

S. 256 / Nr. 52 Obligationenrecht (d)

BGE 66 II 256

52. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. Dezember 1940 in Sachen X. c. Y.

Regeste:

1. Unsittlichkeit eines Vertrages über bezahlte Beihilfe zu Erbschleicherei, Art. 20 OR. Erw. 1.
2. Ausschluss der Rückforderung des Geleisteten nach Art. 66 OR.
 - a) Es kann auch dann nicht zurückgefordert werden, wenn der erstrebte rechtswidrige oder unsittliche Erfolg tatsächlich erreicht und daraufhin die für diesen Fall versprochene Leistung vollzogen worden ist. Erw. 2.
 - b) Der Geber kann sich für die Nichtanwendbarkeit des Art. 66 nicht darauf berufen dass seine tiefstehende Betrachtungsweise ihn nicht befähigt habe, die Unsittlichkeit des Geschäftes einzusehen. Erw. 3.
 1. Immoralité d'un contrat par lequel les parties conviennent d'un paiement pour l'aide que l'une d'elles fournit dans la captation d'un héritage; art. 20 CO. Consid. 1.
 2. Ce qui a été payé ne peut être répété en vertu de l'art. 66 CO.
 - a) La répétition est exclue, même lorsque le but illicite ou immoral que les parties visaient a effectivement été atteint et que la prestation promise sous cette condition a eu lieu. Consid. 2.
 - b) Celui qui a payé ne peut, pour exclure l'application de l'art. 66 CO, alléguer que la faiblesse de son sens moral l'a empêché de reconnaître l'immoralité du contrat. Consid. 3.
 1. Immoralità d'un contratto col quale le parti stipulano il pagamento di una somma a compenso dell'aiuto di una di esse nella cattazione di un'eredità, art. 20 CO. Consid. 1.
 2. Quanto è stato pagato non può essere ripetuto in virtù dell'art. 66 CO.
 - a) La ripetizione è esclusa anche se lo scopo illecito o immorale che si proponevano le parti è stato effettivamente raggiunto e la prestazione promessa sotto questa condizione è stata effettuata. Consid. 2.
 - b) Chi ha pagato non può invocare, per escludere l'applicazione dell'art. 66 CO, il fatto che la debilità del suo senso morale gli ha impedito di comprendere l'immoralità del contratto. Consid. 3.

A. - Bei den klägerischen Eheleuten X. hatte sich seit 1928 ein gewisser E. F. aufgehalten. Die Kläger suchten für den Fall des Todes des F. sich sein Vermögen zu sichern und wandten sich zu diesem Zwecke an Rechtsanwalt

Seite: 257

Y. Letzterer übernahm es, F. zum Verbleiben bei den Klägern und zu deren Einsetzung als Testamentserben zu veranlassen; dafür sollte ihm die Hälfte der Erbschaft überlassen werden.

F. starb am 10. September 1935 und hinterliess ein Testament, in dem die Kläger als Erben eingesetzt waren.

Y. erhielt aus der Fr. 53136.95 betragenden reinen Hinterlassenschaft des F. einen Betrag von Fr. 19000.- ausbezahlt.

B. - Am 20. April 1938 reichten die Eheleute X. gegen Y. vorliegende Klage ein, mit der sie u. a. Rückerstattung des erwähnten Betrages von Fr. 19000.-, nebst 5% Zins seit 23. November 1935 verlangten.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Er starb im Verlaufe des Prozesses, worauf dieser von seinen Erben weitergeführt wurde.

C. - Die kantonalen Gerichte wiesen die Klage ab.

D. - Gegen das Urteil der zweiten Instanz vom 29. Juli 1940 erklärten die Kläger die Berufung an das Bundesgericht.

Die Berufung wird abgewiesen, auf Grund folgender

Erwägungen:

Die Kläger fordern den Betrag von Fr. 19000.- zurück, den sie Y. dafür bezahlt haben, dass er F. veranlasste, sie als Testamentserben einzusetzen. Zur Begründung des Begehrens wird Unsittlichkeit der der Zahlung zugrunde liegenden Vereinbarung geltend gemacht. Von der Unsittlichkeit der Vereinbarung hätten die Kläger keine Kenntnis gehabt, und deshalb seien sie berechtigt, ihre Leistung gemäss Art. 63 Abs. 1 OR zurückzufordern.

1.- Die Vereinbarung, durch die Y. es gegen Überlassung der halben Erbschaft übernahm, den F. zu bewegen, dass er sein Vermögen testamentarisch den Klägern zuwende, ist in der Tat, weil gegen die guten Sitten verstossend, nichtig (Art. 20 OR). Sie ist es indessen nicht

Seite: 258

in dem von den Klägern behaupteten Sinne, d. h. nicht deswegen, weil sich Y. «zu einer Leistung verpflichtete, die nach der landesüblichen Auffassung und insbesondere nach der Auffassung über das einem Anwalt geziemende Verhalten, frei sein sollte, und weil er sich für ein solches Verhalten die Hälfte der Erbschaft versprechen liess». Die Vereinbarung ist vielmehr darum nichtig, weil nach der herrschenden Auffassung Abmachungen über bezahlte Beihilfe zu Erbschleicherei, die an und für sich schon anstössig ist, sittenwidrig und damit rechtlichen Schutzes nicht würdig erscheinen.

2.- Nach Art. 66 OR kann nicht zurückgefordert werden, was in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, gegeben worden ist.

Die Kläger halten dafür, diese Gesetzesbestimmung sei hier nicht anwendbar. Sie betreffe nämlich nur den Fall, wo mit einer Leistung die Herbeiführung eines künftigen widerrechtlichen oder unsittlichen Erfolges beabsichtigt werde. In casu sei aber im Moment der Bezahlung der Erfolg schon eingetreten gewesen. Zur Begründung ihrer Auffassung berufen sich die Kläger vorab auf von TUHR (Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I 381 f), sowie auf WEISS (Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum ZGB und OR, Nr. 4526). Von TUHR befasst sich indessen a.a.O. mit einer andern Seite der Frage, und die bei WEISS wiedergegebenen Entscheide (auf BGE 37 II 65 ff. wird noch zurückzukommen sein) beziehen sich überhaupt auf Fälle ganz anderer Art. Im übrigen ist die von den Klägern vertretene Auffassung aus den folgenden Gründen unhaltbar.

Freilich mag der Wortlaut des Art. 66 OR insofern missverständlich erscheinen, als daselbst von der Absicht die Rede ist, einen gewissen Erfolg herbeizuführen, also etwas Zukünftiges zu erwirken. Allein diese Ausdrucksweise erklärt sich zwanglos durch die Stellung des Art. 66 OR im Gesetz, wo er in den Zusammenhang der

Seite: 259

Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung gestellt worden ist. Nach den diese normalerweise beherrschenden Grundsätzen muss zurückgegeben werden, was jemand aus einem nicht verwirklichten Grunde erhalten hat (*condictio ob causam futuram*, *condictio ob causam non secutam*). Ist m. a. W. etwas gegeben worden, um einen künftigen erlaubten Erfolg zu bewirken, und wird dieser nicht erreicht, so kann zurückgefordert werden. Demgegenüber soll Art. 66 OR zum Ausdruck bringen, dass bei Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit des erstrebten Erfolges eine solche Rückleistungspflicht selbst dann entfällt, wenn der Zweck der Leistung nicht erreicht worden ist. Darin liegt insofern ein gewisses pönales Element, als der Zuwendende für seine böse Absicht durch Entzug des Rechtsschutzes bestraft werden soll (vgl. darüber von TUHR a.a.O.). Es wäre nun geradezu widersinnig anzunehmen, dass diese Strafe den bösen Geber dann nicht treffen solle, wenn sein Versprechen einer Leistung zum angestrebten widerrechtlichen oder unsittlichen Erfolg geführt und er dann in der Freude darüber das Versprechen auch wirklich eingelöst hat (vgl. für das deutsche Recht STAUDINGER, Komm. zum BGB II/3 S. 1711). Es muss hier gelten, was schon im römischen und im gemeinen Recht gegolten hat: *In pari turpitudine melior est causa possidentis*. Die Justiz hat sich nicht mit dem Streit um ein Vermögen zu befassen, welches zwischen zwei Parteien unter Verletzung von Recht oder Sittlichkeit verschoben worden ist. Der Gesetzgeber will, wie sich KOHLER ausgedrückt hat (Das Ideale im Recht, in Arch. f. bürgerl. Recht, 5 S. 241), trübes Wasser nicht in Sonnenbeleuchtung stellen.

Von dieser Einstellung hat sich auch das Bundesgericht in dem von den Klägern für ihre gegenteilige Auffassung herangezogenen Entscheid BGE 37 II 68 leiten lassen, wenn es dort allgemein ausführte: «Das Gesetz stellt sich eben auf den Standpunkt, dass, wenn das Rechtsgeschäft, auf Grund dessen

Seite: 260

geleistet wurde, des Schutzes der Rechtsordnung unwürdig ist, dann auch hinsichtlich der Vermögensänderung, die durch die Vollziehung des Geschäfts zwischen den Parteien eingetreten ist, der sonst zur Korrektur grundloser Bereicherung gegebene Rechtsanspruch versagt werden müsse.»

3.- So bleibt schliesslich nur noch die in der schweizerischen Doktrin bisher kaum erörterte Frage, ob Art. 66 voraussetze, dass sich der Rückforderer der Rechts- oder Sittenwidrigkeit seiner Handlungsweise bewusst gewesen sei. Die überwiegende Mehrheit in der deutschen Doktrin nimmt an, der objektive Verstoss gegen ein Verbot oder gegen die guten Sitten genüge zum Ausschluss einer Rückforderung; das Bewusstsein, beim Versprechen der Leistung gegen ein Verbot zu verstossen oder gegen die guten Sitten zu handeln, sei nicht erforderlich. Das deutsche Reichsgericht teilte anfänglich diese Meinung, später gab sie dieselbe wieder auf (vgl. hierüber Komm. der Reichsgerichtsräte zum BGB, 8. Aufl., § 817 Ziff. 3 in Verbindung mit Ziff. 1, sowie STAUDINGER, a.a.O. S 1711). Für die vorliegende Entscheidung braucht die Frage indessen nicht in allgemeiner und grundsätzlicher Weise beantwortet zu werden. Jedenfalls vermag sich eine Partei für die Nichtanwendbarkeit des Art. 66 OR nicht auf ihre eigene tiefstehende Betrachtungsweise zu berufen,

die sie nicht zur Einsicht befähigt habe, dass das Geschäft gegen allgemein geläufige sittliche Auffassungen verstosse. Darauf läuft aber die Argumentation der Kläger hinaus