

S. 23 / Nr. 6 Obligationenrecht (d)

BGE 74 II 23

6. Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. Januar 1948 i. S. Widmer gegen Fischer.

Regeste:

Unerlaubtes Goldhandelsgeschäft, ungerechtfertigte Bereicherung.

Nichtigkeit eines Goldhandelsgeschäftes wegen Fehlens der erforderlichen Konzession; Erw. 1 a.

Unerlaubte Handlung nach Art. 41 OR liegt nicht vor bei blosser Verletzung einer Vertragspflicht; Erw. 1 b.

Ungerechtfertigte Bereicherung: Vom Ausschluss der Rückforderung wird nicht nur der sog. Gaunerlohn betroffen, sondern jede zur Herbeiführung des rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolges gemachte Leistung (Änderung der Rechtsprechung); Erw. 2-4.

Seite: 24

Illicéité d'un marché portant sur de l'or, enrichissement illégitime. Nullité d'un marché portant sur de l'or pour absence de la concession requise, consid. 1 lettre a.

La simple violation d'une obligation contractuelle ne constitue pas un acte illicite au sens de l'art. 41 CO consid. 1 lettre b.

Enrichissement illégitime: L'exclusion de la répétition (art. 66 CO) vise non seulement la rémunération versée à l'accipiens, mais toute prestation faite pour atteindre le résultat illicite ou immoral (modification de la jurisprudence); consid. 2-4.

Illiceità d'un negozio concernente dell'oro, indebito arricchimento. Nullità d'un negozio concernente dell'oro, mancando la richiesta concessione, consid. 1 lett. a.

La semplice violazione contrattuale non è un atto illecito a sensi dell'art. 41 CO, consid. 1 lett. b.

Indebito arricchimento: L'esclusione della restituzione (art. 66 CO) colpisce non soltanto il compenso versato all'accipiens, ma ogni prestazione fatta per conseguire il risultato illecito o immorale (cambiamento della giurisprudenza); consid. 2-4.

Der Kläger Fischer übergab am 26. April 1946 dem Beklagten Widmer Fr. 10'000.- in bar mit der Vereinbarung, dass dieser ihm dafür gemünztes Gold verschaffe. Widmer gab die Fr. 10'000.- an einen gewissen Hess weiter, der versprach, noch am gleichen Tage dafür Goldmünzen zu liefern. Er händigte das Geld einem Mattli aus, der es seinerseits einem Meier übergab. Keiner der Beteiligten konnte jedoch seinem Vormann das versprochene Gold liefern, und der Beklagte erhielt auch die Fr. 10'000.- nicht zurück.

Die auf Vertrag, unerlaubte Handlung und ungerechtfertigte Bereicherung gestützte Klage des Fischer gegen Widmer wurde vom Obergericht Luzern unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung geschützt. Das Bundesgericht heisst die Berufung des Beklagten gut und weist die Klage ab.

Erwägungen:

1.- Da der Kläger in seiner Berufungsantwort erklärt, er halte vorsorglicherweise daran fest, dass ihm ein Anspruch auf die Fr. 10'000.- aus Vertrag oder eventuell aus unerlaubter Handlung zustehe, so sind mit Rücksicht auf den subsidiären Charakter des

Seite: 25

Bereicherungsanspruchs vorerst die beiden genannten Rechts- standpunkte zu prüfen.

a) Die Vereinbarung der Parteien hatte ein Umsatzgeschäft in Gold zum Gegenstand. Zum Handel mit Gold, der durch Art. 1 der Verfügung des eidgen. Finanz- und Zolldepartements vom 7. Dezember 1942 über die Überwachung des Handels mit Gold (AS 58 S. 1141) der Aufsicht der Oberzolldirektion unterstellt ist, bedarf es nach Art. 2 Abs. 1 der Verfügung einer Konzession, und gemäss Art. 2 Abs. 2 muss jeder An- und Verkauf von Gold durch Vermittlung einer zum Goldhandel konzessionierten Firma erfolgen. Verträge, die den Vorschriften dieser Verfügung widersprechen, sind nach Art. 10 nichtig. Diese Verfügung ist vom eidgen. Finanz- und Zolldepartement auf Grund von Art. 2 des BRB vom 7. Dezember 1942 über die Überwachung des Handels mit Gold usw. (AS 58 S. 1137) erlassen worden, der das Departement ermächtigt, den Goldhandel der Aufsicht der Oberzolldirektion zu unterstellen. Art. 6 des BRB erklärt seinerseits Verträge, die den Vorschriften dieses Beschlusses und den gestützt darauf erlassenen Verfügungen widersprechen, als nichtig. Der BRB beruht auf dem BB vom 30. August 1939 über Massnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität, mit dessen Art. 3 die Bundesversammlung dem Bundesrat unter anderm Vollmacht und Auftrag erteilte, die zur Wahrung des Credits und der wirtschaftlichen Interessen des Landes erforderlichen Massnahmen zu treffen (AS 55 S. 769).

Da im vorliegenden Falle unbestrittenmassen keine der beiden Parteien eine Goldhandelskonzession besass, war ihre Vereinbarung nichtig, ohne Rücksicht darauf, ob es sich dabei um einen Kauf oder einen Auftrag zur Vermittlung eines solchen gehandelt habe. Diese Nichtigkeit erstreckte sich auch auf die nach der Feststellung der Vorinstanz getroffene Vereinbarung der Parteien, dass der Beklagte das Geld noch am selben Tage

Seite: 26

zurückerstatten müsse, falls er das Gold nicht erhalten sollte; denn dabei kann es sich nur um eine im Rahmen des Goldgeschäfts getroffene Abmachung handeln, die das rechtliche Schicksal des Grundgeschäfts teilt.

Ein vertraglicher Anspruch des Klägers auf Rückgabe des Geldes fällt somit ausser Betracht.

b) Den Anspruch aus unerlaubter Handlung stützt der Kläger darauf, dass der Beklagte die ihm angeblich erteilte Weisung verletzt habe, das Geld nur gegen Aushändigung des Goldes zu übergeben. Allein wie die Vorinstanz zutreffend bemerkt, läge in der Missachtung einer solchen Weisung kein Verstoss gegen eine gesetzliche Schutznorm oder ein allgemeines Gebot der Rechtsordnung, wie Art. 41 OR dies voraussetzt, sondern lediglich die Verletzung einer vertraglichen Pflicht. Auch ein Anspruch des Klägers aus unerlaubter Handlung ist daher abzulehnen.

2.- War die Vereinbarung der Parteien betreffend das Goldgeschäft nichtig, so hat der Kläger mit der Übergabe der Fr. 10'000.- an den Beklagten eine Leistung ohne gültigen Grund gemacht. Solche Leistungen sind nach dem in Art. 62 OR aufgestellten Grundsatz zurückzuerstatten, soweit der Empfänger bereichert ist.

Gegenüber dem Rückerstattungsbegehren des Klägers beruft sich der Beklagte jedoch auf die eine Ausnahmebestimmung zu Art. 62 OR darstellende Vorschrift von Art. 66 OR, wonach nicht zurückgefordert werden kann, was in der Absicht gegeben wurde, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen.

Der Handel mit Gold war in der fraglichen Zeit zwar an sich nicht unerlaubt, sondern es bedurfte dazu nur einer Konzession, und ein Geschäft wird in der Regel nicht als rechtswidrig und nichtig betrachtet, wenn es ohne eine dazu erforderliche Konzession oder polizeiliche Bewilligung abgeschlossen worden ist; denn in einem solchen Falle ist das Verbot nicht um des Vertragsinhaltes willen aufgestellt, sondern es richtet sich nur gegen

Seite: 27

die subjektive Beteiligung des einen oder beider Kontrahenten (BGE 62 II 111). Hier ist aber die Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit des Geschäftes kraft ausdrücklicher, für das Bundesgericht verbindlicher Norm (Art. 6 BRB und Art. 10 der Verfügung) gegeben. Da sodann der Kläger sich der Unerlaubtheit des beabsichtigten Goldgeschäftes unstreitig bewusst war, so steht seine Absicht, mit der Hingabe des Goldes einen rechtswidrigen Erfolg herbeizuführen, ausser Zweifel. Nach dem Wortlaut von Art. 66 OR ist ihm daher ein Bereicherungsanspruch versagt.

3.- Die Vorinstanz kommt zum gegenteiligen Ergebnis durch einschränkende Auslegung des Art. 66 OR gemäss der von v. TUHR-SIEGWART, OR I S. 413 vertretenen Auffassung, dass sich der Ausschluss der Bereicherungsklage nur auf solche Leistungen beziehe, welche zur Belohnung einer zugesagten oder in Aussicht gestellten verbotenen oder unsittlichen Handlung gemacht worden sind (d. h. nur auf den sog. Gaunerlohn), nicht dagegen auf Zuwendungen, welche nach der Meinung der Parteien an den Leistenden zurückgegeben werden sollen. Dieser Auffassung hat sich auch das Bundesgericht-allerdings mehr beiläufig-in BGE 53 II 41 angeschlossen. Hieran kann jedoch nach erneuter Prüfung nicht festgehalten werden.

Art. 66 stellt für den Ausschluss der Rückforderung auf die Absicht ab, in der die Leistung vorgenommen worden ist. War diese Absicht auf die Herbeiführung eines rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolges gerichtet, so ist es nach dieser Regelung unerheblich, ob das angestrebte Ziel erreicht worden ist, sowie, ob auch der Empfänger von der gleichen Absicht beseelt war; denn die Rückforderung könnte unmöglich deshalb als zulässig betrachtet werden, weil sich auch die Gegenpartei einer rechtswidrigen oder unsittlichen Handlung schuldig gemacht hat. In diesem Ausschluss der Rückforderung liegt unverkennbar ein pönales Element, das abschreckend wirken soll. Es wird erwartet, dass die Partei, die bei

Seite: 28

einem rechtswidrigen oder unsittlichen Geschäft vorzuleisten hätte, sich vom Geschäftsabschluss abschrecken lasse, wenn sie damit rechnen muss, dass sie beim Ausbleiben der vereinbarten Gegenleistung den Schutz des Richters nicht in Anspruch nehmen kann. Im weiteren liegt dem Ausschluss der Klage auch noch die Überlegung zu Grunde, dass derartige Geschäfte des Schutzes der Rechtsordnung nicht würdig sind, und dass sich die Rechtspflege daher nicht zu befassen habe mit dem Streit um Vermögen, das unter Verletzung von Recht und Sitte zwischen den Parteien

verschoben worden ist. Damit wird der schon im römischen Recht geltende Grundsatz «in pari turpitudine melior est causa possidentis» auch für das schweizerische Recht anerkannt (BGE 37 II 68; ferner 66 II 259, der allerdings zu der hier interessierenden Frage der einschränkenden Auslegung von Art. 66 OR nicht ausdrücklich Stellung nimmt, da es sich dort um die Rückforderung eines Gaunerlohnes, nämlich eines für Beihilfe zur Erbschleicherei bezahlten Anwaltshonorars, handelte). Von der Rückforderung wird nach der Fassung des Art. 66 OR alles ausgeschlossen, was zur Bewirkung des rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolges hingegeben worden ist. Bestand dieser Erfolg in einem unerlaubten Umsatzgeschäft, wie es hier der Fall war, so sind es daher vornehmlich die den Umsatz bewirkenden Leistungen, die von Art. 66 OR betroffen werden. Der Ausschluss der Rückforderung auch solcher Leistungen kann nun allerdings zu moralisch unbefriedigenden Ergebnissen führen, insbesondere dann, wenn den Empfänger der Zuwendung eine grössere Schuld trifft als den Geber und dieser als das Opfer des andern erscheint. Die einschränkende Auslegung gemäss BGE 53 II 41, die auf solchen Überlegungen beruht, verträgt sich indessen weder mit dem klaren Wortlaut noch mit dem rechtspolitischen Zweck des Gesetzes. Ist das von den Parteien beabsichtigte Geschäft rechtswidrig, so sind es doch in erster Linie die

Seite: 29

zur Erfüllung dieses Geschäftes gemachten Leistungen, die zur Herbeiführung des rechtswidrigen Erfolges bestimmt und geeignet sind. Kommt es auf die Absicht des Gebers an, so muss es bedeutungslos sein, in wessen Händen das übergebene Vermögensobjekt schliesslich verbleiben sollte, weshalb auch eine allfällige Abrede über die Rückgabe der Vorleistung, falls die Durchführung des Geschäftes unterbleiben sollte, unbeachtlich ist. Wie bereits erwähnt, soll Art. 66 OR den Vorleistenden dem Risiko aussetzen, alles zu verlieren, was er zur Erreichung eines unerlaubten Erfolges hingibt. Schlösse man nur die Rückforderung des Gaunerlohnes aus, so bestünde bei Umsatzgeschäften für den Vorleistenden kaum mehr ein Risiko, da hier in der Regel ein eigentlicher Gaunerlohn nicht vereinbart ist, sondern der Empfänger seinen Vorteil in der differenzierten Bewertung der ausgetauschten Leistungen zu finden hofft. Mit dieser restriktiven Auslegung würde Art. 66 OR keine genügende Garantie mehr für die Erreichung des angestrebten Zieles bieten.

Zu Gunsten der Zulassung der Rückforderung wird gelegentlich geltend gemacht, für die Rechtsordnung bestehe eine grössere Gefahr, wenn dem Empfänger die Leistung bleibe, weil dies einen Anreiz für die Erbringung seiner Gelegenleistung darstelle. Dieser Einwand ist jedoch unstichhaltig. Gerade die Gefahr, die empfangene Leistung sonst zurückgeben zu müssen, dürfte vielmehr den Empfänger zur Erfüllung des unerlaubten Geschäftes veranlassen.

Die Härte, die sich als Folge des Rückforderungsausschlusses ergeben kann, ist vom Gesetz gewollt. Daher wird bei verwerflicher Absicht des Vorleistenden oder beider Parteien in der Regel auch die Einrede der Arglist versagen. Immerhin ist nicht von vorneherein auszuschliessen, dass auch bei beidseitiger widerrechtlicher oder unsittlicher Absicht besondere Umstände vorliegen können, welche die Verweigerung des Rückforderungs- bzw. Bereicherungsanspruches als unerträglich und

Seite: 30

rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen, so z. B. wenn der Empfänger durch eine unerlaubte Handlung, namentlich durch Betrug, die Übergabe des Vermögensobjektes herbeigeführt oder mitverursacht hat. Die Erörterung dieser Fragen kann hier jedoch unterbleiben, da solche besondere Umstände nicht vorliegen. Insbesondere könnte die Berufung des Beklagten auf Art. 66 OR auch nicht als rechtsmissbräuchlich betrachtet werden, wenn er mit der Weitergabe des Geldes ohne gleichzeitige Aushändigung des Geldes einer Weisung des Klägers zuwidergehandelt haben sollte. Denn die darin liegende Verletzung einer vertraglich übernommenen Sorgfaltspflicht könnte nicht auf die gleiche Stufe gestellt werden wie die Erwirkung der Vorleistung durch unerlaubte Handlung.

4. -Muss die Klage somit schon aus dem Gesichtspunkte von Art. 66 OR abgewiesen werden, so braucht nicht geprüft zu werden, ob sie nicht auch deshalb unbegründet sei, weil der Beklagte unbestrittenermassen nicht mehr im Besitze des Geldes ist, sondern es an Hess weitergeben hat