

**29. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung
vom 19. Februar 1936 i. S. Bickel & C^{ie} gegen Schürch.**

1. Novenverbot, Art. 80 OG. Die Nichtigkeit eines Geschäftes nach Art. 20 OR. ist von Amtes wegen zu berücksichtigen, aber nur auf Grund der Tatsachen, die schon im kantonalen Verfahren vorgebracht worden sind. Erw. 1.
2. Abtretung, örtliche Rechtsanwendung. Nichtanwendbarkeit der deutschen Devisenvorschriften. Erw. 2a.
3. Widerrechtlichkeit, Art. 20 OR. Widerrechtlich ist ein Vertrag nur, wenn der Abschluss um des Vertragsinhaltes willen verboten ist. Erw. 2b.

Die Beklagte verkaufte im Sommer 1933 eine Reihe in Zürich gelegener Liegenschaften an die Schweizerische Lebensversicherungs- und Rentenanstalt in Zürich. Das Geschäft war durch die Mäkler Bertram Stern und Karl Ungerer, zwei in Deutschland (Wiesbaden bzw. Heilbronn) domizilierte deutsche Staatsangehörige vermittelt worden, die sich zu diesem Zwecke eine Zeit lang in der Schweiz aufgehalten hatten.

Stern und Ungerer traten ihre Provisionsansprüche schriftlich dem Kläger ab, der sie gegen die Beklagte gerichtlich geltend machte. Seine Klage wurde vom Handelsgericht des Kantons Zürich durch Urteil vom 14. Juni 1935 gutgeheissen. Die Beklagte erklärte dagegen die Berufung an das Bundesgericht.

In der Berufungsschrift nimmt die Beklagte in erster Linie zur Aktivlegitimation des Klägers Stellung. Sie macht geltend, dass die Zession von den in Deutschland domizilierten Zedenten in Deutschland ausgestellt worden sei. Es frage sich daher, ob dieselbe nach deutschem Devisenrechte ohne amtliche Bewilligung überhaupt gültig habe erfolgen können, und wenn nein, ob die Zedenten die amtliche Bewilligung gehabt haben.

Sodann verweist die Beklagte auf die Verordnung des Bundesrates vom 29. Juni 1921 über die Kontrolle der Ausländer, die im Jahre 1933 noch Geltung gehabt habe.

Nach Art. 17 bis der Verordnung sei den Ausländern jeder Stellenantritt und jede andere Erwerbstätigkeit von mehr als 8 Tagen ohne behördliche Bewilligung untersagt gewesen. Die Tätigkeit Sterns und Ungerers in der Schweiz habe aber mehr als 8 Tage gedauert, ohne dass sie eine behördliche Bewilligung gehabt hätten. Daraus folge, dass der Mäklervertrag, den sie mit der Beklagten abgeschlossen haben wollen, zivilrechtlich nichtig sei und keinerlei Ansprüche daraus abgeleitet werden können. Die Nichtigkeit sei von Amtes wegen zu beachten; Art. 80 OG sei nicht anwendbar.

Das Bundesgericht hat diese Einreden zurückgewiesen aus folgenden

Erwägungen :

1. — Die Beklagte bestreitet die Aktivlegitimation des Klägers wegen Nichtigkeit der Abtretung zufolge der deutschen Devisenvorschriften (wobei sie allerdings die massgebenden Erlasse weder in der Berufungsschrift, noch in der heutigen Verhandlung zitiert hat). Materiell behauptet sie sodann Nichtigkeit des Mäklervertrages auf Grund der bundesrätlichen Verordnung vom 29. November 1921 über die Kontrolle der Ausländer. Dabei stellt sie sich auf den Standpunkt, dass die Nichtigkeit beider Geschäfte von Amtes wegen zu beachten und Art. 80 OG deshalb nicht anwendbar sei. Diese Schlussfolgerung ist nur beschränkt richtig.

Wohl muss die auf Unsittlichkeit oder Rechtswidrigkeit beruhende Nichtigkeit eines Geschäftes von Amtes wegen berücksichtigt werden, aber lediglich unter der Voraussetzung, dass sich die massgebenden Tatsachen aus dem Aktenmaterial ergeben, das schon dem kantonalen Richter vorgelegen hat. Das Vorbringen neuer Tatsachen ist durch Art. 80 OG unter allen Umständen ausgeschlossen. Etwas anderes konnte und wollte auch in dem von der Beklagten angerufenen bundesgerichtlichen Urteile, BGE 30 II 416 Erw. 3, nicht gesagt werden, obwohl die Formulierung

nicht ganz unmissverständlich ist ; die massgebenden Tatsachen waren dort auf jeden Fall aus den Akten ersichtlich. Vgl. auch WEISS, Berufung, 163 Ziff. IV, speziell lit. d.

Die Nichtigkeit der Abtretung soll sich nun nach den deutschen Devisenvorschriften daraus ergeben, dass Stern und Ungerer deutsche Staatsangehörige seien und in Deutschland ihren Wohnsitz gehabt haben, dass das Geschäft in Deutschland abgeschlossen und die devisaamtliche Genehmigung dafür nicht erteilt worden sei ; die Nichtigkeit des Mäklervertrages wird unter Berufung auf die erwähnte bundesrätliche Verordnung damit begründet, dass die Geschäftstätigkeit Sterns und Ungerers in der Schweiz über acht Tage gedauert und dass eine fremdenpolizeiliche Bewilligung nicht vorgelegen habe. Von diesen Tatsachen steht aber, jedenfalls mit Ausnahme der Staatszugehörigkeit und des Wohnsitzes Sterns und Ungerers, in den Akten nichts ; die Behauptungen sind vollständig neu und können daher nicht gehört werden, womit die Nichtigkeitseinreden ohne weiteres erledigt sind.

2. — Die Nichtigkeitseinreden wären zudem materiell unbegründet.

a) Der Mäklervertrag untersteht unzweifelhaft dem schweizerischen Recht. Darnach beurteilt sich aber auch die Gültigkeit der Abtretung des Mäklerlohnanspruches, selbst wenn die Abtretung in Deutschland erfolgt sein sollte, nach schweizerischem und nicht nach deutschem Recht ; denn für die Gültigkeit der Abtretung ist das Recht massgebend, das für die abgetretene Forderung gilt (s. BGE 61 II 245 und dort angeführte Entscheidungen). Das deutsche Devisenrecht wäre somit schon aus diesem Grunde nicht anwendbar. Abgesehen hievon hat das Bundesgericht bereits wiederholt erklärt, dass die deutschen devisarechtlichen Forderungsbeschränkungen mit der schweizerischen öffentlichen Ordnung unvereinbar sind und vom schweizerischen Richter infolgedessen auch da nicht zur Anwendung gebracht werden können, wo das Rechtsverhältnis an sich vom deutschen Recht

beherrscht ist (BGE 60 II 310 und 61 II 246 Erw. 3 ; der zweite Fall betraf wie der vorliegende die Gültigkeit einer Abtretung).

b) Der Mäklervertrag soll, wenn überhaupt abgeschlossen, deswegen ungültig sein, weil Stern und Ungerer nach der Verordnung des Bundesrates vom 29. November 1921 über die Kontrolle der Ausländer ihre Geschäftstätigkeit in der Schweiz mangels einer fremdenpolizeilichen Bewilligung nicht hätten ausüben dürfen. Damit wird Widerrechtlichkeit des Vertrages im Sinne des Art. 20 OR geltend gemacht.

Widerrechtlich im Sinne dieser Bestimmung ist ein Vertrag auch dann, wenn nicht die im Vertrag versprochene Handlung verboten ist, sondern der Abschluss eines Vertrages mit solchem Inhalt (vgl. VON TUHR S. 221). Immer aber muss das Verbot, was sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt, um des Vertrags *i n h a l t e s* willen aufgestellt sein. Richtet es sich nur gegen die subjektive Beteiligung des einen oder beider Kontrahenten, indem dieselbe z. B. nicht ohne Konzession oder polizeiliche Bewilligung erlaubt ist, so wird das Geschäft von Art. 20 nicht berührt (vgl. OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 20 N. 20 und 21). Um einen solchen Fall handelt es sich aber gerade hier. Der Mäklervertrag war seinem Inhalte nach unbestrittenermassen zulässig ; verbotswidrig war höchstens, dass die beiden ausländischen Mäkler auf Schweizergebiet eine solche Tätigkeit ohne Bewilligung der Fremdenpolizei ausübten. Damit ist gesagt, dass eine Widerrechtlichkeit, derzufolge das Geschäft nichtig gewesen wäre, keinesfalls vorlag. Ob die Geschäftstätigkeit Sterns und Ungerers tatsächlich gegen die angeführte bundesrätliche Verordnung verstossen hat, kann unter diesen Umständen dahingestellt bleiben.