

handen, daß dabei nicht auch eine dem Art. 7 des EHG von 1875 entsprechende Bestimmung Platz greifen sollte. Statt die Vorschriften des EHG zu reproduzieren oder darauf zu verweisen, lag es nahe, für den Umfang der Haftung auf das seit Erlaß des ersten Gesetzes ins Leben getretene Schadenersatzrecht des OR abzustellen, das dann in dieser Beziehung auch als Grundlage des neuen EHG von 1905 gedient hat. Und dieser Weg wurde mit dem Hinweis auf das OR in Art. 36 Abs. 1 eingeschlagen, ohne Frage in der Meinung, daß dadurch die Haftpflicht wesentlich wie bei den Eisenbahnen und jedenfalls für den Berechtigten nicht ungünstiger als dort geregelt, und insbesondere auch der gerade dem Art. 7 des EHG von 1875 nachgebildete Art. 54 des OR als anwendbar erklärt sei (s. Botschaft S. 31, Stenogr. Bül. 1900 S. 661 und 380). Es wäre in der Tat eine befremdliche Anomalie, für die keine Rechtfertigung ersichtlich ist, wenn der schon im alten EHG für besondere Fälle vorgesehene und im neuen Gesetz (Art. 8) in seinem Anwendungsgebiet noch erweiterte Ersatz des sogenannten immateriellen Schadens (Genugtuungssumme) nicht auch für die nach Grund und Zweck der Eisenbahnhaftpflicht durchaus verwandte Haftpflicht des Inhabers elektrischer Stromanlagen (gegenüber Dritten) gelten und wenn in dieser Hinsicht die letztgenannte Institution sogar hinter dem gemeinen Recht (Art. 54 OR) zurückbleiben würde. Der Ausdruck „Bemessung der Entschädigung“ darf daher nicht enge im Sinne der Festsetzung des erstattungsfähigen ökonomischen Schadens verstanden werden, sondern es ist ihm nach Entstehungsgeschichte und ratio des Gesetzes die weitere Bedeutung beizulegen, daß er sich auch auf die Genugtuungssumme nach Art. 54 OR bezieht, die nach dem System dieses Gesetzes als besondere Unterart unter den allgemeinen Schadensbegriff fällt.

6. Ist Art. 54 OR grundsätzlich anwendbar, so kann kein begründeter Zweifel sein, daß die Voraussetzungen für die Zusprache einer angemessenen Geldsumme neben dem Ersatz des erweislichen Schadens im vorliegenden Fall gegeben sind. Nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz muß mit dieser ein Verschulden des Personals der Beklagten in der Herbeiführung des Unfalles, für das die letztere nach Art. 34 Abs. 1

leg. cit. einzustehen hat, und zwar ein erhebliches, grobes Verschulden, bejaht werden. Es genügt, wenn in dieser Beziehung auf die durchaus zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen wird. Die Höhe der Genugtuungssumme ist unter Berücksichtigung aller Verhältnisse — Größe des Verschuldens der Beklagten, Schwere des Verlustes für die Eltern — auf je 1500 Fr. für jeden Elternteil zu bestimmen. Die gesamte Unfallentschädigung ist daher auf 3500 Fr. (ohne die nicht mehr streitigen Beerdigungskosten) zu erhöhen, in welchem Sinne die Hauptberufung des Klägers teilweise gutzuheißen ist.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Hauptberufung des Klägers wird dahin teilweise gutgeheißen, daß unter Abänderung des Urteils des Obergerichts Obwalden die Entschädigung, welche die Beklagte dem Kläger (außer den Beerdigungskosten von 236 Fr. 50 Cts.) zu bezahlen hat, auf 3500 Fr., nebst 5 % Zins seit 31. Oktober 1905, erhöht wird. Die Anschlußberufung der Beklagten ist abgewiesen.

V. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

72. Urteil vom 16. Oktober 1908

in Sachen **Airoldi**, Kl. u. Ber.-Kl., gegen **Erben Traglio**,
Bekl. u. Anschl.-Ber.-Kl.

Abgeurteilte Sache. Stellung des Bundesgerichts als Berufungsinstanz. Nichtidentität der einem freigesprochenen Angeklagten von Staates wegen (i. c. Art. 367 bern. StrV) zugesprochenen Entschädigung mit dem Anspruch aus Art. 50 und 55 OR gegen den Dammunzianten. — **Schuldhaft und widerrechtliche Strafanzeige? — Entschädigung aus einer solchen.**

A. Durch Urteil vom 16. Mai 1908 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern (II. Abteilung) über das Rechtsbegehren:

Der Beklagte sei schuldig und zu verurteilen, dem Kläger angemessene Entschädigung zu bezahlen; es sei die Entschädigungssumme durch das Gericht auf 3000 Fr. zu bestimmen und vom 30. August 1905 an zu 5% verzinsbar zu erklären, erkannt:

Dem Kläger ist sein Klagsbegehren zugesprochen in dem Sinne, daß die Entschädigung, welche ihm die beklagte Partei zu bezahlen hat, festgesetzt wird auf 200 Fr. nebst Zins à 5% seit 15. Juni 1906; soweit das Klagsbegehren weiter geht, ist der Kläger damit abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Zuspruch der Klage in vollem Umfange. Die Beklagten haben sich der Berufung rechtzeitig und formrichtig angeschlossen mit dem Begehren auf Abweisung der Klage. Eventuell haben die Beklagten Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 3. Dezember 1904 wurde Giovanni Battista Traglio, der Rechtsvorgänger der Beklagten, das Opfer eines von zwei unbekannten Männern verübten Mordversuches, bei welchem er 15 Messerstiche erhielt. Unmittelbar nach dem Vorfall erklärte er, die Urheber des Attentates seien zwei ihm völlig unbekannte Männer gewesen.

Im Laufe des Monats Februar 1905 machte Traglio, der längere Zeit an seinen Verletzungen darniedergelegen, einem Polizeidiener die Mitteilung, er habe einen der Täter in der Straße gesehen und denselben sofort als solchen wiedererkannt; es handelte sich dabei um den später mit dem heutigen Kläger Giuseppe Airolbi in Untersuchung gezogenen Marco Rezzonico.

Am 26. Februar 1905 fand in einer Wirtschaft eine Steigerung statt, an welcher sich nebst Traglio auch mehrere Berufsgenossen desselben einfanden. Es traten nun auch Marco Rezzonico und Giuseppe Airolbi in die Wirtschaft, worauf Traglio sich darnach erkundigte, wer sie seien. Er erhielt die Antwort, es seien Schreiner, welche bei einem gewissen Besozzi in Arbeit stünden. Am darauffolgenden Tage machte Traglio den Behörden Mitteilung, daß er in Airolbi und Rezzonico die Urheber jenes Attentates

wiedererkannt habe. Mit Airolbi konfrontiert, gab er seiner Überzeugung von der Täterschaft desselben in einer Weise Ausdruck, daß, wie die Vorinstanz erklärt, die Anwesenden nicht daran zweifeln konnten, daß er in bester Treue den Airolbi als einen der Urheber des Überfalles vom 3. Dezember 1904 betrachte.

Daraufhin wurden Airolbi und Rezzonico verhaftet, und zwar Airolbi am 27. Februar 1905. Am 15. Juli 1905 wurden beide durch Beschluß der Anklagekammer den Assisen des IV. Geschworenbezirks überwiesen unter Anklage auf Raub.

Die Assisenverhandlung fand am 8. und 9. August 1905 statt und endigte, insbesondere mit Rücksicht auf den gelungenen Alibi-beweis, mit der Freisprechung der beiden Angeklagten. Im Anschluß an dieses freisprechende Urteil erkannte die Kriminalkammer in Anwendung von Art. 365, 368 und 367 des Gesetzbuches über das Verfahren in Strafsachen:

1) Die Kosten des Verfahrens, bestimmt auf 844 Fr., werden dem Staate auferlegt.

2) Die Zivilpartei G. Traglio wird mit ihrem Entschädigungsbegehren abgewiesen und zu den Verteidigungskosten der freigesprochenen Angeschuldigten Airolbi und Rezzonico verurteilt, welche bestimmt werden für jeden derselben auf 100 Fr.

3) Einem jeden der freigesprochenen Angeschuldigten wird eine Entschädigung zugesprochen, bestimmt auf 300 Fr., auszurichten durch den Staat.

4) Der Kläger und Zivilpartei Traglio wird haftbar erklärt für die vom Staate an die freigesprochenen Angeschuldigten Airolbi und Rezzonico zu zahlenden Entschädigungen von zusammen 600 Fr.

Art. 367 StrB lautet:

„Der Angeschuldigte kann nur gegen den Staat Entschädigungsansprüche erheben.

„Die Anzeiger und Kläger, wenn sie nicht Angestellte der gerichtlichen Polizei sind, haften jedoch für die von dem Staate nach Mitgabe dieses Artikels gezahlten Entschädigungen, wenn es sich aus den Umständen ergibt, daß sie leichtsinnig oder gefährdevoll gehandelt haben.“

Gestützt auf diese Tatsachen erfolgte die vorliegende Klage mit dem oben sub A wiedergegebenen Rechtsbegehren.

2. In rechtlicher Beziehung ist vor allem zu untersuchen, ob der Beurteilung des vorliegenden Anspruches der Umstand entgegenstehe, daß dem Kläger bereits durch das Urteil der Kriminalkammer eine Entschädigung zugesprochen wurde. Zwar ist die Einrede der abgeurteilten Sache von den Beklagten vor Bundesgericht nicht mehr erhoben worden; da es sich indessen um den Grundsatz *ne bis in idem* handelt, so ist die obige Frage von Amtes wegen zu prüfen.

Dabei ist davon auszugehen, daß die Einrede der abgeurteilten Sache insofern materiellrechtlicher Natur ist, als es sich darum handelt, ob die beiden in Frage stehenden Ansprüche identisch seien und ob auch Identität der Parteien vorliege, während es dagegen allerdings eine prozeßrechtliche Frage ist, ob das Urteil, aus welchem die Einrede hergeleitet wird, in Rechtskraft erwachsen sei, oder nicht. Vergl. *US 16 S. 768* Erw. 3; *17 S. 327 f.* Erw. 2; *30 II S. 543*; *31 II S. 164 f.* Erw. 5, sowie Urteil des Bundesgerichts vom 23. Februar 1907 i. S. Sigrift und Henegger gegen Steffen. Da nun das sub 1 hievor wiedergegebene Urteil der Kriminalkammer feststehendermaßen in Rechtskraft erwachsen ist, so handelt es sich bei der Einrede der abgeurteilten Sache im vorliegenden Falle nur um obige beiden materiellrechtlichen Fragen (betreffend Identität des Anspruches und betreffend Identität der Parteien). Und da derjenige Anspruch, welchem die Einrede der abgeurteilten Sache entgegengestellt wurde, ein solcher des eidgenössischen Rechtes ist, so ist das Bundesgericht zur Prüfung jener beiden Fragen kompetent.

Was nun zunächst die Identität des Anspruches betrifft, so beruht der heute erhobene Anspruch auf Art. 50 und 55 OR, der im Urteil der Kriminalkammer behandelte dagegen auf Art. 367 Abs. 1 der kantonalen Strafprozeßordnung. Diese beiden Normen sind nicht nur äußerlich, sondern auch ihrer innern Natur nach verschieden. Denn während Art. 50 und 55 OR stets ein Verschulden der in Anspruch genommenen Person voraussetzen, ist in obiger Bestimmung der bernischen Strafprozeßordnung von Verschulden nicht die Rede; aus Abs. 2 desselben Artikels ist sogar ersichtlich, daß der Staat auch dann haftet, wenn die gegen einen Unschuldigen vorgenommene Strafuntersuchung nicht auf ein Verschulden der staatlichen Organe, sondern auf ein Verschulden des

Anzeigers oder Straßflägers zurückzuführen ist. Handelt es sich also bei der in Art. 367 Abs. 1 StrB vorgesehenen Haftung des Staates nicht um eine Haftung aus Verschulden, so liegt hier offenbar nicht nur eine „abweichende Vorschrift“ im Sinne von Art. 64 OR vor, sondern vielmehr die Regelung eines öffentlich-rechtlichen Anspruches.

Wie dem jedoch sei, jedenfalls kann von *res judicata* im vorliegenden Falle schon deshalb nicht gesprochen werden, weil durch das Urteil der Kriminalkammer nur dem Staat eine Entschädigungspflicht auferlegt wurde, der heute streitige Anspruch aber gegen die Erben des Anzeigers oder Straßflägers gerichtet ist, sodaß es also auf alle Fälle an dem Erfordernis der Identität der Parteien fehlt. Ist somit jener im Urteil der Kriminalkammer enthaltene Anspruch einer Entschädigung von 300 Fr. kein Grund, auf die Beurteilung des vorliegenden Anspruches nicht einzutreten, so wird dagegen allerdings gegebenen Falles bei der Bemessung der dem Kläger noch zuzusprechenden Summe der ihm bereits früher zugesprochene Betrag zu berücksichtigen sein; denn wenn gleich der heute geltend gemachte und jener frühere Anspruch rechtlich verschiedener Natur sind, so ist ihr Gegenstand doch der Ertrag eines und desselben Schadens; mehr als dieser Schaden beträgt, darf aber im ganzen nicht zugesprochen werden.

3. In der Sache selbst ist zunächst als feststehend zu betrachten, daß der heutige Kläger an dem gegen den Rechtsvorgänger der Beklagten verübten Attentate unbeteiligt war; denn abgesehen davon, daß die Beklagten selber eine gegenteilige Behauptung im vorwürfigen Zivilprozeß nicht aufgestellt haben, liegt in dieser Beziehung eine nichts weniger als aktenwidrige tatsächliche Feststellung des kantonalen Richters vor.

Steht somit die Unschuld des Klägers an dem ihm f. Z. von Traglio zur Last gelegten Verbrechen fest, so fragt es sich nun, ob jene Anklage dem Rechtsvorgänger der Beklagten zum Verschulden anzurechnen sei, d. h. ob Traglio nach den Umständen, unter welchen er die Anzeige erstattete, hinreichenden Grund für sein Vorgehen hatte, ob er gewußt habe oder bei der ihm zuzumutenden Aufmerksamkeit und Überlegung habe wissen müssen, daß seine Behauptungen unrichtig seien.

4. In dieser Beziehung ist nun mit der Vorinstanz vorerst als

auffallend zu bezeichnen, daß Traglio anfänglich erklärt hatte, die beiden Urheber des Raubmordversuches seien ihm völlig unbekannt, während er seit der am 27. Februar 1905 erfolgten Konfrontation mit Mirolbi darauf beharrte, dieser und Rezzonico seien die Täter gewesen, und am 3. März 1905 sogar erklärte, er habe sofort den einen sowohl als den andern als Arbeiter erkannt, die er etwa zwei Jahre vorher bei Besozzi gesehen habe. Auffallend ist auch die Verschiedenheit der Gründe, welche Traglio für dieses widerspruchsvolle Verhalten angab: das eine Mal behauptete er, es sei ihm erst lange nach der Tat wieder in den Sinn gekommen, daß er die beiden früher bei Besozzi gesehen; das andere Mal aber erklärte er, er habe die Täter zwar bereits erkannt, als kurz nach dem Attentat Polizeidiener sich bei ihm einfanden, habe aber nichts gesagt, weil er glaubte, die beiden seien schon längst aus dem Bereiche der Justiz. Auffällig ist sodann auch das Benehmen Traglios in dem Momente, wo er, wie er nachher behauptete, Mirolbi und Rezzonico wiedererkannte; höchst auffällig endlich der Umstand, daß Traglio sich bei dem Signalement der beiden beständig in Widersprüche verwickelte. Wenn auch mit der Vorinstanz anzunehmen ist, daß die Handlungsweise Traglios insofern keine dolose war, als ihm die Absicht ferne lag, Unschuldige auf die Anklagebank zu bringen, so ist doch die Vermutung nicht von vorneherein zurückzuweisen, daß Traglio, nachdem er einmal glaubte, es mit den wirklichen Tätern zu tun zu haben, in seiner Leidenschaft sich dazu hinreißen ließ, über einzelne Punkte sogar subjektiv unwahre Angaben zu machen, wie denn auch die Vorinstanz konstatiert, daß Traglio während der Assisenverhandlung „nicht einmal überall bei der Wahrheit“ blieb, sodaß sich der Assisenpräsident zu einer bezüglichen Bemerkung veranlaßt sah. Im übrigen beruht die Ansicht der Vorinstanz, daß Traglio fahrlässig gehandelt habe, auf einem umfangreichen und sorgfältig zusammengestellten Beweismaterial, insbesondere auf den Zeugenaussagen zahlreicher Magistrate und Beamten, welche das Verhalten Traglios während des Assisenprozesses sowohl als während der Voruntersuchung aus unmittelbarer Nähe zu beobachten Gelegenheit hatten. Es macht daher das von der Vorinstanz auf Grund dieses Prozeßstoffes gewonnene Resultat einen durchaus überzeugenden Eindruck.

5. Aus dem gesagten ergibt sich, daß die Beklagten als Rechtsnachfolger Traglios dem Kläger gegenüber für den demselben zugefügten moralischen und materiellen Schaden aufzukommen haben. Dabei ist, entgegen einer Bemerkung in der Berufungsschrift des Klägers, als Schadensfaktor der Umstand auszuschalten, daß sich Traglio im Strafprozeß als Zivilpartei konstituiert hatte. Nicht nur lag hierin keine unerlaubte Handlung, wie der Kläger annimmt, sondern es sind die Folgen dieses prozessualen Verhaltens durch Zuspruch einer Entschädigung für die Verteidigungskosten Mirolbis bereits ausgeglichen.

Was zunächst den materiellen Schaden betrifft, so ist derselbe von der Vorinstanz mit Recht auf den mutmaßlichen Verdienstausschlag des Klägers während der Dauer der Untersuchungshaft, unter Abzug eines mäßigen Betrages (70 Cts. per Tag) für Verpflegung festgestellt worden. Klägerischerseits ist diese Rechnung mit der Motivierung angefochten worden, es habe der mit der Feststellung des Verdienstausschlages betraute Experte bei der Ermittlung des durchschnittlichen Verdienstes des Klägers die Sonn- und Festtage abzugiehen unterlassen. Allein hierin könnte nur dann ein Fehler erblickt werden, wenn anderseits bei der Berechnung der Anzahl Tage, für welche dem Kläger eine Entschädigung für Verdienstausschlag gebührt, die Sonn- und Festtage in Abzug gebracht worden wären; dies ist jedoch nicht der Fall. Der Kläger hat sodann geltend gemacht, es hätte nicht der mutmaßliche, sondern der mögliche Verdienstausschlag vergütet werden sollen, maß es hätte nicht darauf Rücksicht genommen werden sollen, daß der Kläger tatsächlich bei weitem nicht alle Werttage zur Arbeit zu benützen pflegte; denn es gebühre dem Kläger auch für den Entzug der Freiheit an den Tagen, an denen er nicht gearbeitet hätte, eine Entschädigung. Demgegenüber ist zu bemerken, daß das letztere Moment, der Freiheitsentzug, für sich genommen, bei der Entschädigung für tort moral zu berücksichtigen sein wird. Endlich ist, sowohl was die beiden erwähnten, als auch was die übrigen Ausführungen des Klägers am Gutachten des Experten betrifft, darauf hinzuweisen, daß, wie sich aus den Akten ergibt, die Parteien am 11. Juni 1907, nachdem sie den Expertenbericht eingesehen hatten, übereinstimmend erklärt haben, es werde dieser Bericht genehmigt, obschon er im einseitigen Auftrag der einen

Partei (übrigens des Klägers) und ohne Beziehung der andern Partei abgefaßt worden sei.

Bei dieser Sachlage ist mit der Vorinstanz der dem Kläger erwachsene materielle Schaden auf 391 Fr. zu beziffern.

6. Was die Entschädigung für tort moral betrifft, so ist, wie bereits angedeutet, hier die vom Kläger erlittene mehr als fünfmonatliche Untersuchungshaft insofern zu berücksichtigen, als sie für den Kläger, außer dem durch sie bewirkten Verdienstausfall, auch noch eine bedeutende moralische Schädigung zur Folge hatte. Mußte der Kläger diese Haft schon an sich, als Freiheitsentzug, schmerzhaft empfinden, so gestaltete sich dieselbe deshalb zu einer ganz besonders ernstlichen Verletzung seiner persönlichen Verhältnisse, weil sie mit der Anklage auf Raubmordversuch verbunden war und der Kläger also vor aller Welt als ein gemeiner und gefährlicher Verbrecher hingestellt wurde. Wenn auch in der Folge dem Kläger der Beweis seiner Unschuld gelang, so bleibt er doch nach dem Erfahrungssatz *semper aliquid haeret* zeitlebens moralisch geschädigt, dies um so mehr, als die wahren Urheber jenes Attentates bis heute noch nicht entdeckt werden konnten. Was aber den seelischen Schmerz betrifft, welchen der Kläger während des Strafverfahrens empfunden haben muß, so darf derselbe namentlich auch deshalb nicht unterschätzt werden, weil, wie die Vorinstanz feststellt, dem Kläger der Alibi Beweis, ohne den er bei den so überaus belastenden Aussagen Traglos möglicherweise trotz seiner faktischen Unschuld verurteilt worden wäre, erst in einem relativ späten Stadium des Prozesses gelang, sodaß der Kläger also offenbar längere Zeit von dem Gedanken gequält sein mußte, unschuldig verurteilt zu werden.

Liegt somit hier eine der denkbar größten moralischen Schädigungen vor, so ist anderseits allerdings auch der Zustand der Erregung zu berücksichtigen, in welchem sich Traglo nach dem auf ihn verübten Mordversuch befunden haben muß, ganz abgesehen davon, daß er durch die erhaltenen 15 Messerstiche möglicherweise nicht nur körperlich, sondern auch geistig geschwächt worden war. Dagegen darf bei der Bemessung der Entschädigung nicht darauf abgestellt werden, daß der Kläger infolge seines etwas leichten Charakters für die ihm zugefügte Unbill offenbar weniger

empfindlich gewesen sei. Solche Erwägungen können allenfalls bei geringen Ehrverletzungen gerechtfertigt sein; wo aber, wie hier, ein Unschuldiger des Raubmordversuches, also eines der schwersten Verbrechen, die es überhaupt gibt, beschuldigt und unter dieser Anschuldigung monatelang in Untersuchungshaft gehalten und dann den Affsen überwiesen wurde, da ist das empfundene seelische Leid derart groß, daß es nicht zulässig erscheint, die Entschädigung mit Rücksicht auf allfällige Charakterfehler des Opfers zu kürzen.

Nun hat die Vorinstanz allerdings erklärt, sie betrachte die moralischen Defekte des Klägers als nicht geeignet, die ihm zugefügte Unbill in einem wesentlich milderen Lichte erscheinen zu lassen. Trotzdem hat sie aber dem Kläger zu den früher erhaltenen 300 Fr. nur noch 200 Fr. als Entschädigung zuerkannt, sodaß der Kläger insgesamt nicht mehr als 500 Fr. erhalten würde, und also, da der materielle Schaden 391 Fr. beträgt, für tort moral nur 109 Fr. Daß dies eine mit der erlittenen Unbill in gar keinem Verhältnis stehende Entschädigung ist, bedarf keiner weiteren Ausführung. Selbst in Fällen, in welchen eine Anschuldigung keine Untersuchungshaft zur Folge hatte, wurden bis jetzt stets, sofern es sich, wie hier, um Anschuldigungen wegen eines angeblich verübten Verbrechens handelte, bedeutend höhere Entschädigungen zugesprochen. Die im vorliegenden Falle zuerkannte Entschädigung ist daher beträchtlich zu erhöhen, und zwar erscheint es als angemessen, die dem Kläger noch (d. h. über die bereits erhaltenen 300 Fr. hinaus) zu bezahlende Entschädigung auf insgesamt (inklusive materiellen Schaden) 800 Fr. festzusetzen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

In teilweiser Gutheißung der Hauptberufung und in Abweisung der Anschlußberufung wird das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern (II. Abteilung) vom 16. Mai 1908 dahin abgeändert, daß die dem Kläger von den Beklagten noch zu bezahlende Entschädigung auf 800 Fr. festgesetzt wird.