

verlangten detaillierten Erklärung sehen, daß seine mündliche Erklärung an den Agenten nicht genügte. Auch diese Replik der Klägerin trifft sonach nicht zu.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird als begründet erklärt und somit, in Abänderung des Urteils des Obergerichts des Kantons Argau vom 10. April 1908, die Klage abgewiesen.

61. Urteil vom 26. September 1908

in Sachen **Bockhorn und Genossen**, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen
Gemeinde Albisrieden, Kl. u. Ber.-Bekl.

*Ausschluss von Rechtsschriften im mündlichen Berufungsverfahren.
— Amtsbürgschaft. Abgrenzung von eidgenössischem und kantona-
lem Recht. Mangelhafte Kontrolle der Aufsichtsorgane?*

A. Durch Urteil vom 17. März 1908 hat die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich über die Streitfrage:

„Sind die Beklagten als Amtsbürger des gewesenen Gemeindeführers der Gemeinde Albisrieden, Adolf Tobler, solidarisch verpflichtet, an die Klägerin 8000 Fr. nebst Zins zu 5% seit 4. November 1904 zu bezahlen?“

erkannt:

Die Beklagten sind verpflichtet, an die Klägerin unter gegenseitiger Solidarität 8000 Fr. nebst Zins zu 5% seit dem 10. Mai 1905 zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil haben sowohl die Beklagten Hauser und Aberli gemeinsam, als auch der Beklagte Bockhorn rechtzeitig und formgerecht die Berufung an das Bundesgericht erklärt.

Der Berufungsantrag der erstgenannten Beklagten geht auf Abweisung der Klage.

Das Berufungsbegehren des Beklagten Bockhorn lautet:

Die Klage sei abzuweisen, eventuell nur in einem nach richterlichem Ermessen festzusetzenden Betrage gutzuheißen.

C. Zur heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Beklagten Bockhorn eine schriftliche Berufungsbegründung eingefandt.

Der Vertreter der Beklagten Aberli und Hauser hat seine Berufung in mündlichem Vortrage begründet.

Der Vertreter der Klägerin hat beantragt, die Berufungen seien abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In prozessualer Hinsicht ist vorab zu bemerken, daß auf die schriftliche Berufungsbegründung des Beklagten Bockhorn nicht Rücksicht zu nehmen ist, da das Verfahren mündlich ist, übrigens neue Behauptungen, soweit solche aufgestellt werden wollten, ausgeschlossen sind und den Parteien aus dem Richterscheinen ein Rechtsnachteil nicht erwächst.

2. Die Grundlage und der gegenwärtige Stand des Prozesses sind folgende: Am 21. August 1901 haben die Beklagten Gottlieb Hauser und Fritz Bockhorn sich „solidarisch als Bürgen und „Selbstzahler haftbar“ erklärt bis auf den Betrag von 8000 Fr. „für allen Schaden, welchen der am 12. Juni 1901 auf die gesetzliche Amtsdauer zum Gemeinderatschreiber [scil. von Albisrieden] gewählte Herr Albert Tobler während seiner ganzen „Amtsdauer verursacht haben wird und für welchen er verantwortlich gemacht werden kann (§§ 7 und 8 des Gesetzes betr. die Amtskautionen vom 31. Mai 1896).“ Am 26. März 1903 haben Gottlieb Hauser und Heinrich Aberli einen gleich lautenden Bürgschaftsschein unterzeichnet; die Echtheit der Unterschrift des Aberli ist von Bockhorn, als Gemeindeammann, bezeugt. Tobler, der sich im Juni 1904 flüchtig gemacht hatte, ist von der Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich unter dem 9. Februar 1905 auf Grund seines Geständnisses der fortgesetzten Unterschlagung im Betrage von 17,171 Fr. 95 Cts. und der vorsätzlichen Dienstpflichtverletzung schuldig erklärt und zu vier Jahren Arbeitshaus verurteilt worden. Laut der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft hat Tobler „in der Zeit vom 23. Mai 1903 bis zum 21. Juni 1904 folgende Summen, welche ihm „in seiner Eigenschaft als Gemeindeführer von Albisrieden zu- „gekommen sind, sich rechtswidrig zugeeignet, indem er dieselben „für sich verwandte: 1. 5694 Fr. 90 Cts. Staatssteuern;

„2. 2924 Fr. 45 Cts. Brandasssekurranzbeiträge; 3. 7380 Fr. „90 Cts. Gemeindesteuern; 4. 271 Fr. 70 Cts. der Gemeinde- „gehörige Vermessungssteuern. Ferner hat derselbe eine Obligation „der Zürcher Kantonalbank über den Betrag von 1000 Fr., „welche ihm ebenfalls in seiner dienstlichen Stellung zugetommen „war, am 8. Juni 1904 bei der Zürcher Filiale der Winter- „thurer Hypothekbank für eine eigene Schuld im Betrage von „900 Fr. verpfändet.“ Die Klägerin macht nun auf Grund der beiden Bürgscheine die drei Beklagten als Amtsbürgern für den ihr entstandenen Schaden bis zum Betrage von 8000 Fr. solidarisch haftbar. Die Beklagten halten der Klage im Prozesse zunächst die Einwendung entgegen, die Klägerin habe den Schaden durch die Wahl eines unzuverlässigen Gemeindefchreibers und durch ungenügende, grobfahrlässige Kontrolle seiner Amtsführung selbst verschuldet. Des weitern machen sie geltend, in seiner amtlichen Stellung habe Tobler nur die Staatssteuern und Brandasssekurranzbeiträge, nicht auch die Gemeinde- und Vermessungssteuern zu beziehen gehabt, weshalb die Beklagten jedenfalls nur für jene Beträge haften. Sodann wendet der Beklagte Bockhorn ein, er sei durch den Eintritt des Beklagten Aberli, am 23. März 1903, aus der Bürgschaft entlassen worden; der Beklagte Aberli endlich scheint sich auf den Standpunkt gestellt zu haben, er hafte erst von seinem Eintritt in die Bürgschaft an, nicht für die vorangegangene Zeit. Die I. Instanz hat die Klage abgewiesen; das Urteil beruht entscheidend darauf, daß es die grundsätzliche Einwendung der Beklagten, die Kontrolle über Tobler sei grobfahrlässig gewesen, als begründet erklärt, indem die kantonale „Verordnung betreffend das Rechnungswesen der Gemeinden“ vom 28. November 1889 mit den betreffenden Kontrollvorschriften auf Tobler anwendbar erklärt wird. Des weitern hat die I. Instanz ausgeführt, die Bürgschaft habe sich nur auf das bezogen, was Tobler als Gemeindefchreiber zu amten gehabt habe, und hiezu habe der Einzug der Gemeindesteuern und Vermessungsgebühren nicht gehört. Endlich hat sie den Standpunkten Bockhorns betreffend Entlassung und Aberlis betreffend Haftung erst von Unterzeichnung seines Bürgscheines an beige stimmt. Demgegenüber erklärt die II. Instanz die genannte Verordnung auf Tobler erst

von dem Momente anwendbar, auf den dessen Anwendung vom Bezirksrat verlangt wurde — Anfang des Jahres 1903 —, und sie erblickt dann in der Kontrolle von diesem Zeitpunkt an eine Verletzung der Kontrollvorschriften der Verordnung. Für die Zeit bis Anfangs 1903 verneint sie dagegen das Vorhandensein einer grobfahrlässigen Kontrolle, und weist demgemäß für diese Zeit die Einwendung der Beklagten zurück. Des weitern erklärt sie, im Gegensatz zur I. Instanz, die Bürgschaft auch anwendbar für die Beträge, die Tobler an Gemeinde- und Vermessungssteuern unterschlagen hat. Weiter verneint sie, daß Bockhorn entlassen worden sei, und hält den Aberli für die ganze Zeit der Amtsdauer, also auch für die einzig in Betracht kommende Periode 1901 und 1902 haftbar. Endlich bejaht sie die Frage, ob die Unterschlagungen schon bis anfangs 1903 den Bürgschaftsbetrag von 8000 Fr. erreicht hätten.

3. Über die Vorgänge bei der Wahl Toblers, über seine Amtsführung, seine Beaufsichtigung und über die Tatsachen, die zur Entdeckung seiner Unterschlagungen geführt haben, ist folgendes durch die Vorinstanzen festgestellt: Tobler hatte sich auf die Ausschreibung der Gemeindefchreiberstelle hin unter Vorlegung eines Zeugnisses des Polizeivorstandes der Stadt Zürich und eines Zeugnisses der freiwilligen Armenpflege angemeldet. Ersteres Zeugnis geht dahin: Tobler habe vom April 1882 bis 1. Januar 1893 im Kontrollbureau der Stadt Zürich als Volontär, Kanzleigehülfe und Kanzlist gearbeitet, sei in der letztern Eigenschaft in das Zentralkontrollbureau der erweiterten Stadt Zürich übertreten und habe hier vom Juli 1894 bis zu seinem am 1. Mai 1896 erfolgten Austritte die Stelle eines Vorstandes des Registraturbureaus bekleidet. Er habe sich während dieser Zeit als „einsichtiger und selbständiger, mit organisatorischen Arbeiten wohl „vertrauter, im Schriften- und Kontrollwesen, in Registratur- „und statistischen Arbeiten vollständig bewandeter, tüchtiger Beamter erwiesen“. Seine Entlassung aus dem städtischen Dienste sei auf sein Gesuch hin erfolgt. Das Zeugnis der freiwilligen Armenpflege Zürich, d. d. 17. Mai 1901, empfahl ihn als fleißig und gewissenhaft. In einem weitem Anmelde schreiben an den damaligen Gemeindepräsidenten Wybler, vom 22. Mai

1901 (Strafakten Nr. 241), berichtete Tobler, auf dem Kontrollbureau habe „die Miswirtschaft des frühern Chef“ zu seinem Austritt geführt, „und später bei der Straßenbahn“ — wo Tobler vom 15. Juli 1898 bis 2. Februar 1900 als erster Kanzlist tätig war — „von unglücklicher Geschäftsbeteiligung „herrührend solidarische Betreibungen, welche teils reguliert sind „und weitere Ansprüche nach stattgefundenen Auseinandersetzungen „sofort geordnet werden können“. Über die Dienstentlassung Toblers als Angestellten des städtischen Zentralkontrollbureaus hat im Strafprozeß der Chef des Zentralkontrollbureaus die Auskunft gegeben, im April 1896 habe Tobler einen unter ihm stehenden Kanzleigehülfen veranlaßt, ein ausgestelltes Leumundszugnis, das bereits vom Polizeivorstand und dem Chef des Zentralkontrollbureaus unterzeichnet war, zu fälschen, indem er den Kanzleigehülfen veranlaßte, am Schlusse noch beizufügen, daß der Betreffende einen unbescholtenen Leumund genieße, was nicht zutreffend habe. Tobler wurde dann mit einer Befoldung von 1600 Fr. zum Gemeindefreiber gewählt. Kurz nach seiner Wahl bemerkte Fritz Kern, Substitut des Bezirksratschreibers, zu Gemeindepräsident Wydler, daß man gut daran täte, dem Tobler keine größeren Summen Gelder anzuvertrauen, auf jeden Fall solle man genaue Kontrolle führen. Zur Zeit seiner Wahl war Tobler von verschiedenen Seiten betrieben; er war f. Z. als Inhaber eines Geschäftes (von 1896—1898) in Zürich in Konkurs geraten; in den Amtsbürgerschaftsverein war er nicht aufgenommen worden. Im Jahre 1901 waren gegen Tobler beim Betreibungsamt Albisrieden, dessen Vorsteher der Beklagte Gemeindeammann Bockhorn, während einiger Zeit Vermieter des Tobler, war, fünf Betreibungen, im Jahre 1902 neun, 1903 neun, 1904 sieben, für Gesamtbeträge von etwa 18,000 Fr., anhängig, wovon etwa die Hälfte bezahlt wurden. In seiner Stellung als Gemeindefreiber hatte Tobler u. a. die Staats- und Brandassuranzsteuern einzuziehen und der Staatskasse abzuliefern. Ferner war die Einrichtung getroffen, daß die Gemeindesteuern und Vermessungsgebühren an ihn bezahlt werden konnten; er hatte diese dann dem Gemeindegutsverwalter aushinzugeben. Tobler führte die Unterschlagungen, nach seiner eigenen Darstellung, schon bald

nach seinem Amtsantritt in der Weise aus, daß er eingegangene Steuerbeträge, die er nicht ablieferte, im Steuerregister erst buchte, nachdem er sie durch spätere Bezüge gedeckt hatte, auch teilweise Beträge, die er im Steuerregister buchte, in das Kassabuch nicht eintrug. Schon am 14. Mai und 2. August 1901 mahnte die kantonale Staatsbuchhaltung den Gemeinderat Albisrieden betreffend die Brandassuranz, bezw. Staatssteuer pro 1900; im Jahre 1902 erfolgten Mahnungen pro 1901: an den Steuerbezüger betreffend die Staatssteuer am 5. Mai und 17. Juni, an den Gemeinderat am 4. Juli unter Androhung von Ordnungsbuße, an den Gemeinderat am 14. August; am 23. August erfolgte Mitteilung an die Finanzdirektion zur Ausfällung einer Ordnungsbuße, am 26. August Verfügung der Finanzdirektion, wonach der Gemeinderat Albisrieden in eine Ordnungsbuße von 5 Fr. verfällt wurde unter Fristansetzung und Androhung erhöhter Buße. Sodann am 2. Juni und 8. Juli 1902 an den Bezüger der Brandassuranzsteuer, worauf am 6. August der ganze Betrag derselben bezahlt wurde. Weitere Mahnungen der Staatsbuchhaltung ergingen: am 3. Februar 1903 an den Steuerbezüger zur Ablieferung der Staatssteuern, am 18. Mai und 8. Juni 1903 an den Gemeinderat betreffend die Staatssteuer und die Brandassuranzsteuer, am 19. Juni 1903 an den Gemeinderat von der Finanzdirektion unter Androhung von Ordnungsbuße, am 16. Februar 1904 an den Bezüger zur Ablieferung der Staatssteuern, am 10. Mai und 4. Juni an den Gemeinderat zur Ablieferung der Staatssteuern, am 9. Mai betreffend die Ablieferung der Brandassuranzsteuer; sodann von der Finanzdirektion am 18. und 22. Juni 1904, mit Androhung von Ordnungsbuße. Am 28. November 1902 hatte der Bezirksrat Zürich dem Gemeinderat Albisrieden den Auftrag erteilt: „Der Bericht über „vorgenommene Kassastürze hat sich jeweilen auf alle mit Führung einer Kasse betraute Gemeindebeamtete oder Angestellte zu „erstrecken.“ Ein erster Kassasturz in Ausführung dieses Auftrages wurde bei Tobler am 16. Januar 1903 vorgenommen, durch den Gemeindepräsidenten Wydler und den Abgeordneten der Rechnungsprüfungskommission, Verwalter Vebi. Hierbei wurde dem Tobler die Visitation einige Tage vorher angezeigt. Bei der Visi-

tation vom 16. Januar bemerkte Wydler, daß Kassa- und Kassabuch nicht übereinstimmten; Wydler stellte dem Tobler 400 Fr. zu; der Kassasturz wurde am betreffenden Abend nicht vorgenommen; Wydler unterzeichnete den Bericht pro forma; Kassasturz fand dann erst zwei Tage nachher durch Vebi statt, wobei Kasse und Kassabuch sich deckten. Die Revisoren bemerkten lediglich: „Die Kassa-Kontrolle ist monatlich abzuschließen und der Saldo „vorzutragen“; die Gemeindebehörde — mit Wydler als Präsidenten — genehmigte den Bericht. Ein zweiter Kassasturz fand am 22. Juli 1903 statt. Kassa und Kassabuch stimmten; die Revisoren Wydler und Bockhorn bemerkten: „in Ordnung“, der Bericht wurde genehmigt. Der dritte Kassasturz, am 16. Januar 1904, wiederum durch Wydler und Bockhorn, zeigte, daß die Kasse Quittungen für Zahlungen per Gemeindegut enthielt; sie stimmte mit Hinzurechnung dieser mit dem Kassabuch. Der Bericht bemerkte: „In bester Ordnung. — Die Bezahlung von „Rechnungen durch die Gemeinderatskanzlei sollte unterbleiben, „resp. diese sollte die eingenommenen Gelder dem Gemeindeguts-„verwalter abliefern und von diesem letztern alle Auszahlungen „besorgt werden.“ Dieser Bericht wurde namens des Gemeinderates von Wydler und Tobler ohne weitere Bemerkungen genehmigt. Unter dem 18. Juni 1904 sandte die Schulpflege Albisrieden dem neuen Gemeindepräsidenten, Haller, ein Verzeichnis der noch ausstehenden Steuerzahlungen ein, wonach die Kanzlei noch 3200 Fr. 15 Cts. schuldete und gab dem Bezirksrat hievon Kenntnis; am 21. Juni forderte der Bezirksrat den Gemeinderat zur Einsendung der Vernehmlassung auf. Der Gemeinderat bestellte hierauf eine Rechnungsprüfungskommission. Diese, bestehend aus Jul. Streuli und A. Rosenberger, erstattete ihren Bericht noch am gleichen Tage an den Gemeindepräsidenten Haller. Sie teilte mit, daß sie nach genauer Durchsicht des vom Gemeindegutsverwalter geführten Kassa-Kontrollbuches und des Staatssteuerregisters einen Manko von 5669 Fr. 45 Cts. entdeckt hätte, einzig aus Staatssteuern; es werde nun die Untersuchung auf die andern von Tobler geführten Kassen auszudehnen sein; „letzteres kann uns umsoweniger zugemutet werden, als die bereits „besorgte Arbeit schon eine mühselige und zeitraubende war und

„es nur einer ebenso ungenügenden und oberflächlichen Kontrolle „zuzuschreiben ist, wenn die in der Kasse des Gemeindegutsverwalters „herrschende Unordnung und Leere nicht schon längst entdeckt und „zur Kenntnis gebracht wurde.“ Der Gemeinderat sandte am 23. Juni seine Vernehmlassung ein, bemerkend, Tobler sei seit 3—4 Tagen nicht mehr zu treffen gewesen; am gleichen Tage erstattete dann der Bezirksrat Strafanzeige, der sich in der Folge auch der Gemeinderat anschloß. Ein Gesuch des Gemeinderates von Albisrieden, es möge ein Teil des aus der Nichtablieferung von Staats- und Brandasssekuranzsteuern herrührenden Defizits vom Staat übernommen werden, hat der Regierungsrat mit Beschluß vom 18. August 1904 abgewiesen, unter Hinweis auf die vielen Vermahnungen, auf die Kenntnis des Gemeinderates daß von, daß der Steuerbezüger die Steuern nicht rechtzeitig an die Staatskasse abliefern und die Unterlassung gehöriger Überwachung; „es rechtfertigt sich nicht“ — lautet eine Erwägung —, „aus „Staatsmitteln Beiträge an Gemeindegutsverwalter zu ver-„abreichen, wenn die Entstehung dieser Defizite lediglich dem „Mangel an Vorsicht und Energie der Gemeindebehörden ent-„springt.“

4. Die Kompetenz des Bundesgerichts ist auch hinsichtlich des anzuwendenden Rechtes (dem einzigen allfällig zweifelhaften Punkte) gegeben, insofern, als das Rechtsverhältnis als solches, aus dem die Klägerin ihre Ansprüche herleitet — die Amtsbürgerschaft — nach ständiger Praxis des Bundesgerichts als ein Institut des Zivilrechts zu betrachten ist und demnach den Normen des eidgenössischen Privatrechts untersteht, soweit nicht Bestimmungen des öffentlichen Rechts über die Stellung der Beamten des Staates und der Gemeinden, wie der Bürger in Frage kommen. Wie weit letzteres der Fall ist, ist bei Behandlung der einzelnen der Klage entgegengehaltenen Einwendungen zu prüfen; für die Kompetenz des Bundesgerichts und demnach das Eintreten in die Sache selbst genügt es, festzuhalten, daß das Bundesgericht die Amtsbürgerschaft als solche an sich in feststehender Praxis als Institut des eidgenössischen Privatrechts behandelt hat. (Vergl. BGE 15 S. 508 ff.; 19 S. 462 ff.; 23 S. 349 ff., spez. 361 Erw. 1 — alles Fälle, die es als erste und einzige

Zivilgerichtsinstanz zu beurteilen hatte; sodann aber auch BGG 32 II S. 438, wo es, als Berufungsinstanz, ohne weiteres auf die Berufung eingetreten ist, es sonach die Anwendbarkeit des SDR angenommen hat. (Vergl. auch Hafner, Komm., 2. Aufl. Anm. 7 zu Art. 489.)

5. Was nun die erste Einwendung der Beklagten: den Mangel genügender Beaufsichtigung des Gemeindefchreibers durch den Amtsherrn betrifft, so hat das Bundesgericht es wiederholt (in den angeführten Präjudizien) als aus dem Wesen der Amtsbürgerschaft folgenden Satz (des eidgenössischen Rechts) erklärt, daß die Amtsbürge von ihrer Zahlungspflicht dann frei seien, wenn der Amtsherr durch vorsätzliche oder grobfahrlässige Verletzung seiner Kontrollpflichten die Entstehung des Schadens selbst verschuldet hat; daß aber andererseits die Amtsbürge ein gewisses Risiko auf sich genommen haben, gegen das der Amtsherr sich eben decken will, und daß letzterer nicht für Vollkommenheit seiner Kontrolleinrichtungen haftet. Diese Grundsätze sind auch der Beurteilung des vorliegenden Falles zu Grunde zu legen. Danach wirkt die gedachte Einwendung der Beklagten zwei Fragen auf: ob erstens die Klägerin den bestehenden Kontrollvorschriften nachgelebt habe und ob zweitens abgesehen hiervon die Kontrollorgane derart nachlässig vorgegangen seien, daß nach jenem aufgestellten Grundsatz die den Amtsbürge gegenüber bestehende Kontrollpflicht als verletzt erscheine, diese somit von ihrer Haftung frei seien. Wenn nun in jener ersten Frage die II. Instanz, im Gegensatz zur I., die kantonale Verordnung betreffend das Rechnungswesen der Gemeinden, vom 28. November 1889, auf die Gemeindefchreiber nicht anwendbar erklärt und daher eine Verletzung dieser Verordnung bis anfangs des Jahres 1903 — den Zeitpunkt, da der Bezirksrat die Nachachtung der Verordnung auf den Gemeindefchreiber Tobler anbefahl — verneint hat, so ist das Bundesgericht an diesen Entscheid gebunden; denn es handelt sich hierbei um das Bestehen, die Anwendung und die Auslegung einer kantonalen Rechtsnorm, deren Nachprüfung dem Bundesgericht (als Berufungsinstanz) entzogen ist. Die Fragen, welche Normen über die Kontrolle gewisser Beamter bestehen, ob sie auf eine gewisse Kategorie von Beamten anwendbar seien, ob daher

in der Außerachtlassung der Vorschriften eine Verletzung liege, sind alle von demjenigen Rechte, dem der betreffende Beamte untersteht, hier also vom kantonalen Recht, geregelt. Verbindlich ist danach für das Bundesgericht auch der Entscheid der Vorinstanz, daß von Anfang des Jahres 1903 an eine Verletzung jener Kontrollvorschriften stattgefunden habe. Der Verstoß gegen diese Verordnung, speziell die Art und Weise, wie der erste Kassasturz vorgenommen wurde, schließt aber auch vom Standpunkte des eidgenössischen Rechtes aus ohne weiteres eine grobe Fahrlässigkeit der Kontrollorgane in sich, die die Bürge befreit; es kann hierüber des nähern auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden, die zutreffend bemerkt, zu einer verschärften Kontrolle hätte Anlaß gegeben: das Ergebnis der ersten Visitation; die wiederholten Mahnungen der Staatsbuchhaltung; das Gesuch des Beklagten Bockhorn um Entlassung aus der Bürgerschaft im Frühjahr 1903; die fortwährende ökonomische Bedrängnis des Tobler, „von der die Organe der Klägerin gerade durch den Beklagten Bockhorn als Betreibungsbeamten, Vermieter des Tobler, „und nachheriges Mitglied der Rechnungsprüfungskommission, „unzweifelhaft Kenntnis erhalten hatten, wenn ihnen solche nicht „auch von anderer Seite sollte zugekommen sein“. Auch darin ist der Vorinstanz beizustimmen, daß der Kausalzusammenhang zwischen der grobfahrlässigen Kontrolle und dem eingetretenen Schaden vorhanden ist. Die Vorinstanz geht hierbei von dem Grundsatz aus, zur Herstellung des Kausalzusammenhanges genüge es, wenn es durch eine richtige Kontrolle gar wohl möglich war, den Schaden zu vermeiden“. Dieser Grundsatz ist nicht zu beanstanden; wenn aber die Vorinstanz weiter die Folgerung zieht, das sei der Fall, so erscheint das ebenfalls als zutreffend. Als tatsächlich festgestellt hat jedenfalls zu gelten, daß der Schaden schon anfangs 1903 „wohl 8000 Fr.“ betrug und daß Tobler die Unterschlagungen nur deshalb fortsetzte und fortsetzen konnte, weil die Kontrolle so mangelhaft war. Das ergibt sich auch aus den Verhören Toblers, auf welche die Vorinstanz ein großes Gewicht legt. Darnach ist nur noch zu prüfen, ob die Bürge, wie sie vor Bundesgericht namentlich geltend machen, nicht auch für die Zeit bis anfangs 1903 frei seien, wegen grobfahrlässiger

Bernachlässigung der Aufsichtspflichten. Bei Prüfung dieser Frage ist, nach dem gesagten, davon auszugehen, daß eine besondere Kontrollpflicht, speziell auch im Sinne der zitierten Verordnung, nicht bestand, und es fragt sich daher nur, ob nicht aus allgemeinen Grundsätzen eine erhöhte Kontrolle zu folgern war und als Pflicht der Gemeindeorgane erschien. Nun ist nicht zu verkennen, daß von Anfang an verschiedene Umstände vorlagen, welche die Gemeindebehörden zu vermehrter Aufmerksamkeit gegenüber Tobler veranlassen mußten. Dahin gehören: die Warnung seitens des Kern an Wydler, die nach verbindlicher Feststellung der Vorinstanzen bald nach der Wahl erfolgte; die Kenntnis der Gemeinderäte oder wenigstens einzelner von ihnen von der finanziellen Bedrängnis des Tobler; endlich die wiederholten Mahnungen seitens der Staatsbuchhaltung. Indessen kann in der Nichtanordnung besonderer Maßnahmen trotz dieser Umstände doch nicht eine grobe Fahrlässigkeit erblickt werden, wenn folgendes in Berücksichtigung gezogen wird: Die Stellung der Gemeindeorgane ist in dergleichen Fällen eine etwas andere als die der Organe des Staates. Der Staat ist in der Lage, durch seine Gesetze und Verordnungen, die er sich selbst gibt, für richtige Kontrolleinrichtungen und für richtiges Funktionieren dieser Einrichtungen zu sorgen; die Gemeinde dagegen, und so auch ihre Organe, hängen von den vom Staate getroffenen Einrichtungen ab, und diese Stellung bringt es mit sich, daß sie sich zum Teil auf die staatliche Kontrolle verlassen und annehmen, der Staat werde von sich aus einschreiten. Die Verantwortlichkeit der Gemeindeorgane ist danach eine schwächere als die der Staatsorgane und es ist bei der Frage des Verschuldens an sie ein weniger strenger Maßstab anzulegen; Pflichtverletzungen, und so auch schweres Verschulden, liegen nur vor, wenn sie gegen positive Kontrollvorschriften verstoßen oder bei ganz ausnahmsweisen Verhältnissen die gewöhnliche Vorsicht und Sorgfalt außer Acht lassen. An diesem Maßstabe gemessen kann nun in der laxen Aufsicht der Gemeindebehörden bis anfangs 1903 eine grobe Fahrlässigkeit nicht gefunden werden, denn: Die wiederholten Mahnungen der Staatsbuchhaltung, die Steuern abzuliefern, mußten die Gemeindebehörde nicht notwendig auf den Verdacht von Unterschlagungen bringen; sie konnten vielmehr sehr wohl annehmen, die

Nichtablieferung der Steuern habe ihren Grund in der lässigen Steuereinzahlung und -bezahlung, wie es denn nach der Aussage von Bebi (im Zivilprozeß) mit dem Steuerbezug nicht sehr energisch zugeing. Ebensovienig mußte die finanzielle Bedrängnis des Tobler bei den Gemeindebehörden bei einiger Aufmerksamkeit den Verdacht von Unterschlagungen aufkommen lassen; denn da die Beklagten diese Verhältnisse, nach verbindlicher Feststellung der Vorinstanz, kannten und trotzdem die Bürgschaft eingingen, so war ein Verdacht nicht so nahe liegend, umsoweniger, als in dieser Beziehung gegen Tobler gar nichts vorlag und er bei der Wahl gute Zeugnisse aufzuweisen hatte. So läßt es sich erklären, daß während der ersten 1 1/2 Jahre der Amtstätigkeit Toblers eine besondere Beaufsichtigung seiner Geschäftsführung, im Sinne der Kontrolle der eingehenden, der abgelieferten, der gebuchten und der nicht gebuchten Steuern, unterblieb.

6. Die unter den Parteien weiter diskutierte und von den Vorinstanzen verschieden beantwortete Frage: ob Tobler als Gemeindegemeinderat auch die Gemeindesteuern und Vermessungsgebühren einzuziehen gehabt habe und ob sich die Bürgschaft auch auf diese Tätigkeit Toblers erstrecke, ist vom Bundesgericht nicht nachzuprüfen, da sie von der Vorinstanz in Anwendung kantonaler Rechtsnormen entschieden worden ist und zu entscheiden war.

7. Trifft sonach die Einrede grober Vernachlässigung der Aufsichtspflichten für die Zeit bis anfangs 1903 nicht zu, so fragt es sich für die Haftbarkeit der Beklagten — vom Beklagten Aberkündigung abgesehen —, ob der eingeklagte Schaden, auf den die Bürgscheine lauten, bis zu jenem Zeitpunkt, für den danach die Beklagten haften, eingetreten sei, was die Beklagten annehmen. Die Vorinstanz hat den Beklagten den Beweis für ihre Behauptung auferlegt. Die Richtigkeit dieser Verteilung der Beweislast mag dahingestellt bleiben; denn ausschlaggebend für das Bundesgericht ist, daß die Vorinstanz, gestützt auf die Aussagen Toblers, die Annahme zu Grunde legt, die Unterschlagungen hätten bis anfangs 1903 den Betrag von 8000 Fr. überschritten. Hierin liegt eine tatsächliche Feststellung, die nicht aktenwidrig ist (die Glaubwürdigkeit Toblers ist vom Bundesgericht nicht nachzuprüfen) und die daher das Bundesgericht bindet.

8. Die Frage, ob der Beklagte Bockhorn durch den Eintritt des Beklagten Aberli entlassen worden sei, spielt nach den bisherigen Erörterungen keine Rolle; denn Bockhorn behauptet selbst nicht, mit Rückwirkung auf den Anfang der Amtsdauer Toblers, sondern nur vom Eintritt Aberlis an frei geworden zu sein; von diesem Zeitpunkt an ist aber die Haftbarkeit aller Beklagten zu verneinen.

9. Hinsichtlich des Beklagten Aberli endlich ist der Vorinstanz beizustimmen, und zwar lediglich unter Hinweis auf den ganz gleichen Fall Huber und Genossen gegen Staat Zürich, Urteil des Bundesgerichts vom 6. Juli 1906, BGG 32 II Erw. 4 S. 448 ff.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufungen der Beklagten werden abgewiesen, und das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. März 1908 wird in allen Teilen bestätigt.

IV. Organisation der Bundesrechtspflege.

Organisation judiciaire fédérale.

62. Urteil vom 11. September 1908

in Sachen Burkhardt, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen Schiltknecht,
Kl. u. Ber.-Bekl.

Widerruf einer Prozessvollmacht; Wirkung für die Berufung. — Berufung der Nebenparteien, Art. 66 OG. Sie muss die Berufungsanträge und beim schriftlichen Verfahren die schriftliche Begründung enthalten (Art. 67 Abs. 2 und 4 OG).

Das Bundesgericht hat
da sich ergeben:

A. Durch Urteil vom 30. Mai 1908 hat das Obergericht des Kantons Thurgau in der Appellation der Beklagten gegen das Urteil des Bezirksgerichts Mönchwilien vom 19. Dezember 1907 über die Rechtsfrage:

Ist die Appellantschaft pflichtig zu erklären, zur Bestellung des in Sachen der Rebberg-Korporation Eschlikon vertraglich vorgesehenen Schiedsgerichts durch Bezeichnung eines Schiedsrichters mitzuwirken? —

erkannt:

Sei die Rechtsfrage bejahend entschieden.

B. Unter dem 19. Juni 1908 hat Advokat Pf. gegen dieses Urteil die Berufung an das Bundesgericht erklärt und zwar „Namens der Hulda Burkhardt, Erbin der Beklagten Witwe Burkhardt“. Er hat den Antrag gestellt:

Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und demgemäß die Klage ohne weiteres abzuweisen, eventuell die Streitfache behufs Aktenvervollständigung und erneuter Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Der Berufungserklärung war eine begründende Rechtschrift beigelegt, indem der Vertreter der Berufungsklägerin bemerkte, der Streitwert betrage 2000—4000 Fr.

C. Ebenfalls unter dem 19. Juni 1908 hat Advokat Pf. sodann folgende Eingabe an die Obergerichtskanzlei des Kantons Thurgau gemacht:

„Nachdem in der Benefiz-Inventur über den Nachlass der „Witwe G. Burkhardt in Eschlikon und ebenso im Konkurs des „Emil Burkhardt dortselbst die Erben des Vorstehers Schiltknecht „eine Forderung von 8887 Fr. nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 1907 angemeldet und bei beiden Anlässen den Regress auf „die übrigen Erben des G. Burkhardt gewährt haben, erkläre ich „sowohl in eigenem Namen wie in demjenigen der nachstehenden „Erben:

„a) W. Burkhardt-Keller in Zürich,

„b) Fritz Moser-Burkhardt in Zürich und

„c) W. Schurter-Burkhardt in Sirmach,

„nach Maßgabe des § 31 der thurgauischen ZPD, Art. 66 und „85 OG und Art. 13 der eidgen. ZPD der durch Hulda Burkhardt erklärten Weiterziehung an das Bundesgericht mich anzuschließen und an deren Seite in den durch die beiden Witwen „Schiltknecht angestregten Prozeß als Litisdennunziaten einzutreten.“

Eine Rechtschrift ist dieser Erklärung nicht beigegeben.