

mandeur a, en fait, perçu 43 004 fr. sur sa créance contre la société A et 30 459 fr. sur sa créance contre la société B, sommes qui correspondent au 47 %, d'une part, au 69 %, d'autre part, de cette même plus-value. Il est ainsi manifeste qu'il a touché sur l'un et l'autre immeuble une somme supérieure à celle que la défenderesse a retirée de la plus-value due à ses travaux. La responsabilité de la défenderesse se trouve donc amplement à couvert.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est rejeté et l'arrêt attaqué est confirmé.

III. OBLIGATIONENRECHT

DROITS DES OBLIGATIONS

27. Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. Februar 1921

i. S. Bernhard gegen Eidgenossenschaft.

Grundsätzliche Haftung der Eidgenossenschaft für den Verlust eines der Schweizerischen Gesandtschaft in Petrograd zum Transport nach der Schweiz per Kurier übergebenen Wertpils. Anwendbares Recht. Ablehnung eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses. Annahme einer Verantwortlichkeit aus allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen, jedoch bloss für rechtswidrige Absicht und grobe Fahrlässigkeit der Organe der Beklagten, unter Berücksichtigung der Eigenart des Rechtsverhältnisses. Abweisung der Klage mangels einer groben Fahrlässigkeit.

A. — Der Schweizerbürger Alexander Bernhard übergab am 31. Juli 1918 in Petrograd der Schweizerischen Gesandtschaft einen 50,000 Mark enthaltenden « Wertpli » zur Uebersendung durch einen Kurier in die Schweiz an die Adresse: Gotthard Bernhard in

Uzwil (Kanton St. Gallen). Es wurde ihm hiefür folgende Quittung ausgestellt :

« Reçu de Monsieur Al. Bernhard la somme de
« 50,000 Mrs. all. (cinquante mille) pour être remise
« par courrier en Suisse.

« Petrograd, le 31 juillet 1918.

« Pour le Chef du Service Financier :

« sig. A. ZIMMERMANN. »

(Stempel)

« Légation de Suisse en Russie. »

Am 9. August 1918 wurde dem Kurier Albert Staerke der Kuriersack Nr. 27, welcher ausser diesem Pli eine Reihe anderer, nach der Schweiz bestimmter Geldsendungen und Wertsachen enthielt, in verschlossenem Zustande übergeben, mit dem Auftrag, ihn nach Berlin zu bringen und auf der Schweizerischen Gesandtschaft daselbst abzugeben. Laut dem beigelegten, an die Abteilung für Auswärtiges des Politischen Departements in Bern gerichteten Begleitbrief mit einlässlichem Inhaltsverzeichnis überstieg der Gesamtwert der Sendungen eine halbe Million Rubel, was Staerke bekannt war.

Am 10. August reiste Staerke (welcher schon drei Kurierreisen Petrograd-Berlin und zurück ausgeführt hatte) von Petrograd ab ; nachdem er von Helsingfors bis Reval ein deutsches Kriegsschiff benutzt hatte, setzte er seine Reise über Dorpat, Riga, Mitau und Tilsit nach Berlin fort, woselbst er Mittwoch, den 14. August 1918, Vormittags 7 Uhr, eintraf. Er fuhr sofort per Droschke zu Frau Albrecht, Nürnbergerstrasse 18, wo er während seiner Berliner Aufenthalte Wohnung zu nehmen pflegte ; da die Wohnung jedoch geschlossen war, bestieg er die Droschke, in der er nach seiner Aussage den Kuriersack, mit einer Decke bedeckt, gelassen hatte, wieder und fuhr auf die Schweizerische Gesandtschaft, Friedrich Wilhelmstrasse 11.

Staerke traf daselbst den Diener Haberland an. Dieser stellte den Kuriersack in das sogenannte Em-

pfangszimmer, einen jedermann auf der Gesandtschaft zugänglichen Raum, in dem sich tagsüber immer der Diener befand, in die Ofenecke. Eine förmliche Uebergabe und Uebnahme fand nicht statt, ebensowenig wurde der Inhalt des Sackes festgestellt. Haberland überzeugte sich nur oberflächlich von der Unversehrtheit der Siegel. Da der Sack nicht sofort per Kurier nach der Schweiz weiter befördert wurde, legte man ihn in eine im Empfangszimmer stehende, unverschlossene Kiste, in die er knapp hineinpasste.

Freitags, den 16. August, Vormittags 10 Uhr, meldete nun Staerkle, welcher sich inzwischen wiederholt auf die Gesandtschaft begeben hatte, dem Gesandtschaftsattaché Dr. Hofmann, er habe soeben den vor zwei Tagen mitgebrachten Kuriersack besichtigt und eine wesentliche Veränderung der Verknotung festgestellt; er vermute, der Sack sei geöffnet worden. Dr. Hofmann begab sich sofort in das Empfangszimmer und hob den Sack aus der Kiste heraus, um Siegel und Verschluss zu prüfen. An dem Verschluss, der aus einer durch die an der Sacköffnung angebrachten Oesen durchgezogenen fortlaufenden Schnur besteht, deren Enden auf einer Kartonplakette mit dem Gesandtschaftsiegel festgelegt sind, bemerkte er nichts Auffälliges; erst bei ganz genauer Prüfung der Schnur ergab sich, dass ein Knoten vorhanden war, welcher sich ohne mechanische Hilfe lösen liess, woraus zu schliessen war, dass die Verschlusschnur entzwei geschnitten und der Sack geöffnet worden war. Dr. Hofmann berichtete hierüber unverzüglich dem damaligen Geschäftsträger, Legationsrat Dr. Egger, welcher verfügte, dass der Sack im Bureau von Dr. Hofmann geöffnet und der Inhalt festgestellt werde. Es stellte sich dabei heraus, dass der Sack kein Inhaltsverzeichnis mehr enthielt und der Gesamtwert der Plis die dem Kurier Staerkle auf der Gesandtschaft in Petrograd angegebene Summe bei weitem nicht erreichte, sondern ungefähr 100,000 Rubel weniger betrug.

Angesichts dieser auf einen Diebstahl deutenden Feststellungen ordnete Legationsrat Dr. Egger eine sofortige Untersuchung durch einen Berliner Kriminalbeamten an; bis zu dessen Erscheinen durfte das gesamte Gesandtschaftspersonal die Gesandtschaft nicht verlassen. Inzwischen wurde Staerkle von Dr. Hofmann einer genauen Leibesuntersuchung unterworfen, die aber nichts zu Tage förderte. Um 1 Uhr Nachmittags traf Kriminalkommissar Gennat ein, welcher Staerkle, sowie das ganze Kanzleipersonal einvernahm. Das Verhör, das bis 7 ½ Uhr Abends dauerte, ergab keinen Anhaltspunkt über die Täterschaft, noch darüber, ob der Diebstahl überhaupt auf der Gesandtschaft verübt worden sei. Der Kommissar hielt die Einvernahme des diplomatischen Personals für überflüssig. Dagegen wurde noch die Wohnung Staerkles, gegen den anfänglich Verdachtsmomente vorlagen, durchsucht, jedoch ohne Erfolg. Auch wurde Staerkle in Haft genommen, da der Kommissar ihn am folgenden Tage nochmals eingehend einvernehmen wollte. Da aber auch das neue Verhör nichts zeitigte, wurde er wieder in Freiheit gesetzt. Aus dem auf telegraphisches Gesuch von der Gesandtschaft in Petrograd erhaltenen Doppel des genauen Inhaltsverzeichnisses des Kuriersackes ergab sich dann, dass ausser dem streitigen Pli noch vier andere aus dem Sack verschwunden waren.

B. — Der Adressat des Plis, Gotthard Bernhard in Uzwil, erkundigte sich wiederholt beim Politischen Departement in Bern nach dessen Verbleib, und ersuchte um Aushingabe des Markbetrages. Am 10. Dezember 1918 teilte ihm das Rechtsbureau der Abteilung für Auswärtiges mit, der Pli sei abhanden gekommen, der betreffende Kuriersack sei offenbar beraubt worden, die Untersuchung habe bisher keine bestimmten Indizien über die Täterschaft, Ort und Zeit der Begehung ergeben.

Der mittlerweile aus Russland zurückgekehrte Absender, Alexander Bernhard, verlangte vom Politischen

Departement Ersatz des Schadens, der ihm durch den Verlust der 50,000 Mark erwachsen sei. Das Rechtsbureau der Abteilung für Auswärtiges antwortete jedoch am 8. Februar und 17. März 1919, dass der Bundesrat die Frage, ob eine Haftung des Bundes für die zum Transport mit dem Kurier angenommenen Werte in Betracht kommen könne, eingehend geprüft und nach Einholung der Ansicht des Justiz- und Polizeidepartements verneint habe. Ueber die Täterschaft habe bisher nichts Gewisses festgestellt werden können; es fehle deshalb der Nachweis, dass der Kurier Staerke oder ein anderer im Dienste des Bundes stehender Beamter den Diebstahl begangen habe. Aber selbst wenn ein Verschulden einer solchen Person vorhanden wäre, würde der Bund für den daraus entstandenen Schaden nicht haften. Die Spedition mit dem Kurier, die einzig im Interesse der betreffenden Privaten erfolgt sei, um ihr Risiko gegenüber dem Belassen der Vermögenswerte in Russland zu vermindern, beruhe nicht auf zivilrechtlichem Auftrag, sondern auf einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis prekaristischer Natur; die Gefahren des ausserordentlichen Transportes mit dem Kuriersack gehen zu Lasten des Privaten, nicht des Bundes. Dabei mache es keinen Unterschied, ob die Haftung vom Bunde noch ausdrücklich abgelehnt worden sei oder nicht. Das Departement bedaure daher, auf das gestellte Gesuch nicht eintreten zu können.

C. — Mit der vorliegenden, am 11. u. 12. Dezember 1919 beim Bundesgericht eingereichten Klage hat Alexander Bernhard folgendes Rechtsbegehren gestellt:

« Es sei gerichtlich zu erkennen, die Schweizerische Eidgenossenschaft habe an den Kläger 34,000 Fr., nebst Zins zu 5 % seit 31. August 1918, zu bezahlen. »

Der Kläger berechnet hiebei die Mark zu dem Kurse, den sie bei Ankunft des Kuriersackes in Bern, Ende August 1918, hatte, nämlich zu 68 Rp. Er fordert den

Betrag von 34,000 Fr. in erster Linie als Erfüllung des von der Beklagten bei Entgegennahme des Plis in Petrograd übernommenen Auftrages; in zweiter Linie wird die Klage als Schadenersatzforderung wegen schuldhafter Nichterfüllung des abgeschlossenen Vertrages, eventuell wegen unerlaubter Handlung begründet. Nach der Auffassung des Klägers kommen die Grundsätze über den Frachtvertrag oder den Auftrag, in Verbindung mit denjenigen über den Hinterlegungsvertrag, zur Anwendung; ausserdem beruft sich der Kläger auf die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 9. Dezember 1850 über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten.

D. — Die Beklagte hält der Klage vorerst eine Verjährungseinrede entgegen, insoweit der Kläger einen Anspruch geltend mache, der mit Ablauf eines Jahres oder innert kürzerer Frist verjähre, und beantragt demgemäss, sie sei von dem klägerischen Ansprüche ohne Rücksicht auf dessen ursprüngliche Begründetheit definitiv zu befreien, eventuell sei das Klagebegehren aus diesem Grunde abzuweisen. In zweiter Linie beantragt die Beklagte, die Klage sei als materiell unbegründet abzuweisen. Die Begründung des Abweisungsschlusses ist in der Hauptsache aus den oben wiedergegebenen Zuschriften des Politischen Departements vom 8. Februar und 17. März 1919 ersichtlich.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Nach Art. 48 Ziff. 2 OG ist das Bundesgericht zur Beurteilung der Streitsache als einzige Instanz zuständig, da der Streitwert den Mindestbetrag von 3000 Fr. weit übersteigt.

2. — In der Sache selbst fragt es sich, ob eine Rechtsgrundlage bestehe, um die Beklagte für den Verlust der vom Kläger der Schweizerischen Gesandtschaft in Petrograd behufs Beförderung mit dem Kurier übergebenen, unterwegs abhanden gekommenen Wert-

sendung haftbar zu machen. Dieser Untersuchung ist, da ein Rechtsgeschäft zwischen der Eidgenossenschaft und einem Schweizerbürger in Frage kommt, das von den Parteien angerufene schweizerische Recht zu Grunde zu legen.

3. — Während der Kläger dafür hält, dass durch die Uebergabe des Pli an die Gesandtschaft und dessen Entgegennahme zum Transport nach der Schweiz ein zivilrechtliches Verhältnis mit der Beklagten begründet worden sei, geht diese von der Auffassung aus, dass ein öffentlich-rechtliches Verhältnis vorliege, und zwar ein solches prekaristischer Natur, aus welchem eine Haftung der Eidgenossenschaft sich nicht herleiten lasse. Dass das öffentliche Recht in Betracht käme, wenn es sich um die Ausübung rein dienstlicher Pflichten durch die Gesandtschaftsorgane handeln würde, ist klar. Allein den schweizerischen Gesandtschaften und Konsulaten ist ordentlicherweise ausdrücklich untersagt, ohne eine besondere Ermächtigung seitens des Bundesrates in ihrer amtlichen Eigenschaft Geldhinterlagen, Titel oder Wertstücke von privater Seite zur Aufbewahrung, Verwaltung oder Uebermittlung entgegenzunehmen, wie auch nach allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen Kuriere nicht für private Aufträge verwendet werden dürfen. Dieses Verbot, welches in Art. 35 des Reglementes für die Schweizerischen Konsularbeamten von 1875 enthalten ist und durch ein Kreisschreiben des Politischen Departements vom 22. Februar 1900 den Konsuln zu genauer Beachtung dringend empfohlen worden ist (vgl. VON SALIS, Bundesrecht I Nr. 199), wird in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung der Vertretung der Schweiz im Auslande auch auf die Gesandtschaften angewendet und von diesen gehandhabt. Als deshalb die Schweizerische Gesandtschaft in Petrograd mit Rücksicht auf die eingetretene namhafte Gefährdung des Privatvermögens durch das bolschewistische Gebaren sich,

auf Drängen der Schweizer Kolonie, am 1. und 12. Juni 1918 vom Bundesrat ermächtigen liess, ausnahmsweise Privatdepots entgegenzunehmen und den diplomatischen Kurier zu deren Uebermittlung nach der Schweiz zu benutzen, so tat sie dies nicht in Ausübung einer ihr obliegenden dienstlichen Pflicht. Infolgedessen beurteilt sich die Uebernahme des Transportes, der nicht nur nicht in ihren Geschäftskreis fiel, sondern ihr unter normalen Umständen geradezu verboten war, und zu dessen Vornahme sie auch nicht etwa durch den Bundesrat verpflichtet wurde, nicht nach öffentlichem Recht, sondern diese Leistung, bei der die obrigkeitliche Stellung der Gesandtschaft in den Hintergrund tritt und deren Organe in privatrechtliche Verhältnisse eingreifen, hat die Beklagte in privatrechtliche Beziehungen zu den Interessenten, insbesondere zu dem Kläger, gebracht. Aus dieser Erwägung kann auch von einer Anwendung des Verantwortlichkeitsgesetzes von vorneherein nicht die Rede sein, und es braucht nicht untersucht zu werden, ob danach die Beklagte vom öffentlich-rechtlichen Standpunkt aus für den eingetretenen Schaden haftbar gemacht werden könnte.

4. — Da der Kläger in erster Linie eine Erfüllungsklage stellt, fragt es sich, ob eine solche hier überhaupt erhoben werden könne, oder ob nicht vielmehr die Schadenersatzklage einzig in Betracht komme. Eine Erfüllungsklage wäre nur denkbar, wenn man bei der von der Beklagten übernommenen Verpflichtung von einer Genusschuld sprechen könnte; der Auffassung des Klägers, dass eine solche Schuld vorliege, kann jedoch nicht beigegeben werden. Aus dem Umstand, dass der Kläger der Gesandtschaft nicht beliebige 50,000 Mark, sondern einen « Pli » übergeben hat (über dessen Beschaffenheit allerdings nichts feststeht, als dass er einen Wert von 50,000 Mark darstellte), ergibt sich, dass man es mit einer Speziesschuld zu tun hat. Eine Erfüllungsklage ist übrigens auch nach dem Wesen

der von der Gesandtschaft übernommenen Rechtspflicht ausgeschlossen.

Das Rechtsgeschäft, das am 31. Juli 1918 zwischen der Schweizerischen Gesandtschaft in Petrograd als Organ der Beklagten und dem Kläger zustande gekommen ist, ist in mehrfacher Hinsicht ein eigenartiges. Das Hauptmerkmal ist darin zu erblicken, dass es im ausschliesslichen Interesse des Klägers abgeschlossen worden ist: als eine durch die damals in Russland bestehenden, ausserordentlichen Verhältnisse veranlasste Art Wohltätigkeitsleistung. Diesem Wesen des Geschäftes entspricht es, dass die Leistung der Beklagten eine unentgeltliche war. Der Kläger hat nicht dargetan, dass er eine Gebühr bezahlt habe; selbst wenn dies aber zutreffen sollte, so hätte es sich nach den Aussagen der einvernommenen Zeugen höchstens um einen in sehr bescheidenen Grenzen gehaltenen Beitrag an die der Gesandtschaft durch die Annahme von Vermögenswerten verursachten Mehrauslagen, nicht um ein eigentliches Entgelt oder einen Lohn handeln können, weshalb die Bestimmungen über den Frachtvertrag von vornherein ausser Betracht fallen, und auch die von der Beklagten unter Berufung auf Art. 454 OR erhobene Verjährungseinrede entfällt. Angesichts der herrschenden Unsicherheit konnte sich die Gesandtschaft nur verpflichten, das Möglichste zu tun, um die Beförderung der ihr anvertrauten Werte nach der Schweiz zu bewerkstelligen; dagegen konnte sie in Anbetracht der ausserordentlichen Gefahren selbstverständlich eine Garantie dafür nicht übernehmen, dass die Werte unverehrt in der Schweiz ankommen werden. Aus dieser Eigenart des Abschlusses darf aber nicht etwa auf den Mangel jeder Bindung auf Seiten der Beklagten geschlossen werden, in dem Sinne, dass sie aus reiner Gefälligkeit, ohne Begründung einer Rechtspflicht, die Sendung entgegengenommen hätte. Dagegen folgt aus dem Gesagten: einerseits, dass von einer Haftung

der Beklagten als Geschäftsherrin im Sinne von Art. 55 in Verbindung mit Art. 61 Abs. 2 OR nicht die Rede sein kann, weil kein gewerbmässiger Transport vorliegt, dass vielmehr nur eine Verantwortlichkeit aus allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen in Betracht kommt, und zwar am ehesten nach den Bestimmungen über den Auftrag (Art. 397 ff. OR); andererseits, dass auch die Haftung der Beklagten für getreue und sorgfältige Ausführung des Auftrages milder zu beurteilen ist, als diejenige anderer Beauftragter, nämlich in der Weise, dass die Beklagte nur für rechtswidrige Absicht und grobe Fahrlässigkeit ihrer Organe einzustehen hat.

Bei dieser Sachlage kommt darauf, ob die Beklagte den Nachweis der Wegbedingung jeglicher Haftung gegenüber dem Kläger erbracht habe, nichts an. Eine solche Wegbedingung ergibt sich jedenfalls aus der ausgestellten Quittung nicht. Selbst wenn aber die wiederholte, allgemeine Ablehnung der Haftung für Abhandenkommen deponierter oder mit dem Kurier spedierter Werte seitens der Gesandtschaft schon vor dem 31. Juli 1918 erfolgt wäre, und deshalb angenommen werden könnte, dass sie dem Kläger bekannt gewesen sei, wäre eine Wegbedingung der Haftung für grobe Fahrlässigkeit nach Art. 100 OR nichtig.

5. — Das Schicksal der Klage hängt also davon ab, ob die Beklagte den Beweis geleistet hat, dass ihren Organen keine grobe Fahrlässigkeit an der Nichterfüllung des übernommenen Auftrags zur Last falle.

Der Vorwurf, Staerke hätte, weil unzuverlässig, nicht als Kurier angestellt werden sollen, scheidet daran, dass sein früherer Vorgesetzter Ramseyer, Direktor der Diskontobank in Petrograd, dem Gesandten Odier vorzügliche Auskünfte über ihn verschafft hatte, und Staerke auch auf der Gesandtschaft volles Zutrauen genoss. Konsul Mantel in Riga, welcher allerdings vor seiner Anstellung gewarnt hatte, war nicht in der Lage, etwas Ernsthaftes gegen ihn vorzubringen. Zu-

dem hatte Staerkle, als er die fragliche Reise antrat, schon drei Kurierreisen nach Berlin und zurück ausgeführt. Eine *culpa in eligendo* liegt daher nicht vor.

Die Behauptung, es sei unterlassen worden, dem Kuriersack ein Inhaltsverzeichnis beizulegen, hat sich als unrichtig herausgestellt; ebenso geht der Vorwurf fehl, der Sack sei nicht sorgfältig genug verschlossen gewesen.

Richtig ist dagegen, dass Staerkle nach seiner eigenen Aussage genötigt war, den Sack in Reval über Nacht dem Bahnhofkommando zur Verwahrung zu übergeben. Allein da er versichert, dass der Sack in seiner Gegenwart verschlossen und tags darauf ebenfalls in seiner Gegenwart dem Gewahrsam des Kommandos entnommen worden sei, ferner dass er den Sack sofort eingehend besichtigt und festgestellt habe, dass er vollständig in Ordnung sei, kann in diesem Vorkommnis bei den damaligen Zuständen eine grobe Fahrlässigkeit nicht erblickt werden.

Der Kläger beanstandet sodann insbesondere die Art und Weise, wie der Kuriersack auf der Gesandtschaft in Berlin behandelt worden ist. Das Beweisverfahren hat in der Tat ergeben, dass der Sack dort nicht mit der nötigen Sorgfalt verwahrt worden ist: er wurde lediglich durch den Diener Haberland abgenommen und nicht auf seinen Inhalt geprüft; da er nicht sofort per Kurier nach der Schweiz weitergesandt wurde, legte man ihn in eine unverschlossene Kiste, wo er in dem jedermann zugänglichen sogenannten Empfangszimmer zwei Tage lang liegen blieb. Dieser offenbare Mangel an Sorgfalt ist nach den Aussagen des Attachés Dr. Hofmann in der Hauptsache auf die damalige mangelhafte räumliche Einrichtung auf der Gesandtschaft zurückzuführen, und wohl auch darauf, dass das Gesandtschaftspersonal vom Inhalt des Sackes nicht oder doch in ganz ungenügender Weise durch Staerkle unterrichtet worden war. Es fällt freilich

auf, dass Staerkle bei seiner Ankunft hierüber nicht befragt wurde, wie es überhaupt nicht abgeklärt gewesen zu sein scheint, welcher Beamte die Pflicht hatte, die Kuriersäcke entgegenzunehmen. Doch fällt in Betracht, dass der diplomatische Kurier damals erst seit ganz kurzer Zeit zum Transport von Vermögenswerten von Landsleuten aus Russland nach der Schweiz benutzt wurde, und die Gesandtschaft in Berlin offenbar noch nicht gehörig als Zwischenstation organisiert war. Auch ist zu berücksichtigen, dass sich im fraglichen Empfangszimmer tagsüber immer der Diener oder sonst jemand vom Gesandtschaftspersonal befand, und dass dieser Raum, vermöge seiner Lage, auch stets der Beobachtung durch die Angestellten ausgesetzt war. Da es ferner nach den Umständen durchaus nicht als ausgeschlossen erscheint, dass der Diebstahl an einem andern Orte begangen worden ist, und der Kuriersack nicht etwa aus den Räumen der Gesandtschaft verschwunden ist, so kann trotz der angeführten Nachlässigkeiten, zumal bei den damals herrschenden ausserordentlichen Verhältnissen, nicht angenommen werden, dass der Beklagten eine für den eingetretenen Schaden kausale, grobe Fahrlässigkeit zur Last falle.

6. — Aus diesen Gründen muss die Klage gänzlich abgewiesen werden, ohne dass auf den vom Kläger eventuell eingenommenen Standpunkt der Haftung aus unerlaubter Handlung einzutreten ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Klage wird abgewiesen.