

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB § 138 Cf

- a) Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Vertrag nichtig ist, durch den einem steuerlichen Berater eine Provision dafür versprochen wird, daß er seine Mandanten zu einer bestimmten Vermögensanlage veranlaßt (Ergänzung zu BGHZ 78, 263).
- b) Die Grundsätze, die die Rechtsprechung über die Beurteilung von Provisionsvereinbarungen mit Angehörigen steuerberatender Berufe aufgestellt hat (BGHZ 78, 263), finden auch dann Anwendung, wenn die Provision nicht dem steuerlichen Berater selbst, sondern einer Gesellschaft gezahlt werden soll, an der der steuerliche Berater maßgeblich beteiligt ist.

BGH, Urt. v. 19. Juni 1985 - IVa ZR 196/83 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 196/83

URTEIL

Verkündet am: 19. Juni 1985
Mutterer, Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Herrn Ferdinand M [REDACTED], L [REDACTED]-Straße [REDACTED],
K [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma P [REDACTED] & Co. KG, H [REDACTED]straße [REDACTED], B [REDACTED],
vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter
Dipl.Kfm. Thassilo P [REDACTED], ebenda,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der IVa - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Juni 1985 durch die Richter Rottmüller, Dr. Lang, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel und Dr. Zopfs

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 14. Juli 1983 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten sich im wesentlichen darum, ob ein Provisionsversprechen nach § 138 BGB nichtig ist.

Der Vater des Beklagten, dessen alleiniger Erbe der Beklagte ist, betrieb eine Agentur ("Agentur M██████████"), die mit dem Vertrieb des Bauherrenmodells "Schloß A██████████" befaßt war. Im November 1980 bat ihn der Zahnarzt Dr. Mo██████████ aus B██████████ unter Bezugnahme auf ein Inserat um Informationen, die seinem "Steuerberater eine zuverlässige Bewertung" erlauben sollten. Anfang Dezember 1980 setzte sich der persönlich



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



haftende Gesellschafter der Klägerin (ein Steuerberater) mit der Agentur M[REDACTED] telefonisch in Verbindung. Diese übersandte daraufhin der Klägerin Unterlagen über das genannte Bauherrenmodell und führte im Begleitschreiben vom 8. Dezember 1980 aus:

"Wir würden uns freuen, wenn sich durch Ihre Beratung der eine oder andere Ihrer Mandanten für den Erwerb einer Wohneinheit entscheidet. Es ist selbstverständlich, daß Sie uns für Ihre beratende Tätigkeit eine Honorarrechnung in Höhe von 3 % der verkauften Wohnung in Rechnung stellen sollten."

Mitte Dezember 1980 suchte der persönlich haftende Gesellschafter der Klägerin zusammen mit Dr. Mo[REDACTED] die Agentur M[REDACTED] auf und besichtigte das angebotene Objekt. Dr. Mo[REDACTED] entschied sich für eine Wohnung zum Preise von 1.090.668,- DM. Bei der Erörterung über den Erwerb einer zweiten Wohnung zum Preise von 649.415,- DM bat der persönlich haftende Gesellschafter der Klägerin um einen Nachlaß von 2,5% auf die von Dr. Mo[REDACTED] zu zahlende Vergütung von 3%, den die Agentur M[REDACTED] gewährte. Für beide Wohnungen wurden in der Folgezeit notarielle Treuhandverträge abgeschlossen; Dr. Mo[REDACTED] zahlte die von ihm geschuldeten Provisionen und seine Eigenmittel.

Mit der vorliegenden Klage verlangte die Klägerin eine Provision in Höhe von 58.988,80 DM (= 3,39% der Kaufpreise).

Der Beklagte behauptet, der persönlich haftende Gesellschafter der Klägerin habe sich beim Telefongespräch als Steuerberater des Interessenten Dr. Mo[REDACTED] bezeichnet und zu erkennen gegeben, daß er eine positive Prüfung des Modells von entsprechender Honorierung abhängig mache. Als man ihm 3% des Verkaufspreises genannt habe, habe er geäußert, danach brauche er nicht viel zu prüfen, es handle sich um ein gutes Objekt. Dem Interessenten Dr. Mo[REDACTED] habe die Klägerin nicht offenbart, daß sie von dem Vater des Beklagten ein Honorar erwarte. Im übrigen bestreitet der Beklagte die Höhe und die Fälligkeit des Klageanspruchs.

Die Klägerin behauptet, sie sei nicht für Dr. Mo[REDACTED] steuerberatend tätig gewesen; dessen Steuerberater sei vielmehr die R[REDACTED]-E[REDACTED]-Service GmbH gewesen; allerdings gehöre der persönlich haftende Gesellschafter der Klägerin zu den Geschäftsführern dieser GmbH. Bei dem Telefongespräch sei von früheren Kontakten des Interessenten Dr. Mo[REDACTED] mit der Beklagten keine Rede gewesen.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 52.202,49 DM nebst Zinsen verurteilt. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit seiner Revision verfolgt er seinen Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht läßt es dahingestellt, ob die Klägerin überhaupt für Dr. Mo[REDACTED] steuerberatend tätig gewesen sei. Auch wenn insoweit die Sachdarstellung des Beklagten richtig sein sollte, sei der Maklervertrag nicht als nichtig anzusehen. Aus § 57 Steuerberatergesetz folge dies nicht. Der Maklervertrag verstoße auch nicht gegen die guten Sitten. Es sei nicht erwiesen, daß der persönlich haftende Gesellschafter der Klägerin erklärt habe, er werde das Objekt mit Rücksicht auf die versprochene Provision seinen Mandanten empfehlen; eine Prüfung halte er unter diesen Umständen nicht mehr für erforderlich. Ob die Klägerin dem Interessenten Dr. Mo[REDACTED] das Provisionsversprechen der Agentur M[REDACTED] offenbart habe, könne dahingestellt bleiben. Selbst wenn dies nicht geschehen sein sollte, so folge daraus noch nicht, daß die Vertragsparteien sich darüber einig gewesen seien, daß die Provisionsvereinbarung Dr. Mo[REDACTED] gegenüber verschwiegen werden sollte. Solange nicht eindeutig feststehe, daß mit der Provision ein Treuebruch der Klägerin honoriert werden sollte, sei der Beklagte an die gegebene Zusage gebunden.

II.

Diese Ausführungen stehen nicht in vollem Einklang mit der Rechtsprechung des Senats.

1. Richtig ist allerdings, daß ein von einem Steuerberater abgeschlossener Maklervertrag nicht nach § 57 Steuerberatungsgesetz in Verbindung mit § 134 BGB nichtig ist (BGHZ 78, 263).

2. Dagegen hält die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Sittenwidrigkeit der Provisionsabrede verneint hat, einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Der Senat hat bereits in dem erwähnten Urteil darauf hingewiesen, daß es bedenklich ist, wenn Unternehmen, die steuerbegünstigte Vermögensanlagen anbieten, steuerlichen Beratern eine Provision für den Fall versprechen, daß sie ihren Mandanten zu einem Vertragschluß mit diesem Unternehmen veranlassen. Es liegt in der Natur der Sache, daß steuerliche Berater mit ihren Mandanten auch die Frage erörtern, in welcher Weise diese ihr Vermögen am steuergünstigsten anlegen. Der Mandant hat einen Anspruch darauf, daß sein Berater diesbezügliche Fragen mit völliger Objektivität beantwortet, sich also ausschließlich vom Interesse des Mandanten leiten und sich nicht durch unsachliche Gesichtspunkte, insbesondere nicht durch zu erwartende persönliche Vermögensvorteile, beeinflussen läßt. Durch eine Provisionsvereinbarung gerät der steuerliche Berater in die Gefahr, seinen Mandanten nicht mehr unvoreingenommen zu beraten. In einer solchen Lage kann er dem Vorwurf des Treubruchs nur dadurch entgehen, daß er den Mandanten, denen er die Beteiligung an dem betreffenden Projekt nahelegt, das ihm erteilte Provisionsversprechen offenbart (BGHZ 78, 263, 268).

Für das Revisionsverfahren ist davon auszugehen, daß die Klägerin die mit der Beklagten getroffene Provisionsvereinbarung Dr. Mo[REDACTED] gegenüber verschwiegen hat. Daß dies so gewesen sei, hat die Beklagte unter Beweistritt ausdrücklich vorgetragen. Schriftsätzlich hat die Klägerin nichts Gegenteiliges behauptet. Im Tatbestand wird allerdings die Behauptung der Beklagten als streitig dargestellt; es muß deshalb gemäß § 314 ZPO angenommen werden, daß sie ohne vorherige schriftsätzliche Behauptung in der mündlichen Verhandlung bestritten worden ist. Daß die Klägerin eine Unterrichtung von Dr. Mo[REDACTED] substantiiert behauptet hätte, ist jedoch aus dem Tatbestand des Berufungsurteils nicht ersichtlich. Selbst wenn eine solche substantiierte Sachdarstellung vorliegen würde, müßte für die Revisionsinstanz von der unter Beweis gestellten und tatrichterlich nicht geprüften Behauptung des Revisionsklägers ausgegangen werden.

b) Nach der Rechtsprechung des Senates genügt es allerdings für die Annahme der Nichtigkeit nicht, daß der steuerliche Berater bereits bei Abschluß der Provisionsvereinbarung die Absicht hatte, sie seinem Mandanten zu verschweigen. Erforderlich ist vielmehr, daß die Umstände, die einen Vertrag als sittlich anstößig erscheinen lassen, beiden Vertragsparteien bei Vertragsschluß bekannt sind. Derjenige, der dem steuerlichen Berater für die Vermittlung einer steuerbegünstigten Vermögensanlage eine Provision verspricht, muß also zumindest mit der Möglichkeit rechnen, daß der Provisionsempfänger die Provisionszusage vor seinem Mandanten geheimhalten will, und dies billigend in Kauf nehmen. Wenn das Berufungsge-

richt aber meint, der Beklagte sei an die getroffene Provisionsvereinbarung gebunden, solange nicht eindeutig feststehe, daß mit ihr ein Treubruch der Klägerin honoriert werden sollte, so findet das in der Rechtsprechung des Senats keine Stütze mehr.

Wie sich aus dem Zusammenhang ergibt, will das Berufungsgericht Sittenwidrigkeit nur dann bejahen, wenn die Provision ausdrücklich als Belohnung für ein pflichtwidriges Verhalten des steuerlichen Beraters gezahlt werden sollte, also dafür, daß er das Objekt ohne vorherige Prüfung, ohne Rücksicht auf das Ergebnis einer Prüfung oder sogar entgegen dem Prüfungsergebnis und entgegen seiner eigenen Überzeugung empfiehlt. Das ist in zweifacher Hinsicht fehlerhaft. Die Annahme der Sittenwidrigkeit setzt nicht voraus, daß die an die Provisionsabrede geknüpften Erwartungen in einer ausdrücklichen Abrede der Parteien ihren Niederschlag gefunden haben; es genügt vielmehr bereits ein stillschweigendes Einverständnis. Zum anderen ist es nicht erforderlich, daß die Provision für eine inhaltlich falsche Beratung versprochen wird, also etwa dafür, daß der Berater ein Objekt empfiehlt, das nach seiner eigenen Überzeugung nicht vorteilhaft ist, daß er Gefahren und Nachteile des Projekts verschweigt, nicht vorhandene Vorteile behauptet, vorhandene Vorteile übertreibt oder überhaupt von einer Prüfung des Vorhabens absieht. Auch wenn der steuerliche Berater gewillt ist, das Vorhaben sorgfältig zu prüfen, handelt er pflichtwidrig, wenn er hinter dem Rücken seines Mandanten sich von einem interessierten Dritten eine Provi-

sion versprechen läßt und dadurch in die Gefahr gerät, seinen Mandanten nicht mehr unvoreingenommen beraten zu können (BGHZ 78, 263, 268). Die Provisionszusage ist nichtig, wenn der Versprechende weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, daß der steuerliche Berater diese Vereinbarung seinem Mandanten verschweigen will (BGH aaO).

c) Für die subjektiven Voraussetzungen des § 138 BGB ist zwar derjenige beweispflichtig, der sich auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts beruft. An diesen Nachweis dürfen jedoch keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden. Der Tatrichter darf nicht außer Acht lassen, daß die Unternehmen, die steuersparende Vermögensanlagen anbieten, den steuerlichen Beratern vor allem deshalb eine Provision in Aussicht stellen, weil diese bei ihren Mandanten in der Regel ein größeres Vertrauen genießen als ein Provisionsvertreter. Dieses Vertrauen gründet sich aber auf die Überzeugung, daß sich der steuerliche Berater bei seinen Ratschlägen nicht - wie der Provisionsvertreter - durch Provisionserwartungen beeinflussen läßt. Würde der Berater seinem Mandanten die Provisionsvereinbarung offenbaren, so kann er den Glauben des Mandanten an seine Unvoreingenommenheit zerstören und damit seinen Argumenten einen wesentlichen Teil ihrer Überzeugungskraft nehmen. Vor einer solchen Offenbarung wird der Berater auch deshalb zurückschrecken, weil sie geeignet ist, allgemein sein Ansehen bei seinem Mandanten herabzusetzen. Vielfach wird man daher davon ausgehen können, daß der Berater die

Provisionsvereinbarung geheimhält; sofern keine konkreten Anhaltspunkte für das Gegenteil vorliegen, wird man auch annehmen müssen, daß der andere Teil bei der Abgabe des Provisionsversprechens mit dieser Möglichkeit rechnet. Deshalb muß ein steuerlicher Berater auf ein ihm zugegangenes Provisionsversprechen für ein Anlageobjekt seinen Mandanten selbst dann hinweisen, wenn er diesem das Objekt empfiehlt, bevor er das Provisionsangebot angenommen hat.

d) Im übrigen wird im Rechtsstreit von keiner Seite behauptet, der Beklagte, der beim Abschluß der Provisionsvereinbarung seinen Vater vertrat, habe darauf vertraut, daß der persönlich haftende Gesellschafter der Klägerin die Provisionsabrede seinem Mandanten offenbaren werde. Für das Gegenteil spricht seine eigene Sachdarstellung. Er trägt vor, er habe im Jahre 1980 nicht gewußt, daß das Versprechen derartiger Zuwendungen an Angehörige der steuerberatenden Berufe nichtig sei. Seitdem im Jahre 1981 entsprechende einschlägige Entscheidungen veröffentlicht worden seien, unterlasse er derartige Angebote (Schriftsatz vom 20. November 1981 S. 3 in Verbindung mit S. 3 letzter Absatz des landgerichtlichen Urteils). Dies gäbe keinen vernünftigen Sinn, wenn der Beklagte darauf vertraut hätte, daß die Klägerin das Provisionsversprechen ihren Mandanten offenbaren würde; denn in diesem Falle wäre an ihm auch vom Standpunkt einer geläuterten Rechtsauffassung aus nichts Anstößiges zu finden. Die Klägerin hat nichts Gegenteiliges behauptet.

III.

Die zwischen dem Vater des Beklagten und der Klägerin zustandegekommene Provisionsvereinbarung muß demnach dann als sittenwidrig angesehen werden, wenn die Klägerin die Steuerberatungsgesellschaft des Interessenten Dr. Mo[REDACTED] gewesen ist. Dieser Punkt ist jedoch streitig und vom Berufungsgericht offengelassen worden; damit er geklärt werden kann, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dieses wird bei der erneuten Entscheidung zu beachten haben:

1. Sollte sich ergeben, daß Steuerberater des Interessenten Dr. Mo[REDACTED] nicht die Klägerin, sondern die R[REDACTED]-B[REDACTED]-Service GmbH war, so würde daraus noch nicht ohne weiteres folgen, daß das Provisionsversprechen gültig ist. Die Grundsätze, die der Senat über die Beurteilung von Provisionsversprechen an steuerliche Berater aufgestellt hat, finden auch dann Anwendung, wenn die Provision nicht an den Berater selbst, sondern an eine Gesellschaft gezahlt werden soll, an der er wirtschaftlich maßgeblich beteiligt ist; Voraussetzung ist allerdings, daß mit der Provision eine Empfehlung honoriert werden soll, die der steuerliche Berater im Zusammenhang mit seiner steuerberatenden Tätigkeit gegeben hat. Hierfür ergeben sich im vorliegenden Fall aus dem Sachvortrag der Parteien mehrere Anhaltspunkte, die tatrichterlich zu prüfen sind. Nach dem Rubrum des Berufungsurteils wird

die Klägerin durch den Geschäftsführer Thassilo P [REDACTED] vertreten. Das kann nicht richtig sein, da eine Kommanditgesellschaft nicht durch einen Geschäftsführer, sondern durch einen oder mehrere persönlich haftende Gesellschafter vertreten wird. Bei seiner Vernehmung hat Herr Thassilo P [REDACTED] angegeben, daß er Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der Klägerin (also offenbar einer GmbH) sei. Dies steht jedoch im Widerspruch zu dem von der Klägerin selbst vorgelegten Handelsregistrauszug (Bl. 111 d.A.), nach dem die Kommanditgesellschaft aus dem Diplom-Kaufmann Thassilo P [REDACTED] als persönlich haftenden Gesellschafter und dem Kaufmann Klaus L [REDACTED] als Kommanditisten besteht. Auch auf den Briefköpfen der Gesellschaft ist der Diplom-Kaufmann Thassilo P [REDACTED] als persönlich haftender Gesellschafter bezeichnet (Bl. 15 d.A.). Das Berufungsgericht wird Gelegenheit haben, die Frage der Rechtsform und der Beteiligungsverhältnisse an der Klägerin mit den Parteien zu erörtern; nach dem bisherigen Sach- und Streitstand muß davon ausgegangen werden, daß Herr Thassilo P [REDACTED] persönlich haftender Gesellschafter war und ist. Er ist aber gleichzeitig, wie sich aus dem Handelsregistrauszug Bl. 143 d.A. ergibt, Steuerberater und als solcher zusammen mit der Steuerberaterin Diplom-Kaufmann Ingrid Bö [REDACTED] Geschäftsführer der R [REDACTED] - B [REDACTED] Service GmbH Steuerberatungsgesellschaft, die, wie die Klägerin vorträgt, von Dr. Mo [REDACTED] mit seiner steuerlichen Beratung beauftragt worden sein soll. Wenn Herr P [REDACTED] im Rahmen seiner Geschäftsführertätigkeit - allein oder zusammen mit seiner Mitgeschäftsführerin - Herrn Dr. Mo [REDACTED] steuerlich beriet, dann ist

praktisch eine Trennung zwischen seiner steuerberatenden und anlagevermittelnden Tätigkeit nicht möglich; denn die Empfehlung einer steuerbegünstigten Anlage führt notwendigerweise zur Erörterung steuerlicher Probleme. In diesem Zusammenhang ist es von Bedeutung, daß Dr. Mo[REDACTED] die Agentur M[REDACTED] ausdrücklich um Unterlagen gebeten hatte, die seinem "Steuerberater eine zuverlässige Bewertung" des Objekts ermöglichen sollten und daß er sich bei seinem Besuch bei der Agentur von Herrn P[REDACTED] begleiten ließ. Wenn die beratende Tätigkeit, die Herr P[REDACTED] hinsichtlich der Beteiligung am Objekt Schloß A[REDACTED] ausübte, dem Mandanten gegenüber nicht eindeutig von der Steuerberatung, die ihm in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der R[REDACTED]-B[REDACTED]-Service GmbH oblag, abgegrenzt war, ist ein Provisionsversprechen, das einer Gesellschaft erteilt wurde, an der Herr P[REDACTED] maßgeblich beteiligt war, vom sittlichen Standpunkt aus ebenso bedenklich wie ein unmittelbares Provisionsversprechen an die Steuerberatungsgesellschaft oder Herrn P[REDACTED] persönlich.

2. Das Berufungsgericht bemerkt auf S. 7 oben, der Beklagte habe bei seiner Anhörung die frühere Behauptung, der Geschäftsführer der Klägerin habe das Objekt wegen der Honorierung seines Mandanten Dr. Mo[REDACTED] ohne weitere Prüfung empfehlen wollen, nicht bestätigt. Das stimmt mit dem Inhalt der Sitzungsniederschrift vom 5. Mai 1983 (Bl. 132 d.A.) überein. Dort hat jedoch, und das wird in den Entscheidungsgründen nicht erwähnt, der Beklagte weiterhin vorgetragen, der persönlich haftende Gesellschafter der Klägerin habe ihm erklärt, er würde ein Objekt nur dann für gut befinden, wenn er die ent-

sprechende Provision erhalte. Wenn diese Behauptung richtig sein sollte, dann hätte der persönlich haftende Gesellschafter der Klägerin in einer besonders krassen Weise gegen die ihm als Steuerberater obliegenden Pflichten verstoßen. Er hätte dann dem Beklagten gegenüber zum Ausdruck gebracht, daß er sich bei seiner Beratungstätigkeit nicht von den Interessen seines Mandanten, sondern von eigennützigen Motiven leiten lassen wolle; denn wenn das Objekt für Dr. Mo. [REDACTED] günstig gewesen wäre, hätte er es auch dann empfehlen müssen, wenn ihm keine Provision versprochen worden wäre; war es aber ungünstig, dann hätte er sich auch durch eine Provisionsvereinbarung nicht zu einer Empfehlung verleiten lassen dürfen. In einem solchen Fall, in dem der steuerliche Berater den Inhalt seiner Empfehlung von der Provisionsvereinbarung abhängig macht, wäre diese selbst dann als nichtig anzusehen, wenn der Berater seinem Mandanten offenbaren würde, daß er für seine Empfehlung eine Provision erwarte. Das Berufungsgericht hat darüber, ob Herr P. [REDACTED] die von dem Beklagten in der mündlichen Verhandlung behauptete Äußerung getan hat, keine tatsächlichen Feststellungen

getroffen; Herr P [REDACTED] ist auch bei seiner Parteivernehmung, soweit aus dem Vernehmungsprotokoll ersichtlich, zu diesem Punkt nicht befragt worden. Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob eine ergänzende Vernehmung des persönlich haftenden Gesellschafters der Klägerin angezeigt ist.

Rottmüller

Dr. Lang

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Zopfs