

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 widerstehenden 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. hiezu 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

Entschädigung, auf sechs Monate kündigen könne (Art. 8).

Unterm 23. Januar 1928 kündigte der Vertreter der Klägerin namens derselben den Mietvertrag mit folgender, an den Berufungskläger A. Klüpfel in Zürich gerichteten Zuschrift:

« Als bevollmächtigter Anwalt der Versicherungsgesellschaft « La Suisse », Lausanne, habe ich Ihnen in Ihrer Eigenschaft als Verwaltungsrat der Union Cinéma A.-G., St. Gallen, zuhanden Ihrer Gesellschaft folgende Mitteilungen zu machen:

Nach Art. 8 des Mietvertrages ist die Vermieterin berechtigt, den Mietvertrag auf eine Frist von 6 Monaten aufzukündigen, wenn der Mieter den ihm durch den Mietvertrag überbundenen Verpflichtungen nicht regelmässig nachkommt. Ich stelle fest, dass Sie Ihren Verpflichtungen in mehrfacher Beziehung nicht nachgekommen sind. Eine gröbliche Missachtung des Mietvertrages liegt vor allem darin, dass Sie entgegen Art. 2 ohne Einverständnis, ja ohne Befragung meiner Klientin den Kino an Herrn O. Zuberbühler verkauft und ihm den Mietvertrag überbunden haben..... »

In der Tat hatte die Union Cinéma A.-G. durch Vertrag vom 21. September 1927 das Kinematographentheater für 35,000 Fr. an Otto Zuberbühler, Kinobesitzer in Burgdorf, verkauft, mit Wirkung ab 1. Oktober 1927. Im Vertrag war bestimmt, dass der Käufer den zwischen der Verkäuferin und der Klägerin bestehenden Mietvertrag « tale quale zu übernehmen habe, womit die Verkäuferin aller Verantwortung enthoben sei ».

In einem zweiten Verträge vom 31. Oktober 1927 (betitelt « Empfangschein ») bestätigte die Union Cinéma A.-G., von Zuberbühler durch Ernst Brunner in Zürich 7 in bar erhalten zu haben 25,000 Fr., « Rest des Kaufpreises von 35,000 Fr. laut Vertrag vom 21. September 1927 ». Dagegen verpflichtete sich Klüpfel sowohl namens der Union Cinéma A.-G. als in eigenem Namen, Ernst Brunner ohne weitere Vergütung die sämtlichen

5 Aktien der Union Cinéma A.-G. zu nom. 1000 Fr. zu Eigentum abzutreten.

B. Da die Parteien sich über die Auflösung des Mietvertrages nicht einigen konnten, hob die Klägerin am 23. Februar 1928 beim Handelsgericht des Kantons St. Gallen die vorliegende Klage an, mit dem Rechtsbegehren, der Mietvertrag vom 25. Mai 1925 sei zufolge Kündigung auf den 31. Mai 1928 (eventuell auf den 31. Juli 1928) als aufgelöst zu erklären.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und Klüpfel den Streit verkündet; dieser hat seinerseits auf gänzliche Abweisung der klägerischen Rechtsbegehren angetragen.

C. Mit Urteil vom 15. Mai 1928 hat das st. gallische Handelsgericht die Klage in dem Sinne gutgeheissen, dass der Mietvertrag per 31. Juli 1928 als aufgelöst erklärt werde.

D. Gegen dieses Urteil hat der Litisdenunziat Klüpfel die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

(3.) — Mit Recht hat die Vorinstanz die Kündigung als zulässig betrachtet, soweit sie sich auf Art. 2 in Verbindung mit Art. 8 des Mietvertrages stützt. Zwar bestimmt Art. 2 nur, dass die Untermiete der Zustimmung der Vermieterin bedürfe, während man es hier mit einer Abtretung des Mietvertrages zu tun hat. Allein wenn auch das rev. OR die in Art. 285 aOR enthaltene Vorschrift, dass die Abtretung der Miete als Untermiete behandelt werde, fallengelassen hat, weil erstere von letzterer rechtlich verschieden ist (vgl. BECKER, Anm. 2 zu OR 264), so ist doch im neuen Art. 264 die Zulässigkeit nicht nur der Untermiete, sondern auch der Abtretung der Miete an einen Dritten an die Bedingung geknüpft, dass dadurch nicht eine für den Vermieter nachteilige Veränderung bewirkt werde. Wird also die

Abtretung des Mietvertrages hinsichtlich ihrer Statt-
haftigkeit von Gesetzes wegen der Untermiete gleich-
gestellt, so spricht die Vermutung dafür, dass ein ver-
tragliches Verbot oder eine Beschränkung derselben
auch die Abtretung der Miete erfasse (vgl. BECKER,
a. a. O. Anm. 4, wo ausgeführt wird, das Verbot der
Untermiete richte sich sogar gegen Umgehungsgeschäfte
wie Gebrauchsleihe und Gesellschaft). Im vorliegenden
Falle wird diese Vermutung durch keinerlei Umstände
entkräftet; ja die Annahme, dass auch eine Abtretung
der Miete der Beklagten nur gestattet sein sollte, wenn
die Vermieterin damit einverstanden war, rechtfertigt
sich umsoher, als diese an den Betriebsergebnissen des
Kinematographentheaters mitbeteiligt war, indem die
Beklagte ihr einen bestimmten Prozentsatz der Brutto-
einnahmen als Mietzins zu entrichten hatte, so dass
ihr noch in erhöhtem Masse an der Vermeidung eines
Mieterwechsels gelegen sein musste. Die Beklagte hat
sich also durch den Verkauf des Kinematographen-
theaters an Zuberbühler ohne Einholung der Zustimmung
der Klägerin einer Vertragswidrigkeit schuldig gemacht,
welche dieselbe berechtigte, den Mietvertrag gemäss
Art. 8 auf 6 Monate zu kündigen.

Hieran vermochte die etwas später (31. Oktober 1927)
erfolgte Abtretung der Aktien der Beklagten nichts zu
ändern. Denn einmal herrschte jedenfalls in der Zwischen-
zeit ein vertragswidriger Zustand; ferner ist die Abtre-
tung nicht an Zuberbühler, sondern an Ernst Brunner
erfolgt, welcher zu Zuberbühler in einem nicht näher
abgeklärten Rechtsverhältnis stand. Endlich hat die
Vorinstanz mit vollem Rechte darauf hingewiesen, dass
es sich dabei um ein blosses Umgehungsgeschäft handelt,
indem die Abtretung der Aktien offenbar nur dazu
diente, die Verletzung des Verbotes der Untermiete zu
verschleiern.

Auch kann daraus, dass die Klägerin am 30. September
1927 eine Mietzinszahlung von Zuberbühler entgegen-
genommen hat, nicht gefolgert werden, sie habe die

Abtretung der Miete genehmigt. Abgesehen davon,
dass sie nach Art. 68 OR die Annahme nicht ablehnen
konnte, wird in der Quittung die Zahlung ausdrücklich
als « Mietzins der Union Cinéma A.-G. » bezeichnet,
und es hatte die Klägerin überdies zwei Tage zuvor ihrem
Erstaunen darüber Ausdruck gegeben, dass die Glasver-
sicherung ohne ihre Zustimmung auf Zuberbühler über-
tragen worden sei, was die Annahme, dass sie sich mit
der Abtretung abgefunden habe, vollends ausschliesst.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des
Handelsgerichts des Kantons St. Gallen vom 15. Mai
1928 bestätigt.

IV. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

75. Urteil der II. Zivilabteilung vom 21. September 1928
i. S. Schuler gegen Vormundschaftsbehörde Unterschächen.
ZGB Art. 377, ZivVerhG Art. 17, OG Art. 86, 87 :
Wegen Verweigerung der Überleitung der Vor-
mundschaft an die Vormundschaftsbehörde des
neuen Wohnsitzes des Mündels kann dieser nicht zivil-
rechtliche Beschwerden führen.

A. — Am 21. Juli 1928 hat der Regierungsrat des
Kantons Uri die Beschwerde der Josephine Schuler
gegen den Gemeinderat von Unterschächen abgewiesen,
bei welchem sie vergeblich um Überleitung der über
sie geführten Vormundschaft an die Behörde ihres
gegenwärtigen, angeblich mit stillschweigender Billigung
des Gemeinderates von Unterschächen gewählten Wohn-
sitzes Zürich nachgesucht hatte.

B. — Gegen diesen Entscheid des Regierungsrates
richtet sich die vorliegende an das Bundesgericht als
Zivilbeschwerdeinstanz gerichtete Beschwerde.