

1921 i. S. Pirot gegen Eidenbenz und vom 5. Dezember 1921 i. S. Kosmos gegen Fleischner). Die Haltung der Parteien im Prozess wäre für die Rechtsanwendung nur dann massgebend, wenn aus ihr geschlossen werden müsste, dass die Parteien von Anfang an und übereinstimmend das streitige Rechtsverhältnis dem schweizerischen Recht unterstellen wollten. Ein solcher Schluss darf, im Gegensatz zur Auffassung der Vorinstanz, hier nicht gezogen werden, zumal da nur die Klägerin Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts angerufen hat. Dazu kommt, dass der Zürcher Gerichtsstand ja nur durch den von der Klägerin erwirkten Arrest begründet worden ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

87. Urteil der staatsrechtlichen Abteilung vom 16. Dezember 1921

i. S. Grünzweig gegen Eidgenossenschaft.

Tötung einer Zivilperson durch im aktiven Grenzdienst stehende Soldaten bei der ihnen übertragenen Unterstützung der Ueberwachung des Warenverkehrs an der Grenze. (Abgabe von Schüssen zur Anhaltung eines schmuggelverdächtigen Automobils.) Keine Haftung des Bundes.

A. — Am 6. Juni 1917 übernahm die Dragonerschwadron 18 unter Hauptmann Hürlimann den Grenzdienst bei der Ortschaft Benken und wurde hiefür dem Kommandanten des Grenzdetaachements Nordostschweiz unterstellt. Auf Grund von Meldungen über starken nächtlichen, offenbar dem Schmuggel dienenden Automobilverkehr aus der Gegend von Marthalen und Laufen bis

nach Ellikon gegen den Rhein hin, erhielt die Schwadron 18 den Befehl, diesen Verkehr zu überwachen. Hauptmann Hürlimann ordnete darauf am 2. Juli 1917 die Aufstellung eines Unteroffizierpostens bei der Kreuzung der Strassen Benken-Uhwiesen und Benken-Dachsen an, um allfällig vorbeifahrende Automobile aufzuhalten. Der Posten sollte sich in drei Staffeln von ungefähr 50 m Abstand gliedern, wovon die erste durch lautes Rufen, durch Zeichen und eventuell durch Schreckschüsse, die zweite ebenfalls durch Rufen und durch Schüsse auf Räder und Motor versuchen sollten, die Fahrzeuge zum Stehen zu bringen. Die dritte Staffel sodann hatte die Weisung, durch Schüsse auf den unteren Teil der Fahrzeuge und nötigenfalls auf die Insassen die Wagen unbedingt anzuhalten. Die Organisation des Postens wurde dem Feldweibel Tanner, das Kommando dem Korporal Bühler übertragen.

Am gleichen Nachmittage war dem Hauptmann Hürlimann der Befehl des Generalstabchefs über den Waffengebrauch im Grenzdienst vom 30. Juni 1917 zugegangen. Hürlimann übergab denselben dem Feldweibel Tanner, der ihn seinerseits dem Korporal Bühler teilweise verlas und aushändigte. Der Befehl hält in Ziff. 1 die Bestimmungen der Art. 202 ff. des Dienstreglementes für die schweizerische Armee auch im Grenzdienste grundsätzlich aufrecht und gestattet in allen Fällen von Notwehr, tätlichem Angriff, Bedrohung der Bewegungsfreiheit und Widerstand bei Ausführung von Befehlen den Waffengebrauch. Ziff. 2 sieht vor, dass Grenzposten und Patrouillen allgemein bei Nacht, sofern ihnen sich nähernde Personen nicht erkennbar seien und dem Ruf « Halt » nicht Folge leisten, von der Schusswaffe Gebrauch zu machen haben. Dagegen sollen nach Ziff. 3 die im Polizei- und Zollwachtdienst tätigen Posten gegenüber als solchen erkennbaren Zivilpersonen von der Schusswaffe nicht Gebrauch machen, sondern die Anhaltung auf andere Weise zu erreichen suchen. Ziff. 6 endlich bestimmt.

es solle allgemein nur geschossen werden, wenn die Anhaltung auf andere Weise nicht erreicht werden könne.

Statt in Abständen von 50 m stellte Korporal Bühler die drei Staffeln seines Postens nur in solchen von 25 bis 30 m auf. Um Mitternacht fuhr aus dem Dorfe Benken ein Automobil heran, worauf die drei Staffeln im wesentlichen instruktionsgemäss in Aktion traten. Die erste suchte durch Rufen und Schreckschüsse den Chauffeur zum Anhalten zu veranlassen, die zweite rief ebenfalls Halt und gab sodann Schreckschüsse und Schüsse in der Richtung der Räder und des Motors ab, die dritte endlich gab Schreckschüsse ab, schoss dann aber, als der Wagen mit unverminderter Geschwindigkeit weiterfuhr, auch in diesen hinein. Das Fahrzeug bewegte sich noch einige Meter weiter und hielt dann an. Der Chauffeur Schmid und der Insasse Oskar Grünzweig waren durch Geschosse getötet worden. Die gegen Hauptmann Hürlimann erhobene Anklage wegen fahrlässiger Tötung führte zu einem freisprechenden Urteile des Territorialgerichts 5. Eine gegen die Dragoner des Unteroffizierpostens eingeleitete Untersuchung wurde eingestellt.

B. — In der Folge klagten die Witwe des Oskar Grünzweig und dessen minderjähriger Sohn gegen die Transportgesellschaft Welti-Furrer A.-G. in Zürich, von der Grünzweig das Automobil für die Fahrt von Zürich nach Schaffhausen gemietet und in deren Dienst der Chauffeur Schmid gestanden hatte, auf Schadenersatz für Verlust des Versorgers, gestützt auf Art. 97 ff., 394, eventuell 41 ff. OR; die Klage wurde indessen durch rechtskräftig gewordenes Urteil des Bezirksgerichts Zürich, erste Abteilung, vom 3. Februar 1920 abgewiesen. Gleichzeitig belangten sie den Hauptmann Hürlimann, den Feldweibel Tanner und den Korporal Bühler auf Ersatz des nämlichen Schadens. Auch diese Klage wurde von den beiden kantonalen Instanzen und von der zweiten Zivilabteilung des Bundesgerichts als Berufungsinstanz,

von letzterer durch Urteil vom 20. April 1921¹ — mit verschiedener Begründung — verworfen.

C. — Noch bevor dieser zweite Prozess erledigt war, haben sodann Witwe Grünzweig, die sich inzwischen mit einem Cavadini in Chiasso wieder verheiratet hatte, und ihr Sohn Max beim Bundesgericht als einziger Zivilgerichtsinstantz gegen die Eidgenossenschaft als Beklagte die Begehren ans Recht gestellt: die Beklagte sei schuldig zu erklären wegen der Tötung des Kaufmanns Oskar Grünzweig, zu bezahlen:

a) an den Sohn Max Grünzweig 18,000 Fr. nebst Zins zu 5% ab 1. Juli 1918;

b) an Frau Giuseppina Cavadini 12,000 Fr. nebst Zins zu 5% ab 1. Juli 1920;

c) an die beiden Kläger für verursachte Umtriebe im Sinne solidaren Anspruchs 4934 Fr. 15 Cts. nebst Zins zu 5% ab 1. Juli 1920;

eventuell nach richterlichem Ermessen festzusetzende Beträge.»

Mit Begehren *a* und *b* wird Entschädigung für Verlust des Versorgers, mit Begehren *c* Ersatz der Kosten verlangt, die den Klägern in den Prozessen gegen Welti-Furrer und gegen Hauptmann Hürlimann und Mitbeteiligte erwachsen sind. Die Haftbarkeit der Eidgenossenschaft für die Folgen der Tötung des Grünzweig wird aus Art. 27 Militärorganisation (MO) und Art. 55, 41 OR hergeleitet. Zur Begründung der dritten Forderung wird geltend gemacht, dass der Bund die Kläger durch unrichtige Hinweise und Feststellungen seitens des Territorialgerichts bei der strafrechtlichen Beurteilung genötigt habe, jene Prozesse zu führen; dafür, dass sie verloren gingen, habe er nach Art. 41 ff. OR einzustehen; der Ersatzanspruch ergebe sich auch aus Art. 224 OG und Art. 24 BZPO, da es sich um notwendige Vorläufer des heutigen Streites handle.

¹ Oben Seite 176 ff.

D. — Die Beklagte Schweizerische Eidgenossenschaft hat die Abweisung der Klage beantragt und dabei in erster Linie das Bestehen irgendwelcher Haftung ihrerseits mangels eines dieselbe begründenden Rechtssatzes bestritten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die Schüsse, durch welche der Ehemann und Vater der Kläger getötet wurde, rührten von einem militärischen Posten her, der von der im Grenzdienst stehenden und dem Grenzdetachement Nordostschweiz zugeweilten Dragonerschwadron 18 gestellt war. Zur Aufgabe der im Grenzdienst stehenden Truppen gehörte ausser dem Grenzschutz auch die Mitwirkung bei der Ueberwachung des Warenverkehrs an der Grenze. Es galt dafür die einlässliche Instruktion des Generalstabchefs vom 26. Januar 1917, die in Abschnitt IV « Grenzkontrolle » unter 2 bestimmt: « Die Ueberwachung des Warenverkehrs ist Sache der Grenzwächter und Zollbeamten. Die Truppen unterstützen die Grenzwächter in ihrem Dienste durch Posten und Patrouillen in der Weise, dass sie die Umgehung der zollpolizeilichen Kontrolle verhindern und den Zollorganen bei Widerstands- und Fluchtversuchen von Schmugglern Hilfe leisten. » Im Zusammenhang mit dieser Aufgabe, wegen der mit dem nächtlichen Automobilverkehr nach der Grenze verbundenen Schmuggelgefahr, ist auch die besondere Ueberwachung dieses Verkehrs angeordnet worden und sind speziell für die Gegend von Benken die Massnahmen getroffen worden, die im weiteren Verlaufe den Tod des Oskar Grünzweig herbeiführten. In Frage steht demnach die Verwendung von Militär zu einer polizeilichen Funktion, bei deren Erfüllung es unter militärischer Ordnung und Regel stand. Die Ersatzpflicht der Eidgenossenschaft für solche Schäden, die ihre Ursache in der Ausübung dienstlicher Verrichtungen durch im eidgenössischen Dienste stehenden Militärpersonen haben, untersteht dem öffentlichen Rechte. Die Regeln des eidgenössischen

Zivilrechts über die Haftung für eigene und fremde Schadensverursachung können darauf jedenfalls dann und insoweit gemäss Art. 61 OR, 59 ZGB keine Anwendung finden, als das öffentliche Recht des Bundes dafür besondere von denjenigen des Zivilrechts abweichende Normen aufstellt. Ein solcher besonderer Erlass besteht aber in der Tat in Gestalt des BG über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten vom 9. Dezember 1850. Die Gründe, welche beim bürgerlichen Beamtenverhältnis zu einer derartigen Sonderregelung geführt haben, treffen aber *a fortiori* für das militärische Dienstverhältnis zu. Die Haftung der Militärpersonen und des Bundes für sie aus von ihnen in Erfüllung militärischer Aufgaben vorgenommenen und als solche unter den Regeln der öffentlichen militärischen Dienstpflicht stehenden Handlungen könnte daher jedenfalls nicht weitergehen als diejenige aus den Amtsverrichtungen der gewöhnlichen Beamten und Angestellten, mag man sie nun diesen beizählen oder nicht. In diesem Sinne hat sich denn auch das Bundesgericht bereits in dem Urteile in Sachen Hunziker vom 22. April 1921¹ mit einlässlicher Begründung ausgesprochen und damit die Anwendung der von den Klägern angerufenen Art. 41 ff. OR auf diesem Gebiete abgelehnt.

2. — Das Verantwortlichkeitsgesetz vom 9. Dezember 1850 aber kennt eine (primäre oder subsidiäre) Haftung des Bundes für rechts- oder pflichtwidriges Verhalten (Vergehen oder Versehen) seiner Beamten oder Angestellten bei der Ausübung dienstlicher Verrichtungen, mit Ausnahme der von der Bundesversammlung gewählten Behörden und Beamten, nicht, sondern nur eine solche des fehlbaren Beamten selbst. Soweit daher hier ein Ersatzanspruch gegen den Bund daraus hergeleitet werden will, dass die bei dem Vorfall vom 2. Juli 1917 beteiligten Militärpersonen pflichtwidrig gehandelt hätten oder schon die Verwendung des Militärs zum Zolldienst und

¹ Oben Seite 497 ff.

zur Ueberwachung des Warenverkehrs an der Grenze über die ihm gesetzte Aufgabe hinausgegangen oder dass in den betreffenden Anordnungen gefehlt worden sei, so muss er schon deshalb zurückgewiesen werden, weil der Bund nach allgemeinem Grundsatz für pflichtwidriges Verhalten seiner Organe nicht einzustehen hat und somit eine besondere Bestimmung müsste angeführt werden können, um ihn dafür verantwortlich zu erklären. Eine solche besteht aber für das Militär nicht. Wo solches für den Zolldienst herangezogen wird, ist übrigens auch nicht erfindlich, weshalb hinsichtlich der Verantwortlichkeit des Bundes für diese militärischen Hilfsorgane andere Grundsätze gelten sollten als für die ordentlichen Zollorgane, hinsichtlich deren Art. 52 Zollgesetz vom 28. Juni 1893, ohne eine weitergehende Haftung zu statuieren, ebenfalls einfach auf das Verantwortlichkeitsgesetz von 1850 verweist. Das Urteil der zweiten Zivilabteilung vom 20. April 1921 in Sachen der heutigen Kläger gegen Hauptmann Hürlimann und Mitbeteiligte steht dem nicht entgegen. Es wird darin nur die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen, wo die Militärperson innert ihrer Aufgabe bleibt. Dass sie aber pflichtwidrig handeln könne, ohne dafür verantwortlich zu werden, ist nicht gesagt und würde sich auch mit Art. 69 des Gesetzes über die Strafrechtspflege bei den eidgenössischen Truppen, wo Dienstpflichtverletzungen allgemein unter Strafe gestellt werden, also daran sogar noch die weitergehende strafrechtliche Sanktion geknüpft wird, nicht in Einklang bringen lassen. Es wären hier übrigens, selbst wenn man eine solche Haftung des Bundes für fehlerhafte Massnahmen und Anordnungen von Militärpersonen grundsätzlich annehmen wollte, die materiellen Voraussetzungen der Verantwortlichkeit, ein rechts-(pflicht)-widriges Handeln oder Unterlassen der in Betracht kommenden militärischen Stellen oder der Truppe nicht gegeben. Zunächst kann jedenfalls darin, dass überhaupt Militär für den Grenzschutz und für die Aus-

hilfe beim Zolldienst verwendet wurde, etwas Unzulässiges nach der Lage der Dinge und im Hinblick auf Art. 54 Zollgesetz, der selbst schon die Aufstellung eines bewaffneten, unter dem Militärstrafgesetz stehenden Grenzwachtkorps zur Unterstützung des Zolldienstes vorsieht, nicht erblickt werden. Die Verwendung der Militärs zu einer polizeilichen Aufgabe schliesst aber die Anwendung der militärischen Zwangsmittel, insbesondere den Waffengebrauch nach den darüber bestehenden Vorschriften in sich. Dazu gehört Ziff. 202 litt. b des Dienstreglements für die schweizerischen Truppen in, der damals noch geltenden Fassung, das Schildwachen, Patrouillen und Abteilungen anweist, von den Waffen Gebrauch zu machen, wenn ihnen bei der Ausführung von Befehlen Widerstand geleistet wird, worunter das Nichtanhalten auf Befehl zweifellos fällt. Auch die Anordnung spezieller Ueberwachung und Kontrolle des Automobilverkehrs nach der Grenze wegen der besonderen Eignung und tatsächlichen Verwendung dieses Beförderungsmittels zum Schmuggel ging unter den vorliegenden Umständen über das Gebotene und Zulässige nicht hinaus. Und dass ferner hinsichtlich der zur Durchführung dieser Weisung bei Benken getroffenen Massnahmen, mit Einschluss der für den Waffengebrauch dabei gegebenen Instruktion und der Art, wie diejenigen, welche den Posten zu stellen hatten, sich ihrer Aufgabe entledigten, den beteiligten Militärpersonen irgend eine für den Schadenseintritt ursächliche Pflichtverletzung nicht vorgeworfen werden kann, insbesondere Ziff. 3 des Befehls des Generalstabchefs vom 2. Juli 1917 den vorliegenden Tatbestand nicht traf und den Waffengebrauch in ihm nicht ausschloss, ist vom Obergericht des Kantons Zürich im Prozesse gegen Hauptmann Hürlimann und Mitbeteiligte in einlässlichen in allen wesentlichen Punkten zutreffenden Ausführungen dargetan worden, auf die statt weiterer Erörterungen verwiesen werden kann, und übrigens im letzten Punkte, Tragweite und Sinn

des erwähnten Befehls, in jenem Prozesse auch von der zweiten Zivilabteilung des Bundesgerichts, die im übrigen den damals streitigen Schadenersatzanspruch aus anderen Gründen abwies, ausdrücklich festgestellt worden. Dass Grünzweig, wie sich nachträglich herausgestellt hat, offenbar nicht schmuggeln wollte, vermochte natürlich das Anhalten des Automobils und die Verwendung der Waffe als Zwangsmittel dazu nicht auszuschliessen. Als unzulässig würde sich heides angesichts des generell bestehenden Schmuggelverdachtens höchstens darstellen, wenn hier eine solche Annahme von vorneherein ausgeschlossen gewesen wäre, was nach Zeit und Ort des Vorfalls nicht gesagt werden kann. Und ob der Insasse und der Führer des Wagens die Haltrufe und Warnungszeichen hörten und bemerkten, wäre höchstens für die Frage ihres Verschuldens von Bedeutung, nicht für diejenige der Berechtigung des Militärs zum Schiessen.

3. — In Frage könnte demnach nur eine Ersatzpflicht des Bundes für Schaden kommen, der dem Einzelnen durch ein berechtigtes Eingreifen der Staatsgewalt zugefügt worden ist. Zur Begründung einer solchen bedürfte es aber nach feststehender, in dem bereits angeführten Urteil in Sachen Hunziker bestätigter Praxis eines positiven Rechtssatzes. Hier ist auch ausgeführt worden, dass davon jedenfalls da, wo es sich um die Aufrechterhaltung der Unabhängigkeit nach Aussen oder der Ruhe und Ordnung im Innern handelt, nicht abgegangen werden kann. Es gilt dies insbesondere auch für die sicherheitspolizeiliche Tätigkeit des Staates. Wo seine Organe recht- und pflichtgemäss solche Funktionen ausüben, kann er dafür demnach nur haftbar werden, soweit eine besondere Norm dies vorsieht. Wenn die Kläger hier eine solche Norm in Art. 27 MO erblicken, so beruht dies auf einem offenbaren Irrtum über den Sinn der Vorschrift. Die darin vorgesehene Haftung des Bundes bezieht sich nur auf Verletzungen oder Tötungen von Zivilpersonen « infolge militärischer Uebungen ». Es ist

aber klar, dass das Anhalten des Automobils hier nicht einem Uebungszweck diene, sondern zu der besonderen polizeilichen Aufgabe gehöre, mit der die Truppe betraut war, und dass auch die Verwendung der Schiesswaffe dabei nichts als das — an sich zulässige — Zwangsmittel zur Erfüllung jener Aufgabe bildete. Weshalb die Bestimmung auf Personenschäden, die infolge des bei einer solchen polizeilichen Aktion der Truppe angewendeten Zwanges eintreten, nicht analog angewendet werden kann, ist im Urteile in Sachen Hunziker auseinandergesetzt worden. Die Ausdehnung ihrer Geltung auf derartige Tatbestände kann entgegen der Behauptung der Kläger auch nicht aus dem Bundesratsbeschlusse vom 18. September 1914 (AS der Bundesgesetze 30 S. 479) hergeleitet werden. Es mag daraus gefolgert werden, dass allgemein die Verwendung der Truppen während der Grenzbesetzung als Uebung zu betrachten ist, und solche können auch im Kriegszustand vorkommen, aber davon, dass auch die besonderen militärischen oder polizeilichen Aufgaben, mit deren einzelne Truppenteile beauftragt werden, dadurch zu Uebungen gemacht werden, kann nicht gesprochen werden. Die mit einer militärischen oder polizeilichen Aktion verbundene Anwendung von Gewalt gegen Personen oder Sachen, insbesondere der direkt gegen solche Personen oder Sachen gerichtete Gebrauch der Waffe, ist keine Uebung mehr, sondern Verwendung des Geübten zur Erreichung eines bestimmten öffentlichen Zweckes. Bewegt sich dabei das Militär innerhalb seiner Aufgabe und hält es die Schranken des pflichtgemäss Gebotenen inne, so kann von einer Anwendung der für bei Uebungen entstandene Schäden geltenden Grundsätze auf den Tatbestand nicht die Rede sein. Dass ferner eine Haftung der Eidgenossenschaft für die berechtigte Anwendung militärischer Gewalt bei solchen Aktionen der Truppe auch aus den übrigen Bestimmungen der MO oder aus Art. 289 des Verwaltungsreglementes für die Armee nicht hergeleitet werden kann,

ist wiederum im Urteile Hunziker dargetan worden, auf dessen Erwägungen in diesem Punkte zu verweisen ist. Es ist richtig, dass eine solche Schadenersatzpflicht in gewissem Umfange anerkannt ist bei unschuldig oder auch nur ungesetzlich Verhafteten und dass man aus verwandten Erwägungen dazu kommen könnte, den Staat dafür aufkommen zu lassen, wenn ein polizeiliches Einschreiten einen Unschuldigen trifft wie hier. Allein das könnte auf alle Fälle doch nur im Wege der Gesetzgebung und nicht der Aufstellung eines dahingehenden Grundsatzes durch die Rechtsprechung geschehen.

4. — Muss danach schon der Hauptanspruch der Klage abgewiesen werden, so fehlt der mit Begehren 3 gestellten Forderung vollends jede rechtliche Grundlage. Selbst wenn wirklich das Territorialgericht durch seine Feststellungen und Urteilerwägungen im Strafverfahren zu den betreffenden Prozessen bis zu einem gewissen Grade Anlass gegeben haben sollte, ergab sich daraus für die Kläger noch keine Notwendigkeit, dieselben anzuheben. Art. 224 OG und 24 BZPO, die die Klage anruft, beziehen sich offensichtlich nur auf die Kosten desjenigen Prozesses, für den die Kostenfestsetzung zu erfolgen hat. Die Pflicht zum Ersatze der Kosten eines anderen verlorenen Prozesses kann daraus nicht hergeleitet werden, selbst wenn beide Prozesse in einem gewissen Zusammenhang stehen, zumal wenn die Partei den zweiten noch während der Hängigkeit des ersten eingeleitet hat. Umsoweniger kann der Anspruch geschützt werden, nachdem nun auch der zweite Prozess gegen die Eidgenossenschaft verloren geht. Wenn die Kosten des früheren Rechtsstreites wirklich Akzessorien des späteren wären, so müssten sie aber auch dessen Schicksal teilen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Klage wird abgewiesen.