

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 134, 138 Cf, 652 Abs. 1 Satz 1, 654;

BRAO §§ 1, 3 Abs. 1, 43

Wird ein Rechtsanwalt in einem Einzelfalle zugunsten einer mit ihm familiär verbundenen Person vereinbarungsgemäß unentgeltlich tätig und gestattet diese ihm, den Verkauf ihres Grundstücks zu vermitteln und dafür eine Maklerprovision mit dem Käufer zu vereinbaren, so ist die Provisionsvereinbarung nicht allein wegen der genannten Umstände unwirksam.

BGH, Urt. v. 31. Oktober 1991 - IX ZR 303/90 - OLG Karlsruhe
LG Konstanz

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 303/90

Verkündet am:
31. Oktober 1991
Schnurr
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Dr. Klaus H. [REDACTED]
R. [REDACTED] gasse [REDACTED], F. [REDACTED]

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

g e g e n

Herbert K. [REDACTED],
U. [REDACTED] straße [REDACTED], Ko. [REDACTED],

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

WII

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 31. Oktober 1991 durch
den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Dr. Kreft,
Kirchhof, Dr. Zugehör und Dr. Ganter

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das
Urteil des 18 a Zivilsenats des Ober-
landesgerichts Karlsruhe in Freiburg
vom 28. August 1990 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Ver-
handlung und Entscheidung - auch über
die Kosten des Revisionsverfahrens -
an das Berufungsgericht zurückverwie-
sen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der klagende Rechtsanwalt nimmt den Beklagten auf Zah-
lung von Maklerhonorar in Anspruch.

Im März 1985 erhielt der Kläger von der Ehefrau seines
Schwagers (im folgenden: Verkäuferin) den Auftrag, den Ver-
kauf von Grundstücken zu vermitteln. Die Verkäuferin hatte



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

diese im Wege der Auseinandersetzung eines Nachlasses erlangt, bei der sie durch den Kläger anwaltlich vertreten worden war. Dieser sollte von der Verkäuferin vereinbarungsgemäß keine Vergütung für seine Verkaufsbemühungen erhalten. Statt dessen sollte es ihm überlassen bleiben, einen Maklervertrag mit dem Erwerber der Grundstücke zu schließen, um sich von diesem eine Provision zu verdienen.

Auf ein Verkaufsinserat des Klägers meldete sich der Beklagte. Bei einer Besichtigung der Liegenschaften einigten sich die Parteien über einen Kaufpreis von DM 860.000. Nach dem Vorbringen des Klägers schloß er bei dieser Gelegenheit zugleich einen Maklervertrag mit dem Beklagten, demzufolge dieser eine pauschale Maklervergütung von DM 40.000 zahlen sollte.

Nachdem der Kläger in der Folgezeit einen Entwurf des Kaufvertrages gefertigt und dem Beklagten zugeleitet hatte, beauftragte dieser einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung seiner Interessen. Am 23. Juni 1987 wurde nach einer mehrstündigen Unterredung, an der die Verkäuferin, die Parteien und Rechtsanwalt des Beklagten teilnahmen, der Kaufvertrag zwischen der Verkäuferin und dem Beklagten zu dem vereinbarten Kaufpreis von DM 860.000 notariell beurkundet.

Die auf Zahlung von DM 40.000 nebst Zinsen gerichtete Klage ist in beiden Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit seiner zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, der Kläger sei bereits aus Rechtsgründen gehindert gewesen, mit dem Beklagten einen Maklervertrag abzuschließen, so daß dahingestellt bleiben könne, ob er den Nachweis für seine dahingehenden Behauptungen nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme erbracht habe. Die zwischen dem Kläger und der Verkäuferin bestehende Rechtsbeziehung sei als Anwaltsdienst- und nicht als Maklervertrag einzuordnen. Deshalb hätte der Kläger mit der Verkäuferin nach Anwaltsgebührenrecht abzurechnen gehabt. Danach sei eine Honorarvereinbarung, die die Höhe der Bezahlung oder den Vergütungsanspruch vom Erfolg der Tätigkeit abhängig mache, regelmäßig nach § 138 BGB nichtig. Dies gelte auch, wenn der Rechtsanwalt mit der Verkäuferin verabrede, daß sie in keinem Fall eine Vergütung schulde und dafür er selbst ermächtigt werde, mit der Gegenpartei einen Maklervertrag abzuschließen. Diese Konstruktion entferne sich vom gesetzlichen Leitbild der Anwaltsvergütung weit mehr als eine Erfolgshonorarvereinbarung mit dem eigenen Mandanten. Ihre Unwirksamkeit erfasse auch den vom Kläger behaupteten Maklervertrag mit dem Beklagten, da anderenfalls eine Umgehung der Gebührenbestimmungen nicht wirksam zu verhindern sei.

II.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob die tatsächliche Behauptung des Klägers zutrifft, er habe sich bei dem Besichtigungstermin mit dem Beklagten über die Zahlung eines pauschalen Maklerhonorars von DM 40.000 geeinigt. Für das Revisionsverfahren ist dieses Vorbringen deshalb als richtig zu unterstellen.

Danach sind der Abschluß eines Maklervertrages und somit eine Verpflichtung des Beklagten, dem Kläger gemäß § 652 Abs. 1 BGB die vereinbarte Provision zu zahlen, wirksam.

2. Das Berufungsgericht hat selbst in anderem Zusammenhang zutreffend ausgeführt, daß der Kläger allein deshalb, weil er den Beruf eines Rechtsanwalts ausübt, am Abschluß eines Maklervertrages mit dem Beklagten nicht grundsätzlich gehindert war.

a) Anders als für Notare (vgl. dazu Senatsurt. v. 22. März 1990 - IX ZR 117/88, WM 1990, 1250, 1251 f) gibt es keine gesetzliche Vorschrift, die eine makelnde Tätigkeit von Rechtsanwälten allgemein im Sinne von § 134 BGB verbietet. Mit ihrem Beruf ist - anders als für Steuerberater nach § 57 Abs. 4 Nr. 1 StBerG (vgl. dazu BGHZ 78, 263, 265 f) - eine gewerbliche Tätigkeit nicht kraft Gesetzes

unvereinbar. Wenn auch die ständige Ausübung des Berufs eines Maklers für einen Rechtsanwalt unzulässig ist (BGH, Beschl. v. 10. November 1975 - AnwZ (B) 12/75, LM § 7 Ziff. 8 BRAO Nr. 31), kann er grundsätzlich jedenfalls ein gelegentliches einzelnes Maklergeschäft rechtswirksam mit einem Dritten vereinbaren (ebenso BGH, Urt. v. 16. Februar 1977 - IV ZR 55/75, WM 1977, 551, 552 unter I 1; Erman/Werner, BGB 8. Aufl. Rdn. 6 vor § 652; vgl. auch Palandt/Thomas, BGB 50. Aufl. Rdn. 3 vor § 652). Mögliche standesrechtliche Bedenken beeinträchtigen die zivilrechtliche Gültigkeit nicht ohne weiteres, zumal durch vereinzelte Maklertätigkeiten nicht Ansehen und Vertrauen in den Berufsstand des Rechtsanwalts im allgemeinen untergraben werden.

b) Der behauptete Vertrag zwischen den Parteien ist auch nicht aus anderen Gründen, insbesondere gemäß § 138 Abs. 1 BGB, nichtig. Das wäre zwar anders, wenn das Rechtsverhältnis zwischen Kläger und Beklagtem als Käufer nicht als Makler-, sondern als Anwaltsdienstvertrag (§§ 611, 675 BGB) einzuordnen wäre, weil der Kläger sich dann vom Beklagten eine erfolgsabhängige Vergütung hätte versprechen lassen. Zur Abgrenzung zwischen den beiden Vertragstypen ist darauf abzustellen, ob der Rechtsanwalt im Rahmen der erbrachten Maklerleistungen seinem Auftraggeber rechtlichen Rat von nicht völlig unerheblicher Bedeutung hat zuteil werden lassen (vgl. BGHZ 57, 53, 55 f; BGH, Urt. v. 18. November 1969 - VI ZR 90/68, VersR 1970, 136, 137; v. 5. April 1976 - III ZR 79/74, WM 1976, 1135, 1136; v. 16. Februar 1977 - IV ZR 55/75, aaO; v. 10. Juni 1985 - III ZR 73/84, WM 1985, 1401, 1402; Senatsurt. v.

22. März 1990 - IX ZR 117/88, aaO S. 1252; ferner BGH, Urt. v. 2. Juli 1956 - II ZR 75/55, LM § 93 RAGebO Nr. 2). Für eine rechtliche Beratung des Beklagten durch den Kläger ist hier nichts dargetan. Im Gegenteil hat der Beklagte selbst vorgetragen, der Kläger sei als "interessenvertretender Anwalt der Verkäuferseite" aufgetreten. Es kommt hinzu, daß der Beklagte seinerseits einen anderen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragte und damit zum Ausdruck brachte, daß der Kläger für ihn gerade nicht in die Rechtsberatung eingeschaltet, sondern auf die Maklertätigkeit beschränkt sein sollte (vgl. BGH, Urt. v. 18. November 1969 - VI ZR 90/68, aaO; Staudinger/Reuter, BGB 12. Aufl. Rdn. 50 vor §§ 652 ff).

Entgegen der vom Revisionsbeklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vertretenen Meinung stellt das Berufungsgericht nicht fest, daß der Beklagte den Kläger im Zusammenhang mit der erwünschten Grunddienstbarkeit beauftragt habe, sondern lediglich, daß der Kläger sich gegenüber der Nachbarin auch auf ein "Bitten" des Beklagten berufen habe (BU S. 3).

c) Damit entfällt zugleich eine Verwirkung des Lohnanspruchs gemäß § 654 BGB. Der Beklagte wußte von Anfang an, daß der Kläger für die Verkäuferin tätig war.

3. Der zwischen den Parteien geschlossene Maklervertrag ist unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - nicht wegen der gleichzeitigen Geschäftsbesorgung des Klägers für die Verkäuferin unwirksam.

a) Soweit das Berufungsgericht das zwischen Kläger und Verkäuferin bestehende Rechtsverhältnis in Anwendung der oben zu II 2 b dargestellten Grundsätze nicht als Makler-, sondern als Anwaltsdienstvertrag eingeordnet hat, ist dies aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden und wird auch von der Revision hingenommen.

b) In der zwischen Verkäuferin und Kläger getroffenen Vereinbarung, wonach dessen Vermittlungstätigkeit für die Verkäuferin in jedem Falle unentgeltlich erfolgen und es dem Kläger überlassen bleiben sollte, mit dem Käufer einen Maklervertrag abzuschließen, liegt kein Sittenverstoß (§ 138 Abs. 1 BGB). Die gegenteilige Auffassung des Berufungsgerichts, das diese Abrede einer Erfolgshonorarvereinbarung zumindest gleichgeachtet hat, vermag der Senat nicht zu teilen.

Die Frage der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts hat das Revisionsgericht anhand des vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts selbst zu beurteilen (BGHZ 107, 92, 96; Senatsurt. v. 7. Juni 1988 - IX ZR 245/86, WM 1988, 1156, 1158 m.w.N.). Entscheidend ist, ob das Rechtsgeschäft nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Zweck und Beweggrund zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den guten Sitten vereinbart werden kann (BGHZ 86, 82, 88; 106, 269, 272; 107, 92, 97; BGH, Urt. v. 19. Dezember 1989 - IVb ZR 91/88, NJW 1990, 703, 704; Senatsurt. v. 16. Mai 1991 - IX ZR 245/90, WM 1991, 1154, 1156). Danach ist zwar die Vereinbarung eines Erfolgshonorars durch einen Rechtsanwalt im Regelfall als sittenwidrig zu behandeln (BGH, Urt. v. 4. Dezember 1986 - III ZR 51/85, NJW 1987,

3203, 3204 m.w.N.); das gilt in jedem Falle, wenn durch ihren Abschluß die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts konkret gefährdet wird (Senatsurt. v. 22. März 1990 - IX ZR 117/88, aaO S. 1253). Als eine solche Vereinbarung ist zudem nicht nur die Absprache anzusehen, daß der Rechtsanwalt sein Honorar lediglich im Erfolgsfall erhält oder daß sein Honorar in einem Streitanteil besteht. Vielmehr stellt jede Vereinbarung, durch die die Höhe seines Vergütungsanspruchs vom Ausgang der von ihm vertretenen Sache oder sonst vom Erfolg seiner anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wird, die Zubilligung eines Erfolgshonorars dar (BGH, Urt. v. 4. Dezember 1986 - III ZR 51/85, aaO).

Das Berufungsgericht stellt ausdrücklich fest, daß es vorliegend keine Anzeichen für eine unkorrekte Auftragsabwicklung durch den Beklagten gebe. Damit haben die Absprachen zwischen der Verkäuferin und dem Kläger dessen Unabhängigkeit bei der Geschäftsbesorgung jedenfalls nicht konkret gefährdet.

Die abstrakte Gefahr, daß die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts beeinträchtigt werden kann, erscheint besonders groß bei der Erledigung von Aufgaben, die ihm gerade als unabhängigem Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO) und berufenem Berater und Vertreter in allgemeinen Rechtsangelegenheiten (§ 3 Abs. 1 BRAO) übertragen sind. Sie wiegt nicht so schwer, wenn er sich wie ein Makler auf der Ebene allgemeiner wirtschaftlicher Beschäftigung betätigt. Die Zurückhaltung und Unparteilichkeit, die jeder redliche Makler zu wahren hat, ergeben sich aus dem Gesetz (§§ 652 ff BGB). Insbesondere die Gefahr einer mittelbaren

Verknüpfung der Interessen des Verkäufers und des Maklers dadurch, daß diesem eine Doppeltätigkeit gestattet ist, soll durch § 654 BGB entschärft werden. Danach ist dem Makler eine Doppeltätigkeit grundsätzlich erlaubt. Der Gefahr von Interessenkollisionen hat er gegebenenfalls als "ehrlicher Makler" durch strenge Unparteilichkeit entgegenzuwirken (vgl. BGHZ 48, 344, 347 f; BGH, Urt. v. 18. Mai 1973 - IV ZR 21/72, NJW 1973, 1458, 1459; BGB-RGRK/Dehner, 12. Aufl. § 654 Rdn. 2; Palandt/Thomas aaO § 654 Rdn. 8). Diese Grundsätze gelten unabhängig davon, ob der Makler sich jeweils von beiden zusammenzuführenden Parteien eine Provision hat versprechen lassen oder ob im Verhältnis zu einer der Parteien Unentgeltlichkeit vereinbart ist. Demnach wird der Makler in Fällen der vorliegenden Art grundsätzlich als befähigt angesehen, sein eigenes wirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertragsschlusses im Dienste einer strengen Unparteilichkeit außer acht zu lassen.

Für den hier zu beurteilenden Einzelfall kommt hinzu, daß er sich aus einer familiären Verbundenheit entwickelt hat, die zugleich besondere Rücksichtnahme erforderte. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ging der Anstoß zur fraglichen Vertragsgestaltung eher von der Verkäuferin aus. Mit der Abwicklung des Nachlasses erschienen weitere gleichartige Aufträge, die als eine Umgehung der anwaltlichen Gebührenvorschriften gewertet werden könnten, ausgeschlossen. Dann rechtfertigen die gesamten Umstände objektiv nicht das Unwerturteil der Sittenwidrigkeit.

Die von der Revision aufgeworfene weitere Frage, ob eine Sittenwidrigkeit der zwischen Kläger und Verkäuferin getroffenen Abrede nicht ohnehin nur dann zur Sittenwidrigkeit eines Maklervertrages zwischen Kläger und Beklagtem hätte führen können, wenn dem Beklagten die entsprechenden, einen Sittenverstoß im Verhältnis zwischen Kläger und Verkäuferin begründenden Umstände bekannt gewesen wären, braucht nicht mehr entschieden zu werden.

c) Die behauptete Vereinbarung der Parteien ist ferner nicht deswegen nichtig, weil der Kläger für die Verkäuferin unentgeltlich tätig war. Ob sein Verhalten mit § 51 Abs. 3 der Grundsätze des anwaltlichen Standesrechts in Verbindung mit § 43 BRAO vereinbar ist, kann dahingestellt bleiben. Zwar gestattet diese Vorschrift eine Herabsetzung der Anwaltsgebühren erst nach Erledigung des Auftrags (vgl. Lingenberg/Hummel/Zuck/Eich, Kommentar zu den Grundsätzen des anwaltlichen Standesrechts 2. Aufl. § 51 Rdn. 24). Ein Verstoß dagegen führt jedoch spätestens nach dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Juli 1987 (BVerfGE 76, 171, 187 f) nicht ohne weiteres zur Sittenwidrigkeit.

Konkrete Anhaltspunkte, welche hier die bereits vor Ausführung des Auftrags vereinbarte Unentgeltlichkeit des anwaltlichen Tätigwerdens als sittlich anstößig erscheinen lassen könnten, vermag der Senat nicht zu erkennen. Es handelt sich um einen Einzelfall, bei dem die Mandantin dem Rechtsanwalt als Ehefrau seines Schwagers familiär verbunden ist. § 51 Abs. 3 der Standesrichtlinien soll unter anderem auch dem im Verhältnis zwischen Rechtsanwalt und Man-

danten bestehenden Bedürfnis nach Berücksichtigung verwandtschaftlicher Beziehungen Rechnung tragen (Lingenberg/Hummel/Zuck/Eich aaO).

Während in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in NJW 1980, 2407 (Urt. v. 19. Juni 1980 - III ZR 91/79) eine in erheblichem Umfange und ohne billigenswerten Anlaß unentgeltlich erfolgte Tätigkeit des Rechtsanwalts als Kriterium der Sittenwidrigkeit berücksichtigt wurde, ist das unentgeltliche Tätigwerden des Klägers hier aus einem einmaligen Anlaß im Rahmen familiärer Beziehungen für sich nicht geeignet, die - nicht gewerblich tätige - Verkäuferin an die Praxis des Klägers zu binden. Dieser konnte umgekehrt ebenfalls nicht auf wiederholte günstige Verkaufsmöglichkeiten und damit eine zusätzliche Einnahmequelle als Anreiz für weitere unentgeltliche Dienste hoffen. Für sich allein betrachtet ist die im Verhältnis zwischen Kläger und Verkäuferin verabredete Unentgeltlichkeit demnach nicht zu beanstanden.

d) Die hier fernliegende Gefahr, daß der Rechtsanwalt durch die allein vom Dritten zu gewährende Provision im Einzelfall veranlaßt werden könnte, den Vertragsinhalt zum Nachteil seines Mandanten zu beeinflussen, läßt die vertragliche Ausgestaltung des vorliegenden Anwaltsdienstvertrages mit der Verkäuferin ebenfalls nicht als sittenwidrig erscheinen. Dem aufgezeigten Risiko kann zum Teil dadurch begegnet werden, daß der Mandant den beim Verkauf zu erzielenden Mindestpreis festlegt; so soll sich die Verkäuferin nach der Behauptung des Klägers auch verhalten haben. Ihre Absprache stellte zudem keinen Alleinauftrag dar.

Wirtschaftlich entspricht diese Fallgestaltung im Ansatz der typischen Lage bei einer einseitigen Provisionspflicht, wenn der Makler nur an einen Vertragsteil rechtsgeschäftlich gebunden ist, während der andere sich unter ausdrücklicher Ablehnung eines eigenen Maklerauftrags lediglich bereit erklärt, mit den ihm vom Makler vermittelten Interessenten zu verhandeln. Soweit die Verkäuferin dem Kläger als "ihrem" Rechtsanwalt besonderes Vertrauen geschenkt haben mag, war sie doch von vornherein damit einverstanden, daß er eine Provision von der Käuferseite anstrebte. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Fall von dem vom Oberlandesgericht Frankfurt in NJW 1990, 2131 f. entschiedenen, in welchem der Rechtsanwalt ohne Wissen seines Auftraggebers auch für die Gegenseite entgeltlich tätig war. Aus dem gleichen Grunde kann die hier gegebene Fallgestaltung nicht mit der Zahlung von Provisionen Dritter oder Schmiergeldern an einen Beauftragten (vgl. dazu BGHZ 78, 263, 268 und 95, 81, 84 ff; BGH, Urt. v. 14. März 1991 - VII ZR 342/89, WM 1991, 1086, 1087, z.V.b. in BGHZ 114, 87) verglichen werden, bei welcher sich die Sittenwidrigkeit wesentlich aus dem geheimen Einvernehmen des Beauftragten mit der Gegenseite seines Auftraggebers ergibt.

e) Auch unter zusammenfassender Würdigung aller angeführten einzelnen Umstände ist die dem Kläger durch die Verkäuferin eingeräumte Möglichkeit, bei der ihr gegenüber unentgeltlichen Vermittlung des Grundstückskaufvertrages für die Käuferseite entgeltlich als Makler tätig zu werden, nicht sittenwidrig. Sie kann somit auch keine Sittenwidrigkeit des vom Kläger behaupteten Maklervertrages mit dem Beklagten nach sich ziehen.

4. Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben.

III.

Der Senat ist zu einer eigenen abschließenden Entscheidung des Rechtsstreits mangels entsprechender tatsächlicher Feststellungen nicht in der Lage. Die Sache ist deshalb zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 ZPO), dem dadurch Gelegenheit gegeben wird, unter Berücksichtigung der gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts erhobenen Angriffe festzustellen, ob der vom Kläger behauptete Maklervertrag tatsächlich geschlossen wurde.

Merz

Kreft

Kirchhof

Zugehör

Ganter