

sicht grundsätzlich anwendbar wäre, trifft, abgesehen von der objektiven Voraussetzung eines offenbaren Missverhältnisses zwischen der Leistung und der Gegenleistung, die für sich allein die Rechtsbeständigkeit des Versprechens nicht zu beeinträchtigen vermöchte (AS 43 II S. 806), jedenfalls schon deshalb nicht zu, weil die in subjektiver Beziehung gesetzlich verlangten Tatbestandsmerkmale — Notlage, Unerfahrenheit oder Leichtsinnsinn — nach dem was in den Akten liegt, insbesondere nach dem Gutachten des Sanitätsrates des Kantons Luzern bei Frau Meyerhof vollends fehlten.

5. — Was die Widerklage anbetrifft, ist sie mit der Vorinstanz als unbegründet abzuweisen, da ein durch die Arrestnahme verursachter Vermögensschaden in keiner Weise nachgewiesen ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 4. Dezember 1920 bestätigt.

31. Urteil der II. Zivilabteilung vom 20. April 1921

i. S. Grünzweig gegen Hürlimann.

Art. 41 OR : Haftung des Militärs für in Ausübung der Dienstpflicht verursachten Schaden. — Art. 27 MO.

A. — Am 6. Juni 1917 übernahm die Dragonerschwadron 18 unter dem Beklagten, Hauptmann Hürlimann, den Grenzdienst bei der Ortschaft Benken und wurde hierfür dem Kommandanten des Grenzdetachement Nordostschweiz unterstellt. Die Aufgabe des Detachementes bestand in der Beobachtung der Vorgänge über der Grenze, in der Unterstützung der Zollorgane und in der Kontrolle des Grenzverkehrs.

Auf Grund von Meldungen über starken nächtlichen, offenbar dem Schmuggel dienenden Automobilverkehr aus der Gegend von Marthalen und Laufen bis nach Ellikon gegen den Rhein hin, erhielt die Schwadron 18 den Befehl, diesen Verkehr zu überwachen. Hauptmann Hürlimann ordnete darauf am 2. Juli 1917 die Aufstellung eines Unteroffizierspostens bei der Kreuzung der Strassen Benken-Uhwiesen und Benken-Dachsen an. Dieser Posten erhielt den Befehl, sich in drei Staffeln von ca. 50 m Abstand aufzustellen und allfällig vorbeifahrende Automobile aufzuhalten, und zwar sollten die erste Staffel durch lautes Rufen, durch Zeichen und eventuell durch Schreckschüsse, die zweite Staffel ebenfalls durch Rufen und eventuell durch Schüsse auf Räder und Motor versuchen, die Fahrzeuge zum Stehen zu bringen. Die dritte Staffel sodann hatte den Befehl, durch Schüsse auf den untern Teil der Fahrzeuge und nötigenfalls auf die Insassen die Wagen unbedingt anzuhalten. Die Organisation des Postens wurde dem Feldweibel Tanner, das Kommando dem Korporal Bühler übertragen.

Am gleichen Nachmittage war dem Beklagten Hürlimann der Befehl des Generalstabschefs über den Waffengebrauch im Grenzdienst, vom 30. Juni 1917, zugegangen. Hürlimann übergab ihn dem Feldweibel Tanner, der ihn seinerseits dem Korporal Bühler teilweise vorlas und sodann aushändigte. Der Befehl hält in Ziff. 1 die Art. 202 ff. des Dienstreglementes für die schweiz. Armee aufrecht und gestattet in allen Fällen von Notwehr, tätlichem Angriff, Bedrohung der Bewegungsfreiheit und Widerstand bei Ausführung von Befehlen den Waffengebrauch. Ziff. 2 sieht vor, dass Grenzposten und Patrouillen allgemein bei Nacht, sofern ihnen sich nähernde Personen nicht erkennbar seien und dem Rufe « Halt ! » nicht Folge leisten, von der Schusswaffe Gebrauch zu machen haben. Dagegen sollen nach Ziff. 3 die im Polizei- und Zollwachtdienst tätigen Posten gegenüber als solchen erkennbaren Zivilpersonen von der Schusswaffe nicht Gebrauch machen, son-

dern die Anhaltung auf andere Weise zu erreichen suchen. Ziff. 6 endlich bestimmt, es solle allgemein nur geschossen werden, wenn die Anhaltung auf andere Weise nicht erreicht werden könne.

Statt in Abständen von 50 m stellte Korporal Bühler die drei Staffeln seines Postens in Abständen von nur 25-30 m auf. Um Mitternacht fuhr aus dem Dorfe Benken ein Automobil heran, worauf die drei Staffeln im wesentlichen instruktionsgemäss in Aktion traten. Die erste versuchte durch Rufen und Schreckschüsse den Chauffeur zum Anhalten zu veranlassen, die zweite rief ebenfalls « Halt ! » und gab sodann Schreckschüsse und Schüsse in der Richtung der Räder und des Motors ab, die dritte endlich gab Schreckschüsse ab, schoss dann aber, als der Wagen mit unverminderter Geschwindigkeit weiterfuhr, auch in den Wagen hinein. Das Fahrzeug fuhr noch einige Meter weiter und hielt dann an. Der Chauffeur und der Insasse Grünzweig waren durch Geschosse getötet worden.

Der fahrlässigen Tötung angeklagt wurde Hauptmann Hürlimann vom Territorial-Gericht 5 freigesprochen. Eine gegen die Dragoner des Unteroffizierspostens eingeleitete Strafuntersuchung wurde sistiert.

B. — Mit der vorliegenden Klage verlangten die Ehefrau des erschossenen Grünzweig und sein Sohn gestützt auf Art. 41 ff OR von Hauptmann Hürlimann, Feldweibel Tanner und Korporal Bühler wegen Tötung ihres Versorgers 40,000 Fr. bzw. 15,000 Fr. Schadenersatz. Die Beklagten bestritten die Forderung grundsätzlich und eventuell im Quantitativ.

C. — Beide kantonalen Instanzen haben die Klage abgewiesen, das Bezirksgericht, weil Militärpersonen für Schaden, der aus militärischen Handlungen entstehe, überhaupt nicht belangt werden können, das Obergericht, weil die Requisite des Art. 41 OR, der im Gegensatz zur Vorinstanz als auch auf Militärpersonen anwendbar erklärt werden müsse, nicht gegeben seien; insbesondere fehle es an dem Requisit des Verschuldens.

D. — Gegen das am 28. Juni 1920 erlassene Urteil des Obergerichtes haben die Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage, die Klage im Betrage von 12,000 Fr. bzw. 15,000 Fr. zuzusprechen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Ob die Schädigung, die die Kläger durch die Tötung ihres Versorgers erfahren haben, unter den Begriff der unerlaubten Handlungen fällt, ergibt sich nicht aus Art. 41 ff. OR. Für die Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Handlung ist vielmehr, nach konstanter Praxis des Bundesgerichts, massgebend, ob sie gegen positive kantonale oder eidgenössische Schutznormen oder aber gegen allgemeine Normen der Rechtsordnung verstösst. Solche besondere positive Bestimmungen oder Regeln der allgemeinen Rechtsordnung können aber auch an sich unzulässige Eingriffe in Rechte Dritter ihrer Widerrechtlichkeit entkleiden.

Die Befugnis öffentlicher Organe des Bundes, der Kantone und der Gemeinden in ihrer Eigenschaft als Vertreter der Staatsgewalt solche Eingriffe vorzunehmen, wird ausschliesslich durch das öffentliche Recht geregelt (Becker N. 1 zu Art. 61). Öffentliches Bundesrecht muss daher auch darüber entscheiden, inwieweit Militärpersonen in ihrer Eigenschaft als solche ohne widerrechtlich zu handeln die Schutzsphäre des Zivilrechtes überschreiten dürfen.

Eine ausdrückliche Norm, die die Widerrechtlichkeit derartiger von Militärpersonen vorgenommenen Schädigungen allgemein ausschliessen würde, besteht nicht. Dagegen bestimmt Art. 27 Militärorganisation: « Wenn infolge militärischer Uebungen eine Zivilperson getötet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Bund für den daraus entstandenen Schaden.... ». Für den Fall der Tötung und der Körperverletzung anlässlich militärischer Uebungen wird damit die Haftung der einzelnen Militärperson dem Geschädigten gegenüber aufgehoben. Art. 27

sagt dies zwar nicht ausdrücklich, doch kann ein Zweifel darüber, dass das die Auffassung des Gesetzes ist, nicht bestehen. Zunächst spricht hiefür Art. 29 MO, wo der Rückgriff des Bundes auf den Täter geregelt ist, sodann aber ergibt sich die Richtigkeit dieser Interpretation aus Art. 28 MO, der den Grundsatz des Art. 27 auf Sachschäden ausdehnt, für die in den meisten Fällen eine Belangung des einzelnen Soldaten schon der Natur der Sache nach als ausgeschlossen erscheint. Was aber für den Instruktionsdienst gilt, muss a fortiori für den Aktiv- und Kriegsdienst gelten, wo solche Eingriffe sich in der Regel noch weniger leicht vermeiden lassen als bei zu Instruktionszwecken angeordneten Uebungen. Art. 27 MO ist, insoweit er die Haftung des einzelnen Täters aufhebt, der Ausfluss eines für das gesamte militärische Dienstverhältnis selbstverständlichen Grundsatzes, — dass der Soldat, der im Rahmen seiner Dienstpflicht handelt, keine Widerrechtlichkeit begeht. Die besondere Natur der militärischen Dienstverrichtungen und der damit verfolgten Zwecke bringt es mit sich, dass der Dienstpflichtige, um seine Dienstpflicht erfüllen zu können, oftmals in die Lage kommt, die Rechtssphäre der Zivilbevölkerung überschreiten zu müssen. Diese Eingriffe können sich auf die blosse Beeinträchtigung von Sachgütern beschränken, in vielen Fällen ist aber auch die Beschränkung der persönlichen Freiheit, und namentlich wenn der Ausführung militärischer Aktionen Widerstand geleistet wird, selbst der Eingriff in die körperliche Integrität der Bürger nicht zu vermeiden (vgl. Art. 202 ff. Dienstreglement für die schweiz. Truppen vom 23. Oktober 1908). Indem der Staat seine Bürger zur Leistung von Militärdienst zwingt, ermächtigt er sie daher implicite auch, in Erfüllung der Militärflicht solche Eingriffe vorzunehmen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Dienstpflicht sich nicht erschöpft in der direkten Befehlsausführung. Soweit der Soldat lediglich einen direkten Befehl ausführt, ist der Ausschluss der Widerrechtlichkeit selbstverständlich, da ja jeder Dienst-

pflichtige unter Strafandrohung seinen Vorgesetzten zum Gehorsam verpflichtet ist (vgl. M Str G Art. 61, und über den Ausschluss der strafrechtlichen Widerrechtlichkeit M Str G Art. 30). Das militärische Dienstverhältnis verlangt aber ausser der direkten Befehlsausführung rasches Entschliessen und Handeln auch da, wo es an einem direkten und detaillierten Befehl, und sogar da, wo es an einem Befehl überhaupt fehlt. Für die Frage, ob ein Eingriff in Rechte Dritter gerechtfertigt ist oder nicht, wird in diesen Fällen der Soldat in weitestgehendem Masse auf sein eigenes Ermessen verwiesen. Stellt aber die Rechtsordnung die Bürger zwangsweise vor solche Aufgaben, so muss sie sie auch so lange decken, als sie im Rahmen dieser aufgenötigten Stellung handeln. Es genügt daher, dass der von dritter Seite belangte Soldat im Rahmen seiner dienstlichen Verrichtungen gehandelt hat, um der Schädigung den Charakter der Widerrechtlichkeit zu nehmen und die Haftung des Täters auszuschliessen. Ob den Beklagten ein gewisses Verschulden trifft, ob er bei etwas grösserer Sorgfalt einen Eingriff hätte vermeiden können, ob er einen erhaltenen Befehl bei genauerer Ueberlegung anders hätte verstehen müssen, braucht in diesem Falle nicht untersucht zu werden. Dagegen besteht immerhin insofern eine gewisse Verquickung der Schuldfrage mit der Frage nach der Widerrechtlichkeit, als der Nachweis eines groben Verschuldens geeignet ist, Zweifel darüber entstehen zu lassen, ob der Eingriff in Ausübung der Dienstpflicht erfolgt sei. Bedient sich der Soldat gänzlich ungeeigneter oder verbotener Mittel zur Ausführung einer angeblich dienstlichen Massnahme, so kann das den Schluss rechtfertigen, er habe in Wirklichkeit nicht dienstliche sondern private Zwecke (z. B. Rachezwecke) verfolgt.

2. — Im vorliegenden Falle kann ein Zweifel darüber, dass sämtliche Beklagten in Ausübung ihrer Dienstpflicht und daher nicht widerrechtlich handelten, nicht bestehen. Hinsichtlich der Beklagten Tanner und Bühler stellte die Vorinstanz fest, dass sie im wesentlichen den Befehlen des

Beklagten Hürlimann nachgelebt haben, und dass zudem, wo sie von ihnen abwichen, ein Kausalzusammenhang zwischen dieser Abweichung und dem Eintritt des Schadens nicht besteht. Was aber den Beklagten Hürlimann anbelangt, so hatte er von seinen Vorgesetzten den Auftrag erhalten, den nächtlichen Automobilverkehr bei Benken zu überwachen. In Ausführung dieses Befehles, also zweifellos in Ausübung seiner Dienstpflicht, hat er den Unteroffizierspostens aufgestellt und ihm die Befehle gegeben, die zur Tötung Grünzeigs führten. Auch davon, dass ein grobes Verschulden dargetan sei, das im Sinne der obenstehenden Ausführungen auf die Verfolgung privater Zwecke schliessen liesse, kann nicht die Rede sein. Die vom Beklagten Hürlimann befohlenen und von den übrigen Beklagten ausgeführten Massnahmen entsprachen vielmehr, wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, in allen Teilen den gegebenen Verhältnissen und waren insbesondere auch nicht durch den oben zitierten Befehl des Generalstabschefs über den Waffengebrauch verboten worden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Juni 1920 bestätigt.

32. Urteil der II. Zivilabteilung von 28. April 1921
i. S. Naser gegen Fatzer.

Art. 171 OR: Gewährleistung für die Bonität der abgetretenen Forderung. Ist die Zusicherung, der Titel sei gut, Haftungsübernahme?
Art. 31 Abs. 3 OR: Schadenersatzanspruch nach Genehmigung eines wegen Betrugs unverbindlichen Vertrages. Negatives Vertragsinteresse.

A. — Die Klägerin, Witwe Elise Naser, fertigte unterm 16. Juni 1915 dem Notar Fatzer, dem Erblasser der Beklagten, ihr in Romanshorn gelegenes Wohnhaus zum Preise von 37,000 Fr. zu. Laut Kaufvertrag sollte dieser Betrag getilgt werden durch Uebernahme einer auf der Liegenschaft haftenden Hypothek von 26,000 Fr., durch Errichtung eines Schuldbriefes von 6000 Fr. im II. Range und durch Abtretung eines Kaufschuldversicherungsbriefes per 5700 Fr., lastend auf einem einer Martha Oberli in Goldach gehörenden Grundstück. Der Käufer versicherte der Klägerin in Gegenwart des Grundbuchbeamten, der Kaufschuldversicherungsbrief sei gut. In Wirklichkeit hatte die Schuldnerin Oberli seit Jahren keine Zinsen mehr bezahlt und Fatzer selbst, der den Brief seinerzeit unter gleichzeitiger Verbürgung an die Thurgauische Hypothekenbank abgetreten hatte, war genötigt gewesen, der Bank die Zinsen zu entrichten, weshalb er sich auch gegenüber den Eheleuten geäußert hatte, der Brief sei nichts wert.

Am 5. Februar 1916 betrieb die Klägerin die Schuldnerin des abgetretenen Titels für Kapitalzinse. Ueber die Eheleute Oberli wurde in der Folge der Konkurs eröffnet, wobei die Klägerin mit ihrem Brief (Zins und Kapital) zu Verlust kam. Nunmehr erhob Frau Naser am 18. November 1916 gegen Fatzer bei den thurgauischen Strafbehörden Strafklage und erklärte, als sie auf Ersuchen des thurgauischen Untersuchungsrichters