

in Aufhebung des Urteils des solothurnischen Obergerichtes vom 29. Mai 1906; —

erkannt:

Die Ehe der Litiganten wird in Anwendung des Art. 47 ZGB des gänzlichen geschieden.

II. Obligationenrecht. — Code des obligations.

60. Urteil vom 6. Juli 1906

in Sachen **Huber und Genossen**, Bekl. u. Ver.=Kl., gegen
Staat Zürich, Kl. u. Ver.=Bekl.

Amtsbürgschaft. — 1. Aufsichtspflicht des Amtsherrn. — 2. Novation der Bürgschaft beim Eintritt neuer Bürgen? Verzicht? Expromission? Art. 142 Ziff. 2 OR. — 3. Umfang der Bürgschaft bei Neueintritt von Bürgen während der Amtsperiode des Beamten, für den gebürgt wird; Auslegung der Bürgschaftsurkunde.

A. Durch Urteil vom 21. Februar 1906 hat die I. Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich über die Streitfrage:

„Sind die Beklagten verpflichtet, unter solidarischer Haft als Bürgen und Selbstzahler dem Kläger 25,000 Fr. nebst Zins zu 5% vom 15. Mai 1905 an zu bezahlen?“

erkannt:

Es sind pflichtig, an die Klägerschaft zu bezahlen:

a) Die sämtlichen vier Beklagten solidarisch 19,592 Fr. nebst Zins zu 4% vom 15. Mai bis 26. September 1905 und von da an zu 5%;

b) die Beklagten Schweizer, Schächli und Bürgi weiter solidarisch 5408 Fr. nebst Zins zu 4% vom 15. Mai 1905 bis 26. September 1905 und von da an zu 5%.

B. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten rechtzeitig und in gesetzlicher Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt.

Der Vertreter der Beklagten Huber und Schweizer stellt die Berufungsanträge:

1. Die Klage sei gegenüber Huber und Schweizer vollständig abzuweisen, aus dem Grunde, weil die nötige Kontrolle der Aufsichtsbehörden über Notar Manz mangelte.

2. Eventuell sei die Klage gegenüber Huber gänzlich abzuweisen, gestützt darauf, daß derselbe am 20. Juli 1904 von der Bürgschaft vollständig entlassen worden sei, bezw. in dem Eintritt der neuen Bürgen, Schweizer, Schächli und Bürgi, eine Novation der Bürgschaft liege.

Der Berufungsantrag der Beklagten Bürgi und Schächli lautet:

Es sei das Urteil der Vorinstanz aufzuheben und die Klage des Fiskus ganz abzuweisen, eventuell seien die Beklagten nur zu verpflichten, je $\frac{1}{3}$ von 6358 Fr. 30 Cts. je solidarisch unter sich und dem Beklagten Schweizer zu bezahlen.

C. In der heutigen Verhandlung — zu der nur die Vertreter der Beklagten erscheinen konnten — haben diese ihre Berufungsanträge wiederholt und begründet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In tatsächlicher Beziehung ist zu bemerken:

a) Am 2. November 1903 erklärten sich die Beklagten Huber und Schweizer — beides Schwäger des Hauptschuldners — dem Staate Zürich gegenüber „solidarisch als Bürgen und Selbstzahler haftbar bis auf den Betrag von 25,000 Fr. für allen Schaden, welchen der am 25. Oktober 1903 auf die gesetzliche Amtsdauer — 4 Jahre — zum Notar des Kreises Enge gewählte Herr Johannes Manz während seiner ganzen Amtsdauer verursacht haben wird und für welchen er verantwortlich gemacht werden kann (§§ 7 und 8 des Gesetzes betreffend die Amtskautionen vom 31. Mai 1896).“ Der Bürgschaftsschein trägt den gedruckten Vermerk: „Die Kautionsurkunde wird, sofern keine Schadenersatzansprüche geltend gemacht worden sind, zwei Jahre nach Ablauf der Amtsdauer ausgingegeben. Doch darf die Ausgäbe in keinem Falle vor der definitiven Genehmigung der betreffenden Rechnungen stattfinden (§ 13 des Gesetzes betr. die Amtskautionen vom 31. Mai 1896).“ Unter dem 5. Juni 1904 schrieben die beiden Beklagten Huber und Schweizer an den Regierungsrat des Kantons Zürich, da die Lebensweise des

Manz hinsichtlich Solidität und Moral seit einiger Zeit sehr zu wünschen übrig lasse, hätten sie darauf gedrungen, daß ihre Amtsbürgschaft abgelöst werde, was ihnen Manz versprochen habe. Für den Fall, daß Manz nicht für anderweitige Kaution gesorgt habe, kündigten sie „hiemit“ die Amtsbürgschaft. Mit Schreiben vom 29. Juni 1904 an die Finanzdirektion des Kantons Zürich erklärten sie sich damit einverstanden, „daß diese Kündigung erst „auf den 20. Juli 1904 wirksam wird und daß der Kautionspflichtige bis dahin Frist zur Neubestellung seiner Amtskaution „erhält.“ Die Finanzdirektion nahm von dieser Erklärung Vormerk am Protokoll. Am 20. Juli 1904 unterzeichneten nun die beiden weitem heutigen Beklagten Bürgi und Schächli, mit ihnen aber auch der Beklagte Schweizer, einen neuen, mit dem Bürgschaftsschein vom 2. November 1903 wörtlich gleichlautenden Bürgschaftsschein.

b) Am 21. Mai 1904 war ein anonymes Schreiben — unterzeichnet „Einer im Namen Vieler, die Manz kennen“ — beim Präsidenten des Obergerichts des Kantons Zürich eingelangt, des Inhalts: „Wir erlauben uns hiemit, Sie höflich anzufragen, ob „Sie vom Tun und Lassen des Notars Manz in der Enge „Kenntnis haben oder nicht. Derselbe treibt sich seit längerer Zeit „mit einer Kellnerin umher, die er vom Kopf bis zu den Füßen „kokettenmäßig ausstaffiert hat. Sie wohnt im Hotel Rigi in der „Enge, und Manz geniert sich nicht, öffentlich mit ihr zu spazieren und Fahrten nach Baden zu unternehmen. Wir glauben „kaum, daß das Amt eines Notars so viel abträgt, daß man „auf solchem Fuße leben kann. Wir vermuten, daß da der Staat „vielleicht einmal wieder ein Pflaster bekommen könnte und möchten Ihnen raten, Ihre Vorkehren zu treffen. Manz hat im „Café des Alpes früher Champagner bezahlt, nun geht es so „im Rigi und im Café de la Terrasse (Bellevue). Da die „Sache allerdings eine delikate ist, so melden wir uns nicht „öffentlich, doch würden wir später nicht scheuen, nicht anonym „aufzutreten, falls sich das von uns vermutete unbegreifliche Tun „des Manz als Abenteuer erweisen sollte.“ Diese Zuschrift wurde dem Bezirksgericht und von diesem am 25. Mai der Finanzdirektion zugestellt, die sofort eine Verifikation des Notariates durch

Verifikator Schoch, einen seit 1870 hiefür angestellten und tätigen Beamten, vornehmen ließ. Die Verifikation ergab keinerlei Unregelmäßigkeiten. In seiner mündlichen Rechtfertigung vor Bezirksgericht erklärte Manz die anonyme Zuschrift „als eine tendenziöse Lüge, offenbar von seiner Ehefrau ausgehend“; die Beziehungen zu einer Rosa S. gab er zu, fügte aber bei, sie sei nun von Zürich verreiselt; daß er irgendwie seine Amtspflichten verlegt habe, bestritt er. Die Finanzdirektion wies den Verifikator Schoch an, in den nächsten vier Wochen je einen Tag in der Woche (nicht immer am gleichen Wochentage) Kassaverifikationen und Buchvisitationen bei Notar Manz vorzunehmen und darüber je weilen zu berichten, und ersuchte zugleich die Kantonalbank (bei der die Notare entbehrliche Gelber einlegen), Anzeige zu erstatten, wenn Manz größere Rückbezüge vornehmen sollte. Visitationen durch Verifikator Schoch fanden statt am 3., 4., 11., 16., 25. Juni, 2., 11. Juli, 30. August; ferner am 26. Januar 1905 eine durch den den überlasteten Verifikator Schoch ablösenden Kontrolleur Frey. Aus den hierüber geführten Protokollen geht hervor, daß nicht nur der Kassabestand mit dem buchmäßigen Kassasaldo verglichen, sondern auch Einzahlungen und Auszahlungen bei den einzelnen Geschäften, im Grundverkehr, Konkursen, Nachlasswesen nach den vorhandenen Belegen nachgeprüft wurden. Insbesondere wurden die Konkursprotokolle jeder Masse durchgegangen und die daraus oder sonst aus den Akten ersichtlichen Einzahlungen im Kassabuch nachgesucht. Die Kassasturzprotokolle konstatierten dann: „Die Einzahlungen stimmen mit den Protokollen überein“, oder „je Protokoll und Akten mit „den Konti und die bezüglichen Einträge dem Stande der betreffenden Konkurse bezw. Siegelung entsprechend gefunden“. Bei der Verifikation der Kommission des Obergerichts vom 17./18. Oktober 1904 ergab sich wiederum Übereinstimmung der Kasse mit den Büchern. Dagegen wurde das Konkursprotokoll im Konkurs Hofler als in jeder Beziehung mangelhaft bezeichnet und speziell auch gerügt, daß die einbezahlten Guthaben zum Teil gar nicht, zum Teil nur mit Bleistift als bezahlt vorgemerkt waren, und daß auch der Erlös aus Verwertungen nicht eingetragen sei. Eine Bleistiftnotiz im Protokoll ließ die Kommission vermuten,

daß ein Guthaben von 5117 Fr. 15 Cts. bezahlt sei, was sich auf Anfrage beim Schuldner als richtig bestätigte. Die Zahlung war in den Büchern des Konkursamtes nicht gebucht; bei weiterer Nachforschung stellte sich heraus, daß die in einer Anweisung erfolgte Zahlung direkt an den Vertreter des Ansprechers jenes Guthabens weiter geleitet worden war. Die Kommission bemerkte endlich, daß der Notar auf Rechnung der Kosten mehr, als seine effektiven Auslagen betrug, vorausbezogen hatte, und daß die Auslagen bei Fertigungen zu hoch verrechnet wurden. Am 6. Januar 1905 fand eine Visitation bei Manz durch eine Kommission des Bezirksgerichtes statt. Sie stellte fest, daß das Protokoll im Konkurse Hofer nicht nachgeführt sei, so daß ein Überblick über den Stand der Masse unmöglich sei. Stichproben mit den Einträgen im Kassa- und Kontokorrentbuch ergaben zwar keine Differenzen, immerhin wurde der Kassakontrolleur der Finanzdirektion ersucht, unverzüglich eine Nachkontrolle vorzunehmen. Diese Nachkontrolle ergab keinen Anstand als den, daß der Verwertungserlös der nicht vindizierten Fahrhabe im Konkurse Hofer ausstand. Die Belege über die seit der letzten Kassakontrolle gemachten Auszahlungen wurden mit den betreffenden Einträgen verglichen; in den Konkursen Buff & Mettler und Hofer wurden an Hand von Protokollen und Akten eine Anzahl Stichproben über Ein- und Ausgänge vorgenommen und dabei keine Nichtübereinstimmungen beobachtet. Im weitern bemerkte die Kommission, bei größern Konkursliquidationen sei ohne genaue und einläßliche Prüfung des gesamten Aktenmaterials die genaue Orientierung über die jeweiligen Eingänge kaum möglich. Am Tage der Visitation vom 16. Februar 1905 erhob Manz von der Kantonalbank nach dem Kassasturz u. a. 6000 Fr. aus dem Konkurse Hofer, für die er dann dem Kontrolleur auf dessen Anfrage nach der Verwendung des Geldes eine Quittung von Rechtsanwalt Dr. Zuppinger vorwies. Eine Anfrage bei Dr. Zuppinger ergab, daß diese Quittung gefälscht war und daß Dr. Zuppinger das Geld nie erhalten hatte. Gegen Manz wurde Strafuntersuchung eröffnet, die damit endete, daß er unterm 4. Mai 1905 von der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich auf Grund seines Geständnisses der wiederholten und fortgesetzten Unterschla-

gung im Gesamtbetrage von 39,738 Fr. 30 Cts. und der wiederholten vorsätzlichen Amtspflichtverletzung schuldig erklärt und zu mehrjähriger Zuchthausstrafe verurteilt wurde. Zum Nachteil des Fiskus hatte Manz speziell unterschlagen 23,030 Fr. in der Zeit bis zum 20. Juli 1904 und 6358 Fr. 30 Cts. von diesem Datum weg bis 25. Februar 1905, dem Tage seiner Verhaftung. Weitauß die meisten unterschlagenen Posten sind Einzahlungen von Konkursmassencrediteuren, die Manz persönlich entgegengenommen und nicht gebucht hatte.

c) Mit der vorliegenden Klage fordert nun der Fiskus diesen Schaden, proportional reduziert auf den Bürgschaftsbetrag von 25,000 Fr., von den Bürgen ein, und zwar von allen vieren den Schaden der ersten Periode (bis 20. Juli 1904) mit 19,592 Fr., von den drei Beklagten Schweizer, Schächpi und Bürgi denjenigen der zweiten Periode mit 5408 Fr. Die Beklagten nehmen im Prozesse heute noch folgende Stellung ein: Sämtliche Beklagten bestreiten ihre Haftbarkeit mit der Begründung, der Staat habe durch grobfahrlässige Vernachlässigung seiner Kontrollpflicht den Schaden selbst verschuldet. Der Beklagte Huber nimmt eventuell den Standpunkt ein, er sei am 20. Juli 1904 durch Novation seiner Bürgschaft (auch für die Vergangenheit) entlassen worden und habe daher überhaupt nicht mehr als Bürge. Die Beklagten Bürgi und Schächpi endlich erklären sich eventuell nur für den Schaden der zweiten Periode haftbar. Die Vorinstanzen haben alle diese Standpunkte der Beklagten als unbegründet verworfen. Hinsichtlich der Zinspflicht hat die II. Instanz Zins zu 4% von der Zahlungsaufforderung bis zur Weisung, von da an Verzugszinsen zu 5% zugesprochen; diese Bestimmung des Urteils ist von keiner Partei speziell angefochten.

2. Was die erste Einwendung, die von sämtlichen Beklagten erhoben wird, betrifft: der Kläger habe den Schaden durch mangelhafte Beaufsichtigung des Notars Manz selbst verschuldet und deshalb seien die Bürgen nicht haftbar, so geht die ständige Praxis des Bundesgerichtes in Amtsbürgschaftsprozessen (s. US 15 S. 531 ff.; 19 S. 463 Erw. 3, 23 S. 364 f. Erw. 4) von folgenden Sätzen aus: Bei der Amtsbürgschaft hat der Geschäftsherr für Arglist und grobe Fahrlässigkeit in der Beaufsichtigung

seiner Beamten einzustehen, und er kann daher Ersatz eines Schadens nicht verlangen, dessen Herbeiführung er selbst durch dolose oder grobfahrlässige Unterlassung der durch die Umstände gebotenen Kontrolle erst ermöglicht hat; dagegen reicht die Aufsichtspflicht des Geschäftsherrn doch nicht so weit, daß er für Vollkommenheit seiner Kontrolleinrichtungen und ihrer Handhabung einzustehen hätte. An diesen Grundsätzen ist festzuhalten: Sie folgen daraus, daß der Geschäftsherr dem Amtsbürgen, der im Vertrauen auf gehörige Beaufsichtigung des Beamten die Amtsbürgschaft eingeht, für die Erfüllung dieser Kontrollpflicht einzustehen hat und nicht Ersatz von Schaden verlangen darf, den er durch gehörige Ausübung seiner Kontrollpflicht hätte verhüten können und der daher auf arglistige oder grob fahrlässige Verletzung dieser Kontrollpflicht als auf seine Ursache zurückzuführen ist. Dagegen folgt aus dem besondern Wesen der Amtsbürgschaft nicht, daß der Geschäftsherr Ersatz eines solchen Schadens von den Amtsbürgen nicht verlangen könne, der vielleicht bei ganz sorgfältiger und besonderer Überwachung und unter Zuhilfenahme außerordentlicher Mittel hätte vermieden werden können. Die Amtsbürgschaft, die allerdings eingegangen wird in der Erwartung von Gläubiger und Amtsbürgen, die Schuld, für welche der Amtsbürge einzustehen verspricht, werde nicht entstehen, soll anderseits doch den Geschäftsherrn sichern gegenüber Pflichtverletzungen seiner Beamten, denen er Gelder anzuvertrauen hat, speziell auch gegenüber Täuschungen der Kontrolle (BGE 19 S. 467), und sie darf daher nicht illusorisch gemacht werden dadurch, daß ein äußerst strenger Maßstab an seine Aufsichtspflicht angelegt und die Befreiung der Bürgen jedesmal dann ausgesprochen wird, wenn eine äußerst sorgfältige Kontrolle vielleicht den Eintritt des Schadens hätte verhüten können; wird doch der Schaden, für den sich der Geschäftsherr decken will, fast stets irgendwie mit der Art und Weise der Aufsicht in Zusammenhang gebracht werden können; und die gute Treue, die der Staat als Gläubiger dem Amtsbürgen schuldet, verlangt nicht, daß er alle in seinem, des Staates, Interesse eingeführten Aufsichtspflichten erfüllt, sondern nur, daß er die Interessen der Bürgen nicht leichtfertig hintansetzt. Endlich ist nicht außer Acht zu lassen, daß der

Amtsbürge in der Regel den Beamten, für den er Bürgschaft leistet, besser kennt als die staatlichen Organe, die ihn ernannt oder gewählt haben und die aufsichtspflichtig sind; die Bürgen können auch aus diesem Grunde nicht allfällige Folgen ihres sorglosen Verhaltens auf den Gläubiger Staat abwälzen, wenn dieser nicht alle denkbaren Aufsichtspflichten erfüllt. An Hand dieser Grundsätze ist nun im vorliegenden Falle zu bemerken: Wie sich aus Erw. 1 b ergibt, wurde die Aufsicht über Manz bald nach Eingang der anonymen Denunziation in weitestgehendem und ungewöhnlichem Maße ausgeübt, soweit es die Kontrolle der aus Büchern und Akten ersichtlichen Einzahlungen betrifft; dagegen wurde nicht untersucht, ob nicht Zahlungen, die weder in den Büchern noch in den Akten notiert waren, könnten eingegangen sein und speziell nicht, ob etwa die Schuldner der pendenten Konkursmassen Zahlungen geleistet hätten, obschon ihre Konti noch offen waren. Eine Untersuchung nach dieser Seite, durch Anfragung der Schuldner, hätte allerdings zur Entdeckung mehrerer Unterschlagungen schon Ende Mai oder Anfangs Juni, als Anlaß zu denselben durch die Denunziation vorlag, führen können, war also geeignet, weiteren Schaden zu verhüten. Die Unterschlagungen bis zum 21. Mai 1904 mit 22,460 Fr. hätten dagegen auch hiedurch nicht verhütet werden können. Daß aber die Behörden schon vor der anonymen Denunziation Anlaß hatten, eine ungewöhnlich scharfe Kontrolle walten zu lassen, wie die Beklagten annehmen, ist nicht haltbar, da nicht bewiesen ist, daß sie vom verschwenderischen Privatleben des Manz vorher Kenntnis hatten und eine Pflicht der Behörden zur Überwachung des Privatlebens ihrer Beamten im allgemeinen jedenfalls nicht anerkannt werden kann. Zudem standen dem Notar Manz viel näher, als die Organe des Staates, die Amtsbürgen Huber und Schweizer, die ja Schwäger des Manz sind, und also, wenn sie das Vertrauen in Manz verloren hatten, dem Staate hätten Anzeige machen sollen. Huber und Schweizer haben das nun freilich getan, aber erst nach Eingang der anonymen Denunziation. Es ist umfoweniger anzunehmen, daß die Lebensweise des Manz den staatlichen Behörden bekannt war, als Schweizer, obschon er anfänglich die Bürgschaft „gekündigt“ hatte, sich doch bewegen ließ,

am 20. Juli 1904 eine neue Bürgschaft einzugehen, und als auch die Beklagten Bürgi und Schächli, die nach Feststellung der I. Instanz im Kreise II, d. h. im Wahlkreise des Manz, wohnten, dem Manz noch soviel Vertrauen schenkten, um für ihn zu bürgen. Übrigens ist es begreiflich, daß die Aufsichtsorgane der Denunziation wegen ihrer Anonymität keine derartige Bedeutung beimessen, um besondere Nachforschungen nach dem Privatleben des Manz anzustellen. Als für den Schaden kausal kann sonach nur die schon angedeutete Unterlassung der Aufsichtsorgane, sich bei den Konkurschuldnern nach ihren Zahlungen zu erkundigen, angesehen werden. Allein auch in dieser Unterlassung kann keine grob fahrlässige Verletzung von Aufsichtspflichten erblickt werden, auch wenn dabei berücksichtigt wird, daß eine erhöhte Sorgfalt infolge des gegen Manz erhobenen Verdachtes geboten war. Die Durchsicht der Liste aller Konkursmasseschuldner der laufenden Konkursmassen konnte dem Kontrollbeamten noch keinerlei Anhaltspunkte für einen Verdacht von Unterschlagung geben, denn daß auch solvente Konkursmasseschuldner ihre Schulden nicht sofort nach der ersten Aufforderung zahlen, ist nichts außergewöhnliches, und daher verständlich, daß auch ein sorgfältiger Kontrolleur ohne besondern Anlaß beim einen oder andern Posten — welcher Anlaß nicht vorlag — gar nicht daran dachte, daß einer dieser Posten eingezahlt sein könne, ohne daß die Zahlung gebucht war. Eine Anfrage bei allen Schuldnern der laufenden Masserverwaltungen, ob sie bezahlt hätten, wäre auch eine ganz ungewöhnliche Plackerei der Geschäftswelt, und derartige Erkundigungen bei den Schuldnern, welche geeignet sind, die Beamten dem Publikum in einem verdächtigen Lichte erscheinen zu lassen, bestehen als gewöhnliches ordentliches Kontrollmittel wohl nirgends (BGE 19 S. 465). Zur Aufsichtspflicht des Staates gehört nur, und kann vernünftiger Weise nur gehören, eine Durchsicht des vorhandenen Aktenmaterials. Eine Überwachung aller Handlungen eines Beamten, auch solcher, für die keine Spuren in den Akten oder sonstwo gegeben sind, ist undenkbar und kann nicht einmal zu sorgfältigster, geschweige denn zur mindersorgfältigen Beobachtung der Aufsichtspflichten gehören. Daß bei der zur Entdeckung führenden letzten Kontrolle ein Dritter über den Empfang der

Zahlung angefragt wurde, erklärt sich daraus, daß dem Kontrollbeamten bekannt geworden war, daß Manz in jenen Tagen eine Zahlung an Dr. Zuppinger zu machen habe und er daher annahm, die bei der Kantonalbank erhobenen 6000 Fr. werden an diesen abgeführt. Das beweist nicht, daß diese Anfrage überhaupt als geboten erachtet wurde, und noch weniger, daß auch zu einer Anfrage an die Konkursmasseschuldner, deren Zahlungen scheinbar noch ausstünden, Anlaß vorhanden war. Die erste Einrede der Beklagten ist daher mit den Vorinstanzen abzuweisen.

3. Die Einrede des Beklagten Huber, er sei durch Novation der Bürgschaft am 20. Juli 1904 aus der von ihm am 2. November 1903 eingegangenen Bürgschaft entlassen worden, ist von den kantonalen Instanzen abgewiesen worden mit der Begründung, eine solche Entlassung sei weder jemals ausdrücklich erklärt worden, noch liegen für deren Annahme konkludente Handlungen vor; insbesondere sei darauf zu verweisen, daß die Bürgschaftserklärung weder dem Beklagten ausginge noch vernichtet worden sei. Zunächst ist nun hierzu zu bemerken, daß der Beklagte Huber bei seiner „Kündigung“ vom 5. Juni 1904 selber gar nicht eine Entlassung für die bisher abgelaufene Periode verlangte, sondern wie das Wort „Kündigung“ im allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet, nur eine Entlassung für die Zukunft, auf den Kündigungsstermin hin, und daß er dann, als die Organe des Klägers in diese sogenannte Kündigung einwilligten — wozu sie nicht verpflichtet waren, da der Fall des Art. 503 OR nicht vorlag —, damit einverstanden war, daß die Entlassung erst am 20. Juli 1904 erfolge. Weder auf Seite des Beklagten Huber noch auf Seite des Klägers ist hier von einem Willen, jenen überhaupt aus der Bürgschaft zu entlassen, die Rede. Entgegen diesem beidseitigen Willen, des alten Bürgen und des Gläubigers, im Stadium der Verhandlungen, soll nun nach der Auffassung des Beklagten Huber bei der definitiven Eingehung der zweiten Bürgschaft doch eine Befreiung des alten Bürgen für die Vergangenheit erfolgt sein. Diese Befreiung könnte nur erklärt werden entweder als einseitiger Erlass seitens des Gläubigers oder als Expromission, d. h. als zweiseitiger Vertrag zwischen dem Gläubiger und den neuen Bürgen. Der Erlass wäre ein empfangsbe-

dürftiges Rechtsgeschäft und vor Empfang jederzeit widerruflich; eine Mitteilung in diesem Sinne ist nun dem Beklagten Huber nie gemacht worden. Aber auch für eine Expromission (Art. 142 Ziff. 2 OR) liegen keine Anhaltspunkte vor. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß der Wille für eine solche klar aus dem Geschäfte hervorgehen müßte (Art. 143 eod.). Nun konnten aber die neuen Bürgen — falls sie überhaupt, was in Erw. 4 zu erörtern sein wird, den Willen hatten, auch für die erste Periode, 2. November 1903 bis 20. Juli 1904, zu haften — gewiß nicht den Willen haben, den frühern Bürgen Huber zu entlassen und an dessen Stelle für die Vergangenheit zu treten, da ja dadurch ihre Haftbarkeit vergrößert worden wäre; eine Expromission unter derartigen Umständen, bei denen der neue Schuldner kein Interesse an der Befreiung des alten Schuldners hat, wäre aber etwas ganz außergewöhnliches. Der Hinweis des Beklagten Huber darauf, daß die neuen Bürgen Ersatz für die alten bilden sollten, vermag ebenfalls nicht, seine Auffassung zu begründen. Ersatz sollte ja zweifellos ursprünglich nur für die Zeit nach der Kündigung geschaffen werden; wenn dann im Verlaufe der Verhandlungen die Finanzdirektion die neuen Bürgen dazu brachte, daß sie auch für die abgelaufene Periode bürgten — was, wie gesagt, unten zu erörtern ist —, so war das für den alten Bürgen Huber res inter alios acta, die seine Rechtsstellung nicht beeinflusste. Zu diesen Erwägungen kommt endlich das von den Vorinstanzen hervorgehobene Indiz der Nichtherausgabe des Bürgschaftsscheines, während die Herausgabe der Urkunde (laut gedrucktem Vermerk auf dieser selbst) als charakteristisches Merkmal der Befreiung verstanden war. Der Beklagte Huber hat denn übrigens auch diese Herausgabe nie verlangt, was wiederum dafür spricht, daß er nicht an eine Entlassung für die Zeit vom 2. November 1903 bis 20. Juli 1904 dachte.

4. Die Berufung der Beklagten Bürgi und Schächli stützt sich hinsichtlich des Eventualberufungsantrages darauf, diese Beklagten seien (eventuell) nur haftbar für den mit Eingehung ihrer Bürgschaft (20. Juli 1904) entstandenen Schaden, nicht für den bis dahin, in der Vergangenheit, entstandenen. Wenn sie hiebei (und mit ihnen die eine Minderheitsberwägung der Appellationskammer)

von einer „rückwirkenden Kraft“ der Bürgschaft sprechen, die nicht vermutet werden dürfe, so ist das von vornherein unrichtig; es handelt sich nicht um eine „rückwirkende Kraft“, sondern um die Feststellung des Umfanges der Haftung dieser Beklagten, um die Feststellung, in welchem Umfange sie eine Bürgschaftsverpflichtung eingegangen sind. Diese Frage ist ausschließlich eine Frage der Auslegung des Parteiwillens, die aus dem Bürgschaftsscheine und, soweit notwendig, aus den begleitenden Umständen vorzunehmen ist; und zwar ist das Bundesgericht, nach bekanntem Grundsatz, hiebei frei und nicht an die Auffassung der Vorinstanz gebunden, da es sich nicht um eine tatsächliche Feststellung handelt. Bei dieser Auslegung kommt dem (von der einen Minderheitsansicht der Appellationskammer als entscheidend angesehenen) Umstände keine Bedeutung zu, daß für „Ersatzbürgschaften“ gemäß Verordnung vom 4. Dezember 1896 ein besonderes Bürgschaftsformular besteht und es nicht richtig war, daß die Finanzdirektion die Beklagten Bürgi und Schächli ein Formular unterzeichnen ließ, das nicht für eine Ersatzbürgschaft zu benutzen war. Wenn auch das hienach richtiger Weise zu benutzende Formular (Formular III) weder die Worte „ganze Amtsdauer“ enthält noch den § 7 des Gesetzes betr. die Amtskauttionen zitiert, endlich vom Schaden, den der Kautionspflichtige „verursachen sollte“, spricht, — so kann auf all das bei der Auslegung der Bürgschaftsverpflichtung der Beklagten Bürgi und Schächli nichts ankommen. Maßgebend für diese Auslegung ist nicht, welches Formular hätte verwendet werden sollen, sondern, welches Formular verwendet worden ist, und die verwaltungsrechtliche Inkorrektheit des Vorgehens der Finanzdirektion (die sich übrigens auf eine Bemerkung der Staatsrechnungsprüfungskommission, es sei auch für Ersatzbürgschaften das Formular I zu verwenden, stützte) vermöchte die zivilrechtliche Gültigkeit des Rechtsgeschäftes nicht zu beeinflussen. Die Beklagten Bürgi und Schächli behaupten ja selber nicht, sie hätten geglaubt, das Formular III zu unterschreiben, und können nicht etwa die Bürgschaftserklärung wegen Irrtums anfechten. Der Umfang der Verpflichtung dieser Beklagten läßt sich daher nur nach dem Inhalt der Verpflichtungserklärung bestimmen, nicht nach dem, was rich-

tigerweise von ihnen hätte verlangt werden sollen. Im Inhalt der Erklärung spricht nun zunächst der Ausdruck „während der ganzen Amtsdauer“ für die Auffassung des Klägers. Nach der Auffassung der Beklagten müßte es heißen „während der noch verbleibenden Amtsdauer“ oder allenfalls „bis zum Ablauf der Amtsdauer“; der gewählte Ausdruck „während seiner ganzen Amtsdauer“ in Verbindung damit, daß der Wahltag im Bürgschaftsschein angegeben war, ließ auch die Beklagten Schächli und Bürgi erkennen, daß der Wille des Klägers auf eine Verpflichtung für die ganze Amtsdauer ging. Wenn der eine Minderheitsantrag der Vorinstanz darauf hinweist, daß der Entwurf zum Amtskautionsgesetz in § 7 die Fassung aufwies: „Die Amtskaution ist vor dem Amtsantritt und jeweilen bis zum Ablauf der Amtsdauer zu leisten“ — so beweist das für den Vertragswillen der Parteien nichts. Dieser ging auf Seite des Klägers zweifellos — in Nachachtung jener Bemerkung der Staatsrechnungsprüfungscommission — auf eine Verpflichtung der Bürgen für die ganze Amtsdauer, und den Beklagten wurde das genügend dokumentiert durch die Wahl des gewöhnlichen Formulars. Auch hier kann sodann das Argument dieses Minderheitsantrages nicht durchschlagen, das dahin geht, die Finanzdirektion sei gar nicht befugt gewesen, nachdem sie sich einmal mit zwei Bürgen begnügt habe, neben diesen noch zwei weitere zu verpflichten. Die Finanzdirektion ergriff eben die Gelegenheit der Kündigung der alten Bürgen, die sie ja gar nicht anzunehmen brauchte, um sich noch weiter durch neue Bürgen zu decken. Auch der Ausdruck „verursacht haben wird“ spricht nicht gegen die Auffassung des Klägers und für diejenige der Beklagten. Dieser Ausdruck ist ja nicht das einfache Futurum, „(allenfalls) verursachen wird“ — bei welchem Ausdruck allerdings eine Haftung nur für die Zukunft anzunehmen wäre —, sondern das futurum exactum, und er will daher nichts anderes besagen als: „der Schaden, welchen der Beamte während seiner ganzen Amtsdauer bis zum Ablauf derselben (allfällig) verursacht haben wird“ oder: der Bürge haftet für den Schaden, der sich bei der Beendigung der Amtsdauer und der Genehmigung der Rechnungen herausstellen wird. Gerade diese Wahl des futurum exactum war bei

der Auffassung des Klägers grammatisch geboten, da eben, von der Zukunft zurückbetrachtet, der Schaden in der Vergangenheit verursacht ist, er sich aber doch, vom Momente der Bürgschaft aus gesehen, als in der Zukunft sich herausstellender zeigt, und diese Fassung spricht daher durchaus zu Gunsten der Auffassung des Klägers. Gewichtiger erscheint der Einwand, es folge aus der Natur der Amtsbürgschaft, daß ein Amtsbürge nicht für bereits begangene Verbrechen haften wolle, er vielmehr den Eintritt eines Verbrechens auch für die Zukunft hoffe, und es sei im Zweifel, nach der Natur der Amtsbürgschaft und nach dem Grundsatz, daß im Zweifel für die geringere Verpflichtung zu entscheiden sei, die eingegangene Verpflichtung in dem von den Beklagten vertretenen Sinne auszulegen (so BGE 15 S. 529 Erw. 2). Allein der Wortlaut läßt, nach den bisherigen Ausführungen, keinem Zweifel Raum, und wie die Vorinstanz mit Recht betont, hat auch die Verpflichtung, für die Folgen schon begangener Amtspflichtverletzungen einzustehen, nichts Ungewöhnliches an sich. Bei Eingehung der Amtsbürgschaft werden sowohl der Geschäftsherr wie der Amtsbürge schon begangene Verletzungen nicht kennen, und der Bürge wird ebensowohl für schon begangene aber erst später zu entdeckende Verletzungen einzustehen gewillt sein, als für später zu begehende, da ihm die bisherige Amtsführung des Beamten für die Vergangenheit in der Regel mehr Gewähr (dafür, daß er keine Amtspflichtverletzung begangen habe) bieten wird, als für die Zukunft (dafür, daß er keine Verletzung begehen werde); das Einstehen für die Vergangenheit mag daher dem Bürgen sicherer scheinen. Auf der andern Seite hat der Amtsherr ein großes und berechtigtes Interesse daran, die Einheit der Amtsperiode hinsichtlich der Abrechnung mit dem Beamten wie mit den Bürgen aufrecht zu erhalten; ein Eintretenlassen von Ersatzbürgen wäre kaum denkbar, wenn der Amtsherr mitten in der Amtsperiode Abrechnungen mit dem Beamten vornehmen müßte, während normaler Weise, wie das ja auch der Bürgschaftsschein vorsteht, die endgültige Abrechnung und Genehmigung nach Schluß der Amtsdauer erfolgen soll. Endlich ist noch darauf hinzuweisen, daß es oft schwierig sein wird, genau festzustellen, in welchem Zeitpunkt ein Schaden entstanden ist; es ist

auch aus diesem Grunde durchaus verständlich, wenn der Neueintritt von Bürgen (während einer Amtsdauer) nur zugelassen wird, falls sie auch für den vergangenen Teil der Amtsperiode einstehen. Dieser Wille, im Interesse der Einheit der Amtsperiode jeden Bürgen, auch den während der Amtsdauer neu eintretenden, für die ganze Amtsdauer haftbar zu machen, kam im Bürgenschaftsschein genügend zum Ausdruck, so daß auch die Bürgen sich dessen bei der Unterzeichnung bewußt werden mußten. Aus diesen Gründen ist auch der eventuelle Berufungsantrag der Beklagten Bürgi und Schächli abzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufungen werden abgewiesen, und es wird das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 21. Februar 1906 in allen Teilen bestätigt.

61. Urteil vom 7. Juli 1906

in Sachen **Wolf & Neumann**, Kl. u. Ber.=Kl., gegen
A.-G. Brauerei Orlikon, Bekl. u. Ber.=Bekl.

Kauf. — Rücktritt des Verkäufers wegen Annahme- und Zahlungsverzuges des Käufers. Art. 122; 263 OR. Schadenersatzanspruch des zurücktretenden Verkäufers.

A. Durch Urteil vom 23. Februar 1906 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Gutheilung der Klage im Betrage von 4500 Fr. nebst 5 % Zins seit 1. Juli 1905.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Klägerin Gutheilung, der Vertreter der Beklagten dagegen Abweisung der Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin einen

Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung eines am 24. Oktober 1904 zwischen den Parteien zu Stande gekommenen Vertrages geltend, von welchem sie insolge Verzuges der Beklagten zurückgetreten sei. Der Inhalt dieses Vertrages ging dahin, daß:

a) die Beklagte von der Klägerin kaufte: zirka 20 Waggons Hannamalz zum Preise vom 34 Fr. 75 Cts. per 100 Kilo gegen Biermonatskafte vom Tage des Einganges an, successive auf Abruf lieferbar „in der Campagne 1904/05“;

b) die Klägerin der Beklagten unter näher bezeichneten Bedingungen einen „Eskomptekredit“ (von den Parteien später als Darlehen bezeichnet) im Betrage von 20,000 Fr. gewährte;

c) die Beklagte sich verpflichtete, „während fünf aufeinanderfolgender Jahre ab 1904 beginnend“ ihren Malzbedarf ausschließlich bei der Klägerin zu decken, wobei die jeweiligen Konkurrenzpreise bestimmter Firmen als maßgebend bezeichnet wurden.

Über das wechselseitige Verhältnis dieser verschiedenen Verpflichtungen sprach sich der Vertrag folgendermaßen aus: Die Beklagte habe das Kapital „bei jedem Waggon mit 100 Fr. zu amortisieren“; sollte das Kapital von der Klägerin gekündigt werden (wobei eine Kündigungsfrist von einem Jahre zu beobachten sei), so höre der Malzbezug mit Rückzahlung des Kapitals auf; sollten die Lieferungen nicht „prima“ sein, so stehe es der Beklagten frei, „gegen Rückzahlung des Kapitals“ vom Vertrage zurückzutreten.

Die Parteien sind darin einig, daß die Fracht- und Zölle von der Klägerin zu tragen waren; dagegen herrscht Streit darüber, ob die Klägerin dafür zu sorgen hatte, daß die Ware unbelastet in Zürich bezw. Orlikon ankomme oder ob die Beklagte verpflichtet war, bei Ankunft der Ware Fracht und Zoll auf Rechnung des Kaufpreises vorzuschießen.

Laut ausdrücklicher Erklärung der Klägerin bezieht sich der eingeklagte Schadenersatzanspruch lediglich „auf die 1904/05 fest bestellten 20 Waggons“. Die Beklagte gibt zu, daß sie von diesen 20 Waggons nur zwei abgerufen hat, bestreitet aber das von der Klägerin in Anspruch genommene Rücktrittsrecht und erhebt außerdem die aus den Erwägungen 3—5 hienach ersichtlichen Einwände.

2. Die Umstände, unter welchen die Berufungsbeklagte, nach-