

BGE 58 II 463

Bundesgericht (BGE), 1932-01-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_58_II_463

FR: ATF 58 II 463

IT: DTF 58 II 463

Volltext

462 Schuldbtreibungs- und Konkursrecht. einem Erzeugnis bekannt gemacht hat, braucht sich indes- sen nicht gefallen zu lassen, dass seine Konkurrenten bei der Anpreisung ihrer Waren beständig auf seinen Namen bzw. sein Produkt hinweisen, um dergestalt seine mit Mühe und Geld erzielten Erfolge kostenlos für sich auszu- beuten. Es widerspricht daher ebenfalls unter den hier obgewalteten Umständen den Regeln eines loyalen Konkurrenzkampfes, wenn sich die Beklagte in ihren Zeitungs- artikeln und Inseraten Ausdrücken wie « Ersatz für Persil », « Kein Persil aber gleich gut » und dergleichen bediente (vgl. auch BGE 50 II 201 f. Erw. 4). Der kläge- rische Feststellungs- und Unterlassungsanspruch ist daher im Sinne der vorgehenden Ausführungen auch hinsichtlich der in der Propaganda der Beklagten erfolgten Bezugnahme auf die Klägerin und ihr Produkt, sofern diese den Rahmen einer blossen objektiv gehaltenen Vergleichung überschritt, gutzuheissen.

VI. SCHULDBETREIBUNGS. UND KONKURSRECHT
POURSUITE ET FAILLITE Vgl. IH. Teil Nr. 43. - Voir IIIe partie N° 43. OFDAG Offset-, Formular- und Fotodruck AG 3000 Bem I. OBLIGATIONENRECHT DROIT DES OBLIGATIONS 79. t1rt~U der staa.ts- und verwaltungsrechtlichen Abteilung vom 14. Oktober 1932 i. S. Gschwiildgegen Eidgenossenhaft. Schädigung eines Schweizerbüfegers durch Massnahmen eines fremden Staates, die gegen das Völkerrecht verstossen sollen. Rechtliche Bedeutung der von den Organen des politisch(m Departements dem Bürger erteilten « Zusage », deshalb bei dem fremden Staate intervenieren zu wollen. Angebliche Begründung eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Geschädigten und dem Bund, wodurch dieser als Geschäftsführer dem Geschädigten für Anwendung der in dessen Interesse gebotenen Sorgfalt bei Durchführung der übernommenen Aufgabe haftbar würde. Zuständigkeit des Bundesgerichts zur Beurteilung einer Schadenersatzklage gegen den Bund, die auf die Verletzung jener behaupteten Vertragspflicht gestützt wird. Zivilrechtliche Streitigkeit nach Art. 48 Ziff. 2 OG oder « in der Bundesgesetzgebung begründeter vermögensrechtlicher Anspruch an den Bund aus öffentlichem Rechte » nach Art. 17 VDG;. Abweisung der Klage, weil höchstens eine Verantwortlichkeit aus pflichtwidriger Amtsführung von Bundesbeamten in Betracht kommen könnte, für die die beschränkenden Voraussetzungen des Verantwortlichkeitsgesetzes von 1850 gelten würden.

A. - Der Kläger Gschwind, Schweizerbürger, war seit 1899 Inhaber eines Exporthauses für Baumwollgame. Baumwollgewebe und Textilmaschinen in Manchester, mit Zweigniederlassung in St. Gallen. Während des Weltkrieges hielten die englischen Behörden Waren, die der Kläger ausführen wollte, zurück und trafen eine Reihe anderer Massnahmen, durch die dieser in seiner Geschäftstätigkeit gehemmt wurde. Zwei von ihm im Januar 1921 und Dezember 1920 eingeleitete (später abgeänderte und ergänzte) Klagen, womit er von der englischen Regierung Schadenersatz dafür verlangte, dass sie AS 58 U - 1932 464 Obligationenrecht. N° 79. a) in der Zeit zwischen dem 23. März und 5. Juni 1918 bei ihm Waren « requiriert » habe, ohne dafür eine genügende Entschädigung zu

entrichten, b) in den Jahren 1914 und 1915 die Ausfuhr dazu bereit liegender Waren des Klägers verhindert, bezw. die dafür nachgesuchten Ausfuhrbewilligungen (Lizenzen) verweigert habe, sind vom englischen Kriegskompensationsgerichtshof (KKGH) am 27. Juli 1927 die erste (a) ganz und die zweite (b) zum grösseren Teile abgewiesen worden. Mit Eingaben vom 28. Februar 1927, 3. Oktober 1927 und 22. Februar 1928 gab der Kläger sowohl die beim englischen KKGH hängig gemachten als weitere ihm nach seiner Behauptung gegen den englischen Staat zustehende Schadenersatzansprüche dem eidgenössischen politischen Departement bekannt und ersuchte es um deren Geltendmachung auf diplomatischem Wege. Insbesondere stellte er dieses Gesuch für folgende Schadensposten: 1. f 4113.10, weil ihm die englische Regierung im Oktober 1917 die Ausfuhrbewilligung für die Lieferung von 55,000 Jard Flugzeugstoff an einen italienischen Armeelieferanten plötzlich verweigert habe; 2. x 2999.11, weil sie vom Juli-Dezember 1918 nicht gestattet habe, dass das Hauptgeschäft in Manchester Muster an die St. Galler Zweigniederlassung sende; 3. f 5500, weil sie dieser Zweigniederlassung den Handelsverkehr mit Deutschland und Österreich gänzlich - also auch für Gewebe schweizerischer Herkunft - untersagt habe; 4. x 8869.13, weil sie dem Kläger zwischen dem 23. März und 5. Juni 1918 zu verschiedenen Malen auf dem Requisitionsweg 458,042 Jards Flugzeugstoffe abverlangt und hierfür Preise festgesetzt habe, die nicht bloss bedeutend unter dem Marktpreis, sondern auch unter den sonst für requirierte Waren festgesetzten Preisen gestanden hätten; 5. f 19,169.6.6. weil sie ihm vom 1. November 1914 Obligationenrecht. N° 79. 465 Mitte 1917 die Ausfuhr nach den neutralen Staaten Europas verunmöglicht und der KKGH dafür nur teilweise Ersatz zugesprochen habe; 6. f 11,422, weil der Kläger infolge verschiedener Verfolgungen und Belästigungen durch die englischen Behörden seine Kundschaft verloren habe; 7. f 20,000, weil er durch diese Verfolgungen (insbesondere die Einleitung eines unbegründeten Strafverfahrens wegen Handels mit feindlichen Staaten) an seiner Gesundheit schweren Schaden gelitten habe. Am 27. März 1928 übersandte das politische Departement die drei Eingaben des Klägers mit einem einlässlichen Bericht an die schweizerische Gesandtschaft in London und wies sie an, die Angelegenheit mit den englischen Anwälten des Gesuchstellers - den Herren Oppenheimer, Nathan und Vandyk in London - zu besprechen und über das Ergebnis zu berichten. Auf Grund der Besprechungen mit der Gesandtschaft arbeitete Oppenheimer ein « Memorandum » aus, womit Entschädigungsansprüche gegen den englischen Staat erhoben wurden: A. Wegen ungesetzlicher Zurückhaltung zur Ausfuhr bestimmter Waren des Klägers und widerrechtlicher Verweigerung von Ausfuhrlicenzen. B. Wegen der beim Kläger vorgenommenen « Requisitionen ». Nach Genehmigung dieses Memorandums durch das politische Departement unterbreitete die schweizerische Gesandtschaft in London es am 1. März 1929 der englischen Regierung « zu wohlwollender Berücksichtigung » und bemerkte hierbei: « Aus den in der Beilage angeführten Tatsachen wird ersichtlich sein, dass das Urteil, zu dem die zuständige Behörde (KKGH) kam, den von W. Gschwind erlittenen Verlusten nicht angemessen erscheint, und die Schweizer Regierung ist daher der Ansicht, dass die Intervention des Auswärtigen Amtes nachgesucht werden muss, um eine befriedigende Lösung zu finden, wobei sie die Meinung vertritt, dass insbesondere die Forderung, die 466 Obligationenrecht. N° 79. Sich auf Requisitionen stützt, genaue Beachtung seitens der Regierung verdient, insofern es scheint, dass diese . mit Art. 5 des englisch-schweizerischen Vertrages von 1855 nicht vereinbar gewesen waren. » Gegen Ende des Jahres 1929 teilte die britische Regierung dem schweizerischen Gesandten in London mit, dass sie nicht in der Lage sei, auf das Entschädigungsbegehren einzutreten, da

sie sich nach eingehender Prüfung überzeugt habe, dass eine Verletzung des schweizerisch-englischen Niederlassungsvertrages nicht in Betracht komme. Art. 1 des letzteren sei nicht verletzt, weil die Ausführungsverweigerungen sich auf ein im Oktober 1915 erlassenes allgemeines Ausführverbot für die betreffenden Warengattungen gestützt hätten, das keinen Unterschied zu Gunsten von britischen Staatsangehörigen gemacht habe. Und was die behaupteten Requisitionen (Art. 5 des Niederlassungsvertrages) betreffe, so habe schon der KKGH festgestellt, dass solche in Wirklichkeit nicht stattgefunden hätten, sondern der Kläger die fraglichen Waren auf Grund freier Vereinbarung zu den ihm gebotenen Preisen an die Behörde verkauft habe. Die englische Regierung habe diese Frage nochmals genau untersucht mit dem gleichen Ergebnis. Auf die Mitteilung dieses Bescheides stellte der Kläger am 24. März 1930 an das politische Departement das Gesuch, es möchten seine Forderungen unter Beilegung der Beweismittel nochmals der englischen Regierung unterbreitet werden. Er hielt daran fest, dass man es in den Fällen, auf die sein vierter Anspruch sich beziehe, mit staatsvertragswidrigen Requisitionen zu tun habe, indem die englische Regierung in der Korrespondenz unzweideutig die Absicht kundgegeben habe, sich die Waren nötigenfalls mit Gewalt anzueignen. Auf die Erklärung dieser Absicht und nicht darauf, ob eine endliche Einigung über den Preis stattgefunden habe, komme es aber bei der Entscheidung der Frage nach dem Vorliegen einer Requisition an. Das Ausführverbot vom Obligationenrecht. N° 79. 467 Oktober 1915 für Baumwollgarne und -gewebe habe nur zum Scheine, der Form nach, nicht auch in der praktischen Anwendung allgemeine Geltung gehabt. Während alle Ausfuhrgesuche des Klägers, weil man ihn grundlos für verdächtig angesehen habe, von vorneherein abgewiesen worden seien, habe seine Konkurrenz ungeheure Mengen der gleichen Warengattungen ausführen können. Der von der schweizerischen Gesandtschaft in London um Äusserung zu dieser Eingabe ersuchte Rechtsanwalt Oppenheimer kam zum Schlusse, dass dieselbe keine Tatsachen und Dokumente anführe, die nicht bereits einlässlich geprüft worden wären, und keine Aussicht bestehe, durch weitere Mitteilungen an das britische Auswärtige Amt etwas zu erreichen. Nachdem sich auch die Gesandtschaft dieser Auffassung angeschlossen hatte, teilte das eidgenössische politische Departement am 18. September 1931 dem Kläger mit, dass es in der Sache keine diplomatischen Schritte mehr unternehmen werde. B. - Mit der vorliegenden, am 28. Mai 1931 beim Bundesgericht als einziger Zivilgerichtsstanz nach Art. 48 Ziff. 2 OG anhängig gemachten Klage stellt W. G. Gschwind das Begehren, die Schweiz. Eidgenossenschaft sei zu verurteilen dem Kläger einen gerichtlich zu bestimmenden Betrag als Schadenersatz zu bezahlen, unter Kostenfolge. Zur Begründung wird in der Klage- und Replikschrift geltend gemacht: das eidgenössische politische Departement habe, nachdem seine Juristen die Angelegenheit mit dem Kläger und dessen Anwalt gründlich besprochen gehabt hätten, die völkerrechtliche Begründetheit der sieben Ansprüche des Klägers (s. oben unter A. S. 465) im Betrage von x 72,094 bzw. Fr. 1,819,293.55 anerkannt und deren diplomatische Geltendmachung zugesagt. Dadurch sei zwischen dem schutzsuchenden Kläger und der schutzgewährenden Beklagten ein auftragsähnliches Rechtsverhältnis begründet worden, das für die Beklagte als « Beauftragte») die Verpflichtung nach sich gezogen habe bei Ausübung des diplomatischen Schutzes eine Obligationenrecht. N° 79. Sorgfalt anzuwenden, deren Mass sich beim Fehlen einschlägiger öffentlichrechtlicher Vorschriften nach den Art. 398, 328 OR bestimme. Diese Pflicht habe die Beklagte verletzt. Entgegen der erteilten Zusicherung seien der britischen Regierung nur die zwei Forderungen bekanntgegeben worden, die schon Gegenstand des Verfahrens vor dem KKGH gebildet gehabt hätten, während die

übrigen Ansprüche von vorneherein fallen gelassen worden seien, obwohl gerade bei einzelnen unter ihnen, insbesondere bei dem ersten, die völkerrechtswidrige Behandlung des Klägers besonders klar gewesen sei und die englische Regierung sich hier auch nicht auf ein über die Forderung schon ergangenes Urteil des dortigen Richters hätte berufen können. Auch die bekanntgegebenen Forderungen seien ungenügend und unter Ausserachtlassung entscheidender Argumente substantiiert worden (was näher ausgeführt wird). Es sei zudem eine Erfahrungstatsache, dass sich auf diplomatischem Wege eine Forderung nur selten auf den ersten Anhieb durchsetzen lasse. Im vorliegenden Falle habe aber das politische Departement einen einzigen unzulänglichen Versuch unternommen und nach dessen Scheitern seine Bemühungen eingestellt, trotzdem der Kläger die nachträglich gegen die Begründetheit seiner Forderungen vom Departement erhobenen Bedenken sofort unter Berufung auf seine frühern Ausführungen und Beweismittel habe entkräften können. Wenn Oppenheimer aessen ungeachtet weitere Schritte als aussichtslos bezeichnet habe, so ergebe sich daraus nur die Unzulänglichkeit eines Londoner Geschäftsadvokaten in völkerrechtlichen Fragen und ein Beweis dafür, dass die Beklagte durch die Beziehung dieses Rechtskundigen eine culpa in eligendo begangen habe. Man habe auch davon abgesehen der englischen Regierung die schiedsgerichtliche Erledigung des Falles zu beantragen, obwohl gerade Fragen des diplomatischen Schutzes sich hierfür besonders eigneten. Da die Klage auf eine namens des Staates selbst gegenüber dem Kläger eingetragene Obligationenrecht. No 79. 469 gangene Bindung, ein dem privatrechtlichen Auftrag verwandtes besonderes Rechtsverhältnis öffentlichrechtlicher Natur gestützt werde, sei die Zuständigkeit des Bundesgerichtes zu deren Beurteilung nach der dem Begriffe der zivilrechtlichen Streitigkeit im Sinne von Art. 48 OG in der Praxis gegebenen erweiterten Auslegung vorhanden (BGE 55 II 107 und Urteil der 1. Zivilabteilung des Bundesgerichtes in Sachen Bächli vom 1. März 1927). Wem und wann der diplomatische Schutz gewährt werden solle, sei allerdings eine im Ermessen des Bundesrates stehende, der richterlichen Nachprüfung entzogene Entscheidung. Gerade weil der Bundesrat dabei auch die allgemeinen Staatsinteressen berücksichtigen und infolgedessen selbst das bestbegründete Schutzgesuch wegen Inopportunität ablehnen könne (BGE 52 II 259 Erw. 4), müsse aber andererseits dem Bürger ein Rechtsweg offen stehen, auf dem er die Einhaltung einer ihm ausdrücklich erteilten Zusage des diplomatischen Schutzes oder allfällige aus der Nichteinhaltung dieser Zusage sich ergebende Schadenersatzansprüche gegen den Bund geltend machen könne. Es bestehe denn auch zwischen dem Falle einer derartigen Zusicherung und dem anderen, für den das Bundesgericht jene Haftung bereits anerkannt habe, nämlich demjenigen, wo der Bund durch seine auswärtige Vertretung Vermögensgegenstände eines Auslandsschweizers zur Verwahrung entgegengenommen habe, in den massgebenden rechtlichen Tatbestandsmerkmalen kein Unterschied. Das Verantwortlichkeitsgesetz von 1850 regle nur die Verantwortlichkeit der Beamten und Angestellten und schliesse, wie in BGE 55 II 107 ausgesprochen, eine Haftung des Bundes selbst nach Vertragsgrundsätzen beim Vorliegen gewisser besonderer Umstände nicht aus, wobei es in Ermangelung ausdrücklicher Gesetzesvorschriften Sache des Richters sei die betreffenden Grundsätze zu finden. Die Beklagte könne ferner nicht einwenden, dass sie mit der Intervention bei der englischen Regierung eigene Obligationenrecht. N° 79. Rechte und nicht solche des Klägers verfolgt habe und deshalb die Annahme einer auftragsähnlichen Geschäftsführung für den letzteren ausgeschlossen sei. Einmal habe dem Urteil Oswald (52 II 235), das sie für diese Behauptung anrufe, ein vom vorliegenden verschiedener Tatbestand zu Grunde gelegen. Sodann werde auch die Auffassung, wonach

im Gebiete des Völkerrechtes eine Privatperson nicht ((berechtigtes und verantwortliches Rechtssubjekt» sein könne, in der Literatur immer häufiger als veraltet bezeichnet. Werde der Fremde in seinen durch das internationale Fremdenrecht (wie insbesondere den durch einen Niederlassungsvertrag) gewährleisteten Grundrechten verletzt, so sei er befugt dagegen die Rechtsschutzeinrichtungen des schädigenden Wohnsitzstaates anzurufen. Es sei aber nicht einzusehen, wieso nach erfolgloser Anrufung dieser Einrichtungen nun plötzlich der Heimatstaat Titular der Rechte werden sollte, deren Träger bis dahin eine Privatperson gewesen sei. Hier habe zudem das politische Departement entgegen der offenbar ursprünglich von ihm gehegten Absicht nicht eine eigentliche diplomatische Note an die englische Regierung gerichtet, sondern sich darauf beschränkt, ihr das vom Advokaten Oppenheimer ausgearbeitete Memorandum mit einem empfehlenden (aide-memoire» zu unterbreiten. Es habe also tatsächlich nicht einen eigenen Anspruch des Bundes geltend gemacht, sondern sich begnügt, die Begehren des Klägers zu vertreten. In einem solchen Falle liege aber jedenfalls ein klares Mandatsverhältnis vor. O. - Namens der Eidgenossenschaft hat der Bundesrat beantragt, auf die Klage sei nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen. Wenn der eingeklagte Anspruch, wie nach der rechtlichen Begründung anzunehmen sei, nicht aus dem Privat- sondern aus dem öffentlichen Recht hergeleitet werde, so sei das Bundesgericht mangels Vorliegens einer zivilrechtlichen Streitigkeit zur Beurteilung der Sache nicht zuständig. Ebenso könne auf die Klage nicht eingetreten werden, wenn man sie als Verantwortlichkeits- Obligationenrecht. No 79. 471 klage wegen pflichtwidriger Amtsführung des Vorstehers des politischen Departementes oder anderer Bundesbeamter auffassen wollte, da dann die Vorschriften des IV erantwörtlichkeitsgesetzes (Art. 32 ff., 43) zu beobachten gewesen wären. Unter der Annahme aber, dass sich die Forderung auf einen privatrechtlichen Titel stütze, müsse sie schon deshalb abgewiesen werden, weil von einem solchen Rechtsverhältnis, nämlich einer durch die Zusicherung im Interesse des Klägers bei der englischen Regierung intervenieren zu wollen, namens des Bundes eingegangenen vertraglichen Bindung in dem von der Klage behaupteten Sinne, nicht die Rede sein könne (was näher dargelegt wird). Es sei zudem auch nicht wahr, dass dem Kläger je die vorbehaltlose Zusicherung gegeben worden wäre, die sieben in der Klage erwähnten Forderungsposten geltend zu machen; der Kläger sei vielmehr keinen Augenblick im Zweifel gelassen worden, dass die Beklagte sich die Überprüfung des Falles vorbehalte und nach freiem Ermessen darüber befinden werde, inwieweit und in welcher Weise bei der englischen Regierung zu intervenieren sei. Selbst unter der Voraussetzung des behaupteten Geschäftsbesorgungsverhältnisses würde übrigens der Beklagten irgendeine schuldhaftige Pflichtversäumnis, die ihre Schadenersatzpflicht zu begründen vermöchte, nicht zur Last fallen. An die englische Regierung sei freilich nur eine einzige Note gerichtet worden. Doch sei diese aufs sorgfältigste vorbereitet worden und habe alles enthalten, was ernsthafterweise habe vorgebracht werden dürfen. Die Antwort der englischen Regierung habe dann so bestimmt ablehnend gelautet, dass jeder weitere Schritt aussichtslos gewesen wäre und daher nach den Gepflogenheiten des internationalen Verkehrs habe unterbleiben müssen, es wäre denn, dass die nochmalige Intervention sich auf neue erhebliche Tatsachen hätte stützen können. Auch letzteres sei eingehend geprüft worden, aber mit negativem Ergebnis. Eine rechtliche Grundlage, um der englischen Regierung die schiedsgerichtliche Erledigung 472 Obligationenrecht. N° 79. des Falles zu beantragen, habe nicht bestanden. Der behauptete Schade werde bestritten. D. - Durch Verfügung des Instruktionsrichters vom 21. April 1932 ist das Verfahren vorläufig auf die Fragen des Eintretens und der grundsätzlichen

Ersatzpflicht der Beklagten beschränkt worden. E. - In der heutigen mündlichen Verhandlung hat der Kläger beantragt, es sei die Unzuständigkeitseinrede der Gegenpartei abzuweisen und die grundsätzliche Haftung der Beklagten für den eingeklagten Schaden zu bejahen. Die Beklagte hat den in der schriftlichen Klagebeantwortung gezogenen Antwortschluss erneuert. Das Bundesgericht zieht in Erwägung: 1. - Nach Art. 48 Ziff. 2 OG, auf den sich die Klage für die Zuständigkeit des Bundesgerichtes stützt, beurteilt dieses als einzige Instanz zivilrechtliche Streitigkeiten zwischen Korporationen oder Privaten als Klägern und dem Bund als Beklagten, wenn der Streitgegenstand einen Hauptwert von wenigstens 4000 Fr. hat. Die letztere Voraussetzung ist hier zweifellos erfüllt: nachdem die Klagebegründung den Schaden, für den die Eidgenossenschaft grundsätzlich ersatzpflichtig erklärt werden soll, auf über 1 Million Fr. berechnet. Der Kreis der Zivilprozesssachen nach Art. 48 OG aber fällt, wie das Bundesgericht schon wiederholt ausgesprochen hat, nicht zusammen mit demjenigen der Streitigkeiten über privatrechtliche Ansprüche im Sinne der modernen Lehre über die Abgrenzung des Herrschaftsgebietes zwischen Privat- und öffentlichem Recht. Er ist nach dem Zwecke zu umschreiben, den der Gesetzgeber bei Einführung der Vorschrift - durch Art. 110 der BV von 1874 und in dem hier massgebenden Teile schon Art. 101 der Verfassung von 1848 - mit ihr verfolgt hat und der dahinging, für einen bestimmten Komplex von Anständen, für den es damals als besonders geboten erachtet wurde, den Rechtsweg oder doch die Anrufung einer besonderen Garantien der Unbefangenheit Obligationenrecht. NO 79. 473 bietenden Instanz zu öffnen. Auf die damals geltenden Anschauungen, die von den heute herrschenden wesentlich abweichen, ist deshalb auch zurückzugehen, um die Rechtsakte zu bestimmen, die geeignet sind zwischen Staat und Bürger «zivilrechtliche» Beziehungen zur Entstehung zu bringen, für deren Geltendmachung dem letzteren der Rechtsweg nach der angerufenen Kompetenzvorschrift offenstehen soll. Von diesem Gesichtspunkte aus müssen aber dazu, neben Entschädigungsbegehren wegen schädlicher Eingriffe in die Individualsphäre des Bürgers durch pflichtwidrige Handlungen von Staatsbeamten oder zwar rechtmässige, aber angeblich Schadenersatzpflicht nach sich ziehende Ausübung der Staatsgewalt (vgl. z. B. BGE . 42 II 613; 47 II 73), allgemein auch solche Ansprüche auf Geldleistungen gerechnet werden, die aus einem zwischen dem Kläger und dem Staat bestehenden besonderen, vertraglichen oder doch vertragsähnlichen Rechtsverhältnis hergeleitet werden, d. h. aus einem Verhältnis, das zwischen den Parteien kraft freier Willensübereinstimmung so geordnet worden ist, aber auch anders hätte geordnet werden können oder bei dem es doch (wie z. B. beim Beamtenverhältnis oder beim Erwerbe einer Konzession) dem Kläger freistand, ob er es eingehen wolle oder nicht (ebenda 43 II 708 ; 44 II 312 ; 49 II 414 ; 50 II 297). Ob das fragliche Verhältnis, wenn es mit dem geltend gemachten Inhalt bestünde, nach heutiger Auffassung dem Privat- oder öffentlichen Recht angehören würde und daher materiell nach den Grundsätzen des einen oder anderen zu beurteilen ist, spielt keine entscheidende Rolle (BGE 47 II 150 ff. ; 55 II 556). Für die Begründung der Zuständigkeit des Bundesgerichtes muss es dabei genügen, dass das Vorliegen einer derartigen rechtlichen Beziehung als Fundament des eingeklagten Anspruches behauptet wird. Stellt sich bei Beurteilung der Klagebegehren heraus, dass sie in Wirklichkeit nicht besteht, so führt dies zur Abweisung der Klage und nicht zur Ablehnung des Eintretens auf dieselbe wegen Unzuständigkeit (52 II 259). 474 Obligationenrecht. No 79. Da der Kläger geltend macht, dass' zwischen ihm und der Beklagten hier ein solches besonderes vertragliches Rechtsverhältnis, nämlich ein öffentlichrechtliches Auftragsverhältnis begründet worden sei und dass die Beklagte ihm die Klagesumme schulde, weil sie die ihr aus diesem

Verhältnis erwachsenen Vertragspflichten verletzt habe, ist demnach das Erfordernis einer zivilrechtlichen Streitigkeit im Sinne von Art. 48 OG gegeben. Art. 17 VDG erklärt zudem nunmehr das Bundesgericht als Verwaltungsgericht auch zuständig, für die erst- und letztinstanzliche Beurteilung « in der Bundesgesetzgebung begründeter vermögensrechtlicher Ansprüche gegen den Bund aus öffentlichem Recht ». Nimmt man an, dass mit « Bundesgesetzgebung » dabei das Bundesrecht überhaupt, also auch das ungeschriebene gemeint sei (KMOH-HOFER Zschr. f. schw. R. N. F. Bd. 49 S. 81), so müsste der auf den öffentlichrechtlichen Charakter des Anstandes gestützte Nichteintretensschluss der Beklagten somit auch verworfen werden, wenn die Voraussetzungen einer Zivilprozesssache in jenem Sinne nicht vorlägen. Dass der Kläger alsdann seine Klage irrtümlich als solche aus Art. 48 Ziff. 2 OG bezeichnet hätte, könnte ihm nicht schaden, sondern es wäre die Sache von Amtes wegen in das richtige Verfahren zu weisen. Es braucht auch im vorliegenden Falle zu der Frage nicht Stellung genommen zu werden, welches das Verhältnis dieser neugeschaffenen Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichtes zu der ihm nach Art. 48 OG zustehenden Zivilgerichtsbarkeit sei, ob der Begriff der « Ansprüche aus dem öffentlichen Recht » alle Anstände umfasst, welche an sich heutiger Anschauung gemäss das letztere Merkmal erfüllen, also auch solche, für die bisher wegen der besonderen Beschaffenheit der dabei in Betracht fallenden rechtlichen Beziehungen die Zivilklage nach Art. 48 OG möglich war oder ob es sich nur um eine ergänzende Vorschrift für solche Fälle handeln soll, in denen dieser Rechtsbehelf versagt (so dazu KMOH-HOFER a. a. O. S. 78 ff.). Einmal schliesst Obligationenrecht. x. iil. 47; es Art. 16 OG auch bei der hier vorgesehenen Bildung zweier Kammern innert der staats- und verwaltungsrechtlichen Abteilung, einer staatsrechtlichen und einer verwaltungsrechtlichen, nicht aus, dass die erstere neben den ihr « hauptsächlich » zufallenden staatsrechtlichen auch verwaltungsrechtliche Streitigkeiten entscheidet. Sodann besteht auch vom Standpunkt der internen Geschäftverteilung (OG Art. 21) kein Hindernis, dass die mit der Klage unter der Voraussetzung ihrer Eigenschaft als Zivilklage befasste Abteilung sie auch für den Fall beurteile, dass sie sich in Wirklichkeit als verwaltungsrechtliche nach Art. 17 VDG darstellen sollte, nachdem die Behandlung unter der einen und anderen Voraussetzung in den Geschäftskreis der staats- und verwaltungsrechtlichen Abteilung fällt (Reglement Art. 3 Ziff. 2 und 12 in Verbindung mit Art. 4 Ziff. 5, Art. 5 Ziff. 4 und Art. H). Die Verschiedenheiten im Verfahren, die sich je nachdem ergeben können, spielen hier keine Rolle. 2. - Den von den Parteien eingelegten Urkunden ist nicht zu entnehmen, dass das politische Departement dem Kläger den diplomatischen Schutz in einem weiteren Umfange, d. h. für einen grösseren Kreis VOLL Ansprüchen zugesagt gehabt hätte, als er mit der Note vom 1. März 1929 dann tatsächlich gewährt worden ist. Aus der im Schreiben des Departementes vom 27. März 1928 an die schweizerische Gesandtschaft in London gemachten Feststellung, dass der Kläger einzelne der von ihm vorerst angemeldeten Ansprüche nachträglich selbst wieder habe fallen lassen, ergibt sich entgegen der Behauptung der Replik noch nicht die Zusicherung, alle nicht zurückgezogenen Ansprüche auf dem diplomatischen Wege geltend zu machen, wie unzweideutig schon aus dem übrigen Inhalt dieses Schriftstückes hervorgeht. Doch kommt darauf nichts an. Denn selbst wenn die behauptete weitergehende Zusage erteilt worden wäre, wofür der Kläger sich eventuell auch auf seinen früheren Anwalt Dr. K. in Bern als Zeugen berufen hat, so wäre dadurch 476 Obligationenrecht. No 79. zwischen ihm und der Beklagten, der Eidgenossenschaft weder ein Auftrags- noch ein anderes Vertragsverhältnis begründet worden, wie es vorliegen müsste, um daraus eine Schadenersatzpflicht des

Bundes selbst in dem geltend gemachten Sinne wegen mangelhafter Besorgung des übernommenen Geschäftes und nicht bloss eine allfällige Haftung für pflichtwidrige Amtsführung seiner Organe mit den dafür bestehenden beschränkenden Voraussetzungen herzuleiten. Die Gewährung des diplomatischen Schutzes gegenüber Schädigungen, die den eigenen Staatsangehörigen durch Behörden oder Beamte eines fremden Staates in Missachtung völkerrechtlicher Regeln zugefügt worden sind, ist nicht bloss eine völkerrechtliche Befugnis des Heimatstaates im Verhältnis zu dem anderen Staate. Sie stellt zugleich auch vom Standpunkt des internen Staatsrechtes eine Verwaltungsaufgabe dar, die dem mit der Besorgung der auswärtigen Angelegenheiten des Landes betrauten Organ, dem Bundesrat bezw. politischem Departement mit Rücksicht auf das Interesse der Volksgesamtheit an einer dem Völkerrecht entsprechenden Behandlung der Volksgenossen durch das Ausland, im Rahmen des mit den sonstigen Staatsinteressen Vereinbaren, gegenüber den verletzten Bürgern allgemein obliegt. Als Teil der staatlichen Verwaltungstätigkeit, öffentliche Fürsorge, die unter gleichen Voraussetzungen allen Bürgern in gleicher Weise zu gute zu kommen hat; muss aber auch das Handeln der Behörde dabei durch allgemeingiltige, objektive Normen beherrscht sein. Das Gesuch eines Schweizerbürgers, womit er den Bundesrat angeht, wegen einer vom Gesuchsteller erlittenen angeblich völkerrechtswidrigen Schädigung bei dem fremden Staate vorstellig zu werden und deren Wiedergutmachung zu betreiben, kann deshalb nur die Bedeutung haben, die Bundesbehörde auf den Tatbestand aufmerksam zu machen und sie zu dessen Prüfung zu veranlassen. Was weiter zu geschehen hat, richtet sich nicht nach dem Begehren des Gesuchstellers, Obligationenrecht. No 79. 477 sondern nach dem objektiven Recht, das die Amtspflichten der Behörde in solchen Angelegenheiten bestimmt. Ein subjektives Recht darauf, dass der Bund sich seiner im verlangten Sinne annehme, erwächst dem Bürger aus der vorgekommenen Rechtsverletzung nicht. Es kann schon deshalb nicht in Frage kommen, weil das zuständige Organ der auswärtigen Verwaltung sich bei seinen Entschlüssen nicht bloss von den an sich berechtigten Interessen eines einzelnen Geschädigten leiten lassen kann, sondern daneben und ihnen vorangehend auch das allgemeine Staatsinteresse, die möglichen Rückwirkungen der verlangten Schritte auf die politischen oder sonstigen Beziehungen zu dem fremden Staate ins Auge fassen muss. Was für die Einleitung einer Intervention als solcher zutrifft, gilt aber im gleichen Masse auch für den Umfang, der ihr gegeben werden soll, und deren weitere Verfolgung gegenüber einer ablehnenden Stellungnahme der fremden Regierung. Auch hier machen sich die nämlichen Erwägungen geltend und müssen, wenn sie einer weiteren Ausdehnung der diplomatischen Aktion entgegenstehen, für das Verhalten der angegangenen Behörde entscheidend sein. Die Abschätzung dieser Momente muss aber schon deshalb, weil sie die genauere Kenntnis der politischen Lage und des gegenwärtigen Verhältnisses zu dem betreffenden auswärtigen Staate voraussetzt, in der freien und abschliessenden Würdigung der politischen Landesbehörde stehen, der die Wahrung der völkerrechtlichen Beziehungen der Schweiz zukommt (Art. 102 Ziff. 8 BV). Wenn der Kläger selbst aus solchen Gründen die Entschliessung darüber, ob überhaupt bei dem auswärtigen Staate interveniert werden soll, als eine der richterlichen Nachprüfung entzogene Ermessensentscheidung betrachtet, so schliessen deshalb dieselben Überlegungen es folgerichtig ebensogut aus, einer allenfalls von der politischen Bundesbehörde dem Gesuchsteller gemachten Eröffnung, dass sie bereit sei zu seinen Gunsten tätig zu werden, die rechtliche Bedeutung beizulegen, welche der Kläger ihr geben will. Obligationenrecht. No 79. möchte. Auch eine solche ((Zusage)) enthält nicht mehr als die Erklärung, dass die

Behörde dasjenige tun werde, was nach dem massgebenden objektiven Recht ihre .
Ampflicht ist, eine Mitteilung über in Aussicht genom- mene Amt s handlungen. Die
Eingehung eines Vertrags- verhältnisses zum Gesuchsteller, womit der Bund es
übernehmen würde, als dessen Geschäftsführer zur Durch- setzung seiner Ansprüche
gegenüber dem fremden Staate zu handeln, mit der Wirkung der Begründung der einem
solchen Geschäftsführungsverhältnis entsprechenden In- reessenwahrungspflicht, kann
darin nicht gesehen werden. Abgesehen von den sachlichen Gründen, die einer solchen
Annahme entgegenstehen, würde sie übrigens auch prak- tisch gesprochen nicht im
Interesse der Schutzsuchenden liegen. Denn sie müsste dazu führen, dass die politische
Bundesbehörde die nachgesuchten Vorstellungen bei einer fremden Regierung selbst in
Fällen ablehnen würde, wo sie sonst dazu bereit gewesen wäre, um sich nicht durch deren
Zusicherung in eine Stellung drängen zu lassen, in die sie sich schon wegen der
Notwendigkeit neben den Rücksichten auf den einzelnen Geschädigten auch die
wichtigeren allgemeinen Landesinteressen zu wahren, nicht begeben kann. Die Urteile der
I. Zivilabteilung des Bundesgerichtes in Sachen Bächli vom 1. März 1927 und in Sachen
Wäffler (55 II 107) beschlagen andere Tatbestände: die Aufnahme von Vorschüssen bei
Staatsangehörigen durch eine schwei- zerische Gesandtschaft im Auslande, um daraus
Unter- stützungen an Landsleute leisten zu können, die infolge revolutionärer Wirren in
dem betreffenden Staate in Not geraten waren, und die Entgegennahme von \Vertsachen
schweizerischer Staatsangehöriger zur Verwahrung durch eine solche Auslandsvertretung
während jener Wirren. Wenn damals die Entstehung eines Vertragsverhältnisses -
Darlehensvertrages bezw. öffentlichrechtlichen Hinter- legungsvertrages - zwischen dem
Bund und dem Geld- geber bezw. Hinterleger angenommen worden ist, so folgt
Obligationen:recht. N° 79. daraus noch nicht, dass ein solches Verhältnis auch schon durch
die blosse «Zusicherung» im Interesse des Bürgers bei einer auswärtigen Regierung wegen
einer vorgekom- . menen Rechtsverletzung intervenieren zu wollen, wie sie hier als
Grundlage der Klage geltend gemacht wird, begründet zu werden vermöchte. Die
Erwägungen bei der Urteile enthalten denn auch nichts, was zu diesem Schlusse führen
würde. Wenn Burckhardt in dem vom Kläger angeführten Gutachten (Zschr. d. b. J. 66 S.
306) den Fall einer solchen Intervention und den im Urteil Wäffler behandelten (Annahme
von Depositen) auf die gleiche Linie stellt, so geschieht dies von dem Gesichtspunkte aus,
dass auch beim letzteren Tatbestande so gut wie beim ersteren von der Eingehung einer
vertraglichen oder doch vertragsähnlichen Bindung namens des Bundes nicht gesprochen
werden könne. Es lässt sich daraus nicht zugleich umgekehrt als Meinung des Gutachters
entneh- men, dass die Erwägungen, die im Urteil Wäffler die erste Zivilabteilung des
Bundesgerichtes zu einer von dem Gutachten abweichenden Lösung bestimmt haben,
alsdann notwendig auch für das heute streitige Verhältnis gelten müssten. Die Konstruktion
eines Auftrags- oder auftragsähnlichen Verhältnisses scheidet hier übrigens, unabhängig
von dem Vorstehenden, auch schon an dem Inhalt des Begehrens, das die
Eidgenossenschaft mit ihrer Intervention bei dem fremden Staate geltend macht. Mit den
Eingaben vom 28. Februar 1927, 3. Oktober 1927 und 22. Februar 1928 verlangte der
Kläger vom politischen Departement, dass es bei der englischen Regierung vorstellig
werde, weil englische Behörden und Beamte Bestimmungen des schweizerisch -englischen
Niederlassungsvertrages gegen- über dem Kläger missachtet und so den völkerrechtlichen
Grundsatz ((pacta sunt servanda» verletzt hätten. Nur auf einen solchen völkerrechtlichen
Grund konnte sich auch die nachgesuchte Intervention stützen. Die Ver- letzung privater
Rechtsgüter allein hätte dafür keinen AB 58 II - 1932 33 480 Obligationenrecht. N° 79.

zureichenden Grund abgeben können. Der Staat, der bei einem anderen Staate wegen einer derartigen Völkerrechts- verletzung, - sei es nun Missachtung von Staatsverträgen oder von anerkannten Sätzen des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechtes - interveniert und dafür Reparation verlangt, macht aber damit, wie schon in BGE 52 TI 235 ff. insbesondere 259 Erw. 4 für den Fall einer Intervention wegen Grenzverletzung ausgesprochen worden ist, einen eigenen Anspruch aus der Nichterfüllung des mit ihm abgeschlossenen Vertrages bzw. der Nichtbeachtung der ihm kraft jenes anerkannten Gewohnheitsrechtes im internationalen Verkehr geschuldeten Rücksicht geltend. Dass er damit, wenn die fragliche Rechtsverletzung zu einer Schädigung des Vermögens einzelner seiner Bürger geführt hat, im Erfolg zugleich deren Interessen wahr- nimmt, ändert hieran nichts. In einem Falle der letzteren Art wird der geschädigte Private unter Umständen den fremden Staat vor dessen Gerichten belangen können, soweit die Landesgesetzgebung des letzteren dafür eine Grundlage bietet, wie es der Kläger hier für einen Teil seiner Ansprüche bei dem englischen KKGH getan hat. Die zugleich vorliegende Völkerrechtsverletzung vermag grundsätzlich Ansprüche nicht in der Person des unmittel- bar geschädigten Privaten, sondern nur des Staates zu begründen, dem er als Bürger angehört.' Im Gegensatz zu der früher allgemein anerkannten und wohl heute noch herrschenden Völkerrechtslehre wird neuerdings freilich von manchen Schriftstellern nicht bloss den Staaten son- dern auch Einzelpersonen die Fähigkeit zuerkannt Subjekte des Völkerrechtes zu sein (vgl. POLITIS, Les nouvelles tendances du droit international S. 55 ff. ; KNUBBEN in Stier-Somlo, Handbuch des Völkerrechtes 1928 S. 487 ff.). Auch die Vertreter dieser Ansicht geben indessen zu, dass man es dabei mit Ausnahmeerscheinungen zu tun hat und dass es einer besondern staatsvertraglichen Verein- barung (s. z. B. Art. 297 ff. des Versailler Friedensvertrages betreffend das Auftreten der Staatsangehörigen der Rati- Obligationenrecht. Xo 79. 481 filmtionsmächte vor den gemischten Schiedsgerichten) bedürfe, um den einzelnen Staatsangehörigen eigene völkerrechtliche Ansprüche gegen einen fremden Staat zu geben (s. vor allem KNUBBEN a. a. O. S. 496). Dass aber eine solche Vereinbarung hier bestehen würde, behauptet der Kläger nicht. Er hat es denn auch gar nicht versucht, einen ihm zustehenden völkerrechtlichen Anspruch gegen England (etwa durch Anrufung einer internationalen Schiedsgerichtes) zu erheben. Macht. der Staat, wenn er bei einer fremden Regierung wegen einer Völkerrechts- verletzung vorstellig wird, damit seinen eigenen Anspruch geltend, so ist es aber schon deshalb ausgeschlossen, dass em Auftragsverhältnis zur Entstehung käme, wenn er diese Intervention beschliesst und davon dem verletzten Bürger Kenntnis gibt, und es muss die zuständige Staats- behörde auch aus diesem Grunde unabhängig vom Willen des verletzten Bürgers entscheiden können, nicht nur ob sie überhaupt vorgehen, sondern auch, wie weit sie die Intervention erstrecken und fortführen will (also insbe- son(!ere, ob sie gegenüber einem ablehnenden Bescheide die schiedsgerichtliche Erledigung beantragen will). Dass da, wo die Wirkungen der vorgekommenen Völkerrechts- verletzung sich in einer finanziellen Schädigung eines Staatsangehörigen erschöpfen, die Intervention regel- mässig nicht mehr weiter verfolgt werden wird, wenn der Geschädigte sich mit dem fremden Staate verständigt oder sonst auf eine Schadloshaltung verzichtet oder durch Wechsel der Staatsangehörigkeit zu erkennen gibt, dass er auf den Schutz seines bisherigen Heimatstaates kein Gewicht mehr legt, ändert an der Natur des mit der Intervention geltend gemachten Anspruches selbst als eines solchen des Heimatstaates und nicht des geschä- digten Bürgers nichts. Es ist ferner nicht zutreffend, wenn der Kläger aus der Fassung der Note der schweizerischen Gesandtschaft in London vom 1. März 1929 herleiten will, dass dieselbe damit tatsächlich nicht einen

völkerrechtlichen Anspruch 482 Obligationenrecht. No 79. erhoben, sondern der englischen Regierung lediglich eine private Entschädigungsforderung des Klägers Zllr Beach- tung empfohlen habe. Die Note muss im Zusammenhang . mit dem von dem Advokaten Oppenheimer verfassten Memorandum gelesen werden; denn die im letzteren erhobenen Ansprüche waren es, die damit der wohlwollen- den Berücksichtigung empfohlen wurden. Im Memoran- dum wird aber nachzuweisen versucht, dass die von den englischen Behörden gegen den Kläger getroffenen Mass- nahmen (Requisitionen, Ausfuhrlicenzverweigerungen usw.) zwar, wie der KKGH entschieden habe, nicht gegen das englische Landesrecht verstossen hätten, wohl aber gegen Bestimmungen des schweizerisch-englischen Niederlas- sungsungsvertrages, was auf die Geltendmachung einer Völkerrechtsverletzung und damit eines Anspruches des Heimatstaates, nicht des Klägers hinausläuft. Übrigens würde ein die vertragliche Haftung der Beklagten begrün- dender Tatbestand auch dann nicht in Betracht kommen, wenn die vom Kläger der Note vom 1. März 1929 gegebene Deutung zuträfe. Denn mit der Klage verlangt der Kläger nicht und kann vernünftigerweise nicht verlangen, dass die Beklagte deshalb zu einer Entschädigung verur- teilt werde, weil sie sich bei der englischen Regierung für seine Forderung verwendet hat. Vielmehr stützt er das Klagebegehren darauf, dass der aus dem Völkerrecht folgende, also der staatliche Entschädigungsanspruch ent- gegen der angeblich erteilten Zusicherung nicht oder doch nur zum Teil und nicht mit der gebotenen Sorgfalt und Energie geltend gemacht und verfolgt worden sei. Eine derartige Klage ist aber nicht eine solche aus einem Auftragsverhältnis, sondern aus pflichtwidriger Amtsfüh- rung. Auf diesem Boden steht denn auch der vom Kläger zu Unrecht angerufene Entscheid des französischen Conseil d'Etat: Er lässt nicht den französischen Staat, wenn er zugunsten eines Bürgers bei einer fremden Regierung interveniert, diesen Bürger nach Mandatsgrundsätzen haf- Obligationenrecht. N° 79. 483 ten, sondern spricht lediglich aus, dass die Haftung des Staates für pflichtwidrige Amtsführung seiner Organe sich auch auf Handlungen oder Unterlassungen der Angestellten des auswärtigen Amtes erstrecke. Für den Bund ist aber diese Verantwortlichkeit, die hier allein in Betracht kommen könnte, durch:das Verantwortlichkeitsgesetz von 1850 geregelt und zwar in dem Sinne, dass eine Ersatz- pflicht des Bundes aus diesem Grunde nur für die von der Bundesversammlung gewählten Behörden und Beamten und auch für sie nur dann besteht, wenn die Bundes- versammlung die Zulassung einer Zivilklage gegen den betreffenden Beamten selbst ablehnt (Art. 32-35). Sonst bewendet es bei der persönlichen Haftung des Beamten (Art. 43). Wollte man die Klage eventuell auch als eine solche wegen amtspflichtwidrigen Verhaltens von Organen des Bundes auffassen, worauf ge",isse Stellen der Klage- begründung und Replik hinzuweisen scheinen, so könnte deshalb darauf, soweit Handlungen oder Unterlassungen des Vorstehers des politischen Departementes in I!'rage stünden, nicht eingetreten werden, weil das Verfahren gemäss Art. 32. ff. des Verantwortlichkeitsgesetzes nicht durchgeführt wurde. Im übrigen aber, soweit das Ver- halten des schweizerischen Gesandten in London oder von Departementsangestellten in Betracht kommt, müsste sie materiell an der Ablehnung einer derartigen Haftung durch das genannte Gesetz scheitern. Demnach erkennt das Bundesgericht " Die Klage wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.