

1. Verwaltungsgericht

2270

Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe. Primäre Beamtenhaftung und lediglich Ausfallhaftung der Gemeinde; ohne Ausführungsgesetzgebung zu Art. 70 der Kantonsverfassung ist eine primäre Haftung der Gemeinde ausgeschlossen.

Mit einer Klage gegen die Gemeinde H. wurde geltend gemacht, im Rahmen einer Beistandschaft seien haftungsbegründende Handlungen bzw. Unterlassungen die Ursache für einen im Vermögen einer Verbeiständeten entstandenen Schaden. In Kenntnis der Konkurrenz zwischen der primären Beamtenhaftung nach Art. 426 ff. ZGB (SR 210) und Art. 70 des kantonalen EG zum ZGB (bGS 211.1) und der primären Haftung des Gemeinwesens nach Art. 70 der 1995 in Kraft getretenen neuen Kantonsverfassung (KV; bGS 111.1) hielten die Kläger dafür, dass es ihnen zustehe, ihre Ansprüche ausschliesslich gestützt auf die zweite Haftungsgrundlage direkt gegen die Gemeinde geltend zu machen. Die Kläger verzichteten deshalb von Anfang an darauf, den Schaden gegen den Beistand oder die Mitglieder der Vormundschaftskommission geltend zu machen.

Aus den Erwägungen:

1. [...] Das Verwaltungsgericht beurteilt insbesondere vermögensrechtliche Streitigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur im Klageverfahren (Art. 57 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, VRPG; bGS 143.1). Soweit eine Haftung nach Art. 70 KV und Art. 262 ff. EG zum ZGB in Frage steht, ist die öffentlich-rechtliche Natur dieser kantonalen Bestimmungen offenkundig und die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes zu bejahen. Soweit als Haftungsgrundlage Art. 426 ff. ZGB und die zu

Art. 427 Abs. 2 ZGB erlassene Ausführungsbestimmung in Art. 70 EG zum ZGB in Betracht zu ziehen ist, wird diese bundesrechtlich begründete Haftungsordnung von der Lehre ebenfalls dem öffentlichen Recht zugerechnet (vgl. *Forni/Piatti*, Basler Kommentar ZGB I, Basel 2006, N 6 zu Art. 426-429, mit weiteren Hinweisen). In seiner bisherigen Rechtsprechung hat das Verwaltungsgericht die öffentlich-rechtliche Natur und damit seine Zuständigkeit bereits auch für Schadenersatzklagen nach Art. 955 ZGB bejaht (Haftung aus Grundbuchführung, vgl. AR GVP 16/2004, Nr. 2245). Es hielt dafür, dass die früher dem Verwaltungsgericht bereits ausdrücklich gegebene Zuständigkeit, über Verantwortlichkeits- und Regressansprüche aus öffentlichem Recht im Klageverfahren zu entscheiden, nach dem Willen des Gesetzgebers auch im Rahmen von Art. 57 Abs. 1 lit. a VRPG weiterhin gegeben sei. Es sind auch vorliegend keine Gründe dargetan oder ersichtlich, welche die Haftung für eine Amtshandlung eines Vormundschaftsorgans einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft im Lichte dieser Rechtsprechung nicht auch als vermögensrechtliche Streitigkeit öffentlich-rechtlicher Natur im Sinne von Art. 57 Abs. 1 lit. a VRPG erscheinen lassen. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes für die anhängig gemachte Klage ist somit ohne Einschränkung zu bejahen, zumal die Anfechtbarkeit seines Urteils beim Bundesgericht auch im Rahmen des am 1.1.2007 in Kraft getretenen Art. 72 Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) weiterhin gewährleistet ist (vgl. *Forni/Piatti*, a.a.O., N 13 zu Art. 426-429; *J. Gross*, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Bern 2001, S. 26).

Die Erhebung einer verwaltungsgerichtlichen Klage ist nicht an eine Frist gebunden. Da die Klage schriftlich, aber ohne vorgängige Vermittlung erhoben wurde, genügt sie den Anforderungen in Art. 58 Abs. 1 VRPG. Dass der behauptete Schadenersatzanspruch auf dem Beschwerdeweg geltend gemacht werden könnte, ist zu verneinen, nachdem seitens der Gemeinde H. keine anfechtbare Verfügung ergangen ist, die Gemeinde durch die angerufenen Bestimmungen auch nicht zum Erlass einer Verfügung verpflichtet ist und sich auch aus dem Gemeindegesetz (GG; bGS 151.1) weder eine Haftungsgrundlage noch eine Pflicht zum Erlass einer Schadenersatzverfügung ergibt. Die formgerecht eingereichte Klage erweist sich grundsätzlich als zulässig, weshalb darauf einzutreten ist.

2. Art. 32 Abs. 1 VRPG ist auf das Rekurs- bzw. Anfechtungsverfahren zugeschnitten, und setzt in der Regel eine Beteiligung an einem vorinstanzlichen Verwaltungsverfahren voraus. Da ein solches dem verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren typischerweise nicht vorangeht, und nach Art. 430 Abs. 2 ZGB auch nicht vorausgehen darf, ist diese Bestimmung vorliegend trotz des Verweises in Art. 59 VRPG nicht anwendbar. Im Bereich der verwaltungsgerichtlichen Klage wird deshalb die Berechtigung zur Beurteilung eines Rechtsbegehrens regelmässig analog den Bestimmungen in der kantonalen Zivilprozessordnung (ZPO; bGS 231.1) und somit gestützt auf die Begriffe der Sachlegitimation bzw. der Aktiv- und Passivlegitimation geprüft. Darunter wird die Berechtigung verstanden, einerseits das eingeklagte Recht oder Rechtsverhältnis als Kläger in eigenem Namen geltend zu machen (Aktivlegitimation) und anderseits, diesen Anspruch dem Beklagten gegenüber geltend zu machen (Passivlegitimation des Beklagten). Wer als Kläger bzw. Beklagter auftreten muss, damit eine Klage durchdringen kann, ist demnach eine Frage des materiellen Rechts. Fehlt dem Kläger die Aktivlegitimation oder dem Beklagten die Passivlegitimation, so ist die Klage abzuweisen (vgl. dazu auch AR GVP18/2006, Nr. 2268, E. 2 mit Hinweisen). Zwischen den Parteien ist umstritten, ob die Aktivlegitimation der Kläger und insbesondere die Passivlegitimation der Beklagten gegeben sind.

2.1(Die Aktivlegitimation der Kläger wird bejaht).

2.2Die beklagte Gemeinde bestritt ihre Passivlegitimation vorab damit, dass durch Art. 426-429 ZGB seit jeher eine einheitliche Haftung der Vormundschaftsorgane nach Bundesrecht bestehe, weshalb hier - anders als bei der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (Art. 429a ZGB) - nicht erst in jüngster Zeit eine einheitliche Lösung habe geschaffen werden müssen. Hier wie dort bestehe nun jedoch kein Raum für eine abweichende kantonale Sonderregelung, wie sie die Kläger aus Art. 70 KV und Art. 226 EG zum ZGB auch für den Bereich der Vormundschaftsorgane abzuleiten suchten.

2.3Nach Art. 426 ZGB haften der Vormund und auch der Beistand (in Verbindung mit Art. 367 Abs. 3 ZGB) für den Schaden, den sie absichtlich oder fahrlässig verursachen. Geregelt ist dadurch primär das Haftungsverhältnis zwischen diesen vormundschaftlichen Organen bzw. dem Staat und dem geschädigten Mündel oder unmittelbar geschädigten Angehörigen. Relevant sind nur Handlungen

in Ausübung der amtlichen Funktionen gemäss Vormundschaftsrecht; die Pflichtverletzung bei der Erfüllung zusätzlicher, durch das kantonale Recht zugewiesener Funktionen unterliegt dem kantonalen Verantwortlichkeitsrecht. Die Haftung der vormundschaftlichen Organe ist somit eine primäre Beamtenhaftung, obwohl diese privatrechtlich geregelt ist (vgl., auch zum Folgenden: J. Gross, a.a.O., S. 24 ff.). Es gilt das Prinzip der stufenweisen Haftung (sog. Kaskadenhaftung). Die Vormundschaftsbehörde kann somit nur ins Recht gefasst werden, soweit der Vormund oder Beistand erfolglos belangt bzw. ein zugesprochener Schadenersatz nicht oder nicht voll erhältlich gemacht werden kann. Gegen direkt (Vormund, Beistand) und subsidiär haftende Organe (Vormundschaftsbehörde, Aufsichtsbehörde) kann zwar gleichzeitig Klage erhoben werden, aber dies ändert am Grundsatz der subsidiären Haftung nichts (*Forni/Piatti*, a.a.O., N 8 zu Art. 426-429). Art. 427 Abs. 2 ZGB erlaubt den Kantonen vorzusehen, dass ihre eigene Haftung subsidiär ist zu derjenigen der Gemeinde; hingegen können sich die Kantone der Vorschrift des Art. 427 Abs. 1 ZGB für die Haftung der Mitglieder der Aufsichtsbehörde nicht entziehen (diese Auffassung vertritt insbesondere auch D. Piotet, in: Schweizerisches Privatrecht, I/2, Basel 2001, N 465). Von dieser Möglichkeit hat mit Art. 70 EG zum ZGB auch der Kanton Appenzell Ausserrhoden Gebrauch gemacht, und er lässt demnach vorerst die beteiligte Gemeinde und erst dahinter den Kanton haften. Der Kanton bzw. die von ihm bezeichneten Gemeinden haben (nur) für den Schaden einzustehen, der von den primär und endgültig (durch Urteil, Anerkennung oder Vergleich) haftenden vormundschaftlichen Organen nicht gedeckt wurde (sog. Ausfallhaftung nach Art. 427 ZGB; vgl. *Forni/Piatti*, a.a.O., N 10 zu Art. 426-429).

Ob und inwieweit diese für den Bereich der Vormundschaft geschaffene bundesrechtliche Kaskaden- und Ausfallhaftung einzig eine Minimallösung darstellt, welche die Kantone zugunsten der von vormundschaftlichen Massnahmen Betroffenen abändern können, ist in der Lehre umstritten. Jost Gross vertritt die Auffassung (Basler Kommentar, ZGB I, 2. Aufl., N 3 zu Art. 426-429 ZGB), das ZGB enthalte eine abschliessende Haftungsregelung, weshalb die kantonalen Bestimmungen des öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeitsrechts nicht, bzw. nur innerhalb der nach Bundesrecht subsidiären Ausfallhaftung des Gemeinwesens zur

Anwendung kommen können. Die Kollisionsnorm in Art. 61 OR sei somit irrelevant. Der Anwendungsbereich der Staatshaftung bezieht sich demnach nur auf den ungedeckten Schaden, der im Einzelfall nach der Stufenfolge der Haftungsordnung nicht beim Vormund (oder Beistand), bei der Vormundschaftsbehörde oder bei der Aufsichtsbehörde erhältlich zu machen sei.

Die gegenteilige Position vertritt D. Piotet (Schweizerisches Privatrecht I/2, Basel 2001, N. 465/66). Demnach bewegen sich die Kantone innerhalb ihrer ursprünglichen Kompetenzen, wenn sie, unabhängig von der bundesrechtlichen Haftung, die Anwendung ihrer eigenen, für den Mündel vorteilhafteren Bestimmungen vorschreiben. Demnach kann der Kanton anstelle der primären Beamtenhaftung (nach Art. 428 und 429 ZGB) für rechtswidrige Handlungen direkt die öffentlich-rechtliche Körperschaft haften lassen. Allerdings sind auch nach diesem Autor kantonale Vorschriften, welche jedes direkte Vorgehen gegen einen Beamten der öffentlich-rechtlichen Körperschaft untersagen, nur unter restriktiven Voraussetzungen möglich; demnach muss die kantonale öffentliche Haftung mindestens die gleichen Garantien gewähren wie das Bundesprivatrecht.

Welche dieser Lehrmeinungen tatsächlich die Rechtslage wiedergibt, kann offen bleiben, weil sich im Folgenden ergibt, dass der kantonale Verfassungs- und Gesetzgeber mit Art. 70 KV jedenfalls für den Vormundschaftsbereich ohnehin keine direkt anwendbare, die kantonale Haftungsordnung nach Art. 70 EG zum ZGB (zu Art. 426-429 ZGB) derogierende Ersatzordnung geschaffen hat.

3. Nach Art. 70 Abs. 1 KV haften der Kanton und die anderen Körperschaften, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, für den Schaden, den ihre Organe bei der Ausübung ihrer hoheitlichen Tätigkeit widerrechtlich verursachen. Bei diesen Körperschaften handelt es sich insbesondere um die Gemeinden, welche nebst dem Kanton mit einer öffentlichen Aufgabe betraut sein können (vgl. *J. Schoch*, Leitfaden durch die Ausserrhodische Kantonsverfassung, Herisau 1996, S. 121). Soweit die Kläger nun direkt aus Art. 70 KV, bzw. in Verbindung mit Art. 262 EG zum ZGB eine Verantwortlichkeit der Gemeinde H. ableiten, übersehen sie zweierlei: Dadurch, dass Art. 70 Abs. 1 KV nebst der Haftung des Kantons ohne weiteres auch die öffentlich-rechtlichen Körperschaften und insbesondere die Gemeinden primär haften lässt, lässt sich aus dieser Bestimmung

allein nicht ableiten, wer ganz, teilweise oder subsidiär haften soll, wenn eine öffentliche Aufgabe teils durch die Gemeinden und teils durch den Kanton wahrgenommen wird. Dass im Vormundschaftsrecht eine solche Konkurrenz zwischen den von den Gemeinden eingesetzten Vormundschaftsorganen (Vormund bzw. Beistand, Vormundschaftskommission, Gemeinderat als erste Aufsichtsbehörde) und dem Kanton besteht, ergibt sich daraus, dass der Regierungsrat nach Art. 55 EG zum ZGB (in der nach wie vor geltenden Fassung vom 25. April 1993, mit If-Nr. 433) als zweite Aufsichtsbehörde eingesetzt ist. Dazu kommt haftungsrechtlich, dass sich auch nach Auffassung von *Piotet* die Kantone im Rahmen von Art. 427 ZGB ihrer Haftung für die Mitglieder der Aufsichtsbehörde nicht entziehen können (vgl. *D. Piotet*, a.a.O., N 465 und Fn 280, mit der in diesem Punkt offenbar einhelligen Lehre). Weil im Vormundschaftsrecht demnach nebst den Organen der Gemeinden bundesrechtlich auch der Kanton zumindest für seine Aufsichtsbehörde immer auch haftbar bleiben muss, steht fest, dass Art. 70 KV jedenfalls im Vormundschaftsbereich den von den Klägern behaupteten Systemwechsel hin zu einer primären Staatshaftung nicht ohne eine kantonale Ausführungsgesetzgebung hat bewirken können. Dass der Verfassungsgeber selber von der Notwendigkeit einer solchen Ausführungsgesetzgebung ausgegangen ist, ergibt sich im Übrigen auch aus Art. 73 Abs. 3 KV, wonach das Gesetz die Haftung der Behördenmitglieder und Angestellten gegenüber dem Kanton und den anderen Körperschaften (Gemeinden) zu regeln hat. Eine auf diese Ausgangslage und das Vormundschaftsrecht zugeschnittene Ausführungsgesetzgebung zur Einführung einer primären Staatshaftung wurde indessen bis heute nicht erlassen. Stattdessen blieb Art. 70 EG zum ZGB als noch auf die primäre Beamtenhaftung zugeschnittene *lex specialis* zu Art. 262 ff. EG zum ZGB bis heute in Kraft und ist für den Vormundschaftsbereich nach wie vor die massgebende Haftungsgrundlage. Daran hat auch das für die Einführung einer primären Haftung des Gemeinwesens prädestinierte Gemeindegesetz nichts geändert. Dieses Gesetz wurde zwar im Gefolge der neuen Kantonsverfassung erlassen, um die Grundzüge der Gemeindeorganisation zu regeln (Art. 107 KV), aber die für eine primäre Haftung der Gemeinde erforderliche gesetzliche Grundlage wurde auch damit nicht geschaffen; weder allgemein noch spezifisch für das Vormundschaftsrecht und die dort von

Bundesrechts wegen gegebene Haftungskonkurrenz zwischen den Organen der Gemeinde und dem Aufsichtsorgan des Kantons. Soweit die Kläger davon ausgehen, es sei die primäre Haftung des Gemeinwesens nach Art. 262 ff. EG zum ZGB in Verbindung mit Art. 70 KV nun einfach an Stelle von Art. 70 EG zum ZGB auch im Vormundschaftsbereich anwendbar geworden, so übersehen sie, dass sich namentlich Art. 266 EG zum ZGB, welcher die Haftung mehrerer Behörden teils durch eine solidarische Haftung und teils durch eine verschuldensabhängige Teilhaftung regelt, nicht mit der auch von Piotet anerkannten bundesrechtlichen Vorgabe in Art. 427 ZGB verträgt, wonach der Kanton sich für seine Aufsichtsorgane unter keinen Umständen seiner Haftung entledigen kann. Daran ändert auch der in Art. 267 EG zum ZGB enthaltene Vorbehalt zugunsten des Bundesrechts nichts. Denn wäre Art. 70 EG zum ZGB nicht länger anwendbar, bliebe offen, ob der Kanton nebst der bundesrechtlich gegebenen Haftung für seine Aufsichtsorgane weiterhin nur subsidiär zu den Gemeinden haften soll. Das heisst, die diesbezüglich lückenhaften Bestimmungen in Art. 262 ff. EG zum ZGB sind ohne erneuten gesetzgeberischen Akt nicht geeignet, anstelle der in Art. 70 EG zum ZGB für das Vormundschaftsrecht bestehenden *lex specialis* den Übergang zu einer primären, aber weiterhin konkurrierenden Staats- und Gemeindehaftung zu regeln. Der mit der neuen Kantonsverfassung grundsätzlich angestrebte Wechsel hin zu einer primären Staats- oder Gemeindehaftung lässt sich jedenfalls für den Bereich des Vormundschaftsrechts nicht durch eine blosser Neuauslegung des geltenden EG zum ZGB herbeiführen, sondern es bedürfte dafür vorerst einer Anpassung des kantonalen EG zum ZGB. Weil eine ausschliessliche Haftung der Gemeinde, wie sie den Klägern offenbar vorzuschweben scheint, im Vormundschaftsrecht mit Art. 427 ZGB nicht zu vereinbaren wäre, hätte der Gesetzgeber in einer Ausführungsgesetzgebung die politisch heikle Frage zu beantworten, ob und in welchem Umfang der Kanton nebst der Haftung für die hoheitliche Tätigkeit seiner Aufsichtsbehörde auch für die hoheitliche Tätigkeit der Vormundschaftsorgane der Gemeinden primär haften soll oder nicht. Ob der Gesetzgeber die finanziellen Folgen beim Ersatz der primären Beamtenhaftung durch eine primäre Staats- und Gemeindehaftung ganz oder überwiegend die Gemeinden tragen lassen will, ist eine politische Wertungsfrage, die sich weder durch Auslegung der neuen Kantonsverfassung noch des geltenden

EG zum ZGB beantworten lässt, sondern zwingend im Rahmen einer kantonalen Ausführungsgesetzgebung zu beantworten wäre. Da es an einer solchen Ausführungsgesetzgebung fehlt, steht fest, dass die Klägerin weder direkt gestützt auf Art. 70 KV noch allein gestützt auf Art. 262 ff. EG zum ZGB berechtigt sein kann, primär und ausschliesslich die Gemeinde H. für den geltend gemachten Schaden zu belangen. Sollte der betreffende Beistand bei der Vermögensverwaltung tatsächlich und widerrechtlich den geltend gemachten Schaden verursacht haben, so bleibt es nach dem Gesagten dabei, dass die Kläger sich nur für einen bei diesem primär haftenden Vormundschaftsorgan nicht erhältlich zu machenden Ausfall an die Gemeinde halten kann. Ohne eine entsprechende Ausführungsgesetzgebung bleibt es nach Art. 70 EG zum ZGB dabei, dass die Kläger die Gemeinde H. derzeit nicht belangen können, da sie es bislang unterlassen haben, den betreffenden Beistand persönlich in Anspruch zu nehmen. Dass die persönliche Inanspruchnahme der Vormundschaftsorgane vorliegend, soweit ersichtlich, infolge Verjährung scheitern dürfte, ändert nichts daran, dass im Vormundschaftsrecht das kantonale Recht nach wie vor eine Inanspruchnahme der Gemeinde erst erlaubt, wenn ein allfälliger Ausfall durch Urteil, Anerkennung oder Vergleich rechtskräftig erstellt ist. Nachdem die Kläger auf eine persönliche Inanspruchnahme des betreffenden Beistandes bislang ausdrücklich verzichtet haben, muss ihre Klage zumindest derzeit mangels Passivlegitimation der Gemeinde H. abgewiesen werden.

Bei diesem Ergebnis kann, wie eingangs erwähnt, offen bleiben, ob und inwieweit der Kanton über seine Haftung für die Aufsichtsbehörde hinaus nach Bundesrecht überhaupt befugt ist, im Vormundschaftsrecht die primäre Beamtenhaftung ganz oder teilweise durch eine primäre Staats- oder/und Gemeindehaftung zu ersetzen. Die Klage ist gestützt auf die nach wie vor massgebende kantonale Bestimmung in Art. 70 EG zum ZGB mangels Passivlegitimation der beklagten Gemeinde abzuweisen.

VGer 26.09.2007