

Dans cette situation, l'instance cantonale a admis à bon droit que la demanderesse était autorisée à résilier unilatéralement le contrat, soit en raison de la violation par les défendeurs des charges assumées à teneur du contrat, soit en raison de justes motifs qui rendaient intolérable la continuation de la vie en commun.

La seule question discutable est de savoir si, comme les recourants le demandent aujourd'hui, il convient, au lieu d'annuler le contrat, de prononcer la suspension de la vie commune et d'allouer à la créancière une rente viagère à titre de compensation (art. 527 al. 3). Le juge pouvant prendre d'office cette mesure, les conclusions des recourants ne sont pas tardives et irrecevables. Mais les circonstances du cas ne justifient pas cette solution intermédiaire. La demanderesse s'y oppose d'ailleurs, et, d'après les règles généralement admises, il faut tenir compte de cette opposition, puisque la faute prépondérante de la rupture incombe aux défendeurs, et que ceux-ci ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes si le contrat est résilié prématurément. En outre, le juge doit se garder de convertir l'entretien en rente, lorsqu'il n'a pas l'assurance que le débiteur sera en état de servir cette rente. Cela résulte de la nature même des prestations du débiteur, qui sont d'une durée indéterminée, et dont dépendra souvent la subsistance du créancier. Or, les défendeurs ne fournissent et n'offrent même aucune garantie, ni personnelle, ni réelle. Enfin, pour calculer la rente correspondante au capital cédé, on doit tenir compte, entre autres facteurs, de la durée probable de la vie de l'ayant droit. La demanderesse étant âgée de 82 ans, la rente annuelle serait si élevée que, pour près de 2 ans d'arriérés, les débiteurs devraient payer immédiatement une somme considérable, soit environ 10 000 fr., ce qui serait manifestement contraire à leur intérêt, la fortune qu'ils ont reçue se montant au total à 16 250 francs.

Il n'y a dès lors aucune raison de convertir l'entretien en rente.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral
rejette le recours et confirme l'arrêt attaqué.

73. Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. Oktober 1928

i. S. Baumgartner gegen Darlehenskasse Frauenfeld.

Bürgschaft. Art. 509 Abs. II OR.

Anwendbarkeit auf Fälle, wo der Hauptschuldner sich in privater Dienststellung befindet (Erw. 1).

Tragweite der Bestimmung, speziell bei Bürgschaft für treue Pflichterfüllung seitens des Kassiers einer kleineren Darlehenskasse nach System « Raiffeisen ». Abweisung der Bürgschaftsklage wegen grober Vernachlässigung der Rücksichten, die der Gläubiger gegenüber dem Dienstbürgen hat (Erw. 2 bis 5).

A. — Die klägerische Genossenschaft betreibt eine Darlehenskasse nach dem System « Raiffeisen » im Bezirk Frauenfeld. Nach Art. 29 der am 23. Januar 1922 aufgestellten Statuten wird ihr Betriebskapital, ausser den Beiträgen der Genossenschafter, aus Anleihen, Einlagen auf Sparkassabüchlein, auf Obligationen, Kontokorrentbüchlein und Depositengeldern gebildet. Laut Art. 10 verwaltet die Genossenschaft ihre Angelegenheiten durch den Vorstand, welcher aus 3 bis 7 Mitgliedern besteht, den Kassier, den Aufsichtsrat und die Generalversammlung. In Art. 16 wird der Vorstand als der eigentliche Leiter bezeichnet, und es ist dabei näher bestimmt, dass der Präsident, der Vizepräsident und der Aktuar je zu zweien die rechtsverbindliche Unterschrift führen. Der Vorstand sei dafür verantwortlich, dass die Statuten, das Geschäftsreglement, die Beschlüsse des Aufsichtsrates und der Generalversammlung in der Geschäftsführung beachtet werden. In Art. 17 ist gesagt, der Vorstand

habe insbesondere Pflicht und Vollmacht : (lit. c) über alle Einnahmen und Ausgaben, über Bewilligung von Darlehen usw. unter Beiziehung des Kassiers zu beraten und zu beschliessen ; (lit. d) die Buchführung, das Kassa- und Rechnungswesen zu beaufsichtigen, die monatlichen Kassenabschlüsse zu prüfen und auf sichere verzinsliche Anlegung der Kassenbestände zu halten. Die Stellung des Kassiers ist in Art. 19 und 20 wie folgt umschrieben :

Art. 19 : Der Kassier wird von der Generalversammlung auf zwei Jahre gewählt und kann weder Mitglied des Vorstandes, noch des Aufsichtsrates sein. Derselbe hat für pünktliche Geschäftsführung durch Bürgschaft oder Faustpfand Sicherheit zu leisten und wird für Mühewalt in Form eines Fixums angemessen besoldet...

Art. 20 : Dem Kassier liegt ob :

a) Die sämtlichen Einnahmen und Ausgaben der Genossenschaft auf Grund der Beschlüsse des Vorstandes pünktlich zu bewirken.

b) Die Bücher zu führen und die Kassenbestände und die Wertpapiere aufzubewahren.

c) Am Schlusse des Rechnungsjahres die Bücher abzuschliessen und spätestens bis je 1. März dem Vorstand Bilanz und Rechnung des vergangenen Jahres samt Belegen und Vermögensnachweis vorzulegen.

In dem ebenfalls am 23. Januar 1922 aufgestellten Geschäftsreglement ist u. a. bestimmt :

Art. 6 : Die Kautions des Kassiers wird auf 10,000 Fr. festgesetzt.

Im Hinblick auf die Aufnahme von Geldern gegen eigene Obligationen der Darlehenskasse hatte die Genossenschaft einen Stock von Formularen, nach Art der gebräuchlichen Anleiheobligationen.

B. — Als Kassier wurde Benedikt Diethelm-Sprenger von Galgenen, in Frauenfeld, gewählt. Gemeinsam mit zwei andern Bürgen unterzeichnete der Beklagte Baumgartner am 15. Februar 1922 folgenden Bürgschein :

« Die Unterzeichneten verpflichten sich hiemit als Bürgen und Selbstzahler, der Darlehenskasse Frauenfeld für den Herrn Benedikt Diethelm-Sprenger, welchem die Stelle eines Kassiers der Darlehenskasse Frauenfeld anvertraut ist, für getreue Erfüllung der ihm übertragenen oder noch zu übertragenden Verpflichtungen zu haften und für daherige Entschädigungsforderungen bis auf den Betrag von 10,000 Fr. gutzustehen und zwar solidarisch, so dass es der Verwaltung der Darlehenskasse Frauenfeld freistehen soll, zuerst den Hauptschuldner oder unmittelbar die Bürgen einzeln oder gemeinschaftlich für die Entschädigungsforderung bis auf den Betrag von 10,000 Fr. zu belangen. Diese Erklärung gilt für die ganze Dauer der Anstellung des Herrn B. Diethelm-Sprenger als Kassier der Darlehenskasse. »

Diethelm starb am 28. Juni 1927 plötzlich. Eine unmittelbar nach dem Tode vorgenommene Interimsrevision ergab ein Kassamanko von 1475 Fr. 90 Cts. Laut dem Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 19. Juni 1928 steht fest, dass Diethelm eine Anzahl von Obligationen, im ganzen 19 Stück, doppelt ausgestellt und die Duplikate zu betrügerischer Erhebung von Geld verwendet hat. Es müsse angenommen werden, dass Präsident und Aktuar der Darlehenskasse gelegentlich Obligationen, welche ihnen durch den Kassier zur Unterzeichnung unterbreitet wurden, unterschrieben haben, bevor die Obligationen numeriert waren, oder ohne dass sie jeweilen bemerkten, dass ihnen zwei Obligationen mit derselben Nummer vorgelegt wurden. Die Duplikate habe Diethelm mittelst eines in seinem Nachlass vorgefundenen, nachgemachten Stempels numeriert. Insgesamt sei der Kasse aus den unredlichen Handlungen des Kassiers ein Schaden von 37,195 Fr. 45 Cts. erwachsen, mit welchem Betrage sie im Konkurs der Hinterlassenschaft des Diethelm in 5. Klasse kolloziert worden sei.

C. — Nachdem sich der Solidarbürge Schnetzer mit der Darlehenskasse in dem Sinne abgefunden hatte, dass

er seine Haftung bezüglich der auf ihn entfallenden Hälfte der Bürgschaftssumme von 5000 Fr. anerkannte, erhob diese mit der vorliegenden Klage gegen den heutigen Beklagten das Rechtsbegehren, derselbe sei zu verurteilen, ihr auf Grund der Bürgschaft 5000 Fr. zu bezahlen, nebst Zins.

D. — Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, indem er u. a. geltend machte, die Klägerin sei nach Art. 509 Abs. II OR für den entstandenen Schaden verantwortlich, weil sie die nötige Aufsicht über Diethelm unterlassen habe.

E. — Beide kantonalen Instanzen, das Obergericht mit Urteil vom 19. Juni 1928, haben die Klage in vollem Umfange gutgeheissen.

F. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Anträgen, es sei die Klage abzuweisen, eventuell nach Abnahme der angebotenen Beweise, vor allem einer banktechnischen Expertise über die Frage, ob die Aufsicht über Kassier Diethelm, zu welcher die Klägerin nach Art. 509 Abs. II OR verpflichtet war, angewendet worden sei oder nicht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Mit Recht hat die Vorinstanz angenommen, dass sich Art. 509 Abs. II OR, auf welchen sich der Beklagte zu seiner Befreiung beruft, nicht bloss auf die eigentliche Amtsbürgschaft, sondern auch auf die Dienstbürgschaft im allgemeinen beziehe, also insbesondere auf die Fälle, wo derjenige, für welchen gebürgt wird, sich nicht in amtlicher, sondern, wie hier, in privater Dienststellung befindet. Darüber kann nach dem Wortlaut des Art. 509 Abs. II OR kein Zweifel bestehen, und auch nicht nach dem Sinne der Bestimmung; denn dieselbe ist ein Ausfluss des allgemeinen Grundsatzes, dass die Bürgschaft ein Vertrag ist, bei welchem beide Teile zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet sind, eine Auffassung, welche in der schweizerischen Gerichts-

praxis bereits unter dem bisherigen Rechte gegolten hatte und die auch im gemeinen Recht herrschend war (vgl. BGE 38 II 615; OSER, Anm. 4 zu OR Art. 509; HAFNER, Anm. 2 zu aOR Art. 492; DERNBURG, Bürg. Recht, § 290 III, Pand. II § 82; WINDSCHEID, Pand. II § 478, Anm. 10, sowie STOOSS, Diligenz des Gläubigers in Zeitschr. d. bern. Jur.-Ver. 47 S. 480).

2. — Da die Bestimmung des Art. 509 Abs. II OR, wie auch bereits OSER, a.a.O. hervorgehoben hat, nur ein besonderer Anwendungsfall des in Art. 2 ZGB ausgesprochenen allgemeinen Grundsatzes ist, darf man die Einrede des Bürgen nicht von vorneherein auf die Fälle beschränken, wo es speziell der Mangel der erforderlichen Aufsicht gewesen ist, welcher den Schaden ermöglicht hat, sondern muss sie überall da zulassen, wo die Ursache der Schädigung in einem Geschäftsgebaren des Dienstherrn lag, welches mit den Anforderungen an den Betrieb eines ordentlichen Kaufmannes schlechterdings nicht mehr vereinbar ist; denn auf ein Mindestmass von Diligenz in der Geschäftsgebarung des Dienstherrn muss sich der Dienstbürge verlassen können, indem er ja grundsätzlich nur für die Pflichterfüllung des Angestellten, nicht auch für die Leistungsfähigkeit des Prinzipals, mit seiner Bürgschaft einstehen will. Hat dieser dem Dienstpflichtigen in sorglosem Gehenlassen Kompetenzen zugestanden, die ihm nach dem Dienstverhältnis nicht zukamen und deren Einräumung der Bürge vernünftigerweise kaum ahnen konnte, so verstösst es gegen den Sinn des Vertrages und gegen Treu und Glauben, wenn er aus Schädigungen, die hieraus erwachsen sind, den Bürgen haftbar machen will.

3. — In der vorliegenden Bürgschaftsurkunde wird die Anstellung des Diethelm, bezüglich welcher die Bürgen für treue Pflichterfüllung haften, ausdrücklich als diejenige eines Kassiers (nicht eines « Verwalters und Kassiers », wie es in der Klagebegründung heisst) bezeichnet. Die Bürgen haften also für die Betätigung

Diethelms als Kassier, und nicht darüber hinaus auch noch für eine weitere Verwaltungstätigkeit, welche nach dem Sprachgebrauch und den Gepflogenheiten des täglichen Lebens nicht mehr in den Pflichtenkreis eines Kassiers fällt, es wäre denn, dass in den Statuten der Genossenschaft selbst der Amtskreis des Kassiers weiter gefasst und ihm die Stellung eines die Leitung und Geschäftsführung besorgenden Organs eingeräumt wäre. Dem ist aber nicht so. Im Gegenteil bringen die Statuten geradezu eine scharfe Trennung zwischen der Stellung des Kassiers und derjenigen der Verwaltung zum Ausdruck, indem sie in Art. 19 bestimmen, dass der Kassier weder Mitglied des Vorstandes, noch des Aufsichtsrates sein könne. Die Gründe für die Unvereinbarkeit dieser Ämter sind einleuchtend; sie liegen in dem Bedürfnisse einer Aufsicht über den Kassier, welcher letzterer auf das eigentliche Kassawesen beschränkt sein soll, während umgekehrt die Geschäftsführung (also dasjenige, was man gewöhnlich unter der « Verwaltung » versteht), ausschliesslich dem Vorstand zugewiesen wird, welcher teils *in corpore*, teils durch einzelne seiner Mitglieder handelt. Aus den eigenen Angaben der Klägerin, wie auch aus den Feststellungen der Vorinstanz, ergibt sich nun aber, dass man den Kassier Diethelm tatsächlich schalten und walten liess, wie wenn er wirklich der Verwalter gewesen wäre, und ihm einen Spielraum in der Geschäftsgebarung der Kasse einräumte, welcher mit seiner statutarischen Stellung unvereinbar war.

4. — Selbst wenn man indessen Bedenken hegen würde, auf diesen Gesichtspunkt abzustellen, mit Rücksicht darauf, dass bei derartigen kleineren Darlehenskassen mit mehr ländlichen Verhältnissen die Funktionen des sog. Verwalters und des Kassiers oft in der nämlichen Person vereinigt sind und zwischen denselben mancherorts nicht genau unterschieden werden mag, so müsste doch unter allen Umständen der offenbare Mangel an einer den Verhältnissen angemessenen Beaufsichtigung

Diethelms durch den Vorstand zur Abweisung der Klage führen. Der Vorstand, welcher laut Art. 17 lit. c der Statuten über alle Einnahmen und Ausgaben zu beraten und zu beschliessen hat und demgemäss allein zur Aufnahme von fremden Geldern gegen Obligationen der Kasse befugt ist, durfte selbstverständlich die von ihm ausgestellten Obligationen nur gegen Bezahlung des Gegenwertes herausgeben lassen; er, bzw. seine zur Ausstellung legitimierten Mitglieder hatten daher die Pflicht, sich zu vergewissern, dass dies in jedem Falle geschehe, und dazu war notwendig, dass über die Ausstellung dieser Obligationen Buch geführt werde, sei es durch Protokollierung der Beschlüsse des Vorstandes, sei es durch Anlegung eines besonderen Verzeichnisses der ausgestellten Schuldscheine. Denn nur anhand einer solchen Kontrolle konnte mit Sicherheit festgestellt werden, dass die Gegenwerte der ausgestellten Obligationen restlos in die Kasse fliessen. Diese notwendige Aufsicht über die getreue Amtsführung des Kassiers wurde nun aber vollständig illusorisch gemacht, wenn man, wie es tatsächlich der Fall war, die Führung des Verzeichnisses der ausgegebenen Obligationen dem zu überwachenden Angestellten selbst überliess. Die Klägerschaft beruft sich darauf, dass die ausgestellten und ausgegebenen Obligationen bei ihr « in einem vom Verwalter und Kassier geführten Obligationenbuch eingetragen werden », und knüpft daran die Schlussfolgerung, dass, wenn sich ein Mitglied des Vorstandes vergewissern wollte, ob die von ihm unterzeichneten Obligationen eingetragen seien, der Eintrag nach Summe und Nummer mit den ihm vom Verwalter vorgelegten Obligationen übereinstimme. Allein dies traf nur für diejenigen Obligationen zu, für welche der Gegenwert der Kasse von dritter Seite wirklich zugeflossen war und welche der Kassier demzufolge in das Verzeichnis eingetragen hatte, nicht aber für die Schuldscheine, die von ihm unterschlagen wurden und nicht im Verzeichnis Aufnahme

fanden. Das von ihm geführte Obligationenbuch war also lückenhaft und die mit demselben bezweckte Kontrolle entsprach nicht den an eine pflichtgemässe Aufsicht zu stellenden Anforderungen. Ohne diesen, den Statuten und überdies jedem ordentlichen Geschäftsgebaren widerstreitenden Mangel an einer ernsthaften Überwachung Diethelms hätte dieser es vernünftigerweise nicht wagen dürfen, den zur Ausstellung der Obligationen befugten Organen für angeblich ein und dasselbe Rechtsgeschäft doppelte Schuldscheine zur Unterzeichnung zu unterbreiten, und daraufhin das eine Doppel für sich zu verwenden.

5. — Dass das Verhalten der Organe der Genossenschaft, für welches diese letztere einzustehen hat, eine grobe Vernachlässigung der Rücksichten darstellt, die der Gläubiger dem Dienstbürgen gegenüber hat, dürfte kaum in Zweifel gezogen werden, und es braucht deshalb die Streitfrage, ob der Gläubiger dem Bürgen gegenüber für jedes Verschulden oder nur für Arglist und grobe Fahrlässigkeit einzustehen habe, im vorliegenden Falle nicht entschieden zu werden (vgl. hiez u OSER, a.a.O., sowie BGE 48 II 95 f.). Ob der Beklagte als Bürge die Statuten der Klägerin selber gelesen habe, fällt nicht entscheidend in Betracht; denn erstens war die Genossenschaft in jedem Falle ihm gegenüber verpflichtet, dieselben zu beachten, und zweitens liegt, ganz abgesehen von den Statuten, eine Geschäftsgepflogenheit der Organe der Kasse vor, deren Risiken mitzuübernehmen nach Treu und Glauben nicht als Vertragsmeinung dem Bürgen unterstellt werden darf.

Bei der Beurteilung des Geschäftsgebarens der Organe der Klägerin ist gewiss mit der Vorinstanz dem Umstand in billiger Weise Rechnung zu tragen, dass es sich, wie sie ausführt, um eine kleinere Darlehenskasse handelt, deren Vorstandsmitglieder landwirtschaftlichen und gewerblichen Kreisen angehören und über spezielle Bank- oder eigentliche kaufmännische Kenntnisse nicht ver-

fügen. Ein Bankinstitut, das sich mit ungenügend qualifizierten Organen versieht, hat jedoch die damit verbundenen Gefahren in erster Linie selber zu tragen, und darf sie nicht einfach auf den Dienstbürgen abwälzen, welcher berechtigt ist, bei der Organisation und dem Betrieb eines, wenn auch kleinen und bescheidenen Bankunternehmens einigermaßen geordnete Verhältnisse vorauszusetzen. Auch kann nicht eingewendet werden, dass dem Beklagten, als er sich verbürgte, die Zustände, wie sie bei der Klägerin herrschten, bekannt sein mussten, da ja die Bürgschaft unmittelbar nach Gründung der Genossenschaft eingegangen wurde.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird begründet erklärt und, in Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 19. Juni 1928, die Klage abgewiesen.

74. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung
vom 24. Oktober 1928

i. S. Klüpfel gegen « Die Schweiz ».

Ist die Untermiete vertraglich in dem Sinne beschränkt, dass sie der Zustimmung des Vermieters bedarf, so spricht die Vermutung dafür, dass auch die Zulässigkeit einer Abtretung des Mietvertrages von der Erfüllung dieser Bedingung abhängig gemacht ist. Behandlung der Abtretung der Miete im alten und im neuen OR. Nachträgliche Genehmigung derselben durch den Vermieter ?

A. Am 25. Mai 1925 vermietete die Klägerin der Union Cinéma A.-G. in St. Gallen das Erdgeschoss ihres Hauses Unterer Graben 1 für den Betrieb eines Kinematographentheaters. Der Mietvertrag bestimmt u. a. (Art. 2), dass eine Untermiete nur zulässig sei, wenn der Vermieter ihr zustimme sowie dass bei vertragswidrigem Verhalten des Mieters der Vermieter den Vertrag jederzeit, ohne