

lehenskapital vorzeitig zurückerhielt, da der Kläger für die Restdauer des Darlehensverhältnisses seine Gegenleistung gemacht, den Genuss des Kapitals dagegen nicht mehr gehabt hat.

Bei dieser Sachlage versteht sich die Gutheissung der Rückforderungsklage von selbst, es wäre denn, dass in den besondern Umständen des Falles ein Hindernis bestünde. Man könnte versucht sein, ein solches darin zu erblicken, dass der Kläger die Darlehensvaluta samt Akzessorien am 31. Januar 1925 integral zurückbezahlt hat, ohne seine Rückforderung, die ja gerade in diesem Zeitpunkte entstand und fällig wurde, zur Verrechnung zu bringen. Denn die gleichen Gründe, welche den Gesetzgeber bestimmten, die Rückforderung unter den in Art. 63 OR umschriebenen Voraussetzungen auszuschliessen, rechtfertigen entsprechend auch die Annahme, dass wer in einem Falle der vorliegenden Art auf die Kompensation verzichtet, seine Leistung nicht mehr zurückfordern kann. Allein entscheidend fällt hier in Betracht, dass Bodmer damals noch gar nicht den Standpunkt eingenommen hatte, dass er auch bei vorzeitiger Rückzahlung des Kapitals den pränumerando geleisteten Zins voll behalten wolle. Auf die bezügliche Anfrage des Klägers hin im Schreiben vom 29. Januar 1925 hatte er geschwiegen, und wenn die Beklagten nun dieses Schweigen als Ablehnung auslegen und geltend machen wollen, Bodmer würde den Schuldbrief nicht herausgegeben haben, wenn der Kläger nicht auf den Abzug verzichtet hätte, so ist ihnen entgegenzuhalten, dass jener in diesem Falle eben den Schuldbrief wieder hätte zurückverlangen müssen, gegen Wiedererstattung des Darlehenskapitals an den Kläger für die Restdauer des ursprünglich verabredeten Darlehensverhältnisses.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. Oktober 1925 bestätigt.

41. Urteil der Staatsrechtlichen Abteilung vom 17. Juni 1926 i. S. Erben Oswald gegen Eidgenossenschaft.

Verletzung eines schweizerischen Wehrmannes durch Soldaten eines fremden Staates, die irrtümlich die Grenze zwischen diesem Staat und der Schweiz überschritten hatten. Ansprüche a) des verletzten Wehrmannes, b) des Bundes aus der Verwundung bzw. Grenzüberschreitung. Stellung der Erben des Wehrmannes, wenn dieser infolge der Verletzung vor Erledigung der Schadenersatzfrage gestorben ist. Rechtliche Natur der Intervention des Bundes bei dem fremden Staate wegen der Grenzverletzung und des Verhältnisses an dem als Folge der Intervention vom fremden Staate Bezahlten. Kompetenz des Bundesgerichts zur Beurteilung einer Klage der Erben des Wehrmannes gegen den Bund auf Ausrichtung dieser Summe an sie.

A. — Am 3. November 1918, als der Waffenstillstand zwischen Italien und Österreich schon abgeschlossen war, die Nachricht hievon aber die italienischen Vorposten an der Dreisprachenspitze noch nicht erreicht hatte, geriet eine Abteilung italienischer Truppen auf schweizerisches Gebiet. Sie stiess hier auf eine schweiz. Patrouille, welche einige auf schweiz. Boden geflüchtete österreichische Offiziere und Soldaten festgenommen hatte und nach dem schweiz. Posten am Umbrail zu führen im Begriffe war. Trotz der Rufe und Zeichen der Schweizer gaben die Italiener — in der Dunkelheit — Feuer. Durch ihre Schüsse wurden zwei schweiz. Wehrmänner, die Füsiliere Derungs und Oswald getroffen. Die Verletzungen des Derungs waren verhältnismässig leichte. Bei Oswald hatte der Schuss eine Verletzung der Wirbelsäule mit darauffolgender teilweiser Blasen- und Darmlähmung und fast vollständiger Unbeweglichkeit der unteren Extremitäten zur Folge, die ihn dauernd erwerbsunfähig und pflegebedürftig machten. Er wurde zuerst nach Santa Maria und dann nach dem Kreis-ospital Oberengadin in Samaden gebracht, wo er bis zum April 1922 blieb. Dann wurde er nach dem thurgauischen

Kantonsspital Münsterlingen übergeführt. Hier ist er am 15. Dezember 1922 an den Folgen der erlittenen Verletzungen gestorben. Für Unterhalt und Pflege bis zum Tode ist die schweiz. Militärversicherung aufgekomen. Ihre Aufwendungen dafür betragen, inbegriffen 422 Fr. 50 Cts., die an die verwitwete Mutter Oswalds ausgerichtet worden waren, im Ganzen 34,941 Fr. Oswald hat acht Geschwister, die heutigen Kläger hinterlassen, von denen ein Bruder (Josef Oswald) geisteskrank und in der Irrenanstalt Münsterlingen interniert ist. Die Mutter, Witwe Oswald, ist am 4. Juni 1923 gestorben.

B. — Am 5. November 1918 übermittelte der Nachrichtendienst des Armeestabs dem schweiz. Politischen Departement einen vorläufigen Bericht über den Zwischenfall am Umbrail mit dem Ersuchen, bei Italien die üblichen Vorstellungen (« réclamations d'usage ») zu erheben. Das Politische Departement befasste am 6. November 1918 die Schweiz. Gesandtschaft in Rom mit der Angelegenheit und wies sie an, bei der italienischen Regierung « zu protestieren und eventuelle Vorbehalte zu machen ». Am 9. November 1918 stellte überdies der Armeestab dem ital. Militärattaché in Bern einen einlässlichen Bericht über den Fall zu.

Aus Auftrag der Armeeleitung eröffnete am 2. Januar 1919 der Kommandant des Grenzdetachements Graubünden, Oberst Koch, der Mutter Oswalds, Witwe Oswald in Obersommeri, Thurgau, dass sie sich « bezüglich Entschädigung » für die am Umbrail erfolgte Verletzung ihres Sohnes mit dem schweiz. Politischen Departement, Abteilung für Auswärtiges in Verbindung setzen möge. Und am 16. Januar 1919 schrieb der Armeestab, Abteilung für soziale Fürsorge, an Witwe Oswald : « Einem Schreiben des Politischen Departements entnehme ich, dass Italien auf dessen Schadenersatzforderung für Ihren Sohn noch nicht geantwortet hat. Das Politische Departement gedenkt zu protestieren,

wünscht aber vorher, sich mit Ihrem Anwalt in Verbindung zu setzen. Ich bitte Sie, demselben diesen Brief zu übermitteln und ihn zu ersuchen, dass er dem Politischen Departement die Informationen beschaffe, die es nötig hat. Unbeschadet dieser Ansprüche, wird Ihr Recht auf vorläufige Entschädigung durch die Militärversicherung weiterverfolgt. » Oswald, der wieder im Stande war, seine Interessen selbst zu verfolgen, wählte als Anwalt den Fürsprech Dr. Koch in Frauenfeld. Dieser gab am 24. Januar 1919 dem Politischen Departement hievon Kenntnis, indem er bemerkte : « voraussichtlich dürfte die Haftbarkeit des Königreichs Italien für die Schussfolgen vorliegen, weshalb ich beabsichtige, Sie um Ihre Intervention auf diplomatischem Wege zu ersuchen ; » zugleich bat er, um eine « begründete Eingabe » machen zu können, um Einsicht in die militärischen Akten. Das Politische Departement erwiderte am 29. Januar, dass es bereits am 6. November 1918 bei der italienischen Regierung « protestiert und alle Vorbehalte gemacht habe » ; es fügte bei : « Wir werden bei der ital. Regierung ein Gesuch um Bezahlung der bisherigen Kosten und einer Globalentschädigung stellen. Wir ersuchen Sie, uns die Summe zu nennen, welche die Familie verlangt. Selbstverständlich muss die verlangte Entschädigungssumme durch ein Gutachten gerechtfertigt werden. Wenn die Summe eine bescheidene ist, werden wir das Gesuch ohne weiteres an die italienische Regierung weiterleiten. Sollte im Gegenteil die Schätzung zu Diskussionen Anlass geben können, so würden wir uns wohl veranlasst sehen, das Gutachten eines unbeteiligten Juristen einzuholen. Wir machen Sie darauf aufmerksam, dass jede weitere Verzögerung dieser Angelegenheit unserer Sache schadet : wir wären Ihnen deshalb dankbar, wenn Sie uns in die Lage versetzen wollten, endlich ein positives Gesuch zu stellen. » Am 6. März 1919 teilte Fürsprech Dr. Neuhaus in Romanshorn dem Politischen Departement

mit, dass er « neben Dr. Koch » die Vertretung des Füsiliers Oswald übernommen habe und drang darauf, dass ihm Einsicht in die über den Grenzzwischenfall vorhandenen militärischen Akten gewährt werde. Das Departement antwortete ihm am 15. März 1919: die internationale Seite des Falles bilde, wie Dr. Koch mitgeteilt, bereits Gegenstand eines Protestes in Rom; gegenwärtig handle es sich ausschliesslich um die Höhe des Entschädigungsanspruchs: dafür spielten die verlangten Akten keine Rolle, mit Ausnahme des ärztlichen Gutachtens des Kreisspitals Oberengadin (das Dr. Neuhaus zugestellt wurde). Am 15. März 1919 übermittelte Dr. Koch dem Politischen Departement die « begründete Eingabe », die er am 24. Januar in Aussicht gestellt hatte. Im Eingang dieses Schriftstückes heisst es: « Als bevollmächtigter Anwalt des Ernst Oswald..... stelle ich anmit das höfl. Gesuch, beim Königreich Italien auf diplomatischem Wege eine Schadenersatzforderung im Sinne der nachstehenden Ausführungen unter möglichster Beschleunigung der Angelegenheit geltend zu machen. » Es folgt eine nähere Darstellung des Vorfalles am Umbrail und eine Aufstellung über den aus der Verletzung für Oswald entstandenen Schaden. Die Berechnung des letzteren beruhte auf der Annahme dauernder vollständiger Erwerbsunfähigkeit mit der Folge eines jährlichen Verdienstauffalls von 2700 Fr. und notwendigen Behandlungs- u. Krankenpflegekosten von 6 Fr. täglich oder 2190 Fr. im Jahre. Für die wahrscheinliche Lebensdauer Oswalds wurde auf die allgemeinen Sterblichkeitstabellen abgestellt. Die Eingabe kam so zu einem kapitalisierten Gesamtschaden von rund 90,000 Fr., den sie aber aus verschiedenen Gründen, namentlich mit Rücksicht auf die wegen der Natur der Verletzungen bestehende Möglichkeit früheren Ablebens des Oswalds, auf 80,000 Fr. mit Zins zu 5% seit 1. Mai 1919 zu ermässigen erklärte. Nach weiteren begründenden Erörterungen zu den der Schadensauf-

stellung zu Grunde gelegten Annahmen heisst es zum Schlusse neuerdings: « Gestützt auf diese Ausführungen wiederhole ich mein Gesuch, es möchte auf diplomatischem Wege die Forderung von 80,000 Fr. nebst 5% Zinsen seit 1. Mai 1919 mit allen legalen Mitteln geltend gemacht werden. » Das Politische Departement schrieb hierauf am 21. März 1919 an die Schweiz. Gesandtschaft in Rom: « En nous référant..... nous avons l'honneur de vous envoyer, sous ce pli,..... une réclamation de l'avocat d'Oswald tendant à obtenir la somme de 80 000 fr. d'indemnité. Nous ne nous dissimulons pas que cette réclamation est fort élevée. Mais nous devons dire que l'argumentation sur laquelle se base l'estimation nous paraît assez admissible. Toutefois, étant donné le montant de l'indemnité réclamée, nous croyons indiqué que vous transmettiez cette réclamation au Ministère sans commentaires, c'est-à-dire sans déclarer que le Conseil fédéral la fait sienne. Il y aurait donc lieu, simplement, de vous référer à vos notes antérieures, en les rappelant, et de transmettre la réclamation de l'avocat d'Oswald. » Am 9. Mai 1919 teilte das Polit. Departement dem Dr. Koch auf eine Anfrage nach dem Stande der Sache mit, dass die Eingabe vom 15. März, nachdem sie auf Verlangen der Gesandtschaft in Rom zuvor übersetzt worden, am 19. April durch die Gesandtschaft dem Auswärtigen Amt in Rom zugestellt worden sei. « Unsere Gesandtschaft hat dringend insistiert, dass die italienische Regierung ihre Verpflichtung zur Schadenersatzforderung endlich anerkenne. »

Die diplomatische Aktion — auf den ersten Protest vom 6. November 1918 war am 28. Januar 1919 ein zweiter und auf den Schritt vom 19. April 1919 am 10. Mai eine erneute Vorstellung gefolgt — hatte zunächst einen negativen Erfolg. Nachdem das italienische Ministerium des Äusseren am 18. Februar 1919 die schweiz. Gesandtschaft in Rom davon unterrichtet hatte, dass eine Untersuchung über den Vorfall im

Gange sei, bestritt es mit Note vom 13. Juni 1919 das Vorliegen einer Grenzverletzung und lehnte jede Verantwortlichkeit ab. Auf erneute Schritte, die auf Grund eines eingehenden Berichtes der Nachrichtensektion des Armeestabes versucht wurden, hielt die Italienische Regierung mit Note vom 3. November 1919 an ihrem Standpunkt fest, dass der Zusammenstoss auf italienischem Gebiete stattgefunden habe, und erklärte zum Schlusse: « Il Regio Ministero degli Affari Esteri ha l'honore di confermare alla Legazione Svizzera che le Regie Autorità non sono in grado di accogliere favorevolmente le domande di risarcimento che il Governo Federale volle formulare in favore dei soldati svizzeri feriti durante lo scontro di cui si tratta. » Die Schweiz. Gesandtschaft leitete diese Note am 6. November 1919 an das Politische Departement weiter, mit dem Bemerkungen: « Ainsi que vous voudrez bien le constater..... les Autorités Royales..... maintiennent malheureusement leurs conclusions premières, prétendent que..... et écartent en définitive la demande d'indemnité que nous avons formulée au nom des deux victimes de ce regrettable accident. » Am 5. Dezember 1919 gab das schweiz. Militärdepartement Dr. Koch von diesen Vorgängen Kenntnis und erklärte: « Das Politische Departement und unser Departement sind nicht gewillt, diese Antwort ohne weiteres hinzunehmen. über das weitere Vorgehen wird in den nächsten Tagen entschieden werden ».

Die Verhandlungen von Staat zu Staat wurden dann durch einen persönlichen Schritt des schweiz. Gesandten in Rom beim italienischen Kriegsminister wieder aufgenommen. Sie führten im Sommer 1920 zur Bestellung einer gemischten Untersuchungskommission, welche die Verhältnisse beim Zwischenfall vom 3. November 1918 am Umbrail abklären sollte und in welche der Bundesrat als Vertreter der Schweiz die Obersten Koch und Mercier abordnete. Diese Kommission trat am 9. September 1920 zusammen und kam auf Grund eines Augenscheins

und ergänzender Erhebungen in einer am 11./12. Oktober 1920 in Samaden abgehaltenen Schlussitzung einstimmig zu der Annahme, dass der Zusammenstoss sich auf schweizerischem Gebiet ereignet habe und dass Derungs und Oswald durch Schüsse italienischer Militärpersonen verletzt worden seien, welche die schweiz. Grenze überschritten hatten. Am 21. Oktober 1920 teilte das schweiz. Militärdepartement Dr. Koch dieses Ergebnis mit und führte sodann weiter aus: « Gestützt darauf werden wir nun sofort bei der italienischen Regierung die grundsätzliche Anerkennung der Schadenersatzpflicht zu erwirken und eine entsprechende Entschädigung zu erlangen suchen. Mit Eingabe vom 15. März 1919 haben Sie namens des Verletzten Oswald eine Forderung im Betrage von 80,000 Fr. gestellt. Die Militärversicherung, die bisher alle Kosten der ärztlichen Behandlung und Verpflegung des Oswald getragen hat und die auch künftig bis zu einem eventuellen späteren Auskauf für Oswald sorgen wird, muss natürlich ihrerseits auch eine Entschädigungsforderung an Italien stellen. Da aber beide Forderungen sich auf das nämliche beziehen (Deckungskapital für eine Invalidenrente und kapitalisierte Pflegekosten) können sie nicht kumulativ bei der Italienischen Regierung geltend gemacht werden. Die Forderung, welche wir für die Militärversicherung stellen werden, ist grösser als die von Ihnen verlangte. Dies kommt davon her, weil wir einerseits die bisher gehabten Auslagen zurückfordern und andererseits unserer Berechnung etwas höhere Ansätze zu Grunde gelegt haben, als Sie es in Ihrer Eingabe vom 15. März getan haben. Wir werden daher bei der Italienischen Regierung die Forderung der Militärversicherung eingeben. Je nachdem die von Italien geleistete Entschädigung ausfällt, wird Ihr Klient dann später entscheiden können, ob er der einmaligen Kapitalabfindung in Sinne Ihrer Forderung nicht die dauernde Pensionierung durch die Militärversicherung vor-

ziehen wolle.» Dr. Koch antwortete am 19. November 1920, indem er zunächst die «zielbewusste Tätigkeit der Bundesbehörde» verdankte: die am 15. März 1919 gestellte Entschädigungsforderung des Oswald sei von Italien nicht akzeptiert worden, sodass es Oswald heute freistehe, eine höhere Forderung zu stellen: seit damals hätten sich die Geld- und Verdienstverhältnisse und damit auch die Grundlagen der Schadensberechnung bedeutend verändert. Die Schadenssumme von 80,000 Fr. könne danach heute ohne Übertreibung verdoppelt werden: «Bemerken will ich noch», so heisst es zum Schlusse des Briefes, «dass das Forderungsrecht des Oswald wohl grösser sein wird als dasjenige der Militärversicherung. Letztere deckt ja den Schaden des Verunfallten nicht in vollem Umfange, während Oswald Italien gegenüber wohl auf volle Schadensdeckung klagen kann.» Am 26. November 1920 wurde Dr. Koch vom Militärdepartement davon verständigt, dass sein Schreiben dem Politischen Departement übermittelt worden sei, das auf Grund des — dem Militärdepartement nicht bekannten — derzeitigen Standes der Verhandlungen mit Italien entscheiden werde, «ob Ihre erhöhte Forderung bei der Italienischen Regierung noch geltend gemacht werden kann». Das Politische Departement holte über die Schadenshöhe zwei Meinungsäusserungen des eidgen. Statistischen Amtes und der Militärversicherung ein. Während das statistische Amt die Möglichkeit einer Erhöhung der ursprünglichen Rechnung wegen seither eingetretener Verteuerung der Lebenskosten verneinte, bezifferte die Militärversicherung, auf Grund der den Bund nach dem Bundesgesetz vom 28. Juni 1901 treffenden Leistungen, den kapitalisierten Schaden auf 133,014 Fr. 55 Cts. Der Unterschied gegenüber der ersten Aufstellung Dr. Kochs rührt hauptsächlich her von der Einstellung eines höheren Tagesverdienstes (15 Fr. statt 9 täglich) und höherer Behandlungs- und Krankenpflegekosten (8 Fr. 50 Cts.

statt 6 täglich.) (In einem früheren Berichte vom 26. Oktober 1920 hatte die Militärversicherung selbst ihren Schaden kapitalisiert noch auf 117,150 Fr. 25 Cts. angeschlagen). Am 6. Juni 1921 übermittelte das Politische Departement die Berichte des Statistischen Amtes vom 5. März 1921 und der Militärversicherung vom 8. April 1921 an Dr. Koch und bemerkte anschliessend: «Wie Sie denselben entnehmen wollen, stellt sich die heute vom Militärdepartement verlangte Entschädigung auf 133,014 Fr. 55 Cts. und stützt sich einerseits auf die wirklichen Ausgaben, andererseits auf die Dispositionen des Bundesgesetzes vom 28. Juni 1901. Wir beehren uns Ihnen mitzuteilen, dass wir gemäss Bundesratsbeschluss vom 24. Dezember 1920 beabsichtigen, die schweiz. Gesandtschaft in Rom zu beauftragen, im Namen der schweiz. Regierung eine Entschädigung im oben erwähnten Betrage zu verlangen. Wir glauben nicht, dass wir diesen Betrag erhöhen können, den wir als Maximum dessen ansehen, was wir mit einiger Aussicht auf Erfolg verlangen können. Eine höhere Entschädigung könnte sich unseres Erachtens nicht auf unbestreitbare Tatsachen stützen (folgen Erörterungen hierüber an Hand der beiden übermittelten Berichte).» Mit Brief vom 9. Juni 1921 erklärte Dr. Koch, sich an Hand der übersandten Erhebungen überzeugt zu haben, dass er in seiner letzten Eingabe teilweise von unrichtigen Annahmen ausgegangen sei: «Ich stehe deswegen nicht an, Ihnen namens des Ernst Oswald meine Übereinstimmung mit Ihrer Auffassung bekannt zu geben, dass die Geltendmachung einer Entschädigungsforderung im Betrage von 133,014 Fr. 55 Cts. den Verhältnissen angemessen sein dürfte. Für Ihre Bemühungen danke ich Ihnen bestens. Es sind für Oswald immer Sonnenblicke, wenn ich ihm mitteilen kann, dass die Bundesbehörden sich seiner Interessen annehmen..... Aufklärend möchte ich noch bemerken, dass ich in meiner ursprünglichen Forderungseingabe zu Handen

der italienischen Regierung von den Verdienst- und Geldbegriffen ausgegangen bin, wie sie Anfangs 1919 hier noch bestanden..... Italien hat damals unsere Offerte nicht akzeptiert, sodass es uns rechtlich auch freisteht, unsere Forderung im Sinne Ihrer Berechnungen zu erhöhen.» Am 21. Juni 1921 teilte das Politische Departement Dr. Koch mit, dass die Schweiz. Gesandtschaft in Rom « die Schadenersatzforderungen betreffend die Füsiliere Derungs und Oswald » beim Ministerium des Auswärtigen anhängig gemacht habe und zwar unter Berücksichtigung der uns von der Militärversicherung namhaft gemachten Beträge. Wir behalten uns vor, Ihnen seinerzeit das Ergebnis dieser Intervention mitzuteilen.»

Am 13. Juni 1921 hatte inzwischen tatsächlich die Gesandtschaft dem ital. Ministerium des Auswärtigen eine Verbalnote übergeben, worin zunächst auf das Ergebnis der Erhebungen der gemischten Untersuchungskommission betreffend die vorgekommene Grenzverletzung Bezug genommen wurde. « Cette reconnaissance officielle de la violation de frontière ayant entraîné *ipso facto* le droit pour les victimes de l'incident d'être indemnisées par le Gouvernement Royal, la Légation est aujourd'hui chargée par son Gouvernement de présenter au Ministère des Affaires Etrangères, au nom du Haut Conseil Fédéral Suisse, les demandes d'indemnités suivantes..... » Es folgt eine einlässliche Berechnung der Entschädigungssummen, nämlich für den Füsilier Derungs 5169 Fr. 85 Cts., und für den Füsilier Oswald 133,014 Fr. 55 Cts. Sodann fährt die Note, der ein Exemplar des Bundesgesetzes vom 28. Juni 1901 beigelegt war, fort : « Si, à première vue, ce chiffre peut paraître élevé, le Gouvernement fédéral n'a pas la possibilité d'en rien déduire. En effet, les Autorités Royales voudront bien prendre en considération qu'il ne représente pas une estimation approximative, mais le montant exact des charges effectives que l'incident

de l'Umbrail entraîne pour la Confédération Suisse. Depuis le 15 mars 1919, époque où le fusilier Oswald avait formulé une demande d'indemnité de 80 000 fr., la victime est tombée à la charge de l'assurance militaire, qui l'indemnise et pourvoit à la couverture de ses frais d'hospitalisation. C'est en tenant compte de ces données précises et de la situation à ce jour que le Département militaire fédéral a été chargé d'établir les charges supportées par la Confédération et dont le montant est présentement réclamé à titre d'indemnité.»

Die Verhandlungen zogen sich längere Zeit hin, weil die Entscheidung auf italienischer Seite von mehreren Stellen (Ministerien der Finanzen und des Krieges und Staatsrat) abhing, hatten aber schliesslich den Erfolg, dass Italien die Schadenssummen der Note vom 13. Juni 1921 anerkannte. Der inzwischen eingetretene Tod des Oswald war in diesem Zeitpunkt — März 1923 — noch nicht zur Kenntnis der italienischen Regierung gebracht worden. Mit Verbalnote vom 12. März 1923 unterrichtete das Italienische Ministerium des Äusseren die schweiz. Gesandtschaft, dass in Erledigung der schweiz. Verbalnote vom 13. Juni 1921 (« in risposta a tale nota verbale ») das Finanzministerium vom Kriegsministerium angewiesen worden sei, zwei Checks von schweiz. 5169 Fr. 85 Cts. und 133,014 Fr. 55 Cts. auszustellen « liquidate rispettivamente ai soldati Derungs ed Oswald » : sie würden der Gesandtschaft vom Ministerium des Äusseren übermittelt werden, sobald dieses in deren Besitz komme. In dem Begleitschreiben vom 13. März 1923, womit sie diese Note dem Politischen Departement übersandte, bemerkte die schweiz. Gesandtschaft : « Ainsi que vous le verrez, cette Autorité nous annonce que le Ministère de la Guerre a liquidé les indemnités dues aux deux susnommés à raison de..... (ce sont là les sommes que nous avons réclamées) et..... Tout en constatant avec satisfaction que le Gouvernement actuel a voulu mettre un point final à cette affaire,

je me demande jusqu'à quel point nous pouvons accepter la somme offerte en ce qui concerne Oswald, actuellement décédé, puisqu'il est avéré que ce décès a pour conséquence juridique de diminuer dans une sensible mesure la créance que nous avons contre le Gouvernement Royal du chef de l'accident survenu à Oswald. Je me permets de vous rappeler à ce propos que nous n'avons pas jusqu'ici porté la mort d'Oswald à la connaissance des Autorités italiennes. Je m'abstiens de répondre à la note incluse du Ministère des Affaires Etrangères avant que vous ayez bien voulu me passer vos instructions.»

Mit Note vom 2. April 1923 teilte sodann das italienische Ministerium des Auswärtigen der Schweiz. Gesandtschaft in Rom mit, dass die beiden Checks an die Ordre der Soldaten Derungs und Oswald ihm zugekommen, aber aus buchhaltungstechnischen Gründen von ihm an die Italienische Gesandtschaft in Bern » per la consegna agli interessati » gesandt worden seien. Das Politische Departement richtete darauf am 14. April 1923 eine Note an die Italienische Gesandtschaft in Bern, worin es a) feststellte, dass die im Juni 1921 erhobene Schadenersatzforderung nicht im Namen der verletzten Soldaten, sondern im Namen der Eidgenossenschaft gestellt worden sei, zur Deckung der ihr aus dem Zwischenfall erwachsenden Kosten; b) die Gesandtschaft ersuchte, dahin zu wirken, dass dementsprechend die beiden Checks an die Ordre der Verletzten durch einen einzigen an die Ordre der Eidgenossenschaft ersetzt werden. Sodann führt die Note fort: « En même temps, le Département Politique a l'honneur de porter à la connaissance de la Légation Royale que le fusilier Oswald, le plus grièvement atteint des deux soldats, a succombé dernièrement à ses blessures. Par ce décès les bases sur lesquelles, en juin 1921, les charges de la Confédération avaient été calculées, vont se trouver partiellement modifiées. Aussitôt que l'indemnité consentie par le Gouvernement Italien aura été versée à

l'Administration fédérale, celle-ci ne manquera pas d'entrer en pourparlers avec les héritiers du défunt, notamment avec sa mère, en vue de leur désintéressement par allocation d'un montant global à débattre. Au cas où, après l'obtention d'une quittance définitive des ayants droit, les frais de l'Administration Fédérale étant couverts, un reliquant viendrait à être constaté, sa restitution au Gouvernement Italien ne manquerait pas d'être pris en considération par le Conseil Fédéral. »

Die Italienische Gesandtschaft erwiderte mit Note vom 16. April 1923, dass sie die Mitteilung des Politischen Departements an das Ministerium des Auswärtigen weitergeleitet habe und bis zum Empfang neuer Instruktionen davon abgesehen werde, die Checks den Interessenten zu übermitteln. Am 22. Juni 1923 richtete sie an das Politische Departement eine weitere Note, worin sie ihm « gestützt auf die empfangenen Instruktionen » den Standpunkt der Italienischen Regierung in der Sache bekannt gab; die Italienische Regierung vertrat danach die Auffassung, dass das Entschädigungsbegehren, wie der Eingang der Note vom 13. Juni 1921 zeige, im Namen der beiden Soldaten erhoben worden sei: die schweiz. Gesandtschaft habe bei diesem Anlasse, wie schon wiederholt früher, anerkannt, dass die Entschädigung den beiden Soldaten zukommen solle (« devait être versée aux deux soldats ») und damit zugleich das persönliche Recht (« droit personnel ») der beiden auf dieselbe anerkannt: « la demande, contenue dans la note du Département politique fédéral du 14 avril dernier, en vue du payement du montant des indemnités au Gouvernement fédéral, présente sous un nouvel aspect la question déjà résolue par le Gouvernement Royal. Ainsi le Ministère Royal des Affaires Etrangères, tout en étant disposé à la faire examiner par les Autorités Royales compétentes, doit, dès maintenant, faire des réserves formelles pour une solution éventuellement différente que la question pourrait

recevoir.» Am 26. September 1923 übermittelte das Politische Departement, nach einer vorhergegangenen mündlichen Besprechung auf der Italienischen Gesandtschaft in Bern, dieser eine Note, worin es ausführte, dass der in der Note der Gesandtschaft vom 22. Juni 1923 vertretene Standpunkt nur auf einem Missverständnis über den Sinn « de quelqu'une des communications du Gouvernement Fédéral » beruhen könne: « Celui-ci, en effet, a conscience de n'avoir pas varié dans la manière dont il envisage le paiement des indemnités dont il s'agit et le Département Politique s'est efforcé d'être son interprète fidèle auprès du Gouvernement Royal en marquant, déjà dans la note remise le 13 juin 1921 par sa Légation à Rome, que l'indemnité réclamée au nom du Conseil Fédéral, en faveur des deux soldats blessés, était destinée, au premier chef, à couvrir la Confédération des avances que la loi l'obligeait à faire pour l'entretien et le pensionnement des victimes. Le Gouvernement Royal ne peut, dès lors, manquer d'apercevoir l'intérêt pratique considérable qui s'attache, pour la Confédération, à ce que l'indemnité destinée aux soldats Derungs et Oswald, lui soit versée à elle, pour transmission aux intéressés, sous déduction de ses avances, et il comprendra que ce souci de garantir la couverture de celles-ci ait pu dicter la note du 14 avril. A cette préoccupation s'ajoutait celle — (de nature elle aussi, essentiellement pratique) — de prévenir le Gouvernement Italien de la mort du soldat Oswald. Par ce décès, en effet, les bases sur lesquelles, en juin 1921, les charges de la Confédération avaient été calculées allaient se trouver partiellement modifiées. L'Administration Fédérale allait pouvoir, aussitôt que lui aurait été versée l'indemnité consentie par le Gouvernement Royal, entrer en pourparlers avec les héritiers du défunt en vue de leur désintéressement par allocation d'un montant global à débattre, et il devenait possible d'envisager la restitution éventuelle au Gouvernement

Italien du reliquat qui viendrait à être constaté ensuite de ce règlement.» Am 31. Dezember 1923 übergab die Italienische Gesandtschaft in Bern dem Politischen Departement einen Check über 138,184 Fr. 40 Cts., «représentant», wie die Begleitnote bemerkte, «l'indemnité pour les victimes de l'incident de l'Umbrail. Ainsi qu'il a été convenu, le chèque en question est à l'ordre du Gouvernement fédéral suisse». Der Check wurde eingelöst und die Summe beim Eidgen. Finanzdepartement einstweilen in Depot gelegt.

Während dieser diplomatischen Verhandlungen hatte eine Korrespondenz zwischen dem Eidgenössischen Militärdepartement und dem Politischen Departement einerseits und Dr. Neuhaus andererseits stattgefunden, der an Stelle Dr. Kochs nunmehr allein die Vertretung der Interessen des Oswald und später seiner Erben übernommen hatte. Dabei trat der Gegensatz der beidseitigen Auffassungen zu Tage, der zum heutigen Prozesse geführt hat. Am 23. August 1922 erklärte das Militärdepartement, als Antwort auf zwei vorangegangene Mitteilungen des Dr. Neuhaus, diesem: ein Forderungsrecht gegen Italien stehe allein der Eidgenossenschaft zu; die eventuelle Ausrichtung eines Teils der erhältlich gemachten Entschädigung an Oswald könnte infolgedessen höchstens in Erwägung gezogen werden, nachdem die Militärversicherung sich daraus für ihre sämtlichen bisherigen und künftigen Lasten für Oswald gedeckt haben werde; das Politische Departement bestätigte am 25. August 1922 Dr. Neuhaus diese Auffassung mit dem Beifügen, dass ausschliesslich jene Forderung des Bundes bzw. der Militärversicherung auch in Rom geltend gemacht worden sei. Dr. Neuhaus dagegen beharrte demgegenüber auf dem Bestehen eines persönlichen Entschädigungsanspruchs Oswalds an Italien; nur dies entspreche auch der bisherigen Meinung beider Teile, der Vertreter des Oswald wie der Bundesverwaltung. Zugleich wies er, wie schon in früheren Briefen, auf

das Interesse hin, mit Rücksicht auf die Verschlimmerung des Zustandes des Oswald, die ein früheres Ableben befürchten lasse, mit Italien sobald als möglich, selbst unter Vornahme eines erheblichen Abstrichs an der geforderten Summe, zu einer Einigung zu kommen. Mit Schreiben vom 16. Dezember 1922 benachrichtigte er das Politische Departement von dem am Tage zuvor eingetretenen Tode Oswalds und fügte bei: « Ich habe Vorsorge getroffen, dass die thurgauischen Zeitungen keine Einsendungen über diesen Fall aufnehmen, damit nicht etwa die Italiener benachrichtigt werden können. Im Anschluss an mein Telefon und angesichts des Todesfalles erneuere ich meinen Antrag, mit den Italienern so schnell wie möglich und um jede annehmbare Summe den Fall zu erledigen. » Bei dem bisherigen Verhalten der italienischen Behörden wäre zu befürchten, dass sie bei Kenntnis des Todesfalles überhaupt nichts mehr bezahlen würden. Das Politische Departement bestätigte am 22. Dezember 1922 den Empfang dieses Briefes mit dem Beifügen: « Wir haben das Militärdepartement von dem erfolgten Hinschiede Ihres Klienten unterrichtet und haben die Militärversicherung gebeten uns wissen zu lassen, welche Entschädigungssumme Ihrer Ansicht nach unter den gegebenen Umständen nunmehr von der Italienischen Regierung zu verlangen wäre. Wenn Sie besondere Wünsche hinsichtlich der Festsetzung der Entschädigungssumme auszusprechen hätten, wären wir Ihnen verbunden, sich zu diesem Behufe sobald als möglich an die Militärversicherung zu wenden. »

Mit Brief vom 27. Februar 1924 gab das Militärdepartement Dr. Neuhaus von der Zahlung der Summe von 133,014 Fr. 55 Cts. durch Italien Kenntnis (nach der Behauptung der Kläger wäre dem ein Schreiben des Politischen Departements an das Militärdepartement vom 10. Januar 1924 vorangegangen, worin darauf hinge-

wiesen wurde, dass diese Tatsache den Erben Oswald bis jetzt nicht mitgeteilt worden und dass es dringlich sei, mit ihnen zu einer Abmachung zu kommen, damit sie sich nicht an die Italienische Gesandtschaft in Bern wenden). Im Anschluss an jene Mitteilung setzte sodann das Schreiben des Militärdepartements auseinander, dass die Ansprüche der Erben Oswald sich beschränken: 1. auf das Deckungskapital für die Rente zu Gunsten des erwerbsunfähigen Bruders Josef Oswald, in der Höhe des ihm auf Grund des Bundesgesetzes über die Militärversicherung maximal zukommenden Pensionsanspruches. Dieses Deckungskapital bzw. die entsprechende Abfindung, die an ihn gegen Verzicht auf den Pensionsanspruch an die Militärversicherung auszurichten wäre, wurde auf 8450 Fr. berechnet; 2. auf eine Entschädigung für « tort moral » zu Gunsten der übrigen Erben, bei denen mangels der gesetzlichen Voraussetzungen ein Pensionsanspruch gegen die Militärversicherung nicht in Frage komme. Sie dürfte mit 20,000 Fr. ausreichend bemessen sein; 3. auf einen angemessenen Betrag, für die den Erben aus der Vertretung ihrer Interessen in der Angelegenheit erwachsenden Auslagen (Anwaltskosten). Dr. Neuhaus antwortete hierauf mit einem Schreiben, worin er sich über die « unverständliche Verschleppungstaktik der Bundesbehörden » beschwerte, ohne welche die Angelegenheit mit Italien noch vor dem Tode Oswalds endgiltig hätte geregelt sein können: « nachdem das Geld nun da ist », so heisst es zum Schlusse des Briefes, « hoffe ich, dass man uns soweit entgegenkommt, dass man nicht ängstlich ausrechnen wird, was man den Italienern zurückerstatten will, und dass dabei in Berücksichtigung gezogen wird, wie sich die Erben stellen würden, wenn Italien seinen Verpflichtungen zu Lebzeiten des Füsiliers Oswald nachgekommen wäre und das Politische Departement seine Pflicht getan hätte. Mindestens müssten noch Verzugszinsen aufgerechnet werden. » In der Folge,

offenbar im April 1924, begab sich Dr. Neuhaus persönlich auf die italienische Gesandtschaft in Bern. Nach der offiziellen Darstellung (Brief des Italienischen Gesandten vom 12. Mai 1924 an den Chef der auswärtigen Abteilung des Politischen Departements) hätte der Beamte der Gesandtschaft, der beauftragt war, Dr. Neuhaus zu empfangen — Konsul Gavotti — jenem dabei lediglich erklärt: die von Italien geforderte Entschädigung sei durch die Gesandtschaft im vergangenen Dezember an das Politische Departement bezahlt worden, an das er sich für weitere Auskünfte wenden möge. Nach der Behauptung der Erben Oswald dagegen hätte Konsul Gavotti, nachdem er vorerst nochmals mit dem Gesandten persönlich Rücksprache genommen, Dr. Neuhaus gesagt: Italien habe den Betrag zu Händen der Verletzten bezahlt; es betrachte mit dieser Zahlung die Angelegenheit als erledigt und habe keinen Rückerstattungsvorbehalt gemacht, noch werde es eine solche Rückerstattung verlangen. Auf einen späteren Versuch Dr. Neuhaus, eine Bestätigung dieser Version zu erlangen, hielt sich die Italienische Gesandtschaft mit Antwort vom 7. April 1925 an die Darstellung, welche es dem Politischen Departement über den Inhalt der Unterredung gegeben hatte.

Unter Berufung auf die Erklärungen, die ihm nach seiner Darstellung von Konsul Gavotti abgegeben worden waren, richtete Dr. Neuhaus am 25. April 1924 an das Militärdepartement einen Brief, worin er verlangte, dass der ganze von Italien bezahlte Betrag, abzüglich der Auslagen der Militärversicherung, sofort den Erben Oswald ausgehändigt werde. Das Militärdepartement verwies mit Antwort vom 19. Mai 1925 auf die Auskunft der Italienischen Gesandtschaft über die Unterredung zwischen Gavotti und Dr. Neuhaus, stellte fest, dass danach eine Erklärung Italiens, woraus ein Verzicht auf die teilweise Rückerstattung des bezahlten Betrages hergeleitet werden könnte, nicht vorliege und erklärte an

der bisherigen Auffassung des Bundesrats in der Sache festhalten zu müssen. « Nach wie vor ist der Bundesrat der Auffassung, dass den Erben Oswald eine Entschädigung nach billigem Ermessen zukommen soll, und dass diese Entschädigung sowie alle Ansprüche an die Militärversicherung aus dem Unfall des Füsiliers Oswald aus der von Italien bezahlten Summe zu decken seien. Italien gegenüber aber besteht die Verpflichtung, auf Grund der durch den Tod des Füsiliers Oswald und der Mutter Oswald veränderten Verhältnisse die Entschädigung festzusetzen und darüber sowie über die Kosten der Militärversicherung abzurechnen. Unser Departement ist beauftragt, mit den Erben Oswald über die Höhe der Entschädigung zu verhandeln und wenn immer möglich eine gütliche Vereinbarung zu erreichen. In diesem Sinne haben wir Ihnen am 24. Februar zu Händen der Erben Oswald geschrieben. » Dr. Neuhaus beharrte jedoch auf der Ausrichtung der ganzen 133,014 Fr. 55 Cts. nach Abzug der Kosten der Militärversicherung, unter Androhung gerichtlicher Klage. Auf Anweisung des Politischen Departements unternahm die schweiz. Gesandtschaft in Rom am 3. Juni 1924 noch einen Schritt beim Italienischen Ministerium des Auswärtigen, « pour savoir comment au juste le versement effectué le 31 décembre dernier doit être compris. De deux choses l'une: ou bien le Gouvernement Royal, nonobstant les offres récentes du Gouvernement Fédéral, ne lui demande qu'une simple transmission de fonds, après déduction bien entendu des avances faites par les Autorités suisses, ou bien, tout en lui remettant d'emblée la totalité de l'indemnité réclamée en son temps, le Gouvernement Royal n'a pas renoncé à faire état des propositions antérieures suisses et compte sur le Conseil Fédéral pour arrêter lui-même le chiffre d'une indemnité équitable à verser aux ayants droit. Dans la première éventualité, le Gouvernement Fédéral ne ferait, cela va de soi, aucune difficulté pour transmettre, à l'hoirie

Oswald, après couverture de ses propres avances, le reliquat entier des sommes dont le Gouvernement italien a effectué le versement. Mais dans la seconde éventualité, il ne se tiendrait pas pour autorisé à remettre sans autre à l'hoirie, après couverture des avances de la Confédération, la totalité du solde actif; en cas d'échec de ses pourparlers amiables avec l'hoirie, il laisserait donc aux tribunaux le soin de fixer la part du solde à revenir aux héritiers Oswald à titre d'indemnité équitable.» Das Italienische Ministerium des Auswärtigen beschränkte sich mit Note vom 18. August 1924 darauf zu antworten: «che il Regio Governo, disponendo il pagamento della somma di franchi svizzeri 138,184.40, con chèque all'ordine del Governo Federale, non fece che aderire alla richiesta della predetta Legazione che, con nota del 13 ottobre 1921 (gemeint ist unbestrittenermassen die Note vom 13. Juni 1921) particolareggiatamente indicò le spese di assistenza e di pensione sopportate dallo stesso Governo Federale nell'interesse dei due soldati vittime del noto incidente dell'Umbrail. Con la consegna dello chèque pel tramite del R. Ministero a Berna al Governo Federale, il quale ne accusò ricevuta, il R. Governo considera, nei suoi riguardi, chiusa la vertenza di che trattasi.»

C. — Am 29. Dezember 1924 haben die eingangs namentlich aufgeführten Erben des Ernst Oswald (seine Brüder und Schwestern) beim Bundesgericht als einziger Zivilgerichtsinstanz nach Art. 48 Ziff. 2 OG Klage gegen die Schweiz. Eidgenossenschaft «eventuell das Eidgen. Politische Departement» erhoben mit dem Begehren, die Beklagtschaft sei zu verurteilen, den Klägern 93,014 Fr. 55 Cts. nebst 5 % Zins seit 1. Januar 1924 zu bezahlen. Zum eingeklagten Betrage kommen die Kläger, indem sie von der durch Italien geleisteten Summe von 133,014 Fr. 55 Cts. die Aufwendungen der Militärversicherung für Oswald und dessen Mutter mit 40,000 Fr. abziehen. Nachdem dann

die Eidgenossenschaft in der Klageantwort eine genaue Aufstellung über diese Kosten gegeben hatte, wonach sie nur den oben angegebenen Betrag von 34,941 Fr. erreichen, ist die Klageforderung in der Replik um die Differenz von 5059 Fr., also auf 98,073 Fr. 55 Cts. mit Verzugszinsen erhöht worden.

In rechtlicher Beziehung gehen die Kläger in der Klage- und Replikschrift davon aus, dass das Politische Departement von Oswald den Auftrag erhalten und angenommen habe, für ihn eine private Entschädigungsforderung bei der italienischen Regierung geltend zu machen für eine rechtswidrige Handlung der italienischen Militärorgane. Das politische Departement habe diese Forderung auch als Vertreter des Oswald geltend gemacht und das Mandat nie niedergelegt, geschweige denn die Niederlegung dem Oswald oder dessen Rechtsnachfolgern mitgeteilt, sondern es gegenteils auch nach dem Tode Oswalds für die Erben weitergeführt. Die italienische Regierung habe die Forderung Oswalds bzw. der heutigen Kläger anerkannt und die Entschädigungssumme von 133,014 Fr. 55 Cts. dem Politischen Departement als Mandatar der Kläger ausbezahlt, während sie der Eidgenossenschaft jede Entschädigung verweigerte. In Ausführung und Erledigung des übernommenen Auftrages sei deshalb das Politische Departement, bzw. nachdem die Entschädigungssumme der Eidgen. Staatskasse überwiesen worden sei, die Eidgenossenschaft verpflichtet, den Klägern die für sie empfangene Summe herauszugeben. Sie habe weder das Recht diese Auszahlung zu verweigern oder die Annahme der von Italien gebotenen Entschädigung nachträglich abzulehnen, noch diese ohne Zustimmung der Kläger der Italienischen Regierung ganz oder teilweise zurückzugeben noch sonst über die Summe zu verfügen, die von Italien vorbehaltenlos an die Kläger bezahlt worden sei. Die Behauptung, dass Oswald selbst keine Schadenersatzforderung an

Italien besessen habe, sondern nur die Ansprüche an die Militärversicherung, sei unhaltbar und widerspreche der früheren Auffassung des Politischen Departements und des Militärdepartements selbst, sowie der Annahme und Ausführung des erteilten Auftrages. Es komme übrigens darauf nichts mehr an, nachdem der Schadenersatzpflichtige Dritte, Italien, die Schadenersatzpflicht anerkannt und zu Händen der Kläger bezahlt habe. Wollte man das Bestehen eines solchen Auftragsverhältnisses auch gegenüber den Erben verneinen, so wäre die Klageforderung aus dem Titel der unerlaubten Handlung, Art. 41 ff. OR begründet, indem der Bundesrat bzw. das Politische Departement dann nicht befugt gewesen seien, sich in die Beziehungen zwischen Italien und den Klägern zu mischen, eine Zahlung, die ihnen von Italien ausdrücklich für die Kläger überwiesen worden sei, zurückzuweisen und durch die von ihnen unternommenen Schritte eine Sachlage zu schaffen, infolge deren den Klägern nicht mehr der volle, ihnen ursprünglich zgedachte Betrag zukommen würde. Weiter eventuell liege eine ungerechtfertigte Bereicherung der Beklagtschaft vor, indem sie — sei es überhaupt oder doch für den Fall der Weigerung Italiens etwas zurückzunehmen — einen Betrag zur Deckung ihrer Militärauslagen behalten wolle, der ihr ausdrücklich zu einem anderen Zwecke, nämlich zur Abfindung der Kläger und unter Ablehnung jedes Anspruchs der Eidgenossenschaft selbst ausgehändigt worden sei. Auch nur die positive Erklärung, dass ein Überschuss an Italien zurückerstattet werde, wolle die Beklagtschaft den Klägern gegenüber nicht abgeben.

D. — Namens der Eidgenossenschaft und des eventuell ins Recht gefassten Politischen Departements hat der Bundesrat beantragt, auf die Klage sei nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen. In der Duplik hat er sich auch der nachträglichen Erhöhung der Klagesumme widersetzt. Er bestreitet, unter Berufung auf die oben

unter B dargestellten — mit Ausnahme des Inhalts der Unterredung zwischen Konsul Gavotti und Dr. Neuhaus heute nicht mehr streitigen — Tatsachen das Bestehen eines Auftrags- oder anderen Rechtsverhältnisses zwischen der Eidgenossenschaft und den Klägern, aus dem ein auf dem Rechtsweg verfolgbarer Anspruch auf die eingeklagte Leistung und ein Recht der Kläger auf dieselbe überhaupt hergeleitet werden könnte.

E. — Kurz nach Einreichung der Klage hatten die Kläger darum ersucht, deren Zustellung einstweilen zu verschieben, weil ein Vergleich in Aussicht stehe. Damals geführte Verhandlungen, bei denen der frühere Vertreter des Ernst Oswald, Dr. Koch mitwirkte, führten zur Aufstellung eines Vergleichsentwurfs, wonach den Klägern aus der von Italien zur Verfügung gestellten Summe zusammen 50,454 Fr. zukommen sollten, nämlich dem erwerbsunfähigen geisteskranken Bruder Josef Oswald 8554 Fr., entsprechend der im Briefe des Militärdepartements vom 27. Februar 1924 an Dr. Neuhaus berechneten Kapitalabfindung, und jedem der anderen Geschwister 6000 Fr.; ausserdem sollten ihnen die Kosten der Vertretung durch Dr. Koch und Dr. Neuhaus mit 5000 Fr. vergütet werden; dagegen hatten sie andererseits auf jede weitere Forderung aus dem Unfall und Tode des Füsiliers Oswald gegen wen immer zu verzichten. Schliesslich lehnten jedoch die Erben Oswald die Erledigung auf dieser Grundlage ab. Als Grund wurde die Weigerung des Bundes angegeben, in den Vergleich eine bestimmte Erklärung über die Verwendung des überschüssigen Geldes aufzunehmen.

Nach Abschluss des Schriftenwechsels vor Bundesgericht sind die Vergleichsverhandlungen unter Mitwirkung der bundesgerichtlichen Instruktionskommission wieder aufgenommen worden. Das Militärdepartement erklärte sich dabei neuerdings zu einer gütlichen Erledigung auf der eben angegebenen Grundlage und zu einem weiteren Zugeständnisse dahingehend bereit, dass

den Klägern auf den ihnen zukommenden Summen noch ein Depotzins von 3 % seit 1. Januar 1924 ausgerichtet werde : andererseits sollten von der ursprünglich in Aussicht genommenen Vergütung von 5000 Fr. für Vertretungskosten die Anwalts- und Gerichtskosten des Bundes im Prozesse vor Bundesgericht abgezogen werden. In der zu Eingang der Vergleichsurkunde enthaltenen Tatbestandsdarstellung wurde erwähnt : der Bund habe im Prozess den von den Erben erhobenen Anspruch bestritten und erklärt, dass er es gegenüber der italienischen Regierung nicht verantworten könnte, die ganze — s. Z. auf Grund anderer, dahingefallener Voraussetzungen berechnete — Summe zurückzubehalten ; er werde deshalb den Betrag, der nach Deckung der eigenen Kosten und der an die Geschwister Oswald und deren Vertreter zu leistenden Entschädigungen und Kostenbeträge übrig bleibe, der italienischen Regierung zur Verfügung stellen. Dagegen lehnte es das Militärdepartement nach wie vor ab, den Erben Oswald einen Einfluss darauf einzuräumen, was mit diesem Überschusse zu geschehen habe, wenn ihn Italien nicht zurücknehmen sollte, und sich für diesen Fall zu verpflichten, ihn ganz oder teilweise den Klägern zukommen zu lassen. Der dementsprechend abgefasste Vergleichsentwurf wurde von der Instruktionskommission dem Vertreter der Kläger übermittelt. Am 4. Februar 1926 teilte dieser mit, dass die Kläger einstimmig beschlossen hätten, den Vergleich nicht anzunehmen.

F.-H. — (Folgen Angaben über die Beweisanträge der Kläger, die von der Instruktionskommission darüber getroffenen Verfügungen und die von den Klägern gegen diese Verfügungen erhobene Beschwerde).

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Der in der Klageschrift ursprünglich geforderte Betrag von 93,014 Fr. 55 Cts. sollte nach der Klagebegründung die Differenz zwischen der von Italien bezahlten Summe von 133,014 Fr. 55 Cts. und den

Aufwendungen der Militärversicherung für den Erblasser Ernst Oswald und dessen Mutter darstellen. Diese Aufwendungen, über welche den Klägern bisher eine genaue Aufstellung nicht gegeben worden war, wurden von ihnen auf 40,000 Fr. geschätzt. Durch die in der Klageantwort darüber gemachten Angaben hat sich dann herausgestellt, dass sie in Wirklichkeit nur 34,941 Fr., also 5059 Fr. weniger ausmachen. Bei der Erhöhung der ursprünglichen Klagesumme um den letzteren Betrag handelt es sich demnach um die blosser Berichtigung eines Rechnungsfehlers, die nach Art. 46 BZP zugelassen werden muss.

2. — Der Nichteintretensschluss der beklagten Partei gründet sich darauf, dass das durch die Intervention des Bundes bei einem fremden Staate begründete Rechtsverhältnis mit Einschluss der Beziehungen an dem durch die Intervention Erlangten ausschliesslich dem öffentlichen Rechte unterstehe. Für die Begründung der Zuständigkeit des Bundesgerichts nach Art. 48 Ziff. 2 OG muss es indessen da, wo den Klagegegenstand die Zahlung einer Geldsumme bildet, genügen, dass der Anspruch nach der rechtlichen Begründung der Klage auf einen privatrechtlichen Titel gestützt wird. Ergibt sich bei der Beurteilung des Klagebegehrens, dass das behauptete privatrechtliche Verhältnis in Wirklichkeit nicht besteht, so führt dies zur Abweisung der Klage und nicht zur Verneinung der Zuständigkeit des Gerichts.

3. — (Erledigung der Beweisbeschwerden der Kläger.)

4. — In der Sache selbst kann zunächst vom Bestehen eines Mandatsverhältnisses im Sinne eines dem Bund bzw. seinen Organen erteilten und von ihnen übernommenen privatrechtlichen Auftrages zur Geschäftsbesorgung nicht die Rede sein.

Der Staat, der bei einem anderen Staate wegen einer vorgekommenen Grenzverletzung interveniert, tut dies aus eigenem Rechte und macht damit einen eigenen Anspruch aus der in dem Eingriffe in seine Gebiets-
hoheit liegenden Rechtsverletzung geltend. Dass er

damit, wo dieser Eingriff zugleich zu einer Schädigung privater Rechtsgüter seiner Gebietsangehörigen geführt hat, im Erfolg auch deren Interessen wahrnimmt, ändert hieran nichts und macht ihn nicht zum Mandatar jener, selbst dann nicht, wenn es Vorstellungen oder Beschwerden ihrerseits waren, die die Intervention auslösten. Wie es seinem freien Entschlusse anheimgegeben sein muss, ob er überhaupt bei dem fremden Staate vorstellig werden, intervenieren will, so gilt dies auch für die weitere Verfolgung der einmal eingeleiteten Intervention und den Umfang, den er ihr geben will. Rücksichten politischer Natur und insbesondere auf die sonstigen Beziehungen zu dem fremden Staate können ihn veranlassen, von dem Begehren auf Ersatz des im Zusammenhang mit der Grenzverletzung entstandenen Schadens überhaupt abzustehen oder es auf einen Teil dieses Schadens zu beschränken, ohne dass er hiedurch den Gebietsangehörigen, deren private Interessen er so preisgibt, haftbar werden könnte. Es geht deshalb schlechterdings nicht an und ist ausgeschlossen, aus der Tatsache, dass er sich seiner durch den fremden Staat geschädigten Gebietsangehörigen durch eine solche diplomatische Aktion angenommen hat, auf die Eingehung eines Mandatsverhältnisses zu diesen zu schliessen, kraft dessen er ihnen für sein Handeln nach den Regeln des Obligationenrechts verantwortlich würde. Jedenfalls könnte die blosser Zusage der Bereitschaft zur Intervention und deren tatsächliche Einleitung hiezu noch nicht genügen. Es müssten ganz besondere, ausnahmsweise Umstände hinzutreten, um die Annahme, dass die staatlichen Organe sich in eine solche aussergewöhnliche, dem Wesen der Sache widersprechende Stellung hätten begeben wollen, als möglich und zulässig erscheinen zu lassen. Im gegenwärtigen Falle haben irgendwelche schlüssige Anhaltspunkte dafür, dass mehr vorliege als eine gewöhnliche, aus eigenem Rechte erfolgte Intervention des

Bundes wegen der Verletzung seiner Gebietshoheit nicht beigebracht werden können.

Auf die Meldung der militärischen Stellen von dem Zwischenfall ist das politische Departement sofort durch die schweizerische Gesandtschaft in Rom bei der italienischen Regierung vorstellig geworden, hat gegen die erfolgte Grenzverletzung protestiert und wegen des daraus entstandenen Schadens alle Vorbehalte gemacht. Im Januar 1919 sind Protest und Vorbehalte erneuert worden. Beide Schritte erfolgten aus eigenem Entschluss, ohne dass dafür ein Gesuch oder Antrag der verletzten beiden Soldaten oder ihrer Angehörigen abgewartet worden wäre. Und auch als der Armeestab im Januar 1919 die Mutter Oswalds anwies, sich mit dem politischen Departement in Verbindung zu setzen, geschah es nur in dem Sinne, dass dem Departement diejenigen **A u s k ü n f t e** über die Verhältnisse des Verletzten beschafft werden möchten, die es nötig habe, um die von ihm, d. h. vom Bund vorerst in Form eines allgemeinen Vorbehaltes geltend gemachte Schadenersatzforderung (« dessen Schadenersatzforderung ») durch Nennung einer bestimmten Summe zu ergänzen. Einen anderen Sinn hatte nach diesen Vorgängen auch die Aufforderung des Departements selbst vom 29. Januar 1919 an Dr. Koch nicht, die Summe anzugeben, « welche die Familie verlangt », und konnte ihn nach der ganzen Rechtslage nicht haben.

Da Oswald im Militärdienst verletzt worden war, hatte er gegen den Bund Anspruch auf die Leistungen, welche das Militärversicherungsgesetz für diesen Fall dem verletzten Wehrmann gewährt. Ein anderer Anspruch stand ihm nicht zu (BGE 50 II S. 351): weder gegen den Bund, dass dieser sich seiner Interessen durch Intervention bei Italien annehme, noch ein direkter persönlicher Schadenersatzanspruch gegen Italien. Ein solcher Anspruch hätte sich nur auf die vorgekommene Grenzverletzung stützen lassen. Sie vermöchte aber als Völker-

rechtsverletzung nur Ansprüche von Staat zu Staat, nicht der geschädigten Angehörigen des Staates, in dessen Gebietshoheit eingegriffen worden war, gegen den verletzenden Staat zu erzeugen. Auch den Erben des Oswald konnten aus dem durch die Körperverletzung herbeigeführten späteren Tode desselben nur Ansprüche an die Militärversicherung erwachsen, soweit das Militärversicherungsgesetz solche auch den Hinterbliebenen eines Wehrmanns gewährt und die besonderen Voraussetzungen dafür vorhanden waren. Ein Anspruch ihrerseits gegen Italien war aus den gleichen Gründen ausgeschlossen wie für den Verletzten selbst.

Und noch viel weniger kann davon gesprochen werden, dass ein in der Person des Oswald selbst bestehender Schadenersatzanspruch, wenn er vorhanden gewesen wäre, durch dessen Tod mit dem Inhalt, den er zu Lebzeiten des Trägers hatte, auf die Erben übergegangen wäre. Massgebend für den Umfang der Schadenersatzpflicht aus ausservertraglicher Schadenzufügung sind nach einem feststehenden und nunmehr auch im SOR (vgl. Art. 46 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 45) ausdrücklich anerkannten Grundsätze des Schadenersatzrechtes die Verhältnisse zur Zeit des Urteils und nicht der Anhängigmachung des Rechtsstreits. Stirbt im Falle einer Körperverletzung der Verletzte vor dem Urteil oder der Anerkennung des von ihm erhobenen Anspruchs, so wird demnach auch für die Folgen dieser Körperverletzung nur noch insoweit Ersatz geschuldet, als aus ihr bereits ein entsprechender Schade (Vermögensausfall) für den Verletzten entstanden war. Dieser dem Verletzten selbst entstandene Schade war ihm aber hier durch die eidg. Militärversicherung ersetzt worden. Die Kläger sind deshalb auch bereit, sich deren Aufwendungen auf die von Italien geleistete Summe anrechnen zu lassen, wobei sie zu Unrecht hierin ein freiwilliges Entgegenkommen erblicken und das Bestehen einer Verpflichtung dazu bestreiten wollen (vgl. den unten

noch zu erörternden Art. 16 des Militärversicherungsgesetzes). Darüber hinaus konnte von diesem Zeitpunkte an nur noch ein Ersatzanspruch aus rechtswidriger Tötung zu Gunsten derjenigen Personen in Betracht kommen, denen das Gesetz einen solchen in diesem Falle, in Abweichung von dem sonst geltenden Grundsatz gibt, dass aus der unerlaubten Handlung ein Ersatzanspruch nur zu Gunsten der durch sie unmittelbar Betroffenen entspringt. Diese Personen können die Erben des Getöteten sein, sie brauchen es aber nicht zu sein, wie andererseits die Erbeneigenschaft zur Begründung des Forderungsrechts nicht genügt. Es sind diejenigen, welche durch die Tötung ihren V ersorger verloren haben oder zu dem Getöteten in einem persönlichen Angehörigkeitsverhältnis standen, welches die Zubilligung einer Genugtuung für durch die Verletzung und den späteren Tod zugefügtes seelisches Leid rechtfertigt (Art. 45 Abs. 3, 47 OR).

Selbst wenn der Bund bei der im November 1918 eingeleiteten diplomatischen Aktion als Vertreter des Oswald hätte handeln, einen in dessen Person angenommenen Ersatzanspruch für ihn geltend machen wollen, so würde demnach daraus ein Recht der heutigen Kläger auf das infolge dieser Intervention von Italien Geleistete noch nicht folgen. Nach dem Gesagten trifft indessen schon diese Behauptung nicht zu. Die Kläger berufen sich dafür zu Unrecht auf eine Stelle des Briefes der schweizerischen Gesandtschaft in Rom an das Politische Departement vom 6. November 1919, wo es heisst, dass Italien den « im Namen der Opfer » des Zwischenfalls am Umbrail erhobenen Schadenersatzanspruch abgelehnt habe. Nach der Art, wie die ganze Aktion eingeleitet worden war, kann es sich dabei nur um eine ungenaue Ausdrucksweise für « im Interesse derselben erhobenen Anspruch » handeln, die in einem internen diplomatischen Berichte, der nicht nach den für eine privatrechtliche Willenserklärung geltenden Regeln interpretiert werden darf,

nichts Ungewöhnliches an sich hat. Die mit dem Schreiben übermittelte Note des italienischen Ministeriums des Äusseren vom 3. November 1919 weiss denn auch von einem im Namen der Verletzten erhobenen Ansprüche nichts, sondern erklärt, dass Italien wie die Grenzverletzung so auch die Schadenersatzforderungen nicht anerkennen könne, welche die Eidgenossenschaft, « il governo federale in favore dei soldati feriti » formuliert habe. Würde es sich um die Vertretung eines privaten Schadenersatzanspruchs des Verletzten Oswald in dessen Namen im behaupteten Sinne gehandelt haben, so hätte das Politische Departement auch nicht die Gesandtschaft anweisen können, die von Dr. Koch aufgestellte Schadensrechnung einfach, ohne Kommentar an die Italienische Regierung weiterzuleiten, « sans la faire la sienne ». Sie würde damit offenbar den Pflichten eines Mandatars (Art. 398 Abs. 2 OR) zuwidergehandelt haben. Es ist nicht verständlich, wie die Kläger gerade aus dieser Behandlung u. a. einen Schluss zu Gunsten der von ihnen behaupteten Natur des Verhältnisses zwischen Oswald und dem Politischen Departement ziehen zu können glauben. Im übrigen kommt auf alle diese Vorgänge heute überhaupt nichts mehr an. Denn Italien hat auf diese erste Intervention nicht bloss die behauptete Grenzverletzung, sondern auch jede Schadenersatzpflicht dafür bestritten, womit auch die im Zusammenhange mit der Intervention gestellte Schadenersatzforderung für einmal erledigt war. Massgebend können einzig die Vorgänge sein, die sich ereigneten, nachdem auf die Feststellung der Grenzverletzung durch die gemischte Kommission die Schritte zur Erlangung einer Entschädigung von neuem aufgenommen wurden. Diesen Standpunkt hat denn auch der Vertreter Oswalds, Dr. Koch, damals selbst eingenommen, indem er erklärte: nachdem Italien die ursprünglich gestellte Forderung nicht « akzeptiert » habe, müsse es auch zulässig sein, der Berechnung

andere tatsächliche Annahmen, wie sie sich seither als zutreffend erwiesen hätten, zu Grunde zu legen und gestützt darauf eine höhere Entschädigung zu verlangen.

Die Schadenersatzforderung, die daraufhin bei der Italienischen Regierung durch die Note vom 13. Juni 1921 erhoben wurde, war aber zweifellos eine solche der Eidgenossenschaft. Sie wurde gestellt im Namen des Bundesrats und ging auf Ersatz des Schadens, der dem Bund aus dem Zwischenfall erwachse, nämlich des Deckungskapitals für die Leistungen der Militärversicherung an die beiden Opfer des Zwischenfalls. Nur der Bund konnte, nachdem sich der geforderte Ersatz auf die hiefür notwendige Summe beschränkte, überhaupt Träger des Anspruchs sein, weil nach Art. 16 des Militärversicherungsgesetzes die Militärversicherung gegenüber Dritten, welche mit Bezug auf die Krankheit oder den Unfall schadenersatzpflichtig sind, bis auf die Höhe der von ihr geschuldeten Leistungen von Gesetzes wegen in den Ersatzanspruch des Versicherten eintritt. Selbst wenn man annehmen wollte, das mit dem völkerrechtlichen Ansprüche des Bundes aus der Grenzverletzung ein privater Schadenersatzanspruch des Oswald gegen Italien konkurriert habe, so wäre er demnach für den Betrag, der im Einverständnis mit dem Vertreter Oswalds allein von Italien gefordert wurde, von Rechtswegen auf den Bund übergegangen gewesen. Nur dieser konnte daher als Ansprechener auftreten. Bei dem durchaus klaren Sinn der Note kann es auch nichts verschlagen, dass im Eingang davon die Rede ist, die offizielle Anerkennung der Grenzverletzung ziehe ohne weiteres « das Recht der Opfer nach sich, durch die Italienische Regierung entschädigt zu werden ». Es gilt dafür das bereits oben hinsichtlich einer ähnlichen Ausdrucksweise des Schreibens der Schweiz. Gesandtschaft an das Politische Departement vom 6. November 1919 Gesagte.

Darüber, dass es ausschliesslich diese Forderung

der Eidgenossenschaft, d. h. der Militärversicherung sei, welche bei Italien geltend gemacht werden solle, ist denn auch der Vertreter Oswalds, noch bevor die diplomatische Aktion mit der Note vom 13. Juni 1921 wieder einsetzte, in unzweideutiger Form aufgeklärt worden. Wenn es in dem betreffenden Schreiben des Militärdepartements vom 21. Oktober 1920 heisst, dass *a u c h* die Militärversicherung, die für Oswald bisher gesorgt habe und in Zukunft sorgen müsse, eine Forderung an Italien habe, so will dies nur bedeuten, dass an der Entschädigungsfrage unter diesen Umständen nicht bloss der Verletzte selbst, sondern auch der Bund unmittelbar interessiert sei, keineswegs, dass die in Aussicht genommene neue Aktion als nicht bloss für die Eidgenossenschaft, sondern auch im Namen des Oswald, zur Betreibung eines ihm persönlich zustehenden Anspruchs erfolgend gelten solle. Das ergibt sich aus den anschliessenden Ausführungen des Briefes so klar, dass ein Zweifel darüber nicht möglich ist und auch für den Adressaten nicht möglich war. Es wird darin ausdrücklich erklärt, dass dieser Schaden der Militärversicherung (und kein anderer) bei der Italienischen Regierung werde eingegeben werden. Und auch die weitere Erklärung, dass bei Erhältlichmachung der Summe Oswald zwischen der dauernden Pensionierung durch die Militärversicherung in Form einer lebenslänglichen Rente oder dem *A u s k a u f* mit jener Summe solle wählen können, konnte anders nicht verstanden werden. Denn wäre die Betreibung bei Italien für ihn, als Leistung eines ihm geschuldeten Schadenersatzes erfolgt, so hätte eine solche Alternative nicht in Betracht kommen können, sondern sich einzig fragen können welchen Einfluss die *S c h a d l o s h a l t u n g* des Versicherten durch einen Dritten, Italien auf die Leistungspflichten der Militärversicherung habe. Auch nachher ist eine hiemit im Widerspruch stehende Erklärung oder Zusicherung dem Oswald oder dessen Ver-

treter nicht gegeben worden. Gegenteils ist Dr. Koch am 6. Juni 1921, diesmal vom Politischen Departement neuerdings erklärt worden, dass die schweiz. Gesandtschaft in Rom gemäss Bundesratsbeschluss beauftragt werden solle, bei der Italienischen Regierung im *N a m e n d e s B u n d e s* eine Entschädigungsforderung in dem von der Militärversicherung berechneten, zur Deckung ihrer Lasten erforderlichen Betrage geltend zu machen, ohne dass Dr. Koch sich dagegen aufgelehnt und etwas anderes verlangt hätte. Nachdem die Forderung auf das Deckungskapital für diese Lasten begrenzt wurde, konnte Dr. Koch auch sonst nicht im Zweifel sein, dass es sich um die Betreibung eines Anspruchs des Bundes und nicht seines Klienten handle, mit der Massgabe, dass Oswald im Falle des Eingangs die Möglichkeit haben sollte, von der Militärversicherung gegen den Verzicht auf seine Versicherungsansprüche eine entsprechende Summe als Kapitalabfindung (*A u s k a u f*) zu erhalten. Dieser Rechtslage war sich denn auch Dr. Koch ohne Frage bewusst, als er sich in seinen oben unter Fakt. *B* wiedergegebenen Briefen mit dem in Aussicht genommenen Vorgehen einverstanden erklärte. Selbst wenn dies nicht der Fall gewesen sein sollte — wie die Kläger, offenbar zu Unrecht, aus dem Schlusse des Briefes vom 9. Juni 1921 herleiten wollen («sodass es uns freisteht, *u n s e r e* Forderung im Sinne Ihrer Berechnungen zu erhöhen») — so käme darauf nichts an. Zum Zustandekommen eines Mandatsverhältnisses gehört nicht nur die Erteilung des Auftrages, sondern auch dessen Annahme durch den Beauftragten. Massgebend ist deshalb nicht, was Oswald durch seinen Vertreter der Eidgenossenschaft nahelegte, sondern was diese tatsächlich auf sich genommen hat zu tun. Das war aber auch nach den Erklärungen, die sie Dr. Koch abgegeben hat und nicht bloss nach der Italien am 13. Juni 1921 überreichten Note ausschliesslich die Geltendmachung einer Forderung auf Ersatz des

Deckungskapitals für die der Militärversicherung nach Gesetz Oswald gegenüber obliegenden Leistungen.

Dieser anhängig gemachte Schadenersatzanspruch war von Italien noch nicht, weder dem Grundsatz noch dem Masse nach anerkannt, als Oswald am 15. Dezember 1922 starb. Eine Anerkennung der Ersatzpflicht erfolgte erst im März 1923 durch die Anzeige, dass das italienische Finanzministerium eingeladen worden sei, zwei Checks für die geltend gemachten Schadensbeträge auszustellen, und durch die nachfolgende Mitteilung, dass diese Checks der Italienischen Gesandtschaft in Bern « per la consegna agli interessati » zugesandt worden seien. Diese Art der Erledigung hat der Bundesrat mit Recht abgelehnt. Einmal hatte er mit der Note vom 13. Juni 1921 nicht einen Schadenersatzanspruch des Oswald, sondern einen solchen der Eidgenossenschaft geltend gemacht. Sodann konnte für den Betrag der von der Militärversicherung bereits gemachten Leistungen ohnehin, auch im Verhältnis zu den Erben, schon auf Grund von Art. 16 des Militärversicherungsgesetzes nur der Bund als Gläubiger in Betracht kommen. Endlich lautete der Check an die Ordre des Ernst Oswald, dem er nicht mehr ausgehändigt werden konnte. Dazu kam, dass durch den Tod des letzteren die Grundlage der Schadensberechnung dahingefallen war und das Mass des Schadenersatzes, der noch beansprucht werden konnte, sich von Grund aus geändert hatte. Da eine Anerkennung oder verbindliche Feststellung der Schadenersatzpflicht beim Tode Oswalds noch nicht vorlag, war es nach dem oben Gesagten ausgeschlossen, dass die Erben in einem eventuellen Anspruch des Oswald selbst auf die von Italien verlangte und bezahlte Summe hätten eintreten können. Wenn der Grundsatz, dass Inhalt und Mass der Schadenersatzpflicht sich nach den Verhältnissen zur Zeit des Urteils und nicht der Litiskontestation bestimmen, schon im Privatrechte gilt, so muss er noch

vielmehr in völkerrechtlichen Verhältnissen zur Anwendung kommen, wo die Beschränkung der geforderten Ersatzleistungen auf den danach noch in Betracht kommenden Betrag, d. h. auf den wirklich eingetretenen Schaden auch ein Gebot des internationalen Anstandes und der Rücksicht auf die künftigen guten Beziehungen zu dem anderen Staate ist. Übrig blieben danach — neben der Ersatzforderung der Militärversicherung für die von ihr schon gemachten Leistungen — einzig noch: einerseits die Ansprüche der Hinterbliebenen an die Militärversicherung, soweit dafür die besonderen in Art. 37 des Militärversicherungsgesetzes geforderten Voraussetzungen gegeben waren, andererseits der völkerrechtliche Anspruch des Bundes gegen Italien auf Ersatz des den Hinterbliebenen aus der Tötung Oswalds entstandenen Schadens. Über den Inhalt des letzteren Anspruchs sind verschiedene Auffassungen möglich. Es liesse sich die Ansicht vertreten, dass er nicht weiter gehe als die eventuellen Ansprüche der Hinterbliebenen an den Bund aus dem Militärversicherungsgesetze. Doch hat sich der Bundesrat — offenbar mit Recht — selbst nicht auf diesen Boden gestellt, sondern von Italien mehr verlangt, nämlich Schadenersatz nach allgemeinen Grundsätzen verbunden mit einer Genugtuung, wie sie sonst den Hinterbliebenen im Falle einer rechtswidrigen Tötung vom Schädiger geschuldet werden (Art. 45 Abs. 3, 47 OR).

Diese neue veränderte Sachlage wurde Italien durch die Note des Politischen Departements an die Italienische Gesandtschaft in Bern vom 14. April 1923 auseinandergesetzt, mit dem Bemerken, dass das Departement mit den Erben über eine billige Abfindung in dem gedachten Sinne verhandeln werde und, wenn danach und nach Deckung der Aufwendungen der Militärversicherung noch ein Überschuss verbleibe, dessen Rückerstattung werde in Erwägung gezogen werden. Gleichzeitig wurde damit, im Sinne des vom Bundesrate eingenommenen

grundsätzlichen Rechtsstandpunktes, das Verlangen verbunden, dass an Stelle der Checks an die Ordre der Verletzten ein solcher zu Gunsten der Eidgenossenschaft ausgestellt werde. Italien vertrat darauf durch die Note der Italienischen Gesandtschaft in Bern an das Politische Departement vom 22. Juni 1923 — angesichts des Inhalts der schweizerischen Note vom 13. Juni 1921 offenbar zu Unrecht — zunächst den Standpunkt, dass die bei ihm geltend gemachte Entschädigungsforderung eine solche der beiden Soldaten gewesen, in deren Namen erhoben worden sei und dass das Begehren des Politischen Departements ein Novum gegenüber der Grundlage schaffe, auf der sich die Verhandlungen bisher bewegt hätten. Der Bundesrat bzw. das Politische Departement beharrte indessen mit der Note vom 26. Sept. 1923 auf seinem Standpunkte. Darauf wurde am 31. Dezember der Betrag von 138,184 Fr. 40 Cts. dem Politischen Departement in Form eines Checks an die Ordre der Eidgenossenschaft (« du Gouvernement Fédéral Suisse ») übermacht, mit dem Bemerkten, dass er die Entschädigung « pour les victimes de l'Umbrail » darstelle.

Der Bundesrat hat hierin nicht die Bestimmung gesehen, dass der Rest des auf den « Fall Oswald » entfallenden Teils der Checksumme (138,014 Fr. 55 Cts.), der nach Abzug der Ersatzforderung der Militärversicherung für ihre Leistungen an Oswald selbst übrig bleibe, dessen Erben ausbezahlt werden solle. Mit Recht nicht. In der Note vom 14. April 1923 hatte er das Verlangen auf Ausstellung des Checks an die Ordre der Eidgenossenschaft ausdrücklich damit begründet, dass ein Anspruch dieser und nicht der verletzten Wehrmänner bei Italien geltend gemacht worden sei. Und in der späteren Note vom 26. September 1923, auf die hin dann der neue, abgeänderte Check übermittelt wurde, hielt er an diesem Standpunkt fest. Zugleich betonte er neuerdings, dass durch den Tod Oswalds

die Grundlagen der Schadensrechnung dahingefallen seien und nunmehr neben der Deckung der Aufwendungen der Militärversicherung für den Verstorbenen einzig noch die Gewährung einer billigen Abfindung an die Hinterbliebenen für die ihnen aus dem Todesfall erwachsenden Nachteile und Unbill in Betracht kommen könne, über deren Ausrichtung aus dem ihm übermittelten Gelde sich der Bundesrat mit den Hinterbliebenen auseinandersetzen werde. Die Ersetzung der beiden Checks an die Ordre der Verletzten durch einen solchen an die Ordre des Bundes ohne andere, nähere Verfügungen durfte und musste deshalb als Zustimmung zu dieser Behandlung der Sache gedeutet werden. Und zwar auch dann, wenn dem der behauptete (nicht edierte) Bericht der schweiz. Gesandtschaft in Rom vom 25. August 1923 vorangegangen sein sollte. Denn der Sinn einer solchen Erklärung der Italienischen Regierung, wie sie damals vom Ministerium des Auswärtigen der Gesandtschaft abgegeben worden wäre, (dass eine Entschädigungspflicht nur für die Opfer des Unfalls, nicht gegenüber der Eidgenossenschaft anerkannt werden könne), konnte doch nur der sein, dass Italien wohl Ersatz für die Verwundung schweiz. Wehrmänner und deren Folgen, aber nichts anderes und nicht mehr, insbesondere nicht etwa eine Genugtuung an den Bund für den Eingriff in seine Gebietshoheit als solchen leisten wolle. Für den rechtlichen Charakter, den die Kläger der Übermittlung der Summe beilegen wollen, folgt also daraus nichts. In diesem Zusammenhang gehört auch die Bezeichnung der Zahlung als « indemnité pour les victimes de l'accident de l'Umbrail ». Sie gibt den Rechtsgrund der Leistung im Sinne des eben umschriebenen Rechtsstandpunktes der Italienischen Regierung an. Eine Bezeichnung der Kläger als Destinatäre der Summe liegt darin nicht und konnte nach den Umständen darin nicht liegen.....

Auf den Brief des Militärdepartements vom 27. Fe-

bruar 1924 schien denn auch der Vertreter der Erben Oswald zunächst die darin vertretene Auffassung selbst zu akzeptieren. Er wurde aber anderen Sinnes, nachdem er sich auf die Italienische Gesandtschaft in Bern begeben und dort die Unterredung mit Konsul Gavotti gehabt hatte. Selbst wenn Konsul Gavotti sich hiebei, so wie behauptet wird, geäußert haben sollte, wäre dies aber unerheblich, weil er nicht in der Lage war für die Italienische Regierung zu sprechen und in ihrem Namen verbindliche Erklärungen abzugeben. Zudem könnte es, abgesehen hievon, überhaupt nicht darauf ankommen, was Dr. Neuhaus über die Absichten und den Willen Italiens mitgeteilt wurde. Der Bundesrat war als Ansprechpartner gegenüber Italien aufgetreten und an ihn war auch die Zahlung geleistet worden. Ihm gegenüber hatte deshalb Italien zu erklären, was mit dem Gelde geschehen solle und nur die ihm darüber gegebenen Erklärungen können rechtlich in Betracht fallen.

Der Bundesrat hat denn auch versucht Italien zu einer bestimmteren, ausdrücklichen Stellungnahme zu veranlassen. Doch konnte er nur den in der Note vom 18. August 1924 niedergelegten Bescheid erhalten. So wenig wie aus der früheren Note vom 31. Dezember 1923 kann aber aus diesem späteren Schriftstück der Wille herausgesehen werden, dass was nach Abzug der Ersatzforderung der Militärversicherung von der bezahlten Summe verbleibe, *tel quel* und ohne Untersuchung der Höhe der Ansprüche, die die Erben für sich berechtigter Weise erheben können, ihnen ausgehändigt werden solle. Damit ist schon nicht vereinbar, dass die Note die Übermittlung des Checks als Erledigung des durch die schweiz. Note vom 13. Juni 1921 gestellten Begehrens bezeichnet, wo der Bundesrat auf die dem Bund aus der Unterstützung und Pensionierung der beiden Soldaten erwachsenden Lasten hingewiesen hatte. Sodann wusste Italien auch damals noch nicht, wer die Erben des Oswald und welches deren persönlichen Verhältnisse waren und wie hoch sich in folgedessen die Abfindung stellen möge, auf die sie

begründeter Weise Anspruch machen könnten. Bei dem Fehlen irgendwelchen Rechtstitels der Kläger auf eine Ersatzleistung in der Höhe der von Italien dem Bunde übermittelten Summe würde sich eine solche Verfügung in Tat und Wahrheit rechtlich als eine Schenkung dargestellt haben. Sie darf aber nicht vermutet werden. Der Wille dazu müsste, damit die Erben daraus Rechte herleiten könnten, in bestimmter, unmissverständlicher Weise und in Kenntnis der ganzen Sachlage ausgesprochen worden sein. Er folgt auch aus dem Schlusssatz der Note nicht, dass die Italienische Regierung mit der Übermittlung des Checks am 31. Dezember 1923, soweit es sie angehe, die Angelegenheit als erledigt betrachte. Damit, dass Italien ein *B e g e h r e n* um Rückerstattung auch für den Fall nicht zu stellen erklärte, dass die den Erben Oswald gebührende Entschädigung zusammen mit der Ersatzforderung der Militärversicherung unter dem geleisteten Betrage bleiben sollte, ist noch nicht gesagt, dass es nicht gleichwohl ein entsprechendes Angebot des Bundes für diesen Fall als gegeben erachte und annehmen werde. Und noch viel weniger lag darin, worauf es allein ankommt, der Ausdruck des Willens, auch einen solchen eventuellen Überschuss den heutigen Klägern zuwenden zu wollen.

5. — Nur aus einer solchen — ausdrücklich und bestimmt erteilten — Weisung Italiens könnten aber die Kläger einen Anspruch auf Herausgabe des von Italien Bezahlten an sie herleiten. Ein anderer Rechtsgrund kann dafür nicht in Betracht kommen. Auch nicht der (neben dem angeblichen Mandatverhältnis zwischen ihnen und dem Bunde) geltend gemachte einer Schadenersatzforderung aus ausservertraglichem rechtswidrigem Handeln des Bundes. Da der Bund es war, der bei Italien eine Schadenersatzforderung in eigenem Namen für ihm erwachsenden Schaden und nicht im Namen der beiden Verletzten geltend gemacht hatte und dem ein solcher Anspruch nach dem oben Gesagten allein auch zukommen konnte, war er auch berechtigt, die in der

Übermittlung der beiden ersten, an die Ordre des Derungs und Oswald lautenden Checks liegende, diesem Begehren nicht entsprechende Leistung zurückzuweisen. Von einem unerlaubten Eingriffe in den Rechtskreis der Kläger, deren Beziehungen zu Italien, dessen er sich dadurch schuldig gemacht hätte, kann nicht die Rede sein. Eine Klage aus diesem Titel könnte zudem auch nicht auf die von den Klägern angerufenen Art. 41 ff. OR gestützt werden. Massgebend müsste vielmehr das Verantwortlichkeitsgesetz von 1852 sein, das die Haftung des Bundes für Schaden regelt, der durch seine Organe in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit zugefügt worden ist. Danach besteht aber eine Ersatzpflicht des Bundes für solchen Schaden nur inbezug auf die von der Bundesversammlung gewählten Beamten und auch dann nur, wenn die Bundesversammlung die Zulassung einer Zivilklage gegen den betreffenden Beamten selbst ablehnt. Sonst bewendet es bei der persönlichen Verantwortlichkeit des Beamten.

6. — Auch eine ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten der Kläger kommt nicht in Frage. Einmal hat der Bund das Geld nicht ohne Grund, sondern zur Erfüllung des von ihm aus der Grenzverletzung geltend gemachten Schadenersatzanspruchs erhalten. Sodann wäre er bei dem Fehlen eines rechtlichen Anspruchs der Kläger auf die Summe auch nicht auf ihre Kosten, sondern höchstens auf Kosten Italiens bereichert. Dazu kommt, dass er das Geld, abgesehen von der Deckung der Aufwendungen der Militärversicherung für Oswald, ja nicht behalten, sondern den Überschuss über die nach seiner Auffassung den Klägern höchstens gebührende Abfindung an Italien zurückbieten will. Die Eingehung einer rechtlichen Verpflichtung dazu gegenüber den Klägern hat er mit Recht abgelehnt. Er würde damit im Widerspruch zu der wirklichen Rechtslage zugeben, Italien gegenüber als ihr Vertreter, Mandatar gehandelt zu haben, eine Stellung, in die er sich nicht drängen zu lassen braucht.

7. — Alles was die Kläger verlangen können ist, dass

ihnen aus der von Italien dem Bund zur Verfügung gestellten Summe eine angemessene Abfindung ausgerichtet werde für die Vermögensnachteile, die ihnen aus der Tötung des Ernst Oswald allenfalls erwachsen sind, und die seelische Unbill, die sie dadurch erlitten haben. Ein solcher Anspruch, der ein individueller des einzelnen Erben und nicht der Erbengemeinschaft wäre, ist aber nicht eingeklagt worden. Weder ist ein dahingehendes eventuelles Klagebegehren gestellt, noch sind irgendwelche tatsächlichen Ausführungen, wie sie zu seiner Begründung gehören würden, gemacht worden. Es braucht deshalb nicht untersucht zu werden, ob er den Gegenstand einer Zivilrechtsstreitigkeit nach Art. 48 Ziff. 2 OG bilden könnte. Der Anspruch, wie er allein ans Recht gestellt worden ist, ist abzuweisen.

Aus der Haltung, die der Bundesrat bisher eingenommen hat und insbesondere aus der auch noch in der Klageantwort in dieser Beziehung abgegebenen Erklärung, ergibt sich übrigens, dass er zu einer solchen Abfindung, im Rahmen des sachlich Begründeten und Begründbaren bereit ist. Die Summen, die er zu diesem Zwecke in dem letzten abgelehnten Vergleichsvorschlage den Klägern angeboten hat, dürfen als reichlich berechnet und angemessen bezeichnet werden. Auch nach der Richtung, dass von dem ursprünglich in Aussicht genommenen Betrage von 5000 Fr. für « Vertretungskosten » die Anwaltskosten des Bundes im Prozesse vor Bundesgericht abgehen sollen. Nachdem eine Abfindung auf dieser Grundlage, mit einziger Ausnahme der Vergütung eines Depotzinses auf den Entschädigungsbeträgen, den Klägern schon vorher angeboten worden war, ist es gerechtfertigt, dass die Folgen der Durchführung des vorliegenden unbegründeten Prozesses in dieser Beziehung von ihnen getragen werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Klage wird angebrachtermassen abgewiesen.