Urteilskopf

94 II 37

5. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. Mai 1968 i.S. Grufina AG gegen Vogel.
Regeste (de):
Vertragsanspruch oder Bereicherungsanspruch? (Erw. 4).

Kein Anspruch auf Erstattung von Auslagen beim blossen Putativauftrag (Erw. 5).

Rechtsmissbrauch wegen Verzögerung in der gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs? (Erw. 6).

Zulässigkeit der Berufung auf Rechtsmissbrauch erst vor Bundesgericht (Erw. 6 a).

Regeste (fr):
Prétention résultant d'un contrat ou de l'enrichissement illégitime? (consid. 4).

Le droit au remboursement d'avances n'existe pas en cas de simple mandat putatif (consid. 5).

Celui qui tarde à faire valoir son droit en justice commet-il un abus de droit? (consid. 6).

Recevabilité de l'exception d'abus de droit soulevée pour la première fois devant le Tribunal fédéral (consid. 6 a).

Regesto (it):
Pretesa risultante da un contratto o dall'arricchimento indebito? (consid. 4).

Nessuna pretesa al rimborso delle spese in caso di un semplice mandato putativo (consid. 5).

C'è abuso di diritto per il fatto di tardare a far valere giudizialmente una pretesa? (consid. 6).

Ricevibilità della censura d'abuso di diritto fatta valere solo davanti al Tribunale federale (consid. 6 a).

Sachverhalt ab Seite 38

Aus dem Tatbestand:
Die Exchange Finanz AG Zürich, die Rechtsvorgängerin der heutigen Beklagten Grufina AG, verkaufte im Juli 1951 für ihren Kunden Raimund Vogel in München 630 000 Sperrmark. Vogel bestritt, ihr einen Auftrag zu diesen Verkäufen erteilt zu haben, und weigerte sich, ihr die erforderlichen Sperrmark zu liefern. Die Exchange beschaffte sich daher die Sperrmark durch Deckungskäufe, wobei sich ein Exekutionsschaden von Fr. 24 785.– ergab, den sie einem Schweizerfrankenkonto des Vogel belastete. Vogel erhob bei der Liquidierung dieses Kontos im Juli 1951 gegen die Belastung Einspruch und verlangte im August 1951, sowie in den Jahren 1952 und 1954 erfolglos Auszahlung des zurückbehaltenen Betrages. Am 22. Juni 1961 betrieb er die Grufina zwecks Unterbrechung der Verjährung. Die Betriebene erhob Rechtsvorschlag, worauf Vogel die Sache erneut

ruhen liess, bis er im November 1965 Klage auf Auszahlung des Betrages von Fr. 24 785.– einreichte. Die Beklagte bestritt die Klage mit der Begründung, Vogel habe ihr 1951 einen Verkaufsauftrag erteilt und habe ihr daher den infolge Nichtlieferung der verkauften Sperrmark eingetretenen Exekutionsschaden ersetzen müssen; eventuell erhob sie die Einrede der Verjährung. Das Handelsgericht des Kantons Zürich entschied, der Nachweis für den von der Beklagten behaupteten Auftrag zum Verkauf der Sperrmark sei nicht erbracht, verwarf die Verjährungseinrede der Beklagten und schützte die Klage. Das Bundesgericht, vor dem die Beklagte an der Einrede der Verjährung festhielt und neu den Einwand des Rechtsmissbrauchs wegen Verzögerung in der Geltendmachung des Anspruchs erhob, weist die Sache an die Vorinstanz zurück auf Grund folgender

Erwägungen

Erwägungen:

4. Das Handelsgericht hat die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung mit der Begründung verworfen, bei der streitigen Forderung handle es sich um das Saldoguthaben aus

BGE 94 II 37 S. 39

einem Kontokorrentverhältnis zwischen dem Kläger und der Exchange, also um einen vertraglichen Anspruch, für den nach Art. 127 OR die zehnjährige Verjährungsfrist gelte; diese sei durch die Betreibung vom 22. Juni 1961 unterbrochen worden und somit im Zeitpunkt der Klageerhebung vom 13. November 1965 noch nicht abgelaufen gewesen. Die Beklagte hält in der Berufung die Verjährungseinrede aufrecht. Sie wendet ein, die Annahme der Vorinstanz, zwischen dem Kläger und der Exchange habe ein Kontokorrentverhältnis bestanden, beruhe auf einer blossen unbewiesenen Behauptung des Klägers. Die Umstände sprächen aber gegen einen Kontokorrentvertrag. Die auf das Schweizerfranken-Konto gelegten Gelder seien der Exchange zum Kaufvon Sperrmark überwiesen worden. Der Anspruch auf Rückerstattung des nicht zu diesem Zwecke verwendeten Geldes sei ein Bereicherungsanspruch im Sinne einer "condictio causa data causa non secuta", für den die einjährige Verjährung gelte. Diese Jahresfrist habe spätestens am 19. Juli 1951 zu laufen begonnen, d.h. mit dem Tage, an dem der Kläger den Saldo des Schweizerfranken-Kontos abzüglich der streitigen Fr. 24 785.– bezogen habe, und sei somit am 19. Juli 1952 abgelaufen. Dieser Einwand hält der Prüfung nicht stand. Wohl hat die Vorinstanz ohne besondere Beweiserhebungen auf die Behauptung des Klägers abgestellt, dass zwischen ihm und der Exchange ein Kontokorrentvertrag bestanden habe; sie hat das Vorliegen eines solchen offenbar stillschweigend aus den gesamten Umständen gefolgert. Welches die Rechtsnatur dieses Schweizerfranken-Kontos des Klägers bei der Exchange gewesen sei, kann jedoch dahingestellt bleiben. Ob der streitige Betrag den Saldo aus einem Kontokorrentvertrag im Sinne des Art. 117 OR oder aus einem ähnlichen Verhältnis, wie z.B. aus einer gewöhnlichen laufenden Rechnung (vgl. hiezu OSER/SCHÖNENBERGER, N. 4 zu Art. 117 OR) darstellte, ob eine Hinterlegung, ein Auftrag oder ein einem solchen ähnliches Verhältnis vorgelegen habe, ist nämlich unerheblich. Auf jeden Fall steht ausser Zweifel, dass dieses Konto auf einer vertraglichen Beziehung zwischen dem Kläger und der Exchange beruhte und dass die letztere bei der Beendigung dieses Vertragsverhältnisses verpflichtet war, dem Kläger den verbleibenden Saldo zurückzuerstatten. Behielt sie von diesem unberechtigterweise den Teilbetrag von Fr. 24 785.– zurück, so verletzte sie damit eine vertragliche Rückerstattungspflicht

BGE 94 II 37 S. 40

und war nicht etwa bloss um den zurückbehaltenen Betrag ungerechtfertigt bereichert. Der vertragliche Rückerstattungsanspruch des Klägers untersteht aber der zehnjährigen Verjährungsfrist des Art. 127 OR, die durch die Betreibung vom 22. Juni 1961 unterbrochen wurde. Die Verwerfung der Verjährungseinrede der Beklagten durch die Vorinstanz verstiess daher nicht gegen Bundesrecht.

5. Da ein Auftrag zum Verkauf der Sperrmark nicht erteilt worden war, lässt sich die Belastung des Schweizerfranken-Kontos durch die Exchange mit dem Exekutionsverlust aus dem Sperrmarkverkauf auch nicht etwa auf Art. 402 OR stützen, wonach der Auftraggeber dem Beauftragten die in richtiger Ausführung des Auftrages gemachten Auslagen und Verwendungen, sowie grundsätzlich auch den aus dem Auftrag erwachsenen Schaden zu ersetzen hat. Dass die Exchange der Meinung war, einen Auftrag erhalten zu haben, ändert nichts; denn der blosse Putativauftrag ist kein Auftrag (BGE 51 II 187f.,BGE 77 II 372oben; GAUTSCHI, OR Art. 402 N. 6 c, S. 567). Mangels eines Auftrages fehlte der Rechtsgrund für einen solchen Erstattungsanspruch der Exchange. Für eine Heranziehung von Art. 402 OR gegenüber dem Erfüllungsanspruch des Klägers auf Auszahlung des Saldos aus dem Schweizerfranken-Konto ist daher kein Raum.

6. In der Berufung legt die Beklagte das Hauptgewicht auf den Einwand, der Kläger habe den Anspruch auf den verrechnungsweise zurückbehaltenen Betrag infolge ungebührlich verspäteter Geltendmachung verwirkt. Er habe schon am 19. Juli 1951 die Zurückbehaltung des streitigen Betrages gekannt, aber trotzdem mit der Klageerhebung bis zum 13. November 1965, also über 14 Jahre, zugewartet, ohne dafür einen stichhaltigen Grund vorbringen zu können. Falls dafür Devisen- oder Steuergründe massgebend gewesen sein sollten, hätte er dies selber zu vertreten. Der Umstand, dass er nach der Betreibung vom Jahre 1961 bis zur Klageerhebung noch weitere vier Jahre habe verstreichen lassen, zeige deutlich, dass er mit dem Zuwarten während 14 Jahren offensichtlich bezweckt habe, der Beklagten den Beweis für die Erteilung des Auftrages zum Verkauf der Sperrmark zu erschweren oder gar zu verunmöglichen. Solches Zuwarten zum Zwecke der Beweisverdunkelung verstosse gegen Treu und Glauben und bedeute daher einen Rechtsmissbrauch im Sinne des Art. 2 ZGB.

a) Dass die Beklagte diesen Einwand erst im Berufungsverfahren erhoben hat, steht seiner Zulässigkeit nicht im Wege. Denn das Vorliegen eines Rechtsmissbrauches im Sinne von Art. 2 ZGB ist in jeder Instanz von Amtes wegen zu beachten (BGE 69 II 103,BGE 78 II 227,BGE 79 II 405, BGE 86 II 232 Erw. 6). Sobald Sachumstände behauptet werden, die unter dem Gesichtspunkt des Art. 2 ZGB einen Anspruch zu begründen oder zu vernichten geeignet sind, hat der Richter die Norm anzuwenden, gleichgültig, ob eine Partei sie anrufe (MERZ, Art. 2 ZGB, N. 99). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt: Der Kläger hat schon in der Klageschrift das Unterbleiben der gerichtlichen Geltendmachung seines Anspruchs damit begründet, er habe vorerst die strafrechtliche Verjährung allfälliger Devisenvergehen abwarten müssen, und die Beklagte ihrerseits hat in der Klagebeantwortung den Standpunkt eingenommen, es wäre mit Treu und Glauben unvereinbar, ihr nach so langer Zeit die Beweislast für die Auftragserteilung aufzubürden. Das Handelsgericht hätte daher Anlass gehabt, nicht nur zu erwägen, wie sich das lange Zuwarten mit der Klage auf die Anforderungen an die Beweispflicht der Beklagten auswirke, sondern auch, ob das Verhalten des Klägers nicht als Rechtsmissbrauch zu bewerten sei. b) Eine Anspruchsverwirkung wegen rechtsmissbräuchlicher Verzögerung der gerichtlichen Geltendmachung darf nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden (BGE 79 II 313). Insbesondere bei vertraglichen Ansprüchen rechtfertigt der blosse Zeitablauf für sich allein den Schluss auf das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs noch nicht. Das Gesetz sieht für die Geltendmachung vertraglicher Forderungen in der Regel eine Verjährungsfrist von 10 Jahren (Art. 127 OR), und für gewisse Kategorien von Forderungen eine solche von 5 Jahren (Art. 128 OR) vor. Innerhalb dieser Frist steht es dem Gläubiger frei, in welchem Zeitpunkt er seinen Anspruch geltend machen will. Er kann sogar die Verjährung durch Betreibung unterbrechen und damit den Ablauf der Verjährungsfrist noch weiter hinausschieben (Art. 135 Ziff. 2 OR). Unter gewissen Umständen sieht das Gesetz sodann vor, dass die Verjährung überhaupt nicht zu laufen beginnt oder stillsteht (Art. 134 OR). Das Gesetz

nimmt es also in Kauf, dass sich infolge Zeitablaufs für den Schuldner Beweisschwierigkeiten ergeben können für den Nachweis, dass die angebliche Schuld getilgt worden oder anderweitig untergegangen ist. Soll das Rechtsinstitut der Verjährung nicht weitgehend

BGE 94 II 37 S. 42

ausgehöhlt werden, so müssen daher zum blossen Zeitablauf noch weitere Umstände hinzutreten, damit eine rechtsmissbräuchliche Verzögerung in der Rechtsausübung angenommen werden darf (MERZ, Art. 2 ZGB N. 522 S. 365). c) Ein solcher Umstand kann darin liegen, dass die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit des Berechtigten in unvereinbarem Widerspruch steht. Das kommt vor allem in Betracht bei Ansprüchen, für die keine gesetzliche Verwirkungs- oder Verjährungsfrist vorgesehen ist, wie z.B. bei Unterlassungsansprüchen, beim Persönlichkeitsrecht oder im immateriellen Güterrecht, wenn der Berechtigte eine Verletzung seines Rechts während langer Zeit widerspruchslos hingenommen hat (BGE 73 II 190,BGE 76 II 394, BGE 85 II 129 Erw. 9). Bei Forderungsansprüchen kann dagegen eine Verwirkung aus diesem Grunde nur in Frage kommen, wenn die Untätigkeit des Gläubigers den Schluss nahelegt, er habe auf seine Forderung verzichtet. Diese Voraussetzung ist hier jedoch nicht erfüllt. Der Kläger hat nie auf den Anspruch auf Auszahlung des von der Exchange zurückbehaltenen Betrages verzichtet, sondern im Gegenteil sofort nach Entgegennahme des Saldobetrages aus dem Schweizerfranken-Konto am 19. Juli 1951 gegen die Zurückhaltung der Fr. 24 785.– Einspruch erhoben. Auch in der Folge hat er wiederholt, nämlich im August 1951 und in den Jahren 1952 und 1954, die Auszahlung des zurückbehaltenen Betrages verlangt, und schliesslich hat er seinen Anspruch im Jahre 1961 durch Betreibung erneut geltend gemacht. d) Rechtsmissbräuchliche Verzögerung in der Geltendmachung einer Forderung ist ferner anzunehmen, wenn sie auf die Absicht des Gläubigers zurückzuführen ist, eine für den Schuldner nachteilige Beweisverdunkelung herbeizuführen (BGE 59 II 392f.). Solcher Absicht der Beweisverdunkelung bezichtigt die Beklagte den Kläger. Dieser bestreitet die Begründetheit dieses Vorwurfs und will seine Untätigkeit damit erklären, dass er bei früherer Durchsetzung seines Anspruches auf dem Rechtsweg hätte befürchten müssen, in Deutschland wegen Devisenvergehen und Steuerhinterziehung strafrechtlich belangt zu werden. Eine solche Gefahr vermag ein Zuwarten des Gläubigers mit der Rechtsausübung entgegen der Auffassung der Beklagten in der Tat grundsätzlich zu rechtfertigen. Das schweizerische Recht verpflichtet niemanden zu einem Verhalten, das ihn der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung, sei es auch im Ausland, aussetzen

BGE 94 II 37 S. 43

könnte. Auf diesem Gedanken beruht z.B. auch das durch das Prozessrecht in der Regel einem Zeugen eingeräumte Recht der Zeugnisverweigerung, wenn er sich mit der Beantwortung einer Frage die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen kann (so z.B. BZP Art. 42 Abs. 1 lit. a). Das Gesetz billigt also dem persönlichen Interesse des Zeugen, sich einer möglicherweise verdienten Bestrafung zu entziehen, den Vorrang zu vor dem Interesse des Beweisführers, den ihm obliegenden Beweis erbringen zu können; ja sogar das öffentliche Interesse an der Ermittlung der Wahrheit, auf dem die allgemeine Zeugnispflicht beruht, hat hinter das genannte rein egoistische Interesse des Zeugen zurückzutreten. Das Bestreben des Klägers, die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung abzuwenden, vermag daher sein Zuwarten mit der Rechtsausübung nicht als rechtsmissbräuchlich erscheinen zu lassen, wenn auch die von ihm begangenen strafbaren Handlungen moralisch zu missbilligen sind. Nach dem Eintritt der Verfolgungsverjährung für die Widerhandlungen gegen die deutschen Devisenvorschriften und die Steuerhinterziehungen bestand dagegen für den Kläger kein Anlass mehr, aus diesem Grunde die gerichtliche Durchsetzung seines Anspruchs weiter hinauszuschieben. Wie lange er zuwarten durfte, hängt

somit wesentlich von der Dauer der Verjährungsfrist ab, die für die in Frage stehenden strafbaren Handlungen galt. Wie es sich damit verhält, kann beim gegebenen Aktenstand nicht entschieden werden. Die Sache ist daher zur Abklärung dieses Punktes an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird abzuklären haben, welche Verjährungsfrist die einschlägige deutsche Gesetzgebung für die Delikte vorsah, wegen denen der Kläger verfolgt zu werden befürchtete. Sollte sich herausstellen, dass er auch nach Ablauf dieser Verjährungsfristen erhebliche Zeit verstreichen liess, bis er sich entschloss, gegen die Beklagte gerichtlich vorzugehen, so wird die Vorinstanz auch zu ermitteln haben, ob hiefür stichhaltige Gründe vorlagen (wie z.B. Schwierigkeiten in der Beibringung des Beweismaterials für den behaupteten Anspruch), oder ob sich, gleich wie im FalleBGE 59 II 392f., eine solche weitere Verzögerung nur mit der arglistigen Absicht der Beweisverdunkelung zum Nachteil der Beklagten erklären lasse.