

BGE 30 II 73

Bundesgericht (BGE), 1904-02-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_30_II_73

FR: ATF 30 II 73

IT: DTF 30 II 73

Volltext

10. Urteil vom 19. Februar 1904 in Sachen Gengenbacher, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen Günthardt, Kl. u. Ber.=Bekl. Gesellschaftsvertrag mit dem Zwecke der gemeinsamen Ersteigerung einer Verlostscheinforderung. Tatbestandfeststellung, Art. 81 06. Neuer rechtlicher Standpunkt vor Bundesgericht, Art. 80 06. Unsittliches pactum de (non licitando) Art. 17 OR. A. Durch Urteil vom 21. Dezember 1903 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Es wird das erstinstanzliche Urteil bestätigt. Das erstinstanzliche Urteil hatte gelautet: 1. Es wird festgestellt, daß dem Kläger ein Anspruch auf Übertragung des Eigentums an der Hälfte der am 17. Dezember 1902 im Ganthause zu Basel aus der Pfandmasse Hoffmann & Nitschmann versteigerten Verlostscheinforderung, lautend auf den Schuldner Gustav Grisard=Hartdorn, im Betrage von 70,742 Fr. 87 Cts. zusteht. 2. Es wird der Beklagte verurteilt, gegen Aushändigung des halben Ankaufspreises von 1430 Fr. dem Kläger eine Abtretungsurkunde für die Hälfte der obigen Verlostscheinforderung, somit für 35,371 Fr. 43 Cts., innert 14 Tagen nach Rechtskraft des Urteils auszustellen und die Abtretung auf dem Verlostschein vorzumerken. 3. Im Falle der Nichterfüllung dieser Abtretungspflicht innert der ihm gesetzten Zeit wird der Beklagte verurteilt, dem Kläger 6570 Fr. Schadenersatz nebst Zinsen zu 5% seit 17. Dezember 1902 zu bezahlen. B. Gegen das appellationsgerichtliche Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag: Der Kläger sei mit seiner Klage abzuweisen. C. In der heutigen Verhandlung erneuert der Vertreter des Beklagten diesen Berufungsantrag. Der Vertreter des Klägers trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils an. Das Bundesgericht zieht in Erwägung: 1. Am 17. Dezember 1902 wurde im Ganthause in Basel aus der Gantmasse Hoffmann & Nitschmann eine Verlostscheinforderung auf Grisard=Hartborn von 70,742 Fr. 87 Cts. öffentlich versteigert. An der Steigerung nahmen auch der Beklagte und der Kläger teil, die schließlich allein noch als Steigerer übrig blieben. Als das Angebot auf 2860 Fr. gestiegen war, machte der Beklagte — wie von den kantonalen Instanzen auf Grund von Zeugenaussagen in für das Bundesgericht verbindlicher Weise festgestellt wird — den Vorschlag, die Forderung gemeinsam zu erwerben, und der Kläger erklärte sich, wie ebenfalls als tatsächlich festgestellt zu erachten ist, damit einverstanden. Die Forderung Höchstbietenden wurde dann für 2860 Fr. dem Beklagten als zugeschlagen. Als nun der Kläger gegen Erlegung der Hälfte des Steigerungspreises von 1430 Fr. vom Beklagten eine Cessionsurkunde für die Hälfte der Forderung ausgestellt haben wollte, bestritt der Beklagte, daß zwischen ihnen eine Abmachung um gemeinsamen Erwerb der Verlostscheinforderung stattgefunden habe. Eine Einigung kam nicht zu stande; der Beklagte scheint in der Folge sogar über die Forderung verfügt zu haben, und es kam schließlich zum Prozesse, in dem der Kläger die aus Fakt. A ersichtlichen Rechtsbegehren stellte, die durch die dort mitgeteilten Urteile der kantonalen Instanzen in vollem Umfange, soweit sie noch aufrecht erhalten waren, gutgeheißen worden sind. Mit Bezug auf

Rechtsbegehren 3, Dispositiv 3 des erstinstanzlichen Urteils, ist zu bemerken, daß dem Kläger von dritter Seite für die Hälfte der Verlostscheinforderung 8000 Fr. geboten worden sind; die 6570 Fr. Schadenersatz setzen sich aus diesem Betrag abzüglich der Hälfte des Steigerungspreises mit 1430 Fr. zusammen. 2. Nach diesem Tatbestande ist ohne weiteres klar, daß die Klage gutgeheißen werden muß, sofern die Abmachung zwischen den Parteien vom 17. Dezember 1902 überhaupt als rechtlich gültig anzusehen ist. Denn die als festgestellt zu erachtende Abmachung, die Verlostscheinforderung auf Grisard gemeinsam zu erwerben, stellt sich als Eingehung einer Gelegenheitsgesellschaft, also einer einfachen Gesellschaft im Sinne des XXIII. Titels des Obligationenrechts dar, indem danach ein gemeinsamer Zweck mit gemeinsamen Mitteln erreicht werden sollte; und da nun der Beklagte aus seinen Mitteln die Forderung erworben und sie an sich genommen hat, der Kläger aber als Gesellschafter zu gleichen Teilen — da eine andere Abrede nicht vorliegt — das Mit-eigentum an der Hälfte der Forderung hat und ihm auch ein Anspruch auf Abtretung dieser Hälfte gegen Erlegung der Hälfte des Steigerungspreises zusteht, erscheinen Rechtsbegehren 1 und 2 ohne weiteres als begründet. Ebenso steht für den Fall, daß der Beklagte seiner vertraglichen Pflicht der Verschaffung des Eigentumsrechts des Klägers nicht nachkommen kann, seine Schadenersatzpflicht fest, und was den Betrag des Schadenersatzes betrifft so handelt es sich hier gemäß dem in Erwägung 1 i. f. gesagten um eine tatsächliche Feststellung, an welche das Bundesgericht, da sie nicht aktenwidrig ist, gebunden ist. Der Vertreter des Beklagten hat denn auch heute in durchaus richtiger Weise die Tatbestandsfeststellung der kantonalen Urteile nicht angefochten; dagegen hat er die Berufung mit dem neuen rechtlichen Standpunkt begründet, die fragliche Abmachung vom 17. Dezember 1902 enthalte ein rechtlich ungültiges pactum de non licitando und es sei dem Kläger daher gemäß Art. 17 OR daraus kein Anspruch erwachsen. 3. Vorerst kann nun nicht bezweifelt werden, daß dieser neue

Rechtsstandpunkt auch heute, in der bundesgerichtlichen Instanz, noch zulässig ist. Einmal handelt es sich hiebei weder was ganz klar ist — um eine neue Tatsache noch um eine neue Einrede im Sinne des Art. 80 OG; denn unter den Begriff dieser letztern fallen nur neue selbständige Schutzbehauptungen, die sich in der Regel auch auf neu vorgebrachte Tatsachen stützen werden. Vielmehr nimmt der Beklagte zur Begründung seines von Anfang an gestellten Antrages auf Abweisung der Klage lediglich einen neuen rechtlichen Standpunkt ein, er würdigt das tatsächlich vorhandene Material in rechtlicher Beziehung neu, und das ist durch Art. 80 OG nicht ausgeschlossen. Sodann hat aber auch das Bundesgericht sogar von Amteswegen zu prüfen, ob ein Vertrag, aus dem Rechte geltend gemacht werden, gegen die Rechtsordnung verstoße und deshalb nach Art. 17 OR ungültig sei; es bedarf also, damit das Bundesgericht diese Gesetzesnorm zur Anwendung bringe, nicht einmal des Anstoßes durch die Parteien, so daß auch aus diesem Grunde nicht von einem Ausschluß dieses Rechtsstandpunktes die Rede sein kann. 4. Der Beklagte begründet nun seinen Standpunkt damit, in der Vereinbarung vom 17. Dezember 1902, aus der der Kläger seine Rechte ableitet, liege ein pactum de non licitando und dieses sei nach der einen Theorie ganz allgemein, schlechthin, widerrechtlich und unsittlich, nach der andern Theorie sei es wenigstens dann unsittlich, wenn dessen Anlaß, Inhalt und Zweck eine Unsittlichkeit in sich schließe, und das treffe hier zu. Nun dürfte es zwar nicht ganz richtig sein, die fragliche Vereinbarung als pactum de non licitando zu charakterisieren; denn das Wesen dieses pactum besteht darin, daß bei einer Steigerung oder im Hinblick auf eine solche ein Bieter sich von einem Mitbieter beistimmen läßt, gegen Entgelt von seinem Angebot abzustehen, während hier die gemeinsame Ersteigerung des versteigerten

Objektes Gegenstand der Vereinbarung war, also vielmehr ein *paratum de licitando* vorliegt. Indessen untersteht auch ein solches *pactum*, insofern sein Zweck der gleiche ist, wie derjenige des *pactum de non licitando*, den gleichen Grundsätzen wie dieses, und insoweit dürfen daher die für dieses geltenden Rechtsgrundsätze auch hier Anwendung finden. Nun kann vorerst nicht gesagt werden, daß das *pactum de non licitando* überhaupt allgemein gegen einen Satz des öffentlichen Rechts oder gegen die Rechtsordnung im allgemeinen verstoße. Das wäre dann der Fall, wenn Wesen und Zweck des Rechtsinstitutes der Steigerung das *paratum de non licitando* schlechthin ausschließen, verbieten würden. Allein ein Rechtssatz dieses Inhalts findet sich im eidgenössischen Rechte nirgends, weder im Obligationenrecht noch im Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, und er kann auch nicht aus den Bestimmungen des letztern Gesetzes über die Steigerung gefolgert werden. Ebenso wenig existiert ein dem Art. 412 Abs. 2 des französischen Code pénal analoges strafrechtliches Verbot des *pactum de non licitando* als Norm eidgenössischen Rechtes, und daß eine derartige Norm des kantonalen Baslerstädtischen Rechtes existiere, wird vom Beklagten nicht einmal behauptet. Das *pactum de non licitando* und damit auch die heute streitige Vereinbarung könnte daher nur aus dem Gesichtspunkte des unsittlichen Vertrages ungültig erklärt werden; das ist aber eine Frage des einzelnen Falles; nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles, nach Anlaß, Inhalt und Zweck der konkreten Vereinbarung entscheidet sich, ob sie unsittlich ist oder nicht (vergl. Urteil des Bundesgerichts vom 30. März 1894 i. S. Jöhl gegen Thoma, Amtl. Samml., Bd. XX, S. 232, Erw. 6, sowie Urteil des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 30, Nr. 89, S. 304 ff.). In casu liegt nun aber für eine Unsittlichkeit der streitigen Vereinbarung gar nichts vor. Allerdings hat sich der Versteigerer in einer Zwangslage befunden; allein eine Ausbeutung dieser Zwangslage durch die Parteien ist nicht erwiesen und vor den kantonalen Instanzen auch nicht behauptet worden; ebensowenig ist erwiesen, daß ein augenscheinlicher Widerspruch zwischen dem innern Wert des gemeinsam ersteigerten Guthabens und dem Steigerungspreise bestehe, sowie endlich, daß die Absicht der Parteien dahin gegangen sei, das Resultat der Steigerung zu Ungunsten der übrigen Gläubiger und zu ihrem eigenen Vorteil zu verändern. Unter diesen konkreten Umständen kann von einer Unsittlichkeit und somit Ungültigkeit der fraglichen Vereinbarung nicht die Rede sein und hat daher der Beklagte die ihm durch dieselbe auferlegten Pflichten zu erfüllen; beigefügt mag nur noch werden, daß die

Versagung des Rechtsschutzes der Vereinbarung auch den Nachteil hätte, daß der Wortbruch des Beklagten geschützt würde und er allein die Vorteile aus jener Abmachung ziehen könnte, während doch dadurch weder den Versteigerern noch den übrigen Gläubigern geholfen wäre, ein Resultat, das das Rechtsgefühl augenscheinlich verletzen würde, was bei der Frage, ob ein Rechtsgeschäft unsittlich sei, nicht ohne Bedeutung ist. Demnach hat das Bundesgericht erkannt: Die Berufung wird abgewiesen und somit das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt vom 21. Dezember 1903 in allen Teilen bestätigt.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.