Urteilskopf

102 II 401

59. Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. Dezember 1976 i.S. Boejti gegen Metro Bank AG
Regeste (de):
Art. 20 OR. Vertrag mit widerrechtlichem Inhalt.

1. Art. 3 Abs. 1 der Verordnung vom 10. Januar 1973 über die Kleinkredit- und Abzahlungsgeschäfte. Zweck des Verbotes, vor der vollen Rückzahlung eines älteren Darlehens ein neues zu gewähren (Erw. 1).

2. Ein diesem Verbot widersprechender Darlehensvertrag ist nach dem Sinn und Zweck der Norm als nichtig zu betrachten. Auslegung des Verbotes nach den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte ähnlicher Normen (Erw. 2 und 3).

3. Art. 66 OR. Umstände, die eine Rückforderung der Darlehenssumme nicht zulassen (Bestätigung der Rechtsprechung; Erw. 4 und 5).

Regeste (fr):
Art. 20 CO. Contrat ayant pour objet une chose illicite.

1. Art. 3 al. 1 de l'ordonnance du 10 janvier 1973 concernant les opérations de crédit personnel et de vente par acomptes. But de l'interdiction d'accorder un nouveau petit crédit avant le remboursement cintégral d'un ancien (consid. 1).

2. Un contrat de prêt qui contredit cette interdiction doit être considéré comme nul, selon le sens et le but de la disposition. Interprétation de l'interdiction suivant les travaux préparatoires de la loi et la genèse de dispositions semblables (consid. 2 et 3).

3. Art. 66 CO. Circonstances qui ne permettent pas de répéter la somme prêtée (confirmation de la jurisprudence; consid. 4 et 5).

Regesto (it):
Art. 20 CO. Contratto che ha per oggetto una cosa contraria alle leggi.

1. Art. 3 cpv. 1 dell'ordinanza 10 gennaio 1973 concernente le operazioni di piccolo credito e la vendita a pagamento rateale. Scopo del divieto di accordare un nuovo credito minuto prima del rimborso integrale di uno precedente (consid. 1).

2. Un contratto di mutuo in contrasto con questo divieto deve essere considerato nullo giusta il senso e lo scopo di questa disposizione. Interpretazione del divieto sulla base dei lavori preparatori e della genesi di disposizioni analoghe (consid. 2 e 3).

3. Art. 66 CO. Circostanze che non permettono la ripetizione della somma mutuata (conferma della giurisprudenza; consid. 4 e 5).

Sachverhalt ab Seite 402

Die Metro Bank AG gewährte Laszlo Boejti am 7. November 1973 Fr. 3'000.–, am 4. April 1974 Fr. 10'000.– und am 19. April 1974 Fr. 15'000.– als Darlehen, die er in monatlichen Raten zurückzahlen sollte, das erste in zehn Raten zu Fr. 324.50, das zweite in 24 Raten zu Fr. 494.75 und das dritte in 24 Raten zu Fr. 742.15. Die Kreditbelastung, bestehend aus Zins, Gebühren, Verwaltungskosten und Risikoprämie, betrug jeweils 18%. Falls Boejti den Termin für eine Rate versäumte, sollte das ganze Restdarlehen fällig und ein Verzugszins von 12% bezahlt werden. Als die ab 1. Juni 1974 vereinbarten Rückzahlungen ausblieben, betrieb die Bank den Schuldner für die Fr. 15'000.– aus dem dritten Darlehen nebst Zins und Spesen. Boejti erhob Rechtsvorschlag. Am 29. April 1975 erwirkte die Bank die provisorische Rechtsöffnung für Fr. 15'000.– nebst 18% Darlehenszins vom 19. April bis 21. August 1974, 12% Verzugszins auf Fr. 15'000.– ab 22. August 1974 und 12% Verzugszins auf dem Darlehenszins ab 22. August 1974; dazu kamen die Kosten des Zahlungsbefehls und der Rechtsöffnung, während Fr. 800.– als Zahlung vom 21. November 1974 abzuziehen waren. Im Juni 1975 klagte Boejti gegen die Metro Bank AG auf Aberkennung dieser Forderungen. Er machte insbesondere geltend, die Bank habe bei der Gewährung der Darlehen Vorschriften der Verordnung vom 10. Januar 1973 über Kleinkredit- und Abzahlungsgeschäfte missachtet, was die Beklagte bestritt. Das Bezirksgericht Zürich und auf Appellation hin am 4. Juni 1976 auch das Obergericht des Kantons Zürich wiesen die Klage ab und erklärten die Rechtsöffnung als definitiv. Der Kläger hat Berufung eingelegt. Er beantragt, das Urteil des Obergerichtes aufzuheben und die Klage gutzuheissen; eventuell seien die in Betreibung gesetzten Darlehenszinse von 18% und die Verzugszinse von mehr als 5% abzuerkennen. Die Beklagte beantragt, die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Als die Beklagte dem Kläger das streitige Darlehen von Fr. 15'000.– gewährte, war die Verordnung vom 10. Januar 1973

über Kleinkredit- und Abzahlungsgeschäfte (VKA) mit den Änderungen vom 16. Januar 1974 (AS 1973 S. 88, 1974 S. 235) noch in Kraft. Sie stützte sich auf Art. 6 des Bundesbeschlusses vom 20. Dezember 1972 über Massnahmen auf dem Gebiete des Kreditwesens (KB), wonach der Bundesrat insbesondere den Abschluss von Kleinkreditgeschäften erschweren konnte (AS 1972 S. 3068). Zu diesem Zwecke bestimmte der Bundesrat in der Verordnung, dass die Höchstdauer für die Rückzahlung eines Kleinkredites 24 Monate betrage (Art. 2 Abs. 1), ein neuer Kredit weder versprochen noch ausbezahlt werden dürfe, solange ein früher gewährter nicht vollständig zurückbezahlt ist (Art. 3 Abs. 1), und dass die Kreditkosten im Vertrag in Franken und Prozenten anzugeben seien (Art. 4). Bei Widerhandlungen hatte die Bank Verwaltungsmassnahmen und der Täter Haft oder Busse bis zu 100'000 Franken zu gewärtigen (Art. 9 und 10 KB). Der Kreditbeschluss ist am 19. Dezember 1975 erneuert (AS 1975 S. 2568) und in der Abstimmung vom 5. Dezember 1976 von Volk und Ständen angenommen worden. Die VKA ist dagegen am 1. Mai 1975 teilweise und auf den 1. Januar 1976 ganz aufgehoben worden. Vorher begangene Widerhandlungen gegen die Verordnung bleiben jedoch strafbar und sind nach den zur Zeit ihrer Begehung geltenden Vorschriften zu ahnden (AS 1975 S. 838 und 2420).

2. Der Kläger macht geltend, die Beklagte habe die VKA insbesondere dadurch verletzt, dass sie ihm vor der vollen Rückzahlung des älteren Darlehens ein neues gewährt und dabei die Restforderung verrechnet habe. Die Beklagte behauptet dagegen, der Kläger habe jeweils vor Erhalt des neuen Darlehens den Restbetrag aus dem älteren zurückbezahlt. Ihre Buchungsbelege stimmen damit überein. Danach hat der Kläger z.B. das Darlehen vom 4. April 1974 am 19. April mit Fr. 10'075.– zurückbezahlt und am gleichen Tage ein neues von Fr. 15'000.– in Empfang genommen. a) Das Obergericht lässt ausdrücklich offen, welche der beiden Darstellungen zutrifft, da so oder anders eine allfällige Verletzung der VKA den Darlehensvertrag über Fr. 15'000.– nicht im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR nichtig gemacht habe. Nach der Auffassung der Vorinstanz dürfte die Beklagte den Betrag selbst dann zurückfordern, wenn Nichtigkeit des Vertrages wegen Widerrechtlichkeit oder Sittenwidrigkeit anzunehmen

wäre, weil Art. 66 OR im vorliegenden Fall nicht anwendbar sei. Damit unterstellt das Obergericht, dass das Vorgehen der Beklagten nach der Sachdarstellung des Klägers widerrechtlich gewesen wäre. Das lässt sich im Ernst denn auch nicht bestreiten. Die Beklagte verletzte Art. 3 Abs. 1 VKA, wenn sie ein neues Darlehen mit der Restforderung aus einem früheren verrechnete, und zwar selbst dann, wenn dabei formell eine Rückzahlung mit der Auszahlung verbunden wurde. Zulässig wäre bloss ein Kredit zur Überbrückung einer unvorhersehbaren Notlage gewesen (Art. 3 Abs. 1 VKA). Dass ein solcher hier vorliege, wird von der Beklagten indes nicht behauptet und ist angesichts der angeblichen Rückzahlung in bar auch nicht anzunehmen. b) Nichtig im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR ist ein Vertrag jedoch nur, wenn sein Inhalt widerrechtlich ist. Es genügt nicht, dass nur die subjektive Beteiligung eines Vertragspartners verboten ist (BGE 62 II 111, BGE 80 II 48). Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Art. 3 Abs. 1 VKA untersagte schlechthin, neue Kleindarlehen zu gewähren, bevor ältere zurückbezahlt waren. Das Verbot betraf somit nicht bloss die Beteiligung einer Partei, sondern den Vertrag als solchen, auch wenn es nach seinem Wortlaut bloss gegen den Darlehensgeber gerichtet war (vgl. BGE 80 II 330; OFTINGER, ZSR 57 S. 552a). Die Widerrechtlichkeit macht zudem einen Vertrag nur dann nichtig, wenn diese Rechtsfolge vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen wird oder sich aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt (statt vieler: BGE 34 II 686, BGE 45 II 551, BGE 60 II 315, BGE 80 II 47 und 329, BGE 95 II 538, BGE 96 II 20; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 22 zu Art. 20; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, S. 189). Das erstere ist weder dem Kreditbeschluss noch der VKA zu entnehmen, und das letztere wird vom Obergericht vor allem gestützt auf Gesetzesmaterialien verneint.

3. Die Vorinstanz versucht den Sinn und Zweck der VKA nach dem mutmasslichen Willen des Gesetzgebers zu ermitteln. Sie schliesst aus der Botschaft des Bundesrates zu fünf dringlichen Bundesbeschlüssen über zusätzliche Massnahmen zur Dämpfung der Überkonjunktur sowie aus ähnlichen Erlassen, dass der Gesetzgeber sich über die Folgen

widerrechtlicher Darlehensverträge durchaus Gedanken gemacht, sich aber bewusst mit Strafen begnügt habe. a) Rechtsnormen sind in erster Linie aus sich selbst, d.h. nach ihrem Wortlaut, Sinn und Zweck sowie nach den ihnen zugrunde liegenden Wertungen auszulegen. Lassen diese Auslegungsmethoden Zweifel offen oder vermag ihr Ergebnis sachlich nicht zu befriedigen, so können auch die Gesetzesmaterialien beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben und dem Richter damit weiterhelfen (BGE 100 II 57 und 232 mit Zitaten). Von einer solchen Antwort kann hier aber nicht die Rede sein. Die vom Obergericht

angeführte Botschaft zu Beschlussesentwürfen über zusätzliche Massnahmen zur Dämpfung der Überkonjunktur vom 4. Dezember 1972 (BBl 1972 II 1541 ff.) äussert sich weder über die zivilrechtlichen Auswirkungen von Verstössen, noch lässt sie erkennen, dass oder gar in welchem Sinne man dieser Frage bei den Vorarbeiten Beachtung geschenkt habe. Auch der Hinweis auf die Möglichkeit, Preiserhöhungen zeitweise zu verweigern (S. 1572), besagt nichts über die zivilrechtliche Gültigkeit oder Nichtigkeit widerrechtlicher Erhöhungen. Dass mit den Strafandrohungen zivilrechtliche Rechtsfolgen ausgeschlossen werden sollten, ist dieser Botschaft so wenig zu entnehmen wie derjenigen über den Schutz der Währung vom 8. September 1971 (BBl 1971 II 837 ff.), auf die in der ersten verwiesen wird (S. 1561). Richtig ist dagegen, dass andere Wirtschaftsrechtliche Erlasse des Bundes ausdrücklich die zivilrechtliche Nichtigkeit verbotener Rechtsgeschäfte vorsehen. Das ist z.B. der Fall nach Art. 11 des Bundesbeschlusses vom 23. März 1961 über die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Ausländer (BewB, Fassung vom 21. März 1973 Art. 20; AS 1961 S. 206, 1974 S. 89), nach Art. 23 des Bundesbeschlusses vom 30. Juni 1972 über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BMM, AS 1972 S. 1507) sowie nach Art. 4 des Bundesratsbeschlusses vom 26. Juni 1972 betreffend das Verbot der Anlage ausländischer Gelder in inländischen Grundstücken (AS 1972 S. 1063). In der Botschaft des Bundesrates wurde dazu jedoch bemerkt, die Nichtigkeit ergebe sich aus Art. 20 OR (BBl 1960 II 1285 zu Art. 11 BewB) oder die Vorschrift solle klare Verhältnisse schaffen (BBl 1972 I 1244 zu Art. 23 BMM).

b) Daraus darf entgegen der Auffassung des Obergerichtes aber nicht gefolgert werden, die Verletzung eines Gebotes oder Verbotes führe nur dann zur Nichtigkeit des Vertrages, wenn sich diese Folge aus dem Erlass selber ergebe. Im Entscheid 93 II 106 hat das Bundesgericht vielmehr die Nichtigkeit eines Pachtvertrages wegen Verstosses gegen die Pachtzinskontrolle bejaht, obschon das Bundesgesetz vom 21. Dezember 1960 über die Kontrolle landwirtschaftlicher Pachtzinse diese Folge im Gegensatz zur vorausgehenden Verordnung vom 28. Dezember 1956 (Art. 7 Abs. 2; AS 1956 S. 1646) nicht vorsah; in der Botschaft zum Gesetz wurde das u.a. mit dem Hinweis auf Art. 19 und 20 OR begründet (BBl 1960 II 506). Ebenso hat das Bundesgericht im Entscheid 82 II 132 Erw. 3 Verträge, die gegen den Bundesratsbeschluss vom 28. März 1949 über das Kriegsmaterial verstiessen, als nichtig erklärt, obwohl der Beschluss sich mit Strafandrohungen und Verwaltungsmassnahmen begnügt hat. Es kann deshalb auch hier nicht entscheidend sein, dass der Kreditbeschluss und die VKA sich darüber ausschweigen, wie es sich mit der zivilrechtlichen Gültigkeit verbotener Rechtsgeschäfte verhält.
Sinn und Zweck einer Verbotsnorm ergeben sich aus der Bedeutung des zu bekämpfenden Erfolges (BGE 81 II 619, BGE 82 II 132 Erw. 3, BGE 95 II 538, BGE 96 II 20); die Folge der Nichtigkeit muss dem Zweck der Norm angemessen sein (vgl. OFTINGER, ZSR 57 S. 549a, VON BÜREN, OR Allg. Teil S. 113). Das Bundesgericht hielt diese Folge für verbotene Geschäfte mit Kriegsmaterial für gerechtfertigt, weil es widersinnig wäre, solchen Verträgen den Rechtsschutz des Landes zu gewähren, dessen lebenswichtige Interessen sie gefährden (BGE 82 II 132 Erw. 3). Das muss namentlich in Ausnahmezeiten auch für andere öffentliche Interessen gelten. Dass man mit den Massnahmen zur Dämpfung der Überkonjunktur vor allem allgemeine Interessen volkswirtschaftlicher Art schützen wollte, erhellt aus der Botschaft, in der der Bundesrat abschliessend ausführte, die Teuerung erfordere einschneidende Massnahmen, ansonst die Zukunft unserer Wirtschaft sowie unsere sozialen und staatspolitischen Einrichtungen gefährdet würden (BBl 1972 II 1574). c) Zum gleichen Ergebnis wie diese allgemeinen Interessen führt die sinngemässe Auslegung des vorliegenden Erlasses.

Für die Nichtigkeit spricht insbesondere, dass Art. 3 VKA die Gewährung von Kleinkrediten grundsätzlich verbot (Abs. 1); daran ändert nichts, dass der Kreditgeber sich auf die schriftliche Bestätigung des Darlehensnehmers verlassen durfte (Abs. 2), soweit es sich nicht um eigene frühere Kredite handelte. Es war nicht etwa

ein Bewilligungsverfahren vorgesehen; die Möglichkeit eines solchen spräche eher gegen die Folge der Nichtigkeit (vgl. OFTINGER, ZSR 57 S. 549a; LEHNER, SJZ 52 S. 234). Das wird vom Obergericht übersehen, wenn es die Bundesbeschlüsse über Missbräuche im Mietwesen und über Grundstückverkäufe an Ausländer heranzieht; denn diese Beschlüsse kennen die Bewilligung. Richtig ist dagegen, dass Art. 3 Abs. 1 VKA den Fall einer unvorhersehbaren Notlage ausdrücklich vorbehielt, also sogar ohne Bewilligung rechtmässig machte, wie die Beklagte einwendet. Eine ausdrückliche zivilrechtliche Regel war in Art. 2 Abs. 2 VKA enthalten, der bestimmte, dass der Anspruch auf den bei Ablauf der Höchstdauer von 24 Monaten noch ausstehenden Betrag erlosch, wenn der Darlehensnehmer nicht innert 30 Tagen betrieben wurde. Auch daraus darf jedoch nicht gefolgert werden, für Verstösse gegen Art. 3 Abs. 1 sei eine zivilrechtliche Folge bewusst ausgeschlossen worden. In Art. 2 bedurfte es einer besonderen Vorschrift, weil es sich nicht aus Art. 20 OR ergäbe, dass ein vorerst gültig auf 24 Monate abgeschlossener Vertrag durch blosse Säumnis des Darlehensnehmers nachträglich teilweise ungültig werden könnte. Dass man für solche Fälle, die unter dem Gesichtspunkt der Konjunkturdämpfung kaum ins Gewicht fallen, die zivilrechtliche Verwirkung vorsah, spricht ebenfalls deutlich gegen die Annahme, dass Verträge trotz schwerwiegender Verstösse gegen Art. 3 Abs. 1 gültig sein sollten. Welche Bedeutung der Gesetzgeber einem Verstoss gegen die Vorschrift beimessen wollte, die Kreditkosten im Vertrag anzugeben (Art. 4), ist der Verordnung nicht zu entnehmen und kann offen bleiben. Dagegen ist auf Art. 4a VKA hinzuweisen, womit auch für Kleinkreditinstitute eine Beschränkung des jährlichen Kreditzuwachses eingeführt wurde. Hier begnügte der Gesetzgeber sich mit Verwaltungszwang gemäss Art. 9 KB. Ein Verstoss gegen die Beschränkung könnte nach dem Sinn und Zweck der Norm nicht zur Nichtigkeit des Vertrages führen, denn es wäre unhaltbar, dessen Gültigkeit

davon abhängig zu machen, ob der Kreditgeber zur Zeit des Vertragsabschlusses die jährliche Zuwachsrate bereits überschritten habe. d) Wollte man mit Art. 3 Abs. 1 VKA aus konjunkturpolitischen Gründen ein neues Darlehen verbieten, bevor ein älteres zurückbezahlt war, so muss nach dem Sinn und Zweck der Norm die Nichtigkeit des Vertrages bejaht werden, wenn eine Bank sich über das Verbot hinwegsetzte. Dass die Verletzung mit Haft oder Busse bis Fr. 100'000.– bestraft werden kann, steht dem nicht entgegen. Es wäre gegenteils nicht zu verstehen, wenn man Verträge, deren Abschluss bei Strafe verboten ist, zivilrechtlich dennoch dulden und gerichtlich schützen würde (vgl. OFTINGER, ZSR 57 S. 550a). Die Nichtigkeit des Vertrages ist in einem solchen Falle nicht bloss sachlich gerechtfertigt, sondern auch das geeignete Mittel, Verstössen vorzubeugen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist die Rechtsprechung (BGE 96 II 20 mit Zitaten) zudem nicht dahin zu verstehen, dass Nichtigkeit bei widerrechtlichen Verträgen nur dann anzunehmen sei, wenn der Wortlaut der Norm oder der zu bekämpfende Erfolg sie geradezu verlangen, mögen einzelne Entscheide (z.B. BGE 95 II 538) auch diese Meinung aufkommen lassen. Dass Sinn und Zweck einer Norm neben oder gar gegen ihren Wortlaut zu beachten sind, ist ein allgemein anerkannter Rechtssatz (BGE 88 II 482 /3, BGE 93 II 398, BGE 97 II 237, BGE 100 II 189 /90). Nichtigkeit ist daher zu verneinen, wo sie dem Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderliefe, was aber nicht heisst, diese Folge müsse sich nach dem Grundgedanken der Norm aufdrängen, um sie bejahen zu können; diesfalls wäre Art. 20 OR, wie der Kläger mit Recht einwendet, für widerrechtliche Verträge bedeutungslos. Man braucht keineswegs so weit zu gehen wie OFTINGER in ZSR 57 S. 550a, der jeden widerrechtlichen Vertrag für nichtig hält. Es ist unerlässlich, aber auch ausreichend, Art. 20 Abs. 1 OR immer anzuwenden, wenn Sinn und Zweck der verletzten Norm keine andere Rechtsfolge nahelegen; die allgemeine Bestimmung enthält dann eine Vermutung für die Nichtigkeit (vgl. OSER/SCHÖNENBERGER, N. 22 und 24 zu Art. 20 OR; GUHL/MERZ/KUMMER, OR S. 67; VON TUHR/SIEGWART, OR I S. 237). Gleich verhält es sich nach dem deutschen Recht. § 134 BGB bestimmt, dass ein Rechtsgeschäft,

das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, nichtig ist, wenn sich nicht aus dem Gesetz anderes ergibt. Auf diese Bestimmung hat das Bundesgericht sich im Entscheid 41 II 485 denn auch ausdrücklich berufen. Wird Art. 20 Abs. 1 OR so verstanden, so wäre im vorliegenden Fall auch dann auf Nichtigkeit zu schliessen, wenn diese Wirkung sich nicht schon aus dem Sinn und Zweck der VKA ergäbe.

4. Hat die Beklagte dem Kläger, wie dieser behauptet, einen neuen Kredit gewährt, bevor ein älterer zurückbezahlt worden ist, so muss der Vertrag über das Darlehen von Fr. 15'000.– nicht bloss als widerrechtlich, sondern nach dem Gesagten als nichtig bezeichnet werden. Diesfalls ergibt sich für die Beklagte gemäss Art. 62 Abs. 2 OR ein Bereicherungsanspruch, der nach der Auffassung des Obergerichtes auf jeden Fall zu bejahen und zuzusprechen ist, weil Art. 66 OR hier nicht anwendbar sei.
a) Nach Art. 66 OR kann trotz ungerechtfertigter Bereicherung nicht zurückgefordert werden, was in der Absicht gegeben worden ist, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen. Das Obergericht legt diese Bestimmung einschränkend aus. Sie gilt nach seiner Ansicht nur für Leistungen, die zur Belohnung einer zugesagten oder in Aussicht gestellten verbotenen oder unsittlichen Handlung gemacht werden, d.h. für den sog. Gaunerlohn, nicht aber für Zuwendungen, die nach Vertrag an den Leistenden zurückzugeben sind. Das Obergericht kann sich dafür insbesondere auf VON TUHR/SIEGWART (OR I S. 413) und VON BÜREN (OR Allg. Teil S. 302 und SJZ 58 S. 226) berufen. Es nimmt jedoch zu Unrecht an, das Bundesgericht lege Art. 66 OR ebenfalls einschränkend aus. Eine solche Auslegung wurde vielmehr schon unter der Herrschaft von Art. 75 aOR (= Art. 66 OR) als unbefriedigend verworfen (BGE 37 II 67). In BGE 53 II 41 wurde sie beiläufig übernommen, dann aber erneut mit der Begründung abgelehnt, ausgeschlossen von der Rückforderung sei nicht nur der sog. Gaunerlohn, sondern jede zur Herbeiführung des rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolges gemachte Leistung (BGE 66 II 258, BGE 74 II 27). An dieser Rechtsprechung wurde seitdem trotz der Kritik GUHLS in ZBJV 86 S. 99 und 88 S. 365 festgehalten (BGE 82 II 75, BGE 84 II 183, BGE 95 II 41). Daran änderten auch Entscheide nichts, nach denen Art. 66 OR entfiel, weil

ein nachträgliches gültiges Zahlungsversprechen vorlag (BGE 75 II 297) oder die Leistung durch Drohung erwirkt wurde (BGE 76 II 370). Ebensowenig kann die Vorinstanz aus BGE 79 II 204 und BGE 99 Ia 418 etwas für eine einschränkende Auslegung ableiten. Im ersten Entscheid war die Sondervorschrift von Art. 42 Abs. 2 des Bundesratsbeschlusses vom 19. Januar 1940 über Massnahmen gegen die Bodenspekulation (BS 9 S. 165) zu beachten, und im zweiten entfiel Art. 66 OR schon mangels ungerechtfertigter Bereicherung. Von anderen Autoren ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu Art. 66 OR gebilligt worden, wenn auch häufig unter Kritik an der gesetzlichen Regelung (vgl. insbes. NIEDERLÄNDER, Festschrift für Max Gutzwiller S. 635; MERZ/KUMMER, SJK Karte 1040; GUHL/MERZ/KUMMER, OR S. 205; MERZ, ZBJV 107 S. 122; ENGEL, a.a.O. S. 401; SECRETAN, Journées juridiques et économiques franco-suisses 1951 S. 47; RUSCH, SJZ 47 S. 369). b) Die Vorinstanz beruft sich auf BGE 74 II 29/30, wo eingeräumt worden ist, dass auch bei beidseitiger widerrechtlicher oder unsittlicher Absicht besondere Umstände vorliegen können, welche die Verweigerung des Rückforderungsanspruches als unerträglich und missbräuchlich erscheinen lassen. Sie stützt sich ferner auf GUHL/MERZ/KUMMER (OR S. 205), die den Ausschluss der Rückforderung dann mit Treu und Glauben nicht vereinbar halten, wenn der Empfänger der Leistung ebenfalls unredlich gehandelt hat. In diesem Sinne wirft das Obergericht dem "sicher nicht geschäftsungewandten" Kläger vor, dass er mit der Unterzeichnung des Darlehensvertrages vom 19. April 1974 bestätigt habe, keine anderen Verpflichtungen gegenüber Kleinkreditinstituten zu haben; das sei bewusst falsch gewesen, wenn die Beklagte frühere Kredite,

wie er behaupte, durch blosse Verrechnung getilgt habe. Nach seinen eigenen Angaben habe er somit an der Widerhandlung gegen die VKA teilgenommen und vom Darlehen profitiert. Letzteres ist nicht zu bestreiten, jedoch unerheblich, weil das zur ungerechtfertigten Bereicherung gehört, die von Art. 66 OR ja stets vorausgesetzt wird. Zu Recht wendet der Kläger sich auch gegen den Vorwurf unredlichen Handelns. Gewiss bezog seine Unterschrift sich auf die vorgedruckte Klausel, dass er im Zeitpunkt der Kreditgewährung angeblich keine anderen Verpflichtungen gegenüber Kreditinstituten

hatte. Ob der Kläger die früheren Kredite der Beklagten davon ausnehmen durfte, kann offen bleiben. Die Beklagte konnte die Klausel jedenfalls nicht in guten Treuen auf Kredite beziehen, die sie selbst gewährt hatte und deren Betrag, soweit er noch ausstand, nach der Behauptung des Klägers mit dem neuen Darlehen verrechnet wurde. Abgesehen davon verbot Art. 3 Abs. 1 VKA aus guten Gründen nur das Versprechen und Auszahlen von Darlehen, nicht deren Entgegennahme. Der Kläger wäre als sog. notwendiger Teilnehmer nur strafbar, "wenn das Gesetz auch ihn zum Täter" gestempelt hätte (BGE 80 IV 32 Erw. 2). Das traf nicht zu. Auch dies lässt sein Verhalten im vornherein als weniger tadelnswert erscheinen. Zudem ist zu bedenken, dass Art. 66 OR den Ausschluss der Rückforderung allein von der Absicht des Leistenden, nicht von jener des Empfängers abhängig macht (BGE 74 II 27, BGE 95 II 41; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 3 zu Art. 66 OR; GUHL/MERZ/KUMMER, OR S. 205). Dass auf Seiten der Beklagten diese Absicht aber bestanden hat, wenn der Vertrag so abgeschlossen worden ist, wie der Kläger behauptet, lässt sich im Ernst nicht bestreiten. c) Das Obergericht meint freilich, es verstiesse gegen Treu und Glauben, wenn der Kläger den streitigen Darlehensbetrag behalten könnte. Auch das Bundesgericht behält bei seiner strengen Anwendung des Art. 66 OR Fälle vor, in denen der Ausschluss der Rückforderung, namentlich wegen des eigenen unredlichen Verhaltens des Empfängers, missbräuchlich wäre (BGE 74 II 29, BGE 76 II 370; ebenso GUHL/MERZ/KUMMER, OR S. 205; MERZ, N. 568-572 zu Art. 2 ZGB und ZBJV 107 S. 122). Hier sind indes keine Umstände ersichtlich, die den Kläger mehr als die Beklagte oder auch nur gleich stark belasten würden, ganz abgesehen davon, dass die Beklagte die finanziellen Schwierigkeiten ihrer Kunden ausgenützt hat. Die Tatsache allein, dass der Kläger eine Leistung behalten kann, die er abredegemäss zurückerstatten müsste, begründet keinen Rechtsmissbrauch. Das ist vielmehr der Wille des Gesetzes, das pönalen Charakter hat und keine Klage auf Rückforderung des Geleisteten zulässt, weil die Forderung des staatlichen Schutzes nicht würdig ist (BGE 66 II 259, 74 II 27, BGE 95 II 41; ebenso VON TUHR/SIEGWART, OR I S. 413). Dass sich eine stossende Begünstigung einer Vertragspartei ergeben kann, ist daher entsprechend dem Grundgedanken des

Art. 66 OR, der rechtswidrigen und unsittlichen Geschäften vorbeugen will, solange in Kauf zu nehmen, als das Gesetz selber keine bessere Lösung vorsieht (BGE 84 II 184).

5. Die Rückforderung der Beklagten wäre somit gestützt auf Art. 66 OR zu verweigern, wenn die Beklagte dem Kläger, wie dieser behauptet, vor der vollen Rückzahlung des zweiten Darlehens ein neues gewährt und die Restanz aus dem zweiten mit dem dritten verrechnet haben sollte. Wie es sich damit verhält, hat das Obergericht ausdrücklich offen gelassen, ist für das Schicksal der Aberkennungsklage aber entscheidend. Das angefochtene Urteil ist daher gestützt auf Art. 64 Abs. 1 OG aufzuheben und die Sache zur weiteren Abklärung des Sachverhaltes und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass das Urteil des Obergerichtes (II. Zivilkammer) des Kantons Zürich vom 4. Juni 1976 aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird