

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

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 42 (1923)

**Artikel:** Das Problem der staatlichen Entschädigungspflicht bei Ausübung öffentlich-rechtlicher Funktionen

**Autor:** His, Eduard

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-896508>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 17.07.2025

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Das Problem der staatlichen Entschädigungspflicht bei Ausübung öffentlich-rechtlicher Funktionen.

Von Prof. EDUARD HIS, Zürich.<sup>1)</sup>

---

Die soziale Entwicklung des 19. Jahrhunderts hat dem Staate eine Fülle neuer Aufgaben überbunden, die ihn heute in allen äusseren Lebensverhältnissen seiner Angehörigen zum ausschlaggebenden oder wenigstens mitbestimmenden Faktor werden lassen. Entsprechend diesem Mächtigwerden hat sich die Verwaltungsorganisation ausgedehnt. Die Rechtswissenschaft wurde dadurch vor eine Reihe neuer Probleme gestellt, die sich zu einer neuen Disziplin, dem sogenannten Verwaltungsrechte, verdichtet haben. Dessen vornehmste Aufgabe muss es sein, die neuen Erscheinungen des Staatslebens nicht nur nach juristischen Grundsätzen theoretisch zu erkennen und richtig einzuordnen, sondern auch ihre Ausgestaltung nach dem Ideal des Rechtsstaates, d. h. nach Grundsätzen der Gerechtigkeit, zu fördern.

Das schweizerische Bundesrecht kennt schon eine Anzahl rechtsstaatlicher Einrichtungen; schon 1848 wurde eine Garantie von Freiheitsrechten zum Schutze des Einzelnen gegenüber der Staatsgewalt aufgestellt und neuerdings (1914) haben Volk und Stände eine Ergänzung der Bundesverfassung angenommen, derzufolge eine eidgenössische Verwaltungsgerichtsbarkeit zum formalen Schutze des Einzelnen gegenüber der Verwaltung eingeführt werden soll. Aber die moderne Verwaltungsrechtswissen-

---

<sup>1)</sup> Nach einer akademischen Antrittsrede, gehalten am 6. Mai 1922 in der Aula der Universität Zürich.

schaft kennt auch eine Reihe Postulate, welche nicht bloss das formale Verfahren, sondern das materielle Verwaltungsrecht unmittelbar selbst, d. h. den Inhalt der Verfügungen, betreffen. Unter diesen ist vielleicht keines so umstritten, wie das Postulat der Entschädigungspflicht des Staates für schädigende Eingriffe in das Privatleben der Einzelnen. Obwohl diese Frage nicht nur im Hinblick auf Verwaltungshandlungen, sondern auf jede staatliche Funktion, also auch Rechtsprechung und selbst Gesetzgebung, erhoben werden kann, ist sie doch in erster Linie im Gebiete des Verwaltungsrechts aufgerollt worden, weil sie für Akte der Verwaltung am häufigsten zur praktischen Entscheidung kommt.

Wenn diese Frage, die für die staatlichen Funktionen von grundlegender Wichtigkeit ist, hier wiederum erörtert werden soll, obwohl an Untersuchungen darüber kein Mangel besteht, so veranlasst den Sprechenden hiezu vor allem die in der Schweiz, besonders in der bundesgerichtlichen Praxis, noch herrschende unbefriedigende Rechtsanschauung. Es soll daher hier in erster Linie das schweizerische Bundesrecht Berücksichtigung finden. Es wird sich dabei zeigen, dass der ganze mit der staatlichen Entschädigungspflicht zusammenhängende Fragenkomplex darum so umstritten ist, weil sich dabei zwei Interessenkreise streiten: die Verfechter der souveränen staatlichen Unverantwortlichkeit und die Vorkämpfer der staatlichen Entschädigungspflicht zugunsten der Privaten.

So sehen wir denn, dass heute Theoretiker und Praktiker bald behaupten, der Staat schulde dem Einzelnen grundsätzlich überhaupt keine Entschädigung, bald, er schulde volle Entschädigung für jeden Eingriff, bald, er schulde sie bloss in gewissen Fällen und unter besonderen Voraussetzungen, etwa nur bei unrechtmässiger Schädigung. Es soll daher hier weniger dargelegt werden, was geltendes Recht und herrschende Gerichts-

oder Verwaltungspraxis ist, als vor allem, was de lege ferenda der im Rechtsstaate erwünschte Rechtszustand wäre.

## I.

Es seien vorerst einige Streitfragen genannt, die hier nicht näher geprüft werden sollen.

Es ist anerkannt, dass sich die Fragestellung beschränken solle auf Eingriffe oder Einwirkungen auch durch Unterlassen des Staates (oder öffentlichrechtlicher Rechtssubjekte) gestützt auf öffentliches Recht, — in welchen somit der Staat als Träger der Hoheitsgewalt auftritt und dem einzelnen Geschädigten übergeordnet ist. In privatrechtlichen Verhältnissen untersteht der Staat grundsätzlich der privatrechtlichen Schadenshaftung.

Obwohl also der „Eingriff“ — es wird hier dieser kurze Ausdruck für jedes schädigende Verhalten des Staates gewählt — öffentlichrechtlicher Natur ist, herrscht Streit darüber, ob die infolge des Eingriffs entstehende Entschädigungspflicht öffentlichrechtlich oder privatrechtlich sei. Während die Theorie des Verwaltungsrechts erklärt, die Entschädigungspflicht müsse als unmittelbare Folge des Eingriffs auch als ein Institut des öffentlichen Rechts angesehen werden, beharrt die Praxis, z. B. des schweiz. Bundesgerichts, noch bei der Auffassung, sie sei privatrechtlich, gestützt auf die in der Wissenschaft zur Hauptsache überwundene Fiskustheorie, welche das ganze „Vermögens“recht des Staates nach Privatrecht beurteilt wissen will. Die Lösung dieser Streitfrage hängt zusammen mit der Grenzziehung zwischen öffentlichem und privatem Recht, die von Staat zu Staat — je nach der historischen Entwicklung — verschieden ist. Die veraltete Auffassung des Bundesgerichts hat wohl auch einzig den Zweck, seine eigene Zuständigkeit gemäss BV Art. 110 und OG BRpfl Art. 48 zu begründen. In Zukunft soll — nach Inhalt des 4. Vorent-

wurfs zu einem Bundesgesetz über die eidg. Verwaltungsgerichtsbarkeit — das eidg. Verwaltungsgericht über Entschädigungsklagen gegen den Staat zu erkennen haben.

Dann ist bestritten, welche staatlichen Eingriffe für die Entschädigungsfrage in Betracht fallen. Es wird, analog dem Zivilrecht, die Unterscheidung gemacht zwischen rechtmässigen und unrechtmässigen Eingriffen und für die rechtmässigen bisweilen die Entschädigungspflicht geleugnet. Demgegenüber behandelt die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit — wohl mit Recht — beide Arten gleich, in der Erkenntnis, dass es für den Geschädigten durchaus belanglos sei, ob der Schaden durch den Staat unter Verletzung eines Rechtssatzes durch das ausübende Organ oder in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung erfolgt sei; denn der Staat hat es ja theoretisch stets selbst in der Hand, die für ihn günstigen Rechtssätze zu schaffen oder die ungünstigen aufzuheben. Das Regressrecht gegenüber einem schuldhaften Staatsorgan ist eine interne Angelegenheit des Staates, welche die Entschädigungspflicht gegenüber dem geschädigten Dritten nicht berühren sollte. Es ist unängst mit Recht behauptet worden, dass jene französischrechtliche Gleichstellung auch in der Schweiz sich durchaus rechtfertigen liesse.<sup>2)</sup>

Von besonderer Schwierigkeit ist die Beantwortung der Frage, ob bloss schädigende Akte der Verwaltung die Entschädigungspflicht begründen sollen, oder auch die schädigenden Akte (d. h. das schädigende Verhalten) der Rechtsprechung und gar der Gesetzgebung (Rechtsetzung im weitesten Sinne). Die Verwaltungsrechtswissenschaft beschränkt sich meist auf die Betrachtung der schädigenden Verwaltungsakte, d. h. der subjektivrechtlichen Staatsakte, die in Vollziehung der Rechtsordnung oder als Übergriff über diese von den

---

<sup>2)</sup> Andreas Sprecher v. Bernegg: Über die Entschädigungspflicht des Staates bei Ausübung der öffentlichen Gewalt (1921), S. 111.

vollziehenden Organen gegenüber einem Privaten eine Schädigung bedeuten. Es ist zuzugeben, dass die Anerkennung der Entschädigungspflicht für subjektivrechtliche Verwaltungsakte die für die Einzelnen empfindlichste und häufigste Gruppe von Schädigungen betreffen und als solche schon eine wesentliche soziale Besserung bedeuten würde. Aber es stünde kein triftiger Grund entgegen, auch die subjektivrechtlichen Staatsakte der rechtsprechenden Gewalt (richterliche schädigende Verfügungen oder Unterlassungen, unrichtige Urteile, unverschuldete Bestrafungen u. dgl.) und die subjektivrechtlichen Akte der gesetzgebenden Gewalt (die zu solchen ja nur ausnahmsweise zuständig ist) gleich zu behandeln wie die schädigenden Verwaltungsakte.

Während die genannten subjektivrechtlichen schädigenden Staatsakte in Anwendung der Rechtsordnung erfolgen, schafft die rechtsetzende Tätigkeit des Staates neues objektives Recht. Aber auch durch objektive Rechtsetzung (der gesetzgebenden Gewalt oder der verordnungsberechtigten Vollzugsorgane) kann der Einzelne oder eine beschränkte Personengruppe geschädigt werden.<sup>3)</sup> Für einen Staat läge sogar die Versuchung nahe, schädigende Verfügungen zwecks Ausschaltung der Entschädigungspflicht in objektivrechtliche Form zu kleiden und z. B. statt in subjektivrechtlichem Verwaltungsakt

---

<sup>3)</sup> Z. B. durch auf dem Gesetzgebungs- oder Verordnungswege verfügte Verstaatlichung eines bisher privaten Gewerbebetriebs, Auferlegung einer besondern Beitragspflicht, Beschränkung einer Berufsgruppe in ihrer Tätigkeit, wodurch im Vergleich mit andern Gewerben und Berufstreibenden und Nichtbeitragspflichtigen (überhaupt im Vergleiche zur Allgemeinheit) die Betroffenen geschädigt werden. Ein historisches Beispiel dieser Art ist die Aufhebung der Zehnten und Grundzinse in der helvetischen Revolution, wodurch der Bauernstand „befreit“, die bisherigen Zehnt- und Zinsberechtigten aber um ihre Einnahmequellen gebracht wurden, weshalb sie nachträglich entschädigt werden mussten. (s. His: Gesch. d. schweiz. Staatsr. I. S. 530 ff.).

durch objektivrechtliche Verordnung zu verkünden (wozu in beiden Fällen dieselbe Vollziehungsbehörde zuständig sein könnte). Grundsätzlich läge daher auch kein Grund vor, die staatliche Entschädigungspflicht einzuführen für Schädigungen Einzelner oder beschränkter Personengruppen durch objektivrechtliche Rechtsetzung. Der Entschädigungsgrundsatz müsste, um auch die gesetzgebende Gewalt zu verpflichten, in diesem Falle als Verfassungsartikel Geltung haben.

Weiter ist festzustellen, welche „Einzelnen“ oder „Privaten“, d. h. welche Subjekte entschädigungsberechtigt sein sollen. Bei der Lösung mögen politische oder internationalrechtliche Faktoren mitspielen. Die Aktivlegitimation zur Entschädigungsklage oder -beschwerde wäre abzugrenzen gegenüber den (z. B. im Lande niedergelassenen) Ausländern, ähnlich wie bei der Aktivlegitimation zur Beschwerdeführung vor dem eidg. Verwaltungsgericht, etwa unter Vorbehalt der Gewährung des Gegenrechts seitens des Auslands. Grundsätzlich sollte in möglichst weiter Ausdehnung jeder durch einen schädigenden Staatsakt „Betroffene“ entschädigungsberechtigt sein.

Endlich ist bestritten die Umgrenzung der Objekte, die geschädigt werden durch den staatlichen Eingriff. In weitestgehender Weise ist das Privateigentum als schützenswert und unverletzlich erklärt worden; die Entschädigungspflicht ist zum Teil geradezu mit der verfassungsmässigen Eigentumsgarantie (z. B. gewisser Kantonsverfassungen) motiviert worden.<sup>4)</sup> Mit besonderer juristischer Subtilität ist dann das Grundeigentum durch den Ausbau des Expropriationsrechts geschützt worden. Aber gleichzeitig musste sich die Frage erheben, ob nicht auch andere, materiell vielleicht gleichwertige

---

<sup>4)</sup> Vgl. Erich Vogt: Rechtmässige Eingriffe des Staates in subjektive Privatrechte nach der Praxis des schweiz. Bundesgerichts. (Zürcher Diss. 1909, S. 22 ff., 38 ff.).

oder wertvollere Vermögensobjekte geschützt werden müssten. Gegenüber einer Rechtsprechung, welche alle Rechtsverletzungen durch Entschädigung schützen wollte, bildete dann die Theorie den Begriff der sog. „wohlerworbenen“ Rechte, die allein als schützenswert galten. Aber was verstand man darunter? entweder die Rechte, welche auf Grund ausdrücklicher Formulierung dem Einzelnen zustanden, oder die Rechte, welche einen besondern Rechtsschutz genossen („subjektive“ Rechte nach älterer Auffassung); dieser Rechtsschutz bestand aber schliesslich lediglich in der Zubilligung einer Entschädigung bei Verletzung und so gelangte man zu der unmöglichen Formulierung: Objekte der Entschädigungspflicht sind diejenigen Rechte, für deren Verletzung Entschädigung geschuldet wird! — Auf Grund naturrechtlicher Ideen wurden ausserdem schon früh andre Rechte, als bloss das Eigentum, geschützt, vor allem die persönliche Freiheit, und es wurde infolgedessen für unverschuldete Verhaftung Entschädigung zugesprochen. — In neuerer Zeit ist aber auch bestritten, ob nur „Rechte“ durch Entschädigungspflicht geschützt werden sollen, oder auch „blosse Interessen“. Das schweiz. Expropriationsrecht entschädigt auch für Verletzung blosser „Interessen“, d. h. es ersetzt alle subjektiven Vermögenswerte,<sup>5)</sup> welche durch den Eingriff verletzt werden (— dieser muss direkt kausal sein —); es entspräche der Gerechtigkeit, diesen Grundsatz — soweit es praktisch möglich wäre — auf die ganze staatliche Entschädigungspflicht auszudehnen; denn den selben oder einen höheren Vermögenswert, als das Grundeigentum, können auch andre Objekte haben, z. B. Mobilien (wie Wertschriften, Vieh), Rechte auf Bewegungsfreiheit, auf Gewerbefreiheit und andere subjektive öffentliche Rechte.

---

<sup>5)</sup> Vgl. W. Burckhardt, in Zeitschr. f. schweiz. R., Bd. 32 S. 145.

## II.

Indem wir die genannten Fragen hier beiseite lassen, wenden wir uns der Hauptfrage zu, die lautet: ist überhaupt und in welchen Schädigungsfällen ist vom Staate für rechtmässige und unrechtmässige Eingriffe in die private Rechts- und Interessensphäre eine Entschädigung zu zahlen?

Zur Veranschaulichung mögen drei Fälle dienen, welche das schweizer. Bundesgericht im Jahre 1921 entschieden hat.

1. Während der Grenzbesetzung unterwarfen die Militärbehörden den Verkehr über den Gotthardpass aus militärischen Gründen starken Beschränkungen. Der Inhaber des Gasthofs auf der Passhöhe, Lombardi, verlangt wegen der empfindlichen Verminderung der Frequenz seines Gasthofs vom Bunde eine Entschädigung von 50,000 Fr. Das Bundesgericht weist dieses Begehren ab, da keine positive Norm bestehe, welche eine Schadenshaftung des Staates für rechtmässige Eingriffe der Staatsgewalt festsetze. Der genannte Wirt habe auch kein subjektives Privatrecht am Verkehr auf der Strasse besessen, sondern die Verkehrsbefugnis jeder Person sei öffentlichrechtlich und könne daher vom Staate beliebig beschränkt werden aus Gründen der Polizei und der öffentlichen Sicherheit und — a fortiori — aus Gründen der Landesverteidigung. Auch sei der Wirt durch die Verkehrsbeschränkungen nicht allein betroffen worden, sondern die ganze Gegend habe darunter gelitten, wie auch ähnlich die Anwohner von Furka, Oberalp und Jura. Eine gewisse Schädigung konnte nicht bestritten werden; sicher ist, dass das Bundesgericht gleich entschieden hätte, wenn der Verkehr zum Gasthof gänzlich verboten worden und der Wirt dadurch finanziell ruiniert worden wäre. (Praxis X Nr. 58, Entsch. vom 4. Februar 1921, Lombardi c. Bund.)

2. Während des Generalstreiks in Basel im August 1919 gaben die eidg. Ordnungstruppen bei einem Zu-

sammenstoss mit Streikenden eine scharfe Salve ab. Ein völlig unbeteiligtes Mädchen wurde durch einen Schuss getötet. Die Mutter des Kindes, die materiellen und psychischen Schaden erlitten haben mochte, verlangte vom Bunde eine Entschädigungszahlung. Das Bundesgericht weist sie ab aus folgenden Gründen: Es bestehe keine positive Norm über eine Entschädigungspflicht bei Schadenszufügung durch Truppen im Aktivdienst, wie dies für Schäden bei militärischen Übungen (Instruktionsdienst) in Mil.Org. Art. 27 vorgesehen sei. Aber auch materiell sei eine Entschädigung nicht gerechtfertigt; denn hier ständen qualitativ für den Staat so hohe Interessen im Spiele, dass die Interessen Einzelner gegenüber dem Zwang, der ihnen angetan werde, zurücktreten müssten und sich damit nicht vergleichen liessen. Massgebend sei die Verschiedenheit der Voraussetzungen und der Art, wie der staatliche Eingriff zu erfolgen habe. Im Falle der Landesverteidigung werde die Tätigkeit des Staates durch die „Notwendigkeit“ beherrscht. . . .

Eine Rücksichtnahme auf das Einzelinteresse wäre nicht möglich, ohne den Schutz (des Landes) in seiner Energie zu beeinträchtigen und in seinen Mitteln zu beschränken. Würden dabei Dritte (d. h. Einzelne) geschädigt, so stelle sich deshalb die Schädigung, solange die Grenzen des „Notwendigen“ nicht überschritten seien, als Bestandteil der Schutzmassnahmen selbst dar. . . . Dass solche Opfer von der Gemeinschaft (d. h. dem Staat) getragen werden sollen, sei weder eine sittliche Forderung, noch eine solche der Gerechtigkeit. Sehe der Staat sich gezwungen, sich gegen Angriffe von aussen zu wehren oder die gestörte Ruhe und Sicherheit im Innern aufrecht zu erhalten, so sei der Einzelne verpflichtet, mit seiner Person und seinem Vermögen für die Gesamtheit einzustehen, und wer dabei Schaden nehme, habe wohl der Gesamtheit ein Opfer gebracht, aber in Erfüllung einer sittlichen Pflicht; mit diesem Gedanken stände die Zuerkennung eines Entschädigungsanspruchs

im Widerspruch. Dieser Schaden müsse mit seinen Folgen hingenommen werden, wie andere Schädigungen, die aus Notwendigkeiten entstünden, in welche die Einzelnen verflochten sind, und es erscheine als eine „weiche Auffassung“, dass gegenüber allen solchen Gefahren eine Art Versicherung durch die Gesamtheit bestehe. (Praxis X, S. 349, Nr. 152, Entsch. vom 22. April 1921 i. S. Hunziker c. Bund.)

3. Das Bundesgericht beruft sich auf seine Motivierung des Falles Hunziker auch im Falle Grünzweig c. Eidgenossenschaft (16. Dez. 1921, Praxis XI S. 199 f.). Grünzweig fuhr 1917 nachts auf erlaubter Strasse in einem Auto von Zürich nach Schaffhausen; in der Nähe der Grenze wurde er getroffen und getötet durch Schüsse, welche ein Unteroffiziersposten in rechtmässiger Ausübung seiner Grenzbewachungspflicht (Aktivdienst) abgab. Die von den Angehörigen des Getöteten, dem kein Verschulden nachzuweisen war, erhobene Schadenersatzklage wurde abgewiesen, unter Berufung auf den Fall Hunziker und da verwandte Erwägungen, wie die „bei unschuldig oder ungesetzlich Verhafteten“ geltenden, sich nicht auf einen in Ausübung der Polizeigewalt unschuldig Getöteten anwenden liessen. Eine Entschädigungspflicht könne nicht durch Aufstellung eines dahingehenden Grundsatzes bloss durch die Rechtsprechung, sondern nur im Wege der Gesetzgebung eingeführt werden.<sup>6)</sup>

---

<sup>6)</sup> Ein krasser Fall ist auch der folgende: der Kantonsbürger W., der durch langjährige Arbeit im Ausland sich ein kleines Vermögen erworben hat, zieht sich in seinen Heimatkanton Z. zurück; dort kauft er einen kleinen Streifen Land an einer Bahnlinie, auf welchem er gegen Pachtgeld in geschickter Weise Reklametafeln aufstellt. Das bringt ihm jährlich etwa 3000 Franken ein, woraus er leben kann. Nun erlässt der Kanton Heimatschutzbestimmungen; in deren Ausführung werden die Reklametafeln des W. von den Polizeiorganen niedergerissen. W. klagt auf Entschädigung in der Höhe des jährlichen Gewinnausfalls, kapitalisiert auf 50,000 Fr. Von den verschiedenen Instanzen werden alle möglichen Argumente geltend gemacht,

Der Laie — und erst recht der Jurist — muss diese Entscheidungen als ungerecht oder doch als unbillig erklären, zumal ihm bekannt ist, dass bei viel leichteren Schädigungen, z. B. bei Kulturschäden infolge einer militärischen Übung, der Staat gemäss gesetzlicher Vorschrift Schadenersatz zahlt. Warum soll da der Staat nicht auch Entschädigung schulden beim Ruinieren eines einzelnen Wirtschaftsbetriebs oder bei der Tötung eines Menschen, welche Handlungen ganz zweifellos in rechtmässiger Ausübung der Staatsgewalt erfolgten; denn das Sperren der Gotthardstrasse und das Schiessen gegenüber den Tumultanten oder dem Autoinsassen waren festgestellt worden als in casu erlaubte Handlungen.

Wenn wir erkennen wollen, woher ein solcher Widerspruch zwischen einer herrschenden Gerichtspraxis und unserm Rechtsbewusstsein stammt, haben wir vorerst der historischen Entwicklung der staatlichen Entschädigungsfrage in einem Rückblick nachzufolgen.

Die ersten ernsthaften Anregungen zur Verpflichtung des Staates zur Entschädigungszahlung für hoheitsrechtliche Eingriffe finden wir — wenn wir von gelegentlichen Äusserungen von Bartolus, Baldus und den Postglossatoren absehen<sup>7)</sup> — bei den Naturrechtslehrern des 17. und 18. Jahrhunderts; entsprach es doch dem Individualismus des Naturrechts, diese Fragestellung überhaupt erst zu entdecken und dadurch den Grundsatz „*princeps legibus solutus est*“ durch eine wenigstens teilweise Verantwortlichkeit des Souveräns (bezw. Staats) zu durchbrechen. Aber der Geltungsbereich einer Entschädigungs-

---

um die Entschädigungspflicht zu verneinen. Die O. Mayersche Billigkeitstheorie wird vom Obergericht verworfen. Die Entschädigungsforderung wird schliesslich endgültig abgelehnt (vgl. Blätter f. zürcher. Rechtsprechung, 1919, Nr. 71, S. 129 ff.). Der bejahrte W. verarmt, wird ausgepfändet und leidet an einer Gerichtspsychose, — ein Opfer des staatlichen Heimatschutzes!

<sup>7)</sup> G. Anschütz: Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigung durch rechtmässige Handhabung der Staatsgewalt. Verwaltungsarchiv V. (1897) S. 36 ff.

pflicht wurde hier noch in äusserster Zaghaftheit recht eng umgrenzt. Hugo Grotius (*De jure belli ac pacis*, 1625, lib. III cap. XX, § 7 n. 2) erkennt im *dominium eminens* des Staates die Befugnis, dem Privaten etwas wegzunehmen, und zwar nicht nur bei dringendster Notwendigkeit, sondern überhaupt „zum öffentlichen Nutzen“; für die Gesamtheit entstehe dadurch eine Verpflichtung zur Entschädigung. Samuel Pufendorf (*De jure naturae et gentium*, 1672, tom. II, lib. VIII. c. V. § 7) denkt bei solchen Eingriffen ins Privateigentum beispielsweise an die Landwegnahme zu Festungsbauten, an Niederlegung von Häusern und Bäumen bei Belagerungen, an militärische Requisitionen, an Beschlagnahme der privaten Getreidespeicher bei Hungersnot, an zwangsweise Erhebung von Geldbeiträgen; und er stellt die bemerkenswerte Argumentation auf, dass ein Gebot der natürlichen Billigkeit erfordere, es müssten alle Bürger bloss ihre fest bestimmten Lasten tragen und es solle nicht einer schwerer als die übrigen belastet werden. Dem wegen irgend eines notwendigen Eingriffs Mehrbelasteten müsse daher von der Gesamtheit (zu der dieser selbst auch beitrage) die Mehrbelastung entschädigt (refundiert) werden. Grundsätzlich sollen eben alle öffentlichen Lasten gleich verteilt werden.<sup>8)</sup> Keine Entschädigung sei aber zu zahlen, wenn alle von derselben Not oder demselben Schaden betroffen würden.<sup>9)</sup>

Die grundsätzliche Richtigkeit dieser vernunftgemässen Argumentation Pufendorfs ist nun aber von den späteren Generationen leider stark verkannt worden. Rein ist sie nur in der Ausgestaltung des Expropriations-

---

<sup>8)</sup> Immerhin kennt Pufendorf die Ausnahme, falls der Schaden vorauszusehen war, z. B. der Besitzer eines Hauses ausserhalb der Stadtmauern trägt selbst das Risiko der Zerstörung bei der Belagerung, weil er beim Bau damit rechnen musste.

<sup>9)</sup> Ebenso die Ausgabe Pufendorfs von Jean Barbeyrac (Basel 1750), ähnlich der Genfer J. J. Burlamaqui: *Principes du droit naturel* (1751), tome II, partie III, chap. V. § 28, 29.

rechts zur Geltung gekommen und etwa noch in einigen wenigen Rechtsverhältnissen des modernen Verwaltungsrechts. Doch findet sich in der ganzen Staatsentwicklung des 19. Jahrhunderts ein beständiger Kampf gegen diese der Gerechtigkeit so wohl entsprechende einfache Regel. Je mehr Aufgaben und Funktionen dem Staate überbunden werden, je mehr er sich zum Machtstaat auswächst, desto empfindlicher wird er gegenüber der rechtlichen Kritik, desto mehr wünscht er als der Niemandem verantwortliche Souverän, als der Nachfolger des ausserhalb des Gesetzes stehenden absoluten Fürsten des ancien régime zu gelten, der für seine Eingriffe in das private Rechtsleben nur nach freiem Gutdünken Entschädigung erteilt.

Darum wird erstens einmal versucht, den Umkreis der zur Entschädigung tauglichen, d. h. verletzbaren Objekte möglichst einzuschränken, indem man die Haftung nur auf die Verletzung von sog. „wohlerworbenen“ Rechten bezieht. Diese theoretische Bezeichnung war aber stets unsicher. Man beschränkte sie daher auf die durch einen besonderen Rechtsschutz gewährleisteten Rechte; die Zusicherung dieses besonderen Schutzes lag nun wiederum in der Hand des Staates und nicht mehr in der Begründung einer den Richter selbständig und grundsätzlich verpflichtenden Theorie.

Aber man ging bald noch weiter. Unter dem Einfluss der weit gespannten Souveränitätstheorie begnügte man sich nicht mit der Behauptung, der Souverän habe das unbedingte Recht, in die Rechtsgüter des Untertanen einzugreifen, sondern es wurde auch die Behauptung aufgestellt, da das Interesse des Einzelnen dem Interesse der Gesamtheit nachgehe und weichen müsse, sei jedes Opfer des Einzelnen für die Gesamtheit nicht nur eine unentgeltlich zu leistende Rechtspflicht, sondern auch eine sittliche Pflicht.<sup>10)</sup> Hierbei übersah man aber, dass

<sup>10)</sup> Auch F. Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts (3. Aufl.) S. 285, stellt noch ab auf die „Stärke

das Opfer des Einzelnen an die Gesamtheit nur dann eine sittliche Tat sein kann, wenn es freiwillig dargebracht wird und nicht in Konflikt gerät mit andern, etwa höhern sittlichen Pflichten dieses Einzelnen, wie der Unterhaltspflicht gegenüber der eigenen Familie, der Berufspflicht gegenüber den von ihm abhängigen Arbeitnehmern und dgl.

Der ungewollte entschädigungslose Verlust der Familienangehörigen in den zitierten Fällen kann doch nicht — wie das Bundesgericht meint — mit all seinen Folgen als sittliche Pflicht den Hinterlassenen auferlegt werden. Zahlt doch der Staat auch Entschädigung bei Schaden an Leib und Leben der Wehrpflichtigen selbst (in Form der sog. Militärversicherung), also der unmittelbar der Gefahr ausgesetzten staatlichen Organe.

Die Argumentation, ein Eingriff in die Rechts- und Interessensphäre eines Einzelnen sei materiell gerechtfertigt, weil dieser die Untertanenpflicht habe, ihn ohne weiteres, also auch ohne Ersatzanspruch, zu dulden, ist somit nicht durchschlagend. Es wird damit nur ausgesprochen, der Staat habe als Inhaber der hoheitsrechtlichen Gewalt über den Einzelnen die rechtliche, formale Möglichkeit zum Eingriff; über dessen materielle Rechtfertigung und über die daran zu knüpfende Entschädigungspflicht ist aber damit noch nichts gesagt. Darum trifft das Argument nicht zu, das höhere Interesse der Gesamtheit erfordere den Eingriff, das Interesse des Einzelnen habe daher diesem nachzugehen. Die Befugnis zum Eingriff im öffentlichen Interesse ist ja gar nicht in Frage gestellt, sondern bloss die Begründetheit einer Rechtsfolge dieses Eingriffs, die Entgeltlichkeit. Zu Unrecht argumentiert daher das Bundesgericht, — und das war vielleicht auch die Meinung des Gesetzgebers der Militärorganisation von 1907 — die Entschädigungszahlung sei zwar gerechtfertigt, wo es sich um Eingriffe zugunsten der Gemeinwirtschaft, der Wohlfahrtspflege des Gemeinsinns der Einzelnen“, „ein von der allgemeinen Untertanenpflicht gefordertes Opfer“.

und der Rechtspflege handle, aber nicht mehr da, wo der höher zu wertende „Schutz der Grundlagen der Gemeinschaft“ (d. h. die Landesverteidigung) in Frage ständen (so im zitierten Fall Hunziker). Ist denn bei diesen viel grösseren Gefahren die Gesamtheit nicht viel eher geneigt, den Schaden notwendiger Eingriffe zu tragen, als beim Zertreten einiger Rüben und Kartoffeln infolge Truppenübungen? Soll überhaupt auf das Motiv des staatlichen Eingriffs abgestellt werden? Pufendorf und andere Naturrechtler haben gerade für solche Eingriffe zur Landesverteidigung, zur Behebung einer Hungersnot und sonstiger allgemeiner Notfälle die Entschädigungspflicht der Gesamtheit bejaht. Und die moderne französische Verwaltungsgerichtspraxis, welche diese Fragen mit viel Feinheit behandelt, hat 1905 die Entschädigungspflicht grundsätzlich bejaht anlässlich des Falls Greco, der gerade mit unserm Fall Hunziker eine gewisse Ähnlichkeit besitzt: bei Verfolgung eines wildgewordenen Stiers verletzte ein vermutlich von einem Polizeibeamten abgegebener Schuss einen friedlichen Bürger in seiner Behausung.<sup>11)</sup>

### III.

Prüfen wir nun, welche Gesichtspunkte in praxi massgebend erklärt werden zur Lösung der Frage, ob und wann der Staat für rechtmässige (oder unrechtmässige) öffentlichrechtliche Eingriffe Entschädigung schulde.

Das Bundesgericht steht nach einer auch in Deutschland verbreiteten Auffassung auf dem Standpunkt der sog. Gesetzmässigkeit der Entschädigungspflicht, d. h. dass der Staat nur dann Entschädigung schulde für öffentlichrechtliche Eingriffe, wenn dies durch Gesetz oder gesetzmässige Verordnung positiv normiert sei. Daraus erklärt sich nun aber die nach theoretischen Gesichtspunkten so unausgeglichene und widerspruchs-

---

<sup>11)</sup> s. Sprecher, S. 16 Anm.

volle bundesgerichtliche Praxis. Hat doch die Gesetzgebung des Bundes selten bezweckt, eine erschöpfende Aufzählung der Entschädigungsfälle zu geben; sie normiert solche Fälle meist nur zufällig, paradigmatisch und kasuistisch. Selten hat sie versucht, die Entschädigungspflicht grundsätzlich zu regeln. So normiert sie etwa die Fälle, welche in praxi besonders häufig vorkommen, oder welche einmal zu einer konkreten Bedeutung gelangt sind, oder welche — wie die Expropriation — aus historischen Gründen legislativ bevorzugt sind. Diese Zufälligkeit und Grundsatzlosigkeit der Gesetzgebung erklärt sich schon daraus, dass die Entschädigungsfrage erst mit der modernen Ausbildung des Verwaltungsrechts akute Bedeutung erhalten hat und früher von der Gesetzgebung meistens übersehen worden ist.<sup>12)</sup> Daher bietet das Abstellen auf diese blosse positive Regelung eine sehr unbefriedigende Lösung der Frage.<sup>13)</sup>

Es erhärtet sich hier die alte legislatorische Erfahrung, dass das tatsachenreiche Leben sich nicht durch kasuistische Enumeration auch nur annähernd erschöpfen, geschweige denn befriedigend normieren lässt. So bildet dieser Grundsatz der „Gesetzmässigkeit“ der Entschädigungspflicht nicht viel mehr als einen schlechten Notbehelf, durch den bestenfalls gerechte und ungerechte Urteile gleichmässig verteilt werden. Die wissenschaftliche Jurisprudenz muss aber danach trachten, über die Zufälligkeiten der Kasuistik hinauszukommen und zu den tiefern Grundsätzen des Rechts vorzudringen.

---

<sup>12)</sup> Die Militärorganisation vom 12. April 1907, ein sorgfältig ausgearbeitetes Gesetzeswerk, enthält zwar zahlreiche Bestimmungen über die staatliche Entschädigungspflicht (Art. 11, 21, 22, 27, 28 f., 30, 33, 203 Abs. 2, 219; Verwaltungsreglement der eidg. Armee, 280 u. a.); und doch können noch zahlreiche Schädigungen erfolgen, die nicht vorgesehen sind, aber grundsätzlich gleich zu beurteilen wären.

<sup>13)</sup> s. a. Erwin Ruck: Basel als Rechtsstaat. Basler Festgabe zum schweiz. Juristentag, 1920, S. 54, Anm. 37.

Angesichts dieser unbefriedigenden Lösung hat in neuerer Zeit zuerst Otto Mayer in Leipzig einen andern Ausweg gesucht. Er hält den Staat als entschädigungspflichtig „nach Billigkeitsrecht“.<sup>14)</sup> Dazu mochte dieser Schriftsteller durch die Überlegung gelangt sein, dass ein besonderer staatlicher Eingriff in die private Interessensphäre ohne Entschädigung meist eine „Unbilligkeit“ darstelle; er lehnte dabei ausdrücklich an ältere Naturrechtler, wie Grotius und Pufendorf, an, die ihre Theorie auch schon mit der „naturalis aequitas“ begründet hatten.

So einleuchtend nun die Otto Mayersche Theorie ist — und ihre Rechtfertigung trat eigentlich nur noch deutlicher hervor durch die scharfe Kritik, die ihr Gegner Georg Anschütz ihr zuteil werden liess, — so ist doch ihre schwache Seite dieses Abstellen auf eine sog. „natürliche Billigkeit“. Von diesem Gesichtspunkte aus ist sie neuerdings besonders auch von Max Rümelin angegriffen worden (Die Billigkeit im Recht, Tüb. 1921, bes. S. 66 ff.). Das Verdienst der Rümelinschen Untersuchung beruht aber weniger in dieser Kritik der Entschädigungstheorie, wobei Rümelin den Positivismus von Anschütz unterstützt, als in dem mehr negativen Ergebnis, das in der Begriffsbestimmung der sog. Billigkeit zu Tage tritt.<sup>15)</sup>

Im Gegensatz zur „Gerechtigkeit“, sagt Rümelin, gehe die Billigkeit aus von einem subjektiven Moment, dem „Rechtswusstsein“ des Entscheidungsbefugten, während die objektiven Rechtssätze von den Umständen des Einzelfalles abstrahierten. Daher verwirkliche die

---

<sup>14)</sup> Vgl. Otto Mayer: Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht (Dresden 1904), und: Deutsches Verwaltungsrecht II<sup>2</sup>, S. 516 ff. (1917). s. a. Sprecher S. 89 f.

<sup>15)</sup> Nach ihm beruhen der von der römischen Jurisprudenz benutzte Begriff der aequitas, die griech. *ἐπιείκεια*, die im englischen Recht anerkannte equity und die deutsche „Billigkeit“ auf denselben Grundvorstellungen; denn sie dienen denselben funktionellen Zwecken im Rechtsleben. (S. 39).

Billigkeit die Funktion einer Korrektur der zu Fehlern und Härten führenden Rechtssätze, unter Anpassung an den konkreten Einzelfall (durch Gebotsberichtigung, Lückenergänzung und Blankettausfüllung). Man darf allerdings bezweifeln, ob diese Ansicht, die Billigkeit trete nur in Gegensatz zum formulierten Rechtssatz hervor, zutreffend ist; denn dann hätte sie ja dieselbe funktionelle Aufgabe wie der Masstab der materiellen Gerechtigkeit. Denn Rümelin lehnt es ab, im Begriff der Billigkeit Momente der „Humanität, Schonung und Milde“ zuzulassen (S. 48 f.), weil sie sonst eine Abweichung vom formulierten Rechte bewirken könnte. Sehr fraglich ist endlich, ob Rümelins „im Einklang mit der Volksüberzeugung (!) gedachtes“ subjektives Rechtsbewusstsein ein denkbare Kriterium für den billigen Entscheid zu bieten vermag (S. 56). Angesichts dieses Durcheinanders von theoretischen Auffassungen würde man wohl gut tun, entweder wie Eugen Huber (s. Rümelin S. 62) die Begriffe Billigkeit und materielle Gerechtigkeit zu identifizieren<sup>16)</sup> oder dann die Billigkeit als dasjenige subjektive Kriterium aufzufassen, welchem die Momente der Humanität, Schonung und Milde immanent sind, was vielleicht dem vulgären Sprachgebrauch von „billig“ am ehesten entsprechen würde.

#### IV.

Angesichts dieser Unklarheit und der Uneinigkeiten über den Begriff der Billigkeit ist dieser wohl kaum geeignet, für die so häufig auftauchende Entschädigungs-

---

<sup>16)</sup> s. Rümelin S. 62, ähnlich Ed. v. Hartmann, der die Billigkeit als ein Prinzip der Vernunftmoral (gegenüber der Gefühls- und Geschmacksmoral) erklärt, bei der ein instinktmässiges unbewusstes Moment und die grundsätzliche Gleichberechtigung der Rechtssubjekte mitspielen (aber nicht das Moment des Mitleids), während das höher zu wertende Moralprinzip des Zwecks aus dem Unbewussten zum Bewusstsein vorgedrungen sei. s. a. Stammler: Lehrbuch der Rechtsphilosophie, S. 312, 314.

frage als Kriterium zu dienen. Otto Mayer hat bei seiner Rezeption des naturrechtlichen Begriffs der „natürlichen Billigkeit“ wohl auch gar nicht an solche theoretische Schwierigkeiten gedacht.<sup>17)</sup>

Wenn aber ein Kriterium dem Entscheidungsbefugten zur Verfügung gestellt werden soll, so darf es, wie wir glauben, doch wohl am ehesten das der materiellen Gerechtigkeit sein. Nicht als ob dieses ein in der Theorie durchaus feststehender Begriff wäre; eine positive Norm enthält die Gerechtigkeit überhaupt nicht. Aber der Entscheidungsbefugte, der verpflichtet ist, „gerecht“ zu entscheiden, d. h. nach der materiellen Gerechtigkeit, ist eher in der Lage, in seinem subjektiven Rechtsbewusstsein einen Masstab zu finden für das, was im konkreten Falle gerecht ist. In dubio ist das Urteilen nach der Gerechtigkeit theoretisch immer das sicherste Mittel zur Erreichung des Zwecks jeder Rechtsordnung.<sup>18)</sup>

Es wäre nun aber wohl zu weitgehend, wollte man den ganzen Fragenkomplex, der in einem Entschädigungsfall zu lösen ist, allein auf das subjektive Rechtsbewusstsein des in casu Entscheidungsbefugten — des Richters — abstellen. Die Doktrin kann dabei vielmehr noch eine engere begriffliche Begrenzung aufstellen.

Otto Mayer beantwortet die Frage, wann der Staat eine Entschädigung zu zahlen habe, dahin: es müsse dem Einzelnen durch öffentlichrechtlichen Eingriff nicht nur irgend ein Nachteil, sondern dadurch gleichzeitig auch eine ungleiche Belastung, ein „besonderes Opfer“ auferlegt worden sein (D. VR II 547). Dies sei Voraussetzung für jede Entschädigungspflicht des Staates. Die Feststellung der Ungleichheit des Nachteils für den

---

<sup>17)</sup> Er scheint natürliche Billigkeit und natürliche Gerechtigkeit zu identifizieren. s. VR. II 548.

<sup>18)</sup> Übrigens enthielten die Bestimmungen über den Expropriationsgrundsatz von jeher die Klausel, es sei eine „gerechte“ Entschädigung zu zahlen; vgl. Déclaration des droits de l'homme von 1789, art. 17; Zürcher Verfassung von 1869, Art. 4.

Einzelnen im Vergleich zu andern seinesgleichen wird dadurch zum Kernpunkt der ganzen Frage. Das Gegenteil davon ist die allgemeine Belastung, die für Alle gleiche Benachteiligung, für welche der Staat grundsätzlich keine Entschädigung schuldet.

In Deutschland ist dieser Grundsatz, ungeschickt „Opfertheorie“ genannt, heftig bekämpft worden von Anschütz, Max Rümelin und Andern. Es wird ihm vor allem die Unbestimmtheit des Begriffs „besonderes Opfer“ vorgeworfen. Es werden aber auch moralische Motive dagegen ins Feld geführt, indem erklärt wird, wo der Staat recht- und gesetzmässig in die private Interessensphäre eingreife, habe der Einzelne dies als guter Bürger und Untertan des Staates ohne Entgelt zu ertragen; auch das Ertragen dieser besondern Nachteile sei eine allgemeine Bürgerpflicht. Das schweiz. Bundesgericht nannte es im zitierten Entscheid Hunziker eine „weichliche Auffassung“, wenn der Einzelne — in casu bei Tötung eines Kindes seitens des Staates im Tumult die Mutter — verlange, die Gesamtheit solle dieses Schadensrisiko tragen.

Eine solche Argumentation zeugt aber — wie uns scheinen will — von einem bedauerlichen Mangel an Rechtsbewusstsein. Dass in einem Staate, der politisch und rechtlich zum gewaltigen Machtstaate ausgestaltet worden ist (wie vielleicht im vorrevolutionären Preussen), beim untertänigen Bürger das Bewusstsein abhanden gekommen oder nicht stark genug geworden sein mag, das ihn seitens des Staates einen objektiv und subjektiv gerechten Masstab erwarten liesse, mag bis zu einem gewissen Grade psychologisch verständlich sein; denn da hält es der Untertan nicht nur für eine staatsrechtliche Verpflichtung,<sup>19)</sup> sondern auch für ein Gebot der Moral,

---

<sup>19)</sup> Die Theorie betont bisweilen (s. Sprecher S. 101), dass der Einzelne gegenüber dem Staate, dessen Angehöriger er ist, in einem besonderen öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisse stehe; diese zeige sich in der Abhängigkeit des Einzelnen (des Untertanen) vom übergeordneten Staate, seine Rechten und Pflich-

seine gute Staats- und Untertanengesinnung durch das Tragen aller staatlichen Eingriffe zu bekunden. Und in der Tat: es liegt ja auch ein gut Teil von Selbstbeschränkung in einer solchen Gesinnung, falls sie sich zwanglos kundgibt.

Aber diese Art der Lastentragung oder Eingriffsertragung entspricht dennoch nicht der Gerechtigkeit; denn sie sanktioniert eine Gefahr- und Lastenverteilung, die abhängig ist von durchaus zufälligen Momenten. Die staatliche Entschädigungspflicht für besondere Eingriffe erscheint uns gerechter, weil sie die Gefahrtragung der Gesamtheit auferlegt, wodurch zwar indirekt auch jeder Einzelne (jedenfalls jeder allgemein Leistungs- und Steuerpflichtige) mehr belastet wird, aber dann eben nicht nach dem zufälligen Moment des Eingriffs, sondern nach den Grundsätzen der gerecht ausgedachten, allgemeinen finanziellen Lastenverteilung, (z. B. der Steuerveranlagung). Diese Ausgestaltung der Lastentragung entspricht daher einem verfeinerten Rechtsbewusstsein — und nicht einer „verweichlichten“ Auffassung.

Bei dieser Annahme der Schadenshaftung des Staates darf aber gerechterweise nur auf die Kausalität des

---

ten seien Mitgliedschafts- oder Angehörigkeitsrechte und -pflichten; der Einzelne sei daher für den Staat kein „Dritter“ und dürfe daher vom Staate auch nicht eine analoge Entschädigung beanspruchen, wie sie gegenüber privaten Rechtssubjekten für Schädigungen „Dritter“ geltend gemacht würden. Hiebei ist richtig, dass der Einzelne zum Staate in einem besonderen rechtlichen Abhängigkeitsverhältnisse steht; aber für die Entschädigungsfrage sollte diese gegenseitige Abhängigkeit und Überordnung, sofern es sich um „besondere“ schädigende Eingriffe handelt, gerechtermassen nicht geltend gemacht werden. Der Einzelne ist hierin dem Staate gegenüber gleichzubehandeln wie ein „Dritter“; denn der Staat von heute ist nicht mehr bloss der zu bevorzugende Beschützer des Einzelnen, sondern er ist der gewaltsame Erzwinger und Befolger seiner angeblichen Gesamtinteressen, der Grosskapitalist, Grossunternehmer und Konkurrent, alles in einer Person.

staatlichen „Verhaltens“ zur Schädigung abgestellt werden. Die Haftung ist einzig ausgeschlossen bei Zufall; weitere Einschränkungen der Haftung sind aber nicht gerechtfertigt, wie etwa, dass kein Handeln, sondern bloss ein Unterlassen des Staates vorgelegen habe (z. B. der Staat unterlässt es, eine baufällig gewordene Brücke zu sperren oder auszubessern, sodass ein Privater beim Einsturz verunglückt; oder der Staat unterlässt es, einen erkrankten Gefangenen zu pflegen, sodass er stirbt). Ebensowenig darf als Haftungsausschlussgrund massgebend sein ein besonders starkes öffentliches Interesse, das viel stärker ist als der Wert des geschädigten privaten Interesses, und ebensowenig das Motiv des staatlichen Eingriffs (z. B. zum Zwecke der Landesverteidigung), das besonders schützenswert erschiene, weil dadurch nur die Berechtigtheit des Eingriffs bewiesen würde, nicht aber der Ausschluss der Entschädigungspflicht für diesen Eingriff.

Das Kriterium von allgemeiner Last und besonderer Last dürfte nun aber uns Schweizern schon bis zu einem gewissen Grade geläufig sein. Die bundesgerichtliche Judikatur über die extensive Anwendung von Art. 4 der Bundesverfassung hat bekanntlich den Grundsatz der Rechtsgleichheit zu einem allgemeinen Masstab erhoben, der an alle möglichen Erscheinungen „ungleicher“ Behandlung angelegt wird. Dieser Grundsatz deckt sich vollkommen mit dem Kriterium von allgemeiner und besonderer Last — sofern solche Lasten oder Eingriffe in Betracht fallen —; hierauf hat kürzlich mit vollem Recht Andreas Sprecher v. Bernegg hingewiesen, der ohne Weiteres die Anwendung von Art. 4 auf die Entschädigungsfälle empfiehlt. Die besondere Last, der besondere Eingriff ist diejenige Einwirkung der Staatsgewalt auf die Interessensphäre des Einzelnen, die für ihn eine ungleiche Behandlung im Vergleiche zur tatsächlichen oder gedachten Behandlung aller übrigen gleichzubehandelnden Rechtssubjekte darstellt.

Es ist mit Recht darauf hingewiesen worden, dass ein Abstellen der Entscheidung über die Entschädigungspflicht auf den blossen Rechtsgleichheitsgrundsatz grosse Schwierigkeiten bereite. Das mag auch ein Grund sein, weshalb das Bundesgericht ihn bisher nicht angenommen hat, obwohl es nach unserem Ermessen durch die logische Anwendung seiner eigenen festen Praxis über Art. 4 dazu gezwungen wäre. Der anzulegende Masstab ist eben nicht immer bloss die leicht festzustellende formale Gleichheit, sondern oft — sofern positive formale Rechtssätze fehlen — die vom Entscheidungsbefugten nach seinem subjektiven Rechtsbewusstsein zu bestimmende materielle Gleichheit, d. h. die Begründetheit, Gerechtfertigtheit eines besondern staatlichen Eingriffs, einer Mehrbelastung. Es ist somit die Grenze festzustellen zwischen der ungleichen, d. h. besondern Belastung gegenüber den vom Staate auferlegten — entschädigungslosen — für Alle gleichen allgemeinen Belastungen und Eingriffen. Die Steuer, der Zoll, die gesetzliche Gebühr für Anstaltsnutzung oder irgendwelche Inanspruchnahme der Staatstätigkeit,<sup>20)</sup> sind solche allgemeine Lasten, deren Zweck ist, dem Einzelnen nach allgemein-gültigen Grundsätzen einen Vermögensnachteil zum Vorteil der Gesamtheit beizufügen.

Wie verhält es sich beispielsweise in den oben zitierten Fällen? die rechtmässige Ausübung der Staatsgewalt führt dazu, dass durch Abgabe einer Salve im Tumult ein unbeteiligtes Mädchen oder durch Schiessen zwecks

---

<sup>20)</sup> Wie aber, wenn an die Strassenerstellung dem Anlieger eine Beitragspflicht auferlegt wird? Dann fordert der Gleichheitsgrundsatz, dass diese Beiträge formell (z. B. gesetzlich) nach Gleichheitsgrundsätzen für alle künftigen derartigen Fälle festgesetzt seien; die Verwaltung darf somit nicht nach einmaligem Gutfinden eine solche Beitragszahlung von irgend einem Anlieger erzwingen; es muss ein gleicher, d. h. hier gerechter Masstab für Vergleichsfälle vorhanden sein. Die Belastung ist somit objektivrechtlich zu formulieren, nicht bloss als subjektivrechtliche Verfügung.

Anhaltens des Autos der Insasse schuldlos erschossen wird. Es liegt also ein besonderer Eingriff, eine besondere Schädigung des Privatlebens vor, dessen Risiko, soweit es vermögensrechtlich messbare Folgen hat, von der Gesamtheit getragen werden soll.

Schwieriger ist der Entscheid im Fall der Verkehrsbeschränkung auf dem Gotthard. Abzustellen ist aber auch hier auf das subjektive Mass des Schadens. Kann die Hemmung des Wirtschaftsbetriebs als eine alle Wirte oder Berufe oder Einwohner gleich treffende Beschränkung angesehen werden, so ist sie eine allgemeine Belastung, für die keine Entschädigung geschuldet wird. Ist die Verkehrsbeschränkung aber eine Massnahme, welche diesen einen Wirt besonders schwer, unverhältnismässig schwer im Vergleich mit den andern Berufstreibenden, vom Verkehr abhängigen Anwohnern belastet, so liegt ein besonderer Eingriff vor, für den gerechte Entschädigung zu zahlen wäre.<sup>21)</sup>

Aus den genannten Fällen ist klar geworden, dass der vom Entscheidungsbefugten vorzunehmende Denkprozess ein Vergleich ist. Es ist die in concreto vorliegende Belastung des betreffenden Rechtssubjekts zu vergleichen mit der vorhandenen oder möglichen und gesetzlich denkbaren Belastung anderer Rechtssubjekte. Vergleichsobjekt zum Einzelnen ist die Allgemeinheit; „alle“ Schweizer sind vor dem Gesetze gleich (BV 4). Oder genauer umschrieben, der Entscheidungsbefugte hat die Belastung des Einzelnen zu vergleichen mit der Be-

---

<sup>21)</sup> Noch mehr nach subjektiven Ermessensgrundsätzen wäre zu entscheiden, wenn durch den Bau einer neuen Verkehrsstrasse die Anwohner einer nun weniger frequentierten alten Strasse, z. B. ein dort ansässiger Wirt, in ihren Interessen geschädigt würden. Eine gerechte Entschädigung könnte hier nur zugebilligt werden, sofern die Wirtschaftsfrequenz abhängig war vom erhöhten Strassenverkehr und durch dessen Verminderung nun sich als geschädigt, d. h. wesentlich vermindert feststellen lässt.

lastung derjenigen Gruppe anderer Personen, die richtigerweise gleichzubehandeln wären, das ist im Zweifel die Gesamtheit der Volksgenossen oder in speziellern Fällen etwa eine Gesamtheit von Einwohnern, von Beitragspflichtigen,<sup>22)</sup> Militärdienstpflichtigen, Berufstreibenden, Verkehrstreibenden, Produzierenden, überhaupt Schadenleidenden, unter gleichen Umständen eventuell „Betroffenen“.

Derselbe Denkprozess ist übrigens für die umgekehrte Sachlage bereits anerkannt und wird dafür angewandt; falls der Staat dem Einzelnen einen besondern Vorteil zukommen lässt, erhält der Staat hierfür ein besonderes Entgelt. Sache des gerechten Ermessens ist es auch hier, zu untersuchen, ob ein tatsächlicher Vorteil eine Bereicherung des Einzelnen im Vergleiche zur Allgemeinheit

---

<sup>22)</sup> Aber auch bei der Steuer, bei welcher die materielle Rechtfertigung (für die Verwendung im Staatshaushalt) nicht zum Voraus festgestellt werden muss, kann das Kriterium der Ungleichheit zu Schwierigkeiten führen. Es sei folgender theoretischer Fall angenommen: Die Gemeindebehörde eines armen Dorfs, in dessen Gemarkung nur ein reicher Gutsbesitzer wohnt, verlangt von diesem letztern einen dessen Leistungsfähigkeit entsprechenden Zwangsbeitrag, ohne die Leistungsfähigkeit der armen Gemeindeeinwohner zu prüfen; das widerspräche formell der Rechtsgleichheit. Wenn aber dieselbe Gemeindebehörde innert ihrer rechtsetzenden Zuständigkeit eine wirtschaftlich, d. h. materiell motivierte Steuerskala aufstellt, nach der vielleicht die armen Einwohner als unter dem Existenzminimum stehend steuerfrei bleiben, der Gutsbesitzer aber eine Steuer (in gleicher Höhe wie der genannte Zwangsbeitrag) zu entrichten hätte, so läge keine Rechtsungleichheit vor. Im Fall der Besteuerung ist somit vor allem massgebend das formale Moment der objektivrechtlichen Formulierung der Belastung. Auf die Formulierung des staatlichen Eingriffs kommt hier alles an; erfolgt die Zwangsbeitragserhebung in Form eines besonderen Eingriffs gegen eine bestimmte Person, so wäre sie nach dem Gleichheitsgrundsatz unzulässig bzw. zur Entschädigung verpflichtend; erfolgt die Erhebung in Form eines Teils einer allgemeinen Belastung (einer gleichzubehandelnden Personenkategorie), so wäre sie zulässig (ohne Entgelt).

darstelle.<sup>23)</sup> Das moderne Verwaltungsrecht nennt dies öffentlichrechtliche Vorteilsausgleichung.

Die mitunter weitgehenden Anforderungen an das Denk- und Urteilsvermögen des Entscheidungsbefugten, welche die genannte Anwendung des Entschädigungsgrundsatzes gemäss BV Art. 4 mit sich bringen würde, sind wohl das grösste Hindernis zu seiner Anerkennung durch die Gerichtspraxis. Zwar kämen als Entscheidungsbefugte in Betracht vor allem höhere Verwaltungsinstanzen, Abteilungsvorsteher und Aufsichtsbehörden, sowie die Gerichte. Aber auch diese Instanzen bevorzugen bekanntlich eine bequeme formalgesetzliche Regelung, die in klaren praktisch leicht anwendbaren Worten zu verstehen gibt, wann eine Entschädigung zu zahlen sei und wann nicht. Darum klammert sich die Praxis der Gerichts- und Verwaltungsbehörden in der Schweiz, wie auch in Deutschland, an die für sie so überaus praktische Theorie von der „Gesetzmassigkeit“ der Entschädigungspflicht und setzt sie sich über deren Mängel und Ungerechtigkeiten im Interesse der eigenen Bequemlichkeit hinweg. Nur das sächsische Obergerverwaltungsgericht hat in aner kennenswerter Weise die Otto Mayersche Billigkeitstheorie angenommen. (Fleiner, Institutionen S. 383, Anm. 23).

Ein weiterer Einwand dürfte wohl ernstlich kaum erhoben werden: dass die vielleicht vermehrten Entschädigungsverpflichtungen dem Fiskus eine zu schwere finanzielle Last würden. Erstens ist überhaupt ungewiss, ob in praxi eine wesentlich vermehrte Belastung des Staatsvermögens eintreten würde, da eine gerechte Entschädigungspraxis auch eine grössere Zurückhaltung des Staates in der Vornahme besonderer Eingriffe zur Folge haben dürfte. Dann aber sollte grundsätzlich eine Mehrbelastung des Staatsvermögens (die ja auf die Gesamt-

---

<sup>23)</sup> Über das positive Recht und die Praxis vgl. F. Fleiner: Öffentlichrechtliche Vorteilsausgleichung. Festgabe der Basler jur. Fakultät an A. Heusler, 1904, S. 92 ff.

heit der Steuerpflichtigen abgewälzt wird) da nicht gescheut werden, wo sie in erster Linie einer gerechten Ordnung und einem Interessenschutz der Einzelnen zugute kommen soll.

## V.

Es bleibt nun noch die Frage offen, wie — vor allem in unserm Bundesrecht — diese Idee der „gerechten Entschädigung für besondere Eingriffe“ praktisch verwirklicht werden kann.

Ein erster Weg wäre die Anpassung der positiven Gesetzgebung an das Postulat der Entschädigungspflicht mittelst ergänzender Gesetzesrevisionen. Es müsste dabei anschliessend an jede Zuständigkeit nmsso für eine staatliche Instanz eine positive Entschädigungsbestimmung geschaffen werden, oder es müssten doch wenigstens die staatlichen Funktionen aufgezählt (enumeriert) werden, bei deren Vornahme die Entschädigungsverpflichtung einträte. Diese enumerative Methode bliebe wohl immer unvollständig; denn (wie bereits bemerkt), wäre sie doch nie erschöpfend, — könnte sie doch nie den mannigfaltigen Möglichkeiten staatlicher Eingriffe gerecht werden. Und wenn man bedenkt, dass die notwendigen Gesetzesrevisionen erklärlicherweise stets den Anlass bieten würden zu einem politischen oder egoistischen Markten um Ausnahmen zugunsten einzelner Staatsfunktionen oder Amtsstellen, so wird man sich von diesem Modus nur unbefriedigende Verbesserungen versprechen können.

Ein anderer Weg wäre die Einführung der Entschädigungspflicht bloss durch die Praxis der Entscheidungsbefugten, d. h. der Verwaltungsbehörden, Verwaltungsgerichte und ordentlichen Gerichte, besonders des Bundesgerichts<sup>24)</sup> und des eidg. Verwaltungsgerichts, gestützt

---

<sup>24)</sup> Das Bundesgericht hat im Entscheid Grünzweig c. Eidgenossenschaft zu Unrecht erklärt, die Aufstellung eines dahingehenden Grundsatzes durch die Rechtsprechung sei unmöglich;

auf den Grundsatz der Rechtsgleichheit gemäss BV Art. 4.<sup>25)</sup> Dabei bedürfte es keiner Änderung des positiven Rechts, was zweifellos ein Vorzug dieses Verfahrens wäre. Der Gleichheitsgrundsatz würde dann prinzipiell angewandt auf alle in Betracht kommenden Fälle, nicht bloss auf die durch die Gesetzgebung aufgezählten. Die Idee der Gerechtigkeit würde nun allerdings durch eine solche Praxis weit besser verwirklicht, als durch das erstgenannte, positivistische Verfahren. Aber die blossе Praxis böte wohl auch keine genügende Rechtssicherheit für eine einheitliche Durchführung des Entschädigungsgrundsatzes, zumal diesem von Fall zu Fall die angebliche Mehrdeutigkeit oder Unbestimmtheit des Rechtsgleichheitsartikels entgegengehalten werden könnte, sodass dann tatsächlich die eine Instanz den Art. 4 auf die Entschädigungspflicht bezöge, eine andre Instanz aber diese Beziehung leugnete.

Daher wäre wohl ein dritter Weg der sicherste und erfolgreichste. Dieser bestände darin, dass die grundsätzliche Verpflichtung des Staates zur Entschädigung (Ausgleichung) besonderer Eingriffe, welche eine ungleiche Behandlung des Einzelnen darstellen, allgemein formuliert und (etwa als zweiter Absatz von Art. 4) unserer Bundesverfassung eingefügt würde. Eine allgemeine Formulierung böte an sich keine Schwierigkeit<sup>26)</sup>; schwieriger wäre die praktische Anwendung durch rechtsetzende und rechtsanwendende öffentlichrechtliche Organe. Aber sogut als die von der bundesgerichtlichen Praxis auf

---

es könne dies nur im Wege der Gesetzgebung geschehen (Praxis XI, S. 201).

<sup>25)</sup> So A. Sprecher v. Bernegg, der die Entschädigungspflicht folgerichtig Ausgleichungspflicht nennt (S. 138).

<sup>26)</sup> Schon das Allg. Landrecht für die preussischen Staaten hat eine solche Formulierung in § 75 (Einleitung), ebenso die frühere Verfassung des Königr. Württemberg (§ 95), und etwa die Verfassung des Kantons Nidwalden von 1877, Art. 43 (s. Fleiner Instit. S. 282, Anm. 20).

Art. 4 der BV gegründete Rechtsgleichheitsidee in andern Gebieten sich schon eingelebt hat, könnte sie auch in der Entschädigungsfrage festen Fuss fassen.

Anschliessend soll hier in Kürze die Frage berührt werden, ob nicht wenigstens eine Einschränkung dieses allgemeinen Grundsatzes der Entschädigungspflicht sich rechtspolitisch rechtfertigen liesse. Es liesse sich nämlich denken, dass das Interesse des Staates doch — trotz Anerkennung des dargelegten Rechtsgrundsatzes — eine Entschädigung ausschliesse, nämlich dann, wenn der Staat selbst durch die Erfüllung einer Entschädigungszahlung derart in finanzielle Not geriete, dass ihm diese Verpflichtung aus Selbsterhaltungsgründen nicht zugemutet werden dürfte, beispielsweise bei Verheerung einer Gegend durch eine kriegerische Aktion, eine schuldhaftige Brandstiftung u. dgl., — nicht aber bei den gewöhnlichen sog. Kriegsschäden.<sup>27)</sup> Die einzige zulässige Begründung dieser Ausnahme dürfte die Not des Staates selbst sein, ein eigentlicher Staatsnotstand<sup>28)</sup>, demzufolge der Staat die Tragung der Last aus staatswirtschaftlichen Gründen nicht übernehmen kann, wodurch dann allerdings die geschädigten Privaten, die vielleicht einen grösseren Bruchteil der Bevölkerung betragen, ihrerseits dem wirtschaftlichen Untergang ausgesetzt werden müssten. Diese Berufung auf eine Staatsnot sollte, als seltene Ausnahme gedacht, nur durch besondern formalen Akt zugelassen werden. Im schweizerischen Bundesrecht wäre z. B. der Bundesversammlung das Recht vorzubehalten, in einer Notlage des Staates durch besondern Bundesbeschluss die verfassungsmässige staatliche Entschädigungspflicht auszuschliessen.<sup>29)</sup>

---

<sup>27)</sup> Diese werden übrigens in Frankreich nach einem Gesetz von 1917 nun auch entschädigt werden; (vgl. Sprecher S. 20 f.).

<sup>28)</sup> Nicht „Staatsnotrecht“ im Sinne von Wolzendorff (Arch. f. öff. R. 27).

<sup>29)</sup> Das französische Recht kennt eine weitergehende Beschränkung, indem es die actes de gouvernement von der Ent-

Diese Ausführungen über die wesentlichsten Punkte, die sich beim Problem der staatlichen Entschädigungspflicht erheben, mögen hier genügen; obwohl nicht alle Punkte damit erschöpft sind. Vor allem gäbe die Art der Bemessung der Entschädigung noch Anlass zu zahlreichen Erörterungen, je nachdem man die staatliche Haftung grundsätzlich ausdehnen wollte auf eine volle Entschädigung für den ganzen durch den Eingriff verursachten subjektiven Schaden (wie im Expropriationsrecht) oder die Haftung beschränken wollte durch irgendwelche Begrenzungen (z. B. auf „erheblichen“ Schaden, auf ein objektives Schadensmass, auf Vermögensschaden usw.).

Die Mannigfaltigkeit des Fragenkomplexes, der hier darzulegen versucht wurde, erklärt schon zur Genüge die mangelhafte Ausgestaltung der heutigen praktischen Rechtsanwendung. Die theoretischen Untersuchungen haben sich bisher meist zu sehr auf bloss einzelne Punkte beschränkt und haben eine allgemeine Umfassung der wesentlichsten Momente vermissen lassen. Was aber einer Ausgestaltung im angegebenen Sinne am hinderlichsten war, das war die mangelhafte Erkenntnis der materiellen Gerechtigkeit des individuellen Entschädigungsanspruchs gegenüber dem Staate. Nur allzu leicht wurde einem gegen den Staat erhobenen Entschädigungsbegehren entgegengehalten, es beruhe auf einem Mangel an guter Untertanengesinnung oder an sittlichem Pflichtbewusstsein, während das Begehren doch einfach ein Verlangen nach gerechter Gleichbehandlung ist. Wir glauben es als eine der schönsten Aufgaben der Rechtswissenschaft zu erkennen, eine Idee, die dem Bewusstsein der Gerechtigkeit entspringt, in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung zur Geltung zu bringen. Bei der Entschädigungsfrage ist diese Aufgabe besonders schwie-

---

schädigungspflicht ausnimmt (Sprecher S. 18); dies lässt sich bloss einseitig politisch begründen.

rig, weil sie den grössten Machtträger, den Staat, in seinem machtpolitischen Ausbau bekämpft und ihn der Idee des Rechts unterstellen will, ihn eben zum „Rechtsstaat“ umgestalten will. Dem sollte sich un<sup>s</sup>er Staat nicht entziehen wollen. Ein Staat, der über sich selbst solche rechtliche Schranken gelten lässt, gewinnt in viel höherem Masse das Vertrauen seiner Angehörigen; seine Funktionen erscheinen — in welcher Form sie auch erfolgen mögen — dann nicht mehr als einseitig drückend, gewalttätig oder ungerecht. Die gesamte Rechtsstellung des Staates wird mit der Durchführung dieses Prinzips verändert und verfeinert; es gilt nicht mehr „princeps legibus solutus“, sondern der Staat (und dadurch seine Funktionäre) werden nach gerechterem Masse, als bisher, für ihre Handlungen verantwortlich.

Wenn auch der heutige Staat und seine nächstbeteiligten Vertreter sich einer solchen Bewegung vorerst widersetzen sollten, — die Wissenschaft vom Rechte darf sich in ihrem Kampf nicht entmutigen lassen, denn höher als machtpolitische und fiskalische Gründe steht ihr die ethische Idee der Gerechtigkeit.

---