Urteilskopf

126 II 145

15. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 21. Januar 2000 i.S. J. Spring gegen Schweizerische Eidgenossenschaft (verwaltungsrechtliche Klage)

Regeste (de):

Art. 116 lit. c und Art. 159 OG; Art. 1 Abs. 1 lit. a und b, Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 2, Art. 10, Art. 20 Abs. 1 VG; Art. 60 Abs. 2 OR; Art. 75bis StGB; Staatshaftungsanspruch eines während des Zweiten Weltkriegs zurückgewiesenen und den deutschen Behörden übergebenen jüdischen Flüchtlings.

Haftungsansprüche gegen Mitglieder des Bundesrats und des Parlaments sind im Verfahren der verwaltungsrechtlichen Klage zu beurteilen, auch wenn die angeblich widerrechtliche Handlung von Grenzwächtern begangen wurde; eine Aufspaltung des Rechtsmittelwegs rechtfertigt sich nicht (E. 1).

Haftungsansprüche gegen die Eidgenossenschaft aus Handlungen der Grenzorgane während des Zweiten Weltkriegs sind nach Art. 20 Abs. 1 VG absolut verwirkt, soweit die Berücksichtigung der entsprechenden Frist von zehn Jahren nicht gegen Treu und Glauben verstösst (E. 2 u. 3).

Der Grundsatz, wonach eine längere strafrechtliche Verjährungsfrist auch für den haftungsrechtlichen Anspruch massgeblich ist, gilt nicht für den Haftungsanspruch nach Art. 3 und Art. 6 VG (E. 4b).

Die Flüchtlings- und Asylpolitik der Schweiz während des Zweiten Weltkriegs war nach dem damals geltenden Recht nicht völkerrechtswidrig. Ein allfälliger Verstoss gegen nationales Recht (Verhältnismässigkeitsgrundsatz) rechtfertigt es nicht, von der Verwirkung abzusehen. Nur bei einer eigentlichen Teilnahme an einem Genozid könnte sich die entsprechende Frage stellen; eine solche Teilnahme ist nicht dargetan (E. 4c u. 4d).

Die ausserordentlichen Umstände des Falles rechtfertigen es, dem Kläger trotz seines Unterliegens eine Parteientschädigung zuzusprechen (E. 5).

Regeste (fr):

Art. 116 let. c et art. 159 OJ; art. 1 al. 1 let. a et b, art. 3 al. 1, art. 6 al. 2, art. 10, art. 20 al. 1 LRCF; art. 60 al. 2 CO; art. 75bis CP; action en responsabilité contre l'Etat d'un fugitif juif qui, durant la seconde guerre mondiale, a été refoulé et remis aux autorités allemandes.

Des prétentions en responsabilité à l'encontre de membres du Conseil fédéral et du Parlement doivent être jugées dans le cadre d'une action de droit administratif, même si le prétendu acte illicite a été commis par un garde frontière; une scission de la voie de droit ne se justifie pas (consid. 1).

Des prétentions en responsabilité contre la Confédération pour des actes d'agents de douane durant la deuxième guerre mondiale sont absolument périmées en vertu de l'art. 20 al. 1 LRCF, pour autant que la prise en compte du délai de dix ans qui y est prévu ne soit pas contraire au principe de la bonne foi (consid. 2 et 3).

Le principe, selon lequel un délai de prescription de plus longue durée prévu par le droit pénal s'applique également à une prétention en responsabilité, n'est pas applicable à la prétention fondée sur les art. 3 et 6 LRCF (consid. 4b).

La politique suisse en matière d'asile et de réfugiés durant la seconde guerre mondiale n'était pas, selon le droit en vigueur à l'époque, contraire au droit des gens. Une éventuelle violation du droit national (principe de la proportionnalité) ne justifie pas de faire abstraction de la péremption. La question ne se poserait qu'en cas de véritable participation à un génocide; une telle participation n'est pas démontrée (consid. 4c et 4d).

Les circonstances exceptionnelles du cas d'espèce justifient d'allouer des dépens au plaignant, même s'il succombe (consid. 5).

Regesto (it):

Art. 116 lett. c e art. 159 OG; art. 1 cpv. 1 lett. a e b, art. 3 cpv. 1, art. 6 cpv. 2, art. 10, art. 20 cpv. 1 LResp; art. 60 cpv. 2 CO; art. 75bis CP; azione di responsabilità nei confronti dello Stato promossa da un fuggitivo ebreo il quale, durante la seconda guerra mondiale, è stato respinto e consegnato alle autorità germaniche.

Le pretese di risarcimento danni contro membri del Consiglio federale o del Parlamento devono essere giudicate nell'ambito di un'azione di diritto amministrativo, anche se l'asserito atto illecito è stato perpetrato da una guardia frontiera; una scissione della via di diritto non si giustifica (consid. 1).

Le pretese di risarcimento danni contro la Confederazione per atti di agenti doganali durante la seconda guerra mondiale sono perente in modo assoluto in virtù dell'art. 20 cpv. 1 LResp., per quanto la presa in considerazione del termine di dieci anni ivi previsto non sia contraria al principio della buona fede (consid. 2 e 3).

Il principio secondo cui un termine di prescrizione più lungo previsto dal diritto penale si applica ugualmente ad una pretesa di risarcimento danni non ha alcuna validità nel caso di una pretesa fondata sugli art. 3 e 6 LResp (consid. 4b).

La politica svizzera in materia d'asilo e di rifugiati durante la seconda guerra mondiale non era, in base al diritto in vigore all'epoca, contraria al diritto delle genti. Un'eventuale violazione del diritto nazionale (principio della proporzionalità) non giustifica di fare astrazione dalla perenzione. La questione si porrebbe in caso di vera partecipazione ad un genocidio; una simile partecipazione non è dimostrata (consid. 4c e 4d).

Le circostanze eccezionali del caso giustificano di concedere ripetibili all'attore, anche se è soccombente (consid. 5).

Sachverhalt ab Seite 147

BGE 126 II 145 S. 147

Der am 18. Januar 1927 in Berlin geborene Joseph Sprung bzw. Joseph Spring, welcher seine polnische Staatsbürgerschaft auf Grund eines gegen die Juden gerichteten Erlasses verloren hatte, lebte seit 1939 als Emigrant in Belgien. Nachdem im August 1942 die Deportationen durch die Nationalsozialisten eingesetzt hatten, floh er nach Frankreich, während seine Mutter und sein Bruder in Belgien untertauchten. Joseph Spring verfügte über einen französischen Personalausweis auf den Namen Joseph Dubois, Protestant, aus Metz, als er - noch nicht ganz 17-jährig - im November 1943 mit zwei Cousins, Henri (21-jährig, tuberkulosekrank) und Sylver Henenberg (14-jährig), sowie mit dem französischen Staatsbürger Pierre Rollin (20-jährig) die Schweizer Grenze zu überschreiten versuchte. Dabei wurden sie von den schweizerischen Grenzbeamten unter der Androhung, bei einer erneuten Einreise direkt den deutschen Behörden übergeben zu werden, nach Frankreich zurückgewiesen. Wenige Tage später sind sie erneut im schweizerischen Grenzgebiet bei "La Cure" angehalten und den deutschen Grenzorganen übergeben worden. Dabei händigten die Schweizer Beamten den deutschen Behörden - nach Darstellung von Joseph Spring - nicht nur die falschen, sondern auch die richtigen Papiere aus, die ihn und seine Cousins als Juden auswiesen. In der Folge kamen Joseph Spring und seine beiden Verwandten zunächst ins Gefängnis von "Bourg-en-Bresse", danach wurden sie in das Sammellager "Drancy" bei Paris und im Dezember 1943 nach "Auschwitz" deportiert. Henri und Sylver Henenberg sollen noch am Tag ihrer Ankunft umgekommen sein. Joseph Spring überlebte das Konzentrationslager und vermochte sich im April 1945 in amerikanische Obhut zu retten. Seine Mutter und sein jüngerer Bruder überlebten die Naziherrschaft im belgischen Untergrund; Pierre Rollin wurde von seinen Begleitern getrennt und soll im März 1962 verstorben sein. Am 26. Januar 1998 reichte Joseph Spring beim Eidgenössischen Finanzdepartement gestützt auf

Art. 3 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes und seiner Behördemitglieder und Beamten (VG; SR 170.32) ein Genugtuungsbegehren über Fr. 100'000.- ein. Der Bundesrat nahm hierzu am 22. Juni 1998 negativ Stellung. Dabei hielt er fest, dass ihn die Eingabe des Beschwerdeführers "menschlich tief betroffen" habe. Der persönlichen Tragik des Schicksals des Gesuchstellers werde eine rein rechtliche Betrachtungsweise

BGE 126 II 145 S. 148

kaum gerecht; der Bundesrat sei sich des "unermesslichen Leids", welches der Gesuchsteller im Zweiten Weltkrieg durchlitten habe, bewusst und drücke ihm sein tief empfundenes Mitgefühl und Bedauern aus. In rechtlicher Hinsicht sei indessen davon auszugehen, dass der geltend gemachte Anspruch verwirkt oder verjährt sei. Auch wenn der geschilderte Sachverhalt "menschlich zutiefst betroffen" mache, stelle "nach rechtlicher Beurteilung das Verhalten der Schweizer Grenzbehörden namentlich keine Gehilfenschaft zu einem Akt des Völkermordes im Sinne von Art. III der Genozidkonvention dar". Weiter sei anzumerken, "dass sich der menschenrechtliche Ansatz des non-refoulement-Prinzips, d.h. die Ausgestaltung als subjektives Recht des Flüchtlings, erst nach dem Zweiten Weltkrieg durchgesetzt" habe. Die Schweiz - so der Bundesrat weiter - habe, zusammen mit anderen Staaten, während des Zweiten Weltkriegs "vielen Flüchtlingen Zuflucht gewährt", wobei festzustellen sei, "dass auch andere Staaten gewisse Flüchtlinge aufgenommen und andere zurückgewiesen" hätten. Am 13. Juli 1998 klagte Joseph Spring die Schweizerische Eidgenossenschaft beim Bundesgericht auf Ausrichtung einer Genugtuung von Fr. 100'000.- ein. Das Verhalten der schweizerischen Grenzorgane bzw. die deren Handeln bestimmenden Weisungen seien rechtswidrig gewesen, da sie den "Tatbestand der Beihilfe zum Völkermord" erfüllt und eine rechtswidrige Auslieferung dargestellt bzw. geschützt hätten; zudem sei gegen das Verbot der Rückschiebung in den Verfolgerstaat verstossen worden. Der Genugtuungsanspruch sei weder verwirkt noch verjährt, beruhe die entsprechende Forderung doch auf Kriegsverbrechen und strafrechtlich unverjährbaren Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Die Schweizerische Eidgenossenschaft beantragt, die Klage abzuweisen. Die Forderung sei verwirkt; zudem sei das Verhalten der schweizerischen Behörden damals weder völkerrechtswidrig noch sonstwie rechtswidrig gewesen. Das Bundesgericht weist die Klage ab und spricht dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 100'000.- zu
Erwägungen

aus folgenden Erwägungen:

1. a) Der Kläger stützt seinen Haftungsanspruch auf Vorkommnisse aus dem Jahre 1943. Damals galt noch das Bundesgesetz vom 9. Dezember 1850 über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten (BS 1 S. 462; vgl. hierzu: OTTO K. KAUFMANN, Die Verantwortlichkeit der Beamten und die
BGE 126 II 145 S. 149

Schadenersatzpflicht des Staates in Bund und Kantonen, in: ZSR 72/1953 S. 201a ff.). Dieses kommt vorliegend indessen nicht mehr zur Anwendung, da gemäss Art. 26 Abs. 2 des Verantwortlichkeitsgesetzes von 1958 die Haftung des Bundes nach den Art. 3 ff. auch für Schaden besteht, der vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes (auf den 1. Januar 1959) entstanden ist, "sofern weder Verjährung noch Verwirkung gemäss Artikel 20 eingetreten ist". Demnach muss in Anwendung des neuen Rechts geprüft werden, ob der Anspruch bei dessen Inkrafttreten bereits verwirkt oder verjährt war; in diesem Fall wäre die Haftung gemäss Art. 3 ff. VG zu verneinen. Es würde dann - was der Wortlaut von Art. 26 Abs. 2 VG nicht klar zum Ausdruck bringt - auch keine Haftung gemäss dem bisherigen Recht mehr bestehen, da der Gesetzgeber in Art. 27 VG alle dem neuen Recht widersprechenden Bestimmungen aufgehoben hat, so insbesondere auch das Verantwortlichkeitsgesetz von 1850 (Art. 27 lit. a VG; vgl. MORITZ KUHN, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten auf Grund des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 14. März 1958, mit besonderer Berücksichtigung von Art. 3 und Art. 12, Zürich 1971, S. 169). b) aa) Nach Art. 10 Abs. 1 VG in seiner Fassung vom 4. Oktober 1991 (in Kraft seit dem 1. Januar 1994 [AS 1992 S. 288; SR 173.110.01]) erlässt die zuständige Behörde über streitige Ansprüche gegen den Bund eine Verfügung, die im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege beim Bundesgericht angefochten werden kann. Eine Ausnahme gilt, soweit die Haftung aus der Amtstätigkeit von Personen im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 Buchstaben a-c des Gesetzes (Haftung für das Verhalten von Mitgliedern des National- und Ständerats, des Bundesrats oder des Bundesgerichts) abgeleitet wird. In diesem Fall entscheidet das Bundesgericht

als einzige Instanz im Verfahren der verwaltungsrechtlichen Klage (Art. 116 ff. OG); diese kann eingereicht werden, wenn die zuständige Behörde zum Anspruch innert drei Monaten nicht oder negativ Stellung genommen hat (Art. 10 Abs. 2 VG). Lehnt der Bund den Anspruch ab oder erhält der Geschädigte innert drei Monaten keine Stellungnahme, so hat er innert weiterer sechs Monate beim Bundesgericht zu klagen, ansonsten er sein Recht verwirkt (Art. 20 Abs. 3 VG).
bb) Joseph Spring leitet den Haftungsanspruch gegen die Eidgenossenschaft sowohl aus dem Verhalten der beteiligten Beamten an der Grenze als auch aus jenem des Bundesrats ab. Er stellt damit
BGE 126 II 145 S. 150

nicht nur das Handeln des Grenzpersonals und der damaligen Polizeiabteilung, sondern auch die Amtstätigkeit des Bundesrats und indirekt des Parlaments in Frage. Über seinen Anspruch ist deshalb im Verfahren der verwaltungsrechtlichen Klage zu entscheiden. Eine Aufspaltung in ein Beschwerde- und Klageverfahren ist weder nötig noch zweckmässig, änderte diese doch an der letztinstanzlichen Zuständigkeit des Bundesgerichts nichts und stellten sich doch in beiden Verfahren zudem dieselben Fragen. Der Kläger hat seinen Anspruch am 26. Januar 1998 beim Eidgenössischen Finanzdepartement eingereicht. Der Bundesrat nahm dazu am 22. Juni 1998 in abweisendem Sinne Stellung, worauf der Kläger am 13. Juli 1998 - und damit innerhalb der Frist von sechs Monaten - an das Bundesgericht gelangte. Seine Eingabe ist somit, weil frist- und formgerecht eingereicht, als verwaltungsrechtliche Klage an die Hand zu nehmen. Auf das Verfahren sind Art. 120 in Verbindung mit Art. 105 Abs. 1 OG und Art. 3 - 85 BZP (SR 273) anwendbar.
2. a) Nach Art. 3 Abs. 1 VG haftet der Bund unabhängig von einem Verschulden für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt. Ist das Verhalten schuldhaft, hat, wer widerrechtlich in seiner Persönlichkeit verletzt wird, überdies Anspruch auf eine Geldsumme als Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wieder gutgemacht worden ist (Art. 6 Abs. 2 VG). Die Haftung des Bundes erlischt, wenn der Geschädigte sein Begehren nicht innert eines Jahres seit Kenntnis des Schadens stellt; auf alle Fälle jedoch nach zehn Jahren seit dem Tag der schädigenden Handlung (Art. 20 Abs. 1 VG). Werden die entsprechenden Fristen nicht eingehalten, geht der Entschädigungsanspruch durch Verwirkung unter (BGE 86 I 60 E. 5 S. 64 ff.; JOST GROSS, Staats- und Beamtenhaftung, in: GEISER/MÜNCH (Hrsg.), Schaden, Haftung, Versicherung, Basel 1999, Rz. 3.22, 3.35, 3.69; derselbe, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Bern 1995, S. 334; TOBIAS JAAG, Staats- und Beamtenhaftung, in: KOLLER/MÜLLER/RHINOW/ZIMMERLI (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz. 168 f. u. Rz. 181; HANS RUDOLF SCHWARZENBACH-HANHART, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern 1997, S. 286; derselbe, Die Staats- und Beamtenhaftung in der Schweiz, Zürich 1985, 2. Aufl., S. 104; PIERRE MOOR, Droit administratif, Bd. II, Bern 1991, 1.3.2 u. 6.2.1.5; ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, Neuenburg 1984, S. 663; REINHOLD HOTZ, Die Haftpflicht des Beamten gegenüber dem Staat,

BGE 126 II 145 S. 151

Zürich 1973, S. 148; MORITZ KUHN, a.a.O., S. 166 f.). Zwar hat das Bundesgericht insofern terminologisch nicht immer einheitlich zwischen Verwirkung und Verjährung unterschieden (vgl. BGE 106 Ib 357 E. 3a S. 364 und BGE 108 Ib 417 ff.), weshalb die Rechtsprechung in der Lehre teilweise auf Kritik gestossen ist (vgl. BALZ GROSS, Die Haftpflicht des Staates, Zürich 1996, S. 181/182). Im vorliegenden Fall erübrigt es sich indessen, sich hiermit auseinander zu setzen, da die Unterschiede zwischen den beiden Rechtsinstituten (vgl. zu diesen BGE 116 Ib 386 E. 3c S. 392 f.; BGE 113 V 66 E. 1c S. 69 f.; 111 Ib 65 E. 4 S. 68; ATTILIO R. GADOLA, Verjährung und Verwirkung im öffentlichen Recht, in: AJP 1/1995 S. 56 ff.) zu keinem anderen Ausgang des Verfahrens führen können: Die Frist von zehn Jahren wurde weder gehemmt, unterbrochen, wiederhergestellt noch erstreckt, und die Beklagte hat die Einrede der Verjährung/Verwirkung erhoben, womit das Bundesgericht die Auswirkungen des Zeitablaufs auf den Genugtuungsanspruch sowohl als Verjährungs- wie als Verwirkungsfrist zu beurteilen hat. Es ist somit nicht erforderlich, die bisherige Praxis (Verwirkungsfristen) zu überprüfen. Im Folgenden wird deshalb von Verjährung gesprochen, wenn es um Grundsätze geht, die zu diesem Institut entwickelt wurden und deren Übertragung auf die Verwirkung zur Diskussion steht; im Übrigen ist von Verjährung bzw. Verwirkung die Rede. b) Ausgangspunkt der subsidiären absoluten Verjährung oder Verwirkung von zehn Jahren ist die unerlaubte Handlung im weiteren Sinn, d.h. das schädigende Verhalten, das eine Rechtsgutsverletzung nach sich zieht, und zwar unabhängig davon, ob der Geschädigte vom Verhalten, vom verursachten Schaden oder der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis hat (WILLI FISCHER, Die Verjährung von Haftpflichtansprüchen, in: ALFRED KOLLER, Haftpflicht- und

Versicherungsrechtstagung 1997, S. 118 ff.; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1, 4. Aufl. 1987, S. 113, Rz. 372; ALFRED KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II, Bern 1987, S. 227; WERNER SCHWANDER, Die Verjährung ausservertraglicher und vertraglicher Schadenersatzforderungen, Diss. Fribourg 1963, S. 23/24). Es ist deshalb möglich, dass die absolute Verjährung bzw. Verwirkung eintritt, bevor der Geschädigte seine Ersatzansprüche kennt (vgl. BGE 87 II 155 E. 3a S. 160; BGE 106 II 134 E. 2a S. 136; BGE 119 II 216 E. 4a/aa S. 219/220; vgl. HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 1634, mit weiteren Hinweisen). Der Genugtuungsanspruch ist

BGE 126 II 145 S. 152

vorliegend an sich in diesem Sinne verwirkt: Der Kläger versuchte im November 1943 mit seinen Begleitern in die Schweiz zu flüchten, wobei sie an der Grenze zurückgewiesen und - wie bei ihrem ersten Einreiseversuch angedroht - den deutschen Behörden übergeben wurden. Den eingeklagten Genugtuungsanspruch leitet er aus dem entsprechenden - nach seiner Ansicht rechtswidrigen - Handeln der Grenzbehörden bzw. der damaligen Verordnungs- und Weisungspraxis des Bundesrats bzw. der Eidgenössischen Polizeiabteilung im Asyl- und Flüchtlingsbereich ab. Der Genugtuungsanspruch ist somit seit rund 40 Jahren verwirkt, selbst wenn für die zeitliche Berechnung nicht auf das schädigende Ereignis, sondern auf das Kriegsende bzw. die Flucht des Klägers abgestellt würde.
3. Es bleibt zu prüfen, ob der Berücksichtigung der Verwirkungsfrist, wie sie Art. 20 Abs. 1 VG für das Bundesgericht verbindlich vorsieht (vgl. Art. 113 Abs. 3 bzw. Art. 114bis Abs. 3 aBV; Art. 191 BV), im vorliegenden Fall Rechtssätze des internationalen oder schweizerischen Rechts entgegenstehen, die es gebieten, dem Zeitablauf keine Rechnung zu tragen: a) Der Kläger macht geltend, dass verschiedene Umstände seiner Rückweisung an der Grenze und seiner Übergabe an die deutschen Behörden mit der Öffnung gewisser Archive und dank der erst kürzlich eingeleiteten kritischen Aufarbeitung der Schweizer Geschichte dieser Periode bekannt geworden seien. Er übersieht dabei indessen, dass sich die absolute Verwirkungsfrist weder ab der Kenntnis des Schadens oder des Schädigers noch gar des Anspruchs selber berechnet, sondern einzig ab dem Tag der "schädigenden Handlung des Beamten", was bei einer Kausalhaftung, wie sie das Verantwortlichkeitsgesetz vorsieht, als Tag des haftungsbegründenden Ereignisses zu verstehen ist (vgl. FISCHER, a.a.O., S. 120; REY, a.a.O., Rz. 1645 ff.; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, S. 109, Rz. 4; STEPHEN V. BERTI, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, Obligationenrecht I, Basel 1992, Rz. 8 zu Art. 60; OFTINGER/STARK, a.a.O., S. 111, Rz. 366; PETER VON TUHR, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 1, Zürich 1979, S. 439; KARL SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, Bd. 1, Bern 1975, S. 78; unveröffentlichtes Urteil vom 25. Februar 1997 i.S. X. c. EFD, E. 3b). b) aa) Verwirkungsfristen sind in der Regel weder einer Erstreckung noch einer Unterbrechung oder Wiederherstellung zugänglich (BGE 114 V 123 E. 3b S. 124, mit Hinweis), doch haben
BGE 126 II 145 S. 153

Rechtsprechung und Lehre gewisse Lockerungen der damit verbundenen Strenge anerkannt (GADOLA, a.a.O., S. 57). Das Eidgenössische Versicherungsgericht geht davon aus, dass im Falle einer unverschuldeten Verhinderung an der rechtzeitigen Vornahme rechtlich bedeutsamer Handlungen eine Wiederherstellung von gesetzlichen Verwirkungsfristen möglich sei; es spricht in diesem Zusammenhang von einem generell anerkannten "allgemeinen Grundsatz" (BGE 114 V 123 E. 3b S. 125; BGE 108 V 109 ff.; vgl. neuerdings auch BGE 123 II 241 E. 3). Nach gewissen Lehrmeinungen können zudem nicht nur Verjährungs-, sondern auch Verwirkungsfristen gehemmt werden, insbesondere, wenn der Gläubiger aus rechtlichen Gründen nicht in der Lage war, seinen Anspruch rechtzeitig geltend zu machen ("agere non valenti non currit praescriptio"; GADOLA, a.a.O., S. 55; FRITZ ZWEIFEL, Zeitablauf als Untergangsgrund öffentlich-rechtlicher Ansprüche, Diss. Basel 1960, S. 48; vgl. zur entsprechenden Diskussion in Deutschland: LUTZ FRAUENDORF, Die Entschädigung von NS-Zwangsarbeit - ein aktuelles Problem, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, 32/1999 Heft 1 S. 5). Im Übrigen gilt der Zeitablauf als Hinderungsgrund für die Durchsetzbarkeit bzw. als Untergangsgrund für einen Anspruch nur unter dem allgemeinen Vorbehalt von Treu und Glauben (GADOLA, a.a.O., S. 55 f.; MOOR, a.a.O., 1.3.1 [S. 54] u. 1.3.2 [S. 57]). Eine Berufung auf die Verjährung kann dann als rechtsmissbräuchlich bzw. deren Beachtung als stossend empfunden werden, wenn der Schuldner den Gläubiger durch ein dessen Vertrauen erweckendes Verhalten von der rechtzeitigen Geltendmachung seines Anspruchs abgehalten, d.h. ihn veranlasst hat, die Frist unbenutzt verstreichen zu lassen, nicht aber, wenn die Verjährung ohne Zutun des Schuldners eingetreten ist (BGE 95 I 512 E. 6 S. 521; MAX IMBODEN/RENÉ A. RHINOW, Schweizerische

Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, 5. Aufl., Basel 1976, Nr. 74, XI. b, S. 464). Das Verhalten des Schuldners muss zwar nicht geradezu arglistig sein. Es kann allenfalls schon eine Handlung genügen, mit der beim Gläubiger die berechtigte Hoffnung auf eine gütliche Einigung geweckt wird, was ihn von einer rechtzeitigen wirksamen Geltendmachung bzw. von einer verjährungsunterbrechenden Handlung abhält (vgl. SPIRO, a.a.O., S. 214). Voraussetzung für die Nichtbeachtung der Verjährung und allenfalls der Verwirkung ist jedoch stets ein Verhalten des Schuldners, das kausal dafür ist, dass der Gläubiger seinen Anspruch nicht innert Frist geltend gemacht bzw. durchgesetzt hat. Ein wie auch immer geartetes Handeln des Schuldners bei der
BGE 126 II 145 S. 154

Entstehung der Forderung kann daher für sich allein mit Blick auf deren Verjährung/Verwirkung nicht berücksichtigt werden, wenn der Gläubiger es ohne Zutun des Schuldners versäumt hat, seinen Anspruch vor Ablauf der Verjährungs- bzw. Verwirkungsfrist rechtlich durchzusetzen. bb) Im vorliegenden Fall rechtfertigt es sich unter keinem dieser Titel, ausnahmsweise von einer Berücksichtigung der absoluten Verjährung bzw. der Verwirkung abzusehen; es erübrigt sich deshalb, abzuklären, ob und in welchem Umfang die dargelegten, in erster Linie zur Verjährung entwickelten Grundsätze überhaupt auf die haftungsrechtlichen Verwirkungsfristen übertragen werden können: Der Kläger ist - zumindest vor Ablauf der absoluten Verwirkungsfrist und damit vor den in Amerika hängig gemachten "Class-Action"-Verfahren - von der Beklagten nicht davon abgehalten worden, eine allfällige auf das Verhalten der Grenzorgane und des Bundesrats zurückgehende haftungsrechtliche Forderung geltend zu machen. Selbst bei Berücksichtigung der Tatsache, dass er dies allenfalls sinnvollerweise erst ab Inkrafttreten des Verantwortlichkeitsgesetzes von 1958 und gestützt auf die dadurch eingeführte primäre Kausalhaftung der Beklagten tun konnte, wäre sein Anspruch heute offensichtlich verwirkt. Der Kläger hat in der Nachkriegszeit seine Forderungen gegenüber Deutschland geltend gemacht, wobei er eine Genugtuungssumme von 5 Mark pro KZ-Tag erhalten haben soll. Spätestens seit dem Inkrafttreten des Verantwortlichkeitsgesetzes am 1. Januar 1959 hätte er aber auch allfällige Ansprüche gegen die Schweiz rechtlich wie tatsächlich geltend machen können und müssen; dies auch bei Berücksichtigung des damaligen historischen Kenntnisstands über die entsprechende Periode, soweit es hierauf im Rahmen der absoluten Verwirkungsfrist überhaupt ankommen kann: Die schweizerische Asyl- und Flüchtlingspolitik bildete bereits während des Krieges (vgl. GEORG KREIS, Zwischen humanitärer Mission und inhumaner Tradition, Zur schweizerischen Flüchtlingspolitik der Jahre 1938-1945, in: SARASIN/WECKER, Raubgold, Reduit, Flüchtlinge, Zürich 1998, S. 132 f.; ALFRED CATTANI, Die schweizerische Flüchtlingspolitik 1933-1945, Bern 1999, S. 34 ff.; CARL LUDWIG, Die Flüchtlingspolitik der Schweiz in den Jahren 1933 bis 1955, Bern 1957, S. 174 ff.) wie unmittelbar danach Gegenstand kontroverser Diskussionen, weshalb der Bundesrat Mitte der fünfziger Jahre Professor Carl Ludwig beauftragte, diese nachzuzeichnen und zu analysieren. In dessen Bericht "Die Flüchtlingspolitik der Schweiz
BGE 126 II 145 S. 155

in den Jahren 1933 bis 1955" wurden in der Folge die umstrittene Politik und deren rechtliche Grundlagen der Öffentlichkeit umfassend zugänglich gemacht. Wenn heute zusätzliche Unterlagen vorliegen und gestützt darauf gewisse Korrekturen angezeigt erscheinen - etwa bezüglich der Zahl der zurückgewiesenen Schutzsuchenden im Vergleich zu den damaligen Schätzungen (vgl. GUIDO KOLLER, Entscheidungen über Leben und Tod, Die behördliche Praxis in der schweizerischen Flüchtlingspolitik während des Zweiten Weltkrieges, in: Die Schweiz und die Flüchtlinge 1933-1945, Studien und Quellen Nr. 22, Zeitschrift des Schweizerischen Bundesarchivs, Bern/Wien/Stuttgart 1996, S. 91 ff.) -, hätte der Kläger seine Ansprüche doch spätestens ab Ende der fünfziger Jahre geltend machen können. Ende der sechziger und anfangs der siebziger Jahre erschienen erneut verschiedene Werke, welche wiederum die Konsequenzen der schweizerischen Flüchtlings- und Asylpolitik, deren Opfer der Kläger geworden ist, unterstrichen, so etwa 1967 das Werk von ALFRED A. HÄSLER "Das Boot ist voll". EDGAR BONJOUR schrieb seinerseits 1970 in seiner "Geschichte der Schweizerischen Neutralität" (Bd. VI, 1939-1945, S. 26):
"Der Winter 1942/43 und der Sommer 1943 sind [...] als dunkle Epochen in die Geschichte der schweizerischen Asylgewährung eingegangen. Die Unsumme von menschlichem Jammer, der sich in diese Monate zusammendrängt, belastet noch heute das Gewissen des ganzen Volkes." cc) Der inzwischen vorliegende Bericht der Unabhängigen Expertenkommission Schweiz - Zweiter Weltkrieg "Die Schweiz und die Flüchtlinge zur Zeit des Nationalsozialismus" (EDMZ, Bern 1999; "Bergier"-Bericht) unterstreicht dies mit zusätzlichen neuen Einzelheiten, welche das Bild abrunden, dieses gegenüber den bereits vorliegenden Erkenntnissen indessen nicht grundsätzlich neu zu zeichnen vermögen (vgl. auch CATTANI, a.a.O., S. 56 f.). Andere Gründe, die den Kläger daran gehindert hätten, seinen Genugtuungsanspruch früher einzuklagen, wobei der Sachverhalt allenfalls im Beweisverfahren weiter hätte erstellt werden können, sind weder geltend gemacht noch ersichtlich.

4. a) Nach Art. 75bis Abs. 1 StGB (bzw. allenfalls Art. 56bis des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 [MStG, SR 321.0], soweit es um Handlungen von Angehörigen der Armee geht) tritt keine Verjährung ein für Verbrechen, die: "1. auf die Ausrottung oder Unterdrückung einer Bevölkerungsgruppe aus Gründen ihrer Staatsangehörigkeit, Rasse, Religion oder ihrer ethnischen, sozialen oder politischen Zugehörigkeit gerichtet waren oder
BGE 126 II 145 S. 156

2. in den Genfer Übereinkommen vom 12. August 1949 und den andern von der Schweiz ratifizierten internationalen Vereinbarungen über den Schutz der Kriegsopfer als schwer bezeichnet werden, sofern die Tat nach Art ihrer Begehung besonders schwer war oder 3. als Mittel zu Erpressung oder Nötigung Leib und Leben von Menschen in Gefahr brachten oder zu bringen drohten, namentlich unter Verwendung von Massenvernichtungsmitteln, Auslösen von Katastrophen oder in Verbindung mit Geiselnahmen". Der Kläger macht geltend, die Schweiz habe durch ihre Flüchtlings- und Asylpolitik während des Zweiten Weltkrieges Beihilfe zu Genozid und Kriegsverbrechen geleistet, weshalb seine Genugtuungsforderung nicht verjähren könne; Völkermord sei unverjährbar. Dies ergebe sich haftungsrechtlich aus Art. 60 Abs. 2 OR (in Verbindung mit Art. 75bis StGB), wenn dieser für unerlaubte Handlungen vorsehe, dass die längere strafrechtliche Verjährungsfrist auch für den Zivilanspruch gelte, falls die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet wird.
b) Dieser Einwand ist weder rechtlich noch historisch berechtigt, wie die folgenden Ausführungen zeigen: aa) Art. 75bis StGB und Art. 56bis MStG sind erst durch das Bundesgesetz vom 20. März 1981 über Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG; SR 351.1) im Anschluss an die bundesrätliche Ausweisung von Pieter Nicolaas Menten eingeführt worden, dem seine heimatlichen Behörden vorgeworfen hatten, im Sommer 1941 als Offizier der deutschen SS auf damals polnischem Gebiet bei der willkürlichen Erschiessung mehrerer hundert Personen mitgewirkt zu haben, und dessen Taten nach schweizerischem Recht (Art. 70 und 72 Ziff. 2 Abs. 2 StGB) 1971 absolut verjährt waren (vgl. Zusatzbotschaft vom 6. Juli 1977 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen; in: BBl 1977 II 1249). Die Frage der damit verbundenen Aufhebung der Verjährungsfristen für entsprechendes strafrechtlich relevantes Verhalten gab in den parlamentarischen Beratungen zu intensiven Diskussionen Anlass (vgl. AB 1977 S 612 ff.; AB 1979 N 647 ff.), wobei Art. 75bis StGB schliesslich im Wesentlichen in der vom Bundesrat vorgeschlagenen Formulierung und mit der Übergangsbestimmung angenommen wurde, dass Art. 75bis StGB nur gelte, wenn die Strafverfolgung oder die Strafe nach bisherigem Recht im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Änderung nicht bereits verjährt war. Diese Einschränkung gilt gemäss dem Grundsatz "aut dedere aut judicare" (ausliefern oder verfolgen) lediglich nicht für die Auslieferung und
BGE 126 II 145 S. 157

die anderen Formen der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen (vgl. Art. 110 Abs. 3 IRSG; STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Rz. 7 zu Art. 75bis; ROBERT ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Bern 1999, Rz. 504 ff.; JEAN-DOMINIQUE SCHOUWEY, Crimes de guerre: un état des lieux du droit suisse, in: Revue internationale de criminologie et de police technique, 1995/1 S. 46 ff.). Wäre die im November 1943 erfolgte Übergabe des Klägers an die deutschen Behörden tatsächlich strafrechtlich relevant, wären die entsprechenden Taten bei Inkrafttreten von Art. 75bis StGB am 1. Januar 1983 - analog dem Fall Menten - absolut verjährt gewesen, weshalb der Kläger aus dem Grundsatz, dass bei einer längeren strafrechtlichen Verjährung diese auch für den Zivilanspruch gilt, nichts zu seinen Gunsten abzuleiten vermag. bb) Diese Regel kann im Übrigen auch nicht, wie von einem Teil der Lehre verallgemeinernd angenommen wird (vgl. JOST GROSS, a.a.O., Rz. 3.22 u. 3.69; GADOLA, a.a.O., S. 52; RHINOW/KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a.M. 1990, Nr. 34 III. b., S. 98), unbesehen auf das Verantwortlichkeitsrecht des Bundes übertragen werden (vgl. auch: JAAG, Staats- und Beamtenhaftung, Rz. 168): Der kausalhaftungsrechtliche Anspruch gemäss Art. 3 und Art. 6 VG gegen die Eidgenossenschaft ist öffentlichrechtlicher Natur. Das Verantwortlichkeitsgesetz sieht in Art. 23 Abs. 2 zwar vor, dass die vom Strafrecht vorgeschriebene längere Verjährung auch gilt, wenn der Schadenersatzanspruch aus einer strafbaren Handlung herrührt; aus Abs. 1 derselben Bestimmung ergibt sich indessen, dass dies nur für die kurzen Fristen bezüglich des "Schadenersatzanspruchs des Bundes gegenüber einem Beamten aus Amtspflichtverletzungen" im Sinne von Art. 8 und 19 VG gelten kann, d.h. für die durch den Beamten dem Bund unmittelbar in vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Verletzung seiner Dienstpflicht zugefügten Schäden. Art. 9 Abs. 1 VG erklärt zwar auf die Ansprüche des Bundes gemäss Art. 7 (Rückgriff auf den Beamten) und Art. 8 (unmittelbare Haftung des Beamten dem Bund gegenüber) die Bestimmungen des Obligationenrechts über die Entstehung von Obligationen durch unerlaubte Handlungen sinngemäss anwendbar, dabei geht es aber gerade nicht - wie hier - um die kausalhaftungsrechtlichen Ansprüche von Dritten gegen

den Bund. Die entsprechende öffentlichrechtliche Verwirkungsregelung im Verantwortlichkeitsgesetz gilt abschliessend; für eine ergänzende Anwendung von Art. 60 OR bleibt kein

BGE 126 II 145 S. 158

Raum. Das Verantwortlichkeitsgesetz enthält insofern ein qualifiziertes Schweigen, wäre doch nicht einzusehen, weshalb der Gesetzgeber bezüglich der Ansprüche des Bundes gegen den Beamten die Frage ausdrücklich geregelt, hingegen dieselbe Problematik für Ansprüche seitens Dritter gegen den Bund offen gelassen haben sollte. Hätte er die Regelung von Art. 60 Abs. 2 OR auch auf diese Fälle anwendbar erklären wollen, hätte ein allgemeiner Verweis auf Art. 60 OR genügt. Seine detaillierte Regelung für die Haftung des Beamten als natürliche Person macht nur Sinn, wenn sie für die kausale Staatshaftung gerade nicht in dieser Weise gelten soll (vgl. JAAG, Staats- und Beamtenhaftung, Rz. 168). c) Schliesslich kann - entgegen den Einwänden des Klägers - auch nicht davon ausgegangen werden, dass sich der Beamte, welcher den Kläger 1943 androhungsgemäss den deutschen Behörden übergeben hat (bzw. allenfalls indirekt die Beklagte mit ihrer Gesetzgebung), durch Beihilfe zum Völkermord, zu Kriegsverbrechen oder zu einem Genozid straf- bzw. haftbar gemacht hat, was nach dem damals geltenden Recht zu beurteilen ist (vgl. BGE 92 I 516 E. 4 S. 523 und ARTHUR KAUFMANN, Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht, in: Neue Juristische Wochenschrift, 1995/2 S. 81 ff., insbesondere S. 86; siehe zu den damaligen rechtlichen Grundlagen vertiefend die Darstellung von WALTER KÄLIN, Rechtliche Aspekte der schweizerischen Flüchtlingspolitik im Zweiten Weltkrieg, Beiheft zum Bericht "Die Schweiz und die Flüchtlinge zur Zeit des Nationalsozialismus", Bern 1999; im Folgenden zitiert als KÄLIN, Rechtliche Aspekte, sowie den bereits erwähnten Bericht von CARL LUDWIG, Die Flüchtlingspolitik der Schweiz seit 1933 bis zur Gegenwart, Bern 1957): aa) Auf den 1. Januar 1934 trat das gestützt auf Art. 69ter BV erlassene Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer in Kraft (ANAG; BS 1 S. 121 ff.). Dessen Art. 21 sah vor, dass der Bundesrat einem Ausländer, dem eine Bewilligung verweigert wurde und der glaubhaft machte, dass er Zuflucht vor politischer Verfolgung suchte, Asyl in Form einer Toleranzbewilligung gewähren konnte, indem er einen Kanton zur Duldung des Betroffenen verpflichtete. Art. 7 Abs. 3 ANAG erlaubte, die Duldung von Emigranten und politischen Flüchtlingen mit Auflagen zu versehen; Art. 14 Abs. 2 ANAG gestattete, sie zu internieren, soweit ihnen weder der Bund noch ein Kanton eine
BGE 126 II 145 S. 159

Toleranzbewilligung zusprach (KÄLIN, Rechtliche Aspekte, S. 121). Eine Rechtspflicht zur Asylgewährung bestand weder gestützt auf das nationale noch auf das internationale Recht. Das Asylrecht bildete in der umstrittenen Periode in erster Linie ein Recht des einzelnen Staates, Flüchtlinge aufzunehmen oder zurückzuweisen (ALBERTO ACHERMANN/CHRISTINA HAUSAMMAN, Handbuch des Asylrechts, 2. Aufl., Bern 1991, S. 27 u. 39; WALTER KÄLIN, Grundriss des Asylverfahrens, Basel/Frankfurt a.M. 1990, S. 1 ff.; "Bergier"-Bericht, S. 44 ff.; LUDWIG, a.a.O., S. 21; KOLLER, a.a.O., S. 23; BONJOUR, a.a.O., S. 38); die Schweiz war im fraglichen Zeitpunkt an keine internationale Konvention gebunden, die diesbezüglich ihren Spielraum eingeschränkt und sie gezwungen hätte, innerstaatlich einen über den in Art. 21 ANAG - auslieferungsrechtlich geprägten (KÄLIN, Rechtliche Aspekte, S. 23 ff.) - hinausgehenden Flüchtlingsbegriff zu verwenden; dies auch wenn andernorts bereits eine grosszügigere Praxis bestanden haben sollte (KÄLIN, Rechtliche Aspekte, S. 49). Angesichts der fallbezogenen Vorgehensweise und der Ad-hoc-Lösungen des Völkerbunds existierte noch kein gewohnheitsrechtlicher Flüchtlingsbegriff (KÄLIN, Rechtliche Aspekte, S. 50). Juden aus Deutschland, welche früher die Staatsangehörigkeit dieses Landes besessen hatten, wurden zwar von der provisorischen Übereinkunft vom 4. Juli 1936 betreffend die Rechtsstellung der Flüchtlinge aus Deutschland erfasst ("Bergier"-Bericht, S. 134; zu deren Inhalt: KÄLIN, Rechtliche Aspekte, S. 37 f.), doch galt diese gerade nicht für die von Deutschland besetzten Gebiete, weshalb insofern ebenfalls keine Verpflichtungen bestanden (KÄLIN, Rechtliche Aspekte, S. 50). bb) Die Freiheit des Staates im Asylbereich ist durch das völkerrechtliche Rückschiebeverbot begrenzt. Nach Art. 33 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Flüchtlingskonvention, FK; SR 0.142.30, für die Schweiz am 21. April 1955 in Kraft getreten) darf kein vertragsschliessender Staat einen Flüchtling in irgendeiner Form in das Gebiet eines Landes ausweisen oder zurückstellen, wo sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Anschauungen gefährdet wäre (Ziff. 1). Art. 3 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101, für die Schweiz am 28. November 1974 in Kraft getreten) bestimmt seinerseits, dass niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe

BGE 126 II 145 S. 160

oder Behandlung unterworfen werden darf (vgl. diesbezüglich auch Art. 7 des Internationalen Paktes vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte [UNO-Pakt II; SR 0.103.2], für die Schweiz am 18. September 1992 in Kraft getreten; grundlegend zu den entsprechenden Bestimmungen: THOMAS HARTL, Das völkerrechtliche Refoulementverbot abseits der Genfer Flüchtlingskonvention, Frankfurt a.M. 1999 bzw. ACHERMANN/CARONI/KÄLIN, Die Bedeutung des UNO-Paktes über bürgerliche und politische Rechte für das schweizerische Recht, in: KÄLIN/MALINVERNI/NOVAK, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel 1997, S. 165 ff.). Bei diesen Normen, die ein subjektives Menschenrecht verkörpern (vgl. WALTER KÄLIN, Das Prinzip des Non-Refoulement. Das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht, Diss. Bern 1982, S. 13 ff.; im Weitern zitiert als KÄLIN, Das Prinzip des Non-Refoulement), handelt es sich indessen um heutiges Recht, das sich aus den Erfahrungen der Kriegszeit heraus entwickelt hat. Zum hier relevanten Zeitpunkt wurde das Prinzip des Rückschiebeverbots im Wesentlichen noch rein völkerrechtlich verstanden, d.h. als Rechtsregel im zwischenstaatlichen Verkehr und bloss ansatzweise menschenrechtlich als ein individueller Rechtsanspruch. Das Prinzip des Non-Refoulement stellte zudem kein zwingendes völkerrechtliches Gewohnheitsrecht dar (vgl. KÄLIN, Das Prinzip des Non-Refoulement, S. 72; D. VAGTS, Editorial Comment: Switzerland, International Law and World War II, in: American Journal of International Law, 91/1997 S. 471 f.; G. GOODWIN-GILL, The Refugee in international Law, 2. Aufl., Oxford 1996, S. 167; GUIDO POULIN, Le problème des réfugiés, in: Schweizerisches Jahrbuch des Internationalen Rechts 1946 III S. 117), sondern galt nur, soweit die einzelnen Staaten entsprechende Verpflichtungen völkervertragsrechtlich übernommen hatten (GUNNEL STENBERG, Non-Expulsion and Non-Refoulement, The Prohibition against Removal of Refugees with Special Reference to Articles 32 and 33 of the 1951 Convention relating to the Statutes of Refugees, Uppsala 1989, S. 45). Soweit die Schweiz Flüchtlinge aus Deutschland an der Grenze (inklusive des grenznahen Raums) abwies und nach Deutschland zurück verbrachte, verletzte sie keine damaligen völkerrechtlichen Bestimmungen zum Schutze der Flüchtlinge. Dasselbe gilt für die Rückschiebung und Abweisung von Flüchtlingen aus anderen Ländern, wie hier aus Frankreich (so KÄLIN, Rechtliche Aspekte, S. 91).

BGE 126 II 145 S. 161

cc) Die Flüchtlings- und Asylpolitik der Schweiz während des Zweiten Weltkriegs beruhte auf einer Vielzahl bundesrätlicher Beschlüsse und Verordnungen sowie darauf gestützter Kreisschreiben. Rechtsgrundlage dafür war der so genannte Vollmachtenbeschluss vom 30. August 1939 (Bundesbeschluss über Massnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität vom 30. August 1939; BBl 1939 II 216), worin die Bundesversammlung dem Bundesrat weitreichende Befugnisse übertrug, die ihn berechtigten, von der Bundesverfassung abzuweichen (vgl. die Analyse bei KÄLIN, Rechtliche Aspekte, S. 100 ff. und insbesondere S. 112 ff.). Das Parlament erteilte dem Bundesrat darin in extrakonstitutionellem Kriegsnotrecht Vollmacht und Auftrag, die zur Behauptung der Sicherheit, Unabhängigkeit und Neutralität der Schweiz, zur Wahrung des Kredites und der wirtschaftlichen Interessen des Landes und zur Sicherung des Lebensunterhaltes erforderlichen Massnahmen zu treffen (Art. 3). Der Bundesrat hatte der Bundesversammlung halbjährlich über die von ihm in Ausführung dieses Beschlusses getroffenen Massnahmen Bericht zu erstatten, worauf sie zu entscheiden hatte, ob diese Massnahmen weiter in Kraft bleiben sollen (Art. 5 des Beschlusses). Dieses Vorgehen war als solches nicht völkerrechtswidrig. Die Derogationsklauseln der nach dem Zweiten Weltkrieg erarbeiteten Menschenrechtsverträge lassen sich schon aus zeitlichen Gründen für die Beurteilung des Vollmachtenbeschlusses von 1939 und das darauf gestützte Notrecht nicht heranziehen; zudem existierten Menschenrechte als juristisches Konzept im damaligen Völkerrecht erst ansatzweise (vgl. WALTER KÄLIN, Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte: Eine Kopernikanische Wende im Völkerrecht?, in: AMNESTY INTERNATIONAL, Menschenrechte im Umbruch: 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Neuwied 1998, S. 7 ff., mit weiteren Hinweisen; derselbe, a.a.O., S. 183). Die Derogationsklauseln in den wichtigsten Menschenrechtskonventionen belegen, dass auch dem heutigen Völkerrecht der Gedanke nicht fremd ist, dass ein Staatsnotstand unter gewissen Voraussetzungen das Zurückdrängen individueller Positionen zu rechtfertigen vermag (KÄLIN, Rechtliche Aspekte, S. 117). Eine solche Situation war während des Zweiten Weltkriegs für die Schweiz, welche 1942 von den Kriegsparteien umschlossen war und eine Invasion deutscher Truppen nicht ausschliessen konnte, aus der damaligen Sicht grundsätzlich gegeben (BONJOUR, a.a.O., S. 13, 22, 40; HANS SENN, "Ich war dabei, habe nachgeforscht und nachgedacht", in: "...denn

BGE 126 II 145 S. 162

es ist alles wahr", Erinnerungen und Geschichte 1939-1999, Bundesarchiv Dossier 11, S. 121 f.; CATTANI, a.a.O., S. 8, 24 ff.; differenzierend KREIS, Zwischen humanitärer Mission und inhumaner Tradition, S. 132 ff.), selbst wenn sich nachträglich eine andere Beurteilung aufdrängen sollte. dd) Am 4. August 1942 stellte der Bundesrat mit Blick auf die Zunahme des Flüchtlingsstroms aus den besetzten Gebieten gestützt auf seine Vollmachtenbefugnisse fest (zitiert nach LUDWIG, a.a.O., S. 204): "1. Art. 9 des BRB über Änderungen der fremdenpolizeilichen Regelung vom 17. Oktober 1939 sieht vor, dass die Kantone Ausländer, die rechtswidrig in die Schweiz kommen, ohne weiteres auszuschaffen haben in das Land, aus dem sie gekommen sind oder dem sie angehören. Die Polizeiabteilung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, der die Fälle unerlaubter Einreise von Ausländern in der Regel unterbreitet werden, hat aus Gründen der Menschlichkeit sowie aus aussen- und innenpolitischen Erwägungen immer mehr von der Rückweisung rechtswidrig eingereister ausländischer Flüchtlinge abgesehen und deren Aufnahme (mit Internierung) angeordnet, so dass der erwähnte Art. 9 schliesslich nur noch ausnahmsweise angewandt wurde. 2. Der Zustrom fremder Zivilflüchtlinge ist nun aber festgestelltermassen mehr und mehr organisiert, wird von gewerbsmässigen 'Passeurs' gefördert und hat in den letzten Monaten ein Ausmass und einen Charakter angenommen, dass eine wieder strengere Anwendung des Art. 9 des BRB vom 7. Oktober 1939 geboten ist, künftig also in vermehrtem Masse Rückweisungen von ausländischen Zivilflüchtlingen stattfinden müssen, auch wenn den davon betroffenen Ausländern daraus ernsthafte Nachteile (Gefahr für Leib und Leben) erwachsen können." Nach einem erneuten Anwachsen der Flüchtlingszahlen im Dezember 1942 erliess die Polizeiabteilung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements mit Zustimmung des Bundesrats am 29. Dezember 1942 folgende Weisung (zitiert nach LUDWIG, a.a.O., S. 229 f.): "I.
1. Ausländer, die beim illegalen Überschreiten der Grenze oder unmittelbar nachher in der Grenzgegend von Grenzwacht- oder Polizeiorganen angehalten werden, sind von diesen über die Grenze zurückzuweisen. Nicht zurückzuweisen sind Ausländer der in Abschnitt II aufgezählten Kategorien. Als Grenzgegend im Sinne dieser Weisung ist ein Gebietsstreifen von etwa 10-12 km der Grenze entlang zu betrachten. Dazu gehören somit beispielsweise der ganze Kanton Genf, der Teil des Kantons Wallis westlich Martigny (inkl.), der Pruntruter Zipfel, der ganze Kanton Schaffhausen, das sanktgallische Rheintal usw.

BGE 126 II 145 S. 163

2. Die Rückweisung hat sofort und ohne weiteres zu erfolgen, es sei denn, die Zeit- oder Witterungsverhältnisse oder der körperliche Zustand des Flüchtlings lassen einen Aufschub von einigen Stunden geboten erscheinen; wenn nötig sind die Flüchtlinge, soweit es nach den Umständen möglich ist, zu verpflegen. Auf jeden Fall ist darauf zu achten, dass Flüchtlinge, die zurückgewiesen werden müssen, mit niemandem (Verwandten, Bekannten, Anwälten, Gesandtschaften, Konsulaten, Flüchtlingsorganisationen usw.) direkt oder indirekt (namentlich telephonisch) Fühlung nehmen können.
3. Die Rückweisung hat grundsätzlich so zu geschehen, dass dem Flüchtling Gelegenheit geboten wird, in gleicher Weise und möglichst am selben Ort über die Grenze zurückzugehen, wie und wo er gekommen ist. Wenn das aus technischen Gründen nicht mehr durchführbar ist, sind die Flüchtlinge den ausländischen Grenzorganen zu übergeben. Ebenso ist zu verfahren, wenn sich die Flüchtlinge auch nach Androhung der Übergabe an die ausländischen Grenzorgane der Rückweisung widersetzen. Bei jeder Rückweisung ist die Übergabe an die ausländischen Grenzorgane anzudrohen für den Fall nochmaliger unerlaubter Einreise.
4. Über die Rückweisung ist auf dem Dienstweg an die Polizeiabteilung eine kurze Meldung zu erstatten, diese soll Namen, Vornamen, Geburtsdatum, Nationalität, Konfession (ob Israelit) des Flüchtlings sowie Ort und Zeit des Grenzübertrittes und der Rückweisung enthalten. II.
Nicht zurückzuweisen, sondern dem Polizeioffizier des zuständigen Territorialkommandos zu melden und zur Verfügung zu halten sind: [...]
2. Ausländer, die sich bei der ersten Befragung sofort von sich aus ausdrücklich als politische Flüchtlinge erklären und diese Behauptung glaubhaft machen. Politischer Flüchtling im Sinne dieser Weisung ist nicht schon derjenige, der gesinnungsmässig mit dem politischen Regime seines Heimat- bzw. Herkunftsstaates nicht übereinstimmt, sondern nur derjenige, der wegen dieser Gesinnung oder entsprechender politischer Tätigkeit im Heimat- bzw. Herkunftsstaat persönlich gesucht oder sonstwie verfolgt wird. Beispiele: Der Franzose, der sich als Anhänger de Gaulles erklärt, ist deswegen noch nicht als politischer Flüchtling zu betrachten, sondern nur, wenn er glaubhaft macht, dass seine politische Einstellung den Behörden bekanntgeworden ist und er deswegen oder wegen aktiver gaullistischer Umtriebe persönlich verfolgt wird; der Deutsche ist nicht schon deshalb als

politischer Flüchtling zu betrachten, weil er seinerzeit Sozialdemokrat oder Gewerkschafter war, sondern nur, wenn er glaubhaft macht, dass er heute wegen regimefeindlicher Gesinnung oder Umtriebe persönlich verfolgt wird.
Franzosen, die zur Arbeitsleistung in Deutschland verpflichtet worden sind und sich dem durch Übertritt in die Schweiz zu entziehen suchen, sind aus diesem Grund allein noch nicht als politische Flüchtlinge im Sinne dieser
BGE 126 II 145 S. 164

Weisungen zu betrachten und sind daher über die Grenze zurückzuweisen. Dasselbe gilt für andere ausländische zivile Arbeitskräfte, die freiwillig oder zwangsweise zur Arbeit in Deutschland eingesetzt worden sind. Flüchtlinge nur aus Gründen der Rassenverfolgung sind nicht als politische Flüchtlinge im Sinne dieser Weisung zu betrachten. 3. Härtefälle:
a. offenbar kranke Personen und schwangere Frauen,
b. Flüchtlinge im Alter von über 65 Jahren; Ehegatten, wenn wenigstens einer 65 Jahre alt ist, c. alleinreisende Kinder unter 16 Jahren,
d. Eltern mit eigenen Kindern bis zu 6 Jahren; Eltern mit mehreren eigenen Kindern, wenn wenigstens eines von diesen 6 Jahre alt oder jünger ist, e. Flüchtlinge, die sofort geltend machen, dass sich Ehegatte, Eltern oder eigene Kinder in der Schweiz befinden, ferner gebürtige Schweizerinnen und ihr Ehegatte. [...]
5. Ausländer, die auf einer den Grenzbehörden übermittelten Liste von Personen stehen, die im Fall einer heimlichen Einreise nicht zurückzuweisen sind." ee) Der Kläger ist gestützt auf diese Regelung an der Grenze ein erstes Mal zurückgewiesen worden, wobei ihm mitgeteilt wurde, dass er im Wiederholungsfall an die deutschen Grenzbehörden übergeben würde, was in der Folge geschah. Ob die vom handelnden Beamten bzw. Grenzwächter vollzogenen Weisungen aus heutiger Sicht weiter gingen, als angesichts der damaligen kriegsbedingten Verhältnisse in sachlicher und zeitlicher Hinsicht erforderlich war, bzw. ob sie an sachfremde Kriterien anknüpften und insofern auch den Massstäben des damaligen Notrechts nicht zu genügen vermochten (vgl. KÄLIN, Rechtliche Aspekte, S. 119 ff.), was den Wegweisungsakt und die Übergabe an die deutschen Grenzorgane allenfalls als widerrechtlich im Sinne von Art. 6 Abs. 2 VG erscheinen liesse, braucht hier nicht abschliessend geklärt zu werden. Ebenso wenig ist der Problematik nachzugehen, ob der bei der Übergabe des Klägers an die deutschen Behörden an sich im Rahmen seiner Amtspflicht handelnde Grenzwächter seinerseits insofern unverhältnismässig vorgegangen ist, als er den Kläger offenbar nicht nur den deutschen Behörden überstellte, sondern diesen auch noch seine echten Reisepapiere aushändigte, die ihn als Juden auswiesen. Eine "einfache" allfällige Rechtswidrigkeit der von der Beklagten zu verantwortenden Handlungen ihrer Beamten oder Magistratspersonen allein lässt die Verwirkung nicht dahin fallen; nur wenn darin
BGE 126 II 145 S. 165

tatsächlich eine Beihilfe zum Völkermord, zu Kriegsverbrechen oder zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu sehen wäre, könnte sich die Frage einer dem nationalen Recht allenfalls vorgehenden Unverwirkbarkeit des geltend gemachten Genugtuungsanspruchs überhaupt stellen, wobei zweifelhaft bliebe, ob völkerrechtlich ein einzelnes Individuum - ausserhalb des nationalen Staatshaftungsrechts - sich hierauf berufen könnte. d) Auf jeden Fall kann das damalige Verhalten der schweizerischen Behörden nicht als Teilnahme an einem Genozid qualifiziert werden: Die Schweiz war im Zweiten Weltkrieg nicht Kriegspartei. Ihre Staatsangehörigen konnten somit grundsätzlich keine Kriegsverbrechen, auch nicht in der Form der Gehilfenschaft, begehen. Zwar ist die Genozid-Konvention vom 9. Dezember 1948 nicht auf Taten im Rahmen bewaffneter Konflikte beschränkt und Völkermord auch dann strafbar, wenn er in Friedenszeiten begangen wird (vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 31. März 1999 betreffend das Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes sowie die entsprechende Revision des Strafrechts, BBl 1999 S. 5333 und 5359, Art. I), doch gilt dieses Übereinkommen für die Schweiz noch nicht; es geht im Übrigen seinerseits gerade weitgehend auf die Erfahrungen im Zweiten Weltkrieg zurück (zur geschichtlichen Entwicklung des völkerrechtlichen Strafrechts und des humanitären Völkerrechts: ASTRID BECKER, Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit, Berlin 1996, S. 35 ff.; BBl 1999 S. 5329 ff.). Auch nach schweizerischer Auffassung zählt das Verbot des Völkermords zwar zum zwingenden Völkergewohnheitsrecht mit Wirkung "erga omnes" (BBl 1999 S. 5332, mit weitern Hinweisen), doch lag hier, auch wenn Hinweise für eine andere Rechtswidrigkeit des Verhaltens der Grenzbeamten bestehen könnten, keine entsprechende verpönte, von der Beklagten zu vertretende Tat vor. Nach dem Statut des Internationalen Militärgerichts in Nürnberg vom 8. August 1945 sowie den Resolutionen 3 (I) und 95 (I) der Vereinten Nationen (UNO) vom 13. Februar und 11. Dezember 1946 gelten als Kriegsverbrechen insbesondere die "schweren Delikte", die in den Genfer Übereinkommen vom 12. August 1949 zum Schutze der Kriegsopfer aufgezählt sind. Als

solche nennen das Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Kräfte im Felde (SR 0.518.12; Art. 50), das Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der bewaffneten Kräfte zur See (SR 0.518.23; Art. 51), das Abkommen über die
BGE 126 II 145 S. 166

Behandlung der Kriegsgefangenen (SR 0.518.42; Art. 130) und das Abkommen über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten (SR 0.518.51; Art. 147) übereinstimmend: Mord, Folterung, unmenschliche Behandlung einschliesslich biologische Experimente, vorsätzliche Verursachung grosser Leiden oder schwere Beeinträchtigung der körperlichen Integrität oder Gesundheit und die Zerstörung oder Aneignung von Gut, die nicht durch militärische Erfordernisse gerechtfertigt sind und in grossem Ausmass auf unerlaubte und willkürliche Weise vorgenommen werden. Die beiden letzten Abkommen führen zusätzlich die ungesetzliche Deportation oder Versetzung, das ungesetzliche Gefangenhalten, die Nötigung einer geschützten Person zur Dienstleistung in den bewaffneten Kräften der feindlichen Macht und den Entzug des Anrechts auf ein ordentliches und unparteiisches Gerichtsverfahren an. Die Genozid-Konvention nennt die Ermordung von Mitgliedern einer Bevölkerungsgruppe; die schwere Beeinträchtigung der physischen oder geistigen Integrität von Mitgliedern der Gruppe; die absichtliche Unterwerfung der Gruppe unter Existenzbedingungen, die ihre vollständige oder teilweise Vernichtung zur Folge haben müssen; Massnahmen zur Verhinderung von Geburten in der Gruppe, sowie die zwangsweise Verbringung von Kindern aus der Gruppe in eine andere. Diese Handlungen werden durch die dabei vorherrschende Absicht, eine nationale, ethnische, rassische oder religiöse Gruppe der Bevölkerung ganz oder teilweise zu vernichten, als Verbrechen gegen die Menschlichkeit qualifiziert (BBl 1977 II 1254). Eine solche Absicht - auch lediglich im Sinne eines Beitrags zur Förderung der entsprechenden Politik des Nazi-Regimes - ist bezüglich der damaligen Flüchtlings- und Asylpolitik der Schweiz nicht dargetan und wird auch im Bericht der Unabhängigen Expertenkommission Schweiz - Zweiter Weltkrieg nicht behauptet (vgl. "Bergier"-Bericht, S. 285). Die Flüchtlingspolitik der Schweiz war in der Zeit ab August 1942 hart, und sie mag aus heutiger Sicht, insbesondere soweit sie die jüdischen Flüchtlinge betraf, als unmenschlich bezeichnet werden. Aber sie ist aus der damaligen Zeit heraus zu verstehen, als die Schweiz von den Achsenmächten umschlossen war und sich - nicht zuletzt mit Blick auf innerstaatliche Probleme, etwa der Versorgung des eigenen Volkes mit Lebensmitteln - in einer Situation des Notstands befand oder doch wähnte. Mit der Rückweisung bzw. der Überstellung bei einer erneuten Einreise an die Grenzorgane der Nachbarstaaten nahm die Beklagte im Rahmen des damaligen Völkerrechts ihre territoriale Souveränität wahr (vgl.
BGE 126 II 145 S. 167

KÄLIN, Rechtliche Aspekte, S. 183); mangels des für den Genozid erforderlichen subjektiven Tatbestands, kann von einer Teilnahmehandlung an den Greueltaten des Nazi-Regimes auch dann nicht die Rede sein, wenn 1942 bereits Kenntnis über die den Juden bei einer Rückweisung allenfalls drohenden Konsequenzen bestand. Vor allem dem damals handelnden Grenzwächter lässt sich der subjektive Tatbestand einer Beihilfe zum Völkermord nicht nachweisen, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist, wieweit er über die Konsequenzen, welche den zurückgewiesenen jüdischen Flüchtlingen drohten, informiert war (vgl. zur Informationsproblematik während des Aktivdienstes: HANS SENN, a.a.O., S. 112; VALÉRIE BOILLAT, "Enfin, moi je pensais...", Entretien avec Joseph Voyame, in: "...denn es ist alles wahr", S. 138 f.). Die Schweiz wurde für ihre Flüchtlingspolitik kritisiert; seitens der Siegermächte ist aber - soweit ersichtlich - nie der Vorwurf erhoben worden, sie habe damit Beihilfe zu Verbrechen gegen den Frieden, zu Kriegsverbrechen oder zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne der Nürnberger Grundsätze geleistet (vgl. zur Nachkriegszeit: EDUARD ZELLWEGER, Die Schweiz und die Nürnberger Grundsätze, in: Die Schweiz - ein nationales Jahrbuch, 21/1950 S. 144 ff.), zumal ihre Politik diesbezüglich derjenigen anderer Staaten entsprach.

5. a) Zusammenfassend ergibt sich somit, dass der vom Kläger geltend gemachte Genugtuungsanspruch als absolut verwirkt zu gelten hat, weshalb seine Klage abzuweisen ist, ohne dass auf die weiteren Einwände noch eingegangen werden muss. Es braucht demnach nicht geprüft zu werden, ob der Bundesrat als Kollegialbehörde - unter dem Vollmachtenregime (vgl. zur richterlichen Überprüfbarkeit der von ihm gestützt auf die entsprechende Ermächtigung erlassenen Beschlüsse: BGE 68 II 308 E. 2 S. 317 ff.; BGE 78 I 258 E. 5 S. 263) - überhaupt vom Beamtenbegriff des Art. 3 bzw. 6 Abs. 2 VG erfasst wird (vom Bundesgericht im unveröffentlichten Entscheid vom 2. November 1984 i.S. F.D. verneint); dahin gestellt kann auch die Frage bleiben, wieweit eine Staatshaftung für gesetzgeberische Akte des Parlaments bestehen könnte (vgl. zu dieser Problematik: TOBIAS JAAG, La responsabilité de l'Etat en tant que législateur en Suisse, in: International Congress of Comparative Law, Rapports suisses présentés au XVème Congrès

international de droit comparé, Zürich 1998, S. 255 ff.; derselbe, Staats- und Beamtenhaftung, Rz. 74/75) und ob allenfalls das damals gültige Auslieferungsrecht verletzt wurde. Ist der Genugtuungsanspruch nach dem Verantwortlichkeitsgesetz verwirkt, entfällt auch eine
BGE 126 II 145 S. 168

allfällige Haftung direkt gestützt auf Verfassungsrecht für rechtmässiges Handeln des Staates (vgl. zur entsprechenden strengen Praxis des Bundesgerichts: JOST GROSS, Staats- und Beamtenhaftung, Rz. 3.13 bzw. 3.37); der Richter kann mit Blick auf den Legalitätsgrundsatz nicht von den gesetzlichen Verwirkungs- und Verjährungsfristen absehen und eine Haftung über den Gesetzgeber hinweg statuieren. b) Es bleibt über die Kosten und die Parteientschädigungen zu befinden: aa) Nach Art. 156 Abs. 1 OG werden die Gerichtskosten in der Regel der vor Bundesgericht unterliegenden Partei auferlegt. Dem Bund, der in seinem amtlichen Wirkungskreis und ohne dass es sich um seine Vermögensinteressen handelt, das Bundesgericht in Anspruch nimmt, oder gegen dessen Verfügungen in solchen Angelegenheiten Beschwerde geführt worden ist, dürfen in der Regel keine Kosten auferlegt werden (Art. 156 Abs. 2 OG). Hat keine Partei vollständig obsiegt oder durfte sich die unterliegende Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sehen, können die Kosten verhältnismässig verlegt werden (Art. 156 Abs. 3 OG). Die unterliegende Partei wird im Übrigen in der Regel verpflichtet, der obsiegenden alle durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen, indessen darf im Verfahren der verwaltungsrechtlichen Klage obsiegenden Behörden oder mit öffentlichrechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen werden (Art. 159 Abs. 2 OG). Fällt der Entscheid nicht ausschliesslich zugunsten einer Partei aus oder durfte sich die unterliegende Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sehen, so können die Entschädigungen verhältnismässig verteilt werden (Art. 159 Abs. 3 OG). Diese Grundsätze gelten auch im Verfahren der verwaltungsrechtlichen Klage (THOMAS HUGI YAR, Direktprozesse, in: GEISER/MÜNCH, Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1998, Rz. 7.55). Der Gebühren- und Entschädigungsrahmen nach Art. 153 ff. OG ist sehr flexibel ausgestaltet und räumt dem Gericht einen weiten Ermessensspielraum ein (THOMAS GEISER, Grundlagen, in: GEISER/MÜNCH, Prozessieren vor Bundesgericht, a.a.O., Rzn. 1.9 ff.). Bei aussergewöhnlichen Umständen kann es die obsiegende Partei aus Billigkeitsgründen auch verpflichten, die Kosten der unterliegenden ganz oder teilweise zu übernehmen (vgl. JEAN-FRANÇOIS POUDRET, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Bd. V, Bern 1992, S. 163, N. 4 zu Art. 159).
BGE 126 II 145 S. 169

bb) Mit Blick auf die aussergewöhnlichen Umstände des vorliegenden Falles (Überstellung des Klägers an die deutschen Behörden unter den beschriebenen Umständen) rechtfertigt es sich, von dieser Möglichkeit hier ausnahmsweise Gebrauch zu machen und damit der menschlichen Tragik nicht nur in Worten Rechnung zu tragen. Der Kläger unterliegt zwar mit seinem Genugtuungsbegehren vollumfänglich, doch waren die von ihm aufgeworfenen Fragen von grundlegender Bedeutung und komplexer Natur, so dass er sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sehen durfte; dies umso mehr, als der Bundesrat seinerseits unter Hinweis darauf, dass "es Sache des Bundesgerichts" sein werde, "eine umfassende und abschliessende rechtliche Beurteilung vorzunehmen", ausdrücklich darauf verzichtet hatte, den aufgeworfenen Fragen im Einzelnen nachzugehen, und sich darauf beschränkte, zu den "wichtigsten Rechtsfragen" bloss kurz Stellung zu nehmen. Unter diesen Umständen ist weder von der obsiegenden Beklagten noch vom Kläger eine Gerichtsgebühr zu erheben. Der obsiegenden Beklagten ist von Gesetzes wegen keine Parteientschädigung geschuldet (vgl. Art. 159 Abs. 2 OG), hingegen rechtfertigt es sich, dass sie den in guten Treuen Prozess führenden Kläger für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen entschädigt. Der Kläger hat eine Genugtuungssumme von Fr. 100'000.- eingeklagt; bei diesem Streitwert ist eine Entschädigung von bis zu Fr. 30'000.- vorgesehen (Art. 5 Abs. 1 des Tarifs vom 9. November 1978 über die Entschädigungen an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Bundesgericht; SR 173.119.1). Das Bundesgericht kann indessen in Streitsachen, "die aussergewöhnlich viel Arbeit beanspruchten, namentlich bei langwieriger und schwieriger Sammlung oder Zusammenstellung des Beweismaterials, bei umfangreichem Beweisverfahren oder Aktenmaterial, bei besonders verwickelten tatbeständlichen oder rechtlichen Verhältnissen usw.", in der Bemessung des Honorars über diesen Ansatz hinausgehen (Art. 7 Abs. 1 des Tarifs). Das Verfahren warf heikle Fragen auf, was eine intensive Auseinandersetzung mit einer tatbeständlich und rechtlich komplexen Materie nötig machte. Die Beklagte verfügte über ein umfassendes Gutachten der Direktion des Völkerrechts, welches seitens des Klägers zeitaufwendige Abklärungen erforderte. Im Übrigen war seine Prozessführung insofern erschwert, als er sich heute in Australien aufhält, was besondere Koordinationsprobleme und Reisekosten verursachte. In Abwägung aller Umstände und unter Berücksichtigung, dass der Kläger von Anfang an darauf verzichtet hat, sich an den

amerikanischen "Class-Action"-Verfahren zu beteiligen, weshalb er dort, sollten diese zu einem Abschluss kommen, keine Entschädigung erhalten wird, rechtfertigt es sich, die Parteientschädigung für das vorliegende Verfahren auf Fr. 100'000.- festzulegen.