

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:	72 (1953)
Artikel:	Die Verantwortlichkeit der Beamten und die Schadenersatzpflicht des Staates in Bund und Kantonen
Autor:	Kaufmann, Otto K.
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896114

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: 24.12.2025

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

Die Verantwortlichkeit der Beamten und die Schadenersatzpflicht des Staates in Bund und Kantonen

von

Otto K. Kaufmann

Professor an der Handels-Hochschule St.Gallen

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung

	Seite
I. Die Bemühungen um die Revision des eidgenössischen Verantwortlichkeitsgesetzes	206a
II. Die Hauptfragestellungen	211a

Erster Teil

Die Verantwortlichkeit der Beamten und der übrigen Amtsträger

I. Grundfragen der Verantwortung der Verwaltung . . .	217a
1. Vorbemerkungen	217a
2. Die Schranken der Bewegungsfreiheit in der Verwal- tung und die Besonderheit der Verantwortlichkeit der Beamten	220a
3. Die Verantwortung der Beamten im Gegensatz zur Verantwortung der Privatangestellten	224a
4. Vorgesetzte und Untergebene als Träger der Ver- antwortung	227a
a) Aufteilung oder Kumulierung der Verantwortung ?	227a
b) Verschiedene Ausgestaltung der Beziehungen zwi- schen Vorgesetzten und Untergebenen	228a
c) Das Problem der Solidarhaftung	232a
d) Handeln auf Anweisung des Vorgesetzten	233a
e) Verwaltungsbeschwerde und Verantwortlichkeits- klage	235a

	Seite
II. Der Kreis der verantwortlichen natürlichen Personen	236a
1. Die öffentlichen Beamten (Vieldeutigkeit des Beamtenbegriffes)	236a
2. Die Angestellten der öffentlichen Hand	238a
3. Die Arbeiter der öffentlichen Hand	239a
4. Die Beamten und Angestellten von öffentlichen Anstalten	239a
5. Die Mitglieder der Gerichte	244a
6. Andere natürliche Personen, die amtliche Funktionen ausüben	246a
III. Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten gegenüber dem Staat	248a
1. Die Haftung der Bundesbeamten gegenüber dem Bund	249a
2. Die Haftung der kantonalen und kommunalen Beamten gegenüber den Kantonen und Gemeinden	251a
IV. Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten gegenüber Dritten	257a
1. Die Haftung der Bundesbeamten gegenüber Dritten	257a
a) Rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten	258a
b) Schadenszufügung durch amtliche Verrichtung	260a
c) Vorprüfung durch den Bundesrat	261a
d) Zivilrechtlicher Anspruch, Verhältnis zum OR	262a
2. Die Haftung der kantonalen Beamten gegenüber Dritten	263a
a) Die grundsätzliche Regelung von Art. 61 Abs. 1 OR	263a
b) Sonderbestimmungen	266a
V. Die Verantwortlichkeit der mit öffentlichen Aufgaben betrauten Verbandspersonen	267a
1. Die übertragenen Aufgaben	268a
2. Abgrenzung der Übertragung öffentlicher Funktionen gegenüber verwandten öffentlich-rechtlichen Beziehungen	272a
3. Die verwaltungsrechtlichen Befugnisse der zur Mitarbeit herangezogenen Organisationen und deren Verantwortung gegenüber dem Bürger bei rechtswidriger Handhabung dieser Befugnisse	274a
4. Die Verantwortlichkeit der Organisationen gegenüber dem Staat	276a
5. Die Verantwortlichkeit des Staates für die pflichtgemäße Amtsführung der Organisationen	279a

und die Schadenersatzpflicht des Staates in Bund und Kantonen	203a
	Seite
VI. Die Verantwortlichkeit der Militärpersonen	280a
1. Die Haftung gegenüber dem Bund	281a
2. Die Haftung gegenüber Dritten	282a

Zweiter Teil

Die Staatshaftung

I. Die Haftung des Staates als Rechtssubjekt des Privatrechts	286a
1. Gefährdungshaftungen	287a
2. Grundeigentümerhaftung und Werkhaftung (Art. 679 ZGB und 58 OR)	287a
3. Haftung aus unerlaubten Handlungen bei gewerblichen Verrichtungen	288a
4. Privatrechtliche Beziehungen zu Anstaltsbenutzern	290a
5. Einschränkung der privatrechtlichen Haftung bei Einführung einer vermehrten öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflicht ?	291a
II. Die Staatshaftung bei Verschulden des Beamten . . .	293a
1 Bundesrecht	293a
2. Kantonales Recht	296a
a) Kantone, die für schuldhaftes Handeln ihrer Beamten nicht einstehen (Zürich, Schwyz, Nidwalden, Obwalden, Appenzell-Außerrhoden, Appenzell-Innerrhoden, St. Gallen, Tessin)	296a
b) Kantone, bei denen alternativ der Beamte oder der Staat haftet (Freiburg, Thurgau)	298a
c) Kantone, die subsidiär und akzessorisch für die Zahlungsfähigkeit ihrer Beamten einstehen (Uri, Zug, Solothurn, Wallis)	299a
d) Kantone, die solidarisch neben den Beamten haften (Bern, Glarus, Basel-Stadt, Baselland, Neuenburg, Genf)	300a
e) Kantone mit einer Staatshaftung, die weiter geht als die Haftung des Beamten (Waadt)	304a
f) Kantone mit ausschließlicher Haftung des Staates (Luzern, Schaffhausen, Graubünden, Aargau) . .	304a

	Seite
3. Das ausländische Recht	307a
a) Deutschland	307a
b) Österreich	310a
c) Frankreich	311a
d) Belgien	312a
e) England	313a
4. Probleme der Neuordnung	314a
a) Möglichste Anlehnung an Art. 55 ZGB und Art. 55 OR	315a
b) Ausschließliche Anlehnung an Art. 55 ZGB . .	316a
c) Ausschließliche Haftung des Bundes an Stelle des öffentlichen Beamten, Angestellten oder Arbeiters mit Rückgriffsmöglichkeit auf den schuldigen Bediensteten	316a
 III. Die Kausalhaftung des Staates bei gesetzwidrigen Staatsakten	 321a
1. Allgemeines	321a
2. Der Begriff der Widerrechtlichkeit bei der privat- rechtlichen und öffentlich-rechtlichen Kausalhaftung	325a
3. Das Problem der sogenannten amtpflichtgemäßigen rechtswidrigen Staatsakte	332a
4. Kein Verschuldensbeweis	338a
5 Nachweis des adäquaten Kausalzusammenhangs . .	339a
6. Mitverschulden des Geschädigten, Pflicht zur Er- greifung ordentlicher Rechtsmittel	342a
7. Der Umfang des Schadenersatzes	343a
8. Genugtuungsansprüche	344a
9. Die gerichtliche Überprüfung von angeblich gesetzwidrigen schadenstiftenden Entscheiden des Bundesrates	345a
 IV. Die Haftung des Staates für gesetzmäßige Staatsakte, die einen außerordentlichen Schaden verursachen . .	 347a
1. Das deutsche Recht	348a
2. Das französische Recht	350a
3. Die bundesgerichtliche Rechtssprechung	352a
4. Die Spezialbestimmungen der Bundesgesetzgebung	359a
a) Art. 27/28 Militärorganisation	360a
b) Art. 3 Abs. 3 und Art. 7 Abs. 3 BG über die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebens- wichtigen Gütern	363a
c) Art. 24/25 Eisenbahngesetz vom 23. Dezember 1872	364a

	Seite
und die Schadenersatzpflicht des Staates in Bund und Kantonen	205a
d) Art. 5 BG vom 2. Juli 1886 betr. Maßnahmen bei gemeingefährlichen Epidemien	364a
e) Art. 21 BG vom 3. Juni 1917 über die Bekämpfung von Tierseuchen	364a
f) Art. 67 Landwirtschaftsgesetz vom 3. Oktober 1951	365a
g) Art. 4/5 BG vom 24. Juni 1910 über das Absinth- verbot	365a
5. Die Bestimmungen des kantonalen Rechts	367a
a) Das Verantwortlichkeitsgesetz vom 25. November 1851 von Baselland	367a
b) Das Zürcher privatrechtliche Gesetzbuch von 1853/56 und die ihm nachgebildeten Einführungsgesetze zum ZGB von Zürich, Schwyz, Schaffhausen und Appenzell-Außerrhoden	368a
6. Empfehlungen für das neue eidgenössische Verantwortlichkeitsgesetz	372a
Schlußfolgerungen	377a
Anhang: Vorentwurf von alt Bundesrichter Hablützel zu einem Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit der eidg. Beamten und über die Haftung des Bundes für seine Beamten	378a

Das Literaturverzeichnis befindet sich am Schluß des Referates von Dr. Pierre Graff; die dort erwähnten Arbeiten werden nur mit dem Namen des Verfassers zitiert.

Abkürzungen

- VG = Bundesgesetz vom 9. Dezember 1850 über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten.
kVG = kantonales Verantwortlichkeitsgesetz.
BtG = Bundesgesetz vom 30. Juni 1927 über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten.
-

Einleitung

I. Die Bemühungen um die Revision des Eidgenössischen Verantwortlichkeitsgesetzes

Den unmittelbaren Anlaß für die diesjährige Diskussion des Schweizerischen Juristenvereins über «die Verantwortlichkeit der Beamten und die Schadenersatzpflicht des Staates in Bund und Kantonen» bildet die bevorstehende Revision des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1850 über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten (VG)¹. Bei dem beschränkten Raum, der zur Verfügung steht, sollen dementsprechend die Fragen, die um die Revision dieses Bundesgesetzes kreisen, im Vordergrund stehen. Die neue Ordnung wird teilweise an die Erfahrungen der Kantone mit fortschrittlichen Verantwortlichkeitsgesetzen anknüpfen können; deshalb ist auf diese Gesetze hinzuweisen². Im übrigen aber muß die Darstellung des kantonalen Rechts eher zurücktreten. Dies läßt sich um so mehr verantworten, als die kürzlich erschienene Zürcher Dissertation von Werner Zehntner: «Die Haftung des Staates für seine Funktionäre nach der Gesetzgebung der schweizerischen Kantone», einen guten Überblick über den derzeitigen Stand des kantonalen Rechts vermittelt.

Am Anfang der rechtsgeschichtlichen Entwicklung der Probleme bezüglich der Beamtenverantwortlichkeit und der Staatshaftung steht der Satz «the king can do no wrong» — der Landesfürst steht außerhalb der Landesgesetze. Dementsprechend ist auch eine Haftung der

¹ BS 1, 462.

² Die kantonalen Justizdirektionen haben den Verfasser in sehr zuvorkommender Weise durch die Erteilung von Auskünften und die Überlassung von Entscheiden und Gesetzesmaterialien unterstützt. Für ihre Mitarbeit sei ihnen an dieser Stelle besonders gedankt!

«Krone», des Staates, ausgeschlossen, wenn ein Beamter des Landesherrn im Rahmen der ihm zukommenden Amtsbefugnis Schaden stiftet. Überschreitet jedoch der Beamte seine Amtsbefugnis, so handelt er *ultra vires*, ohne Vollmacht, und hat sich für den dabei angerichteten Schaden wie ein gewöhnlicher Bürger vor den Gerichten zu verantworten. Die Zivil- und Strafgerichte prüfen somit, ob die Amtshandlung gesetzmäßig ist. Die angelsächsische Ultra-vires-Theorie war ein erster entscheidender Schritt zur Durchsetzung des Prinzips der gesetzmäßigen Verwaltung. Fleiner nennt die persönliche vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Beamten den Abschluß und die Krönung der Beamtenverantwortlichkeit³.

In der Schweiz mußte die Beamtenverantwortlichkeit vor 120 Jahren durch den Liberalismus errungen werden. Deshalb wurde die persönliche Verantwortlichkeit der Beamten in der Bundesverfassung (Art. 117 BV) und in den Kantonsverfassungen zu einem Verfassungsgrundsatz erhoben⁴. Noch 1842 schrieb Jeremias Gotthelf in «Geld und Geist»:⁵

«Wo ein Regierungsbeamter und ein Gemeindebeamter, ein Gemeindeschreiber zum Beispiel unter einer Decke liegen und unter einem Hütlein spielen, da können noch heutzutage ganze Vermögen verschwinden, und wo ist das Verantwortlichkeitsgesetz gegen die Regierungsbeamten? Kleine Diebe hängt man vielleicht, große aber läßt man laufen.»

Dies war die Fragestellung des eidgenössischen Verantwortlichkeitsgesetzes von 1850. Was jedoch damals als wesentlicher Fortschritt erschien, ist heute überholt. Seit langem hat die Rechtswissenschaft erkannt, daß die Haftung des Beamten allein bei schuldhaften rechtswidrigen Amtsakten dem Bürger keinen genügenden Schutz gewährt,

³ Fleiner, Bundesstaatsrecht 270, ebenso Fleiner-Giacometti 694.

⁴ Zur Geschichte der Verantwortlichkeit der Beamten und der Haftung des Staates vgl. Frey 17 ff., zum VG insbesondere Sager 5 ff.

⁵ In der Ausgabe des Eugen Rentsch Verlages S. 29.

da der Beamte für größere Schäden nicht zahlungsfähig ist. Zudem ist es häufig dem beweispflichtigen Bürger nicht möglich, das Verschulden eines bestimmten Beamten nachzuweisen. Die Revision des VG und die Einführung der Staatshaftung bilden deshalb schon ein altes Postulat.

Seitdem das Bundesgesetz vom 22. November 1850 über das Verfahren bei dem Bundesgericht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten am 1. Juli 1948 und das Bundesgesetz vom 3. Dezember 1850 über die Heimatlosigkeit am 31. Dezember 1952 aufgehoben wurden, bleibt das VG noch der einzige Überlebende aus der Gründungszeit der Eidgenossenschaft. Den hundertsten Geburtstag zu erleben, ist auch den Gesetzen nur selten beschieden! Diese Langlebigkeit verdankt das VG keineswegs seinen innern Qualitäten. Im Gegenteil, schon am Juristentag in Neuenburg im Jahre 1888 wurde nach Anhören eines Referates von Bezirksgerichtspräsident Ziegler⁶ die Revision des VG gefordert, um insbesondere die persönliche Haftung des Beamten gegenüber dem Bürger zu ersetzen durch eine Haftung des Staates und der Gemeinden «für den Schaden, welchen ihre Beamten und Angestellten in ihrer öffentlich-rechtlichen Stellung einem Dritten widerrechtlich zugefügt haben, möge die Pflichtverletzung in einem positiven Handeln oder in einer Unterlassung der ihnen obliegenden Pflichten liegen»⁷. Der schweizerische Juristentag in Solothurn von 1912 befaßte sich erneut mit dem VG. Damals erklärte der französische Referent Karl Ott, das Gesetz sei «tant au point de vue de la forme qu'à celui de fond un des produits les plus déplorables de la législation fédérale»^{8, 9}. Damals wurden folgende Thesen angenommen:

⁶ ZSR 7, 481 ff.

⁷ Protokoll des Schweizerischen Juristenvereins vom 2. Oktober 1888, ZSR 7, 638 und 640.

⁸ ZSR 31, 745; so schon Escher, Schweiz. Bundesbeamtenrecht, 1903, 168 N. 10.

⁹ Dabei darf darauf hingewiesen werden, daß das schon vor dem VG des Bundes geschaffene Verantwortlichkeitsgesetz des Kantons

1. Das VG ist, weil inhaltlich unvollständig und ungenügend sowie formell mangelhaft, einer Revision zu unterziehen.
2. Die Revision des Gesetzes ist in Verbindung mit dem Erlaß eines das Eidg. Beamtenrecht zusammenfassenden Beamten gesetzes vorzunehmen¹⁰.

Auf die an jenem Juristentag gehaltenen Referate ist später noch zurückzukommen.

Der Bundesrat ist dem damaligen Wunsche des Juristen vereins nicht gefolgt. In der Botschaft vom 18. Juli 1924 zum BtG vom 30. Juni 1927, S. 107, wird vielmehr ausge führt:

«Wiewohl das VG seit geraumer Zeit revisionsbedürftig ist, möchten wir doch davon absehen, die gegenwärtige Gesetzes vorlage mit der Neufassung auch jenes veralteten Erlasses zu beschweren. Früher oder später wird an die Revision des VG herangetreten werden müssen.»

Früher oder später — als nach Schluß des letzten Krieges immer noch nichts geschehen war, reichte Nationalrat Perrin, La Chaux-de-Fonds, ein Postulat auf Revision des VG und Einführung der direkten Staatshaftung ein. Bundespräsident v. Steiger anerkannte, daß der geltende Rechtszustand nicht mehr befriedige; im neuen Gesetz müsse der Rechtsgedanke und nicht die Sorge um die Staatsfinanzen die entscheidende Rolle spielen. Er fügte bei: «Wir wollen hoffen, daß, bevor das VG hundert jährig geworden ist, ein neues das Licht der Welt erblickt»¹¹.

Aber es gibt keinen Interessenverband, der sich für die Verschärfung der Staatshaftung besonders interessiert und für die «fristgerechte» Verwirklichung der Hoffnung gekämpft hätte. Erst im Februar 1951 erteilte das EJPD

Bern sowie die ungefähr gleichzeitig geschaffenen Verantwortlichkeitsgesetze der Kantone Fribourg, Baselland und Thurgau, die heute noch in Kraft stehen, wesentlich besser durchdacht sind und sich auch heute noch sehen lassen dürfen (unten S. 298a).

¹⁰ ZSR 31, 833.

¹¹ Ungedrucktes Protokoll des Nationalrates vom 28. September 1945.

Herrn alt Bundesrichter Hablützel den Auftrag, den Entwurf für ein neues VG auszuarbeiten. Im Dezember 1951 ging von Nationalrat Perrin ein neuer Vorstoß aus, diesmal in Form einer Motion, die vom Nationalrat am 17. September 1952 und vom Ständerat am 1. Oktober 1952 angenommen wurde. Bei der Beantwortung der Motion konnte Bundesrat Feldmann darauf hinweisen, daß der Vorentwurf von Herrn alt Bundesrichter Hablützel eingereicht worden und den Departementen zur Vernehmlassung zugestellt sei¹². Bundesrat Feldmann stellte dabei ausdrücklich fest, eine Regelung, welche bei Schäden, die durch einen Staatsbeamten entstanden sind, den Geschädigten ausschließlich an den fehlbaren Beamten weise und die Staatshaftung ausschließe, werde heute als ungerecht empfunden; eine solche Ordnung sei mit den Prinzipien des modernen Rechtsstaates unvereinbar; auch die Rechtswissenschaft — «ein seltener, aber glücklicher Fall» — sei in diesen Punkten völlig einig^{12a}.

Die Revisionsarbeiten sind somit heute im Gang; die diesjährigen Verhandlungen des Juristenvereins über das VG haben deshalb mehr als nur platonischen Wert. Es ist noch zu früh, um zu sagen «was lange währt, wird endlich gut»; doch ist es sicher ein erfreuliches Zeichen unserer Zeit, daß heute die Forderungen nach einem Ausbau — teilweise auch nach einer Wiederherstellung! — des Rechtsstaates bei Regierung, Parlament und Volk auf ein waches Interesse stoßen. Es ist deshalb zu hoffen, daß die Vorlage nunmehr kräftig gefördert und in absehbarer Zeit den Räten vorgelegt wird. Freilich wird sich bei der Ausarbeitung zeigen, daß die Meinungen hinsichtlich der Einzelheiten keineswegs so einheitlich sind wie hinsichtlich des Grundprinzips, die persönliche Haftung der Beamten

¹² Der Entwurf ist im Anhang zu diesem Vortrag gedruckt.

^{12a} Vgl. auch den Aufsatz von Bundesrat Feldmann, Die Haftung des Bundes für fehlerhafte Amtshandlungen seiner Beamten, *Verwaltungspraxis* 7 (1953), 298.

gegenüber dem Bürger durch die Staatshaftung zuersetzen. Der Vortrag möchte diesbezüglich vor allem die Probleme aufzeigen; Aufgabe der Diskussion und einer vom Bundesrat bestellten Expertenkommission wird es dann sein, die zweckmäßige Lösung zu finden.

II. Die Hauptfragestellungen

Versucht man, die vom geltenden VG geregelten Materien in ein System zu bringen, welches gestattet, die revisionsbedürftigen Hauptpunkte aufzuzeigen, so gelangt man zu folgender Übersicht über das geltende Bundesrecht und die Hauptfragestellungen:

1. Die Verantwortlichkeit der Mitglieder der obersten Bundesbehörden

- a) Die parlamentarische Immunität (Art. 1 Abs. 2 Satz 2 VG): Nach dem VG sind die Mitglieder der eidgenössischen Räte für ihre Voten «nicht verantwortlich», selbst bei schwersten Verleumdungen gegen einen Bürger könnte keine Klage erhoben werden; es fragt sich, wie solche Härten gemildert werden können, ohne die parlamentarische Immunität aufzugeben.
- b) Die Verantwortlichkeit der Mitglieder der eidgenössischen Räte für Amtsdelikte (Art. 1 Abs. 1, Art. 17 VG): Wegen solcher Amtsdelikte ist ein Zivil- oder Strafprozeß nur zulässig, wenn beide Kammern dessen Durchführung beschließen (Art. 23). Es ist zu prüfen, ob dieses Verfahren zweckmäßig ist.
- c) Die Verantwortlichkeit der von der Bundesversammlung gewählten Behörden (Mitglieder des Bundesrates, des Bundesgerichtes, des Eidg. Versicherungsgerichtes, des außerordentlichen Militärgerichtes¹³, des Bundeskanzlers

¹³ Art. 20/22 Militärstrafprozeßordnung.

und des Generals) (Art. 18—36, 2—16 VG): Gegen diese Personen kann ein Strafprozeß wegen eigentlichen oder uneigentlichen Amtsdelikten nur durchgeführt werden auf Grund eines übereinstimmenden Beschlusses beider Kammern der eidgenössischen Räte. Ebenso kann der Bund Zivilansprüche gegen diese Magistraten nur auf Grund eines entsprechenden Beschlusses geltend machen. Die Stellung von Drittpersonen, die durch rechtswidrige Amtshandlungen solcher höchster Magistraten geschädigt werden, ist relativ günstig: Auch sie müssen zuerst bei der Bundesversammlung um eine Verfolgungsermächtigung gegen die betreffenden Beamten nachsuchen; wird die Ermächtigung verweigert, so können sie den Anspruch gegen den Bund geltend machen (Art. 33). Dies ist der einzige Fall einer direkten Haftung des Bundes gemäß VG.

Art. 117 BV und das VG betrachten auch die obersten Magistraten der Eidgenossenschaft als «Bundesbeamte». Aber diese Personen genießen doch eine Sonderstellung. Ihre staatsrechtliche politische Verantwortlichkeit steht auf einer andern Stufe als die Verantwortlichkeit der Beamten der Bundesverwaltung. Um den Umfang dieses Referates nicht noch zu vergrößern, wird auf die Darstellung dieser Fragen verzichtet. Der Berichterstatter hat dazu in einem besonderen Aufsatz Stellung bezogen¹⁴.

2. Die Verantwortlichkeit der nicht von der Bundesversammlung gewählten eidgenössischen Beamten

Die sogenannten «übrigen» eidgenössischen Beamten (Titel vor Art. 37 VG), denen weitere Personen mit amtlichen Funktionen gleichgestellt sind (Art. 2 VG), unterstehen

¹⁴ «Die Verantwortlichkeit der Mitglieder der obersten Bundesbehörden», Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 54 (1953), 353.

- a) einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit,
- b) einer disziplinarischen Verantwortlichkeit,
- c) einer vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit
(Art. 5 VG).

a) **Strafrechtliche Verantwortlichkeit** (Art. 6, 8, 9, 14/16, 40/41 VG).

Strafklagen gegen sogenannte «übrige Bundesbeamte» (im folgenden kurz Bundesbeamte genannt), unterliegen einer Vorprüfung durch den Bundesrat (Art. 40/41 VG). Ohne dessen Zustimmung darf kein Strafverfahren durchgeführt werden. Die Zweckmäßigkeit dieses Vorprüfungsverfahrens ist umstritten. Doch gestattet der diesem Bericht gezogene Rahmen nicht, auch diese strafrechtlichen Probleme zu behandeln.

b) **Disziplinarische Verantwortlichkeit**

Die Art. 37—39 VG betr. disziplinarische Verantwortlichkeit wurden durch Art. 80 Abs. 2 des BG vom 30. Juni 1927 über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten (BtG) aufgehoben. Das neue VG hat sich damit nicht zu befassen. Dagegen ist zu prüfen, welche administrative Sanktionen angezeigt sind gegenüber natürlichen und juristischen Personen mit amtlichen Funktionen, die nicht Bundesbeamte im Sinne des BtG sind (unten S. 246a, 277a).

c) **Vermögensrechtliche Verantwortlichkeit**
(Art. 7, 11, 12, 42, 43 VG)¹⁵.

Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten und weiterer Personen mit amtlichen Funktionen steht heute im Zentrum des Interesses. Die damit zusammenhängenden Fragen müssen deshalb im ersten Teil dieser Arbeit, die sich mit der Verantwortlichkeit der

¹⁵ Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit (Haftung) wird häufig als «zivilrechtliche Verantwortlichkeit» (*responsabilité civile*) bezeichnet. Dieser Ausdruck ist jedoch irreführend, da die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit in zahlreichen Fällen dem öffentlichen Recht angehört, Im Hof, ZSR 48 (1929), 354 a, Reichlin, ZBl 36 (1935), 66; Sager 1.

Beamten und weiterer Amtsträger befaßt, im Vordergrund stehen.

Heute ist im Bund die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der Bundesbeamten gegenüber dem Staat durch Art. 29 BtG geregelt; für Schäden, die durch die rechtwidrige Amtsführung einem Bürger zugefügt werden, gilt dagegen das VG. Darnach haftet für den Schaden ausschließlich der rechtswidrig und schuldhaft handelnde Beamte. Der Anspruch ist zunächst beim Bundesrat geltend zu machen, genauer gesagt, der Zivilprozeß bedarf einer Bewilligung des Bundesrates. Wird die Bewilligung nicht erteilt, so ist zwar die Klage dennoch zulässig, aber nur gegen Hinterlegung einer entsprechenden, vom Bundesgericht festzusetzenden Kautions (Art. 43 VG).

Die Revision wird prüfen müssen, ob nicht auf die persönliche vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der Bundesbeamten gegenüber dem Bürger verzichtet werden soll, um an deren Stelle die ausschließliche Haftung des Bundes mit entsprechenden Regressansprüchen gegen die schuldigen Beamten treten zu lassen. Dies führt zu einer Lösung, bei der «Beamtenverantwortlichkeit» und «Staatshaftung» völlig voneinander unabhängig werden; die Probleme der vermögensrechtlichen Beamtenverantwortlichkeit werden dadurch stark vereinfacht.

Trotzdem bleiben die Fragen der Verantwortlichkeit aller natürlichen und juristischen Personen, die heute für den Staat handeln, außerordentlich komplex. Die Staatshaftung interessiert den einzelnen geschädigten Bürger, die Beamtenverantwortlichkeit die Gesamtheit der Bürger. Die Gesamtheit der Bürger wünscht nicht nur, daß der einzelne Geschädigte Schadenersatz erhält, sondern daß die Verantwortlichkeiten festgestellt werden, wenn durch Beauftragte der öffentlichen Hand vermeidbarer Schaden gestiftet wurde.

Für die Feststellung und Beurteilung dieser Verantwortlichkeiten braucht es bestimmte, das BtG ergänzende Bestimmungen im neuen VG; doch wird es sich dabei vor

allem um eine Zusammenfassung des geltenden Rechtes handeln. Der erste Teil der vorstehenden Arbeit gibt deshalb vor allem eine deskriptive Darstellung des gelgenden Rechtszustandes; er verfolgt im Gegensatz zum zweiten Teil keine besondern rechtspolitischen Ziele^{15a}.

3. Die Haftung des Bundes für schadenstiftende Akte von Bundesbeamten und weitern Trägern amtlicher Funktionen

Die Einführung der Haftung des Bundes für Schäden, die durch schuldhaft rechtswidrige Handlungen von Bundesbeamten und weitern Amtsträgern des Bundes verursacht werden, bildet — wie bereits erwähnt — das Hauptpostulat der Revision des VG. Dabei stellt sich vor allem die Frage, ob diese Staatshaftung zivilrechtlich ausgestaltet und auf eine Haftung für schuldhafte Amtshandlungen beschränkt werden soll oder ob sie als eine Form der öffentlich-rechtlichen Entschädigung konzipiert werden muß, mit der Folge, daß eine Haftung immer dann Platz greift, wenn ein öffentlich-rechtlicher Rechtssatz verletzt ist, ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Beamten (Kausalhaftung bei gesetzwidrigen Amtsakten). Ja, man wird noch weitergehend prüfen müssen, ob die Kausalhaftung des Bundes auch dann Platz greifen sollte, wenn durch einen gesetzmäßigen Staatsakt der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bürger

^{15a} Bei der Durchsicht der Fahnen des Referates von Pierre Graff ist dem Verfasser aufgefallen, daß die französische Umschreibung des Themas «La responsabilité des fonctionnaires et de l'Etat pour le dommage causé à des tiers, en droit fédéral et en droit cantonal» präziser ist als die deutsche. Nach dem französischen Titel ist nur die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten gegenüber Dritten zur Diskussion gestellt. Der erste Teil der vorliegenden Arbeit befaßt sich demgegenüber sowohl mit der Verantwortlichkeit der Amtsträger gegenüber dem Staat als auch mit deren Verantwortlichkeit gegenüber Dritten — jedoch unter Ausschluß der disziplinarischen und strafrechtlichen Verantwortlichkeit.

in besonders schwerem Maße verletzt wird (Haftung für gesetzmäßige Staatsakte, die einen außerordentlichen Schaden verursachen). Mit diesen Fragen der Staatshaftung wird sich der zweite Teil dieser Arbeit befassen.

Außer dem VG des Bundes sind auch die Verantwortlichkeitsgesetze zahlreicher Kantone revisionsbedürftig¹⁶. Bei der Revision der kantonalen Verantwortlichkeitsgesetze werden sich zum Teil ähnliche Fragen stellen wie bei der Revision des VG des Bundes. Immerhin ist zu beachten, daß die Beamten der Kantone und Gemeinden zum Teil andere Aufgaben zu erfüllen haben als die Bundesbeamten; es ist deshalb in jedem Einzelfall zu prüfen, ob sich für die Kantone und Gemeinden gleiche oder ähnliche Lösungen empfehlen wie im Bund. Auf diese Frage kann nicht im einzelnen eingegangen werden, aber die Arbeit als Ganzes soll sich doch auch mit dem kantonalen Recht auseinandersetzen¹⁷.

Erster Teil

Die Verantwortlichkeit der Beamten und der übrigen Amtsträger

Der erste Teil dieses Referates muß sich mit der persönlichen Verantwortung aller Personen befassen, die für den Staat tätig sind, ohne zu den obersten Magistraten zu gehören. Diese Personen sind nur teilweise Beamte im Sinne des eidgenössischen und kantonalen Beamtenrechts. Immerhin muß die Ordnung der Verantwortlichkeit der staatlichen Amtsträger in erster Linie auf die Beamten und insbesondere auf die Verwaltungsbeamten ausgerichtet

¹⁶ Vgl. unten S. 296a.

¹⁷ Die geltenden kantonalen Gesetze sind auf S. 117 der erwähnten Arbeit von Werner Zehntner zusammengestellt.

sein. Es empfiehlt sich deshalb, einige Ausführungen über die Verantwortung in der Verwaltung an die Spitze zu stellen und dann in einem zweiten Abschnitt näher auf den Kreis der Verantwortlichen einzugehen.

I. Grundfragen der Verantwortung in der Verwaltung

1. Vorbemerkungen

Verantwortlich sein heißt «Red und Antwort stehen müssen», heißt Einstehen für eigenes oder fremdes Verhalten, Einstehen für einen bestimmten Erfolg oder Mißerfolg. Verantwortung ist primär ein ethischer Begriff, den jeder Einzelne nach seiner Weltanschauung bestimmt. Die Weltanschauung entscheidet, wem gegenüber der Einzelne glaubt, für sein Tun «Red und Antwort stehen zu müssen». Doch empfinden wir alle deutlich eine Vielfalt von Verantwortungen und häufig einen Konflikt der Verantwortlichkeiten.

Hier interessiert die Verantwortung des Beamten, die die Öffentlichkeit von ihm bei der Erfüllung seiner Aufgabe fordert. Dabei wird zunächst nicht an eine rechtliche Sanktion gedacht — an die «disziplinarische, strafrechtliche oder vermögensrechtliche Verantwortlichkeit» — es geht vielmehr einfach um den Einsatz bei der täglichen Arbeit, die von jedem verlangt wird, vom Chefbeamten bis zum Portier. Gerade vom Beamten wird ein besonders großes Pflichtbewußtsein gefordert. Die Hebung dieses Verantwortungsbewußtseins ist primär nicht ein rechtliches, sondern ein ethisches und psychologisches Problem. Die Erforschung der Mittel, um das Verantwortungsbewußtsein in den Privatunternehmen und in der öffentlichen Verwaltung zu steigern, ist Sache der Betriebspsychologie. In allen Staaten wird geklagt, die Verwaltungen seien «bürokratisch», «ohne Initiative», «die Beamten ruhten sich auf ihren gesicherten Positionen aus» und immer wieder wird die Frage gestellt, wer für solche Mißstände verant-

wortlich sei, wer die Pflicht und die Macht habe, sie zu ändern. Jeder, der etwas Einblick in schweizerische Verwaltungen hat, weiß, daß solche Verallgemeinerungen meist unberechtigt sind. Mangelndes Verständnis für die Wesensunterschiede zwischen Privatwirtschaft und Verwaltung führt dazu, daß kein Stand so viel kritisiert wird wie die Beamten. Anderseits gilt es auch zu betonen, daß in vielen schweizerischen Verwaltungen noch manches verbessungsfähig und verbessерungsbedürftig ist; aber die Durchsetzung der Verbesserungen stößt oft auf mehr Widerstand als in der Privatwirtschaft.

Vom Standpunkt der Betriebspsychologie aus bilden die rechtlichen Sanktionen bei nicht gewissenhafter Erfüllung von Dienstpflichten — die erwähnte disziplinarische, strafrechtliche und vermögensrechtliche Verantwortlichkeit — nur einen Teil der Mittel, um die Verantwortung der Beamten zu erhalten und zu steigern. Andere Umstände, vor allem das Beispiel von Vorgesetzten und Mitarbeitern, die Möglichkeit des Vorwärtskommens und die verschiedensten Maßnahmen, um die Arbeitsfreude zu steigern, sind für die «Efficiency» der Verwaltung meist ausschlaggebender als die Verantwortlichkeitsvorschriften. Auch der Jurist weiß um die Grenzen der Macht der Gesetze. Die Revision des VG kann nicht der Anlaß sein, um eine «durchgreifende Reform der Bundesverwaltung durchzusetzen».

Immerhin haben das Recht und die Rechtsanwendung einen maßgeblichen Einfluß auf das Verantwortungsbewußtsein der Beamtenschaft. Insbesondere schadet eine unpsychologische Rechtsordnung und Rechtsanwendung dem Verantwortungsbewußtsein. Unpsychologisch ist zum Beispiel der Anfang des geltenden VG: «Verbrechen und Vergehen, welche...». Beim Erlaß des BtG hat der Gesetzgeber seine Aufgabe wesentlich besser erfaßt. Das BtG begnügt sich nicht mit der Aufstellung von bloßen rechtlichen Sanktionsnormen. Es enthält vielmehr im Abschnitt «Pflichten der Beamten» einige grundlegende Verhaltens-

normen, die das Berufsethos des Beamten aufleuchten lassen¹⁸. Diese im BtG erwähnten Pflichten bilden gleichsam den «allgemeinen Teil» der Berufspflichten eines jeden einzelnen Beamten. Dazu tritt dann der Kreis der besondern Pflichten, die das konkrete Amt mit sich bringt. Alle Handlungen und Unterlassungen der Beamten müssen im Lichte ihrer allgemeinen und besondern Amtspflichten geprüft werden. Daneben hat sich der Beamte bei seinen amtlichen Verrichtungen auch an die allgemeinen Bürgerpflichten zu halten: Er muß anvertrautes Gut sorgfältig behandeln usw. Jeder Verstoß gegen eine Rechtsvorschrift begründet grundsätzlich eine Verantwortlichkeit.

¹⁸ Art. 21. — Pflicht zur Dienstleistung — ¹ Der Beamte ist zu ausschließlich persönlicher Dienstleistung verpflichtet. Er hat seine volle Arbeitskraft dem Amte zu widmen.

² Die Beamten sind auch ohne Aufforderung verpflichtet, sich in ihren dienstlichen Obliegenheiten gegenseitig zu unterstützen und zu vertreten.

Art. 22. — Wahrung der Interessen des Bundes. — Der Beamte hat seine dienstlichen Obliegenheiten treu und gewissenhaft zu erfüllen und dabei alles zu tun, was die Interessen des Bundes fördert und alles zu unterlassen, was sie beeinträchtigt.

Art. 24. — Verhalten in und außer Dienst. — ¹ Der Beamte hat sich durch sein Verhalten in und außer Dienst der Achtung und des Vertrauens würdig zu erweisen, die seine amtliche Stellung erfordert.

² Dem Beamten wird gegenüber vorgesetzten Mitbeamten und Untergebenen ein höfliches und taktvolles Benehmen zur Pflicht gemacht. Diese Pflicht liegt ihm auch im dienstlichen Verkehr mit dem Publikum ob.

Art. 25. — Vollziehung der Dienstbefehle. — ¹ Der Beamte hat die Dienstbefehle seiner Vorgesetzten gewissenhaft und vernünftig zu vollziehen.

² Der Vorgesetzte trägt die Verantwortung für die von ihm erteilten Befehle.

Art. 27. — Amtsverschwiegenheit. — ¹ Der Beamte ist zur Verschwiegenheit für dienstliche Angelegenheiten verpflichtet, die nach ihrer Natur oder gemäß besonderer Vorschrift geheimzuhalten sind.

² Die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bleibt auch nach Auflösung des Dienstverhältnisses bestehen.

Die zentrale Frage, die sich für die Disziplinarbehörden, die Straf-, Verwaltungs- und Zivilgerichte immer wieder stellt, ist das Problem des Verschuldens des Beamten, wenn sein Verhalten zu Kritik Anlaß gibt. Die Schuld eines Menschen zu beurteilen, ist die höchste und schwierigste Aufgabe aller Rechtsanwendung. Rechtswissenschaft allein genügt dazu nicht. Wichtiger ist die Kenntnis der Menschennatur und bei der Beamtenverantwortlichkeit die Kenntnis des besondern «Klimas», in dem der Beamte arbeitet. Die Beurteilung der rechtlichen Verantwortlichkeit der Beamten muß sich deshalb nach einer sozial-ethischen und psychologischen Beurteilung seiner Verantwortung ausrichten. Deshalb scheinen mir zum mindesten einige skizzenhafte Bemerkungen über die Problematik der Verantwortung der Verwaltung in diesem weitern, sozial-ethischen und psychologischen, man kann auch sagen allgemein menschlichen Sinne angezeigt.

2. Die Schranken der Bewegungsfreiheit in der Verwaltung und die Besonderheit der Verantwortlichkeit der Beamten

Der Beamte untersteht in den meisten Fällen einer doppelten Verantwortlichkeit — einerseits dem Staat gegenüber, als dessen Vertreter in concreto der Vorgesetzte erscheint, anderseits dem Bürger gegenüber, dessen Begehren er behandelt, dem er Pflichten auferlegt und in dessen Interessensphäre er eingreift. Zwischen diesen beiden Verantwortlichkeiten besteht ein Spannungsverhältnis, und bei Amtspflichtverletzungen stellt sich häufig die Frage, ob nur eine Pflicht gegenüber dem Staat oder auch gegenüber dem Bürger verletzt ist.

Oberster Grundsatz für die Handlungsweise der Beamten ist das Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung; dieses Prinzip wirkt grundsätzlich als Bremse für die Verwaltungstätigkeit und soll als Bremse wirken; alles was nicht den Gesetzen, Verordnungen und Reglementen entspricht, muß der Beamte unterlassen. In der gleichen

Richtung wirkt der Grundsatz der budgetmäßigen Beschränkung der Ausgaben. Jede Ausgabe muß durch einen entsprechenden «Kredit» gedeckt sein. Diese beiden Grundsätze, die die Privatwirtschaft nicht kennt, geben der Verantwortung des Beamten eine sehr negative Richtung: Er macht sich verantwortlich, wenn er sich zu etwas Außerordentlichem aufruft; er macht sich nicht verantwortlich, wenn er sich an die Amtsroutine hält und nichts Aufsehen-erregendes tut. Der Beamte, der mit einer überholten Praxis brechen möchte, riskiert, daß sein Vorgesetzter nicht mitgeht. Die Berufung auf einen Gesetzesparagraphen bedeutet in der Regel eine korrekte, aber häufig auch eine bequeme Lösung eines Problems. Der Beamte läuft Gefahr, das Gesetz unkritisch anzuwenden. Er macht sich unter Umständen nicht klar, daß das Gesetz einem Alterungsprozeß unterworfen ist; was heute sinnvoll und vernünftig erscheint, kann vielleicht schon morgen zum Unsinn werden¹⁹. Wer sich hinter Gesetz und Reglement verschanzt, hat es leichter, sich gegenüber der ängstlich gefürchteten öffentlichen Kritik zu rechtfertigen. Die Verantwortlichkeit wird so abgeschoben auf den anonymen Gesetzgeber²⁰.

Ähnliche psychologische Momente bestimmen nicht nur die Rechtsanwendung, sondern auch die Tathandlungen der Beamten. Der Assistent einer eidgenössischen Versuchsanstalt, der ein schadenstiftendes Experiment macht, kann bei Fahrlässigkeit nach Art. 29 BtG haftbar gemacht werden; sein Kollege, der aus Mangel an Initiative nicht experimentiert, riskiert keine solche Haftung. Warum bei den doch nur beschränkten Aufstiegsmöglichkeiten sich besonders hervortun? Dem Chefbeamten, der aus Mangel an Initiative keine arbeitsparende Registratur einführt, wird nie vorgeworfen, er habe dem Bund fahrlässigerweise einen Schaden im Sinne von Art. 29 BtG zugefügt; wenn

¹⁹ A. Muggli, Beamte und Publikum, Verwaltungspraxis 4 (1949), 12.

²⁰ R. Schnyder, Zur psychologischen Situation des Beamten, Verwaltungspraxis 4 (1949), 60.

aber sein Kollege eine neue Ordnung gegen allerhand Widerstände durchsetzt und diese sich nicht voll bewährt, so daß sie mit zusätzlichen Kosten verbessert werden muß, bekommt zu hören, er hätte sich die neue Ordnung besser durchdenken müssen, dann wäre der «Schaden» vermieden worden. Die Angst vor Kritik, vor allem vor der öffentlichen Kritik, führt überhaupt leicht zu einem übertrieben kurzsichtigen fiskalischen Denken. Man glaubt schon gar nicht mehr, daß gewisse Aufwendungen zur Rationalisierung, die natürlich mit gewissen Kosten verbunden sind, von den Steuerzahlern und von den sie vertretenden Parlamentariern als geeignete Sparmaßnahme richtig gewürdigt und anerkannt werden; um so höher muß jeder in der Verwaltung wirklich realisierte Fortschritt bewertet werden. Die Fälle, wo Beamte durch Nachlässigkeit Schaden stifteten und sich rechtlich verantwortlich machen, sind weit weniger bedeutsam als diejenigen, wo wegen Mangel an Initiative Einsparungsmöglichkeiten nicht ausgenützt werden. Die rechtlichen Sanktionsnormen enthalten somit nur einen unzureichenden Anreiz für ein verantwortungsbewußtes Handeln. Sie müssen gerade deshalb im Lichte einer allgemeineren Beurteilung der Verantwortlichkeit des Beamten angewandt werden.

Die Arbeit in der Verwaltung vollzieht sich somit bis zu einem gewissen Grade notwendigerweise in einer — fast möchte man sagen — «tropischen, erschlaffenmachenden Büroluft», die immer gewisse Gefahren für die Initiative und die Tatkraft der Beamten mit sich bringt²¹. Der Beamte wird durch seine Stellung dazu gedrängt, keine Verantwortung zu übernehmen, weil dies leicht rechtliche Verantwortlichkeiten nach sich zieht. Aufgabe der Regierungen und Chefbeamten ist es, in voller Kenntnis dieser Situation «die Atmosphäre möglichst zu verbessern», im Beamten ein echtes «Verantwortungs-Bewußtsein» zu wecken und zu erhalten. Der

²¹ R. Schnyder, a.a.O. 59.

Gesetzgeber kann deren Bemühungen unter Umständen unterstützen, indem er — so paradox dies zunächst erscheinen mag — die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten gegenüber den Bürgern beschränkt und die Bürger für ihre Ansprüche ausschließlich auf die Staatshaftung verweist. Dadurch wird eine falsche Ängstlichkeit der Beamten bekämpft²².

Verwaltungsentscheide sollen nicht nur rechtmäßig, sondern auch angemessen sein. Im Streben nach der Angemessenheit innerhalb der Rechtmäßigkeit zeigt sich das Verantwortungsbewußtsein. Verantwortungsbewußtsein besitzt der Beamte, der sich wachen Sinnes Rechenschaft gibt, wie seine Entscheidungen und sein laufendes Verhalten sich sowohl auf das Gesamtvolk als auf das Schicksal des einzelnen Bürgers auswirken. Er sieht psychologische und soziale Konsequenzen, die dem sturen «Bürokraten» entgehen. Zu diesen Konsequenzen gehört auch die Wirkung eines jeden Entscheides als «Präjudiz». Die Bedeutung eines Entscheides als Präjudiz übersieht leicht der Bürger, der seinen Fall immer allzu gerne als Sonderfall behandelt wissen möchte; er unterschätzt die Wirkungen von Ausnahmeentscheidungen für die Zukunft. Die erwähnte Polarität der Verantwortlichkeiten des Beamten führt leicht zu einem Pflichtenkonflikt zwischen der Pflicht zur Gleichbehandlung und der Vermeidung von Willkür einerseits und der Pflicht zur angemessenen Entscheidung des Einzelfalles anderseits. In einer gut geführten Verwaltung wird dieser Konflikt dauernd empfunden und von Fall zu Fall gelöst, in einer verknöcherten Verwaltung verengert sich dagegen das Blickfeld; es wird nur noch das Prinzip der Gleichbehandlung — Gleichbehandlung über Jahrzehnte — gesehen. Die Wahrung der Kontinuität der Verwaltung wird zum obersten Grundsatz.

²² Vgl. den Bericht des Waadtländer Regierungsrates zum waadtländischen Beamten gesetz von 1947, 14, sowie die Ausführungen unten S. 318a.

Immerhin ist zu beachten, daß in vielen Fällen auch die Nachgiebigkeit gegenüber dem Bürger die bequemere Lösung sein kann als das Festhalten an klaren gesetzlichen Grundsätzen. Der Bürger, der einen Beamten «herumgebracht hat», macht ihn nachher nie verantwortlich, wohl aber derjenige, der durch einen vielleicht harten, aber richtigen Entscheid in die Schranken gewiesen wurde. Der Beamte wird nur allzu leicht zum Prügelknaben für ein unvollkommenes Gesetz, über das er sich nicht hinwegsetzen darf.

Recht häufig sind die Fälle, wo ein Beamter aus einem «vermeintlichen» öffentlichen Interesse, aber ohne gesetzliche Grundlage dem Bürger ein Opfer zumutet, gleichsam aus «blindem Übereifer» handelt. Ein solcher Beamter verkennt seine grundlegende Pflicht, die öffentlichen Interessen nur im Rahmen des Gesetzes zu wahren. Er hat deshalb trotz seines an sich großen Pflichtbewußtseins für seinen Fehler einzustehen.

Die öffentliche Diskussion über die Verantwortlichkeit der Beamten darf nicht einseitig gegen die Verwaltung gerichtet sein. Insbesondere darf nicht übersehen werden, daß auch der Schutz der Beamten gegen ungerechtfertigte Vorwürfe von Amtspflichtverletzungen ein Anliegen der Rechtsordnung sein muß. Das beste Verteidigungsmittel des Beamten besteht darin, selbst eine Untersuchung über die Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit seines Verhaltens zu verlangen. Eine seriöse Presse wird das Ergebnis einer solchen Untersuchung jederzeit publizieren.

3. Die Verantwortung der Beamten im Gegensatz zur Verantwortung der Privatangestellten

Vergleicht man die Verantwortung des Beamten mit der Verantwortung eines Angestellten der Privatwirtschaft, so ergeben sich folgende Hauptunterschiede:

- a) Die Verantwortlichkeit nach «oben» — gegenüber dem Eigentümer des Geschäfts beim

Privatangestellten, gegenüber dem Staat beim Beamten:

Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit ist beim Privatangestellten und Beamten ähnlich. Beide werden durch Nachlässigkeit bei der Arbeit ihrem Dienstherrn schadenersatzpflichtig, beide sollen mit anvertrautem Material sorgfältig und sparsam umgehen usw. Aber die Gesamtbeurteilung ihrer Pflichterfüllung — ihre ethische Verantwortung — ist nicht genau dieselbe. Das Privatunternehmen soll Gewinn erzielen und die Leistung der einzelnen Mitarbeiter wird vor allem daran gemessen, wie weit sie durch ihre Initiative, ihren Umgang mit dem Publikum, ihre Sorgfalt bei der Abwicklung der Geschäfte zur Gewinnerzielung beitragen — sei es durch Verminderung der Kosten, sei es durch Vermehrung der Umsätze. Leistung und Versagen in dieser Richtung sind häufig leicht festzustellen und zu bewerten.

Die Verwaltung hat keine derartige Zielsetzung. Das berühmte «Gemeinwohl», das die Verwaltung wahren soll, konkretisiert sich in einer Fülle von Einzelaufgaben, die der Verwaltung durch die Gesetze überbunden werden und die sie «möglichst zweckmäßig» lösen soll. Die Verwirklichung dieses Ziels lässt sich weit weniger gut messen als die Verwirklichung der Zielsetzung der Privatwirtschaft. Auch bestehen in der Regel keine Konkurrenzbetriebe, die Vergleiche ermöglichen würden. Es gilt höchstens die alte Maxime: «Die beste Regierung ist die, von der man am wenigsten spricht», mit andern Worten die Binsenwahrheit, der beste Verwaltungsbeamte ist der, der am wenigsten zu Kritik Anlaß gibt^{22a}. Dieser Kritik ist der öffentliche Beamte mehr ausgesetzt als der Privatangestellte, und diese Kritik fällt immer auf die Verwaltung als Ganzes zurück.

Der Staat gibt deshalb seinen Beamten eine besondere öffentlich-rechtliche Stellung; der Beamte steht zum

^{22a} Gute Ausführungen zu diesen Fragen bei Hans Peters, Lehrbuch der Verwaltung, Springer-Verlag 1949, 13. Kapitel, Öffentlicher Dienst.

Staat in einem besondern — durch einseitigen Hoheitsakt begründeten — öffentlich-rechtlichen Abhängigkeitsverhältnis, nicht in einem vertraglich begründeten privatrechtlichen Abhängigkeitsverhältnis. Dies schließt freilich nicht aus, daß für die öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit der Beamten (Art. 362 OR, Art. 29 BtG) inhaltlich ähnliche Grundsätze gelten wie für die privatrechtliche Verantwortlichkeit der Privatangestellten. Das Bundesgericht wendet unter Umständen Art. 328 OR «analogeweise» auf Beamtenverhältnisse an²³, das heißt, es werden auch bei der Beamtenverantwortlichkeit die Stellung, der Bildungsgang und die Fachkenntnisse, die die Wahlbehörde «kannte oder hätte kennen sollen», berücksichtigt. Aber das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis gibt doch der Verantwortlichkeit des Beamten eine besondere Note. Es trifft ihn eine größere Treuepflicht (Art. 22 BtG) als einen Privatangestellten. Seine amtliche Stellung erfordert ein besonders korrektes Verhalten «in und außer Dienst» (Art. 24 BtG). Trotzdem läuft der Beamte im allgemeinen kein größeres Risiko als der private Angestellte, von seinem Dienstherrn auf Grund der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit belangt zu werden, und das Risiko, disziplinarisch entlassen zu werden, ist beim Beamten weit kleiner als die Gefahr der Kündigung beim Privatangestellten.

Angesichts der öffentlich-rechtlichen Natur der Beamtenverantwortlichkeit sollte die Festsetzung der Schadenersatzpflicht des Beamten in einem Verwaltungsverfahren erfolgen mit Rekursmöglichkeit an ein Verwaltungsgericht. Art. 60 BtG entspricht diesem Postulat; in den meisten Kantonen sind dagegen die Zivilgerichte zuständig. Bei der öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeit erfolgt die Abklärung des Sachverhaltes durch die Verwaltungsbehörden von Amtes wegen im Interesse des Staates, während im privaten Arbeitsrecht die Abklärung durch den Richter von Amtes wegen — soweit sie gesetzlich vorgesehen ist

²³ BGE 53 II 415, unten S. 253a.

(Art. 29 Abs. 4 Fabrikgesetz, Art. 97 Abs. 2 Landwirtschaftsgesetz, Art. 53 Abs. 3 Entwurf zum Arbeitsgesetz) — im Interesse des Arbeitnehmers erfolgt.

b) Die Verantwortung nach «außen» — gegenüber dem Kunden in der Privatwirtschaft, gegenüber dem Bürger bei den Beamten:

Auch hier bestehen teils Ähnlichkeiten, teils Unterschiede. Grundsätzlich haben Beamte und Privatangestellte in gleicher Weise bei der Erfüllung ihrer Aufgabe jede Schädigung von fremden Interessen zu vermeiden, die nicht durch ihren Auftrag geboten ist; doch besteht ein grundlegender Unterschied. Der Beamte hat dem Bürger gegenüber Zwangsgewalt; auf Grund dieser Zwangsgewalt darf er unter Umständen in private Interessen eingreifen, und darüber hinaus kann er durch rechtswidrige Ausnutzung seiner Amtsgewalt unbefugtermaßen in solche Interessen eingreifen. Der Privatangestellte hingegen hat keine entsprechende Macht; er kann sie deshalb auch nicht rechtswidrig ausnützen. Dieser Umstand führt zu einer grundlegend verschiedenen Beurteilung der Verantwortlichkeit des Privatangestellten und des Beamten gegenüber Dritten, auf die im einzelnen zurückzukommen ist.

4. Vorgesetzte und Untergebene als Träger der Verantwortung

a) Aufteilung oder Kumulierung der Verantwortung?

Sowohl in der Privatwirtschaft als auch in der Verwaltung stellt sich das Problem der «Aufteilung der Verantwortung» zwischen Vorgesetzten und Untergebenen. Auch hier liegen die Probleme in der Verwaltung teils gleich, teils anders als in der Privatwirtschaft. Überall wo Strafrichter, Zivilrichter und Disziplinarbehörden sich mit dem Verschulden von Beamten zu befassen haben, stellen sich Probleme der «Aufteilung der Verantwortung». Allein

schon der Terminus «Aufteilung der Verantwortung» deckt ein heikles Problem auf: Ist Verantwortung teilbar? Jede «Zersplitterung der Verantwortung» führt leicht dazu, daß der eine die Verantwortung auf den andern abschiebt. Die Frage ist von größter Bedeutung: Grundsätzlich muß dort, wo mehrere für einen bestimmten Erfolg zusammenwirken müssen, unterschieden werden zwischen Aufteilung der Aufgaben — wobei dann jeder für die ihm zugewiesene Aufgabe und nur für diese die alleinige volle Verantwortung trägt — und der Überbindung gemeinsamer Aufgaben, wobei einer für den andern einzustehen hat; in solchen Fällen trägt jeder von mehreren nach außen die volle Verantwortung für die anderen mit.

Auch bei der Verantwortlichkeit der Beamten stellt sich die Frage, wieweit Vorgesetzter und Untergebener gemeinsam (bei Schaden solidarisch) für einen unterlaufenen Fehler einzustehen haben und wie bei gemeinsamer Verantwortlichkeit das Maß des Verschuldens von Vorgesetzten und Untergebenen zu beurteilen ist; darnach richten sich Disziplinarmaßnahmen, Strafmaß und vermögensrechtliche Regreßansprüche. Das Zusammenwirken von Vorgesetzten und Untergebenen verlangt in jedem Einzelfall eine höchst individuelle Beurteilung der Verantwortlichkeit und des Verschuldens. Im Rahmen dieser Arbeit können nur wenige Gesichtspunkte angedeutet werden.

b) Verschiedene Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Vorgesetzten und Untergebenen

Für die Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Vorgesetzten und Untergebenen bestehen grundsätzlich zwei Hauptmöglichkeiten, die freilich in der Praxis gar nicht leicht auseinanderzuhalten sind:

Entweder: Der Untergebene trägt nach außen die volle Verantwortlichkeit für einen Rechtsakt oder eine Tathandlung; daneben besteht eine zusätzliche Verantwortung des Vorgesetzten, der den Untergebenen zu

überwachen hat (**Aufsichts-Verantwortung**). Der Untergebene besitzt in diesem Fall nach der Zuständigkeitsordnung eine weitgehende Autonomie, in die der Vorgesetzte jedoch bei nicht richtiger Erfüllung der Aufgaben eingreifen darf und eingreifen muß. Die Eingriffe können präventiv erfolgen durch Intervention oder durch Vorbehalt der Genehmigung wichtiger Akte oder repressiv durch Aufhebung von Verfügungen und Wiedergutmachen von Fehldispositionen, wenn gegen den Untergebenen Beschwerde geführt wird. Die Aufsichtsverantwortung trifft meist Personen, denen sehr viele Aufgaben überbunden sind, die deshalb notwendigerweise nicht alle Zusammenhänge eines Einzelfalles überprüfen können. Der Vorgesetzte ist deshalb in diesen Fällen für schuldhaftes Verhalten seiner Untergebenen nur verantwortlich, wenn ihm eine mangelhafte Kontrolle oder eine unbefugte Substitution vorgeworfen werden kann und dieses Verhalten für den Schaden kausal ist²⁴. Selbst wenn der Schaden durch eine bessere Kontrolle vermieden oder verringert worden wäre, berücksichtigt das Bundesgericht (BGE 53 II 417), daß die Aufsichtsorgane nicht Urheber der unmittelbar schädigenden Handlungen sind, sondern lediglich mittelbar durch ihr Verhalten den Schaden mitverursacht, das heißt sein Entstehen nicht verhindert haben; darin liege ein Herabsetzungsgrund im Sinne von Art. 43 OR. Anderseits hat jedoch der Vorgesetzte dem Gemeinwesen für den Ausfall einzustehen, wenn bei einer Amtsbürgschaft die Bürgen des primär schuldigen und haftbaren Untergebenen eine mangelnde Beaufsichtigung nachweisen und sich deshalb unter Berufung auf Art. 503 Abs. 2 OR ihrer Haftung entziehen können²⁵.

Oder: Der Vorgesetzte trägt nach außen und nach oben die volle und ausschließliche Verantwortung, aber er

²⁴ Vgl. Gutachten EJPD 30. Oktober 1923, Salis-Burckhardt Nr. 555 V, ferner BGE 56 II 202 betr. die Grenzen der Aufsichtspflicht des Chefarztes eines Kantonsspitals.

²⁵ Vgl. BGE 41 II 63.

delegiert rechtmäßig einzelne der ihm überbundenen Aufgaben an seine «Mitarbeiter». Der Mitarbeiter ist in diesem Falle nur dem Vorgesetzten verantwortlich; typisch sind zum Beispiel Fälle, wo der «Sachbearbeiter» die Briefe aufsetzt, die dann der Vorgesetzte unterschreibt. Der Untergebene befindet sich in diesem letztgenannten Falle in einer viel stärkeren Abhängigkeit vom Chef wie in den erstbesprochenen Fällen; die Mitarbeit des Sachbearbeiters ist ein «Internum der Verwaltung».

Zwischen dem gleichen Vorgesetzten und Untergebenen können sehr wohl beide Formen des Abhängigkeitsverhältnisses nebeneinander bestehen; der Untergebene kann einerseits einen autonomen durch Rechtsatz bestimmten Wirkungskreis besitzen und daneben zusätzlich von seinem Vorgesetzten Aufgaben übertragen erhalten.

Bei beiden Formen des Abhängigkeitsverhältnisses bestehen grundsätzlich die beiden entgegengesetzten Gefahren, entweder daß der Vorgesetzte dem Untergebenen zu wenig Bewegungsfreiheit läßt oder daß er ihn zu viel machen läßt, ihm blindlings vertraut. Im Alltag tritt jedoch bei jeder der beiden Formen des Abhängigkeitsverhältnisses die eine der beiden Gefahren stärker in den Vordergrund:

Wenn der Vorgesetzte nur Kontrollfunktion hat, besteht meines Erachtens die größere Gefahr, daß der Vorgesetzte seine Aufsichtsverantwortung zu leicht nimmt. Es wird gesagt, der Untergebene könne die Verhältnisse besser beurteilen; also besteht die Gefahr, daß der Vorgesetzte die Entscheide des Untergebenen ohne eingehende Überprüfung deckt, zum Nachteil des Bürgers. Eine klare Verletzung der Aufsichtsverantwortung liegt vor, wenn ein Chefbeamter zusieht, wie Unterabteilungen «sich verselbständigen» und unter Umgehung des unmittelbar Vorgesetzten und in Verletzung des «Dienstweges» direkt mit dem nächst höhern Amt verkehren. Der mit Kontrollfunktionen betraute Beamte muß sich vielmehr laufend über alle wichtigen Geschäfte orientieren lassen

und vor allem auf die Dauer der Pendenzen ein stets wach-sames Auge halten. Die entgegengesetzte Gefahr des über-mäßigen Hineinregierens in den Wirkungskreis des Unter-gebenden dürfte bei stark beschäftigten Chefbeamten eher an zweiter Stelle stehen.

Trägt dagegen der Vorgesetzte die volle Verantwortung nach oben und nach außen, so steht gerade diese Gefahr des übermäßigen Hineinregierens im Vordergrund; der Untergebene hat wenig eigene Entfaltungsmöglichkeit; wenn ihm aber trotzdem ein Fehler unterläuft, unterliegt der Vorgesetzte leicht der Versuchung, sich von seiner Verantwortung dadurch reinzuwaschen, daß er die Ver-antwortung auf den «Sachbearbeiter» abschiebt, statt daß er für ihn einsteht und ihn deckt. Wenn Disziplinar-behörden, Zivilgerichte und Strafgerichte derartigen Ver-suchen nicht klar entgegentreten, zirkuliert nachher bei den Untergebenen und im Volk der alte Spruch: «Die Kleinen hängt man auf, und die Großen läßt man laufen.» Durch die Art, wie diese Instanzen Verantwortlichkeitsfragen er-ledigen, üben sie einen starken Einfluß aus auf die mensch-lichen Beziehungen zwischen Untergebenen und Vorge-setzten in der Verwaltung, weit über den konkreten Einzel-fall hinaus.

In den Unternehmen der Privatwirtschaft sind Zustän-digkeit und Verantwortlichkeit von Vorgesetzten und Untergebenen oft besser abgegrenzt als in der Verwaltung; die Unterscheidung zwischen Hauptverantwortung und Aufsichtsverantwortung kommt zum Beispiel in der Doppel-unterschrift bei Schriftstücken zum Ausdruck: Der Rechts-unterzeichnende ist der primär verantwortliche Verfasser des Briefes, der Linksunterzeichnende übt die Aufsichtsfunktion aus; es ist klar, daß letzterer beim raschen Vor-legen eines Briefes häufig nicht die ganze Tragweite einer Formulierung erkennen kann. In der öffentlichen Ver-waltung ist eine ähnliche Regelung unbekannt. Es besteht vielmehr die Tendenz, zahlreiche Briefe «möglichst hoch oben» unterschreiben zu lassen, damit sie beim Adressaten

«mehr Gewicht haben». Dadurch wird den Verwaltungsspitzen unter Umständen eine Verantwortung aufgebürdet, die ihre Kräfte übersteigt. Dann dürfen auch sie sich auf die alte Codex-Stelle berufen: «Omnium habere memoriam et penitus in nullo peccare divinitatis magis quam mortalitatis est»²⁶.

Umgekehrt fehlen in der Verwaltung meist auch Vorschriften, wer «im Auftrag» und «in Vertretung» unterzeichnen darf und welche Verantwortung der Amtsvorsteher für solche Verwaltungsakte trägt.

c) Das Problem der Solidarhaftung

Solidarhaftung besteht, soweit sie nicht ausdrücklich vereinbart ist, nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen (Art. 143 Abs. 2 OR). Gehören dazu auch die Fälle, in denen sowohl der Vorgesetzte als der Untergebene sich eine Pflichtverletzung zuschulden kommen ließen, der Vorgesetzte jedoch lediglich eine Aufsichtsverantwortung trägt?

Das Bundesgericht hat in BGE 53 II 408 (*Etat de Valais et Banque Cantonale Valaisanne gegen v. héritiers de Jérôme Roten*)²⁷ festgestellt, daß zwischen mehreren Organen einer öffentlichen Anstalt (kantonale Hypothekarbank) keine solidarische, sondern nur eine «anteilmäßige» Haftung gegenüber dem Staat besteht; das Verhältnis der Beamten zum Staat sei, auch wenn es dem öffentlichen Recht unterstehe, ein vertragsähnliches, so daß Art. 50 OR (Solidarhaftung) nicht anwendbar sei. Jedes Organ haftet deshalb nur für den Schaden, der die adäquate Folge seines Verhaltens ist, und es kann sich auf alle in Betracht fallenden Herabsetzungsgründe, insbesondere auf leichtes Verschulden, berufen (Art. 43/44 OR)²⁸; nur zwischen den Mitgliedern

²⁶ Codex Iustinianus 1, 17; 2, 13; zit. Escher, Bundesbeamtenrecht 172.

²⁷ Näheres über diesen Entscheid unten S. 253a.

²⁸ So auch die Haftung der militärischen Vorgesetzten bei mangelhafter Kontrolle eines Fouriers, der Unterschlagungen be-

des gleichen Verwaltungsorgans gilt der Grundsatz der Solidarität analog zur Regelung beim einfachen Auftrag (Art. 403 OR), soweit nicht das positive Recht etwas anderes bestimmt (vgl. zum Beispiel die anteilmäßige Haftung gemäß Art. 3 Abs. 2 VG).

Der zitierte Entscheid bezieht sich auf die Verantwortlichkeit von Beamten und Behördenmitgliedern gegenüber dem Kanton. Er befaßt sich nicht mit der Frage, ob mehrere einander übergeordnete Staatsorgane auch «nach außen» — gegenüber dem Bürger — nur anteilmäßig haften. Dabei handelt es sich nicht um eine vertragsähnliche Haftung, sondern um eine Haftung aus unerlaubter Handlung. Meines Erachtens liegt auch gegenüber dem Bürger in der Regel kein gemeinsames Verschulden im Sinne von Art. 50 OR vor: Die Verletzung der Amtspflicht durch den Untergebenen und die Nichterfüllung der Kontrollpflicht durch den Vorgesetzten sind zwei voneinander unabhängige Handlungen. Es ist deshalb richtiger, den kontrollpflichtigen Vorgesetzten wie den in Art. 50 Abs. 3 OR genannten Begünstigten zu behandeln, das heißt, er soll nur haften, soweit seine Pflichtverletzung für den Schaden kausal ist, und er kann die Herabsetzungsgründe im Sinne von Art. 43/44 OR auch gegenüber dem geschädigten Bürger anrufen²⁹; er haftet nicht solidarisch für den ganzen Schaden.

d) Handeln auf Anweisung des Vorgesetzten

Hat der untergebene Beamte auf Anweisung des Vorgesetzten gehandelt (Art. 25 BtG), so wird man sich bei der

geht, vgl. Rek.Kommission der eidg. Militärverwaltung, 15. Dezember 1937, VerWE. 11 (1937), Nr. 144.

²⁹ Diese Lösung muß auch dann gelten, wenn ein Beamten gesetz hinsichtlich der Verantwortlichkeit der Beamten gegenüber dem Staat — im Gegensatz zu den vom Bundesgericht entwickelten Grundsätzen — nicht auf das Dienstvertrags- und Auftragsrecht verweist, sondern auf die Bestimmungen des OR über die unerlaubten Handlungen (so Art. 29 Abs. 3 BtG); es besteht also auch in diesen Fällen meines Erachtens nur anteilmäßige Haftung.

Beurteilung des Verschuldens von ähnlichen Grundsätzen leiten lassen müssen, wie sie Art. 18 des Militärstrafgesetzbuches für die Strafbarkeit bei Handeln auf Befehl aufstellt: dort gilt, daß grundsätzlich nur der Vorgesetzte, der den rechtswidrigen Befehl erteilt hat, als Täter strafbar ist; der Untergebene ist jedoch ebenfalls strafbar, wenn er sich bewußt war, daß er durch die Befolgung des Befehles an einem Verbrechen oder Vergehen mitwirkt; der Richter kann jedoch die Strafe nach freiem Ermessen mildern oder von einer Bestrafung Umgang nehmen. Aus diesem Grundsatz hat das Bundesgericht hinsichtlich der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von militärisch Untergebenen abgeleitet, daß die Ausführung eines direkten Befehles grundsätzlich die Widerrechtlichkeit ausschließt³⁰. Entsprechende Grundsätze müssen auch im Beamtenrecht gelten. Der Vorgesetzte trägt grundsätzlich die ausschließliche Verantwortung für seine Anordnungen, sofern der Untergebene dieselben so ausführt, wie er sie in guten Treuen verstehen durfte (Art. 25 Abs. 2 BtG). Der Untergebene hat sich zu unterwerfen, selbst wenn er die Anordnung für gesetzwidrig erachtet; ob ihn eine Pflicht trifft, dem Vorgesetzten seine Bedenken hinsichtlich der Gesetzmäßigkeit mitzuteilen, beurteilt sich nach den konkreten Umständen. Nur wenn etwas Strafbares befohlen wird, insbesondere Amtsmißbrauch vorliegt, darf und muß sich der Untergebene weigern, die Anordnung durchzuführen. Wirkt er dennoch mit, obwohl er sich der Rechtswidrigkeit bewußt ist — zum Beispiel bei einer Urkundenfälschung zur Verschleierung belastender Vorkommnisse —, so macht er sich solidarisch mit dem Vorgesetzten haftbar. Der Richter kann lediglich bei der Aufteilung der Haftung im Innenverhältnis einem im Verhältnis kleineren Verschulden des Untergebenen angemessen Rechnung tragen.

³⁰ BGE 47 II 180, Hürlimann, Die Haftung des Bundes und der Militärpersonen für den im Militärdienst entstandenen Schaden, S. 82.

e) Verwaltungsbeschwerde und Verantwortlichkeitsklage

Das Hauptmittel des Bürgers, um die Korrektur eines rechtswidrigen oder unangemessenen Verhaltens oder Entscheids einer Amtsstelle zu erreichen, ist die Verwaltungsbeschwerde an die übergeordnete Amtsstelle — sei es die Beschwerde gegen eine bestimmte Verfügung, sei es die allgemeine Aufsichtsbeschwerde. Einhelligkeit besteht darüber, daß den Verantwortlichkeitsklagen im Vergleich zur Verwaltungsbeschwerde nur subsidiäre Bedeutung zukommt. In den meisten Fällen, wo die Beschwerdeinstanz feststellt, daß die Anordnung eines unterstellten Beamten nicht nur unzweckmäßig, sondern sogar ungesetzlich ist, besteht kein Anlaß, deshalb den Beamten disziplinarisch oder sogar strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Auch ist allgemein anerkannt, daß der Bürger verpflichtet ist, zuerst zu versuchen, mit dem Mittel der Verwaltungsbeschwerde einen schadenstiftenden Staatsakt zu beseitigen oder eine Unterlassung zu rügen, bevor er vermögensrechtliche Ansprüche stellen darf. Solche Ansprüche stehen ihm nur zu, soweit der Schaden nicht mit dem Mittel der Verwaltungsbeschwerde verhindert oder rückgängig werden kann. Anderseits gibt die Verantwortlichkeitsklage dem Bürger grundsätzlich die Möglichkeit, die Gesetzmäßigkeit eines Verwaltungsaktes durch die Gerichte überprüfen zu lassen, ein Problem auf das noch zurückzukommen ist³¹.

Zwischen dem Ausbau des Verantwortlichkeitsrechts und dem Ausbau der Verwaltungsrechtspflege bestehen somit enge Zusammenhänge; es wird deshalb zu prüfen sein, ob nicht die Reform der Verwaltungsrechtspflege im Bund und die Ausarbeitung eines neuen VG gleichzeitig an die Hand genommen werden sollten, damit nachher auch beide Gesetze aufeinander abgestimmt sind. Hinsichtlich der Verwaltungsbeschwerde muß vor allem dafür gesorgt

³¹ Unten S. 346a.

werden, daß in Zukunft überall die Instruktion des Beschwerdeentscheides zuhanden des Vorstehers der übergeordneten Amtsstelle durch eine Person erfolgt, die von der verfügenden Amtsstelle unabhängig ist und die deshalb die Voraussetzungen für eine unbefangene Überprüfung der Vernehmlassung der verfügenden Behörde besitzt.

II. Der Kreis der verantwortlichen natürlichen Personen

1. Die öffentlichen Beamten (Vieldeutigkeit des Beamtenbegriffes)

Die Verantwortlichkeitsvorschriften des Bundes und der Kantone beziehen sich in erster Linie auf die öffentlichen Beamten, das heißt auf diejenigen Personen, die vom öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone als «Beamte» bezeichnet werden. Diese Umschreibung ist in den verschiedenen Rechten keineswegs einheitlich; soweit sich aus dem positiven Recht keine eindeutige Entscheidung ergibt, ist in jedem Einzelfall das Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses mit Befehlsgewalt des öffentlichen Gemeinwesens zu prüfen³².

Im Bund gilt als «Beamter» im Sinne des BtG «wer als solcher vom Bundesrat, einer ihm nachgeordneten Amtsstelle oder von einem eidgenössischen Gericht gewählt wird». Dabei hat der Bundesrat ein Verzeichnis der Ämter aufgestellt³³, deren Träger die Eigenschaft von

³² BGE 60 II 115; Im Hof, Das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis, ZSR 48 (1929), 246 a ff.; Fleiner-Giacometti 648; Reichlin 2 Bl. 36 (1935), 70.

³³ BRB vom 7. April 1930 über das Verzeichnis der Ämter, deren Träger die Eigenschaft von Bundesbeamten haben (Ämterverzeichnis) mit Abänderungen (BS 1, 519). Das Ämterverzeichnis geht in der Umschreibung der Beamten sehr weit: Auch Bürogehilfinnen, Heizer und Bahnarbeiter gelten als Beamte; dieser

Beamten haben, sofern sie das Amt nicht nur aushilfsweise oder provisorisch bekleiden³⁴. Die Umschreibung des Beamtenbegriffs im Beamtenrecht ist jedoch für die Frage der Verantwortlichkeit nur von untergeordneter Bedeutung; denn die Verantwortlichkeitsgesetze beziehen sich meist nicht nur auf die Beamten im Sinne des Beamtenrechts, sondern auch auf Behördenmitglieder und weitere Personen, die für den Staat tätig sind. So unterscheidet das VG in Art. 2 drei Gruppen von Personen, die für ihre amtliche Geschäftsführung nach diesem Gesetz verantwortlich sind:

1. Die Mitglieder der eidgenössischen vollziehenden und richterlichen Behörden (Bundesrat und Bundesgericht).
2. Die «übrigen» eidgenössischen Beamten.
3. Alle weiteren Personen, welche «entweder provisorisch ein Amt bekleiden oder vorübergehende amtliche Funktion ausüben», wobei diese dritte Gruppe grundsätzlich gleich behandelt wird wie «die übrigen» eidgenössischen Beamten.

Einen entsprechend weiten Beamtenbegriff verwendet auch Art. 110 Ziff. 4 StGB:

«Unter Beamten sind verstanden die Beamten und Angestellten einer öffentlichen Verwaltung und der Rechtspflege. Als Beamte gelten auch Personen, die provisorisch ein Amt bekleiden oder angestellt sind oder die vorübergehend amtliche Funktionen ausüben.»

weite Beamtenbegriff mag geeignet sein, bei den untern und unternen Chargen Verantwortungsbewußtsein und Selbstbewußtsein zu stärken. Vgl. ferner BRB vom 5. Oktober 1929 über die Einreihung der Ämter der Beamten (Ämterklassifikation) mit Abänderungen (BS 1, 543).

³⁴ Vgl. Fleiner-Giacometti 653; B. Neidhardt, Der Begriff des Bundesbeamten erörtert auf Grund der reinen Rechtslehre Kelsens, Diss. Zürich 1928 M.S.; Im Hof, Das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis, ZSR 48 (1929), 234 a; Kern, Das Dienstrecht des Bundespersonals, 19 ff.; zur soziologischen Stellung der Beamten Leimgruber, Das Personal der öffentlichen Verwaltungen und Betriebe der Schweiz, Zürich 1933.

Die Erweiterung des Beamtenbegriffes des VG und StGB geht nach zwei Richtungen:

Einerseits nach oben: Als Beamte gelten in Übereinstimmung mit Art. 117 BV auch die Bundesräte, die Bundesrichter, die Mitglieder des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes, der Bundeskanzler und der General, wobei freilich diese Personen materiell einer Sonderregelung unterstehen (oben S. 211a).

Anderseits nach unten: Den «Bundesbeamten» im engern Sinn werden weitere Personen gleichgestellt; gerade die Rechtsstellung dieser weitern Personen, die die öffentliche Hand ebenfalls mit amtlichen Funktionen betraut, bedarf näherer Abklärung; es empfiehlt sich, diese Fragen im vorliegenden Abschnitt zusammenzufassen, so daß sich die folgenden Abschnitte III—VI nur noch mit der Verantwortlichkeit der Beamten im engern Sinn befassen müssen.

2. Die Angestellten der öffentlichen Hand

Auch eine nur vorübergehend auf einer Amtsstelle tätige Kanzlistin übt «eine amtliche Funktion» aus, obwohl sie nicht «Beamtin» im Sinne des Beamtenrechtes ist; sie hat insbesondere gegebenenfalls Kenntnis von Amtsgeheimnissen, und ihr Versagen kann den Amtsbetrieb stören. Für deren Verantwortlichkeit ist deshalb nach den meisten Rechten nicht maßgeblich, ob die Anstellung als privatrechtlicher Dienstvertrag oder als öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis zu betrachten ist. Im Bund ist die Rechtsstellung des kaufmännischen und technischen Personals, das kein Amt im Sinne des Ämterverzeichnisses bekleidet, geregelt durch die Angestelltenordnung vom 26. September 1952³⁵, die sich auf Art. 62 BtG stützt.

³⁵ Verordnung vom 26. September 1952 über das Dienstverhältnis der Angestellten der allgemeinen Bundesverwaltung (Angestelltenordnung), AS 1952, 729.

Die Angestelltenordnung überbindet den Angestellten grundsätzlich die gleichen Pflichten wie den Bundesbeamten und stellt auch gleichlautende Bestimmungen hinsichtlich der zivilrechtlichen, disziplinarischen und strafrechtlichen Verantwortlichkeit auf (Art. 28—41).

3. Die Arbeiter der öffentlichen Hand

Sie stehen grundsätzlich in einem privaten Dienstverhältnis und üben in der Regel keine amtlichen Verrichtungen aus (zum Beispiel eine Putzfrau). Aber das Bundesrecht hat in umgekehrtem Sinne entschieden: Nach der Arbeiterordnung vom 28. Dezember 1950/26. September 1952³⁶, die sich auf Art. 62 BtG stützt, untersteht auch dieses Arbeitsverhältnis dem öffentlichen Recht³⁷; über vermögensrechtliche Ansprüche des Bundes aus der «zivilrechtlichen Verantwortlichkeit» entscheidet das Bundesgericht als Verwaltungsgerichtshof (Art. 110 OG); für die strafrechtliche Verantwortlichkeit und die zivilrechtliche Verantwortlichkeit gegenüber Dritten ist das VG anwendbar (Art. 30, 41 Arbeiterordnung). Auch für die Arbeiter besteht eine disziplinarische Verantwortung (Art. 31 ff. Arbeiterverordnung).

4. Die Beamten und Angestellten von öffentlichen Anstalten, insbesondere von Gewerbebetrieben der öffentlichen Hand

Die dem Bund, den Kantonen und Gemeinden gehörenden Betriebe und Anstalten können selbständige Anstalten mit Rechtspersönlichkeit oder unselbständige Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit sein. Im Bund sind besonders wichtige unselbständige Anstalten zum Beispiel

³⁶ Verordnung vom 28. Dezember 1950 / 26. September 1952 über das Dienstverhältnis der Arbeiter der allgemeinen Bundesverwaltung (Arbeiterordnung); AS 1950, 1549; 1952, 770.

³⁷ Betr. die Anstalten, auf die die Arbeiterordnung nicht anwendbar ist, vgl. Art. 4 Arbeiterordnung.

SBB, PTT und ETH; unter den selbständigen Anstalten seien erwähnt die Schweizerische Nationalbank³⁸, die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt in Luzern³⁹, die Eidgenössische Alkoholverwaltung⁴⁰, die Schweizerische Verrechnungsstelle⁴¹, die Genossenschaft für Getreide und Futtermittel⁴² und — in Zukunft — die Schweizerische Zentralstelle für Butter einfuhr Butyra⁴³; die drei letztgenannten sind als öffentlich-rechtliche Genossenschaften konstituiert. In den Kantonen sind meistens die Kantonalbanken und die Gebäudeversicherungsanstalten selbständige öffentliche Anstalten; die AHV-Ausgleichskassen müssen in diese Rechtsform gekleidet sein (Art. 61 Abs. 1 AHVG); Spitäler, Schulen, Versorgungs- und Strafanstalten, Beamtenversicherungskassen, Museen und Bibliotheken sind dagegen in der Regel unselbständige Anstalten.

Bei der Verantwortlichkeit der Organe und des Personals der unselbständigen und selbständigen öffentlichen Anstalten ist die Verantwortlichkeit gegenüber dem Staat und die Verantwortlichkeit gegenüber Dritten auseinanderzuhalten.

³⁸ Art. 1 Nationalbankgesetz vom 7. April 1921 / 20. Dezember 1929 / 30. Dezember 1939 (BS 6, 74); Art. 1 Entwurf vom 21. April 1953 zu einem neuen Nationalbankgesetz (BBl 1953 I 901).

³⁹ Art. 41 KUVG.

⁴⁰ Art. 71 Abs. 1 Alkoholgesetz vom 21. Juni 1932 / 25. Oktober 1949 (BS 6, 857; AS 1950, 72).

⁴¹ BRB vom 2. Oktober 1934 über die Genehmigung der Statuten der Schweiz. Verrechnungsstelle, BS 10, 636.

⁴² Bundesratsbeschlüsse über die Schweiz. Genossenschaft für Getreide und Futtermittel vom 26. November und 23. Dezember 1948 / 30. November 1951 (AS 1948, 1139 und 1263; 1951, 1147); Bundesbeschuß vom 17. Dezember 1952 über die Schweiz. Genossenschaft für Getreide und Futtermittel (Inkraftsetzung zusammen mit dem Landwirtschaftsgesetz); BBl 1952 III 872; schon die kriegswirtschaftliche GGF wurde vom Bundesgericht als «Organ des Bundes» bezeichnet; Entscheid des Bundesgerichts vom 26. September 1940 in Sachen GGF gegen kantonale Rekurskommission Bern, Archiv für Abgaberecht 9, 225.

⁴³ Entwurf vom 13. Februar 1953 zum Milchbeschluß Art. 17, BBl 1953 I 389.

a) Die Verantwortlichkeit gegenüber dem Gemeinwesen

Hinsichtlich der Organe und des Personals der unselbständigen öffentlichen Anstalten gelten die gleichen Grundsätze wie für das Personal der übrigen Verwaltung (Art. 362 OR); denn die unselbständigen Anstalten sind bloße stationes fisci; das leitende und ausführende Personal gehört somit zu den Bediensteten des Staates und zerfällt in die oben erwähnten drei Gruppen Beamte, Angestellte und Arbeiter. So fallen die Beamten der PTT unter die Beamtenordnung I vom 26. September 1952⁴⁴, die Beamten der SBB unter die Beamtenordnung II vom 26. September 1952⁴⁵, für die Professoren der ETH gilt nicht das BtG, sondern Art. 33 des BG vom 7. Februar 1854 betreffend die Errichtung einer eidgenössischen polytechnischen Schule⁴⁶.

Auch das Personal der selbständigen öffentlichen Anstalten übt amtliche Funktionen aus. Es besteht deshalb für diese Bediensteten eine doppelte Verantwortung, einerseits direkt gegenüber der Anstalt, anderseits indirekt gegenüber dem Staat. Die Rechtsbeziehung gegenüber der Anstalt kann öffentlich-rechtlich ausgestaltet sein — das Personal wird zu den Staatsbeamten gerechnet (so zum Beispiel bei der Alkoholverwaltung Art. 71 Abs. 2 Alkoholgesetz). Häufiger ist jedoch die privatrechtliche Ordnung des Dienstverhältnisses durch Abschluß von Dienstverträgen (so insbesondere bei der SUVAL⁴⁷, bei der Verrechnungsstelle⁴⁸, bei der Nationalbank⁴⁹ und bei der

⁴⁴ AS 1952, 659.

⁴⁵ AS 1952, 700.

⁴⁶ BS 4, 103.

⁴⁷ Statuten vom 25. April 1928 / 6. Mai 1931, Art. 45, Anstellungsbedingungen für das Personal vom 15. März 1951, Art. 7.

⁴⁸ Art. 8 der Statuten der schweiz. Verrechnungsstelle.

⁴⁹ Die Dienstordnung der schweiz. Nationalbank erklärt das OR ergänzend als anwendbar; Autenrieth, Die staatsrechtliche Stellung der schweiz. Nationalbank 54.

Genossenschaft für Getreide und Futtermittel. Daneben besteht in der Regel eine Verantwortung gegenüber dem Staat, insbesondere im Bund auf Grund des VG. Bei der Nationalbank ist ausdrücklich das ganze Personal dem VG unterstellt⁵⁰; aber auch für die Organe aller andern selbständigen öffentlichen Anstalten gilt das VG, weil diese Organe amtliche Funktionen ausüben. Man kann sich höchstens fragen, ob die Anwendung des VG sich auf die vom Bund bestellten Anstaltsorgane beschränkt oder alles Personal umfaßt⁵¹. Bei Pflichtverletzungen gehen die beiden Ansprüche — der Anspruch der Anstalt auf Grund des öffentlichen oder privatrechtlichen Anstellungsverhältnisses und der Anspruch des Staates auf Grund der Verantwortlichkeitsvorschriften — auf Ersatz desselben Schadens; man kann von Gläubigersolidarität sprechen⁵².

b) Die Verantwortlichkeit gegenüber Dritten

Die Verantwortlichkeit der Organe und des Personals der staatlichen Anstalten gegenüber außenstehenden Dritten (Anstaltsbenützern und weitern Personen) hängt eng zusammen mit der Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen der Anstalt selbst und diesen Dritten. Das Rechtsverhältnis zwischen Anstalt und Dritten kann privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich ausgestaltet sein: Im Bund finden sich privatrechtliche Beziehungen zu den Anstalts-

⁵⁰ Art. 61 geltendes Nationalbankgesetz; Art. 58 Entwurf zum neuen Nationalbankgesetz.

⁵¹ Die SUVAL nimmt an, ihr Personal unterstehe nicht dem VG (Mitteilung an den Verfasser vom 7. Mai 1953); Wolfer, Organisation und Rechtsstellung der Schweiz. Unfallversicherungsanstalt, Diss. Zürich 1931, 64; und Sager, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit usw. 40, vertreten die umgekehrte Auffassung, vgl. auch Hans Frei, Betriebliche Organisation und Leistung der SUVAL, Diss. St. Gallen 1952, 28 ff.

⁵² Vgl. BGE 53 II 408 (Näheres über diesen Entscheid unten S. 253a); von Tuhr-Siegwart § 91.

benützern sowohl bei unselbständigen Anstalten (SBB nach dem Transportgesetz von 1948, Post nach dem Postverkehrsgesetz von 1924) als auch bei selbständigen Anstalten (Nationalbank, GGF⁵³, Butyra⁵⁴); aber auch die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung der Beziehungen kommt sowohl bei unselbständigen Anstalten (z. B. ETH^{54a}) als auch bei selbständigen Anstalten vor (SUVAL, Eidgenössische Alkoholverwaltung⁵⁵, Verrechnungsstelle).

Soweit zwischen der Anstalt und dem Anstaltsbenützer ein privatrechtliches Verhältnis besteht, haftet dem Anstaltsbenützer die Anstalt für die richtige Erfüllung der ihr obliegenden Pflichten. Trifft einen Bediensteten ein Verschulden, für das die Anstalt einstehen muß, so kann sie auf den Schuldigen Rückgriff nehmen. Eine allenfalls daneben noch bestehende direkte Haftung des Bediensteten ist ohne erhebliche praktische Bedeutung⁵⁶. Ist dagegen die Beziehung zwischen Anstalt und Benützer öffentlich-rechtlich ausgestaltet, so kann sich der Benützer bei einem pflichtwidrigen Verhalten eines Bediensteten der Anstalt in der Regel nur an den Bediensteten halten, weil die öffentliche Anstalt sich genau so wie der Staat auf Art. 59 ZGB berufen kann und deshalb für pflichtwidrige Akte ihrer Organe nicht einstehen muß. Die Haftung dieser Bediensteten ist unten S. 257a darzustellen.

Unternehmen in privatrechtlicher Form, die ganz oder teilweise der öffentlichen Hand gehören, können höchstens als öffentliche Anstalten im weiten Sinne angeprochen werden. Deren Organe und deren Personal steht nicht in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zum Gemeinwesen; die Organe sind dem Gemeinwesen deshalb lediglich wie andern Aktionären nach Art. 754/755 OR ver-

⁵³ Vgl. oben N. 42.

⁵⁴ Art. 16 Abs. 3 Entwurf zum Milchbeschuß.

^{54a} Art. 6 ff. des Reglements vom 16. April 1924 für die ETH, BS 4, 130.

⁵⁵ Art. 47 Alkoholgesetz.

⁵⁶ Vgl. unten S. 258a und S. 287a.

antwortlich; für das Personal gelten die allgemeinen Grundsätze über die Haftung der Arbeitnehmer, auch wenn die Reglemente die Angestellten als «Beamte» bezeichnen^{56a}.

5. Die Mitglieder der Gerichte

Die Rechtmäßigkeit eines rechtskräftigen Gerichtsurteils kann nur durch ein außerordentliches Rechtsmittel, die Revision, angefochten werden. Ließe man die Verantwortlichkeitsklage gegen Richter wegen nicht gesetzmäßigen, schuldhaften Amtshandlungen ohne weitere Voraussetzungen zu, so würde unter Umständen die Verantwortlichkeitsklage zu einem außerordentlichen Rechtsmittel, um die fehlende Gesetzmäßigkeit eines bereits rechtskräftigen Urteils festzustellen.

Im ausländischen Recht ist dies anerkannt, und die richterliche Verantwortlichkeit ist deshalb besonders geregelt. So kennt das französische Recht eine besondere, sehr beschränkte Verantwortlichkeitsklage gegen die Richter, die sogenannte *prise à partie* (Art. 505 Code de procédure civile), die im wesentlichen nur bei «Dénie de justice» und bei strafbaren Einwirkungen auf das Urteil geltend gemacht werden kann. Bei der Klage — von der wenig Gebrauch gemacht wird — besteht ein gerichtliches Vorverfahren, ob überhaupt die Klage an Hand zu nehmen sei (Art. 510, 511 Code de procédure civile)⁵⁷. Das deutsche Recht beschränkt im § 839 Abs. 2 BGB die Haftung für Amtspflichtverletzungen bei Urteilen in

^{56a} Vgl. BGE 27. Januar 1937 i. S. Eisenbahngesellschaft Bern-Lötschberg-Simplon gegen Stalder (nicht publiziert); Georg Bauer, Die rechtliche und soziale Stellung des Privatbahnpersonals, Diss. St. Gallen 1948, 98, und insbesondere die Referate von Schürmann und Dénéréaz über die gemischtwirtschaftlichen Unternehmen am diesjährigen Juristentag.

⁵⁷ Glasson et Tissier, Traité théorique et pratique de l'organisation judiciaire, 3ème ed. Paris 1925, 188 ff.; Stadlin, Die zivilrechtliche Haftung des Richters für Schäden aus Amtspflichtverletzungen, Diss. Zürich 1934, 79 ff.

einer Rechtssache auf die mit Strafe bedrohten Pflichtverletzungen (sogenannte Syndikatsklage).

Im schweizerischen Recht kennen heute einzig die Kantone Waadt und Fribourg die *prise à partie* im Sinne des französischen Rechts⁵⁸. Zur Belangung von Kantsrichtern bedarf es einer Bewilligung der Regierung, zur Belangung der Bezirksrichter einer Bewilligung des Kantsgerichts. Gegen mißbräuchliche Klagen wird eine Buße bis zu 500 Franken angedroht. In allen andern Kantonen, sowie im Bund für die vom Bundesrat gewählten «Kommissionen» mit richterlichen Kompetenzen, gelten die allgemeinen Grundsätze über die Beamtenverantwortlichkeit⁵⁹. Immerhin folgt meines Erachtens aus dem Grundsatz der materiellen Rechtskraft der Urteile, daß es nicht möglich ist, die Rechtmäßigkeit eines rechtskräftigen Urteils in einem Verantwortlichkeitsprozeß vorfrageweise zur Diskussion zu stellen. Die Verantwortlichkeitsklage mit Bezug auf Urteile setzt vielmehr voraus, daß bereits in einem Revisionsverfahren die Rechtswidrigkeit des Urteils festgestellt wurde oder daß sie vom beklagten Richter anerkannt wird. Mit Rücksicht auf die oft sehr schwierige Aufgabe, die dem Richter bei der Rechtsfindung überbunden ist, stellt das Bundesgericht an den Nachweis des Verschuldens beim Richter hohe Anforderungen; bloße Auslegungsfehler, irrtümliche Beurteilung von Tatsachen (im Gegensatz zu aktenwidrigen Annahmen) gelten nicht als schuldhafte Handlung (BGE 54 II 365)⁶⁰.

Hinsichtlich der disziplinarischen Verantwortlichkeit der Richter besitzt einzig der Kanton Genf eine eingehendere Regelung⁶¹.

⁵⁸ Fribourg: Art. 98—115 Gesetz vom 22. November 1949 über die Gerichtsorganisation; Waadt: Art. 19 Gesetz vom 16. Dezember 1947 über die Gerichtsorganisation; und Art. 491 bis 498 Zivilprozeßordnung vom 20. November 1911.

⁵⁹ Stadlin 107 ff.

⁶⁰ Vgl. auch Stadlin 45.

⁶¹ Überwachung der Disziplin der Gerichte durch einen Conseil supérieur de la magistrature Art. 83, 99bis KV, loi instituant un

6. Andere natürliche Personen, die amtliche Funktionen ausüben

In diese Kategorie fallen Behörden- und Kommissionsmitglieder, sowie vom Staat herangezogene Experten, ferner Personen mit besondern öffentlichen Aufgaben, wie Notare⁶² und Eichmeister, Hebammen⁶³ und Kaminfeger⁶⁴, sowie das Personal der Privatbahnen, soweit es bahnpolizeiliche Aufgaben erfüllt⁶⁵. Solche Personen stehen zum Staat in einem öffentlich-rechtlichen Auftragsverhältnis, aber nicht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis. Diese Personen fallen im Bund unter das VG⁶⁶; dasselbe gilt hinsichtlich zahlreicher kantonaler Verantwortlichkeitsgesetze⁶⁷. An Stelle der disziplinarischen Maßnahmen, wie sie gegenüber Beamten möglich sind, treten gegebenenfalls administrative Sanktionen, insbesondere der befristete oder dauernde Entzug des Rechts zur Ausübung der betr. amtlichen Funktion (Berufsverbot). Betr. die Organe von juristischen Personen, die mit amtlichen Aufgaben betraut sind, vgl. unten S. 277a.

Hinsichtlich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit sind diese Personen gemäß Art. 110 StGB grundconseil supérieur de la magistrature du 23 juin 1942; Binder Eugen, Das Disziplinarrecht der richterlichen Beamten im Kanton Genf, Diss. Zürich 1952.

⁶² Die Frage, wie weit die Notare nach kantonalem Recht als Beamte zu betrachten sind, ist in jedem konkreten Fall besonders zu prüfen, vgl. BGE 49 II 431, Zusammenstellung bei Reichlin, ZBl 36 (1935), 70 N. 29.

⁶³ BGE 59 I 183.

⁶⁴ BGE 38 I 52 betr. Kanton Bern.

⁶⁵ Art. 12 BGE vom 18. Februar 1878 betr. die Handhabung der Bahnpolizei, BS 7, 29.

⁶⁶ Nur die Personen, die vorübergehend amtliche Funktionen übernehmen, sind in Art. 2 VG ausdrücklich erwähnt; doch gilt das VG a fortiori für Personen, die dauernd amtliche Funktionen ausüben (BGE 71 IV 143).

⁶⁷ Auch die Vormünder üben amtliche Funktionen aus; ihre Verantwortlichkeit wird jedoch abschließend durch das ZGB ge-

sätzlich dem Beamten gleichgestellt. Doch sind Behördemitglieder nicht als Beamte im Sinne von Art. 110 StGB zu betrachten, obwohl sie dem Wortlaut nach unter diese Bestimmungen fallen; wo das StGB für Behördemitglieder die gleiche Strafandrohung aufstellen will wie für Beamte, wird dies ausdrücklich gesagt (Art. 148 Ziff. 2, 312, 314, 316 StGB)⁶⁸.

Für die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit gegenüber dem Staat gelten die Bestimmungen der Verantwortlichkeitsgesetze; da die Rechtsbeziehung öffentlich-rechtlicher Natur ist, dürften im Bunde heute entsprechende Ansprüche mit verwaltungsrechtlicher Klage gemäß Art. 110 OG geltend zu machen sein, obwohl das VG den Ausdruck «Zivilklage» verwendet.

Hinsichtlich der Verantwortlichkeit gegenüber Dritten ist im Einzelfall zu prüfen, ob die betr. Person nur auf Grund der übertragenen amtlichen Funktion (d. h. nach Verantwortlichkeitsgesetz) oder zusätzlich auch nach Vertragsrecht (Art. 97 OR) verantwortlich ist.

Unter Umständen ist nicht ohne weiteres klar, ob von seiten des Staates die Übertragung einer «amtlichen Funktion» oder die bloße Erteilung eines privatrechtlichen Auftrages vorliegt. Wer sich einem Gemeinwesen gegenüber rein privatrechtlich zur Erfüllung eines Auftrages verpflichtet, verfügt in der Regel über keine Amtsgewalt und erfüllt deshalb keine öffentlich-rechtliche Funktion⁶⁹; dementsprechend beurteilt sich auch die Verant-

regelt; sie sind nicht Beamte im Sinne von Art. 110 StGB, BGE 76 IV 150; J. Kaufmann, Kommentar zu Art. 367 ZGB N. 4.

⁶⁸ Hafter, Schweiz. Strafrecht, besonderer Teil § 130, 825.

⁶⁹ Vgl. BGE 54 II 120: Ein Arzt, der sich Berggemeinden gegenüber zur Betreuung der Bevölkerung zu bestimmten Tarifen gegen ein festes Entgelt verpflichtet, steht in einem privatrechtlichen Verhältnis zur Gemeinde (Auftrag oder Dienstvertrag); anders wenn ein kantonales Gesetz vorsieht, daß solche Ärzte in einem öffentlich-rechtlichen Abhängigkeitsverhältnis mit Disziplinar-gewalt des Staates stehen (die Medici condotti des Tessinerrechts); vgl. ferner BGE 60 II 115 betr. Tätigkeit für eine Kirchgemeinde:

wortlichkeit ausschließlich nach Privatrecht, doch ist das Gegenteil durchaus denkbar: Es können amtliche Funktionen mit entsprechender Befugnis übertragen werden, obwohl das Innenverhältnis dem Privatrecht unterstellt ist; dann kommen hinsichtlich der Verantwortlichkeit gegenüber dem Bürger die besonderen Bestimmungen des betreffenden Verantwortlichkeitsgesetzes zur Anwendung.

III. Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten gegenüber dem Staat

Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit nennen wir kurz Haftung. Grundsätzlich haftet das Privatvermögen des Beamten dem Staat und den Dritten für Schäden, die dieser dem Staat oder Dritten durch schuldhafte, nicht richtige Erfüllung seiner Amtspflichten zufügt. Zur Sicherung dieser Ansprüche verlangt der Staat häufig eine Kautions (Hinterlage oder Bürgschaft von seinen Beamten). Die Bürgschaft wird verschiedenerorts durch Beamtenbürgschaftsgenossenschaften übernommen. Selbstverständlich darf der Staat auf eine solche Kautions nur greifen, wenn die Haftung des Beamten anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist⁷⁰. Bürgen können sich bei ungenügender Beaufsichtigung des schuldigen Beamten auf Art. 503 Abs. 2 OR berufen.

Grundsätzlich ist die Haftung gegenüber dem Staat und die Haftung gegenüber Dritten auseinanderzuhalten und in beiden Fällen wieder zu unterscheiden zwischen der Haftung der Bundesbeamten und der Haftung der kantonalen Beamten.

die Abgabe von Mörserschüssen am Fronleichnamstag ist keine nach öffentlichem Recht zu beurteilende Kultushandlung.

⁷⁰ Gutachten EJPD vom 1. Oktober 1909, Salis-Burckhardt Nr. 552.

1. Die Haftung der Bundesbeamten gegenüber dem Bund

Das Beamtenverhältnis ist ein öffentlich-rechtliches Gewaltverhältnis. Alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten aus dem Beamtenverhältnis einschließlich der Geltendmachung von Verantwortlichkeitsklagen gegen Beamte unterstehen deshalb grundsätzlich im Bund und in den Kantonen dem öffentlichen Recht (Art. 362 OR). Bei den Bundesbeamten hat deshalb der Bund entsprechende Ansprüche durch verwaltungsrechtliche Klage gemäß Art. 110 OG geltend zu machen (Art. 60 BtG). Im Bund ist auch die Stellung der Angestellten und Arbeiter in entsprechender Weise öffentlich-rechtlich ausgestaltet (Art. 28 Abs. 7, 70 Angestelltenordnung; Art. 29, 80 Arbeiterordnung).

Im Bundesrecht gilt der Grundsatz: «Der Beamte haftet dem Bund für Schäden, den er ihm absichtlich oder fahrlässig zugefügt hat» (Art. 29 Abs. 1 BtG)⁷¹; wenn ausnahmsweise der Bund eine Haftung gegenüber außenstehenden Dritten für schuldhafte Handlungen von Bundesbeamten übernimmt (SBB, PTT!), hat er das Rückgriffsrecht auf den schuldigen Beamten (Art. 29 Abs. 2 BtG). Für die Schadensermittlung und die Herabsetzungsgründe gelten Art. 42/44 OR als subsidiäres Recht (Art. 29 Abs. 3 BtG)⁷². Insbesondere muß man annehmen,

⁷¹ Abweichend das französische Recht, wo nach der Praxis des Conseil d'Etat grundsätzlich keine vermögensrechtliche Haftung der Beamten gegenüber dem Staat besteht, Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, 359.

⁷² Vgl. Botschaft zum BtG 109; durch den Verweis auf die Bestimmungen des OR über die Entstehung von Obligationen aus unerlaubter Handlung wird zum Ausdruck gebracht, daß das Beamtenverhältnis nicht als «Dienstvertrags-ähnlich» betrachtet wird; denn sonst müßte das BtG auf Art. 328 OR verweisen. Freilich kommen mittelbar auch im Vertragsrecht die Art. 42/44 OR zur Anwendung (Art. 99 OR); vgl. dazu BGE 53 II 415, oben S. 232a, unten S. 253a.

daß ein allfälliges Mitverschulden des vorgesetzten Beamten dem Bunde zuzurechnen ist und dessen Ersatzansprüche reduziert.

Bei größeren Ersatzansprüchen wird die Forderung durch die Departemente festgesetzt, bei kleinern durch die Abteilungen, einschließlich Oberzolldirektion und Generaldirektion der PTT (Art. 21 Abs. 4 Beamtenordnung I)⁷³. Bei Angestellten entscheidet die Wahlbehörde im Einvernehmen mit dem Personalamt (Art. 28 Abs. 4 und 6 Angestelltenordnung); bei Arbeitern wird die «zuständige Amtsstelle» in der Arbeiterordnung nicht näher bezeichnet (Art. 29 Abs. 4 Arbeiterordnung). Wird der Anspruch vom Dienstpflchtigen nicht anerkannt, so hat vor Einleitung der Klage das vorgesetzte Departement im Einvernehmen mit dem EFZD zur Forderung Stellung zu nehmen⁷⁴. Die subsidiär anwendbaren Art. 43 und 44 OR geben den zuständigen Stellen große Freiheit, welche Schadenersatzansprüche sie stellen wollen. Im allgemeinen beschränkt sich der Bund auf die Rückforderung eines bescheidenen Teiles des Schadens⁷⁵. Dies ist verständlich; der Beamte soll nicht finanziell ruiniert werden; immerhin soll er in einer seinen Verhältnissen angepaßten Weise am eigenen Portemonnaie spüren, daß er die Allgemeinheit durch sein Verhalten geschädigt hat. Die Geltendmachung solcher Ansprüche ist unabhängig von der Durchführung eines Disziplinarverfahrens (Art. 30 BtG).

Art. 29 BtG geht als lex posterior dem VG vor. Die

⁷³ Für die Beamten und Angestellten der PTT gilt Art. 91 BG betr. das schweiz. Postwesen; Rückgriffsansprüche wegen zugefügtem Schaden kommen nur insoweit in Frage, als der Bund selbst gemäß Art. 44—54 Postverkehrsgesetz haftet.

⁷⁴ Art. 21 Abs. 6, 67 Abs. 3 Beamtenordnung I; Art. 28 Abs. 7, 70 Abs. 4 Angestelltenordnung; Art. 31 Abs. 6, 80 Abs. 4 Arbeiterordnung; bei den Bundesbahnen tritt eine Amtsstelle der SBB an die Stelle des vorgesetzten Departementes (Art. 17 Abs. 3, 58 Abs. 3 Beamtenordnung II).

⁷⁵ Vgl. die bei Sager, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit, 76, zit. nicht publizierten Urteile des Bundesgerichts.

Bestimmungen des VG über die vermögensrechtlichen Ansprüche beziehen sich deshalb heute nur noch auf die Haftung des Beamten gegenüber Dritten. Insbesondere richtet sich auch die Verjährung von Verantwortlichkeitsansprüchen des Bundes nach Art. 60 OR und nicht mehr nach Art. 10 VG⁷⁶.

Die Regelung der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit der Bundesbeamten gegenüber dem Bund im BtG und den darauf gestützten Verordnungen ist unangefochten; das neue VG braucht sich mit dieser Frage nicht mehr zu befassen.

2. Die Haftung der kantonalen und kommunalen Beamten gegenüber Kanton und Gemeinde

Auch die kantonalen und kommunalen Beamten stehen zum Kanton oder zur Gemeinde in einem öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnis (Art. 362 OR). Hinsichtlich der Angestellten sind die Kantone frei, ob sie deren Rechtsstellung öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestalten wollen. Für die Arbeiter der öffentlichen Betriebe bleiben in allen Fällen das Fabrikgesetz und die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Bundes für gewerbliche Betriebe vorbehalten (Art. 362 Abs. 2 OR).

Fast alle Kantone sehen gleich wie der Bund eine Haftung der Beamten für jede Fahrlässigkeit vor; einzig St. Gallen und Waadt beschränken die Verantwortlichkeit im Innenverhältnis auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit^{77, 78}.

⁷⁶ Botschaft zum BtG 110.

⁷⁷ St. Gallen: Art. 2 Verantwortlichkeitsgesetz von 1885; Waadt: Art. 2 Abs. 1 loi du 29 novembre 1904 sur la responsabilité de l'Etat et des communes, abgeändert durch Art. 11 loi du 17 décembre 1947 de coordination de diverses lois vaudoises avec la loi du 9 juin 1947 sur le statut général des fonctions publiques cantonales; Art. 19 loi du 16 décembre 1947 d'organisation judiciaire.

⁷⁸ Eine entsprechende Beschränkung sieht auch das neue Ver-

Die Haftung der Beamten für anvertraute Gelder geht häufig über die gewöhnliche Verschuldenshaftung hinaus. In Analogie zum privaten Vertragsrecht haftet der Beamte für allfällige Fehlbeträge, sofern er nicht beweist oder doch glaubhaft machen kann, daß der Fehlbetrag ohne sein Verschulden entstanden ist. Es wird also die Beweislast umgekehrt⁷⁹.

Mehrere Kantone sehen ausdrücklich die Décharge vor, wenn der Beamte über die schadenbegründende Handlung Bericht erstattet hat und der Bericht genehmigt worden ist, zum Beispiel Verantwortlichkeitsgesetz Baselland § 29.

Die Pflichtverletzungen, die eine Haftung von Beamten oder Behördenmitgliedern gegenüber dem Gemeinwesen begründen können, sind äußerst vielgestaltig. Nur ein Problem sei hier besonders erwähnt: die Verantwortlichkeit bei Kreditüberschreitungen. Die budgetmäßig festgesetzten Kredite bilden verwaltungsinterne Normen, die die Verwaltung binden⁸⁰. Stellt sich jedoch nachträglich heraus, daß sich das gesteckte Ziel nur mit höheren Aufwendungen erreichen läßt, so bleibt dem Parlament und gegebenenfalls dem Stimmvolk meist nichts anderes übrig, als die Nachtragskredite zu bewilligen. Gegebenenfalls räumt die Exekutive einen «Vorschußkredit» ein. Bei solchen Kreditüberschreitungen sind grundsätzlich immer die Verantwortlichkeiten abzuklären. Insbesondere ist festzustellen, ob die Vorarbeiten mit fachmännischer Sorgfalt vorgenommen wurden. Die Feststellung einer Pflichtverletzung begründet jedoch nicht notwendigerweise eine ver-

antwortlichkeitsgesetz von Graubünden vom 29. Oktober 1944 (Art. 5) für die Kreis- und Gemeindebeamten vor; das Gesetz von Basel-Stadt betr. die Dienstverhältnisse und die Besoldungen der Beamten, Angestellten und Arbeiter beschränkt die Haftung für leichte Fahrlässigkeit im Innen- und Außenverhältnis auf ein halbes Jahresgehalt.

⁷⁹ Ausdrücklich Entwurf zum bernischen Gesetz über das Dienstverhältnis, Art. 40.

⁸⁰ Nawiasky Hans, Die rechtliche Bedeutung und rechtliche Wirkung des Voranschlags, ZBl 46 (1945), 153 ff., 177 ff.

mögensrechtliche Verantwortlichkeit des schuldigen Beamten; denn eine Haftung besteht nur soweit, als das Gemeinwesen einen Schaden erlitten hat. Sofern sich nicht Fehlkonstruktionen und unnötige Arbeiten nachweisen lassen, kann meist nicht dargetan werden, daß das Werk bei pflichtgemäßer Kostenberechnung billiger gekommen wäre. Es bestand höchstens die Möglichkeit, daß das Werk bei Kenntnis der wirklichen Kosten nicht beschlossen worden wäre. Doch sind darüber nachträglich nur Mutmaßungen möglich. Grundsätzlich ist zu vermuten, daß dem Gemeinwesen ein Werk im Wert der wirklichen Kosten zugekommen ist, so daß kein Schadenersatzanspruch geltend gemacht werden kann.

Das Bundesgericht hatte insbesondere in seinem Entscheid vom 9. November 1927 in Sachen *Etat de Valais et Banque Cantonale du Valais c. les héritiers de Jérôme Roten et consorts*⁸¹ (Klage gemäß Art. 42 OG vor dem Bundesgericht als einziger Instanz) Gelegenheit, sich mit einigen Fragen der Verantwortlichkeit der Beamten gegenüber dem Gemeinwesen zu äußern, wobei das Bundesgericht Bundescivilrecht als lückenfüllendes kantonales Recht anwandte. Es handelte sich um eine Verantwortlichkeitsklage gegen die Organe einer kantonalen Hypothekarbank (selbständige kantonale Anstalt) wegen mangelhafter Kontrolle des Chefbuchhalters, der die Bank durch strafbare Handlung um große Beträge schädigte. Kanton und Bank klagten als Solidargläubiger; denn die Schädigung der Bank bedeutete mittelbar eine Schädigung des Kantons, der das Dotationskapital geleistet hatte.

Das Bundesgericht stellte zunächst fest, daß beim Schweigen des kantonalen Rechts auf die festbesoldeten Beamten das Dienstvertragsrecht (Art. 328 OR) sinngemäß zur Anwendung komme, auf Behördemitglieder Auftrags-

⁸¹ Auszugsweise abgedruckt in BGE 53 II 408; das ganze Urteil wurde seinerzeit gedruckt; das Bundesgericht hat es dem Verfasser in freundlicher Weise zur Verfügung gestellt.

recht (Art. 398 OR). Die Sorgfaltspflicht ist grundsätzlich in beiden Fällen dieselbe (Art. 398 Abs. 1 OR). Im Gegensatz zur Haftung aus unerlaubter Handlung nimmt das Bundesgericht an, daß der Kläger nur die Amtspflichtverletzung, nicht das Verschulden beweisen müsse; bei nachgewiesener Amtspflichtverletzung sei es Sache der beklagten Beamten, den Exkulpationsbeweis im Sinne von Art. 97 OR zu erbringen⁸².

Die Feststellungen des Bundesgerichts hinsichtlich der Pflichten der Organe einer öffentlichen Bank (Erw. 9—14 des Urteils) sind im Rahmen dieser Arbeit nicht von besonderer Bedeutung. Dagegen sind die Ausführungen über die Gründe zur Herabsetzung des Schadenersatzes (Erw. 6 c BGE 53 II 416) von allgemeinem Interesse für die Beamtenverantwortlichkeit; das Urteil ist in bezug auf die ausgesprochenen Schadenersatzbeträge sehr milde ausgefallen. Auf die beschränkte Haftung bei bloßer Aufsichtsverantwortung wurde bereits oben S. 229a hingewiesen. Außerdem zog das Bundesgericht die bescheidenen Gehälter und die «ungenügenden, ja lächerlichen Vergütungen», die die verantwortlichen Organe bezogen, mit in Betracht; für die meisten der Beklagten habe die Übernahme der Funktion ein Opfer im öffentlichen Interesse bedeutet⁸³.

Darüber hinaus hat das Bundesgericht dem klagenden Kanton ein dreifaches Mitverschulden seiner Organe angerechnet:

a) Der Große Rat und die Regierung hätten sich bei der

⁸² BGE 53 II 415.

⁸³ Der Direktor bezog nach dem Dekret des Großen Rates vom 11. November 1908 ein Jahresgehalt von Fr. 3500.—, der Kassier ein solches von Fr. 2000.— bis 2500.—; die Mitglieder des Verwaltungsrates der Kontrollstelle und des Comité de direction erhielten ein Sitzungsgeld von Fr. 10.— (S. 7 des Urteils); der Kanton belangte sie auf einen Schaden von Fr. 269 000.—! Das Bundesgericht verurteilte den Direktor zu Fr. 10 000.—, die zwei Mitglieder des comité de direction solidarisch zu je Fr. 1000.—, den Kassier zu Fr. 3000.—.

Wahl der verantwortlichen Organe der Bank mehr von politischen und regionalen als von fachlichen Gesichtspunkten leiten lassen.

b) Die Direktion habe nicht die Möglichkeit gehabt, tüchtiges Personal mit ausreichenden Kenntnissen zu angemessenen Löhnen einzustellen.

c) Die staatlichen Überwachungsorgane — die Geschäftsprüfungskommission des Großen Rates und der Große Rat selbst — hätten eine «zu große Nachsicht gezeigt hinsichtlich der zur Tradition gewordenen Art und Weise, wie die Bank geführt wurde». Auch habe die Teilnahme der Mitglieder der Geschäftsprüfungskommission an den Sitzungen zu wünschen übrig gelassen⁸⁴.

Ähnliche Umstände, wie sie im erwähnten Bundesgerichtsentscheid angeführt sind, lassen sich häufig bei Verantwortlichkeitsfällen nachweisen. Wenn die öffentlichen Gemeinwesen bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen ihre Beamten in der Regel Milde walten lassen⁸⁵, können sie sich mit Recht darauf berufen, daß auch das Bundesgericht alle Entlastungsmomente nach ihrem vollen Gewicht würdigt.

In zwei andern Entscheiden (BGE 50 II 375; 71 II 226), die auf dem Wege der Berufung an das Bundesgericht gelangten, erklärte letzteres, bei einem Vergehen eines Beamten bestehe neben dem Anspruch aus öffentlichem kantonalem Recht (dessen Überprüfung dem Bundesgericht entzogen ist) ein Anspruch aus Art. 41 OR, der vom Bundesgericht überprüft werden könne⁸⁶. Dieser Anspruch aus unerlaubter Handlung setzt offenbar voraus, daß der Beamte dem Staat gegenüber nicht eine besondere Amtspflicht, sondern im Rahmen seiner amtlichen Ver-

⁸⁴ S. 37 des Urteils.

⁸⁵ Vgl. Sager, 76.

⁸⁶ Ebenso bestehe auch ein privatrechtlicher Billigkeitsanspruch aus Art. 54 OR, wenn ein Beamter im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit Unterschlagungen begangen habe (BGE 71 II 230).

richtungen eine allgemeine Rechtspflicht verletzt, also zum Beispiel Geld unterschlägt. Der öffentlich-rechtliche Anspruch nach kantonalem Verantwortlichkeitsrecht und der privatrechtliche Anspruch nach Art. 41 OR sind somit konkurrierende Rechte⁸⁷; der Beamte haftet gleichzeitig aus zwei Rechtsgründen. Reichlin⁸⁸ hat wohl mit Recht diese Konstruktion angezweifelt. Sie führt dazu, daß der Bund in die rein öffentlich-rechtliche Beziehung zwischen Kanton oder Gemeinde und Beamten interveniert und einem kantonalen Gemeinwesen einen Anspruch zuerkennt, den das kantonale Recht nicht zugesteht.

Da die Kantone häufig kein Verwaltungsgericht besitzen, werden Verantwortlichkeitsklagen der öffentlichen Hand gegen Beamte noch heute meist durch die Zivilgerichte beurteilt, obwohl der Anspruch seiner Natur nach dem öffentlichen Rechte angehört⁸⁹; soweit besondere kantonale Vorschriften fehlen, werden dabei die Bestimmungen des OR über unerlaubte Handlungen subsidiär angewendet. Trotzdem bleibt das angewandte Recht kantonales Recht, entsprechende Urteile können deshalb nicht an das Bundesgericht weitergezogen werden⁹⁰. Dennoch können solche Klagen ausnahmsweise vor Bundesgericht kommen, wenn es vom Kanton oder vom Beamten (demgegenüber der Staat die Ersatzansprüche mit Besoldungsansprüchen im Rahmen von Art. 340 OR verrechnet) als einzige Instanz gestützt auf Art. 42 OG angerufen wird⁹¹. Das Bundesgericht wendet dann ausnahmsweise kantonales

⁸⁷ Von Tuhr-Siegwart § 5; Oftinger 354.

⁸⁸ Reichlin, ZBl 36 (1935) 67

⁸⁹ Unterstellt das kantonale Recht den Anspruch dem Privatrecht, so kann der beklagte Beamte fordern, an seinem Wohnsitz belangt zu werden, der sich möglicherweise nicht mehr im Kanton befindet, Amtsbericht Obergericht Baselland 1930, 27, SJZ 28 (1932), 168 Nr. 43.

⁹⁰ BGE 45 I 73, 53 II 413, 55 II 208; Reichlin, ZBl 36 (1935), 69.

⁹¹ BGE 53 II 408.

Recht an; auch unter dem revidierten OG wird der Begriff der «zivilrechtlichen Streitigkeiten» im Sinne von Art. 42 OG nach wie vor im weiten Sinne des Art. 110 BV verstanden, so daß er auch zahlreiche öffentlich-rechtliche Streitigkeiten mitumfaßt — im Gegensatz zu Art. 41 OG, der sich nur noch auf eigentliche zivilrechtliche Ansprüche bezieht⁹².

IV. Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten gegenüber Dritten

Die Frage, ob die persönliche Haftung des Beamten gegenüber Dritten durch die direkte Staatshaftung zu ersetzen sei, bildet das Hauptthema des zweiten Teils dieser Arbeit. An dieser Stelle sind einzig die Verhältnisse *de lege lata* darzustellen.

1. Die Haftung der Bundesbeamten gegenüber Dritten

Hinsichtlich der Haftung der Bundesbeamten gegenüber Dritten sind drei Hauptfälle zu unterscheiden⁹³:

— Allgemeine Bundesverwaltung: Der Dritte kann sich normalerweise nur an den Bundesbeamten halten, der ihm nach Art. 4 und 7 VG für rechtswidrige und schuldhafte Schadenszufügung im Sinne der nachstehenden Ausführungen haftet^{94, 95}; eine Haftung des Bundes besteht daneben nur in Ausnahmefällen (unten S. 293a).

⁹² BGE 62 II 296, 71 II 173; Birchmeier, Kommentar zu Art. 41 OG N. 2; Reichlin, ZBl 36 (1935), 67.

⁹³ Darüber eingehend Sager, 82 ff.

⁹⁴ Vgl. Art. 21 Abs. 7 Beamtenordnung I; Art. 29 Angestelltenordnung; Art. 30 Arbeiterordnung; oben S. 238a.

⁹⁵ Auch Schädigungen gegenüber Mitbeamten werden wie Schädigungen gegenüber andern Bürgern behandelt, Verw.E. 12 (1938), Nr. 26 betr. Arbeitenlassen eines Beamten in einem wegen Umbauten ungeheizten Bureau.

- SBB: Der Dritte hat neben dem Anspruch gegen den Bundesbeamten nach VG⁹⁶ in den meisten Fällen einen Anspruch gegen den Bund als Rechtsträger der SBB nach der Eisenbahnhaftpflichtgesetzgebung oder nach Transportgesetz⁹⁷; die Haftung des Personals ist deshalb ohne große praktische Bedeutung.
- PTT: Der Dritte kann sich im allgemeinen nur an den Bund halten, soweit derselbe nach dem Postverkehrsge-
setz haftet⁹⁸. Eine Haftung der Beamten der PTT gegenüber Dritten besteht nur, wenn sie sich ein Amtsvergehen haben zuschulden kommen lassen (Art. 91 BG vom 5. April 1910 betr. das schweizerische Postwesen⁹⁹).

a) Rechtswidriges und schuldhaf tes Verhalten

Hinsichtlich der Rechtswidrigkeit erwähnt Art. 4 VG die Übertretung der «Bundesverfassung, der Bundesgesetze oder der Reglemente». Der Artikel muß im Lichte der heute anerkannten staats- und verwaltungsrechtlichen Grundsätze interpretiert werden.

aa) Übertretung der Bundesverfassung

Nicht nur das Bundesgericht, sondern auch die Verwaltung ist im Sinne von Art. 113 Abs. 3 BV grundsätzlich an die Bundesgesetzgebung gebunden, selbst wenn ein Bundesgesetz verfassungswidrig ist; wo freilich das Gesetz eine bloße Ermächtigung enthält, darf die Verwaltung das Gesetz nicht in verfassungswidriger Weise anwenden. Die Gerichte können jedoch nicht auf dem Umweg über eine Verantwortlichkeitsklage vor die Frage gestellt werden,

⁹⁶ Art. 17 Beamtenordnung II.

⁹⁷ Unten S. 290a.

⁹⁸ Unten S. 290a.

⁹⁹ BS 7, 748; unter der «Postverwaltung» im Sinne von 91 BG über das Postwesen ist die ganze PTT-Verwaltung zu verstehen; auch das Personal der Telegraphen- und Telephonverwaltung haftet deshalb grundsätzlich nicht, obwohl bei fehlerhaften Verrichtungen dieser Beamten keine Staatshaftung besteht (Art. 35 Telegraphen- und Telephonverkehrsgesetz).

ob eine gesetzliche Bestimmung verfassungswidrig ist; in diesem Sinne ist für die Rechtswidrigkeit im Sinne von Art. 4 VG nicht die Verfassungsmäßigkeit, sondern die Gesetzmäßigkeit einer Anordnung maßgebend; aus der Tatsache, daß in Zweifelsfällen ein Gesetz verfassungsmäßig und nicht verfassungswidrig anzuwenden ist, können immerhin entscheidende Gesichtspunkte für die Auslegung des Gesetzes gewonnen werden. Das Verbot der Übertretung der Bundesverfassung bezieht sich vor allem auf den Bundesrat, der die ihm verfassungsrechtlich eingeräumten Kompetenzen nicht überschreiten darf.

bb) Übertretung der Bundesgesetze

Zur Bundesgesetzgebung gehören auch die allgemeinen Pflichten der Beamten im Sinne der Art. 21 ff. BtG; trotz des Marginale zu Art. 21 BtG hat nicht nur der Bund, sondern auch der einzelne Bürger, der mit den Beamten in dienstlichen Verkehr tritt, einen Anspruch darauf, daß der Beamte seine dienstlichen Obliegenheiten treu und gewissenhaft erfüllt und insbesondere eingehende Gesuche sorgfältig und beförderlich prüft¹⁰⁰, ¹⁰¹; eine Verletzung dieser Rechtspflicht bedeutet deshalb eine Rechtswidrigkeit im Sinne von Art. 4 VG.

¹⁰⁰ Vgl. die ausdrückliche Bestimmung in Art. 18 Abs. 5 BG vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer: «Die Gesuche sind von den Behörden des Bundes und der Kantone mit Beförderung zu erledigen».

¹⁰¹ Vgl. dazu Gutachten des EJPD vom 30. Oktober 1923, Salis-Burckhardt, Nr. 555 V betr. die Haftung der Vorgesetzten wegen mangelhafter Beaufsichtigung eines Untergebenen, der eine Unterschlagung beging: «Art. 4 VG darf nicht wörtlich ausgelegt werden, daß nur die Verletzung geschriebenen Rechts die Verantwortlichkeit zu begründen vermöchte. Vielmehr hat die Praxis von jeher angenommen, daß eine die Verantwortlichkeit begründende Rechtswidrigkeit auch dann vorliegt, wenn der Beamte Normen des ungeschriebenen Rechts übertritt, also namentlich wenn er die Pflicht zur gewissenhaften Erfüllung seiner amtlichen Obliegenheiten nicht erfüllt. Dagegen muß den Beamten ein Verschulden treffen.»

cc) Übertretung von Reglementen

Der in Art. 4 VG erwähnte Ausdruck «Reglement» umfaßt grundsätzlich Rechtsverordnungen und interne Verwaltungsverordnungen (Dienstanweisung)¹⁰². Die Auslegung muß im Sinne der heutigen Verwaltungswissenschaft erfolgen. Darnach liegt ein rechtswidriger Akt gegenüber dem Bürger nur vor bei Verletzung eines Rechtssatzes, der die Verwaltung gegenüber dem Bürger bindet. Die bloße Verletzung einer internen Verwaltungsinstruktion enthält grundsätzlich nur eine Pflichtverletzung gegenüber dem Staat, nicht gegenüber dem Bürger; doch kann das Abweichen von einer verwaltungsinternen Instruktion in einem Einzelfall ohne sachlichen Grund den Rechtssatz der Gleichbehandlung der Bürger verletzen¹⁰³. Die Haftung des Beamten setzt ferner ein Verschulden voraus. Art. 4 und 7 VG sind immer in diesem Sinne interpretiert worden¹⁰⁴; doch genügt jede Form der Fahrlässigkeit. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen im ersten Abschnitt «Grundfragen der Verantwortung in der Verwaltung» verwiesen werden.

b) Schadenszufügung durch amtliche Verrichtung

Das VG bezieht sich nur auf Schadenszufügung durch amtliche Verrichtung. Andernfalls gilt ausschließlich Art. 41 OR¹⁰⁵. Was bei einem Beamten zu seinen amtlichen Verrichtungen gehört, beurteilt sich grundsätzlich nach seinem Pflichtenkreis¹⁰⁶. Immerhin soll ja gerade die Über-

¹⁰² Fleiner, Institutionen 8. Aufl. 61 ff.; Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre 2. Aufl. 118.

¹⁰³ Vgl. dazu Verw.E. 12 (1938) Nr. 24: Der Umstand, daß die Behörden auch in andern Fällen hätten einschreiten sollen, dies aber nicht getan haben, macht ein an sich rechtmäßiges Einschreiten in späteren Fällen nicht rechtswidrig.

¹⁰⁴ Salis-Burckhardt Nr. 552 III, Nr. 555 V, Nr. 557 I.

¹⁰⁵ Beispiel von Amtshandlungen BGE 35 II 366/67: Verhaftung, BGE 54 II 443: Verbringen in ein Irrenhaus, BGE 49 II 298: Beschlagnahme und nachfolgende Veräußerung von Waren.

¹⁰⁶ Die Auskunft, die ein Zollbeamter in seiner Freizeit in einer Zollfrage erteilt, ist meines Erachtens als Amtshandlung zu be-

schreitung der Amtsbeauftragung unter das VG fallen. Entscheidend ist somit, ob der Beamte infolge seiner amtlichen Stellung in der Lage war, die schädigende Handlung vorzunehmen und ob der Geschädigte nach den konkreten Umständen die schädigende Handlung als Amtshandlung betrachten durfte¹⁰⁷. Besteht die amtliche Verrichtung in einem rechtswidrigen Beschuß einer Behörde, so haften die Mitglieder der Behörde anteilmäßig¹⁰⁸.

c) Vorprüfung durch den Bundesrat

Die Verantwortlichkeitsklage des geschädigten Dritten unterliegt einer Vorprüfung durch den Bundesrat (Art. 43 VG). Verweigert der Bundesrat die Zustimmung zur Zivilklage, so dürfen die Zivilgerichte die Klage nur an Hand nehmen, wenn der Kläger eine vom Bundesgericht festzusetzende Kaution geleistet hat¹⁰⁹. Diese Vorprüfung von Zivilklagen geht gleich wie die strafrechtliche Verfolgungsermächtigung auf die «garantie constitutionnelle» zurück, die die französischen Beamten von der Französischen Revolution bis 1870 gegen ungerechtfertigte Klagen

trachten; denn der Empfänger der Auskunft darf davon ausgehen, daß er bei einem Besuch auf dem Zollamt während der Schalterstunden die gleiche Auskunft erhalten hätte. Umgekehrt ist eine Auskunft, die ein Fremdenpolizeibeamter während der Arbeitszeit in Zollsachen erteilt, keine Amtshandlung, weil der Bürger nach den Umständen wissen muß, daß er sich in Zollfragen an die Zollbehörde zu wenden hat und daß der Beamte der Fremdenpolizei ihm die Auskunft nur auf Grund seiner privaten Kenntnis erteilt hat (vgl. betr. die Haftung für Auskünfte im allgemeinen Salis-Burckhardt Nr. 556 I; Haftung eines Konsuls wegen falscher Auskunft über ein notwendiges Visum und dadurch verursachte unnötige Reisekosten).

¹⁰⁷ Ähnlich im französischen Recht die Abgrenzung zwischen «faute personelle» und «faute de service».

¹⁰⁸ Kann ein Behördemitglied für seinen Anteil nicht aufkommen, so haftet subsidiär der Bund (Art. 3 Abs. 3 VG), die Bundeshaftung beschränkt sich jedoch auf diesen Sonderfall; bei ausschließlicher Haftung eines Beamten besteht keine Bundeshaftung für den Ausfall.

¹⁰⁹ Einzelheiten bei Sager 114.

schützen sollte. Dieses «Privileg», das in Frankreich vor 80 Jahren aufgehoben wurde, hat sich im Bund bis heute gehalten und soll dem Bundesbeamten einen gewissen Schutz gegen leichtfertige Verantwortlichkeitsklagen bieten¹¹⁰ und dem Bundesrat Gelegenheit geben, sich dazu auszusprechen, ob die vorgeworfene Amtshandlung überhaupt eine Amtspflichtverletzung darstellen kann¹¹¹. Der Bundesrat prüft — ohne ein Beweisverfahren durchzuführen — die Erfolgsaussichten der Klage, ähnlich wie der Gerichtspräsident bei Begehren um unentgeltliche Prozeßführung und um Bestellung eines Armenanwaltes. Das EJPD hat sich einmal dahin geäußert, daß dem Kläger die Kautionsleistung zugemutet werden könne, «wenn die Klage zwar nicht aussichtslos sei, aber nur geringe Aussicht auf Erfolg habe»¹¹². Das Vorverfahren hat auch für den Kläger Vorteile. Er kommt mit geringen Kosten zu einer vorläufigen Beurteilung der Rechtslage und kann auf Grund des Entscheides des Bundesrates die Prozeßausichten weit besser beurteilen¹¹³.

Wird ein Strafverfahren gegen einen Bundesbeamten mit Ermächtigung des EJPD durchgeführt, so bedarf die Geltendmachung von Zivilansprüchen keiner zusätzlichen Ermächtigung mehr¹¹⁴.

d) Zivilrechtlicher Anspruch; Verhältnis zum OR

Das VG verwendet den Ausdruck *Zivilklage*. Auch wenn es sich um einen Schadenersatzanspruch handelt, der aus einer rechtswidrigen Amtshandlung abgeleitet wird, geht es doch um den Anspruch eines Bürgers, der nicht gegen den Staat, sondern gegen eine andere natürliche Person durchgesetzt wird. Deshalb ist der Anspruch nach Bundesrecht als zivilrechtlicher Anspruch zu betrachten,

¹¹⁰ EJPD vom 18. August 1944, Verw.E. 1944/45 Nr. 12.

¹¹¹ Salis-Burckhardt Nr. 555 III, Verw.E. 11 (1937) Nr. 23.

¹¹² EJPD vom 18. August 1944, Verw.E. 1944/45 Nr. 12.

¹¹³ Vgl. Salis-Burckhardt Nr. 552 III und VI, Nr. 555 III, Nr. 556 VIII, Nr. 557 I, Verw.E. 11 Nr. 23.

¹¹⁴ Verw.E. 1944/45 Nr. 11.

in Übereinstimmung mit der deutschen Doktrin zu § 839 BGB¹¹⁵. Der Zivilrichter sieht aus der Begründung der Verfolgungsermächtigung, wie der Bundesrat die angebliche Amtspflichtverletzung beurteilt. Er ist jedoch an diese Beurteilung der öffentlich-rechtlichen Vorfrage nicht gebunden.

Das VG regelt nicht die Höhe des Ersatzanspruches. Diesbezüglich müssen die Art. 42—44 OR in die Lücke treten, das heißt, der Richter kann sowohl bei leichter Fahrlässigkeit des Beamten als auch mit Rücksicht auf dessen Vermögensverhältnisse die Ersatzpflicht ermäßigen.

Dagegen enthalten die Art. 11/12 VG Sondervorschriften über die Verjährung; Art. 60 OR ist also nicht anwendbar¹¹⁶.

Über das Problem der solidarischen oder anteilmäßigen Haftung beim Zusammenwirken von Pflichtverletzungen mehrerer Beamter, insbesondere von Vorgesetzten und Untergebenen, vgl. die Ausführungen oben S. 217a.

2. Die Haftung der kantonalen Beamten gegenüber Dritten

a) Die grundsätzliche Regelung von Art. 61 Abs. 1 OR

Für die Verantwortlichkeit der kantonalen Beamten gegenüber Dritten gelten grundsätzlich Art. 41 ff. OR (Art. 61 Abs. 1 OR). Der Bund regelt also deren Verantwortlichkeit und erklärt das Zivilrecht als anwendbar. Die Lösung ist eine grundsätzlich andere als bei der internen Verantwortlichkeit gegenüber dem Staat, die immer dem kantonalen öffentlichen Recht unterstellt ist.

¹¹⁵ Fleiner, Institutionen 8. Aufl. 276.

¹¹⁶ Die Justizabteilung nimmt — wohl etwas formalistisch — an, diese Verjährung könne nicht durch Zustellung eines Zahlungsbefehls nach Art. 135 Ziff. 2 OR unterbrochen werden; Verw.E. 1951 Nr. 25.

Art. 61 OR gestattet jedoch den Kantonen, eine vom Zivilrecht abweichende Ordnung für diejenigen Beamten aufzustellen, die nicht in einem Gewerbebetrieb der öffentlichen Hand tätig sind. Diese abweichende Ordnung kann öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich sein: Die Kantone können die Haftung der Beamten gegenüber Dritten ganz aufheben, weil eine entsprechende Staatshaftung besteht, so Luzern, Schaffhausen, Graubünden, Aargau¹¹⁷, oder sie beschränken die Haftung für alle oder einen Teil der Beamten auf grobe Fahrlässigkeit, so Zürich Art. 224 EGZGB¹¹⁸, Schwyz Art. 234 EGZGB¹¹⁸, Obwalden Art. 6 kVG, Appenzell-Außerrhoden Art. 192 EGZGB¹¹⁸, St. Gallen Art. 2 kVG, Tessin Art. 195 EGZGB, Waadt Art. 30 loi du 9 juin 1947 sur le statut général des fonctions publiques cantonales, Art. 19 loi d'organisation judiciaire¹¹⁹.

Einzelne Kantone haben, gestützt auf Art. 61 Abs. 1 OR, bis heute eine Verfolgungsermächtigung bei zivilen Verantwortlichkeitsklagen gegen Beamte beibehalten, wobei vier verschiedene Formen der Verfolgungsermächtigung zu unterscheiden sind:

- a) Bei Verweigerung der Verfolgungsermächtigung übernimmt der Staat die Verantwortlichkeit, und der Bürger kann gegen den Staat klagen — also die Lösung, die der Bund hinsichtlich seiner höchsten Magistraten kennt (Art. 33 Satz 2 VG); so Fribourg¹²⁰ und Thurgau¹²¹.

¹¹⁷ Unten S. 304a.

¹¹⁸ Urkundspersonen haften für jede Fahrlässigkeit.

¹¹⁹ Man will gerade dadurch die Ängstlichkeit der Beamten, sie könnten sich durch ihre Handlungsweise verantwortlich machen, bekämpfen, Bericht der Waadtländer Regierung zum Beamten gesetz vom 9. Juni 1947, S. 14; vgl. oben S. 223a.

¹²⁰ Für Verwaltungsbeamte Art. 14 kVG vom 5. Oktober 1850, für Richter und Gerichtsbeamte Art. 104 Gesetz über die Gerichts organisation vom 22. November 1949; bei mißbräuchlichen Verantwortlichkeitsklagen sind Bußen bis Fr. 500.— vorgesehen.

¹²¹ § 30/31 kVG: bei Klagen gegen den Staat nach Verweigerung der Verfolgungsermächtigung ist der Kläger kautionspflichtig.

- b) Die Verfolgungsermächtigung besteht für Klagen gegenüber den Beamten, davon unabhängig besteht eine direkte Klage gegen den Staat, die keine Verfolgungsermächtigung voraussetzt. So Waadt für die «prise à partie», der Richter und Gerichtsbeamten, Art. 493/96 ZPO¹²².
- c) Bei Verweigerung der Verfolgungsermächtigung ist die Klage nur nach Leistung einer Kautionsmöglich, also die für die Bundesbeamten im VG vorgesehene Lösung; so St. Gallen Art. 4/5 kVG.
- d) Die Verwaltungsinstanzen entscheiden abschließend, ob eine Amtspflichtverletzung vorliegt; bei Verweigerung der Verfolgungsermächtigung entfällt überhaupt jeder Anspruch; die Gerichte haben nur über das Bestehen und die Höhe eines Schadens und über die Höhe des Ersatzanspruches zu entscheiden¹²³. So Bern, § 48 kVG und Entwurf zum Gesetz über das Dienstverhältnis Art. 36. Diese Lösung entspricht einer streng durchgeführten Gewaltentrennung. Sie hat aber den Nachteil, daß die Verwaltungsbehörden selbst über das Vorliegen einer Amtspflichtverletzung endgültig entscheiden. Der Entwurf zum neuen Gesetz über das Dienstverhältnis (Art. 36) hält für die Verfolgung der Beamten an der Prüfung der Amtspflichtverletzung durch die Verwaltungsbehörden fest, doch kann der Anspruch gegen den Staat ohne Vorverfahren geltend gemacht werden.

Haben die Kantone einzelne Bestimmungen über die Haftung gegenüber Dritten aufgestellt — diese Bestimmungen brauchen materiell nicht einmal vom OR abzuweichen —, so untersteht das Rechtsverhältnis als Ganzes dem kantonalen Recht, und das Bundesgericht verweigert die Überprüfung, auch wenn die kantonalen Gerichte zur

¹²² Stadlin 104 ff., oben S. 245a.

¹²³ BGE 54 II 203, Roos, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des bernischen Staatsbeamten und die Haftung des Staates, ZBJV 75 (1939), 398.

Lückenfüllung des kantonalen Rechts subsidiär Art. 41 ff. OR angewandt haben¹²⁴.

Eine Reihe von Kantonen haben jedoch auf jede besondere Verordnung verzichtet, so daß das Bundeszivilrecht zur Anwendung kommt. So Uri, Neuenburg, Appenzell-Innerrhoden, Wallis¹²⁵.

Art. 61 OR gilt auch dann, wenn ein Kanton die Staatshaftung geregelt hat, daneben jedoch nichts über die persönliche Haftung der Beamten gegenüber Dritten bestimmt¹²⁶.

b) Sonderbestimmungen

Der Grundsatz, daß die Kantone von Art. 41 OR abweichende Bestimmungen aufstellen können, gilt jedoch nicht ohne Ausnahme. Zum Teil besteht für die kantonalen Beamten zwingendes Bundesrecht, eine Lösung, die notwendigerweise dazu führt, daß in zahlreichen Kantonen für die verschiedenen Beamten teils Bundesrecht, teils kantonales Recht gilt.

1. Die Beamten und Angestellten der «gewerblichen Betriebe» haften immer nach Art. 41 OR (Art. 61 Abs. 2 OR). Als gewerblich gelten dabei Betriebe, mit denen die öffentliche Hand einen Ertrag realisieren will, im Gegensatz zu den Betrieben, die um der öffentlichen Wohlfahrt willen vom Staat geführt werden¹²⁷. Der Vorsteher des kantonalen Salzamtes, der fahrlässigerweise vergiftetes Salz verkauft, haftet nach Art.

¹²⁴ BGE 49 II 436, 53 II 367; Reichlin ZBl 36 (1935), 69.

¹²⁵ Betr. den Kanton Wallis hat das Bundesgericht in BGE 54 II 364 ausdrücklich die Frage offen gelassen, ob — angesichts des Vorbehaltens in Art. 63 Abs. 3 BV betr. die Organisation der kantonalen Gerichte — Art. 61 Abs. 1 OR auch auf kantonale Richter zur Anwendung komme; im zu beurteilenden Fall konnte die Frage offen bleiben, weil die Prüfung auch bei einer Beurteilung nach OR abgewiesen werden mußte.

¹²⁶ So Neuenburg und Genf, BGE 30 II 304, Zwahlen SJK Nr. 372.

¹²⁷ Vgl. unten S. 288a.

41 OR für leichte Fahrlässigkeit, während der Chefarzt des Kantonsspitals bei einem Kunstfehler gegebenenfalls nach kantonalem Recht nur bei grober Fahrlässigkeit haftet¹²⁸. Insbesondere unterstehen die Beamten der Kantonalbanken dem OR.

2. Die Zivilstandsbeamten, die Handelsregisterführer und deren Aufsichtsbehörde haften nach Bundesrecht für jede Fahrlässigkeit mit subsidiärer Haftung der Kantone (Art. 42 ZGB, Art. 928 OR).
3. Die Betreibungs- und Konkursbeamten haften nach Art. 5/7 SchKG für jede Fahrlässigkeit und haben auch für schuldhafte Handlungen der von ihnen eingestellten Angestellten einzustehen — ohne Exceptionsbeweis im Sinne von Art. 55 QR; die Kantone haften subsidiär¹²⁹.
4. Die Vormundschaftsbehörden und deren Aufsichtsbehörden haften dem Mündel nach Art. 426 ZGB für jede Fahrlässigkeit; Dritten haften sie dagegen nur nach Art. 61 OR oder nach kantonalem Recht¹³⁰.

V. Die Verantwortlichkeit der mit öffentlichen Aufgaben betrauten Verbandspersonen

Die Heranziehung privater Organisationen für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben gehört zu den hervor-

¹²⁸ Reichlin ZBl 36 (1935), 98; soweit der Beamte nach Art. 61 Abs. 2 OR haftet, haftet das Gemeinwesen neben ihm solidarisch nach Art. 55 ZGB oder 55 OR; unten S. 288a.

¹²⁹ Vgl. Fritzsche Hans, Die Verantwortlichkeit der Betreibungs- und Konkursbeamten, SJK Nr. 976.

¹³⁰ Egger, Kommentar zu Art. 426 ZGB N. 16; Jos. Kaufmann, Vorb. zu Art. 426 ZGB N 5. Jos. und Otto K. Kaufmann, Die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Behörde, SJK Nr. 297; als gutes Beispiel einer Haftung gegenüber Dritten vgl. BGE 53 II 363: Der Präsident einer Vormundschaftsbehörde erteilt die Zustimmung zu einem Verpflichtungsgeschäft gemäß

stechendsten Merkmalen der jüngsten Rechtsentwicklung¹³¹. Alle diese Organisationen sind für die richtige Erfüllung der ihnen obliegenden Aufgaben verantwortlich. Auf die großen rechtspolitischen Fragen, die sich aus der Heranziehung der privaten Organisationen durch den Staat bei der Erfüllung seiner Aufgaben ergeben, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Unter dem Gesichtspunkt der Verantwortlichkeit dieser Organisationen für die richtige Durchführung der überbundenen amtlichen Funktionen sind immerhin einige Ausführungen über folgende Fragen geboten:

1. Die übertragenen Aufgaben.
2. Die Abgrenzung gegenüber verwandten öffentlich-rechtlichen Beziehungen.
3. Die verwaltungsrechtlichen Befugnisse der herangezogenen Organisationen und deren Verantwortung gegenüber dem Bürger bei rechtswidriger Handhabung dieser Befugnisse.
4. Die Verantwortlichkeit der Organisationen gegenüber dem Staat.
5. Die Verantwortlichkeit des Staates für die pflichtgemäße Amtsführung der Organisationen.

1. Die übertragenen Aufgaben

Wohl das älteste Beispiel einer Übertragung amtlicher Funktionen an private Vereine bildet in der Schweiz die Durchführung des Schießwesens außer Dienst durch die

Art. 177 Abs. 3 ZGB, ohne die übrigen Behördenmitglieder zu begrüßen. Das Verpflichtungsgeschäft ist ungültig, der Präsident der Vormundschaftsbehörde nach kantonalem Recht haftbar.

¹³¹ Vgl. Hans Georg Giger, Die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben, Bern 1951; Hans Huber, Verbandsrecht und staatliches Recht, ZBl 50 (1949), 52; Braun Christoph, Die Durchführung öffentlicher Aufgaben im allgemeinen, insbesondere durch Private, Diss. Basel 1944 MS.

anerkannten Schießvereine¹³². Auch die Betrauung des elektrotechnischen Vereins mit dem eidgenössischen Starkstrominspektorat besteht schon seit einem halben Jahrhundert (Art. 21 Ziff. 3 Elektrizitätsgesetz von 1902). In den letzten Jahrzehnten hat sodann die Mitwirkung privater Organisationen auf dem Gebiete der sozialen Versicherung wachsende Bedeutung erlangt — die Durchführung der Kranken-, Alters- und Arbeitslosenversicherung sowie die Ausrichtung von Lohn- und Verdienstausfall und von Familienzulagen durch private, vom Bund oder von den Kantonen anerkannte Kassen¹³³. Bekannt sind auch die weitgehenden amtlichen Befugnisse, die der Bund den Berufsverbänden auf dem Gebiete der beruflichen Ausbildung übertragen hat¹³⁴.

In der neuesten Zeit steht die Übertragung von wirtschaftspolitischen Aufgaben im Vordergrund. Die Handelskammern stellen Ursprungszeugnisse aus, und zwar sowohl auf Grund des Zollgesetzes für den Reparaturverkehr (Art. 7 Abs. 2 Zollgesetz, Ursprungszeugnisverordnung vom 9. Dezember 1929, BS 10, 525) als auch für die Zulassung von Forderungen zum gebundenen Zahlungsverkehr¹³⁵. Die zuständigen Wirtschaftsorganisationen sind Kontingentsverwaltungsstellen mit Bezug auf die Zulassung von Warenforderungen zum gebundenen Zahlungsver-

¹³² Verordnung vom 29. November 1935 über das Schießwesen außer Dienst (BS 5, 119).

¹³³ Art. 1 ff. KUVG; Art. 53 ff. AHVG; Art. 6 ff. BG vom 22. Juni 1951 über die Arbeitslosenversicherung (AS 1951, 1163); Art. 22 BG vom 25. September 1952 über die Erwerbsausfallentschädigung an Wehrmänner (Erwerbsersatzordnung) (AS 1952, 1021); die kantonalen Gesetze über die Familienausgleichskassen in den Kantonen Luzern, Fribourg, Wallis, Waadt und Genf.

¹³⁴ BG vom 16. Juni 1930 über die berufliche Ausbildung (BS 4, 35) und dazu Giger, a.a.O. 88 ff.

¹³⁵ Verfügung der Handelsabteilung vom 15. Mai 1950 betr. Ursprungsbescheinigungen in gebundenem Zahlungsverkehr mit dem Ausland (AS 1950, 437).

kehr¹³⁶. Die sogenannten «Affidavitbanken» sind damit beauftragt, den schweizerischen Charakter von in Wertpapieren verkörperten Finanzforderungen im Hinblick auf die Zulassung zum gebundenen Zahlungsverkehr zu prüfen¹³⁷. Die schweizerische Bankiervereinigung entscheidet über die Anerkennung einer Bank als Affidavitbank¹³⁸. Die Geschäftsstelle zur Prüfung von Gesuchen um die Erteilung von Exportrisikogarantien wird unter Aufsicht des Biga vom Verein schweizerischer Maschinenindustrieller geführt¹³⁹. Die Treuhandstelle schweizerischer Lebensmittelimporteure besorgt weitgehend die Kontrolle der vom Delegierten für wirtschaftliche Landesverteidigung abgeschlossenen Pflichtlagerverträge für Lebensmittel¹⁴⁰; gemäß Art. 9 des BB vom 22. Juni 1951 über Maßnahmen zur Erhaltung der schweizerischen Uhrenindustrie¹⁴¹ kann die schweizerische Uhrenkammer, die Dachorganisation der Verbände der Uhrenindustrie, für den Vollzug dieses Beschlusses herangezogen werden.

Von besonderer Bedeutung ist die Mitwirkung der Wirtschaftsorganisationen bei der Durchführung des BG vom 3. Oktober 1951 über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes (Art. 120 Landwirtschaftsgesetz)¹⁴². Auf dem Gebiete des Weinbaues hat

¹³⁶ Art. 1/2 Vf. EVD vom 15. Mai 1950 über die Zulassung von Forderungen zum gebundenen Zahlungsverkehr mit dem Ausland (AS 1950, 421).

¹³⁷ Art. 2 der VO des Bundesrates vom 30. Mai 1952 über Affidavits im gebundenen Finanzzahlungsverkehr mit dem Ausland (AS 1952, 501).

¹³⁸ Art. 3 der in N. 138 zit. VO vom 30. Mai 1952.

¹³⁹ BG vom 6. April 1939 über die Exportrisikogarantie (AS 10, 512; Giger, a. a. O. 105).

¹⁴⁰ Art. 3 BG vom 1. April 1938 über die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern (AS 10, 799) und Art. 8 Abs. 6 der Verordnung I dazu vom 30. Dezember 1938 (betr. Bestandesaufnahme und Vorratshaltung) (BS 10, 804).

¹⁴¹ AS 1951, 12, 31; vgl. auch Art. 43 der VV dazu vom 21. Dezember 1951 (AS 1951, 12, 41).

¹⁴² BBl 1951 III 129.

der Bund mit der Organisation der Weinaufkäufer, der Coopérative d'achat de vins indigènes (CAVI) schlechte Erfahrung gemacht¹⁴³, während die Durchführung der Maßnahmen zur Sicherung des Absatzes von Schlachtvieh und Fleisch durch die schweizerische Genossenschaft für Schlachtvieh und Fleisch (GSF) allgemein befriedigte¹⁴⁴. Auf dem Gebiete der Milchwirtschaft wird dem Zentralverband schweizerischer Milchproduzenten (ZVSM) durch Art. 10 des Entwurfes zum Milchbeschuß vom 13. Februar 1953¹⁴⁵ die öffentlich-rechtliche Pflicht überbunden, «im Einvernehmen mit den andern beteiligten milchwirtschaftlichen Organisationen und Verwerterkreisen die geordnete und kostensparende Konsummilchversorgung des Landes zu gewährleisten und für eine zweckmäßige Milchverarbeitung zu sorgen». Der Bundesrat kann für die richtige Erfüllung dieser Aufgabe Richtlinien aufstellen (Art. 11 Milchbeschuß), und der ZVSM hat zudem nach Maßgabe des Art. 2 Milchbeschuß durch die Bezahlung der Milch nach Qualität eine Verbesserung der Qualität der Milch zu gewährleisten. Die einzelnen Milchsammelstellen sind verpflichtet, sämtliche im Einzugsgebiet produzierte Verkehrsmilch abzunehmen (Art. 6 Milchbeschuß). Mit Bezug auf den Käse haben der ZVSM, der schweizerische Milchhändlerverband, der Käsegroßhandel und die gemeinsame Organisation all dieser Gruppen, die schweizerische Käse-

¹⁴³ Die CAVI wurde herangezogen gestützt auf Art. 8 BRB vom 1. September 1936 / 22. Dezember 1950 zum Schutze des Weinbaues und zur Förderung einheimischer Weinprodukte (BS 9, 402; AS 1950, 1519; 1951, 1131).

¹⁴⁴ Art. 13 BRB vom 2. November 1948 über die Produktion, Einfuhr und Verwertung von Tieren, Fleisch und Fleischwaren (AS 1948, 1082). Die GSF umfaßt im Gegensatz zu andern auf Grund des Landwirtschaftsgesetzes herangezogenen Organisationen alle beteiligten Interessentengruppen: die Verbände der Schlachtviehproduzenten, der Händler und Metzger sind Mitglieder der Genossenschaft, in der Verwaltung sitzen außerdem Konsumentenvertreter.

¹⁴⁵ BBl 1953 I 389.

union A G., geeignete Maßnahmen zu treffen zur Förderung der Käsequalität sowie zur Erhaltung und Steigerung des Käseabsatzes im In- und Ausland zu Preisen, die dem Landwirtschaftsgesetz entsprechen.

Besonders weitgehende Befugnisse erhielten die Wirtschaftsorganisationen im Rahmen der Kriegswirtschaft. Dabei sind die sogenannten kriegswirtschaftlichen Syndikate wohl trotz der von ihnen gewählten Rechtsform als privatrechtliche Genossenschaften als öffentlich-rechtliche Körperschaften und damit als Organe des Bundes anzusprechen¹⁴⁶.

2. Abgrenzung der Übertragung öffentlicher Funktionen gegenüber verwandten öffentlich-rechtlichen Beziehungen

Die vorangegangene Übersicht zeigt, wie vielgestaltig die öffentlichen Aufgaben sind, die der Bundesgesetzgeber privaten Organisationen übertragen hat. Dabei ist die Übertragung öffentlicher Funktionen wohl zu unterscheiden von zwei verwandten Instituten des öffentlichen Rechts: Von der Unterstützung der Verbände bei der Verfolgung ihrer selbstgewählten privaten Zielsetzungen und von der bloßen Überbindung besonderer öffentlich-rechtlicher Pflichten.

Häufig verfolgen private Organisationen auf Grund ihrer Statuten Zwecke, an deren Verwirklichung die öffentliche Hand mitinteressiert ist. Solche Organisationen werden deshalb durch Beiträge (Subventionen) unterstützt. Darin liegt noch keine Übertragung amtlicher Funktionen. Selbstverständlich sind aber auch solche Organisationen dem Gemeinwesen gegenüber verantwortlich, daß die Beiträge zweckmäßig verwendet werden und daß die öffentlich-rechtlichen Bedingungen und Auflagen, die an die Beiträge geknüpft sind, erfüllt werden. Aus diesem Grunde besteht

¹⁴⁶ Schmucki, Die rechtliche Organisation der kriegswirtschaftlichen Syndikate, Diss. Zürich 1945, 212.

auch für diese Organisationen eine Pflicht zur Berichterstattung und Rechnungsablage.

Unter Umständen kann der Bund einer privaten Organisation auch rein privatrechtlich bestimmte Aufträge erteilen, wobei sich dann die Verantwortlichkeit für die richtige Erfüllung des Auftrages nach Art. 398 OR richtet.

Von einer Übertragung amtlicher Funktionen kann demgegenüber nur gesprochen werden, wenn der Staat Aufgaben, die primär ihm selbst durch Gesetz überbunden sind, auf private Organisationen überträgt. Statt damit eigene haupt- oder nebenamtliche Beamte — also natürliche Personen — zu betrauen, wird die Aufgabe juristischen Personen überbunden, die zum Staat in ein ähnliches öffentlich-rechtliches Abhängigkeitsverhältnis treten, wie nebenamtliche Beamte, die teils für den Staat tätig sind, teils andere berufliche Ziele verfolgen; das öffentlich-rechtliche Verhältnis ist jedoch ein öffentlich-rechtliches Auftragsverhältnis, kein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis. Die Übertragung solcher amtlicher Funktionen ist auch zu unterscheiden von der Übertragung öffentlich-rechtlicher Befugnisse und der Überbindung öffentlich-rechtlicher Pflichten im Rahmen einer Konzession. Man denke etwa an das Expropriationsrecht und die Beförderungspflicht der Eisenbahngesellschaften, an das Expropriationsrecht und die Belieferungspflicht privater Elektrizitätswerke. Der Konzessionär erlangt durch die Konzession einen sogenannten «wohlerworbenen» öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Ausnutzung der Konzession¹⁴⁷. In der Übertragung öffentlicher Funktionen an private Organisationen liegt dagegen in der Regel keine Konzession, so daß der öffentlich-rechtliche Auftrag jederzeit entschädigungslos widerrufen werden kann, entsprechend dem Widerruf privatrechtlicher Aufträge nach Art. 404 OR. Immerhin verbietet der Grundsatz der Gleichbehandlung den willkürlichen Widerruf gegenüber einer einzelnen Or-

¹⁴⁷ Vgl. Art. 43 Abs. 1 BG vom 22. Dezember 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, BS 4, 729.

ganisation, wenn mehrere in gleicher Weise zur Mitwirkung herangezogen worden sind; der Widerruf kommt deshalb vor allem als administrative Sanktion bei Pflichtverletzungen vor¹⁴⁸.

3. Die verwaltungsrechtlichen Befugnisse der zur Mitarbeit herangezogenen Organisationen und deren Verantwortung gegenüber dem Bürger bei rechtswidriger Handhabung dieser Befugnisse

Die Organisationen können die ihnen übertragenen Aufgaben nur richtig erfüllen, wenn sie dazu auch über die nötigen Mittel verfügen. In zahlreichen Fällen genügen dazu die Rechtsbehelfe des Verbandsrechts und Vertragsrechts, insbesondere wenn die überbundene Aufgabe nur ein Tätigwerden gegenüber Mitgliedern der Organisation verlangt. Die Mittel des Privatrechts versagen jedoch, wenn es nötig wird, Außenseitern oder Dritten Pflichten aufzuwerlegen. Die Zwangsmitgliedschaft und die Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsbeschlüssen sind grundsätzlich mit der Vereinsfreiheit (Art. 56 BV) unvereinbar. Die Übertragung öffentlich-rechtlicher Befugnisse muß in jedem Einzelfall der übertragenen Aufgabe angepaßt sein und richtet sich nach der positiven Gesetzgebung. Die Organe der kriegswirtschaftlichen Syndikate hatten zum Beispiel ähnliche Befugnisse wie die Kontrollorgane der staatlichen Kriegswirtschaftsämter; gewaltsamer Widerstand gegen ihre Anordnungen wurde als Hinderung von Amtshandlungen (Art. 285 StGB) und als Gewalt und Drohung gegen Beamte (Art. 286 StGB) betrachtet¹⁴⁹. In andern Fällen gehen die Befugnisse der Organe von herangezogenen Organisationen weniger weit. Ausdrücklich erwähnt wird häufig die Befugnis, Ordnungsbußen aufzuerlegen und Gebühren zu erheben. Recht weit sollen auch die Befugnisse der Organe der milchwirtschaftlichen Organisationen

¹⁴⁸ Unten S. 277a.

¹⁴⁹ BGE 70 IV 213.

bei Verletzung des Milchlieferungsregulativs gehen (Art. 39 Milchbeschuß) — das logische Korrelat der öffentlich-rechtlichen Pflicht der Verbände, auf die Qualitätsverbesserung der Milch hinzuarbeiten.

Nach den Umständen des Einzelfalles beurteilt sich auch die Frage, wieweit die allgemeinen Amtspflichten, die die Beamten treffen, auch für die Organe der zur Mitwirkung herangezogenen Organisationen gelten. Insbesondere ist jeweils zu prüfen, wieweit die Verbandsorgane eine Verschwiegenheitspflicht trifft¹⁵⁰.

Soweit die Organe solcher Organisationen in Verletzung von verbandsrechtlichen, vertraglichen oder allgemeinen privatrechtlichen Pflichten Schaden stifteten, haften Organ und Organisation dem geschädigten Dritten solidarisch nach Art. 55 Abs. 2 und Abs. 3 ZGB, auch wenn gleichzeitig eine öffentlich-rechtliche Pflicht mitverletzt ist; so bedeutet die ungerechtfertigte Verweigerung der Abnahme von Milch wegen eines vermeintlichen, aber tatsächlich nicht bestehenden Verstoßes gegen das Milchlieferungsregulativ (Art. 39 Abs. 1 lit. d E. zum Milchbeschuß) nicht nur eine ungerechtfertigte administrative Maßnahme, sondern auch die Verletzung einer verbandsrechtlichen oder vertraglichen Übernahmepflicht¹⁵¹. Soweit es sich jedoch bei Pflichtverletzungen um ausschließlich administrative Maßnahmen handelt, die der Verband nach Privatrecht nicht ergreifen könnte, ist anzunehmen, daß der Verband für seine Organe nicht weitergehend haftet als der Staat für seine Beamten¹⁵².

¹⁵⁰ Ausdrückliche Bestimmungen über die Schweigepflicht in Art. 50 AHVG; Art. 48 Abs. 3 Arbeitslosenversicherungsgesetz; Art. 10 BG über die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern und Art. 14 der Verordnung I dazu (Verschwiegenheitspflicht auch gegenüber den Steuerbehörden!). Dazu Bericht des Delegierten für wirtschaftliche Landesverteidigung S. 46; zur Verschwiegenheitspflicht der Verbandsorgane im allgemeinen Giger a.a.O. 167.

¹⁵¹ Art. 6 Abs. 6 E. zum Milchbeschuß.

¹⁵² Deshalb haftet meines Erachtens z. B. der elektrotechnische

4. Die Verantwortlichkeit der Organisationen gegenüber dem Staat

Die Organisationen sind dem Staat für die richtige Erfüllung ihrer Aufgaben auf Grund des öffentlich-rechtlichen Auftragsverhältnisses verantwortlich. Besondere Vorschriften über diese Verantwortlichkeit fehlen im allgemeinen. Doch wird man im Bund — und nur vom Bundesrecht ist hier im einzelnen die Rede — die Grundsätze des VG, insbesondere hinsichtlich der Verjährung von vermögensrechtlichen Ansprüchen des Bundes, zur Anwendung bringen können. Die Verantwortlichkeit der Organisationen gegenüber dem Bund ist, genau gleich wie die Verantwortung der Beamten, zunächst eine ethisch-politische¹⁵³. Die Organisationen haben der vorgesetzten Bundesinstanz jederzeit Auskunft über die Erfüllung der ihnen übertragenen Tätigkeit zu erteilen; sie müssen jährlich Bericht erstatten und ihre Rechnungslegung, soweit sie Beiträge erhalten, durch die eidgenössische Finanzkontrolle prüfen lassen. Gegebenenfalls können ihnen die vorgesetzten Behörden Weisungen hinsichtlich der Erfüllung ihrer Aufgabe erteilen; sie können auch Einsprache erheben gegen Anordnungen, die nicht den Absichten des Bundes hinsichtlich der Handhabung der übertragenen Befugnisse entsprechen. Bei den milchwirtschaftlichen Organisationen (ZVSM, Käseunion und Butyra) nehmen Vertreter des Bundesrates an den Sitzungen der Organisationen teil, um eine laufende Kontrolle auszuüben¹⁵⁴.

Verein als Träger des Starkstrominspektorates nicht, wenn ein Angestellter dieser Amtsstelle durch mangelhafte Kontrolle einen Schaden stiftet. Dagegen haftet meines Erachtens ein milchwirtschaftlicher Verband bei ungerechtfertigter Beschlagnahme von Milch und Milchprodukten durch seinen Inspektor in gleicher Weise wie die Beamten bei ungerechtfertigter Beschlagnahme solcher Produkte durch die Lebensmittelpolizei (Art. 39 Abs. 4 E. zum Milchbeschluß; Art. 24 Lebensmittelgesetz).

¹⁵³ Oben S. 217a.

¹⁵⁴ So ausdrücklich Art. 34 Abs. 4 E. zum Milchbeschluß in der Fassung des Nationalrates.

In zahlreichen Fällen bereitet die richtige Erfüllung der überbundenen öffentlichen Aufgaben den Organen privater Organisationen mehr Schwierigkeiten als den Beamten. Der Beamte ist dem Staat als seinem Dienstherrn gegenüber verantwortlich; die Verbandsorgane sind jedoch von Mitgliedern des Verbandes gewählt, und sie sind deshalb in erster Linie zur Wahrung von deren Interessen verpflichtet. Zwischen den vom Bund übertragenen Aufgaben und den Interessen der Mitglieder können leicht Spannungen entstehen, weil das Gruppeninteresse der Mitglieder sich oft nicht mit dem allgemeinen Interesse deckt. Diese Polarität der Verantwortlichkeiten der zur Mitwirkung herangezogenen Verbandsorgane ist viel stärker als die oben S. 220a erwähnte Polarität der Verantwortlichkeiten des Beamten gegenüber dem Staate einerseits und dem Bürger anderseits. Es liegt auf der Hand, daß solche Verbandsorgane allzuoft bald von seiten ihrer Mitglieder, bald von seiten der staatlichen Behörden Vorwürfe erhalten, auch wenn sie glauben, nach bestem Wissen und Gewissen gehandelt zu haben. Es ist notwendig, daß alle Beteiligten sich der Schwierigkeiten einer solchen Doppelstellung bewußt sind.

Bei eigentlichen Pflichtverletzungen ist zwischen der verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeit der Organisation (entsprechend der disziplinarischen Verantwortlichkeit der Beamten), der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Organe und der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit der Organe und der Organisation gegenüber dem Bund zu unterscheiden.

Die verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit äußert sich in den sogenannten administrativen Sanktionen. Am wichtigsten ist die Ersatzvornahme auf Kosten des pflichtwidrig handelnden Verbandes¹⁵⁵ und der Widerruf

¹⁵⁵ Charakteristisch Art. 38 E. zum Milchbeschuß:

«Erfüllen die zur Durchführung dieses Beschlusses herangezogenen Firmen und Organisationen ihre Aufgabe nicht auftragsgemäß, so kann das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement an deren Stelle

des erteilten Auftrages, der «Rückzug der Anerkennung» einer Organisation¹⁵⁶. Der Bund hat in der Regel keine Kompetenz, pflichtwidrig handelnde Organe eines Verbandes selbst zu entlassen, da diese Organe nicht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bunde stehen. Unter Umständen kann der Bund jedoch von der Organisation verlangen, daß sie selbst die Entlassung vornimmt¹⁵⁷. Dies gilt insbesondere, wenn die übertragene Aufgabe eine enge Zusammenarbeit zwischen Staat und Verband verlangt und dieses Vertrauensverhältnis zwischen der staatlichen Behörde und dem Verbandsorgan durch Schuld des letztern in schwerer Weise gestört ist.

Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit kann immer nur die Organe der Organisation treffen; gemäß Art. 110 StGB sind grundsätzlich die Organe, soweit sie amtliche Funktionen erfüllen, als Beamte zu betrachten¹⁵⁸. Die logische Konsequenz scheint zu sein, daß solche Organe die Einholung einer Verfolgungsermächtigung vor Durchführung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeitsklage im

die nötigen Maßnahmen treffen, oder eine andere geeignete Firma oder Organisation mit den Aufgaben betrauen.

Bei Verschulden der Organe können den beteiligten Firmen und Organisationen die dadurch entstehenden Kosten überbunden werden. Im übrigen richtet sich die Verantwortlichkeit der Organe nach dem Bundesgesetz vom 9. Dezember 1850 über die Verantwortlichkeit der eidg. Behörden und Beamten.»

¹⁵⁶ Vgl. Art. 7 der Verordnung vom 29. November 1935 über das Schießwesen außer Dienst betr. die Schießvereine; Art. 33 Abs. 2 und 3 KUVG betr. die Krankenkassen; Art. 24 Abs. 3 und Art. 38 der VO I vom 23. Dezember 1932 zum BG über die berufliche Ausbildung betr. Berufsverbände, die mit Berufsprüfungen betraut sind; Art. 38 Abs. 1 des Entwurfes vom 13. Februar 1953 zum Milchbeschluß; zum ganzen H. G. Giger, Die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben, 166.

¹⁵⁷ Vgl. Art. 3 Ursprungszeugnisverordnung vom 9. Dezember 1929, BS 10, 525.

¹⁵⁸ BGE 71 IV 142 betr. einen Angestellten eines kriegswirtschaftlichen Syndikates.

Sinne von Art. 41 VG verlangen können, wenn ihnen vorgeworfen wird, sie hätten in amtlicher Verrichtung ein Delikt begangen; doch handelt es sich hier um einen heikeln Grenzfall. Einzelne Gesetze enthalten spezielle Straftatbestände bei Pflichtverletzungen von Verbandspersonen, die dem Beamtenrecht nachgebildet sind¹⁵⁹. Unter Umständen bestimmt das Gesetz, daß die Organisation solidarisch mit dem schuldigen Organ für Bußen und Kosten haftet¹⁶⁰.

Für die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der Organe gegenüber dem Bund gilt das VG. Sie haften für schuldhafte mangelhafte Erfüllung der überbundenen Aufgaben persönlich¹⁶¹. Neben den Organen haftet die Organisation solidarisch, weil sie dem Bund gegenüber zur richtigen Erfüllung des übernommenen Auftrages verpflichtet ist; es handelt sich dabei meines Erachtens nicht um eine Haftung aus unerlaubter Handlung im Sinne von Art. 55 Abs. 2 ZGB, sondern um eine öffentlich-rechtliche Haftung auf Grund des öffentlich-rechtlichen Auftragsverhältnisses.

5. Die Verantwortlichkeit des Staates für die pflichtgemäße Amtsführung der Organisationen

Die Regierung ist dem Parlament und der Öffentlichkeit gegenüber für die richtige Erfüllung aller amtlichen Funktionen verantwortlich. Diese Verantwortlichkeit bleibt auch dann bestehen, wenn private Organisationen zur Mitwirkung herangezogen werden. Die Verantwortlichkeit der Regierung ist freilich eine bloße Aufsichtsverantwortung, doch wiegt diese schwer genug. Die Aufsichtsverantwortung berechtigt die Regierung und die der Organisation unmittelbar vorgesetzte Verwaltungsstelle, auf die Durchführung der überbundenen Aufgaben Einfluß zu nehmen,

¹⁵⁹ Z. B. Art. 48/49 BG über die Arbeitslosenversicherung.

¹⁶⁰ Art. 60 BG über die Arbeitslosenversicherung.

¹⁶¹ Vgl. den in N. 155 zit. Art. 38 Abs. 2 E. zum Milchbeschluß.

wie dies oben dargestellt wurde. Die Verbände müssen verstehen, daß die Regierung unter Umständen im allgemeinen Interesse auf bestimmten Anordnungen bestehen muß, an deren Durchsetzung die Mitglieder der Organisation wenig Gefallen finden. Wenn parlamentarische Kommissionen die Geschäftsführung der Verwaltung überprüfen, haben sie auch das Recht und die Pflicht, demjenigen Teil der Verwaltungstätigkeit Aufmerksamkeit zu schenken, der privaten Organisationen überbunden ist¹⁶².

Ein neues VG wird prüfen, wie weit es sich mit der Verantwortlichkeit der mit amtlichen Funktionen betrauten privaten Organisationen befassen will. Eine Diskussion über diese Fragen der Verantwortlichkeit sollte möglich sein, unabhängig davon, ob man die Überbindung amtlicher Funktionen an private Organisationen als eine Maßnahme zur Entlastung des Staatsapparates begrüßt oder sie als eine Auflockerung der staatlichen Autorität, als ein Mittel zum getarnten Ausbau des Staatsinterventionismus ablehnt. Sicher ist jedenfalls, daß die heutige Macht der Verbände nur zum kleinsten Teil auf den ihnen übertragenen öffentlichen Funktionen beruht. Das Verbandsrecht allein gestattet heute wirtschaftliche Machtzentration bei den Verbänden, die auch ohne zusätzliche öffentlich-rechtliche Befugnisse zu einem Merkmal unserer gegenwärtigen Wirtschaftsordnung geworden sind. Die engen Beziehungen zwischen Wirtschaftsverbänden und politischen Parteien steigern noch den Einfluß der Verbände.

VI. Die Verantwortlichkeit der Militärpersonen

Die Durchführung von militärischen Übungen sowie die Wahrung der Unabhängigkeit des Landes und die Aufrecht-

¹⁶² Vgl. die ausdrückliche Unterstellung der zur Mitwirkung herangezogenen Organisationen unter die parlamentarische Kontrolle in Art. 120 Abs. 2 letzter Satz Landwirtschaftsgesetz und Art. 34 Abs. 4 E. zum Milchbeschluß.

erhaltung der Ordnung im Innern mit militärischen Mitteln ist an sich eine «amtliche Funktion». Trotzdem lassen sich Militärpersonen nicht unter Art. 2 VG subsumieren. Strafrechtlich unterstehen Militärpersonen ausschließlich dem MStG und der MStPO; aber auch hinsichtlich der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit kommt das VG auf Militärpersonen nicht zur Anwendung¹⁶³, ausgenommen bei Instruktionsoffizieren, die sich auf das VG berufen können, soweit sie als Instruktoren und nicht als Truppenkommandanten Dienst leisten¹⁶⁴.

1. Die Haftung gegenüber dem Bund

Die Haftung der Militärpersonen gegenüber dem Bund untersteht öffentlichem Recht; es gelten die Art. 114—124 des Beschlusses der Bundesversammlung vom 30. März 1949 über die Verwaltung der schweizerischen Armee (Verwaltungsreglement, VR)¹⁶⁵. Diese Bestimmungen regeln sowohl die Haftung des Wehrmannes bei einer direkten Schädigung des Bundes (Art. 114 VR) als auch dessen Haftung, wenn der Bund für die einem Dritten zugefügte Schädigung nach Art. 27/28 Militärorganisation (MO) aufkommen muß und auf den Schuldigen Regress nimmt. Zuständig zur Beurteilung solcher Ansprüche des Bundes gegen den Wehrmann sind die Abteilungen des EMD und die Rekurskommission der Eid-

¹⁶³ Gutachten EJPD vom 5. Juni 1920; Salis-Burckhardt Nr. 2345; Entscheide des Bundesrates vom 1. September und 10. Oktober 1921, Salis-Burckhardt Nr. 553 II; Oftinger 1071; zurückhaltender das Bundesgericht in BGE 47 II 504 und 47 II 559; a.A. die frühere Praxis des Bundesgerichts BGE 34 II 838.

¹⁶⁴ Hans Hürlimann, Die Haftung des Bundes und der Militärpersonen für den im Militärdienst entstandenen Schaden, Schweiz. Zeitfragen Heft 61, Zürich 1925, 25; Eugène Keppler, Die Rechtsstellung der Heereinheitskommandanten, Diss. Bern 1949, 89 ff.

¹⁶⁵ AS 1949, 1121.

genössischen Militärverwaltung (Art. 123 Abs. 1, 124 VR). Einzig bei der Tötung und Verletzung von Zivilpersonen, wo der Dritte seine Ansprüche vor dem Bundesgericht als Verwaltungsgerichtshof einklagen muß (Art. 110 Abs. 1 lit. b OG), beurteilt das Bundesgericht auch die Regreßansprüche des Bundes gegen die Schuldigen (Art. 123 Abs. 2 VR). Bei diesen sogenannten Regreßansprüchen handelt es sich jedoch, wie das Bundesgericht neuestens in BGE 78 II 426 festgestellt hat, nicht um einen echten Rückgriffsanspruch kraft Subrogation, sondern um einen Anspruch des Bundes kraft eigenen Rechts.

2. Die Haftung gegenüber Dritten

Heikler ist die Frage der Haftung von Militärpersonen gegenüber geschädigten Dritten.

Für Schäden, die bei der Durchführung von militärischen Übungen entstehen, besteht eine öffentlich-rechtliche Kausalhaftung des Bundes gegenüber Dritten gemäß Art. 27/28 MO mit Rückgriffsrecht des Bundes gegen den Schuldigen gemäß Art. 29 MO¹⁶⁶. Die Frage, ob daneben noch ein weiterer Anspruch des Geschädigten gegen die verantwortlichen Wehrmänner besteht, war bis vor kurzem umstritten¹⁶⁷. Art. 87 Abs. 1 Satz 2 und Art. 103 Abs. 1 VR schließt nun solche Ansprüche in Anlehnung an die bundesgerichtliche Praxis (BGE 47 II 179) aus, und die I. Zivilabteilung des Bundesgerichts hat neuestens (BGE 78 II 422) mit eingehender Begründung dargetan, warum die Verletzung einer dienst-

¹⁶⁶ Die Haftung des Bundes umfaßt nach der neuesten Rechtsprechung (BGE 78 II 422 im Gegensatz zu 47 II 522, 68 I 39 und 69 II 91) alle Schädigungen durch militärische Verrichtungen, auch wenn diese Verrichtungen nicht mit einer besondern «militärischen Gefahr» verbunden sind, vgl. unten S. 361a.

¹⁶⁷ Bejahend Zürcher Obergericht in einem Urteil vom 28. Juni 1920, wiedergegeben bei Hürlimann a.a.O. 42; ferner Fleiner, Bundesstaatsrecht 648 N. 33; Oftinger, Haftpflichtrecht 1068; verneinend BGE 47 II 179; Hürlimann a.a.O. 27; Sager 42.

lichen Pflicht weder gegenüber einer geschädigten Zivilperson noch gegenüber einem geschädigten Wehrmann eine privatrechtliche Haftung begründen kann¹⁶⁸. Es entspricht der innern Natur des militärischen Gewaltverhältnisses, daß der Soldat über die Durchführung seiner dienstlichen Aufgaben nur dem Militärherrn Rechenschaft schulden soll. Diese Lösung ist konsequent und erfreulich, unter der Voraussetzung, daß der Bürger sich in Zukunft gestützt auf die neue, in N. 166 erwähnte Auslegung von Art. 27/28 MO in vermehrtem Maße an den Bund halten kann. Da die Haftung des Wehrmanns gegenüber geschädigten Dritten im Krieg sicher nicht strenger ist als im Frieden, haftet im Kriegsfall weder der Bund noch der Wehrmann für allfällige Schäden; dies war der Wille des Gesetzgebers anlässlich der Revision der MO von 1907 (BGE 78 II 425).

Eine persönliche Haftung des Wehrmanns besteht nach BGE 78 II 430 nur bei absichtlich zugefügter Schädigung, ferner für den vom Wehrmann außerhalb seines dienstlichen Pflichtenkreises gestifteten Schaden, zum Beispiel: Ein Kommandant verbietet aus höchst persönlichen Gründen und in Mißbrauch seiner Amtsgewalt den Soldaten, im Ausgang eine bestimmte Wirtschaft zu besuchen; in solchen Fällen besteht ausschließlich eine persönliche Haftung des verantwortlichen Offiziers oder Soldaten gegenüber dem Geschädigten nach Art. 41 OR¹⁶⁹.

Das erwähnte neueste Urteil des Bundesgerichts hat nicht nur eine entscheidende Klärung der Haftungsverhältnisse im schweizerischen Militärrecht gebracht; es weist

¹⁶⁸ Dies hat zur Folge, daß Eltern, deren Sohn im Militärdienst durch Verschulden eines Vorgesetzten tödlich verunfallt und denen die Militärversicherung keine Pension ausbezahlt, weil dafür kein «Bedürfnis» besteht (Art. 34 BG vom 20. August 1949 über die Militärversicherung) keinerlei Ansprüche aus Versorgerschaden geltend machen können, weder gegen den Bund noch gegen den verantwortlichen Offizier; vgl. BGE 50 II 351.

¹⁶⁹ Kantonsgericht St. Gallen vom 18. Juni 1914, zit. bei Hürlimann a.a.O. 80.

zugleich auch den Weg für die zukünftige Regelung der Beamtenverantwortlichkeit in Bund und Kantonen: Völlige Trennung der öffentlich-rechtlichen Beziehung zwischen Staat und Beamten von der ebenfalls öffentlich-rechtlichen Beziehung zwischen Staat und geschädigtem Bürger, Verneinung jeder privatrechtlichen Haftung des Beamten gegenüber dem Bürger für Schädigungen aus amtlichen Verrichtungen. Auf diese Fragen ist nun im zweiten Teil der Arbeit näher einzugehen.

Zweiter Teil

Die Staatshaftung

Die Einführung der Staatshaftung bei rechtswidrigen schadenstiftenden Staatsakten bildet — wie bereits in der Einleitung zu dieser Arbeit ausgeführt — das Hauptpostulat bei der Revision des VG. Über die Wünschbarkeit der Staatshaftung besteht Einstimmigkeit¹⁷⁰. Allein die Meinungsverschiedenheiten flackern sofort wieder auf, sobald man die Ausgestaltung dieser Staatshaftung ins Auge faßt. Zwei Hauptbetrachtungsweisen stehen einander gegenüber, die privatrechtliche und die öffentlich-rechtliche.

Die privatrechtliche Auffassung geht von den Art. 55 und 59 ZGB aus. Sie betrachtet es als stoßend, daß der Bürger gegenüber den juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Art. 59 ZGB) schlechter gestellt ist als gegenüber den juristischen Personen des Privatrechts. Letztere haften für jedes Verschulden ihrer Organe nach Art. 55 ZGB, und sie haften für Rechtswidrigkeiten von

¹⁷⁰ Ziegler ZSR 7, 549 und 638; Ott ZSR 31, 768; Reichlin ZBl 36 (1935), 140; Schütz 18; Egger Art. 59 N. 16; Sager 151; Panchard, semaine judiciaire 73 (1951), 457; Bundesrat Feldmann oben S. 210a.

untergeordneten Hilfspersonen, wenn sie dieselben nicht richtig ausgewählt, instruiert und kontrolliert haben (Art. 55 OR). Die öffentliche Hand untersteht dieser privatrechtlichen Ordnung nur, wenn sie dem Bürger als gleichgeordnetes Rechtssubjekt gegenübertritt. Vom Standpunkt einer privatrechtlichen Betrachtungsweise aus geht deshalb die gesetzgeberische Forderung vor allem auf Beseitigung der Ausnahmestellung, welche die öffentliche Hand bezüglich ihrer Hoheitsverwaltung bis heute genießt.

Ganz anders die öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise: Sie kämpft seit Jahrzehnten dafür, das öffentliche Recht aus dem Panzer privatrechtlicher Vorstellungen zu lösen. Das öffentliche Recht hat seine Eigengesetzlichkeit. Es ist beherrscht vom Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung und der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz. Die in der privatrechtlichen Betrachtungsweise zentrale Frage nach dem Verschulden des Organs, für das die juristische Person einstehen muß, tritt im öffentlichen Recht in den Hintergrund: Jede Gesetzesverletzung muß ohne Rücksicht auf die Gründe des menschlichen Versagens wieder gutgemacht werden, weil sie eine Verletzung des Prinzips der Gleichbehandlung in sich schließt¹⁷¹.

Immerhin müssen beide Betrachtungsweisen, die privatrechtliche und die öffentlich-rechtliche, sich grundsätzlich mit den gleichen vier Hauptproblemen auseinandersetzen, die sich im Zusammenhang mit der Staatshaftung stellen:

- I. Die bisherige Haftung des Staates als Rechtssubjekt des Privatrechts.
- II. Die Haftung des Staates für rechtswidrige schuldhafte Amtshandlungen und Unterlassungen der Beamten (im folgenden Verschuldenshaftung des Staates genannt¹⁷²).

¹⁷¹ Ruck, Schweiz. Verwaltungsrecht 272.

¹⁷² Selbstverständlich kann die juristischen Personen selbst nie ein

- III. Die Haftung des Staates für rechtswidrige nicht schuldhafte Amtshandlungen und Unterlassungen der Beamten (im folgenden *Kausalhaftung* genannt).
- IV. Die Haftung des Staates für rechtmäßige Akte, die einen außerordentlichen Schaden stiften (im folgenden *Billigkeitshaftung* bei außerordentlicher Schädigung genannt)¹⁷³.

Dabei ist gleich eingangs darauf hinzuweisen, daß der Ausdruck «Staatshaftung» nur auf die Problematik des Bundesrechtes paßt. Im kantonalen Recht stellen sich grundsätzlich die gleichen Probleme für die Kantone und die Gemeinden, so daß dort richtigerweise von der Haftung der öffentlichen Gemeinwesen gesprochen werden sollte. Bei selbständigen öffentlichen Anstalten tritt an die Stelle der Haftung des Staates die Haftung des Anstaltsvermögens¹⁷⁴.

I. Die Haftung des Staates als Rechtssubjekt des Privatrechts

Schon nach geltendem Recht haften die öffentlichen Gemeinwesen nach den Regeln des Privatrechts, wenn sie dem Bürger als gleichgestellte Partner gegenüber treten¹⁷⁵. Dieser Grundsatz ist seit dem Aufkommen der Verschulden treffen. Sofern jedoch im Sinne der Organtheorie das Verschulden der Organe der juristischen Person zugerechnet wird, darf die Kurzbezeichnung «Verschuldenshaftung» wohl verwendet werden, insbesondere als Gegensatz zur Kausalhaftung; vgl. auch unten S. 318a N. 259.

¹⁷³ Hinweise auf diese Gliederung des Problems finden sich bereits bei Nawiasky, *Die Haftung des Staats für Verhalten seiner Organe*, Wien 1912; ferner bei Panchaud, *A propos de la responsabilité extracontractuelle de la Confédération*, *Semaine judiciaire* 73 (1951), 464 ff.

¹⁷⁴ Vgl. betr. Schadenersatzansprüche gegen die Verrechnungsstelle Mitteilungen der schweiz. Verrechnungsstelle 5 (1953), 68 Nr. 116.

¹⁷⁵ BGE 41 II 60; 47 II 503; 48 II 417; 55 II 194; 77 I 261.

alten Fiskustheorie anerkannt und unbestritten. Diese Fälle privatrechtlicher Haftung sind in der Literatur eingehend behandelt; es genügt deshalb, wenn an dieser Stelle die wichtigsten Fälle pro memoria kurz gestreift werden.

1. Gefährdungshaftungen

Die öffentlichen Gemeinwesen haften gleich wie Private als Träger von Eisenbahnunternehmungen (Eisenbahnhaftpflichtgesetz vom 28. März 1905¹⁷⁶), als Inhaber von elektrischen Anlagen (Art. 27 ff. Elektrizitätsgesetz vom 24. April 1902¹⁷⁷) und als Halter von Motorfahrzeugen (Art. 37 ff. Motorfahrzeuggesetz vom 15. März 1932)¹⁷⁸.

2. Grundeigentümerhaftung und Werkhaftung (Art. 679 ZGB und 58 OR)

Die öffentliche Hand untersteht hinsichtlich des ihr gehörenden Grundeigentums der zivilrechtlichen Haftung nach Art. 679 ZGB und hinsichtlich der ihr gehörenden Werke der Haftung nach Art. 58 OR¹⁷⁹. Das Gemeinwesen haftet deshalb zum Beispiel bei mangelnder Beleuchtung oder mangelhaftem Bodenbelag eines öffentlichen Gebäudes¹⁸⁰, bei mangelhaftem Zustand von Sicherheitsvorrichtungen eines Werkes¹⁸¹, wegen fehlenden Rettungsein-

¹⁷⁶ BS 2, 810, Oftinger 649; die Haftung der Post für Tötungen und Körperverletzungen infolge des Postbetriebes beurteilt sich heute sozusagen ausschließlich nach MFG und nicht mehr nach EHG, weil die Pferdeposten verschwunden sind, Oftinger 735.

¹⁷⁷ BS 4, 766.

¹⁷⁸ BS 7, 595, vgl. insbesondere Art. 47 und 48 Abs. 4 MFG; Felix Endtner, Haftpflicht und Versicherung des Gemeinwesens beim Betrieb von Motorfahrzeugen, Diss. Bern 1952.

¹⁷⁹ Oftinger, Haftpflichtrecht 388; Kolb, Die Haftung des Grundeigentümers nach Art. 679 ZGB; ZSR 1952, 173 a ff.

¹⁸⁰ BGE 57 II 47; ZBl 39 (1938), 84.

¹⁸¹ BGE 63 II 43: Nichtfunktionierende Ventile bei Dampfkochkesseln eines städtischen Schlachthofes.

richtungen bei einer Badeanstalt¹⁸², bei mangelhaftem Anbringen einer für den Mehranbau zur Verfügung gestellten Seilwinde¹⁸³, bei Verletzung von Telephonkabeln bei einem Straßenumbau¹⁸⁴, bei mangelhafter Anlage einer Tanksperre¹⁸⁵. Von ganz besonderer Bedeutung ist die Haftung des Gemeinwesens wegen mangelhaftem Straßenunterhalt. Doch bestimmt sich das Maß der Unterhaltpflicht, einschließlich der Pflicht zu Vorkehren gegen die Schleudergefahr nach dem kantonalen öffentlichen Straßenrecht; das Bundesgericht hat in den letzten Jahren mehrmals gegen eine Überspannung dieser Haftung Stellung bezogen¹⁸⁶.

3. Haftung aus unerlaubten Handlungen bei gewerblichen Verrichtungen

Für Schäden, die durch «unerlaubte Handlungen bei gewerblichen Verrichtungen» von öffentlichen Anstalten verursacht werden, haftet das Gemeinwesen nach Art. 55 Abs. 2 ZGB und Art. 55 OR¹⁸⁷.

Dieser Satz folgt indirekt aus dem Art. 61 Abs. 2 OR, wonach die Kantone für derartige Verrichtungen die Haftung der öffentlichen Beamten und Angestellten nicht durch kantonalrechtliche Vorschriften (Art. 61 Abs. 1 OR) ändern können. Grundsätzlich handelt es sich jedoch auch hier lediglich wieder um die Anwendung des Prinzips, daß die öffentliche Hand dem Privatrecht unterstellt ist, wenn sie dem Bürger als gleichgestelltes Rechtssubjekt gegenübertritt. Dies ist nach herrschender Lehre nur anzunehmen, wenn der Gewerbebetrieb im wesentlichen um des

¹⁸² BGE 55 II 194.

¹⁸³ BGE 77 II 309.

¹⁸⁴ BGE 70 II 86.

¹⁸⁵ BGE 69 II 91.

¹⁸⁶ BGE 72 II 200; 76 II 215; 78 II 151; Oftinger, Haftpflichtrecht 448.

¹⁸⁷ Vgl. dazu Oftinger, Haftpflichtrecht 492; Egger Art. 55 N. 18.

Reinertrags willen und nicht aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt betrieben wird¹⁸⁸. Das Bundesgericht spricht in BGE 48 II 418 von der Erzielung «ökonomischer Vorteile» und in BGE 55 II 194 von der Verfolgung «rein fiskalischer Zwecke».

Der Ausdruck «gewerbliche Verrichtungen» in Art. 61 Abs. 2 OR ist wohl wenig glücklich; die öffentlichen Gemeinwesen besitzen heute zahlreiche Betriebe, die an sich auch von Privaten betrieben werden könnten und bei denen es eine reine Frage der Betriebspolitik ist, ob die von den Bürgern verlangten Leistungen so hoch angesetzt werden, daß das Gemeinwesen einen Reinertrag erzielt. Gründe der Wohlfahrtspflege und fiskalische Überlegungen gehen oft Hand in Hand. Die Gemeinde unterhält zum Beispiel ein Elektrizitätswerk, um damit auch abgelegene Gemeindebewohner zu gleichen Bedingungen wie die übrige Bevölkerung mit Elektrizität versorgen zu können, sie zieht aber gleichzeitig aus dem Werk finanziellen Nutzen. Die Abgrenzung der gewerblichen Betriebe, für die das Gemeinwesen nach Privatrecht einstehen soll, ist deshalb nicht leicht. Die Ansicht ist wohl zu vertreten, daß das Gemeinwesen nur bezüglich der Betriebe, die zum Finanzvermögen gehören, gleich wie ein Privater zu behandeln sei, für alle zum Verwaltungsvermögen gehörenden Betriebe solle es nur nach Maßgabe des öffentlichen Rechts für allfällige Schädigung haften¹⁸⁹. Die Bewirtschaftung von Staats- und Gemeindewaldungen ist in diesem Sinn als ein dem Privatrecht unterstehender Gewerbsbetrieb zu betrachten¹⁹⁰, ebenso die Ausübung des Salzmonopols¹⁹¹, während

¹⁸⁸ Oftinger 496; Von Tuhr-Siegwart § 46, 369; Oser-Schönenberger Art. 61 N. 13; Reichlin ZBl 36 (1935), 72.

¹⁸⁹ Vgl. betr. die Abgrenzung zwischen Finanzvermögen und Verwaltungsvermögen BG vom 19. Dezember 1947 über die Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts, Art. 7/9 (AS 1948, 873).

¹⁹⁰ Appellationshof Bern ZBJV 57, 231.

¹⁹¹ Oftinger 497.

das Kantonsspital ein nicht gewerblicher Wohlfahrtsbetrieb ist¹⁹². Die Praxis des Bundesgerichts ist diesbezüglich nicht immer ganz konsequent. In BGE 55 II 194 wurde eine Badeanstalt mangels eines gegenteiligen Beweises als ein Betrieb zu fiskalischen Zwecken angesehen¹⁹³. In BGE 59 II 429 wurde die Haftung der Gemeinde für fehlerhaftes Verhalten des Chefmonteurs des Elektrizitätswerkes als Organhaftung nach Art. 55 Abs. 2 ZGB behandelt, ohne überhaupt das Grundproblem, ob ein fiskalischer oder ein Wohlfahrtsbetrieb vorliege, zu diskutieren.

4. Privatrechtliche Beziehungen zu Anstaltsbenutzern

Auch wenn die Beziehungen zwischen öffentlicher Anstalt und Anstaltsbenutzer in der Regel dem öffentlichen Recht unterstehen, sieht doch das positive Recht verschiedentlich das Gegenteil vor. So haftet die PTT bei nicht richtiger Erfüllung des Postverkehrs zivilrechtlich nach Maßgabe der Art. 44 ff. des Postverkehrsgesetzes vom 2. Oktober 1924¹⁹⁴. Für Schäden infolge von Störungen und Übermittlungsfehlern im Telegraphen- und Telephonverkehr wird dagegen grundsätzlich nicht gehaftet (Art. 35 Telegraphen- und Telephonverkehrsgesetz vom 14. Oktober 1922). Die SBB haftet bei Verletzung von Beförderung und Frachtverträgen zivilrechtlich gleich wie die Privatbahnen

¹⁹² BGE 44 II 52; 48 II 417; 56 II 202; 70 II 208; ZR 37 (1938) Nr. 112.

¹⁹³ Heute würde wohl im allgemeinen das Überwiegen des Wohlfahrtsinteresses bejaht; im streitigen Falle mag der Umstand mitgespielt haben, daß bei Verneinung eines fiskalischen Gewerbebetriebes die Gemeinde nicht gehaftet hätte für einen Schaden, der dadurch entstand, daß sie eine des Schwimmens unkundige Badewärterin angestellt hatte!

¹⁹⁴ BS 7, 754; vgl. dazu Buser, Das schweiz. Postverkehrsgesetz, Zürich 1929; Tuason, Das Recht der schweiz. PTT-Verwaltung, Bern 1945; Rychner, Die Haftpflicht der PTT-Verwaltung bei Einzahlungen und Überweisungen auf Postscheckkonto, SJZ 48 (1952), 6.

nach Maßgabe des BG vom 11. März 1948 über den Transport auf Eisenbahnen und Schiffen¹⁹⁵ und des Transportreglements vom 24. Juni 1949¹⁹⁶, ¹⁹⁷.

Auch die Kantonalbanken treten zu ihren Benützern in ein privatrechtliches Verhältnis. Bei kantonalen und kommunalen Elektrizitätswerken ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Beziehung zu den Benützern öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet ist.

5. Einschränkung der privatrechtlichen Haftung bei Einführung einer vermehrten öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflicht?

Selbst wenn eine öffentlich-rechtliche Haftung des Gemeinwesens für rechtswidrige Verwaltungsakte eingeführt wird, ist meines Erachtens weiterhin am Unterschied zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Beziehungen zwischen Gemeinwesen und Bürger festzuhalten. Allerdings bekommt diese Unterscheidung bei Einführung einer solchen öffentlich-rechtlichen Haftung eine andere Funktion, als sie bisher in den Rechtsordnungen bestand, die keine öffentlich-rechtliche Haftung kannten; denn eine Kausalhaftung des Gemeinwesens für Schädigungen bei Ausübung der öffentlichen Wohlfahrt wäre unter Umständen strenger als die Haftung des Gemeinwesens im Rahmen einer privatrechtlichen Tätigkeit. Soweit heute eine öffentlich-rechtliche Haftung fehlt, ist der Bürger daran interessiert, nachzuweisen, daß der Staat ihm als gleichgestelltes Rechtssubjekt gegenübergestellt ist und

¹⁹⁵ AS 1948, 563.

¹⁹⁶ AS 1949, 581; Favre-Wick, Das schweiz. Transportrecht für Eisenbahnen und Schiffe, Basel 1949.

¹⁹⁷ Für internationale Frachten bestimmt sich die Haftung nach dem internationalen Übereinkommen über den Eisenbahnverkehr vom 23. November 1933 mit Zusatzabkommen vom 13. Mai 1950 (AS 1951, 143).

ihm deshalb ausnahmsweise haftet. Wird dagegen eine umfassende öffentlich-rechtliche Haftung des Gemeinwesens eingeführt, so hat nachher das Gemeinwesen ein Interesse daran, nachzuweisen, daß es dem Bürger als gleichgestelltes Rechtssubjekt gegenübergestellt ist; denn es kann dann bei Fehlern von Hilfspersonen den Exzeptionsbeweis von Art. 55 OR antreten, der bei der öffentlich-rechtlichen Haftung für rechtswidrige Verwaltungsakte nicht zugelassen wird¹⁹⁸.

Es ist nicht zu verkennen, daß das Bundesgericht verschiedentlich durch die Heranziehung der Grundeigentümer-, Werk- und Gewerbebetriebshaftung Zivilklagen von Bürgern geschützt hat, die bei entsprechender Ausgestaltung der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflicht nach öffentlichem Recht zu beurteilen wären¹⁹⁹. Doch ist zu beachten, daß der Bund die öffentlich-rechtliche Entschädigungspflicht der Kantone und Gemeinden nicht regeln kann. Selbst wenn ein neues VG die öffentlich-rechtliche Entschädigungspflicht des Bundes stark erweitert, ist deshalb am Grundsatz festzuhalten, daß die öffentlichen Gemeinwesen als Grund-, Werk- und Gewerbebetriebs-eigentümer im Prinzip den übrigen Rechtssubjekten gleichgestellt sein sollen. Das Bundesgericht hat durch eine extensive Anwendung des Bundeszivilrechts einzelne Härten gemildert, die sich aus dem Fehlen einer generellen öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflicht ergeben. Eine weitere Ausdehnung der Staatshaftung mit den Mitteln des Bundeszivilrechts durch die Rechtsprechung oder durch den Gesetzgeber würde jedoch zu unzulässigen Eingriffen in das öffentliche Recht der Kantone führen.

¹⁹⁸ Vgl. unten S. 321a.

¹⁹⁹ Typisch zum Beispiel BGE 75 II 118 und 76 II 129: Haftung der Gemeinde gegenüber Fischern wegen mangelhafter Abwasserklärung: Obwohl die Abwasserklärung eine typische Verwaltungsaufgabe ist, wird die Gemeinde privatrechtlich — gestützt auf Art. 679 ZGB — haftbar erklärt.

II. Die Staatshaftung bei Verschulden des Beamten

1. Bundesrecht

Der Bund als Hoheitsträger steht, wie öfters erwähnt, für Schäden, die durch rechtswidrige und schuldhafte Handlungen seiner Beamten verursacht werden, im allgemeinen nicht ein²⁰⁰; nur wenn die Bundesversammlung bei den obersten Magistraten die Verfolgungsermächtigung verweigert, kommt die Eidgenossenschaft für den Schaden auf (Art. 33 Satz 2 VG)²⁰¹.

Dagegen verlangt der Bund von den Kantonen, daß sie für bestimmte rechtswidrige und schuldhafte Amtshandlungen die Haftung übernehmen; die Kantone haften subsidiär für Schadenersatzansprüche gegen die Zivilstandsbeamten (Art. 42 Abs. 3 ZGB), gegen die Handelsregisterführer (Art. 29 Abs. 3 OR), gegen die Betreibungs- und Konkursbeamten (Art. 6 SchKG)²⁰², ferner für Verantwortlichkeitsansprüche des Mündels gegen die Vormünder und die Mitglieder der Vormundschaftsbehörden (Art. 427 ZGB)^{203, 203a}. Die Kantone haften außerdem primär für die sorgfältige Vornahme der Schätzungen bei der Festsetzung der Belastungsgrenze

²⁰⁰ Das Bundesgericht weist entsprechende Klagen durch Nichteintreten von der Hand; Verw.E. 6 (1932) Nr. 25.

²⁰¹ Außerdem besteht bei Kollegialhaftung mehrerer Mitglieder einer Bundesbehörde die subsidiäre Haftung des Bundes nach Art. 3 Abs. 3 VG, wenn ein Mitglied seinen Anteil nicht bezahlen kann — gleichsam als Ersatz für die Solidarhaftung, die nach gemeinem Recht (Art. 50 OR) besteht.

²⁰² Vgl. H. Fritzsche, Die Verantwortlichkeit der Betreibungs- und Konkursbeamten, SJK Nr. 976.

²⁰³ Dagegen besteht keine entsprechende Haftung, wenn Dritte durch einen Vormund und durch vormundschaftliche Behörden geschädigt werden, vgl. Egger Art. 427 N. 3; J. und O. Kaufmann, Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Behörde, SJK Nr. 297.

^{203a} Vgl. auch Art. 70 AHVG betr. Schädigungen durch Organe der AHV-Kassen.

für Gültigkeit (Art. 849 ZGB)²⁰⁴. Typisch ist dabei für das schweizerische Recht die sogenannte organisatorische Zurechnung im Gegensatz zur sogenannten funktionalen Zurechnung, das heißt, es haftet für Fehler bei solchen vom Bund übertragenen Aufgaben nicht der Bund, sondern der Kanton, der mit der Durchführung beauftragt ist²⁰⁵.

In Ausnahmefällen ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts über die in der Gesetzgebung verankerten Grundsätze hinausgegangen und hat eine öffentlich-rechtliche Haftung des Staates, insbesondere des Bundes, für rechtswidrige und schuldhafte Handlungen von Staatsorganen ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage bejaht²⁰⁶. Nachdem das Bundesgericht zunächst in zwei Urteilen²⁰⁷ festgestellt hatte, daß der Bund privatrechtlich haftet, wenn diplomatische Beamte des Bundes namens des Bundes Aufträge übernehmen²⁰⁸ oder Darlehen aufnehmen²⁰⁹, entschied es bei einer weiteren²¹⁰ Klage wegen verlorengegangener Werttitel, die bei der Gesandtschaft in Petersburg während der russischen Revolution hinter-

²⁰⁴ Dagegen besteht keine entsprechende Haftung bei der Festsetzung der Belastungsgrenze nach dem Bundesgesetz vom 12. Dezember 1940 über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen, Art. 5 ff.

²⁰⁵ Ebenso das deutsche Recht, umgekehrt das österreichische Recht, unten S. 311a.

²⁰⁶ Darüber eingehend Sager 131 ff.

²⁰⁷ Bernhard gegen Eidgenossenschaft (BGE 47 II 144) und Bächli gegen Eidgenossenschaft (Salis-Burckhardt Nr. 556 VII).

²⁰⁸ Verbringung von Wertsachen durch den Kurier aus Rußland in die Schweiz.

²⁰⁹ Aufnehmen eines Darlehens durch den Gesandten in Petersburg für Geschädigte der Revolution von 1917.

²¹⁰ BGE 55 II 111 (Wäffler c. Eidgenossenschaft), grundsätzlich bestätigt in BGE 77 I 255 (Rüegg c. Eidgenossenschaft); im letzteren Falle wurde die Haftung des Bundes für gesetzmäßig beschlagnahmte französische Banknoten, die außer Kurs gesetzt wurden, freilich verneint, weil für eine solche unvoraussehbare Maßnahme der Bund sowenig wie ein Privater einstehen muß.

legt worden waren, daß eine öffentlich-rechtliche Haftung des Bundes vorliege; denn die Gesandtschaft habe in ihrer öffentlich-rechtlichen Stellung die Titel übernommen; die Haftung für die Titel beruhe nicht auf einer schuldhaften Handlung eines Beamten — wofür der Bund nicht haftet —, sondern auf einem öffentlich-rechtlichen Rechtsgeschäft, durch das der Bund selbst Verpflichtungen übernommen habe. In einem weitern Entscheid²¹¹ wurde freilich betont, daß diese öffentlich-rechtliche Haftung des Staates aus übernommenen Rechtsverpflichtungen nicht überspannt werden dürfe; die Zusage, zugunsten eines Bürgers bei einer ausländischen Macht diplomatisch zu intervenieren, begründe keine Haftung des Bundes beim Unterlassen der Intervention, wenn dieses Unterlassen nicht kausal für die Schädigung sei. Die Intervention diene höchstens dazu, einen eingetretenen Schaden wieder zu beseitigen.

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement hat aus dieser bundesgerichtlichen Praxis den Schluß gezogen, daß jedenfalls dann eine öffentlich-rechtliche Billigkeitshaftung des Bundes bestehe, wenn Konsularbeamte in doloser Weise anvertraute Gelder unterschlagen oder andere Aufträge, die sie nach Konsularreglement übernehmen müssen, mala fide nicht ausführen²¹². Schon früher hatte der Bund in ähnlichen Fällen «aus Billigkeitsrücksichten und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht» unterschlagene Gelder ganz oder teilweise ersetzt²¹³. Die neuere Auffassung scheint demgegenüber anzunehmen, daß ein solcher Anspruch zwar auf bloßer Billigkeit beruht, aber immerhin ein Rechtsanspruch ist²¹⁴. Insofern hat also die Praxis das Prinzip der ausschließlichen Haftung des Beamten nach Bundesrecht etwas gelockert.

²¹¹ BGE 58 II 463 i. S. Gschwind c. Eidgenossenschaft.

²¹² Salis-Burckhardt 556 II; und besonders eingehend Gutachten EJPD in Verw.E. 8 (1934) Nr. 21.

²¹³ Ulmer, Staatsrechtliche Praxis Bd. 1, 652, 1852; BBl 1872 II 78; BBl 1873 III 369, 515.

²¹⁴ Vgl. dazu eingehend Sager 130 ff.; auch Reichlin ZBl 36 (1935), 130.

2. Kantonales Recht

Die Vorschriften des kantonalen Rechts kommen nur so weit zur Anwendung, als sich nicht aus den bereits erwähnten bundesrechtlichen Vorschriften eine Staatshaftung ergibt. Bei einer Durchsicht des kantonalen Rechts zeigt sich eine Fülle von verschiedenen Systemen, die sich in folgende Gruppen gliedern lassen:

- a) Kantone, die für schuldhaftes Handeln ihrer Beamten nicht einstehen (Zürich, Schwyz, Nidwalden, Obwalden, Appenzell-Außerrhoden, Appenzell-Innerrhoden, Sankt Gallen, Tessin).
- b) Kantone, bei denen alternativ der Beamte oder der Staat haftet (Freiburg, Thurgau).
- c) Kantone, die subsidiär und akzessorisch für die Zahlungsfähigkeit ihrer Beamten einstehen (Uri, Zug, Solothurn, Wallis).
- d) Kantone, die solidarisch neben den Beamten haften (Bern, Glarus, Basel-Stadt, Baselland, Neuchâtel, Genf).
- e) Kantone mit einer Staatshaftung, die weiter geht als die Beamtenhaftung (Waadt).
- f) Kantone mit ausschließlicher Haftung des Staates (Luzern, Schaffhausen, Graubünden, Aargau).

- a) Kantone, die für schuldhaftes Handeln ihrer Beamten nicht einstehen (Zürich, Schwyz, Nidwalden, Obwalden, Appenzell-Außerrhoden, Appenzell-Innerrhoden, St. Gallen, Tessin)

In den Kantonen dieser Gruppe kann sich der Bürger nur an den fehlbaren Beamten halten. Es sind vom Standpunkt des modernen Rechtsstaates aus die rückständigsten Kantone. Territorial gesehen, bilden sie ein Band, das quer durch die Schweiz vom Bodensee bis zum Lago Maggiore²¹⁵ geht. Dabei haben die meisten dieser Kantone (Zürich, Schwyz, Obwalden, Appenzell-Außer-

²¹⁵ Zehntner 5.

rhoden, St. Gallen, Tessin) gleichzeitig die Haftung ihrer Beamten auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt, so daß bei leichter Fahrlässigkeit überhaupt niemand haftet²¹⁶. Auffällig ist vor allem, daß der große Kanton Zürich zu dieser Gruppe gehört. Diese fünf Kantone sind sogar noch gegenüber dem Bund im Rückstand, der zum mindesten die Haftung der Beamten bei jeder Fahrlässigkeit kennt, freilich mit dem Sicherheitsventil der «zivilprozessualen Verfolgungsermächtigung»²¹⁷. Am schlechtesten ist die Stellung des Bürgers in St. Gallen, wo das System des VG — Verfolgungsermächtigung mit eventueller Kautionspflicht des Bürgers — mit der Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit verbunden ist.

Unter den acht Kantonen ohne Staatshaftung für Verschulden regeln vier: Zürich, Schwyz, Appenzell-Außenrhoden und Tessin die Beamtenverantwortlichkeit im EGzZGB; diese Bestimmungen gehen also auf das Jahr 1911 zurück und sind offensichtlich untereinander verwandt.

Obwalden hat ein Verantwortlichkeitsgesetz aus dem Jahre 1869, St. Gallen aus dem Jahre 1885, Nidwalden und Appenzell-Innerrhoden besitzen keine Verantwortlichkeitsgesetze; in Nidwalden ist jedoch, ähnlich wie in andern Kantonen, die Beamtenverantwortlichkeit in der Kantonsverfassung verankert (Art. 22 KV).

Bis zum Jahre 1944 gehörte auch Graubünden in die Reihe der Kantone, die ausschließlich eine Haftung der Beamten für grobe Fahrlässigkeit kannten. Im Bericht an die Stimmberechtigten zum neuen Verantwortlichkeitsgesetz von 1944 nannte der Große Rat das bisherige Bündner Gesetz ein «Unverantwortlichkeitsgesetz». Es wird interessant sein, wie die Kantone, die noch heute eine entsprechende Regelung besitzen, am Juristentag in Chur diese Qualifikation ihrer Gesetze durch das Bündner

²¹⁶ Ausgenommen sind in der Regel die Urkundsbeamten, die auch für leichte Fahrlässigkeit einzustehen haben.

²¹⁷ Oben S. 261a.

Parlament bestreiten werden! Vielleicht gelingt ihnen der Nachweis, daß dank des hohen Verantwortungsbewußtseins ihrer Beamten noch niemand die Mangelhaftigkeit der Verantwortlichkeitsvorschriften empfunden hat!

b) Kantone, bei denen alternativ der Beamte oder der Staat haftet (Freiburg, Thurgau)

Die Verantwortlichkeitsgesetze der Kantone Thurgau und Freiburg gehen noch auf das Jahr 1851 zurück. Das Freiburger VG bezieht sich nur auf die Verwaltungsbeamten, doch wurde für die Justizbeamten eine entsprechende Ordnung durch das Gesetz in die Gerichtsorganisation vom 22. November 1949 eingeführt²¹⁸.

In diesen beiden Kantonen muß zunächst in einem Vorverfahren vor dem Regierungsrat entschieden werden, ob eine Amtspflichtverletzung vorliegt oder nicht. Wird die Amtspflichtverletzung bejaht, so haftet ausschließlich der Beamte und die Klage ist gegen ihn zu richten; verneint der Regierungsrat eine Amtspflichtverletzung, so steht der Staat für den Beamten ein und der Bürger kann nur gegen den Staat klagen, wobei der Kläger jedoch nach dem thurgauischen Recht kautionspflichtig ist (§ 30 Thurgauer VG). Doch können die Gerichte bei einer Klage gegen die Beamten eine Amtspflichtverletzung entgegen der Meinung der Regierung verneinen und sie umgekehrt bei einer Klage gegen den Staat entgegen der Ansicht der Regierung bejahen (ausdrücklich Thurgauer VG § 31)^{219, 220}.

²¹⁸ Vorher galten die Art. 569—575 des Code de procédure civile, der die «prise à partie» vorsieht. Unter dem alten Recht haftete bei Verweigerung der Verfolgungsermächtigung weder der Justizbeamte noch der Staat, BGE 63 II 31.

²¹⁹ Vgl. betr. den Kanton Thurgau Bundesgericht i. S. Brand gegen Thurgau ZBl 33 (1932), 456: Keine Haftung des Staates, wenn die schadenstiftende Verfügung zwar rechtswidrig ist, sich aber nicht als schuldhafte Amtspflichtverletzung darstellt. Unten S. 332a.

²²⁰ Begr. den Kanton Freiburg vgl. BGE 35 II 507: 6 über-

In all den Fällen, wo der Staat den Beamten «nicht deckt», ist der Bürger in diesen Kantonen nicht besser gestellt als in den Kantonen ohne Staatshaftung.

Dieses Haftungssystem der alternativen Haftung von Beamten oder Staat kennt auch der Bund für die von der Bundesversammlung gewählten Magistraten (Art. 33 VG).

c) Kantone, die subsidiär und akzessorisch für die Zahlungsfähigkeit ihrer Beamten einstehen (Uri, Zug, Solothurn, Wallis)

Diese Kantone haften hinter dem schuldhaften Beamten ähnlich wie ein einfacher Bürge; grundsätzlich muß zuerst gegen den Beamten vorgegangen werden. Der Richter hat deshalb in diesen Fällen bei der Festsetzung des Schadenersatzanspruches auf das Grad des Verschuldens und die Vermögenslage des Beamten Rücksicht zu nehmen, soweit die Art. 43 und 44 OR direkt oder als lückenfüllendes kantonales Recht zur Anwendung kommen. Nur für den so reduzierten Betrag haftet der Staat subsidiär²²¹.

Der Bund hat eine solche subsidiäre Haftung in einigen oben S. 293a erwähnten Ausnahmefällen den Kantonen auferlegt.

In Solothurn wurde die subsidiäre, akzessorische Staatshaftung bereits in der Kantonsverfassung von 1856 vorgesehen und dann durch das Beamten gesetz von 1904, revidiert 1941, verwirklicht.

Im Wallis wurde der Grundsatz der subsidiären

eifrige Polizisten führten einen Bauern, der die Rue de Lausanne in der verbotenen Richtung hinunterfuhr, wie einen Schwerverbrecher mit Handfesseln auf den Polizeiposten; der Bauer mußte wegen Übertretung der Verkehrsvorschriften Fr. 50.— Buße bezahlen, erhielt jedoch vom Bundesgericht Fr. 400.— Genugtuung zugesprochen; Nettoverdienst Fr. 350.—!; ferner BGE 54 II 443, Abweisung einer Klage wegen ungerechtfertigter Einlieferung in eine Irrenanstalt.

²²¹ Vgl. Reichlin ZBl 36 (1935), 103; Zehntner 49.

Staatshaftung 1907 direkt in der Kantonsverfassung (Art. 29) verankert. Das Notariatsgesetz von 1942 stellt ausdrücklich fest, daß die Notare keine Beamten sind, für die der Staat subsidiär einzustehen hat²²².

Uri hat 1888 eine beschränkte subsidiäre Staatshaftung eingeführt: Der Staat haftet rechnerisch beschränkt bis zum Betrage der doppelten Amtskaution²²³.

Als vierter Kanton hat Zug 1931 das System der subsidiären akzessorischen Staatshaftung übernommen.

Die subsidiäre und akzessorische Staatshaftung ist wesentlich besser als keine Staatshaftung. Allein es haften ihr alle Nachteile der einfachen Bürgschaft an; die meisten neueren kantonalen Verantwortlichkeitsgesetze ziehen deshalb eine Lösung vor, bei der der Staat solidarisch neben den Beamten haftet und gegebenenfalls auf ihn Rückgriff nehmen kann.

d) Kantone, die solidarisch neben den Beamten haften (Bern, Glarus, Basel-Stadt, Baselland, Neuchâtel, Genf)

Das System der solidarischen Mithaftung des Staates gilt in Bern seit dem Erlass des VG von 1851. Es ist bereits in der Kantonsverfassung von 1846 (§ 17, jetzt § 15) verankert²²⁴. Es ist erstaunlich, daß in den Beratungen über das VG von 1850 sich keinerlei Hinweise auf das damals sehr fortschrittliche Berner Recht finden. Auch der neue Berner Entwurf vom Juli 1952 betr. das Gesetz über das Dienstverhältnis der Behördemitglieder und des Personals der bernischen Staatsverwaltung hält, von Details abgesehen, am bisherigen Recht fest. Der geschädigte

²²² Vgl. dazu Gay, La responsabilité civile des fonctionnaires publics en droit valaisan, Thèse Berne 1932; Zehntner 59; Wallis besitzt kein allgemeines Verantwortlichkeitsgesetz, aber ein besonderes Gesetz von 1840 über die Verantwortlichkeit der Regierungsräte.

²²³ Vgl. dazu Gesetz betr. die Amtskaution von 1889.

²²⁴ Vgl. Roos ZBJV 75, 381; Zehntner 66 ff.

Bürger kann gegen den Staat und den Beamten oder auch nur gegen den einen oder andern vorgehen. Nach dem bisherigen Recht konnten jedoch beide Ansprüche — gegen den Beamten und gegen den Staat — gerichtlich nur geltend gemacht werden, wenn die Verwaltungsbehörde das Vorliegen einer Amtspflichtverletzung bejaht hatte (§ 48)²²⁵. Das neue Recht will den Anspruch gegen den Staat etwas verselbständigen; dieser Anspruch kann ohne administratives Vorverfahren geltend gemacht werden — im Gegensatz zum Anspruch gegen den Beamten, für den an der Notwendigkeit der Verfolgungsermächtigung festgehalten wird. Der Staat soll sich in Zukunft nicht darauf berufen können, daß der Beamte mit Rücksicht auf seine Vermögensverhältnisse (Art. 44 Abs. 2) oder wegen mangelnder Urteilsfähigkeit nur für einen Teil oder gar nichts haftet; dagegen kann der Staat die Herabsetzungsgründe des Art. 43 OR (geringes Verschulden des Beamten) und Art. 44 Abs. 1 OR (Mitverschulden des Geschädigten) geltend machen.

Das VG von Baselland vom 25. November 1851 ist stark vom Berner Recht beeinflußt, enthält aber keine Staatshaftung bei rechtswidrigen Amtsakten²²⁶. Die Staatshaftung wurde nachträglich 1891 durch Revision der Kantonsverfassung eingeführt (§ 29 KV)²²⁷. Die Praxis hat aus dem Verfassungsartikel auch eine Haftung der Gemeinde abgeleitet²²⁸. Ein administratives Vorverfahren besteht im Gegensatz zu Bern nicht.

Basel-Stadt hat die Staatshaftung 1889 eingeführt. Heute gilt das Beamtengesetz von 1926. Grundsätzlich haften der Staat und der Beamte solidarisch, doch beschränkt § 37 Abs. 2 eigenartigerweise die Haftung des

²²⁵ Vgl. BGE 54 II 203; Roos ZBJV 75, 398.

²²⁶ Dagegen ist eine Staatshaftung bei rechtmäßigen schadenstiftenden Verwaltungsakten vorgesehen, unten S. 367a.

²²⁷ Es handelt sich dabei um eine unmittelbar anwendbare Verfassungsnorm, Zehntner 73.

²²⁸ Amtsbericht Obergericht Baselland 1928, 29.

Beamten und damit auch die Mithaftung des Staates bei leichter Fahrlässigkeit auf eine halbe Jahresbesoldung²²⁹.

Glarus, das erst 1946 zu einem Beamtengesetz und zu Verantwortlichkeitsvorschriften kam, hat das Basler System übernommen, doch ohne rechnerische Beschränkung der Haftung bei leichter Fahrlässigkeit; die solidarische Staatshaftung wird ausdrücklich auch auf die Fälle ausgedehnt, wo das Bundesrecht nur eine subsidiäre Haftung des Kantons für seine Beamten verlangt²³⁰. In Glarus besteht jedoch keinerlei vermögensrechtliche Haftung der Regierungsräte und der Oberrichter für ihre amtlichen Verrichtungen; infolgedessen gibt es in diesen Fällen auch keine Staatshaftung.

Typisch für das Haftungssystem in den soeben erwähnten vier Kantonen ist die Tatsache, daß der Staat neben den Beamten haftet: Der Beamte ist als Hauptschuldner zu betrachten, der Staat als Solidarbürge. Einzig im Berner Entwurf ist dieses System etwas abgeschwächt. Zehntner spricht deshalb von einer akzessorischen Staatshaftung.

Etwas anders konstruiert ist die Staatshaftung in den Kantonen Neuenburg und Genf. Das Genfer Gesetz von 1900 und das ihm nachgebildete Neuenburger Recht sind dadurch gekennzeichnet, daß der Kanton nur die Staatshaftung regelt, während für die Haftung der Beamten Bundeszivilrecht (Art. 61 Abs. 1; Art. 41 OR) gilt. Rechtstheoretisch ist somit in diesen Kantonen der kantonalrechtliche Anspruch gegen den Staat unabhängig vom bundesrechtlichen Anspruch gegen den Beamten. Zehntner spricht deshalb in diesen Fällen von einer «originären Staatshaftung», doch setzt auch in diesen beiden Kantonen die Haftung des Staates ein Verschulden des Beamten voraus.

Im Staatshaftungsgesetz des Kantons Genf wird

²²⁹ Vgl. dazu Zehntner 77.

²³⁰ Vgl. oben S. 293a.

unterschieden zwischen der Haftung von Amtshandlungen der «magistrats», die als Organe des Staates gelten, und der Haftung der Beamten und Angestellten, die als Hilfspersonen betrachtet werden. Das Gesetz nimmt die Regelung voraus, die wenige Jahre später das Bundeszivilrecht für die juristischen Personen des Privatrechtes einführte (Art. 55 ZGB, Art. 55 OR). Für die Handlungen der Magistraten haften Staat und Gemeinden ohne Exzeptionsbeweis, bei Beamten und Angestellten kann das Gemeinwesen den Exzeptionsbeweis antreten, es habe alles Nötige getan, um die Schädigung durch den Beamten oder Angestellten zu verhindern, analog Art. 55 OR²³¹. Infolge dieser Exzeptionsmöglichkeit ist die Staatshaftung im Kanton Genf stark eingeschränkt.

Der Kanton Neuenburg macht dagegen keinen Unterschied zwischen Magistraten und übrigen Beamten. Der Staat haftet generell für dener unerlaubte Handlungen, sofern den Magistraten oder Beamten ein Verschulden trifft²³².

Charakteristisch für alle Rechte dieser Gruppe ist das Nebeneinanderstehen eines Anspruches aus Verschulden gegen den Beamten und eines Anspruches aus Gesetz gegen den Staat. Die herrschende Doktrin bezeichnet dieses Verhältnis als unechte Solidarität²³³. Praktisch wirkt sich der unterschiedliche Rechtsgrund der Haftung vor allem dann aus, wenn neben dem Beamten und dem Staat noch eine Versicherungsgesellschaft auf Grund eines Vertrages für den Schaden aufzukommen hat; sie hat nach der Praxis zu Art. 51 OR nur einen Regreßanspruch gegen den Beamten, nicht gegen den Staat.

²³¹ Vgl. BGE 38 II 397.

²³² Tribunal cantonal du 30 juin 1939, Zehntner 92; a.A. Hablützel, Bericht zum Vorentwurf 15.

²³³ Reichlin ZBI 36 (1935), 104; BGE 37 II 458; und die bei Oftinger 246 zit. Urteile; zum Begriff der unechten Solidarität auch von Tuhr-Siegwart 765 und kritisch Oftinger 246.

e) Kantone mit einer Staatshaftung, die weiter geht als die Haftung des Beamten (Waadt)

Die Waadt als einziger Vertreter dieser Gruppe hat seit 1904 ein ähnliches Staatshaftungsgesetz wie Neuenburg; darnach hat der Kanton für schuldhaft rechtswidriges Verhalten seiner Beamten einzustehen²³⁴. Bis 1947 hafteten daneben die Verwaltungsbeamten nach Art. 61 Abs. 1/ Art. 41 OR wie in Neuenburg, während die richterlichen Beamten nur bei Absicht und grober Fahrlässigkeit für schädigende Handlungen einzustehen hatten. Das Gesetz vom 9. Juni 1947 sur le statut général des fonctions publiques cantonales beschränkt nun in Art. 121 die Haftung aller Beamten gegenüber Dritten und gegen den Staat auf Absicht und grobe Fahrlässigkeit. Praktisch wird deshalb der Bürger immer nur gegen den Staat vorgehen, da er ihm gegenüber mit seiner Klage leichter durchdringt.

f) Kantone mit ausschließlicher Haftung des Staates (Luzern, Schaffhausen, Graubünden, Aargau)

Der Pionier dieses modernsten Haftungssystems ist der Kanton Schaffhausen. Er hat ähnlich wie die vorerwähnten westschweizerischen Kantone Neuenburg und Waadt in Art. 141 des EGZGGB die Staats- und Gemeindehaftung für schuldhaftes Verhalten der Beamten und Angestellten eingeführt, wobei diese Haftung voraussetzt, daß «der Geschädigte nicht durch Anwendung von Rechtsvor-

²³⁴ Loi du 29 novembre 1904 sur la responsabilité de l'Etat et des communes à raison d'actes de leurs fonctionnaires ou employés ne se rattachant pas à l'exercice d'une industrie; Art. 2 wurde abgeändert durch loi du 17 décembre 1947 de coordination de diverses lois vaudoises avec loi la du 9 juin 1947 sur le statut général des fonctions publiques cantonales. Betr. die Auslegung vgl. Tribunal cantonal vaudois du 20 janvier 1937 i. S. Etat de Vaud c. Deillon (bloße Verschuldenshaftung, keine Kausalhaftung), sowie avis de droit de Roger Secrétan et André Panchaud vom 3. November 1946 betr. die Haftung des Kantons für die Folgen der Typhusepidemie von Glion (Haftung verneint).

kehren den Schaden hätte gutmachen können und solches versäumt hat». Im Gegensatz zu den vorerwähnten westschweizerischen Kantonen wurde mit der Einführung der Staatshaftung das frühere VG von 1854, das die persönliche Haftung der Beamten vorsah, ausdrücklich aufgehoben (Art. 164 EGzZGB). In dieser Übergangsbestimmung muß zugleich eine dem Art. 61 Abs. 1 OR vorgehende kantonale Norm erblickt werden; der Gesetzgeber wollte nicht nur die externe Beamtenverantwortlichkeit nach altem kantonalem Recht, sondern auch nach Bundescivilrecht ausschließen²³⁵. Immerhin handelt es sich dabei nur um eine Interpretation des Gesetzes, zu der die Gerichtspraxis bisher noch nicht Stellung genommen hat; eine ausdrückliche diesbezügliche Bestimmung fehlt.

Ausdrücklich wegbedungen ist die externe Beamtenhaftung in den drei neuen Gesetzen von Aargau (Verantwortlichkeitsgesetz vom 21. Dezember 1939), Graubünden (Verantwortlichkeitsgesetz vom 26. Mai 1945) und Luzern (Beamtengesetz vom 28. Juni 1948).

Aargau hatte bis 1939 kein Verantwortlichkeitsgesetz; die Regierung hatte ein solches verschiedentlich als überflüssig bezeichnet. Seit 1935 bestand immerhin eine Versicherung des Kantons zur Deckung von Haftpflichtansprüchen gegen seine Beamten. Noch in der Botschaft des Regierungsrates vom 4. Februar 1938 zum VG kamen erhebliche Bedenken gegen die Staatshaftung zum Ausdruck²³⁶. Erst in der großrätlichen Kommission wurde die

²³⁵ So Zehntner 90.

²³⁶ «Die Einführung der Staatshaftung ist nicht ohne gewisse Gefahren. Das System der direkten Haftung des Staates ist geeignet, das Verantwortlichkeitsgefühl der Beamten zu schwächen. Auch die direkten finanziellen Konsequenzen dürfen nicht etwa unterschätzt werden; denn mancher Fall, der bisher zugunsten des belangten Beamten entschieden worden wäre, dürfte vielleicht in Zukunft nach der bedauerlichen Maxime „in dubio contra fiscum“ zu Ungunsten des Staates oder der Gemeinde erledigt werden, und in einem zweifelhaften Fall, ein „dubium“ zu konstruieren, dürfte namentlich in den Fällen der leichten Fahrlässig-

direkte Klage gegen die Beamten ausgeschlossen. Ausdrücklich wird bestimmt, daß Kanton und Gemeinde auch Genugtuungsleistungen zu übernehmen haben, wenn deren Voraussetzungen gegeben sind²³⁷. Obwohl Aargau seit 1841 ein Verwaltungsgericht besitzt, wurde die Beurteilung der Klagen der Bürger gegen das Gemeinwesen und der Regreßansprüche des Gemeinwesens gegen den schuldigen Beamten den Zivilgerichten zugewiesen.

Als zweiter Kanton führte Graubünden bei der Totalrevision seines «Unverantwortlichkeitsgesetzes» von 1902²³⁸ die ausschließliche Staatshaftung ein (Art. 11). Doch haftet nur der Kanton für leichte Fahrlässigkeit seiner Beamten; die Kreise, Gemeinden und übrigen selbständigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten haften nur bei grober Fahrlässigkeit ihrer Behörden und Beamten (Art. 8/9).

Das neueste Gesetz ist das Beamten gesetz von Luzern, dessen knappe und klare Regelung vorbildlich ist. Deshalb seien die wichtigsten Bestimmungen in einer Fußnote wiedergegeben²³⁹. Das Luzerner Gesetz sagt eindeutig, daß

keit keine Schwierigkeiten bieten. Damit werden die Prozeßchancen für den Angreifer verbessert, und es besteht die Aussicht, daß mancher, der im Verwaltungsverfahren unterlegen ist, versuchen wird, mit einer Verantwortlichkeitsklage gegen den Staat evtl. sogar mittels des Armenrechtes auf dem Rücken des Staates auf einem Umweg Recht zu bekommen, so daß eine starke Zunahme solcher Prozesse zu gewärtigen ist.»

²³⁷ Vgl. E. Steiner, Das Verantwortlichkeitsgesetz des Kantons Aargau, ZBl 41 (1942), 36; Beat Keller, Die Beamtenverantwortlichkeit und die Haftpflicht des Gemeinwesens insbesondere nach aargauischem Recht, Diss. Basel 1950, MS.

²³⁸ So ausdrücklich der Große Rat in seinem Bericht an die Stimmber e c h r e t i g t e n , oben S. 297a.

²³⁹ § 34—40 des Beamten gesetzes von Luzern: § 34. — Haftung gegenüber dem Staat. — Der Beamte haftet dem Staat für den Schaden, den er ihm in Ausübung seiner dienstlichen Verrichtungen verursacht, nach den Vorschriften des Zivilrechts.

§ 35. — Haftung gegenüber Dritten. — ¹ Fügt ein Beamter in Ausübung seiner dienstlichen Verrichtungen einem Dritten

der Staat an Stelle des Beamten haftet. Es liegt gleichsam eine gesetzliche privative Schuldübernahme vor; deshalb ist es auch richtig, daß der Anspruch durch die Zivilgerichte beurteilt wird.

3. Das ausländische Recht

a) Deutschland

Die zuletzt dargestellte Regelung des Luzerner Rechts entspricht in den wesentlichen Zügen dem geltenden deutschen Recht. Dasselbe sieht ebenfalls eine zivilrechtliche

widerrechtlich Schaden zu, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, so wird der Staat an Stelle des Beamten dem Dritten nach den Vorschriften des Zivilrechts zum Ersatze verpflichtet.

² Ebenso ist der Staat zum Ersatze verpflichtet, wenn der Beamte dem Dritten in einer wider die guten Sitten verstößenden Weise absichtlich Schaden zufügt.

³ Das Klagerrecht gegen den Beamten ist ausgeschlossen.

§ 36. — Rückgriff. — ¹ Der Staat hat gegenüber dem Beamten, der den Schaden verschuldet hat, das Rückgriffsrecht.

² Bei einer Mehrzahl von Rückgriffspflichtigen haftet der Einzelne anteilmäßig.

³ Das Rückgriffsrecht verjährt mit dem Ablaufe eines Jahres, nachdem die Haftbarkeit des Staates rechtskräftig festgestellt oder anerkannt worden ist. Das Verrechnungsrecht des Staates mit Ansprüchen des Beamten bleibt vorbehalten.

§ 37. — Ermäßigung oder Erlaß der Ersatzpflicht. — Der Richter kann die Ersatzpflicht nach den §§ 34 und 36 ermäßigen oder den Pflichtigen ganz davon entbinden, sofern dieser durch die Ersatzleistung in eine Notlage geraten würde oder sofern die persönlichen Verhältnisse oder die besondern Umstände es als angezeigt erscheinen lassen.

§ 38. — Ergänzendes Recht. — Soweit das Gesetz keine Vorschriften aufstellt, wie hinsichtlich der Verjährung von Schadenersatzansprüchen, findet der Abschnitt des Obligationenrechtes über unerlaubte Handlungen (Art. 41 ff.) ergänzende Anwendung.

§ 39. — Zuständigkeit des ordentlichen Richters. — Über Streitigkeiten aus den §§ 34 bis 38 entscheidet der ordentliche Richter.

§ 40. — Vorbehalt kantonalen und eidgenössischen Rechts. — Vorbehalten bleiben die Verantwortlichkeitsbestim-

Haftung des Staates an Stelle des Amtsträgers vor, mit dem Unterschied freilich, daß die entsprechende deutsche Regelung sich nicht nur auf die Beamten, sondern auf alle Amtsträger bezieht. Den Umfang der Haftung bestimmt § 839 BGB, der in seinen drei Absätzen folgende Prinzipien aufstellt:

1. Der Beamte haftet dem Dritten für vorsätzliche und fahrlässige Verletzung seiner Amtspflicht, bei fahrlässiger Verletzung aber nur, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.
2. Bei Amtspflichtverletzungen in richterlichen Urteilen besteht ein Schadenersatzanspruch nur, wenn die Pflichtverletzung mit Strafe bedroht ist.
3. Ein Schadenersatzanspruch besteht nicht, wenn der Verletzte es vorsätzlich oder fahrlässigerweise unterlassen hat, den Schaden durch Ergreifung eines Rechtsmittels abzuwenden.

Im Gegensatz zu Art. 61 OR wurde also im BGB die Schadenersatzpflicht für alle Beamten des Reiches und der Länder durch das Reichsrecht einheitlich geregelt, und zwar in Abweichung von der allgemeinen Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen.

Für die Beamten des Reiches wurde dann im Gesetz vom 22. Mai 1910 über die Haftung des Reiches für seine Beamten (Reichshaftungsgesetz) die Staatshaftung an Stelle der persönlichen Beamtenhaftung eingeführt. Das Reich oder heute die Bundesrepublik haftet zivilrechtlich an Stelle seiner Beamten nach Maßgabe des § 839 BGB.

Das Reichhaftungsgesetz findet keine Anwendung

- a) auf Beamte, die für ihre Tätigkeit lediglich Gebühren und kein festes Gehalt beziehen,

mungen des Depositalkassengesetzes und des kantonalen Steuergesetzes; ferner die Vorschriften des Bundesrechtes, die eine direkte Haftung der Beamten für ihre Amtshandlungen oder die Haftung des Staates für seine Beamten vorsehen.

b) auf das Verhalten von Beamten des auswärtigen Dienstes, wenn dieses Verhalten nach einer Erklärung des Außenministers politischen oder internationalen Rücksichten entsprochen hat. Ausländer können aus dem Gesetz nur Ansprüche ableiten, wenn der Heimatstaat Gegenrecht hält²⁴⁰.

Art. 131 der Weimarer Verfassung erklärte dann die Haftung aller öffentlichen Gemeinwesen für ihre Beamten als unmittelbar anwendbaren Verfassungsgrund- satz²⁴¹. Das Prinzip wurde 1949 ohne wesentliche materielle Änderung in das Bonner Grundgesetz übernommen, dessen Art. 34 lautet:

«Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadenersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht abgeschnitten werden.»

Diese Bestimmung regelt nicht nur die Verantwortlichkeit der Beamten, sondern aller Amtsträger. Für den Inhalt der Staatshaftung gilt nach wie vor § 839 BGB, das heißt, die öffentliche Hand haftet nur bei schuldhafter Amtspflichtverletzung²⁴². Insbesondere besteht bei Ermessensentscheiden eine Haftung nur «bei reiner Willkür», bei einem Verhalten, das mit den an eine ordnungsgemäße Verwaltung zu stellenden Anforderungen schlechterdings nicht mehr vereinbar ist²⁴³.

²⁴⁰ Die Schweiz konnte in Ermangelung eines Staatshaftungsgesetzes bisher keine Gegenrechtserklärung abgeben, Salis-Burckhardt Nr. 551.

²⁴¹ RGZ 106, 34; 167, 8.

²⁴² RGZ 134, 321; Juristische Wochenschrift 17, 972.

²⁴³ RGZ 99, 244; 121, 225; 154, 153; für Einzelheiten sei verwiesen auf Soergel, Kommentar zu § 839 BGB, 8. Aufl. 1952; Abraham-Bühler-Dennewitz, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950, zu Art. 34 BGG; von Mangoldt, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, 1950, zu Art. 34 BGG.

b) Österreich

Österreich hat auf den 1. Januar 1949 durch Revision von Art. 23 des Bundesverfassungsgesetzes die ausschließliche Staatshaftung eingeführt. Der maßgebende Artikel lautet²⁴⁴:

Art. 23. ¹ Der Bund, die Länder, die Bezirke, die Gemeinden und die sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts haften für den Schaden, den die als ihre Organe handelnden Personen in Vollziehung der Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt haben.

² Personen, die als Organe eines im Absatz 1 bezeichneten Rechtsträgers handeln, sind ihm, soweit ihnen Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, für den Schaden haftbar, für den der Rechtsträger dem Geschädigten Ersatz geleistet hat.

³ Personen, die als Organe eines im Absatz 1 bezeichneten Rechtsträgers handeln, haften für den Schaden, den sie in Vollziehung der Gesetze dem Rechtsträger durch ein rechtswidriges Verhalten unmittelbar zugefügt haben.

⁴ Die näheren Bestimmungen zu den Absätzen 1 bis 3 werden durch Bundesgesetz getroffen.

⁵ Ein Bundesgesetz kann auch bestimmen, inwieweit auf dem Gebiete des Post-, Telegraphen- und Fernsprechwesens von den in den Absätzen 1 bis 3 festgelegten Grundsätzen abweichende Sonderbestimmungen gelten.

Gestützt auf diese Verfassungsbestimmung erging das Amtshaftungsgesetz vom 18. Dezember 1948; in Übereinstimmung mit dem deutschen Recht haftet auch in Österreich die öffentliche Hand an Stelle des Beamten nach bürgerlichem Recht bei allen rechtswidrigen und schuldhaften hoheitlichen Amtsakten (§ 1). Besondere haftungsbeschränkende Vorbehalte, wie sie § 839 BGB kennt, fehlen. Von allgemeinem Interesse ist vor allem § 2 des Gesetzes.

²⁴⁴ Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich vom 31. Januar 1949.

§ 2. ¹ Bei Geltendmachung des Ersatzanspruches muß ein bestimmtes Organ nicht genannt werden; es genügt der Beweis, daß der Schaden nur durch die Rechtsverletzung eines Organes des beklagten Rechtsträgers entstanden sein konnte.

² Der Ersatzanspruch besteht nicht, wenn der Geschädigte den Schaden durch Rechtsmittel oder durch Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof hätte abwenden können.

³ Aus einem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes, des Obersten Gerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes kann ein Ersatzanspruch nicht abgeleitet werden.

Interessant ist an dieser Regelung vor allem die Tatsache, daß nach der Verfassungsbestimmung die Staatshaftung nur bei einem Verschulden eines Organs in Betracht fällt, daß jedoch nach dem zitierten § 2 des Ausführungsgesetzes der Kläger dieses Verschulden in der Klageschrift offenbar nicht substanziieren muß. Es genügt, daß nach dem allgemeinen Lauf der Dinge ein Verschulden zu vermuten ist. Im Gegensatz zum deutschen Recht bestimmt sich der haftende Rechtsträger (Gemeinwesen) nicht nach der organisatorischen, sondern nach der funktionellen Rechtsstellung des Beamten; soweit die Landesbeamten Funktionen für den Bund ausüben und dabei rechtswidrig und schuldhaft handeln, haftet für die dabei entstehenden Schäden der Bund und nicht etwa das Land²⁴⁵.

c) Frankreich

Das französische Recht wird im Referat des westschweizerischen Referenten dargestellt. An dieser Stelle sei nur das allerwichtigste zusammengefaßt: Das französische Recht unterscheidet zwischen «faute personnelle», per-

²⁴⁵ Vgl. stenographische Protokolle des österreichischen Nationalrates vom 14. Januar 1948; Löwenstein und Kaniak, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz, Mans bei Wien 1951. Für die Auskünfte über das österreichische Recht bin ich Herrn Dr. Günther-Winkler in Innsbruck zu besonderem Dank verpflichtet.

sönliche schuldhafte Handlungen, für die der Beamte vor den Zivilgerichten belangt werden kann und «faute de service», Amtspflichtverletzung, für die nur der Staat nach öffentlichem Recht haftet und über die der Conseil d'Etat entscheidet. Ob «faute personnelle» oder «faute de service» vorliegt, entscheidet das Tribunal des Conflits, das aus Mitgliedern der Cour de Cassation und des Conseil d'Etat zusammengesetzt ist. Der Umstand, daß «faute personnelle» vorliegt, schließt nicht aus, daß auch der Staat wegen «faute de service» haftet; in solchen Fällen besteht ausnahmsweise eine kumulative Haftung des Beamten und des Staates²⁴⁶. «Faute de service» bedeutet nicht unbedingt, daß einen Beamten ein Verschulden treffen muß; es wird vielmehr zwischen der «responsabilité pour faute d'un agent» und «responsabilité sans faute d'un agent» unterschieden. Zudem ist bei einem fehlerhaften Verhalten eines Beamten (faute d'un agent) der Begriff der Fehlerhaftigkeit wohl stärker verobjektiviert als bei uns der Begriff Fahrlässigkeit²⁴⁷. Besonders unterstrichen sei, daß in Frankreich die Staatshaftung sich völlig von zivilrechtlichen Vorstellungen gelöst hat; der Conseil d'Etat hat in einer reichen Praxis eigene öffentlich-rechtliche Grundsätze für die öffentlich-rechtliche Entschädigungspflicht entwickelt.

d) Belgien

In Belgien hat der Staat grundsätzlich gleich wie die juristischen Personen des Privatrechts für rechtswidrige Handlungen seiner Untergebenen nach zivilrechtlichen Grundsätzen (Art. 1382, 1384 code civil) einzustehen. Daneben haftet der Beamte für Absicht und grobe Fahrlässigkeit. Zuständig zur Beurteilung solcher Ansprüche sind die Zivilgerichte; die Lösung entspricht im großen und

²⁴⁶ Marcel Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris (1950), 354 ff., 588 ff.

²⁴⁷ Vgl. Sprecher von Berneck 10; Waline 587 ff.

ganzen der Regelung, wie sie in der Schweiz der Kanton Waadt kennt²⁴⁸.

Durch Gesetz vom 23. Dezember 1946 wurde nach dem Krieg auch in Belgien ein Conseil d'Etat geschaffen. Derselbe hat jedoch weit geringere Kompetenzen als der französische Conseil d'Etat; der Contentieux d'Indemnité, der innerhalb des belgischen Conseil d'Etat besteht, hat keine Befugnis, über Entschädigungsansprüche zu entscheiden; er gibt lediglich eine Meinungsäußerung darüber ab, ob ein Bürger infolge eines Staatsaktes einen außerdörflichen Schaden erlitten hat, für den der Staat nach Billigkeit aufkommen sollte, weil nach Zivilrecht kein klagbarer Anspruch gegeben ist. Der Contentieux d'Indemnité hat somit lediglich eine antragstellende Funktion. Ob der Schaden auf richtiger oder nicht richtiger Anwendung eines Gesetzes beruht, ist für die Gewährung einer Entschädigung nach Billigkeit grundsätzlich nicht entscheidend. Der belgische Conseil d'Etat ist hinsichtlich der Empfehlung solcher Entschädigungen aus Billigkeit sehr zurückhaltend; in den vergangenen vier Jahren stellte er nur 10 positive Anträge²⁴⁹.

e) England

Bis 1947 war das englische Recht von dem Grundsatz beherrscht, daß rechtswidrige Amtshandlungen eines Beamten eine unerlaubte Handlung (tort) darstellen, für die er sich vor den bürgerlichen Gerichten zu verantworten hat. Jeder Gedanke einer Verfolgungsermächtigung liegt dem englischen Recht fern. Diese Lösung entspricht der berühmten *ultra vires* Theorie²⁵⁰. Eine Staatshaftung war bis 1947 unbekannt²⁵¹. Nach langen Vorbereitungen wurde

²⁴⁸ Vgl. Cyr-Cambier, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, Bruxelles 1947.

²⁴⁹ Gemäß einer persönlichen Auskunft von M^e Cyr-Cambier.

²⁵⁰ Vgl. dazu E. C. S. Wade and G. Godfrey Phillips, *Constitutional Law*, 4. ed. London 1950, 288 ff.

²⁵¹ Der leading case ist *Viscount Canterbury v. Attorney*

dieser Zustand durch den Crown Proceedings Act von 1947 beseitigt. Die Krone (Staat) haftet nun für Schädigungen durch Amtspflichtverletzungen ihrer Verwaltungsbeamten (einschließlich der Minister, dagegen unter Ausschluß der Gerichte). Diese neue Lösung bedingt eine scharfe Unterscheidung zwischen Klagen gegen die Krone und persönlichen Ansprüchen gegen den König oder die Königin; letztere sind hinsichtlich ihrer Privatsphäre nach wie vor gegen alle Klagen geschützt²⁵².

4. Probleme der Neuordnung

Der Rundblick über das geltende positive Recht zeigt eindeutig, daß, ausgenommen in Frankreich, die meisten Rechte die Haftung des Staates für die Beamten als eine Haftung für fremdes Verschulden qualifizieren und sie dementsprechend privatrechtlich ausgestalten. Der Vorentwurf von Bundesrichter Hablützel zu einem neuen VG schließt sich jedoch diesbezüglich nicht der Mehrheit der Vorbilder, sondern dem französischen Beispiel an. Er sieht — meines Erachtens zu Recht — eine öffentlich-rechtliche Haftung des Staates für rechtswidrige Amtshandlungen vor, ohne Rücksicht auf ein Verschulden eines Staatsorgans. Zur Frage, ob diese grundsätzliche Entscheidung richtig ist, ist im nächsten Abschnitt Stellung zu nehmen. Im Rahmen des vorliegenden Abschnittes ist lediglich die Eventuallösung zu prüfen: Wie ist eine privatrechtliche Verschuldenshaftung des Staates auszugestalten, für den Fall, daß sich der Bundesgesetzgeber entgegen der Lösung des Vorentwurfs, aber

General 1843, Bicknell S. 97 f. Dem Speaker des englischen Parlaments, der im Parlamentsgebäude wohnte, verbrannte infolge einer Unachtsamkeit eines Staatsangestellten sein gesamtes Mobiliar. Er belangte dafür die Krone (Staat), die Queen's Bench Division wies jedoch den Schadenersatzanspruch ab.

²⁵² Vgl. Karl Alexander Hampe, Die Amtshaftung im englischen Recht, Archiv für öffentliches Recht 76 (1950), 297 ff.; E. C. S. Wade and Godfrey Phillips a. a. O. 309 ff.

in Anlehnung an Vorbilder des kantonalen Rechts sowie des deutschen und österreichischen Rechts für eine bloß zivilrechtliche Verschuldenshaftung entscheidet? Dabei kommen grundsätzlich folgende drei Systeme in Frage:

- a) Möglichste Anlehnung an Art. 55 ZGB und Art. 55 OR.
 - b) Ausschließliche Anlehnung an Art. 55 ZGB.
 - c) Ausschließliche Haftung des Bundes an Stelle des Beamten, Angestellten oder Arbeiters mit Rückgriffsmöglichkeit auf den schuldhaften öffentlichen Bediensteten.
- a) Möglichste Anlehnung an Art. 55 ZGB und Art. 55 OR

Eine solche Lösung bedingt eine Unterscheidung zwischen Funktionären, die als «Staatsorgane» zu betrachten sind und solchen, die als bloße «Hilfspersonen» anzusprechen wären. Es müßte dann die Solidarhaftung des Bundes und der höhern Beamten analog zu Art. 55 Abs. 2 und 3 ZGB vorgesehen werden und bei Schadenstiftung durch untergeordnete öffentliche Bedienstete dem Bund der Exzeptionsbeweis im Sinne von Art. 55 OR eingeräumt werden; diese Lösung würde sich an das Genfer Recht anlehnen, wobei immerhin noch zu prüfen wäre, wo die Grenze zwischen den Organen und den Hilfspersonen zu ziehen wäre. Sollen nur die Mitglieder der obersten staatlichen Behörden als «Organe» betrachtet werden (so das Genfer Recht) oder auch noch die Chefbeamten mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen (eine nicht leicht zu umschreibende Kategorie) oder sollen gar alle Bundesbeamten im Sinne des Ämterverzeichnisses als Staatsorgane gelten, so daß nur die Angestellten und Arbeiter Hilfspersonen wären? Angesichts der weiten Fassung des Begriffes der Bundesbeamten²⁵³ würde dann freilich die Grenzziehung zwischen Organ und Hilfsperson wesentlich anders ausfallen als nach Art. 55 ZGB und Art. 55 OR²⁵⁴.

²⁵³ Oben S. 236a.

²⁵⁴ Vgl. dazu BGE 48 II 6, 55 II 27, 59 II 431; Oftinger 482; Egger Art. 55 ZGB N. 8.

b) Ausschließliche Anlehnung an Art. 55 ZGB

Bei ausschließlicher Anlehnung an Art. 55 ZGB würden alle Beamten, Angestellten und Arbeiter sowie weitere für den Bund tätige Personen als «Staatsorgane» betrachtet. Der Bund würde für schuldhafte Handlungen, die diese Personen in Erfüllung ihrer Amtspflicht übernehmen, ohne Exzeptionsmöglichkeit solidarisch mit den Schuldigen haften, eine Lösung, die sich an das Neuenburger Recht anlehnen würde²⁵⁵. Diese Lösung gewährt dem Bürger natürlich einen wesentlich besseren Schutz als das erst erwähnte System. Ob eine Aushilfskanzlistin oder ein Bundesrat ein wichtiges Dokument eines Privaten verliert, spielt dann keine Rolle mehr; der Bund haftet auf jeden Fall. Dazu kommt, daß nach den Verordnungen zum BtG die Angestellten und Arbeiter des Bundes hinsichtlich der internen Verantwortlichkeit des Bundesbeamten gleichgestellt sind; insofern erscheint es richtig, daß auch die externe Verantwortlichkeit des Bundes für alle seine Bediensteten einheitlich geregelt ist. Doch ergibt sich damit bereits eine Abweichung vom ordentlichen Zivilrecht — entsprechend der Tatsache, daß die «Organe» der öffentlich-rechtlichen Personen andere Funktionen haben als die «Organe» der juristischen Personen des Privatrechts.

c) Ausschließliche Haftung des Bundes an Stelle des öffentlichen Beamten, Angestellten oder Arbeiters mit Rückgriffsmöglichkeit auf den schuldigen Bediensteten

Diese dritte Lösungsmöglichkeit entspricht dem Aargauer, Bündner und Luzerner Recht und deckt sich im wesentlichen auch mit dem deutschen und österreichischen Recht. Sie entfernt sich bereits etwas vom gemeinen Privat-

²⁵⁵ Alle übrigen Kantone, die in die Gruppe der Kantone mit Solidarhaftung des Staates neben den Beamten eingereiht sind, verwirklichen dieses Prinzip nur mit gewissen Einschränkungen; in Baselland geht die Staatshaftung grundsätzlich weiter, unten S. 367a.

recht; denn im Gegensatz zur Solidarhaftung von Organ und juristischer Person gemäß Art. 55 Abs. 2 und 3 ZGB wird die Klage gegen das handelnde Staatsorgan selbst nicht mehr zugelassen; nur der Staat haftet — an Stelle des Organs. Die Abweichung vom gewöhnlichen Zivilrecht läßt sich damit rechtfertigen, daß die schadenstiftende Handlung des Beamten in vielen, wenn auch keineswegs in allen Fällen, sich als fehlerhafter Hoheitsakt qualifiziert. Derartige Schäden können die Organe der juristischen Personen des Privatrechts gar nicht stiften. Auch ist der Beamte verpflichtet, amtliche Verrichtungen vorzunehmen, womit er ohne weiteres das Risiko läuft, widerrechtlich zu handeln. Doch verletzt er dann nicht eine allgemeine bürgerliche Rechtspflicht, sondern eine nur ihn als Beamten treffende öffentlich-rechtliche Pflicht. Für diese Pflichtverletzung soll er nicht nach privatrechtlichen Grundsätzen vom Geschädigten vor einem Zivilgericht belangt werden können, sondern nur seinem Dienstherrn, dem Staat, nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen verantwortlich sein²⁵⁶.

Die Gegenargumente gegen diese Lösung wiegen nicht allzu schwer. Es wird darauf hingewiesen, daß bei einer ausschließlichen Haftung des Staates der Beamte als Zeuge angerufen werden kann, weil er nun nicht mehr Partei ist. Das trifft zu; aber der Richter kann und muß im Rahmen der freien Beweiswürdigung dem Umstand Rechnung tragen, daß ein solcher Zeuge befangen ist, weil er mit Regreßansprüchen gegen sich zu rechnen hat. Man hört auch die Befürchtung, das Verantwortungsbewußtsein der Beamten werde vermindert, wenn ihre persönliche Haftung gegenüber Dritten dahinfalle. Sicher ist an einer vermögensrechtlichen Haftung des Beamten festzuhalten. Diese besteht jedoch auch, wenn entsprechende Regreßansprüche des Bundes geltend gemacht werden, wobei über das Maß

²⁵⁶ Vgl. die entsprechenden Gründe des Bundesgerichts für den Ausschluß der privatrechtlichen Haftung des Wehrmanns gegenüber geschädigten Dritten in BGE 78 II 424, oben S. 283a.

der Haftung des Beamten nicht sein direkter Vorgesetzter, sondern eine höhere Instanz im Einvernehmen mit dem Justiz- und Finanzdepartement entscheiden soll. Der Ausschluß der direkten Belangbarkeit durch den Bürger bewirkt unter Umständen direkt eine Steigerung des Verantwortungsbewußtseins. Die Drohung mit einer Verantwortlichkeitsklage kann nicht mehr als Einschüchterungsversuch verwendet werden, dem Beamten wird dadurch die Pflichterfüllung erleichtert²⁵⁷. Auch das Argument, die Verfassung verlange die direkte Haftung des Beamten gegenüber dem Bürger, hält nicht stich. Wohl gehört zur Verantwortlichkeit des Beamten im Sinne von Art. 117 BV auch eine vermögensrechtliche Verantwortlichkeit. Doch ist dieser Forderung auch dann Genüge getan, wenn der Beamte lediglich auf dem Regreßwege vom Bund belangt wird²⁵⁸.

Eine Interessentengruppe hat freilich unter Umständen ein Interesse an der Beibehaltung der direkten Haftung der schuldigen Beamten: Die Versicherungsgesellschaften. Soweit sie zum Beispiel auf Grund einer Haftpflichtversicherung einen Schaden decken müssen, den ein Beamter in schuldhafter Verletzung seiner Amtspflicht gestiftet hat, steht ihnen nach Art. 51 OR ein Regreßanspruch nur gegen die aus Verschulden haftenden Personen zu. Besteht eine direkte Haftung des schuldigen Beamten gegenüber Dritten, so können die Versicherungsgesellschaften diesen Anspruch geltend machen. Dagegen ist zweifelhaft, ob die Haftung des Bundes als Verschuldenshaftung oder als bloße Haftung aus Gesetz im Sinne von Art. 51 OR zu betrachten wäre; je nachdem könnten die Versicherungsgesellschaften auf den Bund Rückgriff nehmen oder nicht²⁵⁹.

²⁵⁷ So auch bezüglich des Luzerner Rechtes Tanner 132, und bezüglich des Aargauer Rechtes E. Steiner in ZBl 42 (1941) 36.

²⁵⁸ W. Burckhardt, Kommentar zu Art. 117 BV.

²⁵⁹ Die Entscheidung, ob man die privatrechtliche Haftung der juristischen Personen nach Art. 55 Abs. 2 ZGB als eine Art

Bei einer zivilrechtlichen Lösung müßte sich das VG an eines dieser drei Systeme anlehnen, wobei freilich zahlreiche Abwandlungen möglich sind, wie der Überblick über die kantonalen Rechte gezeigt hat. Der Verfasser glaubt, daß das drittgenannte System rechtspolitisch am vorteilhaftesten ist — aus den Gründen, die bei dessen Darstellung angeführt wurden. Allen drei Systemen haften jedoch die Merkmale einer privatrechtlichen Regelung an. Diese äußert sich vor allem darin, daß grundsätzlich der Umfang der Schadenersatzpflicht nach der Größe des Verschuldens abgestuft ist. Bei leichtem Verschulden des Beamten erhält deshalb der Bürger immer nur einen Teil des Schadens ersetzt. Diese Lösung des Art. 43 OR ist im Privatrecht voll angemessen. Art. 43 OR gestattet die Berücksichtigung all der feinen Übergänge des täglichen Lebens vom Schaden infolge Zufalls, den der Geschädigte selbst voll tragen muß

gesetzliche Kausalhaftung (Einstehen für fremdes Verschulden) oder als Verschuldenshaftung betrachtet, hängt davon ab, wie man die Handlungen von Organen den juristischen Personen zurechnet. Dies ist hinsichtlich der juristischen Personen des Privatrechts kontrovers, und die Kontroverse überträgt sich natürlich auch auf die juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Die «Vertretungstheorie» sieht in den Organen der juristischen Personen in erster Linie gesetzliche Vertreter. Sie betont, daß die Organe und juristische Personen getrennte Rechtssubjekte, sind und sie ist deshalb geneigt, die Haftung nach Art. 55 Abs. 2 ZGB den gesetzlichen Kausalhaftungen zuzuzählen (Oftinger 10, 481, 485 N. 49; Egger Art. 55 N. 2; Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre 2. Aufl. 194; von Tuhr, Allgemeiner Teil des BGB I 462; hinsichtlich des Staates BGE 63 II 33). Die Organtheorie betont demgegenüber, daß die juristischen Personen durch ihre Organe handeln, so daß deren Verschulden ihr Verschulden ist! So vor allem Otto v. Gierke, Deutsches Privatrecht I 518: «Was ein Körperschaftsorgan im Bereiche seiner Körperschaftsfunktion tut oder nicht tut, ist eine Handlung oder Unterlassung der Körperschaft selbst.» Nach dieser Lehre könnten also die Versicherungsgesellschaften auf den Bund Rückgriff nehmen, weil seine Haftung als Verschuldenshaftung zu qualifizieren wäre.

über die Situationen, wo Zufall und leichtes Verschulden zusammenspielen, bis zu den Fällen, wo das schwere Verschulden des Verletzenden die allein maßgebende Ursache des Schadens darstellt. Art. 43 OR entspricht der Interessenabwägung zwischen gleichgestellten Rechtssubjekten. Allein schon im Privatrecht kann das Verschuldensprinzip allein nicht voll befriedigen. Es ist deshalb durch die zahlreichen Fälle der Kausalhaftung, insbesondere der Gefährdungshaftung, gemildert worden. Bei Schädigungen durch Staatsorgane bedeutet es erst recht eine außerordentliche Härte, wenn der Bürger, der durch einen rechtswidrigen Staatsakt einen Schaden erlitten hat, nur einen Teil, vielleicht den kleineren Teil, des Schadens ersetzt erhält, weil den verantwortlichen Beamten nur ein geringes Verschulden trifft. Die Verschuldenshaftung hat die Konsequenz, daß zwei Bürger des gleichen Staates, die durch zwei verschiedene Beamte in genau gleicher Weise durch eine Unterlassung geschädigt werden, unter Umständen ganz verschieden entschädigt werden; der eine Bürger hatte vielleicht das «Glück», daß sein Fall von einem alten, erfahrenen Beamten behandelt wurde, dem ein solcher Fehler nicht hätte passieren dürfen. Folglich muß der Staat für das Verschulden dieses Beamten einstehen. Der andere Bürger hatte das «Pech», in die Hände eines frischeingestellten Beamten zu fallen, von dem man noch nicht die Kenntnis aller Vorschriften verlangen kann. Diesen Beamten trifft nur eine kleine Fahrlässigkeit, also haftet auch der Staat nur teilweise. Eine solche Konsequenz ist mit dem öffentlich-rechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung der Bürger unvereinbar. Dieser Grundsatz verbietet ungleiche Behandlung infolge von Zufälligkeiten. Dies ist der Hauptgrund, weshalb die Einführung der Staatshaftung als bloße Verschuldenshaftung nicht befriedigen kann²⁶⁰. Subsumiert

²⁶⁰ Nach dem BGB bildet das geringe Verschulden des Täters entgegen Art. 43 OR keinen Grund zu Herabsetzung der Ersatzpflicht; deshalb ist dort auch die privatrechtliche Verschuldens-

man die Haftung des Staates unter die öffentlich-rechtliche Entschädigungspflicht, so drängt sich deshalb eine Kausalhaftung auf.

III. Die Kausalhaftung des Staates bei gesetzwidrigen Staatsakten

1. Allgemeines

Der Vorentwurf vom 1. August 1952 von alt Bundesrichter Hablützel zu einem «Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Beamten und über die Haftung des Bundes für seine Beamten» trägt dem Bedenken, das am Schlusse des vorangehenden Abschnittes geäußert wurde, Rechnung. In kühnem Vorstoß wird die öffentlich-rechtliche Kausalhaftung des Bundes für rechtswidrige Handlungen von Amtsträgern der Eidgenossenschaft gefordert. Die maßgeblichen Art. 7 und 8 sollen lauten:

- Art. 7. Der Bund haftet für den Schaden, den seine Beamten in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen widerrechtlich stifteten. Die Haftung fällt weg, wenn der Geschädigte von den Rechtsmitteln, mit welchen er die widerrechtliche Amtsführung anfechten kann, keinen Gebrauch macht.
- Art. 8. Ein Anspruch gegen den fehlbaren Beamten steht dem Geschädigten nicht zu. Dagegen kann der Bund Rückgriff nehmen auf den Beamten, welcher den Schaden absichtlich oder fahrlässig verursacht hat.

Der neue Rechtsanspruch gegen den Bund soll materiell und formell dem öffentlichen Recht angehören — materiell: Es handelt sich um eine Form der **öffentlichte Entschädigung** für schädigende Handlungen von Staatsorganen²⁶¹; formell: Entsprechende Klagen

haftung des Staates im Sinne von § 839 BGB und Art. 14 Bonner Grundgesetz weniger stoßend als im schweizerischen Recht.

²⁶¹ Vgl. Fleiner, Institutionen 302; Ruck, Schweiz. Verwaltungsrecht 209.

sollen vom Bundesgericht als Verwaltungsgerichtshof in Anwendung von Art. 110 OG entschieden werden (Art. 10 Vorentwurf)²⁶².

Die öffentlich-rechtliche Natur der verwaltungsrechtlichen Klage nach Art. 110 OG im Unterschied zu zivilrechtlichen Klagen vor dem Bundesgericht als einziger Instanz äußert sich vor allem darin, daß der Sachverhalt in einem Instruktionsverfahren von Amtes wegen abgeklärt wird (Art. 91—95 OG). Der Zivilprozeß ist dagegen von der Verhandlungsmaxime beherrscht (Art. 36 bis 40 BG vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozeß). Auch besteht bei der verwaltungsrechtlichen Klage kein Mindeststreitwert²⁶³ und kein Obligatorium hinsichtlich der Sicherstellung der Gerichtskosten (Art. 150 OG). Im Gegensatz zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde handelt es sich bei der verwaltungsrechtlichen Klage um ursprüngliche, nicht um nachträgliche Verwaltungsgerichtsbarkeit²⁶⁴.

Materiell entspricht die Lösung im Vorentwurf von alt Bundesrichter Hablützel den Forderungen, die schon Bundesrichter Panchaud in seinem Vortrag vom 5. Mai 1951 vor der Société de droit et de législation in Genf aufgestellt hatte²⁶⁵.

²⁶² So schon nach geltendem Recht, wenn ausnahmsweise eine öffentlich-rechtliche Haftung des Bundes besteht oder zum mindesten behauptet wird, BGE 77 I 94, 77 I 260.

²⁶³ Dies hat zur Folge, daß das Bundesgericht sich unter Umständen auch mit Bagatellsachen befassen muß; die prinzipielle Frage, in welchem Falle eine Haftung besteht, rechtfertigt jedoch diese Lösung; auch das deutsche Reichsgericht hat unter Umständen Bagatelfälle zu prüfen; vgl. RGZ 125, 85; Klage gegen den Staat auf Bezahlung von RM. 24.35 wegen Zertrümmerung der Windschutzscheibe eines Kraftwagens und kleiner Körperverletzung, weil ein Turnlehrer pflichtwidrig ein Handballspiel der Schüler gestattet oder angeordnet hatte, bei dem der Ball auf die Straße fliegen und Schaden anrichten konnte!

²⁶⁴ Fleiner-Giacometti 915.

²⁶⁵ A propos de la responsabilité extra-contractuelle de la Confédération, Semaine judiciaire 73 (1951), 464 ff.

Die beiden Bundesrichter fordern einen Rechtsschutz, der weiter geht als alle geltenden kantonalen Rechte, ausgenommen Baselland²⁶⁶. Es ist verständlich, daß gegen eine solche Lösung Bedenken angemeldet werden. Wohl besteht Einhelligkeit darüber, daß der Bund hinsichtlich des Rechtsschutzes des Bürgers im neuen VG den Rückstand gegenüber den kantonalen Rechten aufholen soll; soll er sich aber gleich auch an die Spitze des rechtlichen Fortschrittes setzen? Das ist die Frage.

Als einziges Vorbild für die vorgeschlagene Lösung kann im schweizerischen Bundesrecht auf die Kausalhaftung der Kantone aus pflichtwidriger Führung des Grundbuches hingewiesen werden (Art. 955 ZGB). Diesbezüglich besteht seit 1912 eine Haftung des Staates, unabhängig vom Verschulden der Grundbuchführer. Im Interesse der Rechtssicherheit wird der auf einen falschen Grundbucheintrag vertrauende gutgläubige Erwerber eines dinglichen Rechts geschützt, obwohl dadurch ein bisher materiell Berechtigter sein Recht verliert; der letztere soll sich jedoch am Kanton schadlos halten können²⁶⁷.

Die meisten andern Fälle, wo im in- oder ausländischen Recht eine Entschädigungspflicht des Staates für schadenstiftende Staatsakte ohne Verschulden der Beamten vorgesehen ist, sind anders gelagert. Es besteht dort eine Haftung ohne Rücksicht darauf, ob der schadenstiftende Rechtsakt rechtmäßig oder rechtswidrig vorgenommen wurde. Das wichtigste Beispiel

²⁶⁶ Darüber unten S. 367a.

²⁶⁷ Vgl. BGE 51 II 388, 53 II 213, 53 III 87, 62 II 81, 57 II 569; Verneinung der Haftung des Kantons bei erheblichem Selbstverschulden des Geschädigten, 53 II 374; neben der Haftung des Kantons besteht nach herrschender Lehre eine direkte Haftung des Grundbuchbeamten bei Verschulden nach Art. 61 Abs. 1 OR oder eventuell nach kantonalem Recht, die jedoch nicht von praktischer Bedeutung ist (Wieland 955, ZGB N. 5; Ostertag 955 N. 510; Homberger 955 N. 13; a. A. Fisch, Die Verantwortlichkeit der Kantone für Schaden aus der Führung des Grundbuches, Diss. Zürich 1939, 13).

einer derartigen öffentlich-rechtlichen Kausalhaftung im Bundesrecht bildet die Haftung des Bundes aus militärischen Übungen gemäß Art. 27/28 Militärorganisation (MO). Nach dieser Bestimmung haftet zum Beispiel der Bund für Landschaden ohne Rücksicht darauf, ob der verantwortliche Offizier oder Soldat den angerichteten Landschaden hätte vermeiden können oder nicht; die Pflichtverletzung ist lediglich von Bedeutung hinsichtlich der Regreßansprüche des Bundes gegen den verantwortlichen Wehrmann (Art. 29 MO)²⁶⁸.

Ähnlich liegen die Verhältnisse im ausländischen Recht. Soweit im französischen Recht innerhalb der Haftung für «faute de service» ausnahmsweise eine Haftung des Staates «sans faute d'un agent» besteht — die sogenannte Haftung für «risque administratif» —, ist nicht nur das Verschulden, sondern auch die Widerrechtlichkeit der Staatsorgane unerheblich; denn die Haftung deckt auch rechtmäßige Amtsakte, zum Beispiel Schäden, die Unschuldige durch pflichtgemäßes Schießen von Truppen erleiden, welche zum Aktivdienst aufgeboten worden sind (sogenannte Tumultschäden)²⁶⁹.

Auch im deutschen Recht wird die Staatshaftung für rechtswidrige, nicht schuldhafte Handlungen von Staatsorganen lediglich als einen Sonderfall des sogenannten «Aufopferungsanspruches» betrachtet; da der Bürger bei rechtmäßigen Amtshandlungen, durch die ihm ein besonderer Schaden entsteht, einen Anspruch auf angemessene Entschädigung stellen kann²⁷⁰, wird dieses Recht von den Gerichten auch bei rechtswidrigen, nicht schuldhaften Akten von Staatsorganen anerkannt²⁷¹. Im grund-

²⁶⁸ Näheres unten S. 360a.

²⁶⁹ Waline 594 ff., unten S. 350a.

²⁷⁰ Darüber eingehend unten S. 348a.

²⁷¹ RGZ 128, 18; 140, 276: Eine Gemeinde hatte Grundstücke als Grünfläche erklärt auf Grund einer Bauordnung, die über das Baugesetz hinausging (vgl. den ähnlichen Tatbestand in BGE 77 I 211 betr. die Grünzone der Stadt Zürich!). Infolgedessen fiel ein 1927 abgeschlossener Kaufvertrag über Grundstücke zu Bauzweck-

legenden Entscheid des großen Senats für Zivilsachen des Bundesgerichtshofes vom 10. Juni 1952²⁷² wird ausdrücklich erklärt, unrechtmäßige Eingriffe der Staatsgewalt in die Rechtssphäre des Einzelnen seien wie eine Enteignung zu behandeln, wenn sie sich «für den Fall ihrer gesetzlichen Zulässigkeit» sowohl nach ihrem Inhalt als nach ihrer Wirkung als eine Enteignung²⁷³ darstellen würden und wenn sie in ihrer tatsächlichen Wirkung dem Betroffenen ein besonderes Opfer auferlegt haben²⁷⁴.

Entgegen all diesen Beispielen aus dem in- und ausländischen Recht befaßt sich der Vorentwurf nur mit der Staatshaftung aus widerrechtlicher Schadenszufügung.

2. Der Begriff der Widerrechtlichkeit bei der privatrechtlichen und bei der öffentlich-rechtlichen Kausalhaftung

Die vorstehenden Hinweise zeigen bereits, daß die Um schreibung des Begriffes «widerrechtliche Schadenszufü gung in Ausübung amtlicher Verrichtungen» keineswegs einfach ist. Die ganze Schwierigkeit liegt beim Begriff der Widerrechtlichkeit.

Schon die Kausalhaftung des Privatrechts stellt

ken mit einem Kaufpreis von RM. 630 000.— dahin. Als endlich die Gesetzwidrigkeit des Bauverbotes festgestellt war (1933), war der Verkaufswert der Grundstücke infolge der angebrochenen Wirtschaftskrise auf RM. 100 000.— gesunken. Das Reichsgericht anerkannte einen Aufopferungsanspruch in der Höhe von RM. 100 000.—.

²⁷² Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ) 6, 270 ff., unten S. 349a.

²⁷³ Enteignung im Sinne der Definition des gleichen Entscheides, unten S. 349a.

²⁷⁴ BGHZ 6, 290. Entsprechend wurde die Entschädigungs pflicht bejaht wegen rechtswidriger, aber nicht schuldhafter Zuweisung eines nicht zahlungsfähigen zwangsweisen Entzuges einer gemieteten Wohnung gegenüber einem Mieter, der kurz nach Abschluß des Mietvertrages auf Grund einer unberechtigten Denunziation für ein Jahr in Haft gesetzt wurde und infolgedessen nach der Haftentlassung die Wohnung nicht beziehen konnte.

diesbezüglich ihre Probleme. Die zivilrechtliche Dogmatik hält auch bei der Kausalhaftung daran fest, daß Voraussetzung jedes Schadenersatzanspruches eine Widerrechtlichkeit sei²⁷⁵. Dabei wird jedoch ein weiter Begriff der Widerrechtlichkeit zugrunde gelegt. Widerrechtlichkeit bedeutet bei der Kausalhaftung keineswegs, daß der Haftbare eine unerlaubte Handlung begangen haben muß. Der Automobilist, der völlig korrekt fährt, muß nach Art. 37 MFG zum Beispiel für den Schaden aufkommen, der entsteht, wenn ihm ein kleines Kind in den Wagen läuft. Widerrechtlich im Sinne dieser Lehre handelt, wer Anlaß dazu gibt, daß jemand in seiner körperlichen Integrität, in seiner Persönlichkeit oder in seinem Eigentums- oder Besitzesrecht verletzt wird (Widerrechtlichkeit im Hinblick auf die Verletzung eines Rechtsgutes)²⁷⁶. Im allgemeinen begründet die Verletzung eines Rechtsgutes nur dann eine Schadenersatzpflicht, wenn dem Verletzenden ein Vorwurf gemacht werden kann (Verschulden) oder wenn die Rechtsordnung an bestimmte Rechtsstellungen (Eigentümer einer Eisenbahn, Inhaber einer elektrischen Anlage, Halter eines Motorfahrzeuges, Eigentümer eines Werkes, Geschäftsherr oder Familienoberhaupt) eine Kausalhaftung knüpft. Bei der MFG-Haftung zum Beispiel besteht grundsätzlich die gleiche Haftung

- a) wenn der Halter schuldhaft eine Verkehrsvorschrift verletzt hat;
- b) wenn der Halter schuldlos, zum Beispiel im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit, eine Verkehrsvorschrift verletzt hat;
- c) wenn der Halter überhaupt keine Verkehrsvorschrift verletzt hat.

Der Richter muß somit grundsätzlich weder das Verschulden noch die Verletzung einer bestimmten geschriebenen

²⁷⁵ Oftinger 94; Carl Oechslin, Kernpunkte der Kausalhaftungsproblematik, Diss. Zürich 1944, 484.

²⁷⁶ Oftinger 94.

oder ungeschriebenen Verhaltensnorm (Normwidrigkeit) prüfen²⁷⁷.

Wollte man diese zivilrechtliche Betrachtungsweise tale quale zum Beispiel auf die vorher erwähnte öffentlich-rechtliche Haftung aus militärischen Übungen übertragen, so könnte man auch dort bei allen Fällen von unvermeidbarer Schadenszufügung durch Staatsorgane von «Widerrechtlichkeit ohne Normverletzung» sprechen. Aber gerade dies widerspricht der öffentlich-rechtlichen Betrachtungsweise: Der durch das Gesetz gedeckte Staatsakt (zum Beispiel das unvermeidliche Zertreten der Wiesen) gilt als rechtmäßig, auch wenn er Schaden stiftet. Im Verwaltungsrecht bedeutet Widerrechtlichkeit immer Gesetzwidrigkeit, wobei alle geschriebenen und ungeschriebenen Rechtsnormen, gleichgültig welcher Stufe, als «Gesetze im materiellen Sinn» zu betrachten sind²⁷⁸. Was gesetzeskonform ist, kann nicht widerrechtlich sein. Trotz der Gesetzmäßigkeit eines Verwaltungsaktes anerkennt jedoch der Gesetzgeber unter Umständen — zum Beispiel in den Art. 27/28 MO — eine Schadenersatzpflicht aus der Überlegung heraus, daß die Achtung vor dem Privateigentum dies erfordert. Materiell ist die zivilrechtliche MFG-Haftung und die öffentlich-rechtliche Haftung des Bundes

²⁷⁷ Oftinger, Haftpflichtrecht 95, bezeichnet die Verletzung einer bestimmten Verhaltensnorm als Widerrechtlichkeit im weiten Sinn, die Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes als Widerrechtlichkeit im engen Sinn. Diese Terminologie ist jedoch nicht ganz glücklich; es ist möglich, eine bestimmte Verhaltensnorm zu übertreten, ohne in ein Rechtsgut einzugreifen, und es ist möglich, ein Rechtsgut zu verletzen, ohne eine bestimmte Verhaltensnorm zu übertreten; normal ist freilich, daß die Übertretung einer bestimmten Verhaltensnorm die Ursache für den Eingriff in ein Rechtsgut ist. Es bestehen somit zwei sich überschneidende Begriffe von Rechtswidrigkeit, was mit dem Ausdruck Rechtswidrigkeit im weiten und im engen Sinn nicht zum Ausdruck kommt.

²⁷⁸ So ausdrücklich Art. 2 EG zum deutschen BGB; vgl. Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre 81.

aus militärischen Übungen gar nicht sehr verschieden, aber die zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise gehen auseinander.

In Anlehnung an die erwähnten ausländischen Regelungen ist nun auch für die Schweiz eine generelle Staatshaftung für besonders schwere Eingriffe in Privatverhältnisse gefordert worden, ohne Rücksicht auf Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Eingriffs²⁷⁹. Diese Forderung wird in Anlehnung an die sogenannte «Opfertheorie» von Otto Mayer²⁸⁰ damit begründet, die Gleichbehandlung der Bürger fordere, daß nicht ein Einzelner ein besonderes Opfer tragen müsse, das keinem andern auferlegt werde. Die Berechtigung dieser Forderung ist im nächsten Abschnitt näher zu prüfen. An dieser Stelle ist nur zu betonen, daß der Vorentwurf sich dieser Lehre nicht anschließt. Der Vorentwurf beschränkt vielmehr die Schadenersatzpflicht auf diejenigen schadenstiftenden Eingriffe in private Rechte, die in gesetzwidriger Weise erfolgen. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint die im Vorentwurf vorgeschlagene Kausalhaftung als eine sehr beschränkte Kausalhaftung. Entgegen den Stimmen, die finden, schon diese Kausalhaftung gehe sehr weit, wird zu prüfen sein, ob die Lösung des Vorentwurfs genügt und ob das neue VG nicht noch weiter gehen muß und auch für gesetzmäßige Staatsakte, die ein besonderes Opfer erfordern, eine Staatshaftung vorsehen sollte²⁸¹. Vorerst sind jedoch die Fälle zu erwähnen, die von der Kausalhaftung des Bundes, wie sie der Vorentwurf vorsieht, erfaßt würden.

²⁷⁹ Sprecher von Berneck, *Die Entschädigungspflicht des Staates bei der Ausübung der öffentlichen Gewalt*, Diss. Bern 1921, 149 ff.; His, *Das Problem der staatlichen Entschädigungspflicht bei Ausübung der öffentlichen Gewalt*, ZSR 42 (1923), 25.

²⁸⁰ Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, § 53 öffentlich-rechtliche Entschädigung, Bindings Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft VI 1; vgl. unten S. 348a.

²⁸¹ Darüber unten S. 372a.

Grundsätzlich fallen unter die gesetzwidrigen schadenstiftenden Handlungen und Unterlassungen in amtlicher Verrichtung:

- a) Das Handeln eines Staatsorgans außerhalb des gesetzlichen Zuständigkeitsbereiches der betreffenden Amtsstelle (Handeln ohne gesetzliche Grundlage, Ermessensüberschreitung und Ermessensmißbrauch); das Handeln kann in Verwaltungsakten (Rechtsgeschäften der Verwaltung), insbesondere Einzelverfügungen, oder in bloßen Tathandlungen bestehen, zum Beispiel das gesetzwidrige Verweigern einer Bewilligung, oder ein gesetzwidriges Einreiseverbot, oder das Erteilen einer falschen Auskunft in amtlicher Angelegenheit²⁸².
- b) Das Unterlassen einer Amtspflicht, die ein Gesetz einer Amtsstelle auferlegt, zum Beispiel die gesetzwidrige Unterlassung der Kontrolle von reparaturbedürftigen Anlagen.
- c) Die Verletzung einer allgemeinen Amtspflicht gegenüber dem Bürger, wie sie alle Amtsstellen trifft, zum Beispiel die Verletzung des Amtsgeheimnisses.
- d) Die Verletzung einer allgemeinen Bürgerpflicht durch einen Amtsträger im Rahmen seiner amtlichen Tätigkeit, wie zum Beispiel die Pflicht, anvertrauten Akten oder Gegenständen Sorge zu tragen²⁸³ oder sich in amtlichen Vernehmlassungen unnötig verletzender

²⁸² Vgl. Gutachten EJPD 6. Dezember 1916, Salis-Burckhardt Nr. 55 6 I, sowie Entscheid des Bundesrates vom 22. Oktober 1921, Salis-Burckhardt Nr. 552 III (de lege lata keine Haftung bei ungerechtfertigter Rückgabe eines Pfandes an den Schuldner zum Nachteil des Bürgen).

²⁸³ Vgl. BGE 42 II 611: Klage betr. Akten, die im Obergericht Aargau verlorengingen; unter dem damaligen aargauischen Recht wurde die Klage gegen den Staat abgewiesen und der Gerichtsschreiber als persönlich verantwortlich erklärt; heute müßte der Fall auf Grund des aargauischen VG von 1939 umgekehrt entschieden werden.

Äußerungen über Mitbürger zu enthalten^{284, 285}, oder keine unnötigen Gefährdungen zu schaffen.

Dagegen liegt keine Rechtswidrigkeit (Gesetzwidrigkeit) vor, wenn eine Amtsperson im Rahmen ihres Ermessens und in vertretbarer Anwendung eines Gesetzes eine Verfügung trifft, die später von einer Oberbehörde wieder aufgehoben wird²⁸⁶. Ebenso ist die Rechtswidrigkeit zu verneinen, wenn ein Beamter zwar im Rahmen der allgemeinverbindlichen Rechtsnorm, aber in Verletzung einer internen Dienstanweisung (Instruktion, Kreisschreiben usw.) handelt²⁸⁷.

Häufiger kommt es vor, daß Angelegenheiten länger als üblich liegen bleiben. Genaue Vorschriften, bis wann dienstliche Angelegenheiten zu erledigen sind, fehlen in der Regel; Bestimmungen wie Art. 18 Abs. 5 des BG vom 31. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer²⁸⁸: «Die Gesuche sind von den Behörden des Bundes und der Kantone mit Beförderung zu erledigen», können keinen Rechtsanspruch auf Erledigung innert bestimmter Frist begründen. Von einer Rechtswidrigkeit wird man deshalb erst bei einer schlechthin nicht mehr vertretbaren Verzögerung sprechen können, wie sie in einer geordneten Verwaltung nicht vorkommen darf²⁸⁹.

²⁸⁴ Vgl. den strafrechtlichen Entscheid in BGE 76 IV 25.

²⁸⁵ Dazu gehört auch die Pflicht, bei ansteckender Krankheit den Verkehr mit dem Publikum und den Mitbeamten zu meiden, vgl. Entscheid des Regierungsrates Aargau vom 16. Januar 1948: Fahrlässige Ansteckung von Kindern durch einen an Tuberkulose erkrankten Lehrer; der Regierungsrat bejahte die Staatshaftung.

²⁸⁶ BGE 54 II 365, Bundesgericht in ZBl 33 (1932), 456, und 42 (1941), 276; Zwahlen SJK 373.

²⁸⁷ Vgl. die Beispiele bei Schütz, Die Ersatzpflicht des Staates, Diss. Zürich 1918, S. 50 N. 133, sowie oben S. 260a.

²⁸⁸ BS 1, 121.

²⁸⁹ Auch bei Verzögerungen ist zudem zu beachten, daß der betroffene Bürger verpflichtet ist, durch Mahnung und eventuelle Beschwerde das Seine dazu beizutragen, um auf eine rasche Erledi-

Heikle Grenzfälle können sich vor allem bei der Unterlassung von Amtspflichten ergeben, die der Verwaltung nicht zum Schutze einzelner Bürger, sondern im Allgemeininteresse auferlegt sind. Soll zum Beispiel die Kausalhaftung des Staates Platz greifen, wenn ein Sträfling wegen ungenügender Beaufsichtigung (mit oder ohne Verschulden eines staatlichen Organs) entweichen kann und infolgedessen neue Diebstähle begeht oder ein Haus anzündet? Das Entweichenlassen des Sträflings ist zwar nur mittelbare Ursache des Schadens, aber doch adäquate Mitursache²⁹⁰. Oder soll die Haftung des Bundes Platz greifen, wenn zum Beispiel die Zollorgane einen Autocar einreisen lassen, der die höchstzulässige Breite um einige Zentimeter überschreitet, wenn diese zusätzliche Breite die maßgebende Ursache des Unfalls ist²⁹¹. Besteht in solchen Fällen nur eine amtsinterne Dienstpflchtverletzung oder eine mittelbare Schädigung eines Bürgers durch einen Amtsakt? In derartigen Fällen wird die Gerichtspraxis den Weg finden müssen. Sie wird einerseits berücksichtigen, daß jeder Einzelne durch die Maßnahmen im Allgemeininteresse mitgeschützt sein soll; sie muß aber anderseits auch eine Überspannung der Staatshaftung verhindern²⁹².

Zwischen der Hoheitsverwaltung, den technischen Betrieben und Wohlfahrtsanstalten ist grundsätzlich kein Unterschied zu machen. Alle Teile der Verwaltung erfüllen öffentliche Aufgaben, alle müssen nach Maßgabe der geltenden Vorschriften geführt werden.

gung zu drängen, statt hinterher Schadenersatzansprüche zu stellen, vgl. unten S. 342a.

²⁹⁰ Vgl. unten S. 342a.

²⁹¹ Selbstverständlich hat in allen Fällen, die unter die MFG-Haftung fallen, die Versicherung zu bezahlen; die Haftung des Bundes könnte also nur in Frage kommen, wenn zum Beispiel der am Rand einer schmalen Straße stillstehende Autocar den Unfall auslöst (vgl. BGE 78 II 162).

²⁹² Zurückhaltend Schütz, Die Ersatzpflicht des Staates, Diss. Zürich 1918, 50.

3. Das Problem der sogenannten amtspflichtgemäßem rechtswidrigen Staatsakte

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich, wenn eine Amtshandlung amtspflichtgemäß vorgenommen wurde, sich aber nachträglich als «unnötig», ja ungerechtfertigt herausstellt: Ein Unschuldiger wird in Untersuchungshaft gesetzt; Lebensmittel werden unter dem Verdacht eines Verstoßes gegen die Lebensmittelverordnung beschlagnahmt, und der Verdacht erweist sich nachträglich als unberechtigt; ja selbst die Verurteilung eines Angeklagten in einem Fall, wo die Richter auf Grund des vorliegenden Beweismaterials von der Schuld des Angeklagten überzeugt sind, erscheint als amtspflichtgemäßes Handeln, selbst wenn sich nachher dessen Unschuld herausstellt. Soll in solchen Fällen nach dem Vorentwurf ein Schadenersatzanspruch bestehen oder nicht?

Die Rechtswissenschaft spricht in solchen Fällen von «amtspflichtgemäßem rechtswidrigen Staatsakten», und die Entschädigungspflicht für solche Akte hat immer wieder die Rechtswissenschaft beschäftigt²⁹³. Typisch für diese Fälle ist — wie sich das Bundesgericht einmal ausgedrückt hat²⁹⁴ — das Unterlaufen eines «amtlichen Irrtums», eines Irrtums, der sich nun einmal nicht ausschließen läßt, der aber keineswegs auf einem Verschulden eines Beamten oder Richters beruhen muß.

Das Bundesrecht sieht in einigen derartigen Fällen eine Entschädigungspflicht ausdrücklich vor. So bei der Festnahme verdächtiger Unschuldiger und bei der Verurteilung Unschuldiger (Art. 122, 237 BStP); ferner bei einer disziplinarischen Entlassung von Beamten, die vom Bundesgericht nachträglich als ungerechtfertigt

²⁹³ Umfassende Darstellung des ganzen Problems mit Verarbeitung der gesamten Literatur bei A. Hauser, Über den Ersatzanspruch aus amtspflichtgemäßem rechtswidrigen Staatsakten, Diss. Zürich 1934.

²⁹⁴ Bundesgericht i. S. Brand gegen Thurgau, ZBl 33 (1932), 456.

erklärt wird (Art. 123 Abs. 1 OG), bei «ungerechtfertigten Nachteilen» auf Grund eines kriegswirtschaftlichen Strafverfahrens²⁹⁵ sowie bei ungerechtfertigten Beschlagnahmen von Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen durch die Kantone auf Grund der Lebensmittelgesetzgebung (Art. 24 Lebensmittelgesetz und Art. 7 BG über das Verbot von Kunstweinen^{296, 297}). Auch die Kantone kennen meistens die Entschädigungspflicht bei Verhaftung und Verurteilung Unschuldiger, ja, entsprechende Bestimmungen finden sich häufig in den Kantonsverfassungen²⁹⁸. Dabei unterscheidet zum Beispiel das Zürcher Recht sehr scharf zwischen der ungesetzlichen Verhaftung und der gesetzmäßigen Verhaftung, bei der sich nachträglich die Unschuld herausstellt; gesetzwidrig ist die Verhaftung nur, wenn kein Verhaftungsgrund im Sinne von § 49 StPO vorliegt²⁹⁹; auch das Bundesgericht hat diese beiden Fälle immer scharf auseinandergehalten³⁰⁰.

²⁹⁵ Art. 69 BRB über das kriegswirtschaftliche Strafrecht vom 17. Oktober 1944 und dazu BGE 77 I 259.

²⁹⁶ BS 4, 459, und 4, 682; vgl. dazu BGE 38 II 259; BGE 51 II 511; Art. 24 Lebensmittelgesetz kommt in Zukunft auch zur Anwendung bei ungerechtfertigter Beschlagnahme von Milch und Milchprodukten wegen vermeintlicher Mißachtung des Milchlieferungsregulativs (Art. 39 Abs. 4 Entwurf zum Milchbeschuß).

²⁹⁷ Dagegen besteht keine Ersatzpflicht bei ungerechtfertigter Beschlagnahme durch die Zollorgane (Art. 89 Abs. 2, 102, 121 Zollgesetz, Art. 119 VV zum Zollgesetz) und ebensowenig, wenn in einem kriegswirtschaftlichen Strafverfahren, das mit Freispruch endigt, Waren beschlagnahmt werden, die im Zeitpunkt der Wiederausgabe nur noch mit großem Verlust verkauft werden können (BGE 49 II 295); vgl. jedoch Art. 69 BRB v. 17. Oktober 1944 betr. kn. Strafrecht.

²⁹⁸ Zürich Art. 7 KV, Uri Art. 30 KV, Obwalden Art. 6 KV, Glarus Art. 5 KV, Zug Art. 8 KV, Solothurn Art. 13 KV, Basel-Land Art. 6, 29 KV, Appenzell AR Art. 11 KV, Aargau Art. 19 KV, Wallis Art. 4 KV, Genf Art. 16 KV.

²⁹⁹ Bei der ungesetzlichen Verhaftung hat der Verhaftete nach Art. 7 Abs. 2 und 3 KV einen privatrechtlichen Anspruch auf «angemessene Entschädigung und Genugtuung», der vor den Zivilgerichten geltend gemacht werden kann. Bei der «objektiv un-

Abgesehen von den genannten Spezialbestimmungen besteht jedoch nach geltendem Recht keine Entschädigungspflicht für solche «amtspflichtgemäße rechtswidrige Staatsakte». Dies führt in zahlreichen Fällen zu einer sehr stoßenden rechtsungleichen Behandlung. Dafür einige Beispiele aus der Praxis: Herr Sonnenschein aus Wien, der an einer wichtigen Konferenz in Paris teilnehmen sollte, wurde wegen vermeintlicher Identität mit einem Anarchisten in Buchs von den schweizerischen Zollorganen zurück behalten, bis sein Zug nach Paris abgefahren war; die spätere Weiterreise hatte keinen Sinn mehr, so daß die unnütze Reise abgebrochen werden mußte. Herr Sonnenschein hatte «das Pech», daß er nicht in Untersuchungshaft gesetzt worden war. Er wurde deshalb mit seinen Ersatzansprüchen abgewiesen³⁰¹; andernfalls hätte er sich auf Art. 122 BStP berufen können. Noch schlimmer aber wäre es Herrn Sonnenschein ergangen, wenn er sich im Mondschein mit dem Auto der Grenze genähert hätte und dort irrtümlicherweise von einem Zollbeamten angeschossen worden wäre. Wer infolge eines solchen irrtümlichen Staatsaktes unschuldig im Spital landet statt im Arrestlokal, muß grundsätzlich die Spitalrechnung selbst bezahlen, sofern sich nicht eine Verwaltungsinstanz des Bundes «ohne Rechts-

richtigen, aber gesetzmäßigen Verhaftung» hat er dagegen nach § 43 StPO lediglich einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf «Ersatz der unmittelbaren Unkosten und Umtriebe», aber keinen Anspruch auf Genugtuung. Unter die Umtriebe werden immerhin alle mit der Verhaftung im Zusammenhang stehenden Schäden verstanden, zum Beispiel auch die Heilung einer im Untersuchungsgefängnis aufgelesenen Krätze. Die Höhe der Entschädigung setzt die Staatsanwaltschaft fest mit Rekursmöglichkeit an das Obergericht. Beachte, daß beide Bestimmungen (Art. 7 KV und § 43 StPO) nur einen Anspruch auf angemessene Entschädigung geben (ZR 29 (1930) Nr. 69, ZR 42 (1943) Nr. 118).

³⁰⁰ BGE 3, 153 und 818; 4, 183; 12, 239; 14, 354; 15, 918; 16, 248; 18, 408/411; 34 I 744; vgl. auch Emile Thilo, Note sur la responsabilité de l'Etat en cas de l'arrestation illégale, Journal des Tribunaux 1930.

³⁰¹ Salis-Burckhardt Nr. 557 IV.

grundlagen und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht» sich seiner erbarmt und aus Billigkeitsgründen die Rechnung begleicht³⁰².

Zu welchen Unbilligkeiten der heutige Rechtszustand führt, zeigt am deutlichsten der Fall Grünzweig gegen Hürlimann und Eidgenossenschaft (BGE 47 II 176 und 47 II 454): Die Hinterbliebenen des «amtspflichtgemäß erschossenen» Grünzweig, der fälschlicherweise von einer schweizerischen Wache für einen Schmuggler gehalten wurde, konnten keinerlei Versorgerschaden geltend machen, weder gegen die beteiligten Wehrmänner noch gegen die Eidgenossenschaft!³⁰³ In entsprechender Weise wird auch demjenigen, der mit fünf normalen Sinnen in ein Irrenhaus eingewiesen wird, ein Ersatzanspruch verweigert, wenn hinreichende Gründe vorlagen, um seinen Geisteszustand amtlich untersuchen zu lassen³⁰⁴. Auch dieser Mann ist also wesentlich schlechter gestellt als der in Untersuchungshaft genommene Mitbürger.

Diesen sogenannten «amtspflichtgemäßem rechtswidrigen Verwaltungsakten» kommt somit große praktische Bedeutung zu. Aus der Fassung des Vorentwurfs geht jedoch nicht klar hervor, ob auch in diesen Fällen eine Haftung des Bundes bestehen soll, da jedenfalls die Rechtswidrigkeit im Sinne der Gesetzwidrigkeit fehlt³⁰⁵.

A. Hauser hat freilich im Anschluß an die Lehre von A. von Tuhr³⁰⁶ über die Möglichkeit der «Zweischichtigkeit» des Rechts das interessante Paradoxon verteidigt, derartige Rechtsakte könnten zugleich rechtmäßig

³⁰² Salis-Burckhardt Nr. 553 I.

³⁰³ Eingehende Darstellung der Umstände und Analyse der Urteile bei Hauser a. a. O. 379 ff.; vgl. auch oben S. 283a.

³⁰⁴ Vgl. BGE 54 II 443.

³⁰⁵ Der Verfasser des Vorentwurfs scheint freilich der Ansicht zu sein, daß das neue VG auch solche Fälle decken soll, da er die Haftung des Staates für Tumultschäden (unten S. 356a) unter die Haftung für rechtswidrige Staatsakte subsumiert (Bericht S. 15).

³⁰⁶ A. von Tuhr, Allgemeiner Teil des BGB III 455.

und rechtswidrig sein³⁰⁷. Er beruft sich auf die Tatsache, daß die Öffentlichkeit vom Staat verlange, er solle entgegengesetzte Interessen gleichzeitig schützen; der Staat kann aber nicht die Allgemeinheit vor Verbrechern und Wahnsinnigen schützen, ohne das Risiko zu laufen, in die persönliche Freiheit unschuldiger Bürger einzugreifen. Die Lösung aus dem Dilemma müsse eben in der Verpflichtung zur Schadloshaltung liegen. Man kann vielleicht zwischen einer formellen und einer materiellen Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit unterscheiden. Nach dem formellen (Verfahrens-) Recht handelt zum Beispiel der Richter rechtmäßig, wenn er einen Täter verurteilt, den er auf Grund eines ordnungsgemäß durchgeföhrten Verfahrens nach bestem Wissen und Gewissen für den Täter hält; aber das materielle Strafrecht bestimmt, daß nur der bestraft werden darf, der wirklich ein Vergehen begangen hat³⁰⁸. Allein mit dieser Unterscheidung ist noch nicht bestimmt, welcher Begriff der Rechtswidrigkeit dem Sinn des Vorentwurfs entspricht und in welchen Fällen das Bundesgericht bei einem entsprechenden Gesetzestext eine Schadenersatzpflicht des Bundes bejahen würde. Diese Frage ist so wichtig, daß sie nicht «der Praxis überlassen werden darf»; sie muß im neuen Gesetz eindeutig geklärt werden. In diesem Punkte kann der Vorentwurf noch nicht befriedigen, und auch die Bemerkungen im Bericht dazu (S. 15) gehen der Frage aus dem Wege. Ein neues VG muß in eindeutiger Weise feststellen, daß die Witwe und die Kinder eines «amtspflichtgemäß erschossenen Unschuldigen» ihren Anspruch aus Versorgerschaden gegen den Bund richten können! Wenn ein neues VG in solchen Fällen keinen Schutz gewährt, ist es in einem entscheidenden Punkt nicht wesentlich besser als das geltende VG. Es darf unter dem neuen VG keinen zweiten «Fall Grünzweig»

³⁰⁷ Hauser a. a. O. 133, 152, 225.

³⁰⁸ Vgl. Nawiasky, Die Haftung des Staats für das Verhalten seiner Organe 10.

mehr geben³⁰⁹. Zur Klärung der Rechtslage sollte deshalb meines Erachtens das neue Gesetz den schillernden Ausdruck «widerrechtlich» vermeiden und statt dessen in eindeutiger Weise sowohl die Haftung des Bundes bei gesetzwidrigen Handlungen von Bundesorganen als auch die Haftung bei gesetzmäßigen Akten von Bundesorganen regeln.

Bei den gesetzwidrigen Hoheitsakten liegt ein Verstoß gegen das Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung und gesetzmäßigen Justiz vor. In diesem Falle ist volle Schadloshaltung geboten ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Amtsträgers (ausgenommen beim Vorliegen von Haftungsausschließungsgründen, S. 342a unten). Bei allen gesetzmäßigen Hoheitsakten kommt eine Haftung des Staates nur in Frage, wenn die Maßnahme den Betroffenen außergewöhnlich hart trifft — so hart, daß die Auswirkungen des gesetzmäßigen Hoheitsaktes allgemeiner Mißbilligung rufen. Auch wenn der Hoheitsakt nicht ungeschehen gemacht werden kann, fordert das über allen einzelnen Gesetzen stehende verfassungsmäßige Gebot der Rechtsgleichheit, daß zum mindesten die Folgen solcher Hoheitsakte gemildert werden; der Betroffene soll zum mindesten einen solchen Schaden weitgehend auf die Allgemeinheit überwälzen können. Die sogenannten «amtspflichtgemäßem rechtswidrigen Staatsakte» sind gerade charakteristische und zugleich extreme Beispiele von (zum mindesten formell) gesetzmäßigen Hoheitsakten, die außerordentliche Schäden verursachen. Die Kausalhaftung für gesetzwidrige Staatsakte, wie sie der Vorentwurf vorschlägt, bedeutet sicher einen großen Fortschritt, aber sie genügt nicht. Sie muß ergänzt werden durch eine Kausalhaftung für besonders schädigende rechtmäßige Staatsakte.

³⁰⁹ Während des Aktivdienstes des 2. Weltkrieges wurde das Anwendungsgebiet der Art. 27/28 MO in einer Weise erweitert, daß damals bei einem dem Fall Grünzweig analogen Tatbestand ein Schadenersatzanspruch bestanden hätte. Vgl. oben S. 282a, unten S. 362a.

Immerhin scheint es mir zu weit gegangen, wenn erklärt wird, die öffentlich-rechtliche Entschädigungspflicht solle von der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Eingriffs völlig unabhängig sein. Bei einzelnen konkreten öffentlich-rechtlichen Entschädigungsansprüchen, wie zum Beispiel bei Schäden durch militärische Übungen, kann auf diese Unterscheidung verzichtet werden. Eine generelle Norm über die öffentlich-rechtliche Entschädigungspflicht darf jedoch meines Erachtens den Unterschied zwischen Erlaubt und Unerlaubt nicht völlig verwischen; auf diesem Unterschied baut sich nun einmal die ganze Rechtsordnung auf. Gesetzwidrige schadenstiftende Verwaltungsakte sollten in einem vollentwickelten Rechtsstaat immer eine Schadenersatzpflicht des Staates begründen (sofern nicht besondere Haftungsausschließungsgründe vorliegen), gesetzmäßige Verwaltungsakte rufen nur unter besonderen Umständen einer Entschädigungspflicht. Auch ist der Umfang der Staatshaftung meines Erachtens verschieden auszugestalten. Darauf ist im einzelnen zurückzukommen. Vorerst gilt es zu zeigen, welche Fragen die Kausalhaftung für gesetzwidrige Staatsakte im einzelnen aufwirft.

4. Kein Verschuldensbeweis

Bei einer öffentlich-rechtlichen Haftung ist das Verschuldensprinzip fehl am Platz. Darüber wurde bereits oben S. 319a das Wesentliche ausgeführt. Mit Recht erwähnt der Bericht zum Vorentwurf, die Rechtsgleichheit sei verletzt, wenn derjenige vom Bund Schadenersatz erhält, der durch einen zurechnungsfähigen Beamten geschädigt wird, derjenige dagegen nicht, der das Pech hat, durch einen unzurechnungsfähigen geschädigt zu werden³¹⁰. Auch der Umstand, daß der Beamte aus Zeitnot keine Möglichkeit hatte, ein Geschäft richtig zu prüfen, darf nicht dazu führen, daß der Staat seine Haftung wegen mangelndem

³¹⁰ Vgl. BGE 71 II 225.

Verschulden des Beamten ablehnen kann³¹¹. Besonders einleuchtend ist auch der Hinweis im Vorentwurf, daß die heutige Größe und Unübersichtlichkeit der Bundesverwaltung in manchen Fällen geradezu einen Beweisnotstand verursachen könnte, wenn der geschädigte Bürger den schuldigen Beamten selbst ausfindig machen müßte. Mit Recht wird auch erwähnt, daß im Zivilrecht der Geschäftsherr für rechtswidrige Handlungen seiner Hilfspersonen nach Art. 55 OR auch dann einzustehen hat, wenn die Hilfsperson kein Verschulden trifft³¹²; immerhin besteht diesbezüglich ein wesentlicher Unterschied: Der Geschäftsherr hat nach Art. 55 OR die Möglichkeit des Exzeptionsbeweises, die bei Einführung der Staatshaftung nicht in Frage kommt (Art. 9 Vorentwurf). Entscheidend ist jedoch das Grundprinzip der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflicht: Jeder gesetzwidrige schadenstiftende Verwaltungsakt bedeutet einen Verstoß gegen den Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung; wenn der Bürger diesen Schaden durch Verwaltungsbeschwerde nicht abwenden kann, muß deshalb der Staat für den Schaden aufkommen³¹³.

5. Nachweis des adäquaten Kausalzusammenhangs

Auch wenn der moderne Rechtsstaat einen weitgehenden Schutz des Bürgers gegen rechtswidrige Verwaltungsakte bieten soll, muß immerhin verhindert werden, daß die neue Ordnung Versuchen zu «ungerechtfertigten Beutezügen auf die Bundeskasse» Vorschub leistet. Die wichtigste — und zugleich ausreichende — Schranke, mit der sich der Bund gegen ungerechtfertigte Forderungen wehren kann, ist die Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang.

³¹¹ Vgl. Escher, Bundesbeamtenrecht 172 betr. die Überlastung als Entschuldigungsgrund und ferner die Urteile des Reichsgerichts in RGZ 90, 385 und 126, 362.

³¹² BGE 50 II 494; 56 II 285; 57 II 38, 45; Oftinger 517.

³¹³ Vgl. auch oben S. 285a.

Bei einer Kausalhaftung des Bundes für Schäden aus rechtswidrigen Verwaltungshandlungen liegt natürlich die Versuchung nahe, möglichst überall einen Kausalzusammenhang zwischen einem erlittenen Schaden und einem rechtswidrigen Staatsakt «zu konstruieren»; zahlreiche Bürger haben weniger Hemmungen, gegen den Staat als gegen einen Mitbürger zu prozessieren. Man muß selbstverständlich mit der Möglichkeit rechnen, daß die Bekämpfung von ungerechtfertigten Ansprüchen in Zukunft eine zusätzliche undankbare Aufgabe der Juristen in den verschiedenen Abteilungen der Bundesverwaltung sein wird. Dies ist eine unausweichliche Folge der Verbesserung des Rechtsschutzes. Ebenso sicher kann jedoch vorausgesagt werden, daß der Verwaltungsgerichtshof des Bundesgerichts die Grundsätze über den adäquaten Kausalzusammenhang und über den Schadensnachweis in ebenso souveräner Weise handhaben wird, wie die beiden zivilrechtlichen Abteilungen dies schon bisher taten. Dadurch kann der Bund vor übersetzten Forderungen geschützt werden.

Im zivilen Haftpflichtrecht besteht wegen Fehlens eines adäquaten Kausalzusammenhanges keine Haftung des Haftpflichtigen, wenn ein Akt höherer Gewalt oder wenn Selbstverschulden des Geschädigten oder ein Drittverschulden die maßgebende Schadensursache bilden. Diese drei klassischen Exzeptionsgründe der Kausalhaftung³¹⁴ müssen auch für die öffentlich-rechtliche Kausalhaftung des Staates bei rechtswidrigen Staatsakten gelten. Auch wenn also der rechtswidrige Staatsakt eine entfernte Mitursache bildet, ohne die der Schaden nicht entstanden wäre, kann doch der Schaden so außerhalb der gewöhnlichen Auswirkungen des rechtswidrigen Staatsaktes liegen, daß eine andere Ursache als allein maßgebend zu betrachten ist (sogenannte Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs). Ein Schulbeispiel: Einem Ausländer wird auf Geheiß der Bundesanwaltschaft gesetzwidrig sein Reisepaß lange Zeit

³¹⁴ Vgl. Oftinger 86 ff.

nicht ausgehändigt; infolgedessen benützt er nach erfolgter später Aushändigung des Passes ein Seeschiff, das untergeht. In diesem Falle ist der Kausalzusammenhang eindeutig «unterbrochen», der Bund haftet nicht³¹⁵; denn das Risiko des Schiffsuntergangs war bei rechtzeitiger Aushändigung des Passes genau das gleiche. Oder wenn infolge eines Wolkenbruchs eine Runse niedergeht und ein Zollhaus mit den darin liegenden lagernden Zollgütern zerstört, so muß der Bund für die zerstörten Zollgüter nicht aufkommen, selbst wenn dieselben widerrechtlich beschlagnahmt wurden; denn der Schaden ist durch höhere Gewalt verursacht³¹⁶.

Vielleicht noch wichtiger als die Lehre vom Fehlen oder von der Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs ist die Lehre vom gelockerten Kausalzusammenhang, die zwar nicht zu einem Ausschluß der Haftung, aber zu einer Reduktion der Ersatzpflicht führt³¹⁷. Der fehlerhafte Staatsakt oder das gesetzwidrige Unterlassen einer Amtshandlung bildet unter Umständen wohl eine der Ursachen des Schadens, aber ein «konkurrierender Zufall», ein konkurrierendes Verhalten des Geschädigten oder eines Dritten haben dabei eine so maßgebende Rolle gespielt, daß dieser «besondere Umstand» als Herabsetzungsgrund im Sinne von Art. 43 OR zu berücksichtigen ist.

Auch dafür zwei Beispiele: Die gesetzwidrige Nichtaushändigung des Reisepasses während längerer Zeit hat vielleicht zur Folge, daß eine Person eine Stelle im Ausland nicht antreten kann. Der dabei entstehende Lohnausfall ist selbstverständlich adäquate Folge des gesetzwidrigen Staatsaktes. Ändert sich aber in der Zwischenzeit die Arbeitsmarktlage im vorgesehenen neuen Aufenthaltsland dermaßen, daß die betroffene Person dort überhaupt keine Stelle mehr in ihrem Berufe finden kann, so liegt konkurrierender Zufall vor, und der Bund haftet jedenfalls für

³¹⁵ Von Tuhr-Siegwart, allgemeiner Teil des OR 89.

³¹⁶ BGE 49 II 266.

³¹⁷ BGE 57 II 46; 57 II 110; 60 II 420; 61 II 90.

den Schaden nur teilweise. Oder ein Beispiel aus dem Genfer Verwaltungsrecht: Die Genfer Seepolizei hatte die Mängel eines Schiffes festgestellt, aber nichts unternommen, damit das Schiff aus dem Verkehr genommen oder repariert wurde; nachher sank das Schiff, wobei Drittpersonen Schaden erlitten. Grundsätzlich ist das Verhalten der Polizeiorgane für den Schaden kausal; aber den Schiffs-eigentümer trifft ein konkurrierendes Drittverschulden³¹⁸.

Dagegen liegt kein gelockerter Kausalzusammenhang, sondern gemeinsame Verursachung vor, wenn eine Mehrheit von Handlungen den Schaden verursacht haben, von denen jede nach dem allgemeinen Lauf der Dinge geeignet ist, einen solchen Schaden auszulösen. In solchen Fällen besteht gemeinsame Verursachung und solidarische Haftung für den ganzen Schaden, also in Zukunft gegebenenfalls auch solidarische Haftung auf das Ganze zwischen dem Bund und einem mitschuldigen Dritten³¹⁹.

6. Mitverschulden des Geschädigten, Pflicht zur Ergreifung ordentlicher Rechtsmittel

Eines der wichtigsten Mittel für den Bund, um ungerechtfertigte Ansprüche mit Erfolg bestreiten zu können, ist der Nachweis eines maßgeblichen Mitverschuldens des Geschädigten; je nach dem Grade des Mitverschuldens bildet dasselbe einen Haftungsausschließungsgrund (bei genügender Intensität zur Unterbrechung des Kausalzusammenhangs) oder doch einen Grund zur wesentlichen Reduktion des Schadenersatzes³²⁰.

³¹⁸ Semaine judiciaire 1915, 428.

³¹⁹ Vgl. betr. die Haftung des Bundes aus Art. 27 MO BGE 71 I 48: Die Explosion eines Blindgängers in der Hand eines damit spielenden 10jährigen Knaben ist die adäquate Folge einer militärischen Übung, auch wenn den Vater ein Drittverschulden trifft, weil er tatenlos zusah, wie das Kind den Blindgänger nach Hause brachte.

³²⁰ Vgl. Oftinger 117, Die Gerichtspraxis und die Kommentare zu Art. 43 OR.

Nach anerkannter Lehre hat der Geschädigte auch die Pflicht, das Seinige dazu beizutragen, den eintretenden Schaden möglichst klein zu halten, und das Unterlassen entsprechender Maßnahmen gilt als Selbstverschulden. Dabei ist im öffentlichen Schadenersatzrecht anerkannt, daß der Geschädigte vor allem verpflichtet ist, durch Einsprache die verfügende Behörde auf ihre Fehler aufmerksam zu machen und nötigenfalls durch Ergreifen der Verwaltungsbeschwerde die vorgesetzte Behörde über die angeblich rechtswidrigen Verwaltungsmaßnahmen zu orientieren und von ihr Abhilfe zu fordern (so auch Art. 7 Vorentwurf). In Betracht fällt sowohl die Verwaltungsbeschwerde gegen eine bestimmte Verfügung als auch die allgemeine Aufsichtsbeschwerde wegen Rechtsverzögerung und andern Ordnungswidrigkeiten im Geschäftsgang der Verwaltung sowie gegebenenfalls die Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Nichtergreifen von Rechtsmitteln, mit welchen die widerrechtliche Amtsführung angefochten werden kann, wird vom Vorentwurf als Haftungsausschließungsgrund behandelt, auch wenn ausnahmsweise den Geschädigten kein Verschulden an der Nichtergreifung des Rechtsmittels trifft. Die Verantwortlichkeitsklage gegen den Staat muß im Verhältnis zur Verwaltungsbeschwerde unbedingt ein subsidiärer und außerordentlicher Rechtsbehelf bleiben.

7. Der Umfang des Schadenersatzes

Der Geschädigte hat grundsätzlich den eingetretenen Schaden nachzuweisen; dabei wird man Art. 42 OR sinngemäß auch auf die öffentlich-rechtliche Kausalhaftung zur Anwendung bringen. Art. 42 OR gibt dem Richter ein ziemlich weites Ermessen, welche Anforderungen er an den Schadensnachweis stellen will. Auch unter diesem Gesichtspunkt hat das Bundesgericht die Möglichkeit, dafür zu sorgen, daß «die Bäume nicht in den Himmel wachsen».

Grundsätzlich ist zu entscheiden, ob der Staat bei Ein-

führung der Kausalhaftung nur eine angemessene oder eine volle Entschädigung (unter Vorbehalt der Herabsetzungsgründe) zu leisten hat.

Bei gesetzwidrigen Staatsakten befriedigt nur die volle Schadloshaltung: Der Bürger hat Anspruch auf eine gesetzmäßige Verwaltung; wird diese verletzt, so soll er nicht einen Teil des Schadens selbst tragen müssen; dagegen läßt sich diskutieren, bei welchen «amtspflichtgemäßen rechtswidrigen Amtsakten» eine angemessene Entschädigung ausreicht³²¹. Nicht zu empfehlen wäre eine Beschränkung auf den sogenannten «unmittelbaren» Schaden, wie dies Art. 87 Abs. 1 des Verwaltungsreglementes der Armee vor sieht. Die Abgrenzung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden ist unsicher, und die Lehre vom nicht adäquaten und gelockerten Kausalzusammenhang genügt vollauf, um allzu lange Kausalketten «abzuschneiden». Auch wenn keine Angaben über die Höhe der neuen Belastung der Staatsrechnung des Bundes möglich sind, ist doch sicher, daß diese Mehraufwendungen im Rahmen der Gesamtaufwendungen des Bundes nicht erheblich ins Gewicht fallen.

8. Genugtuungsansprüche

Weder das geltende VG noch der Vorentwurf sprechen sich ausdrücklich über die Genugtuungsansprüche aus. Ausnahmsweise erwähnen die kantonalen Verantwortlichkeitsgesetze den Anspruch auf Genugtuung³²². Art. 7 VG spricht von der Pflicht zum Ersatz des «positiven Schadens»: Der Berner Appellationshof³²³ und die Literatur³²⁴

³²¹ Bei der Expropriation ist das Prinzip der vollen Entschädigungspflicht in zahlreichen Verfassungen verankert, über andere rechtmäßige Staatseingriffe vgl. unten S. 359aff.

³²² Art. 8 Zuger Verantwortlichkeitsgesetz; Art. 10 Graubündner Verantwortlichkeitsgesetz.

³²³ ZBJV 58, 326.

³²⁴ Escher 175; Sager 111; Zehntner 37; anlehnend Hürli-mann 44.

haben überwiegend angenommen, daß gestützt auf Art. 7 VG der Beamte bei Vorliegen der Voraussetzung von Art. 47 und 49 OR auch auf Genugtuung belangt werden könne.

Im privaten Haftpflichtrecht finden sich teilweise spezielle Bestimmungen, Art. 8 Bundesgesetz vom 28. März 1905 betr. die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffunternehmungen und der Post und Art. 42 MFG: Trifft den Autohalter oder «die Eisenbahnunternehmung» (sic!) oder eine Person, für die diese verantwortlich sind, ein Verschulden, «so kann der Richter unter Würdigung der besondern Umstände namentlich in Fällen von Arglist oder grober Fahrlässigkeit... dem Verletzten, oder wenn dieser gestorben ist, dessen Angehörigen, auch abgesehen vom Ersatz nachweislichen Schadens, eine angemessene Genugtuungssumme zusprechen». Dabei handelt es sich um Genugtuungsansprüche im Sinne von Art. 47 OR bei Körperverletzung oder Tötung; den Haftpflichtigen persönlich muß kein Verschulden treffen.

Ansprüche wegen Verletzung in den persönlichen Verhältnissen im Sinne von Art. 49 OR kommen bei den genannten Gefährdungshaftungen nicht in Betracht. Art. 49 OR setzt immer eine besonders schwere Verletzung in den persönlichen Verhältnissen und ein besonders schweres Verschulden voraus. Will man im neuen VG auch Genugtuungsansprüche bei solch besonders schweren Verletzungen in den persönlichen Verhältnissen vorsehen, so ist für die Gutheißung derartiger Ansprüche nur auf die Intensität des Eingriffes abzustellen.

9. Die gerichtliche Überprüfung von angeblich gesetzwidrigen schadenstiftenden Entscheiden des Bundesrates

Das Bundesgericht als Verwaltungsgerichtshof wird bei Verantwortlichkeitsklagen gegen den Bund vorfragenweise die Widerrechtlichkeit (Gesetzwidrigkeit) des angefochtenen Verwaltungsaktes zu überprüfen haben; darin liegt

ein Stück akzessorische Verwaltungsgerichtsbarkeit. Freilich braucht sich das Bundesgericht mit der Rechtmäßigkeit der Verfügung nur vorfrageweise zu befassen, wenn die Verfügung nicht an eine höhere Amtsstelle mit der Verwaltungsbeschwerde weitergezogen werden konnte, was selten der Fall ist. Bestand eine Weiterzugsmöglichkeit, so wird die Klage abgewiesen. Nicht weiterziehbar sind vor allem die Entscheide des Bundesrates — sowohl die Rekursentscheide als auch die erstinstanzlichen Entscheide. Beim bisherigen Ausbau der Verwaltungsgerichtbarkeit wurde peinlich darauf geachtet, daß die Akte des Bundesrates keiner Überprüfung durch das Bundesgericht zugänglich sind. Die Einführung der Staatshaftung macht im Prinzip die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Entscheiden des Bundesrates möglich, sofern dieselben einen Schaden gestiftet haben. Mehrere Lösungen dieses Problems sind denkbar: Als erste Möglichkeit könnte das Prinzip der Nichtüberprüfbarkeit von Entscheiden des Bundesrates durch das Bundesgericht aufgegeben werden; die Überprüfung des Bundesgerichts würde sich selbstverständlich trotzdem genau so wie bei den Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Mittelinstanzen der Bundesverwaltung auf die Überprüfung der Gesetzmäßigkeit beschränken, während alle Ermessensfragen einer Überprüfung entzogen sind; diese Frage hängt eng mit dem Ausbau der Verwaltungsrechtspflege zusammen. Eine zweite umgekehrte Lösung ginge dahin, gegen Entscheide des Bundesrates dem einzelnen Bürger überhaupt kein Klagerecht zu geben: Der Bundesrat soll nur der Bundesversammlung verantwortlich sein. Schließlich könnte man versuchen, ähnlich wie im französischen Recht, aus der gesamten Tätigkeit des Bundesrates die sogenannten «actes de gouvernement» auszusondern³²⁶ und nur für diese Verwaltungsakte die Verantwortlichkeitsklage auszuschließen.

³²⁶ Waline 103, Panchaud 469.

Eine solche Ausscheidung läßt sich jedoch nur schwer in befriedigender Weise vornehmen; der Umstand, daß Ermessensentscheide nie widerrechtlich sind, dürfte genügen, um eine «Unterordnung der Regierung unter die Gerichte» auszuschließen.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die im Vorentwurf von alt Bundesrichter Hablützel vorgeschlagene öffentlich-rechtliche Kausalhaftung des Bundes zweckmäßig und den kantonalen Haftungssystemen überlegen ist. Der Vorentwurf bedarf aber in manchen Punkten noch der näheren Ausgestaltung. Insbesondere bleibt die Frage offen, ob das neue VG nicht noch über den Vorentwurf hinausgehen muß und eine Staatshaftung auch vorsehen sollte bei rechtmäßigen Staatsakten, durch die einzelnen Bürger ein außerordentlicher Schaden zugefügt wird.

IV. Die Haftung des Staates für gesetzmäßige Staatsakte, die einen außerordentlichen Schaden verursachen

Es bleibt die grundlegende Frage zu prüfen, ob in das neue VG ein Rechtsatz ungefähr folgenden Inhalts aufgenommen werden sollte:

Der Bund leistet eine angemessene Entschädigung, wenn durch gesetzmäßige Maßnahmen seiner Organe einer einzelnen Person oder einem beschränkten Kreis von Personen ein besonderer außerordentlicher Schaden zugefügt wird.

Ein solcher Satz ist im Vorentwurf nicht enthalten, und er ist in dieser Form auch keinem der kantonalen Rechte bekannt. Um seine Wünschbarkeit darzutun, empfiehlt es sich, zunächst zu zeigen, wie dieser Rechtsgrundsatz sich im ausländischen Recht durchgesetzt hat, und welche Ansätze diesbezüglich im Bundesrecht und in den kantonalen Rechten bestehen.

1. Das deutsche Recht

Das Allgemeine Preußische Landrecht von 1794 enthält in der Einleitung im Abschnitt: «Allgemeine Grundsätze des Rechts» die berühmten §§ 73—75:

- § 73. Ein jedes Mitglied des Staats ist das Wohl und die Sicherheit des gemeinen Wesens nach dem Verhältnisse seines Standes und Vermögens zu unterstützen verpflichtet.
- § 74. Einzelne Rechte und Vorteile der Mitglieder des Staates müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch (Kollision) eintritt, nachstehen.
- § 75. Dagegen ist der Staat demjenigen, welcher seine besondern Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, zu entschädigen gehalten.

Das deutsche Reichsgericht hat in einer sehr interessanten Rechtssprechung — angefeuert insbesondere von Otto Mayers deutschem Verwaltungsrecht³²⁷ — festgestellt, daß diese Rechtsgrundsätze des allgemeinen preußischen Landrechts auch Bestandteil des Reichsrechts sind, und es hat dementsprechend der Lehre vom Aufopferungsanspruch des Bürgers gegen den Staat zum Durchbruch verholfen³²⁸. Als Beispiel seien folgende Fälle genannt:

- a) RGZ 113, 306: Ein Polizeidienst leistendes Kriegsschiff beschädigte ohne Verschulden der Mannschaft mit seinem Anker das Unterwasserkabel einer Elektrizitätsgesellschaft; die Haftung des Staates wurde bejaht, denn es entspreche «den für einen Rechtsstaat unabweislichen Grundsätzen von Recht und Billigkeit», daß der so im Interesse der Allgemeinheit verursachte Schaden nicht an dem zu seiner Abwendung unbefugten Einzelnen hängen bleibt, sondern der Allgemeinheit zur Last fällt.

³²⁷ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht § 53; ders., Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht, Jahrbuch der Gehestiftung Bd. 10, 1904.

³²⁸ Vgl. im einzelnen Soergel, Kommentar zum BGB 8. Aufl. (1952), Vorbemerkungen zu § 823 N. 1 c und 1 d.

b) RGZ 167, 14: Infolge von Straßen- und Stützungsgebäuden wurde der Grundwasserspiegel gesenkt, was das Faulen eines Pfahlrostes zur Folge hatte; das Reichsgericht bejahte das Vorliegen eines außerordentlichen Schädigung und sprach Schadenersatz zu³²⁹, ³³⁰.

c) BGHZ 6, 271—295³³¹: Am 10. Juni 1952 benutzte der große Senat in Zivilsachen des Bundesgerichtshofes die Gelegenheit, um anhand von drei Schadenersatzbegehren von Mietern und Vermietern wegen nicht richtiger Anwendung von mietnotrechtlichen Vorschriften durch örtliche Wohnungsämter prinzipiell zur Frage des Schutzes der Bürger gegen Eingriffe der Verwaltung in deren Rechtsphäre neu Stellung zu nehmen; er wollte dabei seine Auffassung im Hinblick auf die in Art. 14 des Bonner Grundgesetzes garantierte Eigentumsgarantie festlegen. Der Bundesgerichtshof stellt fest, daß alle Enteignungsgesetze grundsätzlich nur Anwendungsfälle des in § 74 und 75 des allgemeinen preußischen Landrechts niedergelegten Prinzips sind. Die Enteignung wird dementsprechend nicht mehr als entschädigungspflichtige Zwangsübereignung definiert, sondern als zwangsweiser Eingriff in ein Vermögensrecht, der dem Bürger ein besonderes Opfer zumutet³³².

³²⁹ Betr. die Rechtsfolgen bei Absenkung des Grundwasserspiegels im schweiz. Recht vgl. BGE 55 I 399 und 65 II 146.

³³⁰ Außerdem sei verwiesen auf RGZ 58, 134; 98, 347; 99, 48; 100, 72; 104, 18; 126, 356; 140, 276; 161, 387.

³³¹ Entscheide des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen.

³³² BGHZ 6, 279: «Bei der Enteignung handelt es sich nicht um eine allgemeine und gleichwirkende, mit dem Wesen des betroffenen Rechts vereinbare inhaltliche Bestimmung und Begrenzung des Eigentumsrechts, sondern um einen gesetzlich zulässigen zwangsweisen staatlichen Eingriff in das Eigentum, sei es in der Gestalt der Entziehung oder der Belastung, der die betroffenen einzelnen oder Gruppen im Vergleich zu andern ungleich besonders trifft und sie zu einem besondern, den übrigen nicht zugemuteten Opfer für die Allgemeinheit zwingt, und zwar zu einem Opfer, das gerade nicht den Inhalt und die Grenzen der betroffenen Rechtsgattung allgemein und einheitlich festlegt,

Die noch von Fleiner³³³ verfochtene Auffassung, daß die Enteignung wesentlich Zwangsübereignung von Rechten sei, wird damit endgültig aufgegeben; es gibt nicht mehr Expropriationen und expropriationsähnliche Tatbestände, sondern die Zwangsübereignung erscheint als ein besonders wichtiger Fall der Expropriation. In dem Urteil wird auch ausdrücklich festgestellt, daß die angespannte Finanzlage der öffentlichen Hand in Deutschland kein Grund sein könne, um den Kreis der entschädigungspflichtigen Enteignung zu beschränken³³⁴.

Auch die im Reichsgesetz vom 12. Mai 1920 verankerte Haftung des Reichs für Tumultschäden erscheint unter diesem Gesichtspunkt als ein Anwendungsfall des Aufopferungsanspruchs.

2. Das französische Recht

Hinsichtlich des französischen Rechts ist im wesentlichen auf die Ausführungen im Referat des französischen Berichterstatters zu verweisen. Auch in Frankreich besteht teilweise eine Haftung des Staates für rechtmäßige Staatsakte auf Grund der Spezialgesetzgebung, so die Haftung des Staates und der Gemeinden für Tumultschäden auf Grund des Gesetzes vom 16. April 1914³³⁵, die Pflicht zur Wieder-

sondern das aus dem Kreise der Rechtsträger einzelnen oder Gruppen von ihnen unter Verletzung des Gleichheitssatzes besonders trifft. Der Verstoß gegen den Gleichheitssatz kennzeichnet die Enteignung. Gerade um ihn wieder auszugleichen, fordert die Enteignung eine diesen Ausgleich gewährleistende Entschädigung des Enteigneten, während die alle gleich treffende allgemein inhaltliche Begrenzung des Eigentums keine Entschädigung fordert. Das ist der richtige und deswegen durchaus beizubehaltende Grundgedanke der rechtsgerichtlichen Rechtsprechung über die Enteignung als Einzeleingriff.»

³³³ Fleiner, Institutionen 303, 306.

³³⁴ BGHZ 6, 282.

³³⁵ Das Gesetz geht zurück auf ein Dekret vom 10. vendémiaire des Jahres IV der französischen Revolution, Waline, Traité élémentaire du droit administratif, 596; BGE 47 II 520.

gutmachung von Kriegsschäden, die französische oder alliierte Truppen verursacht haben, auf Grund der Gesetze vom 18. Oktober 1946 und 22. August 1950³³⁶. Daneben hat die Rechtssprechung des Conseil d'Etat in Einzelfällen die Ersatzpflicht bei amtspflichtgemäßem widerrechtlichen Staatsakten bejaht, so bei «risque anormal de voisinage», wenn der Staat auf einem Grundstück eine besonders gefährliche Staatstätigkeit ausführt³³⁷ sowie bei rechtswidriger Weigerung der Verwaltung, ein Gerichtsurteil zu vollziehen³³⁸.

Besonders interessant ist die vom Conseil d'Etat entwickelte Staatshaftung «du fait des lois»³³⁹, die genau von den gleichen Prinzipien beherrscht ist wie die Praxis des deutschen Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs betr. den Aufopferungsanspruch. Im berühmten Entscheid vom 14. Januar 1938 in Sachen Société des produits laitiers «La fleurette»³⁴⁰ hat der Conseil d'Etat erklärt, wenn die Anwendung eines Gesetzes einer einzelnen Person oder einem kleinen Kreis von Personen einen besondern Schaden zufüge (préjudice spécial), so liege darin eine Verletzung der Rechtsgleichheit, und dieses Prinzip sei so grundlegend im modernen öffentlichen Recht, daß in solchen Fällen das Schweigen des Gesetzgebers hinsichtlich der Entschädigungspflicht nicht im Sinne eines Ausschlusses der Entschädigung gedeutet werden dürfe. Im konkreten Fall war die klagende Gesellschaft besonders schwer betroffen worden durch eine neue lebensmittelpolizeiliche Vorschrift, die ihr die weitere Herstellung eines ihrer wichtigsten Produkte verbot.

³³⁶ Waline a.a.O. 598.

³³⁷ Grundlegend: Arrêt Regnault-Desroziers vom 28. März 1919; Waline 601, heute gesetzlich verankert durch ein Gesetz vom 3. Mai 1921.

³³⁸ Arrêt du Conseil d'Etat du 30 novembre 1923 i. S. Couétas; Waline 604.

³³⁹ J. F. Brunet, *De la responsabilité de l'Etat législateur*, thèse Paris 1936; Waline 605; Panchaud 477.

³⁴⁰ Recueil Sirey 1938, 3ème partie, 25.

3. Die bundesgerichtliche Rechtssprechung

Schon in BGE 4, 471 (1878) äußerte sich das Bundesgericht anlässlich einer Klage wegen Entschädigung für amtlich abgeschlachtete, an Rotz erkrankte Pferde, daß für solche Schäden Entschädigungen nur nach Maßgabe der Tierseuchengesetzgebung geschuldet werde³⁴¹; es führte dabei grundsätzlich aus, der Staat sei wegen schädigender polizeilicher Eingriffe nur schadenersatzpflichtig, soweit ein Gesetz die Entschädigungspflicht vorschreibe (sogenanntes Legalitätsprinzip)³⁴².

Eine strengere Haftung des Staates nimmt das Bundesgericht nur bei den sogenannten expropriationsähnlichen Tatbeständen an, wenn Grundeigentum in erheblichem Maße durch staatliche Maßnahmen beeinträchtigt wird³⁴³. So wurde schon früh Schadenersatz zu-

³⁴¹ Darüber unten S. 364a.

³⁴² BGE 4, 471: «Nicht jeder Eingriff des Staates in bestehende Privatrechte gibt dem Inhaber derselben einen Anspruch auf Entschädigung, sondern es sind die Privaten verpflichtet, gewisse Schädigungen, die ihnen im Interesse des öffentlichen Wohles von der Staatsgewalt zugefügt werden, aus öffentlichen Gründen an sich selbst zu tragen. Dieser Schaden ist allerdings dann nicht vorhanden, wenn der Staat Privaten namentlich auf dem Expropriationswege Rechte entzieht, welche zur Befriedigung eines öffentlichen Bedürfnisses oder Interesses erforderlich sind. Anders verhält es sich dagegen, wenn durch Gesetz zur Abwendung erheblicher drohender Gefahren Eingriffe in erworbene Privatrechte als notwendig angeordnet oder gestattet werden und zwar sogar dann, wenn der Eingriff in der Zerstörung von Vermögensstücken besteht. In diesen Fällen müssen die Schädigungen als gemeines Unglück von denjenigen Personen getragen werden, welche von denselben getroffen werden, und erscheint ein privatrechtlicher Entschädigungsanspruch nur insofern begründet, als das Gesetz, welches die Eingriffe vorschreibt oder gestattet, einen solchen ausdrücklich anerkennt.»

³⁴³ Über die Verletzung von Patenten und Konzessionen vgl. unten S. 359a.

gesprochen bei Schädigungen durch Schießübungen und einfallende Geschosse³⁴⁴, aber auch bei starker Störung eines Kurortes durch Schießübungen³⁴⁵ sowie bei Entwertung einer Liegenschaft durch die Errichtung einer eidgenössischen Pulverfabrik, in der sich schon gleich zu Beginn eine Explosion ereignete³⁴⁶. Ein expropriationsähnlicher Tatbestand wird auch angenommen, wenn ein staatlicher Gewerbebetrieb durch Immissionen schädigend auf Nachbargrundstücke einwirkt³⁴⁷; dagegen wird die Ersatzpflicht verneint, wenn der Staat in Erfüllung hoheitlicher Aufgaben Immissionen verursacht wie zum Beispiel durch den Lärm einer Schule³⁴⁸. In jüngerer Zeit hat dann vor allem die Abgrenzung zwischen entschädigungsloser Eigentumsbeschränkung und expropriationsähnlichen Tatbeständen auf Grund von Maßnahmen der Bauplanung und des Heimatschutzes das Bundesgericht immer wieder beschäftigt³⁴⁹. Diese ganze Rechtssprechung bezieht sich auf Grundeigentum. Ohne auf Einzelheiten einzugehen, kann sie grundsätzlich in zwei Maximen zusammengefaßt werden:

a) Die gesetzliche Zulässigkeit des behördlichen Eingriffs wird vom Bundesgericht nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür überprüft — die kantonale Eigentumsgarantie

³⁴⁴ BGE 15, 739; 17, 553; 20, 321.

³⁴⁵ BGE 29 II 428.

³⁴⁶ BGE 24 II 257.

³⁴⁷ Vgl. betr. die SBB BGE 28 II 419, 40 I 447, 45 I 422, sowie hinsichtlich der Pflicht zur Enteignung von Nachbarrechten Art. 5 Expropriationsgesetz.

³⁴⁸ BGE 43 II 268, darüber eingehend Kolb, Die Haftung des Grundeigentümers nach Art. 679 ZGB, Referat am schweiz. Juristentag 1952, ZSR 1952, 173a ff.

³⁴⁹ Vgl. dazu insbesondere die Referate von Reichlin und Béguin über Rechtsfragen der Landesplanung am Juristentag 1947, ZSR 1947, 172a ff.; ferner Imboden, Die Tragweite der verfassungsmäßigen Garantie des Privateigentums, SJZ 40 (1944); sowie Holzach, Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen und expropriationsähnlicher Tatbestand, Diss. Zürich 1949.

bietet diesbezüglich keinen weitergehenden Schutz als Art. 4 BV³⁵⁰.

b) Bei gesetzlichen Eingriffen in Grundeigentum, die eine Vielzahl von Bürgern in gleicher Weise treffen, wird keine Entschädigung geschuldet, wenn aber einem Bürger in einem außerordentlich hohen und empfindlichen Maße sein Eigentum oder seine Eigentumsfreiheit beschränkt wird, folgt aus der Eigentumsgarantie eine Schadenersatzpflicht. In diesem Sinne befaßte sich das Bundesgericht erstmals in BGE 31 II 558 mit der Lehre von Otto Mayer über Schadenausgleich bei besonderm Opfer; es hat damals mit Bezug auf die Festsetzung von Baulinien die Anwendung dieser Lehre verneint. In BGE 69 I 241 wurden dann jedoch ausdrücklich Eigentumsbeschränkungen, die den einzelnen Bürger mit besonderer Intensität treffen, der Enteignung gleichgestellt³⁵¹. In dieser Schadenersatzpflicht des Staates für expropriationsähnliche Tatbestände bei besonders schutzwürdigen Einzelfällen liegt somit heute eine wichtige Auswirkung der verfassungsmäßigen Eigentumsgarantie³⁵².

³⁵⁰ BGE 47 I 210, 74 I 151, 77 I 218, 78 I 428.

³⁵¹ BGE 69 I 241 betr. Baubeschränkung für Privateigentum im Interesse einer zukünftigen Sportanlage in Solothurn: «Unter die Enteignung können auch besondere verwaltungsrechtliche oder polizeiliche Gebote oder Verbote fallen, wodurch der Eigentümer einer Sache in der Verfügung über diese oder in der Benutzung beschränkt wird... Die Wirkung einer derartigen Eigentumsbeschränkung kann im Einzelfall derart sein, daß sie als eigentlicher Eingriff in das durch die objektive Rechtsordnung umschriebene Eigentumsrecht anzusehen ist, materiell, wenn auch nicht der Form nach, als Enteignung erscheint. Dies trifft zu, wenn dem Eigentümer ein bisher rechtmäßig ausgeübter oder wirtschaftlich verwerteter Gebrauch der Sache versagt wird oder wenn das Verbot die Benutzung der Sache in außerordentlich hohem und empfindlichem Maße einschränkt und sie dabei ausnahmsweise so getroffen werden, daß sie ein allzu großes Opfer zugunsten des Gemeinwesens bringen müßten, sofern sie keine Entschädigung erhalten.»

³⁵² So auch Imboden a. a. O. 295.

Dieser Rechtsschutz beschränkt sich aber in der Rechtsprechung des Bundesgerichts auf Grundeigentum. Auf andere private Rechte hat das Bundesgericht die Lehre von der öffentlich-rechtlichen Schadensausgleichung bei besondern Schädigungen nicht angewandt; darin unterscheidet sich die schweizerische Rechtssprechung von der deutschen und französischen³⁵³. Die maßgebenden Entscheide des Bundesgerichts auf diesem Gebiete wurden im Jahre 1921 von der staatsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts gefällt (BGE 47 II 71; 47 II 497 und 47 II 554)³⁵⁴:

In BGE 47 II 71 (Lombardi gegen Eidgenossenschaft) machte der Wirt des Gotthard-Hospizes einen Schaden geltend, weil während des ersten Weltkrieges das Befahren der Gotthardstraße den Ausländern verboten und den Schweizern nur mit besonderer Bewilligung gestattet war und deshalb die Einnahmen des Hospizes in außerordentlichem Maße zurückgingen. Da die verwaltungsrechtliche Klage damals noch unbekannt war, wurde der Anspruch als privatrechtlicher Schadenersatz eingeklagt, aber von der staatsrechtlichen Abteilung behandelt. Die staatlichen Maßnahmen verletzten in jenem Falle nicht Grundeigentum, sondern das Interesse des Wirtes am normalen Ge-

³⁵³ In BGE 17, 553 wird freilich erklärt: «Das Expropriationsgesetz ist nur ein Anwendungsfall eines allgemeinen Rechtssatzes, den das Bundesgericht mehrfach anerkannt hat, daß der Staat nicht ohne Entschädigung in Privatrechte eingreifen dürfe.» Allein diese allgemeine Anerkennung der Entschädigungspflicht für Eingriffe in «wohlerworbene Rechte» findet sich in keinem andern Urteil und entspricht nicht der allgemeinen Praxis; der Satz muß als ein «obiter dictum» im Sinne der angelsächsischen Rechtssprache betrachtet werden, eine beiläufige Verallgemeinerung, der kein großes Gewicht beigemessen werden darf.

³⁵⁴ Frühere Entscheide gehen bereits in der gleichen Richtung, vgl. insbesondere BGE 26 II 591: Beschränkung des Zinsfußes für Güten; BGE 36 II 314: Beschränkung von Fischereirechten durch die kant. Gesetzgebung; BGE 22, 627: Der Bund schuldet keinen Schadenersatz, wenn er allen Schulen unentgeltlich Wandkarten abgibt und dadurch die vorhandenen Lager der Händler völlig entwertet.

schäftsgang. Das Bundesgericht entschied nicht, ob das Interesse am ungestörten Geschäftsbetrieb überhaupt ein durch die Eigentumsgarantie geschütztes Vermögensrecht sei. Es stellt lediglich fest, daß die Eidgenossenschaft kein wohlerworbenes Recht verletzt habe (S. 80). Weiter wird ausgeführt, selbst wenn ein Eingriff in ein solches Recht vorliegen würde, bestehe kein durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht anerkannter positiver Rechtssatz, der den Bund zu Schadenersatz verpflichte; die analoge Anwendung der Grundsätze über die Enteignung und über die nachbarrechtliche Entschädigungspflicht komme nicht in Frage. Die sogenannte «Opfertheorie» von Otto Mayer wird unter Berufung auf das eingangs zitierte Urteil BGE 4, 474 und auf Fleiner, Institutionen 305 abgelehnt. Fleiner stellt in der Tat fest, daß eine öffentlich-rechtliche Entschädigung nur auf Grund eines zum mindesten gewohnheitsrechtlichen Rechtssatzes geschuldet sei, und er erklärt daß es in Deutschland einen solchen allgemeinen gewohnheitsrechtlichen Satz nicht gebe; doch sei in allen deutschen Staaten bei gewissen Arten von staatlichen Eingriffen die Vorstellung, die staatliche Entschädigungspflicht entspreche der Gerechtigkeit, so allgemein geworden, daß sie sich zu einer festen Rechtsüberzeugung verdichtet habe. Eine solche feste Rechtsüberzeugung glaubt das Bundesgericht in der Schweiz nicht feststellen zu können, also fehle auch ein gewohnheitsrechtlicher Rechtssatz. Das Bundesgericht lehnte es ab, aus dem Prinzip der Rechtsgleichheit und der Eigentumsgarantie einen solchen Rechtsatz «abzuleiten».

Zweieinhalb Monate nach der Beurteilung des Falles «Lombardi» hatte sich das Bundesgericht im Falle Hunziker gegen Eidgenossenschaft (BGE 47 II 497) erneut mit einem ähnlichen Problem zu befassen. Am 1. August 1919 wurden anlässlich des Generalstreiks von der Wache der Militärkaserne Basel einige Schüsse auf einen Zug von Demonstranten abgegeben, die die an der Demonstration unbeteiligte 21jährige Rosa Hunziker tödlich

trafen. Die Mutter, Witwe Hunziker, belangte die Eidge-nossenschaft auf Schadenersatz. Das Bundesgericht wies mit außerordentlich eingehender Begründung (S. 499—522) die Klage ab. Auch in diesem Falle handelt es sich eindeutig um eine Klage auf öffentlich-rechtlichen Ausgleich eines Schadens, der durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt entstanden war (510). Das Bundesgericht stellt fest, daß die Kausalhaftung des Bundes für Schäden aus militärischen Übungen (Art. 27/28 MO) nicht analog auf Schädigungen bei polizeilichen oder kriegerischen Aktionen ausgedehnt werden könne; Truppenübungen könnten so angelegt werden, daß ein möglichst geringer Schaden entstehe; polizeiliche und kriegerische Aktionen würden dagegen notwendigerweise durch äußere Umstände beherrscht (513). Eine ausdrückliche Haftung für Tumult-schäden, wie sie das französische und deutsche Recht kennt, bestehe nach schweizerischem Recht nicht (520). In der Erwägung 5 (514 ff.) wird die Möglichkeit offengelassen, daß die allgemeine Rechtsüberzeugung unter Umständen auch ohne positiven Rechtssatz eine Ersatzpflicht für rechtmäßig schadenstiftende Staatsakte fordern könne, doch sei eine solche Ersatzpflicht ohne ausdrücklichen Rechtssatz jedenfalls ausgeschlossen bei Maßnahmen, die zur Vertei-digung des Landes nach außen oder zur Wahrung der Ruhe und Ordnung im Innern getroffen werden. Werden dabei Dritte geschädigt, so stellt sich die Schädigung als Bestand-teil der Schutzmaßnahmen selbst dar, mögen nun die schädigenden Folgen beabsichtigt gewesen sein oder sich nur nach den Umständen gemäß dem Lauf der Dinge nebenbei ergeben haben³⁵⁵.

³⁵⁵ Wörtlich führt das Bundesgericht aus (516): «Daß solche Opfer von der Gemeinschaft getragen werden, ist weder eine sittliche Forderung noch ein Gebot der Gerechtigkeit. Sieht sich der Staat gezwungen, sich gegen Angriffe von außen zu wehren oder die gestörte Ruhe und Sicherheit im Innern aufrechtzuerhalten, so ist der einzelne verpflichtet, mit seiner Person und seinem Vermögen für die Gesamtheit einzustehen, und wer dabei Schaden nimmt, hat wohl der Gesamtheit ein Opfer gebracht, aber in

Im Dezember des gleichen Jahres hatte die staatsrechtliche Abteilung den schon zitierten Fall Grünzweig gegen Eidgenossenschaft (BGE 47 II 554) zu entscheiden: Erschießung eines unschuldigen Familievaters durch eine Wache, die mit dem Anhalten von Schmugglern beauftragt war. Das Bundesgericht verwies auf die Ausführungen im Falle Hunziker gegen Eidgenossenschaft, obwohl im Falle Grünzweig die Truppe nicht zur Verteidigung des Landes und zur Wahrung von Ruhe und Ordnung, sondern zur Erfüllung von Zollaufgaben tätig war. Ergänzend fügte das Bundesgericht noch bei, daß auch eine analoge Anwendung der Bestimmungen über die Ersatzpflicht gegenüber ungesetzlich oder unschuldig Verhafteten nicht zur Anwendung komme. Wer unschuldig verhaftet wird, erhält Schadenersatz, wer unschuldig erschossen wird, geht leer aus³⁵⁶. Das Grundeigentum ist gegen staatliche Eingriffe besser geschützt als das Leben! Fleiner hat diese Praxis mit dem träfen Satz kommentiert: «Meines Erachtens muß der Richter das Leben, abweichend von Schiller, als der Güter höchstes werten!»³⁵⁷

Es geht heute — 30 Jahre nachdem diese Urteile erlangen sind — nicht darum, jene Urteile zu kritisieren, sondern daraus die Konsequenzen zu ziehen: Wenn nach Ansicht des Bundesgerichts in der Schweiz kein

Erfüllung einer öffentlichen Pflicht. Mit diesem Gedanken würde die Zuerkennung eines öffentlichen Anspruchs im Widerspruch stehen. Ein solcher könnte deshalb aus Zweckmäßigkeitsgründen, die außerhalb der Vorgänge selbst liegen, vielleicht aus politischen Gründen, gewährt werden, ist aber nicht mit dem Vorgang selbst begründet. Dieser muß mit seinen Folgen hingenommen werden wie andere Schädigungen, die aus Notwendigkeiten entstehen, in welche die Einzelnen verflochten sind, und es erscheint als eine weichliche Auffassung, daß allen solchen Gefahren gegenüber eine Art Versicherung durch die Gesamtheit bestehe.» Vgl. auch den Entscheid des gleichen Tages in Sachen Ramseyer gegen Eidgenossenschaft (BGE 47 II 522).

³⁵⁶ Oben S. 334a; das Bundesgericht hat auch in späteren Entscheiden am Legalitätsprinzip festgehalten, vgl. BGE 74 I 235.

³⁵⁷ Fleiner, Bundesstaatsrecht 6 48 N. 36.

Rechtssatz besteht, der in solchen Fällen dem verletzten Bürger Schutz gewährt, muß ein solcher Rechtssatz durch den Gesetzgeber geschaffen werden!

Der geltende Rechtszustand ist so unhaltbar, daß schon heute die Bundesverwaltung in krassen Fällen ohne Rechtsgrundlage aus Billigkeit Entschädigungen gewährt, wobei die Ansicht zugrunde liegt, daß es auch für den Bund sittliche Pflichten gibt, die er erfüllen muß, auch wenn dem Geschädigten kein Rechtsanspruch zusteht. Beim großen Explosionsunglück von Blausee-Mitholz hat jedermann die Entschädigungspflicht des Bundes als selbstverständlich angenommen, obwohl kein öffentlich-rechtlicher Rechtssatz eine Entschädigungspflicht vorsah!³⁵⁸

Bevor jedoch die nähere Ausgestaltung des neu zu schaffenden Rechtssatzes geprüft werden soll, empfiehlt es sich, auf die Spezialbestimmungen in Bund und Kantonen hinzuweisen, in denen schon heute eine Entschädigungspflicht für außerordentliche Schädigungen durch rechtmäßige Staatsakte vorgesehen ist.

4. Die Spezialbestimmungen der Bundesgesetzgebung

Auch wenn die Bundesgesetzgebung bisher keinen allgemeinen Rechtssatz über die öffentlich-rechtliche Schadensausgleichung bei rechtmäßigen Staatsakten kennt, sieht sie doch in einer Reihe von Einzelbestimmungen eine volle oder angemessene Entschädigung für zugefügten Vermögensschaden vor. Dabei soll auf das Expropriationsgesetz und weitere Bestimmungen, die im Falle der Enteignung die volle Entschädigung vorsehen (Art. 23 Patent-

³⁵⁸ Vgl. auch Entscheid des Bundesrates vom 23. Juni 1922: Ein Offiziersschüler stellte nach Erhalt des Aufgebotes zur Aspirantenschule einen Stellvertreter für sein Geschäft ein; in letzter Stunde wird das Aufgebot rückgängig gemacht, und die Anstellung des Stellvertreters erwies sich als überflüssig. Der Bund bezahlte Fr. 800.— (Salis-Burckhardt Nr. 552 V); weitere Beispiele: Salis-Burckhardt Nr. 553 I und Verw.E. 8 (1934) Nr. 21.

gesetz³⁵⁹; Art. 8 Bundesgesetz über die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern; Art. 203 Abs. 2 Militärorganisation [Requisitionen]³⁶⁰; Art. 43 Abs. 2 BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte [Widerruf von Wasserrechtskonzessionen]³⁶¹) nicht näher eingegangen werden. Auch die Rechtssätze über die Ersatzpflicht bei «amtpflichtgemäßen rechtswidrigen Staatsakten» wurden schon oben S. 332a dargestellt. Dagegen ist auf folgende Bestimmungen hinzuweisen:

a) Art. 27/28 Militärorganisation

Die Haftung des Bundes für Unfälle und Sachschäden anlässlich von militärischen Übungen bildet das wichtigste Beispiel einer öffentlich-rechtlichen Kausalhaftung für rechtmäßige Verwaltungsakte im Bundesrecht³⁶².

Die MO unterscheidet die Tötung und Verletzung von Zivilpersonen einerseits (Art. 27 MO) und Sachbeschädigungen anderseits (Art. 28 MO). Die Detailregelung im Beschuß der Bundesversammlung vom 30. März 1949 über die Verwaltung der schweizerischen Armee (Verwaltungsreglement, VR)³⁶³ knüpft an eine andere Zweiteilung an, Land- und Sachschaden infolge von militärischen Maßnahmen einerseits (Art. 86—100 VR) und Personen- und Sachschaden infolge von Unfällen anderseits (Art. 101 bis 108 VR). Der Landschaden umfaßt den «unmittelbaren

³⁵⁹ Da Patente nur gegen volle Entschädigung enteignet werden dürfen, haftet der Bund, wenn Beamte einer Bundesanstalt (z. B. Kriegstechnische Abteilung) ein Patent verletzen, Salis-Burckhardt Nr. 552 IV.

³⁶⁰ Vgl. Ernst Schwarz, Die Haftung des Bundes bei militärischen Requisitionen, Diss. Bern 1949.

³⁶¹ Vgl. Entscheid des Bundesrates vom 24. Juni 1952 betr. Widerruf der Konzession für das Kraftwerk Rheinau (Sonderdruck), insbesondere 45 ff. betr. den Begriff der vollen Entschädigung.

³⁶² Vgl. dazu eingehend Oftinger, Haftpflichtrecht 1046.

³⁶³ AS 1949, 1093.

Schaden» an Grundstücken und Kulturen ohne Haftung für entgangenen Gewinn (Art. 86, 87 VR), der Sachschaden den Schaden an Gebäuden und Fahrhabe einschließlich eine Haftung für verlorengegangene Gegenstände, für die die Truppe verantwortlich ist (Art. 86, 100 VR)³⁶⁴. Die Beurteilung der Ansprüche erfolgt durch die Schätzungs-kommission und eventuell durch die Rekurskommission der eidgenössischen Militärverwaltung (Art. 86/96 VR). Schadenersatzansprüche wegen Verletzung und Tötung von Zivilpersonen sind zunächst bei der Direktion der eidge-nössischen Militärverwaltung anzubringen; im Streitfall werden sie vom Bundesgericht entschieden. Sachschäden infolge von Unfällen entscheidet letztinstanzlich die Re-kurskommission der eidgenössischen Militärverwaltung (Art. 106 VR). Das MFG und das Militärversicherungs-gesetz bleiben vorbehalten (Art. 101 Abs. 2 VR)³⁶⁵. Der Bund kann gegen die schuldigen Wehrmänner Regreß nehmen (Art. 115 VR); Dritte haben keinen direkten An-spruch gegen die Schuldigen (Art. 87 Abs. 1 Satz 1 und Art. 103 Abs. 1 VR). Mit Bezug auf die Auslegung von Art. 27/28 MO kündet der neue Entscheid des Bundes-gerichts in BGE 78 II 420 eine weittragende Praxisänderung an: Der Bund soll im Gegensatz zum bisherigen Recht nicht nur bei Schädigungen durch spezielle Militärgefahren kausal haften, sondern für alle Schädigungen durch mili-tärische Verrichtungen im Nichtkriegsfall (a.a.O. 425)³⁶⁶. Der «Nichtkriegsfall» umfaßt dabei nicht nur den Instruk-tionsdienst, sondern auch den Aktivdienst, solange die Armee nicht im Kriege steht³⁶⁷. Doch handelt es sich bei

³⁶⁴ Für Verlust und Beschädigung des persönlichen Eigentums des Wehrmanns in unmittelbarem Zusammenhang mit einem dienstlichen Unfall oder mit dem Vollzug eines militärischen Befehls wird nur eine angemessene Entschädigung ausgerichtet (Art. 121 Abs. 2 VR).

³⁶⁵ So auch BGE 67 I 148.

³⁶⁶ Oben S. 282a.

diesem neuen Urteil um einen Entscheid der I. Zivilabteilung in einem Prozeß zwischen zwei Wehrmännern, und die Frage ist offen, ob die staats- und verwaltungsrechtliche Abteilung, die die Klagen aus Art. 27 MO beurteilt, sich dieser Ansicht anschließen wird. Tut sie dies, so ergibt sich ein wesentlich besserer Rechtsschutz für den Bürger als unter der bisherigen, von Oftinger 1071 ff. dargestellten, Rechtsprechung.

Für die Haftung des Bundes gegenüber Dritten ist es unerheblich, ob der verursachte Schaden unvermeidbar war oder auf Grund einer Pflichtwidrigkeit von Militärpersonen verursacht wurde. Dagegen ist diese Frage von Bedeutung für die Regressansprüche des Bundes gegen den Wehrmann (Art. 29 MO).

Die in der MO getroffene Lösung dürfte der wichtigste Schrittmacher für die Einführung einer allgemeinen öffentlich-rechtlichen Kausalhaftung im neuen VG sein. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Bund für schadenstiftende Handlungen der von ihm dauernd beschäftigten Bundesbeamten weniger streng haften soll als für schadenstiftende Handlungen des Militärs. Die Schadenstiftung durch Militärpersonen schließt größere Risiken in sich als die Schadenstiftung durch die Zivilverwaltung. Doch ist die Tätigkeit der Zivilverwaltung vielgestaltiger; deshalb ist dort meines Erachtens innerhalb der Kausalhaftung eine Differenzierung zwischen gesetzwidriger und gesetzmäßiger Schadenstiftung wünschenswert (oben S. 324a).

³⁶⁷ Die BRB vom 29. März 1940, 18. Dezember 1942 und 5. Februar 1943 (AS 56, 288; 56, 293; 58, 1180; 59, 117) bestimmten für den letzten Aktivdienst 1939/45, daß die Art. 27—29 MO kraft Vollmachtenrecht anwendbar sein sollten bei allen Vorgängen, die im Aktivdienst mit militärischen Übungen und den damit verbundenen besondern Gefahren im Zusammenhang stehen; vgl. dazu BGE 68 I 39 sowie die Botschaften des Bundesrates vom 19. Oktober 1946 und 10. August 1948 betr. die Revision des Verwaltungsreglementes der Armee, BBl 1946 III 664; 1948 II 1053.

b) Art. 3 Abs. 3 und Art. 7 Abs. 3 BG über die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern³⁶⁸

In unsicheren Zeiten kann der Bund nicht nur selbst Vorräte anlegen und die Vorratshaltung der Wirtschaft und der Privaten fördern, er kann vielmehr öffentliche und private Unternehmen sowie die kantonalen Salzverwaltungen zur Haltung von Vorräten verpflichten, die in ihren Geschäftsbereich fallen. Der Bund ist dabei zu Schadlos haltung verpflichtet, wenn dem Lagerhalter aus solchen Anordnungen ohne sein Verschulden ein Schaden entsteht, also zum Beispiel, wenn der Preis der gelagerten Waren unter den Einstandspreis fällt. Die Entschädigungspflicht umfaßt in diesem Falle den vollen Schaden³⁶⁹. Im Falle unmittelbarer Kriegsgefahr kann der Bund die Beschlagnahme und Enteignung verfügen, Art. 7 Abs. 3 Sicherstellungsgesetz. Die Beschlagnahme kann sich auf bewegliche Sachen, auf Grundstücke, Gebäude, Betriebe und Betriebseinrichtungen beziehen, die Enteignung nur auf bewegliche Sachen³⁷⁰.

³⁶⁸ BS 10, 799.

³⁶⁹ Der Bund hat von dieser Kompetenz nur hinsichtlich der kantonalen Salzverwaltungen Gebrauch gemacht (Art. 10 der Verordnung I vom 30. Dezember 1938 zum Sicherstellungsgesetz, BS 10, 804); im übrigen kann auf die zwangsweise Anordnung von Lagern verzichtet werden, weil der Bund die Erteilung von Einfuhrbewilligungen für wichtige Güter vom Abschluß eines sogenannten Pflichtlagervertrages abhängig macht. Bei den Pflichtlagerverträgen übernimmt der Bund nur die Finanzierung der Lagerhaltung, nicht das Risiko eines Preisabfalls; der Bund unterstützt jedoch die Schaffung von sogenannten Garantiefonds verbandsrechtlicher Natur, die dazu dienen, die Pflichtlager weitgehend zu amortisieren.

³⁷⁰ Während der letzten Kriegswirtschaft war maßgebend der BRB vom 25. Oktober 1940 über Beschlagnahme, Enteignung und Lieferungszwang (AS 56, 1683); vgl. Hans Rudolf Kurz, Die Entschädigungspflicht des Staates bei kriegswirtschaftlichen Eingriffen in subjektive Vermögensrechte, Diss. Bern 1943; J. Lautner, System des schweiz. Kriegswirtschaftsrechts 513.

Während bei der Enteignung in Übereinstimmung mit Art. 16 Expropriationsgesetz volle Entschädigung geschuldet ist, besteht bei Beschlagnahme nur eine Pflicht zu angemessener Entschädigung³⁷¹.

c) Art. 24/25 Eisenbahngesetz vom 23. Dezember 1872³⁷²

Bei Inanspruchnahme der Eisenbahnen für die Zwecke der Landesverteidigung schuldet der Bund angemessene Entschädigung³⁷³. Für Schäden aus dem Transport von «Pulver und Kriegsfeuerwerk» hat der Bund aufzukommen. Über strittige Ansprüche entscheidet das Bundesgericht.

d) Art. 5 BG vom 2. Juli 1886 betr. Maßnahmen bei gemeingefährlichen Epidemien³⁷⁴

Dieses Gesetz sieht bei Pocken, asiatischer Cholera, Fleckfieber und Pest nicht nur die Isolierung der Kranken, sondern auch die Isolierung von gesunden Hausbewohnern vor. Solche können, wenn sie bedürftig sind, eine «billige Entschädigung» für erlittenen Erwerbsausfall fordern; über den Anspruch entscheiden endgültig die Verwaltungsinstanzen.

e) Art. 21 BG vom 3. Juni 1917 über die Bekämpfung von Tierseuchen³⁷⁵

Auf Grund dieses Gesetzes zahlen Bund und Kanton Beiträge an den Schaden, wenn erkrankte oder gesunde

³⁷¹ Streitigkeiten entscheidet das sogenannte «Kriegswirtschaftsgericht», eine Art Schiedsgericht, dessen Entscheide bei einem Streitwert über Fr. 2000.— an das Bundesgericht weitergezogen werden können (Verordnung II vom 20. September 1939 über die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern [Verfahren zur Erledigung von vermögensrechtlichen Streitigkeiten], BS 10, 813).

³⁷² BS 7, 3.

³⁷³ Vgl. BGE 74 I 227.

³⁷⁴ BS 4, 375.

³⁷⁵ BS 9, 261.

Tiere wegen einer behördlich angeordneten Behandlung «umstehen oder abgetan werden müssen» oder wenn auf Grund von behördlichen Anordnungen gesunde Tiere geschlachtet oder Sachen vernichtet werden müssen, um einer Ausdehnung der Seuche vorzubeugen. Die Beiträge machen 70—90 % des Schätzungswertes aus (Art. 23). Interessant ist insbesondere, daß bei Schädigungen infolge einer amtlich angeordneten Impfung von Tieren der Staat einen Beitrag an den Schaden leistet, während bei Schädigungen infolge von amtlich angeordneten Impfungen von Menschen — zum Beispiel Erwerbsausfall — keinerlei Entschädigungspflicht besteht³⁷⁶.

f) Art. 67 Landwirtschaftsgesetz vom 3. Oktober 1951³⁷⁷

Wenn infolge von behördlichen Maßnahmen zur Abwehr von «gemeingefährlichen Pflanzenkrankheiten und zur Vernichtung von Schädlings» Gegenstände in ihrem Wert verringert oder vernichtet werden, kann dem Eigentümer eine Abfindung nach Billigkeit ausgerichtet werden. Die Vergütungen von Maßnahmen an der Grenze werden vom EVD festgesetzt und vom Bund aufgebracht, die Abfindungen für Maßnahmen im Innern des Landes werden von den kantonalen Verwaltungsbehörden festgesetzt und zu höchstens $\frac{2}{3}$ vom Kanton, zum mindesten $\frac{1}{3}$ vom Bund getragen.

g) Art. 4/5 BG vom 24. Juni 1910 über das Absinthverbot³⁷⁸

Als seinerzeit das Absinthverbot eingeführt wurde, bezahlte der Bund den Betrieben, die infolgedessen geschlossen werden mußten, eine Abfindung.

³⁷⁶ Zürcher Obergericht, ZR 26 Nr. 41, betr. die amtliche Impfung von Hausierern gegen Pocken.

³⁷⁷ BBl 1951 III 129.

³⁷⁸ BS 4, 658.

Vergleicht man diese verschiedenen Bestimmungen, so fällt vor allem die verschiedene Abstufung des Rechtsschutzes auf. Der dem Bürger zustehende Anspruch kann sein:

- a) Ein Anspruch auf volle Entschädigung mit Festsetzung der Schadenersatzpflicht durch Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtshof des Bundesgerichts oder Spezialgericht) (Art. 27 Militärorganisation; Art. 3 Abs. 3 Bundesgesetz über die Sicherstellung der Landesversorgung).
- b) Ein Anspruch auf Ersatz des unmittelbaren Schadens mit Festsetzung des Schadenersatzanspruchs durch ein Verwaltungsgericht (Art. 87 Verwaltungsreglement, Art. 28 MO).
- c) Ein Anspruch auf angemessene Entschädigung mit Festsetzung durch ein Verwaltungsgericht (Art. 7 Abs. 3 Sicherstellungsgesetz).
- d) Ein Anspruch auf angemessene Entschädigung mit Festsetzung durch eine Verwaltungsbehörde (Art. 5 Epidemiegesetz).
- e) Ein Anspruch auf einen gesetzlich umschriebenen Teil des Schadens mit Festsetzung durch eine Verwaltungsbehörde (Art. 23 Tierseuchengesetz).
- f) Ein «Anspruch», der keiner ist — Ausrichtung einer Abfindung nur, wenn dies den Verwaltungsbehörden als billig erscheint (Art. 67 Landwirtschaftsgesetz); in einem solchen Fall besteht lediglich eine Ermächtigung für die Verwaltungsbehörde zur Leistung einer Entschädigung, keine Verpflichtung.

Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, daß die verschiedene Ausgestaltung der Entschädigungspflicht zum Teil eine rein zufällige ist; doch offenbart die Bundesgesetzgebung zum mindesten, welch vielfältige Möglichkeiten in dieser Beziehung bestehen.

5. Die Bestimmungen des kantonalen Rechts

a) Das Verantwortlichkeitsgesetz vom 25. November 1851 von Baselland

Das Verantwortlichkeitsgesetz von Baselland enthält im § 25 folgende interessante Bestimmung:

«Für den aus einer Amtshandlung oder Unterlassung entstandenen Schaden, ohne daß dabei eine Pflichtverletzung begangen wurde, hat der Staat einzustehen, wenn nicht besondere Gesetze etwas anderes verfügen.

Der Staat ist jeweilen auf dem ordentlichen Rechtswege am Wohnsitz der obersten vollziehenden Behörde zu belangen.»

Diese Bestimmung steht in der schweizerischen Gesetzgebung einzig da³⁷⁹. Zum mindesten in einem Kanton der Schweiz hat der Staat seit über 100 Jahren für Schäden einzustehen, die er einem Bürger aus Gründen der allgemeinen Wohlfahrt zufügt, soweit nicht der Gesetzgeber etwas anderes verfügt. Es ist nie bekannt geworden, daß dem Kanton Baselland aus dieser Bestimmung untragbare Lasten erwachsen wären, ja es scheint sogar, daß die Bestimmung wenig angerufen wird. Jedenfalls konnten dem Verfasser keine Gerichtsentscheide genannt werden. In diesem Kanton weht eine andere Luft als im Bund. Nach Bundesrecht muß grundsätzlich der Bürger bereit sein, für das Gemeinwohl jedes Opfer auf sich zu nehmen, die Entschädigungspflicht ist die Ausnahme. In Baselland gilt umgekehrt, daß, wenn vom Bürger ein besonderes Opfer für die Allgemeinheit verlangt wird, der Staat Entschädigung leistet; der Ausschluß der Entschädigung ist die Ausnahme! Im Zeitalter des Individualismus war es nötig, dem Bürger mehr Gemeinsinn beizubringen. Diese Auslegung gab dem Legalitätsprinzip des Bundesrechts — Entschädigung nur

³⁷⁹ In der gleichen Richtung geht immerhin auch Art. 52 der Kantonsverfassung von Nidwalden: «Sofern sich jemand durch einen Beschuß der Landsgemeinde in seinen Privatrechten verletzt glaubt, kann der zuständige Richter angerufen werden.»

ausnahmsweise, wo es das Gesetz vorsieht — eine gewisse Berechtigung. Heute, wo der Staat mit seinen Forderungen den Einzelnen erdrückt, freuen wir uns, daß im Paragrafenwald des schweizerischen Rechts zum mindesten im Jura oben noch ein Bäumlein zu finden ist, das die Interessen der einzelnen Bürger vor der Auslieferung an das so oft mißverstandene Gemeinwohl schützt!

b) Das Zürcher privatrechtliche Gesetzbuch von 1853/56 und die ihm nachgebildeten Einführungsgesetze zum ZGB von Zürich, Schwyz, Schaffhausen und Appenzell-Außerrhoden

Ungefähr gleichzeitig mit dem Verantwortlichkeitsgesetz von Baselland wurde das Zürcher privatrechtliche Gesetzbuch von 1853/56 erlassen. Dessen §§ 1855/56 lauteten:

§ 1855. Wenn bei Ausübung der Staatsgewalt aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt jemandem Schaden zugefügt wurde, den er nicht aus öffentlichen Gründen zu tragen verpflichtet ist, noch sich selber zuschreiben muß, zum Beispiel bei Gelegenheit von Militärübungen oder infolge von polizeilichen Maßnahmen, so haftet demselben nicht der Schädiger, sondern die Staatskasse insofern für Ersatz, als der Gesichtspunkt oder die Analogie der Entschädigung von zwangswiseer Abtretung von Privatrechten zur Anwendung kommt, sonst nicht.

§ 1856. Wenn aber bei Ausübung der Staatsgewalt die böse Absicht oder die Fahrlässigkeit eines Beamten oder Bediensteten oder einer andern handelnden Person den Schaden verursacht hat, so hat dafür nur die schädigende Person zu haften.

In diesen Vorschriften war die Staatshaftung, verglichen mit den Bestimmungen von Baselland, bereits wesentlich beschränkt. Sie bezog sich grundsätzlich nur auf expropriationsähnliche Tatbestände, wobei der Schutz sich jedoch nicht nur auf Grundeigentum bezieht. Immerhin wird auch hier noch die Entschädigungspflicht des Staates in den Vordergrund gestellt und der Wegfall der

Staatshaftung bei schuldhaftem Handeln des Beamten gleichsam als Ausnahme angefügt.

An die Bestimmungen des Zürcher PGB haben sich die Kantone Zürich, Schwyz, Schaffhausen und Appenzell-Außerrhoden beim Erlaß ihrer Einführungsgesetze zum ZGB angelehnt. Dabei legen die drei letztgenannten Kantone das Hauptgewicht auf das Vorliegen eines expropriationsähnlichen Tatbestandes³⁸⁰.

Demgegenüber hat Zürich in § 227 EGZGB den Hinweis auf expropriationsähnliche Tatbestände nicht aus dem Zürcher PGB übernommen und infolgedessen die Staatshaftung für rechtmäßige Staatsakte viel allgemeiner gefaßt. § 227 EG lautet:

§ 227. Der Staat haftet für den Schaden, der jemandem bei Ausübung der Staatsgewalt aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt, zum Beispiel bei Überschwemmungen, Brandausbrüchen oder durch polizeiliche Maßnahmen zugefügt wurde, wenn der Geschädigte den Schaden nicht aus öffentlich-rechtlichen Gründen zu tragen verpflichtet ist oder sich selbst zuzuschreiben hat.

Der Artikel ist nicht besonders logisch aufgebaut. Die Staatsgewalt wird nicht aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt oder durch polizeiliche Maßnahmen ausgeübt, es werden vielmehr aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt polizeiliche Maßnahmen getroffen, die einem Bürger möglicherweise einen Schaden zufügen. Es wird zum Beispiel bei einer Überschwemmung dem Hochwasser ein Ablauf durch noch nicht überschwemmtes Land geschaffen, oder es werden bei Brandausbrüchen Wasserleitungen in ein nicht gefährdetes Nachbarhaus gelegt, die dort Wasserschäden verursachen. Für solchen Schaden soll das Gemeinwesen aufkommen, wenn der Geschädigte nicht «aus öffentlich-rechtlichen Gründen den Schaden zu tragen verpflichtet ist oder ihn seinem eigenen Verschulden zuzu-

³⁸⁰ Schwyz § 236 EG, Schaffhausen Art. 142 EG, Appenzell-AR Art. 194 EG.

schreiben hat». Die entscheidende Frage hinsichtlich der Auslegung dieses Artikels ist die, aus welchen öffentlich-rechtlichen Gründen ein Bürger einen Schaden selbst tragen muß. Diesbezüglich hat die Praxis eine interessante Entwicklung durchgemacht.

Eine ältere, heute aufgegebene Auffassung wollte § 227 EG nur zur Anwendung bringen bei Schäden aus Amtshandlungen ohne gesetzliche Grundlage, wenn die Verwaltung im vollen Bewußtsein, daß eine gesetzliche Grundlage fehlt, aus einem Notstand heraus Schaden stiftet. Es wurde hervorgehoben, daß die in § 227 EG angeführten Beispiele eine solche Bedeutung nahelegen und daß keinerlei gesetzliche Bestimmung bestehe, die in solchen Fällen die Verwaltung zu Eingriffen in fremdes Eigentum ausdrücklich ermächtigen³⁸¹.

Das Zürcher Obergericht vollzog dann jedoch 1933 eine grundsätzliche Schwenkung, als es eine Klage aus Tumultschäden, verursacht durch Schüsse der Kantonspolizei gegen Demonstranten, zu beurteilen hatte³⁸². In eingehenden Ausführungen wird dargetan, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung sei eine polizeiliche Maßnahme, deren Folgen der Bürger nicht aus öffentlichen Gründen tragen müsse — entgegen der Auffassung des Bundesgerichts in BGE 47 II 497 (Hunziker gegen Eidgenossenschaft). Schon früher hatte das Zürcher Kassationsgericht sich gegen eine zu enge Interpretation des § 227 EG gewandt und im Verbot von Reklametafeln, die das Landschaftsbild bei Sihlbrugg störten, im Gegensatz zum Obergericht einen expropriationsähnlichen Tatbestand erblickt³⁸³. Im Jahre 1943 kassierte das Kassationsgericht erneut einen Entscheid des Obergerichts, der die Bestimmung restriktiv interpretieren wollte, wegen Verletzung

³⁸¹ In diesem Sinne ZR 22 Nr. 2, 26 Nr. 41, 29 Nr. 90, und vor allem BGE 49 II 295.

³⁸² ZR 34 Nr. 3.

³⁸³ ZR 18 Nr. 71 S. 136; dazu His, Das Problem der staatlichen Entschädigungspflicht, ZSR 24 (1923), 31 ff.

klaren Rechts (§ 344 Ziff. 9 Zürcher ZPO)³⁸⁴. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz wurde die Haftung der Stadt Zürich bejaht für Risse, die beim Pfählen für eine öffentliche Straße in einem angrenzenden Privathause entstanden. Das Kassationsgericht stellte ausdrücklich fest, daß § 227 EG sowohl Verwaltungsakte der eigentlichen Hoheitsverwaltung als auch der Wohlfahrtspflege treffe. Hinsichtlich der Frage, welches die öffentlich-rechtlichen Gründe seien, aus denen der Bürger seinen Schaden selbst tragen müsse, unterschied das Kassationsgericht zwischen der Beeinträchtigung von Vermögensrechten, mit denen der Bürger «zum vornehmerein rechnen muß», und Eingriffen, die eine nicht voraussehbare Folge der Wahrung von öffentlichen Interessen sind. An sich müsse der Bürger mit Nachteilen aus der baulichen Entwicklung und mit Nachteilen aus Bauarbeiten rechnen. Allein Schäden am eigenen Haus infolge von Erschütterungen, die von solchen Bauarbeiten ausgehen, seien nicht voraussehbar und die Verneinung der Haftung eines Gemeinwesens in einem solchen Fall sei eine krasse Verletzung von § 227 EG. In der Unterscheidung zwischen voraussehbaren und nicht voraussehbaren schädigenden Eingriffen des Gemeinwesens wird eine ähnliche Unterscheidung angestrebt wie in der Lehre Otto Mayers und des deutschen Reichsgerichts von Aufopferungsanspruch³⁸⁵. Normalerweise muß der Bürger die schädigende Folge eines staatlichen Eingriffs selbst tragen, bei außerordentlichen Schädigungen soll er angemessenen Ersatz erhalten.

Es wäre interessant zu wissen, wie das Zürcher Kassationsgericht heute einen Fall wie ZR 29 Nr. 90 beurteilen würde. Der Zürcher Paradeplatz wurde während vier Monaten mit Tag- und Nachschicht umgebaut. Der Nachtlärm verscheuchte die Gäste aus dem Hotel Baur en Ville, das dadurch einen beträchtlichen Einnahmeausfall erlitt.

³⁸⁴ Urteil vom 7. Juni 1943 in Sachen Käppeli gegen Stadtkommune Zürich, nicht publiziert.

³⁸⁵ Oben S. 348a.

Nach dem Entscheid des Obergerichts hatte der Hotel-eigentümer diesen Schaden aus öffentlichen Gründen selbst zu tragen; auf die Tatsache, daß die Störung den Betroffenen besonders schwer treffe, könne nicht Rücksicht genommen werden³⁸⁶.

Die Hinweise auf die Auslegung von § 227 EGzZGB zeigen, daß im Kanton Zürich wohl eine Tendenz besteht, dem Bürger einen etwas weitergehenden Schutz zukommen zu lassen, als wie ihn das Bundesgericht gestützt auf die Eigentumsgarantie gewährt; immerhin wird starke Zurückhaltung geübt. Weil § 227 EG die wichtigste Frage — wann der Bürger aus öffentlich-rechtlichen Gründen den Schaden selbst tragen muß — offen läßt, führt die Bestimmung zu einer wenig klaren Situation, so daß sich deren Übernahme in das VG nicht empfiehlt.

6. Empfehlungen für das neue eidgenössische Verantwortlichkeitsgesetz

Die Hinweise auf die bundesgerichtliche Rechtssprechung und die einzelnen kantonalen Rechte zeigen eine

³⁸⁶ Wörtlich wurde ausgeführt: «Es ist auch ausgeschlossen, darauf abzustellen, in welchem Maße die einzelnen Anwohner benachteiligt werden und also einen Entschädigungsanspruch des besonders schwer Betroffenen zuzulassen, den andern ihn aber zu versagen. So wie den einzelnen Einwohnern, Grundeigentümern und Geschäftsleuten in der Stadt die Vorteile des öffentlichen Verkehrs in verschiedenem Maße zukommen, je nach der Lage ihrer Grundstücke, Wohnungen und je nach der Art ihrer geschäftlichen Betätigung, so werden sie auch von den schädigenden Einwirkungen des Verkehrs verschieden betroffen. Auch die besonders Begünstigten unter ihnen genießen jeden Vorteil ungeschrämt, und so haben sie auch die Nachteile zu tragen, wenn sie besonders empfindlich sind und können sie nicht auf die Allgemeinheit abwälzen.» Nach der Ansicht des Verfassers lag die außerordentliche Schädigung in jenem Fall in der Nacharbeit, die keineswegs eine normale Erscheinung von Verkehrsumbauten ist. Nach der neuen Praxis des Kassationsgerichts wäre zu prüfen, ob solche Nacharbeiten vor einem Hotel zu den voraussehbaren oder nicht voraussehbaren schädigenden Staatseingriffen zu rechnen sind.

große Zurückhaltung des geltenden schweizerischen Rechts hinsichtlich des Schutzes des Bürgers gegen schädigende rechtmäßige Staatsakte. Wohl bestehen hie und da Ansätze, die größten Härten zu mildern, aber die Grundtendenz lautet eindeutig, der Bürger solle für die Öffentlichkeit Opfer bringen, «Gemeinnutz geht vor Eigennutz».

Dieses Schlagwort hat jedoch auch in der Schweiz an Zugkraft eingebüßt. Die immer zunehmenden Pflichten des Bürgers gegenüber dem Staat führen mehr und mehr zur Auffassung, daß darüber hinaus nicht noch weitere Opfer gefordert werden können, die rein zufällig bald den einen, bald den andern treffen. Die Rechtsordnungen unserer Nachbarländer, vor allem in Deutschland und Frankreich, zeigen diesbezüglich mehr Achtung vor den Privatrechten der Bürger als in der Schweiz das Bundesrecht und die meisten kantonalen Rechte. Trotzdem diese Nachbarländer zurzeit viel größere soziale Probleme zu lösen haben als die Schweiz, halten sie daran fest, daß der Bürger einen Aufopferungsanspruch geltend machen kann, wenn ihm durch einen Verwaltungsakt ein besonderes Opfer zugefügt wird. Gerade weil man in Deutschland unter dem Nationalsozialismus mit dem Appell an die Opfergesinnung allzu schreckliche Erfahrung gemacht hat, wird heute der Anerkennung von Aufopferungsansprüchen solche Bedeutung beigemessen.

Es ist eine bedauerliche Lücke des Vorentwurfs, daß er sich mit den außerordentlichen Schädigungen durch rechtmäßige Staatsakte überhaupt nicht befaßt. Die anerkannten Grundsätze über die Verantwortlichkeit des Staates bei expropriationsähnlichen Tatbeständen genügen nicht, um dem Bürger einen ausreichenden Schutz zu gewähren, weil diese Grundsätze sich im wesentlichen nur auf Grund-eigentum beziehen. Der moderne Staat greift jedoch in sämtliche Rechtssphären des Bürgers ein und, es ist unmöglich, beim Erlaß der einzelnen Gesetze vorauszusehen, ob und wann in der Zukunft eine Maßnahme einen Bürger so besonders schwer trifft, daß das Gebot der rechtsgleichen

Belastung aller eine Entschädigung fordert. Die Verankerung eines solchen Ausgleichsanspruches bei besondern Schädigungen hat deshalb die Funktion einer lückenfüllenden Generalklausel im Gebiete des öffentlichen Entschädigungsrechts zur Vermeidung von nicht voraussehbaren Härtefällen.

Das beschwichtigende Argument, in besondern Härtefällen komme die Verwaltung freiwillig entgegen und zahle ohne Rechtsgrundlage eine billige Entschädigung, kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß unser Verantwortlichkeitsrecht von einer zu einseitigen Betonung der Gemeininteressen und einer Unterschätzung der Individualinteressen beherrscht ist. Wenn es schon Amtsstellen gibt, die es als ihre Pflicht ansehen, ohne Rechtsgrundlage in Härtefällen aus Billigkeit Entschädigungen auszubezahlen, dann ist es höchste Zeit, dafür die nötigen Rechtsgrundlagen zu schaffen. Die verschiedenen Autoren, die sich mit der Frage befaßt haben, vor allem Vogt, Sprecher, His und Ruck³⁸⁷, haben den Gerichten nahegelegt, einen entsprechenden Rechtssatz zu entwickeln. Die Gerichte haben es nicht getan, und man kann es ihnen nicht einmal verübeln. Folglich muß der Gesetzgeber die Aufgabe an die Hand nehmen³⁸⁸.

Wohl muß grundsätzlich der Gesetzgeber bestimmen, ob und in welchem Umfang bei schädigenden Eingriffen des Staates aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt Schadenersatz geleistet wird. In diesem Sinne ist am Legalitätsprinzip und an der Zulässigkeit entschädigungsloser Be-

³⁸⁷ E. Vogt, Rechtmäßige Eingriffe des Staates in subjektive Privatrechte, Aarau 1910; Andreas Sprecher von Berneck, Über die Entschädigungspflicht des Staates bei Ausübung der öffentlichen Gewalt, Diss. Bern 1921; His, Das Problem der staatlichen Entschädigungspflicht bei Ausübung öffentlich-rechtlicher Funktionen, ZSR 42 (1923), 22; E. Ruck, Schweiz. Verwaltungsrecht, Allg. Teil 3. Aufl. 209 ff.

³⁸⁸ Vgl. dazu auch Reichlin Zbl 36 (1935), 140; Sager 155; zurückhaltend Panchaud, Semaine judiciaire 73 (1951), 477.

schränkungen des Eigentums und anderer Rechte festzuhalten; eine Entschädigungspflicht für alle dem Bürger nachteiligen Staatseingriffe wäre in der Tat untragbar. Das Gebot der Rechtsgleichheit verlangt jedoch viel weniger. Nur bei außerordentlichen Schädigungen, die der Gesetzgeber nicht vorausgesehen hat, sollen jeweils Entschädigungen nach Billigkeit geleistet werden. Dieser Grundsatz kann im neuen Verantwortlichkeitsgesetz verankert werden, ohne daß daraus eine ernsthafte Belastung der Staatsfinanzen resultiert. Darin liegt kein Aufgeben, sondern eine Verfeinerung des Legalitätsprinzips. Glücklicherweise ereignen sich bei uns nicht alle Jahre Fälle, wie die oben S. 356a behandelten Fälle Hunziker und Grünzweig; aber je mehr der Bund in alle Gebiete des Lebens und der Wirtschaft hineinregiert, desto häufiger werden auch die Härtefälle, bei denen sich eine Entschädigung aufdrängt. Bewilligungen müssen aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt widerrufen werden, bestehende Betriebseinrichtungen müssen stillgelegt werden, getroffene Abmachungen gelöst werden. Dabei muß an die schwer voraussehbare zukünftige Rechtsentwicklung gedacht werden!

Mit einem gewichtigen Einwand ist zu rechnen: eine solche Bestimmung weckt zahlreiche unberechtigte Begehren. Allzu viele Bürger werden finden, sie seien von einem «außerordentlichen Schaden» betroffen, ohne daß dies zutrifft. Die Behandlung der entsprechenden Begehren verursacht Umtriebe, und die Handhabung einer solchen Ermessensklausel verlangt juristisches Fingerspitzengefühl. Dieser Nachteil haftet jeder lückenfüllenden Generalklausel an: Wie häufig wird Rechtsmißbrauch geltend gemacht, und wie selten liegt Rechtsmißbrauch vor! Und doch möchte niemand Art. 2 ZGB missen! Und wie zahlreich sind die Willkür-Rekurse ans Bundesgericht, von denen nur selten einer gutgeheißen wird! Trotzdem gehört dieser Rechtsschutz zum eisernen Bestand unseres Bundesstaatsrechts. Aus ähnlichen Gründen scheinen mir die Bedenken gegen die gesetzliche Verankerung eines außer-

ordentlichen Ausgleichsanspruchs nicht stichhaltig. Es gibt keine Stärkung des Rechtsstaates und keine Verfeinerung der Rechtsordnung ohne vermehrte Umtriebe!

Der Staat hat in den vergangenen Jahrzehnten im Gebiete der öffentlichen Abgaben ein geradezu geniales System entwickelt, überall dort, wo der Bürger einen besonderen Vorteil erlangt, einen Teil dieses Vorteils zugunsten der Allgemeinheit abzuschöpfen. Man denke an die Besteuerung von Kapital-, Liquidations- und Lotteriegewinnen sowie an die Mehrwertbeiträge an Kantone und Gemeinden. Das Recht der öffentlich-rechtlichen Entschädigung ist demgegenüber nicht weiterentwickelt worden. Sein Ausbau als Kehrseite zur modernen Entwicklung des Abgabenrechts ist ein Gebot der Gerechtigkeit!

In der Einzelausgestaltung sind verschiedene Möglichkeiten denkbar. Das neue VG wird sich nur mit Schädigungen durch rechtmäßige Hoheitsakte von Amtsträgern des Bundes befassen. Wenn kantonale Instanzen in rechtmäßiger Anwendung von Bundesrecht einen außerordentlichen Schaden stiften, wird die Ersatzpflicht weiterhin eine Frage des kantonalen Rechts bleiben müssen.

Der vorgesehene Anspruch soll ein Billigkeitsanspruch sein. Er kann deshalb nur auf angemessene Entschädigung gehen. Es frägt sich, wer über Bestand und Umfang solcher Ansprüche entscheiden soll, das Bundesgericht als Verwaltungsgerichtshof, das in Zukunft über Ansprüche aus rechtswidrigen Staatsakten entscheiden wird, oder nur eine Verwaltungsinstanz ähnlich wie bei den öffentlichen Beiträgen. Darüber mögen die Meinungen auseinandergehen. Meines Erachtens sprechen trifftige Gründe für die Schaffung eines klagbaren Anspruchs (Art. 110 OG). Zu Beginn des Verfahrens steht häufig nur die Schädigung fest. Ob dieselbe auf einer rechtmäßigen oder einer rechtswidrigen Amtshandlung beruht, ergibt sich oft erst auf Grund des Beweisverfahrens. Es ist deshalb zweckmäßig, wenn bei Verneinung der Gesetzwidrigkeit gleichzeitig das Bestehen eines außerordentlichen Aus-

gleichsanspruchs wegen eines rechtmäßigen Staatsaktes geprüft werden kann. Auch schafft ein Gerichtsurteil beim Bürger viel mehr die Überzeugung, es sei ihm Recht widerfahren als eine abweisende oder nur teilweise gutheißende Verwaltungsverfügung. Schließlich wird auch das Bundesgericht dem Bund keine untragbaren Lasten zumuten!

Schlussfolgerungen

1. Im neuen eidgenössischen Verantwortlichkeitsgesetz soll der Bund die Haftung für Schäden aus gesetzwidrigem Verhalten von Amtsträgern des Bundes übernehmen, ohne Rücksicht darauf, ob dem Amtsträger ein Verschulden nachgewiesen werden kann oder nicht; vorbehalten bleiben die Einreden der höheren Gewalt, des Selbst- und Drittverschuldens. Das Nichtergreifen eines Rechtsmittels gegen gesetzwidrige Amtsakte gilt als Selbstverschulden.
 2. Diese Haftung des Bundes ist öffentlich-rechtlicher Natur; entsprechende Begehren sind deshalb mit der verwaltungsrechtlichen Klage geltend zu machen. Vorbehalten bleiben zivilrechtliche Bestimmungen der Spezialgesetzgebung.
 3. Bei gesetzmäßigen Staatsakten, die einen einzelnen Bürger oder einen kleinen Kreis von Personen außergewöhnlich schwer treffen, ist eine billige Entschädigung vorzusehen.
 4. Außer dem Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes sind auch die Verantwortlichkeitsgesetze der Kantone, die noch keine Haftung des Staates und der Gemeinden für Verwaltungsakte ihrer öffentlichen Beamten und Angestellten kennen, in entsprechender Weise zu revidieren.
-

Anhang

**Vorentwurf von alt Bundesrichter Hablützel
zu einem Bundesgesetz
über die Verantwortlichkeit der eidg. Beamten und über
die Haftung des Bundes für seine Beamten ***

Art. 1

Beamte im Sinne dieses Gesetzes sind:

- a) die Mitglieder der eidg. Räte;
- b) die Mitglieder der eidg. vollziehenden und richterlichen Behörden (Art. 95—114 der Bundesverfassung);
- c) die dem Bundesgesetz über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten vom 30. Juni 1927 unterstellten Beamten;
- d) alle andern Personen, welche für den Bund administrative oder richterliche Befugnisse ausüben.

Art. 2

Die Mitglieder der eidg. Räte können nach Maßgabe des Geschäftsreglementes des Rates, dem sie angehören, disziplinarisch zur Verantwortung gezogen werden.

Für ihre Voten in der Behörde können sie weder strafrechtlich verfolgt noch auf Schadenersatz oder Genugtuung belangt werden.

Im übrigen kommen auf sie die Vorschriften über die Verantwortlichkeit der übrigen Beamten zur Anwendung.

Art. 3

Art. 2 Abs. 2 gilt auch für die Voten, welche die Mitglieder des Bundesrates in den eidg. Räten abgeben.

Art. 4

Die eidg. Strafgesetzgebung bestimmt, unter welchen Voraussetzungen die eidg. Beamten strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können.

Art. 5

Die Art. 1—6 des Bundesgesetzes über die politischen und polizeilichen Garantien zugunsten der Eidgenossenschaft vom 26. März 1934 finden auch auf Amtsdelikte Anwendung.

* Die eidg. Justizabteilung hat in zuvorkommender Weise die Veröffentlichung dieses Vorentwurfs gestattet. Eine amtliche Stellungnahme dazu ist noch nicht erfolgt.

Soweit nicht in anderen eidg. Gesetzen weitere Ausnahmen vorgesehen sind, gelten für die Verfolgung von Amtsdelikten der Bundesbeamten die Vorschriften des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtpflege vom 15. Juni 1934.

Art. 6

Der Beamte haftet dem Bund für den Schaden, den er ihm durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung seiner Amtspflicht zufügt. Die Bestimmungen des Obligationenrechtes über die Entstehung von Obligationen durch unerlaubte Handlungen sind auf den Ersatzanspruch des Bundes entsprechend anzuwenden.

Art. 7

Der Bund haftet für den Schaden, den seine Beamten in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen widerrechtlich stifteten. Die Haftung fällt weg, wenn der Geschädigte von den Rechtsmitteln, mit welchen er die widerrechtliche Amtsführung anfechten kann, keinen Gebrauch macht.

Art. 8

Ein Anspruch gegen den fehlbaren Beamten steht dem Geschädigten nicht zu. Dagegen kann der Bund Rückgriff nehmen auf den Beamten, welcher den Schaden absichtlich oder fahrlässig verursacht hat.

Art. 9

Die Möglichkeit einer Entlastung im Sinne von Art. 55 Abs. 1 OR besteht für den Bund nicht. Im übrigen kommen auf die Ansprüche aus Art. 7 und 8 die Vorschriften des Obligationenrechts über die Entstehung von Obligationen durch unerlaubte Handlungen entsprechend zur Anwendung.

Art. 10

Die Klagen im Sinne von Art. 6, 7 und 8 werden vom Bundesgericht als Verwaltungsgerichtshof entschieden (Art. 110 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesstrafrechtpflege vom 16. Dezember 1943).

Art. 11

Die in Spezialgesetzen enthaltenen Bestimmungen über die Haftung der Beamten und des Bundes werden durch die vorstehenden Vorschriften nicht aufgehoben.

Für gewerbliche Verrichtungen des Bundes richtet sich die Haftung des Bundes und seiner Beamten nach den Vorschriften des Zivilrechtes.

Art. 12

Die im Ämterverzeichnis eingetragenen Beamten können gemäß den Vorschriften des Bundesgesetzes über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten disziplinarisch zur Verantwortung gezogen werden.

Diese Vorschriften sind sinngemäß auch auf andere Beamte anwendbar, welche vom Bundesrat oder den ihm nachgeordneten Amtsstellen oder von einem eidg. Gericht gewählt worden sind.

Art. 13

Mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ist das Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit der eidg. Behörden und Beamten vom 9. Dezember 1850 aufgehoben.
