

Verfassungskonformes Haftungsrecht – eine gelebte Realität?

Hardy Landolt

Inhaltsverzeichnis

I.	Geltung der Bundesverfassung für das Schadenausgleichsrecht	21
1.	Verfassungskonforme Auslegung	21
2.	Geltung der Europäischen Menschenrechtskonvention für das Schadenausgleichsrecht	22
II.	Verfassungsmässige Haftungsansprüche und -grundsätze	23
1.	Allgemeines	23
2.	Verfassungsmässige Haftungsansprüche	24
3.	Verfassungsmässige Haftungsgrundsätze	24
III.	Verfassungskonforme Auslegung und Anwendung der Haftungsnormen	25
1.	Anwendungsbereich der verfassungsmässigen Grundrechte	25
1.1	Geltung der verfassungsmässigen Grundrechte	25
a)	Für die öffentlich-rechtliche Haftungsordnung	25
b)	Für die privatrechtliche Haftungsordnung	26
1.2	Unmittelbare und faktische Grundrechtsverletzungen	27
a)	Sozialversicherungsrecht	27
b)	Staatshaftungsrecht	28
c)	Privates Haftungsrecht	29
2.	Gleichbehandlungsgebot	31
2.1	Allgemeines	31
2.2	Ungleiche Haftungsvoraussetzungen – staatliche Haftungsprivilegien	31
2.3	Ungleiches Ausmass der Ersatzpflicht	33
3.	Diskriminierungsverbot	34
3.1	Allgemeines	34
3.2	Diskriminierung aufgrund des Alters	36
3.3	Diskriminierung aufgrund des Geschlechts	37
a)	Allgemeines	37
b)	Lohndiskriminierung	37
3.4	Diskriminierung aufgrund einer Behinderung	39
4.	Andere verfassungsmässige Grundrechte	40
4.1	Wirtschaftsfreiheit	40
4.2	Niederlassungsfreiheit	41
IV.	Haftungsanspruch für die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten	43
1.	Widerrechtliches Verhalten rechtsanwendender Staatsorgane	43
2.	Widerrechtliches Verhalten gesetzgebender Staatsorgane	46
V.	Schlussbetrachtung	46

Literaturverzeichnis

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Die Verjährung und Verwirkung im Staatshaftungsrecht, in: Aktuelle Fragen des Staatshaftungsrechts – Tagung vom 3. Juli 2014 in Luzern, Bern 2014, 197 ff.; STUDHALTER BERNHARD, «Di Bello» reloaded – konstitutionelle Prädisposition und intensitätsarmer Kausalzusammenhang, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2019, Zürich 2019, 96 ff.; SUTER PATRICK, Besuchsschaden – Begründung und Bemessung einer moralischen Verpflichtung, HAVE 2019 121 ff.

I. Geltung der Bundesverfassung für das Schadenausgleichsrecht

1. Verfassungskonforme Auslegung

Die schweizerische Bundesverfassung gilt für das nachrangige Recht sowohl des Bundes als auch der Kantone und damit auch für gesetzliche Schadenausgleichsnormen. Das Bundesgericht betont, dass im Zusammenhang mit der Auslegung unklarer Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen der Wortlaut, der Sinn und Zweck und die der fraglichen Vorschrift zugrunde liegenden Wertungen zu berücksichtigen sind. In Zweifelsfällen sind unklare Rechtsnormen verfassungskonform auszulegen und anzuwenden.¹ Die verfassungskonforme Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen wird dadurch eingeschränkt, dass verfassungswidrige Bundesgesetze für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend sind.² Verordnungsbestimmungen des Bundesrechts sind ebenfalls verfassungskonform auszulegen und anzuwenden. Es sind aber die gesetzgeberischen Anordnungen, Wertungen und der in der Delegationsnorm eröffnete Gestaltungsspielraum mit seinen Grenzen zu berücksichtigen.³

Das Bundesgericht ist berechtigt, das kantonale Recht vorfrageweise (sog. abstrakte Normenkontrolle) oder im Zusammenhang mit einem konkreten Rechtsakt (sog. konkrete, akzessorische oder inzidente Normenkontrolle) auf seine Verfassungsmässigkeit hin zu überprüfen.⁴ Das Bundesgericht prüft die Verfassungsmässigkeit der beanstandeten Rechtsnorm nicht auf alle möglichen Konstellationen hin, sondern nur unter dem Gesichtswinkel des konkreten Falles. Wenn sich die Rüge als begründet erweist, hebt es nicht die beanstandete Norm als solche, sondern lediglich den gestützt auf sie ergangenen Anwendungsakt auf.⁵ Bevor geprüft wird, ob kantonales Recht verfassungskonform angewendet worden sei, ist grundsätzlich abzuklären, ob statt des massgebenden Bundesrechts kantonales Recht angewendet worden ist.⁶

¹ Statt vieler BGE 145 III 63 E. 2.1 und 142 V 20 E. 3.

² Nach Art. 190 BV sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Damit kann Bundesgesetzen weder im Rahmen der abstrakten noch der konkreten Normenkontrolle die Anwendung versagt werden. Zwar handelt es sich dabei um ein Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot, und es kann sich rechtfertigen, vorfrageweise die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes zu prüfen. Wird eine solche festgestellt, muss das Gesetz dennoch angewendet werden, und das Bundesgericht kann lediglich den Gesetzgeber einladen, die fragliche Bestimmung zu ändern (vgl. BGE 140 I 305 E. 5).

³ Statt vieler BGE 143 V 369 E. 5.3.

⁴ Siehe z.B. BGE 137 I 107 E. 1.

⁵ Statt vieler BGE 124 I 289 E. 2.

⁶ Vgl. BGer, 5P.508/2006, 1.5.2007, E. 1.3.

Der Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen gilt auch für Schadenausgleichsnormen des eidgenössischen und des kantonalen Rechts, wozu nicht nur die Sozialversicherungsnormen⁷, sondern auch und vor allem die Haftungsnormen⁸ zählen. Verfassungskonform auszulegen sind sodann auch die für die Geltendmachung von Versicherungs- und Haftungsansprüchen anwendbaren Verfahrensvorschriften. Eine Auslegung der Strafprozessordnung, welche dazu führen würde, dass das Opfer einer Straftat die Kosten der unentgeltlichen Rechtsvertretung wieder zurückbezahlen müsste, wäre nicht verfassungskonform, insbesondere würde sie den verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgrundsatz verletzen.⁹

2. Geltung der Europäischen Menschenrechtskonvention für das Schadenausgleichsrecht

Für das schweizerische Schadenausgleichsrecht, insbesondere auch das private Haftungsrecht, gilt auch die Europäische Menschenrechtskonvention.¹⁰ Die EMRK ist dabei nicht nur auf privatrechtliche Haftungsansprüche gemäss dem eidgenössischen oder kantonalen Recht, sondern auch auf Staatshaftungsansprüche anwendbar. Diese werden von der Praxis ebenfalls als zivilrechtliche Ansprüche im Sinne von Art. 6 EMRK qualifiziert.¹¹

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat 2014 festgestellt, dass das schweizerische Haftungsrecht – konkret die zehnjährige Verjährungsfrist für vertragliche Schadenersatzansprüche – das Recht auf Zugang zu einem Gericht gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK verletzt.¹² Nicht zuletzt als Folge dieses Entscheids eines europäischen Gerichtes wurde in der Zwischenzeit das Verjährungsrecht revidiert. Mit Bundesgesetz vom 15. Juni 2018 wurden diverse Verjährungsnormen des Obligationenrechts angepasst bzw. verlängert.¹³ Die Revision trat am 1. Januar 2020 in Kraft.¹⁴

Sowohl der Staatshaftungsanspruch gemäss dem Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes¹⁵ als auch zahlreiche kantonale Staatshaftungsansprüche¹⁶ unterliegen (kurzen) Verwirkungsfristen.¹⁷ Tritt eine Verwirkungsfrist ein, geht der Haftungsanspruch unter und kann nicht mehr

⁷ Siehe den Anwendungsfall BGE 142 V 457 ff.

⁸ Vgl. BGER, 2P.224/2005, 18.4.2006, E. 3.4, in: Pra 2007, Nr. 29.

⁹ Vgl. BGER, 6B_1000/2014, 23.6.2015, E. 3.3.3, in: Pra 2015, Nr. 98.

¹⁰ Die Staatsverträge, welche die Schweiz abgeschlossen hat, enthalten selten haftungsrechtlich relevante Bestimmungen. Gemäss Art. 6 Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965 besteht beispielsweise ein Recht, dass jede Person, welche von einer rassistisch diskriminierenden Handlung betroffen ist, eine angemessene Entschädigung oder Genugtuung für den erlittenen Schaden gerichtlich einfordern kann. Nach Art. 41 EMRK besteht schliesslich ein Anspruch auf eine gerechte Entschädigung, wenn die Menschenrechte der EMRK durch einen Vertragsstaat verletzt worden sind.

¹¹ Vgl. BGE 136 II 187 E. 8.2.1 und 134 I 331 E. 2.1.

¹² Vgl. EGMR, Nr. 52067/10 und 41072/11, 11.3.2014, und BGER, 4F_15/2014, 25.3.2015.

¹³ BBI 2018 3537.

¹⁴ AS 2018 5343.

¹⁵ Vgl. BGE 136 II 187 E. 6; 133 V 14 E. 6; 126 II 145 E. 2a; 118 II 447 E. 1; BGER, 2C_640/2011, 1.2.2012, E. 1.2.

¹⁶ Siehe dazu BGER, 2C_707/2010, 15.4.2011, E. 2.

¹⁷ Weiterführend KRAUSKOPF, 197 ff.

geltend gemacht und auch nicht verrechnet werden. Die Verwirkung muss von Amtes wegen berücksichtigt werden. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn die Anwendung der Verwirkungsregel gegen Treu und Glauben verstossen würde, namentlich wenn der Staat durch sein eigenes Verhalten den Gläubiger von der rechtzeitigen Forderungsanmeldung abhält.¹⁸ Die Verwirkung tritt auch dann nicht ein, wenn unverjähbare und unverzichtbare Grundrechte widerrechtlich verletzt worden sind.¹⁹

Die zum Teil sehr kurzen Verwirkungsfristen des kantonalen Staatshaftungsrechts verletzen das Recht auf Zugang zu einem Gericht gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK gemäss der Auffassung des Bundesgerichts nicht.²⁰ Allfällige kurze absolute Verwirkungsfristen sind in analoger Anwendung zu den Verjährungsfristen als grundrechtswidrig zu qualifizieren, wenn der Schaden der betroffenen Person erst nach Ablauf der Verwirkungsfrist eintritt. Bei den relativen Verwirkungsfristen ist die Frage stellt, in welchen Situationen den geschädigten Personen, insbesondere Patienten, die fristgerechte Geltendmachung eines allfälligen Staatshaftungsanspruchs innerhalb der kurzen Verwirkungsfrist möglich bzw. zumutbar ist. Es dürfte wertungsmässig dasselbe sein, ob die (zehnjährige) Verjährungsfrist vor Eintritt des Schadenseintritts bei Asbestopfern oder die (ein- oder zweijährige) Verwirkungsfrist abläuft, bevor der geschädigte Patient wieder aus dem Koma erwacht, in dessen Zustand er durch ein sorgfaltswidriges Verhalten des Spitals versetzt worden ist.

II. Verfassungsmässige Haftungsansprüche und -grundsätze

1. Allgemeines

Die verfassungsmässigen Grundsätze und -rechte gelten für das kantonale Haftungsrecht, primär Staatshaftungsrecht, uneingeschränkt, während für die bundesrechtliche Haftungsordnung dahingehend zu unterscheiden ist, ob die fragliche Haftungsnorm des Bundesrechts nach dem Willen des Gesetzgebers von der Verfassung abweichen soll. Ist davon auszugehen, sind die rechtsanwendenden Behörden, nicht aber der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte an den verfassungswidrigen Willen des Bundesgesetzgebers gebunden.²¹ Hat der Bundesgesetzgeber keine ausdrückliche verfassungswidrige Haftungsnorm erlassen, ist diese uneingeschränkt anwendbar bzw. muss im Falle einer Unklarheit verfassungskonform ausgelegt und angewendet werden.

¹⁸ Vgl. z.B. BGE 126 II 145 E. 3b/aa und 116 Ib 386 E. 3c/bb sowie BGer, 2C_245/2018, 21.11.2018, E. 4.2.

¹⁹ Vgl. BGer, 2C_372/2018, 25.7.2018, E. 2.3.

²⁰ Vgl. BGer, 2C_940/2013, 1.5.2014, E. 2.3.

²¹ Siehe dazu vorne FN 2.

2. Verfassungsmässige Haftungsansprüche

Die nicht vollständige Durchdringung des Haftungsrechts durch das Verfassungsrecht wirft diverse Fragen auf. Zunächst ist klärungsbedürftig, ob aus den verfassungsmässigen Grundsätzen und Grundrechten konkrete Haftungsgrundsätze abgeleitet werden können. Gemäss Art. 146 BV haftet der Bund für Schäden, die seine Organe in Ausübung amtlicher Tätigkeiten widerrechtlich verursachen. Diese ausschliessliche Kausalhaftung des Bundes wird ergänzt durch weitere verfassungsmässige Bestimmungen, welche Schadenersatzleistungen vorsehen. Eine Verpflichtung des Staates, Schadenersatzleistungen zu erbringen, findet sich beispielsweise in Art. 26 Abs. 2 BV (Entschädigung bei Enteignung und Eigentumsbeschränkung)²², Art. 59 Abs. 5 BV (Schädigung im Verlauf des Militär- oder Ersatzdienstes), Art. 61 Abs. 5 BV (Schädigung während des Zivilschutzdienstes) und Art. 223a Abs. 2 BV (Haftung des Gemeinwesens für verwahrte Sexual- oder Gewaltstraftäter).

Die kantonalen Verfassungen verpflichten den Kanton und die Gemeinden sowie weitere öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten, für widerrechtlich verursachten Schaden Ersatz zu leisten.²³ Vereinzelt wird sogar eine Ersatzpflicht für rechtmässig verursachte Schäden vorgesehen, wenn die geschädigte Person von der rechtmässigen Handlung des staatlichen Funktionärs schwer betroffen ist und ihr nicht zugemutet werden kann, den Schaden selber zu tragen.²⁴ Einzelne Kantone sehen in ihren Verfassungen vor, dass diese Billigkeitshaftung auf Gesetzesebene zu regeln ist,²⁵ andere Kantone statuieren eine allgemeine Billigkeitshaftung oder besondere Fälle der Billigkeitshaftung ohne Verfassungsgrundlage in ihrer Gesetzgebung.²⁶

3. Verfassungsmässige Haftungsgrundsätze

Soweit ersichtlich hat sich die Rechtsprechung noch nie grundsätzlich dazu geäussert, ob aus den verfassungsmässigen Grundrechten konkrete Haftungsgrundsätze abgeleitet werden können.²⁷ Vereinzelt hat das Bundesgericht erwo-gen, dass bestimmte Haftungsgrundsätze verfassungsmässige Rechte darstellen würden. So wurde beispielsweise der funktionelle Zusammenhang zwischen Schadenszufügung und der Amtsausübung im Kontext mit einer verfassungskonformen Anwendung einer kantonalen Staatshaftungsnorm erwähnt, wobei allerdings aus den Erwägungen des Bundesgerichts nicht klar hervorgeht, ob der Grundsatz der Kausalität selbst den Rang eines verfassungsmässigen Rechts hat oder die Verneinung

²² Das Verbot der entschädigungslosen Enteignung ist ein Anwendungsfall des Ordre public (vgl. BGE 138 III 322 E. 4.1).

²³ Vgl. z.B. Art. 62 Abs. 1 Verfassung des Kantons St. Gallen vom 10. Juni 2001 und Art. 46 Abs. 1 Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005.

²⁴ Vgl. z.B. Art. 54 Abs. 2 Verfassung des Kantons Obwalden vom 19. Mai 1968.

²⁵ Art. 62 Abs. 2 Verfassung des Kantons St. Gallen vom 10. Juni 2001 und Art. 46 Abs. 3 Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005.

²⁶ Vgl. z.B. Art. 4 Gesetz des Kantons Nidwalden vom 25. April 1971 über die Haftung des Gemeinwesens und seiner Funktionäre (Haftungsgesetz).

²⁷ Siehe dazu hinten Abschnitt IV.

eines rechtserheblichen Kausalzusammenhangs durch die Vorinstanz das verfassungsmässige Willkürverbot nicht verletzt.²⁸

Das Verbot der entschädigungslosen Enteignung ist immerhin ein Anwendungsfall des Ordre public.²⁹ Das Bundesgericht anerkennt ferner, dass für das Haftungsrecht ungeschriebene Rechtsgrundsätze bestehen. So gilt für das Haftungsrecht – anders als für das Sozialversicherungsrecht – ganz allgemein ein Bereicherungsverbot.³⁰ Eine Bereicherung liegt vor, wenn derselben Person verschiedene Leistungen zum Ausgleich des durch ein und dasselbe Ereignis verursachten Schadens für dieselbe Zeitspanne ausgerichtet werden und die Summe der Leistungen den Schaden übertrifft. Da die Sozialversicherungen nicht zu Gunsten des Schädigers eingerichtet wurden, sind indessen nur Leistungen Dritter anzurechnen, die ereignisbezogen, sachlich, zeitlich und personell kongruent sind.³¹

Ebenso ist anerkannt, dass Hinderungsgründe wie Krankheit, Unfall, Naturkatastrophen etc. eine Wiederherstellung von Verwirkungsfristen rechtfertigen.³² Verwirkte Haftungsansprüche können ausnahmsweise gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben gleichwohl geltend gemacht werden, wenn das ersatzpflichtige Gemeinwesen die geschädigte Person aktiv davon abgehalten hat, den Haftungsanspruch innerhalb der laufenden Verwirkungsfrist geltend zu machen.³³ Die wiederholte Abgabe von Verjährungseinredeverzichtserklärungen stellt jedoch keine derartige treuwidrige Abhaltung von der rechtzeitigen Forderungsanmeldung dar.³⁴ Die Verwirkung tritt auch dann nicht ein, wenn unverjährbare und unverzichtbare Grundrechte widerrechtlich verletzt worden sind.³⁵

III. Verfassungskonforme Auslegung und Anwendung der Haftungsnormen

1. Anwendungsbereich der verfassungsmässigen Grundrechte

1.1 Geltung der verfassungsmässigen Grundrechte

a) Für die öffentlich-rechtliche Haftungsordnung

Die in Art. 7 ff. BV garantierten Grundrechte gelten unmittelbar nur gegenüber dem Staat³⁶ und stellen grundsätzlich bloss Abwehrrechte dar. Eigentliche Leistungsansprüche gegenüber dem Staat vermitteln nur vereinzelte Grundrechte.³⁷ Ausnahmsweise können im Zusammenhang mit Grundrechtsverletzungen Leistungsansprüche, insbesondere Schadenaus-

²⁸ Vgl. BGer, 2P.224/2005, 18.4.2006, E. 3.4.

²⁹ Vgl. BGE 138 III 322 E. 4.1.

³⁰ Siehe z.B. BGE 131 III 12 E. 7.1.

³¹ Vgl. z.B. BGer, 4A_127/2011, 12.7.2011, E. 10.1.

³² Vgl. BGE 136 II 187 E. 6 und 114 V 123 E. 3b.

³³ Vgl. z.B. BGE 126 II 145 E. 3b/aa und 116 Ib 386 E. 3c/bb sowie BGer, 2C_245/2018, 21.11.2018, E. 4.2.

³⁴ Vgl. BGer, 2C_707/2010, 15.4.2011, E. 4.7.

³⁵ Vgl. BGer, 2C_372/2018, 25.7.2018, E. 2.3.

³⁶ Vgl. Art. 35 Abs. 2 BV.

³⁷ Siehe z.B. Art. 8 Abs. 3 Satz 1, Art. 12 sowie Art. 19 und Art. 62 Abs. 2 BV.

gleichleistungen, geltend gemacht werden.³⁸ Keine verfassungsmässigen Grundrechte stellen die verfassungsmässigen Sozialziele³⁹ und die Gleichstellungsaufträge⁴⁰ dar. Aus der Verpflichtung, wonach Bund und Kantone sich dafür einzusetzen haben, dass jede Person an der sozialen Sicherheit teilhat,⁴¹ insbesondere die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält,⁴² und gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität, Krankheit und Unfall gesichert ist,⁴³ können keine unmittelbaren Ansprüche auf staatliche Leistungen abgeleitet werden.

b) Für die privatrechtliche Haftungsordnung

Die verfassungsmässigen Grundrechte gelten im Verhältnis zwischen Privatpersonen grundsätzlich nicht. Privatpersonen sind ausnahmsweise an die verfassungsmässigen Grundrechte gebunden, wenn sie staatliche Aufgaben erfüllen.⁴⁴ Welche Aufgaben als staatliche oder private zu gelten haben, ist weitgehend eine politische Frage und dem Wandel der Anschauungen unterworfen und deshalb in erster Linie Sache des Gesetzgebers.⁴⁵ Eine staatliche Aufgabe erfüllen die privaten Versicherer, sofern und soweit sie im Rahmen der obligatorischen Sozialversicherung tätig sind. Keine staatliche Aufgabe liegt demgegenüber vor, wenn sie im Rahmen der freiwilligen Sozialversicherung⁴⁶ bzw. im Privatversicherungsbereich gemäss VVG tätig handeln.⁴⁷ Schliesst ein privater Versicherer einen öffentlich-rechtlichen Versicherungsvertrag ab,⁴⁸ können die Parteien trotz Vertragsfreiheit nicht von gesetzlichen Schutzbestimmungen abweichen; ob aber darüber hinaus die dispositiven Regeln des Privatrechts oder diejenigen des öffentlichen Rechts gelten, ist ungeklärt.

Die gesetzgebenden und rechtsanwendenden Behörden sind ferner dazu verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.⁴⁹ Da das Privatrecht einen umfassenden Persönlichkeitsschutz⁵⁰ kennt, ist davon auszugehen, dass die verfassungsmässigen Grundrechte weitgehend durch den privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz verwirklicht worden sind. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang erwogen, dass der Schutz der Persönlichkeit ein universelles Anliegen der Rechtsordnung überhaupt ist und die grundrechtlich geschützten Lebensbereiche, insbesondere die Menschenwürde, nicht nur Schutzobjekt der Grundrechtsgarantien, sondern der Rechtsordnung schlechthin sind und sich auch im privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz manifestieren.⁵¹

³⁸ Siehe dazu hinten Abschnitt IV.

³⁹ Vgl. Art. 41 BV.

⁴⁰ Vgl. Art. 8 Abs. 3 Satz 2 und Art. 8 Abs. 4 BV.

⁴¹ Vgl. Art. 41 Abs. 1 lit. a BV.

⁴² Vgl. Art. 41 Abs. 1 lit. b BV.

⁴³ Vgl. Art. 41 Abs. 4 BV.

⁴⁴ Vgl. Art. 35 Abs. 2 BV und BGE 129 III 35 E. 5.2.

⁴⁵ Vgl. BGER, 2P.67/2004, 23.9.2004, E. 1.6.

⁴⁶ Vgl. z.B. Art. 12 KVG.

⁴⁷ Vgl. BGE 140 I 338 E. 6 f. und BGER, 5P.97/2006, 1.6.2006, E. 3.3.

⁴⁸ Vgl. BGE 130 V 553 E. 4.3 n.p. und BGER, U 105/04, 18.4.2006, E. 6.1.

⁴⁹ Vgl. Art. 35 Abs. 3 BV.

⁵⁰ Vgl. Art. 27 ff. ZGB.

⁵¹ Vgl. BGE 113 Ia 309 E. 3d.

Insoweit haben der öffentlich-rechtliche und der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz nebeneinander Bestand.⁵² Es muss deshalb in jedem Einzelfall geprüft werden, ob der öffentlich-rechtliche oder der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz zur Anwendung gelangt.⁵³ Ist unklar, ob der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz dasselbe Schutzniveau wie der öffentlich-rechtliche Persönlichkeitsschutz hat, ist das Privatrecht grundrechtskonform auszulegen.⁵⁴ Im Geltungsbereich des Privatrechts, insbesondere im Vertragsrecht⁵⁵ und im Gesellschaftsrecht⁵⁶, gilt aber das Gleichbehandlungsgebot nur eingeschränkt. Das Gleichbehandlungsgebot gilt in jedem Fall in Bezug auf privatrechtliche Schutzbestimmungen.⁵⁷

1.2 Unmittelbare und faktische Grundrechtsverletzungen

a) Sozialversicherungsrecht

Die Ablehnung von Schadenausgleichsleistungen (Versicherungs- oder Schadenersatzleistungen) stellt keinen Grundrechtseingriff im herkömmlichen Sinn dar. Die Ablehnung von Sozialversicherungsleistungen kann aber die grundrechtlich geschützten Tätigkeiten erschweren oder verunmöglichen, wodurch die geschädigte Person in der Wahrnehmung ihrer Grundrechte mittelbar beeinträchtigt wird. Resultiert daraus eine faktische Grundrechtsverletzung,⁵⁸ ist diesem Umstand bei der Auslegung sozialversicherungsrechtlicher Leistungsnormen sowie bei der Ermessensprüfung Rechnung zu tragen.⁵⁹

Das Bundesgericht hat eine faktische Grundrechtsverletzung beispielsweise im Zusammenhang mit Besuchen der Mutter eines hospitalisierten Kindes bejaht und die Invalidenversicherung verpflichtet, der besuchenden Mutter für die Reisekosten eine Entschädigung zu vergüten.⁶⁰ Auch hinsichtlich der verfassungsmässig garantierten Niederlassungsfreiheit⁶¹ bzw. des Grundrechts auf freie Wahl des Wohnsitzes kann sich eine faktische Grundrechtsverletzung ergeben.⁶² Eine solche liegt insbesondere dann vor, wenn einer 40-jährigen versicherten Person, welche teilerwerbstätig ist, ein Anspruch auf Beiträge für das behindertengerechte Motorfahrzeug mit dem Argument verweigert wird, es sei ihr zumutbar, während der ganzen verbleibenden Aktivitätsdauer von über 20 Jahren am bisherigen Wohnsitz wohnhaft zu bleiben.⁶³

Ob eine faktische Grundrechtsverletzung vorliegt, ist einzelfallweise zu überprüfen, wobei die in Art. 36 BV erwähnten Kriterien heranzuziehen sind. Die faktische Beeinträchtigung der Ausübung von grundrechtlich geschützten Tätigkeiten ist dann gerechtfertigt, wenn eine hinreichend klare gesetzliche Grundlage besteht, ein schutzwürdiges Interesse vorgebracht wer-

⁵² Ibid.

⁵³ Siehe BGE 134 I 229 E. 3.1 f.

⁵⁴ Vgl. BGE 111 II 245 E. 4b.

⁵⁵ Vgl. z.B. BGE 129 III 276 E. 3.

⁵⁶ Vgl. z.B. BGE 102 II 265 E. 1.

⁵⁷ Vgl. BGE 115 II 136 E. 5b.

⁵⁸ Siehe BGer, 9C_6/2017, 17.2.2017, E. 3.2.2.1; I 752/01, 25.10.2002, E. 2.3.1.

⁵⁹ Vgl. BGer, I 750/04, 5.4.2006, E. 5.2.

⁶⁰ Vgl. BGE 118 V 211 E. 5.

⁶¹ Vgl. Art. 24 Abs. 1 BV.

⁶² Vgl. BGE 113 V 22 E. 4d.

⁶³ Ibid. E. 5e.

den kann und sich die Einschränkung der grundrechtlich geschützten Tätigkeiten im Hinblick auf das angestrebte Interesse als verhältnismässig erweist.⁶⁴

b) Staatshaftungsrecht

Die im Bereich des Sozialversicherungsrechts etablierte Praxis zu den faktischen Grundrechtsverletzungen ist auch im Geltungsbereich der Staatshaftung anzuwenden, da dieses ebenfalls zum öffentlichen Recht gehört. Faktische Grundrechtsverletzungen der geschädigten Person sind dabei nicht nur im Zusammenhang mit der Haftungsbegründung, sondern auch der Haftungsausfüllung zu vermeiden. Im Kontext mit der Haftungsbegründung stellt sich insbesondere die Frage, ob die Person, welche den Schaden verursacht hat, widerrechtlich gehandelt hat. Da die verfassungsmässigen Grundrechte sowohl für die schadenverursachende als auch für die geschädigte Person gelten, darf weder ein widerrechtliches Verhalten noch ein allfälliger Rechtfertigungsgrund angenommen werden, wenn die grundrechtlich geschützten Lebensbereiche der betroffenen Personen dadurch faktisch verletzt würden.

Ein medizinischer Eingriff, welcher der Staat ohne ausdrückliche Zustimmung ausführen möchte, ist nur dann zulässig, wenn eine hinreichende gesetzliche Grundlage besteht, ein schützenswertes öffentliches Interesse für den fraglichen Eingriff besteht und dieser hinsichtlich seiner Auswirkungen verhältnismässig ist.⁶⁵ Die Zustimmung für eine Sterilisation kann beispielsweise eine über 18-jährige Person nur dann geben, wenn sie vor dem Eingriff umfassend informiert worden ist und schriftlich zugestimmt hat. Liegt keine derartige explizite Zustimmung vor, setzt eine Sterilisation bei Personen unter umfassender Beistandschaft und dauerhaft urteilsunfähigen Personen, welche das 16. Altersjahr überschritten haben, die Zustimmung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde voraus.⁶⁶ Eine Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde setzt zudem die Durchführung eines mehrstufigen Entscheidungsprozesses voraus.⁶⁷

Das Sterilisationsgesetz und auch andere Medizinalgesetze, etwa das Transplantationsgesetz oder die kantonalen Patientenschutzgesetze, kennen keine hypothetische Einwilligung als Rechtfertigungsgrund für medizinische Zwangsmassnahmen. Lediglich im Bereich gewöhnlicher medizinischer Massnahmen darf der behandelnde Arzt bzw. der Patientenvertreter bei urteilsunfähigen Personen auf den mutmasslichen Willen abstellen.⁶⁸ Bei urteilsfähigen Personen schliesst das öffentliche Recht eine hypothetische Einwilligung kategorisch aus – selbst bei der Organentnahme nach dem Tod einer Person ist die explizite Zustimmung der nächsten Angehörigen zwingend erforderlich.⁶⁹

Entsprechend ist es fragwürdig, wenn im staatshaftungsrechtlichen Kontext eine hypothetische Einwilligung der geschädigten Person⁷⁰ bzw. ihres Vertreters⁷¹ als Rechtfertigungsgrund zugelassen wird. Ein kritischer Gesundheitszustand sowie eine ungünstige Prognose,

⁶⁴ Vgl. Art. 36 Abs. 1 bis 3 BV.

⁶⁵ Vgl. Art. 36 BV.

⁶⁶ Vgl. Art. 6 ff. Sterilisationsgesetz.

⁶⁷ Vgl. Art. 8 Sterilisationsgesetz.

⁶⁸ Vgl. Art. 372 Abs. 2, Art. 378 Abs. 3, Art. 379 ZGB.

⁶⁹ Vgl. Art. 8 Abs. 3 Transplantationsgesetz.

⁷⁰ Vgl. BGer, 4C.378/1999, 23.11.2004, E. 3.1, und 4P.139/2002, 10.10.2002, E. 3.2.

⁷¹ Vgl. BGer, 2C_1035/2014, 27.8.2015, E. 5.

welche die Annahme einer hypothetischen Einwilligung nahelegen, wie das Bundesgericht betont,⁷² rechtfertigen im Geltungsbereich des öffentlichen Rechts lediglich verhältnismässige Notfallingriffe, nicht aber andere medizinische Eingriffe. Als Folge des verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebotes sollten deshalb dieselben Voraussetzungen bei der Beurteilung der Zulässigkeit von medizinischen Behandlungen, die ohne ausdrückliche Zustimmung durchgeführt werden, und des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes gelten.

c) Privates Haftungsrecht

Als Folge der Äquivalenz von Grundrechts- und Persönlichkeitsschutz sind auch bei der Auslegung und Anwendung von privatrechtlichen Haftungsnormen faktische Grundrechts- bzw. Persönlichkeitsverletzungen zu verhindern. Die Beeinträchtigung eines absoluten Rechtsguts, mithin der Persönlichkeit, ist selbst im ärztlichen Behandlungskontext grundsätzlich rechtswidrig. Die Person, welche ein absolutes Rechtsgut einer anderen Person beeinträchtigt, hat einen Rechtfertigungsgrund nachzuweisen. Die mutmassliche Einwilligung einer urteilsfähigen Person existiert im Privatrecht grundsätzlich nicht. Weder können Verträge durch Stillschweigen abgeschlossen werden noch sind stillschweigende Willenserklärungen anerkannt.⁷³ Lediglich dann, wenn sich aufgrund konkreter Umstände ein konkludentes Verhalten nachweisen lässt, kann auf den indirekt geäusserten Willen abgestellt werden.⁷⁴

Der Nachweis von blossen Kontakten des Patienten mit dem Klinikpersonal genügt beispielsweise nicht für die Annahme einer konkludenten Einwilligung für die Aufhebung des Patientengeheimnisses.⁷⁵ Wieso der behandelnde Arzt den Patienten mit der Rechtfertigung einer mutmasslichen Einwilligung aufschneiden, dessen Daten aber nicht herausgeben darf, ist erklärungsbedürftig. In beiden Fällen hat der Patient freiwillig den fraglichen Arzt aufgesucht und diesem genauso freiwillig Auskunft gegeben, wie er sich freiwillig auf den Operationstisch gelegt hat. Die hypothetische Einwilligung als Rechtfertigungsgrund bzw. Rechtfertigung für eine unterbliebene Aufklärung und tatsächliche Einwilligung ist insoweit auch im Geltungsbereich des privaten Haftungsrechtes fragwürdig und sollte deshalb äusserst zurückhaltend, beispielsweise bei einer Verletzung der prozessualen Mitwirkungspflicht des Patienten, angenommen werden.

Die Problematik der faktischen Grundrechtsverletzung stellt sich auch im Zusammenhang mit der Haftungsausfüllung bzw. der Festlegung der Höhe des Schadenersatzes. So stellt sich auch im Zusammenhang mit der privatrechtlichen Haftung für den Besuchsschaden einer stationär untergebrachten Person die Frage, ob als Folge der Grund- bzw. Persönlichkeitsrechte ein Recht zum Kontakt zu nahen Angehörigen bzw. Freunden und Geschäftspartnern besteht. Das Bundesgericht bejaht ein derartiges Kontaktrecht im Kontext mit sozialversicherungsrechtlichen Leistungsansprüchen. Entsprechend ist auch im haftpflichtrechtlichen Kontext das persönlichkeitsrechtlich geschützte Recht der Familienangehörigen zum Kontakt untereinander zu beachten. Die Besuche einer geschädigten Person durch nahe Angehörige ent-

⁷² Vgl. BGer, 4P.139/2002, 10.10.2002, E. 3.2.2.

⁷³ Vgl. Art. 6 OR und statt vieler BGer, 5A_701/2016, 6.4.2017, E. 4.2.

⁷⁴ Das blosses Schweigen auf ein angebliches Bestätigungsschreiben kann selbst im kaufmännischen Verkehr nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen nach Treu und Glauben rechtsbegründend wirken (vgl. BGE 123 III 35 E. 2c/aa).

⁷⁵ Vgl. BGer, 2C_37/2018, 15.8.2018, E. 6.3.2.

sprechen vor diesem Hintergrund nicht einer moralischen Verpflichtung, sondern sind Ausdruck eines grund- bzw. persönlichkeitsrechtlich geschützten Kontaktrechts.⁷⁶

Als Folge dieses persönlichkeitsrechtlich geschützten Rechts zum Kontakt zwischen nahen Angehörigen hat die haftpflichtige Person auch für die Kosten der Betreuung und Pflege aufzukommen, wenn die geschädigte Person, welche sich während der Woche in einem Heim aufhält, sich über das Wochenende bei den Eltern bzw. Angehörigen aufhält oder die Ferien zusammen mit diesen verbringt.⁷⁷ Zu zurückhaltend ist die Praxis in Bezug auf Betreuungs- und Pflegeleistungen, welche Angehörige für die geschädigte Person in einem Heim erbringen. Das Bundesgericht verlangt in diesem Zusammenhang den Nachweis, dass sich die vom Schädiger zu tragenden Heimkosten im Umfang der Angehörigenleistungen verringern.⁷⁸

Das Heimpersonal ist – als Folge einer zunehmenden Personalknappheit – regelmässig nicht in der Lage, die Bewohner in einem Umfang zu versorgen, wie Personen vergleichbaren Alters und vergleichbarer Gesundheit zu Hause leben. Insbesondere die Begleitung von Heimbewohnern, wenn sie externe Termine wahrzunehmen haben oder an Freizeitveranstaltungen teilnehmen möchten, übersteigt regelmässig das vorhandene Zeitbudget des Personals. Das Bundesgericht hat im Kontext mit der Überprüfung der Wirtschaftlichkeit eines alternativen Heimaufenthaltes denn auch festgestellt, dass ein Studium oder eine Erwerbstätigkeit nicht ausgeübt werden könnte, wenn die betroffene Person anstelle der ambulanten Versorgung sich in ein Heim begeben müsste.⁷⁹

Ein erzwungener Verzicht auf die beruflichen Pläne hätte nicht nur eine erhebliche Einbusse an Lebensqualität zur Folge und würde sich nicht nur ungünstig auf den körperlichen und psychischen Zustand der betroffenen Person auswirken, wie das Bundesgericht festhält, sondern wäre auch als faktische Verletzung der verfassungsmässigen Berufswahlfreiheit bzw. Berufsausübungsfreiheit zu qualifizieren.⁸⁰ Hat der Sozialversicherer beispielsweise für die jährlichen Pflegekosten von CHF 204'619 aufzukommen, weil eine 27-jährige Büroassistentin während der Nacht künstlich beatmet und dabei von einer Drittperson überwacht werden muss,⁸¹ besteht die haftpflichtrechtliche Ersatzpflicht mindestens in dieser Höhe und sollten als Folge des verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebots auch bei Heimbewohnern bei der Festlegung der Höhe des Schadenersatzes die grund- und persönlichkeitsrechtlich geschützten Lebensmöglichkeiten in gleicher Weise bzw. grosszügiger berücksichtigt werden.

Sowohl die Schadenminderungspflicht als auch die Annahme von Reduktionsgründen, welche in der Person des Geschädigten liegen, betreffen grund- bzw. persönlichkeitsrechtlich geschützte Lebensbereiche. Beeinträchtigungen dieser an sich absolut geschützten Lebensbereiche sind nur zulässig, wenn die verfassungsmässigen Voraussetzungen von Art. 36 BV bzw. ein privatrechtlicher Rechtfertigungsgrund vorliegt. Vor diesem Hintergrund setzt sowohl die Bejahung einer Schadenminderungspflicht als auch die Annahme eines Rechtfertigungsgrundes ein überwiegendes Interesse der schadenverursachenden Person sowie Angemessen-

⁷⁶ A.A. SUTER, 121 ff., 123.

⁷⁷ Vgl. BGer, 4A_500/2009, 25.5.2010, E. 2.6.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Siehe BGer, K 66/00, 5.10.2000, E. 3b, und BGE 142 V 144 ff.

⁸⁰ Siehe dazu BGE 113 V 22 ff.

⁸¹ Vgl. BGE 142 V 144 ff.

heit voraus. Soweit ersichtlich wendet die Rechtsprechung im haftpflichtrechtlichen Kontext im Zusammenhang mit der Schadenminderungspflicht und der Annahme von Reduktionsgründen nicht dieselbe Begründungssorgfalt auf, wie das bei staatlichen Zwangsmassnahmen, welche dieselben Lebensbereiche betreffen, der Fall ist.⁸²

2. Gleichbehandlungsgebot

2.1 Allgemeines

Die Haftungsnormen des eidgenössischen und des kantonalen Rechts sind egalitär formuliert. Jedes Rechtssubjekt, dem ein haftungsbegründendes Verhalten vorgeworfen werden kann, haftet für den gesamten Schaden aller geschädigter Personen. Voraussetzung für den Schadenersatzanspruch ist, dass der (ersatzfähige) Schaden durch ein widerrechtliches oder vertragswidriges Verhalten zugefügt worden ist.⁸³ Die Voraussetzungen für die Begründung und den Umfang der Haftung werden dabei im privaten und im öffentlichen Haftungsrecht identisch verstanden. Sowohl die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit⁸⁴ als auch die rechts-erhebliche Kausalität wird einheitlich angewendet.

Vordergründig gilt das verfassungsmässige Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV im Zusammenhang mit der Auslegung und Anwendung der Haftungsnormen uneingeschränkt. Mitunter erfolgt aber eine Ungleichbehandlung. Bund und Kantone sind berechtigt, gestützt auf Art. 61 OR für Schäden, die durch eine amtliche Tätigkeit eines staatlichen Funktionärs verursacht worden sind, eine eigene Haftungsordnung vorzusehen. Werden keine spezifischen Haftungsgrundsätze statuiert, gilt die Haftungsordnung des Obligationenrechts auch für den Staat.⁸⁵ Diese gilt ohnehin für gewerbliche Tätigkeiten des Staates.⁸⁶

2.2 Ungleiche Haftungsvoraussetzungen – staatliche Haftungsprivilegien

Die durch einen staatlichen Funktionär im Rahmen einer hoheitlichen oder amtlichen Tätigkeit geschädigten Personen werden regelmässig durch das kantonale Staatshaftungsrecht bessergestellt. Während die privatrechtliche Haftungsordnung in der Regel eine Verschuldenshaftung statuiert, gilt auf Bundesebene und in den meisten Kantonen eine ausschliessliche Kausalhaftung.⁸⁷ Die geschädigte Person muss lediglich eine widerrechtliche Schadenszufügung, nicht aber auch ein Verschulden des fehlbaren staatlichen Funktionärs nachweisen. Diese Besserstellung ist vor dem Hintergrund des verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebotes insoweit unproblematisch, als der Staat freiwillig eine ausgedehntere Schadentragungslast übernimmt.

⁸² Dazu hinten Abschnitt III.3.4.

⁸³ Vgl. z.B. Art. 41 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 OR.

⁸⁴ Vgl. BGE 123 II 577 E. 4d/bb und BGer, 2C_834/2009, 19.10.2010, E. 2.2.

⁸⁵ Statt vieler BGE 122 III 101, in: Pra 1996, Nr. 188, E. 2a/bb.

⁸⁶ Vgl. Art. 61 Abs. 2 BV.

⁸⁷ Vgl. Art. 3 ff. VG.

Sowohl im Bundesrecht⁸⁸ als auch teilweise im kantonalen Staatshaftungsrecht⁸⁹ wird im Zusammenhang mit dem Genugtuungsanspruch von der Kausalhaftung abgewichen und ein Ersatzanspruch für die von einem staatlichen Funktionär widerrechtlich verursachte immaterielle Unbill nur dann bejaht, wenn ihm ein Verschulden vorgeworfen werden kann.⁹⁰ Einzelne Kantone gehen noch einen Schritt weiter und machen auch den Schadenersatzanspruch – für bestimmte Haftungstatbestände – von einem qualifizierten Verschulden abhängig.⁹¹ Die privatrechtliche Haftungsordnung demgegenüber kennt – in Übereinstimmung mit dem verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebot – keine derartigen qualifizierten Haftungsvoraussetzungen.

Vor dem Hintergrund des verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebotes stellt sich in diesen beiden Fällen die Frage, ob der Bund und die Kantone berechtigt sind, im Vergleich zur privatrechtlichen Haftungsordnung generell strengere bzw. für den materiellen und den immateriellen Schaden ungleiche Haftungsvoraussetzungen vorzusehen. Das Bundesgericht hat in einem konkreten Anwendungsfall, der das Zuger Staatshaftungsrecht betraf, erwogen, dass aus einer aktuellen, geltungszeitlichen Sicht sich nicht begründen lasse, weshalb die Persönlichkeit als solche in der schweizerischen Rechtsordnung weniger geschützt sein sollte als Vermögensinteressen,⁹² die Bundesrechtswidrigkeit des Verschuldenserfordernisses für den staatshaftungsrechtlichen Genugtuungsanspruch aber offengelassen, weil im konkreten Fall ein Verschulden vorlag.

Während die bundesgesetzliche Regelung von Art. 6 VG trotz ihrer Verfassungswidrigkeit gilt,⁹³ ist die Frage der verfassungsmässigen Zulässigkeit des ausnahmsweisen Verschuldenserfordernisses beim immateriellen Schaden gemäss den vereinzelt noch bestehenden kantonalen Staatshaftungsgesetzen gestellt. Genauso ist fraglich, ob Bund und Kantone berechtigt sind, generell strengere Haftungsvoraussetzungen vorzusehen bzw. sich Haftungsprivilegien zu gewähren, welche für Private nicht gelten. Ob dafür vernünftige Gründe, welche eine Ungleichbehandlung rechtfertigen,⁹⁴ bestehen, erscheint zweifelhaft. Wieso sollen Privatpersonen für dasselbe Verhalten strenger haften als der Staat? Wieso sollen staatliche Funktionäre, wenn sie lediglich leichtfahrlässig Amtspflichten verletzen, keine Haftung begründen?

Im Geltungsbereich der privatrechtlichen Delikts- und Vertragshaftung besteht keine derartige Ausnahme, wonach erst eine wesentliche Vertragsverletzung oder eine wesentliche Sorgfaltspflichtverletzung eine Haftung auslösen würde. Die ältere Rechtsprechung bejahte zwar ein Haftungsprivileg, indem der Arzt nur für eigentliche «Kunstfehler» haftete.⁹⁵ Bloss leichtfahrlässiges Verhalten eines Arztes begründete noch keine Haftung. Die neuere Rechtsprechung

⁸⁸ Vgl. Art. 6 Abs. 1 VG.

⁸⁹ Siehe z.B. BGE 133 III 462, in: Pra 2008, Nr. 27, E. 4.1; 115 Ib 175 E. 2a; 113 Ib 420 E. 1 und 112 Ib 320 E. 6.

⁹⁰ Siehe den Anwendungsfall BGer, 4A_549/2015, 27.7.2016 (Lähmungserscheinungen nach Medikamententest).

⁹¹ Vgl. z.B. § 3 Abs. 3 f. Gesetz vom 24. April 2008 des Kantons Basel-Landschaft über die Haftung des Kantons und der Gemeinden.

⁹² Vgl. BGer, 2A.350/2003, 5.8.2004, E. 5.4.1.

⁹³ Art. 146 BV statuiert eine allgemein anwendbare Kausalhaftung.

⁹⁴ Statt vieler BGE 142 V 577 E. 4.2.

⁹⁵ Vgl. z.B. BGE 105 II 284 E. 1 und 57 II 196 E. 3.

hat dieses Haftungsprivileg abgeschafft.⁹⁶ Art. 49 Abs. 1 OR, der den Genugtuungsanspruch nach einer Persönlichkeitsverletzung von einer besonderen Schwere abhängig macht, erinnert an die früheren Haftungsprivilegien. Die Bedeutung des fraglichen Gesetzeswortlautes besteht letztlich nur darin, den Genugtuungsanspruch bei Bagatellverletzungen, welche nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens nicht geeignet sind, eine immaterielle Unbill herbeizuführen, auszuschliessen.⁹⁷ Insoweit betrifft das Erfordernis der besonderen Schwere der Persönlichkeitsverletzung lediglich den adäquaten Kausalzusammenhang und stellt kein Erfordernis einer besonders qualifizierten Widerrechtlichkeit oder Vertragsverletzung dar.

2.3 Ungleiches Ausmass der Ersatzpflicht

Sowohl im öffentlich- als auch im privatrechtlichen Haftungsrecht gilt derselbe Schadenbegriff: «Der Schaden entspricht der ungewollten Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte bzw. den Einkünften, die nach dem schädigenden Ereignis tatsächlich erzielt worden sind und denjenigen, die ohne dieses Ereignis zugeflossen wären.»⁹⁸

Gleichwohl lassen sich in der Schadenregulierungspraxis Unterschiede in Bezug auf das Ausmass der ersatzpflichtigen Schadensposten feststellen. Eine ungleiche Praxis besteht zunächst in Bezug auf den normativen Schaden. Die Rechtsprechung anerkennt, dass trotz des nicht möglichen Nachweises eines tatsächlichen Schadens für den Haushalts- sowie den Betreuungs- und Pflegeschaden Ersatz geleistet werden muss. Nach der Auffassung des Bundesgerichts besteht nach dem geltenden Recht aber kein Anlass, die Ersatzpflicht für den normativen Schaden im Bereich des Personenschadens auch für Sach- und Vermögensschäden anzuwenden.⁹⁹

Im fraglichen Entscheid fehlt eine Begründung für die Ungleichbehandlung der drei Schadenskategorien. Im Zusammenhang mit Vermögensschäden könnte eingewendet werden, dass sich der Ersatz eines normativen Vermögensschadens deshalb nicht rechtfertigt, weil Vermögensschäden nur dann zu ersetzen sind, wenn eine diesbezügliche Schutznorm verletzt wurde. Besteht keine Schutznorm, entfällt entsprechend eine Ersatzpflicht. Unentgeltlich erbrachte Mehraufwendungen der geschädigten Person oder ihrer Angehörigen können nicht unter Hinweis auf das Erfolgsunrecht in einen Haftungstatbestand umgedeutet werden, weil das Vermögen selber kein absolutes Rechtsgut darstellt. Beim Sachschaden demgegenüber ist wie beim Personenschaden die objektive Widerrechtlichkeitstheorie anwendbar und wäre es folglich naheliegend, zumindest diese beiden Schadenkategorien in Bezug auf den Umfang der Ersatzpflicht gleich zu behandeln. Es ist letztlich nicht einzusehen, weshalb unentgeltlich er-

⁹⁶ Statt vieler BGE 133 III 121, in: Pra 2007, Nr. 105, E. 3.1; 116 II 519, in: Pra 1991, Nr. 72, E. 3a; 115 Ib 175, in: Pra 1989, Nr. 251, E. 2b, und 113 II 429, in: Pra 1988, Nr. 16, E. 3a–e, sowie BGer, 4C.66/2007 und 4A_382/2007, 9.1.2008, E. 4.1.

⁹⁷ Statt vieler BGE 129 III 715 E. 4.4.

⁹⁸ BGE 132 III 321 E. 2.2.1.

⁹⁹ Vgl. BGE 132 III 379 E. 3.3.2.

brachte Betreuungsleistungen, nicht aber unentgeltliche Reparaturarbeiten oder andere Tätigkeiten eines Angehörigen anders beurteilt und unterschiedlich entschädigt werden sollen.

Eine weitere Ungleichbehandlung besteht im Verhältnis zwischen der staatshaftungsrechtlichen und der opferhilferechtlichen Ersatzpflicht. Während im haftpflichtrechtlichen Kontext – wie erwähnt – der normative Personenschaden ersatzfähig ist, schliesst der Gesetzgeber diesen bei der opferhilferechtlichen Entschädigung explizit aus.¹⁰⁰ Als Folge der Bindungswirkung verfassungsmässiger Bundesgesetze ist diese vom Gesetzgeber gewollte Ungleichbehandlung hinzunehmen. Gleichwohl sei kritisch gefragt, ob der Staat, wenn er anstelle eines haftpflichtigen Straftäters dessen Schadentragungslast übernimmt und gemäss der Bundesverfassung auch in angemessenem Ausmass zu übernehmen hat,¹⁰¹ berechtigt ist, einen Teil der Schadensposten, den der Straftäter hätte entschädigen müssen, kategorisch auszuklammern.

Eine weitere Ungleichheit besteht darin, dass die opferhilferechtliche Entschädigung auf CHF 120'000 und die opferhilferechtliche Genugtuung auf CHF 70'000 gedeckelt ist.¹⁰² Diese Maximalsummen begünstigen letztlich Opfer von Straftaten, welche einen tiefen oder geringen Schaden erlitten haben. Diese erhalten einen materiellen Schaden bis CHF 120'000 vollständig ersetzt, während andere Opfer mit einem höheren Schaden den darüber hinausgehenden Betrag nicht vergütet erhalten. Da die Bundesverfassung eine angemessene Opferentschädigung verpflichtend vorsieht, wenn die Opfer ohne diese Hilfe in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten würden, wäre der Gesetzgeber gehalten, ein Entschädigungsmodell vorzusehen, welches dem verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebot hinreichend Rechnung trägt.

Eine weitere Ungleichbehandlung besteht in Bezug auf Entschädigung und Genugtuung. Während bei der Entschädigung der tatsächlich nachgewiesene Schaden bis maximal CHF 120'000 ersetzt wird, wird die opferhilferechtliche Genugtuung degressiv abgestuft.¹⁰³ Die degressive Abstufung bedeutet, dass die Opfer einer Straftat, welche unter haftpflichtrechtlichen Gesichtspunkten die maximale Genugtuung von CHF 70'000 erhalten würden, bloss einen Anteil davon erhalten. Erleidet beispielsweise das Opfer einer Straftat eine Tetraplegie, liegt die opferhilferechtliche Genugtuung zwischen CHF 50'000 und CHF 70'000.¹⁰⁴ Die haftpflichtrechtliche Genugtuung läge bei maximal CHF 300'000 bzw. der doppelten Integritätsentschädigung gemäss UVG.

3. Diskriminierungsverbot

3.1 Allgemeines

Die Bundesverfassung verbietet nicht nur eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung, sondern auch eine Diskriminierung, namentlich wegen der Herkunft, der Rasse,

¹⁰⁰ Vgl. Art. 19 Abs. 4 OHG.

¹⁰¹ Vgl. Art. 124 BV.

¹⁰² Vgl. Art. 20 Abs. 2 und Art. 23 Abs. 2 OHG.

¹⁰³ Siehe dazu Ziff. 2 Leitfaden zur Bemessung der Genugtuung nach Opferhilfegesetz zu Händen der kantonalen Behörden, die für die Gewährung von Genugtuungen nach OHG zuständig sind, Oktober 2018, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/opferhilfe/hilfsmittel/leitf-genugtuung-ohg-d.pdf> (Abruf 22.7.2021).

¹⁰⁴ Ibid. Anhang: Bandbreiten für die Bemessung der Genugtuung, Ziff. 1.

des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.¹⁰⁵ Das allgemeine Diskriminierungsverbot wird mit Bezug auf die beiden Diskriminierungsmerkmale «Geschlecht» und «Behinderung» von der Bundesverfassung konkretisiert. Mann und Frau sind gleichberechtigt und haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.¹⁰⁶ Der Gesetzgeber ist sodann verpflichtet, das Geschlechter- und das Behindertendiskriminierungsverbot mit Gleichstellungsmassnahmen umzusetzen und für eine sowohl rechtliche als auch tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau bzw. von behinderten und nichtbehinderten Menschen zu sorgen.¹⁰⁷

Die besonderen verfassungsmässigen Diskriminierungsverbote werden einerseits durch das Gleichstellungsgesetz und andererseits durch das Behindertengleichstellungsgesetz konkretisiert. Beide Gleichstellungsgesetze enthalten keine allgemeinen Gleichstellungsnormen, welche für das privatrechtliche Rechtsverhältnis anwendbar wären. Das Gleichstellungsgesetz gilt nur für Arbeitsverhältnisse, während das Behindertengleichstellungsgesetz für bestimmte Bauvorhaben, Arbeitsverhältnisse mit dem Bund und weitere besondere Massnahmen des Bundes anwendbar ist. Nur eine Verletzung des Rassendiskriminierungsballs wird schliesslich strafrechtlich sanktioniert.¹⁰⁸

Ergänzt werden die verfassungsmässigen Diskriminierungsverbote durch staatsvertragliche Verpflichtungen,¹⁰⁹ welche mitunter direkt justiziable Grundrechtsansprüche statuieren. Dies ist der Fall, wenn die staatsvertragliche Bestimmung inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden. In der staatsvertraglichen Norm müssen die Rechte und Pflichten des Einzelnen umschrieben sein und der Adressat der Norm die rechtsanwendenden Behörden sein.¹¹⁰ Treffen diese Voraussetzungen zu, wie das beispielsweise für die Menschenrechte gemäss EMRK der Fall ist, welche eine individuelle Staatsvertragsbeschwerde vorsieht, entfalten die staatsvertraglichen Diskriminierungsverbote eine direkte Schutzwirkung gegenüber dem Staat, jedoch nie gegenüber Privatpersonen, da diese nicht Partei der Staatsverträge sind. Eine Ausnahme besteht lediglich bei einer Verletzung des zwingenden Völkerstrafrechts. Gemäss Art. 75 Ziff. 2 Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998 ist der Gerichtshof berechtigt, eine unmittelbare Anordnung gegen den Verurteilten zu erlassen, in welcher er diesen verpflichtet, den Opfern eine angemessene Wiedergutmachung wie Rückerstattung, Entschädigung oder Rehabilitierung zu leisten.

Wie bereits im Zusammenhang mit dem verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebot erwähnt stellt sich auch beim verfassungsmässigen Diskriminierungsverbot die Frage der Anwendbarkeit im Privatrecht. Das Rassendiskriminierungsverbot ist als Folge der strafrechtlichen Sanktionierung auf Privatpersonen uneingeschränkt anwendbar. Die anderen Diskriminierungsverbote gelten ebenfalls uneingeschränkt für Privatpersonen, welche staatliche Aufgaben erbringen. Da das Bundesgericht das Diskriminierungsverbot und den privat-

¹⁰⁵ Vgl. Art. 8 Abs. 1 OR.

¹⁰⁶ Vgl. Art. 8 Abs. 2 Satz 1 und 3 BV.

¹⁰⁷ Vgl. Art. 8 Abs. 2 Satz 2 und Art. 8 Abs. 3 BV.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 261^{bis} StGB.

¹⁰⁹ Vgl. z.B. Art. 14 EMRK.

¹¹⁰ Statt vieler BGE 133 I 286 E. 3.2.

rechtlichen Persönlichkeitsschutz (Art. 27 ZGB) als Anwendungsfall des Ordre public qualifiziert,¹¹¹ gilt das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot auch im Privatrecht. Soweit ersichtlich hat die Rechtsprechung noch nicht entscheiden müssen, ob das Diskriminierungsverbot gemäss Ordre public mit dem verfassungsmässigen Diskriminierungsverbot deckungsgleich ist oder Letzteres einen weiteren Anwendungsbereich abdeckt. Die haftpflichtrechtliche Praxis hat immerhin anerkannt, dass zumindest dem Geschlechterdiskriminierungsverbot Nachachtung zu verschaffen ist.¹¹²

3.2 Diskriminierung aufgrund des Alters

Die Höhe des Schadens hängt von dessen Dauer ab. Diese banale Erkenntnis wird beim materiellen Schaden unausgesprochen umgesetzt, da die Berechnung des Schadens exakt der Schadensdauer folgt.¹¹³ Bei der Festlegung der Genugtuung hingegen wird der Dauer des immateriellen Schadens nicht dieselbe Bedeutung zugemessen. Oft begnügt sich die Praxis mit dem Hinweis, dass bei einer vergleichbaren Verletzung bei früherer Gelegenheit vom Bundesgericht oder von einem kantonalen Gericht ein bestimmter Geldbetrag zugesprochen worden sei, weshalb auch im zu entscheidenden Fall derselbe Geldbetrag gerechtfertigt sei. Das Alter der verletzten Person bzw. die Leidensdauer wird lediglich als eines von mehreren Kriterien, die bei der Genugtuungsbemessung in Betracht fallen, qualifiziert. Zudem wird davon ausgegangen, dass das Alter der geschädigten Person auch auf die Abgeltungsform (Kapital oder Rente) keinen Einfluss hat.¹¹⁴

Der Dauer der immateriellen Unbill sollte wie beim materiellen Schaden eine grössere Beachtung geschenkt werden. Ob die Dauer der immateriellen Unbill bereits bei der Festlegung der Basisgenugtuung oder erst bei der Bestimmung der Höhe des Zuschlags zur Basisgenugtuung berücksichtigt wird, ist letztlich irrelevant, wenn in allen Fällen in gleicher Weise die Dauer der immateriellen Unbill monetär bewertet wird. Die aktuelle Praxis benachteiligt jüngere Geschädigte und bevorzugt ältere Geschädigte, was letztlich das verfassungsmässige Altersdiskriminierungsverbot verletzt.

Jugendliche Geschädigte werden sodann diskriminiert, wenn die Höhe ihres Erwerbsausfalls nach Massgabe der sozialen Stellung ihrer Eltern bzw. von Angehörigen festgelegt wird. In einem solchen Fall wird der Schadenersatz letztlich aufgrund der sozialen Stellung und mitunter anderer Diskriminierungsmerkmale (Herkunft, Rasse etc.) der Höhe nach bestimmt. Als diskriminierend zu qualifizieren sind Ausführungen, wonach ein Kind eines Apothekers sich nicht mit einem Beruf begnügen werde, welcher handwerkliches Können erfordere.¹¹⁵ Auch Kinder von Handwerkern erlernen den Beruf eines Apothekers! Eine diskriminierungsneutrale Schadenberechnung müsste zwingend auf statistische Erfahrungswerte abstellen.¹¹⁶ Eine derartige Betrachtungsweise erfolgt beispielsweise bei erwachsenen Personen, bei welchen im Zusammenhang mit der Berechnung des Erwerbsausfalls auf die statistischen Erfahrungswerte

¹¹¹ Vgl. BGE 138 III 322 E. 4.1.

¹¹² Siehe BGer, 4A_260/2014, 8.9.2014, E. 8.2, und hinten Abschnitt III.3.3.b.

¹¹³ Siehe z.B. BGer, 4C.338/2004, 27.4.2005, E. 4.1.

¹¹⁴ Vgl. BGE 134 III 97 E. 4.3.

¹¹⁵ Vgl. BGE 81 II 512 E. 2b.

¹¹⁶ So BGer, 4A_260/2014, 8.9.2014, E. 2.

der Lohnstrukturerhebung, mithin den Medianlohn, abgestellt wird.¹¹⁷ Was für erwachsene Geschädigte gilt, sollte auch für jugendliche Geschädigte gelten, umso mehr, als bei letzteren die Ungewissheit hinsichtlich der Zukunft noch grösser ist. Wenn überhaupt, wäre eine Besserstellung von jungen Geschädigten angezeigt. Das Bundesgericht hat mitunter festgehalten, dass sich die Ungewissheit hinsichtlich der Abschätzung des Erwerbsausfalles bei einem Kind nicht zu seinem Nachteil auswirken dürfe.¹¹⁸

3.3 Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

a) Allgemeines

Die ältere Schadenregulierungspraxis war nicht geschlechtsneutral. Bei weiblichen Geschädigten, welche bleibende Verletzungen, insbesondere Narben, im Gesicht erlitten, wurde noch im Jahr 1955 ein Erschwerungsschaden deshalb angenommen, weil «die Möglichkeit der Verheiratung und damit die mit der Heirat verbundene Verbesserung des wirtschaftlichen Fortkommens»¹¹⁹ eingeschränkt sei. Das Bundesgericht sprach der Geschädigten unter diesem Titel einen Betrag von CHF 7000 zusätzlich zur Genugtuung von CHF 2000 zu.¹²⁰ Es lassen sich aber auch Beispiele einer geschlechtsspezifischen Benachteiligung von Männern nennen. Bis zum Entscheid «Blein»¹²¹ konnten Männer, deren Ehefrau getötet wurde, keinen Versorgungsausfallschaden geltend machen, was Frauen erlaubt war, deren Ehemann als Folge eines haftungsbegründenden Ereignisses verstarb. Seit 1982 wird der Haushaltsschadenersatz geschlechtsneutral zugesprochen. Sowohl verletzten Frauen und Männern als auch Lebenspartnern weiblichen und männlichen Geschlechts von getöteten Personen erhalten Ersatz für die weggefallene hauswirtschaftliche Arbeitskraft.¹²²

b) Lohndiskriminierung

Der höhere Haushaltsführungsaufwand der Frauen benachteiligt diese so lange nicht, wie bei ihnen bei tatsächlich gleichem Erwerbssum der höhere Haushaltsführungsaufwand berücksichtigt wird. Die Männer können in diesem Fall keine Verletzung des Geschlechterdiskriminierungsverbots geltend machen, weil sie nicht im selben Umfang wie die Frauen tatsächlich im Haushalt tätig gewesen sind bzw. gewesen wären. Wer selber nicht arbeitet, kann nicht die Arbeit eines anderen für sich zum Anlass für Schadenersatz machen! Die Problematik des Geschlechterdiskriminierungsverbots besteht demgegenüber im Zusammenhang mit der Festlegung der mutmasslichen Erwerbskarriere einer geschädigten Person. Absolut geschlechtsneutral wäre, wenn bei Frauen und Männern von einer vollständigen Erwerbstätigkeit bis zum Erreichen des ordentlichen Rentenalters ausgegangen würde.

Diese Hypothese beinhaltet aber gleichzeitig die in der Lebenswirklichkeit nicht zutreffende Annahme, dass Frauen, welche durchschnittlich 1,5 Kinder gebären und bei der Geburt des

¹¹⁷ Vgl. z.B. BGE 144 III 452 E. 2.3.3; 142 III 456, in: Pra 2017, Nr. 102, E. 3.3, und 141 III 407, in: Pra 2016, Nr. 38, E. 6.1, sowie BGer, 4A_260/2014, 8.9.2014, E. 4.

¹¹⁸ Vgl. BGE 100 II 298 E. 4a und 95 II 255 E. 7b.

¹¹⁹ Vgl. BGE 81 II 512 E. 4b.

¹²⁰ Ibid. E. 5.

¹²¹ Vgl. BGE 108 II 434 ff.

¹²² Vgl. BGE 127 III 403 E. 4b.

ersten Kindes durchschnittlich 30 Jahre alt sind,¹²³ vor oder nach der Geburt nicht bzw. nicht mehr in Vollzeit erwerbstätig sind. Entsprechend ist die Erwerbsquote bei Frauen tiefer als bei den Männern.¹²⁴ Die Lebenswirklichkeit der Geburt bzw. der Umstand, dass mehr Frauen als Männer sich um das Kleinkind kümmern, bis die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit bzw. einer Vollerwerbstätigkeit wieder möglich ist, kann bei der Festlegung der zukünftigen Validitäts- und Invaliditätskarriere nicht ausgeklammert werden, weil sonst die zusätzliche Haus- und Betreuungsarbeit nicht entschädigt würde. Entsprechend sind bei der Berechnung des Erwerbs- und Haushaltsschadens geschlechtsspezifische, aber kohärente Validitäts- und Invaliditätskarrieren festzulegen.

Bei weiblichen Geschädigten ist bei der Festlegung der Höhe des mutmasslichen Erwerbseinkommens zu berücksichtigen, dass der verfassungsmässige Anspruch auf gleichen Lohn bei gleichwertiger Arbeit noch nicht umgesetzt worden ist. Im privaten Sektor macht der geschlechtsspezifische Lohnunterschied 19,6 % aus (im Jahr 2016), wobei 57,1 % dieses Unterschieds nicht erklärbar sind. Die Lohndiskriminierung der Frauen macht folglich rund 11,2 % aus.¹²⁵ Das Bundesgericht verschliesst sich dieser Lohndiskriminierung nicht und verpflichtet dazu, den «Vorgaben in der Verfassung Nachachtung zu verschaffen»,¹²⁶ geht aber nicht so weit, die Lohndiskriminierung vollständig auszugleichen. Bei der Festlegung des zukünftigen Erwerbsausfalls von Frauen ist vielmehr nur abzuschätzen, «in welchem Mass in Zukunft infolge der Bekämpfung der Diskriminierung eine Erhöhung des von der Geschädigten ohne Unfall zu erzielenden Lohnes eingetreten wäre».¹²⁷

Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat die Entwicklung der Lohndiskriminierung in der Vergangenheit analysiert und festgestellt, dass sich der Lohnunterschied während 13 Jahren pro Jahr um 0,27 % verringert hat. Da die Politik bestrebt ist, die Lohnangleichung zu verbessern, gingen die Handelsrichter ab dem Jahr 2020 von einer jährlichen Reduktion um 0,4 % aus.¹²⁸ Im Ergebnis bedeutet dies, dass der verfassungsmässige Anspruch auf gleichen Lohn bei gleichwertiger Arbeit nur geringfügig umgesetzt wird. Ist aber davon auszugehen, dass das Diskriminierungsverbot bzw. das Geschlechterdiskriminierungsverbot als Teil des *Ordre public* gilt, sollte eigentlich bei der Berechnung des Erwerbsausfalls von weiblichen Geschädigten der nicht erklärbare Lohnunterschied aufgerechnet werden, nicht zuletzt deshalb, weil die geschädigte Person jederzeit berechtigt wäre, gegen den (hypothetischen) Arbeitgeber eine Lohnklage zu erheben.¹²⁹

Dass es sich beim Haushaltsschaden um einen typischen weiblichen Schadensposten handelt, hat das Bundesgericht bestätigt. Haushaltsarbeit werde traditionellerweise unentgeltlich von der (verheirateten) Frau verrichtet, meinten die Bundesrichter 2001 und hielten ergänzend

¹²³ Siehe <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/geburten-todesfaelle/fruchtbarkeit.html> (Abruf 22.7.2021).

¹²⁴ Siehe <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kataloge-datenbanken/tabellen.assetdetail.8946728.html> (Abruf 22.7.2021).

¹²⁵ Siehe <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/loehne-erwerbseinkommen-arbeitskosten/lohnniveau-schweiz/lohnunterschied.html> (Abruf 22.7.2021).

¹²⁶ BGer, 4A_260/2014, 8.9.2014, E. 8.2.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Vgl. HGer ZH, HG140240, 16.4.2015, E. 4.2.6.5.

¹²⁹ Statt vieler BGE 141 III 411 E. 6.1.2.

fest, dass es einen Markt für die typische Haushaltsführungsarbeit als solchen nicht gebe.¹³⁰ Das Problem der Lohndiskriminierung stellt sich deshalb auch beim Haushaltsschaden. Das Bundesgericht hat zwar mitunter der Tendenz folgend, «die Arbeit im Haushalt – ob sie nun in der Stadt oder auf dem Land geleistet wird – aufzuwerten»,¹³¹ einen Zuschlag gewährt, sich aber, soweit ersichtlich, mit der Frage, ob generell eine Aufwertung des Stundenansatzes vorgenommen werden sollte und welcher Männerberuf mit der Hausarbeit vergleichbar ist, noch nicht auseinandergesetzt.

Der nur für städtische Gebiete zu entschädigende Ansatz von CHF 30, mit welchem die gesamten Kosten der benötigten hauswirtschaftlichen Ersatzkraft abgegolten werden, wurde bereits im Jahr 1991 herangezogen.¹³² Obwohl seither drei Jahrzehnte vergangen sind, wird derselbe Ansatz immer noch für die Berechnung des (aufgelaufenen) Haushaltsschadens angewendet,¹³³ und dies, obwohl das Bundesgericht erwogen hat, dass auch beim (zukünftigen) Haushaltsschaden eigentlich eine Realloohnerhöhung von einem Prozent berücksichtigt werden müsste.¹³⁴ Eine diskriminierungsfreie monetäre Bewertung würde voraussetzen, dass derjenige Stundenansatz herangezogen würde, der vergleichbaren Tätigkeiten entspricht, welche traditionellerweise Männer erbringen. Zudem müsste der für einen bestimmten Zeitpunkt bzw. ein bestimmtes Jahr festgesetzte Ansatz jährlich um ein Prozent erhöht werden, um der bundesgerichtlichen Vorgabe nachzuleben. Seit Anfang der Neunzigerjahre des vorigen Jahrhunderts hat sich der Reallohn von Männern und Frauen durchschnittlich um rund 30 % erhöht,¹³⁵ weshalb der Ansatz für die monetäre Bewertung einer hauswirtschaftlichen Ersatzkraft in städtischen Verhältnissen aktuell nicht CHF 30, sondern CHF 40 sein sollte.

3.4 Diskriminierung aufgrund einer Behinderung

Die Bundesverfassung verbietet sodann eine Diskriminierung wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Unter einer behinderten Person sind solche Personen zu verstehen, denen es eine voraussichtlich dauernde körperliche, geistige oder psychische Beeinträchtigung erschwert oder verunmöglicht, alltägliche Verrichtungen vorzunehmen, soziale Kontakte zu pflegen, sich fortzubewegen, sich aus- und weiterzubilden oder eine Erwerbstätigkeit auszuüben.¹³⁶ Vor dem Hintergrund dieser relativ breit gefassten Definition ist die eine oder andere Schadenberechnungsmodalität kritisch zu hinterfragen.

Es ist hier nicht der Platz, um die heikle Problematik zu vertiefen, ob nicht objektiv nachweisbare Beschwerden haftpflichtrechtlich anders als objektiv nachweisbare Beschwerden behandelt werden und inwieweit diese Ungleichbehandlung gerechtfertigt oder als eine Diskriminierung als Folge einer geistigen und psychischen Behinderung zu qualifizieren ist. Diskriminierend, wenn nicht gar zynisch, ist es, bei einer Person, welche als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses urteilsunfähig worden ist, eine Kürzung der Genugtuung

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ BGer, 4C.495/1997, 9.9.1998, E. 5a/bb, in: plädoyer 1999/4, 65.

¹³² Ibid.

¹³³ Vgl. z.B. HGer ZH, HG080251, 20.11.2018, E. 9.4.1, und HG120057, 26.1.2016, E. 4.5.2.

¹³⁴ Vgl. BGE 132 III 321 E. 3.

¹³⁵ Siehe <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/loehne-erwerbseinkommen-arbeitskosten/lohnentwicklung/serie-1939-100.html> (Abruf 20.8.2021).

¹³⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 1 Behindertengleichstellungsgesetz.

vorzunehmen, weil die geschädigte Person als Folge der erlittenen Behinderung das Leid der Behinderung nicht mehr (vollständig) wahrnimmt.

Das Bundesgericht hat bei einer hirngeschädigten Person den Anspruch auf eine Genugtuung zwar bejaht, sich aber ernsthaft gefragt, ob die geschädigte Person noch in der Lage sei, das Geld in gleicher Weise wie ein Durchschnittsbürger einzuschätzen. Da dies aufgrund der nicht allzu schweren Hirnverletzung nicht ausgeschlossen werden konnte, erhielt die geschädigte Person einen Genugtuungsbetrag, der als Folge des Selbstverschuldens angemessen gekürzt wurde.¹³⁷ Bei einem dauerhaft bewusstlosen bzw. komatösen Mädchen beanstandete das Bundesgericht die von der Vorinstanz festgesetzte Genugtuung von CHF 100'000 nicht, er-
wog aber, dass der fragliche Betrag auch dann angemessen wäre, wenn eine Herabsetzung erfolgen müsste, weil die geschädigte Person sich von ihrem Zustand keine Rechenschaft geben kann.¹³⁸

Die Diskriminierungsproblematik wegen Behinderung stellt sich auch im Zusammenhang mit der Reduktion des Schadenersatzes wegen eines Vorzustandes. Der vom Bundesgericht geprägte Satz «Wer widerrechtlich einen gesundheitlich geschwächten Menschen verletzt, hat kein Recht darauf, so gestellt zu werden, als ob er einen gesunden geschädigt hätte»¹³⁹ bringt den Kern des Behindertendiskriminierungsverbotes auf den Punkt. Personen, welche bereits vor dem haftungsbegründenden Ereignis gesundheitlich beeinträchtigt gewesen sind, dürfen wegen ihrer Behinderung keine Nachteile im Zusammenhang mit der Festlegung des Schadenersatzes erleiden.

Als Folge des Kausalitätsgrundsatzes soll es aber auch nicht so sein, dass die ersatzpflichtige Person für den bereits eingetretenen Schaden oder den ohnehin eingetretenen Schaden ersatzpflichtig wird. Es ist deshalb eine Gratwanderung, zu entscheiden, bei welchen vorbestehenden Schäden der haftpflichtigen Person eine Reduktion zugestanden wird. Vor dem Hintergrund des Behindertendiskriminierungsverbotes ist zu fordern, dass der Nachweis eines überwiegend wahrscheinlichen Ohnehin-Schadens nicht einseitig zulasten von behinderten Personen als erbracht betrachtet wird. Die Warnlampe der Diskriminierung beginnt zu blinken, wenn blosse Latenzschäden oder intensitätsarme Kausalzusammenhänge eine Reduktion des Schadenersatzes zur Folge haben.¹⁴⁰

4. Andere verfassungsmässige Grundrechte

4.1 Wirtschaftsfreiheit

Die Pflicht, Haftungsnormen grundrechtskonform anzuwenden, erheischt schliesslich, dass auch den anderen verfassungsmässigen Grundrechten Beachtung geschenkt wird. Dem Bundesgericht fiel es nicht leicht, die Ersatzfähigkeit des Verdienstausfalls einer Prostituierten – damals hiessen die käuflichen Frauen noch «Dirnen» – zu bejahen. Es qualifizierte die Tätigkeit als sittenwidrig und stufte die Vereinbarung auf sexuelle Hingabe gegen Entgelt als

¹³⁷ Vgl. BGE 97 II 339 E. 7.

¹³⁸ Vgl. BGE 108 II 422, in: Pra 1983, Nr. 30, E. 5.

¹³⁹ BGE 113 II 86 E. 1b.

¹⁴⁰ Siehe dazu auch den kritischen Beitrag von STUDHALTER, 96 ff.

nichtig ein, bejahte aber gleichwohl die Ersatzfähigkeit, weil der Staat trotz der Sittenwidrigkeit der beruflichen Tätigkeit gleichwohl Steuern verlangte und eine Betreibung des «Dirnenlohnes» schon damals zuliess.¹⁴¹ Lediglich beiläufig wies das Bundesgericht darauf hin, dass die Tätigkeit der im Rotlichtmilieu tätig gewesenen Frau den Schutz der Wirtschaftseinheit – damals noch Handels- und Gewerbebefreiheit genannt – geniesse.¹⁴²

Als Folge der verfassungsmässig geschützten Wirtschaftsfreiheit dürfen sämtliche Tätigkeiten, welche legal sind, ausgeübt werden und sind zu entschädigen, wenn die diesbezügliche Arbeitsfähigkeit als Folge eines haftungsbegründenden Ereignisses eingeschränkt wird. Es ist deshalb verfassungswidrig, wenn der Schadenersatz dann verweigert wird, wenn eine zulässige Tätigkeit in den Augen des (die Berufswahlfreiheit diskriminierenden) Richters als sittenwidrig erscheint. Der fragliche Entscheid aus dem Jahr 1985 ist auch aus einem anderen Gesichtspunkt diskriminierungsrechtlich interessant, da sich die Bundesrichter mit der Frage befasst haben, ob ein Konkubinat ebenfalls wie die Tätigkeit einer sich prostituierenden Person sittenwidrig ist.¹⁴³

Als Folge des Diskriminierungsschutzes wegen der gewählten Lebensform dürfte es zumindest heute abwegig sein, Personen, welche nicht verheiratet sind, schadenersatzrechtlich nicht so zu behandeln wie verheiratete Personen. Die Nichtanerkennung von Konkubinatsverhältnissen mag aus der heutigen Perspektive irritierend sein, war aber lange eine haftpflichtrechtliche Realität. Das Bundesgericht hat noch im Entscheid 114 II 144 die Frage offengelassen, ob ein Lebenspartner, der keine Verlobung nachweisen kann, Anspruch auf eine Genugtuung hat.¹⁴⁴ Die diesbezügliche Diskriminierung wurde erst im Jahr 2012 aus der Welt geschafft, als das Bundesgericht anerkannte, dass ein stabiles Konkubinatsverhältnis Grundlage für einen Genugtuungsanspruch gemäss Art. 47 OR sein könne.¹⁴⁵

4.2 Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit wirft ebenfalls schadenersatzrechtliche Fragen auf. Im Zusammenhang mit dem Genugtuungsanspruch wird diesem verfassungsmässigen Grundrecht sehr wohlwollend begegnet, indem den tieferen Lebenshaltungskosten am ausländischen Wohnsitz der geschädigten Person nicht Rechnung getragen wird.¹⁴⁶ Lediglich – das wäre wieder ein Thema für das verfassungsmässige Gleichbehandlungsgebot – bei der opferhilferechtlichen Genugtuung sind tiefere Lebenshaltungskosten bei einem ausländischen Wohnsitz zu berücksichtigen.¹⁴⁷ Der kritische Leser mag einwenden, dass die Niederlassungsfreiheit Personen mit ausländischer Staatsangehörigkeit ohne dauerndes Aufenthaltsrecht nicht zustehe. Da Personen wegen ihrer Herkunft oder Rasse nicht diskriminiert werden dürfen, stellt sich gleichwohl die Frage der Rechtmässigkeit der Kürzung.

¹⁴¹ Vgl. BGE 111 II 295 E. 2.

¹⁴² Ibid. 2d und BGE 101 Ia 473 ff.

¹⁴³ Ibid. E. 2a.

¹⁴⁴ Vgl. BGE 114 II 144 E. 3a.

¹⁴⁵ Vgl. BGE 138 III 157 E. 2.

¹⁴⁶ Vgl. BGE 121 III 252 E. 2b.

¹⁴⁷ Vgl. BGE 125 II 554 E. 3.

Dieselbe Problematik ist auch beim materiellen Schaden gestellt, wenn unter dem Gesichtspunkt der Schadenminderungspflicht von der geschädigten Person verlangt würde bzw. wird, ihren Aufenthaltsort innerhalb der Schweiz in eine Region mit tieferem Kostenniveau, etwa tieferen Betreuungs- und Pflegekosten, zu verlegen bzw. dort beizubehalten oder als Folge einer ausländischen Staatsangehörigkeit die Schweiz dauerhaft zu verlassen.¹⁴⁸ So streng mag der durchschnittliche Schadeninspektor nicht denken, aber geneigt sein, das im Ausland tiefere Kostenniveau heranziehen zu wollen oder eine Ersatzpflicht für doppelte oder sogar mehrfache Umbaukosten, welche im Zusammenhang mit einem Wechsel des Wohnortes anfallen, zu verneinen.

Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat unlängst festgestellt, dass trotz eines (vorübergehenden) Aufenthalts im Ausland nicht die tieferen Betreuungs- und Pflegekosten im Ausland, sondern die mutmasslichen schweizerischen Kosten zu entschädigen seien, wenn die geschädigte Person seit dem Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses in der Schweiz ihren Wohnsitz gehabt habe.¹⁴⁹ Da die Niederlassungsfreiheit auch die jederzeitige Rückkehr in die Schweiz beinhaltet,¹⁵⁰ ist in diesem Zusammenhang sogar die Frage gestattet, ob auch bei einem ausländischen Wohnsitz oder einer (vorübergehenden) Verlegung des Wohnsitzes ins Ausland gleichwohl die mutmasslich in der Schweiz anfallenden Kosten zu entschädigen sind, weil eine jederzeitige Rückkehr in die Schweiz möglich ist.

Im Zusammenhang mit der Problematik der Wohnsitzverlegungskosten musste die Invalidenversicherung auf das grundrechtlich geschützte Recht eines gelähmten Vaters zum Kontakt zu seinen Kindern erinnert werden. Das Bundesgericht bejahte eine Pflicht des Sozialversicherers, die Kosten für den behinderungsgerechten Umbau der zweiten vom Versicherten benutzten Wohnung, wenn auch nur in einfachster Ausführung, zu übernehmen.¹⁵¹ Diese grundrechtlich abgestützte Ersatzpflicht ist letztlich nichts anderes als eine Konkretisierung des Verbots faktischer Grundrechtsverletzungen, welches das Bundesgericht in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit bereits früher bejaht hat.¹⁵²

Was die Sozialversicherung zu vergüten hat, ist auch in haftpflichtrechtlicher Hinsicht geschuldet. Das mag vielleicht nicht immer so sein, aber diese sozialversicherungsrechtlichen Beispiele verdeutlichen die grundrechtliche Wohnsitzproblematik und mahnen dazu, im Zweifelsfall durchschnittliche Kosten der Schadenberechnung zugrunde zu legen, um einen Wohnsitzwechsel zu ermöglichen, und die Schadenminderungspflicht zurückhaltend einzufordern, wenn grundrechtlich geschützte Lebensbereiche betroffen sind.

¹⁴⁸ Vgl. BGER, 4C.412/1998, 23.6.1999, in: Pra 1999, Nr. 171, in: plädoyer 1999/5, 58, in: SJZ 1999, 58 und 479, in: JdT 2001 I, 489, E. 2c.

¹⁴⁹ Vgl. HGER ZH, HG080251, 20.11.2018, E. 6.3.1.1.

¹⁵⁰ Vgl. Art. 24 Abs. 2 BV.

¹⁵¹ Vgl. BGE 134 I 105 E. 4 ff.

¹⁵² Vgl. BGE 119 V 255 E. 2 und 113 V 22 E. 4d.

IV. Haftungsanspruch für die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten

1. Widerrechtliches Verhalten rechtsanwendender Staatsorgane

Ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Verpflichtungen des Haftungsrechts wäre unvollständig, wenn abschliessend nicht auf die besondere Problematik der Haftung für eine Verletzung von verfassungsmässigen Rechten eingegangen würde. Eine Verletzung der Grundrechte stellt eine qualifizierte Form einer Widerrechtlichkeit dar, insbesondere dann, wenn der unantastbare Kernbereich eines Grundrechts¹⁵³ oder ein unverjährbares bzw. unverzichtbares Grundrecht¹⁵⁴ verletzt worden ist. Die Bundesverfassung schweigt selbst vornehm dazu, welches die Rechtsfolgen einer Verletzung der von ihr garantierten Grundrechte sind. Insoweit gilt die allgemeine Staatshaftung des Bundes, sofern und soweit nicht eine besondere bundesgesetzliche Haftungsnorm besteht.

Die Durchsetzung des staatshaftungsrechtlichen Haftungsanspruchs im Zusammenhang mit einer Verletzung eines Grundrechtes ist jedoch, obwohl es sich bei einer Grundrechtsverletzung um eine qualifizierte Widerrechtlichkeit handelt, in mehrfacher Hinsicht erschwert. Zunächst ist – wie bereits erwähnt – der Staatshaftungsanspruch des Bundes mitunter davon abhängig, dass der staatliche Funktionär eine wesentliche Amtspflicht verletzt hat.¹⁵⁵ Der staatshaftungsrechtliche Genugtuungsanspruch setzt zudem ein Verschulden des staatlichen Funktionärs voraus, was der von der Bundesverfassung vorgesehenen Kausalhaftung¹⁵⁶ widerspricht und mit dem verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebot bei einer geltungszeitlichen Betrachtungsweise nicht mehr in Einklang gebracht werden kann.

Das Bundesgericht hat zumindest bei einer kantonalen Staatshaftungsnorm, welche eine Haftung im Zusammenhang mit einer Änderung eines Entscheides im Rechtsmittelverfahren nur bei einem arglistigen Verhalten der Vorinstanz vorsieht, erwogen, dass diese Ausnahmebestimmung nicht extensiv auszulegen ist und nur bei eigentlichen Fehlern in der Rechtspflege zur Anwendung gelangt. Wurden die Grundrechte einer am Verfahren beteiligten Partei verletzt, etwa durch einen unrechtmässigen Arrest als Disziplinarmassnahme, ist die Kausalhaftung anwendbar.¹⁵⁷

¹⁵³ Eine medikamentöse Behandlung verletzt beispielsweise den Kernbereich der persönlichen Freiheit, wenn dadurch die Persönlichkeit vernichtet wird oder diese eine Schmerz- bzw. Leidenszufügung oder einen eigentlichen Einbruch in den seelischen Eigenraum des Menschen zum Zweck oder zur Folge hat (vgl. BGE 127 I 30 E. 9e).

¹⁵⁴ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gehören zu den unverjähren und unverzichtbaren Grundrechten bestimmte, dem Einzelnen um seiner Persönlichkeit willen zustehende fundamentale Rechte. Dazu zählen die persönliche Freiheit, die Niederlassungsfreiheit, die Glaubens- und Gewissensfreiheit, die Kultusfreiheit, die Ehefreiheit sowie das Verbot des Schuldverhaftes und der körperlichen Strafen (vgl. z.B. BGE 118 Ia 209 E. 2b).

¹⁵⁵ Siehe dazu BGE 123 II 577 E. 4d/dd; 120 Ib 248 E. 2; 119 Ib 208 E. 5a und 118 Ib 163 E. 2 sowie BGer, 2A.493/2000, 2.3.2001, E. 5a. Siehe ferner BGE 112 Ib 446, in: Pra 1988, Nr. 153, E. 3b, und 112 II 231 E. 4.

¹⁵⁶ Vgl. Art. 146 BV.

¹⁵⁷ Vgl. BGer, 1D_7/2010, 28.9.2010, E. 2.5.

Schliesslich schränkt das Verantwortlichkeitsgesetz den Staatshaftungsanspruch im Zusammenhang mit einem widerrechtlichen Verhalten rechtsanwendender Staatsorgane zusätzlich dadurch ein, dass die geschädigte Person verpflichtet ist, gegen das grundrechtswidrige Verhalten des staatlichen Funktionärs die dafür vorgesehenen Rechtsmittel zu ergreifen. Es gilt das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes.¹⁵⁸ Unterliegt die geschädigte Person im Rechtsmittelverfahren gegen den schadenstiftenden Realakt oder die schadenverursachende Verfügung, entfällt automatisch ein Haftungsanspruch. Die geschädigte Person kann folglich nicht wählen, ob sie anstelle eines mitunter langwierigen und kostspieligen Rechtsmittelverfahrens direkt einen Haftungsanspruch geltend macht, im Rahmen desselben vorfrageweise die Rechtmässigkeit geklärt wird.

Obsiegt die geschädigte Person im Rechtsmittelverfahren, kann der Schaden nicht immer abgewendet werden. Insbesondere bei einer Rechtsverzögerungs- oder Rechtsverweigerungsbeschwerde kann das erkennende Gericht bei Gutheissung keinen Schadenersatz zusprechen.¹⁵⁹ Es kommt hinzu, dass die Parteientschädigung erfahrungsgemäss selten die gesamten Kosten eines Rechtsmittelverfahrens abdeckt, gleichwohl aber davon ausgegangen wird, dass der gesamte Verfahrensschaden damit abgegolten wird.¹⁶⁰ Der Gesetzgeber hat nur ausnahmsweise Entschädigungsansprüche für verfahrensbedingte Grundrechtsverletzungen vorgesehen. So etwa besteht eine Haftung für willkürliche Zwischenentscheide¹⁶¹ oder ungerechtfertigt ausgestandene Haft¹⁶². Eine Haftung besteht sodann für Verfahrensbeteiligte, die grobfahrlässig oder vorsätzlich unbegründete Rechtsbehelfe und -mittel oder andere prozessuale Mittel ergreifen.¹⁶³ Das Bundesgericht hat im Spring-Fall dem Institut der Prozessentschädigung aus Billigkeitsgründen eine Ersatzfunktion für einen vorprozessual erlittenen Grundrechtsschaden zugesprochen.¹⁶⁴ Obwohl Joseph Spring mit seiner Genugtuungsforderung von CHF 100'000 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 CHF 30'000 hätten zugesprochen werden dürfen.

Selbst wenn ausschliesslich der Haftungsanspruch zur Verfügung steht, ist damit nicht sichergestellt, dass die geschädigte Person vollständigen Ersatz für den erlittenen materiellen und immateriellen Schaden erhält. Das Bundesgericht qualifiziert eine Grundrechtsverletzung, selbst wenn sie rechtskräftig festgestellt wurde, nicht per se als widerrechtlich. Eine Haftung für Vermögensschäden, die als Folge einer Grundrechtsverletzung entstehen, setzt eine gesetzliche Entschädigungsnorm voraus (sog. Entschädigungspositivismus)¹⁶⁵. In diesem Zusammenhang

¹⁵⁸ Siehe Art. 12 VG und BGE 129 I 139 E. 3.1; 126 I 144 E. 2a und BGer, 2A.77/2004, 13.2.2004, E. 3.1.

¹⁵⁹ Das Bundesgericht qualifiziert eine Rechtsverweigerung als widerrechtlich, erachtet sich aber als unzuständig, über eine Entschädigung zu befinden (vgl. BGE 129 V 411 E. 1.4 und 126 V 64 E. 5).

¹⁶⁰ Vgl. BGE 112 Ib 353 E. 3a.

¹⁶¹ Vgl. Art. 55 Abs. 4 VwVG.

¹⁶² Vgl. Art. 429 ff. StPO.

¹⁶³ Siehe z.B. BGE 117 II 394 E. 3.

¹⁶⁴ Vgl. BGE 126 II 145 E. 5b.

¹⁶⁵ Vgl. BGE 118 Ib 473 E. 3a und 118 Ib 241 E. 5 sowie BGer, 1P.457/1996, 26.11.1996, E. 2, in: ZBl 1998, 34; 2P.373/1994, 12.2.1996, E. 2; 14.12.1995, i.S. Ehepaar X, in: Pra 1996, Nr. 181, E. 1b; 2P.101/1994, 5.5.1995, E. 3b, in: ZBl 1996, 278; 1P.607/1991, 27.10.1993, E. 3a; BGE 63 II 30/31; 68 II 217/218; 77 I 95 und 95 I 283 E. 4.

ist kritisch nachzufragen, ob es gerechtfertigt ist, die Grundrechte nicht als Schutznormen zu verstehen. Es ist zwar zutreffend, dass die verfassungsmässigen Grundrechte bloss Abwehrrechte darstellen, doch daraus arbeiten zu wollen, dass bei einer Verletzung eines Grundrechtes mit Abwehrfunktion ein dadurch verursachter Vermögensschaden erst dann entschädigt werden muss, wenn eine explizite Haftungsnorm besteht, ist unzutreffend.

Das Bundesgericht gesteht denn auch zu, «dass in der Rechtsprechung bis anhin nicht sämtliche Fragen im Zusammenhang mit der Einstufung von verfassungsmässigen Rechten als Rechtsgrundlage einer staatlichen Entschädigungspflicht oder als Schutznormen bei reinen Vermögensschäden restlos geklärt sind».¹⁶⁶ Diese Unklarheit in Bezug auf Vermögensschäden, welche durch Grundrechtsverletzungen verursacht worden sind, zeigt sich insbesondere bei einer Verletzung des verfassungsmässigen Grundsatzes von Treu und Glauben gemäss Art. 9 BV. Der in dieser Bestimmung verankerte Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einen Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens, sofern eine Vertragsgrundlage besteht, auf welche die Person, die sich auf diese beruft, berechtigterweise vertrauen durfte und sie gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, welche sie nicht mehr rückgängig machen kann.¹⁶⁷

Die Rechtsfolge des Vertrauensschutzes besteht in erster Linie in einer Bindung der Behörde an die Vertragsgrundlage. Ausnahmsweise kann das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung dasjenige am Vertrauensschutz überwiegen; in einem solchen Fall kann ein Anspruch auf Entschädigung direkt gestützt auf Art. 9 BV geltend gemacht werden.¹⁶⁸ Die Rechtsgrundlage des Entschädigungsanspruchs kann sich auch aus einer speziellen gesetzlichen Grundlage¹⁶⁹ oder einem öffentlich-rechtlichen Vertrag¹⁷⁰ ergeben. Die Vertrauenshaftung beruht dabei grundsätzlich auf einem rechtmässigen staatlichen Verhalten.¹⁷¹ Die Schaffung der nicht geschützten Vertrauensgrundlage kann aber auch widerrechtlich im Sinne der Staatshaftung sein.¹⁷²

Die Restitution des Grundrechtsverletzungsschadens wird weiter eingeschränkt durch die kurzen Verwirkungsfristen, welche sowohl das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes als auch die kantonalen Staatshaftungsgesetze kennen. Das Bundesgericht geht ferner davon aus, dass allfällige Schadenersatzansprüche im Zusammenhang mit der Verletzung unverjährbarer Grundrechte sehr wohl einer Verjährung unterliegen.¹⁷³ Die Möglichkeit, dass das erkennende Gericht nur berechtigt ist, lediglich die Grundrechtsverletzung festzustellen, nicht aber auch gleichzeitig Ersatz für den erlittenen Schaden zuzusprechen,¹⁷⁴ schmälert den Schutz der Grundrechte ebenfalls.

¹⁶⁶ Vgl. BGer, 2C_630/2014, 24.10.2014, E. 1.2.4.

¹⁶⁷ Statt vieler BGE 137 I 69 E. 2.5.1.

¹⁶⁸ Vgl. BGE 122 I 328 E. 7a und 101 Ia 328 E. 6c sowie BGer, 2C_502/2013, 30.9.2013, E. 2.1; 8C_542/2007, 14.4.2008, E. 4.2; 2A.303/2000, 15.2.2001, E. 6, sowie 2P.67/1994, 30.5.1995, E. 4a/aa, in: ZBI 1996, 91.

¹⁶⁹ Vgl. z.B. Art. 5 Abs. 2 RPG i.V.m. Art. 26 Abs. 2 BV (vgl. dazu BGE 132 II 218 E. 6 und 125 II 431 E. 6), Art. 27 bzw. 78 ATSG (vgl. dazu BGE 131 V 472 E. 5 und BGer, 8C_26/2011, 31.5.2011, E. 6.3.2, in: SVR 2011, AIV Nr. 13, 37).

¹⁷⁰ Vgl. BGE 122 I 328 E. 7a.

¹⁷¹ Vgl. BGE 108 Ib 352 E. 4b/bb und BGer, 1C_400/2016, 24.3.2017, E. 2.2.

¹⁷² Vgl. BGer, 2A.511/2005, 16.2.2009, E. 5.5.

¹⁷³ Vgl. BGE 109 II 418 E. 3 und BGer, 2C_372/2018, 25.7.2018, E. 5.2.

¹⁷⁴ Vgl. BGE 129 V 411 E. 1.4 und 126 V 64 E. 5.

2. Widerrechtliches Verhalten gesetzgebender Staatsorgane

Die verfassungsmässigen Grundrechte gelten gegenüber sämtlichen Staatsorganen. Auch der Gesetzgeber ist verpflichtet, die Grundrechte zu wahren. Der Erlass von Rechtsnormen, deren Anwendung die verfassungsmässigen Grundrechte verletzt, stellt noch keine Grundrechtsverletzung dar.¹⁷⁵ Lediglich im Rahmen der akzessorischen Normenkontrolle kann der Träger eines Grundrechtes, das durch einen kantonalen Erlass latent verletzt wird, eine Beschwerde erheben.¹⁷⁶ Eine Haftung für grundrechtswidrige Gesetzgebung (sog. legislatives Unrecht) existiert nicht bzw. scheidet von vornherein daran, wenn das massgebliche Staatshaftungsgesetz gesetzgebende Staatsorgane vom persönlichen Anwendungsbereich ausschliesst.

Ungeklärt ist sodann, ob und inwieweit die nicht zeitgerechte Umsetzung von Staatszielen, Gesetzgebungsaufträgen und grundrechtlichen Schutzpflichten eine Grundrechtsverletzung darstellt und eine Staatshaftung begründen kann. Soweit grundrechtliche Schutzpflichten bestehen, sind die rechtsanwendenden Staatsorgane verpflichtet, diese im Einzelfall – allenfalls gestützt auf die polizeiliche Generalklausel – umzusetzen. Insbesondere auch bei solchen verfassungsmässigen Grundrechten, welche sich in reinen Abwehrrechten erschöpfen, besteht gegebenenfalls ein grundrechtlicher Anspruch auf ausreichenden Polizeischutz.¹⁷⁷ Ist ein rechtswidriger Grundrechtseingriff erfolgt, ist bei dessen Verfolgung aber nicht mehr zu unterscheiden, ob das verletzte Grundrecht absolut gilt oder nicht. Nicht nur bei einer Verletzung von Art. 2 und 8 EMRK, sondern ganz generell rechtfertigt es sich, Ausnahmen von der Verfolgungspflicht zuzulassen.¹⁷⁸

V. Schlussbetrachtung

Das Haftungsrecht ist das Werkzeug, mit welchem geschädigte Personen unfreiwillig erlittene finanzielle Nachteile auf den Verursacher abwälzen können. Es regelt die Voraussetzungen und den Umfang der Ersatzpflicht für widerrechtlich oder rechtmässig verursachte Schäden. Die Haftungsnormen sind dabei eingebettet in das gesamte Rechtssystem. Insbesondere steht die Bundesverfassung über den gesetzlichen Haftungsnormen. Entsprechend sind sowohl bei der Auslegung als auch bei der Anwendung von gesetzlichen Haftungsnormen die verfassungsmässigen Grundsätze und Grundrechte zu beachten. Nach der Auffassung des Verfassers dieses Beitrages erweist sich die Schadenersatzpraxis da und dort nicht als (vorbildlich) verfassungskonform. Insbesondere im Zusammenhang mit der Verletzung von verfassungsmässigen Grundrechten ist zu konstatieren, dass der geschädigte Träger eines verletzten Grundrechtes nicht immer die Möglichkeit hat, den erlittenen Schaden auf den Staat abzuwälzen. Wenn der vorliegende Beitrag dazu beiträgt, die Sensibilität der «Haftpflichtrechtler» gegenüber der Bundesverfassung zu steigern, hat er seinen Zweck erfüllt.

¹⁷⁵ Vgl. BGer, 1P.560/1999, 14.2.2000, E. 3b.

¹⁷⁶ Dazu vorne Abschnitt I.1.

¹⁷⁷ Vgl. BGE 127 I 164 E. 3b sowie BGer, 1C_35/2015, 28.10.2015, E. 4.3, und 1P.53/2001, 20.9.2001, in: Pra 2002, Nr. 19, E. 3b.

¹⁷⁸ Vgl. BGE 134 IV 297 ff. und BGer, 6B_479/2013, 30.1.2014, E. 3.2.2.



IM WALDE SPATZIERENDER RICHTER, DER SICH ÜBER GELEBTE REALITÄT
DES HOLZSCHLAGS IM KANTONALEN FORST NICHT BEWUSST IST
WOHL ABER DIE KURZE EINJÄHRIGE VERWIRKUNGSFRIST
DES KANTONALEN STAATSHAFTUNGSGESETZES KENNT, WAS IHM ABER
NICHTS NÜTZT, WEIL ER INFOLGE DES SICH ABZEICHNENDEN
TRAGISCHEN UNFALLGESCHEHENS IN EIN MEHRJÄHRIGES
KOMA FALLEN WIRD