

Von Überlingen nach Strassburg

Staatshaftung aus Unterlassung und die Dekarbonisierung

MARTIN KAYSER*

Inhaltsübersicht

I. Überlingen

- A. Widersprüchliche Signale
- B. Haftungsrechtliche Besonderheiten bei Unterlassungen
- C. Hypothetische Kausalität
- D. Schutznorm

II. Strassburg

- A. Missbrauchsskandal im Fall O’Keeffe
- B. Strassburger Salon de Musique
- C. Kleine Welten als Alternativweg
- D. Wacklige Schutznorm
- E. Wolkige Grundrechtsnormen

III. Versuch einer Systematik

- A. Schutzpflichten und Zahl der Geschädigten
- B. Konkrete Normen und kleiner Kreis von Geschädigten
- C. Haftung und Ermessen
- D. Ausserordentliche Lagen
- E. Unterlassene Dekarbonisierung

* Die vorliegende Publikation wurde im Rahmen des nationalen Förderprogramms SWEET Call 1-2020 (DeCarbCH) erstellt und vom Bundesamt für Energie mitfinanziert. Der Autor trägt die alleinige Verantwortung für den Inhalt.

I. Überlingen

A. Widersprüchliche Signale

Am 1. Juli 2002 hätten die Schulkinder eigentlich schon an der Costa Dorada sein sollen. Stattdessen warteten sie in Moskau auf ihren Flug nach Barcelona.¹ Ihr Busfahrer hatte auf dem Weg aus dem Ural die falsche Abzweigung genommen. So traten die Kinder ihre Reise zwei Tage später an. Kurz vor Mitternacht kollidierte ihre Tupolew über dem deutschen Überlingen mit einer Boeing. Keiner der 71 Menschen an Bord überlebte.

Für die Hinterbliebenen mag es zunächst nahe gelegen haben, den Versorgerschaden bei den beteiligten Fluggesellschaften einzufordern. Immerhin verfügten beide Maschinen über Kollisionswarnsysteme. Kommen sich zwei Flugzeuge zu nahe, zeigen diese den Crews Ausweichmanöver an.² Während das System der Boeing seine Crew zum Verringern der Flughöhe aufforderte, sandte jenes der Tupolew das gegenteilige Signal aus. Hätte beide Crews die Anweisungen befolgt, wäre es nicht zu einer Kollision gekommen.³ Die für die Flugsicherung zuständige Skyguide, eine Aktiengesellschaft des Bundes, hätte sich so auf einen Fehler der Tupolew-Crew berufen können, da sich diese nicht an die Anweisung des Warnsystems hielt.

Die deutsche Bundesstelle für Flugunfalluntersuchung fand indessen heraus, dass Skyguide die Tupolew-Crew zum Senken der Flughöhe anwies, noch bevor sie deren Warnsystem zum Aufsteigen aufforderte.⁴ Die Crew hatte Skyguides Anweisung umgehend befolgt. Die Hinterbliebenen fassten deshalb Skyguide ins Recht. Aus ihrer Sicht verlören Anweisungen der Flugsicherung jeglichen Sinn, wenn sie von den Crews andauernd in Frage gestellt würden.⁵

B. Haftungsrechtliche Besonderheiten bei Unterlassungen

Skyguide erklärte sich schliesslich zu einer Entschädigung der Hinterbliebenen bereit.⁶ Vor Bundesverwaltungsgericht beanstandeten mehrere Angehörige die

¹ SABRINA TAVERNISE, Anguish Over a Flight's Deadly Delay, New York Times vom 3.7.2002, auch zum Folgenden.

² Vgl. Bundesstelle für Flugunfalluntersuchung, Untersuchungsbericht Nr. AX001-1-2/02 vom 19.5.2004, S. 8, 70 und 72, auch zum Folgenden.

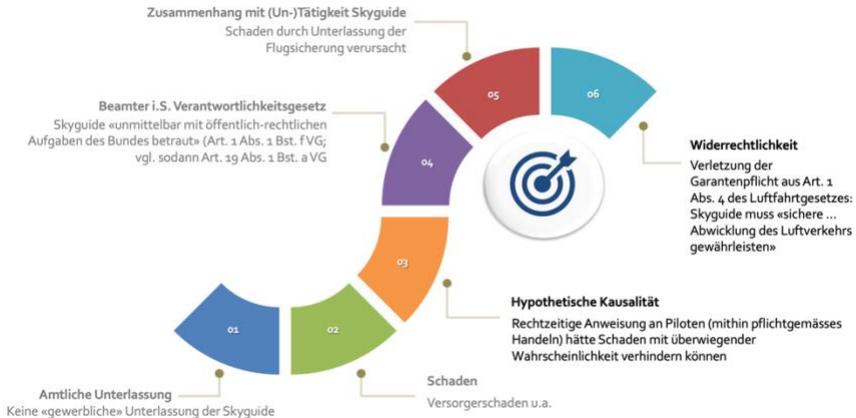
³ Vgl. MEILI, Luftfahrthaftpflicht, S. 86 f.

⁴ Untersuchungsbericht (Fn. 2), S. 71 f., auch zum Folgenden.

⁵ Vgl. MEILI, Luftfahrthaftpflicht, S. 46 f.; VAUTIER, responsabilité, S. 136 f.

⁶ Im Einzelnen MAYHALL/WALPEN, FS Hänni, S. 293 f.

Höhe der Entschädigungen. Dabei warfen sie Skyguide Unterlassung vor. Das Bundesverwaltungsgericht hatte deshalb folgende Voraussetzungen zu prüfen:⁷



Voraussetzungen für eine Staatshaftung aus Unterlassen

Wie das Schema zeigt, weichen bei der Staatshaftung die Voraussetzungen bei Unterlassungen von jenen für Handlungen ab. Bei der Widerrechtlichkeit muss eine Schutznorm verletzt sein, und statt adäquater muss hypothetische Kausalität vorliegen. Nachdem das Gericht die meisten Haftungsvoraussetzungen bejaht hatte,⁸ musste es deshalb entscheiden, ob tatsächlich eine Unterlassung vorlag.

Für eine Handlung sprach zunächst, dass der Fluglotse beiden Crews wiederholt Anweisungen erteilt hatte. So wies er die Crews an, auf dieselbe Flughöhe aufzusteigen, ebenso forderte er die Tupolew kurz vor der Kollision zum Sinkflug auf.

Reihen sich Handlungen und Unterlassungen in eine Kette von Ereignissen, ist jeweils auf den Gesamtzusammenhang abzustellen.⁹ Die Anweisungen des Fluglotsen durften damit nicht isoliert betrachtet werden. Entscheidend war, dass der Lotse allein an seinem Platz sass. Skyguide liess in den Randzeiten

⁷ BGer, Urteil 2C_1016/2022 vom 25.9.2024 E. 4.2 und 6.3.1 (zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehen), auch zum Folgenden.

⁸ Vgl. BVGE 2011/54 E. 6.

⁹ Vgl. RYTER, in: Biagini et. al, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Rz. 29.39; POLTIER, responsabilité, S. 61.

Arbeitsplätze unbesetzt, da es damals mit Fachkräftemangel zu kämpfen hatte.¹⁰ Als sich die beiden Maschinen einander näherten, erledigte der Fluglotse gerade die Arbeit seines Kollegen. Seine Konzentration war so auf zwei Arbeitsplätze verteilt. Sodann gab es niemanden, der ihn auf Versäumnisse hätte aufmerksam machen können. Und schliesslich wurden an diesem Abend entscheidende Systeme gewartet, die eine Kollision hätten verhindern können.¹¹ Skyguide hatte dafür keinen Ersatz vorgesehen.

Der Fluglotse war damit aufgrund der zahlreichen Versäumnisse seines Arbeitgebers auf sich allein gestellt. Damit waren es nicht seine Handlungen, die für die Kollision entscheidend waren, sondern das Unterlassen von Skyguide.¹² Das Unternehmen hatte es versäumt, für einen Fall wie jenen von Überlingen genügend Sicherungen einzubauen.

C. Hypothetische Kausalität

Das Bundesverwaltungsgericht hatte folglich über den Kausalzusammenhang zwischen den Unterlassungen und dem Absturz zu entscheiden. Während Gerichte bei Handlungen danach fragen, ob sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet sein könnte, einen Schaden zu bewirken,¹³ ist bei Unterlassungen die hypothetische Kausalität ausschlaggebend. Letztere fragt danach, ob pflichtgemässes Handeln die Schädigung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte.¹⁴ Das Bundesverwaltungsgericht konnte dies ohne weiteres bejahen.

Die Rechtsprechung verwendet für das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zuweilen auch die Formel, dass die erwartete Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg höchstwahrscheinlich entfielen.¹⁵ Um zu eruieren, welche Handlungen zu erwarten gewesen wären, bietet es sich an, das Vorliegen einer Schutznorm noch vor der Kausalität zu prüfen.¹⁶ In der Praxis wird die Kausalität auch

¹⁰ Vgl. Untersuchungsbericht (Fn. 2), S. 77, 86 f. und 95 f.; VAUTIER, responsabilité, S. 105 f., je auch zum Folgenden.

¹¹ Untersuchungsbericht (Fn. 2), S. 91 ff.

¹² Vgl. BVGE 2011/54 E. 6.1.

¹³ BGE 150 II 225 E. 8.3.

¹⁴ BGer, Urteil 2C_1059/2014 vom 25.5.2016 E. 5.2; BVGer, Urteile C-3479/2021 vom 7.2.2023 E. 5.6 und A-691/2021 vom 27.10.2022 E. 5.5. Vgl. auch BGE 148 II 73 E. 3.2; 141 V 93 E. 8.1; BVGE 2014/43 E. 4.2; BVGer, C-3479/2021 vom 7.2.2023 E. 5.6. Weiterführend KISSLING, Aspekte, S. 161 ff.; RYTER, in: Biaggini et. al, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Rz. 29.103 und 29.125.

¹⁵ BVGE 2014/43 E. 4.2; 2010/4 E. 4.2.2.

¹⁶ Vgl. z.B. BVGE 2014/43 E. 4.2.

vor der Schutznorm geprüft, wenn sich abzeichnet, dass der Kausalzusammenhang durch Selbstverschulden durchbrochen wurde.¹⁷

D. Schutznorm

Das Bundesverwaltungsgericht konnte sich damit dem Kriterium der Widerrechtlichkeit zuwenden. Hätte es auf eine Handlung erkannt, hätte es diese Frage angesichts der Tötung von Menschen bejahen können. Würde man indessen bei Unterlassungen die Verletzung absoluter Schutzgüter ohne weiteres genügen lassen, führte dies die Haftung ins Uferlose. So hätte man im Fall Überlingen etwa danach fragen können, ob der russische Staat durch eine gründlichere Prüfung von Berufs-chauffeuren hätte verhindern können, dass Passagiere am falschen Flughafen eintreffen. Möglicherweise lag der Fehler aber auch bei den Bundesbehörden. Diese hätten vielleicht durch eine geeignetere Wahl der Rechtsform von Skyguide späterem Fachkräftemangel besser entgegenwirken können. Damit solches nicht Thema von Haftungsverfahren wird, haben die Gerichte die Formel entwickelt, dass Behörden nicht verpflichtet seien, stets im Interesse Dritter tätig zu sein.¹⁸ Vielmehr ist das Gemeinwesen nur dann für Unterlassungen haftbar, wenn die Behörde eine spezifische Pflicht zum Handeln trifft.¹⁹ Entsprechende Schutznormen müssen sich in der Regel aus expliziten Gesetzesbestimmungen ergeben.²⁰

Im Fall Überlingen ergab sich die Schutzpflicht ohne weiteres aus Art. 1 Abs. 4 des Luftfahrtgesetzes. Danach muss die Flugsicherung die «sichere ... Abwicklung des Luftverkehrs gewährleisten».²¹ Darunter fällt namentlich die Verhinderung von Flugzeugkollisionen durch Vorkehrungen zur Sicherung eines genügenden Minimalabstands zwischen den Flugzeugen.²² Indem Skyguide zureichende Massnahmen zur Gewährleistung eines solchen Mindestabstandes

¹⁷ BGer, Urteil 2C_834/2009 vom 19.10.2010 E. 3.5 (Flüchtling reiste nach Deutschland, obwohl er wissen musste, dass er an die Türkei ausgeliefert werden könnte; dass ihn die Schweizer Behörden nicht umfassender über ein entsprechendes türkisches Ersuchen aufgeklärt hatten, war folglich unerheblich). Vgl. demgegenüber BVGer, Urteil A-1269/2008 vom 13.11.2009 E. 3.4.6 (keine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs; ebenso BGer, Urteil 2A.212/2006 vom 9.10.2006 E. 3.2).

¹⁸ BGE 144 II 281 E. 4.5.2; 118 Ib 473 E. 2b; 116 Ib 367 E. 4c; BVGE 2019 I/2 E. 5.2.

¹⁹ BGE 144 II 73 E. 3.2; 144 I 318 E. 4.1; je auch zum Folgenden.

²⁰ Akzentuiert BGE 136 II 187 E. 4.2, wonach eine Garantenpflicht «lediglich» durch eine rechtliche Vorschrift begründet werden kann. Auch BGE 144 I 318 E. 5.5 geht vom Erfordernis einer rechtlichen Vorschrift («norme juridique») aus.

²¹ Die heutige Fassung von Art. 1 Abs. 4 LFG galt bereits im Zeitpunkt der Kollision; vgl. die Änderung des Luftfahrtgesetzes vom 18.6.1993, in Kraft seit 1.1.1995, AS 1994 3010, 3024.

²² BVGE 2011/54 E. 6.1; MAYHALL/WALPEN, FS Hänni, S. 302 f., je auch zum Folgenden.

unterliess, verletzte das Unternehmen die erwähnte Schutznorm des Luftfahrtgesetzes. Das Bundesverwaltungsgericht konnte eine Haftung deshalb ohne weiteres bejahen.

II. Strassburg

A. Missbrauchsskandal im Fall O’Keeffe

Ebenfalls um Unterlassung ging es in einem irischen Staatshaftungsverfahren. Als Louise O’Keeffe neun Jahre alt war, wurde sie an ihrer Grundschule von einem Musiklehrer innerhalb eines halben Jahres 20 Mal sexuell missbraucht.²³ Es sollte 25 Jahre dauern, bis sie über ihre Traumata sprechen konnte. Anlass dazu gab ein Strafprozess gegen den Lehrer, in dem es um Dutzende von weiteren Opfern ging. Der Prozess machte Frau O’Keeffe klar, dass ihre psychischen Krisen auf die damaligen Missbräuche zurückgingen.²⁴

Louise O’Keeffe klagte daraufhin gegen den irischen Staat. Aus ihrer Sicht hätten die Behörden den Missbrauch verhindern können, wenn sie Beschwerden nachgegangen wären, die zwei Jahre vor den Übergriffen eingereicht wurden.²⁵ Statt den Verdachtsmomenten nachzugehen, versetzten die Behörden den Lehrer an eine andere Schule. Dort konnte er sich bis zu seiner Pensionierung unbehelligt an Dutzenden von weiteren Minderjährigen vergehen.

Das irische Bildungsministerium hielt dem vor Obergericht entgegen, dass es mit O’Keeffes Schule nichts zu tun gehabt habe. Die Schulen standen in den Siebzigerjahren unter kirchlicher Leitung. Die staatlichen Inspektoren konnten aus Sicht des Ministeriums allein die Unterrichtsqualität im Allgemeinen evaluieren, nicht jedoch das Verhalten einzelner Lehrer.²⁶

Das Obergericht sah sich aus prozessualer Sicht ausser Stande, sich mit der Klage inhaltlich näher zu befassen.²⁷ Louise O’Keeffe gelangte deshalb an den Obersten

²³ Vgl. High Court, Urteil Nr. 1998/10555 P vom 20.1.2006, *Louise O’Keeffe c. L. H. u.a.* [2006] IEHC 13, auch zum Folgenden.

²⁴ Vgl. EGMR, Urteil i.S. *O’Keeffe c. Irland* vom 28.1.2014, Recueil CourEDH 2014, Ziff. 15, auch zum Folgenden.

²⁵ Vgl. *O’Keeffe* (Fn. 24), Ziff. 15 ff., auch zum Folgenden.

²⁶ *O’Keeffe* (Fn. 24), Ziff. 164.

²⁷ *O’Keeffe* (Fn. 24), Ziff. 27.

Gerichtshof. Dieser stellte bei seiner Abweisung massgeblich darauf ab, dass das Bildungsministerium den Lehrern keine Anweisungen erteilen konnte.²⁸

B. Strassburger Salon de Musique

Louise O’Keeffe gelangte an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. In ihrer Beschwerde rügte sie eine Verletzung des Verbots erniedrigender Behandlung. Sie machte dabei geltend, dass Eltern keine Wahl hatten, wohin sie ihre Kinder schicken wollten.²⁹ Katholische Kinder hatte katholische Schulen zu besuchen, protestantische jene der anderen Konfession. Die kirchlichen Schulen nahmen damit eine staatliche Aufgabe wahr. Irland hielt dem entgegen, dass die damalige Gesetzgebung keine umfassende Aufsicht kirchlicher Schulen vorsah.

Der Gerichtshof verwarf Irlands Argument. Es gehe nicht darum, ob die beteiligten Behörden aufgrund der damals gültigen Erlasse einen Handlungsspielraum gehabt hätten. Vielmehr gehe es um die Frage, ob der irische Staat im Jahr 1973

*von der Gefahr des sexuellen Missbrauchs von Minderjährigen wie der Klägerin in staatlichen Schulen hätte wissen müssen und ob er die Kinder durch seine Rechtsordnung angemessen vor einer solchen Behandlung geschützt hat.*³⁰

Der Gerichtshof entwarf damit ein Bild, das an Kandinskys Salon de Musique erinnert. Das Kunstwerk ist nicht unweit des Gerichtshofs im Museum für zeitgenössische Kunst zu besichtigen. Auf über 30 Quadratmetern zeigt Kandinsky, wie er sich einen musikalischen Salon vorstellt. Grossflächig sind die Bilder, eindrücklich die Inszenierung.

Der Gerichtshof tat es Kandinsky nach. Nicht um behördliches Unterlassen drehte sich der Fall, sondern um die irische Rechtsordnung als solche. Irland habe es unterlassen, einen Mechanismus für eine wirksame staatliche Kontrolle der Risiken von Missbräuchen einzurichten.³¹ Der Gerichtshof nahm damit Versäumnisse des nationalen Gesetz- und Verordnungsgebers in den Blick.

C. Kleine Welten als Alternativweg

Der Gerichtshof ging mit diesem Salon de Musique weit über die Argumentation der Beschwerdeführerin hinaus. Louise O’Keeffe hatte vor den irischen Gerichten das konsequente Wegschauen der Behörden beanstandet. Sie zeichnete ein Bild,

²⁸ Supreme Court, Urteil vom 19.12.2008, *O’Keeffe c. Hickey u.a.* [2008] IESC 72.

²⁹ Vgl. *O’Keeffe* (Fn. 24), Ziff. 53.

³⁰ *O’Keeffe* (Fn. 24), Ziff. 168, ohne Hervorhebung im Original, Übersetzung M.K.

³¹ *O’Keeffe* (Fn. 24), Ziff. 168.

das nicht an den Salon de Musique, sondern an Kandinskys «Kleine Welten» erinnerte. Auf einem halben Quadratmeter fanden alle entscheidenden Argumente der Klage Platz. So machte Louise O’Keefe beispielsweise geltend, dass der für ihre Schule zuständige Inspektor bloss ein Mal pro Jahr erschien.³²

Der Gerichtshof hätte den Fall damit auf wesentlich schmalerer Basis entscheiden können.³³ Er hätte bemängeln können, dass das Ministerium die Inspektoren nicht zu häufigeren Besuchen anhielt. Eine Gesetzesänderung wäre dafür nicht notwendig gewesen; eine blossе Dienstanweisung hätte vollkommen ausgereicht. Ebenso hätte das Ministerium seine Inspektoren anweisen können, sich bei den Schulen nach dem Schicksal eingereichter Beschwerden zu erkundigen.³⁴ Der Gerichtshof hätte den irischen Gerichten so ein Prüfungsprogramm aufgeben können, nach dem eine Entschädigung z.B. dann geschuldet ist, wenn der Betroffene das Wegschauen der zuständigen Schulinspektoren nachweisen kann.

Irlands Oberster Gerichtshof hatte für eine solche Engführung der Argumentation den roten Teppich ausgerollt. Der irische Supreme Court war hinsichtlich der Auslegung der damals anwendbaren Vorschriften gespalten. Einer Minderheit zufolge hätte das Bildungsministerium gegen fehlbare Lehrer eine Untersuchung einleiten können.³⁵ Aus Sicht der Minderheit schlossen die damals gültigen Richtlinien eine Strafanzeige des Ministers keineswegs aus.³⁶ Die Minderheit bezog sich in ihrer Auslegung auf die Mehrdeutigkeit der damals wie heute gültigen Verfassungsbestimmung. Klar ist aufgrund dieser einzig, dass die Schulen nicht vom Staat selbst betrieben werden.³⁷ Während die Minderheit von einer begrenzten Delegation einzelner Befugnisse an die katholische Kirche ausging, sprach die Mehrheit von einer vollumfänglichen «Abtretung» jeglicher schulischer Kompetenzen.³⁸

Der Europäische Gerichtshof ignorierte die Brücke, die ihm das oberste irische Gericht gebaut hatte. Dabei wäre es ein Leichtes gewesen, den irischen Behörden

³² O’Keefe (Fn. 24), Ziff. 166.

³³ Vgl. O’MAHONY, IES 2009, S. 315. Kritisch gegenüber dem Ansatz der Mehrheit des Gerichtshofs auch GALLEN, MLR 2015, S. 159; STOYANOVA, HRLR 2018, S. 317 f. Differenzierend KELLER/WALTHER, IJHR 2020, S. 968 f.

³⁴ Vgl. Supreme Court (Fn. 28), Ziff. 35 und 37.

³⁵ Supreme Court (Fn. 28), insbes. Ziff. 46, auch zum Folgenden.

³⁶ Vgl. den Leitfaden zur Behandlung von Beschwerden, zitiert in O’Keefe (Fn. 24), Ziff. 62.

³⁷ Vgl. Art. 42 Abs. 3 Ziff. 1 der irischen Verfassung vom 1.7.1937 (Verbot, Kinder unter Verletzung ihres Gewissens in staatliche Schulen zu schicken) sowie Ziff. 2 (staatliche Verpflichtung zur Sicherstellung eines Minimus an moralischer, geistiger und sozialer Erziehung). Deutsche Übersetzung in <https://www.verfassungen.eu/ir/>.

³⁸ Supreme Court (Fn. 28), Ziff. 40.

eine Unterschreitung ihres Ermessensspielraums vorzuwerfen.³⁹ Letztlich war es nicht die Verfassung, die das Ministerium davon abhielt, untätig zu bleiben, sondern überzogener Respekt vor der Kirche als Institution.

D. Wacklige Schutznorm

Nach dem Urteil des Gerichtshofs hätte der irische Gesetz- und Verordnungsgeber aufgrund von Art. 3 EMRK bereits vor dem Missbrauch handeln müssen. Entsprechende Pflichten ergaben sich nach dem Urteil bereits im Jahr des Missbrauchs, mithin 1973. Zur Begründung bezog sich das Urteil indessen allein auf Fälle, die *nach* diesem Zeitpunkt entschieden wurden.⁴⁰ Aus den zuvor entschiedenen Fällen liessen sich nur Handlungspflichten für die rechtsanwendenden Behörden ableiten, nicht jedoch solche des Gesetzgebers.⁴¹

Denkt man die Argumentation des Gerichtshofs zu Ende, resultiert daraus eine Haftung der Mitgliedstaaten für gesetzgeberische Versäumnisse in einem Zeitpunkt, als die Konvention gerade 20 Jahre alt war. Eine Haftung für Unterlassungen des Gesetzgebers ist indessen vielen europäischen Staaten fremd, so auch der Schweiz. Eine Haftung für die zögerliche Umsetzung eines Gesetzgebungsauftrags mag hierzulande allenfalls dann in Frage kommen, wenn sich aus der Verfassung konkret formulierte Schutzpflichten ergeben sollten.⁴² Ein genereller Anspruch auf Staatshaftung aus gesetzgeberischem Unterlassen besteht jedoch nicht.⁴³

³⁹ Vgl. GALLEN, MLR 2015, S. 157.

⁴⁰ Vgl. *O'Keefe* (Fn. 24), Ziff. 147. Der einzige Fall, der vor 1973 entschieden wurde, war derjenige zum belgischen Sprachenstreit (Urteil vom 23.7.1968, Serie A Nr. 6). Dort ging es indessen allein um positive Verpflichtungen als solche (a.a.O., Ziff. 3), dazu in gänzlich anderem Zusammenhang.

⁴¹ Zur gesetzgeberischen Verpflichtung zur Einrichtung einer umfassenden Aufsichtsregulierung eingehend STOYANOVA, Positive Obligations, S. 176 ff.

⁴² Vgl. WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge, S. 385 f., 497 ff. (bezüglich der Mutterschaftsversicherung); STEIMEN, Rechtsetzungsaufträge, S. 197 f., 202 (Gesetzgebungsauftrag als Haftungsgrundlage, wenn er spezifische Personengruppen schützen will).

⁴³ BGer, Urteil vom 2.11.1984, zitiert nach der Zusammenfassung in BGer, Urteil vom 18.1.1985 E. 3a, in: ZBl 86 (1985), S. 492 ff. (keine Verpflichtung zum Erlass umweltrechtlicher Vorschriften); Eidgenössisches Finanzdepartement, Entscheid vom 2.6.2016, VPB 81 (2017), Nr. 1. Weiterführend GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 219; JAAG, responsabilité, S. 259 f., 262; ders., Staats- und Beamtenhaftung, Rz. 77a und 80; RÜTSCHÉ, Rechtsfolgen, S. 381.; WALDMANN, Haftung für Rechtsakte, in diesem Band, S. ■ ff.

E. Wolkige Grundrechtsnormen

Nun liesse sich argumentieren, dass mit dem Verbot unmenschlicher und erniedrigender Behandlung immerhin ein Kerngehalt der persönlichen Freiheit umrissen wird. Werden Kinder in der Schule systematisch missbraucht, geht es um ihre Würde. Dies hätte den Gesetzgeber bereits 1973 in die Pflicht nehmen müssen.

Eine solche Argumentation greift indessen zu kurz. **Im Fall O’Keeffe ging es um ein Staatshaftungsverfahren. In solchen Verfahren sollten Grundrechte nur mit grösster Zurückhaltung als Schutznormen anerkannt werden.** Grundrechte wollen weit **mehr sicherstellen** als den **vermögensrechtlichen** Schutz **potenziell Geschädigter**. Das Bundesgericht hat allgemein gehaltenen Grundrechtsbestimmungen den Schutznormcharakter deshalb wiederholt abgesprochen,⁴⁴ so der persönlichen Freiheit,⁴⁵ der Rechtsgleichheit⁴⁶ oder der Wirtschaftsfreiheit⁴⁷.

Kerngehalte sind im Einzelfall zwar geeignet, um den Schutz möglicher Geschädigter sicherzustellen.⁴⁸ Dasselbe gilt für spezifisch formulierte Garantien,⁴⁹ so das Verbot der Rechtsverweigerung und der Rechtsverzögerung.⁵⁰ **Die Begründung im Fall O’Keeffe leidet indessen daran, dass sie diese eine**

⁴⁴ Zuletzt BGer, Urteil 2E_3/2022 vom 18.11.2024 E. 5.3 (keine Haftung aus Erlass von Corona-Massnahmen wegen behaupteten Verstosses gegen Grundrechte). Grosszügiger hinsichtlich Grundrechte als haftungsbegründende Normen BRUNNER, Epidemiebekämpfung, in diesem Band, S. ■ ff.; GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 132; JAAG, Staats- und Beamtenhaftung, Rz. 115; RÜTSCHKE, Rechtsfolgen, S. 376; SCHAUB, AJP 2015, S. 461 ff.

⁴⁵ BGer, Urteil vom 5.5.1995 E. 3b, in: ZBl 97 (1996), S. 278 ff. (misslungener medizinischer Eingriff); Urteil vom 26.11.1996 E. 2, in: ZBl 99 (1998), S. 34 ff.

⁴⁶ BGE 118 Ib 473 E. 3b (Listeriose-Affäre beim Vacherin Mont d’Or).

⁴⁷ BGer, Urteil 2E_6/2021 vom 23.3.2023 E. 5.3; 2E_4/2020 vom 11.11.2021 E. 7.3. Vgl. sodann BGE 118 Ib 241 E. 5d (im Zusammenhang mit materiellen Enteignungen).

⁴⁸ Vgl. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 351.

⁴⁹ In diese Richtung JAAG, ZSR 2003 II, S. 22. Eine Haftung aus Grundrechten grundsätzlich befürwortend FELLER, Prinzip der Einmaligkeit, S. 93 f.; GROSS, AJP 2002, S. 1492 ff.; GUENG, Entschädigungspflicht, S. 123 ff.; HÄNNI, FS Jaag, S. 433 ff.; MÜLLER, recht 1996, S. 267 f.

⁵⁰ Vgl. BGE 144 I 318 E. 7.3.2 (zu den Voraussetzungen im Planungsverfahren); BGE 107 Ib 160 E. 3d (Voraussetzungen im konkreten Fall angesichts ausserordentlicher Umstände verneint). In der Praxis scheitern Begehren indessen zumeist an der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch Selbstverschulden, da kaum ein Geschädigter auf die Idee kommt, die Behörde zu einer schnelleren Verfahrenserledigung anzuhalten und zugleich Rechtsverzögerungsbeschwerde zu erheben; vgl. BGE 125 V 373 E. 2b; 107 Ib 155 E. 2b/bb; GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 188; HUNOLD, Staatshaftung, Rz. 254 ff., 663 ff.

differenziert entwickelte Dogmatik auf eine Periode zurückprojiziert, in der die innerstaatlichen Parlamente nicht ansatzweise an entsprechende Verpflichtungen dachten.

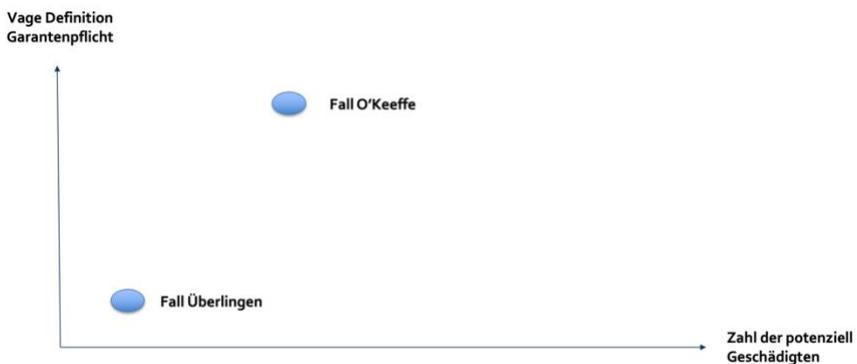
III. Versuch einer Systematik

A. Schutzpflichten und Zahl der Geschädigten

Der Vergleich zwischen dem Fall Überlingen und dem Fall O’Keeffe erlaubt das Erkennen von Bausteinen für die Konstruktion einer Systematik staatlicher Haftung bei Unterlassungen.

Der Unterschied zwischen den beiden Fällen könnte grösser kaum sein. Während das Bundesverwaltungsgericht Begehren einer klar begrenzten Zahl von Geschädigten beurteilen musste, war im Zeitpunkt des Urteils im Fall O’Keeffe nicht abschätzbar, wie viele weitere Opfer sich mit Entschädigungsforderungen an den irischen Staat wenden würden. War sodann die gesetzliche Schutznorm im ersten Fall mit äusserster Klarheit formuliert, drehte sich der zweite Fall um eine internationale Bestimmung, die in den Siebzigerjahren weitaus weniger deutliche Konturen aufwies als heute.

Die beiden soeben genannten Kriterien erlauben es, Staatshaftungsverfahren auf einer Skala einzuordnen:



Systematisierung von Unterlassungsfällen

Je konkreter die Schutznorm sowie der Kreis der Geschädigten bestimmt ist, desto eher kann die Haftung bejaht werden. Vage Schutznormen sowie unüberschaubare Opferzahlen sollten demgegenüber zu einer Abweisung der Klage führen.⁵¹

Während sich die Zahl künftiger Klagen eher abschätzen lässt (x-Achse), stehen die Gerichte bei der Einordnung der Fälle auf der y-Achse vor keiner einfachen Aufgabe. Stellen sie an die Konkretheit einer Norm überhöhte Anforderungen, läuft der Anspruch auf Staatshaftung schnell leer. Sind sie bei der Bejahung einer Schutznormen dagegen zu grosszügig, wächst der Sekundärrechtsschutz ins Uferlose.

Auf beiden Achsen ist Kongruenz gefragt. So können Geschädigte den Erfolg ihrer Klagen leichter abschätzen. Die beiden Kriterien werden deshalb im Folgenden anhand von Beispielen verdeutlicht.

B. Konkrete Normen und kleiner Kreis von Geschädigten

Ganz unten links im Schema stehen Fälle mit klar umrissenen Schutzpflichten sowie einer Handvoll von Geschädigten.

Zu diesen Fällen gehört die fehlende Überwachung von Bauarbeiten,⁵² ebenso die Verletzung personalrechtlicher Fürsorgepflichten,⁵³ richterlicher Pflichten⁵⁴ oder der Pflichten zur Beaufsichtigung⁵⁵. (Letztere Haftung wurde im Finanzmarktrecht spezialgesetzlich⁵⁶ beschränkt.⁵⁷) Ebenfalls unten links steht die Haftung aus der unterlassenen Mitteilung von Entscheiden, so im Zivil-⁵⁸ oder Zwangsvollstreckungsrecht⁵⁹.

⁵¹ In diese Richtung die Rechtsprechung in Frankreich; vgl. CE, 15.7.1949, *Ville d'Elbeuf*, Recueil Lebon, S. 358, 359.

⁵² Vgl. VGer BE, Urteil vom 30.6.2010 E. 4.6.4, in: BVR 2011, S. 200 ff. Dazu HÄNNI/MAHAIM, Jahrbuch 2011, S. 95 ff., 108 ff.

⁵³ BVGer, Urteil A-6750/2018 vom 16.12.2019 E. 6.5 (Pflicht zur Anordnung medizinischer Abklärungen, wenn eine Mitarbeiterin darauf hinweist, dass sie ihre Arbeit nur noch mit Psychopharmaka leisten kann).

⁵⁴ BGE 79 II 424 E. 5 (Pflicht zum sorgfältigen Studium der Akten).

⁵⁵ BVGer, Urteil A-1072/2014 vom 8.3.2016 E. 5.2 (Aufsicht dient nicht allein dem Schutz der Ansprüche der Destinatäre, sondern auch dem Schutz der Einrichtung und ihrem Vermögen).

⁵⁶ Art. 19 Abs. 2 FINMAG (Verletzung wesentlicher Amtspflichten sowie Unterbrechung des Kausalzusammenhangs bei Pflichtverletzungen von Beaufsichtigten).

⁵⁷ Vgl. dazu WÜRMLI, Haftung, Rz. 327 ff. Weiterführend MAYHALL, Aufsicht, S. 227 ff.

⁵⁸ VGer BE, Urteil vom 16.4.2014 E. 4.5, in: BVR 2014, S. 297 ff. (Pflicht zur Zustellung von Scheidungsurteilen).

⁵⁹ BGE 120 Ib 248 E. 2b (Pflicht zur umgehenden Mitteilung der Konkursöffnung).

Haftungsklagen mit klar definierten Pflichten und wenigen Geschädigten können an anderen Voraussetzungen scheitern. Gerichte können anhand solcher Fälle aufzeigen, wie Behörden ihr Ermessen in vergleichbaren Fällen handhaben sollten.

So bestehen Pflichten bei Mobbing am Arbeitsplatz,⁶⁰ bei der Bekämpfung von Seuchen,⁶¹ zur Gewährleistung des sicheren Betriebs auf dem Flugfeld⁶² und zur Anonymisierung von Urteilen.⁶³

C. Haftung und Ermessen

Oben im Schema können Fälle mit vage formulierten Normen eingeordnet werden. Entscheidend ist bei diesen jeweils die Schutzrichtung. Dienen die Bestimmungen allein der Verwirklichung öffentlicher Interessen, ohne dabei den Schutz möglicher Geschädigter in den Blick zu nehmen, muss die Haftung verneint werden.

Kontrollvorschriften zu Pflichtlagerbeständen wollen allein die Landesversorgung sichern, nicht aber den Schutz möglicher Gläubiger der Lagerhalter gewährleisten.⁶⁴ Submissionsvorschriften wollen die effektive Verwendung öffentlicher Mittel verwirklichen und nicht Subunternehmer vor der Wahl zahlungsschwacher Anbieter schützen.⁶⁵ Das Bankengesetz hat den Schutz der Kunden im Blick, nicht jenen der Mitbewerber,⁶⁶ und energierechtliche Kontrollvorschriften wollen Konsumenten und nicht Konkurrenten schützen.⁶⁷

⁶⁰ BGer, Urteil 8C_900/2013 vom 5.5.2014 E. 4.2 und 5.2.2 (mögliche Haftung aus Verletzung der Fürsorgepflicht).

⁶¹ BGE 132 II 305 E. 4.2 und 5.4 = Pra 96 (2007) Nr. 53 (Verneinung der Haftung wegen rechtzeitiger Verhängung eines Importverbots zur Bekämpfung von Rinderwahnsinn).

⁶² BVGE 2010/4 E. 4.3 (Verantwortlichkeit des Flughafens Zürich für den rollenden Verkehr auf dem Vorfeld).

⁶³ Eidgenössische Rekurskommission für die Staatshaftung, Entscheid vom 15.2.2006 E. 5e und 6, in: VPB 70 (2006), Nr. 73 (Haftung für abgelehnte Stellenbewerbungen verneint).

⁶⁴ BGE 106 Ib 93 E. 8b (fehlende Verpflichtung der Behörde, bei der Kontrolle von Lagerbeständen zu prüfen, ob diese nicht bereits verpfändet wurden).

⁶⁵ BGE 116 Ib 367 E. 5 (fehlende Verpflichtung der Submissionsbehörde, bei der Vergabe eigens auf die Zahlungsfähigkeit von Anbietern zu achten). Vgl. demgegenüber BGE 150 II 225 E. 8.2 (Schutz von Anbietern durch das Verbot des Vertragsschlusses bis zum Abschluss des Rechtsmittelverfahrens bei aufschiebender Wirkung).

⁶⁶ BGE 116 Ib 193 E. 2b und 4e (fehlende Verpflichtung der Bankenkommission, rechtzeitig gegen Unternehmen einzuschreiten, die bankenähnliche Geschäfte betreiben).

⁶⁷ BGE 94 I 628 E. 5 (kein Anspruch mit dem Argument, dass Mitbewerber wegen fehlender Kontrollen des Eidgenössischen Starkstrominspektorats Apparate günstiger produzieren können). Kritisch GYGI, FS Grisel, S. 423 f.; GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 176 und 276; JAAG, Staats- und Beamtenhaftung, Rz. 115.

Verleiht die in Frage stehende Norm der Behörde allein eine Befugnis, nicht aber eine Pflicht zum Handeln, muss die Haftung von vornherein verneint werden.⁶⁸ Letzteres muss umso mehr gelten, wenn die anwendbaren Normen von einem politischen Ermessen der Behörden ausgehen.

Die Gerichte sollten ungeschriebene Handlungspflichten nur mit grösster Zurückhaltung bejahen. Aus dem geschriebenen Recht sollte sich zumindest die implizite Verpflichtung ergeben, just jenes Unheil abzuwenden, um das es im zu beurteilenden Fall geht.⁶⁹ Entscheidend ist dabei stets, ob es für die Behörde zweckmässig und zumutbar ist, die sich aus der Schutznorm ergebenden Pflichten durchgehend einzuhalten.⁷⁰

Im Mittelpunkt der Fälle, die oben auf der Skala einzuordnen sind, steht oft die Frage der Ermessensbindung der Behörden. Auch wenn die eine oder andere Norm konkreter formuliert sein mag, verneinen die Gerichte ihren Schutznormcharakter, um die Behörden in ihrer Ermessensausübung nicht übermässig zu binden.⁷¹

So räumen SIA-Normen den Baubewilligungsbehörden oft Ermessen ein, um von Bewilligungsvoraussetzungen ausnahmsweise abzusehen. Würden die Gerichte das Gemeinwesen Jahre später für die geringfügige Abweichung von Vorschriften haftbar machen, hätte dies eine rigide Bewilligungspraxis zur Folge.

Geht es um besonders vulnerable Personen, können die Anforderungen an die Konkretetheit der Schutznorm herabgesetzt werden,⁷² so in besonderen Rechtsverhältnissen⁷³ oder bei Personen in Polizeigewahrsam⁷⁴.

⁶⁸ BGer, Urteil vom 6.10.1995, in: Pra 86 (1997), Nr. 20 E. 5 (kein durchsetzbares Recht auf diplomatischen Schutz von Auslandschweizern und somit kein Anspruch, dass Schweizer Behörden zum Schutz sozialversicherungsrechtlicher Ansprüche von Auslandschweizern mit anderen Staaten härter verhandeln), auch zum Folgenden.

⁶⁹ Vgl. VGer BE, Urteil vom 2.5.1994 E. 3g, in: BVR 1996, S. 175 ff. (keine Garantienstellung des Kantonsgeologen nach einer Gasexplosion mangels expliziter gesetzlicher Vorschrift). Vgl. auch MOOR/POLTIER, Droit administratif II, S. 864 f.

⁷⁰ Vgl. VGer BE, Urteil vom 18.3.2004 E. 3.4, in: BVR 1995, S. 3 ff. (Sicherheitsvorkehrungen bei Hochwasser). Vgl. auch BGer, Urteil 2A.402/2000 vom 23.8.2001 E. 3c (keine Verpflichtung der SUVA, sämtliche Betriebe, die in irgendeiner Weise Umgang mit Asbest haben könnten, gesondert auf die damit verbundenen Gefahren und auf die gebotenen Abwehrmassnahmen aufmerksam zu machen).

⁷¹ Grundlegend FUNKE, Unterlassen, S. 18 ff., 109 ff., 267 ff.

⁷² Vgl. ZIMMERMANN, vulnérabilité, Rz. 349 ff.

⁷³ Fälle von Suiziden in psychiatrischen Kliniken: BGE 130 I 337 E. 5.3 und 112 Ib 322 E. 4d.

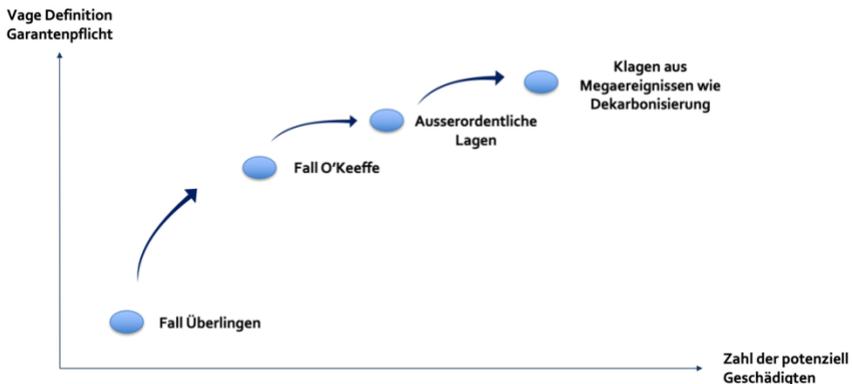
⁷⁴ Vgl. BGer, Urteil 2C_1016/2022 vom 25.9.2024 E. 5.7 (unterlassene Hilfeleistung von Grenzvächtern gegenüber einer Schwangeren).

D. Ausserordentliche Lagen

Die Haftung aus Unterlassungen in ausserordentlichen Lagen dürfte im Schema in den meisten Fällen oben rechts einzuordnen sein. Verfassung und Gesetz legen für solche Fälle oftmals nur vage formulierte Vorschriften fest. Sodann ist bei Überschwemmungen⁷⁵ oder Erdbeben der Kreis möglicher Geschädigter nur schwer zu überblicken.⁷⁶ Die Staatshaftung sollte damit in solchen Fällen verneint werden.⁷⁷ Letzteres drängt sich umso mehr auf, um die Behörden in ausserordentlichen Situationen in ihrer Ermessensausübung nicht übermässig einzuschränken.⁷⁸

E. Unterlassene Dekarbonisierung

Ganz oben rechts im Schema stehen schliesslich Klagen aus Megaereignissen:



Einordnung von Fallbeispielen

In jüngster Zeit gerieten Verfahren in die Schlagzeilen, in denen private Organisationen in ihren Klagen gegen Unternehmen und Gemeinwesen Normen

⁷⁵ VGer BE, Urteil vom 8.3.2004 E. 4.2.3 und E. 4.3, in: BVR 2005, S. 3 ff. (betreffend rechtzeitige Warnung).

⁷⁶ Vgl. RECHSTEINER, ausserordentliche Lagen, Rz. 957 ff.

⁷⁷ Fallübersichten bei HÄNNI, FS Moor, S. 342 ff.; ders., FS Jaag, S. 437 ff.; UHLMANN, Staatshaftungsrecht, Rz. 120 ff.

⁷⁸ Vgl. FAVRE, Raum&Umwelt 6/2007, S. 6; MAGNIN, Polizei, S. 407 ff.; QUEITSCH, URP 2011, S. 135; SUTTER, Sicherheit und Recht 2009, S. 191; WILDHABER, ZSR 2013, S. 410 ff.

heranzogen, die Zielwerte für die Dekarbonisierung formulieren.⁷⁹ Konkrete Schutzpflichten können solchen Normen kaum entnommen werden; ebenso ist der Kreis möglicher Geschädigter unüberblickbar.

Aus den bisher entschiedenen Verfahren lässt sich folgender Fall konstruieren: Ein älterer Mann stirbt während eines besonders heissen Sommers. Sein Sohn macht geltend, dass die Behörden in den Neunzigerjahren ohne weiteres absehen konnten, dass sich das Klima erwärmen würden. Statt Massnahmen zu ergreifen, seien sie untätig geblieben. Das beklagte Gemeinwesen wird dem zwar entgegenhalten, dass Verfassung⁸⁰ und Gesetz⁸¹ erst in jüngerer Zeit Pflichten zur Dekarbonisierung statuieren. Der Kläger kann dem unter Hinweis auf Fälle wie O’Keeffe entgegenhalten, dass Art. 8 EMRK die Behörden bereits in den Neunzigerjahren zum Erlass von Klimaschutzvorschriften verpflichtet hätte. Indem sie dies unterliessen, waren sie für den Tod seines Vaters unmittelbar verantwortlich.

Man mag diese Argumentation für gewagt halten. Abwegig erscheint sie indessen nicht. So bezog sich der Gerichtshof in seinem Urteil zu den KlimaSeniorinnen an entscheidender Stelle auf den Fall O’Keeffe.⁸² Die Haftung für Unterlassungen im Kontext von Klimaveränderungen⁸³ oder Pandemien⁸⁴ dürfte damit weiter an Bedeutung gewinnen.

Bei Megaereignissen wächst die Zahl der Geschädigten ins Unermessliche. Klagen aus Unterlassungen vor oder während des Ereignisses selbst sollten

⁷⁹ Vgl. BÖHM, Staatsklimahaftung, S. 22 und 27 und PLUCHON, Leading from the bench, S. 145, je auch zum Folgenden. Vgl. auch ROULLER, contentieux, insbes. Rz. 408 ff., 422 ff.

⁸⁰ Vgl. etwa Art. 31 Abs. 1 KV/BE, wonach sich der Kanton aktiv für die Begrenzung der Klimaveränderung und deren nachteiliger Auswirkungen einzusetzen hat.

⁸¹ Vgl. Art. 28a WaG, wonach der Bund Massnahmen zu ergreifen hat, die den Wald darin unterstützen, seine Funktionen auch unter veränderten Klimabedingungen nachhaltig erfüllen zu können. Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a des CO₂-Gesetzes hat der Bund dafür zu sorgen, dass die Treibhausgasemissionen im Jahr 2030 höchstens 50 Prozent der Treibhausgasemissionen der 90er-Jahre betragen.

⁸² EGMR, Urteil i.S. *Verein KlimaSeniorinnen u.a. c. Schweiz* vom 9.4.2024, Nr. 53600/20, Ziff. 444 (unterlassene Massnahmen müssen nur die «echte Aussicht» ('real prospect') einer Schadensminderung gehabt haben).

⁸³ Dazu JÄGER/GEIGER, Klimapolitik, in diesem Band, S. ■ ff.

⁸⁴ Dazu BRUNNER, Epidemiebekämpfung, in diesem Band, S. ■ ff. Zu verfassungsrechtlichen Ausgleichspflichten aus deutscher Sicht LINTZ, Pandemie, S. 138 ff., 160, 335 ff.

deshalb abgewiesen werden.⁸⁵ Im Gegensatz zu behördlichen Pflichten bei Immissionen aus Produktionsanlagen⁸⁶ geht es nicht um sachlich und räumlich klar umgrenzte Vorkommnisse, sondern um ein unübersehbares Spinnennetz ineinander verwobener Ereignisse.

Welche Massnahmen das Gemeinwesen zur Dekarbonisierung zu ergreifen hat, sollte von den politischen Organen entschieden werden und nicht von den Gerichten.⁸⁷ Staatshaftung stellt nur eine von vielen Verantwortlichkeitsformen dar.⁸⁸ In rechtlicher Hinsicht wird der Staat auch über den primären Rechtsschutz, das Straf- und das Disziplinarrecht in die Pflicht genommen. Hinzu tritt die politische Verantwortlichkeit. Tun die gewählten Organe für die Dekarbonisierung oder bei anderen Megaereignissen zu wenig, ist es an den Stimmberechtigten, Abhilfe zu schaffen. Rücken die Gerichte an diese vermeintliche Leerstelle, riskieren sie, über den Sekundärrechtsschutz die Grenzen zwischen Recht und Politik zu verschieben.

⁸⁵ Oftmals befindet sich das Gemeinwesen dabei in einer ausserordentlichen Lage; vgl. oben S. 14 f. Die Frage der Verjährung wird hier nicht weiter vertieft; vgl. stattdessen KRAUSKOPF/FEND, in diesem Band, S. ■ ff.

⁸⁶ Exemplarisch EGMR, Urteil i.S. *Guerra u.a. c. Italien* vom 19.2.1998, Recueil CourEDH 1998-I, Ziff. 60 (Schutz der Anwohner vor Immissionen einer Chemiefabrik). Für eine systematische Übersicht BRAIG, Umweltschutz, S. 275 ff., 335 ff.

⁸⁷ Ablehnend zu Recht EuGH, Urteil i.S. *JP c. Ministre de la Transition écologique* vom 22.12.2022, Rs. C-61/21, Ziff. 55 und 65 (keine Haftung aus vorgebrachter Verletzung von Richtlinien zur Verbesserung der Luftqualität).

⁸⁸ Vgl. nur TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Verwaltungsrecht, Rz. 1688.