

kaufte Ware in — zum Tageskurs in Franken umzurechnenden — Mark bezahlen liess, das Risiko für einen Kursverlust, welcher übrigens durch rechtzeitige Umwandlung in Franken hätte vermieden werden können, übernommen.

Da nach dem Gesagten als Leistung des Hess nicht der einbezahlte Markbetrag als solcher zu gelten hat, sondern der auf Grund der Umrechnung ermittelte und dem Hess gutgeschriebene Frankenbetrag, so hat der Beklagte der Pflicht zur Rückerstattung des «Geleisteten» im Sinne von Art. 109 OR durch Rückzahlung von 37,186 Mk. 30 Pf. an Hess nicht Genüge geleistet, sowenig als umgekehrt die Kläger, wenn inzwischen die Kaufkraft der Mark gestiegen wäre, gegenüber dem Beklagten auf Rückerstattung der von Hess einbezahlten Marksumme hätten Anspruch erheben können. Vielmehr ist der Beklagte gehalten, den Klägern den geforderten Frankenbetrag (welcher in quantitativer Hinsicht nicht angefochten worden ist) zu bezahlen, und denselben vom Datum der jeweiligen Einzahlungen des Hess an zu 5% zu verzinsen.

3. — Ist somit die Klage schon aus diesem Gesichtspunkt gutzuheissen, so entfällt die von der Vorinstanz untersuchte weitere Frage, ob den Klägern auf Grund von Art. 109 Abs. 2 OR ein Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens zustehe.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

1. Die Berufung des Beklagten wird abgewiesen.
2. Die Berufung der Kläger wird begründet erklärt und damit, in Abänderung des Urteils des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen vom 13. März 1923, der Beklagte verurteilt, an die Kläger 23,716 Fr. 15 Cts., nebst 5% Zins seit dem Datum der jeweiligen Einzahlungen des Hess an den Beklagten im Oktober und Dezember 1918 und Januar 1919, zu zahlen.

40. Urteil der II. Zivilabteilung vom 12. Juli 1923

i. S. Ph. Lutomirski & Cie. gegen Kanton Zürich.

Art. 61 Abs. 2 OR: Voraussetzungen der Anwendung (Erw. 3).
Haftung der Kantone für Bundesrechtswidrigkeit ihrer Gesetzgebung und Beamtenhaftpflicht der Kantone folgt nicht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (Erw. 4).

Verjährung, Fristbeginn (Erw. 2).

Beamtenhaftpflicht des Kantons Zürich folgt nicht aus § 227 des zürcher. EG zum ZGB (Erw. 5).

A. — Die Verordnung des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 28. Juni/3. Juli 1918 über das Strafrecht und das Verfahren bei Zuwiderhandlungen gegen Kriegsverordnungen ermächtigt in § 11 die kantonale Polizeidirektion, Waren, mit welchen eine strafbare Übertretung begangen worden ist oder voraussichtlich begangen werden soll, unabhängig vom Strafverfahren zu beschlagnahmen und zu enteignen. Gemäss § 12 darf die Enteignung erst vollstreckt werden, wenn die Frist von zehn Tagen zur Beschwerde an den Regierungsrat abgelaufen oder die Beschwerde abgewiesen ist.

B. — In Anwendung dieser Vorschriften in Verbindung mit Art. 1 litt. c der Verordnung des Bundesrats vom 18. April 1916 gegen die Verteuerung von Nahrungsmitteln und andern unentbehrlichen Bedarfsgegenständen beschlagnahmte die kriegswirtschaftliche Polizeikontrôle des Kantons Zürich am 26. November 1918 11 Stücke (447 Meter) Wolltuch (serge), welche am 1. Oktober 1917 von der Firma Thomann, Arbenz & Cie. für 9 Fr. 50 Cts. per Meter bei der Wollweberei Gyr & Cie. in Frauenfeld gekauft und sodann sukzessive unter erheblichen Preiszuschlägen weiterverkauft worden waren: zunächst, und zwar noch vor der Lieferung, an Isidor Ullmann in Basel, dann durch Vermittlung des Kommissionärs L. Wertheimer in Basel an die Klägerin, Firma Ph. Lutomirski & Cie. in Zürich,

und endlich am 2. September 1918 an E. Mandowsky in Zürich, welcher für den Meter 17 Fr. 35 Cts. bezahlen musste. Die Direktion der Justiz und Polizei des Kantons Zürich verfügte am folgenden Tage, dass der Stoff dem Mandowsky enteignet und zu angemessenem Preis verkauft werde. Eine von Mandowsky gegen diese Verfügungen geführte Beschwerde wies der Regierungsrat des Kantons Zürich durch Beschluss vom 21. Dezember 1918 ab. Der Stoff wurde dann am 14. Mai 1919 zum Preise von 9 Fr. 50 Cts. per Meter verkauft. Der Nettoerlös, welcher nach Abzug der Kosten und einer Staatsgebühr 4217 Fr. 65 Cts. betrug, wurde an die Firma Ph. Lutomirski & Cie. ausgerichtet, da Mandowsky keinen Anspruch darauf erhob, mit der Begründung, er werde von jener schadlos gehalten.

Das inzwischen gegen Ullmann, Wertheimer und die Klägerin wegen Sachwucher eingeleitete Strafverfahren endete mit deren Freispruch durch Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 17. Februar 1920, dessen Begründung im wesentlichen dahingeht, mit den Weiterverkäufen der Ware sei nicht die Absicht verfolgt worden, sie dem Verbrauch zu entziehen, dadurch eine Preissteigerung herbeizuführen und damit einen Gewinn zu machen. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich legte zunächst Berufung gegen dieses Urteil ein, nahm sie aber am 21. Januar 1921 wieder zurück.

B. — Mit der vorliegenden, am 29. Juni 1921 beim Friedensrichteramt angemeldeten, am 3. Januar 1922 beim Bundesgericht direkt eingereichten Klage verlangt die Firma Ph. Lutomirski & Cie. vom Kanton Zürich Schadenersatz im Betrage von 4677 Fr. 86 Cts. nebst 6% Zins seit 15. Februar 1921, nämlich der Differenz zwischen dem am 15. Februar 1921 an Mandowsky zurückerstatteten Kaufpreis von 7755 Fr. 45 Cts. nebst Zins bis dahin = 1140 Fr. 05 Cts. und dem durch den Verkauf erzielten Nettoerlös.

Der Kanton Zürich trug auf Abweisung der Klage an, neben anderen Gründen wegen Verjährung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die Zuständigkeit des Bundesgerichts als einziger Instanz ist gemäss Art. 48 Ziff. 4 OG gegeben. Insbesondere entspricht es ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts, Streitigkeiten der vorliegenden Art als zivilrechtliche Streitigkeiten im Sinne der angeführten Bestimmung aufzufassen (AS 42 II S. 613).

2. — Der Beklagte geht davon aus, der geltend gemachte Anspruch sei der einjährigen Verjährungsfrist unterworfen, weil er aus einem quasideliktischen Tatbestand hergeleitet werde, und verweist zur Begründung seiner Verjährungseinrede darauf, dass der Verkauf des Stoffes, durch welchen der Schaden ziffermässig bestimmt worden ist, bereits am 14. Mai 1919 erfolgte, die Klage aber erst am 29. Juni 1921 erhoben wurde. Indessen übersieht der Beklagte, dass die Klägerin die Klage nicht auf die Vornahme der Enteignung als solche, sondern auf die Widerrechtlichkeit dieser Massnahme stützt, die durch die Freisprechung der wegen Sachwucher Angeklagten dargetan worden sei. Es leuchtet ohne weiteres ein, dass ein solcher Anspruch nicht geltend gemacht werden konnte, bevor das freisprechende Urteil des Bezirksgerichts Zürich die Rechtskraft beschritten hatte ; ja es war geradezu die Entstehung des Anspruchs von der gerichtlichen Feststellung abhängig, dass mit der enteigneten Ware weder eine strafbare Übertretung begangen worden ist noch voraussichtlich begangen werden sollte. Die Rechtskraft jenes Urteils trat aber erst mit dem am 21. Januar 1921 erklärten Rückzug der von der Staatsanwaltschaft dagegen ergriffenen Berufung ein, und die Verjährungsfrist konnte nicht vor diesem Zeitpunkt zu laufen beginnen. Binnen einem Jahre seither wurde die Klage nicht nur beim Friedensrichteramt, sondern

auch beim erkennenden Gericht anhängig gemacht. Die Verjährungseinrede ist daher zu verwerfen.

3. — Die Klägerin stützt die Klage einmal auf Art. 61 Abs. 2 OR, indem sie Enteignung und Verkauf des Stoffes als gewerbliche Verrichtung bezeichnet. Dieser Standpunkt scheidet jedoch daran, dass die Enteignung ein Hoheitsakt ist, somit begrifflich im Gegensatz steht zur gewerblichen Verrichtung, die dem Betrieb einer auf Erzielung von Gewinn gerichteten Unternehmung angehören muss (vgl. AS 48 II S. 417/8 und zahlreiche frühere Urteile). Auch führte der Beklagte die Enteignung nicht etwa durch, um alsdann mit dem Stoffe Handel zu treiben, insbesondere um ihn mit Gewinn verkaufen zu können, sondern um ihn zu einem angemessenen Preis dem Verbrauch zuzuführen, nachdem er — wie mindestens die zuständigen Organe glaubten annehmen zu dürfen — mit Spekulationsabsicht dem Verkehr entzogen und sein Preis durch Zwischenhandelsgewinne unangemessen gesteigert worden war.

4. — Wenn die Klägerin die Klage weiter auf den angeblich allgemein anerkannten Rechtsgrundsatz stützt, dass der Staat auch ohne positive Vorschrift für die Mangelhaftigkeit seiner Gesetzgebung und für rechtswidriges Verhalten seiner Beamten bei der Ausübung der Staatsgewalt hafte, so kann demgegenüber einfach darauf verwiesen werden, dass das Bundesgericht es stets abgelehnt hat, einen solchen Grundsatz anzuerkennen (vgl. AS 47 II S. 504 und die dort zitierten Urteile, insbesondere 12 S. 228 ff.). Dies ist auch für den Fall zu bestätigen, dass die Mangelhaftigkeit der (kantonalen) Gesetzgebung darin bestehen sollte, dass sie gegen Bundesrecht verstösst, was die Klägerin vorliegend behauptet, und das rechtswidrige Verhalten der Beamten infolgedessen darin, dass sie kantonales Recht anwenden, welches vor dem Bundesrecht nicht Stand zu halten vermag. Hievon abgesehen müsste die Geltung dieses Grundsatzes für den Kanton Zürich als dadurch ausgeschlossen angesehen werden, dass

dieser Kanton über die Verantwortlichkeit des Staates für durch Amtshandlungen seiner Beamten gestifteten Schaden eine positive Vorschrift erlassen hat: den von der Klägerin ebenfalls angerufenen § 227 EG z. ZGB.

5. — Diese Vorschrift lautet: « Der Staat haftet für den Schaden, der jemandem bei Ausübung der Staatsgewalt aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt, z. B. bei Überschwemmungen, Brandausbrüchen, oder durch polizeiliche Massnahmen zugefügt wurde, wenn der Geschädigte den Schaden nicht aus öffentlich-rechtlichen Gründen zu tragen verpflichtet ist oder sich selbst zuzuschreiben hat. »

Bei ihrer Auslegung ist zunächst festzustellen, dass es auf ein offenes Versehen zurückzuführen ist, wenn die Interpunktion den Anschein erweckt, als ob sich die Schadenersatzpflicht des Staates aus zwei verschiedenen Rechtsgründen ergebe, nämlich einerseits aus Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt getroffen werden, und andererseits aus polizeilichen Massnahmen. Dies folgt einmal aus der Überlegung, dass die polizeiliche Massnahme ihrem Begriffe nach der öffentlichen Wohlfahrt zu dienen bestimmt ist, ferner aber auch aus der Vergleichung mit der entsprechenden Vorschrift des früheren Rechts, Art. 420 des privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich, welcher lautete:

« Wenn bei Ausübung der Staatsgewalt aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt Jemandem Schaden zugefügt worden, welchen er nicht aus öffentlichen Gründen zu tragen verpflichtet ist, noch sich selber zuschreiben muss, z. B. bei Gelegenheit von Militärübungen oder infolge polizeilicher Massregeln, so haftet demselben nicht der Schädiger, sondern die Staatskasse insofern für Ersatz, als der Gesichtspunkt oder die Analogie der Entschädigung für zwangsweise Abtretung von Privatrechten zur Anwendung kommt, sonst nicht. »

Vielmehr sind die polizeilichen Massnahmen als Bei-

spiel der aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt getroffenen Massnahmen aufgeführt; richtigerweise hätte dies freilich mit dem Beifügen « andere (polizeiliche Massnahmen) » geschehen sollen, da nicht einzusehen ist, durch welche andere als polizeiliche Massnahmen bei Überschwemmungen und Brandausbrüchen in Ausübung der Staatsgewalt aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt Schaden gestiftet werden könnte.

Für den durch polizeiliche Massnahmen zugefügten Schaden haftet nach der angezogenen Vorschrift der Staat, wenn der Geschädigte den Schaden nicht aus öffentlich-rechtlichen Gründen zu tragen verpflichtet ist oder sich selbst zuzuschreiben hat. Die Klägerin bestreitet nun, aus öffentlich-rechtlichen Gründen verpflichtet zu sein, den ihr aus der Enteignung der Stoffe erwachsenen Schaden zu tragen; denn, macht sie geltend, wenn es sich auch um eine durch die Rechtsordnung vorgesehene polizeiliche Massnahme handle, so sei eben durch die Freisprechung im Strafprozess doch festgestellt, dass im vorliegenden Fall die gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche Massnahme nicht vorgelegen haben. Es fragt sich somit, ob die Schadenersatzpflicht des Staates gemäss Art. 227 EG zum ZGB auch für solche polizeiliche Massnahmen bestehe, welche von der Rechtsordnung zwar vorgesehen, jedoch in einem gegebenen Fall infolge versehentlicher Subsumtion zu Unrecht getroffen worden sind.

Gegen diese Auslegung sprechen zunächst die übrigen vom Gesetz aufgeführten Beispiele: Der Grund, aus welchem schädigende polizeiliche Massnahmen, die aus Anlass von Überschwemmungen oder Brandausbrüchen getroffen worden sind, den Staat zu Schadenersatz verpflichten, liegt nämlich darin, dass sich bei solchen plötzlich hereinbrechenden Ereignissen die Notwendigkeit ergeben kann, Schaden von einem grösseren Kreis von gefährdeten Personen oder Sachen abzuwenden durch Eingriffe in Privatrechte, zu welchen

kein Rechtssatz die Polizei ermächtigt und welche diese denn auch im vollen Bewusstsein des Fehlens einer gesetzlichen Grundlage vornimmt. Weisen diese Beispiele somit darauf hin, dass Art. 227 EG zum ZGB die Pflicht des Staates zum Ersatz von Schaden im Auge hat, den der Staat aus Notstand anrichtet, so ergibt sich aus dessen Entstehungsgeschichte zweifelsfrei, dass die gesetzgebenden Organe damit keineswegs eine Verantwortlichkeit des Staates für Versehen seiner Beamten einführen wollten. Nach dem früheren Recht (vgl. vorstehendes Zitat) war die Haftung des Staates ausdrücklich auf die Fälle beschränkt, wo « der Gesichtspunkt oder die Analogie der Entschädigung für zwangsweise Abtretung von Privatrechten zur Anwendung kommt ». In Übereinstimmung mit dieser Regelung schlugen bei der Beratung des EG zum ZGB die vom Regierungsrat ernannte Expertenkommission, wie auch der Regierungsrat selbst folgende neue Fassung vor:

« Wenn jemandem bei Ausübung der Staatsgewalt aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt Schaden zugefügt worden ist, so entstehen daraus Ersatzansprüche, insoweit sich dies aus einer entsprechenden Anwendung der Grundsätze des Expropriationsrechtes ergibt. »

In der vorberatenden Kommission des Kantonsrats wurde folgende Abänderung beantragt: « ... insoweit sich der Ersatzanspruch aus der entsprechenden Anwendung des Expropriationsrechtes ergibt », und die Kommission beauftragte die Subkommission (Redaktionskommission), « ungefähr im Sinne des Antrages... eine redaktionelle Fassung zu suchen ». Aus der zweiten Beratung der vorberatenden Kommission des Kantonsrates ging die dann (mit einer hier nicht interessierenden Abweichung) zum Gesetz gewordene Fassung hervor, ohne dass nach den Protokollen weder in dieser Kommission, noch in der Folge im Rate selbst darüber gesprochen worden wäre, weshalb der Hinweis auf das

Expropriationsrecht fallen gelassen wurde. Aus diesem Stillschweigen muss nun geschlossen werden, dass die Subkommission wie die vorberatende Kommission des Kantonsrates davon ausgingen, die neue Fassung entspreche dem der ersteren erteilten Auftrag, auch wenn der Hinweis auf das Expropriationsrecht nicht mehr zum Ausdruck gebracht werde, und sie führe gegenüber derjenigen des alten privatrechtlichen Gesetzbuches keine Rechtsänderung herbei, jedenfalls nicht eine so tiefgreifende, wie die Klägerin behauptet. Sollte es demnach auch nach dem neuen Recht sein Bewenden dabei haben, dass der Staat für durch polizeiliche Massnahmen zugefügten Schaden nur dann Ersatz schulde, wenn « der Gesichtspunkt oder die Analogie der Entschädigung für zwangsweise Abtretung von Privatrechten zur Anwendung kommt », so ergibt sich die Unbegründetheit der Klage ohne weiteres, da die Expropriation einen Eingriff in Privatrechte darstellt, bei dem sich die handelnden Beamten bewusst sind, dass es sich um schutzwürdige Privatrechte handelt, deren Verletzung den Staat zu Schadenersatz verpflichtet, während sich die Klage auf einen Eingriff in Privatrechte stützt, bei welchem sich die handelnden Beamten im Irrtum darüber befanden, dass er durch eine Polizeivorschrift gerechtfertigt sei.

6. — Die Klage ist somit abzuweisen, ohne dass zu den weiteren Fragen Stellung genommen zu werden braucht, ob der Eingriff wirklich ungerchtfertigt war, insbesondere ob die bezügliche rechtskräftige Feststellung des Strafrichters für den Zivilrichter ohne weiteres verbindlich ist, und ob endlich der Klage nicht das Bedenken entgegenstünde, dass die Klägerin sich den Schaden infolge ihres verdächtigen Verhaltens selbst zuzuschreiben habe.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Klage wird abgewiesen.

II. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

41. Arrêt de la II^e section civile du 14 septembre 1923 dans la cause dame Jaquet contre Jaquet.

Art. 63 ch. 3 OJF : Obligation pour l'instance cantonale de préciser les faits qu'elle tient pour constants ; annulation d'un jugement ne renfermant pas d'indications suffisantes à ce sujet.

Les parties au procès se sont mariées le 19 avril 1900. Trois enfants sont nés de cette union en 1901, 1903, 1906.

En 1922 le mari a quitté le domicile conjugal et a ouvert action en divorce en alléguant en résumé ce qui suit :

Peu après le mariage, la femme a révélé une méchanceté qui n'a fait que s'accroître. Elle est agressive et tyrannique. Le mari n'a plus rien à dire dans son ménage. Elle détient toutes les clefs et va jusqu'à fermer à clef toutes les chambres sauf la chambre à coucher et la chambre des enfants ; quand elle sort elle emporte les clefs de sorte qu'il est impossible au mari d'entrer dans l'appartement. Malgré le gain assez élevé du demandeur qu'il donne toujours à sa femme, il n'a pu réaliser aucune économie ; la défenderesse a dû mettre de l'argent de côté, mais refuse tous renseignements. Elle interdit à son mari de rendre visite à sa mère qu'elle injurie quand elle la rencontre. Elle est d'une jalousie malade et est excessivement grossière, traitant son mari de « miston », « charogne » « cochon » devant les enfants ; elle intimide ceux-ci, les excite contre leur père. Elle est mauvaise langue et s'est brouillée avec