

3. — Mit Recht hat die Vorinstanz auch die Einrede der *Verjährung* gemäss Art. 600 ZGB verworfen. Es handelt sich, entgegen der Auffassung des Berufungsklägers, nicht um eine Erbschaftsklage. Solange die Erbengemeinschaft besteht, ist unter Miterben für eine Erbschaftsklage gemäss Art. 598 ff. ZGB kein Raum (BGE 69 II 366). Übrigens wäre auf Grund der tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz der Beklagte als bösgläubig zu betrachten, sodass die Verjährungsfrist 30 Jahre betrüge (Art. 600 Abs. 2). Die Vorinstanz hat die Klage mit Recht als eine unverjährbare Erbteilungsklage behandelt (vgl. darüber das frühere Urteil des Bundesgerichts vom 13. März 1941, Erw. 4, und BGE 45 I 305 ; 69 II 366). Der Umstand, dass bereits früher ein Teilungsprozess stattgefunden hat, steht selbstverständlich einer zweiten Teilungsklage mit Bezug auf später zum Vorschein gekommenes, als zur Erbschaft gehörig angesprochenes Vermögen nicht entgegen. Solange Erbschaftsvermögen vorhanden ist, das noch nicht in eine Teilung einbezogen ist, besteht hinsichtlich desselben die Erbengemeinschaft weiter und kann dessen Teilung mit der Erbteilungsklage verlangt werden. Eine Realteilung der streitigen Obligationen kommt allerdings nicht mehr in Frage, da der Beklagte sie kurz nach dem Tode des Vaters (am 9. Oktober 1936) verkauft hat. An ihre Stelle ist jedoch in der Erbmasse von Rechts wegen nach dem Grundsatz der dinglichen Surrogation der erzielte Erlös von Fr. 23,287.35 getreten (BGE 52 II 199 ; 69 II 370).

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

43. Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. Oktober 1949

i. S. Zogg gegen Zäch.

Unerlaubtes Goldgeschäft ; Rückforderung der Vorleistung.

Die Nichtigkeit des Grundgeschäftes und der Ausschluss der Rückforderung gemäss Art. 66 OR erstrecken sich nicht auf ein nachträgliches, unter besonderen Umständen abgegebenes Zahlungsversprechen.

Illicéité d'un contrat portant sur de l'or ; répétition de la prestation faite d'avance.

La nullité du contrat originaire et l'exclusion de la répétition conformément à l'art. 66 CO ne s'étendent pas à une promesse de paiement subséquente, faite dans des circonstances particulières.

Illiceità d'un contratto concernente dell'oro ; ripetizione della prestazione fatta anticipatamente.

La nullità del contratto originario e l'esclusione della ripetizione a' sensi dell'art. 66 CO non si estendono ad una promessa susseguente di pagamento fatta in circostanze particolari.

A. — Im Mai 1947 übergab Pius Zäch dem Martin Zogg hundert Goldstücke zu 20 Dollar, damit er sie über die schweizerisch-österreichische Grenze bringe und in Bregenz dem dort wohnenden Rabbiner Laufer aushändige. Zogg will Laufer nicht getroffen und in Bregenz zwanzig Goldstücke einem Walter Ganner überlassen haben, von welchem die Münzen aber nicht weitergeleitet, sondern veruntreut worden seien. Die restlichen achtzig Goldstücke brachte Zogg in die Schweiz zurück. Er verkaufte sie zum damaligen Kurs von Fr. 155.— und verwendete den Erlös von Fr. 12,400.— für sich. Deswegen wurde er vom Bezirksgericht Unterrheintal am 19. Dezember 1947 der Veruntreuung schuldig befunden und bedingt zu sechs Monaten Gefängnis verurteilt. Bereits am 8. Juli 1947 hatte Zogg schriftlich die Rückzahlung von Fr. 17,400.— nebst Zins an Zäch zugesagt. Auch im Strafprozess erklärte er sich

zur Erstattung des veruntreuten Betrages bereit. Jedoch wurde die von Zäch adhäsionsweise geltend gemachte Forderung von Fr. 15,500.—auf den Zivilweg verwiesen, weil nicht abgeklärt sei, wem das Gold gehört habe.

B. — Zäch belangte in der Folge Zogg auf Bezahlung von Fr. 15,500.— mit 5 % Zins seit dem 1. Juli 1947. Der Kläger verwies auf das schriftlich und mündlich abgegebene Schuldbekennnis des Beklagten. Rechtlich stützte er seinen Anspruch auf Art. 17, 41 ff. und 97 OR, sodann auch auf die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung. Der Beklagte bestritt die Aktivlegitimation des Klägers und erhob die Einrede aus Art. 66 OR.

Die Klage wurde vom Bezirksgericht Unterrheintal abgewiesen (auf Grund von Art. 66 OR und BGE 74 II 23), vom Kantonsgericht St. Gallen mit Urteil vom 24. März 1949 für den vollen Betrag nebst 5 % Zins seit 19. Dezember 1947 geschützt.

C. — Der Beklagte legte Berufung an das Bundesgericht ein. Er beantragt Abweisung der Klage, eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Der Kläger schliesst auf Bestätigung des angefochtenen Entscheides.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Das ursprüngliche Abkommen zwischen den Parteien ist in zweifacher Hinsicht nichtig. Einmal bezweckte es eine Umgehung der Zollvorschriften (BG über das Zollwesen, Art. 73 ff.), hatte insofern widerrechtlichen Inhalt und fällt damit unter Art. 20 OR. Ferner versties es gegen die Spezialbestimmungen « über die Überwachung des Handels mit Gold, sowie der Einfuhr und Ausfuhr von Gold », niedergelegt im BRB und in der Verfügung des eidgenössischen Finanz- und Zolldepartementes vom 7. Dezember 1942 (AS 58 S. 1137 und 1141). Darnach bedarf es zum Handel mit Gold einer Konzession, zur Ausfuhr von Gold einer Bewilligung. Für widersprechende Verträge sehen Art. 6 des BRB und Art. 10 der Verfügung die Nichtigkeit vor. Diese tritt hier ein, da die Parteien weder eine

Handelskonzession noch eine Ausfuhrbewilligung besaßen.

2. — War die Abmachung nichtig, so ist der Beklagte, mangels eines gültigen Grundes für die Übergabe der Goldstücke, ungerechtfertigt bereichert. Der Kläger macht subsidiär einen daherigen Erstattungsanspruch geltend. Der Beklagte bestreitet das Eigentum des Klägers an den Münzen. Ausserdem hält er der Bereicherungsklage Art. 66 OR entgegen. Grundsätzlich ist dieser Einwand richtig. Mit Urteil vom 27. Januar 1948 i. S. Widmer c. Fischer (BGE 74 II 23 ff.) hat das Bundesgericht erkannt, dass vom Ausschluss der Rückforderung nicht nur der sogenannte Gaunerlohn, sondern jede zur Erreichung des rechtswidrigen Erfolges gemachte Leistung betroffen wird. Immerhin wurden dabei gewisse Ausnahmen vorbehalten. Zu prüfen wäre also, ob der vorliegende Fall angesichts der obwaltenden Umstände eine Sonderbehandlung erheischt. Das erscheint nicht ohne weiteres als ausgeschlossen. Der vom Bundesgericht als Beispiel erwähnte Tatbestand einer betrügerisch herbeigeführten oder mitverursachten Übergabe des Vermögensobjektes ist allerdings nicht verwirklicht. Allein der Beklagte hat hinterher den Grossteil des ihm überlassenen Goldes zum eigenen Vorteil verwertet, was zu einer strafrechtlichen Ahndung führte. Darin, dass er gleichwohl die veruntreute Geldsumme behalten darf, weil sein strafbares Verhalten mit einem zivilrechtlich verpönten Geschäft zusammenhängt, liegt an sich schon ein stossender Zwiespalt. Hinzu kommt, dass der Beklagte im Strafprozess die Bezahlung der Zivilforderung versprach und so ein milderer Urteil (Gewährung des bedingten Straferlasses) erwirkte. In Anbetracht dessen liesse sich füglich fragen, ob nicht die nachträgliche Anrufung des Art. 66 OR als rechtsmissbräuchlich zurückgewiesen werden muss. Indessen kann das dahingestellt bleiben, wenn der Kläger mit seinem Hauptstandpunkt, nämlich der Rückforderung auf Grund des Schuldbekennnisses des Beklagten, durchdringt.

3. — In der handschriftlichen Bescheinigung vom 8. Juli

1947 bestätigte der Beklagte, dass er dem Kläger innert einer Frist von sieben Tagen Fr. 17,400.— mit 5 % Zins ab 30. April 1947 zurückzahlen oder, falls das nicht möglich sein sollte, für Sicherstellung sorgen werde. Schon anlässlich seiner Verhaftung am 27. Juni und bei der polizeilichen Einvernahme am 30. Juni 1947 sagte er aus, für die veruntreuten Goldstücke bestehe genügend Deckung, bzw. er habe dem Kläger versprochen, dessen Verlust zu tragen und sei einverstanden, dass sein Auto für die teilweise Deckung des Betrages verwertet werde. Später schlug der Beklagte dem Bezirksamt Unterrheintal zu Händen des Klägers vor, diesem die Summe von Fr. 15,500.— neben dem Anteil aus Kugellagergeschäften nach deren Abwicklung, spätestens innert Jahresfrist, zu bezahlen und zudem ihm noch zwanzig Dollargoldstücke zurückzugeben. Am 5. Juli 1947 erklärte der Beklagte, er wisse, dass durch sein Vorgehen der Kläger bzw. der von diesem genannte Goldgeber benachteiligt sei und er verpflichte sich, sein Möglichstes zu tun, um den Kläger schadlos zu halten. Endlich gestand der Beklagte im Strafverfahren die Wiedergutmachung zu, sobald er wisse, wem das Geld gehöre. Bei diesen Schuldanererkennungen, namentlich bei der schriftlichen vom 8. Juli 1947, will der Kläger den Beklagten behaften. Der Beklagte widersetzt sich, indem er vorbringt, sein Schuldbekennnis betreffe gegenständlich den von der Rückforderung ausgeschlossenen Bereicherungsanspruch und die Bestätigung vom 8. Juli 1947 sei, abgesehen von der Ungültigkeit des unterliegenden Verpflichtungsgrundes, selber nichtig.

a) Die Erklärung vom 8. Juli 1947 nennt keinen Verpflichtungsgrund. Man kann sie im Sinne der vorinstanzlichen Ausführungen und mit den dort gezogenen Folgerungen als ein Zweckgeschäft betrachten. Naheliegender ist die Annahme eines abstrakten Schuldversprechens gemäss Art. 17 OR. Alsdann steht dem Beklagten der Nachweis offen, dass ein bestimmter Verpflichtungsgrund vorhanden und dieser mangelhaft war.

Die Nichtigkeit der primären Vereinbarung zwischen den Parteien schliesst an und für sich den Anspruch auf Erstattung der bereits erbrachten Leistung nicht aus, sondern sie begründet ihn, da ansonst der Empfänger ungerechtfertigt bereichert wäre. Versagt ist die Rückforderung vermöge der Ausnahmegvorschrift des Art. 66 OR, weil der Kläger das Gold in der Absicht, einen rechtswidrigen Erfolg zu erreichen, ausgehändigt hat. Damit entfällt aber nicht der Anspruch als solcher, sondern nur dessen Klagbarkeit. Für den Beklagten bestand daher eine Naturalobligation entweder auf Rückgabe oder auf Entschädigung. Diese wie jene kann freiwillig vorgenommen werden. Geschieht das, so handelt es sich, eben weil eine natürliche Verbindlichkeit erfüllt wird, nicht um eine grundlose Hingabe, die ihrerseits sich unter dem Titel der ungerechtfertigten Bereicherung wieder herausverlangen liesse. Dergleichen ist ein Versprechen auf Rückgabe oder Entschädigung an sich weder widerrechtlich noch nichtig. Wird es gegeben mit dem Willen, sich gültig zu verpflichten, so bewirkt es — wo nicht das Gesetz ausdrücklich das Gegenteil anordnet (vgl. Art. 514 OR) — anstelle der bisherigen natürlichen eine erzwingbare Verbindlichkeit. Denn es liegt darin der Verzicht auf die Einrede aus Art. 66 OR. Dass nun der Beklagte den besagten Verpflichtungswillen hatte, erhellt aus dem bedingungslosen schriftlichen Schuldbekennnis, aber auch aus dem ganzen vor- und nachgehenden Verhalten. Schon die blosse Tatsache, dass der Beklagte amtlichen Stellen gegenüber wiederholt seine Bereitschaft zur Schadensdeckung bekundete, lässt erkennen, dass er sich rechtlich binden wollte. Entsprechend wurde das Angebot vom Strafrichter aufgefasst. Es kommt nichts darauf an, dass der Beklagte beigefügt hat, er zahle « ohne Anerkennung einer Rechtspflicht ». Durch diese nicht selten, namentlich bei Vergleichen verwendete Formel wird nicht die übernommene Schuldverpflichtung als solche in Abrede gestellt, sofern einfach zum Ausdruck gebracht, dass man sie freiwillig eingehe. Und das stimmt vorliegend

durchaus überein mit der rechtlichen Ausgangssituation.

b) In BGE 74 II 23 ff. ist ausgeführt, die Nichtigkeit des Grundgeschäftes erstrecke sich auch auf die Abmachung der Beteiligten, dass der Empfänger das Geld noch am selben Tage zurückerstatten müsse, wenn er den Gegenwert in Gold nicht erhalte; und ferner, eine Abrede über die Rückgabe der Vorleistung, sofern der beabsichtigte Goldkauf unterbleibe, sei unbeachtlich.

Beides ist richtig für den damaligen Fall. Denn dort bildete die Rückzahlungsvereinbarung Bestandteil des wichtigen Auftragsverhältnisses, musste daher dessen Schicksal teilen und konnte folgerichtig auch unter dem Gesichtspunkte des Art. 66 OR nicht abweichend gewürdigt werden. Zudem hatte der belangte Empfänger weder veruntreut noch war er bereichert, da er das Geld sofort weitergeleitet hatte. Anders verhält es sich hier. Unter den Parteien wurde zunächst über eine eventuelle Rückgabe des Goldes nichts abgesprochen. Die vom Kläger herangezogene Erklärung hat der Beklagte ausserhalb des Rahmens des ursprünglichen Übereinkommens und zeitlich später ausgestellt. Massgebend dafür war weniger die Nichtausführung des unerlaubten Geschäftes als die erst nachher hinzugetretene Tatsache, dass der Beklagte die Münzen grösstenteils zum eigenen Nutzen umgesetzt hatte und deswegen in ein Strafverfahren gezogen wurde. Ein solches nachträgliches, auf besonderen Umständen beruhendes und, im Hinblick auf die drohende Bestrafung, offenkundig vom Wiedergutmachungswillen getragenes Schuldbekennnis ist, zum Unterschied von der früher beurteilten Abrede, als selbständige Verpflichtung zu werten.

Daher wird das Rückzahlungsversprechen des Beklagten von der Nichtigkeit der Goldtransaktion nicht berührt. Und was die Klagbarkeit der daraus resultierenden Forderung betrifft, so ist, abgesehen von dem in der Schuldanerkennung enthaltenen Einredeverzicht, zu erinnern an Sinn, Zweck und Funktion des Art. 66 OR, wie sie in BGE 74 II 27/8 dargelegt worden sind. Die pönale Absicht

des Gesetzgebers und die weitere Überlegung, dass sich die Rechtspflege nicht zu befassen habe mit dem Streit um Vermögen, das unter Verletzung von Recht und Sitte zwischen den Parteien verschoben worden ist, bedingen wohl den Ausschluss der unmittelbar aus dem verpönten Geschäft sich ergebenden Bereicherungsklage. Sie treffen aber nicht zu in bezug auf eine zusätzliche Schuldverpflichtung der vorstehend umschriebenen Art. Somit besteht auch kein Anlass für eine Verweigerung des Rechtsschutzes.

c) Der Beklagte behauptet, die Erklärung vom 8. Juli 1947 sei schon für sich allein betrachtet nichtig, weil sie eine Schuld von Fr. 17,400.— bestätige und damit verbotenenerweise auf dem Schwarzhandelspreis von Fr. 174.— statt auf der offiziellen Kursnotierung von Fr. 155.— pro Goldstück basiere. Die eidgenössische Preiskontrollstelle habe die Höchstpreise für Gold durch Verfügung vom 6. Juli 1943 festgesetzt. Die Kompetenz dazu sei ihr übertragen worden in der Verfügung des eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes vom 7. Dezember 1942, die auf dem BRB gleichen Datums beruhe. Und nach Art. 6 dieses Beschlusses seien die seinen Vorschriften und den gestützt darauf erlassenen Verfügungen widersprechenden Verträge nichtig.

Unter Aufsicht gestellt wird durch den BRB vom 7. Dezember 1942 der Handel mit Gold sowie die Ein- und Ausfuhr von Gold, also das eigentliche Goldumsatz- und Goldaustauschgeschäft. Darum geht es jedoch bei der Erklärung des Beklagten nicht. Sie bringt die nachträgliche Auseinandersetzung der Parteien über die Folgen der im Anschluss an den versuchten Goldtransfer begangenen Handlungen des Beklagten und bezweckt die Schadloshaltung des Klägers für die ihm daraus erwachsenen Nachteile. Innerhalb dieser Interessenbereinigung ist allerdings das behändigte Gold von wesentlicher Bedeutung, aber im Sinne nicht eines Austauschwertes, sondern eines Faktors zur Schadensberechnung. Deshalb fällt das Zahlungsverpre-

chen des Beklagten gar nicht unter die erwähnten behördlichen Erlasse. Anders wäre es freilich, wenn in der Ausstellung des Schuldbekenntnisses eine Umgehung der Vorschriften über den Goldhandel läge, beispielsweise wenn die Parteien die Abrede nur vorgetäuscht hätten, um ein Umsatzgeschäft zu dissimulieren. Indessen findet sich in den Akten kein Anhalt für eine dahingehende Vermutung.

Würde man übrigens im Prinzip der Argumentation des Beklagten beitreten, so wäre noch immer nur teilweise Hinfälligkeit des Schuldbekenntnisses vom 8. Juli 1947 anzunehmen. Zwar verfügt Art. 6 des BRB die Nichtigkeitsfolge ohne Einschränkung. Jedoch deuten gerade die allgemein gehaltene Formulierung und das Fehlen einer ausdrücklich anderslautenden Bestimmung darauf hin, dass der Bundesrat nicht die für die Nichtigkeit der Verträge allgemein geltende Ordnung modifizieren, sondern lediglich auf sie verweisen wollte. Deshalb müsste hier Art. 20 Abs. 2 OR Regel machen, wie das auch schon in der Praxis bei Widerhandlung gegen Preisvorschriften festgestellt wurde (vgl. BGE 47 II 462). Denn unzweifelhaft darf vorausgesetzt werden, dass der Beklagte seine Schuld im niedrigeren, auf das gesetzlich zulässige Ausmass beschränkten Betrag ebenfalls anerkannt hätte.

4. — Über das Eigentum am veruntreuten Gold hat die Vorinstanz keine abschliessenden Feststellungen gemacht. Unklarheit hierüber bestand schon zur Zeit des Strafverfahrens. Dessen war sich der Beklagte bewusst, wie die Verhandlungen vor dem Bezirksamt Unterrheintal vom 5. Juli 1947 zeigen. Trotzdem hat er damals und später, insbesondere am 8. Juli 1947 schriftlich, die Dekung des eingetretenen Schadens dem Kläger persönlich zugesagt. Damit ist dieser Gläubiger geworden, und zwar als der nach eigener Ansicht des Beklagten Schadenersatzberechtigte. Das genügt, um dem Kläger die Aktivlegitimation zuzuerkennen. Denn geschädigt kann er sein, auch wenn er nur Besitzer oder Gewahrsamhalter des Goldes war. Erheblich wären die Eigentumsverhältnisse gewesen,

falls die Frage hätte geprüft werden müssen, ob beim Kläger eine Entreichung eingetreten ist. Das ist nach dem bisher Gesagten nicht erforderlich. Alsdann sind sämtliche « Aktenwidrigkeits »- und sonstigen Rügen, welche der Beklagte in diesem Punkte gegenüber dem kantonalen Urteil vorbringt, gegenstandslos. Schon die Vorinstanz schützte die Klage nicht wegen ungerechtfertigter Bereicherung, sondern auf Grund der Schuldverpflichtung des Beklagten. Sie musste darum lediglich die Gläubigerqualität des Beklagten untersuchen und hat diese richtigweise bejaht.

Sollte der Beklagte entgegen allem Anschein noch im Juli 1947 die Meinung gehabt haben, der Kläger sei Eigentümer des Goldes, so hätte er sich möglicherweise im Irrtum über eine Eigenschaft des aus seinem Schuldbekenntnis Berechtigten befunden. Ob das ein wesentlicher Irrtum wäre, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist, nachdem der Beklagte sogar im Prozess einen Willensmangel nicht einmal eventuell geltend gemacht hat, die gesetzliche Anfechtungsfrist längst ungenützt abgelaufen. Daher besteht die Schuldverpflichtung, sei es an sich oder durch Genehmigung, zu Recht.

5. — Da die Forderung aus dem Zahlungsverprechen des Beklagten gegeben und durchsetzbar ist, braucht nicht mehr erörtert zu werden, ob der Kläger einen Schadenersatzanspruch auch aus Art. 41 ff. OR hätte.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen vom 24. März 1949 bestätigt.