nützlicher Frist ²²⁶ zum Abschluss zu bringen.

Tut sie dies nicht, begeht sie eine *formelle Rechtsverweigerung*. Die Einhaltung der formellen "Spielregeln" bedeutet aber noch nicht, dass die materiellrechtlichen Fragen im Einklang mit dem geltenden Recht und der bisherigen Praxis ²²⁷ beantwortet worden sind. Wird das geltende Recht ungleich angewendet ²²⁸, liegt eine *materielle Rechtsverweigerung* vor. Eine solche ist insbesondere dann anzunehmen, wenn Gesetzesauslegung und -anwendung willkürlich erfolgen ²²⁹.

Das Rechtsverweigerungsverbot folgt prinzipiell zwar aus dem Gleichbehandlungsgebot ²³⁰. Mit dem In-Kraft-Treten der neuen Bundesverfassung wurden jedoch vereinzelte Aspekte, insbesondere das Beschleunigungsgebot ²³¹ und der Anspruch auf rechtliches Gehör ²³², sowie weitere aus Art. 4 aBV

abgeleitete Verfahrensgrundsätze, namentlich der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung ²³³ und ferner die verfassungsrechtlichen Justizgrundsätze ²³⁴, als eigenständige Grundrechtsgarantien verselbstständigt.

2) Haftung für rechtsverweigerndes Verhalten

i) Allgemeines

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 ²³⁵; in diesem Fall entscheidet die obere Instanz direkt den materiellen 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.

ii) Verfahrensschaden

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. Im ersten Fall wurde sie - wie sich nachträglich herausstellte - vom *Prozessgegner* zu Unrecht in einen Rechtsstreit verwickelt und erhält dafür eine Parteientschädigung, mit der der gesamte *Verfahrensschaden* als abgegolten betrachtet wird ²³⁶. Im zweiten Fall hat das richterliche Fehlverhalten zu einem Justizschaden geführt.

Die Haftung für die Prozesskosten der obsiegenden Partei ist sowohl öffentlich- als auch privatrechtlicher Natur. In Straf- und Verwaltungsverfahren ist die zum Ersatz verpflichtete Gegenpartei in der Regel eine Behörde oder ein Gericht, weshalb ein Anwendungsfall einer "Staatshaftung" vorliegt. Im Zivilprozess stützt sich die Ersatzpflicht der unterlegenen Partei sowohl auf öffentlich-rechtliches Prozessrecht ²³⁷ als auch auf die ausservertragliche Deliktshaftung ²³⁸ ab, trifft aber nicht den Staat, sondern immer die unterliegende Gegenpartei.

iii) Justizschaden

Der Justizschaden umfasst die finanziellen Nachteile, die bei den Verfahrensbeteiligten oder Dritten ²³⁹ entstehen, weil das zuständige Gericht bzw. die zuständige Verwaltungsbehörde entweder nicht innert der gebotenen Zeit verfügt (formelle Rechtsverweigerung) oder materiell unrichtig (materielle Rechtsverweigerung) entschieden hat. Die unrichtige Entscheidung kann entweder in einer unrichtigen Sachverhaltsfeststellung und -würdigung oder einer unrichtigen Anwendung der einschlägigen Rechtsnormen bzw. allfälligen Ermessensfehlern bestehen.

**** AJP/PJA 2005 Seite 402 ****

Eine gesetzliche Entschädigungspflicht wird für den Justizschaden in der Regel nicht vorgesehen. Vereinzelt erwähnt das Gesetz eine Entschädigungspflicht ausdrücklich ²⁴⁰ oder beschränkt sie ²⁴¹. Einige kantonale Staatshaftungsgesetze schliessen eine Entschädigungspflicht für einen Justizschaden aus, insbesondere wenn die Rechtsmittel nicht voll ausgeschöpft wurden ²⁴², bzw. sehen sie nur bei einem schweren Verschulden (Arglist ²⁴³ oder auch bei Grobfahrlässigkeit ²⁴⁴) der rechtsanwendenden Behörden vor.

Das Bundesgericht vertritt letzteren Standpunkt und macht eine Haftung vom Vorliegen einer *wesentlichen Amtspflichtverletzung* abhängig ²⁴⁵. Eine solche liegt nicht schon dann vor, wenn sich die getroffene Entscheidung später als unrichtig, gesetzwidrig oder sogar willkürlich erweist. Eine haftungsbegründende Widerrechtlichkeit ist vielmehr erst dann gegeben, wenn der Richter oder Beamte "eine für die Ausübung seiner Funktion wesentliche Pflicht, eine wesentliche Amtspflicht, verletzt hat und damit eine unentschuldbare Fehlleistung vorliegt, die einem pflichtbewussten Richter oder Beamten nicht unterlaufen wäre." ²⁴⁶

Die Haftungsbeschränkung wird vom Bundesgericht mit dem Rechtskraftprinzip begründet ²⁴⁷. Diese Argumentation ist m.E. unzutreffend, da das Rechtskraftprinzip die Einmaligkeit des Rechtsschutzes garantieren und verhindern will, dass ein rechtskräftiger Entscheid in Bezug auf die Widerrechtlichkeit im Haftungsprozess nochmals in Frage gestellt wird. Der Schutz rechtskräftiger Urteile dient aber ausschliesslich dem Rechtsfrieden und nicht dem *Schutz der richterlichen Unabhängigkeit*. Der Grund für den Haftungsausschluss bei leichtfahrlässigen Verfahrensfehlern findet seine Rechtfertigung einzig im Schutz der

richterlichen Unabhängigkeit²⁴⁸. Der Richter soll im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens auch über umstrittene Probleme frei entscheiden können, ohne befürchten zu müssen, eine Haftung auszulösen²⁴⁹. Da sowohl im Bund als auch in den meisten Kantonen eine ausschliessliche Kausalhaftung besteht, ist aber kein Grund ersichtlich, weshalb im externen Verhältnis (Staatshaftung) ein Haftungsprivileg des Staates bestehen soll. Für den Schutz der richterlichen Unabhängigkeit ist ein *Regressprivileg des fehlbaren Beamten bzw. Richters* zweckentsprechend²⁵⁰.

b. Durch rechtsetzende Behörden

1) Haftung für grundrechtswidrige Gesetzgebung

Die rechtsetzenden Behörden sind ebenfalls an die Rechtsgleichheit und die anderen Grundrechte gebunden. Bundesgesetze und Staatsverträge sind allerdings gemäss Art. 191 BV für den Rechtsanwender verbindlich. Die rechtsanwendenden Behörden dürfen zwar Bundesgesetze und Staatsverträge auf ihre Verfassungskonformität vorfrageweise hin überprüfen, müssen sie aber in jedem Fall zur Anwendung bringen²⁵¹. Andere Erlasse, insbesondere Verordnungen des Bundes und kantonale Erlasse, können demgegenüber auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüft und aufgehoben werden²⁵².

Eine *Haftung für eine verfassungswidrige Gesetzgebung* fällt vor diesem Hintergrund nur für die von Art. 191 BV nicht erfassten Erlasse in Betracht²⁵³. Könnte nämlich der

**** AJP/PJA 2005 Seite 403 ****

Bürger Schadenersatzansprüche für die Folgen eines verfassungswidrigen Bundesgesetzes oder Staatsvertrages geltend machen, so käme das einer Umgehung des Anwendungsgebotes gleich²⁵⁴. Die einschlägigen Haftungsgesetze schliessen zudem oft das Parlament als Gesamtorgan - nicht aber einzelne Parlamentarier²⁵⁵ - vom Anwendungsbereich aus²⁵⁶, weshalb eine Haftung für eine verfassungswidrige Gesetzgebung wegen Art. 191 BV, nicht aber wegen des Entschädigungspositivismus nicht möglich ist²⁵⁷.

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 Diskriminierungsverbot, kann der Betroffene die Grundrechtsverletzung im einschlägigen Steuerbeschwerdeverfahren feststellen lassen. Das Bundesgericht bekennt sich zwar zum *Grundsatz, dass verfassungswidriges Recht von den kantonalen Gerichten nicht angewendet* werden darf, übt allerdings grosse Zurückhaltung mit der Kassation von Rechtsnormen und begnügt sich in der Regel mit der blossen Feststellung verfassungswidrigen Rechts²⁵⁸.

Fehlt ein griffiger Verwaltungsrechtsschutz, entsteht immer dann ein Schaden, wenn vermögensrechtliche Interessen auf dem Spiel stehen. Im vorerwähnten Beispiel bezahlen Herr und Frau Schweizer verfassungswidrige und damit zu viel Steuern. Der Schaden entsteht dabei mit dem In-Kraft-Treten des grundrechts- bzw. rechtswidrigen Erlasses. Eine Kompensation dieses Schadens ist nur möglich, wenn dem Bürger ein grundrechtlich abgestützter Staatshaftungsanspruch für eine verfassungs- bzw. grundrechtswidrige Gesetzgebung zuerkannt wird. Ein solcher kommt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber nur dann in Frage, wenn der Gesetzgeber, ist die Verfassungswidrigkeit einmal manifest geworden, mit der Wiederherstellung des verfassungsmässigen Zustandes trölerisch zuwartet²⁵⁹.

In besonderen Fällen ist der präventive Verwaltungsrechtsschutz von vornherein nicht in der Lage, den Eintritt eines Schadens zu verhindern. Es ist nämlich ohne weiteres denkbar, dass bereits der Erlass eines verfassungswidrigen Gesetzes zu einem Schaden führt, ohne dass die Verwaltung dieses förmlich vollzieht. Kann der fragliche Erlass zudem selbst nicht angefochten werden, hat der Bürger keinen tauglichen Rechtsbehelf, um die Widerrechtlichkeit des Gesetzes und damit die Schädigung feststellen zu lassen. Er kann u.U. ein (unnötiges)ungsverfahren durchführen und die Feststellung einer Grundrechtsverletzung bewirken, doch bereits eingetretener Schaden wird damit nicht kompensiert, nur allfälliger künftiger Schaden verhindert.

In *Analogie zur Staatshaftung für Realakte* sollte in einem solchen Fall ebenfalls eine Haftung bejaht werden. Es ist nämlich nicht einzusehen, warum der Geschädigte bei einer faktischen Schadenszufügung durch Exekutivorgane Ersatz verlangen kann²⁶⁰, 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 Unrechts²⁶¹.

De lege lata et ferenda ist deshalb eine Staatshaftung für grundrechtswidrige Gesetzgebungsakte zu fordern, soweit sich diese nicht explizit auf ein Bundesgesetz oder einen Staatsvertrag abstützen und wegen Art. 191 BV zur Anwendung gelangen müssen. Da die Bundesverfassung vom *Vorrang des zwingenden Völkerrechts* ausgeht ²⁶², ist auch eine Staatshaftung für völkerrechtswidrige Bundesgesetze zu bejahen, namentlich wenn zwingende Grundrechte verletzt werden ²⁶³. In Anwendung des Grundsatzes der Einmaligkeit

**** AJP/PJA 2005 Seite 404 ****

des Rechtsschutzes hat der Geschädigte aber - bei kantonalen Gesetzen - erst die ihm zur Verfügung stehenden Rechtsmittel, namentlich die staatsrechtliche Beschwerde, auszuschöpfen, bevor er Haftungsansprüche geltend machen kann.

Die Haftung für normatives Unrecht ist in anderen Staaten ebenfalls anerkannt ²⁶⁴. 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 ²⁶⁵. Praxisgemäss haftet die Gemeinschaft auch für die Tätigkeit ihrer Legislativorgane ²⁶⁶. Eine anspruchsbegründende Rechtswidrigkeit für normatives Unrecht besteht allerdings erst dann, wenn ein hinreichend qualifizierter Verstoss ²⁶⁷ gegen eine Rechtsnorm vorliegt, die den Einzelnen zu schützen bezweckt bzw. ihm Rechte verleiht ²⁶⁸. Wenngleich die Haftung der Gemeinschaft primär keine Grundrechtshaftung darstellt, so werden die primärrechtlich verankerten "Grundrechte", namentlich das Diskriminierungsverbot, als Individualschutznormen betrachtet ²⁶⁹.

2) Haftung für eine gesetzgeberische Rechtsverweigerung

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 ²⁷⁰. Nach ständiger Rechtsprechung

**** AJP/PJA 2005 Seite 405 ****

folgt diese Staatshaftung aus dem Wesen der mit dem Vertrag geschaffenen Rechtsordnung, belässt aber den Mitgliedstaaten einen Entscheidungsfreiraum ²⁷¹.

Wie bei der Haftung der Gemeinschaft macht der Europäische Gerichtshof die Haftung der Mitgliedstaaten von einem *qualifizierten Verstoss gegen eine primär- ²⁷² oder sekundärrechtliche Rechtsnorm mit Individualschutzcharakter* abhängig ²⁷³. Die Rechtsprechung hat dabei klargestellt, dass nicht nur die *mangelhafte Umsetzung* ²⁷⁴, sondern auch die *Nichtumsetzung* ²⁷⁵ des europäischen Rechts durch den Mitgliedstaat, mithin ein rechtsverweigerndes Verhalten, haftungsbegründend sein kann ²⁷⁶.

Das Bundesgericht betont ebenfalls, dass der (kantonale) Gesetzgeber innert zumutbarer Frist einen verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen hat ²⁷⁷. Eine Haftung für eine gesetzgeberische Rechtsverweigerung ist insoweit nicht von vornherein ausgeschlossen ²⁷⁸, setzt aber ein trölerisches Zuwarten voraus. Positivrechtlich wird eine Staatshaftung für normatives Unrecht - wie erwähnt - in der Regel aber ausgeschlossen. Soweit es sich um ein kantonales Staatshaftungsgesetz handelt, das der Richter vorrungsweise überprüfen kann, ist der Haftungsausschluss grundrechtswidrig.

**** AJP/PJA 2005 Seite 406 ****

Der Haftungsausschluss ist vor allem auch dann problematisch, wenn der Gesetzgeber trotz einem völker- oder verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsauftrag gänzlich untätig bleibt ²⁷⁹ oder keine ausreichenden Sanktionen gegenüber grundrechtswidrigem Verhalten von Privatpersonen vorsieht ²⁸⁰. In diesem Fall hat der Betroffene keinen Rechtsbehelf zur Verfügung - wenn kein Gesetz existiert, ist auch kein darauf abgestützter Entscheid denkbar. Allenfalls kann gegen die Untätigkeit des kantonalen Gesetzgebers eine Rechtsverweigerungsbeschwerde erhoben werden ²⁸¹.

Wie beim trölerischen Zuwarten des Gesetzgebers im Zusammenhang mit der Beseitigung verfassungswidrigen Rechts kann ein allfälliger Schaden, der aus der rechtsverweigernden Untätigkeit des Gesetzgebers entsteht, letztlich nur im Rahmen der Staatshaftung kompensiert werden. *De lege lata et ferenda* ist deshalb eine Haftung für eine rechtsverweigernde Untätigkeit des Gesetzgebers zubejahen ²⁸². In Anlehnung an die Praxis

des EuGH und des Bundesgerichts (zur Justizschadenhaftung) ist die Haftung nur bei schwerwiegenden Fällen einer Rechtsverweigerung des Gesetzgebers zu bejahen. Ob eine qualifizierte Rechtsverweigerung des Gesetzgebers vorliegt, ist nicht nur im Hinblick auf den Zeitablauf (Trölerei), sondern auch auf andere Kriterien (Komplexität der Materie, Schadenshäufigkeit etc.) zu beurteilen.

iii. Vertrauenshaftung

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung leitete aus Art. 4 aBV ein Recht auf Vertrauensschutz ab ²⁸³. Die neue Bundesverfassung verpflichtet nunmehr ausdrücklich alle Rechtssubjekte, nach Treu und Glauben zu handeln ²⁸⁴, und sieht sodann einen selbstständigen *Grundrechtsanspruch auf Vertrauensschutz* vor ²⁸⁵. Dieser schützt den Bürger in seinem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten ²⁸⁶ und bedeutet u.a., dass falsche Auskünfte von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtsuchenden gebieten.

Behördliche Auskünfte sind praxismässig bindend ²⁸⁷, wenn

- die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat ²⁸⁸;
- die Behörde für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn der Bürger die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte;

**** AJP/PJA 2005 Seite 407 ****

- der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte;
- der Bürger im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können; und
- die gesetzliche Ordnung seit der Auskunfterteilung keine Änderung erfahren hat.

Im Regelfall verhindert der Vertrauensschutz den Eintritt eines Schadens. Der Bürger, der auf das behördliche Verhalten vertrauen durfte, erhält das ²⁸⁹ bzw. durfte das unterlassen ²⁹⁰, was ihm zugesichert wurde. Wurden aber im Vertrauen auf behördliche Verlautbarungen finanzielle Dispositionen getroffen, die sich nachträglich als nutzlos erweisen, tritt ein Schaden ein. Ein Vertrauensschaden liegt auch dann vor, wenn dem Bürger Sozialversicherungsleistungen zugesichert werden, auf die er keinen Anspruch hat ²⁹¹.

Das Bundesgericht geht davon aus, dass der Vertrauensschutz entweder durch Vermeiden von Rechtsnachteilen, durch Übergangslösungen oder durch den *Ersatz des Vertrauensschadens* zu realisieren ist ²⁹². Bei der Auswahl der "Sanktionsmittel" ist einerseits zwischen dem Interesse des Bürgers und dem öffentlichen Interesse abzuwägen und sind andererseits die für die Auswahl der Lösung massgeblichen Umstände des konkreten Falles (Art der getroffenen Vorkehrungen, Möglichkeiten des Ausgleichs, Auswirkungen für die Zukunft usw.) zu berücksichtigen ²⁹³.

Die öffentlich-rechtliche Vertrauenshaftung stellt einen Anwendungsfall der Haftung bei einem rechtsgleichheitswidrigen Verhalten dar ²⁹⁴ und befindet sich im Grenzbereich der Haftung für widerrechtliches und rechtmässiges Verhalten dar. Für Letzteres spricht der Umstand, dass die zuständige Behörde naturgemäss berechtigt ist, Auskünfte zu erteilen oder Zusicherungen abzugeben. Erweisen sich diese als falsch, begründet die Unrichtigkeit nicht automatisch eine Amtspflichtverletzung ²⁹⁵. Wäre dem so, würde jede unrichtige Auskunft automatisch zu einer Haftung führen, was mit den Voraussetzungen des Vertrauensschutzes unvereinbar wäre. Zudem kann die Rechtslage nach dem Zeitpunkt des vertrauensbegründenden Verhaltens jederzeit ändern, weshalb der Vertrauensschutz ohnehin nur unter diesem Vorbehalt besteht. Auf der anderen Seite stellt ein Verhalten, das gegen Treu und Glauben verstösst, insbesondere ein rechtsmissbräuchliches Verhalten, eine Verletzung eines absoluten Rechtsgutes dar ²⁹⁶. Vor dem Hintergrund der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie wäre solchermassen per se von einer Widerrechtlichkeit auszugehen, wenn die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes im konkreten Fall erfüllt sind. Insoweit stellt die Vertrauenshaftung einen klassischen Anwendungsfall der Haftung für widerrechtliches Verhalten dar ²⁹⁷.

Im Gegensatz zur privatrechtlichen Vertrauenshaftung ²⁹⁸ besteht bei der öffentlich-rechtlichen Vertrauenshaftung nur Anspruch auf den Ersatz der im Vertrauen auf das behördliche Verhalten getätigten Aufwendungen ²⁹⁹. Nicht zu entschädigen ist das positive Interesse einschliesslich des entgangenen Gewinns ³⁰⁰; ebensowenig kann eine Genugtuung geltend gemacht werden. In vereinzelt Fällen, z.B. beim Eingriff in

wohlerworbene Rechte, besteht ausnahmsweise eine volle Entschädigungspflicht ³⁰¹.

3. Haftung bei einer Verletzung des Diskriminierungsverbots

i. Allgemeines

Auf Grund der strukturellen Vergleichbarkeit des Gleichbehandlungsgebotes mit dem Diskriminierungsverbot ist es nahe liegend, die für eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots geltenden Haftungsgrundsätze auch bei einer

**** AJP/PJA 2005 Seite 408 ****

Verletzung des Diskriminierungsverbotes anzuwenden. Trotz der Strukturidentität bestehen aber haftungsrelevante Unterschiede zwischen dem Gleichbehandlungsgebot und dem Diskriminierungsverbot.

Im Unterschied zum Gleichbehandlungsgebot, das im Privatrecht nicht allgemein anwendbar ist ³⁰², gilt das Diskriminierungsverbot im Privatrecht ebenfalls ³⁰³ und wird mitunter sogar strafrechtlich abgesichert ³⁰⁴. Ein diskriminierendes Verhalten eines Privaten, das beim Betroffenen einen Schaden bewirkt, ist so stets mit einer Ersatzpflicht verbunden ³⁰⁵ und führt ausnahmsweise sogar zu einer Kontrahierungspflicht ³⁰⁶. Es kommt hinzu, dass eine eigenschaftsbedingte Ungleichbehandlung qualifiziert gerechtfertigt werden muss ³⁰⁷, weshalb eine Grundrechtshaftung bei einer bloss sachlich vertretbaren Begründung eintritt, während dies beim Gleichbehandlungsgebot gerade nicht der Fall ist. Dort genügt eine sachlich vertretbare Begründung als Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung.

ii. Geschlechterdiskriminierung

a. Allgemeines

Die Bundesverfassung verbietet eine Geschlechterdiskriminierung ³⁰⁸ und verpflichtet den Gesetzgeber, für die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit, zu sorgen ³⁰⁹. Das Diskriminierungsverbot stellt einen individuell durchsetzbaren Grundrechtsanspruch dar ³¹⁰, während aus dem Gleichstellungsauftrag keine einklagbaren Rechte abgeleitet werden können ³¹¹.

b. Lohnausfallentschädigung

Das Diskriminierungsverbot gewährt insbesondere bei einer *Lohndiskriminierung* einen Entschädigungsanspruch, der der Differenz zwischen dem effektiv erzielten Verdienst und dem Lohn der gleichwertigen Arbeit entspricht ³¹². Der Anspruch kann direkt gegenüber privaten und öffentlichen Arbeitgebern ³¹³ sowie - innerhalb der Verjährung - rückwirkend ³¹⁴ geltend gemacht werden und ist zu verzinsen ³¹⁵.

Die Entschädigungspflicht setzt den Nachweis ³¹⁶ eines *geschlechtsspezifischen Lohnunterschiedes* voraus ³¹⁷. Geschlechtsdiskriminierend sind Besoldungsunterschiede, wenn sie an geschlechtsspezifische Merkmale anknüpfen, ohne dass dies durch die Art der auszuübenden Tätigkeit sachlich begründet wäre ³¹⁸. Unzulässig ist auch eine *indirekte geschlechtsbedingte Lohndiskriminierung*. Eine solche liegt vor, wenn eine formal geschlechtsneutrale Besoldungsregelung im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts ohne sachliche Begründung gegenüber jenen des anderen Geschlechts erheblich benachteiligen ³¹⁹. Eine Diskriminierungsabsicht ist sowohl bei der direkten als auch der indirekten Lohndiskriminierung nicht erforderlich ³²⁰.

**** AJP/PJA 2005 Seite 409 ****

Direkte oder indirekte Lohnunterschiede zwischen Mann und Frau, die auf *objektiven Gründen* beruhen, sind nicht diskriminierend. Objektive Gründe sind namentlich solche, welche den Wert der Arbeit selbst beeinflussen können, wie Ausbildung, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, konkreter Aufgabenbereich, Leistung und Risiken; daneben können Lohnunterschiede trotz gleichwertiger Tätigkeit etwa aus sozialen Rücksichten gerechtfertigt sein ³²¹. Der Lohnvergleich ist zwischen dem konkret in Frage stehenden und gleichwertigen Berufen vorzunehmen. Die Vergleichsberufe umfassen bei der direkten Lohndiskriminierung alle ähnlichen bzw. gleichartigen Arbeiten des fraglichen Besoldungssystems und bei der indirekten Lohndiskriminierung auch vergleichbare Arbeiten unterschiedlicher Natur ³²². Ob Tätigkeiten als gleichwertig zu betrachten sind, kann nicht wissenschaftlich objektiv und wertfrei entschieden werden, sondern hängt von

Beurteilungen ab, die unterschiedlich ausfallen können. Es gibt insbesondere verschiedene Bewertungsverfahren, die sich in Aufgliederung, Gewichtung und Bewertung der Anforderungen unterscheiden; keines davon ist verfassungsrechtlich allein zulässig³²³.

c. Gesetzliche Entschädigungsnormen

Das Gleichstellungsgesetz³²⁴ sieht im erwerblichen Bereich weitere Entschädigungen vor. Die gesetzliche Entschädigungspflicht besteht bei einer Diskriminierung im Zusammenhang mit der Ablehnung einer Anstellung oder in der Kündigung eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses³²⁵ sowie einer sexuellen Belästigung³²⁶. Die Entschädigung besteht im Ersatz des entgangenen Verdienstes (maximal drei Monatslöhne) und - bei einer sexuellen Belästigung - in einem zusätzlichen Bussgeld (*punitive damage*) bis maximal sechs Monatslöhne³²⁷.

Das Gleichstellungsgesetz regelt nur die Haftung des Arbeitgebers und nicht auch jene von Drittpersonen, insbesondere von Personen, welche sich sexueller Belästigungen schuldig machen³²⁸. Die spezialgesetzlichen Entschädigungsansprüche derogieren die allgemeine Haftungsordnung aber auch in Bezug auf den Arbeitgeber nicht. Das Gleichstellungsgesetz behält weitergehende Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung sowie vertragliche Ansprüche ausdrücklich vor³²⁹.

iii. Behindertendiskriminierung

a. Allgemeines

Die Bundesverfassung verbietet eine Behindertendiskriminierung³³⁰ und verpflichtet den Gesetzgeber, Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten zu ergreifen³³¹. Das Diskriminierungsverbot stellt einen individuell durchsetzbaren Grundrechtsanspruch dar³³², während das Egalisierungsgebot lediglich einen Gesetzgebungsauftrag beinhaltet³³³.

Unter einer Behinderung wird gemeinhin ein Zustand verstanden, bei dem ein Mensch bestimmte wesentliche Funktionen des täglichen Lebens auf Grund eines Gesundheitsschadens nicht mehr selbstständig ausführen kann³³⁴. Krankheit und Unfall können Ursachen einer Behinderung sein, Letztere kann aber auch alterungsbedingt eintreten. Erkrankte oder verunfallte Personen demgegenüber stellen nicht auch Behinderte dar³³⁵, weshalb eine krankheits- oder unfallbedingte Beeinträchtigung der Gesundheit nicht zwingend eine Behinderung i.S.v. Art. 8 Abs. 2 BV bzw. Art. 6 BehiG darstellt³³⁶.

Während Lehre und Rechtsprechung - beim Geschlechterdiskriminierungsverbot, das ebenfalls wie das Behindertendiskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV verankert ist und spezialgesetzlich gegenüber Privaten gilt - bereits eine faktische oder rechtliche Benachteiligung (ohne Ausgrenzungs- oder Herabwürdigungswirkung) von Frauen als Diskriminierung werten³³⁷, ist unklar, welcher Diskriminierungsbegriff für das Behindertendiskriminierungsverbot anzunehmen ist. Während im öffentlichen Bereich das Benachteiligungsverbot gilt³³⁸, soll im privaten Bereich gemäss

**** AJP/PJA 2005 Seite 410 ****

den Materialien das Herabwürdigungsverbot massgeblich sein³³⁹. Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid jedoch erklärt, dass das Herabwürdigungsverbot auch im öffentlichen Schulbereich gilt³⁴⁰.

b. Gesetzliche Entschädigungsnormen

1) Diskriminierung durch Privatpersonen

Das Behindertengleichstellungsgesetz sieht ebenfalls eine Entschädigungspflicht bis maximal 5000 Franken für den Fall vor, dass ein Behinderter von einer Privatperson, die Dienstleistungen öffentlich anbietet, diskriminiert wird³⁴¹. Einen Haftungsvorbehalt enthält das Behindertengleichstellungsgesetz - im Gegensatz zum Gleichstellungsgesetz - nicht. Es ist deshalb unklar, ob im Anwendungsbereich des Behindertengleichstellungsgesetzes die allgemeine Haftungsordnung (Art. 41 ff. OR und Art. 28 ff. ZGB) durch die spezialgesetzliche Entschädigungsordnung derogiert worden ist.

In der ständerätlichen Debatte war umstritten, ob für Diskriminierungen i.S. des Behindertengleichstellungsgesetzes eine Maximalentschädigung oder eine offene Formulierung vorgesehen werden soll. Der Minderheitsantrag MERZ (Maximalentschädigung von 5000 Franken) setzte sich schliesslich durch und wurde auch vom Nationalrat übernommen³⁴². In den Beratungen wurde dabei eingewendet, die Annahme des Minderheitsantrags hätte zur Folge, dass auch "krasseste Diskriminierungen" nur mit der

Maximalentschädigung abgegolten werden könnten³⁴³ und die Entschädigung "unter allen Titeln" verstanden werden müsste³⁴⁴.

Im Hinblick auf diese Entstehungsgeschichte müsste an sich davon ausgegangen werden, dass gegenüber Privaten die allgemeinen Haftungsansprüche nur geltend gemacht werden können, wenn die Diskriminierung einen anderen Lebensbereich als den des öffentlichen Dienstleistungsbereichs betrifft³⁴⁵. Eine haftungsrechtliche Schlechterstellung der Behinderten im Verhältnis zu den Frauen und den Nichtbehinderten, die auf Grund eines anderen verpönten Persönlichkeitsmerkmals diskriminiert werden, entbehrt jedoch einer qualifizierten Begründung und käme einer unzulässigen gesetzgeberischen Diskriminierung gleich. Die Entschädigung gemäss Art. 8 Abs. 3 i.V. m. Art. 11 Abs. 3 BehiG entspricht insoweit dem Bussgeld bei der sexuellen Belästigung i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GlG, das mit einem allfälligen Schadenersatz kumuliert werden kann.

Selbst wenn die Diskriminierungsentschädigung allfälligen ausservertraglichen Haftungsansprüche derogieren würde, wären davon andere Ansprüche nicht betroffen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht ein *Kontrahierungszwang*, wenn dem Anbieter eine marktbeherrschende Stellung zukommt sowie Güter und Dienstleistungen betroffen sind, die zum Normalbedarf gehören³⁴⁶. EVG und kantonale Gerichte haben - unter der Geltung des KUVG - festgehalten, dass auch bei einer nicht marktbeherrschenden Stellung des Versicherers u.U. ein Abschlusszwang bestehen kann³⁴⁷. Eine Kontrahierungspflicht kann jedoch nicht auf die Besitzstandsgarantie von Art. 102 Abs. 2 KVG abgestützt werden³⁴⁸. Kontrahierungspflichten zu Gunsten von Behinderten sind aber in jedem Fall rechtmässig³⁴⁹.

Sofern Behinderte von einem marktbeherrschenden Anbieter mit Bezug auf Güter und Dienstleistungen des Normalbedarfs diskriminiert werden, können sie an Stelle der Diskriminierungsentschädigung von maximal 5000 Franken den Vertragsabschluss beanspruchen. Der Souverän hat jedoch 2003 eine Verfassungsinitiative, mit der ein direktes Klagerecht gegenüber Privaten hat eingeführt werden wollen, abgelehnt³⁵⁰. Das vorgeschlagene Klagerecht bezog sich auf den Zugang zu Bauten und Anlagen und die Inanspruchnahme von Einrichtungen und Leistungen, die für die Öffentlichkeit bestimmt sind³⁵¹.

**** AJP/PJA 2005 Seite 411 ****

Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Ablehnung der Verfassungsinitiative einen gänzlichen Ausschluss der ausnahmsweisen Kontrahierungspflicht bedeutet. Da solches zu einer behinderungsbedingten Schlechterstellung der Behinderten gegenüber Nichtbehinderten führen und insoweit verfassungswidrig wäre, kann die Ablehnung des direkten Klagerechts durch den Souverän nur bedeuten, dass den Behinderten wie den Nichtbehinderten nur ausnahmsweise ein Kontrahierungsanspruch mit Bezug auf öffentlich angebotene Dienstleistungen des Normalbedarfs, nicht aber ein weitergehender Anspruch zusteht.

2) Diskriminierung durch staatliche Behörden

Das Behindertengleichstellungsgesetz sieht in den von ihm erfassten öffentlich-rechtlichen Sachbereichen (Bau- und Verkehrs-³⁵², Personal-³⁵³ und Schulwesen³⁵⁴) Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche³⁵⁵ sowie allgemeine Fördermassnahmen³⁵⁶, nicht aber Entschädigungsansprüche vor. Beim Erlass des Behindertengleichstellungsgesetzes bildete die Haftungsfrage nicht Gegenstand der parlamentarischen Beratungen, weshalb ein Haftungsausschluss durch ein qualifiziertes Schweigen von vornherein nicht vorliegen kann. Eine allfällige Entschädigungspflicht für ein diskriminierendes Verhalten des Gesetzgebers bzw. von rechtsanwendenden Behörden beurteilt sich deshalb nach den allgemeinen Grundsätzen der Grundrechts- bzw. Staatshaftung.

4. Haftung bei einer Verletzung des Egalisierungsgebots

Kein Schutznormcharakter kommt dem Egalisierungsgebot zu. Dieses erteilt dem Gesetzgeber den Auftrag, Massnahmen für die Gleichstellung zu ergreifen. Ein durchsetzbares Individualrecht wird dadurch nicht begründet³⁵⁷. Der Bürger hat aber einen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass der Gesetzgeber innerhalb zumutbarer Frist handelt. Eine Haftung ist - wenn überhaupt - nur bei einer gesetzgeberischen Trölerei denkbar.

**** AJP/PJA 2005 Seite 412 ****

V. Anhang



Tabelle Staatshaftungsnormen der Bundes- und der Kantonsverfassungen

Fussnoten:

* Erweiterte Fassung der am 9.12.2003 an der Universität St. Gallen gehaltenen Antrittsvorlesung.

¹ Vgl. Art. 7 ff. BV.

² Siehe z.B. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966 (UNO-Pakt II), Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16.12.1966 (UNO-Pakt I), Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21.12.1965, Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes vom 9.12.1949 (UNO-Genozid-Konvention), Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (EMRK) und Protokoll Nr.6 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Abschaffung der Todesstrafe vom 28.4.1983.

³ Die Grundrechte sind als Kategorie der verfassungsmässigen Rechte justiziabel (vgl. Art. 189 Abs. 1 lit. a BV). Gegen kantonale Entscheide und Erlasse, die Grundrechte beeinträchtigen, kann die staatsrechtliche Beschwerde erhoben werden (vgl. Art. 189 Abs. 1 lit. a BV i.V.m. Art. 84 Abs. 1 lit. a OG).

⁴ Vgl. z.B. Art. 10 Abs. 1 BV, Art. 2 EMRK und Art. 6 UNO-Pakt II.

⁵ Vgl. z.B. Art. 10 Abs. 2 und 3 BV, Art. 3 und 4 EMRK sowie Art. 7 und 8 UNO-Pakt II.

⁶ Vgl. z.B. Art. 31 BV, Art. 5 EMRK und Art. 9 UNO-Pakt II.

⁷ Vgl. z.B. Art. 13 ff. BV, Art. 8 ff. EMRK und Art. 16 ff. UNO-Pakt II.

⁸ Vgl. z.B. Art. 26 EMRK.

⁹ Vgl. z.B. Art. 8 BV, Art. 14 EMRK sowie Art. 2, 14 und 26 UNO-Pakt-II.

¹⁰ Vgl. Art. 41 ff. OR.

¹¹ Weiterführend dazu B. RÜTSCH (2002), Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen, mit Studien zur Normstruktur von Grundrechten, zu den funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit und zum Verhältnis von materiellem Recht und Verfahrensrecht, Diss. Bern.

¹² Siehe dazu J. CALLEWAERT (1997), Zusprechung von Entschädigungen nach Art. 50 EMRK durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: AJP/PJA 1997, 1525 ff.; A. CONZE (1987), Die völkerrechtliche Haftung der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden; M. CORNILS (1995), Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, Rechtsnatur und Legitimität eines richterlichen Haftungsinstituts, Baden-Baden; A. CZAJA (1996), Die ausservertragliche Haftung der EG für ihre Organe, Baden-Baden; G. DANNEMANN (1994), Schadensersatz bei der Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Haftung nach Art. 50 EMRK, Köln; G. DANNEMANN (1999), Haftung für die Verletzung von Verfahrensgarantien nach Art. 41 EMRK, Zur Herausbildung europäischer Haftungsmaßstäbe, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1999, 452 ff.; S. DETTERBECK (2000a), Haftung der Europäischen Gemeinschaft und gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch, in: Archiv des öffentlichen Rechts 2000, 202 ff.; D. FRANK (1999), Verantwortlichkeit für die Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention durch internationale Organisationen, Unter besonderer Berücksichtigung der Verantwortlichkeit der EG, EU und von Europol, Basel; M.R. GARCÍA MORA (1962), International responsibility for hostile acts of private persons against foreign states, The Hague; J. GRIEBEL (1998), Responsibility of the state for acts of individuals acting as de facto organs, Genf; T. JAAG (1996), Die Francovitch-Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs, Die Haftung der EG-Mitgliedstaaten für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht, in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 1996, 505 ff.; V. JÜTTE (1998), Die United Nations compensation Commission, Eine Darstellung von Aufbau und Verfahren sowie der historischen und rechtlichen Grundlagen, Diss. Köln; S. KADELBACH/N. PETERSEN (2002), Die gemeinschaftsrechtliche Haftung für Verletzungen von Grundfreiheiten aus Anlass privaten Handelns, in: EuGRZ 2002, 213 ff.; R.B. LILLICH/D.B. MAGRA, ET AL. (1998), The Iran-United States Claims Tribunal, Its contribution to the law of state responsibility, New York; B. MORRIS/D. CARON (2002), The Compensation Commission The United Nations Compensation Commission, Practical Justice, not Retribution, in: European Journal of International Law 2002, 183ff.; N. PETERSEN/S. KADELBACH (2002), Die gemeinschaftsrechtliche Haftung für Verletzungen von Grundfreiheiten aus Anlass privaten Handelns, in: EuGRZ 2002, 213 ff.; A. RANDELZHOFFER/C. TUSCHAT, C. (1999), State responsibility and the individual, Reparation in instances of grave violations of human rights, The Hague/Boston/Cambridge (MA); C. SCOTT (2001), Torture as tort, Comparative perspectives on the development of transnational human rights litigation, Oxford; A. SICILIANO (1999); State Liability for Breaches of Community Law and its Application within the Italian Legal System, in: European Public Law 1999, 405 ff.; J. WOLF (1997), Die Haftung der Staaten für Privatpersonen nach Völkerrecht, Berlin, und K.S. ZIEGLER (2002), Fluchtverursachung als völkerrechtliches Delikt, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Herkunftsstaates für die Verursachung von Fluchtbewegungen, Berlin.

¹³ Weiterführend B. WEBER-DÜRLER (2000), Grundrechtseingriffe in: Die neue Bundesverfassung (Ed. U. ZIMMERLI), Bern, 131 ff.

¹⁴ Vgl. dazu infra Ziff. III/A.

¹⁵ Siehe zur Haftung bei unterlassener staatlicher Aufsicht z.B. Urteil BGer vom 3.7.2003 (2C.1/2001, 2C.4/1999, 2C.4/2000 und 2C.5/1999) (Leukerbad-Fall) und weiterführend zur Finanzaufsicht T. GEISER (2001), Haftung für Schäden der Pensionskassen. Überblick über die Haftungsregeln bei der 2. Säule in: *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc*, Lausanne, 67 ff.; und J. GROSS (2002a), Staatshaftung für unterlassene Finanzaufsicht, in: *AJP/PJA* 2002, 747 ff., 750 ff.; siehe ferner BGE 120 Ib 411 E. 4b und 112 Ib 322 E. 2 und 4 zur Aufsichtspflicht gegenüber suizidgefährdeten Patienten (vgl. dazu auch V. SOBOTICH (1999), Staatliche Verantwortung bei Straftaten im Hafturlaub? Verfassungs- und staatshaftungsrechtliche Aspekte zum Fall "Zollikerberg" in: *Strafrecht als Herausforderung*, Zürich, 563 ff.) und BGE 116 Ib 193 ff. und 367 ff. sowie B. WEBER-DÜRLER (1997), Die Staatshaftung im Bauwesen, in: *ZBl* 1997, 385 ff., 395 ff., zur Haftungsproblematik der staatlichen Bauaufsicht.

¹⁶ Siehe aus der Kasuistik z.B. BGE 94 I 170 E. 3 (keine Haftung der PTT-Betriebe für die Folgen von Irrtümern oder Unterlassungen im Verzeichnis der Telefon-Abonnenten).

¹⁷ Art. 35 Abs. 1 BV hält fest, dass die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen müssen. Diese Bestimmung gibt den staatlichen Behörden den allgemeinen Auftrag, für die tatsächliche Verwirklichung der Grundrechte zu sorgen und alle geeigneten Mittel hierfür einzusetzen (vgl. Botschaft vom 20.11.1996 über eine neue Bundesverfassung, Separatdruck, Bern 1996, 192). In der Botschaft wird daselbst betont, dass sich die staatlichen Behörden jeder Tätigkeit zu enthalten haben, die Grundrechte verletzen könnten (Abwehrfunktion), aber auch verpflichtet sind, sich so zu verhalten, dass die Grundrechte geschützt und gefördert werden (Schutzfunktion). Art. 35 Abs. 1 BV begründet solcherart eine allgemeine Pflicht des Staates, die Grundrechte zu schützen und zu deren Verwirklichung beizutragen. Diese allgemeine Schutzpflicht korrespondiert jedoch nicht mit individuell durchsetzbaren Grundrechtsansprüchen, sondern stellt einen blossen Gesetzgebungsauftrag dar.

¹⁸ Siehe dazu den Überblick bei R.J. SCHWEIZER, BV-Kommentar SG, N 9 ff. zu Art. 35 BV.

¹⁹ Vgl. etwa Art. 8 Abs. 3 Satz 2, Art. 8 Abs. 4 BV und Art. 11 Abs. 1 BV.

²⁰ Art. 2 EMRK, Art. 6 UNO-Pakt II und Art. 6 Abs. 2 UNO-Kinderkonvention sehen ausdrücklich vor, dass das Recht auf Leben gesetzlich zu schützen ist (vgl. dazu A. HAEFLIGER/F. SCHÜRMANN (1999), Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis. 2. A., Bern, 55 ff.). Der geforderte gesetzliche Schutz umfasst dabei nicht nur die Verabschiedung und Durchsetzung von Gesetzesbestimmungen, die das Leben unmittelbar vor Eingriffen seitens des Staates oder Privater schützen (siehe M.E. VILLIGER, (1999) Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, (EMRK). 2. A., Zürich, N 264, und den Anwendungsfall Urteil EGMR i.S. *Gulec v. Turkey* vom 27.7.1998 (Verletzung des Rechts auf Leben im Zusammenhang mit dem Tod eines 15-jährigen durch Staatssicherheitskräfte anlässlich einer unbewilligten Demonstration)), sondern auch die Einführung von straf- und zivilrechtlichen Rechtsbehelfen für die Überprüfung und Sanktionierung allfälliger Verletzungen des Rechts auf Leben (vgl. auch EKMR i.S. *L. v. M. et R. v. Switzerland* vom 1.7.1996 = VPB 61.96). Schliesslich sind bei einer konkreten und aktuellen Gefährdung des Lebens ("real and immediate risk to the life"), von der die zuständige Behörde Kenntnis hat oder bei zumutbarer Aufmerksamkeit haben sollte, präventive, insbesondere polizeiliche Massnahmen zu ergreifen, mit denen die Gefährdung vernünftigerweise beseitigt werden kann (siehe Urteil EGMR vom 28.10.1998 i.S. *Osman v. The United Kingdom*, Ziff. 115 ff. m.w.H.). Positive Schutzpflichten des Staates folgen ferner aus dem Recht auf körperliche Unversehrtheit (vgl. z.B. J.P. MÜLLER (1999), Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, 3. A., Bern, 18 f. und 28), das den Staat verpflichtet, die auf seinem Gebiet befindlichen Personen nötigenfalls vor dem physischen Verderben zu bewahren (vgl. Urteil BGer vom 23.8.1993 i.S. *V.P.*, E. 3, so schon BGE 51 I 328 und 40 I 416). Die staatliche Schutzpflicht gilt ferner nicht für schwerwiegende Beeinträchtigungen, sondern gestützt auf Art. 8 EMRK auch für Übergriffe in das Privat- oder Familienleben, die nicht als erniedrigend oder unmenschlich qualifiziert werden können (vgl. z.B. Urteil EGMR i.S. *Lopez Ostra v. Spain* vom 9.12.1994 (dieser Fall betraf eine Kehrrichtverbrennungsanlage, die ohne rechtskräftige Baubewilligung in Betrieb genommen wurde und infolge massiver Abgas- und Geschmacksimmissionen die Gesundheit von Anwohnern nachhaltig beeinträchtigte, ohne dass die zuständigen Behörden einschritten)). Die Strassburger Organe haben eine positive staatliche Schutzpflicht ferner auch im Zusammenhang mit Art. 11 EMRK (Recht auf freie Meinungsäusserung) anerkannt (vgl. Urteil EGMR i.S. *Gustafsson v. Sweden* vom 25.4.1996, Ziff. 45, und Plattform "*Ärzte für das Leben*" v. *Austria* vom 21.6.1988, Ziff. 32 ff.).

²¹ Siehe dazu z.B. BGE 126 II 63 = Pra 2000 Nr. 184 E. 3, BGE 123 II 577 E. 4d/ff., 118 Ib 473 E. 2 und 3 sowie 106 Ib 357 E. 2.

²² Art. 397a Abs. 1 ZGB erlaubt lediglich eine Anstaltseinweisung, sieht aber eine solche bei einer Drittgefährdung nicht zwingend vor.

²³ Siehe dazu infra Ziff. IV/C/2/ii/b.

²⁴ Siehe Art. 10 Abs. 1 und 3 BV.

²⁵ Zur Problematik der Grundrechtsverletzung durch Nichtgewähren von Sozialleistungen siehe E. MURER (1995), Grundrechtsverletzungen durch Nichtgewährung von Sozialversicherungsleistungen? Bemerkungen zu zwei Entscheiden des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, in: *SZS* 1995, 184ff., und C. SCHÜRER (1997),

Grundrechtsbeschränkungen durch Nichtgewähren von Sozialversicherungsleistungen, in: AJP/PJA 1997, 3 ff.

²⁶ Vgl. Art. 8 Abs. 2 BV. Siehe dazu weiterführend infra Ziff. IV/C/3.

²⁷ Vgl. Art. 189 Abs. 1 lit. a BV. In Anbetracht von Art. 191 BV (dazu nachfolgende FN) können nur Verletzungen verfassungsmässiger Rechte durch kantonales Recht geltend gemacht werden (vgl. Art. 84 Abs. 1 lit. a OG und weiterführend W. KÄLIN (1994), Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. A., Bern, 131 ff.). Zulässig ist insbesondere auch die abstrakte Normenkontrolle (siehe z.B. den Anwendungsfall BGE 118 Ia 218 (kantonales Schulzahnpflegegesetz, das eine zahnmedizinische Zwangsbehandlung vorsieht)).

²⁸ Nach Art. 191 BV sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Andere Erlasse können ohne weiteres auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüft werden. Art. 191 BV statuiert lediglich ein Anwendungsgebot, nicht aber ein Prüfungsverbot (vgl. BGE 117 Ib 373 E. 2f). Dieses schliesst die Anwendung allgemein anerkannter Prinzipien, insbesondere die Regel, dass Bundesgesetze verfassungskonform auszulegen sind (vgl. BGE 108 V 240 E. 4b, 105 Ib 53 E. 3a; siehe ferner BGE 114 IV 26 E. 4), nicht aus. Es gilt die Vermutung, dass der Gesetzgeber keine im Widerspruch zur Bundesverfassung stehenden Gesetzesbestimmungen erlässt (vgl. BGE 110 V 122, 109 V 33, 108 V 240 E. 4b, 107 V 215 E. 2b). Allerdings findet die verfassungskonforme Auslegung - auch bei einer festgestellten Verfassungswidrigkeit - im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung ihre Schranke (vgl. BGE 117 V 321 E. 2a, 111 Ia 297 E. 3b).

²⁹ Das Ausmass der richterlichen Überprüfungsbefugnis von Verordnungen auf ihre Gesetzesmässigkeit hin hängt praxisgemäss davon ab, ob es sich um eine selbstständige oder eine unselbstständige Verordnung handelt. Als selbstständige Verordnungen werden solche Verordnungen bezeichnet, die auf einer Ermächtigung der Verfassung beruhen (vgl. U. HÄFELIN/W. HALLER (2001), Schweizerisches Bundesstaatsrecht. 5.A., Zürich, N 1859 ff.). Als unselbstständige Verordnungen werden solche Verordnungen bezeichnet, zu deren Erlass der Bundesrat durch eine Delegationsnorm in einem Bundesgesetz oder allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss ermächtigt worden ist (vgl. *ibid.*, N 1869 ff.). Selbstständige Verordnungen können unbeschränkt auf ihre Übereinstimmung mit der Bundesverfassung und den Bundesgesetzen hin überprüft werden (vgl. *ibid.*, N 2098 und BGE 123 IV 29, 33). Allerdings darf das Bundesgericht den politischen Entscheidungsspielraum, der dem Bundesrat im Rahmen der ihm vom Verfassungsgeber eingeräumten Kompetenz zugestanden wurde, "nicht durch eigene Ordnungsvorstellungen schmälern" (BGE 125 II 326, 331).

³⁰ Siehe dazu weiterführend P. RICHLI (1992), Zum verfahrens- und prozessrechtlichen Regelungsdefizit beim verfügungsfreien Staatshandeln, in: AJP/PJA 1992, 196 ff., und P. RICHLI (1998) Zum Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln in der Totalrevision der Bundesrechtspflege, in: AJP/PJA 1998, 1426 ff.

³¹ Ein solches wird z.B. beim fürsorglichen Freiheitsentzug vorgesehen (vgl. Art. 397b ff. ZGB).

³² Von der mit dem grundrechtsrelevanten Sachverhalt betrauten Behörde kann eine Feststellungsverfügung verlangt werden (siehe Art. 5 Abs. 1 lit. b und Art. 25 VwVG). Dem Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (vgl. Art. 25 abs. 2 VwVG). Die Zulässigkeit einer Feststellungsklage, mit der eine Verletzung von völkerrechtlich geschützten Grundrechten, insbesondere von Art. 3 und 5 EMRK, festgestellt werden soll, beurteilt sich nach schweizerischem Recht (vgl. BGE 118 II 254 E. 1c).

³³ Der Bund haftet nur für Privatpersonen, die unmittelbar mit öffentlichrechtlichen Aufgaben des Bundes betraut sind (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. f VG), nicht aber für weitere Private, die gemäss Art. 35 BV an die Grundrechte gebunden sind.

³⁴ Vgl. Art. 146 BV und Art. 3 Abs. 1 VG. Das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes (VG) gilt subsidiär zu anderen möglichen Haftungsnormen des Bundesrechts (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für die Staatshaftung vom 21.5.2004 (HRK 2003-007) = VPB 2004 Nr. 118 E. 2a). Werden jedoch ausdrücklich Schäden, die ihren Ursprung in widerrechtlichen Handlungen von Bundesangestellten finden, geltend gemacht, tritt das Verantwortlichkeitsgesetz nicht hinter dem BG über die Bundesstrafrechtspflege zurück (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für die Staatshaftung vom 21.5.2004 (HRK 2003-007) = VPB 2004 Nr. 118 E. 2b). Das Verantwortlichkeitsverfahren ist ein Anfechtungsverfahren auf Verfügung hin. Die in Haftpflicht genommene Organisation nimmt selbst zu den Schadenersatzansprüchen in Form einer anfechtbaren Verfügung Stellung. Im System der Staatshaftung des Bundes ist der Bund Gesuchsgegner. Die SBB sind eine ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehende Organisation, sie haften primär. Der Bund haftet erst im Rahmen einer so genannten Ausfallhaftung (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für die Staatshaftung vom 15.2.2002 i.S. A. (HRK 2001-004) = VPB 2002 Nr. 52 E. 3a).

³⁵ Vgl. BGE 118 Ib 473 E. 6b. In der Literatur wird bisweilen eine Staatshaftung gestützt auf Art. 8 Abs. 1 BV bejaht (vgl. dazu die Hinweise infra FN 200).

³⁶ Siehe dazu die Tabelle im Anhang.

³⁷ Vgl. z.B. § 4 Abs. 2 Gesetz über die Haftung des Staates und seines Personals (Haftungsgesetz, HG) vom 17.11.1999 (BL), Art. 4 Loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24.1.1989 (GE) und Art. 4 Gesetz über die Haftung des Gemeinwesens und seiner Funktionäre (Haftungsgesetz) vom 25.4.1971 (NW).

³⁸ Vgl. z.B. Art. 8 Abs. 1 Gesetz über die Haftung der Gemeinwesen und ihrer Amtsträger vom 16.9.1986 (FR),

§ 5 Haftungsgesetz vom 13.9.1988 (LU), Art. 8 Loi sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (loi sur la responsabilité) (LResp) du 26.6.1989 (NE), Art. 26 Gesetz über die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten und die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 7.12.1959 (SG), Art. 6 Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behördemitglieder und Arbeitnehmer (Haftungsgesetz) vom 23.9.1985 (SH), § 10 Gesetz über die Haftung des Staates, der Gemeinden der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten und die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten und Arbeiter (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 26.6.1966 (SO) und § 13 Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten (Haftungsgesetz) vom 14.9.1969 (ZH).

³⁹ Eine Billigkeitshaftung darf nicht dazu führen, dass Unternehmungen ihre durch Naturereignisse verursachten Umsatzeinbussen oder Ertragsausfälle durch Mittel der öffentlichen Hand ausgleichen können (vgl. Urteil VerwGer BE vom 23.5.2000 i.S. *Bielersee-Schiffahrts-Gesellschaft* (VGE 20882) = BVR 2000, 537 E. 6).

⁴⁰ Vgl. zum Begriff der amtlichen Tätigkeit statt vieler T. JAAG (2003), Staatshaftung nach dem Entwurf für die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, in: ZSR II 2003, 3 ff., 53 ff., mit Hinweisen auf die geplanten Änderung im Rahmen der Haftungsrechtsrevision, wonach die Staatshaftung nur noch für hoheitliche Schadenszufügung anwendbar sein soll.

⁴¹ Lehre und Rechtsprechung gehen bei der Prüfung der Haftung eines vertraglich oder ausservertraglich Ersatzpflichtigen oder beim Eintritt der Leistungspflicht des Sozialversicherers davon aus, dass eine Leistungspflicht erst dann entsteht, wenn zwischen dem mutmasslich haftungsbegründenden oder leistungsauslösenden Ereignis und dem Schaden oder versicherten Risiko sowohl ein natürlicher als auch ein adäquater Kausalzusammenhang besteht (vgl. dazu statt vieler R. BREHM, BE-Kommentar, N 103 ff. zu Art. 41 OR; V. ROBERTO (1997), Schadensrecht, Basel/Frankfurt a.M., 49 ff.; A. RUMO-JUNGO (1998), Haftpflicht und Sozialversicherung, Begriffe, Wertungen und Schadensausgleich, Freiburg i.U., N 110 ff., und P. WIDMER (1999), Privatrechtliche Haftung in: Schaden - Haftung - Versicherung (Eds. P. Münch und T. Geiser), Basel/Genf/München, 7 ff., 44 ff.).

⁴² Der dem Haftungsrecht zu Grunde liegende Schadensbegriff, insbesondere derjenige von Art. 41 ff. OR, basiert auf der Vermögensschadentheorie: Ein "Schaden" tritt ein, wenn der vom widerrechtlichen Verhalten Betroffene unfreiwillig einen Erwerbsausfall (lucrum cessans; vgl. z.B. BGE 113 Ia 177 = JDT 1988 IV 121 = Pra 1988 Nr. 51 E. 3 und BGE 116 V 323 (Rentenverlust)) oder eine Vermögensminderung (damnum emergens; Anwaltskosten (BGE 113 IV 93 = Pra 1987 Nr. 215 E. 3d), Kosten für das Bahnbillett und auch Auslagen für geplant gewesene Ferien (ZVW 1999, 37 E. 2.2.2) und Prozesskosten (BGE 113 Ia 177 = JDT 1988 IV 121 = Pra 1988 Nr. 51 E. 3) etc.) erleidet (vgl. R. BREHM, BE-Kommentar, N 67 ff. zu Art. 41 OR, J. GROSS (2001), Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Stand und Entwicklungstendenzen. 2. A., Bern, 238 ff.; sowie K. OFTINGER/E.W. STARK (1995), Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 5. A., Zürich, 69 ff.).

⁴³ Absicht, direkter Vorsatz, Eventualvorsatz oder Fahrlässigkeit.

⁴⁴ Vgl. Art. 6 VG.

⁴⁵ Vgl. z.B. Art. 60 OR und Art. 20 Abs. 1 VG.

⁴⁶ BGE 129 V 411 E. 1.4 und 126 V 64 E. 5. Siehe aber hinten FN 294 (zur Vertrauenshaftung).

⁴⁷ Siehe Art. 12 VG und BGE 129 I 139 E. 3.1, 126 I 144 E. 2a und Urteil BGer vom 13.2.2004 (2A.77/2004) E. 3.1 sowie ferner (für das kantonale Staatshaftungsrecht) § 7 Gesetz über die Haftung des Staates und seines Personals (Haftungsgesetz, HG) vom 17.11.1999 (BS), § 4 Abs. 2 Satz 2 Haftungsgesetz vom 13.9.1988 (LU), Art. 14 Abs. 1 Gesetz über die Haftung des Gemeinwesens und seiner Funktionäre (Haftungsgesetz) vom 25.4.1971 (NW), Art. 3 Abs. 1 Gesetz über die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten und die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 7.12.1959 (SG) und SGGVP 1996 Nr. 4, Art. 15 Abs. 1 Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behördemitglieder und Arbeitnehmer (Haftungsgesetz) vom 23.9.1985 (SH), § 3 Gesetz über die Haftung des Staates, der Gemeinden der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten und die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten und Arbeiter (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 26.6.1966 (SO), § 16 d Gesetz über die Haftung des Gemeinwesens und die Verantwortlichkeit seiner Funktionäre vom 20.2.1970 (SZ), § 12 Abs.3 Gesetz über die Verantwortlichkeit der Gemeinwesen, Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 14.2.1979 (TG), § 19 Abs. 1 Gesetz über die Verantwortlichkeit der Gemeinwesen, Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 1.2.1979 (ZG) und § 21 Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten (Haftungsgesetz) vom 14.9.1969 (ZH).

⁴⁸ Vgl. M. IMBODEN/R. RHINOW (1976), Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. II: Besonderer Teil. 5. A., Basel, 744. Siehe zur Problematik der nach Eintritt der formellen Rechtkraft entstehenden Widerrechtlichkeit J. GROSS (1998), Zum Begriff der Widerrechtlichkeit im Schweizerischen Staatshaftungsrecht, in: recht 1998, 49 ff., 50, und infra Ziff. III/C/2/i.

⁴⁹ Siehe LGVE 1999 I Nr. 14 zur Frage, ob der Subsidiaritätsgrundsatz auch im Verhältnis zu ausserordentlichen Rechtsmitteln bzw. aufsichtsrechtlichen Rechtsbehelfen gilt.

⁵⁰ Vgl. dazu auch Art. 5 Abs. 4 und Art. 6 EMRK.

⁵¹ Vgl. Art. 159 Abs. 2 OG ("alle durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten") und BGE 112 Ib 353 E. 3a.

⁵² Vgl. Art. 55 Abs. 4 VwVG.

⁵³ Dazu infra Ziff. III/C/2/ii/b.

⁵⁴ Siehe allgemein BGE 117 II 394 E. 3 und betreffend Baubewilligungsverfahren z.B. Art. 48 Baugesetz vom 8.2.1996 (VS) und weiterführend A.R. GADOLA (1994) Die unbegründete Drittbeschwerde im öffentlichrechtlichen Bauprozess, Korrektive zum Schutz des Baubewilligungspetenten, in: ZBl 1994, 97 ff., 101 ff.

⁵⁵ Vgl. BGE 126 II 145 E. 5b: "Bei aussergewöhnlichen Umständen kann es die obsiegende Partei aus Billigkeitsgründen auch verpflichten, die Kosten der unterliegenden ganz oder teilweise zu übernehmen.... Mit Blick auf die aussergewöhnlichen Umstände des vorliegenden Falles (Überstellung des Klägers an die deutschen Behörden unter den beschriebenen Umständen) rechtfertigt es sich, von dieser Möglichkeit hier ausnahmsweise Gebrauch zu machen und damit der menschlichen Tragik nicht nur in Worten Rechnung zu tragen. Der Kläger unterliegt zwar mit seinem Genugtuungsbegehren vollumfänglich, doch waren die von ihm aufgeworfenen Fragen von grundlegender Bedeutung und komplexer Natur, so dass er sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sehen durfte."

⁵⁶ Vgl. z.B. Art. 5 Abs. 2 und 4 (siehe dazu BGE 119 Ia 221 E. 7 m.H.) sowie Art. 6 Abs. 1 EMRK und zum einfachen und raschen Verfahren Art. 280 Abs. 1 und Art. 397f ZGB sowie Art. 274d und Art. 343 Abs. 2 OR sowie U. KIESER (1992) Das einfache und rasche Verfahren, insbesondere im Sozialversicherungsrecht, in: SZS 1992, 268 ff.

⁵⁷ Vgl. z.B. BGE 117 II 394 E. 3.

⁵⁸ Siehe zur Haftung für eine formelle Rechtsverweigerung infra Ziff. IV/C/2/ii.

⁵⁹ Vgl. dazu BGE 129 I 139 E. 3.

⁶⁰ Siehe dazu den Anwendungsfall Urteil VerwGer BE vom 23.5.2000 i.S. *Bielersee-Schiffahrts-Gesellschaft* (VGE 20882) = BVR 2000, 537 E. 2.

⁶¹ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht davon aus, dass bei einer unverschuldeten Verhinderung eine Wiederherstellung von gesetzlichen Verwirkungsfristen möglich ist; das EVG spricht in diesem Zusammenhang sogar von einem generell anerkannten "allgemeinen Grundsatz" (BGE 114 V 123 E. 3b; vgl. neuerdings auch BGE 123 II 241 E. 3).

⁶² Vgl. dazu auch J. GROSS (2002b), Staatshaftung und Grundrechtsschutz, in: AJP/PJA 2002, 1429 ff.

⁶³ Siehe dazu statt vieler BGE 123 II 577 E. 4d und 115 II 15 E. 3. Als absolute Rechtsgüter anerkannt sind insbesondere Leib und Leben, Freiheit, Persönlichkeit, Eigentum und Besitz (vgl. BGE 117 II 259 E. 3, 113 Ib 420 E. 2a und 112 II 118 E. 5e sowie E. W. STARK (1989), Die Haftungsvoraussetzung der Rechtswidrigkeit in der Kausalhaftung des Staates für seine Beamten, in: Festschrift für U. Häfelin, Zürich, 569 ff., 575 ff.).

⁶⁴ Vgl. BGE 123 II 577 E. 4d/cc.

⁶⁵ Siehe dazu aus der älteren Rechtsprechung BGE 63 II 30/31, 68 II 217/218, 77 I 95 und 95 I 283 E. 4; vgl. ferner M. FAJNOR (1987), Staatliche Haftung für rechtmässig verursachten Schaden, Diss. Zürich, 61 ff., sowie - zur geschichtlichen Entwicklung - A. GRISEL (1953), La responsabilité de l'Etat fédéral pour l'activité licite de ses organes in: Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, Zürich, 35 ff., und P. MOOR (1977), La responsabilité de l'Etat pour actes licites de ses agents, in: Revue de droit administratif et de droit fiscal et Revue genevoise de droit public 1977, 145 ff.

⁶⁶ Vgl. ferner Urteile BGer vom 27.10.1993 i.S. W. (1P.607/1991) E. 3a, vom 5.5.1995 (2P. 101/1994) = ZBl 1996, 278 E. 3b, vom 14.12.1995 i.S. Ehepaar X = Pra 1996 Nr. 181 E. 1b, vom 12.2.1996 (2P.373/1994) E. 2 und vom 26.11.1996 (1P. 457/1996) = ZBl 1998, 34 E. 2.

⁶⁷ Urteil BGer vom 14.12.1995 i.S. Ehepaar X = Pra 1996 Nr. 181 E. 1b.

⁶⁸ Vgl. Urteile BGer vom 5.1.2000 i.S. Me. X. c. *Etat du Valais* = RVJ 2001, 209 E. 1, vom 12.11.1997 (1P.263/1997) = Pra 1998 Nr. 78 E. 4b sowie vom 26.11. 1996 (1P. 457/1996) = ZBl 1998, 34 E. 2: "Nach ständiger Praxis des Bundesgerichtes beurteilt sich die Frage, ob und in welchem Ausmass dem Angeschuldigten in einem kantonalen Strafverfahren ein Entschädigungsanspruch wegen ungerechtfertigten (unverschuldeten) Freiheitsentzugs zustehe, nach kantonalem Recht, insbesondere nach dem massgebenden Prozessrecht. Das Bundesgericht hat es bisher abgelehnt, einen direkt aus dem verfassungsmässigen Recht der persönlichen Freiheit fliessenden Anspruch auf Haftentschädigung anzuerkennen, und hat im Sinne des Legalitätsprinzips einen solchen Anspruch nur bei Vorliegen einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung bejaht. Die Auslegung und Anwendung des betreffenden kantonalen Rechts prüft das Bundesgericht lediglich unter dem Gesichtswinkel der Willkür, soweit nicht die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzuges, sondern nur die

Entschädigung für diesen in Frage steht (so etwa unveröffentlichte Urteile vom 18.3.1996 i.S. X., E. 2b, und vom 11.9.1995 i.S. E. M., E. 2). Ein kantonaler Entscheid kann daher nur aufgehoben werden, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 118 Ia 129 E. 2 S. 130)."

⁶⁹ Siehe dazu infra Ziff. IV/C/2/i/a.

⁷⁰ Vgl. dazu BGE 118 Ib 473 E. 3a (Frage offengelassen, ob Freiheitsrechte Schutzwirkung zu Gunsten des Vermögens entfalten).

⁷¹ Vgl. z.B. BGE 118 Ib 241 E. 5 (Haftung für wirtschaftspolitisch motivierte Massnahmen. Beschränkung der Befugnis zur Haltung von Nutztieren).

⁷² Siehe dazu die Tabelle im Anhang.

⁷³ Das Grundrecht auf körperliche und geistige Unversehrtheit kann auch durch Massnahmen, die mit keinem (sichtbaren) Körpereingriff verbunden sind, beeinträchtigt werden. Es bietet aber keinen Schutz vor jeglichem physischen oder psychischen Missbehagen (vgl. BGE 119 Ia 178 E. 5 und 112 Ia 100). Eine Beeinträchtigung liegt nur bei einer Gefährdung der körperlichen oder geistigen Integrität oder bei einer Behinderung einer anderen elementaren Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung vor (vgl. BGE 119 Ia 178 E. 5b). Ob eine Gefährdung oder Beeinträchtigung vorliegt, beurteilt sich nach Massgabe der subjektiven und objektiven Umstände des Einzelfalles (BGE 116 Ia 123 f. E. 5b (besondere Infektionsanfälligkeit, die aus einer an sich harmlosen Behandlung eine gefährliche werden lässt)). Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit stellen u.a. folgende Eingriffe dar: Haarentnahmen (siehe BGE 112 Ia 161 E. 3b (Entfernen des Bartes) und Urteil BGer vom 19.12.1995 = EuGRZ 1996, 470 f. (Entnahme von Haaren in einem Strafverfahren)), Urinproben (vgl. BGE 123 I 221 E. 2b, Urteil BGer vom 4.1.1983 = ZBl 1984, 45 f., und EKMR i.S. A.B. v. *Switzerland* vom 22.2.1995 = VPB 59.114), ärztliche Untersuchung (bejaht für eine Tuberkuloseuntersuchung in BGE 104 Ia 486 E. 4a, aber offen gelassen für eine zahnärztliche Untersuchung in BGE 118 Ia 427 E. 4b), psychiatrische Untersuchung (BGE 124 I 40 E. 3c, 110 Ia 117 E. 5 sowie DR 24, 103 = EuGRZ 1982, 537 ff.), Röntgenuntersuchungen (vgl. BGE 104 Ia 480 E. 4a und DR 40, 251 sowie BGE 113 Ia 1 E. 4b/bb (Fotografieren des Gesichts und Abnahme von Fingerabdrücken)) und Trinkwasserfluoridierung (vgl. Urteil BGer vom 29.6.1990 = ZBl 1991, 26 f. E. 2 sowie EKMR i.S. *Guy Jehl-Doberer v. Switzerland* vom 1.9.1993 = VPB 1994 Nr. 115). Der Kontakt mit kaltem Wasser stellt keine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit dar (vgl. BGE 119 Ia 178 E. 5b).

⁷⁴ Vgl. für den Bund Art. 5 und 6 VG.

⁷⁵ Eine Haftung für rechtmässiges Verhalten wird z.B. vorgesehen in Art. 23 Abs. 3 BG über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz) vom 18.12.1970 (siehe dazu den Anwendungsfall BGE 129 II 353 ; dazu H. LANDOLT (2003), Haftung für Impfschäden, Anmerkungen zu BGE 129 II 353 ff., in: HILL 2003, Fachartikel 10 = HAVE 2003, 313 ff.) und Art. 54 Abs. 1 lit. b BG über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) vom 15.12.2000.

⁷⁶ Die einschlägigen Staatshaftungserlasse verweisen mit Bezug auf Personenschäden auf die Bestimmungen von Art. 46 ff. OR (z.B. § 23 Gesetz über die Verantwortlichkeit der Gemeinwesen, Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 1.2.1979 (ZG)) oder sehen gleich lautende Bestimmungen wie das OR (z.B. Art. 5 und 6 VG und §§ 8 ff. Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten (Haftungsgesetz) vom 14.9.1969 (ZH)) oder eine Mischform aus Verweisung und Enumeration vor (z.B. Art. 6 ff. Loi du 16 mai 1961 sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents (VD) sowie Art. 6 und 9 Gesetz über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Gemeinwesen und ihrer Amtsträger vom 10.5.1978 (VS)). Die staatshaftungsrechtliche Rechtsprechung legt gleichlautende Bestimmungen entsprechend der zivilrechtlichen Praxis aus (BGE 112 Ib 322 E. 5a) und zieht Letztere zudem lückenfüllend heran (BGE 112 Ib 322 E. 6 und Urteil KassGer ZH vom 8.3.1983 = ZR 1983 Nr. 60 E. 4b (zukünftiger Erwerbsschaden infolge rechtswidriger Haft)).

⁷⁷ Vgl. Art. 5 Abs. 1 VG.

⁷⁸ Vgl. Art. 6 Abs. 1 VG.

⁷⁹ Vgl. Art. 5 Abs. 2 VG.

⁸⁰ Vgl. Art. 5 Abs. 2 VG.

⁸¹ Art. 6 Abs. 1 VG erwähnt wie Art. 47 OR die Angehörigen eines Verletzten nicht. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht jedoch davon aus, dass Angehörige von Schwerstverletzten auch genugtuungsberechtigt sind (vgl. BGE 118 II 404 = ZBJV 1994, 283, BGE 117 II 50 E. 3, 116 II 95 E. 2c, 114 II 144 E. 3a und 112 II 220 E. 3).

⁸² Vgl. Art. 6 Abs. 1 VG.

⁸³ Siehe dazu die Tabelle im Anhang.

⁸⁴ Art. 5 Ziff. 5 EMRK.

⁸⁵ Vgl. z.B. Urteil BGer vom 26.11.1996 (1P. 457/1996) = ZBI 1998, 34 E. 2.

⁸⁶ Vgl. z.B. Art. 122, 176, 228 und 237 f. BG über die Bundesstrafrechtspflege vom 15.6.1934, Art. 99 und 101 f. BG über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) vom 22.3.1974 sowie Art. 15 BG über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz, IRSG) vom 20.3.1981. Für die Beurteilung von Entschädigungsbegehren gegen die Eidgenossenschaft sind (trotz erfolgter Delegation der Strafuntersuchung vom Bund an den Kanton) die Bundesbehörden zuständig, soweit die beanstandeten strafprozessualen Zwangsmassnahmen unter der Verfahrensherrschaft der Bundesstrafjustiz angeordnet bzw. fortgesetzt wurden. Nach der Delegation der Strafuntersuchung an die kantonalen Behörden geht die Verfahrensherrschaft an die kantonale Strafjustiz über. Dies gilt auch für die Bestätigung und Fortführung von Zwangsmassnahmen, die zuvor noch von den Bundesbehörden angeordnet worden waren. Für Zwangsmassnahmen, die (nach erfolgter Delegation des Verfahrens) von den kantonalen Behörden angeordnet oder aufrecht erhalten wurden, ist die Eidgenossenschaft nicht entschädigungspflichtig (vgl. BGE 126 IV 203 E. 3, 119 IV 92 E. 2f).

⁸⁷ Siehe dazu z.B. §§ 140 und 235 Gesetz über die Strafrechtspflege (Strafprozessordnung, StPO) vom 11.11.1958 (AG), §§ 37 und 195 Strafprozessordnung des Kantons Basel-Stadt vom 1.1.1998, Art. 176, 179a und 180 Verordnung über die Strafrechtspflege (Strafprozessordnung) vom 9.3.1973 (OW), Art. 272 f. Strafprozessgesetz vom 1.7.1999 (SG), §§ 32, 36 und 216 Strafprozessordnung vom 7.6.1970 (SO), § 52 Verordnung über den Strafprozess im Kanton Schwyz (Strafprozessordnung) vom 28.8.1974, Art. 114, 141 und 205 Strafprozessordnung des Kantons Wallis vom 22.2.1962 sowie §§ 43, 189, 191 und 455 Gesetz betreffend den Strafprozess (Strafprozessordnung) vom 4.5.1919 (ZH).

⁸⁸ Vgl. Art. 122 BG über die Bundesstrafrechtspflege vom 15.6.1934 und Art. 99 f. VStrR.

⁸⁹ Vgl. Art. 176 BG über die Bundesstrafrechtspflege vom 15.6.1934 und Art. 101 VStrR.

⁹⁰ Vgl. Art. 237 BG über die Bundesstrafrechtspflege vom 15.6.1934. In diesem Fall sind auch Angehörige eines Verstorbenen oder unmittelbar Betroffenen anspruchsberechtigt (Art. 237 Abs. 2 BG über die Bundesstrafrechtspflege vom 15.6.1934).

⁹¹ Die *ungesetzliche* Freiheitsentziehung äussert sich in einer unzulässigen Anordnung oder einem unzulässigen Vollzug, während eine *ungerechtfertigte* Freiheitsentziehung zwar zulässig angeordnet und vollzogen wurde, sich nachträglich aber als ungerechtfertigt erweist. Ungerechtfertigt ist eine Inhaftierung insbesondere bei einer Verfahrenseinstellung, einem Freispruch oder einer revisionsweisen Aufhebung eines Strafurteils. Die während der Strafuntersuchung oder nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils ausgestandene Haft erweist sich nachträglich als ungerechtfertigt, wurde aber zulässigerweise angeordnet und vollzogen. Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich in den Fällen, in denen die freiheitsentziehende Massnahme initial zwar in zulässiger Weise angeordnet wurde, nachträglich aber unzulässig wird, z.B. weil die Haftentlassung früher hätte erfolgen müssen (vgl. dazu Art. 5 Abs. 3 EMRK) oder Verfahrensgarantien verletzt worden sind (siehe dazu Art. 5 Abs. 1, 2 und 4 EMRK sowie Art. 13b f. ANAG). Wie bei der ungerechtfertigten Freiheitsentziehung lässt sich in einem derartigen Fall die Unzulässigkeit erst nach dem Zeitpunkt der Anordnung ex post beurteilen. Die Unterscheidung zwischen der ungerechtfertigten und der unzulässigen Freiheitsentziehung ist insoweit von Bedeutung, als die gesetzlichen Entschädigungsnormen nicht zwingend beide Fälle umfassen. Einige kantonale Entschädigungsbestimmungen sehen eine Staatshaftung nur für den Tatbestand der ungesetzlichen, nicht aber der ungerechtfertigten Haft vor (Urteile KassGer ZH vom 4.4.2001 = ZR 100 Nr. 58 E. 7 und StrafGer BS vom 16.2.1999 = BJM 1999, 340 E. 1; ferner BJM 1995, 164 E. 2). Art. 5 Abs. 5 EMRK ist nur bei einer unzulässigen Freiheitsentziehung anwendbar (statt vieler BGE 118 Ia 336 = Pra 1993 Nr. 85 E. 1, 105 Ia 131 E. 3 sowie BGE vom 23.6.1982 i.S. L.B.). Eine Entschädigungspflicht für eine ungerechtfertigte Inhaftierung sieht demgegenüber Art. 3 EMRK-Protokoll Nr. 7 vom 23.11.1984 vor.

⁹² Vgl. Art. 15 IRSG und BGE 117 IV 209.

⁹³ Die Entschädigung bzw. Genugtuung zufolge ungerechtfertigter Haft ist grundsätzlich in Form einer Geldleistung zu erbringen. Eine Abgeltung durch Anrechnung der ungerechtfertigten Haftdauer mit einer in anderem Zusammenhang ergangenen Freiheitsstrafe kommt nur unter der Voraussetzung in Frage, dass diese Strafe vollzogen wird; andernfalls stellt die Anrechnung keine geeignete Ausgleichsform für zu Unrecht erlittene Haft dar (Urteil KassGer ZH vom 6.5.2001 = ZR 2001 Nr. 59 E. 5). Ob im Falle von ungesetzlicher Haft dem Angeschuldigten eine Genugtuung mit dem Hinweis auf die Auferlegung von Verfahrenskosten verweigert werden darf, hat das Kassationsgericht Zürich offengelassen (Urteil KassGer ZH vom 4.4.2001 = ZR 2001 Nr. 58).

⁹⁴ Vgl. Art. 122 Abs. 1 BG über die Bundesstrafrechtspflege vom 15.6.1934 und Art. 99 Abs. 1 VStrR.

⁹⁵ Siehe z.B. BGE 112 Ib 459 = Pra 1987 Nr. 85 E. 6. Die sachliche und unvoreingenommene Berichterstattung anlässlich einer Medienkonferenz erscheint in vorliegendem Rahmen nicht als vorwerfbarer Amtspflichtverletzung (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für Staatshaftung vom 21.5.2004 (HRK 2003-007) = VPB 2004 Nr. 118 E. 3b).

⁹⁶ Siehe Urteil BGer vom 5.1.2000 i.S. Me. X. c. *Etat du Valais* = RVJ 2001, 209 E. 3 (keine Ersatzpflicht bei blossen Einvernahmen).

⁹⁷ So ausdrücklich Art. 237 Abs. 2 BG über die Bundesstrafrechtspflege vom 15.6.1934.

⁹⁸ Der Geschädigte hat den Schaden nachzuweisen (vgl. dazu BJM 1995, 163 ff.: kein Schadensnachweis, i.c. des Erwerbsausfalls). Siehe dazu den exemplarischen Anwendungsfall Urteil BGer vom 9.9.2003 (8G.122/2002) E. 6.

⁹⁹ Vgl. z.B. BGE 116 V 323 (Ausfall IV-Rente) und BGE 113 Ia 177 = JDT 1988 IV 121 = Pra 1988 Nr. 51 E. 3, Urteil StrafGer BS vom 16.2.1999 = BJM 1999, 340 E. 2 und 3 (auch Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens). In Urteil BGer vom 2.6.2004 (1P.57/2004) E. 4 wurde die vorinstanzliche Auffassung, wonach die strafprozessuale Entschädigungspflicht in erster Linie den Zweck einer sog. ersten Entschädigung hinsichtlich bereits entstandenen Schadens, nicht aber auch Ersatz zukünftigen Erwerbsschadens umfasse, als nicht willkürlich bezeichnet. Andernorts erachtet das Bundesgericht aber die allgemeinen Grundsätze gemäss Art. 46 OR als massgeblich (Urteil BGer vom 9.9.2003 (8G.122/2002) E. 3.3).

¹⁰⁰ Vgl. Urteil BGer vom 2.6.2004 (1P.57/2004) E. und BGE 113 IV 93 = Pra 1987 Nr. 215 E. 3d.

¹⁰¹ Vgl. ZVW 1999, 37 E. 2.2.2.

¹⁰² Vgl. BGE 113 Ia 177 = JDT 1988 IV 121 = Pra 1988 Nr. 51 E. 3.

¹⁰³ BGE 113 Ia 177 = JDT 1988 IV 121 = Pra 1988 Nr. 51 E. 3. In diesem Entscheid hat das Bundesgericht die Verweigerung einer Entschädigung für den Erwerbsausfall in Höhe von Fr. 100.- als nicht willkürlich bezeichnet.

¹⁰⁴ Die Genugtuung wird in Form eines angemessenen Geldbetrages geleistet (siehe dazu vorne FN 93). Art. 45e Abs. 2 OR (Revisionsentwurf) sieht die Möglichkeit vor, ausnahmsweise Genugtuung in anderer Form als Geld zu leisten.

¹⁰⁵ Bei der Bemessung der Genugtuung sind die Lebenshaltungskosten am Wohnsitz des Ansprechers grundsätzlich nicht zu berücksichtigen (Urteil KassGer ZH vom 29.4.2003 = ZR 2003 Nr. 46).

¹⁰⁶ Auch ein relativ kurzfristiger Freiheitsentzug von wenigen Stunden, der sich im nachhinein als ungerechtfertigt erweist, begründet regelmässig einen Genugtuungsanspruch (Urteil BGer vom 12.12.2003 (1P.519/2003), Entscheid des OGer SH vom 5.5.2000 i.S. P. = ABSH 2000, 165 E. 5d (Fr. 200.-) und dazu Urteil BGer vom 1.9.2000 (1P.372/2001) = Pra 2001 Nr. 22 = ZBI 2001, 141, ferner Verfügung BezGer Hinwil vom 20.5.2003 (GA 030021/U) = Assistalex 2003 Nr. 10230; a.A. Urteil Anklagekammer TG (AK 00/§ 23) = Assistalex 2000 Nr. 7743 E. 3 (keine Genugtuung bei 2 1/2-tägiger Haftdauer). Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen bei einer faktischen Beeinträchtigung der äusseren Bewegungsfreiheit ohne Inhaftierung (vgl. dazu Urteil BGer vom 26.11.1996 (1P. 457/1996) = ZBI 1998, 34 ff. (Wegnahme des Passes; "Hausarrest")) und bei der Polizeihaft bzw. kurzzeitiger Inhaftierung (siehe dazu BGE 113 Ia 177 = Pra 1988 Nr. 51 E. 3 (vierstündige Haft) und Urteil EGMR i.S. *Witoldlitwa v. Poland* vom 4.4.2000 (sechseinhalbstündiger Aufenthalt in einer Ausnüchterungszelle)). In DR 2,92 wurde die Anordnung einer kurzfristigen Unterbringung zwecks psychiatrischer Untersuchung zur Abklärung, ob vormundschaftliche Massnahmen in Frage kommen, unter dem Gesichtspunkt von Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK beurteilt. Siehe demgegenüber BGE 110 Ia 117 E. 5, wonach eine kurzfristige Anstaltseinweisung unter Umständen keine Verletzung der persönlichen Freiheit darstellt (vgl. BGE 106 Ia 33 E. 3 und B. SCHNYDER/E. MURER (1984), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, 3. Abteilung, 1. Teilband, Art. 360- 397 ZGB, Familienrecht: Die Vormundschaft, Die allgemeine Ordnung der Vormundschaft, Bern, N 120 zu Art. 374 ZGB), und Urteil EGMR i.S. *A.B. v. Switzerland* vom 6.4.2000 = VPB 64.134. Dieser Fall betraf eine zwangsweise Hospitalisierung des Beschwerdeführers in einer psychiatrischen Klinik im Kanton Basel-Stadt. Der EGMR liess offen, ob Art. 5 EMRK zur Anwendung kommt, da der Beschwerdeführer nur die Nacht in der Klinik hatte verbringen müssen und soziale Kontakte ohne Überwachung möglich waren.

¹⁰⁷ Das Bundesgericht hat ausgeführt, einheitliche Tagesansätze seien wegen der degressiven Wirkung des Freiheitsentzuges für die Entschädigung von längeren Haftstrafen nicht zweckmässig. Obwohl eine länger dauernde Haft grundsätzlich schwerer wiege als eine kurze, habe die Dauer einer Haft nicht eine automatische und verhältnismässige Anpassung an diejenigen Beträge zur Folge, welche bei kürzerer Haft entrichtet würden (siehe Urteile BGer vom 2.6.2004 (1P.57/2004) E. 3, vom 9.12.1999 i.S. G.T. E. 6 und 16.12.1997 (4C.343/1994) E. 12c; ferner Urteil AppGer BS vom 12.12.2000 = BJM 2003, 287 E. 2a). Zur Kasuistik siehe ferner Urteil BGer vom 9.9.2003 (8G.122/2002) E. 6.1 (Fr. 30 000.- für 101 Tage ungerechtfertigte Haft), BGE 113 Ib 155 = Pra 1988 Nr. 96 E. 3b (Fr. 20 000.- für 267 Tage), BGE 113 IV 93 = Pra 1987 Nr. 215 E. 3a (Fr. 5000.- für 7 Tage), BGE 112 Ib 446 = Pra 1988 Nr. 153 E. 5b/bb (Fr. 4500.- für 18 Tage), BGE 103 Ia 73 E. 8 (Fr. 5000.- für 5 Tage), Urteil BGer vom 26.11.1996 (1P. 457/1996) = ZBI 1998, 34 ff. (Eine Entschädigung von Fr. 100.- für den faktischen Entzug der Bewegungsfreiheit während sechs Tagen (Wegnahme des Passes; "Hausarrest") ist willkürlich.), ZBJV 1998, 237 = SVZ 1998, 130 (Fr. 60 000.- bis 100 000.- für 650 Tage), Urteile BGer vom 25.2.1986 i.S. M. (erwähnt in BGE 112 Ib 446 = Pra 1988 Nr. 153 E. 5b/aa; Fr. 7500.- für 50 Stunden), vom 1.3.1984 i.S. M. (erwähnt in BGE 112 Ib 446 = Pra 1988 Nr. 153 E. 5b/aa; Fr. 2500.- für 16 Tage), vom 15.9.1980 i.S. B. (erwähnt in BGE 112 Ib 446 = Pra 1988 Nr. 153 E. 5b/aa; Fr. 1500.- für 6 Tage) und vom 25.5.1979 i.S. B. (erwähnt in BGE 112 Ib 446 = Pra 1988 Nr. 153 E. 5b/aa; Fr. 1000.- für 14 Tage) sowie ZVW 1999, 37 E. 2.2.3.2 (Fr. 1000.- pro Tag). Ferner Urteil des BezGer Bülach vom 6.7.1999 (U/C/GA990058/Fi/tj) = Assistalex 1999 N. 6141.

¹⁰⁸ Siehe dazu ZVW 1999, 37 E. 2.2.3.2: "Der Grund der fürsorgerischen Freiheitsentziehung, verbunden mit der amtlichen Machtstellung von Vorgesetztem, Amtsarzt und Staatsanwaltschaft, welche schliesslich selbst

einen renommierten Psychiater zur Einweisung veranlasste, lag nicht im Schutz des Eingewiesenen, sondern im Interesse des Ausserkantons als Arbeitgeber des Eingewiesenen. Für den Betroffenen selbst muss das Zusammenspiel dieser Amtsstellen als Ausdruck der geballten staatlichen Macht besonders traumatisierend gewirkt haben. Hinzu kommen die Umstände der Verhaftung durch die Sondergruppe Falk vor den Augen des minderjährigen Sohnes und der ganzen Nachbarschaft sowie die Ungewissheit über das Schicksal des Sohnes und über die Betreuung seiner pflegebedürftigen Mutter während der Einweisung. Genugtuungserhöhend sind auch die Haftbedingungen in der geschlossenen Abteilung der Wachstation während zweier Tage und dreier Nächte zu berücksichtigen. Schliesslich kommt der Zeitpunkt der Freiheitsentziehung, nämlich unmittelbar vor den geplanten Ferien erschwerend hinzu. All diese Umstände waren, wie glaubhaft gemacht werden konnte, objektiv geeignet, die seelische und psychische Integrität des Betroffenen und seiner nächsten Angehörigen intensiv und nachhaltig zu beeinträchtigen. In Würdigung all dieser genugtuungserhöhenden Umstände rechtfertigt es sich daher, den Tagesansatz von Fr. 500.- zu verdoppeln."

¹⁰⁹ Siehe Urteil AppGer BS vom 12.12.2000 = BJM 2003, 287 E. 4; ferner SJZ 1969, 97.

¹¹⁰ Praxismässig werden einem nicht verurteilten Angeschuldigten die Kosten überbunden, wenn er in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensnorm klar verstossen und dadurch das Strafverfahren veranlasst oder dessen Durchführung erschwert hat (statt vieler BGE 119 Ia 332 E. 1b, 116 Ia 162 E. 2 und 113 Ia 177 = JDT 1988 IV 121 = Pra 1988 Nr. 51 E. 2c). In vereinzelt Kantonen erfolgt eine Übertragung der Kosten bzw. die Verweigerung einer Entschädigung nur bei einem strafprozessrechtlich vorwerfbaren Verhalten (z.B. Urteil AppGer BS vom 9.5.2001 i.S. O.J. = BJM 2003, 173 E. 3b).

¹¹¹ Vgl. Art. 122 Abs. 1 BG über die Bundesstrafrechtspflege vom 15.6.1934, Art. 99 Abs. 1 VStrR und Art. 15 Abs. 3 IRSG. Siehe ferner § 43 Abs. 2 Gesetz betreffend den Strafprozess (Strafprozessordnung) vom 4.5.1919 (ZH).

¹¹² Die Haftung gemäss Art. 429a ZGB schliesst die Anwendung kantonalen Staatshaftungsrechtes aus (vgl. BGE 121 III 204 = Pra 1996 Nr.100 E. 2a). In BGE 118 II 254 E. 2c wurde die Frage offen gelassen, ob zwischen Art. 5 Ziff. 5 EMRK und 429a ZGB Anspruchskonkurrenz besteht.

¹¹³ Vgl. dazu BGE 118 II 254 E. 2b. Eine medikamentöse Behandlung unmittelbar nach der Anordnung der freiheitsentziehenden Massnahme gilt nicht als selbständige Therapie, weshalb auch Art. 429a ZGB als Rechtsgrundlage für die Genugtuungsforderung zur Anwendung gelangt (BGE 121 III 204 = Pra 1996 Nr. 100 E. 2c).

¹¹⁴ Der Genugtuungsanspruch steht auch Angehörigen zu, z.B. im Fall eines fremdplatzierten Kindes (vgl. ZVW 1999, 37 E. 2.2.3.3: Fr. 1000.- Genugtuung). Ferner plädoyer 1998/6, 70/73 (Sohn erhält Fr. 1000.-).

¹¹⁵ Vgl. Art. 26 Abs. 2 BV.

¹¹⁶ Nach einer auf BGE 91 I 339 zurückgehenden und bis heute vom Bundesgericht verwendeten Formulierung liegt eine materielle Enteignung dann vor, wenn einem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch seiner Sache untersagt oder besonders stark eingeschränkt wird, weil ihm eine wesentliche, aus dem Eigentum fliessende Befugnis entzogen wird (vgl. statt vieler BGE 118 Ib 241 E. 5b).

¹¹⁷ Ein "Sonderopfer" besteht in einer Eigentumsbeschränkung, die nicht die Schwere einer materiellen Enteignung aufweisen, aber einen einzigen oder einzelne Grundeigentümer so stark betrifft, dass ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erscheint und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde (vgl. BGE 108 Ib 352 E. 4 (verneint bei der Einräumung eines befristeten Kaufrechts) und BGE 107 Ib 223 E. 2 (bejaht bei einem teilweisen Bauverbot); siehe ferner auch BGE 113 Ia 368 und 102 Ia 243 E. 7).

¹¹⁸ Auch raumplanerische und umweltschützende Eigentumsbeschränkungen können entschädigungslos zulässig sein (BGE 105 Ia 330 E. 3c).

¹¹⁹ Vgl. BGE 105 Ia 330 E. 3, 96 I 128 E. b und 356 E. 4.

¹²⁰ BGE 96 I 305 E. 4.

¹²¹ Siehe BG über die Enteignung (EntG) vom 20.6.1930. Weitere Erlasse enthalten besondere Enteignungsbestimmungen (vgl. z.B. Art. 18, 25, 30 und 39 BG über die Nationalstrassen vom 8.3.1960, Art. 3, 18u und 20 Eisenbahngesetz (EBG) vom 20.12.1957, Art. 5 Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG) vom 22.6.1979 und Art. 691 Abs. 2 und Art. 712 ZGB).

¹²² Siehe betreffend der kantonalen Enteignungsgesetze z.B. §§ 130 ff. Gesetz über Raumplanung, Umweltschutz und Bauwesen (Baugesetz, BauG) vom 19.1.1993 und Verordnung über Landumlegung, Grenzbereinigung und Enteignung (LEV) vom 23.2.1994 (AG), Gesetz über die Enteignung vom 30.4.1961 (AI), Gesetz über die Enteignung vom 3.10.1965 (BE), Gesetz über die Enteignung vom 19.6.1950 (BL), Enteignungsgesetz des Kantons Graubünden vom 26.10.1958 (GR), Loi sur l'expropriation du 26.10.1978 (JU), Enteignungsgesetz vom 29.6.1970 (LU), Loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique (LEXUP) du 26.1.1987 (NE), Gesetz über die Enteignung vom 27.4.1975 (NW), Enteignungsgesetz vom 31.5.1984 (SG), Vollzugsverordnung zum Enteignungsrecht vom 23.12.1974 (SZ) und Gesetz betreffend Expropriation zum

Zwecke öffentlichen Nutzens vom 1.12.1887 (VS).

¹²³ Das Bundesgericht lehnt eine Haftung für den Nutzungsausfall bei Personen- und Sachschäden generell ab (BGE 129 III 135 E. 2.2 und 126 III 388 E. 11a). Ob bei Sachschäden eine allfällige immaterielle Beeinträchtigung denkbar ist, ist fraglich (siehe aber Art. 43 Abs. 1^{bis} OR).

¹²⁴ Vgl. Art. 19 EntG. Siehe ferner die Anwendungsfälle Urteile BGer vom 20.10.2000 (1A.104/2000 und 1A.116/2000) = ZBI 2001, 550 ff.

¹²⁵ Vgl. 17 EntG.

¹²⁶ Vgl. Art. 19^{bis} Abs. 4 EntG.

¹²⁷ Vgl. Art. 18 Abs. 1 EntG.

¹²⁸ Vgl. Art. 18 Abs. 2 EntG.

¹²⁹ Siehe dazu die ausführliche Kritik von M. FAJNOR (1987), Staatliche Haftung für rechtmässig verursachten Schaden, Diss. Zürich, 82 ff.; J. GROSS (1987), Haftung für medizinische Behandlung im Privatrecht und öffentlichen Recht der Schweiz, Bern, 73 ff.; grundlegend O.K. KAUFMANN (1953), Die Verantwortlichkeit der Beamten und die Schadenersatzpflicht des Staates in Bund und Kantonen, in: ZSR II 1953, 201a ff.; P. MOOR (1991) Droit administratif. Volume II, Bern, 478 ff.; P. MOOR (1977), La responsabilité de l'Etat pour actes licites de ses agents, in: Revue de droit administratif et de droit fiscal et Revue genevoise de droit public 1977, 145 ff.; J.P. MÜLLER (1999), Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK. 3. A., Bern, 40 f.; P. NÜTZI (1995), Rechtsfragen verhaltenslenkender staatlicher Information - Strukturen, Zulässigkeit, Haftung, Illustriert an den Beispielen AIDS und Listeriose, Diss. Bern, 235 ff.; U.P. ROSENSTOCK (1966), Die Haftung des Staates als Unternehmer im Bereiche der Hoheitsverwaltung, Eine Auseinandersetzung mit dem Prinzip der Legalität der Entschädigung und zugleich ein Beitrag zur Systematik des öffentlichen Schadenersatzrechtes, Diss. Zürich, 105 ff.; H.R. SCHWARZENBACH (1979), Die vermögensrechtliche Haftung des Gemeinwesens und der Beamten in der Schweiz, in: ZBI 1979, 503 ff., 508, und B. WEBER-DÜRLER (1989b), Zur Entschädigungspflicht des Staates für rechtmässige Akte, in: FS Otto Kaufmann, Bern/Stuttgart, 339 ff.

¹³⁰ Vgl. Art. 41 ff. und Art. 97 ff. OR.

¹³¹ Vgl. BGE 37 I 503 E. 4.

¹³² Vgl. BGE 48 I 580/601 und 69 I 234/241 = Pra 1944 Nr. 55.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Siehe supra FN 117.

¹³⁵ Gl. M. z.B. U. GUENG (1967), Die allgemeine rechtsstaatliche Entschädigungspflicht, Diss. St. Gallen, 351 ff.; T. JAAG (1997), Öffentliches Entschädigungsrecht - Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen verschiedenen Formen öffentlichrechtlicher Entschädigungen, in: Blätter für Agrarrecht 1997, 145 ff., 156; O.K. KAUFMANN (1953), Die Verantwortlichkeit der Beamten und die Schadenersatzpflicht des Staates in Bund und Kantonen, in: ZSR II 1953, 201a ff., 358a; A. KÖLZ (1983), Intertemporales Verwaltungsrecht, in: ZSR II 1983, 103 ff., 146 ff., sowie P. SALADIN (1982), Grundrechte im Wandel, Bern, 199.

¹³⁶ Vgl. Art. 52 Abs. 1 und 2 OR.

¹³⁷ A.A. ist das Bundesgericht mit Bezug auf das Rechtsgut der Freiheit (vgl. Urteil BGer vom 12.11.1997 (1P.263/1997) = Pra 1998 Nr. 78 E. 1 und 4b, wo die Ablehnung mit einer historischen Rechtsvergleichung begründet wird).

¹³⁸ Siehe BGE 112 Ib 322 E. 6.

¹³⁹ Vgl. dazu den Anwendungsfall Urteil BGer vom 16.1.1998 (2P.207/1997) i.S. *X c. Universitätsspitäler von Genf* = Pra 1998 Nr. 97 E. 2b. M. MÜLLER (1996), Staatshaftungsverfahren und Grundrechtsschutz, in: recht 1996, 259 ff., 264 ff., kritisiert zu Recht die eingeschränkte Willkürkognition, die bei der Überprüfung von Grundrechtsverletzungen nicht generell gilt.

¹⁴⁰ Siehe dazu die Tabelle im Anhang.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Weiterführend zur Kerngehaltsgarantie M. SCHEFER (2001), Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern; R. WIEDERKEHR (2000), Die Kerngehaltsgarantie am Beispiel kantonaler Grundrechte, Zugleich ein Beitrag zu den Grundrechten als Staatsaufgaben und zu den Grundrechtsverwirklichungsbestimmungen, Diss. St. Gallen.

¹⁴⁴ Siehe dazu die Anregungen von J. GROSS (2002b), Staatshaftung und Grundrechtsschutz, in: AJP/PJA 2002, 1429 ff., 1431 f.

¹⁴⁵ Siehe dazu infra Ziff. III/C/2/ii/c.

¹⁴⁶ Ein Teil der Lehre leitet aus dem verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebot Entschädigungsansprüche für rechtswidriges oder sogar rechtskonformes staatliches Handeln ab (vgl. dazu die Hinweise infra FN 200).

¹⁴⁷ So z.B. M. MÜLLER (1996), Staatshaftungsverfahren und Grundrechtsschutz, in: recht 1996, 259 ff., 267, und P. SALADIN (1982), Grundrechte im Wandel, Bern, 199, in Bezug auf das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit.

¹⁴⁸ Vgl. Art. 3 BV.

¹⁴⁹ Vgl. Art. 5 Abs. 2 BV.

¹⁵⁰ Vgl. z.B. Art. 23 Abs. 3 BG über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 18.12.1970.

¹⁵¹ Gl. M.J. GROSS (2001), Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Stand und Entwicklungstendenzen. 2. A., Bern, 180; P. NÜTZI (1995), Rechtsfragen verhaltenslenkender staatlicher Information - Strukturen, Zulässigkeit, Haftung - Illustriert an den Beispielen AIDS und Listeriose, Diss. Bern, 235 f.; B. RÜTSCHKE (2002), Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen, Mit Studien zur Normstruktur von Grundrechten, zu den funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit und zum Verhältnis von materiellem Recht und Verfahrensrecht, Diss. Bern, 376; E. W. STARK (1989), Die Haftungsvoraussetzung der Rechtswidrigkeit in der Kausalhaftung des Staates für seine Beamten in: Festschrift für U. Häfelin, Zürich, 569 ff., 580; B. WEBER-DÜRLER (1987), Staatliche Finanzhilfe und individuelle Freiheit, in: AJP/PJA 1987, 1 ff., 7 f.; sowie A. KLEY, Kommentar zu BGE 2C.3/1991 vom 23.2.1993, in: AJP/PJA 1994, 91 ff. - In öffentlich-rechtlichen Arzthaftungsfällen bzw. im Anwendungsbereich der Kausalhaftung bejaht das Bundesgericht allerdings die Widerrechtlichkeit erst dann, wenn eine eigentliche Sorgfaltspflichtverletzung des Arztes oder der Organe des Krankenhauses nachgewiesen wird (vgl. BGE 115 Ib 175 E. 2a). Nach allgemeinen Beweisregeln hat der Geschädigte den Beweis für das Vorliegen einer Sorgfaltspflichtverletzung zu erbringen, während der Arzt die Beweislast für eine rechtsgenügende Einwilligung und Aufklärung trägt (vgl. BGE 115 Ib 175 E. 2b). Diese Praxis hat zur Folge, dass der Patient schlechter gestellt wird; an sich müsste der Arzt die Widerrechtlichkeitsvermutung vollumfänglich mit dem Nachweis, vor der Einwilligung hinreichend aufgeklärt und sorgfaltsgemäss gehandelt zu haben, widerlegen (siehe dazu auch M. MÜLLER (1996), Staatshaftungsverfahren und Grundrechtsschutz, in: recht 1996, 259 ff.).

¹⁵² Vgl. dazu Art. 28 Abs. 2 ZGB und Art. 52 OR.

¹⁵³ Siehe dazu die Hinweise vorne FN 73.

¹⁵⁴ Siehe dazu die an BGE 94 I 637 geäusserte Kritik von E.W. STARK (1989), Die Haftungsvoraussetzung der Rechtswidrigkeit in der Kausalhaftung des Staates für seine Beamten, in: Festschrift für U. Häfelin, Zürich, 569 ff., 580.

¹⁵⁵ Vgl. Art. 5 und Art. 6 Abs. 1 VG sowie Art. 45, Art. 46 Abs. 1, Art. 47 und Art. 49 Abs. 1 OR.

¹⁵⁶ Vgl. Art. 49 Abs. 2 OR. Dazu zählen insbesondere eine Urteilspublikation (vgl. Art. 28a Abs. 2 ZGB und Art. 237 Abs. 1 BG über die Bundesstrafrechtspflege vom 15.6.1934) und eine Gegendarstellung (vgl. Art. 28g ZGB).

¹⁵⁷ Vgl. Art. 53 Abs. 2 OR.

¹⁵⁸ Vgl. Art. 6 Abs. 2 VG.

¹⁵⁹ Vgl. dazu BGE 117 IV 124 E. 4c und Urteil KassGer ZH vom 7.7.2001 = ZR 100 Nr. 102 E. 3c. Siehe ferner BGE 124 I 327 E. 4d (betreffend Unschuldsumsetzung).

¹⁶⁰ Vgl. BGE 107 Ib 160 E. 3.

¹⁶¹ Vgl. dazu Urteil BGer vom 23.10.2000 (1P.338/2000) = Pra 2001 Nr. 3 E. 4d/aa.

¹⁶² Art. 41 EMRK ist im Gegensatz zu Art. 5 Abs. 5 EMRK im innerstaatlichen Recht nicht direkt anwendbar (vgl. z.B. Urteil EVG vom 12.4.2000 i.S. X. = SVR 2001 IV Nr. 11 E. 5). Beim Entscheid über eine gerechte Entschädigung ist der EGMR nicht an nationale Rechtsnormen gebunden (siehe z.B. Entscheid EGMR vom 31.1.1995 i.S. *Schuler-Zraggen c. Schweiz* = Pra 1995 Nr. 190 (Anspruch auf Verzugszinsen bei rückwirkender Zusprechung einer IV-Rente auf Grund eines EGMR-Urteils als Schadenersatz i.S. Art. 50 aEMRK bejaht)). Siehe weiterführend zur völkerrechtlichen Staatshaftungsbestimmung von Art. 41 EMRK ausführlich G. DANNEMANN (1994), Schadenersatz bei der Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Haftung nach Art. 50 EMRK, Köln, sowie ferner J. CALLEWAERT (1997), Zusprechung von Entschädigungen nach Art. 50 EMRK durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: AJP/PJA 1997, 1525 ff.; G. DANNEMANN (1999), Haftung für die Verletzung von Verfahrensgarantien nach Art. 41 EMRK, Zur Herausbildung europäischer Haftungsmaßstäbe, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1999, 452 ff., und C. TOMUSCHAT (2000), Just satisfaction under Article 50 of the European Convention on Human Rights, in: Protecting human rights, Studies in memory of Rolv Ryssdal, Köln, 1409 ff.

¹⁶³ Vgl. z.B. Urteil BGer vom 23.10.2000 (1P.338/2000) = Pra 2001 Nr. 3 E. 4d/aa mit Hinweisen.

¹⁶⁴ Der EGMR spricht im Falle einer Verletzung von Art. 6 EMRK (überlange Verfahrensdauer) häufig bei der Feststellung einer Konventionsverletzung eine Entschädigung zu (vgl. G. DANNEMANN (1994), Schadensersatz bei der Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Haftung nach Art. 50 EMRK, Köln, 365 und 368 f., sowie C. TOMUSCHAT (2000), Just satisfaction under Article 50 of the European Convention on Human Rights, in: Protecting human rights, Studies in memory of Rolv Ryssdal, Köln, 1409 ff.).

¹⁶⁵ Vgl. Entscheid des Bundesrates vom 19.5.1999 E. III/6 = VPB 63.86; siehe ferner G. DANNEMANN (1994), Schadensersatz bei der Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Haftung nach Art. 50 EMRK, Köln, 231, und J. POLAKIEWICZ (1993), Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Berlin/Heidelberg, 144.

¹⁶⁶ Vgl. dazu Art. 20 VG. Bei diesen Fristen handelt es sich um Verwirkungsfristen (vgl. BGE 126 II 14 E. 2a).

¹⁶⁷ Vgl. Art. 20 Abs. 1 VG und Art. 60 Abs. 1 OR. Die Verwirkung ist nicht zu beachten, wenn das Gemeinwesen sich ohne Vorbehalt auf die materiell-rechtlichen Fragen einlässt (Entscheid der Eidgenössischen Rekurrenzkommission für die Staatshaftung vom 15.2.2002 i.S. A. (HRK 2001-004) = VPB 66.52 E. 4a und b).

¹⁶⁸ Vgl. Art. 36 Abs. 4 BV.

¹⁶⁹ Vgl. Art. 31 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 1- 3 BV.

¹⁷⁰ Vgl. Art. 2 i.V. m. Art. 15 Abs. 2 EMRK.

¹⁷¹ Vgl. Art. 3 EMRK i.V.m. Art. 15 Abs. 2 EMRK. Siehe ferner Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10.12.1984 (UNO-Folterübereinkommen) und Europäisches Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe vom 26.11.1987 (Europäisches-Folterübereinkommen).

¹⁷² Vgl. Art. 3 i.V. m. Art. 15 Abs. 2 EMRK.

¹⁷³ Vgl. Art. 4 Abs. 1 i.V. m. Art. 15 Abs. 2 EMRK.

¹⁷⁴ Vgl. Art. 7 i.V. m. Art. 15 Abs. 2 EMRK.

¹⁷⁵ Das Verbot des Völkermords gehört zum zwingenden Völkergewohnheitsrecht mit Wirkung "erga omnes" (BBI 1999, 5332). Siehe dazu Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes vom 9.12.1949 (UNO-Genozid-Konvention).

¹⁷⁶ Siehe dazu Art. 5 Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17.7.1998 sowie Art. 75^{bis} Abs. 1 StGB und Art. 56^{bis} MStGB sowie M. MORGENBESSER (2003), Staatenverantwortlichkeit für Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen, Diss. Zürich.

¹⁷⁷ Vgl. dazu Art. 11 Abs. 2 BV und Art. 18 f. ZGB. Zu den höchstpersönlichen privatrechtlichen Persönlichkeitsrechten gehören die persönlichen Status- und Familienrechte (vgl. BGE 79 II 237). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts unterscheiden sich die höchstpersönlichen Rechte in absolut und relativ höchstpersönliche Rechte (siehe dazu die Kasuistik bei BIGLER-EGGENBERGER, BA-Kommentar, N 40f. zu Art. 19 ZGB). Absolut höchstpersönliche Rechte sind vertretungsfeindlich (vgl. dazu BGE 116 II 387 E. 4, 114 Ia 362 E. 7b/bb sowie 112 IV 10 E. 1 und ferner H.M. RIEMER (1998), Die Vertretung bei der Ausübung von Rechten, die unmündigen oder unter einer vormundschaftlichen Massnahme stehenden Person "um ihrer Persönlichkeit willen zustehen", in: ZVW 1998, 216 ff.). Die relativ höchstpersönlichen Rechte sind nicht vertretungsfeindlich und können durch einen Stellvertreter ausgeübt werden (vgl. dazu W. BAUMANN (1956), Die höchstpersönlichen Rechte des Bevormundeten, in: ZVW 1956, 1 ff., und H. LEUBY, BA-Kommentar, N 18 ff. zu Art. 407 ZGB).

¹⁷⁸ Vgl. BGE 118 Ia 209 E. 2b, 118 Ia 216 E. 4, 116 Ia 151 E. 3, 115 Ia 297 E. c, 114 Ia 357 E. 5, 114 Ia 290 E. 6a, 111 Ia 232 E. 3a und 104 Ia 175/6 E. b sowie Urteil BGer vom 7.5.1982 i.S. G. = ZBI 1982, 358 f. E. 2a.

¹⁷⁹ BGE 126 II 145 ff. Siehe dazu F. HALDEMANN (2002), Geschichte vor Gericht, Der Fall *Spring*: Hintergründe und Analyse des Bundesgerichtsentscheids vom 21.1.2000 i.S. J. Spring gegen Schweizerische Eidgenossenschaft, in: AJP/PJA 2002, 875 ff.

¹⁸⁰ So das Bundesgericht explizit in BGE 126 II 145 E. 4a.

¹⁸¹ Vgl. Art. 3 i.V. m. Art. 15 Abs. 2 EMRK.

¹⁸² Das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes (VG) trat am 1.1.1959 in Kraft.

¹⁸³ Vgl. Art. 26 Abs. 2 VG. Für die Strafbarkeit demgegenüber wird auf das im Zeitpunkt der Tat geltende Recht abgestellt (vgl. Art. 2 StGB).

¹⁸⁴ Gl. M.F. HALDEMANN (2002), Geschichte vor Gericht. Der Fall *Spring*: Hintergründe und Analyse des Bundesgerichtsentscheids vom 21.1.2000 i.S. J. Spring gegen Schweizerische Eidgenossenschaft, in: AJP/PJA

2002, 875 ff., 880 ff.

¹⁸⁵ Im Bereich der Gesetzgebung ist das Gleichbehandlungsgebot verletzt, wenn ein Erlass rechtliche Unterscheidungen trifft, für die sich kein sachlicher, vernünftiger Grund anführen lässt (siehe dazu E. GRISEL (2000), *Egalité, Les garanties de la Constitution fédérale* du 18 avril 1999, Bern, 49 ff., und G. MÜLLER, BV-Kommentar, N 30 ff. zu Art. 4 aBV). Dieses relative Prinzip verpflichtet nur dazu, zu regelnde Tatbestände bezüglich der relevanten Tatsachen gleich zu behandeln (vgl. aus der Rechtsprechung z.B. BGE 112 Ia 196 E. b, 114 Ia 393 E. b und 117 Ia 101 E. 3a). Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, kann je nach den herrschenden Anschauungen und Zeitverhältnissen verschieden beantwortet werden. Dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze und des Willkürverbots ein weiter Spielraum der Gestaltung (vgl. z.B. BGE 114 Ia 2 f. E. 3, 112 Ia 243 E. 4a, 111 Ia 91 E. 3a und 110 Ia 13 E. 2b). Das Bundesgericht greift von Verfassungs wegen bloss ein, wenn der Gesetzgeber mit den Unterscheidungen, die er trifft oder unterlässt, eine Grenze zieht, die sich nicht vernünftig begründen lässt, die unhaltbar und damit in den meisten Fällen auch willkürlich ist (vgl. z.B. BGE 109 Ia 327 E. 4).

¹⁸⁶ In der Rechtsanwendung ist das Gleichbehandlungsgebot verletzt, wenn zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund ungleich behandelt werden (siehe dazu E. GRISEL (2000), *Egalité, Les garanties de la Constitution fédérale* du 18 avril 1999, Bern, 131 ff., und G. MÜLLER, BV-Kommentar, N 36 ff. zu Art. 4 aBV). Das Prinzip beinhaltet nicht, dass zwei von der rechtsanwendenden Behörde zu behandelnde Tatbestände in allen ihren tatsächlichen Elementen absolut identisch sind, sondern nur, dass die relevanten Tatsachen gleich sind (vgl. z.B. 112 Ia 196 E. b). Der Umstand, dass das Gesetz in einem Fall nicht (richtig) angewendet worden ist, gibt keinen Anspruch, ebenfalls vom Gesetz abweichend behandelt zu werden (vgl. z.B. BGE 116 Ia 352 E. aa und 116 Ib 139 E. 5a). Davon ausgenommen ist eine gesetzwidrige Praxis (vgl. z.B. BGE 112 Ib 387 E. 6 und 115 Ia 83 E. 2), es sei denn, es gehe um die Anwendung ausserordentlich wichtiger Vorschriften des Bundesrechts (so etwa BGE 116 Ib 235).

¹⁸⁷ Vgl. dazu infra Ziff. IV/C/2/ii/a.

¹⁸⁸ Vgl. z.B. Art. 29 Abs. 3 BV (Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung).

¹⁸⁹ Das besondere Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV stellt eine *lex specialis* dar.

¹⁹⁰ Weiterführend B. WALDMANN (2003), Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Bern.

¹⁹¹ Die Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal ist nicht absolut unzulässig, sondern begründet lediglich den "Verdacht einer unzulässigen Differenzierung", die nach Auffassung des Bundesgerichts "qualifiziert zu rechtfertigen" ist (so BGE 126 II 377 E. 6a). Das EVG bezieht sich im Kontext mit der Umschreibung des verfassungsmässigen Diskriminierungsbegriffs zwar auch auf die vom Bundesgericht verwendete Formel der Verhinderung von Ausgrenzung und Herabwürdigung (dazu hinten FN 193), bejaht eine Diskriminierung aber - unter Hinweis auf die Materialien - bereits dann, wenn die ungleiche Behandlung an ein Unterscheidungsmerkmal *anknüpft*, das die diskriminierte Gruppe definiert (BGE 126 V 70 E. 4c/bb mit Hinweis auf Amtl. Sten. Bull. 1998 (Separatdruck), 37 erste Spalte (Votum RHINOW, Berichterstatter)). Nicht erforderlich ist, dass das Vorenthalten von sozialversicherungsrechtlichen Leistungen auf Grund einer in Art. 8 Abs. 2 BV genannten Eigenschaft den Betroffenen ausgrenzt oder sogar herabwürdigt; es genügt, dass die an verpönte persönliche Eigenschaften anknüpfende Leistungsordnung nicht qualifiziert gerechtfertigt werden kann (BGE 126 V 70 E. 3c/cc). Im Ergebnis bekennt sich das EVG damit zur Benachteiligungstheorie. Eine Diskriminierung liegt seiner Auffassung nach immer dann vor, wenn die sozialversicherungsrechtliche Leistungsordnung Personen auf Grund der in Art. 8 Abs. 2 BV genannten Kriterien benachteiligt, ohne einer zwingenden Begründung zugänglich zu sein. Diese Praxis steht in enger Beziehung zum Verbot faktischer Grundrechtsverletzungen. Nach der neueren Rechtsprechung des EVG kann die sozialversicherungsrechtliche Leistungsgestaltung zu einer faktischen Grundrechtsverletzung führen. Eine solche setzt voraus, dass die Ablehnung von Versicherungsleistungen im Rahmen der Anwendung von sozialversicherungsrechtlichen Leistungs- oder Sanktionsnormen die Ausübung von grundrechtlich geschützten Tätigkeiten erschwert oder verunmöglicht, mithin benachteiligt (vgl. dazu BGE 126 V 70 E. 4c/aa.-cc = ZBJV 2000, 513, BGE 121 V 8 E. 6b = AJP/PJA 1995, 1500 ff., BGE 118 V 206 E. 5b und c = EuGRZ 1993, 83 und BGE 113 V 31 E. 4d).

¹⁹² Die Benachteiligungstheorie gelangt in der Praxis des Bundesgerichts im Rahmen des besonderen Diskriminierungsverbots (Art. 8 Abs. 2 BV) bzw. des besonderen Geschlechterdiskriminierungsverbots (Art. 8 Abs. 3 BV) zur Anwendung. Gestützt auf Art. 4 Abs. 2 Satz 1 und 3 aBV hat das Bundesgericht anfänglich bei der Beurteilung einer Ungleichbehandlung, insbesondere einer lohnmässigen Schlechterstellung von Frauen, betont, dass das verfassungsmässige Geschlechterdiskriminierungsverbot nicht nur ein direktes, sondern auch ein Verbot faktischer bzw. indirekter Benachteiligung beinhaltet (siehe BGE 124 II 409 E. 7 und E. 9d sowie BGE 124 II 529 E. 5e/g). Diese Praxis wurde schliesslich auf andere Bereiche übertragen, weshalb in den neueren Entscheiden betont wird, Art. 8 Abs. 2 BV verbiete indirekte bzw. mittelbare Diskriminierungen ganz allgemein (z.B. BGE 129 I 217 E. 2.1 und 126 II 377 E. 6b/c). Eine indirekte bzw. mittelbare Diskriminierung ist dann gegeben, wenn eine Regelung, die keine offensichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützter Gruppen enthält, in ihren tatsächlichen Auswirkungen Angehörige einer solchen Gruppe besonders stark benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre (statt vieler BGE 129 I 217 E.

2.1).

¹⁹³ So z.B. BGE 126 II 377 E. 6a: "Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Art von Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung eines Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht." Siehe auch BGE 129 I 232 E. 3.4.1, 129 I 217 E. 2.1, 126 II 377 E. 6a, Urteil BGer vom 30.11.2000 (2P.77/2000) E. 4b sowie BGE 123 IV 202 E. 4a (zu Art. 261^{bis} StGB) und 80 II 26 E. 5.

¹⁹⁴ Vgl. z.B. Art. 41 BV und ferner B. WEBER-DÜRLER (1989a), Chancengleichheit und Rechtsgleichheit in: Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich, 205 ff.

¹⁹⁵ Vgl. Art. 8 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4 BV.

¹⁹⁶ Siehe BG über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GLG) vom 24.3.1995 und BG über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG) vom 13.12.2002 sowie ferner Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18.12.1979 und Art. 23 Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 (UNO-Kinderkonvention) und aus der reichhaltigen Gleichstellungsliteratur M. BIGLER EGGENBERGER/C. KAUFMANN (1997), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel; DACHORGANISATIONENKONFERENZ DER PRIVATEN BEHINDERTENHILFE (1998), Diskriminierung behinderter Menschen in der Schweiz: Benachteiligungen und Massnahmen zu deren Behebung, 2. A., Zürich; C. KLEIN (2002) La discrimination des personnes handicapées, Diss. Bern, und B. LUGINBÜHL (2000), Zur Gleichstellung der Behinderten in der Schweiz, in: Neue Akzente in der "nachgeführten" Bundesverfassung (Eds. T. GÄCHTER und M. BERTSCHI), Zürich, 99 ff.

¹⁹⁷ Sonderschulungs- und Hilfsmittelanspruch kompensieren z.B. behinderungsbedingte Nachteile (vgl. Art. 8 Abs. 3 lit.c und d sowie Art. 19 und 21 IVG).

¹⁹⁸ Siehe BGE 108 Ib 352 E. 4b und 102 Ia 243 E. 7. Vereinzelt bejahen die kantonalen Gerichte eine Entschädigungspflicht gestützt auf das Gleichbehandlungsgebot in Fällen, die nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht entschädigungspflichtig wären (vgl. dazu exemplarisch Entscheid OGer SH vom 4.3.1988 i.S. H.gegen Einwohnergemeinde Schaffhausen = ABSH 1988, 133 E. 2c und 3a).

¹⁹⁹ Vgl. dazu Urteil BGer vom 26.11.1996 (1P.457/1996) = ZBI 1998, 34 E. 2c (Eine Entschädigung von 100 Franken für den faktischen Enzug der Bewegungsfreiheit während sechs Tagen verletzt Art. 4 aBV).

²⁰⁰ Ein Teil der Lehre leitet aus dem verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebot Entschädigungsansprüche für rechtswidriges oder sogar rechtskonformes staatliches Handeln ab (vgl. z.B. U. GUENG (1967), Die allgemeine rechtsstaatliche Entschädigungspflicht, Diss. St. Gallen, insbesondere 8 ff. und 236 ff.; M. FAJNOR (1987), Staatliche Haftung für rechtmässig verursachten Schaden, Diss. Zürich, 129 ff., insbesondere 144 ff.; sowie den Überblick bei B. WEBER-DÜRLER (1989b), Zur Entschädigungspflicht des Staates für rechtmässige Akte in: FS Otto Kaufmann, Bern/Stuttgart, 339 ff., 342 f.). In BGE 118 Ib 241 E. 5e wurde vom Bundesgericht offengelassen, ob "allenfalls aus Art. 4 BV (recte: Art. 8 BV) in krassen Fällen ein direkter Anspruch auf Entschädigung abzuleiten wäre". Siehe ferner auch BGE 105 Ia 127 E. 2b (kein Anspruch gestützt auf Art. 8 Abs. 1 BV auf angemessene Parteientschädigung desjenigen, dessen Rechtsmittel in einer Strafsache vollumfänglich oder teilweise gutgeheissen wird) und Urteil BGer vom 30.5.1995 (2P.67/1995) = ZBI 1996, 91 E. 4 (keine Haftung gestützt auf Art. 8 Abs. 1 BV bei einem rechtmässigen Subventionswiderruf).

²⁰¹ Siehe dazu Art. 5 Abs. 2-4 GLG und Art. 8 Abs. 3 und Art. 11 Abs. 2 BehiG.

²⁰² Eine Haftung kommt insbesondere in Frage, wenn der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe verletzt wird (siehe dazu hinten Ziff. IV/C/2/i/b).

²⁰³ Vgl. dazu hinten Ziff. IV/C/2/ii.

²⁰⁴ Eine Ausnahme macht Art. 55 Abs. 4 VwVG.

²⁰⁵ Siehe dazu BGE 107 Ib 160 E. 3. A.A. ist BGE 118 Ib 473 E. 3b: "Ferner bietet Art. 4 BV für sich allein keine Grundlage für die Feststellung rechtswidrigen Handelns. Rechtswidrigkeit liegt nur vor, wenn mit dem aus Art. 4 BV abgeleiteten Gebot zugleich auch eine materielle Rechtsnorm verletzt wurde."

²⁰⁶ Siehe hinten Ziff. IV/C/2/ii/a/2.

²⁰⁷ Vgl. Art. 10 Abs. 1 und Art. 22 BV.

²⁰⁸ Vgl. Art. 15 Abs. 3 und 4, Art. 23 und Art. 28 BV.

²⁰⁹ Vgl. Art. 16 sowie - betreffend politische Rechte - Art. 34 und 37 ff. BV.

²¹⁰ Vgl. Art. 19 BV.

²¹¹ Vgl. Art. 27 BV.

²¹² Vgl. dazu BGE 118 Ib 241 E. 5 ff. und 118 Ib 473 E. 3.

²¹³ Vgl. Art. 27 BV (ehemals Art. 31 aBV).

²¹⁴ Vgl. BGE 121 I 129 E. 3d und 279 E. 4a. Als direkte Konkurrenten gelten die Angehörigen der gleichen Branche, die sich mit gleichen Angeboten an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen (vgl. BGE 120 Ia 236 E. 1, 119 Ia 433 E. 2b und 106 Ia 267 E. 5a). Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden findet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dort keine Anwendung, wo zwei verschiedene Berufs- oder Gewerbekategorien lediglich in einem Nebenbereich ihrer Tätigkeit in eine Konkurrenzsituation gelangen, wie das z.B. im Verhältnis zwischen Apothekern und selbstdispensierenden Ärzten oder zwischen Apotheken und Drogerien mit teilweise gleichem Warenangebot der Fall sein kann (siehe BGE 119 Ia 433 E. 2b und 89 I 27 E. 4).

²¹⁵ Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden ist auch dann zu beachten, wenn zulässigerweise wirtschaftspolitische Massnahmen getroffen werden (vgl. BGE 121 I 129 E. 3c).

²¹⁶ Vgl. z.B. BGE 108 Ia 135 E. 3 betreffend Taxistandplatz.

²¹⁷ Vgl. z.B. BGE 61 I 321 und 45 I 347.

²¹⁸ Siehe BGE 121 I 129 E. 3d.

²¹⁹ Siehe dazu B. WEBER-DÜRLER (1987), Staatliche Finanzhilfe und individuelle Freiheit, in: AJP/PJA 1987, 1 ff., 7 f., und TVR 1995 Nr. 7, der eine Staatshaftung gestützt auf das Gleichbehandlungsgebot bei einem durch einen zu hohen Energietarif geschädigten Unternehmer bejaht.

²²⁰ Vgl. dazu J. GROSS (2001), Schweizerisches Staatshaftungsrecht. Stand und Entwicklungstendenzen, 2. A., Bern, 175ff.

²²¹ Keine wettbewerbschützende Wirkung kommt Submissionsbestimmungen in Bezug auf den Abschluss von GU-Verträgen zu (vgl. BGE 116 Ib 367 E. 6: keine Pflicht, im GU-Vertrag Zahlungsgarantien für Subunternehmer vorzusehen). Siehe ferner BJM 1980, 257 (staatlicher Verkehrstheorie-Unterricht) und ZR 1984 Nr. 24 (keine wettbewerbschützende Wirkung von gesundheitsrechtlichen Vorschriften).

²²² BGE 94 I 628 E. 5.

²²³ So etwa E. W. STARK (1989), Die Haftungsvoraussetzung der Rechtswidrigkeit in der Kausalhaftung des Staates für seine Beamten in: Festschrift für U. Häfelin, Zürich, 569 ff., 580. Siehe ferner die Hinweise bei J. GROSS (2001), Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Stand und Entwicklungstendenzen, 2. A., Bern, 176.

²²⁴ Vgl. z.B. BGE 119 Ia 4 E. 2a.

²²⁵ Zu den Teilnahmerechten der Parteien, insbesondere zum Anspruch auf rechtliches Gehör vgl. BGE 117 Ia 5 E. 1 und 111 Ia 101 E. 2b.

²²⁶ Siehe dazu z.B. BGE 119 Ib 311 E. 5 und Art. 6 Abs. 1 EMRK. Ferner BGE 119 Ia 13 E. 3a.

²²⁷ Im Hinblick auf den Vertrauensschutz darf eine Praxisänderung nur aus wichtigen Gründen erfolgen (vgl. z.B. BGE 111 Ia 161 E. 1a).

²²⁸ Ein Anspruch auf rechtsungleiche Rechtsanwendung besteht nur bei einer konstant gesetzeswidrigen Praxis (vgl. z.B. BGE 115 Ia 81 E. 2 und 112 Ib 381 E. 6). Davon ausgenommen sind ausserordentliche wichtige Vorschriften des Bundesrechts (vgl. BGE 116 Ib 228 E. 4).

²²⁹ Vgl. BGE 98 Ia 250 E. 1a. Zum Verbot der Auslegung des Gesetzes gegen den klaren Wortlaut siehe ferner BGE 115 Ia 120 E. 2.

²³⁰ In Bezug auf einzelne Teilrechte findet eine Überlagerung von diversen Verfassungsgrundsätzen statt. Das Verbot der Praxisänderung ohne Not ist nicht nur aus Gründen der Gleichbehandlung, sondern auch des Vertrauensschutzes geboten, während der Anspruch auf den gesetzlichen Richter (vgl. Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK) auch das Legalitätsprinzip schützt (vgl. Art. 5 Abs. 1 BV).

²³¹ Vgl. Art. 29 Abs. 1 BV.

²³² Siehe Art. 29 Abs. 2 BV.

²³³ Vgl. Art. 29 Abs. 3 BV.

²³⁴ Siehe dazu Art. 30 BV.

²³⁵ Vgl. z.B. BGE 126 I 68 E. 2 und 125 V 368 E. 4c.

²³⁶ Siehe dazu bereits vorne Ziff. III/C/1.

²³⁷ Siehe dazu für den Bund Art. 149 ff. OG, Art. 64 VwVG, Art. 99 ff. VStrR und Art. 122/176 BG über die Bundesstrafrechtspflege vom 15.6.1934 sowie BGE 128 V 323 und 124 V 285 E. 3.

²³⁸ Vgl. z.B. Art. 343 Abs. 3 und Art. 274d Abs. 2 OR (dazu BGE 117 II 421) sowie BGE 106 II 152 E. 4

(mutwillige Prozessführung als Verletzung von Art. 2 ZGB). Siehe ferner A.R. GADOLA (1994), Die unbegründete Drittbeschwerde im öffentlichrechtlichen Bauprozess, Korrektive zum Schutz des Baubewilligungspetenten, in: ZBl 1994, 97 ff.

²³⁹ Siehe dazu auch V. SOBOTICH (1999), Staatliche Verantwortung bei Straftaten im Hafturlaub? Verfassungs- und staatshaftungsrechtliche Aspekte zum Fall "Zollikerberg", in: Strafrecht als Herausforderung, Zürich, 563 ff., und R. HÖRSTEL (1994), Staatshaftung wegen nachlässiger Verfolgung von Straftätern durch Polizisten, Staatsanwälte und Richter, in: Monatsschrift für deutsches Recht 1994, 633 ff.

²⁴⁰ Die Enteignungsentschädigung z.B. ist zu verzinsen (vgl. Art. 19^{bis} Abs. 4 EntG).

²⁴¹ Vgl. Art. 55 Abs. 4 VwVG (Haftung nur für willkürliche Zwischenentscheide).

²⁴² Vgl. z.B. § 5 Gesetz über die Haftung des Staates und seines Personals (Haftungsgesetz, HG) vom 17.11.1999 (BS) und Art. 6 Abs. 3 Gesetz über die Haftung der Gemeinwesen und ihrer Amtsträger vom 16.9.1986 (FR).

²⁴³ Vgl. z.B. § 4 Haftungsgesetz vom 13.9.1988 (LU), Art. 5 Abs. 2 und 3 Loi sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (loi sur la responsabilité) (LResp) du 26.6.1989 (NE), § 4 Abs. 3 Gesetz über die Verantwortlichkeit der Gemeinwesen, Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 14.2.1979 (TG), § 5 Abs. 2 Gesetz über die Verantwortlichkeit der Gemeinwesen, Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 1.2.1979 (ZG) und § 6 Abs. 2 Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten (Haftungsgesetz) vom 14.9.1969 (ZH).

²⁴⁴ Vgl. z.B. Art. 3 Abs. 2 Gesetz über die Haftung des Gemeinwesens und seiner Funktionäre (Haftungsgesetz) vom 25.4.1971 (NW), Art. 3 Abs. 2 Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behördemitglieder und Arbeitnehmer (Haftungsgesetz) vom 23.9.1985 (SH) und § 5 Abs. 1 Gesetz über die Haftung des Gemeinwesens und die Verantwortlichkeit seiner Funktionäre vom 20.2.1970 (SZ).

²⁴⁵ Siehe dazu BGE 123 II 577 E. 4d/dd, 120 Ib 248 ER. 2 (Konkursrichter des Kantons Zug; Haftung bejaht), BGE 119 Ib 208 E. , 5a (Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes; Haftung verneint), BGE 118 Ib 163 E. 2 (Eidg. Pferdeschaukommission; Haftung verneint) und Urteil BGer vom 2.3.2001 (2A.493/2000/hzg) E. 5a (Bundesamt für Zivilluftfahrt; Haftung verneint). Siehe ferner BGE 112 Ib 446 = Pra 1988 Nr. 153 E. 3b und BGE 112 II 231 E. 4, Urteil VerwGer ZH vom 25.8.1997 (VK. 96.00025) = ZBl 1998 474 E. 3, BVR 1994, 528, und ZVW1999, 37. Als widerrechtlich stuft das EVG eine Rechtsverweigerung ein, erachtet sich aber als unzuständig, über eine Entschädigung zu befinden (BGE 129 V 411 E. 1.4 und 126 V 64 E. 5). Weiterführend J.-F. EGLI (1982), L'activité illicite du juge cause de responsabilité pécuniaire à l'égard des tiers, Aperçu de quelques questions, in: Hommage à Raymond Jeanprêtre, Neuchâtel, 7 ff., 15 ff.

²⁴⁶ Urteil BGer vom 2.3.2001 (2A.493/2000/hzg) E. 5a.

²⁴⁷ Siehe z.B. BGE 123 II 577 E. 4d/dd und Urteil BGer vom 2.3.2001 (2A.493/2000/hzg) E. 5a.

²⁴⁸ Vgl. Art. 30 Abs. 1 BV.

²⁴⁹ Gl.M. T. JAAG (2003), Staatshaftung nach dem Entwurf für die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, in: ZSR II 2003, 3 ff., FN 300.

²⁵⁰ Gl.M. B. RÜTSCH (2002), Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen, Mit Studien zur Normstruktur von Grundrechten, zu den funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit und zum Verhältnis von materiellem Recht und Verfahrensrecht, Diss. Bern, 378.

²⁵¹ Siehe dazu bereits vorne FN 28.

²⁵² Vgl. Art. 84 Abs. 1 lit. a OG und weiterführend W. KÄLIN (1994), Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. A., Bern, 131 ff.

²⁵³ Die Lehre hat sich bislang - mit seltenen Ausnahmen, so z.B. T. JAAG (1998), La responsabilité de l'Etat en tant que législateur en Suisse, in: International Congress of Comparative Law - Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé, Zürich, 255 ff. - nur am Rande mit der Haftung für normatives bzw. legislatives Unrecht beschäftigt (siehe dazu auch B. RÜTSCH (2002), Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen, Mit Studien zur Normstruktur von Grundrechten, zu den funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit und zum Verhältnis von materiellem Recht und Verfahrensrecht, Diss. Bern, 379).

²⁵⁴ Siehe dazu BGE 95 I 283 E. 4.

²⁵⁵ Vgl. z.B. Art. 1 Abs. 1 lit. a VG und § 1 Abs. 2 Gesetz über die Haftung des Staates und seines Personals (Haftungsgesetz, HG) vom 17.11.1999 (BS). Auf Grund der parlamentarischen Immunität kann jedoch der Parlamentarier persönlich - im internen Verhältnis zum Staat - nicht belangt werden.

²⁵⁶ Die kantonalen Staatshaftungsgesetze beschränken den persönlichen Geltungsbereich in der Regel auf Beamte und Angestellte. Vereinzelt werden Parlamentsangehörige ausdrücklich ausgeschlossen (so z.B. durch § 1 Abs. 2 Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten

(Haftungsgesetz) vom 14.9.1969 (ZH)).

²⁵⁷ Siehe dazu T. JAAG (1998), La responsabilité de l'Etat en tant que législateur en Suisse in: International Congress of Comparative Law - Rapports suisses présentés au XV^{ème} Congrès international de droit comparé, Zürich, 255 ff., 258 ff. Das Bundesgericht erachtet immerhin eine Haftung für Kollegialbehörden (s.c. Bundesrat) als zulässig, wobei die fraglichen Fälle individuell-konkrete Rechtsakte betrafen (vgl. BGE 93 I 67 ff. und 91 I 449 ff.). In vereinzelt Kantonen besteht eine Haftung für rechtswidrige Akte des Parlaments (vgl. z.B. für den Kanton Zürich H.R. SCHWARZENBACH (1985), Die Staats- und Beamtenhaftung in der Schweiz mit Kommentar zum zürcherischen Haftungsgesetz, 2. A., Zürich, 165 f.).

²⁵⁸ Siehe z.B. BGE 110 Ia 7 E. 6 und 109 Ib 81 E. 4.

²⁵⁹ Siehe dazu infra Ziff. IV/C/2/ii/b/2.

²⁶⁰ Vgl. z.B. den Anwendungsfall BGE 123 II 577 ff. (Schädigung durch den Zusammenstoss eines Militärflugzeugs mit einem Zivilflugzeug).

²⁶¹ Vgl. T. JAAG (1998), La responsabilité de l'Etat en tant que législateur en Suisse in: International Congress of Comparative Law - Rapports suisses présentés au XV^{ème} Congrès international de droit comparé, Zürich, 255 ff., 262, und B. RÜTSCHKE (2002), Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen, Mit Studien zur Normstruktur von Grundrechten, zu den funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit und zum Verhältnis von materiellem Recht und Verfahrensrecht, Diss. Bern, 379 f.

²⁶² Art. 5 Abs. 4, Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV.

²⁶³ Siehe dazu vorne Ziff. III/C/4.

²⁶⁴ Weiterführend für Deutschland etwa Urteil BGH vom 12.3.1987 (III ZR 216/85) = BGHZ 100, 136 ff.; K. BOUJONG (1989), Staatshaftung für legislatives und normatives Unrecht in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: FS Willi Geiger, Tübingen, 430 ff.; S. DETTERBECK/K. WINDTHORST, ET AL. (2000), Staatshaftungsrecht, München, 152 ff.; H. DOHNOLD (1991), Die Haftung des Staates für legislatives und normatives Unrecht in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: DöV 1991, 152 ff.; R. FETZER (1994), Die Haftung des Staates für legislatives Unrecht, Zugleich ein Beitrag zum Staatshaftungsrecht der Europäischen Gemeinschaften, der EG-Mitgliedstaaten, der Schweiz und Österreichs, Berlin; J. HOCHGÜRTEL (2000), Die staatliche Haftung für rechtswidrig getätigte und unterlassene Normsetzung, Köln; F. OSSENBUHL (1998), Staatshaftungsrecht, 5. A., München, 103 ff.; F. SCHACK (1971), Die Haftung des Staates für die am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe, in: DöV 1971, 446 ff. und H. SCHEUING (1984), Haftung für Gesetze in: FS Otto Bachhof, München, 343 ff.

²⁶⁵ Die Haftung der Gemeinschaft wurde 1971 mit dem "Schöppenstedt"-Urteil des EuGH (Rs. 5/71, Slg. 1971, 975) eingeführt. Siehe dazu weiterführend P. AUBIN (1982), Die Haftung der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten bei gemeinschaftswidrigen nationalen Verwaltungsakten, Baden-Baden; I. BAUR (2000), Die Haftung der Europäischen Zentralbank, Diss. Würzburg; F. CAPELLI/A. NEHLS (1997), Die ausservertragliche Haftung der Europäischen Gemeinschaft und Rechtsbehelfe zur Erlangung von Schadensersatz gemäss Art. 215 EGV - Wertung, Kritik und Reformvorschlag, in: EuR 1997, 132 ff.; A. CONZE (1987), Die völkerrechtliche Haftung der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden; M. CORNILS (1995), Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, Rechtsnatur und Legitimität eines richterlichen Haftungsinstituts, Baden-Baden; DETTERBECK (2000b), Haftung der Europäischen Gemeinschaft und gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch, in: AöR 2000, 202 ff.; E. GRABITZ (1981), Zur Haftung der Europäischen Gemeinschaften für normatives Unrecht in: FS Kutscher, Baden-Baden, 215 ff.; S. HAACK (1999), Die ausservertragliche Haftung der EG für rechtmässiges Verhalten, Zum Urteil des Gerichts erster Instanz (EuG) vom 28.4.1998 - Rs. T-184/95 - Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH/Rat der Europäischen Union und Kommission der Europäischen Gemeinschaften, in: EuR 1999, 395 ff.; S. SCHMAHL (1999), Ungereimtheiten und Rechtsschutzlücken bei der ausservertraglichen Haftung der Europäischen Gemeinschaft, in: ZEuS 1999, 415 ff.; A. VON BOGDANDY (1990), Europa 1992: Die ausservertragliche Haftung der Europäischen Gemeinschaften, in: JuS 1990, 872 ff.

²⁶⁶ Siehe dazu statt vieler A. VON BOGDANDY, in: E. GRABITZ/M. HILF, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, München, N 75 und 80 ff. zu Art. 288 EGV.

²⁶⁷ Das entscheidende Kriterium für die Bejahung eines hinreichend qualifizierten Verstosses gegen das Gemeinschaftsrecht liegt darin, ob das betreffende Gemeinschaftsorgan die Grenzen, die seinem Ermessen gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten hat (vgl. Urteil EuGH vom 5.3.1996 Rs. C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du pêcheur und Factortame*, Slg. 1996, I-1029, Rn. 55, sowie *Bergaderm und Goupil/Kommission*, Rn. 43). Wenn dieses Organ nur über einen erheblich verringerten oder gar auf Null reduzierten Gestaltungsspielraum verfügt, kann die blosser Verletzung des Gemeinschaftsrechts ausreichen, um einen hinreichend qualifizierten Verstoss anzunehmen (vgl. z.B. Urteil EuGH vom 23.5.1996 Rs. C-5/94, *Hedley Lomas*, Slg. 1996, I-2553, Rn. 28, vom 8.10.1996 Rs. C-178/94, C-179/94 und C-188/94 bis C-190/94, *Dillenkofer u.a.*, Slg. 1996, I-4845, Rn. 25, vom 2.4.1998 Rs. C-127/95, *Norbrook Laboratories*, Slg. 1998, I-1531, Rn. 109, sowie vom 4.7.2000 Rs. C-424/97, *Haim*, Slg. 2000, I-5123, Rn. 38).

²⁶⁸ Siehe weiterführend A. VON BOGDANDY, in: E. GRABITZ/M. HILF, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, München, N 83 ff. zu Art. 288 EGV.

²⁶⁹ Ibid., N 72 zu Art. 288 EGV.

²⁷⁰ Urteil EuGH vom 19.11.1991 Rs. C-6/90 und C-9/90, *Francovich*, Slg. 1991-I/7 5403-5418 Rn. 40 = EuGRZ 1992, 63 ff. Siehe dazu C. ALBERS (1995), Die Haftung der Bundesrepublik Deutschland für die Nichtumsetzung von EG-Richtlinien, Baden-Baden; C. BINIA (1998), Das *Francovich*-Urteil des Europäischen Gerichtshofes im Kontext des deutschen Staatshaftungsrechts, Frankfurt a.M.; H. BROCKE (2002), Die Europäisierung des Staatshaftungsrechts - eine vergleichende Betrachtung der Einwirkungen auf das englische und deutsche Rechtssystem, Diss. Münster; M. CORNILS (1995), Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, Rechtsnatur und Legitimität eines richterlichen Haftungsinstituts, Baden-Baden; M.R. DECKERT (1997), Zur Haftung des Mitgliedstaates bei Verstößen seiner Organe gegen europäisches Gemeinschaftsrecht, in: EuR 1997, 203 ff.; A. FURRER/A. EPINEY (1995), Staatliche Haftung für quantifizierbare Wettbewerbsnachteile aus nicht umgesetzten Richtlinien, Das "rechtlich geschützte Interesse an Nichtdiskriminierung" und seine Heranziehung im Rahmen der "Francovich-Grundsätze", in: JZ 1995, 1025 ff.; J. GEIGER (1993), Die Entwicklung eines europäischen Staatshaftungsrechts, Das *Francovich*-Urteil des EuGH und seine Folgen, in: DVBl 1993, 465 ff.; J. GUNDEL (2001), Die Bestimmung des richtigen Anspruchsgegners der Staatshaftung für Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht, Zugleich zum Verhältnis zwischen gemeinschaftsrechtlichen Haftungsanforderungen und nationalem Staatshaftungsrecht, in: Ibid. 2001, 95 ff.; U.R. HALTERN (1994), Die Haftung von Mitgliedstaaten für Verbindlichkeiten Internationaler Organisationen, Zugleich ein Beitrag zur non liquet-Situation im Völkerrecht, in: ZVglRWiss 1994, 221 ff.; A. HATJE (1997), Die Haftung der Mitgliedstaaten bei Verstößen des Gesetzgebers gegen europäisches Gemeinschaftsrecht, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 24.10.1996 - III ZR 127/91, in: EuR 1997, 291 und 297 ff.; M. HARTWIG (1993), Die Haftung der Mitgliedstaaten für Internationale Organisationen, Berlin/Heidelberg; C. HENRICH (1995), Haftung der EG-Mitgliedstaaten für Verletzung von Gemeinschaftsrecht, Die Auswirkungen des *Francovich*-Urteils des Europäischen Gerichtshofs in den Rechtsordnungen der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten, Diss. Bonn; J.W. HIDIEN (1998), Zur Haftung eines EG-Mitgliedstaats für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht, in: DSWR 1998, 161 ff.; T. JAAG (1996), Die *Francovich*-Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs, Die Haftung der EG-Mitgliedstaaten für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht, in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 1996, 505 ff.; W. KLAGIAN (1997), Die Staatshaftung nach Gemeinschaftsrecht, Die Haftung der Mitgliedstaaten für Verletzung des Gemeinschaftsrechts unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen auf das österreichische Amtshaftungsrecht, in: ZfRV 1997, 6 ff.; H. MAURER (1996), Staatshaftung im europäischen Kontext, Zur Umsetzung der *Francovich*-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im deutschen Recht in: FS Boujong, München, 591 ff.; S.U. PIEPER (1992), Mitgliedstaatliche Haftung für die Nichtbeachtung von Gemeinschaftsrecht, in: NJW 1992, 2454 ff.; B. SCHOISSWOHL (2002), Staatshaftung wegen Gemeinschaftsrechtsverletzung, Anspruchsgrundlage und materielle Voraussetzungen (f. Österreich), Zugleich ein Beitrag zur Gemeinschaftshaftung, Diss. Wien; S. SELTENREICH (1996), Die *Francovich*-Rechtsprechung des EuGH und ihre Auswirkungen auf das deutsche Staatshaftungsrecht, Ein Rückblick fünf Jahre nach dem Ergehen des *Francovich*-Urteils, Diss. Konstanz; M. SCHIMKE (1993), Zur Haftung der Bundesrepublik Deutschland gegenüber Bürgern wegen Nichtumsetzung der EG-Richtlinie über Pauschalreisen, in: EuZW 1993, 698 ff.; R. THODE (1998), Die gemeinschaftsrechtliche Haftung der EG-Mitgliedstaaten, in: ZfBR 1998, 217 ff.; C. TOMUSCHAT (1995) Das *Francovich*-Urteil des EuGH, Ein Lehrstück zum Europarecht in: Festschrift für Ulrich Everling. Bd. 2, Baden-Baden, 1585ff.; D. TRIANTAFYLLOU (1992), Haftung der Mitgliedstaaten für Nichtumsetzung von EG-Recht, Zur Europäisierung des Staatshaftungsrechts, in: DöV 1992, 564 ff.; T. VON DANWITZ (1997), Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung der Mitgliedstaaten - Entwicklung, Stand und Perspektiven der europäischen Haftung aus Richterhand, in: DVBl 1997, 1 ff.; M. ZENNER (1995), Die Haftung der EG-Mitgliedstaaten für die Anwendung europarechtswidriger Rechtsnormen, Diss. Konstanz.

²⁷¹ Vgl. z.B. Urteil EuGH vom 5.3.1996 Rs. C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du pêcheur und Factortame*, Slg. 1996, I-1029, Rn. 31 = Pra 1996 Nr. 15; vom 8.10.1996 Rs. C-178/94, C-179/94 und C-188/94 bis C-190/94, *Dillenkofer* u.a., Slg. 1996, I-4845, Rn. 20; vom 17.10.1996 Rs. C-283/94, C-291/94 und C-292/94, *Denkavit* u.a., Slg. 1996, I-5063, Rn. 47, und vom 24.9.1998 Rs. C-319/96, *Brinkmann*, Slg. 1998, I-5255, Rn. 24.

²⁷² Siehe dazu z.B. den Anwendungsfall Urteil EuGH vom 5.3.1996 Rs. C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du pêcheur und Factortame*, Slg. 1996, I-1029 = Pra 1996 Nr. 15 (Verletzung der Warenfreiheit durch deutsches Reinheitsgebot).

²⁷³ Vgl. dazu statt vieler B. VON BOGDANDY, in: E. GRABITZ/M. HILF, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, München, N 123 ff. zu Art. 288 EGV.

²⁷⁴ Siehe dazu z.B. den Anwendungsfall Urteil EuGH vom 8.10.1996, Rs. C-178/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, *Dillenkofer*, Slg. 1996, I-4845 = Pra 1997 Nr. 50 (mangelhafte Umsetzung der Pauschalreiserichtlinie).

²⁷⁵ Siehe dazu z.B. den Anwendungsfall Urteil EuGH vom 19.11.1991 Rs. C-6/90 und C-9/90, *Francovich*, Slg. 1991-I/7 5403-5418 Rn. 40 = EuGRZ 1992, 63 ff. (Nichtumsetzung einer Richtlinie, die Arbeitnehmer vor Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers schützt).

²⁷⁶ Ibid., N 145 ff. zu Art. 288 EGV. Siehe dazu z.B. die Anwendungsfälle Urteil EuGH vom 8.10.1996, Rs. C-178/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, *Dillenkofer*, Slg. 1996, I-4845 = Pra 1997 Nr. 50 (mangelhafte Umsetzung der Pauschalreiserichtlinie).

²⁷⁷ Vgl. dazu BGE 112 Ia 311 E. 2c.

²⁷⁸ Vgl. z.B. BGE 126 II 63 = Pra 2000 Nr. 184 (siehe dazu die Urteilsbesprechung von P. RICHLI, in: AJP/PJA 2000, 1025ff.). In Urteil BGer vom 18.1.1985 = ZBI 1985, 492 E. 3a wird auf einen unpublizierten Entscheid hingewiesen, mit dem eine Haftung der Eidgenossenschaft für die Untätigkeit der Eidgenössischen Räte abgelehnt wurde.

²⁷⁹ Im Fall der Mutterschaftsversicherung (siehe Art. 116 Abs. 3 BV) dauerte die Umsetzung mehrere Jahrzehnte!

²⁸⁰ Die staatliche Schutzpflicht bezieht sich auch auf die Abwehr von Grundrechtseingriffen durch Private. Siehe dazu den exemplarischen Anwendungsfall Urteil EGMR vom 23.9.1998 i.S. *A v. United Kingdom*. Dieser Fall betraf einen 9-jährigen Jungen, der mehrfach von seinem Stiefvater mit einem Stock (garden cane) unter Anwendung beträchtlicher Gewalt geschlagen wurde. Die Behörden hatten Kenntnis von früheren Übergriffen, weshalb der Knabe im örtlichen Child Protection Register vermerkt war. Auf Anzeige des Lehrers wurde gegen den Stiefvater ein Strafverfahren wegen Körperverletzung eingeleitet. Der Stiefvater wurde vom Vorwurf der Körperverletzung gestützt auf den im englischen Recht bestehenden Rechtfertigungsgrund der angemessenen Züchtigung ("defense of reasonable chastisement") freigesprochen. Die Kommission bejahte eine Schutzpflicht des Staates gemäss Art. 3 EMRK auch gegenüber Übergriffen von Privatpersonen, betonte allerdings, dass die Schutzpflicht nicht absolut ist und insbesondere nicht erfordert, dass jeder Übergriff strafrechtlich verfolgt und abgeurteilt wird. Massgeblich ist nach der Auffassung der Kommission, dass das innerstaatliche Recht praktischen und effektiven Schutz ("practical and effective protection") gewährleistet (vgl. Ziff. 48 Urteil EGMR a.a.O.). Der Gerichtshof schloss sich dieser Meinung an und bejahte eine Verletzung von Art. 3 EMRK. In Ziff. 22 betont der Gerichtshof, dass vor allem Kinder und hilflose Personen Anspruch auf effektiven staatlichen Schutz haben. Dem Knaben wurde eine Entschädigung in der Höhe von 10 000 £ zugesprochen (vgl. Ziff. 34 Urteil EGMR a.a.O.).

²⁸¹ Das Bundesgericht hat es offengelassen, ob gegen die Untätigkeit des Gesetzgebers eine Rechtsverweigerungsbeschwerde erhoben werden kann (vgl. Urteil BGer vom 18.1.1985 = EuGRZ 1985, 465 = ZBI 1985, 492 E. 3a). Die Literatur spricht sich mitunter explizit dafür aus (so z.B. W. KÄLIN (1994), Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. A., Bern, 166 f.).

²⁸² Eine Form der Haftung für normatives Unrecht besteht im Sozialrecht insofern, als der Bürger Anspruch auf die (vom Gesetzgeber) grundrechtswidrig vorenthaltenen Leistungen hat (vgl. dazu E. MURER (1995), Grundrechtsverletzungen durch Nichtgewährung von Sozialversicherungsleistungen? Bemerkungen zu zwei Entscheiden des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, in: SZS 1995, 184 ff., und C. SCHÜRER (1997), Grundrechtsbeschränkungen durch Nichtgewähren von Sozialversicherungsleistungen, in: AJP/PJA 1997, 3 ff.).

²⁸³ Auf den öffentlichrechtlichen Vertrauensschutz können sich grundsätzlich nur Bürger, nicht aber öffentlichrechtliche Rechtssubjekte berufen (siehe dazu BGE 120 V 445 E. 4). Der öffentlichrechtliche Vertrauensschutz gilt ebenfalls nicht, wenn die Parteien durch einen privat- bzw. öffentlichrechtlichen Vertrag gebunden sind; in diesem Fall gelten die Regeln der Vertragsauslegung (vgl. BGE 122 I 328 E. 4e und 103 Ia 505 E. 1) und die Grundsätze der vertraglichen Haftung (vgl. dazu BGE 122 I 328 E. 7).

²⁸⁴ Vgl. Art. 5 Abs. 3 BV.

²⁸⁵ Vgl. Art. 9 BV. In den neueren Entscheiden beruft sich das Bundesgericht denn auch nicht mehr auf Art. 8 Abs. 1 BV (= Art. 4 aBV), sondern ausdrücklich auf Art. 9 BV (vgl. z.B. BGE 127 I 31 E. 3a). Siehe ferner weiterführend B. WEBER-DÜRLER (2002), Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, in: ZBI 2002, 281 ff.

²⁸⁶ Als behördliches Verhalten gelten nach konstanter Rechtsprechung auch (pflichtwidrige) Unterlassungen (vgl. BGE 111 V 72 E. 4c, 110 V 156 E. 4b, 106 V 72 E. 3b).

²⁸⁷ Siehe dazu statt vieler BGE 121 V 65 E. 2 und 116 V 298 E. 3a.

²⁸⁸ Generelle Ansichtsäusserungen eines Departementsvorstehers begründen keinen Vertrauensschutz (vgl. BGE 125 I 267 E. 4). Ein in die Vernehmlassung gegebener Verordnungsentwurf bildet ebenfalls keine Vertrauensgrundlage (vgl. BGE 123 II 385 E. 10).

²⁸⁹ Vgl. BGE 124 V 201 (Weitergeltung der Taggeldversicherung nach Erreichen des 65. Altersjahres trotz statutarischem Ausschluss), BGE 121 V 28 und 119 V 302 (Abschluss einer Abredevversicherung), 121 V 65 (AHV-Leistungen trotz Nichtabschluss einer freiwilligen Versicherung), BGE 121 V 71 (Schliessung von Beitragslücken), BGE 120 V 337 (BVG-Leistungen trotz Gesetzeswidrigkeit einer Reglementsbestimmung) und BGE 119 V 146 (Leistungen aus der Lähmungsinvaliditätsversicherung).

²⁹⁰ Vgl. z.B. BGE 124 V 215 (Nichtbefolgen von Kontrollvorschriften), BGE 127 I 31, 124 I 255 und 124 V 372 (Nichtbeweismüssen der Rechtzeitigkeit der Postaufgabe) und 123 V 150 (Nachweis persönlicher Arbeitsbemühungen).

²⁹¹ So z.B. Urteil EVG vom 24.10.2003 (B 59/01) E. 5 (ferner vorne FN 289).

²⁹² Vgl. BGE 121 V 71 E. 2a. Siehe ferner ZBI 1986, 498 E. 3c (Entschädigungspflicht beim Entzug von wohlerworbenen Rechten).

²⁹³ Ibid. Siehe dazu auch B. WEBER-DÜRLER (1983), Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel, 128 ff. und

146.

²⁹⁴ A.A. ist das EVG, dass dem Bürger bei einer Verletzung des Rechtsgutes "Treu und Glauben" Ersatz für den Vertrauensschaden zuspricht (z.B. Urteil EVG vom 24.10.2003 (B 59/01) E. 5 und die weiteren in FN 289 erwähnten Präjudizien), sich aber bei einer Verletzung des Rechtsgutes "Gleichheit" als unzuständig erachtet (BGE 129 V 411 E. 1.4 und 126 V 64 E. 5).

²⁹⁵ B. WEBER-DÜRLER (2002), Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, in: ZBI 2002, 281 ff., 299, betrachtet die Vertrauenshaftung als Anwendungsfall der Staatshaftung für rechtmässiges Verhalten. Siehe auch BGE 122 I 340 E. 7a.

²⁹⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 2 ZGB sowie BGE 125 III 257 E. 2a, 124 III 297 E. 5c, 121 III 350 E. 6b, 116 Ib 367 E. 6c und 108 II 305 E. 2b.

²⁹⁷ A.A. ist z.B. T. JAAG (1997), Öffentliches Entschädigungsrecht, Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen verschiedenen Formen öffentlichrechtlicher Entschädigungen, in: Blätter für Agrarrecht 1997, 145 ff., 147 ff., der zwischen der Staatshaftung und der Vertrauenshaftung unterscheidet.

²⁹⁸ Vgl. z.B. BGE 128 III 324 E. 2.2 und 120 II 197 E. 2. Siehe dazu B. BRECHBÜHL (1998), Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, Diss. Bern, und K. KUZMÍČ (1998), Haftung aus 'Konzernvertrauen', Die Aussenhaftung des Konzerns im Schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich.

²⁹⁹ Vgl. z.B. BGE 122 I 328 E. 7a und Urteil BGer vom 30.5.1995 i.S. *Theatergenossenschaft Chur* = ZBI 1996, 91 E. 4a/aa.

³⁰⁰ Vgl. BGE 122 I 328 E. 7b und KGVVE vom 11.9.2003 i.S. *M.S. und C.S.* (NR. 171) = BLVGE 2002, 411 E. 4 und 5.

³⁰¹ Vgl. dazu BGE 118 Ia 245 E. 5a. und 103 Ia 31 E. 2c.

³⁰² Das Gleichbehandlungsgebot gilt insbesondere im Vertragsrecht nicht, das vom Grundsatz der Vertragsfreiheit geprägt ist. Der Arbeitgeber darf seine Arbeitnehmer zwar ungleich behandeln, doch stellt ein abweichendes Verhalten gegenüber einzelnen Arbeitnehmern eine stillschweigende Offerte zur Vertragsabänderung für die anderen Arbeitnehmer dar (vgl. dazu BGE 129 III 276 E. 3 sowie weiterführend T. GEISER (2002), Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht? in: Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, Festschrift für Manfred Rehbinder, Bern, 37 ff., 39 ff.; D. MEYER (1976), Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht, Diss. Zürich, 109 ff.).

³⁰³ Das Bundesgericht hat das Diskriminierungsverbot - bereits vor dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung - als Anwendungsfall des Ordre Public verstanden (vgl. Urteil BGer vom 10.11.2000 i.S. *Sadri Sener Insaat Sanayi Ve Ticaret A.S.* (4P.99/2000) E. 3b/aa mit Hinweisen auf frühere Urteile). Lehre und Rechtsprechung betrachten eine entwürdigende Behandlung (sc. Diskriminierung) als Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 28 Abs. 1 ZGB (vgl. dazu BGE 129 III 276 E. 3.1 und H. TRACHSLER (1991), Das privatrechtliche Gleichbehandlungsgebot, Funktionaler Aspekt der Persönlichkeitsrechte gemäss Art. 28 ZGB, Diss. St. Gallen).

³⁰⁴ Vgl. Art. 261^{bis} StGB.

³⁰⁵ Siehe dazu Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 41 ff. OR.

³⁰⁶ Vgl. dazu BGE 129 III 35 E. 6.3.

³⁰⁷ Siehe dazu vorne FN 191.

³⁰⁸ Vgl. Art. 8 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 BV. Eine unterschiedliche Behandlung von Frauen ist nur zulässig, wenn biologische oder funktionelle Gründe eine Ungleichbehandlung rechtfertigen (vgl. statt vieler BGE 116 Ia 359 E. 6b und 108 Ia 29 E. 5a m.H.).

³⁰⁹ Vgl. Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV und Art. 3 Abs. 3 GIG. Als Gleichstellungsmassnahmen kommen auch ergebnisbezogene Quoten in Betracht (vgl. BGE 125 I 21 E. 3d/aa).

³¹⁰ Vgl. z.B. BGE 121 I 97 E. 2a.

³¹¹ Siehe dazu BGE 116 Ib 270 E. 7a.

³¹² Vgl. Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV und Art. 3 GIG.

³¹³ Vgl. statt vieler BGE 118 Ia 35 E. 2b.

³¹⁴ Vgl. BGE 125 I 14 E. 3.

³¹⁵ Vgl. dazu Urteil BGer vom 14.8.2002 (2A.48/2002) und vom 27.6.2002 (2A.559/2001); in beiden Fällen war die Verzugszinspflicht von 5% nicht umstritten.

³¹⁶ Nach Art. 6 GIG wird eine Lohndiskriminierung vermutet, wenn diese glaubhaft gemacht worden ist. Glaubhaft gemacht werden müssen die tatbeständlichen Voraussetzungen der Diskriminierung, namentlich die

geschlechtsspezifische Betroffenheit und die Tatsache, dass die Lohneinstufung ohne sachlichen Grund auf geschlechtsspezifischen Merkmalen beruht, wobei eine gewisse Wahrscheinlichkeit ausreicht (vgl. BGE 125 III 368 E. 4 und 120 II 393 E. 4c). Für den Nachweis dieser Wahrscheinlichkeit trägt die klagende Partei die Beweislast (vgl. BGE 127 III 207 E. 7). Gelingt der Nachweis, hat der Arbeitgeber das Fehlen einer geschlechtsspezifischen Diskriminierung zu beweisen (vgl. BGE 127 III 207 E. 3).

³¹⁷ Lohnunterschiede, welche nicht spezifisch Angehörige des einen Geschlechts, z.B. nur Männer oder nur Frauen, betreffen, fallen nicht in den Geltungsbereich von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV bzw. des GlG, sondern beurteilen sich einzig nach Art. 8 Abs. 1 BV (vgl. BGE 125 I 71 E. 2a und 125 II 385 E. 3b).

³¹⁸ Vgl. BGE 125 II 530 E. 5b.

³¹⁹ Vgl. BGE 125 II 541 E. 2a, 125 I 71 E. 2a und 124 II 409 E. 7.

³²⁰ Vgl. BGE 127 III 207 E. 5b und 113 Ia 107 E. 4a.

³²¹ Vgl. BGE 125 III 368 E. 5 und Urteil BGer vom 11.2.2000 (4C.392/1999), E. 2b/aa.

³²² Vgl. BGE 125 I 71 E. 2b.

³²³ Vgl. z.B. BGE 125 II 541 E. 5c und Urteil BGer vom 18.6.2002 (2A.200/2001), E. 3.1.

³²⁴ Das GlG konkretisiert das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot, insbesondere das Lohnleichheitsgebot, und geht inhaltlich nicht darüber hinaus (vgl. BGE 126 II 217 E. 4a).

³²⁵ Vgl. Art. 5 Abs. 2 GlG. Die Entschädigung beträgt maximal drei Monatslöhne bei einer diskriminierenden Ablehnung (vgl. Art. 5 Abs. 4 GlG).

³²⁶ Vgl. Art. 5 Abs. 3 GlG. Siehe ferner Art. 328 Abs. 1 OR und Art. 6 Abs. 3 Bundespersonalverordnung (BPV) vom 3.7.2001.

³²⁷ Vgl. Art. 5 Abs. 2- 4 GlG.

³²⁸ Vgl. BGE 126 III 395 E. 7.

³²⁹ Vgl. Art. 5 Abs. 5 GlG.

³³⁰ Vgl. Art. 8 Abs. 2 BV.

³³¹ Vgl. Art. 8 Abs. 4 BV.

³³² Vgl. z.B. BGE 127 V 121 E. 3 und 126 V 70 E. 4.

³³³ Der Bundesgesetzgeber hat den Gleichstellungsauftrag im BG über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG) vom 13.12.2002 mit Bezug auf verschiedene Lebensbereiche vorgenommen. Das BehiG stellt lediglich ein Rahmengesetz dar; zulässig sind insbesondere weitergehende kantonale Gleichstellungsnormen (vgl. Art. 1 Abs. 2 und Art. 20 ff. BehiG).

³³⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 1 BehiG.

³³⁵ Siehe dazu H. LANDOLT (2001), Pflegerecht, Band I: Grundlagen des Pflegerechts, Bern, 46 ff.

³³⁶ P. HEUSSER (2002), Gesundheitsfragen in Versicherungsformularen anlässlich des Stellenantrittes, Rechtliche Probleme für Arbeitssuchende mit HIV und anderen vorbestehenden chronischen Krankheiten, in: AJP/PJA 2002, 1277 ff., 1286, ist der Meinung, dass eine HIV-Ansteckung - notabene eine drohende Krankheit - auch eine Behinderung i.S.v. Art. 8 Abs. 2 BV darstelle.

³³⁷ Dazu vorne FN 192 und 316.

³³⁸ Vgl. Art. 2 Abs. 2 BehiG: "Eine Benachteiligung liegt vor, wenn Behinderte rechtlich oder tatsächlich anders als nicht Behinderte behandelt und dabei ohne sachliche Rechtfertigung schlechter gestellt werden als diese, oder wenn eine unterschiedliche Behandlung fehlt, die zur tatsächlichen Gleichstellung Behinderter und nicht Behinderter notwendig ist."

³³⁹ Die Botschaft zur Volksinitiative "Gleiche Rechte für Behinderte" und zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen vom 11.12.2000 = BBl 2001, 1715 ff., verlangt bei Art. 6 BehiG eine qualifizierte Benachteiligung i.S. einer Ausgrenzung oder Herabwürdigung ("qualifizierte, mithin offensichtliche oder besonders schockierende, die eine herabwürdigende Wirkung haben können" (BBl 2001, 1756) oder "qualifizierte Benachteiligung, d.h. eine besonders krasse unterschiedliche, benachteiligende und meist auch herabwürdigende Behandlung von Menschen mit Behinderungen" (BBl 2001, 1780)).

³⁴⁰ Vgl. Urteil BGer vom 24.11.2004 (2P.190/2004) (BGE-Publikation vorgesehen) E. 6.1.2.

³⁴¹ Vgl. Art. 6, Art. 8 Abs. 3 und Art. 11 Abs. 2 BehiG.

³⁴² Vgl. Amtl. Sten. Bull. 2001, 620 ff. und 2002, 948 ff.

³⁴³ Siehe Votum StR BRÄNDLI vom 2.10.2001.

³⁴⁴ Siehe Votum NR SUTER vom 17.6.2002.

³⁴⁵ Haftungsansprüche können insbesondere im Zusammenhang mit diskriminierenden Persönlichkeitsverletzungen (s.c. Ehrverletzungen) geltend gemacht werden (vgl. dazu E. SCHRAMM (1998), Über die Beleidigung von behinderten Menschen in: Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag (Eds. A. ESER/U. SCHITTENHELM UND H. SCHUMANN), München, 539 ff.).

³⁴⁶ Vgl. BGE 129 III 35 E. 6.3.

³⁴⁷ Vgl. BGE 114 V 274 E. 2 und 4c (bedingter Anspruch auf Versicherung unter dem Titel rechtsgleicher Behandlung) und Urteil VersGer St. Gallen vom 10.3./23.4.1992 (KV 33/91) (Anspruch auf Höherversicherung gestützt auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit bejaht; betrifft aKVUG). Siehe dazu ferner BGE 118 V 158 E. 4 (Ausschluss von Invaliden im Bereich der beruflichen Vorsorge).

³⁴⁸ Vgl. BGE 126 III 345 E. 3 und 4.

³⁴⁹ Vgl. BGE 118 V 158 E. 4b-d zu Art. 1 Abs. 1 lit. d BVV 2, wonach Personen, die im Sinne der Invalidenversicherung weniger als zu zwei Dritteln invalid sind, unter die obligatorische Versicherung fallen. Siehe ferner Art. 134 Abs. 3 UVV.

³⁵⁰ Vgl. dazu Art. 2 Abs. 4 Bundesratsbeschluss vom 10.7.2003 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 18.5.2003.

³⁵¹ Vgl. dazu Bundesbeschluss betreffend die Volksinitiative "Gleiche Rechte für Behinderte" vom 13.12.2002 = BBl 2002, 8152 f.

³⁵² Vgl. Art. 8 ff. BehiG.

³⁵³ Vgl. Art. 13 ff. BehiG.

³⁵⁴ Vgl. Art. 20 BehiG.

³⁵⁵ Vgl. z.B. Art. 7 und 8 BehiG.

³⁵⁶ Vgl. Art. 14 ff. BehiG.

³⁵⁷ Vgl. dazu Art. 41 Abs. 4 BV.

Diese Texte sind urheberrechtlich geschützt.