

il Tribunale federale
pronuncia:

L'appellazione principale dei convenuti è respinta, ammessa invece l'adesiva degli attori nel senso che agli attori vien accordato l'interesse del 5 % a partire dal 28 gennaio 1913 sul somme loro dovute a mente della querelata, sentenza, la quale viene del resto confermata su tutti gli altri punti.

60. Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. Juli 1915

i. S. Dr. Haass, Beklagter, gegen Leopold Wyler, Kläger.

Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Klient: ist regelmässig das des zivilrechtlichen Auftrages. Befugnis der Kantone, es zu regeln, soweit die Interessen der Rechtspflege in Betracht kommen, namentlich betreffend die Honorierung des Anwaltes. Begriff der Anwaltstätigkeit; Verhältnis zur Tätigkeit des Mäklers bei der aussergerichtlichen Geltendmachung bestrittener Ansprüche. — Kantonales Verbot des pactum de quota litis. Die Rechtsfolgen der Uebertretung kantonaler Verbotsgesetze richten sich grundsätzlich nach Art. 20 OR. — Rückforderung nach Art. 63 OR der vom Klienten indebite bezahlten quota litis. Frage, ob Art. 66 OR entgegenstehe.

A. — Der Ehefrau des Beklagten Dr. Haass-Sterchi, Frieda Sterchi, waren während ihrer Minderjährigkeit zwei Erbschaften angefallen: im Jahre 1901 die ihrer Tante Elisabeth Seiler-Sterchi zu $\frac{1}{6}$ und im Jahre 1904 die des Rudolf Sterchi zu $\frac{1}{3}$. Nach Anfall der ersten bestellte die Vormundschaftsbehörde der Frieda Sterchi einen Vogt in der Person des Wilhelm Stoll-Sterchi. Die beiden Erbschaftsmassen verwaltete ein Miterbe, Gustav Reber-Sterchi, Handelsmann in Interlaken. Am 4. August 1908 verheiratete sich Frieda Sterchi mit dem Beklagten. Dieser drang auf Teilung der Erbschaften, begegnete

aber bedeutenden Schwierigkeiten, indem der Erbschaftsverwalter Reber dazu nicht Hand bieten wollte und der frühere Vogt mit der Rechnungsablegung säumte. Mit der Wahrung seiner und seiner Ehefrau Interessen beehrte der Beklagte zunächst Fürsprecher Lohner und dann Fürsprecher Scheurer, und nachdem beide infolge ihrer Wahl in den Regierungsrat ihr Mandat nicht mehr erfüllen konnten, den heutigen Kläger, Fürsprecher Wyler in Bern. Nach verschiedenen Verhandlungen erstrebte man eine Erledigung der Angelegenheit durch Verkauf der Erbschaftsansprüche des Beklagten und seiner Ehefrau an den Miterben Reber. Es fanden mehrfach Erörterungen hierüber statt. Nachdem dann aber Reber die von ihm verlangte Offerte nicht innert Frist gestellt hatte, drohte der Kläger am 19. September 1910 mit einem Prozesse. Reber antwortete durch seinen Anwalt mit einem Auskaufsangebot von 300,000 Fr., das nicht angenommen wurde. Bei dieser Gelegenheit machte auch der Kläger dem Beklagten eine Offerte und zwar von 301,000 Fr. und es wurde zwischen ihnen sogar ein Kaufvertrag über den Erbteil abgeschlossen. Die Parteien machten aber diesen Vertrag wieder rückgängig und es schlug nach weiteren Verhandlungen der Beklagte dem Kläger mit Brief vom 28. September 1910 vor, ihm, wenn ein Prozess gegen Reber vermieden würde, für Vermittlung des mit diesem abzuschliessenden Auskaufes $33\frac{1}{3}\%$ Provision von dem 340,000 Fr. übersteigenden Betrage der Auskaufssumme zu bezahlen, also z. B. bei einer Auskaufssumme von 400,000 Fr. eine Provision von 20,000 Fr. Der Kläger scheint diesen Vorschlag nicht angenommen zu haben. Am 7. Oktober machte ihm nämlich der Beklagte einen andern, wonach dem Kläger bei einer Auskaufssumme von 330,000 Fr. 20,000 Fr. zukommen sollten, bei einer 340,000 Fr. übersteigenden Auskaufssumme die Hälfte des 300,000 Fr. übersteigenden Betrages, ebenso bei einer Auskaufssumme unter 330,000 Fr., letzteres falls der Beklagte

eine solche Offerte annehme. « Mit der Auszahlung einer der genannten Provisionen », wird weiter gesagt, « ist auch Ihre Anwaltsrechnung bis 15. Oktober 1910 erledigt. » Diese Abmachung sollte bis zum genannten Zeitpunkt gelten, (ihre Dauer wurde aber später bis zum 1. November verlängert). Am 8. Oktober antwortete der Kläger auf den Brief vom 7. : « Ich bestätige dankend » den Empfang Ihrer Zuschrift von gestern. Ich bin mit » deren Inhalt von Herzen gern einverstanden und danke » Ihnen für die mir in so bereitwilliger Weise zugesicherte » Gratifikation. » Am gleichen Tage, dem 8. Oktober, kam durch Vermittlung des Klägers ein provisorischer Kaufvertrag zustande, laut dem der Beklagte seinen Anteil an den beiden unverteilter Erbschaften dem Reber um 400,000 Fr. verkaufte. Am 18. Oktober 1910 endlich trafen sich die Beteiligten und ihre Anwälte und der als Vermittler beigezogene Gerichtspräsident Lauener in Interlaken in der Wohnung Rebers und es wurde daselbst der Kaufvertrag unter der Bezeichnung « Gerichtlicher Vergleich » in Schrift verfasst und unterschrieben. Die Auskaufsumme ist darin auf 409,000 Fr. erhöht. Am 20. Oktober leistete Reber an diese Summe die erste Anzahlung in der vertraglichen Höhe von 155,000 Fr. und am gleichen Tage zahlte der Beklagte dem Kläger auf Rechnung seiner Provisionsforderung 30,000 Fr. Dieser quittierte für den Betrag « à conto meiner Provisionsforderung ». Am 11. Januar 1911 erhielt der Beklagte von Reber die zweite und Schlusszahlung von 254,000 Fr. Dagegen bezahlte er seinerseits die verbleibenden 24,000 Fr. der Provisionssumme nicht, die anfänglich auf den 15. Dezember, später auf den Zeitpunkt der zweiten Zahlung Rebers fällig gestellt waren. Es kam hierüber in der Folge zu Misshelligkeiten zwischen den Parteien, die zu keiner Einigung führten.

B. — Im vorliegenden Prozess hat nunmehr der Kläger unter Berufung auf das Uebereinkommen vom 7./8. Oktober 1910 kostenfällige Verurteilung des Beklagten

zur Bezahlung von 24,000 Fr. nebst Zins zu $4\frac{1}{2}\%$ vom 20. Oktober bis zum 15. Dezember 1910 und von 5% seit da an verlangt. Zur Begründung berief er sich auf den Art. 405 a OR und bezeichnete die streitige Vereinbarung als Mäklervertrag, gerichtet auf das Zustandekommen des Erbauskaufes.

Der Beklagte hat auf Abweisung der Klage angetragen und widerklagsweise beantragt 1. den Kläger zur Rückzahlung der geleisteten 30,000 Fr. eventuell von 3000 Fr. zu verhalten, beides nebst Zins zu 5% seit dem 7. Oktober 1911 (Datum des Zahlungsbefehls). 2. eventuell den vereinbarten Mäklerlohn des Klägers auf einen angemessenen Betrag herabzusetzen und den Kläger zu verurteilen, dem Widerkläger den zuviel bezogenen Betrag nebst Verzugszinsen zu 5% herauszuzahlen, unter Kostenfolge. Die Widerklage stellt darauf ab, dass der Kläger in der Sache nicht als Mäkler, sondern als Anwalt gehandelt habe. Alsdaun aber sei die Vereinbarung vom 7./8. Oktober 1910 nichtig, da das bernische Advokatengesetz vom 10. Dezember 1840 solche Abkommen zwischen Advokat und Klient verbiete und vorschreibe, dass der Advokat für seine Verrichtungen oder Schriften nicht mehreres verlangen dürfe, als der Tarif dafür zulasse. Hienach müsse der Kläger die erhaltenen 30,000 Fr. zurückgeben und könne die geforderten 24,000 Fr. nicht beanspruchen. Die Nichtigkeit des Provisionsabkommens ergäbe sich zudem auch aus Art. 17 a (20 rev.) OR. Eventuell, bei Gültigkeit des Abkommens, habe der Kläger als Provision nur 50% der Forderung von 54,000 Fr. zu beanspruchen gehabt, die ihm über die Vorempfänge seiner Ehefrau hinaus gegenüber Stoll entstanden sei, also nur 27,000 Fr., und da er nun bereits 30,000 Fr. bezogen habe, sei er für 3000 Fr. rückerstattungspflichtig.

Gegen die Widerklageforderung hat der Kläger im Laufe des Prozesses die Uneinlässlichkeitseinrede erhoben, der Rückforderungsanspruch sei verjährt, da er als erst

am 15. Juli 1914 erhoben gelten müsse, an welchem Tage der Beklagte hinsichtlich seiner anfänglichen Widerklage die Reform erklärt hatte. Materiell verlangt der Kläger Abweisung der Widerklage.

C. — Neben dem Zivilprozess ging ein durch Beschwerde des Beklagten veranlasstes Disziplinarverfahren gegen den Kläger als Anwalt einher. Durch Entscheid vom 16. Januar 1912 erteilte das bernische Obergericht unter Gutheissung der Beschwerde dem Kläger in Anwendung von Art. 16 und 17 des bernischen Advokaten-gesetzes vom 10. Dezember 1840 einen Verweis und legte ihm die Kosten des Verfahrens auf. In der Begründung wurde ausgeführt: Die Erzielung des « Gerichtlichen Vergleichs » vom 18. Oktober 1910, der den in Aussicht stehenden Prozess erledigte, sei als Anwaltstätigkeit anzusehen, die der Kläger von seinen Vorgängern Lohner und Scheurer übernommen habe. Für diese Tätigkeit aber habe er sich gesetzwidrigerweise nicht mit der tarifmässigen Entschädigung begnügt. Da Art. 17 Abs. 1 des Advokaten-gesetzes, wonach das Obergericht als Aufsichtsbehörde auch über die Rückgabe des zu viel Bezogenen zu entscheiden habe, durch § 82 des Gesetzes über die Gebühren im Zivilprozess aufgehoben sei, werde auf die Zivilfolgen nicht eingetreten und namentlich nicht entschieden, ob das vom disziplinarischen Standpunkte aus widerrechtliche Abkommen unter den Parteien selbst zu Recht bestehe.

D. — Im Zivilprozesse hat der bernische Appellationshof als erste Instanz am 27. Januar 1915 erkannt: « 1. Die » Parteien sind mit ihren Beweisbeschwerden abgewiesen. » 2. Der Kläger ist mit seiner Vorklage abgewiesen. » 3. Derselbe ist mit seinem Uneinlässlichkeitsschluss » betreffend die Widerklage abgewiesen. 4. Der Beklagte » ist mit seinem Widerklagsbegehren abgewiesen. 5. Die » Kosten des Prozesses sind zwischen Parteien wettge- » schlagen. »

In der Begründung wird zunächst im Anschluss an die

Erwägungen des Disziplarentscheidendes ausgeführt, dass der Kläger nicht als Mäkler, sondern als Anwalt gehandelt habe, wobei es nicht darauf ankomme, dass die Erteilung einer schriftlichen Prozessvollmacht an den Kläger nicht hergestellt sei. Das streitige Provisionsversprechen sei ein vom öffentlichen Recht des Kantons Bern — dem Advokatengesetz — verpöntes, daher unsittliches und nichtiges Rechtsgeschäft, auf das ferner der Art. 20 OR Anwendung finde, so dass man es auch mit einem nichtigen Vertrage im Sinne dieses Artikels zu tun habe. Hieraus folge, dass der Anspruch des Klägers auf Bezahlung des Restbetrages der Provision nicht geschützt werden könne. Dem Rückforderungsanspruch des Beklagten andererseits stehe Art. 66 OR entgegen.

E. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen: « 1. Es sei in Anwendung von Art. 79 OG das Urteil » aufzuheben und an das kantonale Gericht zurückzu- » weisen. 2. Es sei zur Feststellung der Tatsache, dass » Wyler den Berufungskläger zu dem im Vorschlage vom » 7. Oktober 1910 liegenden Provisionsversprechen ver- » anlasst habe, das Urteil aufzuheben und die Sache zur » Aktenvervollständigung und zu neuer Entscheidung » an das kantonale Gericht zurückzuweisen » (— zu welchem Antrage eine Anzahl Beweismittel angegeben werden —). » 3. Falls Begehren 1 und 2 abgewiesen werden » sollten: Es sei in Abänderung des Urteils vom 27. Ja- » nuar 1915 die Widerklage des Berufungsklägers auf » Rückzahlung der 30,000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit » 7. Oktober 1911 zuzusprechen und die Gegenpartei zu » der Bezahlung der Prozesskosten zu verurteilen. »

Der Kläger hat sich der Berufung angeschlossen mit dem Begehren: « 1. Es sei, in teilweiser Aufhebung des » kantonalen Entscheides, die Vorklage gutzuheissen. » 2. Eventuell: Die Sache sei, unter Aufhebung von » Ziff. 1 und 2 des kantonalen Urteils-Dispositifs zu » neuer Entscheidung an das kantonale Gericht zurück-

» zuweisen. » Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gegenpartei.

F. — In der heutigen Verhandlung haben die Vertreter der Parteien die genannten Anträge erneuert und auf Abweisung der gegnerischen Begehren geschlossen.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung :

1. — Was die Klageforderung betrifft, so macht der Kläger gegenüber dem angefochtenen Urteil, das sie wegen Nichtigkeit des ihr zu Grunde liegenden Vertrages abweist, vor allem geltend, dass dieser Vertrag ein Mäklervertrag sei, und nicht, wie die Vorinstanz annimmt, ein Vertrag, durch den der Kläger sich als Anwalt sein Honorar in Form einer nach dem Streitergebnis sich richtenden Provision ausbedungen hätte (*pactum de palmario*). Hat man diesen Punkt im letztern Sinne zu entscheiden, so fragt sich im weitern, wie es sich mit der Gültigkeit und den Rechtsfolgen einer allfälligen Ungültigkeit des streitigen Provisionsvertrages vom 7./8. Oktober 1910 verhalte, wobei in erster Linie zu prüfen sein wird, inwiefern eidgenössisches oder kantonales Recht Anwendung finde. In allen diesen Beziehungen ist des nähern folgendes zu bemerken :

a) Das Verhältnis zwischen dem Anwalt und seinem Klienten ist nach schweizerischem Rechte regelmässig das des entgeltlichen Auftrages (vergl. z. B. OSER, Kommentar zum OR Art. 319, V, 2, GMÜR, Die zivilrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, Zürcher Dissertation, 1907, S. 57 ff.), ausnahmsweise das des Dienstvertrages, jedenfalls ein zivilrechtliches Vertragsverhältnis, dessen Regelung im allgemeinen dem OR unterliegt. Der Anwalt verpflichtet sich zur Arbeitsleistung, der Klient zur Honorierung der geleisteten Arbeit und es kann z. B. der Anwalt bei mangelhafter Geschäftsführung zivilrechtlich auf Entschädigung belangt werden und anderseits das geschuldete Honorar im Zivilprozess vom

Klienten einklagen (vergl. z. B. BGE 26 I S. 180, 31 I S. 594). Damit ist aber den Kantonen noch nicht jede Einwirkung auf das Verhältnis verschlossen. Vielmehr können sie innerhalb des Rahmens, in dem ihnen die Rechtspflege als öffentlich-rechtliche Aufgabe zukommt, Vorschriften über die zur Anwalts-tätigkeit gehörenden Verrichtungen erlassen, namentlich auch was die Honorierung dieser Verrichtungen anbetrifft. In letzterer Beziehung anerkennt denn auch eine ständige Praxis des Bundesgerichts das Recht der Kantone, Vorschriften über die behördliche Moderation von Anwaltsrechnungen aufzustellen (so ausser den schon genannten Bundesgerichtsentscheiden der in Sachen Stattelmann und Konsorten gegen Vuille & Dunant, BGE 41 II N° 21) und Honoraransätze der zur Rechtspflege gehörenden Verrichtungen der Anwälte tarifmässig zu fixieren (vergl. das genannte Urteil in Sachen Stattelmann, ferner Entscheid in Sachen Buzzi gegen Erben Lepori vom 23. Dezember 1899, abgedruckt im Journal des Trib. 1901 S. 132 ff.). Hienach müssen aber die Kantone im weitern auch befugt sein, die Art der Retribution, auf die der Anwalt für in Frage stehenden Dienste Anspruch hat, zu bestimmen, und dabei im besondern zu verbieten, dass die Höhe des Honorars nach dem Ergebnis der Tätigkeit bemessen werde (Ausschluss des *pactum de palmario*). Rechtfertigen sich die vorher genannten kantonalen Bestimmungen schon aus der rechtlichen und faktischen Monopolstellung der Anwälte, so kommt bei der Beteiligung am Streitergebnis noch das weitere Moment hinzu, dass darin eine Spekulation liegt, bei der sich der Anwalt mit seiner Rechtskenntnis, die eine leichtere Abschätzung der Chancen ermöglicht, gegenüber der Gegenpartei in einer superioren Machtstellung befindet.

b) Nach dem Gesagten müssen aber die Kantone im weitern auch bestimmen können, welche Handlungen der Anwälte sie in Hinsicht auf die Regelung der Hono-

rierung als zur Rechtspflege gehörig ansehen. Dabei dürfen sie freilich nicht Verrichtungen diesem Begriff unterstellen, die nach allgemeiner Anschauung nicht darunter fallen können. Denn sonst würden sie unzulässigerweise in das Gebiet übergreifen, auf dem die für die möglichen Vertragsbeziehungen zwischen Anwalt und Klient massgebenden Vorschriften des Bundeszivilrechts vorbehaltlos, durch das kantonale öffentliche Recht nicht eingeschränkte Geltung beanspruchen können.

Eine solche, den Geltungsbereich des Bundesrechts missachtende Auffassung des Begriffes der Rechtspflege liegt jedoch nicht vor, wenn die Vorinstanz die in Betracht kommenden Verrichtungen des Klägers als eigentliche Anwaltstätigkeit ansieht, die, besonders auch hinsichtlich der Honorierung, nach dem bernischen Advokatengesetz vom 10. Dezember 1840 zu beurteilen sei. Die Betätigung des Klägers bestand darin, dass er für den Beklagten die Ansprüche an den Erbschaften der Elisabeth Seiler-Sterchi und des Rudolf Sterchi gegenüber dem Miterben und Erbschaftsverwalter Reber geltend machte, dabei zunächst die Einleitung zum Vermittlungsvorstand besorgte und die Klage in Aussicht stellte, dann aber die Sache in gütlicher Weise erledigen half und zwar so, dass unter Zuziehung des Gerichtspräsidenten von Interlaken der « Gerichtliche Vergleich » vom 18. Oktober 1910 abgeschlossen wurde, durch den der Beklagte auf sein Miteigentum an den Erbschaftsmassen gegen Bezahlung einer Auskaufssumme verzichtete. Alle diese Vorkehren lassen sich ohne Verletzung von Bundesrecht dem allgemeinen Begriff der Rechtspflege unterordnen. Namentlich erfordert dieser nicht etwa, dass die Geltendmachung streitiger Ansprüche, bei der der Anwalt seine Dienste leistet, durch Inanspruchnahme der Gerichte erfolge. Auch die aussergerichtliche Erzielung eines Vergleiches kann von den Kantonen als mit der Rechtspflege in Beziehung stehende Tätigkeit des Anwaltes behandelt und hinsicht-

lich ihrer Honorierung geregelt werden, denn auch sie dient dazu, dem streitigen Rechte zum Durchbruch zu verhelfen. Eine der Nachprüfung des Bundesgerichts entzogene Frage des kantonalen Prozessrechts betrifft es sodann wenn die Vorinstanz die Nichterteilung einer schriftlichen Prozessvollmacht an den Kläger als kein Hindernis ansieht, um seine Besorgungen als Anwaltstätigkeit zu qualifizieren. An dem Gesagten würde ferner auch nichts geändert, falls — wie der Kläger hauptsächlich geltend macht — die Tätigkeit, die er für die Herbeiführung des Auskaufsvertrages entfaltet hat, inhaltlich die eines Mäklers gewesen wäre, (was nicht näher geprüft zu werden braucht); denn daneben bliebe immerhin noch als Bestandteil seines Auftrages, die streitigen Ansprüche zur Geltung zu bringen, also eine mit der Rechtspflege zusammenhängende und dem Anwaltsberufe als solchem zukommende Aufgabe, die sich hier mit der des gewöhnlichen Mäklers im zivilrechtlichen Sinne kombiniert hätte. Eine solche Mäklertätigkeit des Anwaltes aber, wonach dieser den Verkauf bestrittener Rechte vermittelt, muss wegen der in Betracht kommenden öffentlichen Interessen ebenfalls den für die Ausübung des Anwaltsberufes geltenden kantonalen Vorschriften untersellbar sein, wenn dies nicht überhaupt schon für jede Betätigung des Anwaltes als Mäkler der Fall sein sollte. Hiernach setzt sich also die vorinstanzliche Würdigung der Verrichtungen des Klägers auch nicht über die den Mäklervertrag regelnden Normen des Bundesrechts hinweg. Damit erledigt sich zugleich der vom Kläger besonders heute vertretene Standpunkt, seine Verrichtungen seien zwar nicht von Anfang an, aber in der Folge und namentlich beim Abschluss des Vergleiches vom 18. Oktober 1910 die eines Mäklers gewesen. Unwesentlich ist endlich, dass das bernische Tarifgesetz die in Frage stehende Tätigkeit des Klägers nicht besonders vorsieht. Deshalb greifen nicht etwa die bundesrechtlichen Bestimmungen über den Auftrag er-

gänzend Platz. Vielmehr hat in solchen Fällen der kantonale Richter den geschuldeten Ersatz auf Grund seines Tarifgesetzes nach freier Würdigung festzustellen (vergl. die genannten Entscheide in Sachen Buzzi und in Sachen Stattelmann und Konsorten).

c) Die Vorinstanz nimmt nun an, das streitige Abkommen vom 7./8. Oktober 1910, durch das sich der Kläger für seine Dienste eine nach dem Ergebnis seiner Bemühungen bemessene, die tarifmässigen Gebühren weit übersteigende Vergütung habe zusichern lassen, verstosse gegen ein gesetzliches Verbot, denn das kantonale Gesetz vom 10. Dezember 1840 untersage den Advokaten, wenn nicht ausdrücklich, so doch *implicite*, für ihre Verrichtungen mehr, als der Tarif vorsehe, zu verlangen und namentlich einen Vertrag über einen Teil des Rechtsstreites (*pactum de quota litis*) abzuschliessen. Diese Auffassung ist nach dem Gesagten für das Bundesgericht massgebend, da die Vorinstanz insoweit kantonales Recht anwendet und sich hiebei innerhalb der diesem vom Bundesrecht gesetzten Schranken hält. Das gilt auch für den Hinweis des Klägers darauf, dass der Beklagte und nicht er den Anstoss zum Abschluss des Provisionsvertrages gegeben habe: ob die Vorinstanz aus diesem Grunde die Widerrechtlichkeit des Vertrages hätte verneinen sollen, beurteilt sich ebenfalls nach kantonalem Rechte.

d) Bundesrecht kommt dagegen zur Anwendung, soweit endlich die Rechtsfolgen der Widerrechtlichkeit des streitigen Abkommens festzustellen sind, und zwar greift hier nach Art. 2 SchlT zum ZGB in zwischenzeitlicher Hinsicht der Art. 20 revOR und nicht Art. 17 aOR Platz, trotzdem der Provisionsvertrag unter dem alten Rechte abgeschlossen wurde. Verstösst nun auch der Vertrag gegen kein eidgenössisches, sondern gegen ein kantonales Verbotsgesetz, so schliesst das nicht aus, die Frage nach der zivilrechtlichen Wirkung der Verbotsübertretung als eine solche des Bundesrechts zu betrach-

ten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass in diesen Fällen das eidgenössische dem kantonalen Rechte vorgehe und dass also der Art. 20 OR und im besondern die darin aufgestellte Sanktion der Nichtigkeit auch für Verträge gelte, deren widerrechtlicher Inhalt in der Missachtung einer vom kantonalen Rechte innerhalb seines Herrschaftsgebietes aufgestellten zwingenden Norm seinen Grund hat. Anders könnte es sich nur verhalten, wenn das kantonale Gesetz selbst, dem der zivilrechtliche Inhalt des Vertrages zuwiderläuft, Gegenteiliges anordnet, also aus Erwägungen irgend welcher Art es nicht für nötig hält, an die Verletzung der kantonalen Gesetzesnorm eine die Gültigkeit des Vertrages abschwächende zivilrechtliche Folge oder doch die der Nichtigkeit des Vertrages zu knüpfen (im gleichen Sinne die Regelung in § 134 des deutschen BGB). Diese Voraussetzung trifft aber hier nicht zu. Im Gegenteil erklärt die Vorinstanz ausdrücklich, das fragliche Provisionsversprechen sei « als ein vom öffentlichen Rechte des Kantons Bern verpöntes, daher unsittliches und nichtiges zu betrachten ». Die eingeklagte Forderung muss somit, weil nicht zu Recht bestehend, abgewiesen werden. Hienach bedarf es auch keiner Prüfung mehr, ob der streitige Provisionsvertrag auch als ein « gegen die guten Sitten verstossender » im Sinne des Art. 20 zu gelten habe, von welchem Gesichtspunkte aus die Vorinstanz den Streitfall hauptsächlich erörtert hat.

2. — Die Nichtigkeit des Provisionsvertrages vom 7./8. Oktober 1910 führt andererseits zur Guttheissung der Widerklage, womit der an die vertragliche Provision bezahlte Teilbetrag von 30,000 Fr. zurückgefordert wird. Indem der Beklagte, um seinem Provisionsversprechen nachzukommen, diese Summe dem Kläger entrichtetete, hat er im Sinne von Art. 63 OR eine Nichtschuld freiwillig (zum Teil) bezahlt. Ferner hat er sich über seine Schuldpflicht im Irrtum befunden, indem er der Meinung war, auf Grund eines für ihn verbindlichen und jedenfalls

keines wegen seines Inhaltes gesetzlich verpönten Vertrages zu leisten. Dies muss in der Tat als erwiesen gelten, da kein anderes Motiv ersichtlich ist, wegen dessen er zu der fraglichen Zahlung als Teilleistung an einen Betrag sich hätte verstehen können, der nach seiner Höhe das dem Kläger von Rechtswegen zukommende Honorar weit überstieg (vergl. BGE i. S. Werthmüller, 40 II S. 253, Erw. 4, OSER, Kommentar, Art. 63 V, 4). Ein solcher Rechtsirrtum aber ist zur Begründung der Rückforderung aus Art. 63 geeignet (vergl. den genannten Bundesgerichtsentscheid). Sodann trifft auch keiner der in Abs. 2 des Artikels angeführten Ausschlussgründe der Rückforderung zu: Der Anspruch auf Rückerstattung ist nicht, wie der Kläger behauptet, verjährt, da ihn der Beklagte innerhalb eines Jahres, nachdem er davon Kenntnis erhielt, eingeklagt hat und da, wie die Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich ausführt, durch die vom Kläger im Prozesse erklärte Reform die Rechtshängigkeit des Anspruches nicht aufgehoben und somit an der Unterbrechung der Verjährung nichts geändert wurde. Ebensovienig hat der Kläger durch die Entrichtung der Teilzahlung « in Erfüllung einer sittlichen Pflicht geleistet ». Eine solche Pflicht erfüllt nicht, wer leistet, was nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift nicht vertraglich Leistungsinhalt bilden darf — wie hier die Quote des Streitgegenstandes, — auch dann nicht, wenn er die Leistung auf Grund eines vorherigen — rechtlich ungültigen — Versprechens vollzieht. Dagegen lässt das Gesagte andererseits die Schuldspflicht des Beklagten soweit unberührt, als sie sich aus den Grundsätzen über die Honorierung der Anwaltsverrichtungen, im besondern den Tarifbestimmungen ergibt, und es bleiben in dieser Beziehung die Ansprüche des Klägers gewahrt.

Mit Unrecht endlich glaubt die Vorinstanz die Rückforderung auf Grund von Art. 66 OR abweisen zu sollen. Der Beklagte hat nicht « in der Absicht, einen

rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen », bezahlt, vielmehr in der irrthümlichen Meinung, einen rechtsgültigen und vom Gesetze als zulässig anerkannten Vertrag zu erfüllen. Aber auch insofern trifft die Bestimmung nicht zu, als die Rechtswidrigkeit und (allfällige) Unsittlichkeit des Erfolges nur besteht in Hinsicht auf die Person und die Gesinnung des Klägers als Empfängers, nicht des Beklagten als Gebers des Geldes und die gesetzliche Reprobation gerade den Interessen des Beklagten dienen soll. Der Grundsatz *in pari turpitudine melior est causa possidentis*, den die Vorinstanz unter Berufung auf den (anders gearteten) Fall Schmid-Zürrer gegen Zürrer (BGE 37 II S. 68) anführt, lässt sich also auf den vorliegenden Tatbestand nicht anwenden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Hauptberufung wird im Sinne des Berufungsantrages 3 gutgeheissen und demnach der Widerbeklagte verurteilt, dem Widerkläger 30,000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem 7. Oktober 1911 zu bezahlen.

61. Arrêt de la 1^e Section civile du 3 juillet 1915
dans la cause Banque fédérale contre Laager.

Responsabilité à raison du dommage résultant de paiements faits sur le vu de chèques falsifiés. Clause contractuelle exonérant la banque de toute responsabilité. Validité de cette clause, sous réserve du cas de dol ou de faute lourde de la banque. Ne commet pas une faute lourde l'employé de banque qui néglige de vérifier soigneusement la signature du tireur, alors que le chèque est présenté par la femme même du tireur, mandataire habituelle de ce dernier dans ses relations avec la banque.

Henri Laager a épousé Rose Steiner le 23 mai 1908. Le mariage a été dissous par le divorce prononcé aux