

**6. Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. Februar 1950
i. S. Suleyman gegen Tungoram Elektrizitäts A.-G.**

*Internationales Privatrecht. Garantievertrag ; Rechtswidrigkeit, Un-
sittlichkeit.* Art. 111, 20 OR.

Bestimmung des für die inhaltliche Gültigkeit eines Garantiever-
trags massgebenden Rechts (Erw. 1-3).

Einfluss der Simulation des Grundgeschäfts (Erw. 4).

Einfluss des Umstandes, dass der Garantievertrag die Durch-
führung eines nach ausländischem Recht verbotenen Devisen-
geschäfts sichern soll (Erw. 5-8).

Widerrechtlichkeit i. S. von Art. 20 OR setzt Verstoss gegen
schweizerische Rechtsvorschrift voraus (Erw. 7).

Voraussetzungen, unter denen die Verletzung einer ausländischen
Rechtsvorschrift einen Verstoss gegen die guten Sitten i. S.
von Art. 20 OR darstellt ; verneint für die Verletzung ausländischer
Devisenvorschriften (Erw. 8).

*Droit international privé. Contrat de garantie ; illicéité, objet con-
traire aux mœurs.* Art. 111, 20 CO.

Détermination du droit applicable pour juger de la validité quant
au fond d'un contrat de garantie (consid. 1-3).

Influence du caractère simulé de l'acte principal (consid. 4).

Influence du fait que le contrat de garantie doit assurer la réali-
sation d'une opération de devises interdite par le droit étranger
(consid. 5-8).

L'illicéité au sens de l'art. 20 CO suppose la violation de prescrip-
tions du droit suisse (consid. 7).

A quelles conditions la violation d'une prescription de droit
étranger constitue-t-elle une atteinte aux mœurs au sens de
l'art. 20 ? Refus de l'admettre pour la violation de dispositions
étrangères en matière de devises (consid. 8).

Diritto internazionale privato. Contratto di garanzia. Illiceità, oggetto contrario ai buoni costumi.

Determinazione del diritto applicabile per esaminare nel merito un contratto di garanzia (consid. 1-3).

Influsso della simulazione del negozio principale (consid. 4).

Influsso del fatto che il contratto di garanzia deve assicurare l'effettuazione d'un'operazione valutaria vietata dal diritto estero (consid. 5-8).

L'illiceità ai sensi dell'art. 20 CO presuppone la violazione di prescrizioni del diritto svizzero (consid. 7).

A quali condizioni la violazione d'una prescrizione di diritto estero è contraria ai buoni costumi secondo l'art. 20 CO? Rifiuto di ammetterlo in caso di violazione di disposizioni estere in materia valutaria (consid. 8).

A. — Im März 1943 vereinbarte die in Ungarn domizilierte Firma Vereinigte Glühlampen- und Elektrizitäts-A.-G. (VGE) mit dem damals in Rumänien wohnhaften Suleyman, sie überlasse ihm ein Guthaben von 10 Millionen Lei, das sie in Rumänien besass, gegen Bezahlung des Betrages von Schw.Fr. 43,000.—, über die Suleyman in Zürich verfügte. Nach den rumänischen Devisenvorschriften war der Handel mit Devisen der rumänischen Nationalbank vorbehalten und der Transfer von Devisen genehmigungsbedürftig. Zur Umgehung dieser Vorschriften wurde ein Scheingeschäft abgeschlossen, indem die VGE der Suleyman gehörenden Firma Canepa bei der Banca Ardeleana in Rumänien einen Scheinkredit von 10 Millionen Lei verschaffte. Für den Fall, dass Suleyman auf Rückzahlung dieses vorgetäuschten Kredites belangt werden sollte, gab ihm die dem gleichen Konzern wie die VGE angehörende Tungsram-Elektrizitäts-A.-G. in Zürich eine Garantieerklärung ab, ihn schadlos zu halten.

Die Banca Ardeleana übertrug den Kredit auf die Banca Generala. Im Jahre 1944 übersiedelte Suleyman nach der Türkei und verkaufte sein Unternehmen Canepa. Da die Käufer die Tilgung der Kreditschuld bei der Banca Generala verlangten, ersuchte Suleyman diese um Bestätigung, dass es sich um einen Scheinkredit handle, der nicht zurückgefordert werden könne. Die Bank verweigerte diese Bestätigung. Nach der Darstellung Suleymans haben deshalb die Käufer seines Unternehmens 11 Millionen Lei vom

Kaufpreis zurückbehalten und der Bank zur Ablösung des angeblichen Kredites überwiesen.

B. — Mit der vorliegenden Klage machte Suleyman die Tungsram Elektrizitäts-A.-G. unter Berufung auf ihr Garantieverprechen haftbar für den Schaden von Fr. 48,648.65, der ihm durch die Rückzahlung des Kredites entstanden sei.

Die Beklagte bestritt ihre Zahlungspflicht, weil die Voraussetzungen des Garantiefalles nicht gegeben seien.

C. — Das Handelsgericht Zürich wies mit Urteil vom 19. Januar 1949 die Klage ab mit der Begründung, der von den Parteien abgeschlossene Garantievertrag sei nichtig wegen seines Zusammenhanges mit dem ebenfalls nichtigen Devisentauschgeschäft zwischen dem Kläger und der VGE.

D. — Mit der vorliegenden Berufung beantragt der Kläger erneut Gutheissung der Klage, eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Aktenergänzung und neuen Entscheidung.

Die Beklagte trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Da die eine Partei des streitigen Rechtsverhältnisses ein nicht in der Schweiz wohnhafter Ausländer ist und das Rechtsverhältnis im Zusammenhang steht mit weiteren geschäftlichen Transaktionen, die sich im Ausland abgespielt haben, erhebt sich vorab die Frage nach dem anwendbaren Recht; denn nur Verletzung schweizerischen Rechtes kann mit der Berufung gerügt werden (Art. 43 OG), und nur zu dessen Überprüfung ist daher das Bundesgericht zuständig.

2. — Bei dem streitigen Rechtsgeschäft handelt es sich nach schweizerischem Recht, das als *lex fori* für diese Qualifikation des Anknüpfungsbegriffes massgebend ist, um einen Garantievertrag im Sinne von Art. 111 OR, wie auch die Vorinstanz zutreffend angenommen hat. Die Beklagte hat dem Kläger die Leistung eines Dritten, der als Kredit-

geberin auftretenden rumänischen Bank, versprochen, und zwar sollte diese Leistung in einem bestimmten Verhalten bestehen, nämlich in der Nichtgeltendmachung des Anspruchs auf Rückzahlung des dem Kläger angeblich gewährten Kredits. Für den Fall, dass der Dritte, also die Bank, diese Leistung nicht erbringen, sondern die Kreditforderung geltend machen sollte, sicherte die Beklagte dem Kläger zu, ihm den daraus erwachsenden Schaden zu ersetzen.

3. — Dieser Garantievertrag soll nach der Auffassung der Vorinstanz deshalb nichtig sein, weil er einen widerrechtlichen, eventuell einen unsittlichen Inhalt aufweise. Ob ein Vertrag wegen seines Inhalts gegen Recht oder Sitte verstosse, beurteilt sich gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ohne Rücksicht auf einen allfälligen abweichenden Parteiwillen nach dem Rechte des Abschlussortes (BGE 64 II 349, 46 II 493). Als solcher ist hier Zürich zu betrachten; denn dort stellte die Beklagte die streitige Garantieerklärung aus, und dort wurde diese von der Schweizerischen Bankgesellschaft als Vertreterin des Klägers entgegengenommen. Die Gültigkeit des Garantievertrages ist somit nach schweizerischem Recht zu beurteilen. Das Ergebnis wäre übrigens dasselbe, wenn man mit der in der neueren Literatur bestehenden Tendenz annehmen wollte, dass Bestand und Wirkungen eines obligatorischen Rechtsverhältnisses von ein- und demselben Recht beherrscht seien, und zwar, beim Fehlen einer ausdrücklichen Parteivereinbarung, vom Rechte des Schuldortes der für die betreffende Vertragsart charakteristischen Leistung (vgl. zu diesem Problem OSER-SCHÖNENBERGER, Allgemeine Einleitung N. 67 ff.; WIDMER, Die Bestimmung des massgeblichen Rechtes im IPR, S. 98 ff., insbesondere S. 110 ff.; SCHNITZER, Handbuch des IPR, 2. Aufl. Band 2 S. 513 ff.). Denn die charakteristische Leistung im Sinne dieser Lehre besteht beim Garantievertrag, der ein einseitig oneroser Vertrag ist, im Garantieverprechen des Promittenten, und als Schuldort dieser Lei-

stung ist im vorliegenden Falle, da sie mit der geschäftlichen Tätigkeit des Promittenten zusammenhängt, der Ort seiner gewerblichen Niederlassung, also Zürich, zu betrachten.

4. — Die vom schweizerischen Recht beherrschte Garantieerklärung der Beklagten steht im Zusammenhang mit einem Krediteröffnungsvertrag zwischen der Banca Ardeleana und dem Kläger. Dieses Geschäft war nach der übereinstimmenden Darstellung der Prozessparteien nicht ernst gemeint, sondern wurde unter Mitwirkung der VGE lediglich abgeschlossen, um das wirklich gewollte Geschäft, den zwischen dem Kläger und der VGE vereinbarten Austausch von Schweizerfranken gegen rumänische Lei, zu verdecken. Die Vorinstanz bezeichnet mit Rücksicht hierauf den bloss zum Schein abgeschlossenen Krediteröffnungsvertrag als nichtig. Diese Entscheidung ist für das Bundesgericht verbindlich, da das zwischen einer rumänischen Bank und einer rumänischen Firma in Rumänien abgeschlossene Geschäft unzweifelhaft dem vom Bundesgericht nicht nachprüfaren rumänischen Recht untersteht. Wenn die Vorinstanz sich dabei auf die schweizerische Gesetzesvorschrift über die Simulation, Art. 18 OR, beruft, so ist das offensichtlich im Sinne einer Anwendung des schweizerischen Rechts als Ersatzrecht für das massgebende ausländische Recht aufzufassen.

Mit Recht haben weder die Parteien noch die Vorinstanz angenommen, die auf Simulation beruhende Nichtigkeit des Kreditgeschäftes ziehe auch die Nichtigkeit des damit zusammenhängenden Garantieverprechens der Beklagten nach sich. Der Garantievertrag im Sinne von Art. 111 OR ist im Gegensatz zur Bürgschaft nicht akzessorischer Natur, setzt also nicht ein gültiges Grundgeschäft voraus. Er stellt vielmehr ein selbständiges, von der versprochenen Leistung des Dritten grundsätzlich unabhängiges Schuldversprechen dar (BGE 64 II 350, 56 II 381). Eine Einschränkung besteht nur insofern, als die versprochene Leistung des Dritten nicht an sich widerrechtlich oder

unsittlich sein darf. Ist dies der Fall, so ist auch das Garantieverprechen nichtig; denn es kann nicht geduldet werden, dass aus dem Ausbleiben einer gegen Recht oder Sitte verstossenden Handlung ein Schadenersatzanspruch abgeleitet wird. Die hier in Frage stehende Leistung des Dritten, sich an die Simulationsabrede zu halten und den auf dem vorgetäuschten Kreditgeschäft beruhenden Rückzahlungsanspruch nicht geltend zu machen, ist aber nach der hiefür massgebenden schweizerischen Rechtsauffassung weder unsittlich noch widerrechtlich. Das versprochene Verhalten des Dritten stand gegenteils im Einklang mit der Rechtsordnung, da nach dieser simulierte Rechtsgeschäfte nichtig sind, sodass ihre Erfüllung nicht verlangt und Leistungen, die gestützt auf sie erbracht worden sind, zurückgefordert werden können. Die in Kenntnis der Sachlage übernommene Garantie für die dauernde Einhaltung der Simulationsabrede ist daher zulässig. Die Nichtigkeit der letzteren berührt die Wirksamkeit des Garantievertrags sowenig, wie dies bei der Garantie für eine unmögliche Leistung der Fall ist; auch eine solche kann nach Rechtsprechung und Schrifttum in gültiger Weise garantiert werden (BGE 72 I 278 und dort zitierte Literatur, sowie OSER-SCHÖNENBERGER N. 7 zu Art. 111 OR).

5. — Die Vorinstanz betrachtet den Garantievertrag deshalb als nichtig, weil er abgeschlossen wurde, um den Austausch von Lei gegen Schweizerfranken zwischen der VGE und dem Kläger zu ermöglichen, der nach dem massgebenden rumänischen Recht wegen Verstosses gegen die dortige Devisengesetzgebung widerrechtlich gewesen sei. Diese Widerrechtlichkeit soll nach der Ansicht der Vorinstanz auch vom schweizerischen Richter zu beachten sein, obwohl es sich dabei um die Verletzung von Vorschriften ausländischen öffentlichen Rechts handelt. Solches habe der schweizerische Richter nämlich auch zu berücksichtigen, soweit Vorschriften in Frage stehen, durch die das ausländische Gesetz den ihm Unterworfenen Pflichten auferlege, deren Erfüllung die schweizerische

Rechtsordnung in ihrem Anwendungsbereich ebenfalls verlange, und sofern die ausländische Vorschrift um ihrer Gewichtigkeit willen auch in der Schweiz Berücksichtigung verdiene. Eine Ausnahme will die Vorinstanz lediglich zulassen hinsichtlich solcher ausländischer Normen, die nur für die eigenen Staatsangehörigen gemeint sind, die sich gegen andere Staaten oder deren Angehörige richten oder die schliesslich gegen die schweizerische öffentliche Ordnung verstossen. Alle diese positiven und negativen Voraussetzungen hält die Vorinstanz hinsichtlich der hier in Frage stehenden rumänischen Devisenvorschriften für erfüllt; jedenfalls habe der Kläger nicht das Gegenteil dargetan. Die Widerrechtlichkeit des Devisengeschäftes habe notwendigerweise auch die Nichtigkeit des untrennbar mit ihm zusammenhängenden Garantievertrages der Beklagten zur Folge. Eventuell nimmt die Vorinstanz den Standpunkt ein, der Garantievertrag sei nichtig, weil die damit bezweckte Umgehung ausländischer Rechtsvorschriften auch nach schweizerischem Recht als sittenwidrig betrachtet werden müsse.

6. — Die Vorinstanz hat die Nichtigkeit des Devisengeschäftes und damit des Garantievertrages angenommen, ohne dass diese seitens der Beklagten geltend gemacht worden ist, und sie hat auch den Parteien keine Gelegenheit gegeben, zu diesen Fragen und dem dafür massgebenden Sachverhalt Stellung zu nehmen. Es kann indessen dahingestellt bleiben, ob dieses Vorgehen vereinbar sei mit dem aus Art. 8 ZGB als Korrelat zur Beweispflicht sich ergebenden Beweis- und Behauptungsrecht der Parteien. Denn abgesehen davon, dass der hier von einer allfälligen Verletzung dieses Grundsatzes betroffene Kläger keine diesbezügliche Rüge erhoben hat, kann der Auffassung der Vorinstanz von der Nichtigkeit des Garantievertrages ohnehin nicht beigespflichtet werden.

7. — Der Entscheid der Vorinstanz, dass das Devisentauschgeschäft zwischen dem Kläger und der VGE gegen die massgebenden rumänischen Devisenvorschriften ver-

stiess und darum nach rumänischem Recht rechtswidrig und nichtig war, ist zwar für das Bundesgericht verbindlich, da es sich dabei um die Auslegung ausländischen Rechts handelt. Im weitern steht auch ausser Frage, dass der streitige Garantievertrag ausschliesslich zur Ermöglichung und Sicherung dieses verbotenen Devisengeschäftes abgeschlossen wurde. Unhaltbar ist dagegen die Ansicht der Vorinstanz, dass der Verstoss gegen das rumänische Devisenrecht eine Widerrechtlichkeit gemäss Art. 20 OR darstelle und als solche vom schweizerischen Richter beachtet werden müsse. Widerrechtlich im Sinne der genannten Bestimmung kann nur die Verletzung einer schweizerischen Rechtsvorschrift sein. Denn wo die inländische Gesetzgebung auf Recht und Gesetz verweist, kann darunter natürlicherweise nur das einheimische Recht und Gesetz verstanden sein (vgl. den nicht publizierten Entscheid des Bundesgerichts vom 28. September 1937 i. S. Frankl & Co. gegen « Fina »). Wollte man in die Widerrechtlichkeit nach schweizerischem Recht auch die Verletzung einer ausländischen Norm einbeziehen, so liefe das auf eine Anwendung des ausländischen Rechts hinaus, die wegen der Unterstellung des Rechtsverhältnisses als solchen unter das schweizerische Recht gerade ausgeschlossen sein muss. Der Umstand allein, dass ein Verhalten, das durch eine ausländische Gesetzesvorschrift verboten ist, an sich auch in der Schweiz als tadelswürdig empfunden werden kann, vermag das Fehlen eines Verstosses gegen eine schweizerische Rechtsvorschrift nicht zu ersetzen.

Ob der streitige Garantievertrag wegen seines Zusammenhanges mit dem nach rumänischem Recht verbotenen Devisengeschäft seinerseits ebenfalls gegen die rumänische Devisengesetzgebung versties, ist deshalb unter dem Gesichtspunkt der Widerrechtlichkeit gemäss Art. 20 OR belanglos. Infolgedessen stellt sich die von der Vorinstanz erörterte Frage, ob die rumänischen Devisenvorschriften vor der schweizerischen öffentlichen Ordnung haltbar seien,

in diesem Zusammenhang überhaupt nicht. Denn die sog. Vorbehaltsklausel greift ja nur unter der Voraussetzung Platz, dass an sich ausländisches Recht massgeblich wäre.

8. — Auch der Eventualstandpunkt der Vorinstanz, dass der Garantievertrag der Parteien wegen Verstosses gegen die guten Sitten nach Art. 20 OR nichtig sei, hält einer näheren Prüfung nicht stand. Zwar kann unter diesem Gesichtspunkt die Verletzung ausländischen Rechts für den schweizerischen Richter beachtlich sein, nämlich dann, wenn ein Geschäft gerade wegen seines dem ausländischen Recht zuwiderlaufenden Inhalts und Zwecks auch nach schweizerischer Auffassung als sittenwidrig empfunden wird (vgl. das oben erwähnte Urteil des Bundesgerichts vom 28. September 1937). Dabei können jedoch nur solche ausländische Normen in Betracht fallen, die nach allgemeiner Anschauung von derartiger Tragweite sind, dass die Duldung ihrer Verletzung auch im Inland geeignet wäre, eine dem Gemeinwohl gefährliche Verwirrung und Verwilderung der sittlichen Begriffe hervorzurufen und somit zugleich die öffentliche Ordnung des Inlandes zu verletzen. Es ist also an den Inhalt der Norm und die Auswirkungen ihrer Verletzung ein strenger Masstab anzulegen. Die verletzte ausländische Vorschrift muss dem Schutze von Interessen des Individuums und der menschlichen Gemeinschaft dienen, die nach allgemeiner Anschauung von fundamentaler und lebenswichtiger Bedeutung sind, oder es müssen sonstwie Rechtsgüter in Frage stehen, die nach ethischer Auffassung schwerer wiegen als die Vertragsfreiheit, an der allein gemessen das betreffende Geschäft im Inland gültig wäre. Diese Anforderungen sind z. B. erfüllt bei staatlichen Erlassen gegen den Rauschgift- und Mädchenhandel. Devisenvorschriften, wie blosser handelspolitische Massnahmen überhaupt, können dagegen regelmässig ihrem Wesen nach nicht zu den Normen von dieser Bedeutung gerechnet werden. Bei ihnen handelt es sich um Eingriffe in das private Eigentum sowie die Verfügungs- und Vertragsfreiheit des Einzelnen

für die Zwecke des Staates und seiner Wirtschaft. Sie stellen bloss durch die Zeitumstände für das eigenstaatliche Interesse hervorgerufene Schutzmassnahmen dar. Auch die hier in Frage stehenden rumänischen Devisenvorschriften sind nach den Feststellungen der Vorinstanz über deren Inhalt nichts anderes. Es wurde durch sie ein Monopol der rumänischen Nationalbank, also des Staates, für den Devisenhandel geschaffen. Der Transfer von Devisen bedarf der staatlichen Genehmigung. Alle Devisen sind an die Nationalbank abzutreten, gleichgültig aus welchem Geschäft sie dem Privaten zustehen mögen. Für Notengeld besteht die Pflicht zu Einhaltung eines Zwangskurses, und die Ausfuhr von Beträgen über 4000 Lei ist ohne Genehmigung verboten. Es bestehen also schwere, bis zur eigentlichen Beschlagnahme der Devisen gehende Eingriffe in wohlerworbene Rechte und in die private Verfügungs- und Vertragsfreiheit. Diesen Eingriffen kommt um ihres wirtschaftspolitischen Schutzzweckes willen in der ethischen Anschauung gegenüber den genannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen kein Übergewicht zu.

Zu Unrecht glaubt die Vorinstanz, darauf hinweisen zu können, dass auch die Schweiz sich in den letzten Jahren genötigt gesehen hat, durch Erlasse des Krisennotrechts in wohlerworbene Privatrechte und in die Vertragsfreiheit einzugreifen (Abwertung, bäuerliche Sanierung, Verbot des freien Goldhandels, Abkommen über den internationalen Kompensationsverkehr). Alle diese Massnahmen können jedoch so wenig wie ein Devisengesetz Anspruch darauf erheben, vom unbeteiligten Ausland aus gesehen, als Normen der ethischen Ordnung gewürdigt und deshalb dort beachtet zu werden. Sie gelten ihrer Bestimmung gemäss für das Gebiet der Schweiz, bezw., wo zwischenstaatliche Vereinbarungen in Frage stehen, für das Gebiet der Vertragsstaaten, und finden hier ihre Grenzen.

Wenn die Vorinstanz sodann auch in diesem Zusammenhang wieder den Begriff und die Funktionen der Vorbehaltsklausel heranzieht, so ist dies verfehlt. Wenn ein aus-

ländisches Gesetz unserer öffentlichen Ordnung nicht widerspricht und deshalb bei unmittelbarer Anwendung vom schweizerischen Richter zu beachten wäre, so ist damit noch keineswegs gesagt, dass seine Verletzung auch unter dem Gesichtspunkt der Unsittlichkeit nach schweizerischer Anschauung berücksichtigt werden müsse. Es braucht daher auch in diesem Zusammenhang nicht untersucht zu werden, ob die rumänische Devisengesetzgebung mit der schweizerischen öffentlichen Ordnung vereinbar sei oder nicht.

9. — Da somit im Gegensatz zur Annahme der Vorinstanz der streitige Garantievertrag trotz seinem wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem ungültigen rumänischen Devisengeschäft nach schweizerischem Recht gültig ist, muss das Klagebegehren materiell behandelt und geprüft werden, ob der Garantiefall eingetreten sei, und wenn ja, auf welchen Betrag sich der dem Kläger zu ersetzende Schaden belaufe. Zu diesem Zwecke ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 19. Januar 1949 wird aufgehoben und die Sache zur weiteren Behandlung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

7. Extrait de l'arrêt de la 1^{re} Cour civile du 21 mars 1950 dans la cause Adler S. A. contre Ernest Adler.

Exception de compensation et procédure cantonale.

Compensation invoquée devant un juge qui n'est pas compétent pour connaître de la contre-réclamation. S'il admet la demande principale, ce juge doit à tout le moins déclarer son jugement non exécutoire jusqu'à concurrence de la somme opposée en compensation par le défendeur. Modalités de cette réserve.

Verrechnungseinrede und kantonales Prozessrecht.

Erhebung der Verrechnungseinrede vor einem Richter, der zur Beurteilung der Gegenforderung nicht zuständig ist. Bei Gut-