

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 7 (1888)

Artikel: Die (directe oder subsidiäre) Haftung des Staates und der Gemeinden für Versehen und Vergehen ihrer Beamten und Angestellten

Autor: Ziegler, E.

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896747>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 21.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins zu Neuchâtel den 1. und 2. October 1888.

Referat

von E. ZIEGLER, Bezirksgerichtspräsident in SCHAFFHAUSEN

über

**die (directe oder subsidiäre) Haftung des Staates
und der Gemeinden für Versehen und Vergehen ihrer
Beamten und Angestellten.**

Die von dem Vorstande des Schweiz. Juristenvereins gewählte Fassung: „über“ die Haftung, gestattet es dem Referenten, die Grenzen seiner Aufgabe etwas nach seinem eigenen Ermessen zu ziehen; ob nun durch meine Auffassung gerade dasjenige getroffen wurde, was beabsichtigt worden ist, weiss ich freilich nicht; indess sind ja weder Correferent noch die andern Mitglieder an die von mir aufgestellten Schranken gebunden; es steht denselben vielmehr vollständig frei, auch noch andere, von mir nicht berührte Fragen in die Discussion hineinzuziehen; das Referat selbst ist nur eine erste Meinungsäusserung, im Uebrigen sind die Schranken durch das Discussionsthema als solches gezogen.

Unser Obligationenrecht sagt in seinem ersten Titel Capitel II (Unerlaubte Handlungen): „Ueber die Ersatzpflicht für Schaden, welchen öffentliche Beamte oder Angestellte in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, können Bundes- oder Cantonalgesetze abweichende Bestimmungen

aufstellen. Für gewerbliche Verrichtungen öffentlicher Beamten oder Angestellten können jedoch die Bestimmungen dieses Titels durch Cantonalgesetze nicht geändert werden.“

Mit diesem Artikel (64) habe ich das diesjährige zweite Discussionsthema in Verbindung gebracht.

Ich sagte mir: Bei den vorwiegend praktischen Tendenzen des Schweiz. Juristenvereins kann es sich nicht nur darum handeln, zusammenzustellen, was zur Stunde geltendes Bundes- oder cantonales, geschriebenes oder Gewohnheits-Recht ist, sondern es soll eine Discussion gerade darüber angeregt werden, ob der jetzige Rechtszustand bezüglich der Haftung des Staates für seine Beamten und Angestellten ein befriedigender, oder ob etwas anderes anzustreben sei. Da aber ohne Kenntniss des Bestehenden ein Aendern, ein Fortbilden nicht möglich ist, so ergibt sich hieraus von selbst, dass meine Aufgabe eine doppelte sein muss: einmal die bestehenden Vorschriften in Kürze zusammenzustellen, und sodann, hievon ausgehend, zu untersuchen, was sein sollte. Präciser gesagt wird mein Referat folgende Fragen behandeln:

1. Welche Vorschriften enthält das Obligationenrecht bezüglich der Haftung des Staates und der Gemeinden für ihre Beamten?

2. Inwieweit lässt das Obligationenrecht dem Bunde und den Cantonen Freiheit, diese Haftung auszudehnen oder zu beschränken?

3. Inwieweit haben Bund und Cantone von der ihnen eingeräumten Autonomie Gebrauch gemacht?

4. Ist es wünschenswerth, dass sie von derselben einen weitem Gebrauch machen als dies bisher geschehen ist? und speciell

5. Soll die Haftung, wenn eine solche überhaupt in vermehrtem Masse wünschbar ist, eine primäre oder blos eine subsidiäre sein?

6. Ist es dem Bunde und den Cantonen zu überlassen, jedem an seinem Orte, besondere Bestimmungen aufzustellen, oder sollen diese Bestimmungen einheitlich in einem Bundesgesetze ihren Ausdruck finden?

Bei dieser Art der Behandlung mag allerdings das Referat etwas ausgedehnt werden, um so eher halte ich mich dann aber für berechtigt, die Haftung für eine specielle Classe von Beamten und für eine specielle Art von Schaden ausser Behandlung fallen zu lassen.

Die Beamten, die ich meine, sind die Rechtstriebsbeamten. Für's erste soll ja, nach der vom Bundesrathe an die Räte erlassenen Botschaft vom 1. Mai 1888 betr. Uebergangsbestimmungen zum Schuldbetreibungs- und Concursgesetze, mit 1. Januar 1891 dieses Gesetz und damit die subsidiäre Haftbarkeit der Cantone für die Betreibungs- und Concursbeamten, sowie deren Angestellte (Art. 4 und 5) in Kraft treten. Wenn ich auch persönlich den Wunsch hege, es möchte dieses Gesetz vom Volk verworfen werden, so glaube ich dennoch nicht an die Erfüllung meines Wunsches. Ich nehme vielmehr an, dass wir wirklich in den ersten 90^{er} Jahren ein einheitliches Schuldbetreibungsgesetz mit in obigem Sinne geregelter Haftung des Staates besitzen werden. Sollte ich mich aber auch in dieser Voraussetzung irren, so kann ich für's zweite dennoch diese Art der Haftung aus dem Grunde übergehen, weil sie Verhandlungsgegenstand der Jahresversammlung in Bellinzona war (1887), auf welche Verhandlungen ich hiemit verweise, speciell auch bezüglich der Zusammenstellung des heute noch geltenden Rechtes.¹⁾

Die specielle Art Entschädigungspflicht des Staates sodann, welche ich ausser Betracht fallen lasse, ist die Frage der Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungs- oder Strafhaft ohne Verschulden eines Beamten. Nicht etwa dass dies eine unwichtige, der näheren Untersuchung nicht werthe Frage wäre, sondern weil ich dafür halte, es falle dieselbe nach dem Wortlaute des aufgestellten Discussionsthemas ausser Behandlung. Nach diesem haben wir uns nur mit der Frage der Haftung für V e r s e h e n o d e r

¹⁾ Siehe Referat A. Reichel pag. 132—138, 152, 153, Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins 1887, erstes Heft; auch Zeitsch. f. schweiz. R., N. F. VI S. 585—590, 604, 605.

Vergehen der Beamten zu beschäftigen, und von diesem Gesichtspunkte aus wird auch die Schadloshaltung für unverschuldete, d. h. ungesetzliche Haft mitbehandelt. Es kommt aber allerdings auch vor, dass Jemand längere Zeit in Untersuchungshaft gehalten wird, und nachher muss dennoch die Untersuchung als resultatlos niedergeschlagen werden, oder das Gericht spricht den Verhafteten frei, oder erst nach der Verurtheilung stellt sich heraus, dass der Verurtheilte und lange Zeit Inhaftirte unschuldig ist! Die Untersuchungs-, bezw. urtheilenden Richter haben aber dabei in getreuer Erfüllung ihrer Amtspflichten gehandelt, es kann durchaus kein Vorwurf gegen sie erhoben werden — und doch ist der nicht schuldig Erklärte, oder der ungerecht Verurtheilte, ohne irgend eigenes Verschulden von den staatlichen Organen in Haft behalten und dadurch geschädigt worden. — Ob der Staat in diesen Fällen entschädigungspflichtig sei (was ich für mich unbedingt bejahe), dies ist die Frage, welche ich eben hier nicht untersuchen will. Es ist dies eine sowohl für den Einzelnen als den Staat so wichtige Materie, dass sie ein Discussionsthema für sich bilden dürfte.¹⁾

Bei der Zusammenstellung der geltenden cantonalen Bestimmungen konnte ich es allerdings nicht umgehen, auch die Bestimmungen zu citiren, welche überhaupt eine Entschädigung für „unverschuldete“ Haft anerkennen; ich musste dies deswegen thun, weil die Ausdrücke „schuldlos“, „unschuldig“, den Begriff „ungesetzlich“ in sich schliessen können, man also nicht weiss, in welchem Sinne der Ausdruck gerade gebraucht ist.²⁾

Endlich habe ich der Haftpflicht der Beamten selbst nur gerade so weit gedacht, als es mir unumgänglich nothwendig

¹⁾ Siehe Gutachten und Verhandlungen des 11., 12., 13. und 16. deutschen Juristentages.

²⁾ Die Verfassung von Uri, Art. 30, gebraucht „unschuldig“ im Sinn von „ungesetzlich“, sonst könnte nicht von Regress gesprochen werden. — St. Gallen, Verfassungs-Art. 14, gebraucht die Ausdrücke „ungesetzlich“ und „unverschuldet“ neben einander, also als Gegensatz, in unserem Sinne.

erschien; streng logisch müsste der Untersuchung über die Haftpflicht des Staates die andere vorangehen: unter welchen Voraussetzungen ist ein Beamter für den durch seine Versehen und Vergehen zugefügten Schaden verantwortlich? denn es darf doch wohl ohne weitere Begründung der Satz als in Theorie und Praxis anerkannt aufgestellt werden: Staat oder Gemeinde haften unter keinen Umständen weitergehend als der schuldige Beamte selbst.¹⁾ Dass die Beamten für den Schaden eintreten müssen, welchen sie durch ihre Pflichtverletzung herbeiführen, ist wohl nicht streitig; wann aber eine solche Pflichtverletzung wirklich vorliege, wann der Beamte als nicht sorgfältig genug erscheine, darüber herrschen Meinungsdivergenzen. — Wenn es nun auch systematischer wäre, eben diese Erörterung über den Grad der durch den Beamten anzuwendenden Sorgfalt vorangehen zu lassen, so hätte mich dies doch auch wieder zu weit geführt, besonders weil dann auch hierfür eine Zusammenstellung der bestehenden Vorschriften erforderlich gewesen wäre. Absolut notwendige Einleitung für unsere Discussion ist jene Erörterung nicht, für diese genügt es zu wissen, dass die gemeinrechtliche Voraussetzung einer Haftung des Staates die Haftung des Beamten selbst ist.

Um sicheren Aufschluss darüber zu erhalten, ob und welche Vorschriften in den einzelnen Cantonen bezüglich Staats- oder Gemeindehaftung zu Recht bestehen, habe ich mir erlaubt, die Güte je eines Mitgliedes unseres Vereins in jedem Canton in Anspruch zu nehmen, und es ist mir auch mit einer einzigen Ausnahme von allen Herren Collegen in zuvorkommendster Weise die gewünschte Auskunft ertheilt worden, wofür ich ihnen an diesem Orte meinen besten Dank abstatte.

Wenn trotzdem mein Referat nicht mit derjenigen Vollständigkeit und Gründlichkeit ausgearbeitet worden ist, wie

¹⁾ Von einer scheinbaren Ausnahme von diesem Principe wird später die Rede sein (Unzurechnungsfähigkeit des eigentlichen Schädigers v. S. 495).

ich es selbst in erster Linie gewünscht hätte, so bitte ich dies damit zu entschuldigen, dass ich erst Ende März davon Kenntniss erhielt, ich sei bestimmt, an Stelle des ursprünglich in Aussicht genommenen Referenten zu treten, und dass in Folge dessen die Ausarbeitung meines Referates gerade in eine Zeit fiel, in welcher ich sonst mit Arbeit überhäuft war, und endlich, dass die Beschaffung des erforderlichen Materials in Schaffhausen schwieriger ist als in den Schweizerstädten, wo sich grössere juristische Bibliotheken befinden.

I.

Haftung von Staat und Gemeinde nach Obligationenrecht.

Das Obligationenrecht regelt die Haftpflicht der juristischen Personen für den durch ihre Angestellten und Arbeiter verschuldeten Schaden an zwei Orten: im Capitel „unerlaubte Handlungen“ (Art. 62), und bei den „Folgen der Nichterfüllung“ einer Obligation (Art. 115). Beide Bestimmungen sind, mit Ausnahme eines wichtigen Unterschiedes, im Uebrigen ziemlich gleichlautend. Während nämlich bei aquilischem Verschulden das Gesetz der juristischen Person den Entlastungsbeweis einräumt, sie habe es an der erforderlichen Sorgfalt nicht fehlen lassen, um den Schaden zu verhüten, so ist beim contractlichen Verschulden diese Einrede ausgeschlossen. Der Haftungsgrundsatz selbst ist aus dem französischen Rechte (C. c. 1384) herüber genommen, wenn auch in theilweise wesentlich modificirter Form. Wir besitzen daher, wenn es sich um Auslegung dieser Artikel handelt, ein werthvolles Material in der Litteratur zu dem Code civil und den auf denselben Principien beruhenden Gesetzbüchern von Belgien, eines Theiles der Schweiz, des Grossherzogthums Baden, der Rheinlande (Lehrbücher, Abhandlungen und namentlich die verschiedenen Präjudiciensammlungen). Allerdings finden wir in dem Code civil die bezügliche Bestimmung nur in dem Capitel über Vergehen und Versehen, allein es darf hieraus nicht gefolgert werden, dass der Art. 1384 wirklich nur auf die Fälle anzuwenden

sei, wo durch das widerrechtliche Handeln, ohne Vertrag, erst die Verbindlichkeit entsteht; die Gerichte haben vielmehr die Grundsätze dieses Artikels stets auch auf die Fälle angewandt, in denen es sich um die Folgen der verschuldeten Nichterfüllung eines bestehenden Vertrages handelte. In unserm Obligationenrechte musste die Bestimmung schon deswegen an beiden obgenannten Orten Aufnahme finden, weil die Haftbarkeit im einen und andern Falle eine verschiedene ist.

Ich werde nun zunächst die Haftbarkeit für das aquilische Verschulden ins Auge fassen und sodann den Art. 115 nur noch kurz berühren, insoweit er hievon Abweichendes bestimmt.

Damit der Staat unter die Verantwortlichkeit des Art. 62 falle, ist vor allem erforderlich:

1. Dass er als privatrechtliche juristische Person, d. h. als Fiscus, in Frage komme, und nicht als Staat im eigentlichen, öffentlich rechtlichen Sinne.¹⁾

¹⁾ In dieser Beziehung stimmt unser O. R. vollständig überein mit dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, wie dies aus den Motiven zu § 46 des letztern deutlich erhellt, welche sich folgendermaassen ausdrücken: „Die Vorschrift hat für private wie öffentlich rechtliche Körperschaften Geltung. Es liegt kein Grund vor, die Vertreter des Staates und der Gemeinden, soweit sie in Ausübung privatrechtlicher Vertretungsmacht handeln, andern Grundsätzen zu unterstellen, als die Vertreter sonstiger Körperschaften. Die öffentlichrechtliche Frage, ob und inwieweit der Staat bezw. eine Gemeinde denjenigen Schaden zu ersetzen habe, welchen ein Beamter bei Ausübung einer ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt Dritten gegenüber zufügt, bleibt unberührt, und beantwortet sich nach den Landesgesetzen.“ — Bezüglich des französischen Rechtes herrscht hierüber keine Uebereinstimmung, weder in der Doctrin noch in der Rechtsprechung. So erklären z. B. auf Grund des Art. 1384 Aubry und Rau (*cours de droit civil français*, Bd. 4 § 447) den Staat schlechthin haftbar: „L'état, représenté par les divers ministères et administrations ou régies publiques, est, comme tout commettant, responsable des dommages causés par ses employés, agents, ou serviteurs, dans l'exercice de leurs fonctions ou de leur service.“ Ebenso urtheilte der Cassationshof, während der Staatsrath den Staat nur dann haften lässt, wenn er als Eigenthümer erscheint, als sich nach Civilrecht obligirende juristische Person, nicht als Inhaber der öffentlichen Gewalt (*Laurent principes de droit civil* XX Nr. 592). Die deutsche Rechtsprechung für die

Ich leite diese Beschränkung ab aus der Fassung: „Die Verantwortlichkeit trifft auch juristische Personen, wenn sie ein Gewerbe betreiben.“ Wörtlich genommen wäre demnach selbst der privatrechtliche Fiscus nicht immer für seine Beamten haftbar; denn die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Staates tritt noch in vielen andern Fällen in privatrechtliche Beziehungen zu andern physischen oder juristischen Personen, als gerade nur als Gewerbetreibender. Wenn der Bund z. B. Pferde ankauft für die Cavallerie, so tritt er als Fiscus, als eine privatrechtliche Person auf, und doch wird es kaum Jemandem einfallen, ihn als Pferdehändler zu bezeichnen; er treibt kein entsprechendes Gewerbe, wenn er auch die Pferde mit Nutzen wieder abgibt; wohl aber ist er Gewerbetreibender, wenn er Pulver, Patronen anfertigt und verkauft. Soll er nun im letzteren Falle der Verantwortlichkeit des Art. 62 unterworfen sein, im ersteren nicht? Ich denke kaum, dass dies der Sinn des Gesetzes sein solle. Weder die Botschaft des Bundesrathes zum O. R. vom 27. Nov. 1879, noch die Commissionalberichte der Räthe sprechen sich hierüber aus, doch scheint mir meine erweiterte Auffassung aus dem zweiten Alinea der Seite 30 der ersteren herausgelesen werden zu dürfen. Auch bei uns wird es eben Sache des Richters sein, im einzelnen Falle zu untersuchen, ob der Staat wie jede andere Privatperson als Geschäftsherr erscheint oder nicht. Im ersteren Falle ist er dem Art. 62 zu unterstellen, im letzteren nicht.¹⁾

2. Dass ein Schaden verursacht worden sei. Fraglich kann hier sein, ob hierunter nur der Schaden im engeren Sinne gemeint sei mit Ausschluss des ideellen Schadens, oder auch dieser letztere. Wird der Art. 62 nur dahin aufgefasst, dass damit gesagt werden sollte: wie der Schädiger an und für sich haftet, so haftet in gewissen Fällen der Staat

Länder französischen Rechtes neigt sich in neuerer Zeit mehr zur Anschauung des Cassationshofes, indem z. B. der Staat haftbar erklärt wurde für Soldatenmisshandlung.

¹⁾ Siehe Laurent Bd. XX Nr. 593. Zeerleder, die schweiz. Haftpflichtgesetzgebung S. 27.

als Garant, so müsste dies dazu führen, die juristische Person auch für das Schmerzgeld und Quasischmerzgeld haftbar zu machen. Allein so scheint mir dieser Art. 62 nicht aufgefasst werden zu dürfen. Regel ist, dass derjenige für die Folgen einer Handlung einzustehen hat, der sie begangen hat; dass Jemand für das Delict oder Quasidelict eines Andern hafte, ist eine Ausnahme und muss daher, wie alle Ausnahmen, stricte interpretirt werden. Unser O. R. spricht in seinen Art. 50, 51 und 62 nur von Schaden, und setzt dem in den Art. 54 und 55 gegenüber, sei es allein oder neben dem eigentlichen Ersatz für Schaden „eine angemessene Geldsumme“. Noch deutlicher unterscheidet der französische Text: „allouer une somme équitable, indépendamment de la réparation du dommage constaté“ (Art. 54), und: „allouer une indemnité équitable, alors même qu'aucun dommage matériel ne serait établi“ (Art. 55), während Art. 62 nur bestimmt: „Le maître ou patron est responsable du dommage causé“. — Eine Ausdehnung der Haftung auch für mehr als den wirklichen Schaden scheint mir Angesichts dieses Wortlautes unzulässig. Der Geschädigte verliert seinen Anspruch auf dieses „Mehr“ nicht, aber er kann sich hiefür nur an den eigentlichen Schädiger halten, welchem gegenüber, wie wir sehen werden, durch die Inanspruchnahme der Staatshaftung das Klagerecht durchaus nicht erlischt.

3. Dass der Schaden widerrechtlich zugefügt worden sei (*damnum injuria datum*); es ist dies eine allgemeine Voraussetzung für jede Schadenersatzklage; wer nur von einem ihm zustehenden Rechte Gebrauch macht, und dabei einem Andern Schaden verursacht, wird niemals pflichtig diesen Schaden zu ersetzen. Dieser allgemeine Grundsatz ist auch im Art. 50, der von der directen Haftung des Schädigers selbst spricht, aufgenommen und daher wohl hier als unnöthig nicht wiederholt worden, von der Erwägung ausgehend, dass, wer für einen Andern eintreten müsse, selbstverständlich nie für mehr haftbar sei, als dieser Andere selbst.¹⁾

¹⁾ Die gegentheilige Anschauung vertritt Dr. A. Bieder in der Zeitschr. für schweiz. Recht Bd. 27 S. 360 ff.

4. Dass der Schaden durch einen Angestellten oder Arbeiter des Staates verursacht sei. Ob der Angestellte ein höherer, oder ein gewöhnlicher Tagelöhner ist, macht keinen Unterschied, wenn er nur vom Staate, sei es direct, sei es indirect, angestellt ist. Das letztere verstehe ich so: Der Staat, durch seine Organe, bestellt nicht alle seine Angestellten selbst, sondern er muss gewissen höheren Angestellten das Recht einräumen, von sich aus, aber auf Rechnung des Staates, Hilfsarbeiter zu bestellen. Wenn nun solche Gehülfen vorhanden sind, so muss angenommen werden, sie seien dennoch Staatsangestellte, wie die direct ernannten; sie treten in ein Contractverhältniss zum Staate; es hat der Staat seine Befugniss nur einem Andern abgetreten und von vornherein dessen Wahl genehmigt; wenn nun auch der Oberbeamte von seiner Anstellungsbefugniss einen unrichtigen Gebrauch macht, so kann sich der Staat nicht darauf berufen und eine Verantwortlichkeit ablehnen; er muss vielmehr auch für die in Uebertretung der Befugniss Angestellten eintreten, denn diese sind Staatsangestellte geworden. Anders verhält sich die Sache dann, wenn ein Beamter gar kein Recht hat, Angestellte zu ernennen; thut er es dennoch, so sind diese seine eigenen Angestellten, aber sie werden niemals Staatsarbeiter, der Staat bezahlt sie nicht, er tritt in keinen Connex zu ihnen, er haftet auch nicht für sie.¹⁾

5. Dass der Schaden in Ausübung der geschäftlichen Verrichtungen verursacht sei, dans l'accomplissement de leur travail; der Code civil sagt: dans les fonctions auxquelles

¹⁾ Beispiele: Ein Kantonalbankdirector hat die Befugniss, Lehrlinge einzustellen; ein solcher muss einen Wechsel encassiren, er benützt dies zu einem Diebstahl in der Encassolocalität — der Staat haftet. — Dagegen: Der Buchhalter ist mit seinen Arbeiten im Rückstande; er bringt einen Freund mit zur Hülfe; dieser vergreift sich am Privateigenthum eines wirklichen Bankangestellten, — der Staat haftet nicht, während er haften müsste, wenn der mitgebrachte Freund auch ein Angestellter wäre. — Für ein kantonales Fest ist eine Festhütte zu erstellen, der Staat erbaut sie nicht durch seine Organe, sondern überträgt die Arbeit einem fremden Unternehmer um einen Aversalpreis; der Unternehmer haftet für seine Arbeiter, der Staat haftet nicht.

ils les ont employés; das badische Landrecht: in den ihnen anvertrauten Verrichtungen; diese Ausdrücke sind gleichbedeutend, wie dies namentlich auch aus der Fassung des Art. 115 hervorgeht; dort ist der deutsche Ausdruck ganz derselbe wie in Art. 62: „bei deren geschäftlichen Verrichtungen“ (Ausübung fehlt); die Uebersetzung ist aber nicht dieselbe, sondern „dans l'exercice de leurs fonctions ou emplois“, also ungefähr diejenige des Code civil. Wir können daher die Frage nach der Tragweite dieser Fassung ebenfalls nach französischem Rechte beantworten. Dieses nimmt ziemlich übereinstimmend an, dass hiemit nicht nur „in“ Ausübung, sondern auch bei Gelegenheit der Ausübung gemeint sei: „dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice“.¹⁾

Recht eigentlich „in“ Ausübung der geschäftlichen Verrichtungen wird der Angestellte nur auf directen Befehl des Geschäftsherrn handeln, und in diesem Falle haftet selbstverständlich der Geschäftsherr, aber dann aus eigenem Verschulden; in den meisten andern Fällen wird der Angeklagte nicht „in“ seiner geschäftlichen Verrichtung handeln, sondern meist nur „bei Gelegenheit“ der Ausübung derselben.²⁾

6. Gänzlich abweichend von dem französischen Rechte hat unser Art. 62 dem Geschäftsherrn, für uns also dem Staate, einen Entlastungsbeweis eingeräumt, der ihn sehr oft der Haftung entbinden wird. Es ist dies ausgedrückt in dem Satze: „Wenn er nicht nachweist, dass er alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe, um einen solchen Schaden zu verhüten.“

Es stimmt dies, wenn auch nicht wörtlich, so doch dem Sinne nach mit der Fassung des 5. Alinea des Code civil Art. 1384 überein: „à moins qu'ils ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.“

¹⁾ Toullier, droit civil français Bd. XI 284/85. Aubry und Rau IV S. 761. Laurent XX 583. 586.

²⁾ Ein Arbeiter, der mit Pulver umzugehen hat, raucht; es erfolgt eine Explosion — der Staat haftet. — Derselbe Arbeiter geht nach Feierabend spaziren, wirft ein brennendes Streichholz weg, es entsteht ein Brand — der Staat haftet nicht.

Nur giebt das französische Recht diesen Entlastungsbeweis nicht auch dem Geschäftsherrn, sondern bloss den Eltern bezüglich der Kinder, sowie dem Erzieher und Handwerker bezüglich ihrer Zöglinge und Lehrlinge. Wir können also auch hier wiederum, trotz der materiellen Verschiedenheit, das französische Recht zur Interpretation beiziehen; allein gerade soweit eine juristische Person in Frage kömmt, finden wir dort über die Zulässigkeit des Entlastungsbeweises keinen Aufschluss. Den Grund dieses Schweigens glaube ich darin erblicken zu müssen, dass der Grund der Haftung in einem besonders nahestehenden Verhältniss der Personen liegt, und dass deswegen das französische Recht nur physische Personen als unter diese Haftung fallend ansieht, nicht aber juristische; dass also, obgleich ja auch der Staat als Inhaber einer staatlichen Lehranstalt, einer Manufactur, in Frage kommen kann, er nicht für die Zöglinge und Lehrlinge haftbar ist, sondern nur die wirklichen Lehrer und Meister.

Im ersten Augenblick liegt es überhaupt nahe zu sagen: dieser Entlastungsbeweis nützt wohl der physischen, nicht aber der juristischen Person, letztere ist ja nur ein künstliches Gebilde; sie kann selbst nichts wollen, nichts thun, nichts unterlassen, sie kann also weder sorgfältig noch leichtsinnig handeln; die juristische Person muss also in dieser Beziehung immer haften oder nie. Diese Ausnahmsstellung wäre aber eine so beschwerende, dass man einen Ausweg suchen muss, nachdem einmal die juristischen Personen den physischen gleichgestellt sind; und wie mir scheint ist er auch gefunden.¹⁾ Das Gesetz präsumirt das Verschulden der haftenden Person, d. h. es nimmt an, wenn eine schädigende Handlung beziehungsweise Unterlassung vorgekommen ist, so sei dies deswegen geschehen, weil die verantwortliche Person nicht alle Sorgfalt angewendet habe, um den Schaden zu verhüten, und es muss daher diese letztere ihr Nichtverschulden beweisen. Wie kann dies nun also eine juristische Person?

¹⁾ Siehe Dr. Adolf Bieder: Die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen nach schweiz. O. R. in der Zeitschr. f. schweiz. Recht Bd. 27 S. 354/56.

Nehmen wir bei der Beantwortung dieser Frage an, es handle sich um eine Staatsbank; die Statuten bezw. Gesetze und Reglemente unterscheiden zwischen Bankbehörden und Angestellten (Director, Cassier, andere Angestellte), und das Ganze ist der Oberaufsicht des Cantonsrathes unterstellt. Nach aussen treten nur die Angestellten auf, sie allein können Handlungen oder Unterlassungen begehen, welche direct Schaden verursachen, die Bankbehörden haben nur eine beaufsichtigende Stellung und regeln den Geschäftsbetrieb. Diese letztern sind, was man gewöhnlich „Organe“ der Gesellschaft nennt, sie verkörpern die juristische Person, sie sind die eigentlichen Willensträger derselben, sie sind vertretender Geschäftsherr im Sinne des Gesetzes. Für diese vindicire ich mit Bieder den Entlastungsbeweis. Wenn sie nachweisen können, dass sie alles gethan haben, den nach Aussen allein aufzutreten berechtigten Personen die Möglichkeit zu nehmen, Schaden zu stiften, so wird durch diesen Beweis der Staat von der Verantwortlichkeit befreit; können sie diesen Beweis nicht leisten, so muss der Staat haften, weil eben deren Verschulden identisch ist mit dem Verschulden der an und für sich willensunfähigen juristischen Person selbst. Es lassen sich hiebei schwer allgemeine Regeln aufstellen, es wird auch hier Sache des Richters sein, im einzelnen Falle zu untersuchen, ob die Bankorgane mit Einschluss des Grossen Rathes alles gethan haben, um den Schaden zu verhüten, oder ob die Schaden stiftenden Handlungen gerade deswegen möglich waren, weil es an der nöthigen Beaufsichtigung von oben fehlte.

So viel über das aquilische Verschulden.

Der Art. 115 O. R. regelt das contractliche Verschulden.

Während auf Grund des Art. 62 eine Obligation erst aus der betreffenden Handlung entsteht und eine Klage geboren wird, sowohl gegen den Schädiger als dessen Garanten, so tritt beim Art. 115 der Geschädigte in gar kein Verhältniss zu dem eigentlichen Schädiger, sondern nur zu der juristischen Person. Der Fiscus hat irgend eine Obligation eingegangen

nach Privatrecht, diese muss er erfüllen als Selbstcontrahent; er kann sich nicht frei machen dadurch, dass er nachweist, dass er nicht selbst an der Nichterfüllung schuld sei, sondern ein Angestellter oder Arbeiter; er wird hiebei der physischen Person vollständig gleichgestellt. Der Grund, warum hier speciell noch von den juristischen Personen die Rede ist, dürfte ein doppelter sein, einmal um auch hier die Einrede abzuschneiden, eine juristische Person könne nie in culpa sein, also niemals haftbar gemacht werden (Art. 110), und sodann um die einschränkende Bestimmung des Betriebes eines Gewerbes beizufügen.

Alles sonst zu Art. 62 ausgeführte gilt auch hier; wie dort der Fiscus als privatrechtliche juristische Person den physischen Personen gleichgestellt ist, so auch hier; wenn also dort der physischen Person die Einrede eingeräumt ist, sie habe alle erforderliche Sorgfalt angewendet, um den Schaden zu verhüten, so muss dieselbe Einrede auch der juristischen Person zustehen; wenn umgekehrt hier diese Einrede den physischen Personen nicht gewährt wird, so darf sie auch der juristischen nicht gegeben werden.

Es ist hier nicht der Ort, die andern Einreden zu betrachten, die den nicht oder nicht gehörig erfüllenden Schuldner zustehen; es genügt für uns zu constatiren, dass sie alle auch dem Fiscus zustehen.

Die dem Schuldner eingeräumte Möglichkeit, seine Verantwortlichkeit für das Verschulden seiner Angestellten und Arbeiter zu beschränken oder ganz aufzuheben, wird im Abschnitte II noch speciell besprochen werden.

Ist nach dem vorstehend Gesagten der Staat überhaupt haftbar, so ist er es immer primär; er kann nicht etwa den Kläger in erster Linie an den Schädiger verweisen und ihm nur für das eintreten, was der Geschädigte von dem Beamten oder Angestellten nicht erhältlich machen kann. Der Geschäftsherr ist civilrechtlich verantwortlich für das Thun und Lassen seiner Angestellten und Arbeiter; er leistet nicht nur Garantie, dass eintretenden Falles der Geschädigte seine

Entschädigung erhalte, ähnlich wie z. B. der einfache Bürge. Der allgemeine Satz, dass der Urheber der schädigenden Handlung oder Unterlassung für den Schaden persönlich verantwortlich sei, wird dadurch nicht umgestossen. Im Falle aquilischen Verschuldens hat der Geschädigte abgesehen von der Strafklage nur zwei Civilklagen, eine gegen den eigentlichen Schädiger, und eine gegen den die Verantwortlichkeit tragenden Staat, die er nicht nur alternativ, sondern sogar cumulativ geltend machen kann; nur darf er dabei nicht lucriren; er ist in der Stellung des Wechselinhabers gegen die verschiedenen Wechselverpflichteten, des Verbürgten gegen die verschiedenen solidarischen Bürgen und Selbstschuldner, d. h. sobald er von dem einen der Beklagten bezahlt ist, muss er den andern freigeben, oder bei theilweiser Befriedigung darf er vom Zweiten nur annehmen, was er vom Erstzahlenden nicht erhalten hat. In allen andern Fällen, d. h. wenn entweder contractliches Verschulden vorliegt, der Geschädigte sich also nur an den Geschäftsherrn halten kann, oder dass er nur diesen belangen will, wird der Staat regressberechtigt gegen den Schuldigen, sofern diesem nämlich die Handlung imputirt werden kann.¹⁾ Auch der Fall ist denkbar, dass der Geschädigte nur gegen den Geschäftsherrn klageberechtigt ist, und dass dieser gar nicht auf den eigentlich Schuldigen zurückgreifen kann. Es wird dies immer der Fall sein bei nicht zurechnungsfähigen Personen, gegen welche der Richter von dem in Art. 58 eingeräumten Ausnahmsrecht keinen Gebrauch gemacht hat; das Klagerecht des Geschädigten gegen den Garanten wird zwar nicht abgeschnitten, wohl aber der Regress des Eingeklagten auf den eigentlich Schuldigen.²⁾ Ebenso verhält es sich, wie ich oben schon aus-

¹⁾ Laurent: principes de droit civil français 621, 622. Aubry und Rau: cours de droit civil français Bd. IV S. 767.

²⁾ Es ist dies die früher angedeutete scheinbare Ausnahme von dem Principe, dass der Staat nur hafte, wenn der schuldige Angestellte selbst hafte; jene Regel bezieht sich nur auf das Verschulden an und für sich, nicht auf die Zurechnungsfähigkeit. Ein solches Beispiel wäre: In einer kantonalen Irrenanstalt wird ein temporär Geisteskranker zu Bureauarbeiten

geführt habe, wenn die widerrechtliche Handlung einem directen Auftrag entsprungen ist; in diesem letzteren Falle ist gegenheils der Beamte dem Staate gegenüber regressberechtigt.

Wir haben noch einige Punkte nur kurz zu erläutern:

1. Die Vererblichkeit der Klage. Art. 76 des letzten Entwurfes des O. R. bestimmte in dieser Beziehung, die Klage gehe auf die Erben des Geschädigten, und die Verpflichtung zum Schadenersatze bis auf den Betrag der Erbschaft auf die Erben des Schädigers über. Der Nationalrath strich auf Antrag seiner Commission¹⁾ den Artikel aus dem Grunde: dass die Delicts- und Contractsschulden activ und passiv vererblich seien, sei selbstverständlich, dagegen sei es Sache der cantonalen Gesetzgebung, die Bedingungen zu normiren, unter welchen die Erben sich einer Haftung für allfälligen Passivenüberschuss entschlagen können; der Ständerath stimmte bei und so fiel der Artikel.²⁾

Es ist denn doch etwas wesentlich Anderes, ob eine Erbschaft wegen Ueberschuldung ausgeschlagen wird, dann wird man einfach nie Erbe, oder ob man eine Erbschaft in gutem Glauben antritt und, wenn nach Jahren ein Geschädigter den Process anstrengt und obsiegt, man ihm einfach das Ererbte cediren kann. So wie nun die Sache liegt, muss man annehmen, die Schuld gehe activ und passiv über, aber der ohne beneficium antretende Erbe haftet dann auch mit seinem eigenen Vermögen. Für den haftenden Staat freilich kann dies gleichgültig sein, er erbt selten ab intestato.

2. Die Verjährung des Klageanspruches ist für das aquilische Verschulden besonders geregelt in Art. 69;

der Verwaltung beigezogen, in einem plötzlichen Anfalle bringt er einem im Bureau Anwesenden bedeutende Verletzungen bei, der Richter findet es nicht billig, den Kranken zum Ersatze zu verurtheilen — der Staat haftet dennoch.

¹⁾ Bericht der nationalrätlichen Commission S. 8.

²⁾ § 1730 des privatr. Gesetzbuches für den Kt. Schaffhausen enthält im 4. Buche, Forderungen und Schulden, auch eine Vererbungsbestimmung bez. der Bürgschaftsverpflichtung.

für das contractliche Verschulden gelten die allgemeinen Verjährungsbestimmungen der Art. 146 ff. Es ist nur eine Consequenz des aufgestellten Satzes, dass der Verantwortliche nur in den Fällen eintreten müsse, wo auch der Thäter selbst hafte, wenn wir sagen: gegen den verantwortlichen Geschäftsherrn ist die Klage verjährt, wenn sie gegen den Thäter selbst verjährt ist. Es ist dies aber auch deswegen erforderlich, weil sonst dem aus fremder culpa Haftenden der Regress gegen den eigentlich Schuldigen verunmöglicht wäre.

3. Ebenso einleuchtend ist, dass, wenn ein Beamter oder Angestellter durch einen andern Angestellten Schaden erleidet, er gegen den haftbaren Staat gerade so gut klagend auftreten kann, wie ein Nichtangestellter, ein Fremder; muss der Geschäftsherr diesem haften, so ist seine Verpflichtung demjenigen gegenüber eine noch viel grössere, den er in die Zwangslage versetzt hat, neben einem Andern zu arbeiten, unter Umständen, die es ihm geradezu verunmöglichen, sich gegen diesen zu schützen.¹⁾

II.

Zulässigkeit einer vom Obligationenrechte abweichenden Gesetzgebung.

Wenn wir uns die Frage vorlegen: inwiefern lässt das Obligationenrecht dem Bunde und den Cantonen Freiheit, die eben besprochene Haftung auszudehnen oder zu beschränken, so müssen wir auch hier wieder aquilisches und contractliches Verschulden auseinanderhalten.

Ich habe ganz zu Anfang den Art. 64 O. R. citirt; dieser bestimmt, inwiefern das Obligationenrecht für unsere Haftungs-

¹⁾ Billetaussgeber einer Staatseisenbahn, Cassier einer Kantonalbank — bei augenblicklich nothwendiger Stellvertretung ohne eigentliche Uebergabe an den Stellvertreter. — Siehe hierüber auch Laurent 587, Aubry und Rau pag. 760: Les maîtres et commettants sont responsables non seulement au regard des tiers, mais encors vis-à-vis de leurs ouvriers ou préposés du dommage causé par l'un d'eux à un autre, dans l'exécution du travail qui leur était confié en commun.

frage aus aquilischem Verschulden *lex cogens* ist, und inwiefern hievon abweichende Bestimmungen aufgestellt werden können.

Bezüglich der Haftung für Versehen und Vergehen derjenigen Angestellten und für diejenigen Handlungen, wie wir sie als unter den Art. 62 fallend bezeichnet haben, ist die Bestimmung des Art. 64 Abs. 2 absolut klar:

Die cantonale Gesetzgebung kann sich hiemit nicht mehr befassen, sie ist durchaus ausgeschlossen, und da, wo die Cantone früher vom jetzigen Wortlaut des Obligationenrechtes abweichende Vorschriften aufgestellt hatten, sind diese durch die Generalclausel des Art. 881 O. R. aufgehoben.

Anders verhält es sich bezüglich der Bundesgesetzgebung; dieser ist durch den Art. 64 Abs. 2 in keiner Weise eine Schranke gezogen; der Bund kann dem Wortlaut gemäss für seine Beamten, Angestellten und Arbeiter jeder Art, also auch für die in dem vorhergehenden Abschnitt besprochenen, andere Bestimmungen aufstellen, sich den Bestimmungen des Obligationenrechts entziehen. Möglich ist allerdings, dass die Auslassung des Wortes „Bundes“ im zweiten Alinea nur mit Rücksicht auf die zur Zeit des Inkrafttretens des Obligationenrechtes schon bestehenden Gesetze, oder noch zu erlassende allgemeiner Natur stattfand, allein gesagt ist dies nicht, zur Stunde ist die Bundesgesetzgebung nach allen Richtungen hin frei, so z. B. bezüglich Post, Telegraph, Telephon, der Bund kann sich in diesen Fällen eine Ausnahmsstellung schaffen. Warum er, der hiebei als eine Privatperson erscheint, gerade so gut wie die Cantone auch, nicht stricte denselben für gut befundenen Grundsätzen unterworfen sein soll als die Cantone, ist für mich nicht ersichtlich. Es kann sich nur fragen: Ist die beschränkende Bestimmung des zweiten Alinea des Art. 64 wirklich einem Bedürfniss entsprungen? Der Nothwendigkeit, es einmal ausdrücklich zu bestimmen: Wenn ein Staatswesen in Concurrenz tritt mit privater Erwerbsthätigkeit, wenn es Handel und Gewerbe treibt, so soll es auch seiner besondern Rechte als Staat verlustig werden, es soll den Contrahenten gegenüber stehen wie jeder andere Privatmann. Ich begrüsse es als eine Errungenschaft, dass das Obligationenrecht diesen

Schritt gethan hat; denn gerade in unsern kleinen Verhältnissen, wo es der verhältnissmässig grosse Beamtenapparat mit sich bringt, dass man nicht immer grosse Auswahl von Personen hat, hält es zuweilen sehr schwer, den Beamten klar zu machen, dass eine Stadt, ein Canton in ihrem Verhältniss als Fiscus und Schädigender nichts anderes sind als eine Privatperson, dass sie ihrer öffentlichen Attribute vollständig entkleidet sind und durchaus keine Ausnahmsstellung in Anspruch nehmen dürfen. Und warum soll nun der eidgenössische Fiscus in dieser Beziehung eine andere Stelle einnehmen? Ist es ein Unterschied, ob wir es beispielsweise mit einer Bundesbank oder mit einer Cantonalbank zu thun haben? Gewiss nicht, und darum ist es entschieden zu bedauern, dass das O. R. diesen Unterschied gemacht hat, anstatt sich auch für den Bund gleichwie für die Cantone, beide als Gewerbetreibende betrachtet, als *lex cogens* zu statuiren. Hatte aber der Gesetzgeber nur ein oder mehrere erlassene oder zu erlassende Bundesspecialgesetze im Auge, so konnten diese auf dem Wege des Art. 888 vorbehalten werden, als specielle Ausnahme, wie es eben dort bezüglich der Bundesgesetze betr. die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen und der Gesetzgebung über die Haftbarkeit aus Fabrikbetrieb geschehen ist.

Was dagegen die öffentlich-rechtliche Functionen ausübenden Beamten betrifft, so sind Bundes- und Kantonal-Gesetzgebung in Art. 64 Alinea 1 gleichgestellt, sie sind beide berechtigt, vom Obligationenrecht abweichende Bestimmungen aufzustellen.

Es darf jedoch gewiss die Frage aufgeworfen werden, ob damit das Recht eingeräumt werden wollte, abweichende Bestimmungen überhaupt zu erlassen, oder ob das Obligationenrecht ein Minimum der Schadenersatzpflicht aufstellte, welches unter allen Umständen und für alle diesem Gesetze unterworfenen Rechtssubjecte gelten sollte, zu welchen auch die Beamten gehören, und ob es Bund und Cantonen nur das Recht einräumen wollte, weitergehende Bestimmungen zum Schutze gegen Uebergriffe der Beamten zu erlassen. Die Consequenz

der ersten Auslegung ist die, dass es dem Bunde oder einem Cantone freisteht, jede Haftpflicht der Beamten wegzubedingen. Diese Consequenz hat zunächst etwas so Verblüffendes, dass man sich unwillkürlich der andern Anschauung zuneigt, das Obligationenrecht habe nur das eine Recht einräumen wollen, die Haftpflicht der Beamten strenger zu gestalten als die anderer Personen, nicht umgekehrt. Es ist dies jedoch nur ein Eindruck des Augenblicks; unser eigentlicher Gesetzgeber ist ja doch das Volk, und wenn wir auch nicht gerade an Beamtenstellen Mangel leiden, so haben wir doch überall mehr Nichtbeamte als Beamte; es ist also kaum denkbar, dass der Nichtbeamte, welcher den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts unterworfen ist, zur Schaffung eines Zustandes Hand bieten werde, unter dem er selbst jeden Augenblick am meisten leiden könnte. — Weder die Botschaft des Bundesrathes zum Obligationenrecht, noch einer der Comissionalberichte der Rätthe spricht sich hierüber aus; wir sind also lediglich an den Wortlaut des Artikels selbst gebunden, und dieser muss allerdings dazu führen, dass dem Bunde und den Cantonen volle Freiheit gelassen ist, die Haftbarkeit ihrer Beamten als solchen, und des Staates für dieselben zu regeln wie sie es für gut finden. Diese Befugniss steht ihnen zu bezüglich des ganzen Capitels „unerlaubte Handlungen“, wie das die französische Fassung ausdrücklich sagt: *les lois fédérales ou cantonales peuvent déroger aux dispositions du présent „chapitre“*. Immerhin ist hervorzuheben, dass nur abweichende Bestimmungen aufgestellt werden „können“. Wo zur Zeit des Inkrafttretens des Obligationenrechtes derartige besondere gesetzliche Bestimmungen nicht existirten, gelten die Bestimmungen dieses Abschnittes auch für öffentliche Beamte, solange bis es beliebt, andere Bestimmungen zu treffen; aber nur für die Beamten selbst, eine Haftung des Staates für sie spricht das Obligationenrecht nirgends aus.

Was das contractliche Verschulden betrifft, so ist zunächst zu constatiren, dass in dem II. Capitel des zweiten Titels nicht ausdrücklich gesagt ist, in welchen Fällen die Cantonalgesetzgebung abweichende Bestimmungen auf-

stellen dürfe und in welchen nicht, wie in Art. 64. Der Grund hiefür scheint mir klar, und es stimmt dies überein mit meiner Interpretation des Wortes „Gewerbe treiben“, „gewerblich“. In diesem Abschnitte ist nur von der Erfüllung privatrechtlicher Verbindlichkeiten die Rede. Der Gesetzgeber hielt daher eine Wiedergabe der in Art. 64 aufgenommenen Bestimmung für unnöthig, er sagte sich: „dort konnten an und für sich zweierlei juristische Personen gemeint sein, privatrechtliche und öffentlich-rechtliche, die erstern wollte ich dem Obligationenrechte unterstellen, die letztern in ihren öffentlich rechtlichen Beziehungen nicht; ich war daher genöthigt, das dort ausdrücklich zu sagen; hier aber können die öffentlich rechtlichen Beziehungen des Staates, der Gemeinde, gar nicht in Frage kommen, ich brauche daher auch nicht ausdrücklich zu bestimmen, ob auf diese mein Gesetz oder cantonales Gesetz Anwendung finden soll, es findet weder das eine noch das andere Anwendung.“ Wie verhält es sich nun aber bei diesem Still-schweigen rücksichtlich der juristischen Personen in ihren privatrechtlichen Beziehungen mit der Zulässigkeit abweichender Bundes- und Cantonalgesetzgebung? Existirt eine Lücke, die wir durch analoge Anwendung des Art. 64 Abs. 2 ausfüllen müssen? — Zu einem solchen Mittel brauchen wir nicht zu greifen; es existirt keine Lücke; wir haben die Frage nur nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden, und nach diesen muss gesagt werden, die cantonale Gesetzgebung ist ausgeschlossen. Unstreitig gehört diese Materie zu denjenigen, bezüglich welcher dem Bunde nach Art. 64 B. Verf. das Gesetzgebungsrecht zusteht; in Ausführung dieses Artikels ist das Bundesgesetz über das Obligationenrecht erlassen worden,¹⁾ es ist in demselben die Haftpflicht der Beamten in ihrer privatrechtlichen Stellung und die Haftung des Staates für sie geregelt. Damit sind aber nicht nur die bis zum Inkrafttreten des Obligationenrechtes gültigen cantonalen Bestimmungen und zwar bezüglich der ganzen Materie aufgehoben, sondern es muss die cantonale Gesetzgebung auch für die Zukunft als un-

¹⁾ Siehe den einleitenden Satz des O. R.

zuständig betrachtet werden.¹⁾ Nicht dasselbe gilt bezüglich der Bundesgesetzgebung. Soweit dieselbe vor das Obligationenrecht fällt, müsste auch sie als aufgehoben gelten, sofern wir früher schon ein allgemeines, die jetzt durch das O. R. geregelte Materie ordnendes Bundesgesetz gehabt hätten, es ergäbe sich dies aus der Bestimmung des Art. 881 O. R. Allein dieser Fall liegt bekanntlich nicht vor, wir besitzen nur Eidgenössische Specialgesetze, und diese dürfen wir nach der allgemeinen Regel *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* trotz Art. 881 nicht als ohne Weiteres dahin gefallen betrachten; sodann hat das Obligationenrecht selbst einzelne Gesetze, oder Theile solcher als fortbestehend aufgeführt, wie dies z. B. bezüglich des Bundesgesetzes betr. die Haftpflicht der Eisenbahnen- und Dampfschiffahrtsunternehmungen und die Gesetzgebung über den Fabrikbetrieb der Fall ist, deren Fortbestand (der Postgesetzgebung bezüglich eines Theiles derselben) *expressis verbis* gesichert ist.²⁾

Die zukünftige Bundesgesetzgebung allerdings ist durch das Obligationenrecht in keiner Weise influencirt, der Gesetzgeber ist in beiden Fällen derselbe, und wie es ihm jederzeit freisteht, das Obligationenrecht in seiner Totalität aufzuheben und durch ein anderes Gesetz zu ersetzen, so muss ihm auch das Recht zustehen, einzelne Materien desselben herauszugreifen, anders zu ordnen und bezüglich dieser das Obligationenrecht aufzuheben.³⁾

¹⁾ Die Textausgabe von Hafner Einleitung III 5 behandelt die Zuständigkeit der kantonalen Gesetzgebung ziemlich einlässlich, auch mit Rücksicht auf weniger klare Fälle, zu denen der vorliegende jedenfalls nicht gehört.

²⁾ O. R. 888. Ich begnüge mich an diesem Orte mit dieser allgemeinen Bemerkung, da ich später (S. 506 ff.) auf diese Specialgesetze im Einzelnen zu sprechen kommen werde.

³⁾ Angesichts dieses kaum bestreitbaren Rechtes begreife ich allerdings nicht ganz, welche Motive es veranlassten, in Art. 888 O. R. bezüglich der Fabrikgesetzgebung eine andere Fassung zu wählen als bezüglich der Eisenbahn- und Dampfbootunternehmungen; ich glaube kaum, dass sich der Bund das Recht selbst nehmen wollte, an der Eisenbahngesetzgebung etwas zu ändern; es dürften Zeiten kommen, wo gerade diese Gesetzgebung gewiss manche Aenderung erleiden wird!

In Einer Beziehung ist allerdings eine bedeutende Modification der Haftung aus contractlichem Verschulden möglich. Es ist ja ein Ausfluss der Vertragsfreiheit, dass die Parteien ihre gegenseitige rechtliche Stellung nach eigenem Ermessen normiren können, und dass mithin der ganze angezogene Abschnitt nur für den Fall ergänzend eintritt, als die Parteien selbst nichts vereinbart haben. In dieser Beziehung können scheinbar sogar cantonale Gesetze dennoch entgegen dem Obligationenrechte bestehen. Es ist durchaus nicht erforderlich, dass ein solcher die Bestimmungen des Obligationenrechts alterirender Vertrag für jeden einzelnen Fall abgeschlossen werde, sondern es kann Jemand allgemein Vorschriften aufstellen, unter denen er die Besorgung gewisser Dienste, Verrichtungen etc. übernimmt. Wenn nun ein Dritter sich unter Kenntniss dieser Bestimmungen, sei es wirklicher oder supponirter, mit diesem Andern einlässt, so muss er diese Bestimmungen gegen sich gelten lassen und er kann sich nicht auf die abweichenden Vorschriften des Obligationenrechtes berufen; er hat stillschweigend die die Verantwortlichkeit beschränkenden Bestimmungen des Gegencontrahenten acceptirt und damit ist der Vertrag geschlossen.¹⁾ Eine solche einseitige Vertrags-offerte kann aber auch die Form eines cantonalen Gesetzes haben und in dieser Beziehung schwebt mir z. B. das Gesetz betr. die Errichtung der Schaffhauser Cantonalbank vor. Art. 4 desselben sagt: „Für die übrigen Verbindlichkeiten (Banknotenhaftung nämlich ausgenommen) der Bank übernimmt der Staat die Haftbarkeit hinter den eigenen Mitteln der Bank nach Liquidation derselben.“ Das Reglement, ebenfalls vom Grossen Rathe als Decret erlassen, bestimmt in § 62, wie Bankbehörden und Angestellte für den durch ihre Handlungen und Unterlassungen der Bank entstehenden Schaden dieser verantwortlich sind. Wie aber Bankangestellte und für sie der Staat Dritten gegenüber haftbar seien, ist nirgends bestimmt,

¹⁾ Dass ich dabei einseitige Bestimmungen eines Monopolinhabers und demselben faktisch gleichstehender Geschäftsinhaber nicht meine, diese vielmehr als nicht zu schützend betrachte, ist selbstverständlich.

und es gelten mithin die diesbezüglichen Bestimmungen des Obligationenrechtes. Es wäre aber sehr wohl denkbar, dass das Gesetz oder Decret sagen würde, der Staat haftet mit Rücksicht auf die Erfüllung der von der Bank eingegangenen Obligationen nur für arglistiges Verschulden der Bankangestellten, nicht aber für irgend welche Fahrlässigkeit derselben, auch nicht für grobe. In diesem Falle würde dieses cantonale Gesetz gelten und nicht das Obligationenrecht, aber als Vertrag, nicht als Gesetz.

Zwingend, trotz entgegenstehender Verabredungen der Contrahenten, sind für die uns einzig interessirende Verantwortlichkeit des Fiscus in unserm Sinne die Normen des Obligationenrechts bei contractlichem Verschulden nur dann, wenn der eine Contrahent zum anderen in einem Dienstverhältniss steht, oder wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich concessionirten Gewerbes entsteht; aber auch in diesen beiden Fällen darf die Haftung für leichtes Verschulden immer noch vertraglich ausgeschlossen werden.

Für unser Discussionsthema, wenigstens in dem von mir aufgenommenen Sinne, am wichtigsten ist das Eine, dass die Haftung des Staates und der Gemeinde für ihre in bezw. bei Ausübung öffentlich rechtlicher Functionen Schaden stiftenden Beamten und Angestellten im Obligationenrechte weder bezüglich aquilischen noch contractlichen Verschuldens normirt werden wollte, vielmehr Bund und Cantone vollständige Freiheit haben, hierüber die ihnen gutscheinenden Vorschriften aufzustellen.

Ausser den behandelten Art. 62 und 115 O. R., welche die Haftung der privatrechtlichen juristischen Personen für ihre Angestellten im Allgemeinen regeln, finden sich auch bei einzelnen Rechtsinstituten noch Vorschriften, welche auf die Haftung für Dritte Bezug haben, allein auch diese alle beziehen sich wiederum nur auf privatrechtliches, nicht öffentlich-rechtliches Auftreten.

Dass dieses Nichtnormiren nicht etwa eine blosse Aulassung ist, sondern der Absicht entsprang, keine Regeln hier-

über in das Obligationenrecht aufnehmen zu wollen, geht, ausser aus dem mehrfach citirten Art. 64 Abs. 1 für aquilisches Verschulden, allgemein hervor aus dem Art. 76, welcher ausdrücklich sagt, dass die Entstehung von Schuldverpflichtungen aus Gründen des öffentlichen Rechts durch das cantonale oder das bezügliche eidgenössische Recht geregelt wird. Eine solche Schuldverpflichtung aus Grund öffentlichen Rechtes ist eben die Haftung des Staates und der Gemeinden für diejenigen Versehen und Vergehen ihrer Beamten und Angestellten, welchen mein Referat de lege ferenda speciell gewidmet ist.

III.

Haben wir in Vorstehendem festgestellt, inwiefern dem Bunde und den Cantonen trotz den Bestimmungen des Obligationenrechtes im Allgemeinen ein selbständiges Gesetzgebungsrecht zusteht, so ist der nächste Schritt zu untersuchen:

In wie weit haben Bund und Cantone von der ihnen eingeräumten Gesetzgebungsbefugniss schon Gebrauch gemacht?

Bei dieser Zusammenstellung wäre es nicht nur zwecklos, aquilisches und contractliches Verschulden strenge auseinander zu halten, sondern es würde dies der Uebersichtlichkeit geradezu Eintrag thun; es kommt nämlich vor, dass ein und dasselbe Gesetz Bestimmungen über beiderlei Verschulden enthält, oder sogar von einem Verschulden ganz absieht (Eisenbahngesetz); und dann handelt es sich ja für uns bei dieser Zusammenstellung nicht darum zu wissen, auf welchem Grunde die Haftung beruht, sondern nur, dass und wie eine solche existirt. — Nach dem früher Gesagten kann übrigens bei der Zusammenstellung cantonaler Vorschriften gar nicht mehr von einer Haftung aus contractlichem Verschulden die Rede sein, sondern nur noch bei den Bundesgesetzen. Einigermassen findet eine Trennung allerdings doch noch statt, insofern nämlich, als ich zunächst noch diejenigen Bundespecialgesetze anführe, durch welche für juristische oder phy-

sische Personen, Bund, Cantone, Gesellschaften oder einzelne Individuen, Normen festgesetzt werden über deren Haftung für ihre Beamten, Angestellten oder Arbeiter, sobald sie als Unternehmer gewisser gewerblicher Verrichtungen erscheinen; und erst dann diejenigen Bestimmungen zusammenstelle, welche bei den Handlungen öffentlichen Rechtes massgebend sind. Solche

Bundesspecialgesetze

sind:

1. Das Bundesgesetz über das Postregale vom 4. Brachmonat 1849 und die Ergänzungs- und Ausführungsbestimmungen zu demselben in ihrer letztgültigen Fassung, nämlich das Bundesgesetz betr. die Posttaxen vom 26. Juni 1884, die Transportordnung vom 7. October 1884, die Verordnung über Ausrichtung von Entschädigungen bei Unfällen des Postpersonals im Dienste vom 30. Christmonat 1881 und deren Abänderung (§ 7) vom 23. Februar 1886.

Es kann nicht in den Rahmen meiner Aufgabe fallen, sehr eingehende Erörterungen darüber anzustellen, ob die citirten Bestimmungen überhaupt an und für sich Geltung haben, oder ob ihnen eine solche deswegen abgesprochen werden müsse, weil die betreffenden Organe incompetent waren, solche Normen aufzustellen; ebensowenig die andern von meiner Anschauung abweichenden Theorien zu widerlegen. Es ist für den Zweck meines schriftlichen Referates genügend, wenn ich meine Ansicht über den Fortbestand der Postspecialgesetzgebung ausspreche und daran die Bemerkungen über die Haftung des Staates anknüpfe. Im Allgemeinen ist meine Auffassung nur eine Consequenz der früher aufgestellten Interpretation, auf den einzelnen Fall angewandt.¹⁾

¹⁾ Einer eingehenden Untersuchung hat die Frage, „ob und welchen Einfluss das Obligationenrecht auf das postalische Garantierecht ausgeübt habe,“ Professor Dr. Meili unterzogen unter dem Titel: „Reflexionen über das schweiz. Postrecht“ (siehe Zeitschr. f. schweiz. Recht Bd. 27 S. 33 ff). Diese Abhandlung ist um so schätzenswerther, als entschieden die Frage der Posthaftpflicht neu geordnet werden muss, sei es durch einfache Unterstellung unter das Eidgen. Obligationenrecht (Ansicht Professor Schneider

Das Obligationenrecht erwähnt die Post ausdrücklich nur an einer Stelle; es ist dies in Art. 466, welcher lautet: „Für die Frachtverträge der Post und der Eisenbahnen gelten die besondern Gesetze.“ Wenn ich mich nun frage, was ist unter „Frachtverkehr“ zu verstehen, so halte ich es nicht für richtig, nach einer allgemeinen Definition zu suchen, sondern diese muss durch das Obligationenrecht selbst gegeben werden. Dass es eine glückliche Idee war, das Wort Frachtverkehr auf die Post anzuwenden, möchte ich um so weniger behaupten, als das Wort „Fracht“, „Frachtbrief“ in keinem Postgesetze, keiner Verordnung und keinem Reglemente vorkommt; einzig in dem Posthandbuch, einer nach Inkrafttreten des Obligationenrechtes entstandenen Art systematischer Abhandlung ohne Gesetzeskraft, kommt das Wort Frachtbrief als identisch mit der eigentlichen Bezeichnung „Begleitadresse“ (Seite 95, 107, 109) vor. Es lässt sich diese Ausdrucksweise wohl nur aus dem Umstande erklären, dass dasselbe Wort für Post und Eisenbahnen dienen musste.

Sicher ist soviel, dass unter „Frachtverträge“ nicht aller Postverkehr zu subsumiren ist. Art. 449 O. R. besagt: Frachtführer ist derjenige, welcher gegen Vergütung den Transport von S a c h e n auszuführen übernimmt. Diesen Werth in den Art. 466 eingesetzt heisst derselbe: „Für den durch die Post

in seinem Commentar zum O. R. ad Art. 52 Schlusssatz) oder durch Specialgesetzgebung. Eine Specialgesetzgebung wird nicht zu umgehen sein, um Detailbestimmungen zu ordnen; ich berühre nur beispielsweise die festen Ansätze bei Verspätungen, die wünschbaren kürzern Reclamationsfristen etc.; aber damit ist nicht ausgeschlossen, dass in derselben die Haftungsgrundsätze des Obligationenrechtes Aufnahme finden. Es ist wahrhaftig nicht einzusehen, wie ich dies in meinem ganzen Referate aufrecht erhalte, warum ein Unterschied gemacht werden soll, ob eine Privatperson, heisse sie physische oder juristische, in gewerbsmässiger Weise Transportgeschäfte besorge oder ob dies der Staat thue; denn dass der Grundsatz, dass dies angenehmer und auch billiger für den Staat sei, — kein durchschlagendes Rechtsmotiv bilden kann, bedarf doch wohl heut zu Tage keiner besondern Begründung mehr. Der Bund als Unternehmer soll den Andern gleichgestellt sein, das ist der Sinn des Obligationenrechtes, eine uns durch dasselbe gebrachte Errungenschaft, basirend auf dem allgemeinen Rechtsbewusstsein.

gegen Vergütung übernommenen Transport von Sachen gelten die besondern Gesetze“ — oder, da die Post meines Wissens keine unentgeltlichen Dienste leistet (Handgepäck ausgenommen): „Ueber den Posttransport von Sachen gelten die Postspecialgesetze und nicht das Obligationenrecht“. Abgesehen nun von den juristischen Definitionen von „Sache“ wird der mit der Entstehungsgeschichte des Gesetzes nicht bekannte Leser desselben unbedingt dem Begriff „Sache“ denjenigen der Person entgegenstellen, und eben dies, wie der Dritte das Gesetz auffassen muss, nicht die etwaige ohne bestimmten Ausdruck gebliebene Willensmeinung des Gesetzgebers, ist massgebend.¹⁾

Wenn wir uns sodann die einzelnen Dienstverrichtungen der Post nach dem Bundesgesetz betr. die Posttaxen vergegenwärtigen, so müssen wir uns wiederum unter Sachen-transport alle Verrichtungen der Post denken mit Ausnahme des Personentransportes.

Der Postverkehr umfasst nämlich: I. die Briefpost, II. die Fahrpost, III. Nachnahmen, Geldanweisungen, Einzugsmandate, IV. Personentransport. Dass Personen keine Sachen, dass Briefe, Postkarten, Zeitungen, Drucksachen, Waarenmuster, Geschäftspapiere, Paquete, Kisten von beliebigem Gewichte dagegen wirklich Sachen sind, wird Niemand in Abrede stellen wollen; zweifelhaft könnte man nur sein bei den Nachnahmen, Geldanweisungen und Einzugsmandaten. Dass bei diesen noch rechtlich anders zu construirende Functionen als der blosser Transport hinzutreten, wer wollte dies bestreiten? aber der Sachentransport bleibt dabei immerhin und lässt sich nicht von der andern Function loslösen. Die Nachnahme ist ein Hin- und Rücktransport von Geld und Gegenwerth, die Anweisung ein Hintransport, das Einzugsmandat ein Rücktransport, alle verbunden mit einem besondern Auftrage.

Aus dem Gesagten ergibt sich:

Bezüglich des ganzen Postverkehrs mit Ausnahme des Personentransportes erklärt das Obligationenrecht die Specialpost-

¹⁾ Dass auch die Juristen diese Auffassung theilen, lese ich aus der Textausgabe Hafner zu Art. 449 Ziff. 3.

gesetze als trotz O. R. ungeschmälert zu Recht bestehend. Was folgt daraus für den Personentransport?

Wäre gar nirgends im Obligationenrecht von der Post die Rede, so könnte gesagt werden, die Postgesetze sind nirgends speciell aufgehoben, also gelten sie noch unverändert fort, nach der früher citirten Rechtsregel betr. Verhältniss des speciellen Gesetzes zum generellen; aber nachdem bezüglich eines Theiles der Fortbestand des frühern Specialgesetzes vom Gesetzgeber ausdrücklich bestimmt wurde, und wir ohne besondere Veranlassung nicht auf eine unbeabsichtigte Auslassung schliessen dürfen, müssen wir sagen:

Bezüglich des Personentransportes ist die Postgesetzgebung aufgehoben und es gelten hiefür die allgemeinen Normen des Obligationenrechtes.¹⁾

Ich habe bisher nur von Gesetzen gesprochen, verstehe darunter aber auch die Verordnungen;²⁾ sie sind theils blosse Ausführungsbestimmungen zum Gesetze und daher von der competenten Behörde gültig erlassen, oder sie gehen über die Befugnisse der erlassenden Stelle hinaus, indem sie neu eingeführte Dienstzweige per Analogie den bestehenden gesetz-

¹⁾ Speciell gelten also noch: Gesetz über das Postregale Art. 12: Die Post haftet für den Verlust und die Beschädigung der Gegenstände mit Werthangabe. Art. 13. Sie haftet für verspätete Abgabe eingeschriebener Briefe und Paquete. Art. 14: Die Post haftet für das Gepäck der Reisenden (mit Ausschluss des Handgepäckes). Art. 15: Sie haftet, wenn sie Gegenstände, die sie zum Transporte anzunehmen nicht verpflichtet ist (Art. 8), dennoch übernimmt, ohne eine Garantie hiefür ausdrücklich abzulehnen; sie haftet nicht, wenn sie eine solche Garantie ausdrücklich ablehnt. Sie haftet überall nicht, wenn der Schaden nicht durch einen ihrer Beamten oder Angestellten, oder nicht im schweizerischen Postgebiete entstanden ist. Art. 16: Sie haftet nicht für Verlust oder Verspätung nicht eingeschriebener Briefe und nicht mit Werthangabe aufgebener Gegenstände. Art. 17: Die Klagen verjähren innerhalb 90 Tagen — 1 Jahr von der Aufgabe an.

Dagegen sind als aufgehoben anzusehen Art. 14 Abs. 1 u. 2 über die limitirte Haftpflicht bei persönlicher Beschädigung der Reisenden; Art. 16 über die Nichtentschädigung bei Verspätung von Personen; Art. 17 über die Verjährung der Ansprüche bei persönlicher Beschädigung.

²⁾ Anders Meili a. a. O. S. 52.

lichen Vorschriften unterordnen, oder neue, nicht im Einklange mit dem Gesetze stehende, Vorschriften aufstellen. Bezüglich dieser kann gewiss streng juristisch gesagt werden, diese Vorschriften sind ungültig; allein wenn derartige Vorschriften mit Wissen des eigentlich Gesetzgebungs-Berechtigten, und unter vorkommender Bezugnahme auf dieselben bei Berathungen, Jahre lang bestehen und Anwendung gefunden haben, auch durch Publication urbi et orbi zur Kenntniss gebracht sind, so nehme ich an, sie seien durch den eigentlich competenten Gesetzgeber, in dessen Sphäre eingegriffen wurde, sowie von dem über ein diese Vorschriften erwähnendes Gesetz abstimmen-den, und dasselbe annehmenden Volke ratihabirt und sanctionirt worden, es sei eine Art Gewohnheitsrecht geworden.

Es darf nun aber im Weitern nicht übersehen werden, dass alle diese speciellen noch gültigen Postvorschriften nur bezüglich des contractlichen Verschuldens der Postbeamten und -Angestellten Bestimmungen aufstellen; nirgends finden wir dagegen eine Norm, wie es bei Delictsobligationen zu halten sei, und es ist dies speciell für die Frage der Haftung des das Postregal ausübenden Bundes wichtig.

Ich komme also zu dem Schlusse, dass beim Personen-transport die Bestimmungen des Obligationenrechtes, bei allen andern postdienstlichen Verrichtungen im Allgemeinen die speciellen Postvorschriften gelten. Dies kann aber nur Geltung haben bezüglich solcher Rechtsverhältnisse, welche in Postgesetzen wirklich normirt werden wollten. Wenn dort nirgends gesagt ist, dass die Post für Verschulden aus Delict oder Quasidelict hafte oder nicht hafte, so sind wir berechtigt anzunehmen, dass dies zu regeln den Rechtsnormen des allgemeinen Rechtes überlassen werden wollte, damals speciell dem Bundesgesetze über die Verantwortlichkeit der Eidgen. Behörden und Beamten, welches noch besonders behandelt werden wird, und dem Bundesstrafrechte. Heute haben wir aber eben noch das Obligationenrecht, welches weitergehende Bestimmungen über die Haftung aus unerlaubten Handlungen allgemein aufstellt, sowohl für die eigentlich Schuldigen, als die dafür haftbaren Geschäftsherren, und wir werden daher

aus denselben Gründen wie bei den Personenverletzungen allgemein annehmen müssen, dass auch bei Schadenszufügungen an Sachen, die nicht aus mangelnder Vertragserfüllung, sondern aus einem aussercontractlichen Verschulden hervorgehen, die Bestimmungen des Obligationenrechtes massgebend sind.

Es wird also die Frage der Haftung des Staates für die Postbeamten und -Angestellten noch um einen Grad complicirter. Wir müssen unterscheiden:

a) Personentransport. Der eidgen. Fiscus haftet für alle seine Beamten und Angestellten, soweit dieselben einen nach den für aquilisches und contractliches Verschulden entwickelten Grundsätzen zu behandelnden Schaden verursacht haben, gemäss Obligationenrecht.

b) Bei allen andern postalischen Verrichtungen muss auseinandergehalten werden

α) contractliches Verschulden in Nichterfüllung einer übernommenen Verpflichtung — der eidg. Fiscus haftet für alle seine Beamten und Angestellten, soweit das Postgesetz überhaupt eine Haftung eintreten lässt, primär unter Regressmöglichkeit auf den eigentlichen Fehlbaren nach Postgesetz.¹⁾

β) Aquilisches Verschulden — der Staat haftet nach Obligationenrecht wie beim Personentransport.²⁾

¹⁾ Siehe Postregalgesetz Art. 19.

²⁾ Ein Beispiel zeigt die Concurrenz der verschiedenen Haftungsmodalitäten am deutlichsten: Ein Postwagen stürzt wegen habitueller Trunkenheit des Postillons einen Abhang hinunter, was zur Folge hat, dass

- a. Ein im Postwagen befindlicher Reisender den Arm gebrochen hat.
- b. Ein mit tausend Franken deklarirtes Paquet verschwunden ist.
- c. Der Conducteur eine tödtliche innere Verletzung erhalten hat.
- d. Ein dem Postwagen entgegenkommender Lastträger durch den stürzenden Wagen ebenfalls verletzt worden und eine von ihm getragene Last Glaswaaren zerbrochen ist.

Die sämtlichen 4 Geschädigten bzw. deren Angehörige sind klagberechtigt gegen den Bund (Postfiscus) und zwar:

bei a nach Obligationenrecht Art. 50, 51, 53. (54).

„ b nach Postregalgesetz Art. 12 u. 19, Transportordnung Art. 101 u. 107.

„ c nach Obligationenrecht Art. 50, 51, 52. (54), oder nach der bundesrätthl. Verordnung betr. Unfälle im Dienst, nach seiner Wahl (§ 8).

„ d nach Obligationenrecht Art. 50, 51, 53. (54).

Ich gebe gerne zu, dass, meine Auffassung überhaupt als richtig angenommen, das Verfahren ein sehr complicirtes ist, und dass es ohne Rechtsbeistand dem Geschädigten kaum möglich sein wird, auch nur zu wissen, an welche Instanz er sich zu wenden habe, um zu einer Entschädigung zu gelangen. Allein dieser Umstand kann mich nicht davon überzeugen, dass ich mich irre, sondern nur davon, dass unsere Postgesetzgebung in mancher Beziehung eine antiquirte ist, und dass es dringend wünschbar wäre, diesem Zustande bald ein Ende zu machen. Ist aber meine Auffassung eine irrige, gilt das Postgarantierrecht noch in allen Theilen mit Ausschluss des Obligationenrechts, so ist die Forderung auf Aufhebung der Sonderstellung des Bundes als Postunternehmers erst recht eine begründete.¹⁾

2. Dem Postwesen zunächst steht das Telegraphenwesen; beide sind in der Bundesverfassung in einem Satze verbunden. Die neuesten diesbezüglichen Specialgesetze sind: Das Bundesgesetz über den telegraphischen Verkehr im Innern der Schweiz vom 22. Brachmonat 1877, die Verordnung über die Benützung der electrischen Telegraphen im Innern der Schweiz vom 30. Juli 1886, die Instruction über den Büreaudienst vom 31. Juli 1886 (der internationale Telegraphenvertrag von St. Petersburg 1875, das Reglement für den internationalen Dienst Berlin 17. September 1885 nebst dessen Revision vom 25. Mai 1886.).

Ist die Beantwortung der Frage über die Anwendbarkeit des Obligationenrechtes schon bei der Haftung des Postfiscus äusserst wichtig, so ist sie es noch vielmehr beim Telegraph; denn während die Post eine, wenn auch sehr be-

¹⁾ Der Bericht des Bundesrathes über seine Geschäftsführung im Jahre 1887 III. A Postverwaltung (Bundesbl. 15 1888 S. 242) lässt einen Entwurf eines neuen Postregalgesetzes für die diesjährige Wintersession der Räthe hoffen, und diese haben diesen Bericht, herausgewachsen aus ihren diesbezüglichen Postulaten, in der Weise acceptirt, dass sie dem Bundesrathe die specielle Weisung ertheilten, die Haftpflicht auszudehnen und zu verschärfen. Einzig aus diesem Grunde habe ich davon abgesehen, eine besondere These aufzustellen. — Möge uns der Entwurf bezw. das Gesetz diese Ausdehnung ganz im Sinne und Geiste des O. R. bringen.

schränkte, Haftung stets anerkannt hat, so ist es nicht nur schweizerisches, sondern beinahe universelles Telegraphenrecht, jede Haftpflicht abzulehnen.¹⁾

Im Obligationenrecht ist das Telegraphen-Institut mit keiner Silbe erwähnt. Ist deswegen anzunehmen, dasselbe unterliege auf Grund des Art. 881 den allgemeinen Rechtsregeln des Obligationenrechtes? oder bestehen die Spezialbestimmungen noch zu Recht? Beim Postgesetze bin ich dazu gekommen, die Spezialbestimmungen über den Frachtverkehr aufrecht zu erhalten, weil nur bezüglich dieses das Obligationenrecht ausdrücklich die Normen als fortgeltend bezeichnet, und indem ich hieraus des weitern schloss, der Gesetzgeber habe das Nichterwähnte untergehen lassen wollen.

Bei der vorwürfigen Materie verhält es sich anders: Wenn die Spezialtelegraphengesetzgebung gar nicht erwähnt ist, so müssen wir nach den allgemeinen Regeln annehmen, der Gesetzgeber habe trotz Art. 881 das Spezialgesetz fortbestehen lassen wollen. Es ist für diese Auffassung namentlich von Wichtigkeit, dass gar nirgends, ausser in Argentinien²⁾, eine solche Haftpflicht für die Telegraphenverwaltung besteht, wie sie das Obligationenrecht ihr auferlegen würde. Darf nun angenommen werden, eine solche Umwälzung der bestehenden Verhältnisse sei vorgenommen worden, ohne auch nur mit einem Worte in irgend einem Commentar,

¹⁾ Buchstäblich aufgefasst, ist dieser Ausspruch insofern unwahr, als nach Art. 58 der citirten Verordnung für recommandirte Depeschen eine fixe Entschädigung von fünfzig Franken gewährt wird, während sonst nur Taxrückvergütung stattfindet. Dies ist aber der einzig vorgesehene Haftungsfall, der eher den Titel einer Conventionalbusse verdient. Der Art. 2 des Gesetzes, welcher in Art. 2 der Verordnung reproducirt ist, lautet bekanntlich ausdrücklich dahin: „Die eidgenössische Verwaltung übernimmt keinerlei Verantwortlichkeit für die telegraphische Correspondenz.“ Die übrigen speciell in Betracht fallenden Bestimmungen sind: Die Art. 68/70 der Verordnung, in welchen die Rückvergütung der Taxen geordnet ist; Art. 3 des internationalen Vertrages, in welchem die Bestimmung über Nichthaftung aufgenommen ist; Art. LXX/LXXIII des internationalen Reglementes betr. Taxrückvergütung.

²⁾ Siehe Meili das Telegraphenrecht S. 265.

einer Botschaft, einem Commissionalbericht, dessen zu erwähnen? Nein! dies ist meines Erachtens unzulässig.

Wenn ich trotzdem zur theilweisen Anwendung des Obligationenrechtes gelange, so geschieht dies also nicht aus dem Grunde der stillschweigenden Aufhebung, sondern dem der Ergänzung der Spezialgesetzgebung. Wie beim Postfiscus unterscheide ich auch hier contractliches und aquilisches Verschulden. Das erstere ist in der Telegraphengesetzgebung geregelt, der Staat haftet nicht; aber über die Haftung des Staates für die civilrechtlichen Folgen eines Delictes oder Quasidelictes eines Angestellten des Telegraphenamtes hat das Specialgesetz keine Bestimmungen aufgestellt. Auch hier ist also das Obligationenrecht ergänzend eingetreten, es hat Normen geschaffen, die früher nicht existirten, und die daher auch überall Platz greifen müssen, wo die Verhältnisse an und für sich vorliegen, für welche sie gegeben sind. Wenn wir nun den Bund als Inhaber des Telegraphenmonopols betrachten, so finden wir alle Merkmale, die wir aufgestellt haben für die Anwendung des Art. 62 O. R., in ihm vereinigt, und es liegt daher absolut kein Grund für die Nichtannahme aquilischer Haftung vor, im blossen Worte „Bund“ steckt die Ausnahme sicherlich nicht. Zudem drückt sich die angeführte Instruction für den Büreaudienst dahin aus, dass der Beamte dem Bunde für allen verursachten Schaden haftbar sei;¹⁾ welchen Sinn könnte dies nun haben, wenn wir auch keine Haftung aus Delict annähmen? Müssen wir nicht daraus schliessen, die nach dem Obligationenrecht in Kraft getretene Verordnung (1886) habe gerade vor Augen gehabt, dass die Haftung aus Art. 62 für den Staat eintrete, und sich darum ausdrücklich den Regress gewahrt, was allerdings unnöthig war; und hätte nicht ausdrücklich in dieser Verordnung gesagt werden müssen, der Bund lehne die Haftung ab, wenn es diesen Sinn gehabt haben sollte? dies letztere allerdings nicht in der Meinung, dass eine Verordnung eine gesetzlich bestehende Haftung durch blosse Aufnahme eines

¹⁾ Siehe Art. 164, welcher auch das Verantwortlichkeitsgesetz und die einschlägigen Bestimmungen des Bundesstrafrechtes als geltend bezeichnet.

solchen Passus ausschliessen könnte, sondern lediglich als deutliche Documentirung, dass dies die Auffassung vom Gesetze sei. Gehen wir gar auf einzelne Fälle ein, so tritt erst recht hervor, dass nun, nachdem wir das Obligationenrecht haben, ein derartiger Ausschluss der Haftung nicht mehr Platz greifen kann. Wir haben gesehen, dass wenn z. B. ein Arbeiter bei der eidgenössischen Pulververwaltung raucht und hiedurch Dritten Schaden anrichtet, der Staat haftet; aus welchem Grunde soll dieser nun nicht haften, wenn z. B. ein Telegraphist, der Nachtdienst hat, das Licht anzündet, das noch brennende Streichholz in den Papierkorb befördert, und dadurch eine Feuersbrunst entsteht? oder wenn der Telegraphenbote, der mir ein internationales Telegramm bringt, die Zeit, während ich ihm die Bescheinigung unterzeichne, benützt, um mich zu bestehlen? während im gleichen Falle der Staat für den Briefboten einzustehen hat.

Dies die kurze Begründung, wesshalb ich auch hier zu einer theilweisen Anwendung des Obligationenrechtes gelange.¹⁾

Anders verhält es sich nun freilich *de lege ferenda*. Hier stehe ich voll und ganz auf dem Boden Derjenigen, welche eine Aenderung auch der Telegraphengesetzgebung verlangen.²⁾

Wieweit die Haftung hiebei ausgedehnt werden soll, ist heute nicht zu debattiren, dies müssen wir dem Gesetzgeber überlassen. Es lässt sich nicht in Abrede stellen, dass denn doch ein grosser Unterschied zwischen den Obliegenheiten eines Postangestellten und denen eines Telegraphenbeamten

¹⁾ Hafner, a. a. O. zu Art 110 Schluss, nimmt ebenfalls für contractliches Verschulden Gültigkeit der Specialgesetzgebung an, bezüglich des aquilischen Verschuldens hat er sich nicht ausgesprochen. Zeerleder, die schweiz. Haftpflichtgesetzgebung pag. 28, spricht sich bezüglich Telegraphen und Telegraphenverwaltung nicht bestimmt aus. Ganz anders Meili a. a. O. S. 251, welcher auch für contractliches Verschulden das Obligationenrecht als massgebend aufstellt. Dass Schneider im Anhang zu seinem Commentar das Telegraphengesetz nicht zum Abdruck gebracht hat, deutet mir darauf hin, dass er annimmt, das Obligationenrecht finde hier Anwendung.

²⁾ Siehe Meili a. a. O. S. 216 ff.

besteht; dem einen liegt nur ein Transport ob, dem andern eine Uebersetzung, eine geistige Thätigkeit; wenn jener nur einigermaassen aufmerksam ist, so kann er sich ohne besondern Verstand vor Schaden hüten, bei diesem genügt ein falscher Druck, und ein Schaden von Tausenden von Franken ist gestiftet; es schiene mir daher entschieden zu weitgehend, den Beamten oder gar den Staat für jeden Schaden aus der Besorgung des Telegraphendienstes haftbar zu machen. — Die Haftungsfrage ist in der Entwicklung begriffen, das Bedürfnis wird sich auch andernorts immer lebhafter geltend machen, und so gut als wir für unsern internen Verkehr Normen aufstellen, lässt sich vielleicht auf internationalem Boden eine gewisse Haftung erstreben, sei es durch Aufstellung verschiedener Kategorien von Depeschen, die eine mindere oder höhere Sorgfalt erheischen, und demnach auch kleinern oder höhern Taxen unterliegen (Recommandation, Deklarirung etc.), sei es auf dem Wege allgemeiner, für alle Versehen gleicher, Haftung. Bei der eminenten Bedeutung des telegraphischen Verkehrs und dem kleinen schweizerischen internen Rayon wäre einer internationalen Regelung, wenn auch in abgeschwächter Form, entschieden der Vorzug zu geben. So wie die Haftung jetzt geordnet oder vielmehr nicht geordnet ist, kann es nicht bleiben. Auch hier ist nicht zu vergessen, dass wir es mit einem einträglichen Monopol zu thun haben, dass mich der Staat zwingt, mich eines Beamten zu bedienen, der mich zu seinem Vergnügen absichtlich ruiniren kann, ohne dass mir der Staat hiefür einsteht.

3. Ganz kurz kann ich mich bezüglich des Telephons wesen s fassen. Ich berühre die Streitfrage nicht, ob es richtig war, das ganze Institut des Telephons dem Telegraphen gleichzustellen; durch die Verordnung über Errichtung von öffentlichen Telephonstationen vom 29. November 1880 und die Instruction für den Telephonbetrieb vom 20. April 1881¹⁾ ist

¹⁾ Siehe speciell Art. 4 und 5 der ersteren und Art. 24 der letzteren. Der citirte Art. 4 geht noch einen kleinen Schritt zurück bei der Taxrückvergütung.

dies geschehen, und die Rätbe haben es gut geheissen, wie mir übrigens scheint mit Recht. Das Telephon ist der jüngere Bruder des Telegraphen, ob er, wenn einst ausgewachsen, nicht noch grösser wird als der ältere, ist noch ungewiss.

Ist diese Gleichstellung einmal vorhanden, so muss das zum Abschnitt Telegraphenwesen Gesagte auch für das Telephon gelten. Nur de lege ferenda besteht insofern ein bedeutender Unterschied, als ich in einer besondern Gesetzgebung für das Telephonwesen kein dringendes Bedürfniss sehe; bezüglich des aquilischen Verschuldens sind wir jetzt schon gesichert, und das contractliche Verschulden spielt eine untergeordnete Rolle. Dass der Beamte nicht auf seinem Posten ist, dass er eine falsche Verbindung herstellt, dass er zu früh abläutet etc., alles das sind ärgerliche Vorgänge, die mit einem telephonischen Segenswunsche erledigt werden können, ohne zu ernsthaften Klagen Veranlassung zu geben; der eigentliche Verkehr geschieht durch die Interessenten selbst; wenn sie sich nicht verstehen, so ist es ihr Fehler, und haben sie sich den Schaden selbst zuzuschreiben. Der mangelhafte Unterhalt der Apparate und dgl. fällt ebenfalls unter die entsprechenden Normen des Obligationenrechtes.

4. Das Bundesgesetz über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen auf dem Gebiete der schweiz. Eidgenossenschaft vom 23. December 1872, das Bundesgesetz betr. die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrt-Unternehmungen bei Tödtungen und Verletzungen vom 1. Juli 1875, das Bundesgesetz betr. den Transport auf Eisenbahnen vom 20. Mai 1875.

Es ist mir nicht bekannt, dass ausser dem Kanton Neuenburg eine öffentlich-rechtliche Korporation, Gemeinde, Kanton oder Eidgenossenschaft, eine Eisenbahn oder Dampfschiffahrt betreibt; möglich wäre, dass noch irgendwo für eine gewerbliche Staats- oder Gemeinde-Anstalt ein Privatverbindungsgeleise existirte, auf welches ja die Haftpflichtbestimmungen ebenfalls Anwendung finden.¹⁾ Bei diesen letztern werden

¹⁾ Siehe Bundesgesetz über die Rechtsverhältnisse der Verbindungsgeleise zwischen den schweiz. Eisenbahnen und gewerblichen Anstalten Art. 13.

aber in den meisten Fällen eigene Angestellte in Betracht kommen, die dann eher unter das Fabrikgesetz fallen. Bezüglich der Haftpflicht nach der Eisenbahngesetzgebung im Allgemeinen, also der Voraussetzung der Haftpflicht, der Subjekte derselben, der Beweislast, der Befreiungsgründe, der Art und Höhe der Entschädigung, der prozessualischen Bestimmungen, der Verjährung, der Beschränkung der Vertragsfreiheit, verweise ich auf die kürzlich erschienene systematische Darstellung der schweizerischen Haftpflichtgesetzgebung von Prof. Zeerleder, und hebe hier nur hervor, dass die Haftpflicht für Sachen, Leib und Leben über ein Verschulden Seitens der Dampfschiff- und Bahnverwaltung und ihre Angestellten hinaus laut bundesrätlicher Botschaft deswegen so ausgedehnt ist, „weil sich das Publikum den Eisenbahnen gegenüber in einer Nothlage befinde.“¹⁾ Dies einmal angenommen —, so ist doch bei Eisenbahnen und Dampfbooten das Monopol nur ein factisches, ich kann mich des gewöhnlichen Transportes per Achse, des Wassertransportes in von Menschenhand und nicht mit Dampf bewegten Schiffen bedienen, und werde deswegen nicht bestraft. Und die Post, die mich nicht factisch, sondern rechtlich zwingt, mich ihrer zu bedienen, die mich bei Zuwiderhandeln bestraft, dieser soll es freistehen, ihre Haftbarkeit nicht nur nicht über den Maasstab des Obligationenrechtes hinaus auszudehnen, sondern sie soll sogar hinter diesen Bestimmungen zurückbleiben, sie ganz negiren dürfen? Art. 38 des Eisenbahngesetzes hat einheitliche Haftpflichtbestimmungen für Eisenbahnen, Dampfboote und die Post vorgesehen; seither sind 15 Jahre verflossen, und seit 13 Jahren ist der Art. 38 bezüglich der ersten ganz, bezüglich der zweiten theilweise, zur Ausführung gelangt, nur bezüglich der Post ist nichts geschehen!

Ich constatiere also bezüglich der Eisenbahn- und Dampfbootgesetzgebung blos:

Bezüglich der Haftung aus Sachen- (Fracht) und Personentransport, sowie bezüglich Verletzungen und Beschä-

¹⁾ Siehe Blumer/Morel Bundesstaatsrecht II S. 130. 132 ff.

digungen nicht zum Transport übernommener Personen findet das Obligationenrecht auf Eisenbahnen keine Anwendung, sondern die hierüber erlassenen oder zu erlassenden Specialgesetze sowohl bezüglich Bau als Betrieb.¹⁾ Ebenso verhält es sich bezüglich contractlichem und aquilischem Verschulden von Dampfbootunternehmungen gegenüber Personen.²⁾

Dass das Eisenbahngesetz auch auf die Fälle Anwendung finden solle, in welchen ein Canton als Bau- oder Betriebsunternehmer erscheint, ist im Gesetze selbst gesagt.³⁾ Dass dies auch bezüglich des Haftpflichtgesetzes und bez. des Transportgesetzes der Fall sei, ist in diesen Gesetzen nirgends ausdrücklich enthalten; ebensowenig, dass die Bestimmungen der Eisenbahngesetzgebung vorkommenden Falles auch auf den Bund oder Gemeinden angewandt werden müssen; allein einerseits ist die Eisenbahngesetzgebung solch ein in sich abgeschlossenes Ganzes, dass es sich gar nicht denken liesse, warum die eine Bestimmung Anwendung finden sollte, und die andere nicht; andererseits sind in dieser Beziehung Bund, Cantone und Gemeinden so gleiche Gebilde, dass sich eine Unterscheidung nach dem Subjecte wieder nicht denken liesse. Es kommen also allüberall, und in jeder Beziehung, also auch für den Chemin de fer Jura-Neuchâtelois, die Bestimmungen der Eingangs erwähnten Gesetze, nicht das Obligationenrecht, zur Anwendung. Und wenn also heute oder morgen der Bund den Betrieb einer solchen Anstalt übernimmt, so haftet er für seine diesbezüglichen Beamten und Angestellten nach jener Gesetzgebung bis und so lange er die Gesetzgebung nicht ändert.

Aus dem Gesagten geht durch Abstraction hervor, welche Bedeutung bezüglich Eisenbahn- und Dampfbootunternehmungen dem Obligationenrecht zukömmt. Es tritt dort ergänzend ein, wo die Eisenbahn-Specialgesetzgebung mangelt, d. h.:

¹⁾ O. R. Art. 466/68. 888 (Art. 900 berührt uns speciell nicht).

²⁾ Meili, die Rechtsstellung der Dampfschiffunternehmungen in der Schweiz S. 19 ff. — Entgegengesetzt Blumer/Morel II S. 105.

³⁾ Eisenbahn-Gesetz Art. 40.

a) Bezüglich der Eisenbahngesellschaften findet das Obligationenrecht Anwendung bei aquilischer Sachbeschädigung.

b) Bezüglich der Dampfbootunternehmungen findet das Obligationenrecht Anwendung: auf den Gütertransport sowohl, als mit Rücksicht auf Beschädigung von nicht zum Transport übernommenen Sachen, also die Art. 449 ff. über den Frachtvertrag, 115 und 62 ff. betreffend Haftung für die Angestellten aus contractlichem und aquilischem Verschulden.

5. Was endlich die Haftung aus Fabrikbetrieb betrifft, so ist für diese ebenfalls die besondere Gesetzgebung in Art. 888 O. R. vorbehalten worden. Auch bezüglich dieser Art Haftung verweise ich in erster Linie auf die Darstellung Zeerleder.

Die sämtlichen drei zu Recht bestehenden Gesetze, nämlich: Das Bundesgesetz betr. die Arbeit in den Fabriken vom 23. März 1877, das Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Brachmonat 1881 und „das Bundesgesetz betr. die Ausdehnung der Haftpflicht und die Ergänzung des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1881“ vom 26. April 1887 regeln jedoch nur das Verhältniss zwischen den Arbeitgebern und den Arbeitern. Gegenüber Dritten gelten also die Bestimmungen des Obligationenrechts sowohl aus dem Capitel „unerlaubte Handlungen“ als „Folgen der Nichterfüllung“ voll und ganz, und verweise ich auf meine diesbezüglichen allgemeinen Ausführungen.

Nur eine Specialbestimmung des Ergänzungshaftpflichtgesetzes will ich hier noch speciell hervorheben, es ist dies der Art. 2, welcher die Haftungsfrage bei Ausführung in Regie ausdrücklich dahin regelt, dass die Haftpflicht von der betreffenden Staats-, Bezirks-, Gemeinde- oder Corporations-Verwaltung zu tragen sei.

Es ist dies meines Wissens die einzige Bestimmung in unserer Gesetzgebung, welche die Arbeiten unserer Discussionssubjecte in Regie expressis verbis behandelt.

Damit habe ich die wenigen das allgemeine Recht ganz oder theilweise ausschliessenden Bundesspecialgesetze er-

ledigt, und kann nun übergehen zur Zusammenstellung der gesetzlichen Bestimmungen, welche die eigentliche Grundlage unserer Discussion bilden werden, nämlich derjenigen, welche normiren:

In wie weit hat der Staat beziehungsweise die Gemeinde für denjenigen Schaden aufzukommen, welchen ihre Beamten und Angestellten bei Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt verursachen?

1. Bundesgesetzgebung.

Unsere Bundesverfassung bestimmt in ihrem Art. 117: „Die Beamten der Eidgenossenschaft sind für ihre Geschäftsführung verantwortlich. Ein Bundesgesetz wird diese Verantwortlichkeit näher bestimmen.“

Dieses Gesetz ist noch nicht erlassen. Der Art. 117 der heute geltenden Bundesverfassung ist jedoch wörtlich gleichlautend mit dem Art. 110 der früheren, auf Grund welches das Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit der Eidg. Behörden und Beamten am 9. Dezember 1850 erlassen wurde, und welches somit so lang in Kraft bleibt, bis es ausdrücklich aufgehoben wird, beziehungsweise ein neues an dessen Stelle tritt.

Dieses Verantwortlichkeitsgesetz kennt sowohl eine primäre als eine secundäre Haftbarkeit des Staates für seine Beamten. Es ist nach dem Vorbilde des französischen Rechtes die Klage gegen die Mitglieder aller Eidg. Behörden und gegen die Beamten an ein ziemlich complicirtes Vorverfahren gebunden; es kann keine Civilklage gegen solche stattfinden, bevor deren vorgesetzte Behörde sie verantwortlich oder nicht verantwortlich erklärt hat. Es geschieht dies:

Bezüglich der Mitglieder des National- und Ständerathes und der von der Bundesversammlung gewählten Behörden und Beamten (also auch der Mitglieder des Bundesgerichts) durch die vereinigte Bundesversammlung;
bezüglich aller übrigen Eidg. Beamten durch den Bundesrath.

Der Entscheid geht dahin: es findet eine Klage gegen den verzeigten Beamten statt oder nicht statt.

Im ersten Falle wird die Klage zur Behandlung an das Bundesgericht gewiesen.

Im andern Falle ist das Verfahren ein verschiedenes: Die höheren Beamten sind nicht mehr weiter verfolgbare; die Eidgenossenschaft tritt für den Beamten ein, und der dritte Kläger kann nun direct den Fiscus einklagen; in diesem Falle ist also die Haftbarkeit eine alternativ primäre (Art. 33). Die von dem Bundesrathe gewählten Beamten dagegen können trotzdem belangt werden, aber der Kläger hat zuvor eine von dem Bundesgerichte zu bestimmende Prozesscaution zu erlegen, und der Bund übernimmt keine Haftung.

Subsidiär tritt der Fiscus ein, wenn ein Mitglied einer Collegialbehörde, deren Mitglieder nicht solidarisch haften, sondern nur jedes für sein Betreffniss, seinen Antheil nicht bezahlen kann (Art. 3).

Als Voraussetzung für die Civilklage gilt ein positiver Schaden, herbeigeführt durch ein Verbrechen oder Vergehen in der Amtsführung, oder ein Uebertreten oder Nichtbefolgen der Bundesverfassung, Bundesgesetze oder Reglemente.

Trotzdem keine dieser Bestimmungen je ausdrücklich aufgehoben wurde, muss dennoch angenommen werden, dass sie durch das Bundesstrafrecht vom 4. Februar 1853 insofern ausser Kraft gesetzt wurden, als nicht mehr alle Strafklagen dem Bundesgerichte zu überweisen sind, sondern wegen der gemeinen Verbrechen und Vergehen an die cantonalen Gerichte gelangen.¹⁾

Im Fernern muss angenommen werden, ebenfalls ohne ausdrückliche Bestimmung, dass in allen Fällen, in denen Strafklage, sei es beim Bundes- oder einem cantonalen Gerichte erhoben ist, der Civilkläger adhären kann, und dass dann der geschilderte complicirte Apparat wegfällt; allerdings macht dann jenes Urtheil über den Civilpunkt auch Recht

¹⁾ Art. 73—77 des B. G. über das Bundesstrafrecht; Blumer Bundesstaatsrecht S. 76.

gegen den Bund, und es kann nur noch die subsidiäre Haftung bei den Collegialbehörden beansprucht werden.

Dieses Gesetz muss als noch zu Recht bestehend gelten, trotz Obligationenrecht. Der Bund hat von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Haftung seiner Beamten zu regeln; ob dies vor oder nach Inkrafttreten des Obligationenrechtes geschah, ist ohne Bedeutung.

In Betreff der allgemeinen Würdigung des ganzen Systems verweise ich auf meine spätere Ausführung, hier sei nur die Eigenthümlichkeit hervorgehoben, dass der Bund subsidiär haftet, wenn ein Mitglied einer Collegialbehörde seinen Antheil nicht ersetzen kann, dass er aber nicht haftet, wenn ein Einzelbeamter nicht bezahlen kann. Eine Differenz, die auf einem Rechtsgrunde nicht beruhen kann: entweder der Staat haftet überhaupt subsidiär für alle Beamten, oder er haftet auch nicht für den einen, der zufällig in einem Collegium sitzt, wo die Garantie für den Geschädigten so wie so grösser ist wenigstens etwas zu erhalten.

2. *Kantonale Gesetzgebung.*

Wie der Bund für die Eidgen. Beamten, so stellten auch eine Reihe von Cantonen für ihre Beamten Verantwortlichkeitsgesetze auf, theils dem eidgenössischen vollständig nachgebildet (Schaffhausen), theils mehr abweichend, theils unter Aufnahme ganzer oder theilweiser Haftbarkeit von Staat oder Gemeinde, theils ohne solche.

So B e r n.¹⁾

Alle Behörden, Beamte und Angestellte sind für den Schaden haftbar, welcher aus der Nichterfüllung ihrer Obliegenheiten erwächst; die Mitglieder eines Collegiums sind nicht solidarisch haftbar, aber für unvermögende Mitglieder tritt der Staat ein.

Die Schadenersatzklage kann entweder adhäsionsweise mit der Strafklage geltend gemacht werden (§ 46) oder se-

¹⁾ Gesetz über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Behörden und Beamten vom 19. Mai 1851. Verfassung § 17.

parat beim Civilrichter, nur bleibt sie in letzterem Falle so lange ruhen, bis eine allfällig erhobene Strafklage rechtskräftig entschieden ist. Findet überhaupt nur eine civile (Schadenersatz-) Klage statt, so entscheiden die Civilgerichte nach den Vorschriften des Civilrechts über Schadenersatz aus unerlaubten Handlungen ausschliesslich über die Frage, ob ein Schaden vorliege und in welchem Umfange; bei den Justizbeamten gleichzeitig auch über die Frage des Verschuldens, während hierüber bei den Administrativbeamten die Administrativbehörden entscheiden.

Bevor jedoch überhaupt eine Schadenersatzklage geführt werden darf, muss, gestützt auf erhobene Beschwerde oder Disciplinar-Untersuchung durch Regierungsrath oder Obergericht (je nachdem es sich um einen Verwaltungs- oder Justizbeamten handelt), eine Verantwortlichkeitserklärung erfolgt sein.

Das ganze Verfahren ist ein sehr complicirtes, wird aber durch den beinahe am Schlusse des Gesetzes (§ 51) reproducirten Verfassungsparagraphen (§ 17) bedeutend vereinfacht. Es ist nämlich gestattet, alle Ansprüche unmittelbar gegen den Staat zu erheben, und es diesem zu überlassen, seinen Regress auf den Fehlbaren zu nehmen. Wird dieser Modus eingeschlagen, so ist die einzige Formalität, welche man zu erfüllen hat, die, dass man sich mindestens 30 Tage vorher an den Regierungsrath wende.¹⁾ Wozu? ist nicht ge-

¹⁾ Von einer absolut feststehenden Praxis kann zwar nicht gesprochen werden. Für meine Auslegung, d. h. dass eine Verantwortlichkeitserklärung des Beamten nicht voranzugehen habe, wenn die Klage gegen den Staat direkt angehoben wird, citire ich das Urtheil des Appellationshofes Bern i. S. Blum c. Staat Bern (Ztschr. d. Bern. J.-V., XIII S. 325, 26, Al. 2, u. S. 327 Mot. 1). Entgegengesetzt entschied das Bundesgericht i. S. Familie Simmen c. Kant. Bern (Entsch. d. B.-G., III S. 416 ff.). Die Klage wurde z. Z. abgewiesen, weil nicht zuvor die Verantwortlichkeit des Beamten bei der Oberbehörde nachgesucht worden sei, welche allein kompetent sei, über die Frage zu urtheilen, ob eine Amtspflichtsverletzung vorliege; das Civilgericht habe nur darüber zu entscheiden, ob ein Schaden entstanden und wie gross derselbe sei. Eine Verfassungswidrigkeit sei nicht nachgewiesen; wenn der Gr. Rath einmal um Verantwortlichkeitserklärung an-

sagt; ich nehme an, um demselben Gelegenheit zu geben, die Sache gütlich, aussergerichtlich, zu erledigen. Es ist nun wohl kaum denkbar, dass ein Geschädigter den Beamten belange, wenn er auf einfacherem Wege einen absolut zahlungsfähigen Garanten einklagen kann; allerdings ist diese Klage gegen den Staat an eine kurze Verjährung gebunden, sie muss nämlich so rechtzeitig erfolgen, dass der Staat seinen Regress noch ausüben kann; allein abgesehen davon, dass es einfacher ist, diese Frist innezuhalten, als die weiten Umwege einzuschlagen, scheint in praxi diese Beschränkung nicht strenge gehandhabt zu werden.¹⁾

Dieses Gesetz gilt nur für die Staatsbeamten und -Angestellten, nicht für Gemeindebehörden und -Beamte; es kann daher auch von einer Haftung der Gemeinden nicht gesprochen werden; auch die Sätze 210 und 209 des Civilges.-B. sprechen wohl von einer Haftung der Vormundschaftsbehörden d. h. der Gemeinderäthe, nicht aber der Gemeinden.

Art. 72 der Verfassung bestimmt: Eine ungesetzliche Verhaftung giebt dem Verhafteten Anspruch auf volle Entschädigung.²⁾

gegangen worden sei, und durch die Abweisung der Kläger sich in seinen verfassungsmässigen Rechten gekränkt finde, so stehe ihm der staatsrechtliche Rekurs offen, zur Zeit aber habe er eine Civillage angehoben. (Der Kläger hatte nämlich die Einrede gebracht, das Gesetz sei verfassungswidrig, weil bei einem solchen Verfahren der Staat Richter in eigener Sache sei.) In den Fällen Egli c. Bern (Entsch. d. B.-G., III S. 813 ff.) und Gerber c. Bern (Entsch. d. B.-G., VII S. 144 ff.) kam diese Frage nicht zum Entscheide, im erstgenannten Falle, weil der Regierungsvertreter diese Einrede nicht aufgenommen hat (auch nicht diejenige der 30 Tage vorher beim Reg.-Rathe zu machenden Eingabe), im zweiten, weil der Vertreter des Staates ausdrücklich erklärte, dass ein Entscheid der Administrativbehörde nicht erforderlich sei, wenn die Klage direkt gegen den Staat gerichtet werde, und dass er auf die voranzugehende Beschwerde verzichte, weil der Regierungsrath das klägerische Begehren doch nicht anerkennen würde.

¹⁾ Siehe Ztschr. d. Bern. J.-V., XIX S. 77.

²⁾ Dass diese Klage nicht gegen den Beamten, sondern gegen den Staat gerichtet ist, geht deutlich hervor aus der Ztschr. d. Bern. J.-V., XX S. 59 ff.

Zürich hat nur 2 Bestimmungen, welche eine Haftung des Staates festsetzen, im einen Falle eine primäre, im andern eine subsidiäre. Art. 7 der Verfassung sagt nämlich: Unge-
setzlich Verhafteten ist vom Staate angemessene Entschä-
digung oder Genugthuung zu leisten, und die §§ 776 und
905 des Gesetzes betr. die Rechtspflege bestimmen, dass
unter Umständen einem freigesprochenen Angeklagten auch
eine Entschädigung für ihm verursachte Umtriebe aus der
Staatskasse gesprochen werden könne.¹⁾ Die §§ 418 P.-R.
und 16 und 17 des Gesetzes betr. die Eintheilung des Can-
tons in Notariatskreise etc. vom 14. Dez. 1873 bestimmen,
dass die Notare, in ihrer Eigenschaft als Führer der Grund-
bücher zur Feststellung der Rechtsverhältnisse an Grund und
Boden, für den durch sie selbst, ihre Substituten und Canzlei-
angestellten, auch aus leichter Fahrlässigkeit, gestifteten
Schaden den Geschädigten haften, und dass nach Erschöpfung
ihrer eigenen Mittel und der Amtscapution der Staat für den
unersetzten Restbetrag einzustehen habe.

Wohl hat Zürich nach Inkrafttreten des Obligationen-
rechtes sein Privatrecht revidirt, allein dabei wie früher
eine weitere Haftbarkeit der Staatskasse ausdrücklich abge-
lehnt, mit der Motivirung, es sei nicht passend diese mehr
öffentlich-rechtliche Frage bei der Revision des Privatrechtes
zu regeln; dagegen wurde der Erlass eines besonderen Ver-
antwortlichkeitsgesetzes in Aussicht genommen.²⁾

Wohl stehen Staat und Gemeinden für Schaden ein,
verursacht aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt (analog
der Expropriation³⁾), allein da diese Art Haftung nicht auf
Versehen oder Vergehen basirt, so ist dieser Fall hier nicht
zu behandeln.

Luzern besitzt ebenfalls ein vollständiges Verant-
wortlichkeitsgesetz.⁴⁾ Dasselbe hat in erster Linie die eigent-

¹⁾ Für diese Entschädigung kann der Verzeiger haftbar gemacht werden.

²⁾ Neues privatrechtl. Gesetzb., erläutert durch Prof. Dr. A. Schneider,
§ 421 Anm. 2.

³⁾ Ebendasselbst § 420.

⁴⁾ Gesetz über die Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten
vom 20. November 1842.

lich verwaltenden Beamten im Auge (Kassen, Gelder, Magazine, Geräthschaften) und bestimmt in seinem § 15, dass die Gemeinden subsidiär den durch amtliche Handlungen, Fehler oder Unterlassungen in ihren Rechten oder Vermögen benachtheiligten Dritten verantwortlich seien. Von einer Haftung des Staates ist im ganzen Gesetz keine Rede.¹⁾ Das Gesetz macht im Ganzen mehr den Eindruck eines Verwaltungsreglementes.

Bezüglich des den Behörden und Beamten anvertrauten Gutes haften sie für jede Fahrlässigkeit. — Das einzuschlagende Verfahren ist nicht ganz klar; ein Verantwortlichkeitsvorverfahren bei der vorgesetzten Behörde sieht § 11 vor, allein es scheint dies nicht auf alle Fälle Bezug zu haben; sodann ist nicht gesagt, was geschehen soll, wenn die Behörde die Verantwortlichkeit nicht ausspricht. Im Uebrigen ist das Verfahren das gleiche wie gegen andere Personen (§ 21.).

§ 5 der Verfassung sagt: Eine ungesetzliche Verhaftung giebt dem Betreffenden Anspruch auf volle Entschädigung.

Freiburg besitzt ein Verantwortlichkeitsgesetz vom 5. October 1850 nach der üblichen Schablone. Art. 14 desselben bestimmt, dass wenn der Staatsrath sich weigert seine ihm unterstellten Beamten für ihre schädigenden Handlungen eventuell verantwortlich zu erklären oder ein diesbezügliches Gesuch 30 Tage lang unbeantwortet lässt, die Klage unmittelbar gegen den Staat angehoben werden kann.

Art. 230 des code de procédure pénale besagt, dass ein Inhaftirter, der nachher freigesprochen wird, sich wegen Entschädigung innerhalb 14 Tagen von der Niederschlagung der Untersuchung, oder von der Freisprechung an, an die Anklagekammer wenden müsse, wenn er glaubt ein Recht auf eine solche zu haben.²⁾

Solothurn hat kein eigentliches Verantwortlichkeitsgesetz, dagegen sagt der Art. 7 der Staatsverfassung: Alle

¹⁾ Siehe auch den Entscheid des Obergerichtes Luzern, abgedruckt in der Ztschr. d. Bern. J.-V. II S. 211 Mot. 4, welcher die Nichtexistenz eines solchen Gesetzes constatirt.

²⁾ Siehe Entsch. d. B.-G. II S. 302 ff.

Beamten und Angestellten sind nach Massgabe der Gesetze für ihre Verrichtungen verantwortlich, und haften für den durch missbräuchliche Amtshandlungen oder durch Unterlassungen verursachten Schaden. Soweit sie oder ihre Amtsbürgen denselben nicht ersetzen können, hat dafür der Staat einzustehen. — Wir haben also hier ausdrücklich eine subsidiäre Haftbarkeit des Staates für allen durch missbräuchliche Amtshandlungen oder Unterlassungen verursachten Schaden, und es wird gestützt hierauf auch eine gleiche subsidiäre Haftbarkeit der Gemeinden angenommen. In Vormundschaftssachen ist die Gemeinde noch weitergehend verhaftet, nämlich subsidiär dann, wenn der Schaden einzig durch Verschulden des Beistandes entstanden ist; dieser haftet in erster Linie mit seinem ganzen Vermögen; wenn jedoch die Waisenbehörde (Gemeinderath oder eine Commission desselben) ein Mitverschulden hat, so haftet die Gemeinde primär für den ganzen Schaden, unter Möglichkeit des Regresses natürlich gegen die fehlbaren Mitglieder der Behörde.

Art. 31 der Verfassung sagt ausdrücklich:

Ungesetzliche Verhaftungen oder unter Missachtung der gesetzlichen Vorschriften vorgenommene Hausdurchsuchungen verpflichten den Staat zur Entschädigung gegenüber dem Verletzten.

B a s e l - S t a d t kennt eine allgemeine¹⁾ Haftung für seine Beamten nicht, nur in zwei Fällen ist eine Verantwortlichkeit des Staates statuiert: Einmal eine primäre für allen Schaden an den beim Waisenamte hinterlegten Werthpapieren, sofern er nicht durch höhere Gewalt entstanden ist.²⁾

Subsidiär haftet ferner der Staat für den Grundbuchverwalter, für Ersatz des erwiesenen Schadens Dritter aus fehlerhaften Einträgen und Auszügen aus dem Grundbuche. Der dritte

¹⁾ Siehe auch Entsch. d. B.-G., III S. 147 (Kestenholz c. Baselstadt), woraus ebenfalls erhellt, dass Baselstadt eine allgemeine Haftung des Staates für durch seine Beamten verursachten Schaden weder nach Gesetz noch nach Spruchpraxis kennt.

²⁾ Vormundschaftsgesetz vom 23. Februar 1880.

Geschädigte ist nämlich für allen dermassen entstandenen Schaden ersatzberechtigt, der Beamte jedoch stellt dem Staate nur eine Cautio von Fr. 15,000. —, und haftet

- a. unlimitirt für allen aus seiner Unredlichkeit oder grober Fahrlässigkeit entstandenen Schaden.
- b. bei entschuldbarem Versehen höchstens bis auf Höhe eines halben Jahresgehaltes und zwar für alle innerhalb eines Jahres vorkommenden Versehen.
- c. nach seiner Entlassung (oder nach seinem Tode gegen die Erben) bleibt nur noch eine Klage wegen dolus oder culpa lata anstellbar.
- d. für den Stellvertreter haftet er ebenfalls nur bei dolus oder culpa lata in inspiciendo.

Der Staat muss in allen diesen Fällen dem Dritten gegenüber ganz eintreten, sei es dass der Verwalter im Sinne von a nicht zahlen kann, oder in den übrigen Fällen nicht zahlen muss.¹⁾

Von einer besondern Gemeindehaftbarkeit kann bei diesem Cantone nicht gesprochen werden.

B a s e l - L a n d besitzt ein Verantwortlichkeitsgesetz.²⁾ Dasselbe ist bedeutend weniger complicirt als alle bisher genannten. Aus einer strafbaren Handlung wird die Civilklage im Strafprocesse adhäsionsweise verhandelt, wenn der fehlbare Beamte nicht todt ist oder sonst eine Strafverfolgung nicht stattfindet; in allen andern Fällen nach der C. P. O.

§ 25 des Gesetzes: Für allen aus einer Amtshandlung oder Unterlassung entstandenen Schaden o h n e Pflichtverletzung hat der Staat einzustehen, gehört nicht hieher, weil kein Einstehen für Versehen. Siehe oben.³⁾

Die Gemeinde ist mit ihrem Gemeindevermögen haftbar und ersatzpflichtig für alles Vogtsgut und für jeden Verlust

¹⁾ Amtsordnung für den Grundbuchverwalter vom 19. Sept. 1874.

²⁾ Verantwortlichkeitsgesetz vom 25. Nov. 1851 §§ 23, 24, 25.

³⁾ In Sachen Heller c. Baselland (Entsch. d. B.-G. XII S. 239) hat der Vertreter des Fiskus ausdrücklich die Verantwortung für die Handlungen der Beamten in jeder Beziehung übernommen, aber eben nur für diesen einen Fall.

durch einen von ihr bestätigten Vormund, aber nur auf zwei Jahre nach Abnahme der Rechnung.¹⁾

Art. 6 der Verfassung bestimmt: Wer ohne gesetzlichen Grund verhaftet wird, oder ohne eigenes Verschulden peinliche Untersuchung erduldet, erhält dadurch Anspruch auf vollen Ersatz des ausgemittelten Schadens nebst öffentlicher Ehrenerklärung.

Sehr viel weiter geht der neue Staatsverfassungsentwurf²⁾, welcher die erste Berathung in pleno unbeanstandet passirt hat. Hiernach können alle aus fehlerhafter Amtsführung der Staatsbeamten herrührenden Civilansprüche unmittelbar gegen den Staat geltend gemacht werden, welcher letzterer nur den Rückgriff auf den Fehlbaren und dessen Bürgen hat. Das Nähere würde ein Verantwortlichkeitsgesetz bestimmen. Warum die Verfassung dies nur für den Staat und seine Beamten, nicht auch für die Gemeinden und deren Beamte aufstellt, ist nicht ersichtlich.

Schaffhausen besitzt ein oft beinahe wörtlich mit dem eidg. Gesetze übereinstimmendes Verantwortlichkeitsgesetz.³⁾ Jede Behörde, jeder Beamte und, wenn auch nur vorübergehend, Angestellte des Cantons, des Bezirks oder der Gemeinde ist für seine Amtshandlungen verantwortlich; die Verantwortlichkeit wird begründet durch Verübung von Verbrechen und Vergehen in der Amtsführung, durch Uebertretung der Verfassung, Gesetze, Reglemente, Nichtbefolgung von Beschlüssen und Weisungen der übergeordneten Behörden und Beamten. Wenn hiedurch Schaden erwachsen ist, kann civiliter geklagt werden. Der Geschädigte muss zuvor um Verantwortlichkeitserklärung einkommen und zwar bezüglich Regierungsrath und Obergericht beim Grossen Rathe, bezüglich der dem Regierungsrathe direct unterstellten Unterbeamten und Behörden beim Regierungsrathe, bezüglich Justiz-Unterbeamten und Behörden beim Obergericht. Wird die Verantwortlichkeit

¹⁾ Gesetz über das Vormundschafswesen vom 28. Februar 1853.

²⁾ Staatsverfassung des Kantons Basellandschaft, Entwurf der 21er Commission, § 36.

³⁾ Verantwortlichkeitsgesetz vom 30. Mai 1854.

ausgesprochen, so wird die Klage beim ordentlichen Richter angehoben; wird dagegen die Verantwortlichkeit abgelehnt, so kann in allen Fällen der Fiskus belangt werden. Ist Strafklage erhoben, so kann auf dem Adhäsionswege auch über den Civilpunkt entschieden werden.

Der Staat haftet also eventuell primär, aber nicht allgemein subsidiär. Per analogiam muss auch eine Haftung der Gemeinde für die ihr untergeordneten Beamten angenommen werden, allein wer bei ihnen die Verantwortlichkeit ausspricht, ist im Gesetze nicht gesagt. Es ist mir kein Fall der Praxis hierüber bekannt.

Seit der Einführung des Privatrechts (1865) wurde es controvers, ob und wie weit das Verantwortlichkeitsgesetz noch gelte. Der Grosse Rath hütete sich, hierüber Beschluss zu fassen; in einzelnen Fällen entschied das Obergericht mit Mehrheit, dass die processualischen Bestimmungen des Verantwortlichkeitsgesetzes noch gelten, dass aber die materiellrechtlichen durch das privatrechtliche Gesetzbuch aufgehoben seien; speciell es gelten noch die Bestimmungen, dass und wie die Verantwortlichkeitserklärung eines Beamten nachgesucht werden müsse, bevor eine Civillage gegen denselben angehoben werden könne. Auf die einzelnen uns interessirenden Bestimmungen eingehend ist dies wohl so zu verstehen, dass die Bestimmungen über Verantwortlichkeitseinholung, Fristen und Haftung des Staates noch gelten, im Uebrigen das Verantwortlichkeitsgesetz aufgehoben ist, soweit es im Widerspruch steht mit den §§ 1769/75 des Privatrechts (Beschädigung durch Versehen der Beamten und anderer öffentlicher Personen).¹⁾ Diese §§ sind identisch

¹⁾ Siehe Bericht des Obergerichtes über die Geschäftsführung sämtlicher Gerichtsstellen vom 1. Juni 1874 bis 31. Mai 1875, S. 49. (Urtheil des Oberg. i. S. Kinder Brunner c. Präsid. Brunner). — Ebenso Urtheil vom 8. Dec. 1885 i. S. Verena Stamm c. Erben V. Bächtold, in welchem auch dahin entschieden wurde, dass gegenüber den Erben eines Beamten dasselbe Vorprüfungsverfahren stattzufinden habe, wie gegen den Beamten selbst. Siehe auch Entsch. d. B.-G. VII S. 175 ff. (Keller c. Kanton Schaffhausen); die beklagte Regierung hat sich zwar in diesem Falle eigenthümlicher Weise nicht auf das Verantwortlichkeitsgesetz berufen, sondern einfach eine primäre Haftung des Staates abgelehnt und darauf hingewiesen, es hätten zuvor die fehlbaren Beamten persönlich belangt werden sollen.

mit den angeführten des Zürcher Privatrechtes, aber unter Haftung von Staat und Gemeinde. Nur *dolus* und *culpa lata* gelten als Schadenersatz begründend, ausser für die Führer der öffentlichen Bücher, welche auch für *levis culpa* haften; Rechtsmittelzwang, endlich Solidarität bei *dolus*, Haftung *pro rata* bei *culpa*. Primäre Haftung des Staates und der Gemeinde bei Schadenzufügung aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt; subsidiäre, wenn Versehen der Beamten mit ins Spiel kommen.

Endlich haben wir in diesem Cantone ebenfalls eine Ausnahmshaftung für die vormundschaftlichen Organe. Es wird unterschieden:

Fahrlässigkeit des Vormundes allein verpflichtet ihn allein zu Schadenersatz.

Fahrlässigkeit des Vormundes und der Waisenbehörde verpflichtet den Vormund zu Schadenersatz, und nur subsidiär die Waisenbehörde.

Fahrlässigkeit des Vormundes, der Waisenbehörde und des Waiseninspectors. In diesem Falle haftet immer der höhere erst subsidiär, wenn die andern nicht leisten können.

Eine Solidarität findet nicht statt. Für einen zahlungsunfähigen Waisenrichter haftet die Gemeinde, für den Waiseninspecteur der Staat. Wenn jedoch *dolus* verfahren wird, so haften alle Schuldigen solidarisch. Eventuell Staat und Gemeinde solidarisch.

Endlich haften Gemeinde und Staat für die Pfandgerichte bezüglich deren Specialobliegenheiten; die Gemeinden subsidiär an Stelle der zahlungsunfähigen oder landesabwesenden Mitglieder und Schreiber des Gemeinderaths, der Staat an Stelle des landesabwesenden oder zahlungsunfähigen Bezirksgerichtspräsidenten.¹⁾

Art. 8 der Verfassung sagt: Wer ohne eigenes Verschulden in Untersuchung gezogen worden ist, hat Anspruch auf Genugthuung und Entschädigung.

¹⁾ Gesetz vom 27. Februar 1874 betr. die Abänderung der §§ 719, 729, 732, 735, 736, 740, 771—775 Pr. R.

Appenzell a. Rh. kennt nur eine subsidiäre Haftung der Gemeinde in Vormundschaftssachen; es haften nämlich Vögte, Beivögte und Mitglieder der Vormundschaftsbehörde für den durch sie verursachten Schaden, jeder pro rata; trifft die Haftbarkeit ganz den Vormund, und kann dieser nicht bezahlen, so haften subsidiär für ihn die Mitglieder der Waisenbehörde, und sind auch diese ersatzunfähig, so muss die Gemeinde haften; es darf kein Vogtkindervermögen zu Schaden kommen.

Thurgau besitzt ein, Schaffhausen ähnliches, Verantwortlichkeitsgesetz¹⁾ und lässt ebenfalls eine Klage gegen den Fiscus zu in den Fällen, wo die zuständige Aufsichtsbehörde die Klage gegen den Beamten nicht begründet findet; sie ist an Cautionsleistung für die Kosten gebunden. Eine eigenthümliche Bestimmung finden wir in dem Gesetze betr. die Organisation der Notariatscancleien.²⁾ Reicht nämlich das Vermögen des Notars bezw. seiner Amtsbürgen nicht zum Ersatz des auf dem Gebiete des Hypothekarwesens verursachten Schadens, so haftet der Staat für die Hälfte des entstandenen Verlustes, $\frac{1}{4}$ zahlen die Steuerpflichtigen des Wahlkreises und $\frac{1}{4}$ die Einwohner des Wahlkreises per Kopf (Strafe der Wähler).

Art. 9 der Verfassung sagt: „Die gesetzwidrige Verhaftung eines Bürgers, Misshandlung von Angeklagten und Zeugen und Anwendung von Zwangsmitteln zur Abnöthigung von Geständnissen geben Anspruch auf Genugthuung und Entschädigung.“

Waadt statuirt in einem Falle ausdrücklich, dass der Staat für die Versehen und Vergehen seiner Beamten einzutreten habe, nämlich wenn für Versehen des Staatsrathes die Voraussetzungen des Art. 1039 des Code Vaudois (gleich 1384 C. c., jetzt ersetzt durch Art. 62 u. 115 O. R.) vorhanden seien.³⁾ Ist es nun bei einer Behörde ausdrücklich gesagt,

¹⁾ Verantwortlichkeitsgesetz vom 25. Septbr. 1851 § 30.

²⁾ Vom 20. Septbr. 1850 § 13.

³⁾ Loi sur la responsabilité du conseil d'Etat du Canton de Vaud Art. 3.

dass der Staat als commettant zu betrachten sei, so liegt es nahe zu erklären, dass es für sämtliche Beamten gilt, und zwar bezüglich Staat und Gemeinde, je nachdem wir es mit einem Staats- oder Gemeindebeamten zu thun haben. Wann allerdings die Voraussetzungen des Art. 1039 bzw. 62 u. 115 zutreffen, ist nicht gesagt, es ist im einzelnen Falle zu entscheiden, ob nach der allgemeinen Theorie der Staat commettant ist, oder nicht.

Art. 254 des code de procédure pén. sieht die Möglichkeit einer Entschädigung bei unschuldiger Verhaftung vor, worüber das Anklagegericht entscheidet, sofern sich der Angeklagte innerhalb 14 Tagen nach der Freisprechung an dieses Gericht wendet.¹⁾

Eine andere Gruppe von Cantonen stellt keine so eingehende Bestimmungen auf wie die eben behandelten, sondern begnügt sich damit, sei es in der Verfassung, sei es anderswo, nur eine principielle Haftung des Staates auszusprechen, entweder mit dem Zusatze, dass die Haftung des Näheren durch ein Gesetz zu regeln sei, oder ohne einen solchen. Nach diesen principiellen Bestimmungen lassen sich diese Cantone wieder in 3 Untergruppen eintheilen, nämlich in:

a) Cantone, welche in der Verfassung ohne Unterschied alle Behörden, Beamten und Ange-

¹⁾ In der Sammlung d. Entsch. d. B.-G. finden sich 4 Urtheile, bei deren Motivirung das B.-G. annahm, dass nicht nur für Versehen des Staatsrathes, sondern der Beamten überhaupt der Staat auf Grund der Art. 1037/39 des C. c. als commettant zu haften habe, und dass der Art. 254 des code de proc. pén. und mithin das ganze dort vorgesehene Verfahren sich nur auf die Fälle beziehe, in denen bei an und für sich korrektem Vorgehen das Verfahren niedergeschlagen wird oder eine Freisprechung erfolgt, nicht aber auf die Fälle ungesetzlicher Verhaftung und ähnlicher Massnahmen; dass vielmehr letztere Fälle ebenfalls unter den Art. 1039 fallen. Es sind dies die Entscheide in Sachen: Unger & Gräfe (III S. 152 ff.), Eidgenossenschaft (Stæb) (IV S. 174 ff.), Seeli & Cie. (IV S. 487 ff.), alle c. Kanton Waadt, und Monney c. Eidgenossenschaft und Kanton Waadt (III S. 826 ff.).

stellten des Staates für ihre Amtsführung verantwortlich und den Staat subsidiär haftbar machen.

Hieher gehört nur Uri. Art. 17 der im Mai 1888 angenommenen Verfassung sagt:

Behörden, Beamte und Angestellte des Staates sind für ihre Amtsführung verantwortlich, unter subsidiärer Haftbarkeit des Staates bis zum Betrage der doppelten Amtscapution, in Fällen von Untreue und Pflichtvernachlässigung. Ein Gesetz wird den Umfang und die Höhe der Amtscapution bestimmen.

Der Entwurf eines Gesetzes betreffend Amtscapution liegt ebenfalls vor, kommt aber erst 1889 an die Landsgemeinde, er enthält Caputionen von Fr. 300 (Sectionschef) — 10,000 (Verwalter der Ersparniskasse); bezüglich der letzteren Beamten und einiger anderer ist Angesichts O.R. 64 Abs. 2 die subsidiäre Haftung des Staates in der Verfassung ungültig geordnet, hier muss der Staat subsidiär für den ganzen Schaden eintreten.

Diese Normierung der Haftung, anschliessend an die Caputionen, scheint mir keine glückliche zu sein, es muss aber als ein Anfang der unpopulären Haftung des Staates angesehen werden, als eine Uebergangsbestimmung von „nichts“ zu „mehr“, wobei dann auch die Gemeinden vielleicht nachrücken werden mit ihrer Haftung. In diesem Sinne ist der Artikel als ein bedeutender Fortschritt zu begrüßen.¹⁾

Art. 30 der Verfassung bestimmt noch ausdrücklich: Schuldlos Verhaftete haben Anspruch auf Entschädigung durch den Staat, diesem steht das Recht des Rückgriffes zu.

b) Cantone, welche in der Verfassung eine Bestimmung aufgenommen haben, wonach der Staat nur für ungesetzliche oder unverschuldete Haft, Hausdurchsuchung, oder für Erdulden einer peinlichen Untersuchung, oder wegen ungesetzlicher

¹⁾ Darüber, dass Uri früher keinerlei Bestimmungen über die Haftpflicht des Staates für seine Beamten hatte, siehe Entsch. d. B.-G., VIII S. 147 ff. Demeure & Vanza c. Uri.

oder ungerechter Verurtheilung Entschädigung zu leisten hat, sei es mit oder ohne öffentliche Erklärung.¹⁾

Hierher gehören: Unterwalden ob d. W. Art. 9. (Ausserdem bestimmt Art. 20 der Verfassung, dass die Behörden, Beamten und Angestellten für ihre Amtsverrichtungen verantwortlich seien, und ein Specialgesetz hat dies weiter ausgeführt, aber der Staat oder die Gemeinden haften nicht.) Zug. § 7.²⁾

c) Cantone, welche in der Verfassung nur eine Bestimmung haben, wonach der ungesetzlich oder unschuldig in Untersuchung Gezogene oder Verhaftete, der unschuldig Hausdurchsuchung Erduldende, oder endlich der ungesetzlich oder unschuldig Verurtheilte einen Anspruch hat auf Entschädigung mit oder ohne Genugthuung, **ohne dass gesagt ist gegen wen?** (Ich nehme allerdings hier an, der Staat müsse eintreten, gerade weil nichts gesagt ist, denn dass ein aus Fehler der Beamten Verhafteter eine Klage gegen den dolos oder culpos handelnden Beamten habe, braucht doch nicht ausdrücklich gesagt zu werden, — und dass ein nicht unrichtig handelnder Beamter den wegen ungünstiger Sachlage in Untersuchung Gezogenen entschädigen müsse, wäre ja ein schreiendes Unrecht, dieser litte dann mehr Unrecht als der unschuldig Verhaftete selbst; also — haftet unzweifelhaft auch in solchen Fällen der Staat.)³⁾

¹⁾ Wie in der Einleitung bemerkt, behandle ich die Frage der ohne Verschulden irgend Jemandes ausgestandenen Haft nicht, musste aber trotzdem hier auch die Kantone aufzählen, die das Wort „unschuldig“ wählten.

²⁾ Das Kantonsgericht Z. hat i. S. Bruchin c. Fiscus am 18. Juni 1887 ausdrücklich entschieden, dass, nachdem sich eine Haftung des Staates für Versehen und Vergehen seiner Angestellten und Stellvertreter nicht von selbst verstehe, in keinem Gesetze des Kantons Zug aber eine Bestimmung sich finde, wonach der Staat für dolose oder culpose Handlungen seiner Beamten, auch nicht der Hypothekarbeamten, einzustehen habe, auch kein solches Gewohnheitsrecht existire, aus der Bestellung einer Caution an den Staat sich eine Haft des Letzteren auch nicht begründen lasse, — eine Klage gegen den Fiscus auf primäre oder subsidiäre Haftung nicht statthabe.

³⁾ Vgl. Bern. Auch dort sagt Art. 72 der Verfassung nicht, gegen wen die Klage geht, ich habe aber dort (S. 525) nachgewiesen, dass trotzdem das Gericht principiell entschieden hat, der Staat sei haftbar.

Hieher gehört nur St. Gallen. Art. 14. (Dieser Canton hat zwar auch ein Verantwortlichkeitsgesetz vom 25. November 1885, aber ohne dort den Staat als haftend zu erwähnen.)

Endlich sind eine Anzahl von Cantonen, welche gar keine Bestimmungen über irgend welche Staats- oder Gemeindehaftung haben. Es sind dies: Schwyz,¹⁾ Unterwalden nidd. W., Glarus, Appenzell I. Rh.,²⁾ Graubünden, Tessin, Wallis, Neuenburg, Genf (Art. 16, 17 des Verfassungsgesetzes über die persönliche Freiheit und die Unverletzlichkeit des Domizils geben wohl eine Klage bis auf Fr. 25 per Tag widerrechtlicher Gefangenschaft und Fr. 20 per Stunde Hausrechtsverletzung, aber nur gegen den eigentlich Schuldigen, nicht den Staat).

Ich habe schon früher bemerkt, dass die Verantwortlichkeit der Beamten selbst zu behandeln nicht in meiner Aufgabe liege, und habe daher namentlich bei der Uebersicht der cantonalen Bestimmungen alles weggelassen, was nicht mit der Haftungsfrage des Staates und der Gemeinde in unmittelbarem Zusammenhange steht, sie begrenzt. — Im Folgenden spreche ich de lege ferenda, und unter diesem Titel muss ich doch mit einigen Worten der Verantwortlichkeit, der Haftbarkeit der Beamten selbst gedenken.

Mögen wir nun zu einer bloss subsidiären oder zu einer primären Haftbarkeit des Staates gelangen, unter allen Um-

¹⁾ In Sachen Schindler u. Cons. c. Schwyz (Entsch. d. B.-G. XII S. 233 ff.) hat das Bundesgericht entschieden, dass Art. 62 O. R. eine Ausnahme festsetze, welche daher nur stricte auf den dort vorgesehenen Fall angewandt, nicht aber ausdehnend interpretirt werden dürfe, sofern nicht in Anwendung von Art. 64 ein Kanton positive Bestimmungen aufgestellt habe, und constatirt, dass weder Verfassung noch Gesetze eine Haftpflicht des Kantons Schwyz für seine Beamten statuiren.

²⁾ In Sachen Appenzell A. Rh. Kantonalbank u. Cons. c. Appenzell I. Rh. (Entsch. d. B.-G. XII S. 228 ff.) ist das vollständige Fehlen positiv gesetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Haftung des Staates constatirt. Ansdrücklich ist hier noch gesagt (das Gegentheil ist wohl kaum je ernstlich zu behaupten versucht worden), dass der Staat für mangelhafte Gesetzgebung civilrechtlich nicht haftbar gemacht werden könne.

ständen müssen wir daran festhalten, dass der Staat aus dem Titel des Versehens seiner Beamten nur in den Fällen haftet, in denen der Beamte selbst zum Schadenersatz verpflichtet ist. Ich stelle dies als einen im Allgemeinen nicht weiter zu begründenden Satz auf. Nur eine denkbare Einwendung gegen die Richtigkeit desselben möchte ich zum Voraus widerlegen, bezw. darthun, dass sie nur eine scheinbare Ausnahme von unserem Satze ist. Man kann nämlich sagen: „Ja, wenn aber der Beamte auf höheren Befehl gehandelt hat, dann trifft ihn doch keine Verantwortlichkeit, sondern den Befehlenden.“ Es ist dies einmal an und für sich nicht absolut richtig, sondern muss auf den Fall beschränkt werden, wo der Vorgesetzte innerhalb seiner Competenz einen an und für sich zulässigen Auftrag erteilt (wer ein gemeines Verbrechen auf höheren Befehl begeht, haftet auch civiliter selbst, er soll prüfen). Dann aber auch, für den Fall, dass wirklich der Höhere haftet und nicht der Ausführende, ist doch unser Satz richtig. Der Staat selbst, als juristische Person, kann ja nie eigenen Willen haben, nie selbst anordnen, er bedarf immer einer Vertretung; dieser Vertreter ist aber Beamter, und stände er noch so hoch; wenn also auch der höchste Träger der Staatsgewalt den Befehl gegeben hätte, so haftet doch immer ein Beamter, nur ist es nicht der ausführende, sondern der anordnende; unser Ausgangspunkt bleibt somit auch in diesem Falle richtig.

Ich habe es immer bedauert, dass das Obligationenrecht den Abschnitt „unerlaubte Handlungen“ nicht auch auf alle Beamten als *lex cogens* angewandt hat; mit Rücksicht auf die Haftungsfrage des Staates, welche dadurch bedeutend vereinfacht worden wäre, bedaure ich es um so mehr. Wenn irgend wo, so wird man es in einer Republik sagen müssen, der Beamte ist ein Mensch gerade wie ein anderer.¹⁾ Ist dies richtig, so ist auch nicht einzusehen, warum in einem Canton der Beamte z. B. nur für *dolus* und *culpa lata*, im

¹⁾ Wenn bei uns ein Unterschied überhaupt bestände, wäre es höchstens die falsche Ansicht, dass der Beamte schlechtern Rechts sei als ein anderer Mensch.

andern auch für culpa levis eintreten soll, warum an einem Orte der Beamte mit besonderen Garantien gegen leichtsinnige Klagen geschützt werden soll, am andern nicht etc. Eher noch liesse sich ein Unterschied denken bezüglich des Grades des Verschuldens, je nachdem es sich um die eine oder andere amtliche Verrichtung handelt, aber diese Verrichtungen sind in den verschiedenen Cantonen wieder dieselben, nur vielleicht unter anderem Namen, und würde also dadurch kein cantonaler Unterschied entstehen. Der Grundbuchführer z. B. muss mit derselben Sorgfalt verfahren, ob er nun Notar heisst und im Canton Zürich wohnt, oder Gemeinderathschreiber, bezw. Gemeinderath und im Canton Schaffhausen domicilirt ist. Die Bestimmungen der Art. 50/69 sind auch vollständig genügend, um den Dritten gegen Uebergriffe und Versehen der Beamten sicher zu stellen. Es ist im Obligationenrechte kein Unterschied gemacht zwischen grobem und leichtem Verschulden, jede Nachlässigkeit oder Unachtsamkeit lässt den Schädiger an und für sich haftbar erscheinen, wenn er nur nicht blos ein ihm zustehendes Recht ausübt; der Schaden ist nicht beschränkt, er kann in wirklichem Schaden an Körper oder Vermögen, in entgangenem Gewinn, in einem moralischen Nachtheil bestehen; die Umstände in der Person des Geschädigten, welche die Schadenersatzpflicht des Schädigers mildern oder ganz aufheben, sind gewürdigt; das Verhältniss mehrerer Schädiger unter sich und den Dritten gegenüber ebenfalls — es ist daher wirklich nicht einzusehen warum die eidgenössischen und cantonalen Beamten und Angestellten nicht ebenfalls hätten diesen Bestimmungen unterworfen werden können. Ist es nicht auch eine von den vielen ungerechtfertigten Rechtsverschiedenheiten in der Schweiz, dass der richterliche oder administrative Hülfe in Anspruch zu nehmen Gezwungene an einem Orte gegenüber der competenten Behörde ziemlich schutzlos dasteht oder viele Umwege einschlagen muss, während umgekehrt, wenn er selbst als Beamter in Anspruch genommen wird, er für alles Rede und Antwort stehen muss? Ich könnte es aus diesen Gründen nur begrüssen, wenn Bund und Cantone insgesamt auf das ihnen einge-

räumte Recht der Gesetzgebung, soweit es die Beamten selbst betrifft, verzichten, oder jene Bestimmungen durch eine Novelle zum Obligationenrechte als für sie zwingende erklärt würden. Hat doch selbst Deutschland, wo gewiss der Beamte eher eine sociale Ausnahmstellung einnimmt als bei uns, denselben auch der allgemeinen Haftung für widerrechtliche Handlungen — Thun oder Unterlassen — unterworfen, und nur deswegen der Beamten besonders erwähnt, um dabei ausdrücklich zu sagen, dass sie nicht etwa nur dem Staate, der Gemeinde, sondern dass sie auch Dritten gegenüber haften aus Verletzung von Amtspflichten ihnen gegenüber (nicht etwa auch aus Uebertretung von blossen Ordnungsvorschriften); dass der Richter aber nur bei Rechtsbeugung bezw. einer im Strafgesetze vorgesehenen Pflichtverletzung haftbar gemacht werden könne, und endlich um die Regressfragen zu ordnen.¹⁾ Den Landesgesetzen soll einzig die Ordnung der Frage überlassen werden, ob die Klage gegen die Beamten an einen Vorentscheid zu knüpfen sei oder nicht. Die Frage, ob die Beamten primär haften oder nur subsidiär, wenn der Geschädigte nicht auf andere Weise dazu gelangen kann, dass ihm der Schaden ersetzt wird, soll durch das noch nicht entworfene Einführungsgesetz geregelt werden.

Auch hat gewiss unsere Bundesgesetzgebung einen tieferen Eingriff in das Rechtsleben der Kantone gemacht, wenn sie diese, als gewerbetreibende gleich den andern, physischen, Personen haftbar machte für allen Schaden, welchen ihre Beamten und Angestellten einem Dritten verursachen, den sie also direkt gar nicht verschuldet haben, als wenn sie die Beamten und Angestellten der verschiedenen Cantone selbst nur persönlich haftbar gemacht hätte für ihre eigenen Fehler, wie wenn sie nicht mit der toga der Beamten, sondern mit ihrem Hausrocke bekleidet sind.

¹⁾ Wenn ich hier von Deutschland spreche, so bezieht sich dies allerdings nur auf den von der Commission ausgearbeiteten und veröffentlichten Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, der von dem Bundesrathe noch nicht berathen ist. Siehe speciell §§ 736, 704, 722/26, 728 desselben, und Motive S. 819/26.

IV.

Wenn wir die Frage prüfen:

Sollen Staat oder Gemeinden überhaupt eine weitere Haftung auf sich nehmen, als ihnen solche durch das Obligationenrecht auferlegt ist, d. h. also auch wenn sie nicht ein Gewerbe treiben,

so werden wir dabei theils von allgemeinen Erörterungen ausgehen, namentlich aber den bei uns bestehenden Rechtszustand berücksichtigen müssen.

Mit dieser Frage der Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten, haben sich seit Pfeiffer (1828), dem Vater der neueren Theorien hierüber, wie ihn Zachariä nennt, eine ansehnliche Zahl bedeutender Juristen beschäftigt, und namentlich die allerneueste Zeit, d. h. das letzte Jahr, ist in dieser Beziehung ein sehr fruchtbares gewesen.¹⁾ Sodann hat sich namentlich der deutsche Juristentag des Eingehendsten mit der Frage befasst, derselbe liess sich über die Frage Gutachten ausarbeiten von den Professoren Zachariä (welcher auf seine Ausführungen in der Zeitschrift verwies) und Bluntschli, und kam nach eingehenden Erörterungen sowohl in der combinirten ersten und zweiten Abtheilung, als in pleno im Jahre 1867 zu der Schlussnahme: „Der Staat, bezw. die Gemeinde hat zu haften für Schäden und Nachtheile, welche die von ihnen angestellten Beamten durch vorsätzliche oder culpose Verletzung ihrer Dienstpflicht einem Dritten zufügen. Die Vorbedingungen dieser Haftbarkeit nach Massgabe des erstatteten

¹⁾ Ich mache speciell namhaft, da ich diese Abhandlungen auch für mein Referat benützte, auf: B. W. Pfeiffer, praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft II S. 361, III S. 380, VIII S. 545, XII (letzteren konnte ich nicht erhalten). — Zachariä in der Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft, XIX (1863) S. 582. Dr. E. Löning: „Die Haftung des Staates etc.“ Dorpat 1879. Pfiz er im Archiv für die civil. Praxis LXXII S. 66. Piloty in den Annalen des deutschen Reichs, Jahrgang 21 Heft 4 (1888) S. 245. — K. Haffner: „Ueber die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Richter“ 1885 S. 103 ff.

Gutachtens bedürfen jedoch einer nochmaligen Erörterung im Einzelnen, welche dem nächsten Juristentage vorbehalten wird.“

An diese Schlussnahme knüpfte ein weiteres Gutachten des Herrn Dr. Carl von Kissling in Linz an, und im Jahre 1871 beschloss der Juristentag nach abermaliger gründlicher Diskussion in etwas abgeschwächter Form: „Es möge der Grundsatz der Haftpflicht des Staates zur Grundlage für die Gesetzgebung genommen werden.“¹⁾ Auch in unserer Aufgabe kann es nicht liegen weder blosse juristische Theorien noch ins Detail eingehende Normen aufzustellen, in welchen Fällen der Staat für den Beamten haften soll, das erstere ist Sache der reinen Wissenschaft, das letztere des Gesetzgebers; unsere Aufgabe ist die mehr praktische, zu untersuchen, was sich im Rechtsbewusstsein unseres Volkes als ein Bedürfniss des heutigen praktischen Lebens dokumentirt, ob diesem Bedürfniss Rechnung getragen werden kann und soll, und sodann das Resultat der Untersuchung als ein nach Ansicht des Juristenvereins zu erstrebendes Ziel aufzustellen, das jeder Einzelne an seinem Orte mit aller Energie zu erreichen sucht. — Ob sich diese Forderungen nun erfüllen lassen, indem man die römisch rechtlichen Grundsätze über das *receptum nautæ*, das Mandat, oder ob man staatsrechtliche Grundsätze herbeizieht — ist für uns bedeutungslos.

Von diesem Gesichtspunkte ausgehend, sehe ich daher auch keinen Werth darin, die verschiedenen Theorien allgemein zu skizziren, die seit Pfeiffer bis heute über die Haftungsfrage des Staates aufgestellt worden sind; es dürfte genügen zu constatiren, was auch nach der neuesten Doctrin als allgemein anerkannt angesehen werden kann. Leider ist dies sehr wenig, die Meinungen gehen noch sehr weit auseinander. — Als unbestrittene Sätze dürfen nur gelten:

1. Es ist zwar nicht als gemeines Recht anerkannt, dass der Staat von seiner allgemein privatrechtlichen Seite

¹⁾ Siehe Verhandlungen des sechsten deutschen Juristentages, I S. 45, III S. 54, 322, des achten deutschen Juristentages, I S. 388, des neunten deutschen Juristentages, III S. 26 u. 340.

betrachtet, also nicht bloss als Gewerbetreibender, sondern auch wenn er Grundeigenthum besitzt, wenn er Anleihen aufnimmt etc., für Delict- und Quasidelictschaden seiner Beamten einzustehen habe; es ist jedoch eine sehr weit verbreitete Anschauung und von Doctrin und Praxis mit überwiegendem Mehr angenommen, vertheidigt und angewandt, dass die juristischen Personen, mithin auch der Fiscus, in allen Fällen für die aussercontractlichen Schädigungen, die ihre Angestellten als Träger der ihnen übertragenen Functionen verüben, haften sollen, ganz gleich wie die physischen Personen für die Handlungen ihrer Bevollmächtigten zu haften haben, nur mit Weglassung irgend einer Entschuldigungs-Einrede. (Auch diese Einreden würden ja immer wieder das Verschulden eines Beamten constatiren, die eigentlich haftende juristische Person kann keine culpa begehen, sie muss also entweder für alle Versehen haften, wenn nur überhaupt die schädigende Handlung irgend einem ihrer Beamten oder Angestellten angerechnet werden kann — oder für gar keine.)

2. Es ist nicht gemeines Recht, dass der Staat, von seiner öffentlich rechtlichen Seite aus betrachtet, wo er nicht gleichberechtigt mit den andern Privatpersonen auftritt, sondern als Träger der öffentlichen Gewalt den seiner Macht Unterworfenen entgegentritt, haftet für den aus rechtswidrigen Handlungen oder Unterlassung seiner Beamten entstehenden Schaden.¹⁾

Unser Bundesgericht hat diese beiden Anschauungen zu den seinigen gemacht, wie eine Anzahl der im Druck erschienenen Entscheide beweisen, die Begründung der abweisenden Urtheile i. S. gegen Cantone, gegen die keine positiven Gesetzesbestimmungen ins Feld geführt werden können, ist übereinstimmend: „fragt es sich demnach blos, ob eine directe Haftung des Beklagten für den durch rechtswidrige Amtshandlungen seiner Beamten verursachten Schaden sich

¹⁾ In neuester Zeit geht die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichtes auch hier, wie S. 488 erwähnt, weiter (Haftung des Staates für Schaden durch Soldatenmisshandlung).

aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen von selbst ergebe, so kann, wie das Bundesgericht bereits in wiederholten Entscheidungen ausgeführt hat, eine derartige Haftung als allgemein geltende Regel nach der gegenwärtigen Lage von Theorie und Gesetzgebung nicht als bestehend anerkannt werden.“

Während in Deutschland, wie dies aus den gerichtlichen Entscheiden der Oberlandesgerichte, abgedruckt in Seufferts Archiv, leicht nachgewiesen werden kann, eine schwankende Gerichtspraxis herrscht,¹⁾ so haben wir also eine constante Gerichtspraxis, welche niemals eine Haftung aus gemeinem Recht oder Doctrin, sondern immer nur aus positiven Gesetzesvorschriften ableitet. Daraus geht aber im Weiteren nur hervor, dass eine solche Haftung zur Stunde nicht allgemein, sondern nur vereinzelt existirt, nicht aber, dass eine solche nicht anzustreben sei.

Wenn wir die Litteratur aufmerksam durchgehen, so können wir uns der Ansicht nicht verschliessen, dass, abgesehen von den Verhandlungen des deutschen Juristentages, der Streit sich immer nur darum drehte, was ist gemeines

¹⁾ Siehe z. B. Entsch. d. R. G. in Civils. Bnd. 11. S. 206. Hienach entschied das Landg. Gera, der Fiscus hafte nicht für Unterschlagung eines Gerichtsvollziehers. Das Oberlandesgericht Jena stellte in erster Linie fest, dass ein Gerichtsvollzieher zu den öffentlichen Staatsdienern gehöre, und verurtheilte sodann den Fiscus zur Zahlung aus folgenden Motiven: „die Landesgesetzgebung biete für die Frage, inwieweit der Staat für den durch schuldhaftes Handeln seiner Beamten entstehenden Schaden hafte, keinen Anhalt, dagegen sei nach gemeinrechtlicher Doktrin und Praxis anzunehmen, dass der Staat subsidiär für den durch pflichtwidrige Handlungen seiner Beamten entstandenen Schaden in dem Falle zu haften habe, wo er die Unterthanen nöthige, bestimmte Beamte mit gewissen Geschäften zu betrauen; da er damit die stillschweigende Garantie übernehme, dass der Beamte ordnungs- und gesetzmässig sein Amt verwalte.“ Das R. G. hob dieses Erkenntniss auf: „die Erwägungen des O. L. G. mögen für den Gesetzgeber bestimmend sein; allerdings habe die Doktrin den Haftungssatz aufgestellt, und es sei derselbe auch in der Praxis öfters zur Geltung gelangt, aber die Frage sei doch stets sehr bestritten gewesen, und dürfe man daher den Satz weder als einen im gemeinen- noch Gewohnheitsrecht bestehenden Rechtssatz anerkennen.“

Recht, was Landesrecht, was ist Gesetz, was Gewohnheitsrecht bezüglich der Haftpflicht? welche juristische Constructionen sind möglich bezüglich der Ableitung der Haftpflicht des Staates aus den positiven Sätzen oder den allgemeinen Grundsätzen des geltenden Rechtes? De lege ferenda aber ist ein ganz deutliches Fortschreiten im Sinne einer allgemeinen Haftung zu constatiren; und gerade der Umstand, dass immer und immer wieder Monographien über diesen Gegenstand auftauchen, dass dieselben, ich möchte sagen, in geometrischer Progression vorkommen, beweist mir, dass es nur noch eine Frage der Zeit ist, wann die Haftung des Staates allgemein in positiven Gesetzesvorschriften ausgesprochen sein wird; dass dieser Zeitpunkt kommen wird, ist sicher.

In den sämtlichen mir zur Verfügung stehenden Werken herrscht darin Uebereinstimmung, dass in Deutschland nur in einer einzigen Staatsverfassung die Haftpflicht des Staates für seine Beamten positiv ausgesprochen ist; der § 68 der Verfassung von Sachsen-Coburg-Gotha bestimmt nämlich, dass der Staat für die Schäden, welche einem Staatsangehörigen durch die Arglist oder grobe Verschuldung der Staatsbeamten als solchen verursacht worden sind, subsidiär dem Geschädigten zu haften habe — insofern nicht besondere Gesetze in gewissen Fällen sogar eine primäre Haftung desselben festsetzen;¹⁾ und auch hier ist die Haftung nur gegenüber den Staatsangehörigen und nur für culpa lata festgesetzt. In der Schweiz haben 4 Cantone (Bern, Solothurn, Baselland [Entwurf] und Schaffhausen) allgemeine primäre oder allgemeine subsidiäre, oder alternativ primäre Haftbarkeit des Staates, und bei Solothurn tritt auch noch die Gemeinde dazu.

Ist es nun eine unrichtige Folgerung, wenn ich sage: bei uns documentirt sich ein noch grösseres Verlangen nach einer Haftbarkeit des Staates für seine Beamten als im deutschen Reiche? Damit wäre an und für sich aller-

¹⁾ Zachariä S. 649.

dings noch lange nicht gesagt, dass dieses Begehren ein gerechtfertigtes, dass dasselbe von dem Juristenverein zu unterstützen sei.

Es wird hier am Platze sein, des Rechtsgutachtens zu erwähnen, welches unser bewährte Gesetzesredactor Bluntschli für den deutschen Juristentag ausarbeitete.¹⁾ Er hat sich allerdings mit aller Entschiedenheit gegen Staats- und Gemeindehaftung ausgesprochen. Sein Gedankengang war folgender:

Eine Entschädigungspflicht entspringt regelmässig nur aus *dolus* oder *culpa* des Pflichtigen, nur ausnahmsweise wird Jemand entschädigungspflichtig ohne eigenes Verschulden (Versicherungsverträge, Spediteur). Der Staat hat, abgesehen von dem Falle der *culpa* bei der Bestellung des Beamten, was selten practische Bedeutung hat, kein Verschulden, sondern nur der Beamte, nach der Regel braucht er also nicht zu haften. — Gibt es allgemein durchschlagende Gründe um für den Staat eine Ausnahme festzusetzen? Nein, es gibt nur solche für eine beschränkte, unter bestimmten Voraussetzungen. — Zieht man die Analogie des Mandates herbei, so lässt sich daraus eine Verantwortlichkeit für contractliches, nicht aber aquilisches Verschulden herleiten. Vom Standpunkte des Abhängigkeitsverhältnisses aus, dass der Staat den Bürger nöthigt in gewissen Fällen einem Beamten sein Vertrauen zu schenken, wie beim Depositum, bei mit Beschlagnahme belegten Objecten, als Betriebsherr öffentlicher Anstalten (Post, Telegraph, Staatseisenbahn), haftet ja der Staat entweder so wie so, da der Beamte nur Mittelsperson, er selbst aber der eigentliche Verpflichtete ist, oder es handelt sich um die privatrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn. Bei allen andern Beamten handelt es sich um öffentlich rechtliche Functionen, auf die der Staat gar keine Einwirkung haben soll; wenn der Beamte ein Delict begeht, so hat er hiezu vom Staate keinen Auftrag, es wäre daher unrichtig ihn haften zu lassen. — Man stützt sich auch auf ein Repräsentationsverhältniss, aber hieraus lässt sich keine Er-

¹⁾ Verhandlungen des sechsten deutschen Juristentages, I S. 45.

satzpflicht für ungehörige Handlungen und Unterlassungen der Repräsentanten begründen. Es sprechen also keine genügende Rechtsgründe für eine allgemeine Haftbarkeit des Staates; ebenso wenig aber Billigkeitsrücksichten. — Der Staatscasse diese neue Last auflegen bedeutet eine vermehrte Steuerpflicht der Gesamtheit, es wäre dies Staatsversicherung für Privatschaden; es gibt aber keine Versicherung für Delictschaden, dieses System wäre eine Gefährdung der Moral und des Privatwohlstandes. Es ist hiebei die Gefahr vorhanden, dass die Beamten weniger sorgfältig verfahren, und dass wenn eine Verurtheilung des Beamten die subsidiäre Haftung des Staates zur Folge hätte, die Gerichte einen Beamten eher freisprechen würden (!). In gewissen Fällen, wie Schädigung durch Notare, kann der Staat aus Billigkeitsrücksichten einen Beitrag an dem Verluste leisten.

Aus allen diesen Gründen ist Bluntschli nicht für eine allgemeine Haftpflicht des Staates oder der Gemeinden, nur ausnahmsweise aus besonderen Gründen; ob primär oder subsidiär, richte sich nach dem Rechtsgrunde des Ausnahmefalles.

Dass durch eine allgemeine Hafterklärung von Staat und Gemeinde der Steuerpflichtige stark in Anspruch genommen werden könnte, ist das Hauptargument Bluntschlis, die andern hervorgehobenen Uebelstände sind hoffentlich theilweise unrichtig oder können nicht ins Gewicht fallen.

Bluntschli geht wohl von einem nicht richtigen Satze aus. Der Art. 1384 des C. c. anerkennt ja eine Haftpflicht des Geschäftsherrn ohne eigenes Verschulden auch in der Wahl, und ebenso die neueren Haftpflichtgesetze. Wer als Uebernehmer bestimmter Verrichtungen auftritt, soll als solcher auch für das damit für Dritte verbundene Risiko objectiv haften, ohne dass das subjective Moment des Verschuldens in Betracht fällt. — Immerhin lässt sich nicht bestreiten, dass eine gewisse Gefahr in dem Systeme liegt, und diese Gefahr ist bei unserm allgemeinen Wahlrechte und zur jetzigen Zeit gewiss grösser als zur Zeit der Abgabe des Gutachtens. Der Staat könnte sich allerdings durch grosse

Amtscauttionen sichern, allein der Sturm würde ebenso gewiss nicht ausbleiben, man mache es dem Armen unmöglich ein Amt zu bekleiden etc. Thurgau hat hier offenbar das Richtige getroffen, wenn ein Beamter Schaden stiftet, so bezahlt wohl der Staat und die Steuerpflichtigen, also eigentlich die Steuerpflichtigen $\frac{3}{4}$, aber $\frac{1}{4}$ wird per Kopf ohne Rücksicht auf ihr Vermögen auf die Wähler vertheilt, die den Beamten wählten, zur Strafe für ihre Unvorsichtigkeit.¹⁾ — Für mich behält das Bluntschli'sche Hauptargument eine gewisse Berechtigung, aber es ist nicht durchschlagend, der Staat wird sich eben durch bessere Controle gegen seine Beamten schützen müssen. Wir können uns trotz aller Theorien der Einsicht nicht verschliessen, dass der Bürger dem mit Macht bekleideten Beamten gegenübersteht, wie dem Staate selbst, in jenem verkörpert sich ja ein Stück Staatsgewalt, ihm muss der Staatsbürger Folge leisten. Wohl ist anerkannt, dass Ungehorsam gegen offenbar rechtswidrige Befehle kein Verbrechen, ja, dass selbst der nicht bloss passive, sondern sogar der gewaltsame Widerstand, wenn er sich als Nothwehr qualificirt, straflos ist; aber der gewöhnliche Bürger kann sich der Gefahr nicht aussetzen, sich, wähnend er sei unrechtmässig, einem in Wirklichkeit vollständig legalen Acte zu widersetzen, und damit ein Verbrechen zu begehen; er wird daher in der Regel auch einem unrechtmässigen Befehl gehorchen, sich nicht auflehnen; wird man ihm dies zum Fehler anrechnen dürfen, dass er that, was in der Regel seine Pflicht ist? Soll *er* die Folgen tragen oder der Staat, der ihm diesen Beamten vorgesetzt hat, welcher ihn z. B. lange Zeit gefangen hielt, ihm sein Geld unterschlug? Soll nicht der Staat ihm haften und dann zusehen, wie er von dem Beamten etwas erhältlich macht, dem er ja weit mächtiger gegenübersteht als der geschädigte Einzelne?

Subjection und Eintreten des Staates für seine Beamten

¹⁾ Der Fall soll ganz kürzlich in Kreuzlingen eingetreten sein, wobei der zu ersetzende Betrag per Kopf circa Fr. 8 ausmachte nähere Aufschlüsse fehlen mir zur Stunde noch.

stehen in engem Zusammenhange. Liegt nicht gerade in den Recursen der ungebildeten gewöhnlichen Leute aus dem Volke, welche vielfach an das Bundesgericht abgehen, die Volksanschauung ausgesprochen, der Staat hafte für seine Beamten? Wenn wir fordern, dass der Bürger sich an die Gesetze halte, unsere Verfügungen befolge, darf der Bürger nicht auch verlangen, dass ihm greifbare Garantie dafür geboten werde, dass der Beamte seinerseits sich an die Gesetze halte?

Was von Schädigungen durch Handlungen gesagt werden kann, muss auch von solchen durch Unterlassung gelten, der Staat hat ausser activen Pflichten (Rechtsprechung, Empfangnahme und Aufbewahrung von Depositen etc.) auch die Pflicht, dem Staatsbürger seine Existenz zu wahren und zu schützen, und sofern seine Organe dieser Pflicht nicht nachkommen, sich also eine pflichtwidrige Unterlassung zu Schulden kommen lassen, haftet er auch aus diesen Unterlassungen, wenn wir annehmen, dass eine Haftpflicht überhaupt begründet sei.

Wenn ich zu dem Schlusse gelange, die heute im Volke herrschende Rechtsanschauung erfordere, dass der Staat für die Versehen und Vergehen seiner Beamten eintrete, so muss dies doch mit Einschränkungen erfolgen, die theils in dem Begriffe der Beamten liegen, theils aus der Definition des schädigenden Actes hervorgehen.

1. Es muss der Schädigende ein Beamter sein. Hiezu rechne ich alle diejenigen physischen Personen, welche ein Stück Staatsgewalt, sei es der richterlichen, sei es der administrativen repräsentiren, ob dies ein grösseres oder kleineres Stück sei, ob mit anderen Worten der Beamte ein höherer, ja der allerhöchste, oder ein niedriger sei, ist ohne Bedeutung; einzig massgebend ist der Umstand, ob er mit Machtbefugniss ausgerüstet ist oder nicht.¹⁾

2. Er muss in Ausübung oder aus Veranlassung seiner amtlichen Functionen (wenn auch mit Ueberschreitung der ihm dabei gezogenen Rechtsschranken, unter Nichtbeachtung

¹⁾ Ueber den Begriff „Beamter“ gehen bekanntlich die Anschauungen weit auseinander: siehe hierüber speciell „Laband, Staatsrecht d. deutsch. Reichs“, eine bündige Definition finden wir auch dort nicht.

der ihm obliegenden amtlichen Pflichten) gehandelt haben, und er muss so aufgetreten sein, dass der ihm gegenüber stehende Dritte und nachherige Geschädigte bei seiner individuellen geistigen Entwicklung und Capacität unter Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit annehmen durfte, der Beamte handle in amtlicher Stellung und zu einem amtlichen Zwecke.

3. a. Das „Handeln“ kann in einem positiven Thun, oder in negativem Unterlassen desjenigen bestehen, was pflichtgemäss zu thun war.

b. Das Handeln muss rechtswidrig sein, d. h. mit Zuwiderhandeln gegen für den Beamten massgebende Rechtsnormen (Gesetz, Verordnung, Dienstvorschrift) verbunden.

c. Es muss in ursächlichem Zusammenhang mit dem rechtswidrigen Handeln im Amte für den Dritten ein Schaden erwachsen sein.

Die Beschränkung der Schaden bringenden Handlung auf eine in der amtlichen Sphäre vorgenommene darf als unstreitig bezeichnet werden, dagegen sind gegen Satz 1 vielfach Bedenken und gegentheilige Anschauungen geltend gemacht worden, und auch betreffend der Unterlassung ist ein Fall, der bei uns sogar durch Bundesgesetz positiv vorgesehen ist, sehr bestritten.

Die Staatshaftung für die eigentlichen Administrativbehörden und Beamten eintreten zu lassen, stösst weniger auf Widerspruch, da diese so recht eigentlich es sind, welche als Träger der Staatsgewalt, jeder in seinem Amtskreise, erscheinen, die dem Unterthan, um hier im Gegensatz zur Staatsgewalt dieses Wort zu gebrauchen, mit Zwangsmitteln gegenüber treten — aber auch für den Richter eine Haftung eintreten zu lassen, daran nehmen Manche Anstoss. Sie sagen: Der Richter soll nach dem Principe der Trennung der Gewalten unabhängig sein, die Staatsgewalt soll sich nicht in die Justiz mischen; wenn nun der Staat keine Weisungen in der Rechtsprechung ergehen lassen darf, warum soll er für den Richter haften? Diese Folgerung ist unrichtig. Gewiss soll der Richter unabhängig sein, allein die Unabhängigkeit kommt hier gar

nicht in Frage; sondern der Grund, warum der Staat haften soll, ist auch hier der Zwang gegenüber dem Staatsbürger, sich gerade an einen bestimmten Richter zu wenden; der Grund der Staatshaftung ist also hier vollständig derselbe, wie beim Verwaltungsbeamten. Der Bürger hat ein Recht darauf, dass ihm der Staat einen Richter stelle, vor dem jeder ohne Unterschied bei Rechtsverletzung sein unparteiisches Recht finde, aber nur sein formelles; was der Richter in letzter Instanz spricht, schafft Recht, dadurch unterscheidet sich ja das Urtheil von der „Meinung“ einer gleichen Anzahl Personen, die nicht mit richterlicher Gewalt bekleidet sind. Wenn nun der Richter durch falsche Deductionen zu einem unrichtigen Urtheile kommt, so wird Niemand weder ihn selbst noch den Staat für die entstehenden Nachtheile verantwortlich machen wollen. Wenn aber der Staat einen Richter aufstellt, der die ihm ganz wohl bekannten Rechtsregeln absichtlich oder grob fahrlässig, gar nicht oder unrichtig anwendet, den gegebenen Thatbestand fälscht oder grob fahrlässig ausser Acht lässt (Zeugenaussagen oder einen anerbotenen Beweis nicht abnimmt), dann hat der Staat den Rechtsuchenden um sein gutes Recht gebracht, und es ist nicht einzusehen, wesshalb der Staat für diesen Richter nicht haften sollte, so gut wie für den Verwaltungsbeamten. Auch hier gilt das Verschulden des Richters als Verschulden des Staates; hiebei wird bekanntlich nicht der Massstab eines idealen Richters angewendet, sondern wie Haffner treffend bemerkt, derjenige des Durchschnittsrichters.¹⁾ Der Richter soll nicht die Sorgfalt eines gewöhnlichen Menschen, sondern eines gewöhnlichen Richters anwenden. Auch wenn der Richter eine formelle Vorschrift verletzt, die er kennen muss, z. B. den Ausstand nicht wahrte, wenn er weiss, dass er ihn nach Gesetz nehmen sollte, und aus diesen Gründen nach vielen Kosten und Umtrieben das Urtheil cassirt wird, warum soll der Staat nicht haften, der ja sogar seine Gebühren aus dem falschen Procedere bezogen hat?

¹ Haffner a. a. O. S. 62.

Ob die Haftung daran geknüpft werden soll, dass die Parteien alle Rechtsmittel erschöpfen, bevor sie an den Staat gelangen, ist untergeordneter Natur, und die Lösung dieser Frage kann füglich dem Gesetzgeber überlassen bleiben; ob so oder so entschieden wird, am Principe wird dadurch nichts geändert.

Wo der Administrativbeamte richterliche Functionen ausübt (z. B. Regierungsrath als Richter über Steuerbussen), sind natürlich die Grundsätze über Haftung für die Richter anzuwenden; und umgekehrt, wo ein Richter administrative Functionen ausübt (Depositum, Beschlagnahme), ist er als Verwaltungsbeamter zu beurtheilen; es handelt sich nicht um den Namen, sondern um die Function.

Dass auch bei der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit der Zwang den Grund der Haftpflicht bildet, springt in die Augen, wenn einzelne Fälle betrachtet werden. Der Bevormundete z. B. kann die Vormundschaftsbehörde nicht wählen, sie ist ihm gegeben, der Pfandbesteller an einer Liegenschaft ist nicht frei, er muss den Hypothekenführer der gelegenen Sache in Anspruch nehmen. — Soll da nicht mit gleichem Rechte der Staat haften, wenn sich zeigt, dass eine Vormundschaftsbehörde durch Lässigkeit in der Aufsicht einen Minderjährigen um sein Vermögen gebracht hat, dass ein Käufer den Kaufpreis für eine Liegenschaft zweimal bezahlen muss, weil sich ergibt, dass ein angeblich schuldenfreies Grundstück noch mit einer Hypothek belastet ist? Diese Haftung ist übrigens durch 7 cantonale Gesetzgebungen principiell ausdrücklich anerkannt (Bern, Luzern, Solothurn, Baselstadt, Baselland, Schaffhausen, Appenzell).

Ich habe gesagt, dass als Depositär und bei Beschlagnahmen der Richter als Administrativbeamter zu beurtheilen sei. (Dabei habe ich nicht die unrichtige Verfügung der Massregel im Auge, dies ist natürlich ein richterlicher Act, sondern die Aufbewahrung.) Für die in diesem Abschnitte zu behandelnde Haftung des Staates ist dies zwar bedeutungslos, in diesen beiden Fällen tritt nämlich eine directe Haftung des Staates ein. Der Staat erscheint als

der eigentlich Handelnde, Erwerbende, Verpflichtete. Wie beim Fiskus bei seinen verschiedenen Geschäften angenommen wird, der Staat sei Geschäftsherr, seine Beamten erwerben ihm und verpflichten ihn direct, so ist auch hier der Beamte, der das Depositum, die beschlagnahmte Sache in Empfang nimmt, nur die ausgestreckte Hand des Staates; die empfangende Person ist einzig und allein der Staat selbst, er ist der Depositär und haftet als solcher nach Privatrecht für die Rückgabe in allen Fällen, wo er nicht Untergang durch casus oder vis major nachweist.

Nur kurz sei noch erwähnt die Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung. Dass der Staat dasjenige zurückgeben muss, was er aus Verschulden seiner Beamten zuviel erhalten hat, ist überall anerkannt (z. B. zu viel bezogene Steuern etc.). Aber auch dies ist eine rein privatrechtliche Frage, keine staatsrechtliche; es wird Niemand daran denken, sich hiefür an den Beamten zu halten, dieser ist ja gar nicht bereichert; oder sich hiewegen dort, wo ein Vorverfahren besteht, an dasselbe gebunden erachten; der Geschädigte wird einfach auf dem gewöhnlichen Civilrechtswege klagen, gestützt auf Art. 70 O. R.

Was endlich die Schädigung durch Unterlassung betrifft, so habe ich erwähnt, dass die Haftung für eine Art Unterlassung sehr bestritten ist. Es betrifft dies den Fall, wo bei Tumulten der Bürger durch die Handlung eines Dritten geschädigt wird und denjenigen für den Schaden haftbar machen will, der den Tumult durch rechtzeitiges Einschreiten hätte verhindern können und für diesen den Staat. Zachariä sowohl als Löning¹⁾ sprechen sich gegen eine solche Haftung aus, davon ausgehend, dass es nicht Sache der Justiz sein könne zu untersuchen, ob die Anwendung der öffentlichen Machtmittel in concreto möglich und auch angemessen gewesen sei; der Richter könne nur entscheiden, ob eine gewisse obligatio erfüllt oder nicht erfüllt sei, von einer solchen könne aber hier nicht gesprochen werden. Der Einzelne habe

¹⁾ Zachariä S. 643, Löning S. 126.

kein juristisch verfolgbares Recht auf Erhaltung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit; darauf, dass der Staat seine ihm gegen Dritte obliegende Verpflichtungen erfülle.¹⁾

Mit dieser allgemeinen Verneinung scheint mir aber zu weit gegangen zu sein. Wenn der Beamte, der es in der Hand hat, den Tumult zu verhüten oder rasch zu unterdrücken, es nicht thut, so muss die Consequenz der Theorien Zachariä und Löning dazu führen, auch hier eine Haftung des Staates oder der Gemeinde anzunehmen, je nachdem wir es mit einem Staats- oder Gemeindebeamten zu thun haben; nur muss bei der Frage, ob culpa des Beamten vorliege, sehr weit zu Gunsten des Beamten gegangen werden, es muss berücksichtigt werden, dass es nicht so leicht ist, zu ermessen, wann der Zeitpunkt gekommen ist, um mit bewaffneter Macht gegen Mitbürger einzuschreiten, und dass daher ein Zögern eher zu entschuldigen ist, während man z. B. nicht im Zweifel sein kann, dass eine deponirte Geldsumme einzuschliessen ist, und dass man fahrlässig ist, wenn man es nicht thut. Gar bei dolosem Nichteinschreiten scheint mir die Haftung ganz unzweifelhaft zu sein.

Wir besitzen eine positive Gesetzesvorschrift, die mit dieser Frage im Zusammenhang steht und die zu unerhörten Härten führen kann, nämlich, dass die Gemeinde bei Tumulten, ohne alle Rücksicht auf Verschulden nicht nur für ihre Bürger, sondern für alle zufällig Anwesenden haften muss.²⁾ Vereinzelt steht dieses mittelalterliche Gesetz nicht da, es findet sich in Frankreich und auch mehrfach in Deutschland.³⁾

¹⁾ Löning führt als Beispiel an, ein Kaufmann könne keine Schadenersatzklage gegen den Staat daraus herleiten, dass einem andern Kaufmann zollfreie Einfuhr gestattet worden sei, und dass dadurch dieser billiger verkaufen könne, und ihn schädige.

²⁾ B. G. Ueber die politischen und polizeilichen Garantien zu Gunsten der Eidgenossenschaft vom 23. December 1851. Art. 8: „Die Cantone sind für das Eigenthum der Eidgenossenschaft verantwortlich, sofern dasselbe durch Störung der öffentlichen Ordnung in ihrem Innern beschädigt oder entfremdet wird.“

³⁾ Siehe Löning S. 90. Aubry und Rau, cours de droit civil français IV. S. 762.

Auffallend ist nicht nur, dass eine Corporation für die rechtswidrigen Handlungen von Mitgliedern und Nichtmitgliedern haftbar gemacht wird, sondern namentlich, dass, während früher noch den Gemeinden der Einredebeweis gestattet war, den Tumult nicht haben verhindern zu können, und jede Gemeinde nur für ihre Angehörigen haften musste, mit der Zeit diese einschränkenden Bestimmungen weggefallen sind. Wir haben nun den eigenthümlichen Fall, dass, wenn z. B. in Thun eine Anzahl Recruten, die die Eidgenossenschaft dorthin zur Ausbildung gelegt hat, einen Tumult erregen, wobei die Caserne oder eine der andern eidgen. Anstalten beschädigt wird, die Gemeinde Thun demjenigen für Ersatz haftet, der mittelbar am Schaden Schuld trägt. Das französische Gesetz ist doch wenigstens so billig, dass es jeden Verletzten für schadenersatzberechtigt erklärt, und dass es den Gemeinden verschiedene Entlastungsbeweise gestattet. Bei uns ist nur der Bund garantirt und zwar absolut.

Durch dieses Ausnahmsgesetz sind wir von der Haftung des Staates unwillkürlich auf diejenige der Gemeinden übergeführt worden. Die Frage, ob nur der Staat oder auch die Gemeinden für die Versehen ihrer Beamten haften sollen, kann in aller Kürze beantwortet werden.

Wenn ich bisher immer nur vom Staate gesprochen habe, so geschah es nicht etwa deswegen, um nur dem Staate eine Haftung für seine Beamten und Angestellten aufzuerlegen, es geschah vielmehr der Einfachheit halber, um nicht beständig die Ausdrücke Staat und Gemeinden mit einander gebrauchen und im Einzelnen die aufgestellten Sätze auch mit Beispielen aus dem Gemeindeleben belegen zu müssen.

Wenn die Gemeinde auch kein Staat im Staate, sondern demselben in politischer Beziehung untergeordnet ist, so dürfen wir dennoch für unsere Frage sagen, die Gemeinde ist ein dem Staate durchaus analoges Gebilde. Wenn auch von einem Fiscus bei der Gemeinde nicht gesprochen wird, so haben wir dem Wesen nach doch auch hier einen Fiscus; bedeutet

uns dieses Wort doch, abgesehen von dem rechtsgeschichtlichen Begriffe, nur die privatrechtliche Seite des gleichzeitig auch öffentlich-rechtlich auftretenden Gebildes.

Auch bei den Gemeinden finden wir Beamte und Angestellte theils mit öffentlich-rechtlichen, theils mit privatrechtlichen Functionen, beziehungsweise derselbe Beamte kann heute in der einen, morgen in der andern Eigenschaft auftreten; in dieser Beziehung lassen sich die Gemeindebeamten am ehesten mit den Richtern vergleichen, welche auch in den Fall kommen, zeitweise administrative Functionen auszuüben. Wenn daher das für das Vorbild der Gemeinden, den Staat, Gesagte richtig ist, so muss es auch für die Gemeinde gelten. Einzig eine Frage taucht dabei auf: Gewisse Gemeindebeamte (z. B. die Gemeinderathspräsidenten) sind nicht nur Gemeindebeamte, sie sind auch Staatsbeamte (z. B. in Polizeisachen). Wenn der Beamte nun als solcher, und nicht als Gemeindebeamter Jemanden widerrechtlich Schaden zugefügt hat, wer soll für ihn einstehen, der Staat oder die Gemeinde? Die Antwort muss sich je nach der Theorie richten, aus welcher die Haftung hergeleitet wird. Wenn der Grund der Haftung culpa in eligendo ist, so haftet die Gemeinde, sie hat den fehlenden Beamten gewählt; ist es culpa in inspiciendo, so haftet der Staat, er muss den Gemeindebeamten in seinen staatlichen Functionen überwachen, ihm ist er verantwortlich, nicht der Gemeinde; ist die Mandatstheorie der Grund, so ist es wiederum der Staat, da er den Beamten beauftragt hat, in gewissen Fällen ihn zu vertreten, für ihn zu handeln. — Auch wir werden sagen müssen, der Staat hat für die von der Gemeinde gewählten Beamten zu haften, wenn sie als staatliche Organe handelnd sich vergangen haben, denn wir haben als Grund der Haftung das Machtverhältniss aufgestellt, in welchem der Beamte zum Staatsbürger steht; in vorliegendem Falle¹⁾ ist es aber nicht die Gemeinde, welche

¹⁾ Nehmen wir den Fall einer schweren Körperverletzung in einem Dorfe an, der Gemeinderathspräsident functionirt als Staatsbeamter, indem er den ebenfalls verwundeten Angreifer in Gewahrsam nimmt. Anstatt sofort für

dem Gemeinderathspräsidenten die Macht zum Einschreiten verliehen hat, sondern der Staat, er amtet als stellvertretender Polizeidirector, es muss also der Staat für die Fehler seiner pflichtwidrigen Handlung eintreten.

V.

Damit haben wir die Frage der Haftung an sich erledigt und es bleibt nun noch die mehr nebensächliche zu behandeln.

Soll die Haftung eine primäre oder secundäre sein?

Der Juristenverein hat sich letztes Jahr mit dieser Frage bezüglich der Haftung für die Betreibungs- und Concursbeamten befasst und sich, wenn auch mit schwachem Mehr, für primäre Haftung ausgesprochen, entgegen dem Entwurfe, welcher subsidiäre Haftung vorsieht.¹⁾

Wo der Staat direct haftet, wie beim Depositum, der Bereicherung, fällt diese Untersuchung weg, nur für die Fälle müssen wir sie walten lassen, wo der Staat nicht direct in Frage kömmt, sondern als Garant.

Prof. Bluntschli wollte eventuell diese Frage nicht principiell ordnen, sondern je für den einzelnen Fall der Verantwortlichkeit im Gesetze bestimmen, ob subsidiäre oder primäre Haftung eintreten soll, je nach dem der Haftung zur Basis dienenden Rechtsgrunde. Meiner Ansicht nach ist dies logisch richtig, aber unpractisch; wenn wir einmal die Haftung aussprechen, so soll der Geschädigte nicht noch ein langes Repertorium nachschlagen müssen, ob er in diesem oder jenem Falle zunächst den Beamten einklagen müsse, oder direct an den Staat gelangen könne; sondern mit der Frage

einen Arzt zu sorgen und der Polizeidirection Anzeige zu erstatten, thut er beides nicht, — am andern Morgen hat sich der Inhaftirte verblutet, und zwar anerkannter Maassen wegen unterbliebener ärztlicher Hülfe.

¹⁾ Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins 1887, Heft 2, S. 167, 180, 188.

der Haftung selbst soll auch allgemein entschieden werden, ob der Staat primär oder subsidiär hafte. Voriges Jahr noch war ich über die Zumuthung der primären Haftbarkeit entsetzt, jetzt ist es mir ziemlich gleichgültig, ob so oder so entschieden wird.

Ich gebe zu, dass das Verfahren bei der primären Haftung ein etwas einfacheres ist, nicht sehr viel; aber gerechter ist das System der subsidiären, und für den Fiskus weniger folgenswer.

Ich sage gerechter, weil einmal doch immer nur der Beamte selbst der Schuldige ist, der Staat tritt nur für ihn ein, also ist es nur gerecht, wenn der Beamte auch mit seinem ganzen Vermögen zu Verlust kommt, bis der Staat auch nur einen Rappen bezahlen muss.

Ich sage auch, für den Fiskus weniger belastend, der Beamte gewinnt unter allen Umständen bei der primären Haftung des Staates Zeit, und — Zeit gewonnen ist alles gewonnen — sagt sich auch der zur lebenslänglichen Zuchthausstrafe Begnadigte, er hofft dabei auf Flucht, Begnadigung, Amnestie, kurz er hofft auf Vorthail. So wird es auch bei der primären Haftung gehen; ich bin überzeugt, dass der Staat, wenn er einmal bezahlt hat, entschieden nachsichtiger ist beim Regress auf den Schuldigen, als der nach Geld lechzende Geschädigte selbst; es ist Erfahrungssatz, dass der Staat weniger vigilirt als der Einzelne, der Sack ist grösser.

Und wo sind denn die grossen Nachtheile beim System der subsidiären Haftung? Der Geschädigte müsse unter Umständen zwei Processe führen, sagt man. Das ist nicht so gefährlich, der den Beamten Einklagende wird dem Staate den Streit verkünden, und der Staat wird den Staatsanwalt zu den Tagfahrten abordnen; wenn der Beamte nun wirklich bezahlen sollte, aber nicht ganz bezahlt, so wird der Staat sich überzeugen, ob auch bei der Execution nichts versäumt worden ist, und wenn dem so ist, so wird er ohne neuen Process bezahlen; ist aber der Geschädigte durch seine Saumseligkeit selbst daran schuld, dass er in Verlust gerieth, so handelt der Staat nur richtig, wenn er nicht ohne richter-

lichen Zwang bezahlt, und der Saumselige verdient durchaus kein Mitleid, dass er nicht nur eine zweite Klage anstrengen muss, sondern am Ende gar in Schaden geräth.

Aus diesen Gründen gelange ich zur subsidiären Haftung.

Soll der Staat nur subsidiär haften, so wird noch weiter zu erörtern sein, ob der Beamte gegen muthwillige Klagen zu schützen sei oder nicht? Bei der primären Haftung fällt diese Frage weg.

Hier nehme ich gerade den umgekehrten Standpunkt ein wie bei der vorigen Frage. Wenn der schuldige Beamte rücksichtslos verfolgt werden soll, so hat anderseits der gewissenhafte Beamte ein Recht darauf, dass der Staat, für den er sich opfert, ihm Schutz angedeihen lasse. Es wird immer Leute geben, die in jedem Richter, der ihnen nicht dasjenige zuerkennt, was sie verlangen, einen parteiischen Richter erblicken, und wenn sie einzig und allein durch ihren Eigensinn sich alle Nachtheile selbst zugezogen hätten, so würden sie dennoch in allem nur Chicane und schreiendes Unrecht sehen. Diese Typen sind sofort mit der Klage bei der Hand. Soll nun der Beamte gar nichts anders thun, als seine Zeit mit einfältigen Klagebeantwortungen vertrödeln? Ich sage nein! irgend ein Voruntersuchungsverfahren im Sinne des französischen Rechtes¹⁾ soll der Civilklage vorausgehen, aber mit

¹⁾ Ich spreche vom Prinzip, dieses ist französischen Ursprungs. Die Verfassung vom 22. frim. VIII. Art. 75 sagt: Les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat; en ce cas la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires.

Diese Bestimmung bezog sich also nur auf Verwaltungsbeamte. Der Staatsrath informirte sich von Amtswegen über den Sachverhalt, und entschied dann ohne Verhandlung und ohne Begründung; bejahenden Falles: Entscheid durch das Gericht, verneinenden Falles: Sistirung jedes weiteren Verfahrens. — Durch Decret vom 19. September 1870 hob die Regierung diese, die Verfolgung der Beamten beschränkende Bestimmung auf, und seither nehmen die Gerichte Klagen gegen Beamte ohne Weiteres entgegen;

der nothwendigen Folge, dass dann, wenn der Staat zur Abweisung kommt, er selbst sich als Beklagten darbietet, und zwar ohne von dem Kläger Caution zu verlangen. Man wird mir vielleicht entgegen halten: dann riskirt also der Staat seine Zeit mit Prozessen zu verlieren an Stelle des Beamten! Auch dies ist nicht so gefährlich; der Zorn des Klägers hat sich inzwischen etwas beruhigt, sodann fällt eine Hauptfreude für ihn dahin, er kann seinen Muth nicht mehr an dem „schlechten“ Beamten selbst kühlen, der ihn so schwer „gekränkt“ hat, und endlich darf der Staat dieses Opfer dem Beamten wohl bringen, denn er muss nach seiner Untersuchung ja wissen, dass der Beamte unschuldig eingeklagt wurde, und dass er nichts riskirt, als keine Kosten und keine Prozessentschädigung zu erhalten, und Zeit zu verlieren, welchen Zeitverlust er auf Verschiedene vertheilen kann.

VI.

Ist es dem Bunde und den Cantonen zu überlassen jedem an seinem Orte, besondere Bestimmungen aufzustellen, oder sollen diese Bestimmungen einheitlich in einem Bundesgesetze ihren Ausdruck finden?

Wenn wir bei vorstehender Untersuchung zu dem Schlusse gelangt sind, es sei die Haftung des Staates und der Gemeinden für Versehen und Vergehen ihrer Beamten anzustreben, so muss es im Weitern unser Bestreben sein, dass dies nicht ein frommer Wunsch bleibe, sondern dass dasjenige, was wir als von dem Rechtsbewusstsein gefordert ansehen, auch zum positiven Rechte werde. Hiezu bieten sich für das materielle Recht zwei Wege: Die Bundesgesetzgebung und die cantonale Gesetzgebung; der erstere Weg ist der einfachere, der letztere vielleicht der eher zum Ziele führende.

die Entscheidung darüber allerdings, wie ein Verwaltungsact auszulegen und zu beurtheilen sei, kömmt, wenn streitig, der zuständigen Verwaltungsbehörde zu (Mayer: Theorie des franz. Verwaltungsrechtes § 16, S. 100).

Es ist leider nicht zu verkennen, dass in vielen Cantonen dem Bundesrechte immer noch ein grosser Widerstand entgegengesetzt wird, und zwar nicht nur aus sachlichen Gründen; dass manches, wenn es auf dem eigenen Boden gewachsen ist, eher acceptirt wird, als wenn man es von anderer Seite „aufgedrungen“ erhält. Ich würde mich daher beider Wege bedienen; was nur auf dem Wege des Bundesgesetzes erreichbar ist, muss uns ein solches bringen, das andere möchte ich den Cantonen überlassen, hoffend, es werde uns gelingen, unsere Anschauung allmählig in einem Cantone nach dem andern zum Durchbruch und zur Umwandlung in positive gesetzliche Bestimmungen zu bringen.

So sind die Thesen entstanden.

Damit schliesse ich mein Referat, die Versammlung selbst bietet mir Gelegenheit, dasselbe zu vervollständigen, ich bitte die verehrten Herren Collegen, deren Güte und Zeit ich bereits in Anspruch genommen habe, mich über allfällige Lücken und Unrichtigkeiten bis dorthin in Kenntniss zu setzen, damit ich Versäumtes nachholen kann, und spreche ihnen nochmals meinen besten Dank für ihre Beiträge aus.

T h e s e n.

1. Durch eine Novelle zum Bundesgesetze über das Obligationenrecht ist das II. Kapitel des ersten Titels im Allgemeinen auch auf die Beamten anzuwenden.

2. Art. 8 des Bundesgesetzes über die politischen und polizeilichen Garantien zu Gunsten der Eidgenossenschaft vom 23. Dezember 1851 ist als Ausnahmegesetz aufzuheben.

3. Der Staat beziehungsweise die Gemeinden sind für den Schaden, welchen ihre Beamten und Angestellten einem Dritten, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, widerrechtlich zugefügt haben, haftbar zu machen, sofern ange-

nommen werden durfte, der Beamte habe innerhalb seines amtlichen Wirkungskreises gehandelt.

4. Es ist gleichbedeutend, ob die Pflichtverletzung in einem positiven Handeln, oder in einer Unterlassung einer obliegenden Pflicht lag.

5. Die Haftpflicht des Staates und der Gemeinden ist in der Regel eine subsidiäre; nur in den Fällen der These 7, oder wenn es sich um privatrechtliche Geschäfte handelt, haftet der Staat direct.

6. Die Civillklage gegen einen Beamten als solchen ist an ein Vorprüfungsverfahren durch eine Administrativbehörde gebunden; diese hat jedoch nur die Frage der Verletzung der Amtspflicht (des Verschuldens) zum Gegenstand.

7. Spricht die vorprüfende Administrativbehörde die Verantwortlichkeit des Beamten innerhalb Frist nicht aus, so kann an Stelle des Beamten der Staat (die Gemeinde) direct eingeklagt werden.
