

s'expliquant par les considérations déjà relevées à propos de l'art. 21 CO. La décision attaquée doit ainsi être maintenue en ce qu'elle admet la rupture du contrat par le fait et la faute de la défenderesse, qui est ainsi tenue en principe à des dommages-intérêts.

4. — L'instance cantonale, tout en maintenant le principe d'une indemnité, a par contre fait application en la cause de l'art. 163 al. 3 CO, d'après lequel le juge doit réduire la clause pénale convenue, lorsqu'il estime que la somme est prévue excessive; il a en conséquence abaissé à 3000 fr. le chiffre de 5000 fr. prévu au contrat. La défenderesse conclut subsidiairement à ce que cette somme soit réduite dans une plus large mesure encore; l'intimé n'a pas recouru sur ce point, ni contesté l'application en la cause de la disposition susvisée. La seule question est donc de savoir si la réduction ordonnée par l'instance cantonale est suffisante ou non en l'espèce.

En cette matière, la doctrine et la jurisprudence admettent (v. Pandectes françaises au mot Théâtre n° 503 et suiv., et VON BEUST op. cit. p. 216 et suiv.) que, dans un engagement d'artistes, une clause pénale ne doit jamais dépasser le montant annuel de la rémunération, ou le montant total du traitement convenu en cas d'engagement inférieur à un an; en l'espèce, la somme allouée par l'instance cantonale est légèrement inférieure à ce dernier chiffre, puisque l'engagement de la recourante portait sur une durée de cinq mois et demi, ce qui, à raison de 600 fr. par mois, donnait un total de 3300 fr.

En matière d'engagement de théâtre, on doit du reste reconnaître l'utilité et même la nécessité des clauses pénales qui constituent, pour un directeur, le seul moyen efficace pour obtenir, dans le personnel de sa troupe, la fixité indispensable à l'exploitation de son entreprise, ainsi que pour empêcher le départ subit d'artistes auxquels une situation plus avorable serait offerte au cours d'une saison théâtrale. En l'espèce, le demandeur n'a

pas rapporté la preuve du dommage subi par lui, et il n'y était pas tenu en présence de la clause pénale stipulée au contrat; il est incontestable du reste que la disparition subite et inattendue d'une artiste chantant les premiers emplois a dû causer une perturbation sensible dans son exploitation, restreindre momentanément tout au moins le répertoire, etc. Enfin, les circonstances dans lesquelles la rupture a eu lieu, alors que la défenderesse bénéficiait d'un congé limité, et sans aucun avertissement préalable de sa part, ne sont pas faites pour justifier une nouvelle diminution de la somme fixée par la Chambre d'appel des prud'hommes.

Toutes ces considérations permettent d'admettre qu'en abaissant à 3000 fr. la clause pénale à verser par la recourante, l'instance cantonale a fait une juste appréciation des faits de la cause.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt du 15 février 1916, rendu par la Chambre d'appel des Conseils de prud'hommes de Genève, est confirmé.

23. Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. April 1916

i. S. Bühlmann, Kläger, gegen Bernet, Beklagten.

Bürgerschaft. Formerfordernis der Angabe eines bestimmten Betrages, Art. 493 revOR.

A. — Durch Urteil vom 6. Dezember 1915 hat die I. Kammer des Obergerichts des Kantons Luzern über die Rechtsfrage :

Sind die beklaglichen Forderungen :

a) von 765 Fr. nebst Zins zu 6 % seit dem 14. September 1913,

b) von 4000 Fr. nebst Zins zu 6 % seit dem 14. Oktober 1913,

c) von 4020 Fr. nebst Zins zu 6 % seit dem 14. November 1913,

(weniger die von der Hauptschuldnerin Wirtegenossenschaftsbrauerei Gütsch bezahlten 1757 Fr. an die Hauptsumme und 12 Fr. 85 Cts. an die Zinse), für welche Forderungen in Betreibung N° 10,617 mit Entscheid der Schuldbetreibungs- und Konkurskommission des Obergerichtes vom 7./19. Mai 1914 dem Beklagten gegenüber dem Kläger die provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde, abzuerkennen?

erkannt:

« Die Klage wird abgewiesen. »

B. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Aufhebung und auf Gutheissung der Klage in vollem Umfange.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung:

1. — Der Kläger Josef Bühlmann ist Mitglied des Verwaltungsrates der Wirtegenossenschaftsbrauerei Gütsch in Luzern, und war von 1910 bis Ende 1912 Präsident der Betriebskommission der Genossenschaft. Der Beklagte Susmana Bernet ist deren Hopfenlieferant.

Am 12. August 1912 schloss er mit der Genossenschaft einen « Vertrag mit Bürgschaft » ab, worin diese bekannte, von ihm ein Darlehen von 25,000 Fr. erhalten zu haben, das zu 5 % verzinst werden und drei Jahre lang unkündbar sein sollte; die Genossenschaft verpflichtete sich ferner, « von jetzt ab sämtlichen in ihrem Geschäftsbetriebe benötigten Hopfen im Jahresbedarf von mindestens 50 Zentnern » ausschliesslich von Bernet zu beziehen; dieser übernahm seinerseits die Verpflichtung, den Hopfen in guter Qualität zum jeweiligen üblichen Verkaufspreise zu liefern. Der Vertrag lautet weiter:

« Für sämtliche Verpflichtungen der Wirte-Genossenschaftsbrauerei « Gütsch » sowohl bezüglich des Darlehenskapitals und der Zinsen wie auch bezüglich der laufenden Hopfenrechnungen übernehmen die mitunterzeichneten elf Verwaltungsräte der Brauerei, nämlich die Herren (folgen die Namen) unter solidarischer Haftung die Bürgschaft als Selbstschuldner und Selbstzahler.

« Luzern, den 12. August 1912.

« gez. Arnold Bucher, »

Infolge Todes und Krankheit von zwei Mitgliedern des Verwaltungsrates wurde der Vertrag, der nach seinem Wortlaut von allen elf Mitgliedern zu unterzeichnen war, nur von deren neun unterschrieben, darunter auch von Bühlmann.

In der Folge zog Bernet auf die Genossenschaft, die inzwischen in Zahlungsschwierigkeiten geraten war, drei von letzterer akzeptierte Wechsel für Hopfenlieferungen im Betrage von 3139, 3156 und 3173 Mk., zusammen 9468 Mk. Auf den ersten dieser Wechsel erfolgten Abzahlungen. Die Genossenschaft schuldete darauf noch folgende Beträge in Schweizerwährung: auf 14. September 1913 765 Fr., auf 14. Oktober 1913 4000 Fr. und auf 14. November 1913 4020 Fr., zusammen 8785 Fr.

Für diese Summe betrieb Bernet gestützt auf obige Bürgschaftserklärung das Verwaltungsratsmitglied Bühlmann; er erhielt die provisorische Rechtsöffnung, worauf Bühlmann die vorliegende Aberkennungsklage anhub. Der Beklagte Bernet beantragte deren Abweisung, ermässigte jedoch seine Forderungen um den Betrag, mit dem er aus dem inzwischen mit der Genossenschaft abgeschlossenen Nachlassvertrage befriedigt wurde, was in der Formulierung der Rechtsfrage berücksichtigt ist.

2. — Das Schicksal der vorliegenden Aberkennungsklage hängt von der Gültigkeit der vom Kläger eingegangenen Bürgschaft ab. Vor Bundesgericht scheidet dieser die Bürgschaft deshalb als ungültig an, weil sie entgegen

Art. 493 OR keinen bestimmten Betrag für den Umfang seiner Haftung angebe, und ferner weil nicht alle im Bürgschaftsvertrage aufgeführten Bürgen unterschrieben haben (OR 497 Abs. 3).

3. — Nach Art. 493 OR bedarf die Bürgschaft zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Erklärung des Bürgen und der Angabe eines bestimmten Betrages seiner Haftung. Letztere, anlässlich der Revision des Obligationenrechtes neu in das Gesetz aufgenommene Vorschrift stellt sich, wie sich aus dem Zusammenhange und aus den Marginalien deutlich ergibt, als eine Formvorschrift dar, als eine formale Voraussetzung der Gültigkeit der Bürgschaft, deren Nichterfüllung die Nichtigkeit des Vertrages bewirkt.

Bei Prüfung der Frage, wie die gedachte Vorschrift inhaltlich auszulegen sei und ob die vorliegende, seit Inkrafttreten des neuen OR abgeschlossene Bürgschaft ihr entspreche, ist vom Zweck der Aufstellung des neuen Erfordernisses auszugehen. Dieser Zweck besteht darin, den Bürgen in den Stand zu setzen, bei Eingehung der Bürgschaft sich über Umfang und Höhe der übernommenen Verpflichtung Rechenschaft zu geben, und ihn dadurch vor unüberlegter Eingehung ungeahnt weittragender Verbindlichkeiten, insbesondere im Amtsbürgschaftswesen, zu schützen, wie denn auch die Bürgschaft kraft ihrer Eigenart als Vertrag, bei dem sich hauptsächlich nur der eine Teil und zudem zugunsten eines Dritten, des Hauptschuldners, verpflichtet, in erhöhtem Masse im Schutze der Bestimmungen über Treu und Glauben steht (Vergl. BGE 38 II S. 615). Damit dieser Zweck erreicht werde, ist aber, wie OSER (Komm. S. 859 unten) richtig ausführt, und entgegen der von FICK (Komm. Anm. 54 zu Art. 493) vertretenen Auffassung nicht unbedingt erforderlich, dass die Angabe des Betrages der Haftung des Bürgen in die Bürgschaftsurkunde selber aufgenommen werde, sondern es genügt unter Umständen auch eine Verweisung auf den vom Haupt-

schuldner ausgestellten Schuldschein, sofern darin die Schuld, für die der Bürge einzustehen hat, bestimmt umschrieben ist. Dieser Auslegung steht der Wortlaut des Gesetzes nicht entgegen. Ferner ginge es zu weit, wenn man mit FICK (Anm. 46 f.) verlangen wollte, dass der Betrag stets von vornherein ziffermässig genau bestimmt sei. Damit ist aber nicht gesagt, dass der Begriff des « bestimmten Betrages » (der Haftung des Bürgen) kurzerhand durch denjenigen des « bestimmbaren Betrages » ersetzt werden dürfe. Um dem Zweck der Vorschrift gerecht zu werden, muss vielmehr verlangt werden, dass der Höchstbetrag der Haftung sich an Hand der in der Bürgschaftsurkunde und im Schuldscheinenthaltenen Angaben ohne weiteres mit Sicherheit bestimmen lasse, sei es durch eine logische Ueberlegung, sei es durch eine einfache rechnerische Operation; und zwar selbstverständlich im Zeitpunkt, wo die Bürgschaft eingegangen wird, nicht erst im Laufe der Abwicklung des der Bürgschaft zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts. Auf diesem Boden steht übrigens im Grunde auch die Vorinstanz, indem sie ausführt, es sei der Vorschrift des Art. 493 OR Genüge getan, wenn der Betrag der Haftung des Bürgen aus bestimmten Angaben des Bürgschaftsaktes für alle Beteiligten mit Sicherheit im Zeitpunkt der Eingehung der Bürgschaft erkannt werden könne.

4. — Diese Voraussetzung war aber im vorliegenden Falle nicht erfüllt. War schon der jährliche Bedarf an Hopfen und damit der Umfang der Lieferungen, auf die sich die Bürgschaft bezieht, weil vom Geschäftsgange einer im ausgesprochenen Konkurrenzkampfe stehenden Bierbrauerei abhängig, nicht mit Sicherheit zum Voraus zu berechnen, so wurde die Höhe der Bürgschaft auch wesentlich beeinflusst durch den jeweiligen Preis des Hopfens. Dieser ist bedeutenden Schwankungen ausgesetzt, und es ist denn auch im vorliegenden Fall eine

erhebliche Steigerung eingetreten, die im Zeitpunkt, wo der Bürgschaftsvertrag abgeschlossen wurde, unmöglich mit Bestimmtheit vorausgesehen werden konnte. Dass der Kläger sich in seiner Eigenschaft als Mitglied des Verwaltungsrates und Präsident der Betriebskommission der Genossenschaft angeblich jederzeit über den Umfang der übernommenen Verpflichtung orientieren konnte, worauf die Vorinstanz als entscheidend abstellt, vermag am Gesagten nichts zu ändern; denn eine solche Orientierung war zum mindesten im massgebenden Zeitpunkt der Eingehung der Bürgschaft ausgeschlossen; zudem hatte der Kläger, soweit er die Hopfenbestellungen selbst verfügte, die Interessen der Genossenschaft zu wahren und nicht diejenigen der Bürgen. Ferner war die Angabe der Mindestgrenze der Haftung (50 Zentner per Jahr) in der Schuldverpflichtung der Hauptschuldnerin unzureichend und konnte die vom Gesetz verlangte « Angabe eines bestimmten Betrages der Haftung des Bürgen » nicht ersetzen, da es hiebei natürlich auf die obere Haftungsgrenze ankommt. Endlich kann nicht gesagt werden, es liege ein Verstoss gegen Treu und Glauben darin, dass nachträglich wegen mangelnder Angabe eines bestimmten Haftungsbetrages die Gültigkeit der Bürgschaft angefochten werde. Denn der Kläger beruft sich auf eine Bestimmung, die das Gesetz speziell zum Schutze der Bürgen aufstellt; gegenüber einer solchen formalen Schutzvorschrift kann die Einrede der *mala fides* nach bekannten Grundsätzen nicht aufkommen.

5. — Erweist sich danach der Bürgschaftsvertrag vom 12. August 1912, soweit er auf die Hopfenlieferungen des Beklagten Bezug hat, als ungültig, so braucht die weitere Einrede, mit welcher der Kläger jenen Vertrag gestützt auf Art. 497 Abs. 3 OR anführt, nicht geprüft zu werden.

Fragen könnte sich nur noch, ob der Kläger — wie der Beklagte in letzter Linie behauptet — nicht aus einem anderen Schuldgrunde für die streitigen Beträge

hafte. Allein auch das ist zu verneinen. Der Vertrag vom 12. August 1912 war von den Parteien als Bürgschaft gedacht; es kann darin weder eine kumulative Schuldübernahme, noch ein Garantievertrag im Sinne von Art. 111 OR erblickt werden; ein solcher ist auch deshalb ausgeschlossen, weil ja der Beklagte vom Kläger nicht Schadenersatz, sondern direkt Erfüllung verlangt. Die Forderungen, für welche der Beklagte die provisorische Rechtsöffnung erlangt hatte, sind daher in vollem Umfange abzuerkennen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird gutgeheissen und damit, in Abänderung des Urteils des Obergerichts des Kantons Luzern vom 6. Dezember 1915, die gestellte Aberkennungsklage zugesprochen.

24. Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. April 1916
i. S. der Erben Müller und Genossen, Kläger, gegen
die Gewerbebank in Zürich, Beklagte.

Genossenschaftsrecht. Recht zum Austritt aus der Genossenschaft im Falle eines vor Ablauf der Kündigungsfrist erfolgenden Liquidationsbeschlusses. Liquidation durch Abtretung des Geschäftes an eine zu gründende Aktiengesellschaft. Frage der Verbindlichkeit des Abtretungsbeschlusses für die einzelnen Genossenschafter. Anspruch auf Zuteilung des Liquidationsbetriffnisses in bar statt in Aktien der Geschäftsübernehmerin?

1. — Die Kläger, die Erben des Xaver Müller und Genossen, sind Inhaber von 24 Anteilscheinen der nunmehr in Liquidation befindlichen Genossenschaft « Gewerbebank Zürich », der heutigen Beklagten. Diese hatte am 16. März 1914 ihr früheres Stammkapital um $\frac{1}{4}$, auf 2,661,000 Fr. herabgesetzt, in welcher Höhe es in die