

ex/ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher
Revue des jeunes chercheurs en droit
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 2/2020

**Klima
Climat
Climate**

FLORIAN EGGER / RAPHAËL MENETTRIER DE JOLLIN
**La grève pour le climat : une entorse justifiée
à l'obligation de fréquenter l'école publique ?**

MATTHIAS GARTENMANN / ANDREAS HÖSLI
**Ansätze und Umsetzungsmöglichkeiten
einer «Fleischsteuer»**

ANDRÉS PAYER
Klimawandel und strafrechtlicher Notstand

YANNICK REBER
**Der neue Tatbestand des Identitätsmissbrauchs
nach Art. 179^{decies} E-StGB**

CONSTANCE KAEMPFER
**L'obligation internationale de mettre des aires
d'accueil à disposition des gens du voyage**

XENIA ELISA KARAMETAXAS
L'engagement des investisseurs institutionnels

LILIANE DENISE MINDER
**Die Unverjährbarkeit von Ansprüchen
aus Grundrechts- und Kerngehaltsverletzungen**

DIKE 

Herausgeber / éditeurs

Stephanie Bernet
(Koordination deutschsprachige Beiträge)
Claude Eric Bertschinger (Marketing)
Valérie Dittli (Präsidium)
Ryan Gauderon
(Koordination französischsprachige Beiträge)
Andrés Payer (Webmaster)
Jan Wenk (Finanzen)
Floris Zuur
(Vizepräsident/Marketing)

Redakteure / rédacteurs

Sophia Balzaretto
Elisabeth Becker
Suzan Can

Tilla Caveng
Kaspar Ehrenzeller
Florian Fasel
Pascal Favrod-Coune
Gabriel Gertsch
Rehana Harasgama
Louise Hauptmann
Manon Joseph
Maya Kiepe
Alex Kistler
Nadia Kuźniar
Natalie Lisik
Kastriot Lubishtani
Aldina Mehmedovic
Pauline Monod
Raquel Pochon
Fiona Savary
Roman Schister
Martin Seelmann
David Zandirad

Vertrieb und Abonnementsverwaltung / Diffusion et abonnements

Dike Verlag AG
Weinbergstrasse 41, CH-8006 Zürich
Tel. 044 251 58 30, E-Mail verlag@dike.ch, www.dike.ch
Erscheint zweimal pro Jahr (Juni, November) / Parution deux fois l'an (juin, novembre)

Abonnementspreis / Prix de l'abonnement

Jahresabonnement / Abonnement annuel:
CHF 72.– inkl. MWSt/TVA incluse
Jahresabonnement Studierende (bitte Kopie der Legitimationskarte beilegen) / Abonnement annuel étudiants (joindre une copie de la carte de légitimation): CHF 58.– inkl. MWSt/TVA incluse

Die Zeitschrift kann auch als Einzelheft bezogen werden /
La revue est également vendue sous forme de cahiers séparés
Kündigungen für die neue Abonnementsperiode sind schriftlich
und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres
mitzuteilen. Beanstandungen können nur innert 8 Tagen nach
Eingang der Sendung berücksichtigt werden. Für durch die Post
herbeigeführte Beschädigungen sind Reklamationen direkt bei der
Poststelle am Zustellort anzubringen.

*La résiliation de l'abonnement pour une nouvelle période doit être
communiquée par écrit au plus tard jusqu'au 31 octobre de l'année
précédant la nouvelle période. Seules les réclamations faites dans
les huit jours dès réception du numéro seront prises en compte.
Les réclamations relatives aux dommages causés par les services
postaux doivent être directement adressées à l'office postal de
distribution.*

Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen
ihren Teilen sind vorbehalten. Jeder Nachdruck, Vervielfältigung,
Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und
andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der
vorherigen schriftlichen Einwilligung der Dike Verlag AG.

*Toute réimpression, reproduction, mise sur microfilm,
enregistrement sur un support électronique de données et
exploitation sous toute autre forme de chacune des parties de cette
revue requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition Dike
Verlag AG.*

Weitere Informationen zur Zeitschrift, Inserate-, Unterstützungs-
und Publikationsmöglichkeiten finden Sie unter www.ex-ante.ch.

*Vous trouverez plus d'informations sur la revue, l'insertion
d'annonces ainsi que les possibilités de soutien et de publication sur
www.ex-ante.ch.*

Umschlagbild: © by-studio – Adobe Stock

ISSN 2297-9174
ISBN 978-3-03891-275-0

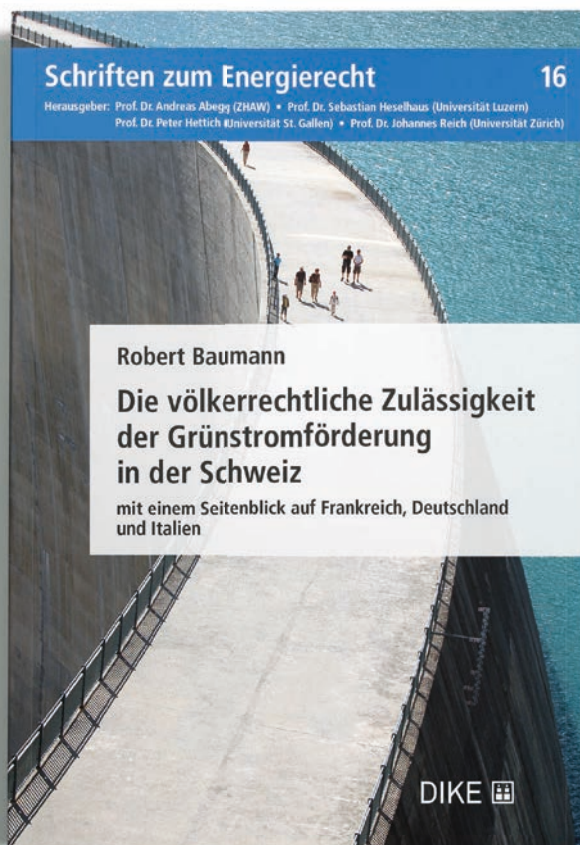
Robert Baumann

Die völkerrechtliche Zulässigkeit der Grünstromförderung in der Schweiz

mit einem Seitenblick auf Frankreich,
Deutschland und Italien

Die Schweiz will den Anteil des Grünstroms mit Fördermassnahmen erhöhen. Ob dies mit den geltenden internationalen Verpflichtungen vereinbar ist, ist umstritten und bisher noch nicht abschliessend geklärt worden. Mit der vorliegenden Studie wird diese Lücke geschlossen.

2021, ca. 52 Seiten, broschiert
ISBN 978-3-03891-257-6
ca. CHF 35.–
Erscheint im November 2020



Inhaltsübersicht / Sommaire / Contents

La grève pour le climat : une entorse justifiée à l'obligation de fréquenter l'école publique ?

FLORIAN EGGER / RAPHAËL MENETRIER DE JOLLIN 3

Ansätze und Umsetzungsmöglichkeiten einer « Fleischsteuer »

MATTHIAS GARTENMANN / ANDREAS HÖSLI 10

Klimawandel und strafrechtlicher Notstand

Zugleich Besprechung des Urteils des Bezirksgerichts Lausanne PE19.000742/PCL/IIIb vom 13. Januar 2020

ANDRÉS PAYER 21

Der neue Tatbestand des Identitätsmissbrauchs nach Art. 179^{decies} E-StGB

YANNICK REBER 33

L'obligation internationale de mettre des aires d'accueil à disposition des gens du voyage

CONSTANCE KAEMPFER 38

L'engagement des investisseurs institutionnels

Résumé de thèse de doctorat

XENIA ELISA KARAMETAXAS 47

Die Unverjährbarkeit von Ansprüchen aus Grundrechts- und Kerngehaltsverletzungen

Über das Wann und Wie eines nachträglichen Ausgleichs –
Dissertationsbesprechung

LILIANE DENISE MINDER 51

Die Unverjährbarkeit von Ansprüchen aus Grundrechts- und Kerngehaltsverletzungen

Über das Wann und Wie eines nachträglichen Ausgleichs – Dissertationsbesprechung

LILIANE DENISE MINDER*

SCHLAGWÖRTER

Grundrechtsverletzung – Randgruppen – Verjährung

I. Bürden der Vergangenheit

Die vorliegend besprochene Dissertation¹ befasst sich mit weit zurückliegenden Verletzungen von fundamentalen Grundrechtsgarantien und ihrem heutigen Umgang damit. In neuerer Zeit stellen sich die Fragen, wie mit solchen Grund- und Kerngehaltsverletzungen umzugehen ist vor allem bei jenen Tausenden von betroffenen Menschen, die Opfer von sogenannten fürsorglichen Zwangsmassnahmen² oder Fremdplatzierungen³ sind und im Rahmen dieser staatlichen Massnahmen und als Folge davon teilweise schwersten Schaden erlitten. Die Auswirkungen dieser Verletzungen begleiten die Opfer ihr gesamtes Leben. Doch die Durchsetzung ihrer Ansprüche scheitert heute an den verjährungs- und verwirkungsrechtlichen Bestimmungen.

Den Anstoss für die vertiefte juristische Auseinandersetzung und das Postulat, dass die bestehenden verjährungsrechtlichen Strukturen geändert werden müssen, gaben die Aufarbeitungsmassnahmen des dunkelsten Ka-

pitels der Schweizer Sozialrechtsgeschichte: die Geschehnisse rund um die fürsorglichen Zwangsmassnahmen und Fremdplatzierungen im 19. und 20. Jahrhundert. Hier ist gleichzeitig festzuhalten, dass vergangene Grund- und Kerngehaltsverletzungen auch in anderen Themenfeldern eine Reaktion in der Gegenwart erforderlich mach(t)en.⁴

Die heute erforderliche Reaktion geht über die Anwendung der üblichen geltenden rechtlichen Mechanismen hinaus und zeigt auf, dass sie ihren Ursprung in den Konzeptionen über die Gerechtigkeit und damit der Gleichheit aller Menschen finden muss. Damit stehen die Überlegungen zur Unverjährbarkeit von vergangenen Grundrechts- und Kerngehaltsverletzungen am Scheideweg zwischen den bestehenden rechtsstaatlichen Bestimmungen und den universell-gültigen Menschenrechtsgarantien. Sie sind deshalb als eine Reflexion über die Machtlosigkeit der Gesetze ausserhalb ihrer traditionellen Prozesse zu verstehen.

Die rechtsdogmatische Grundlage dieser Überlegungen bildet die Rechtsfortbildung, welche die behördliche Beurteilung der damaligen Verletzungen zum heutigen Zeitpunkt ermöglichen soll.⁵ Nachfolgend wird zuerst kurz dargelegt, wann Recht überhaupt zu Unrecht wird. Dem wird durch das Heranziehen von Überlegungen zur Gerechtigkeit und Gleichheit begegnet. Gleichzeitig wird aufgezeigt, dass in Zeiträumen, in welchen in der Schweiz kein grundrechtlicher Schutz in Bezug auf das

* Dr. iur., Rechtsanwältin, Wissenschaftliche Mitarbeiterin bei der Stiftung Kinderschutz Schweiz.

¹ LILIANE DENISE MINDER, Die Unverjährbarkeit von Ansprüchen aus Grundrechts- und Kerngehaltsverletzungen – Ein Beitrag zum Umgang mit sozialen Randgruppen in der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert am Beispiel fürsorglicher Zwangsmassnahmen und Fremdplatzierungen, Diss. Zürich 2020.

² Behördlich angeordnete Versorgungen von Kindern, Jugendlichen oder Erwachsenen in Straf- oder Erziehungsanstalten, Zwangsadoptionen, Medikamentenprüfungen oder Eingriffe in die Reproduktionsrechte (Schwangerschaftsabbrüche, Sterilisationen, Kastrationen unter Zwang), vgl. MINDER (Fn. 1), 241.

³ Behördliche Unterbringungen von Kindern oder Jugendlichen ausserhalb ihrer Familien in Heimen, Anstalten oder Pflegefamilien (mit oder ohne gewerbliche resp. landwirtschaftliche Betriebe), vgl. MINDER (Fn. 1), 240.

⁴ Zu denken ist dabei einerseits an bereits geschehene Rehabilitierungen, wie jene der Widerstandskämpfer und -kämpferinnen zur Zeit des Spanischen Bürgerkriegs oder des Zweiten Weltkriegs und andererseits an noch nicht ausgeglichene Verletzungen von Grundrechten und Kerngehalten, welche (noch) auf Ausgleichsmassnahmen warten. Eingehend dazu MINDER (Fn. 1), 216 f., 304 ff.

⁵ Dazu im Detail MINDER (Fn. 1), 286 ff.; zur gerichtlichen Gestaltungsfreiheit MINDER (Fn. 1), 427 ff.

Grundrecht der persönlichen Freiheit bestand, eine naturrechtliche Doktrin – konkret: die berühmte Formel von Gustav Radbruch – Geltung erhalten soll. Diese Lehre hilft gleichzeitig auch das Verständnis der universellen Gültigkeit der Menschenrechte zu schärfen und leitet auf die grundrechtsdogmatische Haltung der Unverjährbarkeit von Ansprüchen aus Grundrechts- und Kerngehaltsverletzungen über.

II. Grundrechtlicher Schutz

Vorweg ist festzustellen, dass die im 19. und 20. Jahrhundert nach kommunalen oder kantonalen Erlassen und später gemäss dem Zivil- oder Strafgesetzbuch angeordneten fürsorglichen Zwangsmassnahmen und Fremdplatzierungen die physische und psychische Integrität der Opfer verletzen.⁶ Höherrangige Bestimmungen schützten die Rechte der betroffenen Personen wie die Menschenwürde oder die persönliche Freiheit i.e.S.⁷ gar nicht oder zu wenig.⁸ Die Eingriffe und Verletzungen in die grundrechtlich geschützten Bereiche resultierten u.a. aus dem Verständnis einer patriarchalen Geschlechterordnung und der rigiden Überzeugung der damals herrschenden Arbeits- und Sexualmoral.⁹ Sie folgten den im staatlichen System inhärenten festgelegten Abläufen: Verschiedene offen formulierte rechtliche Bestimmungen führten dazu, dass diverse Erlasse auf eine Vielzahl von unterschiedlichen Lebenssachverhalten angewendet wurden und damit eine grosse Anzahl von Personen in den Fokus der Behörden geriet. Die angeordneten Massnahmen beschnitten ihre Freiheit oder entzogen diese ganz.¹⁰

Diese Verletzungen betrafen grundrechtlich geschützte Bereiche der Betroffenen, die jedoch zu jener Zeit nicht als geschriebene Grundrechte geschützt wurden: Die Bundesverfassungen von 1848¹¹ und 1874¹² schützten

zwar die damals für sie politisch und wirtschaftlich wichtigen Freiheitsrechte.¹³ Obwohl gewisse Tendenzen zur Festschreibung des Schutzes der persönlichen Freiheit i.e.S. seit der Helvetik ersichtlich waren, sahen die beiden Bundesverfassungen die persönliche Freiheit i.e.S. nicht als justiziables Grundrecht vor, da sie lediglich als allgemeines und damit nicht justiziables Staatsziel erwähnt wurde.¹⁴ Das Recht auf persönliche Freiheit in der heutigen Fassung wurde erst am Ende des 20. Jahrhunderts als Art. 10 Abs. 2 explizit in die Bundesverfassung¹⁵ aufgenommen.

Erst nach den Wirren des Zweiten Weltkrieges mass die Gesellschaft den individuellen Freiheitsrechten mehr Gewicht bei.¹⁶ Sie stellte dabei fest, dass die in der Bundesverfassung von 1874 verankerten Grundrechte nicht ausreichten, um einen umfassenden Schutz der Freiheitsrechte zu garantieren. Eine Revision der Verfassung wurde aus politischen Gründen jedoch nicht in Erwägung gezogen. Deshalb musste der Weg über das höchste Gericht beschritten werden.¹⁷ Das Bundesgericht erkannte die Unvollständigkeit der Bundesverfassung von 1874 an und behob die gesetzgeberischen Regelungsdefizite kontinuierlich. Hinsichtlich der persönlichen Freiheit tat es dies in BGE 89 I 92 im Jahr 1963. Erst in diesem Entscheid wurde die persönliche Freiheit i.e.S. – konkret die Bewegungsfreiheit, die körperliche Integrität sowie alle übrigen Freiheiten, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung darstellen – als ungeschriebenes Grundrecht anerkannt.¹⁸

Ein Jahr später anerkannte es in BGE 90 I 29, dass die persönliche Freiheit nicht nur die Bewegungsfreiheit und die körperliche Integrität enthielt, sondern auch eine psychische Komponente umfasste: also die Fähigkeit, eine gegebene Lage zu würdigen und danach zu handeln.¹⁹ Das Bundesgericht hat damit die ursprünglichen, sich bereits lange in der Rechtskultur befindlichen Freiheitsrechte als Grundrechte anerkannt und so die geschichtliche Tradi-

⁶ Veranschaulichung an vier Fallbeispielen bei MINDER (Fn. 1), 17 ff., 484 ff.

⁷ Die persönliche Freiheit kann in einem weiten und engen Sinne verstanden werden. Persönliche Freiheit i.w.S. umfasst nach der hier vertretenen Auffassung die Menschenwürde und das Recht auf Leben; die persönliche Freiheit i.e.S. umfasst die körperliche Integrität, die geistige Unversehrtheit, die Bewegungsfreiheit sowie das Folterverbot.

⁸ Zum Umfang des grundrechtlichen Schutzes vgl. MINDER (Fn. 1), 326 ff.

⁹ Vgl. dazu MINDER (Fn. 1), 93 ff., 104 ff.; 107 ff.

¹⁰ Siehe dazu eingehend MINDER (Fn. 1), 45 ff.

¹¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. Herbstmonat 1848, BBl 1849 I 3.

¹² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (AS 1 1; BS 1 3).

¹³ So die Eigentumsfreiheit, die Handels- und Gewerbefreiheit, die Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie die Kultusfreiheit.

¹⁴ HANS PETER RENFER, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit, Untersuchungen zur bundesgerichtlichen Praxis, Diss. Basel 1972, 2, bspw. hinsichtlich der Voraussetzungen zu Verhaftungen wie auch des Schuldverhafts.

¹⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

¹⁶ Siehe zur internationalen Entwicklung MINDER (Fn. 1), 137 ff.

¹⁷ RENÉ PAHUD DE MORTANGES, Schweizerische Rechtsgeschichte, Ein Grundriss, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017, N 302.

¹⁸ BGE 89 I 92, 98, E. 3.

¹⁹ BGE 90 I 29, 34, E. 3.

tion in seine Rechtsprechung einfließen lassen.²⁰ Dabei stützte es seine Überlegungen auf die Ansicht, die Freiheitsrechte stellten einen unentbehrlichen Teil der staatlichen Ordnung dar und müssten damit als Grundlage für die Ausübung anderer Freiheitsrechte dienen.²¹ Erst ab diesem Zeitpunkt kann damit hinsichtlich der persönlichen Freiheit von einem Grundrechtsschutz, wenn auch nicht *expressis verbis* von einem normierten Schutz auf eidgenössischer Ebene, ausgegangen werden.²²

Die nachfolgenden Überlegungen zur Gerechtigkeit verfolgen einen anderen Weg und zeigen auf, dass sowohl in Zeiten, in welchen in der Schweiz kein grundrechtlicher Schutz in Bezug die persönlichen Freiheit bestand, als auch im Generellen moralische Grundsätze zur Bestimmung eines späten Ausgleichs von Grundrechts- und Kerngehaltsverletzungen herangezogen werden können und müssen. Diese Gedanken bilden die Basis der universellen Menschenrechte. Der Begriff der Gerechtigkeit an sich ist seiner Natur nach auslegungsbedürftig – es gibt keine allgemein gültige Definition von Gerechtigkeit. Allein über diese Begrifflichkeit könnten Bibliotheken gefüllt werden. Tatsache bleibt, dass eine Welt, in welcher Gerechtigkeit herrscht, seit jeher sowohl ein Grundbedürfnis wie auch ein Leitziel der Menschheit ist und sich heute die Frage stellt, ob das damalige gesetzte Recht heute als Unrecht betrachtet werden muss oder ob damaliges gesetztes Recht auch heute noch Recht ist.²³

Mit der Frage nach dem Verhältnis von Recht und Wertvorstellungen im Sinne von Moral beschäftigen sich seit mehr als zwei Jahrtausenden das Naturrecht und seit Beginn des 19. Jahrhunderts der Rechtspositivismus intensiv. Beide Lehren haben das gemeinsame Ziel, allgemein gültige Gerechtigkeitsprinzipien zu definieren. Diese Allgemeingültigkeit bildet somit den Schlüssel zur Lösung. Zugleich haben sie die gemeinsame Schwierigkeit, dass die normative Bedeutung der Gerechtigkeit eine substanzuell moralische Frage ist.²⁴ Damit ist im Grundsatz gesagt, dass Gerechtigkeit zwar einen Teil der Moral bildet und sich Gerechtigkeitsgrundsätze auf das soziale Zusammenleben, das sich verändert, beziehen.²⁵ Vielfach orientieren sie sich jedoch am Gedanken der Gleichheit. Dieser Gedanke muss den Grundstein für alle darauf aufbauenden Überlegungen bilden. Bereits seit der Antike und bis zu Beginn des 19. Jahrhunderts waren die Rechtslehren von naturrechtlichen Ansätzen und damit der Frage nach universell gültigen Rechten geprägt. Begründet wurden sie moralphilosophisch oder auch theologisch. Auch als überpositives Recht bekannt, beanspruchte das Naturrecht gemäss seinen Vertretern universelle Gültigkeit und musste damit weder durch Rechtssetzungsakte verankert noch ausser Kraft gesetzt werden.²⁶

Hier wird kurz auf einen der berühmtesten Naturrechtsvertreter, GUSTAV RADBRUCH, eingegangen.²⁷ Recht

²⁰ IRÈNE ZÜRCHER-LOREZ, Die Begründung der Anerkennung ungeschriebener Grundrechte in der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts, Diss. Basel 1988, 60 f., welche der Auffassung war, dass eine richterliche Anerkennung eines bisher nicht kodifizierten Freiheitsrechts stattfinden darf, wenn dieses von der Rechtsgemeinschaft als so wichtig erachtet wird, dass seine Aufnahme durch das Verfassungsgericht als stillschweigend legitimiert erachtet werden kann.

²¹ HANS OBERHÄNSLI, Die Gewährleistung der Freiheitsrechte, unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsmässigen Garantie der persönlichen Freiheit, Diss. Zürich 1971, 80, m.H. auf BGE 91 I 480, 485.

²² HANS HUBER, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht: Festgabe der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den schweizerischen Juristenverein 1955, 338, welcher ausführte, dass diejenigen Grundrechte, welche nicht im Verfassungstext enthalten sind, als ungeschriebenes Verfassungsrecht gelten, da sie den «materiellen Rechtsstaat mitkonstituieren und zu seiner Wertordnung gehören»; anderer Auffassung war HANS BRÜHWILER, Die Freiheitsrechte der Kantonsverfassungen in ihrem Verhältnis zur BV, Diss. Bern 1948, 97 f. Nach ihm ist ungeschriebenes Verfassungsrecht Gewohnheitsrecht und könne nicht mit dem formellen Verfassungsrecht gleichgesetzt werden.

²³ Dazu im Detail MINDER (Fn. 1), 342 ff.

²⁴ NILS JANSEN, Die Struktur der Gerechtigkeit, Diss. Kiel 1997, Baden-Baden 1998, 38.

²⁵ Siehe zum Ganzen JANSEN (Fn. 24), 37 ff., der gleichzeitig aber auch ausführte, dass Gerechtigkeitsgrundsätze nicht nur auf sozialen Beziehungen, sondern auch auf anderen Rechts- und Moralnormen beruhten. JANSEN entwickelte vier Elemente, die die Gerechtigkeit als Teil der Verfassung der Moral kennzeichnen: Sie bildeten einen Teil der Sozialmoral, seien auf die Allokation von Gütern und Rechten bezogen, ihre Grundsätze stellten höchststufige Normen von höchster Allgemeinheit und Wichtigkeit dar und bildeten schliesslich einen materiellen Massstab für moralische Richtigkeit. JANSEN (Fn. 24), 57.

²⁶ Siehe dazu VLADIMÍR KUBEŠ, Das Naturrecht und die Reine Rechtslehre in neuer Auffassung, in: Ota Weinberger/Werner Krawietz (Hrsg.), Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker, Wien/New York 1988, 279 ff.; zu den Vertretern der Naturrechtslehre gehören nach ihm unter anderem Sokrates, Aristoteles, Platon, Augustinus, Thomas von Aquin, Gotius, Pufendorf, Thomasius, Chr. Wolff, Leibniz, Hegel sowie Rousseau und Kant. Kant hat das von Hume herausgebildete metaethische Prinzip, wonach nicht von einem Sein auf das Sollen geschlossen werden dürfe, bejaht und sich diesbezüglich vom naturrechtlichen Ansatz distanziert; vgl. DAVID HUME, A Treatise of Human Nature II, The Philosophical Works, Bd. 2, London 1828, 245 f.; Kant selbst gilt als Schöpfer des Methodendualismus (das Sein und das Sollen sind differenzial).

²⁷ Im Detail MINDER (Fn. 1), 347 ff.

war für RADBRUCH nur dasjenige Recht, das «[...] der Gerechtigkeit zu dienen wenigstens bezweckt [...]».²⁸ Davon ausgehend kann dies gerechtes, nicht aber in Gesetzesform gegossenes Recht sein. Gerechtigkeit im engen Sinn bedeutete für ihn zu Beginn die «Abstraktion von gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkte».²⁹ Danach waren gesetzliche Normen, die wegen ihrer formalen Struktur die Gleichbehandlung missachteten, ungerecht. Basierend auf dieser formalen Gerechtigkeit kann Einzelfallgesetzen ihr Rechtscharakter abgesprochen werden, weil sie per se nur auf eine einzige Konstellation bezogen und deshalb ungleich sind. Die Zweckmässigkeit von Gesetzen war für ihn nur anhand einer gesollten und absoluten Zweckidee des Rechts begründbar.³⁰ In der Rechtssicherheit sah RADBRUCH schliesslich die Gewährleistung von Frieden und Ordnung in der verbindlichen Feststellung des Rechtsinhalts durch staatliche Autorität.³¹

Losgelöst von der zeitlichen Betrachtungsweise können damit moralische Grundsätze zur Bestimmung eines späten Ausgleichs von vergangenem Unrecht herangezogen werden.³² Das Hauptverdienst dieser Prinzipien ist ihre universelle Gültigkeit; RADBRUCH stellte bei seiner berühmten Formel³³ im Grundsatz auf die Gleichheit ab, welche sich am Kern der Gerechtigkeit orientiert. Seine Formel dient somit hier der Beurteilung früherer Gesetze und damaliger Handlungen im Hinblick auf ihre heutigen Rechtsfolgen. Aus ihrer Anwendung resultiert, sowohl aus früherer als auch aus heutiger Perspektive betrachtet, dasselbe Ergebnis: Recht und Taten, die die Gleichheit der Menschen absprachen, waren damals Unrecht und bleiben es auch heute. Damit kann folgendem Einwand begegnet werden: Grundrechts- und Kerngehaltsverletzungen im 19. und 20. Jahrhundert waren zwar im damals herrschenden gesellschaftlichen Wertesystem verankert. Jedoch kann nicht daraus abgeleitet werden, dass früher

Recht war, was heute Unrecht ist, sondern es war und ist Unrecht.³⁴

III. Unverjährbarkeit von Ansprüchen aus Grundrechts- und Kerngehaltsverletzungen

In der Dissertation wird der Ansatz vertreten, dass die Verletzung von fundamentalen Grundrechtsgehalten und damit ein wirksamer Grundrechtsschutz nicht an prozessualen Fristen scheitern darf.³⁵ Diese Ansicht ist nicht neu; so haben sich bereits verschiedene Juristen mit diesen Fragestellungen auseinandergesetzt.³⁶ Nach der hier vertretenen Auffassung geniessen die Verfassungsnormen im Grundsatz und in Anwendung des Prinzips der Gleichrangigkeit von Verfassungsnormen Gleichwertigkeit.³⁷ Insbesondere in Bezug auf die Grundrechtsgarantien soll grundsätzlich keine Norm stärker gewichtet werden als eine andere. Die jeweiligen Kerngehaltsgarantien sowie die Bestimmungen des zwingenden Völkerrechts müssen hingegen bei jedem Grundrecht separat ermittelt werden. Diese haben aufgrund ihrer Unantastbarkeit absolute Geltung. Deshalb kommt ihnen eine Vorrangstellung innerhalb der Grundrechtsordnung zu: Die Grundrechtspositionen an sich und die Kerngehalte davon bilden somit zwei Kategorien, wobei dem Kerngehalt sowohl in prozeduraler als auch in materieller Hinsicht schliesslich mehr Gewicht beigemessen wird.³⁸ Dies be-

²⁸ GUSTAV RADBRUCH, *Die Problematik der Rechtsidee*, Gesamtausgabe 2, Leipzig 1924, 462.

²⁹ GUSTAV RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Gesamtausgabe 2, Leipzig 1932, 259.

³⁰ GUSTAV RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Gesamtausgabe 2, Leipzig 1914, 91.

³¹ GUSTAV RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Gesamtausgabe 1, Leipzig 1929, 238.

³² Eine schematische Übersicht dazu findet sich bei MINDER (Fn. 1), 549 ff.

³³ Seine berühmte Formel hat er nach dem Zweiten Weltkrieg verfasst. Vgl. hierzu GUSTAV RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, mit einer Einführung von Winfried Hassemer, Baden-Baden 2002.

³⁴ Dazu im Detail MINDER (Fn. 1), 342 ff.

³⁵ Eingehend hierzu MINDER (Fn. 1), 435 ff.; weiter zu den Verwirklichungspflichten des Staats MINDER (Fn. 1), 396 ff.

³⁶ So u.a. CHRISTOPH LEUENBERGER, *Die unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechte in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichtes*, Eine Untersuchung über die Befristung und Verzichtbarkeit des grundrechtlichen Abwehranspruches, insbesondere in der staatsrechtlichen Beschwerde, Diss. Bern 1976; ATTILIO R. GADOLA, *Verjährung und Verwirkung im öffentlichen Recht*, AJP 1995, 74 ff.; MARKUS SCHEFER, *Die Kerngehalte von Grundrechten*, Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Habil. Bern 2001.

³⁷ Siehe zum Ganzen ULRICH HÄFELIN, *Verfassungsgebung*, ZSR 2/1974, 74 ff., 88 ff.; das Bundesgericht hat diesen Grundsatz in einem frühen Entscheid wie folgt festgehalten: «Es giebt innerhalb des Geltungsgebietes der nämlichen Verfassung nicht ein höher und ein minderwertiges Verfassungsrecht in dem Sinne, dass dieses vor jenem weichen müsste, sondern es bestehen sämtliche Grundsätze des Verfassungsrechtes mit gleicher Rechtskraft neben einander», BGE 22 I 1012, E. 5.

³⁸ Siehe dazu JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Aufl., Bern 2008, 955; EVA MARIA BELSER/BERNHARD WALDMANN/EVA MOLINARI, *Grundrechte I*, Allgemeine Grundrechtslehre, Zürich/Basel/Genf 2012, Kap. 8 N 20; zu Teilbereichen der Grundrechte sprach sich

deutet, dass die Kerngehalte von Grundrechten sowie die Bestimmungen des zwingenden Völkerrechts in materielle und verfahrensrechtlicher Hinsicht eine Vorzugsstellung innehaben: Würden Bestimmungen des *ius cogens* resp. die notstandsfesten Menschenrechte des Völkerrechts oder andere Kerngehalte von Grundrechten verletzt, können solche Verstöße zu jeder Zeit von den Betroffenen direkt – und nicht durch ihre Rechtsnachfolger, da es sich um höchstpersönliche Rechte handelt – geltend gemacht werden. Diese Argumentation deckt sich auch mit der Auffassung des Bundesgerichts, wonach «[...] die Hürden zur Anerkennung einer Grundrechtsgarantie als unverjährbar und unverzichtbar speziell hoch anzusetzen sind. Es ist daher zu verlangen, dass das angerufene Grundrecht in einem Schutzbereich angesprochen ist, der derart fundamentale Aspekte der Persönlichkeit oder der Menschenwürde betrifft, dass ein Eingriff schon an sich als besonders schwerwiegend erscheint.»³⁹ Nach diesem Passus zieht das Bundesgericht selbst die Grenze der Unverjährbarkeit von schwerwiegenden Verstößen gegen Persönlichkeitsrechte einer Person resp. bei der Würde eines Menschen. Kerngehalte von Grundrechten gelten nach der Rechtsprechung und h.L. damit absolut – diese werden abstrakt umschrieben und erhalten unabhängig einer Einzelfallabwägung absolute Geltung.⁴⁰

Die Menschenwürde bildet die materielle Grundlage der Kerngehalte. So formulieren es auch SCHEFER und MOLINARI.⁴¹ Der Umfang der Menschenwürde ist aber verfassungsrechtlich nicht klar definiert. Der Grund dafür liegt einerseits im gesetzgeberischen Willen, den Begriff nicht bestimmten Prinzipien zu unterwerfen und damit entwicklungs offen zu halten, sowie andererseits in der Absicht, kein konkretes Menschenbild zu kreieren, welches wiederum andere Auffassungen eines Menschenbilds ausschliessen würde.⁴² Ausgehend davon wird die Würde eines Menschen nicht positiv umschrieben, sondern von einem negativen Standpunkt her betrachtet und damit vom Tatbestand einer Grundrechtsverletzung aus definiert.⁴³ Die Menschenwürde dient damit sowohl als Leitlinie zur Konkretisierung von grundrechtlichen

Kerngehalten als auch als Auffanggrundrecht.⁴⁴ Doch auch die negative Feststellung bedingt, dass sowohl der Inhalt wie auch der Umfang der Würde einer Person näher umschrieben werden müssen. Dieses Paradoxon wird dadurch überwunden, indem gewisse unabdingbare Schutzgehalte, die einem Menschen zustehen, benannt werden.⁴⁵ Diese Schutzgehalte sind vielfach deckungsgleich mit den grundrechtlichen Kerngehalten und diese werden ihrerseits wiederum durch die Menschenwürde geprägt.⁴⁶ Ein subjektiv-rechtlicher Anspruch auf Schutz ergibt sich in Zustimmung zu BELSER/MOLINARI damit auch immer dann, wenn die Menschenwürde oder die Kerngehalte anderer Grundrechte betroffen sind.⁴⁷ Der Kerngehalt der persönlichen Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV wird beispielsweise durch die Menschenwürde konkretisiert und schützt damit neben der physischen, psychischen und sexuellen Integrität auch vor Misshandlungen, Missbräuchen oder Vergewaltigungen.⁴⁸

BGE 118 Ia 209 ist nach dem Gesagten dahingehend zu verstehen, dass beim Massstab zur Beurteilung, ob eine Kerngehaltsverletzung als unverjähr- und unverzichtbar gilt, bei der Menschenwürde anzusetzen ist, welche wiederum durch die Kerngehalte der verschiedenen Grundrechte konkretisiert wird. Wie auch SCHEFER ausführt, können dem tatsächlichen Schutz der Grundrechte – und besonders den Kerngehalten – prozessuale Hürden innerhalb der Rechtsdurchsetzung entgegenstehen.⁴⁹ Dort ist jedoch fraglich, welche verfahrensrechtlichen Folgen die Verletzungen von Grundrechten mit sich ziehen, wenn sie als unverjähr- und unverzichtbar qualifiziert werden. Diesen Fragen widmet sich die Lehre der unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechte. SCHEFER vertiefte in seiner Habilitationsschrift besonders die Fragen des Verzichts, des missbräuchlichen Verhaltens des Grundrechtsträgers sowie des prozessualen Schutzes der Grundrechte und ihrer Kerngehalte. Er hielt fest, dass den Kerngehalten

auch PIERRE TSCHANNEN, *Verfassungsauslegung*, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz, Droit constitutionnel Suisse*, Zürich 2001, 153, aus.

³⁹ BGE 118 Ia 209, 214, E. 2b.

⁴⁰ EVA MOLINARI, *Die Menschenwürde in der Schweizerischen Bundesverfassung*, Diss. Freiburg 2018, N 200 m.w.H. auf SCHEFER (Fn. 36), 147 ff.

⁴¹ MOLINARI (Fn. 40), N 154 f., 199, 224, 679 und 820; SCHEFER (Fn. 36), 17 ff. sowie 562 ff.

⁴² BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7 N 3 ff.

⁴³ BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7 N 14.

⁴⁴ REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTENBACH, *Grundrechte*, 3. Aufl., Bern 2018, § 10, 129; BGE 132 I 49, 55, E. 5.1.

⁴⁵ MOLINARI (Fn. 40), N 273 ff., wonach sich dieses Paradoxon besonders dort zeigt, wo die Umrisse und Konturen der Menschenwürde besonders klar sichtbar sind und damit ihr Schutz besser gelingt. Denn auf der anderen Seite steigt damit das Risiko, dass Menschen ein- oder ausgegrenzt werden. DIES., N 275.

⁴⁶ MATTHIAS MAHLMANN, *Die Garantie der Menschenwürde in der Schweizerischen Bundesverfassung*, AJP 2013, 1307 ff., 1311.

⁴⁷ BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7 N 66, sowie MOLINARI (Fn. 40), N 63 und 988.

⁴⁸ BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 58.

⁴⁹ SCHEFER (Fn. 36), 400.

aller Grundrechte besonderer Schutz zukommen müsse und dadurch Ausstrahlungswirkungen auf andere zentrale Aspekte von Grundrechten entstünden, welche zwar noch keine Kerngehalte darstellen, jedoch auch ihnen besonderen Schutz verleihen sollen.⁵⁰

Diese Ausführungen erlauben es, die Menschenwürde als zentrales Element eines Rechtsstaats zu bezeichnen, welche als nicht verjährbar und ebenso als nicht verzichtbar zu gelten hat.⁵¹ Die Menschenwürde stellt also ein durchsetzbares Recht dar und ist dann gerichtlich einklagbar, wenn bestimmte Schutzgehalte eines Menschen verletzt wurden.⁵² Weil Grundrechte ihren Gehalt auch aus den unantastbaren Bereichen von Grundrechten, also den Kerngehalten, schöpfen, gelten diese als unverjährbar und unverzichtbar.⁵³

Dieser Argumentation folgend, können diese Ansätze auf ein mögliches gerichtliches Verfahren einer Person, welche bereits verjährte Kerngehaltsverletzungen erlitten hat, bezogen werden: In verfahrensrechtlicher Hinsicht löst damit diese Überzeugung keine prozessualen Fristen aus und die Verzichtserklärung einer betroffenen Person auf Geltendmachung des Anspruchs aus der Verletzung ist nicht bindend.⁵⁴ Ein Opfer einer Kerngehaltsverletzung kann diesen Anspruch ohne Rücksicht auf den Zeitablauf bei der zuständigen staatlichen Behörde geltend machen.⁵⁵ Eine Schranke bei der Geltendmachung von Ansprüchen aus Kerngehaltsverletzungen bildet das Rechtsmissbrauchsverbot, welches auf dem in Art. 2 Abs. 2 ZGB⁵⁶ verankerten und für die gesamte Rechtsordnung geltenden Grundsatz von Treu und Glauben gründet und sich in Art. 5 Abs. 3 BV wiederfindet.⁵⁷ Opfer haben damit keinen vorbehaltlosen Anspruch auf Gutheissung der von ihnen gestellten Begehren. Dies ist dann der Fall, wenn die Rechtspflegebehörde zum Schluss kommt, die aus der Kerngehaltsverletzung geltend gemachten Ansprüche seien rechtsmissbräuchlich.

In Bezug auf den Anspruch auf Klärung von verjährten Verletzungen von Grundrechtsgehalten kommt nach der vorliegenden Ansicht den Feststellungsverfügungen oder -urteilen eine wichtige Aufgabe zu: Diese begründen keine neuen Rechte oder Pflichten, sondern stellen

die vergangenen irreversiblen Grundrechtsverletzungen fest.⁵⁸ Solchen Verfügungen oder Urteilen kommt kompensatorischer Charakter zu: Sie anerkennen die Grundrechtsverletzung als irreversibel und lassen der geschädigten Person in offizieller Art und Weise und vonseiten der staatlichen Behörden eine Anerkennung für das Erlittene zukommen.⁵⁹ Die Behörden versuchen damit, die erlittene Unbill auszugleichen und die Opfer verfügen über eine individuell-konkrete Verfügung. Damit hebt sich eine solche Massnahme von den generellen Wiedergutmachungsbemühungen⁶⁰ ab und würdigt die Leidengeschichten der Opfer persönlich.

IV. Neue Wege für die Gegenwart und Zukunft

Anhand der noch stark spürbaren Auswirkungen fürsorglicher Zwangsmassnahmen und Fremdplatzierungen in der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert kann aufgezeigt werden, dass vergangenes Unrecht eine Reaktion in der Gegenwart erforderlich macht, die über die Anwendung der üblichen geltenden rechtlichen Mechanismen hinausgeht. Diese muss ihre Bestimmung in den Konzeptionen zur Gerechtigkeit und der Universalität der Menschenwürde finden. Das Benennen und Aufzeigen des Ausmasses des vergangenen Unrechts dient nicht nur dem langen Weg einer Verständigung zwischen den Opfern und dem Staat, sondern öffnet auch den Blick auf die Gegenwart und die Zukunft. Was uns die Vergangenheit und ihr Umgang damit vor Augen führt, soll uns allen aufzeigen, dass wir lernfähig und bereit sein müssen, die Erkenntnisse aus der Vergangenheit zu berücksichtigen, um in der Zukunft neue Wege zu beschreiten. Damit ist das Erinnern ein in die Gegenwart und Zukunft gerichtetes Vorgehen. Die geforderten Mechanismen bedingen damit nach den von der Autorin vertretenen Ansichten eine Neuordnung gewisser bestehender Regelungen.

⁵⁰ SCHEFER (Fn. 36), 400.

⁵¹ So auch MOLINARI (Fn. 40), N 199.

⁵² MOLINARI (Fn. 40), N 917 f.

⁵³ Dazu im Detail MINDER (Fn. 1), 435 ff.

⁵⁴ MÜLLER/SCHEFER (Fn. 38), 956.

⁵⁵ Ausführlich hierzu MINDER (Fn. 1), 477 ff.

⁵⁶ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

⁵⁷ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020, N 722 ff.

⁵⁸ Beispielsweise eine in den Erwägungen getroffene Feststellung der Verletzung von Art. 4 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK: BGE 124 I 327, 334, E. 4d/bb.

⁵⁹ Siehe hierzu MINDER (Fn. 1), 410 ff., 484 ff.

⁶⁰ Zur Darstellung der politischen Aufarbeitung und Wiedergutmachung MINDER (Fn. 1), 181 ff.



ISBN 978-3-03891-275-0



9 783038 912750