

werben, bleibt den Beklagten nach wie vor nichts anderes übrig, als den Kläger für die (durch das Nachlassverfahren zur Naturalobligation gewordene) restliche Darlehensforderung zu befriedigen.

Ohne Einfluss auf das Eigentum des Klägers war die Verzeichnung der Maschine als den Beklagten gehörend im Inventar des Sachwalters. Dieses Inventar bildete, wie dargetan, nicht die Grundlage einer Verwertung. Es diente nur der Berechnung einer angemessenen Nachlassdividende. Dabei hatte es einen guten Sinn, die Zwillingmaschine (die ja im Konkurse zur Verwertung gekommen wäre) mitzuberücksichtigen, um eben darzutun, dass den Gläubigern nicht weniger angeboten werde, als was sie im Konkursfalle zu erwarten hätten. Der Kläger hatte keinen Grund, diese Verzeichnung seiner Maschine zu beanstanden, da er deshalb keinesfalls mit deren Entzug bedroht war. Er brauchte das Inventar gar nicht daraufhin nachzusehen, sondern hatte nur seine Forderung einzugeben. Endlich ist es für die Entscheidung der Eigentumsfrage gleichgültig, ob die Nachlassbehörde von der Übertragung auf den Kläger orientiert war (was die Beklagten mit ihrer Aktenwidrigkeitsrüge übrigens nicht verneinen, sondern gerade behaupten).

5. — Mit dem Eigentum ist ohne weiteres der (mit dem zweiten Klagebegehren erhobene) Anspruch auf Herausgabe verbunden (Art. 641 Abs. 2 ZGB). Die Beklagten wenden in der Berufungsschrift nicht etwa ein, nach den getroffenen Vereinbarungen müsse der Kläger ihnen die Maschine auf unbegrenzte Zeit auch bei Nichterfüllung ihrer Zahlungspflichten belassen (womit die Sicherung denn auch geradezu vereitelt wäre). Der Zusprechung dieses Begehrens steht daher gleichfalls nichts entgegen. Freilich bleiben die dem fiduziarischen Charakter der Sicherungsübereignung entsprechenden Obliegenheiten des Klägers (und gegebenenfalls ein deren Sicherung dienendes Retentionsrecht der Beklagten) vorbehalten, was aber nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreites ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichtes des Kantons Wallis vom 11. Juni 1952 bestätigt.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

73. Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. November 1952 i. S. Müller gegen Bolla.

Art. 41 OR und 21 MO.

Über das Haftungsverhältnis zwischen Militärpersonen bei Schadensverursachung in Ausübung der Dienstpflicht.

Art. 41 CO et 21 OM.

De la responsabilité du militaire qui cause un dommage à un autre dans l'exercice de ses obligations militaires.

Art. 41 CO e 21 OM.

Della responsabilità del milite che causa un danno ad un altro milite nell'esercizio dei suoi doveri di servizio.

A. — Der Kläger Bolla und der Beklagte Müller, dieser als Leutnant und jener als Feldweibel, leisteten gemeinsam Dienst in der RS II/46 der Mot.L.Trp. Die Rekruten-Kp. III, der beide zugeteilt waren, verliess am Morgen des 29. Oktober 1946 um ca. 0630 den Unterkunftsart Domdier zu einem mit Gefechtsübungen verbundenen Dislokationsmarsch. Lt. Müller, Fw. Bolla und Rekrut Suter blieben aus dienstlichen Gründen zurück. Um ca. 0800 Uhr folgten sie befehlsgemäss in einem Jeep, den Lt. Müller steuerte, der Truppe nach und stiessen in Belfaux zur Fahrzeugkolonne der Kp. Hinter ihr fuhr Lt. Müller auf der ziemlich steil ansteigenden Strasse gegen die SBB-Station. Er hielt einen Abstand von 20 m auf das letzte Fahrzeug und eine Geschwindigkeit von ungefähr 30 km/Std. Als er aus nicht mehr feststellbarer Veranlassung

leicht bremste, geriet der Jeep — möglicherweise durch die nach links ziehenden Bremsen abgelenkt — an den linken Strassenrand, fuhr längs desselben noch 6-8 m weiter und stürzte dann über die Böschung hinaus, sich zweimal überschlagend, einen Abhang hinunter.

B. — Durch den beschriebenen Unfall erlitt Bolla mehrfache Brüche des rechten Oberschenkels, die einen langwierigen und komplizierten Heilverlauf nahmen. Er bezog die Leistungen der Militärversicherung. Jedoch blieb ein ungedeckter Schaden von Fr. 14,317.—. Bolla belangte Müller nach Massgabe der Art. 41 ff. OR auf Ersatz im Betrage von Fr. 8501.65 nebst 5 % Zins seit 22. Oktober 1947. Die Gerichte des Kantons Zürich, das Obergericht mit Urteil vom 29. Januar 1952, hiessen die Klage gut.

C. — Neben kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde, die abgewiesen wurde, legte der Beklagte Berufung an das Bundesgericht ein. Er beantragt gänzliche Abweisung der Klage. Der Kläger schliesst auf Bestätigung des angefochtenen Entscheides.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Der vor den kantonalen Gerichten vertretene und mit der Berufung wieder aufgenommene Standpunkt des Beklagten geht dahin, dass der Wehrmann für den Schaden, den er in Ausübung seiner Dienstpflicht einem Dritten zufügt, nicht hafte; dass vielmehr der Dritte sich an den Bund zu halten habe, und zwar die geschädigte Zivilperson durch direkte Belangung, der geschädigte Wehrmann durch Inanspruchnahme der Militärversicherung, worauf es dem Bunde anheimgestellt sei, auf den Schädiger zurückzugreifen. Es lasse sich nicht als Meinung des Gesetzgebers unterstellen, dass ein Wehrmann den anderen Wehrmann zur Ersatzleistung für den durch die Militärversicherung nicht gedeckten Schaden heranziehen dürfe, weil der Staat den dienstleistenden Wehrmann solchem Risiko nicht habe aussetzen wollen noch können.

Diese Einwände hat die Vorinstanz verworfen. Sie

findet : Art. 41 OR gelte auch im Bereich des öffentlichen Rechts, soweit nicht auf Grund von Art. 61 Abs. 1 OR im Wege der Gesetzgebung eine abweichende Regelung getroffen sei. Als eidgenössische Sonderordnung komme einzig das BG über die Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten von 1850 in Betracht. Es anerkenne die zivilrechtliche Haftbarkeit des Beamten für rechtswidriges Verhalten, ohne Beschränkung hinsichtlich der Schwere des Verschuldens und ohne Rücksicht darauf, ob eine Privatperson oder ein anderer Beamter geschädigt sei. Wende man also das Gesetz auf Militärpersonen an, so habe der schuldhaft einen Kameraden verletzende Wehrmann für den widerrechtlich verursachten Schaden aufzukommen; andernfalls bestehe die Haftung gemäss Art. 41 OR.

Die vorinstanzliche Auffassung muss, wenn sie richtig ist, für die Armee weittragende Auswirkungen zeitigen. Bei Prozessen über Tatbestände der vorliegenden Art würde es dann nicht bleiben. Jeder im Militärdienst verunfallte oder erkrankte Wehrmann hätte das Recht, Kameraden oder Vorgesetzte durch Schadenersatzklage vor dem Zivilrichter zur Verantwortung zu ziehen für angeblich schuldhafteste Dienstverrichtung, der er seine Schädigung an Körper und Gesundheit zuschreibt. Wohin das führen kann, erhellt aus einem bei den Akten liegenden Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 18. November 1932 i.S. Schmid c. Schäppi, das die Auseinandersetzung zwischen dem Vater eines im Dienst plötzlich erkrankten und nach Vornahme einer Operation verstorbenen Rekruten und dem diesem vorgesetzten Korporal zum Gegenstande hat. Dort forderte der Kläger vom Beklagten Schadenersatz und Genugtuung. Er behauptete, trotz der medizinischen Befunde (Todesursache war eine Darmverschlingung, als deren anatomische Grundlage die Sektion eine angeborene Anomalie des Darmgekröses erbrachte), dass die Erkrankung auf Überanstrengung sowie auf körperliche und psychische Misshandlung im Militärdienst zurückzuführen sei. Das Gericht bejahte die Anwendbarkeit des Art. 41 OR.

Es trat auf die Klage in vollem Umfange ein und wies sie schliesslich ab. Vorher aber hatte der beklagte Korporal in einem weitläufigen Beweisverfahren sozusagen sein gesamtes dienstliches Verhalten als Vorgesetzter zu rechtfertigen, und er musste sich gefallen lassen, dass der Zivilrichter seine militärischen Qualifikationen und die Angemessenheit seiner Anordnungen einlässlich nachprüfte.

2. — Zunächst ist festzuhalten, dass der Kläger die umstrittene Frage mindestens zu weit fasst, wenn er in der Berufungsantwort geltend macht, jedermann wisse, dass er in allen Lebenslagen für die Folgen einer Verletzung von Sorgfaltspflichten einzustehen habe, und wenn er sich dagegen wehrt, dass «nur der Soldat das Privileg geniessen sollte, andere Menschen schuldhaft schädigen zu können, ohne dafür voll verantwortlich zu sein». Es ist klar, dass auch der Wehrmann im Militärdienst seine ausserhalb des Dienstbetriebes liegende, d.h. nicht durch den Zwang der Dienstordnung bestimmte, vom eigenen Willen abhängige Handlungsweise selber zu vertreten hat. Nicht darum geht es hier, sondern nur um die Haftpflicht für Schädigungen, die der Wehrmann in eigentlich dienstlicher Verrichtung verursacht.

Hiezu ist *im Grundsätzlichen* zu sagen:

a) Militärdienstpflicht ist öffentlichrechtliche Pflicht. Schadensstiftung durch ihre Verletzung würde an sich unter das öffentliche Recht fallen. Allein entsprechend der Theorie, die bei Erlass des OR herrschte, unterscheidet die Rechtsprechung zur ausservertraglichen Schadenshaftung nicht danach, ob die Widerrechtlichkeit auf dem Gebiete des öffentlichen oder des privaten Rechtes liege, sondern sieht jene Voraussetzung im Verstoss gegen irgend einen Satz der gesamten Rechtsordnung (BGE 76 II 217, 75 II 204 ff., 30 II 571), wo nicht der Gesetzgeber abweichende Bestimmungen aufgestellt hat. Letztere sind für das dem Militärdienstverhältnis verwandte Beamtenverhältnis in Art. 61 Abs. 1 OR eigens vorbehalten.

In der Literatur wird angenommen, dass bezüglich der

Haftung des Wehrmannes gegenüber dem Wehrmanne für Schadenszufügung bei Ausübung dienstlicher Verrichtungen keine Ausnahme vorgesehen sei (OBERHOLZER, Führer durch das Militärversicherungsrecht I § 46 Ziff. I; STARK in SJZ 1948 S. 353). Zur Stütze ist u.a. auf zwei bundesgerichtliche Urteile verwiesen, welche nebenbei die persönliche Haftung des Wehrmannes erwähnen (BGE 68 II 263, 50 II 363). Immerhin hat das Bundesgericht hierüber nie konkret entscheiden müssen. Es fragt sich daher, ob bei näherer Prüfung die beiläufig geäusserte Ansicht bestätigt werden kann.

b) Auszugehen ist davon, dass Art. 27/28 MO die Haftung gegenüber Zivilpersonen für die infolge militärischer Übungen eingetretenen Körper- und Sachschäden dem Bunde überbinden. Das Bundesgericht hat diese Bestimmungen dahin verstanden, dass sie die Haftung der einzelnen Militärperson aufheben (BGE 47 II 179/180). Im Schrifttum wird allerdings die Meinung verfochten, der Wehrmann hafte wahlweise neben dem Bund (FLEINER, Bundesstaatsrecht S. 648 N. 33; OFTINGER, Haftpflichtrecht II S. 1068 N. 69; STARK, a.a.O. S. 352). Aber es erübrigt sich, auf die im Zusammenhang damit laut gewordene Kritik an der bundesgerichtlichen Auslegung einzugehen, nachdem in Art. 237 des am 19. Dezember 1946 revidierten Verwaltungsreglementes der Armee (vgl. AS 1946 S. 1074) und in Art. 103 des am 30. März 1949 erlassenen neuen Verwaltungsreglementes (vgl. AS 1949 II S. 1118) ausdrücklich erklärt wurde, dass die Haftung des Bundes gemäss Art. 27 und 28 MO die Geltendmachung einer Schadenersatzforderung durch die Geschädigten gegen die am Unfall beteiligten Militärpersonen ausschliesse. Darin ist, angesichts der vorangegangenen Rechtsprechung und des Charakters des Verwaltungsreglementes der Armee, lediglich eine Verdeutlichung und nicht eine Änderung des durch Gesetz (MO) geschaffenen Rechtszustandes zu erblicken.

Diese Regelung wird gelegentlich darauf zurückgeführt,

dass der Geschädigte oftmals den Schädiger unter den Militärpersonen nicht kenne. Indessen dürften derartige Überlegungen nicht ausschlaggebend gewesen sein. Sonst wäre unverständlich, warum dort, wo der Schädiger bekannt ist, nicht die Wahl der Behaftung offen stände. Der wahre Sinn des Haftungsausschlusses ist in der für militärisches Denken unabweislichen Folgerung zu suchen, dass der Soldat über die Durchführung seiner dienstlichen Aufgabe nur dem Militärherrschaft Rechenschaft schulden solle, dem Art. 29 MO den Rückgriff einräumt, der aber — zum Schutze des Wehrmannes wie im Interesse der Armee, um die Dienst- und Verantwortungsfreude nicht zu beeinträchtigen — auch die aussergewöhnlichen Umstände, unter denen der Soldat handelt, berücksichtigen kann und wird.

Mit solcher, schlechtweg auf das Tätigwerden in dienstlicher Obliegenheit abstellender Deutung kaum mehr vereinbar ist dann freilich die Einschränkung in BGE 69 II 93, dass Art. 27 MO nur Anwendung finde, wenn beim schädigenden Ereignis sich die besondere Gefährlichkeit militärischer Übungen ausgewirkt habe. Die spezifische Gefährdung der Zivilperson durch militärische Übungen, heisst es in jenem Präjudiz, bilde die Rechtfertigung für eine kausale Haftpflicht, wie sie der Eidgenossenschaft mit Art. 27/28 MO auferlegt werde. Wohl mag die besondere Gefährlichkeit, welche die militärischen Übungen im allgemeinen kennzeichnet, die gesetzliche Verantwortlichkeitsordnung veranlasst haben. Daraus folgt aber keineswegs, dass dort, wo dieser gesetzgeberische Grund ausnahmsweise einmal nicht verwirklicht ist, die Kausalhaftung des Bundes entfalle. Auch die kausale Eisenbahn- und Motorfahrzeug-Haftpflicht fusst auf der allgemein vorhandenen Betriebsgefahr. Trotzdem umfasst sie Betriebsunfälle, bei denen praktisch die Gefährlichkeit als solche nicht im geringsten mitgespielt hat. Die geschichtliche Auslegung des Art. 27 MO spricht wiederum gegen die genannte Anwendungsbeschränkung. Wie FLEINER dar-

tut, wurde vom Gesetzgeber der Schaden « infolge militärischer Übungen » als Gegensatz zum Kriegsschaden verstanden. Ob die Staatshaftung sich bloss auf die im Instruktionsdienst verursachten Schäden erstrecke, was das Bundesgericht anhand des Wortlautes der Vorschrift voraussetzt (BGE 47 II 513, 526, 562), oder auch auf die im Aktivdienst verursachten Schäden, was FLEINER für richtig hält und offenbar in der Praxis der Bundesverwaltung zugestanden wird, braucht hier nicht abgeklärt zu werden. Wesentlich ist, dass für die Wahl der Ausdrücke « militärische Übungen » die Absicht bestimmend war, die vordem bestehende Bundeshaftung für Kriegsschäden zu beseitigen. Danach hat also die gesetzliche Formel einfach die (engere oder weitere) Bedeutung von Militärdienst im Nichtkriegsfalle (vgl. FLEINER, a. a. O. S. 648 ; Art. 226 letzter Satz der MO von 1874, AS I S. 319, und Art. 298 des Verwaltungsreglementes vom 27. März 1885, AS VIII S. 302 ; HÜRLIMANN, Die Haftung des Bundes und der Militärpersonen für den im Militärdienst entstandenen Schaden, Zürcher Diss. 1925, S. 34 und 51).

c) Der den Art. 27/28 MO innewohnende Leitgedanke trifft nun im Verhältnis zwischen Wehrmann und Wehrmann nicht weniger zu, als im Verhältnis zwischen Wehrmann und Zivilperson. Es gebietet an jeder innerlich überzeugenden Erklärung dafür, weshalb die persönliche Haftung des Wehrmannes gegenüber der geschädigten Zivilperson ausgeschlossen und gegenüber dem geschädigten Wehrmann gegeben sein sollte, nachdem doch beiden der Bund für den Schaden einsteht, der Zivilperson gemäss Art. 27/28 MO durch direkte Haftung, dem Wehrmann gemäss Art. 21 MO durch das Mittel seiner sogenannten Militärversicherung (die ja keine Versicherung im technischen Sinne ist, sondern die Übernahme des Schadenersatzes in Formen, die für Versicherungsleistungen charakteristisch sind). Die auf Literaturmeinungen gestützte Argumentation des Bezirksgerichtes, zur Befreiung des Wehrmannes von der Haftung gegenüber dem Wehrmann

hätte es der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung bedurft, geht fehl. Ein auf Ausschluss dieser Haftung gerichteter Wille des Gesetzgebers kann sich, wie jede negative Entscheidung, konkludent ergeben. Auch in Art. 27/28 MO hat sich der Gesetzgeber mit der Festlegung der Bundeshaftung begnügt und es nicht für nötig erachtet, daneben noch die Aufhebung der Haftung des Wehrmannes auszusprechen. Die diesen allenfalls treffende Verantwortlichkeit wurde gesondert in Art. 29 MO umschrieben. Und zwar handelt es sich dort, ungeachtet des Wortlautes der Bestimmung, nicht um einen echten Rückgriff, d. h. um einen Anspruch kraft Subrogation, sondern um einen Anspruch des Bundes kraft eigenen Rechtes. Gleich wie bei Art. 27/28 MO verhält es sich bei Art. 21 MO. Zuzugeben ist, dass Art. 16 des MVG von 1901 und Art. 49 des MVG von 1949 (AS 1949 II S. 1688) textlich der Ansicht Vorschub leisten, dass der Bund durch seine Militärversicherung mit dem Rückgriff lediglich den Schadenersatzanspruch geltend mache, der dem Versicherten gegen die Person des Schädigers erwuchs. Die Vorinstanz nimmt das an, wenn sie sagt, das MVG setze in der Rückgriffsregelung die persönliche (zivilrechtliche) Haftbarkeit des schädigenden Wehrmannes geradezu voraus. Es ist indessen nicht zu übersehen, dass die Militärversicherung jegliche Schädigung eines Wehrmannes einschliesst, so auch Schädigungen durch Zivilpersonen oder durch einen anderen Wehrmann ausserhalb dienstlicher Verrichtung (z. B. Verletzung bei einer Rauferei unter Soldaten). Solche Fälle standen wohl bei der Abfassung der Rückgriffsbestimmung im Vordergrund, nicht Schädigungen durch fehlerhafte Erfüllung der Dienstpflicht. Denn die Vorstellung, der Wehrmann werde im öffentlichrechtlichen Verhältnis der Militärdienstpflicht wegen der Art der Ausführung dienstlich befohlener Handlungen einem anderen Wehrmann gegenüber zivilrechtlich haftbar, ist im vorneherein abliegend. Dass bei der Redaktion des Rückgriffsartikels im MVG nicht unterschieden und für Schadensfolgen dienst-

licher Verrichtungen nicht eine dem Art. 29 MO analoge Formulierung aufgenommen wurde, dürfte auf blosser Ungenauigkeit zurückgehen, weil eben mangels sicheren Anhaltes nicht zu vermuten ist, der Gesetzgeber habe hinsichtlich der Verantwortlichkeit des Wehrmannes für seine auf der Dienstpflicht beruhenden Handlungen abweichendes Recht schaffen wollen, je nachdem ob der Geschädigte eine Zivil- oder eine Militärperson sei.

Anders als der Zivilperson gemäss Art. 27/28 MO vergütet der Bund dem Wehrmann durch die Militärversicherung nicht den vollen Schaden. Die Verdiensteinbusse wird in absolut festgelegten Grenzen nur mit 80-90 % berücksichtigt (Art. 20 MVG, wobei zu bemerken ist, dass der Anspruch an die Militärversicherung im Vergleich zu demjenigen an den Bund nach OR auch erhebliche Vorteile hat, beispielsweise dank dem Ausgleich durch Teuerungszulagen auf Dauerleistungen bei Geldentwertung). Jedoch fällt die Schlechterstellung nicht entscheidend ins Gewicht. Es liegt in der Eigenart des militärischen Betriebes, dass er vielerlei Gefahren birgt, deren Folgen mitzutragen wohl dem Wehrmann, aber nicht der Zivilperson zugemutet werden kann. Der Kläger wendet ein, ein solches Opfer rechtfertige sich höchstens gegenüber dem Staate bei Schädigungen im Militärdienst, für die niemanden eine persönliche Verantwortlichkeit trifft; gegenüber dem schuldigen Wehrmann dürfe es billigerweise nicht verlangt werden. Allein die Billigkeit erheischt auch, zugunsten des Schadensstifters zu beachten, dass er als Wehrmann bei seinen dienstlichen Verrichtungen nicht aus freiem Willen handelte, sondern der Zwang des Dienstbefehls es war, der ihn, abseits der gewohnten Lebensverhältnisse, in eine Lage brachte, der er sich nicht gewachsen zeigte. Mit den nämlichen Erwägungen hängt offenbar zusammen, dass dem versicherten Wehrmann sein Selbstverschulden nur in bescheidenem Masse angerechnet wird (Art. 7 MVG).

d) Namentlich für den Schaden aus einem Motorfahrzeugunfall glaubt der Beklagte die Aufhebung direkter

Haftung des Wehrmannes aus Art. 57 MFG herleiten zu können, der vorschreibt, dass wenn eine der Militärversicherung unterstellte Person durch den Betrieb eines Militärfahrzeugs verletzt oder getötet wird, « ausschliesslich die Bundesgesetzgebung über die Militärversicherung Anwendung » findet. Damit scheidet die Anwendbarkeit des OR anstelle des nicht zur Anwendung kommenden MFG ohne weiteres aus. Diese Tragweite kann aber das Wort « ausschliesslich » nicht haben. Sonst entfielen sogar die Schadenersatzklagen des betroffenen Wehrmannes gegen den Wehrmann, der das Fahrzeug nicht dienstlich geführt hat, und gegen die Zivilperson, die eventuell für den Unfall mitverantwortlich ist, was zweifellos nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen würde. Wie schon die Vorinstanz dargelegt hat, besagt die Bestimmung nach Wortlaut und Stellung im Gesetze nur, dass in Abweichung von Art. 47 MFG für den durch bundeseigene Fahrzeuge bewirkten Schaden der Bund selber gegenüber der verletzten Militärperson einzig gemäss MFG haftet.

Richtig ist aber soviel, dass gerade das Beispiel der Schadensstiftung bei kommandierter Führung eines Militär-Motorfahrzeugs geeignet ist, das Unbillige einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des Wehrmannes gegenüber dem Wehrmanne aufzuzeigen. Ganz allgemein unterliegt das Verhalten des Motorfahrzeuglenkers einer besonders strengen Beurteilung. Für den zivilen Führer bringt das wegen der Versicherungspflicht des haftenden Halters keine unerträglichen Nachteile. Der Wehrmann ist jedoch nicht versichert. Er hätte also persönlich dem Geschädigten für den durch die Militärversicherung nicht gedeckten Schaden gutzustehen. Dieser kann sehr hohe Summen erreichen; man vergegenwärtigt sich einen Unfall bei so alltäglichen Vorkommnissen, wie der Führung eines vollbesetzten Mannschaftswagens oder der Lenkung eines Motorfahrzeugs inmitten des Gedränges besammelter Truppen. Vernünftigerweise wäre aber eher zu erwarten, dass die Verantwortlichkeit des Wehrmannes für derartige

Schadensfolgen weniger drückend sei als diejenige von Zivilpersonen. Denn der Soldat wird für den Krieg ausgebildet. Alle militärische Erziehung strebt nach Förderung von Forscherheit und Draufgängertum, nicht von Bedächtigkeit und Zurückhaltung, welche Eigenschaften den zivilen Automobilisten auszeichnen sollen. Dass nun der Bund seine militärischen Motorfahrzeugführer gegen solche Haftung nicht versichert, lässt sich kaum anders als damit erklären, dass er eine direkte Haftung von Wehrmann zu Wehrmann so wenig wie von Wehrmann zur Zivilperson als gegeben erachtet. Gewiss ist die Auffassung der Verwaltung rechtlich nicht massgebend. Immerhin bestärkt sie die durch Gesetzesauslegung gewonnene Erkenntnis, dass eine zivilrechtliche Haftung zwischen Wehrmännern für den Schaden aus dienstlicher Verrichtung nicht beabsichtigt sein kann. Nicht eine dem Wesen der Militärdienstpflicht dermassen zuwiderlaufende Ordnung ausdrücklich wegzubedingen war geboten. Gegenteils wäre, um sie als gewollt zu unterstellen, eine greifbare gesetzliche Handhabe erforderlich, zumal die Haftung des Wehrmannes gegenüber dem Wehrmanne gemäss Art. 41 OR, wenn grundsätzlich zu bejahen, auch im Kriege bestände, während gegenüber der Zivilperson die Haftung für Kriegsschäden durch Art. 27 MO abgeschafft wurde.

3. — Der Grundsatz des Haftungsausschlusses im Verhältnis zwischen Wehrmännern gilt, wie bereits betont, nur für den in Ausübung der Dienstpflicht bewirkten Schaden. Daher bleibt noch der Begriff der dienstlichen Verrichtung zu erörtern. Es fällt darunter die reglementarisch vorgeschriebene, allgemein oder gesondert befohlene oder zur Bewältigung des erhaltenen Auftrages (etwa in einer Gefechtsübung) aus den Bedürfnissen der augenblicklichen Lage sich ergebende, allenfalls mit Hilfe zur Verfügung gestellter oder erlaubter und tauglicher Mittel durchgeführte militärische Betätigung. Soweit der Wehrmann in diesem Rahmen und mit willensmässiger Konzentration auf die Erfüllung seiner Aufgabe handelt, ist er der direkten

Verantwortlichkeit für angerichteten Schaden enthoben, selbst wenn ihn ein gewisses Verschulden trifft. Denn mit menschlichem Versagen des Soldaten in der ihm aufgenötigten Stellung muss der Militärherr rechnen, deshalb die Folgen auf sich nehmen. Umgekehrt greift keine Haftungs-befreiung Platz, für jede — sei es auch in äusserer Verbindung mit dienstlicher Verrichtung, jedoch ohne Rechtfertigung durch die ihr zugrunde liegende dienstliche Anordnung — absichtlich zugefügte Schädigung, ferner für allen vom Wehrmanne ausserhalb seines dienstlichen Pflichtenkreises (in Arbeitspausen, während der Freizeit usw.) gestifteten Schaden. Grenzfälle sind denkbar, wo ein Schaden wohl innerhalb des normalen Diensbetriebes, aber durch ausgesprochen grobes Verschulden bewirkt worden ist. Hiezu bemerkte schon BGE 47 II 181 für das Verhältnis zwischen Wehrmann und Zivilperson, der Nachweis eines groben Verschuldens lasse « Zweifel darüber entstehen, ob der Eingriff in Ausübung der Dienstpflicht erfolgt sei »; sofern sich der Soldat « gänzlich ungeeigneter oder verbotener Mittel zur Ausführung einer angeblich dienstlichen Massnahme » bediene, könne das « den Schluss rechtfertigen, er habe in Wirklichkeit nicht dienstliche, sondern private (z. B. Rachezwecke) verfolgt ». So wie sie lautet, zieht diese Formulierung die Vorbehaltsschranken allzu eng. Sie ist offenbar zugeschnitten auf die absichtliche Schadenszufügung in Vollziehung einer dienstlichen Anordnung, wie sie damals zur Beurteilung stand. Ein derartiger Vorgang bildet im Nichtkriegsdienst immerhin eine Seltenheit und dürfte namentlich im Verhältnis zwischen Wehrmännern zwar nicht unmöglich (zu erinnern wäre etwa an die Pflichten einer vor wichtigen militärischen Objekten aufgestellten Schildwache), aber doch eher ungewöhnlich sein. Hier stehen im Vordergrund die der fachtechnischen und soldatischen Schulung sowie der Befriedigung irgendwelcher Truppenbedürfnisse (Materialbeschaffung, Unterkunft, Verpflegung usw.) gewidmeten Dienstverrichtungen. Sie setzen sich häufig aus einer

Mehr- oder Vielzahl einzelne Handlungen zusammen. Von diesen kann jede durch fehlerhafte Ausführung zur Schadensursache werden, ohne dass ihr oder der Verrichtung im Ganzen deswegen der dienstliche Charakter genommen würde. Auch wenn der Wehrmann in völlig falscher, sogar bewusst vorschriftswidriger Weise zu Werke gegangen ist, wird sich keineswegs immer ergeben, dass er statt der Dienstpflicht zu genügen private Zwecke zu erreichen trachtete. Trotzdem kann sich ausnahmsweise die Anerkennung der persönlichen Haftbarkeit aufdrängen, nämlich in Fällen besonders schwerer Fahrlässigkeit, bei denen das gezeigte Verhalten mit den Anforderungen eines vernünftig verstandenen Dienstbetriebes nichts mehr gemein hat und die verschuldensmässig einer durch den Dienstbefehl nicht gedeckten Schädigung so nahe kommen, dass die Gleichbehandlung gerade um der sinngerechten Wahrung des allgemeinen Grundsatzes willen als angebracht erscheint.

4. — Unbestrittenermassen ereignete sich der Unfall vom 29. Oktober 1946 auf befohlener Dienstfahrt. Was seine rein militärischen Obliegenheiten betrifft, hat der Beklagte nicht gefehlt. Die Tatsache aber, dass er mit dem nach links abgelenkten Jeep noch 6-8 m weit hart am Strassenbord entlang fuhr, statt anzuhalten oder wieder nach rechts einzubiegen, vermag die Vorinstanz nur mit vorübergehender Unaufmerksamkeit zu erklären. Bei dem Gedanken, dass der Führer aus Unfähigkeit nicht imstande gewesen sein könnte, eine unerwartet eingetretene Situation zu meistern, hält sie sich nicht auf, obwohl die dahingehende Einrede des Beklagten durchaus ernst genommen zu werden verdiente. Denn der Jeep war mit ungünstig wirkenden Bremsen versehen. Es besteht die Möglichkeit, dass er deswegen nach links abwich. Der Beklagte ist zudem von seinem Vorgesetzten als wenig geschickter Fahrer qualifiziert. Aber wenn man noch auf die Würdigung der Vorinstanz abstellt, so muss bei den eben erwähnten Gegebenheiten jedenfalls das in

ungenügendem Beherrschen des Fahrzeugs liegende Verschulden des Beklagten als leicht gewertet werden, womit nach dem Vorstehenden dem Ersatzanspruch des Klägers das Fundament entzogen ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird gutgeheissen, das angefochtene Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen.

74. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. Dezember 1952 i. S. Intercommerz A.-G. gegen Tunner.

Kauf, Schadenersatz wegen Nichterfüllung
Voraussetzungen der abstrakten Schadensberechnung, Art. 191 Abs. 3 OR.

Vente, dommages-intérêts pour inexécution.
Conditions du calcul abstrait du dommage, art. 191 al. 3 CO.

Vendita, risarcimento dei danni per inadempienza.
Presupposti del calcolo astratto del danno, art. 191, cp. 3, CO.

Der Kläger hat die ihm infolge der Nichterfüllung des Kaufvertrages gegenüber der Beklagten zustehende Schadenersatzforderung nach der abstrakten Methode berechnet, d.h. er fordert die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem — wesentlich höheren — Preis zur Erfüllungszeit. Diese Berechnungsweise ist nach Art. 191 Abs. 3 OR zulässig für Waren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben. Die Vorinstanz hat nun offen gelassen, ob für die hier in Frage stehende Ware — Betonrundeisen — ein eigentlicher Marktpreis bestanden habe, da die abstrakte Schadensberechnung auch zulässig sei beim Nachweis der Verkäuflichkeit der betreffenden Ware; dann trete an Stelle des eigentlichen Marktpreises der sogenannte Verkäuflichkeitspreis.

Mit ihrer Berufung bestreitet die Beklagte die Zulässigkeit solcher Gleichsetzung von Markt- und Verkäuflich-

keitspreis, da sie dem klaren Wortlaut von Art. 191 Abs. 3 OR zuwiderlaufe.

a) Bei der Entscheidung dieser Frage ist davon auszugehen, dass die abstrakte Schadensberechnung vom Gesetz zugelassen wird, weil sie einem Bedürfnis des kaufmännischen Verkehrs entspricht. Der Kaufmann, der sich als Mittler in den Warenverkehr einschaltet und dabei selber als Käufer und Verkäufer auftritt, zieht seinen Nutzen aus der Differenz zwischen Ankaufs- und Verkaufspreis. Durch den Ausfall eines Umsatzgeschäftes erleidet er einen Verlust, wenn er die Ware zu einem höheren als dem Einstandspreis hätte verkaufen können. Da beim Kaufmann die Vermutung dafür spricht, dass er die gekaufte Ware weiterveräussert hätte, entbindet ihn das Gesetz vom Nachweis eines Ersatzgeschäftes, wenn für die betreffende Ware allgemein ein Markt mit einem durch Angebot und Nachfrage regulierten Preis besteht, und gestattet ihm, den Schaden abstrakt, durch Gegenüberstellung des Vertragspreises und des Marktpreises zu berechnen.

Diese abstrakte Schadensberechnung nach Art. 191 Abs. 3 OR hat ihr Vorbild in § 376 des deutschen HGB. Lehre und Rechtsprechung zu diesem lassen die abstrakte Schadensberechnung zu für alle Waren, die Gegenstand eines Handelskaufes bilden, weil für sie allgemein die Vermutung der Weiterveräusserung gilt. Beim Fehlen eines eigentlichen, auf Kursnotierungen beruhenden Marktpreises wird bis zum Beweis des Gegenteils ihre Verkäuflichkeit angenommen und der abstrakten Schadensberechnung die Differenz zwischen Vertragspreis und Verkäuflichkeitswert zu Grunde gelegt. Dabei ist der Verkäuflichkeitswert nach dem Preis zu bestimmen, den der Verkauf voraussichtlich ergeben hätte (Kommentar der Reichsgerichtsräte zum HGB, Anhang zu § 374 Anm. 60, 60 a; § 376 Anm. 17).

Diese Grundsätze sind von der schweizerischen Rechtsprechung weitgehend übernommen worden. Schon in