Das Verhältniss der civilrechtlichen Haftbarkeit nach Art. 50 ff. des schweizerischen Obligationenrechts zum kantonalen Strafrechte, insbesondere bei Pressdelicten

Autor(en): **Stoos, Carl**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **5 (1886)**

PDF erstellt am: **28.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896760

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

würden. Dabei sollten im Falle der Beibehaltung einer besonderen Kategorie „Administrativrekurse“ auch für diese Rekurse bestimmte Fristen angesetzt und ausserdem die Fälle besonders ausgeschieden werden, in denen der Bundesrath endgültig entscheidet bezw. in denen eine Weiterziehung an die Bundesversammlung stattfindet.

4. Nach Inhalt der jetzt bestehenden Bestimmungen über den staatsrechtlichen Rekurs steht dieses Rechtsmittel nur den jeweils speciell betheiligten Privaten bezw. Korporationen zu.

5. Wegen „Rechtsverweigerung“ findet blos das Rechtsmittel der Beschwerde bei formeller Versagung oder bei Verzögerung der Rechtspflege, nicht aber dasjenige des Rekurses aus Grund materieller Rechtsverletzung statt.

Schaffhausen, 7. Aug. 1886.

Dr. G. Schoch.

Referat

von Herrn Oberrichter Dr. Carl Stooss in Bern.

Das Verhältniss der civilrechtlichen Haftbarkeit nach Art. 50 ff. des schweizerischen Obligationenrechts zum kantonalen Strafrechte, insbesondere bei Pressdelicten.

Die Formulirung der Aufgabe.

Das Verhältniss der civilrechtlichen Haftbarkeit nach O.-R. 50 ff. zum kantonalen Strafrechte soll den Gegenstand eines Referates bilden und zwar soll dieses Verhältniss insbesondere bei Pressdelicten erörtert werden. Der Sinn und die Tragweite der zur Discussion gestellten Fragen springt bei dieser Formulirung nicht sofort in die Augen und auch bei näherer Prüfung der Aufgabe bleiben einige Zweifel übrig, die kaum vollständig gelöst werden können.

Zwar scheint klar zu sein, dass es sich um eine Darstellung des Verhältnisses handelt, in welchem die in Art. 50 ff. aufgestellten civilrechtlichen Normen über Schadenersatz aus unerlaubten Handlungen zu kantonalen Bestimmungen stehen und zwar zu strafrechtlichen Bestimmungen. Bedenkt man aber die grundsätzliche Verschiedenheit zwischen dem Inhalt strafrechtlicher und civilrechtlicher Materien, insbesondere die Verschiedenheit zwischen Strafe und Schadenersatz, so entsteht die Frage, ob zwischen dem in Frage stehenden Abschnitte des Bundescivilrechtes und den Normen des kantonalen Strafrechtes überhaupt ein Verhältniss besteht, welches Gegenstand einer praktisch verwerthbaren Untersuchung sein könnte. Diese Erwägung führte zu der Annahme, es möchte sich hier nicht sowohl um das Verhältniss zwischen Bundescivilrecht und kantonalem Strafrecht handeln als vielmehr um das Verhältniss zwischen Bundescivilrecht und den civilrechtlichen Bestimmungen über Schadenersatz aus unerlaubten Handlungen, welche in den kantonalen Strafgesetzbüchern Aufnahme gefunden haben. Gewiss ist diese Grenzbereinigung zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht auch auf diesem Gebiete weder eine einfache noch juristisch uninteressante. Allein dabei würde diejenige Frage, auf welche es der Vorstand hauptsächlich abgesehen haben soll, nämlich die Frage der civilistischen Haftbarkeit aus Pressdelicten wenigstens nicht nach der Seite hin zur Erörterung gelangen, welcher die öffentliche Aufmerksamkeit sich zugewendet hat. Man erwartet von dem Juristenverein eine Meinungsäusserung über die Anwendung des Art. 55 auf Pressdelicte. Man will namentlich wissen, ob es zulässig ist, dass Vertreter der Presse wegen angeblich injuriösen im Drucke erschienenen Aeusserungen auf Grund des Art. 55 vor den Civilgerichten zur Verantwortung gezogen werden können. Wahrscheinlich ist der Vorstand von dieser Specialfrage ausgegangen und das Discussionsthema stellt sich als eine Verallgemeinerung derselben dar. Dann aber sollte das Thema lauten: Die civilrechtliche Verantwortlichkeit aus Delicten, namentlich aus Pressdelicten. So wurde das Thema auch

von den meisten Collegen, welche die Güte hatten, über die kantonalen Bestimmungen Auskunft zu ertheilen, aufgefasst, und so soll es auch in diesem Referate aufgefasst werden und zwar um so eher, als sich dabei Gelegenheit bietet, auf das Verhältniss zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht ebenfalls einzugehen. Es dürfte endlich den Intentionen des Vorstandes entsprechen, wenn das Referat die strafrechtlichen und strafprocessrechtlichen Momente berührt, welche bei Bestimmung der civilrechtlichen Haftbarkeit aus Delicten etwa in Frage kommen oder mit denselben in Beziehung stehen.

Nach welchen Normen richtet sich die civilrechtliche Haftbarkeit aus Delicten?

Der Bundesstaat ist den Einzelstaaten übergeordnet; steht dem Bundesstaate die Gesetzgebungsgewalt auf einem Gebiete zu, so wird damit ein Gesetzgebungsrecht der Kantone insofern und insoweit ausgeschlossen, als der Bund von seiner Gesetzgebungsgewalt Gebrauch gemacht hat.[1])

Nun steht dem Bunde gemäss Art. 64 der Bundesverfassung die Gesetzgebung über das Obligationenrecht, also auch über die Obligationen aus unerlaubten Handlungen zu und der Bund hat von seiner Gesetzgebungsgewalt durch Erlass des schweizerischen Obligationenrechts Gebrauch gemacht. Mit dem Inkrafttreten der Bundesnormen sind die dasselbe Gebiet beschlagenden kantonalen Normen ohne Weiteres dahingefallen, also namentlich die vorwiegend in den kantonalen Strafgesetzbüchern oder Strafprocessordnungen sich findenden Vorschriften über die aus strafbaren Handlungen entspringende Ersatzpflicht.

Voraussetzung der civilrechtlichen Ersatzpflicht bildet in der Regel die widerrechtliche und schuldhafte Verursachung eines Schadens. Zum allgemeinen Thatbestand der strafbaren

---

[1]) Vgl. Art. 3 der schweiz. Bundesverfassung: Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist und üben als solche die Rechte aus, welche nicht der Bundesgewalt übertragen sind.

Handlung gehört Rechtswidrigkeit der Handlung und subjective Verschuldung. Schädigungen aus strafbaren Handlungen stellen sich somit ohne Weiteres als Schädigungen aus unerlaubten Handlungen im Sinne des Obligationenrechts dar. Der Umstand, dass aus der nämlichen Handlung neben dem bundescivilrechtlich normirten Schadenersatzanspruch ein öffentlich rechtlicher meist einem Kantone, ausnahmsweise dem Bunde zustehender Strafanspruch entspringt, ist ohne jede Bedeutung. Die Functionen des Schadenersatzes und der Strafe sind ja vollkommen heterogen, wenn sie sich auch bei den pönalisirten Schädigungen an eine und dieselbe Handlung knüpfen.

Zwar erklärt Art. 881 O.-R. nur die dem Bundesgesetze entgegenstehenden Vorschriften sowohl eidgenössischer als auch kantonaler Gesetze und Verordnungen aufgehoben, allein wie Hafner[1]) zutreffend ausführt, stehen einem Bundesgesetze nicht nur die widersprechenden Bestimmungen des kantonalen Rechtes, sondern die sämmtlichen kantonalen Vorschriften entgegen, welche die nämliche Materie regeln, gleichviel ob ihr Inhalt mit den Vorschriften des Bundesrechts zusammenfällt oder nicht. Dagegen verbleibt den Kantonen die Gesetzgebungsgewalt für diejenigen Fragen, welche nicht Gegenstand der Bundesgesetzgebung sind, sei es, dass das Bundesgesetz die Kantonalgesetzgebung ausdrücklich vorbehalten hat, sei es, dass sich die Competenz der Kantone indirect aus dem Inhalt des Bundesgesetzes ergibt.

Schweigt das Bundesgesetz über ein Rechtsverhältniss, so ist damit freilich noch keineswegs hergestellt, dass es die Regelung der kantonalen Gesetzgebung überlassen wollte, vielmehr kann der Grund dieses Schweigens ein verschiedenartiger sein. Es ist möglich, dass das Bundesgesetz von einer Vorschrift absah, weil es die Lösung der Frage mit Rücksicht auf den übrigen Inhalt des Bundesgesetzes für selbstverständlich und eine ausdrückliche Bestimmung als über-

---

[1]) Das schweiz. Obligationenrecht. Textausgabe. Zürich. 1883. Einleitung XXI ff.

flüssig erachtete. In diesem Falle gilt das ungesetzte Bundesrecht und nicht das kantonale Recht. Es ist ferner möglich, dass der Bundesgesetzgeber einen Vorbehalt zu Gunsten der kantonalen Gesetzgebung nicht aufstellen wollte, aber einen Fall überging, weil er an denselben nicht dachte. Die Lücke ist gewiss nicht nach Analogie der kantonalen, sondern nach Analogie der eidgenössischen Vorschriften auszufüllen. Dagegen kommt es vor, dass das Bundesgesetz über ein Rechtsverhältniss Stillschweigen beobachtet, weil es den Kantonen die Gesetzgebung überlassen will, sei es, dass dies Verhältniss wesentlich einem Gebiete angehört, welches der Bundesgesetzgebung nicht unterstellt ist (Erbrecht, Familienrecht), sei es, dass zwar die Competenz des Bundes begründet wäre, aber Gründe der Gesetzgebungspolitik eine kantonale Regelung empfehlen.

Steht die Competenz des Kantons ausser Zweifel, so fragt es sich noch, inwieweit diese Competenz geht.

Unser Kapitel des Obligationenrechts stellt ziemlich erschöpfende Bestimmungen über die Ersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen auf, namentlich werden die Voraussetzungen und der Umfang der Schadenersatzpflicht sowohl grundsätzlich als für einzelne Fälle geregelt. Es gilt also nach allen diesen Richtungen das schweiz. Obligationenrecht und der Richter hat dieses und nicht das kantonale Recht anzuwenden, wenn auch der kantonale Rechtssatz noch in dem kantonalen Gesetzbuch steht und niemals ausdrücklich aufgehoben worden ist. Eine solche Aufhebung ist übrigens nicht nur überflüssig, sondern sie ist rechtlich unwirksam. Was das Bundesrecht ipso jure aufgehoben hat, kann der kantonale Gesetzgeber nicht noch einmal aufheben. Er kann nur die todten Buchstaben des aufgehobenen Gesetzes als Gesetzesschutt wegräumen. Dessenungeachtet handelt der kantonale Gesetzgeber klug,[1]) wenn er kantonale Bestimmungen, deren

[1]) Es collidiren hier die Resultate der formal staatsrechtlichen Betrachtung mit den Forderungen der Gesetzgebungspolitik, oder allgemeiner ausgedrückt, Theorie und Praxis, weil das formale Staatsrecht die Erkenntniss, was von einem kantonalen Gesetzesstoff gilt und was nicht gilt, ein-

Geltung mit Rücksicht auf bundesrechtliche Normen eine zweifelhafte ist, ausdrücklich aufhebt, wenn er sie beseitigt haben will. Dabei ist allerdings möglich, dass der Kanton etwas aufhebt, was schon von Bundesrechtswegen aufgehoben ist; dann trifft ihn der soeben bezeichnete Vorwurf. Es ist aber, eben weil ein Zweifel besteht, keineswegs ausgeschlossen, dass die kantonale Bestimmung nicht oder nicht in vollem Umfange bundesrechtswidrig ist; dann handelt der Kanton insoweit innerhalb der Grenzen seiner Kompetenz. In beiden Fällen ist durch den kantonalen Aufhebungsact der Zweifel, ob die Bestimmung gilt oder nicht gilt, definitiv gelöst und damit der Rechtssicherheit Vorschub geleistet.

In einigen Punkten wird in unserm Kapitel das kantonale Recht ausdrücklich vorbehalten, nämlich:

1. Ueber die Ersatzpflicht aus Schaden, welchen öffentliche Beamte und Angestellte in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen. Die Vorschriften der Art. 50 ff. O.-R. haben in diesem Falle nicht die Natur einer lex cogens, sondern sind ergänzendes Recht. Doch gilt diese Ausnahme nicht für die Ersatzpflicht für Schaden, welche aus gewerblichen Verrichtungen öffentlicher Beamten und Angestellten

---

fach voraussetzt, während der Gesetzgebungspolitiker überall auf Zweifel stösst und diese Erkenntniss mühsam erringen muss. Es wäre vielleicht doch empfehlenswerth, wenn der Bund bei Erlass eines weitgreifenden Bundesgesetzes, wie das Obligationenrecht es ist und wie das Gesetz über Betreibung und Concurs es werden wird, den Kantonen aufgeben würde, ihre Gesetzgebungen mit den Bundesnormen auch äusserlich in Einklang zu setzen und unter Controle einer Bundescommission den jedenfalls nicht mehr gültigen Gesetzesstoff auszuscheiden. Dabei könnte selbstverständlich über die Geltung der stehen gebliebenen kantonalen Gesetzesbestimmungen eine verbindliche Erklärung nicht abgegeben werden.

Vgl. über die ganze Frage Laband: Das Staatsrecht des deutschen Reiches. Band 2. Tübingen 1878. S. 110. Binding, Handbuch des Strafrechts. Leipzig 1885. Bd. 1. S. 270 ff. und ganz besonders Heinze: Das Verhältniss des Reichsstrafrechts zu dem Landesstrafrecht. Leipzig 1871, und der Aufsatz: Reichsstrafrecht und Landesstrafrecht in v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 2. Berlin 1871. S. 3 ff.

entsteht; für diesen Fall machen die Art. 50 ff. durchaus Regel.

2. Für die Verjährung von Schadenersatzansprüchen gibt zwar Art. 69 eine Vorschrift und bestimmt die Verjährungsfrist auf ein Jahr. Die Verjährungsfrist beginnt mit dem Tage, an welchem der Geschädigte von der Schädigung und von der Person des Thäters Kenntniss verlangte, endigt aber jedenfalls mit dem Ablauf von 10 Jahren von dem Tage der Schädigung an. Für Schädigungen aus strafbaren Handlungen findet jedoch die von dem Strafrechte für die Verjährung der Strafklage aufgestellte Verjährungsfrist Anwendung, wenn die Dauer der strafrechtlichen Verjährungszeit länger ist als die bundescivilrechtliche. Es findet also eine Bestimmung des kantonalen oder des Bundesstrafrechts in diesem Falle analoge Anwendung. Wie bunt damit die Normen über die Verjährung von Schadenersatzansprüchen aus strafbaren Handlungen geworden sind, zeigt ein Blick auf die kantonalen Strafklageverjährungsfristen. Aus der in Art. 69 Al. 2 getroffenen Regelung können ferner eine Unzahl von Controversen erwachsen; solche zu schaffen sollte aber ein Gesetzgeber möglichst vermeiden.

Die Aufgabe, die Grenzen zwischen dem Bundesrecht und dem kantonalen Rechte im übrigen zu bereinigen, fällt zunächst den Gerichten, und zwar sowohl den kantonalen Gerichten als dem Bundesgerichte zu. Der kantonale Richter, welcher dieser Prüfung aus dem Wege geht und eine kantonale Vorschrift, deren Geltung zweifelhaft ist, so lange anwendet, als das Bundesgericht dieselbe nicht als aufgehoben erklärt, handelt nicht nur gedankenlos, sondern geradezu pflichtwidrig. Er verletzt die ihm staatlich auferlegte Richterpflicht, den Rechtssatz festzustellen, welcher auf den seiner Beurtheilung unterstellten Fall Anwendung findet.

Eine Ehrenpflicht, die Gerichte in dieser Aufgabe durch Wegeleitung und kritische Mitarbeit zu unterstützen, kommt der Wissenschaft zu.

Es kann nicht Aufgabe dieses Referates sein, eine grössere Zahl von Controversen, bei denen es sich um die Gel-

tung von Bundes- oder Kantonsrecht handelt zu erörtern und die Lösung derselben zu versuchen. Doch mag es wünschenswerth sein, die Frage der Geltung kantonaler Rechtssätze auf dem Gebiete zu behandeln, welches der Vorstand namentlich hervorgehoben hat.

Ist die civilrechtliche Haftbarkeit aus Pressdelicten nach den Vorschriften der Art. 50 ff. O.-R. oder nach kantonalem Gesetze zu beurtheilen?

Während einige Kantone keine besonderen Bestimmungen über Pressdelicte besitzen[1]) oder die vorhandenen Vorschriften in Vergessenheit gerathen liessen,[2]) folgt eine Reihe von Kantonen[3]) für die Haftung aus Pressdelicten dem belgischen System der successiven und ausschliessenden Verantwortlichkeit (responsabilité par cascades). Dasselbe charakterisirt sich dadurch, dass die an der Herstellung, Ausgabe und Verbreitung eines Presserzeugnisses mitwirkenden Personen in einer bestimmten Reihenfolge zur Verantwortung gezogen werden und ein jeder sich von der Bestrafung durch Benennung des Vormannes frei machen kann, sofern derselbe gewisse Voraussetzungen erfüllt. Die Kantone, welche dieses System der subsidiären Haftung adoptirten, behielten die Reihenfolge meist nicht bei, vielmehr unterscheidet sich beinahe jedes Gesetz von dem andern durch bald bedeutendere, bald weniger bedeutende Abweichungen. Wenn auch diese Regelung der pressstrafrechtlichen Verantwortlichkeit als eine nicht zu rechtfertigende Ausnahme des gemeinen Rechts erscheint, so kann doch die legislative Competenz der Kantone auf strafrechtlichem Gebiete nicht in Frage gestellt werden. Anders verhält es sich bezüglich der civilrechtlichen Verantwortlichkeit aus Pressdelicten. Es ist zwar sehr begreiflich, dass die Gesetzgebungen, welche das belgische System annahmen, die civilrechtliche Haftung in derselben Weise abstufen wie die

---

[1]) Uri, Schwyz, Unterwalden ob dem Wald, Basel-Land, Aargau, Tessin.

[2]) Schaffhausen, Wallis.

[3]) Zürich, Bern, Glarus, Zug, Freiburg, Solothurn, Basel-Stadt, Appenzell, St. Gallen, Graubünden, Thurgau, Waadt, Neuenburg, Genf.

strafrechtliche.[1]) Allein es liegt auf der Hand, dass der Civilanspruch aus einem Pressdelicte eine Obligation aus einer unerlaubten Handlung begründet und somit unter die Bestimmung des Art. 50 ff. Obligationenrecht fällt. Die kantonalen Bestimmungen, welche die civilrechtliche Haftung aus Pressdelicten regeln, sind daher ausser Wirksamkeit getreten.

In dem nämlichen Sinne spricht sich der Verfasser eines diesem Gegenstande gewidmeten Aufsatzes der „Neuen Züricher Zeitung" vom 11. Februar 1886 aus, und jüngst hat auch das Bundesgericht in Sachen Morard c. Morard die vorwürfige Frage grundsätzlich entschieden.

„La Confédération ayant, conformément au droit que lui confère l'art. 64 de la Constitution fédérale, légiféré sur les obligations résultant d'actes illicites, et les dispositions du chapitre II du code fédéral, consacrées à cette matière, ayant été édictées pour toute la Suisse — sans autre réserve en faveur du droit cantonal que celle concernant la responsabilité encourue par des employés ou fonctionnaires publics à raison du dommage qu'ils causent dans l'exercice de leurs fonctions (art. 64 du C.-O.) — il en résulte qu'en matière de dommages-intérêts, ensuite d'actes illicites commis par la voie de la presse, ce sont les dispositions du dit code qui doivent être appliquées, en dérogation aux lois que les cantons peuvent avoir publiées, en vertu de l'art. 55 de la Constitution fédérale, en vue de la répression des abus de la presse pour autant que ces lois se trouvent en contradiction avec le code des obligations. Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichts. A. S. Bd. XI. S. 512.

Nach welchen Normen richtet sich die sachliche Zuständigkeit der Gerichte und das Verfahren bei Streitigkeiten, welche die civilrechtliche Haftbarkeit aus Delicten betreffen?

Die Gerichtsorganisation und das Processrecht sind der Gesetzgebungsgewalt der Kantone unterworfen. Es steht da-

[1]) So z. B. ausdrücklich Zürich § 224 St.-G. Bern Art. 247 St.-G. Zug § 131 St.-G. Freiburg Pressgesetz 1854. St. Gallen St. G. 1885, Art. 195, und Solothurn Strafgesetz 1. Juli 1886.

her den Kantonen zu, zu bestimmen, welche Gerichte Schadenersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen zu entscheiden haben. Die meisten Kantone gestatten dem Beschädigten, den Civilanspruch in Verbindung mit dem Strafanspruch vor den zuständigen Strafgerichten geltend zu machen; es gilt somit in diesen Kantonen[1]) der Adhäsionsprocess, aber facultativ. Eine Minderzahl verweist den Geschädigten an die Civilgerichte und einige Kantone[2]) erklären die Adhäsion, wenn auch nicht ganz unbedingt, obligatorisch.

So bestimmt Appenzell in § 26 des Gesetzes betreffend die Strafprocessordnung vom 25. April 1880, kategorisch: „Die Civilklage auf Schadenersatz muss neben der Strafklage anhängig gemacht werden. Zu ersterer Klage ist nur der Geschädigte berechtigt; der Strafprocess bleibt immerhin die Hauptsache."

Doch wird diese Vorschrift in dem folgenden Satze etwas gemildert: „Erscheint die Behandlung des Civilpunctes noch nicht reif, so ist sie gesöndert durch den Civilrichter zu erledigen. Eine Ausnahme findet nur statt, wenn die gleichzeitige Erledigung beider Puncte durchaus erforderlich ist. Bei der Voruntersuchung ist aber auch der Civilpunct nur summarisch zu behandeln."

Ueberdies bestimmt Art. 9 der Strafprocessordnung: Stehen civilrechtliche Fragen mit der Strafprocedur in engerem Zusammenhange, so fallen auch diese, insofern dadurch keine Unzuträglichkeiten hinsichtlich deren Erledigung vorauszusehen sind, in seine (des Criminalgerichts) Beurtheilung; . . .

---

[1]) So Bern Gesetzbuch über das Strafverfahren, 1. August 1854, Art. 3. Schaffhausen Strafgesetz vom 2. April 1859, § 5. Waadt procédure pénale, Art. 98. Solothurn Strafgesetz in Kraft, 1. Juli 1886, § 96 Al. 3. Wallis code de procédure pénale 1849, Art. 31. Schwyz Criminalgesetzbuch vom 20. Mai 1881, §§ 50—52. Freiburg code de procédure pénale, 1873, Art. 278—281. Genf code d'instr. pénale du 25 octobre 1884, Art. 4—6. Tessin Strafprocessordnung, 1855, Art. 5, 6, 127, 129, 155. Neuenburg code de procédure pénale modifié.

[2]) Appenzell, Baselstadt, St. Gallen P. O. 28. Nov. 1878, Art. 20. Glarus P. O. 1871 rev. 1877.

Basel-Stadt gebietet in § 6 des Gesetzes betr. Einleitung des Strafverfahrens vom 14. November 1881.

„Entschädigungsansprüche aus Verbrechen sind nach Anhörung des Beschädigten im Strafverfahren mit zu erledigen. Nur wenn ihre Behandlung den Gang des Strafverfahrens erheblich aufhalten würde, kann das Gericht sie auf den Civilweg verweisen."

Nach diesen kantonalen Vorschriften scheint die Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs in der Regel bedingt zu sein durch die Verfolgung des staatlichen Strafanspruchs und eine selbstständige Verfolgung des Civilanspruchs durch den Geschädigten ausgeschlossen.

Damit würde nicht nur eine prozessualische Regelung getroffen, sondern die Verpflichtung zum Schadenersatz kantonal an eine weitere Voraussetzung geknüpft, was bundesrechtswidrig ist. Es kann nun freilich eingewendet werden, die angeführten kantonalen Vorschriften besagen nur, dass der durch eine strafbare Handlung Geschädigte seinen Civilanspruch im Strafverfahren einklagen muss, wenn ein solches Strafverfahren von Amtes wegen oder auf seinen eigenen Antrag eingeleitet wird, dass es ihm aber freisteht, seinen Anspruch bei den Civilgerichten zu verfolgen, wenn ein Strafverfahren nicht stattfindet. In diesem Falle würde eine Verletzung des Bundesrechtes nicht vorliegen. Doch spricht der Wortlaut nicht für diese Auslegung.

Eine obligatorische Adhäsion des Civilanspruchs aus Pressdelicten wurde für den Kanton Bern aus § 63 der kantonalen Verfassung hergeleitet, welcher vorschreibt:

„Für Criminal-, politische und Pressvergehen sind Geschwornengerichte eingesetzt."

„Dem Gesetze bleibt vorbehalten, den Geschwornengerichten auch andere Theile der Strafrechtspflege zu übertragen. Dasselbe wird auch die Organisation der Geschwornengerichte bestimmen."

Allein das Bundesgericht hat in Sachen Joneli [1]) in Ueber-

[1]) Emil Joneli, Journalist in Bern hatte in den Nummern 245 und 246, Jahrgang 1883 des „Vaterland" Artikel über eine Schwurgerichtsver-

einstimmung mit dem Amtsgericht Bern angenommen, § 63 handle ausschliesslich von der Straf- und nicht von der Civilrechtspflege und sich in seiner Begründung wesentlich auf den Wortlaut und den Zusammenhang der Stelle gestützt, welche die Garantie nur zu Gunsten von Kriminal-, politischen und Pressvergehen ausspricht, während Al. 2 es der Gesetzgebung vorbehält, noch andere Theile der Strafrechtspflege den Geschwornengerichten zu überweisen. Dass für die Pressdelicte, sofern dieselben als Quelle von civilen Schadenersatzansprüchen in Betracht kommen, noch etwas Besonderes habe angeordnet werden sollen, dafür gebe die Verfassung keinen Anhaltspunkt. Entscheidungen des Bundesgerichts A. S. Bd. XI. S. 322. Nr. 49.

Die Richtigkeit dieser Auslegung des § 63 der Berner Verfassung ist kaum zweifelhaft. Hätte aber die bernische Verfassung das Geschwornengericht auch für die Beurtheilung der Schadenersatzfrage ausschliesslich zuständig erklärt, so würde der Verfassungsparagraph aus den nämlichen Gründen hinfällig sein, wie eventuell die oben angeführten Vorschriften von Appenzell und Baselstadt.

Wenn auch die Materien des Prozessrechtes der Gesetzgebungsgewalt der Kantone unterworfen sind, so ist doch eine Collision zwischen strafprozessrechtlichen Grundsätzen und den Vorschriften der Art. 50 ff. denkbar. Art. 59 O.-R. stellt namentlich fest, dass der Civilrichter in den Fällen der Art. 56, 57 und 58 an eine Freisprechung durch das Strafgericht nicht gebunden ist. Wer also z. B. von der Anklage auf Körperverletzung freigesprochen worden ist, weil er sich im Zustande der Nothwehr befand, ist damit nicht ohne Weiteres von der Entschädigungspflicht befreit, vielmehr ist möglich, dass ihn

---

handlung geschrieben, welche den Staatsanwalt Karl Jahn in Bern veranlassten, bei dem Amtsgerichte Bern eine Entschädigung wegen der ihm durch diese Artikel zugefügten Ehrverletzung einzuklagen. Der Beklagte E. Joneli-Mory bestritt die Competenz des Amtsgerichts Bern als Civilgericht unter Berufung auf § 63 der bernischen Staatsverfassung. Das Amtsgericht wies aber die Gerichtsstandseinrede ab. Gegen diese Entscheidung ergriff E. Joneli-Mory den staatsrechtlichen Recurs an das Bundesgericht.

der Civilrichter zum Schadenersatz verurtheilt, weil er bei Ausübung der Nothwehr fahrlässig handelte. Die präjudizielle Wirkung des Strafurtheils ist aber der Natur der Sache nach nicht nur in den Fällen der Art. 56, 57 und 58, sondern überhaupt bundesrechtswidrig. Denn da der Strafanspruch, über dessen Existenz und Umfang der Strafrichter im Strafurtheile entscheidet, an andere Voraussetzungen geknüpft ist, als die civilrechtliche Verantwortlichkeit, so würde mit Annahme der präjudiciellen Wirkung des Strafurtheils die Anwendung der Art. 50 ff. O.-R. umgangen. Daher sind kantonale Bestimmungen, welche die präjudicielle Wirkung des Strafurtheils anordnen, nicht haltbar. Ob eine kantonale Gesetzgebung einen dahingehenden Rechtssatz enthält,[1]) kann ich nicht mit Sicherheit entscheiden, doch haben die Strafprocessordnungen, welche dem französischen Code d'instruction criminelle nachgebildet sind, den Art. 3 dieses Gesetzes recipirt:

„L'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique. Elle peut aussi l'être séparément; dans ce cas l'exercice en est suspendu, tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile."

Der Civilprozess über den Schadenersatzanspruch soll nach der Meinung von französischen Schriftstellern bis zur Beurtheilung der Strafsache ruhen, damit die Strafrichter,

---

[1]) Die Zeitschrift des Bernischen Juristenverein theilt in Band 18, Jahrgang 1882 S. 484 ein Urtheil des Appellations- und Cassationshofs des Berner Obergerichts mit, unter der Aufschrift: „Schadenersatzklagen aus Pressvergehen können vor dem Civilgericht nicht geltend gemacht werden, so lange die Schuld des Beklagten nicht durch das Schwurgericht festgestellt ist. § 63. Kantonale Verfassung." In der That hatte der Gerichtshof angenommen, dass die Verfolgung des Civilanspruchs aus einem Pressvergehen vor dem Civilrichter gegen Sinn und Geist der Verfassung (§ 63) verstossen würde, wonach für die Frage der Existenz eines Pressvergehens ausschliesslich das Geschwornengericht zuständig sein soll. Damit wurde nicht nur ein obligatorischer Adhäsionsprocess für Pressprocesse anerkannt, sondern auch die präjudicielle Wirkung des Strafurtheils für die Entscheidung des Civilpunctes.

insbesondere die Geschwornen, nicht durch die civilrichterliche Entscheidung beeinflusst werden; dagegen soll eine präjudicielle Wirkung des Strafurtheils auf das Civilurtheil dadurch nicht begründet werden. In diesem Sinne erscheint die Vorschrift als eine processualische, welche nicht in das Bundescivilrecht eingreift; doch liegt die Gefahr nahe, dass die Richter der Vorschrift einen weitergehenden Sinn beilegen und sich verleiten lassen, das Strafurtheil der Civilentscheidung zu Grunde zu legen.[1]) Diese Gefahr dürfte wichtiger sein als diejenige, welche den Erlass der Vorschrift veranlasst hat, wesshalb eine Beseitigung der Bestimmung wünschenswerth ist.

Das Obligationenrecht stellt den Grundsatz der freien Beweiswürdigung in Art. 51 für die Würdigung des Schadenersatzes nach Art und Grösse auf. Obwohl das Beweisrecht nach dieser Seite hin in das Gebiet des Processrechtes gehört und der Bundesgesetzgeber mit diesen und andern Sätzen die Grenzen seiner Gewalt überschritten hat, so kann doch die formelle Verbindlichkeit auch dieser bundesrechtlichen Norm nicht beanstandet werden.[2]) Es sind daher die kantonalen Beweisregeln, soweit sie sich auf denselben Gegenstand beziehen, ausser Kraft getreten.

Wir schliessen diese Erörterung mit einer Bemerkung über den Instanzenzug. Das kantonale Recht bestimmt, welche Rechtsmittel der Processpartei, welche auf Schadenersatz aus

---

[1]) Hat doch ein Genfer Civilgericht für die civilrechtliche Verantwortlichkeit eines Beklagten das Strafurtheil eines **französischen** Gerichts als präjudiciell erklärt mit der Motivirung:

Que le jugement du Tribunal correctionnel de Gex fait preuve légale de la culpabilité du charpentier Staar, et que rien n'établit que la responsabilité civile de l'accident soit partagée par Grange.

Arrêt de la cour de justice civile du 1 septembre 1884 dans la cause Grange c. époux Passerat. Revue Bd. III S. 25.

[2]) Art. 113 in fine der Bundesverfassung: In allen diesen Fällen sind jedoch die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemein verbindlichen Beschlüsse, sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge für das Bundesgericht massgebend.

Delict klagt, zustehen, trete sie vor den Civilgerichten oder als Civilpartei vor den Strafgerichten auf. Auch der Civilpartei steht aber das Recht der Berufung an das Bundesgericht zu, wenn die Voraussetzungen des Art. 29 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (vom 27. Juni 1874) zutreffen.

Die Grundsätze über civilrechtliche Verantwortlichkeit aus Delicten nach Art. 50 ff. O. R.

1. Voraussetzungen der Ersatzpflicht (Art. 50)

Nach Art. 50 O.-R- setzt die Ersatzpflicht widerrechtliche und schuldhafte Verursachung eines Schadens voraus.

1. Der Schaden. Während das gemeine Recht die Ersatzpflicht nur für einen Schaden an körperlichen Sachen oder an dem Körper und der Gesundheit von Menschen annahm, lässt Art. 50 diese Beschränkung fallen und erklärt jeden Vermögensschaden als ersetzbar. Ueberall, wo Jemand eine ökonomische Einbusse erlitten hat, wird daher ein Ersatzanspruch begründet sein, sofern nur der Schaden widerrechtlich und schuldhaft verursacht worden ist. Vermögensrechtliche Ausgleichung kann insbesondere auch verlangt werden für eine Creditschädigung i. e. S.

Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Bundesgerichts in Sachen Jacot c. Béguin (A. S. Band X 1884 S. 567 ff.) wird in der Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechts (Band III Nr. 7) referirt: Unter „Schaden“ im Sinne des Art. 50 ff. O.-R. ist nicht bloss ein Vermögensschaden, sondern, wie insbesondere aus Art. 54 und 55 ibidem hervorgeht, auch eine Verletzung der Person an ihrer Ehre, Freiheit und Körper, abgesehen von deren nachtheiligen Wirkungen auf das Vermögen, zu verstehen. In der That sagt das citirte Urtheil: *Le dommage visé dans les articles qui précèdent comprend non seulement le préjudice matériel et pécuniaire, mais aussi l'atteinte portée à l'honneur, au crédit et à la situation personnelle du citoyen. S. 569 a. a. O.*

Dem gegenüber scheint es geboten, mit allem Nachdruck

zu betonen, dass Art. 50 nur die Ersatzpflicht für Vermögensschaden ordnet, während später nachzuweisen sein wird, dass sich Art. 55 gar nicht auf Vermögensschaden bezieht. Die Unterscheidung hat desshalb praktische Bedeutung, weil der Geschädigte Anspruch auf Ersatz des Schadens im Sinne von Art. 50 besitzt, es dagegen dem richterlichen Ermessen anheimgestellt ist, ob nach Art. 55 „auf eine angemessene Geldsumme" zu erkennen ist.

In der Rechtssprache wird unter Schaden regelmässig nur ein vermögensrechtlicher Nachtheil, ein ökonomisches Interesse verstanden, und auch das schweizerische Obligationenrecht vermeidet den Ausdruck Schaden, wo es sich nicht um einen vermögensrechtlichen, sondern um einen rein ideellen Nachtheil handelt. Abgesehen von dem Ersatz erweislichen Schadens (Art. 54) und ohne Nachweis eines Vermögensschadens erkennt der Richter auf „eine angemessene Geldsumme".

Bemerkenswerth ist auch, dass der Entwurf von 1879 in Art. 60, der dem Art. 54 des Gesetzes entspricht, lautete: „abgesehen von dem Ersatze erweislicher Vermögensnachtheile", und das letztere Wort durch das Synonym „Schaden" ersetzt worden ist.

Zur Begründung der gegnerischen Ansicht dürfte man sich nicht ohne Schein auf das französische Recht berufen. So führt namentlich Laurent[1]) Band 20 Nr. 395 aus, Art. 1382 C. N. beziehe sich auch auf den sogenannten moralischen Schaden. *„L'art 1382 parle d'un dommage en termes absolus qui ne comportent pas de distinction; tout dommage doit donc être réparé, le dommage moral aussi bien que le dommage matériel."* Art. 1382 sagt in der That: *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui, par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.* Aehnlich bestimmt Art. 50 O.-R.: *Quiconque cause sans droit un dommage à autrui soit à dessein soit par négligence ou par imprudence est tenu de le réparer.* Aber während das französische Recht keine

[1]) Principes du droit civil français. Bruxelles et Paris 1878.

weitere Bestimmung über den *tort moral* besitzt, unterscheidet das Obligationenrecht zwischen Schaden und Nachtheilen, die es in Gegensatz stellt zu erweislichem Schaden und sogar zu erweislichem Vermögensschaden. Die Vergleichung mit dem französischen Recht widerlegt daher die hier vertretene Ansicht nicht, sondern bestätigt sie.

2. Causalzusammenhang. Für den Schaden kann, von Ausnahmen (Art. 61 ff.) abgesehen, nur derjenige verantwortlich erklärt werden, welcher ihn verursacht hat. Durch welche Handlung der Schaden entsteht, ist gleichgültig, ob durch körperliche Handlungen oder durch Worte. Der Schaden kann nicht nur durch ein positives Thun, sondern auch durch eine Unterlassung verursacht werden. Als Ursache im Rechtssinn darf die Unterlassung nur dann aufgefasst werden, wenn der Nichthandelnde zu der Vornahme der Handlung, die er unterlassen hat, rechtlich verpflichtet war. Wie das Bundesgericht [1]) mit Recht angenommen hat, genügt der Nachweis eines wirklichen ursächlichen Zusammenhangs zwischen Rechtsverletzung und Schaden; nicht erforderlich ist, dass dieser Zusammenhang ein nothwendiger sei und dass er unter allen Umständen hätte eintreten müssen. Daher wurde in Sachen Sutter c. Ineichen [2]) der Beklagte zu Schadenersatz verurtheilt, da festgestellt war, dass einerseits der Beklagte sich eine rechtswidrige auf Schädigung der Kläger durch Ent-

---

[1]) Der Bemerkung des Referenten Sch. in der Revue, Band 2, 1884, S. 120, das Bundesgericht habe bezüglich des Causalzusammenhangs eine rein thatsächliche Frage entschieden, ist nicht beizustimmen. Vielmehr hat das Bundesgericht festgestellt, welche rechtlichen Voraussetzungen für die Annahme eines Causalzusammenhangs bestehen. Angewendet wurden Normen des Privatrechts, aber solche des ungesetzten Rechts. Auch die zweite Bemerkung des Referenten, es hätte die Klage „ohnehin" gestützt auf Art. 55 gutgeheissen werden können, ist nicht richtig. Wenn Art. 50 zutraf, so fehlte die rechtliche Möglichkeit, Art. 55 zu Grunde zu legen. Entweder handelt es sich um Vermögensschaden = Art. 50 oder um tort moral = Art. 55. Cumulativ kommt die Anwendung beider Artikel allerdings vor, elektiv grundsätzlich nicht. Im vorliegenden Fall handelte es sich um eine Vermögensschädigung, also traf Art. 50 zu.

[2]) Entscheidungen des Bundesgerichts A. S. Bd. X 1884. S. 358 ff.

ziehung der Kundschaft ihres Kurhauses abzielende und zu Herbeiführung dieses Erfolges völlig geeignete Handlung hatte zu Schulden kommen lassen, und dass anderseits eine Verminderung der Frequenz des klägerischen Kuretablissements und damit eine Vermögenseinbusse für die Kläger wirklich eingetreten war.

3. Rechtswidrigkeit. Das Verhalten des Schädigers muss objectiv widerrechtlich, rechtswidrig sein. Widerrechtlich ist überhaupt jeder Eingriff in die Rechtssphäre des Andern, zu welchem dem Handelnden nicht eine Befugniss zusteht *(quiconque cause sans droit un dommage à autrui)*. Erlaubter Weise wird daher einem Andern ein Nachtheil nur zugefügt werden dürfen, wenn Jemand zu der benachtheiligenden Handlung berechtigt ist; dann wird auch der Ausdruck schädigen und Schaden nicht angewendet. Die benachtheiligende Handlung ist aber nur dann und insoweit eine dem Rechte gemässe, wenn und inwieweit dem Verursacher des Nachtheils eine Befugniss zu handeln zusteht. Verletzungen, welche im Zustande der Nothwehr zugefügt werden, sind nicht rechtswidrige Schädigungen, vorausgesetzt, dass die Abwehr sich innerhalb der von dem Gesetz gezogenen Schranken gehalten hat. Wenn aber der Angegriffene von der Vertheidigung zum Angriff übergeht und nun den Andern beschädigt, so ist seine Handlung rechtswidrig. Dasselbe gilt für Eingriffe in die Rechtsgüter des Andern, die von Amteswegen oder in Ausübung einer Berufspflicht vorgenommen werden. Ueberschreitet der Beamte den Kreis seiner Amtspflicht, nimmt die Berufsperson Handlungen vor, die sich nach den Lehren der Wissenschaft oder nach den Regeln der Kunst, die derselbe ausübt, nicht rechtfertigen lassen, und schädigt so einen Andern, so hat er einen rechtswidrigen Nachtheil zugefügt *(sans droit)*, also einen Schaden verursacht. Beispiel: Der Gefangenwärter entzieht einem Sträfling länger die Freiheit als das Urtheil es vorschreibt, oder der Arzt schreitet gegen Indication zu einer Amputation. Zweifelhaft ist die Rechtswidrigkeit bei Schädigungen, die im Nothstand begangen wurden. Wenn auch der Nothstand

ein criminelles Verschulden und damit eine Bestrafung mit Recht ausschliesst, so folgt daraus doch nicht ein Nothrecht, vielmehr bleibt die Handlung eine rechtswidrige.[1])

In diesen Fällen ist die Berechtigung die Ausnahme, die Rechtswidrigkeit der Handlung die Regel. Es gibt aber auch Handlungen, welche einem Andern Nachtheil zufügen können und öfters zufügen und die doch in der Regel erlaubt sind. Es ist gewiss ein Recht des Bürgers, zum Schutz seiner Ansprüche die Hülfe der Gerichte anzurufen und seine Vertheidigung anzubringen. Es kann daher die obsiegende Partei von der unterliegenden, abgesehen von der Erstattung der Processkosten, keinen Ersatz beanspruchen; auch die Processstrafen (Succumbenzgelder) sind abgeschafft. Bekanntlich sind die Gerichte in ihren Entscheidungen oft getheilter Meinung, wie kann es da dem Interessenten verargt werden, dass er den Rechtsweg betreten hat. Doch hat auch das Recht einen Process zu führen seine Grenzen in dem Zweck, zu welchem der Staat seine Rechtsanstalt dem Bürger zur Verfügung stellt. Wer einen Anspruch geltend macht, der vernünftiger Weise als ein berechtigter nicht angesehen werden konnte, oder ein Rechtsbegehren bestreitet, dessen Begründetheit offenbar ist, missbraucht die staatliche Rechtsanstalt und handelt rechtswidrig. Klar tritt die Rechtswidrigkeit hervor, wenn festgestellt ist, dass die Processpartei wusste, dass sie im Unrecht war, und den Streit nur führte, um dem Andern Schaden zuzufügen (Chicane, Trölerei) oder um ihrer Processsucht zu fröhnen. Rechtswidrig ist die Processführung aber auch dann, wenn die Partei sich im Recht glaubte, dieser Glauben aber auf einer leichtfertigen Annahme beruht, deren Haltlosigkeit sich bei ordentlicher Prüfung der Sache sofort herausgestellt hätte. Auch das Bundesgericht[2]) erblickt in der

---

[1]) Für das römische Recht wird die Ersatzpflicht von der herrschenden Ansicht bestritten, so z. B. von Ihering, Schuldmoment S. 44, Baron; für Ersatzpflicht nach römischem Recht: Lehmann (Ihering's Jahrbücher 1874 S. 215 ff.) Die Ersatzpflicht nach modernem Recht vertreten u. A.: Hugo Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Erlangen 1882, 3. Aufl. Janka, der strafrechtliche Nothstand, Erlangen 1878.

[2]) Ueber die französische Jurisprudenz gibt Laurent, principes N° 412,

rechtlichen Verfolgung eines unbegründeten Anspruchs dann eine widerrechtliche, unerlaubte Handlung, wenn in böswilliger oder frivoler Weise haltlose, wohl gar erdichtete Ansprüche im Rechtswege geltend gemacht werden. Entscheidungen des B.-G. A. S. Bd. X 1884 S. 576.

Schwierigkeit bereitet das Moment der Rechtswidrigkeit bei Unterlassungen. Zwar steht ausser Zweifel, dass eine rechtliche Verpflichtung, einen bevorstehenden Schaden abzuwenden, nicht ohne Weiteres für denjenigen besteht, der dazu die Macht hat, selbst wenn es seinerseits nur eines geringen Aufwandes von Kraft oder Mühe bedürfte. Das Gebot ist in diesem Fall ein Sittengebot und nicht ein Rechtsgebot. Ausser durch Gesetz oder Vertrag kann aber eine Rechtspflicht zu handeln aus der eigenen Thätigkeit entspringen. Wer eine an sich erlaubte Handlung vornimmt und einen Zustand schafft, aus dem für einen Andern Schaden entsteht, ohne die durch die Umstände gebotenen Vorsichtsmassregeln zu treffen, begeht eine rechtswidrige Unterlassung. Das Princip ist ziemlich allgemein anerkannt und wird auch für das Gebiet des Obligationenrechts Geltung beanspruchen dürfen.[1])

4. Verschuldung. Mit der Rechtswidrigkeit der Handlung hängt die Verschuldung eng zusammen. Als Schuldformen nennt der Art. 50 die Absicht und die Fahrlässigkeit. Statt des Ausdrucks Absicht hätte sich „Vorsatz“ empfohlen, indem Absicht vorwiegend das Absehen auf den Erfolg bedeutet, während Vorsatz besagt, dass die Thätigkeit mit Wissen und Willen des Handelnden ausgeübt worden ist. Nicht nur *dolus* und *culpa lata* verpflichten daher zum Ersatz, sondern auch eine geringe Unaufmerksamkeit des Handelnden, wenn er hätte erkennen können und sollen, dass sein Verhalten den Andern schädigen konnte und der Schaden nun wirklich eintrat.

414, eingehend Auskunft; er wirft aber das Moment der objectiven Rechtswidrigkeit mit der Frage des Verschuldens zusammen. Wenn das Gesetz die Ersatzpflicht auf dolus beschränken würde, so wäre das leichtsinnige Processiren immerhin rechtswidrig.

[1]) Vgl. Entscheidungen des Bundesgerichts A. S. B. XI 1885. S. 61.

Die Gerichte kommen nicht selten in den Fall, zu entscheiden, wie weit die Grenzen erlaubter Kritik gehen. Das Recht der freien Meinungsäusserung ist eines der wichtigsten staatsbürgerlichen Rechte und ist als Pressfreiheit in der Bundesverfassung gewährleistet. Doch darf auch durch Meinungsäusserungen nicht das Recht des Andern verletzt werden. Es ist nun allerdings nicht leicht zu bestimmen, wann ein Eingriff in die Rechtssphäre des Andern vorliegt. Die Freiheit der Meinungsäusserung schliesst auch die Befugniss in sich, Urtheile zu äussern. Ueber das öffentliche Leben von Personen muss, zumal in der Republik, der Kritik freier Spielraum gelassen werden, sofern dieselbe wirklich Vorgänge des öffentlichen Lebens und nicht etwa das Privatleben von Personen beurtheilt. Dagegen sind Angriffe auf die Ehre und den guten Namen einer Person in jeder Form und unter allen Umständen widerrechtlich, wenn nicht die Mittheilung als ein wahrheitsgetreuer Bericht sich darstellt. Zur Rechtswidrigkeit ist der vielberufene *animus injuriandi* nicht erforderlich, auch die sog. üble Nachrede ist rechtswidrig. Es kann nun aber im Berufe einer Person liegen, Urtheile über Andere abzugeben. Handels- und Auskunftsstellen ertheilen Bericht über den Charakter und den Credit einer Person. Dieselben sind in den meisten Fällen nicht in der Lage, auf Grund eigener Wahrnehmungen Auskunft zu ertheilen, sie ziehen daher bei Dritten Erkundigungen ein. Diesen Verhältnissen muss das Recht Rechnung tragen und es darf auch eine nicht vollkommen genaue Angabe nicht als rechtswidrig aufgefasst werden, sofern die Mittheilung auf Grund von sorgfältig eingezogenen Erkundigungen erstattet wurde unter Wahrung der in der Natur dieses Verhältnisses liegenden Discretion. Das Nämliche gilt für Reisehandbücher, welche sich über die Führung von Gasthäusern aussprechen. Doch macht die Oeffentlichkeit der Kritik und die dauernde Verbreitung derselben dem Verfasser besondere Gewissenhaftigkeit zur Pflicht. [1]).

---

[1]) Vgl. Entscheidungen des Bundesgerichts A. S. Bd. XI 1885. S. 201 ff., 530 ff.

2. *Art und Umfang der Schadenersatzpflicht.*

Sowohl die Art als der Umfang (die Grösse) des Schadenersatzes bestimmt der Richter nach seinem pflichtgemässen Ermessen. Bezüglich der Art des Schadenersatzes bleibt namentlich bei Entschädigungen für Körperverletzung und für Tödtung die Wahl zwischen der Zuerkennung einer Aversalsumme und der Bestimmung einer zeitlich wiederkehrenden Leistung. Auch eine Vereinigung beider Formen ist nicht ausgeschlossen.

Für die Bemessung des Umfanges der Schadenersatzpflicht werden dem Richter zwei Massstäbe an die Hand gegeben: ein objectiver, er soll die Umstände in Würdigung ziehen, und auffallender Weise ein subjectiver, die Grösse der Verschuldung fällt ins Gewicht. Es stimmt dieser subjective Massstab schlecht zu dem Wesen des Schadenersatzes,[1]) dessen Funktion in dem Ausgleich eines Vermögensnachtheils besteht. Zwar wird unsere Bestimmung den Beifall von Ihering finden, welcher in seinem „Schuldmoment" das Gleichgewicht zwischen Schuld und Schadenersatz nachzuweisen sucht. Er bezeichnet die Ansicht, welche mit dem Beweis von Schuld und Schaden die Verpflichtung zum vollen Schadenersatz als selbstverständlich erachtet, als eine rohe, und fordert Berücksichtigung des Verschuldens bei der Bestimmung des Schadenersatzes in dem Sinne, dass der dolus schlechthin zum ganzen Schadenersatz verpflichtet, die culpa nur innerhalb gewisser Grenzen. Allein Ihering lässt eine Begründung seiner Ansicht vermissen. Er exemplifizirt mit dem Mandatar, der es versäumt hat, einen Brief zu bestellen, von dessen Abgabe für den Absender tausende von Thalern

---

[1]) Dr. Rott hatte schon in seinem Referat: Ueber den Entwurf eines schweiz. Obligationenrechts, Zeitschrift des bern. Juristenvereins, Bd. 12, S. 361 darauf aufmerksam gemacht, dass der Entwurf hier auf ein subjectives Moment abstellt, welches die Grösse des angerichteten Schadens objectiv in keiner Weise beeinflussen kann und welches nach der bisherigen Auffassung des gemeinen Rechts wohl von strafrechtlicher, nicht aber von civilrechtlicher Bedeutung war.

abhängen, und fragt: Wer wird noch kontrahiren wollen, wenn er eine kleine Vergesslichkeit mit seinem ganzen Vermögen bezahlen soll? Jedenfalls passt dieser Einwurf nicht für das ausserkontraktliche Verschulden.

Dann aber darf man mit Rott fragen: Ist es denn auf der andern Seite wohl gerecht, dass derjenige, dessen Vermögen verletzt ist, auch nur einen Theil des Schadens, der ihm durch fremde schuldhafte Handlung verursacht worden ist, selbst trage?

Wie es scheint, zieht auch die französische Jurisprudenz[1]) das Verschulden in Betracht. *Laurent, Principes No. 530* beantwortet die Frage *„le juge doit-il tenir compte de la gravité de la faute pour fixer le chiffre des dommages-intérêts"* bejahend. Wie begründet aber Laurent diese Entscheidung! Mit der Strafnatur des Schadenersatzes! *La réparation à laquelle l'auteur du fait dommageable est condamné est une peine civile; or toute peine doit être proportionnée à la gravité de la faute.*

Das Gesetz, wie es nun einmal gilt, räumt dem Richter eine Gewalt[2]) ein, die nur dann nicht zur Willkür und zu Missgriffen führt, wenn das Richteramt überall mit Männern besetzt ist, welche in der Wissenschaft und in der Natur der Sache Wegeleitung suchen und finden. Die „subtilen" Fragen, ob direkter oder auch indirekter Schaden, ob bloss positiver Schaden oder auch entgangener Gewinn, ob bei culpa in con-

---

[1]) So wurde bei fahrlässiger Tödtung (imprudence légère et qui se rapprochait beaucoup du cas fortuit) eine geringfügige Summe zugesprochen. Liège 20. Februar 1810. Die Schadenersatzpflicht wird insbesondere bei Versehen von Beamten und Notaren ermässigt. Die Erben eines Notars, der in einem Testament ein Versehen beging, aus dem ein Schaden von Fr. 20,000 sich ergab, wurden zu der Bezahlung von Fr. 12,000 verpflichtet. Nîmes 29. August 1863; und ein Notar, der ein eben erst promulgirtes Gesetz übersah, wurde von der Ersatzpflicht entbunden und lediglich zu den Kosten verurtheilt. Toulouse 29. April 1826.

[2]) Die Botschaft des Bundesrathes, Quartausgabe S. 27, bezeichnet den weiten Spielraum, den es dem Richter zugesteht, als eine nothwendige Folge der weiten Ausdehnung der ausserkontraktlichen Schadenersatzverbindlichkeit, welche der bisherigen Gerichtspraxis der deutschen Schweiz wenig entsprochen habe, was aber nicht einleuchtet; vielmehr bedürfte gerade desshalb die Praxis bestimmter Vorschriften. Freiheit geziemt dem Erfahrenen, nicht dem Unerfahrenen.

trahendo nur das rein negative Interesse oder auch das Erfüllungsinteresse zu berücksichtigen ist, compliciren allerdings das Gesetz nicht; es fragt sich aber, ob der schweizerische Laienrichter sich nun diese Fragen stellt und sie den Umständen des Falles angemessen löst, oder ob er nicht öfters den Schadenersatz nach seinem Gefühl und Eindruck festsetzt; namentlich dürfte dies bei Strafrichtern zutreffen. Jedenfalls wäre es wünschenswerth gewesen, wenn das Gesetz im Falle von dolus die Verpflichtung zu vollem Schadenersatz geboten hätte. Doch steht zu erwarten, dass die Praxis diesen Satz aufstellt und nur bei culpa, namentlich etwa bei culpa levis, den Ersatz ermässigt. Gewiss wird der Richter nicht fehl gehen, welcher den Ersatz des erlittenen Schadens als Norm betrachtet und Abweichungen davon nur aus besondern Gründen gestattet.

Dass bei Mitverschulden des Beschädigten eine Ermässigung des Ersatzes eintreten kann, ist gerechtfertigt; denn es ist dann auch von dem Beschädigten eine Bedingung des schädigenden Erfolges gesetzt worden. Doch würde eine obligatorische Minderung des Ersatzes der Natur der Sache entsprechen. Dagegen geht das Gesetz zu weit, wenn es eventuell gänzliche Entbindung von der Ersatzpflicht erlaubt. Besteht wirklich ein Verschulden des Schädigers, so ist kein Grund, ihn von der Ersatzpflicht zu befreien.

3. Der Schadenersatz im Falle von Tödtung und Körperverletzung. (Art. 53 O.-R.)

Nachdem das Gesetz die Bestimmung des Schadenersatzes im Allgemeinen dem Richter überlassen hat, stellt es für zwei Fälle, nämlich für Tödtung und Körperverletzung, besondere Grundsätze auf, welche namentlich für den Strafrichter praktisches Interesse haben. Der Schaden wird in einzelne Posten zerlegt. Es fallen in Berechnung:

I. Bei der Tödtung:

1. Die Auslagen, welche der Todesfall mit sich bringt. Genannt sind nur die Beerdigungskosten, dazu kommen die Auslagen für die Besorgung des Leichnams, die Publikations-

kosten, Entschädigung für anständige Verzierung des Grabes, allfällige Gebühren (Messenlesen) und Aehnliches.

2. Wenn der Tod nicht sofort eingetreten war, ausserdem

a. die Auslagen für die versuchte Heilung (Arzt, Apotheker, Wärterlöhnung, Spitalrechnung, eventuell Aufwand für Unterhalt).

b. Entschädigung für die Arbeitsunfähigkeit (vom Tage der Verletzung bis und mit dem Todestage nach Massstab des bisherigen Erwerbes).

3. Wenn der Getödtete der Versorger von andern Personen war:

Ersatz für diesen Schaden.

II. Bei der Körperverletzung:

1. Die Heilungskosten, Auslagen für Pflege und Unterhalt s. I. 2 a.

2. Entschädigung für Arbeitsunfähigkeit.

3. Nach Ermessen des Richters ein Narbengeld für Verstümmelungen, welche das Fortkommen erschweren.

Auffallend ist, dass bei Tödtung und Körperverletzung die Erstattung des ausgemittelten Schadens (mit Ausnahme des Narbengeldes) dem Richter geboten wird. (Es sind zu erstatten (Art. 52). Körperverletzung gibt dem Verletzten Anspruch auf (Art. 53). Das Gesetz hat somit in Bezug auf diesen Schaden den subjectiven Massstab bei Seite gelegt, so dass auch bei geringerer Fahrlässigkeit die Entschädigung nicht ermässigt werden darf. Consequent ist diese Regelung nicht.

Wem der Ersatzanspruch im Falle der Tödtung eines Menschen zusteht, wird nur für den Fall bestimmt, dass der Getödtete der Versorger von andern Personen war, und nur für diesen Theil der Entschädigung. Anspruchsberechtigt sind die ihres Versorgers beraubten Personen. Das Verhältniss beruht auf thatsächlicher, nicht auf rechtlicher Beurtheilung; es ist daher nicht erforderlich, dass dem Getödteten eine Rechtspflicht zur Versorgung oblag; wenn aber der Getödtete zur Versorgung verpflichtet war, und die Pflicht nicht erfüllte, so wird Art. 52 auch anzuwenden sein.

Ersatzberechtigt sind im Uebrigen die Erben des Getödteten, eventuell diejenigen, welche Kosten für den Todten aufgewendet haben.

Im Falle der Körperverletzung gibt das Gesetz ausdrücklich dem Verletzten den Anspruch, so dass Schneider mit Recht einen selbständigen Anspruch von Personen, deren Versorger der Verletzte war, und der es in Folge der Verletzung nicht mehr sein kann, bezweifelt. [1])

4. Das Schmerzengeld (Art. 54 O.-R.)

Bei Körperverletzung oder Tödtung eines Menschen kann der Richter unter Würdigung der besondern Umstände, namentlich in Fällen von Arglist oder grober Fahrlässigkeit, dem Verletzten oder den Angehörigen des Geschädigten, auch abgesehen von dem Ersatz erweislichen Schadens, eine angemessene Geldsumme zusprechen.

Diese Bestimmung stand beinahe wörtlich gleich schon in dem Entwurfe von 1875 und wurde, wie die Botschaft bezeugt, dem Art. 7 des Bundesgesetzes betr. die Haftpflicht der Eisenbahnen vom 1. Juli 1875 nachgebildet. Es ist ausserordentlich wichtig, die juristische Natur der Geldleistung festzustellen, welche der Richter namentlich bei schwerem Verschulden des Thäters dem körperlich Verletzten oder den Angehörigen des Getödteten zusprechen kann.

Einen Anhaltspunkt gewährt die Bestimmung, es werde die Geldleistung abgesehen von dem Ersatz erweislichen Schadens zugesprochen; sie schliesst also den erweislichen Schaden nicht in sich, und der Verletzte erhält die angemessene Geldsumme über diesen Ersatz erweislichen Schadens hinaus.

Was ist unter erweislichem Schaden zu verstehen? Darüber geben die französische und italienische Fassung Aufschluss.

---

[1]) Anders die französische Jurisprudenz, da die Art. 1382 und 1383 einfach die Ersatzpflicht bestimmen. Für unser Gesetz konnte die Frage nach dem deutschen Texte des Art. 53 zweifelhaft sein, allein der französische Text bezeichnet die verletzte Person als anspruchsberechtigt. Es könnte sich aber fragen, ob hier nicht eine Lücke vorhanden ist, die nach Analogie von Art. 52 a. E. auszufüllen wäre.

Der französische Text lautet:

indépendamment de la réparation du dommage constaté,

und der italienische:

indipendentemente dal risarcimento del danno constatato.

Also ist unter dem erweislichen Schaden nicht ein Schaden zu verstehen, der festgestellt, constatirt werden kann, sondern constatirt ist. Der Accent fällt nicht auf erweislich in dem Sinne, dass zwischen einem rechtlich erweislichen und einem zwar vorhandenen, aber gerichtlich nicht erweislichen Schaden zu unterscheiden wäre und dieser nicht erweisliche Schaden mit der angemessenen Geldsumme gutgemacht werden soll. Vielmehr bildet das Adjectiv erweislich nur ein ergänzendes Particip, wie es die romanischen Sprachen verlangen, während es im Deutschen entbehrlich ist. Somit geht der Sinn der Stelle einfach dahin: der Richter kann unter den in Art. 54 genannten Voraussetzungen, abgesehen von einem Schaden, unabhängig von diesem Schaden, neben dem Schaden, über denselben hinaus, auf eine angemessene Geldsumme erkennen. Schaden bedeutet, wie oben gezeigt wurde, Vermögensnachtheil, Vermögensschaden.

Wenn somit die angemessene Geldsumme, welche der Richter zusprechen kann, nicht den Ausgleich für einen Vermögensschaden bildet, den der Verletzte oder die Angehörigen des Getödteten erlitten haben, so liegt die Annahme nahe, die Geldleistung bilde eine Privatstrafe. Ihr Wesen besteht ja darin, dass sie auf eine über die Ausgleichung der durch das Delict gestörten Vermögensverhältnisse hinausgehende Genugthuung geht und die blosse Erstattung und den Ersatz des materiellen Vermögensschadens von ihrem Begriffe ausschliesst. Allein die Privatstrafe hat wie jede andere Geldstrafe Strafnatur, sie ist eine gegen den Schuldigen gerichtete auf Affizirung seines Willens zielende Reaktion wegen seines Vergehens mittelst zwangsweiser Minderung ihm zustehender Vermögensrechte. Die angemessene Geldsumme dürfte daher nur der Schuldige aus seinem Vermögen bezahlen, denn nur dann ist eine Reaktion gegen seinen Willen möglich; wem

die Summe zukommt, wäre begrifflich gleichgültig.[1]) Verliert der Schuldige die Willensfähigkeit, fällt er in Wahnsinn oder stirbt er, so ist eine Reaktion gegen ihn nicht mehr möglich. Der Strafanspruch erlöscht daher; die Geldleistung eines Andern als Strafe gedacht ist sinn- und zwecklos.

Lässt nun der Wortlaut der Stelle und ihr Zusammenhang mit den übrigen Bestimmungen des Cap. II. die Auffassung der Geldleistung als einer Privatstrafe zu? Derselben entspricht allerdings die Berücksichtigung der Form und des Grades der Verschuldung — namentlich in Fällen von Arglist oder grober Fahrlässigkeit wird die Geldsumme zugesprochen — aber alles andere spricht dagegen. Der Nachdruck wird nicht darauf gelegt, dass der Thäter eine Vermögenseinbusse erleidet, sondern darauf, dass dem durch das Delikt Verletzten eine Geldsumme zugesprochen wird und zwar eine angemessene, ein Ausdruck, der offenbar auf die Verhältnisse des Verletzten und nicht auf die Schuld des Thäters hinweist. Ferner ist zu beachten, dass Cap. II. von Entschädigungen handelt und nirgends ein strafrechtlicher Gesichtspunkt hervortritt. Es schliesst auch die Quelle unserer Bestimmung, Art. 7 des Bundesgesetzes vom 1. Heumonat 1875, die Auffassung der Leistung als Strafe aus; dasselbe handelt ja von der Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrt-Unternehmungen bei Tödtungen und Verletzungen. Diesen Unternehmungen konnte Art. 7 nicht eine Strafe auferlegen.

Wenn der Leistung der angemessenen Geldsumme weder die Funktion eines Vermögensschadenersatzes noch die Funktion einer Privatstrafe zukommt, als was stellt sie sich denn dar?

Bedenken wir, dass sowohl der Art. 7 des B.-G. vom 1. Heumonat 1875 wie unser Art. 54. den Opfern eines schädigenden Ereignisses eine angemessene Geldsumme über den Vermögensschaden hinaus zuwenden und diese Zuwendung bei den Bestimmungen über Schadenersatz regeln, so muss die Leistung nothwendig den Charakter einer Entschädigung besitzen und einen Ausgleich für Nachtheile bezwecken, die

[1]) Die Zuwendung derselben an das Opfer des Verbrechens aus Billigkeitsrücksichten gerechtfertigt.

Jemand neben dem Vermögensschaden oder ohne dass ein solcher überhaupt eingetroffen ist, erlitten hat. Solche Nachtheile entstehen nun bekanntlich namentlich bei Körperverletzungen; denn der Misshandelte hat nicht nur Auslagen für Pflege und Kur und erwirbt während der Krankheit wenig oder nichts, sondern die Krankheit ist meistens auch mit Schmerzen und Qualen verbunden, die er tragen muss. Diesem Umstande trug schon die Carolina Rechnung, indem sie dem widerrechtlich Gefolterten für seine schmach, schmertzen, kosten und schaden eine Entschädigung zusprach. In der Litteratur werden die Schmerzen des Verletzten (abgesehen von einer Notiz eines württembergischen Juristen aus dem Anfang des 17. Jahrhunderts) zuerst von Carpzow erwähnt. Er berichtet, dass die infolge Körperverletzung erlittenen Schmerzen bei Bestimmung der sächsischen Busse *(emenda)* von den Gerichten berücksichtigt wurden. Allein nach Carpzow trat hierin eine entschiedene Wendung ein. Angesehene Schriftsteller, so namentlich Georg Adam Struve 1670 und nach ihm und unter Berufung auf ihn Samuel Stryk 1690, welchem der angesehene Jurist J. H. Böhmer folgte, zählten das Schmerzengeld zum Schadenersatz. Diese Auffassung wurde zu der herrschenden Ansicht, so dass nun Civilisten und Criminalisten ein deutsches Gewohnheitsrecht anerkennen, welches dem am Körper Verletzten für seine Schmerzen einen Ersatz in Geld gewährt. Für die Geltendmachung dieses Anspruchs wurde die römische *actio ex lege Aquiliae utilis*, welche auf Ersatz des Vermögensschadens ging, durch Einfügung des deutschrechtlichen Schmerzengeldes erweitert. Dessen ungeachtet ist die Ersatznatur des Schmerzengeldes von einigen Wenigen, unter denen sich aber Windscheid befand, geleugnet worden. Windscheid gab namentlich zu bedenken, dass Schmerzen und Geldleistungen unvergleichbare Grössen sind; „das Schmerzengeld ist also eben nicht Ersatz, und wenn es nicht Ersatz ist, so muss es Strafe sein.“ Wächter hat aber mit Recht aufmerksam gemacht, dass auf dem Rechtsgebiet häufig für an sich verschiedene Grössen ein Gleichungspunkt gesucht und gegeben wird, und an die Ersatzklage

wegen eines gebrochenen Verlöbnisses und an die Bezahlung des sogenannten Kränzchens erinnert. Wie etwa unschätzbare Dienste mit Geld belohnt, oder die einem Andern zugefügten Kränkungen mit Geschenken wieder gut zu machen gesucht werden, so werden namentlich weniger Gebildete gern für ihre ausgestandenen Schmerzen eine Zahlung als Ausgleichung und Entschädigung annehmen. Ueberdies zeigte Wächter, zu welchen Consequenzen es führen würde, wenn dem Schmerzengeld die Natur einer Strafe zukäme. In Folge dieser Ausführungen hat Windscheid seine frühere Ansicht aufgegeben und lehrt nun, dass nach heutigem Recht ausser dem Ersatz des Vermögensinteresse ein sog. Schmerzensgeld gefordert werden kann, welches nicht Strafe, sondern Entschädigung sei. In der Anmerkung anerkennt Windscheid im besondern die Richtigkeit der Entgegnung von Wächter und sagt: Auch das ist Entschädigung, wenn die dem Verletzten verursachte schmerzliche Empfindung durch Verursachung einer angenehmen Empfindung wieder aufgehoben wird.

Wenn dies richtig ist, so ist aber auch ein Ausgleich denkbar für schmerzliche Empfindungen, die ohne Verletzung des Körpers durch rechtswidrige Handlungen eines Andern verursacht werden, so namentlich für die schmerzliche Empfindung, welche der Verlust eines geliebten Familiengliedes erzeugt. Das französische Recht hat mit seinem juristischen Takt diese Consequenz längst gezogen und erkennt den Angehörigen von Personen, welche durch verbrecherische Hand umgekommen sind, Geldsummen zu, wobei z. B. bei dem Tode eines Familienvaters auf seinen heilsamen Einfluss, auf die Zerreissung des Familienbandes und auf den Schmerz, den Gatten und Vater durch ein Verbrechen zu verlieren, hingewiesen wird. Auch deutsche Juristen anerkennen die Richtigkeit dieses Gedankens. Da alles Vermögen nur Mittel für den Genuss ist, so sieht Bruns nicht ab, warum nicht auch für die direkte Schädigung des Genusses Entschädigung durch Verschaffung der Mittel für andern Genuss eintreten soll[1]) und Dernburg[2]) sagt

[1]) Bruns, Holtzendorffs Encyklopädie 3. Aufl. S. 410.

[2]) Heinrich Dernburg, das Obligationenrecht Preussens und des Reichs und das Urheberrecht, 3. Aufl. Halle a. S. 1882. Seite 851.

unter Berufung auf Pfaff (die Lehre vom Schadenersatz 1880) geradezu: „Die folgerechte Fortbildung des deutschen Gedankens des Schmerzengeldes wäre es gewesen, bei Verfeinerung des Culturzustandes eine arbiträr zu bemessende Entschädigung in Fällen der schuldhaften Verletzung des geistigen Wohlbefindens einer Persönlichkeit zuzubilligen."

Von diesem Gedanken ist der Bundesrath bei Aufstellung des Entwurfes von 1879 Art. 60, welcher als Art. 54, beinahe unverändert Gesetzeskraft erhielt, wirklich ausgegangen. Die Botschaft sagt nämlich wörtlich:

Nach dem Vorgange des Bundesgesetzes betreffend die Haftpflicht der Eisenbahnen vom 1. Juli 1875, Art. 7, ist in Fällen der Tödtung oder Körperverletzung, namentlich bei ganz schwerer Verschuldung, dem Richter in Art. 10 des Entwurfs die Befugniss eingeräumt worden, Angehörigen der Getödteten oder den Verletzten völlig unabhängig vom Ersatze erweislicher Vermögensnachtheile eine angemessene Geldsumme zuzuerkennen. Es kann dieses als eine Weiterbildung der gemeinrechtlichen Theorie über das sogenannte Schmerzensgeld, als eine Ausdehnung der **Entschädigung** für ausgestandene körperliche Schmerzen auf rein moralische Leiden betrachtet werden.

Somit führen alle Mittel der Auslegung zu dem Resultat, dass die in Art. 54 vorgesehene Leistung einer angemessenen Geldsumme nicht Strafe, sondern Ersatz ist, und zwar nicht Ersatz für Vermögensschaden, sondern Ersatz für körperlichen und seelischen Schmerz.

Nachdem so die Natur des schweizerischen Schmerzengeldes festgestellt worden ist, bleibt noch Einiges über die Gestaltung des Instituts im Einzelnen anzubringen. — In subjectiver Beziehung wird *dolus* und *culpa lata* hervorgehoben, doch kann auch in Fällen leichterer Fahrlässigkeit, wenn besondere Umstände es rechtfertigen [1]) ein Schmerzen-

[1]) So Zürich, Appellationskammer 23. Februar 1886 Revue, Band 4 Nr. 94.

geld zuerkannt werden. Gegen die Berücksichtigung des subjectiven Moments gilt das früher Gesagte.

Der Richter hat eine Geldsumme auszusprechen, welche mit den Schmerzen des Verletzten, bezw. mit dem Leide, welches den Angehörigen des Getödteten zugefügt wurde, im Verhältnisse steht und denselben angemessen ist. Denn Schmerzen und Leid sollen ja, so gut dies geht, ausgeglichen werden. Allerdings lassen sich körperliche Schmerzen nicht schätzen und nicht messen und noch viel weniger das Leid über den Verlust eines Angehörigen. Es gilt hier richterliches Ermessen. Jedenfalls darf aber der Richter den Ausgleich nicht in eine Spekulation ausarten lassen. Recht beherzigenswerth bemerkt der Gerichtshof von Aix (6. Mai 1872, Laurent XX, No. 525): *Après tout, on ne peut payer la vie d'un père ou d'un époux, et sa mort ne doit point devenir le sujet d'une spéculation qui enrichirait sa famille.* Die schweizerischen Gerichte dürfte freilich nicht leicht der Vorwurf treffen, sie bemessen die Schmerzengelder zu hoch. Immerhin werden anständige Summen gesprochen. So erhielt der Holzbodenmacher August Choulat, dessen 13jähriger Sohn August, das älteste von 5 Kindern, von Mathieu Miserez und Joseph Caillet am 2. Mai 1886 zu Alle gemordet wurde, durch Urtheil der Criminalkammer des bernischen Obergerichts vom 16. April 1886 eine Entschädigung von Fr. 3000. —. Ein rüstiger Bauer von 47 Jahren, dessen ältester Sohn, geb. 1866, im Jahre 1884 durch Todtschlag umkam, erhielt statt der geforderten Fr. 10,000. gestützt auf Art. 54 Fr. 2500. Wenn die Entscheidungsgründe aber davon ausgehen, dass der Kläger zweifelsohne durch den von den Beklagten böswillig verschuldeten Tod seines Sohnes hart betroffen und dass ihm dadurch immerhin auch ein materieller Schaden erwachsen sein mag, so liegt darin eine Verkennung der Natur des Schmerzengeldes, wie es in Art. 54 geregelt ist, und das den Ersatz für Vermögensschaden ausschliesst.

Bei Körperverletzungen wird das Schmerzengeld hauptsächlich physischen Schmerz auszugleichen haben, es kann aber doch auch moralischer Schaden vorkommen, z. B. die

schmerzliche Empfindung über eine Verunstaltung des Gesichts (Schönheitsfehler), oder über eine Verletzung, welche mit gewissen Unannehmlichkeiten verbunden ist, ohne gerade eine Erwerbstörung herbeizuführen (Perforation des Trommelfells). Die Gerichte nehmen in den Erwägungen auf das Schmerzengeld des Art. 54 nicht ausdrücklich Bezug und sprechen eine Pauschalsumme aus.

Der Anspruch steht bei Körperverletzungen dem Verletzten, bei Tödtungen den Angehörigen zu *(à sa famille, ai congiunti)*. Hier wie anderswo sind der französische und der italienische Text präziser als der deutsche. Angehörige ist kein streng juristischer Begriff,[1]) so dass die Bedeutung des gewöhnlichen Lebens Anwendung finden dürfte, wenn nicht die andern Texte nur Familienglieder als anspruchsberechtigt nennen würden.

5. *Das Quasi-Schmerzengeld für tort moral (Art. 55).*

Am meisten Beachtung hat Art. 55 nicht nur in der Juristenwelt, sondern bei einem weitern Publikum, namentlich auch bei den Journalisten gefunden. Im Gesetze steht unter Bezugnahme auf Art. 54. Art. 55: Ist Jemand durch andere unerlaubte Handlungen in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt worden, so kann der Richter auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens auf eine angemessene Geldsumme erkennen. In dem Entwurfe von 1875 fehlte eine solche Vorschrift. Der Entwurf von 1877 fügte nach Art. 88 = Art. 54 O.-R. als Art. 88bis den Satz ein:

„Auch bei andern unerlaubten Handlungen kann der Richter, wenn es die Billigkeit erfordert, nach Analogie des Art. 88 verfahren."

Aus dieser Fassung ergibt sich zur Evidenz, dass der Gesetzgeber dasselbe, was er bei Tödtung und Körperverletzung eingeführt hatte, nämlich einen Ausgleich für nicht vermögensrechtliche Nachtheile, insbesondere für Schmerzen und Leid, auch bei den andern unerlaubten Handlungen

---

[1]) Das deutsche Reichsstrafgesetz § 52 zählt daher die Personen auf, welche als Angehörige zu behandeln sind, unter diesen auch Pflegekinder.

gestatten wollte, aber freilich nur, „wenn es die Billigkeit erfordert". Es musste daher der von dem Entwurfe in Art. 88bis vorgesehenen Geldleistung nothwendig auch die gleiche Funktion zukommen, wie dem Schmerzengelde, nämlich die Funktion einer Entschädigung und nicht die Funktion einer Strafe. Obwohl dieser Gedanke bei der vorgeschlagenen Redaktion einen deutlichen Ausdruck fand, so war doch die Bestimmung in einem andern Punkte nicht ganz klar, indem das Verhältniss, wie es sich bei der Tödtung gestaltet, bei andern Delikten nicht vorkommt und gerade dieser Fall eine analoge Behandlung nicht zuliess. Rott machte auf diesen Mangel aufmerksam. Die Commission theilte diese Ansicht, so dass der Art. 88 im Entwurf von 1879 als Art. 61 folgende Fassung erhielt:

„Auch wegen anderer unerlaubter Handlungen, welche die persönlichen Verhältnisse eines Andern ernstlich verletzen, kann der Richter, ohne Nachweis eines Vermögensschadens, auf eine angemessene dem Verletzten zukommende Geldsumme erkennen."

Die Botschaft bemerkt nach Erwähnung des Schmerzengeldes über diese Bestimmung: „Auf Antrag der Commissionsmitglieder der französischen Schweiz, welche auf die französische Gerichtspraxis Bezug nahmen, ist in Art. 61 eine analoge Befugniss dem Richter auch bei andern unerlaubten Handlungen, „welche die persönlichen Verhältnisse eines Andern ernstlich verletzen," eingeräumt worden. Dabei wurde in den Berathungen auf den möglichen Fall hingewiesen, dass ein ehrbares Mädchen durch betrügerische Vorspiegelungen, Angabe falscher Namen, Vorlegung gefälschter Papiere u. s. w. zu einer Verlobung mit einem schon verheiratheten Manne verleitet worden sei. Hier müsse auch dann, wenn gar kein Vermögensschaden vorliege, eine angemessene Summe für moralische Leiden zuerkannt werden können."

Somit sollte durch die neue Redaktion die Natur des Instituts nicht verändert werden, vielmehr wollte man dem Richter in diesem Artikel eine analoge Befugniss geben, wie bei Tödtungen und Körperverletzungen. Der Geldleistung blieb somit durchaus der Charakter einer Entschädigung.

Die neue Redaktion weicht aber von derjenigen des Art. 88 bis nicht unwesentlich ab, indem das subjektive Moment nicht erwähnt wird. Die Worte „unter Würdigung der besondern Umstände, namentlich in Fällen von Arglist und grober Fahrlässigkeit“ sind aus Art. 88 nicht herübergenommen worden.

Die Commission ging von dem richtigen Gedanken aus, es empfehle sich, in dem Gesetze zu sagen, für was die angemessene Geldsumme zugesprochen werde; allein es gelang ihr diess nicht. Nicht wegen unerlaubter Handlungen, welche die persönlichen Verhältnisse eines Andern verletzen, sondern für die nicht vermögensrechtlichen Nachtheile, welche aus der Verletzung persönlicher Verhältnisse entstehen, soll ja eine Entschädigung eintreten.

Der in Art. 88 bis bestimmt ausgedrückte Gedanke, die Leistung trage den Charakter und die Natur eines Schmerzengeldes, wurde verdunkelt. Er ist auch in der endgültigen deutschen Redaktion im Schatten geblieben.

Die geltende Norm übergeht geradezu den Hauptgedanken, dass für moralisches Leiden eine Entschädigung gewährt wird. Der Richter wird schlechtweg ermächtigt, auf eine angemessene Geldsumme zu erkennen, wenn Jemand durch andere unerlaubte Handlungen in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt worden ist. Allerdings darf der Richter die Geldsumme zusprechen „auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens,“ und diess soll bedeuten: nicht als Ersatz eines Vermögensschadens, oder positiv ausgedrückt: als Entschädigung für ideelle Nachtheile.

Aber wer findet diesen Sinn heraus? — Die Wendung „auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens“ verleitet übrigens zu dem ganz schiefen Gedanken, wenn ein Vermögensschaden nachgewiesen sei, könne erst recht auf eine angemessene Geldsumme erkannt werden, während der Vermögensschaden und sein Nachweis mit dem tort moral nichts zu schaffen hat; in den meisten Fällen des tort moral wird ein Vermögensschaden überhaupt nicht eintreten, und wenn

er eintritt, so existirt er neben dem ideellen Nachtheil und wird nicht durch eine „angemessene Geldsumme", sondern durch den eigentlichen Schadenersatz ausgeglichen. Der französische und der italienische Text zeichnen sich auch hier durch präziseren Inhalt und korrektere Form aus.

Si quelqu'un a été lésé par d'autres actes illicites qui portent une grave atteinte à sa situation personnelle, le juge peut allouer une *indemnité équitable,* alors même qu'aucun dommage matériel ne serait établi.

Die Geldleistung wird also klar und deutlich als Entschädigung bezeichnet und beigefügt, es könne diese Entschädigung auch in Fällen zuerkannt werden, in denen ein Vermögensschaden nicht festgestellt wurde.

Noch besser drückt der italienische Text, soweit ich es zu beurtheilen vermag, den gesetzgeberischen Gedanken aus:

Il giudice può *del pari* attribuire un'equa *indennità* pecuniaria *a chi* da altri atti illeciti sia gravemente *pregiudicato* nelle sue relazioni personali *anche in difetto di danno materiale.*[1])

Die Vorzüge der französischen Version finden sich hier wieder. Ueberdiess wird aber durch del pari = gleichermassen die Analogie mit der Bestimmung des Art. 54 (Schmerzengeld) angedeutet, ferner wird gesagt, wem die Entschädigung zukommt, endlich, und das ist ein Hauptvorzug, wird der Richter ermächtigt, auf Entschädigung auch zu erkennen, wenn ein Vermögensschaden nicht eingetreten ist.[2]) Wenn der deutschsprechende Richter, dem das Institut des tort moral ja überhaupt fremd war, den Sinn des Art. 55 nicht richtig erfasst, so ist diess sehr begreif-

---

[1]) Zu Deutsch: Ebenso kann der Richter denen eine billige Entschädigung zuerkennen, welche durch andere unerlaubte Handlungen in ihren persönlichen Verhältnissen schwer benachtheiligt worden sind, auch wenn ein Vermögensschaden fehlt.

[2]) Als eine Feinheit verdient auch das pregiudicato bemerkt zu werden. Entscheidend ist ja nicht, dass Jemand in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt worden ist, sondern dass dem Verletzten daraus ein Nachtheil (tort moral) erwachsen ist.

lich; den Collegen romanischer Zunge wird es seltener begegnen. Der französische und der italienische Text dürften in Verbindung mit der Entstehungsgeschichte den Nachweis erbracht haben:

Dass der Richter in Art. 55 ermächtigt wird, den Personen, welche in ihren persönlichen Verhältnissen ernstlich benachtheiligt worden sind, für das ihnen zugefügte Leid eine angemessene Entschädigung zu gewähren, unbeschadet des Ersatzes für etwa eingetretenen Vermögensschaden.

Der Anspruch aus Art. 55 O.-R. ist daher ein reiner Civilanspruch und es fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, dass der Leistung die Funktion einer Privatstrafe zukommen soll, oder dass überhaupt ein pönales Moment dabei mitwirkt. Das Einzige, was indirekt zur Begründung einer accessorischen pönalen Funktion der Entschädigung aus tort moral angeführt werden könnte, ist die Meinung einiger französischer Schriftsteller. [1]) Diese Meinung dürfte auch nach franzö-

---

[1]) Sourdat: Traité général de la responsabilité. Tome premier. Paris 1872, p. 25; führt aus:

On a dit que l'argent ne saurait être le prix de la douleur. Nous répondrons que ce n'est pas tant une réparation efficace que l'on entend donner à la partie lésée qu'un complément de satisfaction que l'on exige du coupable. L'application de la peine suffit à la vindicte publique, mais la personne blessée dans ses affections, dans sa réputation, a le droit d'exiger une compensation particulière à sa souffrance; on la lui donne en argent faute de pouvoir faire mieux.

Laurent, XX. N° 395, fragt: Quelle réparation donnera-t-on à l'honneur blessé? L'honneur s'estime-t-il à prix d'argent? Non, certes; mais toute condamnation, fût-elle purement pécuniaire, implique une réprobation morale du fait dommageable. Il est vrai qu'il est impossible d'evaluer en argent le dommage moral, le montant des dommages-intérêts sera donc toujours arbitraire.... L'arbitraire, tröstet aber Laurent, est ici dans la nature des choses et il peut tourner à bien, parce qu'il permet au juge de prononcer des peines civiles sans limite aucune, donc en les proportionnant à la gravité du tort moral. La loi autorise de plus la contrainte par corps; c'est une sanction nécessaire et parfois la seule possible, quand le débiteur est sans fortune et qu'il appartient à cette race d'êtres malfaisants qui vivent de calomnie et de chantage.

sischem Recht nicht haltbar sein; wäre sie aber begründet, so folgt daraus nicht, dass Dasselbe für die Schweiz gilt. Die Mitglieder der Commission, welche auf die französische Gerichtspraxis Bezug nahmen, wollten ja dem Richter eine analoge Befugniss geben, wie bei Tödtungen und Körperverletzungen. Art. 54 O.-R. und nicht das französische Recht ist daher das Vorbild des Art. 55 gewesen. Art. 54 hat aber der Geldleistung durchaus die Funktion des Ersatzes gegeben, ohne Beimischung eines pönalen Moments.

Doch hat das schweizerische Bundesgericht i. S. Cantonalbank Zürich c. Weisflog (A. S. Bd. XI S. 204) eine „gewisse" Straffunktion der Entschädigung für tort moral anerkannt und darauf hingewiesen, dass die angemessene Geldsumme des Art. 55 „wenn auch grundsätzlich gewiss Genugthuung, Schadenersatz i. w. S. und nicht Strafe, doch wohl nebensächlich auch eine gewisse Straffunktion gegenüber dem Beschädiger auszuüben bestimmt ist." Begründet wird diese in die Form der Vermuthung gekleidete Ansicht einer Mehrheit des Bundesgerichts nicht. Zwar ist richtig, dass jede Entschädigung von dem Zahlenden als eine Strafe empfunden werden kann und auch meistens empfunden wird. Gerade deshalb darf der Gesetzgeber bei manchen Schädigungen von einer Strafe absehen, weil der von dem Geschädigten in der Regel geforderte Ersatz den Zweck der Strafe erfüllt. Dies gilt z. B. im Grossen und Ganzen für den Contractbruch.[1]) Daraus folgt aber nicht, dass die Entschädigung nun auch Strafe sei. Die Minderheit des Bundesgerichts sprach übrigens nach einem in der Revue Bd. III, S. 132 abgedruckten Referate der Entschädigung für moralische Leiden jede auch nebensächliche Straffunktion ab und wies auf den französischen Ursprung des Art. 55 sowie darauf hin, dass das

---

[1]) Freilich nur, wenn der Contractbrüchige solvent ist. Dienstboten, welche, nachdem sie gedungen sind, einen andern Dienst annehmen, pflegt man nicht auf Entschädigung zu belangen (trotz Ihering), daher macht sich das Bedürfniss einer strafrechtlichen Verfolgung vertragsbrüchiger Dienstboten fühlbar.

Obligationenrecht weder für Vertragsverletzungen noch für blosse Eingriffe in das Vermögen eine Privatstrafe kennt und überhaupt nichts dafür vorliegt, dass das O.-R. das in der Schweiz längst nicht mehr bekannte Institut der Privatstrafe wieder hat ins Leben rufen wollen, die Botschaft des Bundesrathes vielmehr dagegen spricht.

Das Quasi-Schmerzengeld bildet eine angemessene Entschädigung für das Leid, welches jemand durch ernstliche Verletzung seiner persönlichen Verhältnisse zugefügt worden ist.

In seinen persönlichen Verhältnissen muss der Ansprecher des Quasi-Schmerzengeldes verletzt sein. Der Begriff des persönlichen Verhältnisses ist kein technisch juristischer, vielmehr leidet der Ausdruck an einer gewissen Unbestimmtheit, was auch von den romanischen Texten (situation personnelle, relazioni personali) gilt. Verhältniss kann hier aber nichts anderes bedeuten als Interesse. Nun werden die persönlichen Interessen in Gegensatz gestellt zu den vermögensrechtlichen Interessen, deren Verletzung sich lediglich in einem Vermögensschaden äussert. Selbstverständlich können nur persönliche Interessen in Frage kommen, welche das Recht schützt. Damit ist ein juristischer Begriff für das persönliche Verhältniss des schweizerischen Obligationenrechts gewonnen. Die rechtlich geschützten Interessen, welche die moderne Rechtssprache Rechtsgüter nennt, theilen sich in zwei Hauptabtheilungen, in Vermögensrechte, materielle Rechtsgüter und in nicht vermögensrechtliche, immaterielle oder ideelle Rechtsgüter. Dem nicht technischen „persönlichen Verhältniss“ des schweizerischen Obligationenrechts entspricht daher der modern juristische Begriff des immateriellen Rechtsgutes.

Diese Rechtsgüter unterscheiden sich von den materiellen, vermögensrechtlichen dadurch, dass sie höchstpersönlich und durchaus an den Inhaber gebunden sind. So lässt sich z. B. die Ehre nicht von dem einen auf den andern übertragen.

Sie stehen auch extra commercium, während das Gegentheil für die Vermögensrechte zutrifft. Inhaber von Vermögensrechten kann auch eine juristische Person sein, Träger von immateriellen Rechtsgütern nur ein lebender Mensch. [1])

Die Zahl der rechtlich geschützten immateriellen Interessen ist eine unbeschränkte. Die wichtigsten sind die Ehre, die persönliche und die geschlechtliche Freiheit, der Rechtsfrieden. Es besteht auch ein Interesse an dem Namen, den eine Person führt, und an der Geheimhaltung von Verhältnissen, die sich ihrer Natur nach der Oeffentlichkeit entziehen.

Die Verletzung dieser Rechtsgüter ist Verletzung eines persönlichen Verhältnisses.

Die Verletzung muss aber eine ernstliche sein. Ob die Verletzung eine ernstliche ist oder nicht, beurtheilt sich nicht sowohl nach der Absicht des Verletzers, sondern nach Art und Umfang der Folgen, welche die Verletzung auf den Verletzten zu üben geeignet ist, ob ihm dadurch ein schweres Leid zugefügt oder nur ein unbedeutender Aerger, eine geringfügige Unannehmlichkeit (gravemente pregiudicato).

Es hängt also die Ernstlichkeit der Verletzung mit dem daraus entstandenen Nachtheil eng zusammeu. Die Zuerkennung des Quasi-Schmerzengeldes setzt unter allen Umständen einen ernstlichen Nachtheil voraus und zwar nicht einen materiellen, sondern einen ideellen, nicht einen Vermögensschaden, sondern einen tort moral, einen psychischen Schmerz, ein Leid.

---

[1]) Anders das Bundesgericht in Sachen Kantonalbank Zürich gegen Weisflog. A. S. Bd. XI, S. 199 ff. Zwar wird zugegeben, dass die Verletzung persönlicher Verhältnisse zunächst auf physische Personen Anwendung findet, welche moralisches Leiden empfinden können. „Allein daraus folgt doch nicht, dass der Schutz des Art. 55 nicht auch für solche Güter angerufen werden könne, welche juristischen Personen ebensowohl wie physischen zustehen können. Insbesondere liegt kein Grund vor, diesen Schutz nicht auch auf Schädigungen oder Gefährdungen des Kredites, des Vertrauens in die ökonomische Leistungsfähigkeit der Person — mag nun diese eine physische oder eine juristische sein — zu beziehen.“ Allein die Kantonalbank kann nur Träger von Vermögensinteressen sein, Gefährdung des Kredits einer Bank ist auch wirklich nichts Anderes als eine Gefährdung ihrer Vermögensinteressen.

Wie die eigentliche Schadenersatzklage einen Vermögensschaden zur Voraussetzung hat, den der Kläger beweisen muss, so gehört zum Klagfundament der Quasi-Schmerzengeld-Klage der Nachweis eines ernstlichen Leides. Freilich kann ein Leid als etwas Innerliches nicht in derselben handgreiflichen Weise nachgewiesen werden wie ein Vermögensschaden. Leid vermag auch nur ein lebender Mensch und nicht eine fingirte Persönlichkeit, also nicht die juristische Person zu empfinden. [1])

Für das aus der Verletzung ideeller Rechtsgüter entstandene Leid und für nichts Anderes wird eine angemessene Geldsumme als eine Art Ausgleich, als ein Quasi-Schmerzengeld bezahlt. Materielle Nachtheile, welche aus einer Verletzung ideeller Güter etwa entstehen, begründen daher niemals einen Anspruch aus Art. 55. Für den Vermögensschaden, der Jemanden aus der Verletzung immaterieller Rechtsgüter erwächst, gewährt das Obligationenrecht die gewöhnliche Schadenersatzklage nach Art. 50, 51 O.-R.

Ist gerichtlich nicht festgestellt, dass dem Verletzten ein ernstliches Leid zugefügt worden ist, so ist die Quasi-Schmerzengeld-Klage als unbegründet abzuweisen, wie die Schadenersatzklage aus Art. 50 abzuweisen ist, wenn der Kläger den Nachweis für einen Vermögensschaden nicht er-

---

[1]) Dies anerkannte auch das Bundesgericht in Sachen Kantonalbank Zürich ca. Weisflog. „Allerdings kann durch eine Kreditschädigung einer juristischen Person nicht wie einer physischen neben dem ökonomischen, zweifellos soweit nachweislich nach Art. 50 O. R. zu ersetzenden Schaden, auch noch durch Störung menschlich-persönlicher Beziehungen, durch Verminderung von Ehre und Ansehen u. s. w., ein moralisches Leiden verursacht werden. Allein andererseits ist nicht zu verkennen, dass eine, insbesondere zum Zwecke des Gewerbebetriebes bestehende, juristische Person durch widerrechtliche Gefährdung ihres Kredites in ihrer berechtigten Stellung als Person, in ihrer gesammten wirthschaftlichen Existenz auf's Tiefste erschüttert werden kann."

Hiegegen darf erinnert werden, dass die Kreditschädigung, soweit sie in einer Erschütterung der wirthschaftlichen Existenz besteht, ein materielles und nicht ein ideelles Interesse berührt; daher wird auch die physische Person wegen Kreditschädigung in diesem Sinne, nicht aus Art. 55, sondern nur aus Art. 50 klagen können.

brachte. Es ist möglich, dass Jemand in Folge Verletzung eines immateriellen Rechtsgutes Ersatz für Vermögensschaden und überdies Ausgleich für einen moralischen Schaden einklagt, also aus Art. 50 und aus Art. 55 klagt. Gelingt es ihm, die Existenz eines ökonomischen und eines ideellen Schadens nachzuweisen, [1]) so erhält er Schadenersatz und nach Ermessen des Richters eine angemessene Summe als Quasi-Schmerzengeld. Erachtet der Richter einen Vermögensschaden, aber nicht ein ernstliches Leid als festgestellt, [2]) so wird die Schadenersatzklage aus Art. 50 gutgeheissen, das auf Zuerkennung eines Quasi-Schmerzengeldes gerichtete Rechtsbegehren abgelehnt. Möglicherweise ergibt die Beweisführung, dass der Verletzte zwar ein ernstliches Leid erlitten hat, dass aber ein Vermögensschaden nicht erweislich ist; [3]) dann siegt der Verletzte mit der Quasi-Schmerzengeld-Klage und der Richter billigt ihm eine angemessene Geldsumme zu, [4]) er unterliegt aber mit der Schadenersatzklage.

Das Obligationenrecht gibt also dem Verletzten zwei Klagen:

die Schadenersatzklage und

die Quasi-Schmerzengeld-Klage,

welche beide eine Verletzung durch unerlaubte Handlungen zur Voraussetzung haben, die aber zur Verfolgung ganz verschiedenartiger Ansprüche dienen.

Es wäre daher dem Sinn des Gesetzes ganz zuwider, wenn der Richter einem durch rechtswidrige Handlung Verletzten, der einen Vermögensschaden erlitten haben will, aber den Beweis dafür schuldig bleibt, für diesen nicht bewiesenen, also rechtlich nicht existirenden, aber möglicherweise doch ein-

---

[1]) Beispiel: Durch eine Verläumdung wird die gesellschaftliche Stellung und das Ansehen einer Person erschüttert, dieselbe verliert infolge dessen ihren Erwerb.

[2]) Siehe Entscheidungen des B.-G. in Sachen Grivet ca. Chollet. A. S. Bd. XI, S. 85 ff.

[3]) Das wird bei Verletzungen der Ehre gewöhnlich der Fall sein, namentlich bei Injurien gegen Beamte.

[4]) Freilich steht dies in dem Ermessen des Richters.

getretenen Vermögensschaden, eine „angemessene Geldsumme", somit ein Quasi - Schmerzengeld nach Art. 55 zuerkennen würde. [1])

Die Unhaltbarkeit einer solchen Anwendung des Art. 55 ergibt sich nach dem Ausgeführten von selbst.

Die Schadenersatzklage und die Quasi-Schmerzengeld-Klage dürfen daher nicht zusammengeworfen und einander nicht substituirt werden. Sie sollen auch durch eine verschiedene Bezeichnung getrennt sein. Mit dem besonderen Namen wird dem Juristen auch die Verschiedenartigkeit der beiden Klagen bewusst werden.

Da das Schmerzengeld den Ausgleich für einen ideellen Nachtheil bildet, so ist der Umfang dieses ideellen Nachtheils

---

[1]) Das Bundesgericht hat in Sachen Kantonalbank Zürich ca. Weisflog einen ähnlichen Gesichtspunkt angedeutet: Der Anspruch aus Art. 50 O.-R. auf Ersatz des nachweislichen Vermögensschadens genügt zur Ausgleichung der hieraus (aus Kreditschädigung) entstehenden Nachtheile nicht; denn gerade bei der Kreditgefährdung entziehen sich der Natur der Sache nach die nachtheiligen Folgen und ihre kausalen Zusammenhänge, auch beim freiesten richterlichen Ermessen, häufig der gerichtlichen Feststellung, da eine Offenlegung der Verhältnisse dem Beschädigten sehr oft theils geradezu unmöglich ist, theils aus geschäftlichen Gründen nicht wohl zugemuthet werden kann. Es spricht also (?) ein wohlberechtigtes Interesse dafür, auch juristischen Personen wegen ernstlicher widerrechtlicher Verletzung derjenigen persönlichen Verhältnisse, in welchen sie als lediglich wirthschaftliche Existenzen überhaupt stehen können (insbesondere also wegen Gefährdung ihres Kredites) auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens eine Klage gegen den Verletzer auf Zuspruch einer angemessenen Geldsumme zu gewähren."

Die Abweisung der Züricher Kantonalbank hätte allerdings scheinbar das Billigkeitsgefühl verletzt, aber nur scheinbar, weil man den Eindruck erhielt, die Kantonalbank sei doch finanziell geschädigt worden, da infolge der Artikel des Weisflog im „Weinländer" (die Kantonalbank kracht!) eine grössere Zahl von Sparguthaben zurückgezogen wurden. Nun erklärte aber die Kantonalbank, einen Schaden habe sie bei dem damaligen Stande des Geldmarktes n i c h t erlitten, was offenbar zu weit ging. Sie machte es damit den Gerichten unmöglich, einen Vermögensschaden anzunehmen, der bei anderem processualen Verhalten der Klägerin füglich hätte angenommen werden dürfen; denn die Bank hat doch infolge des Schmähartikels Kunden verloren, und es sind ihr dadurch Bemühungen und Auslagen verursacht worden.

für die Höhe der Summe massgebend, auf welche zu erkennen ist. Strafrechtliche Gesichtspunkte fallen ganz ausser Betracht. Auch im Adhäsionsprocesse erkennt der Richter als Civilrichter. Welche Summe dem Leid des Verletzten angemessen ist, ist schwer zu sagen, da Leid sich nicht in Geld ausdrücken lässt und keinen Vermögenswerth hat. Es kann auch nicht Sache des Richters sein, das Mass des Leides, welches der Verletzte wirklich empfunden hat, festzustellen, so dass etwa der Empfindsame grössere Ansprüche machen dürfte als ein Anderer. Vielmehr muss ein Durchschnittsmassstab angelegt werden, wobei immerhin die Berücksichtigung individueller Momente nicht geradezu ausgeschlossen ist.

Der Gesetzgeber, welcher das Schmerzengeld auch auf physischen Schmerz ausdehnte, liess sich durch den Wunsch leiten, dem Geschädigten in möglichst weitem Umfang einen Ausgleich für die Verletzung wirklich erlittener ideeller Nachtheile zu gewähren. Er wollte aber dem Verletzten damit nicht eine Geldquelle eröffnen. Aus der Unbill soll nicht Kapital geschlagen werden. Es ist daher eine massvolle und nüchterne Ausübung der aus Art. 55 fliessenden Befugniss Richterpflicht.

Die Anwendung des Art. 55 ist namentlich bei **Verletzungen der Ehre**, ganz besonders wenn dieselben durch das Mittel der Presse begangen wurden, erörtert worden. Der schweiz. Journalistenverein hat sich in seiner Jahresversammlung mit der Frage beschäftigt und sich von den Herren Dr. Brüstlein, Chef-Redaktor der „Grenzpost“ in Basel und Morel, Redaktor des „Journal de Genève“ in Genf, Referate erstatten lassen. Es gilt jedoch für diese Verletzung immaterieller Rechtsgüter ganz das soeben Ausgeführte.

Klagt ein Beleidigter oder Verläumdeter aus Art. 55 auf Zuspruch einer angemessenen Geldsumme, so liegt dem Richter nach Feststellung des Sachverhaltes ob, sich über die Existenz und den Umfang eines schweren Leides, das der Kläger erlitten hat, schlüssig zu machen, und, wenn sich ein solches ergibt, ein Quasi-Aequivalent für den tort moral festzusetzen.

Aus welchen Motiven der Kläger den Anspruch erhebt, ist für den Richter ebenso irrelevant, als wenn es sich um Ersatz für eine zusammengeschlagene Sache oder für eine Verletzung des Körpers handelte. Es ist in dem einen und dem andern Falle möglich, dass der Kläger den Process als Rechtskämpfer führt und es ihm im Grunde auf die Summe, die er verlangt, nicht ankommt. Er will nur sein Recht richterlich anerkannt wissen und ein condemnatorisches Urtheil auswirken. Ihering preist ein solches Verhalten als Erfüllung einer sittlichen Pflicht.

Diese Pflicht würde aber dem Beleidigten vor Allem aus die Stellung eines Strafantrages gebieten. Durch die Bestrafung wird die Verletzung der Ehre verpönt; der Schuldige erleidet die vergeltende staatliche Reaktion, die Kosten werden ihm auferlegt und da die meisten Strafprocessordnungen auch die accessorische Geltendmachung des Civilanspruchs gestatten, so kann der Richter gegebenen Falls auch die angemessene Geldsumme des Art. 55 erkennen. Man hat aber bei Personen, welche in der Presse angegriffen worden sind, die Tendenz wahrgenommen, von der Verfolgung von Strafansprüchen, soweit dieselbe von dem Verletzten abhängt (Antragsdelict), Umgang zu nehmen und den Civilrichter auf Grund des Art. 55 mit der Sache zu befassen, in der ausgesprochenen Absicht, sich auf dem Wege des Ersatzes Genugthuung für das erlittene Unrecht zu verschaffen. Es könnte dieser neue Brauch nur dann als ein begreiflicher und der Natur der Sache entsprechender anerkannt werden, wenn die Leistung angemessener Geldsummen dem Beleidiger als Strafe für sein rechtswidriges Verhalten auferlegt würde. Da der Beleidigte aber die angemessene Geldsumme lediglich als ein Quasi-Aequivalent für das ihm durch die Verletzung seiner Ehre erwachsene Leid erhält, so stellt sich der Brauch als ein Missbrauch heraus. Denn es wird die Civil-Rechtsanstalt für Zwecke benützt, für deren Realisirung der Staat Strafgerichte aufgestellt hat. Es werden dadurch dem Staate auch Strafansprüche entzogen, deren Verfolgung vielleicht im öffentlichen Interesse läge.

Die Ursache dieser jedenfalls auffallenden Erscheinungen sind verschiedener Art.

Es scheint zunächst, dass dem Quasi-Schmerzengeld des Art. 55 von Einigen die weitgehendsten Straffunktionen zugeschrieben worden sind und sich die Meinung bewusst oder unbewusst bildete, gegen Beleidigungen durch die Presse habe der Bundesgesetzgeber die Klage aus Art. 55 gegeben. In den interessanten Aufsätzen, welche Dr. Brüstlein in der „Grenzpost" unter dem Titel „Ehre und Geld" veröffentlicht hat,[1]) citirt er einen Artikel der „Neuen Züricher Zeitung" vom 4. Mai 1886, in welchem von einer „Sühnung des Unrechts durch Zahlung einer Geldsumme" die Rede war und der „Bund" vom 21. April 1886 sprach geradezu von einer Bestrafung durch das Civilgericht, welche gar nicht restitutiven Charakter, sondern weit mehr den Charakter der Busse an sich trage. Solche Aeusserungen weisen auf eine gründliche Verkennung der rechtlichen Natur des Quasi-Schmerzengeldes hin.

Für den Kanton Bern fällt sodann Folgendes in Betracht: Pressstrafklagen werden von den Schwurgerichten beurtheilt; die Klage verjährt in 6 Monaten. Die Stellung des Beleidigten vor dem Geschworenengerichte ist eine sehr missliche. Die Vertheidigung versucht nicht selten, den Kläger als den eigentlichen Angeklagten hinzustellen, und den Angeklagten dadurch in ein günstiges Licht zu stellen, jedenfalls muss der Kläger in dem Assisensaal auf scharfe Angriffe gefasst sein. Die Erfahrung hat auch gelehrt, dass die Geschworenen in Fällen ein freisprechendes Erkenntniss abgegeben haben, in denen ein ständiges Gericht verurtheilt hätte. Die Verfolgung einer Pressstrafklage ist daher im Kanton Bern mit vielen Unannehmlichkeiten und Aufregungen verbunden und der Wahrspruch fällt öfters nicht so aus, wie es der Beleidigte erwarten durfte. Charakteristisch ist, dass der Erste, welcher im Kanton Bern das Geschworenengericht umging und den Verfasser eines injuriösen Artikels auf Grund des

---

[1]) Schweizer Grenzpost 1886. N° 151—153.

Art. 55 vor dem Civilgericht auf Entschädigung belangte, der bei dem zuständigen Geschworenengericht fungirende Staatsanwalt war.[1])

Es fehlt daher die Einsicht in die Natur des Instituts, welches wir Quasi-Schmerzengeld nannten, und im Kanton Bern und vielleicht auch anderswo hat sich das Schwurgericht für die Beurtheilung von Pressstrafsachen nicht bewährt.

Rechtswidrig ist die selbständige Anstellung einer Civilklage aus Pressdelict, bezw. die Einklagung eines Quasi-Schmerzengeldes auch dann nicht, wenn der Beleidigte auf einen Strafantrag verzichtet[2]); sie ist vielmehr ein Recht des Verletzten.[3]) Pflicht des Richters ist es aber, sowohl bei Entscheidung der Frage, ob ein Anspruch auf Quasi-Schmerzengeld begründet ist, als bei Bestimmung der „angemessenen Geldsumme" strafrechtliche Gesichtspunkte

---

[1]) Zur Zeit der Anstellung der Civilklage war der Strafanspruch freilich verjährt.

[2]) Die französische Gesetzgebung hat einem Berichte zufolge neuerdings den Grundsatz aufgestellt: L'action en dommages-intérêts à raison de prétendues diffamations contre un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions ne peut se baser que sur une condamnation pénale.

[3]) Die Frage, ob es sich für den Gebildeten, insbesondere für den Staatsmann und für den Juristen schickt, Geld für eine Ehrenkränkung anzunehmen oder einzuklagen, ist nicht eine Rechtsfrage, sondern eine Culturfrage; sie gehört dem Gebiet der Sitte an und ist von dem Einzelnen nach seiner persönlichen Auffassung von Anstand und Schicklichkeit zu lösen. Wie das Recht aus der Sitte einen wichtigen Theil seines Inhalts schöpft, so wird in diesem Falle die Sitte durch den Rechtsgedanken beeinflusst. Ist der Anspruch aus Art. 55 einmal allgemein als Quasi-Schmerzengeld erkannt, so wird auch die Sitte diese Natur der Leistung in Berücksichtigung ziehen. Die nun herrschende Sitte geisselt Dr. Brüstlein scharf mit den Worten: „Die Begriffe Ehre und Geld sind bekanntlich in jüngster Zeit mit einander innigere Beziehungen eingegangen. Sie sind fungible Werthe geworden, die sich gegenseitig vertreten. Wer im Rock seiner Ehre ein Loch verspürt, klagt bei dem Urheber des Loches eine Anzahl Banknoten ein, um das Loch damit zu stopfen. Und hat er — mit Hilfe eines wohlwollenden Gerichtshofes — die Banknoten richtig auf die wunde Stelle des Rockes aufgenäht, so bildet er sich mit Befriedigung ein, er trage wieder ein funkelnagelneues unbeflecktes Ehrenkleid."

fernzuhalten und dem Beleidigten nicht etwa als Surrogat für die strafrechtliche Genugthuung eine Geldsumme zuzusprechen, wenn die Voraussetzungen des Art. 55 fehlen.

Gewiss erwächst nicht aus jeder Injurie ein tort moral, der Reparation erfordert. Zwar geht Dr. Brüstlein zu weit, wenn er eine Verletzung der Ehre nur dann als einen ernstlichen zur Geldleistung verpflichtenden Nachtheil anerkennt, wenn Jemand durch die Schuld eines Andern in den Zustand dauernder Ehrlosigkeit geräth und z. B. ein Kläger nachweist, dass er infolge einer Verläumdung, deren Urheber er nicht sofort ausfindig machen konnte, in seinen gesellschaftlichen Beziehungen schwer geschädigt, vielleicht Monate lang von seinen Mitbürgern wie ein reudiges Schaf gemieden wurde. Die Zuerkennung des Quasi-Schmerzengeldes setzt aber voraus, dass der Beleidigte durch die Injurie in seinen persönlichen Beziehungen schwer gekränkt worden ist. Die persönliche Stellung des Beleidigten darf dabei in verständige Berücksichtigung gezogen werden.

Einige kantonale Gerichte scheinen in der Anwendung des Art. 55 hier und dort etwas weit gegangen zu sein, indem sie die Ersatzpflicht bei nicht ganz leichten Beschimpfungen ohne Weiteres zugaben. Das Bundesgericht hat dagegen in Sachen Grivet c. Chollet[1]) A. S. Bd. XI. S. 88 ausgeführt:

---

[1]) In einer Sitzung des korrektionellen Gerichts de la Singine fragte der Vice-Gerichtspräsident Chollet die angeklagte Frau R., welche die Frau N. der Abtreibung beschuldigt haben sollte, zweimal über den Grund ihrer Aeusserung: Frau N. habe Thee getrunken. Die Angeklagte antwortete wiederholt, sie habe sich dabei nichts Böses gedacht. Der Richter bemerkte nun: Dahinter steckt etwas.

Der Vertheidiger intervenirte, bestritt dem Vicepräsidenten das Fragerecht und warf ihm vor, er habe in der Sache vorzeitig seine Ansicht ausgesprochen. Im Zorn über diese Bemerkung nannte der Richter den Vertheidiger: savoyard, voyou, fou. Dieser klagte auf Grund von Art. 50 eine Entschädigung von Fr. 10,000 ein und berief sich vor dem Bundesgericht auch auf Art. 55. Es wurde festgestellt, dass ein Client dem Anwalt Grivet die Vollmacht in einer korrektionellen Sache entzogen hat. Das Gericht erster Instanz wies den Kläger ab, das Freiburger Obergericht nahm einen Vermögensschaden und ein Mitverschulden des Anwalts an und setzte die Entschädigung auf Franken 20 fest.

„2. Les épithètes grossières lancées par V. Chollet à „l'adresse de l'avocat Grivet, bien que hautement blâmables „et déplacées dans la bouche d'un magistrat, sont de simples „injures verbales.

„Prononcées dans un moment d'irritation, provoquées dans „une certaine mesure par les agissements antérieurs du de- „mandeur ainsi que par son attitude aux débats, elles ne „peuvent avoir porté une grave atteinte à la situation per- „sonnelle et à son honneur professionnel.

„L'art. 55 du code des obligations n'est donc point appli- „cable en l'espèce.

„3. En revanche, il est incontestable que le fait d'avoir „été en butte aux injures proférées par le juge Chollet a „entraîné pour l'avocat Grivet un certain dommage matériel,[1]) „dont l'auteur lui doit réparation, à teneur de l'art. 50 du „même code."

Die in diesem Entscheide des B.-G. zu Tage getretene Auffassung unseres Quasi-Schmerzengeld-Institutes gibt der kantonalen Rechtsprechung eine gute und beachtenswerthe Wegeleitung, und verdient volle Aufmerksamkeit.

6. Die übrigen für die civilrechtliche Haftung aus Delicten wichtigen Bestimmungen.

Die eingehende Erörterung der übrigen hieher gehörenden Fragen muss der mündlichen Ausführung und dem Correferate vorbehalten werden, doch seien folgende kurze Bemerkungen gestattet.

1. Ueber den Wegfall der Ersatzpflicht im Falle der Nothwehr gilt das oben S. 588 Ausgeführte. Das Obligationen-

[1]) Ueber den Umfang des Schadenersatzes bemerkte das B. G.: „En „ce qui touche la quotité de cette indemnité, le juge fribourgeois, après avoir „constaté l'existence d'une faute à la charge du demandeur, a déterminé, „en tenant compte de cet élément dans les limites de la liberté d'appré- „ciation que l'art. 51 du code des obligations lui accorde, la somme re- „présentative du dommage souffert par le prédit demandeur, et en présence „des constatations de l'arrêt, des enquêtes et documents de la cause, il n'est „point prouvé qu'en arbitrant cette valeur à 20 fr. la Cour ait fait une fausse „application des dispositions légales."

recht stellt keinen Begriff von Nothwehr auf. Die Lücke ist nicht nach kantonalem, sondern nach eidgenössischem Recht zu ergänzen. Das B.-G. über das Bundesstrafrecht der schweiz. Eidgenossenschaft vom 4. Hornung 1853 bestimmt in Art. 29:

Ebenso ist straflos derjenige, welcher in Anwendung einer gerechten Nothwehr, um sein oder seiner Nebenmenschen Leib, Leben, Eigenthum oder Freiheit zu schützen, eine sonst strafbare Handlung begeht.

Allerdings ist diese Bestimmung über Nothwehr, wie viele andere bundesstrafrechtliche Bestimmungen, mangelhaft. Man wird sich daher versucht fühlen, den Richter nicht an diese Quelle, sondern an die Wissenschaft zu verweisen. Nach den Grundsätzen, die für Ausfüllung von Gesetzeslücken massgebend sind, geht dies nicht an. Die praktische Folge würde aber in der Regel nicht die sein, dass der Richter einen übrigens gar nicht feststehenden wissenschaftlichen Begriff von Nothwehr einführen, sondern dass er sein kantonales Recht anwenden würde.

2. In der nationalräthlichen Commission wurde der Antrag gestellt: „den gestifteten Schaden regelmässig dem selbst unzurechnungsfähigen Thäter und nicht dem schuldlos betroffenen Dritten zur Last zu legen und ihn daher zum Ersatz zu verpflichten.“ Dieser weitgehende Antrag fand nicht Zustimmung, wurde aber in den Art. 57 und 58 theilweise berücksichtigt. Die Haftbarkeit desjenigen, der sich durch eigenes Verschulden in einen vorübergehenden Zustand von Bewusstlosigkeit versetzt, für den in diesem Zustand angerichteten Schaden dürfte sich in den meisten Fällen schon aus Art. 50 und 51 ableiten lassen. Dagegen bildet die dem Richter in Art. 58 ertheilte Befugniss, „auch eine nicht zurechnungsfähige Person, welche einen Schaden verursacht hat, zu theilweisem oder vollständigem Ersatze zu verurtheilen,“ eine Singularität, die allerdings mit Billigkeit sich begründen lässt; nur ist dann nicht einzusehen, warum nicht jeder Verursacher eines Schadens civilrechtlich haften soll. Consequent ist also die dem Zürcher Gesetzbuch (§ 1835 Abs. 2) ent-

nommene Vorschrift nicht. Doch enthalten auch das preussische Landrecht (Theil 1, Titel 6 § 43) und das österreichische Gesetzbuch (§ 1310) Aehnliches. Vgl. Botschaft, Quartausgabe S. 28.

Begreift der zu ersetzende Schaden in den Fällen der Art. 57 und 58 nur den Vermögensschaden oder auch das Schmerzengeld? Gewiss hat der Gesetzgeber zunächst nur an Vermögensschaden gedacht, aber die Bestimmungen der Art. 54 und 55 finden analoge Anwendung, so dass nach Art. 57 und 58 auch Schmerzengeld zugesprochen werden kann.

In den Art. 57 und 58 kommt der Ausdruck Zurechnungsfähigkeit vor, welcher vorwiegend im Strafrecht verwendet wird. Es war daher nicht ganz überflüssig, in Art. 59 zu bemerken, dass der Richter an die strafrechtlichen Bestimmungen über die Zurechnungsfähigkeit nicht gebunden ist.

Es handelt sich hier um die civilrechtliche Handlungsfähigkeit, welche danach zu beurtheilen ist, ob der Verursacher einer unerlaubten Handlung willensfähig und das Pflichtbewusstsein genügend entwickelt war.

3. Die Haftung derjenigen, welche einen Schaden gemeinsam verschuldeten, ist eine solidarische, ohne Unterschied, ob sie als Anstifter, Urheber oder Gehülfen gehandelt haben. Kantonale Definitionen von Anstifter, Urheber oder Gehülfe sind ohne Bedeutung. Dagegen sind die Vorschriften der Art. 18—20 analoger Weise herbeizuziehen; von praktischer Bedeutung ist die Frage kaum.

Wichtig ist der Satz: Der Begünstiger haftet nur dann und soweit für Ersatz, als er einen Antheil an dem Gewinn empfangen oder durch seine Betheiligung Schaden verursacht hat. Auch hier fällt das kantonale Recht ausser Betracht. Dagegen ist Art. 23 des Bundesstrafrechts massgebend:

„Wer nach vollendetem Verbrechen dem Thäter in Be„ziehung auf dasselbe, ohne vorheriges Einverständniss, wis„sentlich förderlich ist, indem er z. B. die durch das Ver„brechen gewonnenen Sachen bei sich aufnimmt, gebraucht,

„oder Andern verkauft, oder dem Thäter behilflich ist, um „ihn der drohenden Strafe zu entziehen, macht sich der Be„günstigung schuldig."

4. Ueber die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen nach dem schweiz. O.-R. besitzen wir eine beachtenswerthe Abhandlung von Dr. Adolf Bieder in Basel (Zeitschrift für Schweiz. Recht, Bd. 27, S. 327 ff.), welche aber nicht überall Zustimmung verdient. Es kann auf die interessante Materie leider hier nicht mehr eingetreten werden, doch mag wenigstens eine Anmerkung zu der wichtigsten These des Aufsatzes Platz finden. Der Geschäftsherr soll nach Dr. Bieder für den Arbeiter und Angestellten und das Familienhaupt für den seiner Aufsicht Unterstellten, der einen Schaden verursacht hat, haften, gleichviel ob dies dolos oder culpos oder ohne alles Verschulden geschah.

Eine solche Auffassung steht einmal im Widerspruch mit der Botschaft, welche ein Verschulden des Thäters überall ausdrücklich voraussetzt. Vgl. namentlich Quartausgabe S. 30 oben.

Sie steht aber auch im Widerspruch mit der französischen Praxis und Doctrin, auf welche sich Dr. Bieder an der Hand von Laurent stützen zu können glaubt. Die cit. Ausführungen Laurent in Bd. XX N° 552 haben keineswegs den Sinn, welchen ihnen Dr. Bieder zuschreibt, leisten aber einem Missverständnisse allerdings bedeutenden Vorschub.

Richtig ist zwar, dass die Verantwortlichkeit auf eigenem gesetzlich präsumirten Verschulden des Haftenden beruht. Von dem Hausvater wird vermuthet, er habe sein Kind nicht gehörig beaufsichtigt, den Geschäftsherrn trifft die Rechtsvermuthung, eine schlechte Wahl getroffen zu haben (culpa in eligendo). N'at-il pas à se reprocher d'avoir donné sa confiance à des hommes méchants, maladroits ou imprudents? Laurent XX, N° 570 a. E.

Eine solche Vermuthung hat nur einen Sinn, wenn feststeht, dass das Kind oder der Angestellte schuldhaft gehandelt haben oder dass sie sich in einem Zustande der Unzurechnungsfähigkeit befanden. Im letztern Fall kann

natürlich von einem Verschulden nicht die Rede sein und deshalb wollte Toullier für diesen Fall die Verantwortlichkeit ausschliessen. Er blieb aber mit dieser Ansicht allein; alle Schriftsteller erklären den Geschäftsherrn und den Vater auch für den Schaden verantwortlich, welchen der Thäter in einem Zustande verursachte, der ein Verschulden ausschliesst.

Dagegen besteht kein Streit darüber, dass die Haftbarkeit für ein zurechnungsfähiges Kind oder für einen zurechnungsfähigen Angestellten ein Verschulden desselben erfordert. Hier einige Belege:

Sourdat Bd. II, N° 904:

C'est d'ailleurs à celui, qui se prétend lésé, de justifier l'accusation; il n'y a lieu de déclarer le maître responsable du fait des ses ouvriers qu'autant que l'imprudence ou la négligence de ceux-ci est prouvée.

Marcadé Explication du Code Napoleon, Paris 1855. Tome 5.

Quand l'auteur du fait a agi avec discernement en sorte qu'il est lui-même coupable du délit ou du quasi-délit, on comprend que celui qui a subi le préjudice, peut alors agir à son choix ou contre l'auteur même du fait ou contre la personne que la loi déclare responsable.

Ganz allgemein spricht sich Puchelt: Handbuch des französ. Civilrechts von Zachariae, Heidelberg 1875, Bd. 2, S. 705 aus:

Art. 1384 spricht nicht von jedem Schaden, sondern nur von jenem, qui est causé par le fait d'autrui und dies bedeutet im Zusammenhang — das Vergehen oder Versehen eines Andern.

Ebenso Stabel. Institutionen des franz. Civilrechts. Mannheim 1871, S. 395, indem er von Haftung für Vergehen und Versehen spricht.

Uebrigens darf auch Laurent selbst citirt werden. Bd. XX, N° 586.

Une seule condition existe à cette responsabilité des maîtres et commettants, c'est que le dommage ait été causé

par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés, ce qui doit s'entendre surtout des abus commis dans l'accomplissement de ces fonctions quasi délits, délits ou crimes même.

Regeln somit die Art. 61 und 62 — von den Fällen der Unzurechnungsfähigkeit des Schädigers abgesehen — die Haftung für Verschulden Dritter, wie sie Hafner in margine richtig bezeichnet, so wird damit auch die fernere Lehre von Dr. Bieder hinfällig, der Inhalt der Obligation des Ersatzpflichtigen bestimme sich nach Massgabe seines eigenen Verschuldens (S. 361).

Das directe Gegentheil davon bezeichnet Laurent dem französischen Gesetze entsprechend. XX N° 614:

L'art. 1384 détermine l'effet de la responsabilité: la personne déclarée résponsable doit réparer le dommage causé par la personne dont elle répond. Il suit de là que l'étendue de la responsabilité dépend de l'étendue du dommage causé par l'auteur du fait dommageable. Laurent schliesst mit den Worten: Il y a contradiction à rendre personnellement responsable celui qui n'est pas l'auteur du fait dommageable et qui n'en répond que parce que la loi le déclare responsable du fait d'autrui.

5. Von der Verjährung ist in anderem Zusammenhange gesprochen worden. Vgl. S. 577.