

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 35 (1916)

Artikel: Überschreitung des Anwaltstarifs

Autor: Reichel, Hans

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896553>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 21.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Ueberschreitung des Anwaltstarifs.

Von Prof. Dr. HANS REICHEL, Zürich.

Nachstehend veröffentliche ich ein Rechtsgutachten, das ich im März 1914 in der bernischen Zivilprozesssache X. gegen H. auf Veranlassung des Anwaltes der Klagpartei erstattet habe. Es hier im Auszug wiederzugeben trage ich kein Bedenken, da inzwischen der Fall nicht nur durch das höchste Gericht entschieden, sondern auch durch die Tagespresse gegangen ist (vgl. u. a. Neue Zürcher Zeitung, Nr. 909, 1915).

Der Begutachtung lag folgender Tatbestand zugrunde, dessen Referat ich aus Gründen der Diskretion nicht meinem Gutachten, sondern dem zitierten Bericht der N. Z. Z. entnehme.

Der bernische Advokat X. war von seinem Klienten H. mit der Wahrung von dessen Interessen beauftragt worden. Diese bestanden darin, die Erbansprüche der Ehefrau des H. gegenüber zwei Erbschaftsmassen geltend zu machen. Ihre Durchführung begegnete erheblichen Schwierigkeiten, da der Miterbe, welcher die Massen verwaltete, zu einer Erbteilung nicht Hand bieten wollte. H. beauftragte dann seinen Anwalt, dahin zu wirken, dass der verwaltende Miterbe ihm seine Erbansprüche um eine fixe Summe abkaufe. Für den Fall des Zustandekommens eines solchen Auskaufs machte er dem Anwalt den Vorschlag, es solle ihm bei einer Auskaufssumme von 300,000 bis 340,000 Fr. ein Betrag von 20,000 Fr. zukommen, bei einer 340,000 Fr. übersteigenden Auskaufssumme aber die Hälfte des 300,000 Fr. übersteigenden Betrages.

Darauf antwortete X., dass er mit dem Inhalt des Vorschlages „von Herzen gerne einverstanden sei und für die ihm in so bereitwilliger Weise zugesicherte Gratifikation danke“. Eine erste Offerte, wonach nur ein Drittel der 340,000 Fr. übersteigenden Auskaufssumme versprochen wurde, war von X. abgelehnt worden. Durch seine Vermittlung kam dann der erstrebte Auskaufsvertrag (in Form eines „Vergleiches“) zustande und zwar um den Betrag von 409,000 Fr. Nach der Vereinbarung hatte X. demgemäss einen Provisionsanspruch von 54,500 Fr. H. leistete auch anlässlich einer ersten Abschlagszahlung des auskaufenden Erben an seinen Anwalt eine Zahlung von 30,000 Fr., die von diesem à conto seiner Provisionsforderung quittiert wurde. Er verweigerte jedoch in der Folge die Zahlung der restlichen 24,500 Fr. Das führte zu einer Klage des Anwalts gegen seinen Klienten im Betrage von 24,500 Fr. Und zwar bezeichnet der Kläger seinen Anspruch gegen H. als einen Provisionsanspruch aus Mäklervertrag (Art. 405 alt OR). Der Beklagte stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass der Kläger von Anfang an als Anwalt gehandelt habe, und dass deshalb der abgeschlossene Provisionsvertrag gegen das bernische Advokatengesetz verstosse und infolgedessen nichtig sei. Er forderte aus diesem Grunde auch widerklagsweise die bereits bezahlten 30,000 Fr. zurück.

Neben diesem Zivilprozess ging ein Disziplinarverfahren gegen X. einher, da der Beklagte sich über ihn beim Obergericht Bern darüber beschwert hatte, dass X. sich mit den tarifmässigen Gebühren nicht begnügt, sondern von seiner Partei ein Mehreres für Verrichtungen gefordert habe, als der Anwaltstarif zulasse (§ 16 des Advokaturgesetzes). Die Beschwerde wurde vom Obergerichte für begründet erklärt und X. mit einem Verweis bestraft.

Es folgt nun mein Gutachten.

I. Beklagter H. hat dem Kläger X. eine Erfolgsprovision versprochen für den Fall, dass zufolge Ver-

mittlung des Klägers ein ErbauskauF stattfinden und der Käufer mehr als 300,000 Fr. bieten sollte. Dieses Versprechen charakterisiert sich als Mäklervertrag. Es kann jedoch auf diese spezielle Subsumtion kein ausschlaggebendes Gewicht fallen. Es steht nichts im Wege, den Vertrag allgemein als sogenannten Provisionsvertrag zu bezeichnen, wobei auf den subtilen Unterschied, den neuerdings Fick, Bem. 14 ff. vor Art. 412 OR zwischen diesen beiden Begriffen aufstellt, nicht eingegangen zu werden braucht. Ja, ununtersucht kann sogar bleiben, ob vielleicht der Vertrag der Parteien sich etwa als Werkvertrag — oder als bedingt entgeltlicher Auftrag — darstellen würde. Denn die rechtliche Behandlung des Vertrages, soweit sie vorliegend in Betracht kommt, ist durchaus die gleiche, mag man nun dieser oder jener Kategorie den Vorzug geben. Bei jeder dieser Konstruktionen nämlich handelt es sich um einen entgeltlichen Vertrag über Dienstleistungen, inhalts dessen dem Kläger ein Lohn verheissen worden ist für den Fall und unter der Bedingung, dass seine Bemühung einen bestimmten Erfolg zeitigen werde.

Nicht unerwähnt sei in diesem Zusammenhang, dass das österreichische ABGB bis zur Stunde alle die genannten Verträge kurzerhand unter einem gemeinsamen Namen zusammenfasst und unter einem gemeinsamen Titel behandelt, nämlich unter dem Namen und Titel des „Lohnvertrages“. An diesem Zustand will die Novelle nur insoweit etwas ändern, als sie nach dem Vorgang des deutschen BGB die Kategorien des Dienst- und des Werkvertrages unterscheidet; über Provisions- oder Mäklerverträge aber verlautet auch die Novelle nichts; sie unterstellt diese vielmehr den allgemeinen Vorschriften über Dienst- und Werkvertrag. Doch dies nur nebenher und zu dem Zwecke, darzutun, welche geringe Rolle im vorliegenden Rechtsstreit der sogenannten Konstruktionsfrage zukommt.

II. In erster Linie ist nunmehr die Rechtsgültigkeit des Provisionsversprechens zu prüfen.

1. § 16 des bernischen Advokatengesetzes vom 10. Dezember 1840 bestimmt: „Die Advokaten sollen den Parteien, welche ihnen ihr Zutrauen schenken, nach bestem Wissen raten, die gütliche Ausgleichung von Rechtsstreitigkeiten möglichst befördern..., sich mit den tarifmässigen Gebühren begnügen, von ihrer Partei nie ein Mehreres für eine Verrichtung oder eine Schrift fordern, als der Tarif dafür zulässt, und in dem Kostenverzeichnisse getreulich ansetzen, was sie dafür empfangen haben“¹⁾. § 17: „Das Obergericht hat darüber zu wachen, dass die Advokaten die ihnen durch das Gesetz auferlegten Pflichten treulich erfüllen, und die Widerhandelnden zu bestrafen und sie überdies zum Ersatze des verursachten Schadens und zur Restitution des zuviel Bezogenen zu verfallen...“

Es fragt sich, ob diese Bestimmungen die Ungültigkeit des Provisionsversprechens im Gefolge haben.

a) Diese Frage wäre ohne weiteres zu verneinen, wenn die unter Provisionsverheissung gestellte Tätigkeit des Klägers keine advokatorische gewesen wäre. Es versteht sich von selbst, dass, wenn ein Anwalt sich dazu versteht, beispielsweise Rechtsunterricht zu erteilen oder juristische Artikel zu verfassen, er diese Tätigkeit nicht in seiner Eigenschaft als Anwalt entfaltet, mag auch seine fachmännische Schulung und Praxis ihm hiezu die Vorbedingungen geliefert haben. Fragt man nun aber, ob Kläger vorliegend als Anwalt tätig geworden ist, so muss dies bejaht werden. Die dem Kläger übertragene Sache war eine Rechtssache; ihre Behandlung, auch wenn sie ausserstreitig erfolgte, setzte Rechtskenntnisse und speziell advokatische Befähigung voraus; die Haltung des Klägers

¹⁾ In Frankreich bestand und besteht die Gepflogenheit, über empfangene Anwaltshonorare nicht zu quittieren: Gmür (Alfred), die zivilrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, Zürcher Dissertation 1907, S. 66.

gegenüber R. und S. war durchaus die des Advokaten; die Beendigung der Angelegenheit durch den erwähnten „Vergleich“ entsprach advokatischer Erwägung und geschah gleichzeitig entsprechend der durch § 16 den Advokaten auferlegten Pflicht, für gütlichen Austrag besorgt zu sein; das Provisionsversprechen endlich enthielt die ausdrückliche Bestimmung, durch Zahlung der Provision solle auch die Anwaltsrechnung des Klägers erledigt sein. Diese und andere, vom obergerichtlichen Disziplinentscheid bereits zutreffend hervorgehobenen Umstände lassen keinen Zweifel daran, dass Kläger vorliegend durchaus und durchweg in seiner Eigenschaft als Advokat gehandelt hat. Der Einwand, dass auch ein Nichtjurist die Vermittlung von Verträgen auf sich nehmen könne, verschlägt nichts; denn er würde viel zu viel beweisen. Eine in das Gebiet der Heilkunde einschlagende Handlung eines Arztes bleibt eine ärztliche, auch wenn feststeht, dass sie auch ein Kurpfuscher oder Barbier hätte vornehmen können. Und wenn ein Soldat Burschendienste verrichtet, so tut er dies als Soldat und nicht als Hausgesinde. Auch darauf kann nichts ankommen, ob Beklagter dem Kläger Prozessvollmacht erteilt hat oder nicht. Die Tätigkeit des Anwaltes beschränkt sich nicht auf die streitige Gerichtspraxis.

b) Nach Vorigem ist davon auszugehen, dass Kläger die vorwürfige Vermittlung in seiner Eigenschaft als Anwalt übernommen und durchgeführt hat. Ob er aber damit dem § 16 zuwidergehandelt hat, insofern er sich die Provision versprechen liess, ist damit noch nicht gesagt. Das Obergericht Bern zwar bejaht diese Frage. Dawider ist aber folgendes zu bedenken:

aa) § 16 spricht nur von Gebühren. Gebühren sind Entgelt für Bemühungen. Kläger hat sich nun aber nicht Bemühungslohn, sondern Erfolgslohn (Provision) versprechen lassen. Diese beiden Dinge sind rechtlich und wirtschaftlich sehr verschieden. Die Bemühungsgebühr (Dienstlohn) nämlich ist unbedingt zu zahlen,

ohne Rücksicht auf objektiven Erfolg oder Misserfolg; die Erfolgsprovision (Werklohn) dagegen ist nur im Falle des Gelingens zu entrichten. Das Risiko des Misserfolgs liegt also im ersten Falle beim Auftraggeber, im zweiten beim Beauftragten. Bei so wesentlicher Verschiedenheit ist allerdings die Frage am Platze, ob Erfolgsprovisionen dem § 16 überhaupt unterfallen. Verneinung wie Bejahung sind diskutierbar. Legt man § 16 dahin aus, der Anwalt solle, wenn er Gebühren verlange, diese nach dem Tarif bemessen, dann lässt sich die Meinung verteidigen, eine Provision, da diese eben keine Gebühr ist, falle nicht unter § 16. Gibt man dagegen dem § 16 den Sinn, der Anwalt solle immer nur Gebühren, und zwar tarifmässige, verlangen, so wird man zu dem Schlusse kommen, durch § 16 sei ihm nicht nur das Fordern übermässiger Gebühren, sondern auch das Fordern von Entgelten, die nicht Gebühren sind, verboten. Für letztere Meinung liesse sich vielleicht der Vorgang anderer Gesetzgebungen anführen, die das *pactum de palmario* ausdrücklich untersagen.

Es genügt, diesen Zweifel anzuregen; im übrigen soll dieser Frage hier nicht weiter nachgegangen werden.

bb) Wichtiger nämlich ist folgende Erwägung.

§ 16 trägt einen gewerbepolizeilichen Charakter. Es soll Ausbeutung des Publikums verhütet werden. Die Gefahr solcher Ausbeutung aber wird dadurch nahegelegt, dass gewisse Geschäfte den Advokaten sei es rechtlich, sei es faktisch, mit Ausschliesslichkeit zufallen. Der Tarifzwang ist also die Kehrseite einer gewissen Monopolstellung der Anwälte; die letztere ist die ratio der ersteren (vergl. Gneist, freie Advokatur, 1867, bes. S. 54). Da nun gesetzliche Bestimmungen nach ihrer ratio auszulegen sind (vgl. H. Reichel, Gesetz und Richterspruch, 1915, S. 67 ff.), so möchte man geneigt sein, unter § 16 nur solche Betätigungen eines Anwaltes zu stellen, welche jenen exklusiven, monopolistischen Charakter tragen, welche gewissermassen *Nuranwalts*geschäfte sind;

während im übrigen, d. h. Betätigungen anlangend, die zwar auch Anwälte, aber doch nicht nur Anwälte darbieten, der Tarifzwang als insoweit der ratio ermangelnd nicht verfügt worden sein sollte.

Eine gewisse Unterstützung erfährt diese Auffassung durch die Auslegung, die man dem § 80 der deutschen Reichsgewerbeordnung gegeben hat. Es werden dort Steuern für Apothekerwaren vorgesehen. Mit Recht aber bemerkt der Kommentar von Landmann-Rohmer, es könnten diese Steuern sich nicht beziehen auf sogenannte freigegebene Waren, d. h. auf solche Artikel, die neben dem konzessionierten Apotheker auch der im freien Wettbewerb stehende Drogen- oder Kolonialwarenhändler verkaufen darf. Die Analogie liegt auf der Hand.

Das bernische Obergericht als Disziplinargericht hat sich auf den gegenteiligen Standpunkt gestellt. Es geht davon aus, ein Anwalt müsse auch dann den § 16 befolgen, wenn er Verrichtungen geleistet hat, die an sich auch ein Nichtanwalt hätte prästieren können.

Dass die vorliegend vom Kläger entfaltete Vermittlungstätigkeit zwar Anwaltstätigkeit, aber doch nur eine Auch-, keine Nuranwaltstätigkeit gewesen ist, bedarf keiner Ausführung.

cc) Das erheblichste Bedenken aber ist das folgende. § 16 fordert, die Anwälte sollten für ihre Verrichtungen nicht mehr als die tarifmässigen Gebühren verlangen. Selbstverständliche Voraussetzung seiner Anwendbarkeit auf den konkreten Fall ist also die, dass die in casu entfaltete Tätigkeit im Tarif überhaupt normiert ist. § 16 ist insoweit Blankettgesetz. Der Verfasser dieses Gutachtens muss nun seine Verwunderung darüber aussprechen, dass anscheinend noch von keiner Seite diejenige Tarifstelle bezeichnet worden ist, die vorliegend verletzt worden sein soll. Massgebend ist das bernische Gesetz vom 12. April 1850 betreffend die Gebühren im Zivilprozess usw., §§ 17—22 handeln von schriftlichen Arbeiten, §§ 23—26 von der mündlichen Verhandlung, §§ 27—29 von

Reisekosten, §§ 31—34 von teils besonderen, teils untergeordneten Verrichtungen. Auch die allgemeinen Bestimmungen §§ 80 ff. besagen nichts zur Sache. Bleibt also nur noch § 30: „Wenn ein Advokat infolge besondern Auftrags einer Partei oder bei Anlass der Verhandlung eines Streitfalles Akten durchgehen muss oder einer Partei in Rechtssachen mündlich Rat erteilt (schriftliche Gutachten siehe § 21), so ist er berechtigt, sich dafür nach Verhältnis seines Zeitaufwandes und der Wichtigkeit der Sache besonders entschädigen zu lassen. Die daherige Entscheidung wird, wenn sich die Beteiligten darüber nicht verständigt haben, auf Begehren . . . durch den Moderationsrichter bestimmt.“ Die Vermittlung eines Erbaufkaufes nun aber ist mehr als blosser Akteneinsicht und vollends mehr als blosser Raterteilung; sie fällt daher nicht unter § 30. Die Frage ist gewiss am Platze, unter welche Tarifbestimmung jene Verrichtung fallen, und welche Tarifbestimmung mithin vorliegend verletzt sein soll? Sollte aber schon eine vorhandene Tarifbestimmung wenigstens analog anwendbar sein, so kann dies nach Sachlage nur § 30 sein. § 30 aber gestattet ausdrücklich das Verlangen einer besonderen Entschädigung, und ebenso ausdrücklich ist verfügt, dass, wenn Parteien sich über sie (d. h. doch offenbar auch ihre Höhe) verständigt haben — was vorliegend zutrifft —, eine richterliche Festsetzung nicht stattfindet.

c) Aber schliesslich können die unter b) geäusserten Bedenken vielleicht auf sich beruhen bleiben. Wenn nämlich angenommen wird, der vorliegende Fall sei von § 16 an sich betroffen, so erhebt sich ein neuer Zweifel.

Das Advokatengesetz ist 1840 erlassen. Es atmet noch polizeistaatlichen Geist. Diesen Standpunkt hat die Bundesverfassung 1874 gründlich verlassen. Art. 31 BV proklamiert die Handels- und Gewerbefreiheit und lässt von dieser nur beschränkte Ausnahmen zu. Eine über diese Ausnahme hinausgehende kantonale Gesetzesbestimmung ist bundesverfassungswidrig und danach unver-

bindlich. Dies gilt nicht zuletzt von gewissen Taxordnungen. Burckhardt bemerkt zu Art. 31 (S. 280), die Aufstellung kantonaler Preistarife sei prinzipiell unzulässig; eine Ausnahme finde nur insoweit statt, als sie zur Vermeidung von Ausbeutung und Streitigkeiten erforderlich sei (Kutscher, Fremdenführer, Gesindevermieter, Ärzte). Schollenberger führt zu Art. 31 aus (Bundesverfassung, 1905, 281), nach BV 31 seien ausnahmsweise zulässig „gewerbepolizeiliche Verfügungen, also auch Polizeigesetze, immerhin nur Polizeigesetze, bezw. Verwaltungsgesetze, d. h. Gesetze zum Schutze öffentlicher Interessen, nicht Zivilgesetze zur Regelung privater Interessen. Und zwar können auch Zivilgesetze, bezw. zivilgesetzliche Bestimmungen zum Schutze der einen oder andern Partei der Interessenten im öffentlichen Interesse erlassen werden . . . und sind dann und insoweit den Polizeigesetzen gleich nach Art. 31 BV zu beurteilen.“ Auch der Schutz vor Übervorteilung liege im öffentlichen Interesse (284). Eine zweifelsfreie Entscheidung der Frage, ob die Aufstellung von Gebührentarifen für Advokaten verfassungsgemäss sei, ist diesen Ausführungen nicht zu entnehmen. Es soll aber hinzugefügt werden, dass Herr Professor Schollenberger in einem Briefe vom 17. März 1914 sich dem Verfasser dieses Gutachtens gegenüber wie folgt ausgesprochen hat: „Tarife erscheinen nach Art. 31 BV zulässig, soweit sie durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sind. Bei Dienstmännern, Droschkenkutschern usw. — Berufe der sogenannten Fremdenindustrie — wird dieses Interesse von jeher darin gesehen, dass der Fremde sonst den Forderungen solcher Leute schutzlos preisgegeben wäre, wenn er auf ihre Dienste nicht verzichten will oder kann. Beim Anwaltstand trifft dieser Grund offenbar nicht zu, und der Umstand, dass der Beruf unter Konzession steht, bedingt nicht ohne weiteres auch das staatliche Recht der Tarifierung. Die Frage erscheint also zweifelhaft. . . .“

Zur Beantwortung der Frage sei folgendes bemerkt. Beschränkungen der Ausübung eines Gewerbes sind nach

Art. 31 insoweit zulässig, als sie den Grundsatz der Gewerbe-freiheit überhaupt nicht (Ausnahme: Art. 33 BV), die Ausübung des Gewerbes aber nur insoweit beeinträchtigen, als dies durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gefordert wird. Dass durch Aufstellung eines Anwaltstarifs die Freiheit des Anwalts-gewerbes im Grundsatz beeinträchtigt würde, lässt sich nicht wohl behaupten. Nur die Ausübung wird beeinträchtigt. Für diese Beeinträchtigung aber scheint ein öffentliches Interesse allerdings vorzu-liegen. Denn auch der Schutz des Publikums gegen Über-vorteilung liegt, wie Schollenberger richtig bemerkt, im öffentlichen Interesse. Daraus aber zu folgern, dass für jedwede gewerbliche Leistung kantonsgesetzliche Maxi-maltarife könnten aufgestellt werden, wäre grundverkehrt. Eine solche Auffassung würde schnurstracks auf den Polizeistaat des 18. Jahrhunderts zurückführen. Es muss vielmehr — dies allein liegt im Geiste des gewerbefreiheit-lich gedachten Art. 31 — ein überwiegendes öffent-liches Interesse dargetan, d. h. es muss durch besondere Umstände eine besonders dringende Gefahr der Über-forderung für das grosse Publikum begründet sein. Solche generelle Gefahr für das Publikum aber liegt nur da vor, wo einer bestimmten Klasse von Gewerbetreibenden ein faktisches oder gar rechtliches Monopol zur Seite steht. Da nun und insoweit Anwälten für gewisse Angelegenheiten ein solches Monopol allerdings zukommt, darf auch die Aufstellung bindender Maximaltaxen wohl nicht ohne weiteres als verfassungswidrig beanstandet werden. Doch mag dies, wie Schollenberger sagt, „zweifelhaft“ bleiben. Unzweifelhaft dagegen ist die Umkehrung. Verrichtungen eines Anwaltes, für die dieser keine Monopolstellung hat, die also auch ein anderer vornehmen könnte, fallen nicht unter die oben umschriebene Ausnahme; für sie können daher Maximaltarife kantonsgesetzlich nicht aufgestellt werden. Selbst wenn also — was oben unter b ausdrücklich in Zweifel gezogen wurde — § 16 des Advokatengesetzes auch auf solche sozusagen freie, d. h. nicht vorbehaltene

Verrichtungen Bezug haben sollte, so wäre ihm doch, diese Verrichtungen anlangend, die Verfassungsmässigkeit abzustreiten.

Der Tarif selbst wird durch diese Darlegungen nicht berührt. Es sind nämlich Zwangstarife und Dispositivtarife wohl zu unterscheiden. Zwangstarife gelten kraft zwingenden Rechts; eine zuwiderlaufende Vereinbarung ist verboten, regelmässig strafbar und unter Umständen nichtig. Ein Beispiel bildet § 171 der österreichischen Notariatsordnung vom 25. Juni 1871, wonach Vereinbarungen höherer als der tarifmässigen Notariatsgebühren für nichtig erklärt sind.¹⁾ Dispositivtarife dagegen gelten nur im Mangel jeglicher oder doch im Mangel entgegenstehender Vereinbarung; sie weichen daher besonderer Abrede im besondern Fall. Ein Beispiel bietet die in § 80 der Reichsgewerbeordnung vorgesehene Taxe für Ärzte, sowie die deutsche Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879, deren § 93 abändernder Vereinbarung ausdrücklich Raum lässt. Aus dem Gebiete des eidgenössischen Privatrechts sei etwa noch auf den Unterschied zwischen Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag hingewiesen; ersterer schafft zwingendes, letzterer bloss nachgiebiges Recht (Art. 323, 324 rev. OR). Wendet man diese Unterscheidung auf den Tarif von 1850 an, so ergibt sich unschwer, dass dieser, soweit etwa wegen Unvereinbarkeit mit Art. 31 BV ihm der Charakter zwingenden Rechts abgeht, doch immerhin als Dispositivnorm für den Fall, dass nichts Abweichendes beredet ist, unverkürzt bleibt. Bloss dispositive Taxen schlechtweg für verfassungswidrig zu halten, würde zu weit gehen.

Die Nutzenanwendung der angestellten Betrachtung auf den vorliegenden Streitfall versteht sich von selbst. Denn schon hervorgehoben wurde, dass die Vermittlung einer Erbteilsveräusserung nicht zu den Geschäften gehört, die durch

¹⁾ Die Notare sind öffentliche Beamte! Für Advokaten gilt dies nicht; vgl. § 16 der österr. Advokatenordnung, durch welchen § 879 Ziff 3 ABGB aufgehoben ist.

Gesetz oder Lebensgewohnheit den Anwälten ausschliesslich zugewiesen sind. Es folgt hieraus, dass Kläger, indem er sich für diese Vermittlung eine übertarifmässige Vergütung hat versprechen lassen, den § 16 entweder deswegen nicht übertreten hat, weil dieser solche Fälle von vornherein nicht beschlägt (oben unter b), oder deswegen, weil dieser, soweit solche Fälle wirklich beschlagend, wegen Unvereinbarkeit mit Art. 31 BV der Rechtsgültigkeit entbehrt.

Der Disziplinaentscheid des Obergerichts ist, wie dargelegt, zu einem anderen Ergebnisse gelangt. Er hat gemeint, § 16 erstrecke sich auch auf Verrichtungen nicht spezifisch anwaltlicher Natur. Nachdem das Gericht diesen Standpunkt eingenommen, hat es den Kläger wegen Zuwiderhandlung gegen § 16 bestraft. Diese Strafverhängung setzt aber weiter voraus, dass § 16 auch insoweit verfassungsbeständig sei. Das Obergericht ist indes dieser Frage nicht nähergetreten; es scheint ihre Bejahung stillschweigend für selbstverständlich angesehen zu haben.

d) Unter c) wurde die Verfassungsmässigkeit des § 16 — unter der Voraussetzung, dass er auf den Fall überhaupt zutrifft, worüber unter b) gehandelt ist — einer Kritik unterzogen. Im folgenden soll nun auch von dieser Kritik abstrahiert und vielmehr unterstellt werden, der § 16 (treffe zu und) sei durchweg verfassungsgemäss. Unter diesem Gesichtspunkt ist nun weiterhin die Frage ins Auge zu fassen, ob und inwieweit § 16 die zivilrechtliche Gültigkeit des vorliegenden Provisionsversprechens tangiert.

Die Zivilgesetzgebung (vergl. Burckhardt a. a. O. 649, 829) ist Bundessache (Art. 64 BV), und der Bund hat von dieser Kompetenz, was das Obligationenrecht anlangt, schon 1881 (1883) Gebrauch gemacht. Das Vertragsverhältnis zwischen Anwalt und Klient nun ist zweifellos, mindestens der Hauptsache nach, zivilrechtlicher Natur, es ist ein Auftrags- oder Dienstverhältnis (A. Gmür a. a. O. 43 ff.) und untersteht als solches dem Obligationenrecht. Dass auch öffentlichrechtliche Normen mit einschlagen, tut diesem Umstand keinen Abbruch; vergl. Holliger im

Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 1904, Nr. 11, S. 85. Es fragt sich hiernach, ob ein kantonales Gesetz, speziell ein Polizeigesetz, zivilrechtliche Wirkungen überhaupt hervorbringen kann. Diese Frage ist ohne weiteres zu bejahen, soweit vorbehaltene Materien in Betracht fallen; denn insoweit hat der Bund zugunsten der Kantone auf Souveränität verzichtet (Art. 3 BV), bzw. den letztern seine Gesetzgebungsgewalt delegiert. Fragt man nun aber, ob das Rechtsverhältnis zwischen Klient und Anwalt zu diesen vorbehaltenen Materien gehört, so ist dies allerdings zu verneinen. Allein damit ist die Frage nicht abgetan. Denn das Obligationenrecht selbst enthält eine Blankettverweisung, die nicht nur auf eidgenössisches, sondern ebensosehr auch auf kantonales Recht abstellt und diesem eine Wirkung auch auf dem Gebiete des Zivilrechts einräumt. Art. 20 OR nämlich erklärt Verträge, deren Inhalt widerrechtlich ist, für nichtig. Widerrechtlich aber ist ein Vertrag, der seinem Inhalte nach gegen ein gültiges gesetzliches Verbot verstösst, mag dieses Verbot nun dem eidgenössischen oder dem kantonalen Recht angehören; vergl. Oser zu Art. 20 OR; RG 51, 401, RG 60, 274 (Reichs- und Landesrecht). Selbst eine blosse Polizeiverordnung kann daher nach Sachlage genügen, um die Anwendung des Art. 20 zu rechtfertigen (vergl. Biermann, Allgemeiner Teil I 1910, § 53). Ist also (wie wir annehmen, aber für blosse Auchanwaltseschäfte nicht zugeben) durch § 16 des Advokatengesetzes ein tarifwidriger Honorarvertrag wirksam verboten, so findet möglicherweise auch Art. 20 OR auf ihn Anwendung.

Es ist daher die Tragweite des Art. 20 OR zu prüfen. Inhaltlich übereinstimmend mit § 878 des österreichischen ABGB, § 134 DBGB, a. 1131 C. c.¹⁾, bezeichnet Art. 20

¹⁾ Wegen des Röm. Rechts vgl. einerseits 3 C 1, 14, anderseits Mitteis, Röm. Privatrecht I 236 ff.; Dernburg, Pandekten I § 31; Endemann, zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze, 1887.

als (im Zweifel) nichtig diejenigen Verträge, die einen widerrechtlichen Inhalt haben. Damit dies der Fall sei, muss das Geschäft seinem objektiven Gehalte nach gegen eine Rechtsnorm verstossen (RG 16, 106; 17, 300). Es genügt daher bei einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte nicht, dass nur ein Beteiligter rechts-, d. h. norm-, pflichtwidrig handelt; es muss vielmehr beiden Parteien ein Rechtsverstoss zur Last fallen. Mit besonderem Nachdruck ist dies ausgeführt in einer Plenarentscheidung des Reichsgerichts, Band 60, S. 273 (dazu H. Lehmann, die Unterlassungspflicht 1906, 147 ff.). Es handelte sich dort um das vom preussischen Recht verpönte *pactum de non licitando*. Das RG legt dar, dass in solchem Falle nur der Versprechensempfänger (der dadurch den anderen vom Bieten abhält), nicht aber auch der Promittent (der, indem er nicht mitbietet, nur erlaubt handle) gegen das gesetzliche Verbot verstosse; solch ein bloss einseitiger Verstoss aber könne, so sagt der Gerichtshof, die Anwendung des § 134 BGB, der eine objektive Verbotswidrigkeit des Geschäftsinhalts voraussetze, nicht begründen. Diesen Standpunkt hält auch die Entscheidung im Recht 1906, S. 370 fest. Gleiche Bahn verfolgt ein Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte 17, 25 (baupolizeiwidrige Vermietung ist gültig); ebenso entschieden die OLG Breslau (Rechtsprechung 5, 102) und Dresden (sächs. Archiv 13, 257). Der österreichische oberste Gerichtshof hat sich in verschiedenen Entscheidungen denselben Gedankengang zu eigen gemacht: nur was beiden Vertragsparteien verboten und beiden als verboten erkennbar, sei „geradezu unerlaubt“ im Sinne des § 878 (vergl. die Urteilszitate bei v. Schey zu § 878 ABGB). Auf gleichem Boden steht das schweizerische Bundesgericht. Hingewiesen sei auf BGE 34 II 686, woselbst gesagt ist, dass die unerlaubte Abgabe von Gift durch einen Apotheker einen zivilrechtlich gültigen Kaufvertrag darstellt. Das Schrifttum vertritt fast durchweg die gleiche Auffassung. Vergl. z. B. Enneccerus, Allg.

Teil § 177 (Beispiel: das Geschenk an den Bettler ist gültig; ebenso gültig der Kaufvertrag eines Beamten, dem das Handeltreiben verboten ist); Staudinger-Riezler zu § 134 BGB (Beispiel: ein bayrisches Beamtengesetz verbot Beamten gewissen Grunderwerb; der Grundstückkauf ist gleichwohl gültig); Hölder vor § 104 und zu § 134 BGB („nicht jeder nichtige Rechtsakt ist verboten, nicht jeder verbotene Rechtsakt ist nichtig“); Dernburg Allg. Teil § 123; Oertmann zu § 134 BGB; Isay, die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts 101 ff; Hasenöhr, Österr. Obligationenrecht I, § 31; Krainz-Ehrenzweig, System des österr. Privatrechts I, § 121; Krasnopolski-Kafka, österr. Obligationenrecht (1910), S. 96; Oser zu Art. 20 OR (Beispiel: verbotene Erwerbsgeschäfte eidgenössischer oder kantonaler Beamten); Fick zu Art. 20 OR (Beispiel: Verbot des Börsenspiels für Angestellte). Anderer Meinung ist so ziemlich nur Biermann a. a. O. § 53. Er verwirft die Unterscheidung einseitiger oder beidseitiger Verbotswidrigkeit, stellt vielmehr ausschliesslich auf den Zweck des Verbotes ab. Allein diese Richtlinie hätte näherer Ausführung bedurft. Denn auch die Strafgesetze gegen Betrug und Erpressung verfolgen den Zweck, betrügliche und erpresserische Geschäfte zu verhindern; und dennoch ist zivilrechtliche Nichtigkeit nicht die Folge. Nicht ganz befriedigend sind auch die Ausführungen von Raape (das gesetzliche Veräusserungsverbot 1908, 14 ff.). Nach Raape kommt es darauf an, ob der rechtliche oder nur der faktische Erfolg des unerwünschten Geschäftsschlusses vom Gesetzgeber missbilligt sei. Auch damit ist nicht viel geholfen; das soeben hinsichtlich des Betruges Gesagte gilt auch gegen Raape. Das von diesem Autor gewählte Beispiel beweist nicht für, sondern gegen ihn. Er meint, die Aneignung eines Singvogels sei deswegen nichtig, weil dem Gesetzgeber neben der faktischen auch die rechtliche Wirkung der Aneignung missfalle. Das ist gewiss nicht zutreffend.

Nichts Sachbezügliches enthält Zürcher, Grenzen

der Vertragsfreiheit, Dissertation, Zürich 1902. Nicht einsehen konnte der Verfasser die Aufsätze von Kahane, öffentlichrechtliche Kontraktstreprobationen (in Gellers Zentralblatt 9, 479 ff. 591 ff.), sowie von Grabscheid, unerlaubte Rechtsgeschäfte (Allg. österr. Gerichts-Zeitung 1900, Nr. 46, 1901, Nr. 497).

Aus Vorstehendem folgt, dass, wenn einem Gewerbetreibenden eine behördliche Taxe gestellt ist und er eine diese Taxe abändernde Vereinbarung trifft, diese Vereinbarung nicht ungültig ist. Der Gewerbetreibende mag verbotswidrig handeln; aber sein Vertragsgenosse handelt nicht verbotswidrig, und der objektive Inhalt des Vertrages kann durchaus nicht als unerlaubt angesehen werden. Es ist in der Tat kein Grund abzusehen, warum, wenn ein begüterter Mann einem armen Teufel von Packträger für eine gewisse Leistung das Doppelte oder Dreifache der Taxe freiwillig zusichert, diese Vereinbarung inhaltlich gegen das Gesetz verstossen soll.

Auf anderem Standpunkt freilich steht der sonst treffliche Kommentar von Landmann-Rohmer zu §§ 72 ff. der Reichsgewerbeordnung. Er meint, die polizeilichen Preis- und Vergütungstaxen seien zwingenden Rechts; Überschreitung derselben mache nicht nur den Gewerbetreibenden strafbar nach § 148 RGO, sondern bewirke auch (partielle?) Nichtigkeit der Abrede gemäss § 134 BGB. Zur Begründung wird lediglich der § 79 RGO angeführt, wonach die Gewerbetreibenden die behördliche Taxe ermässigen dürfen; hieraus soll dann folgen, nicht nur, dass sie sie nicht erhöhen dürfen, sondern auch, dass sie sie wirksam nicht überschreiten können. Aber diese Deduktion überzeugt nicht. Aus dem Nichtdürfen folgt das Nichtkönnen nicht so ohne weiteres (vgl. Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878, S. 11 ff). Landmann gelangt denn auch in der Tat zu ganz absurden Konsequenzen. Er meint z. B., dass, wenn ein Fahrgast einem Droschkenkutscher einen über die Fahr-taxe hinausgehenden Betrag zugesagt habe, er hinterher

den Mehrbetrag verweigern bzw. das Mehrbezahlte kondizieren könne (zu § 76 RGO). Diese Ansicht ist sehr sonderbar.

Weiss der beteiligte Kunde nicht, dass eine Taxe besteht, oder kennt er deren Ansätze nicht, so lässt sich über die Behauptung Landmanns vielleicht reden. Das Gleiche mag gelten, wenn der Kunde zwar die Taxe kennt, aus besonderen Gründen aber sozusagen gezwungen ist, auf eine übertaxmässige Forderung des Gewerbetreibenden einzugehen. (Beispiel: der einzige noch am Bahnhof haltende Droschkenführer sagt: „Wenn Sie mir nicht 5 Kronen bezahlen, fahre ich Sie nicht“.) Ganz allgemein aber zu sagen, jede taxwidrige Vereinbarung sei unter allen Umständen nichtig, sie sei insbesondere auch dann nichtig, wenn der Kunde sie freiwillig, ohne Not, und in Kenntnis der Taxüberschreitung getroffen hat: das geht gewiss viel zu weit und ist mit unserer doch vorwiegend individualistisch ausgestalteten Schuldrechtsordnung nicht zu vereinbaren. Bedenken wir nochmals, dass die Taxen ein Stück Polizeigeist und Bevormundungsgeist sind.¹⁾

Wenden wir das Gesagte auf § 16 des Advokatengesetzes an, so ist zu sagen: Wenn § 16 den Advokaten die Einforderung übertarifmässiger Gebühren untersagt, so folgt daraus nicht, dass die Vereinbarung übertarifmässiger Entgeltung ihrem Inhalt nach widerrechtlich im Sinne des Art. 20 OR sei; es bewendet vielmehr bei der Gültigkeit des Vertrages, und die gesetzliche Sanktion des Verbotes ist ausschliesslich in der Strafandrohung des § 17 zu suchen. Es liegt also hier, wie so oft, eine sogenannte *lex minus quam perfecta* vor.

¹⁾ Das Gutachten ist vor dem europäischen Kriege verfasst. Im Kriege gelten andere Gesichtspunkte; hier herrscht Sozialismus. Daher sind die Höchstpreise der Kriegsnotgesetze mit strengerem Masse zu messen. Vgl. Zürcher, Sozialwucher im Kriegs- und Friedensrecht, in der Festschrift für G. Cohn, 1915, S. 675.

§ 17 beschränkt sich allerdings nicht auf Strafan- drohung, sondern billigt auch Zurückforderung des Zuviel- bezogenen zu. Hierüber ist später noch zu handeln. Im gegenwärtigen Zusammenhang genüge die Anmerkung, dass es nicht angängig wäre, aus der Gewährung eines Kondiktionsanspruches ohne weiteres auf Nichtigkeit des Vertrages zu schliessen. Denn nicht jede *condictio* ist eine *condictio indebiti*; es kann z. B. auch eine *condictio ob iniustam causam* in Frage kommen. Schon aus diesem Grunde wäre es also voreilig, aus § 17 ein Ar- gument für die inhaltliche Widerrechtlichkeit taxwidriger Vereinbarungen zu entnehmen.

2. Es ist geltend gemacht worden, die Vereinbarung übertarifmässiger Honorierung verstosse gegen die guten Sitten und sei aus diesem Grunde nichtig (Art. 20 OR).

a) Zu diesem Punkte ist zunächst alles das zu wieder- holen, was unter 1d) hinsichtlich des widerrechtlichen Vertrages ausgeführt wurde. Auch gegen die guten Sitten verstösst ein Rechtsgeschäft nur dann, wenn es seinem objektiven Inhalte, seinem objektiven Zwecke, seiner Tendenz nach mit den Anschauungen anständig denkender Volkskreise nicht vereinbar ist. Das unsittliche Verhalten bloss eines Vertragsteils macht also den Vertrag selbst nicht zu einem gegen die guten Sitten verstossenden (Vgl. RG 56, 231; 63, 350; 68, 98; 75, 74 und die Kom- mentare zu § 138 BGB. Bedenklich BGE 26 II 142 und 447; dawider mit Recht Egger zu Art. 27 ZGB, Oser zu Art. 20 OR; Hasenöhrl, österreichisches Obligationen- recht I § 31). Gesetzt also selbst, Kläger habe, als er sich übertarifmässige Honorierung zusagen liess, seinerseits gegen die guten Sitten — nicht bloss gegen die besonderen Standespflichten der Anwälte — gehandelt, so würde doch dies eine Unsittlichkeit der Honorarabrede selbst mit nichten nach sich ziehen.

b) Es könnte daher die Diskussion über diesen Punkt geschlossen werden, hätte nicht kürzlich das deutsche Reichsgericht sich auf einen wesentlich strengeren Stand-

punkt gestellt. In einer Entscheidung vom 24. September 1913 (Juristische Wochenschrift 1913 S. 1144) ist nämlich Folgendes ausgeführt: „Die Übermässigkeit des Betrages der versprochenen Leistung macht grundsätzlich für sich allein das Geschäft nicht zu einem unsittlichen; es ist ausserdem erforderlich, dass... zu der Höhe des Versprochenen noch ein weiterer Umstand hinzukommt, der in Verbindung mit jener den Vertrag als sittenwidrig erscheinen lässt... Mit diesen Grundsätzen steht es im Einklang, wenn der Vorderrichter einen Vertrag, durch den sich ein Rechtsanwalt ein das Angemessene in hohem Mass überschreitendes Honorar versprechen lässt, dann als gegen die guten Sitten verstossend bezeichnet, wenn das Abkommen sich als eine rücksichtslose Ausnützung der Sach- und Rechtslage seitens des Sachwalters gegenüber dem von ihm abhängigen Klienten darstellt oder wenn die Zusage des letztern durch Handlungen erreicht wird, die in ihrer Wirkung einer Erpressung sehr nahe stehen...“ Gegen die Richtigkeit dieser Schlussreihen besteht mehr als ein Bedenken. Das RG vermengt — was auch sonst nicht selten geschieht — das Unsittliche mit dem Wucherischen. Für das deutsche Rechtsgebiet ist diese Vermengung im Effekt ohne besonderen Schaden; denn auch das wucherische Geschäft wird, gleich dem unsittlichen, nach § 138 BGB als nichtig behandelt. Recht gefährlich dagegen dürfte eine solche Judikatur in der Schweiz werden; denn der eidgenössische Gesetzgeber behandelt das unsittliche Geschäft als ipso iure nichtig, das wucherische hingegen (mit Recht) bloss als anfechtbar (Art. 21 OR). Es dürfen indes die geäusserten Bedenken vorliegend auf sich beruhen. Denn auch wenn man dem RG durchaus folgen wollte, so wäre doch zu sagen, dass vorliegend von einer rücksichtslosen Ausnützung der Sach- und Rechtslage durch den Kläger keine Rede sein kann. Der Prozess war noch nicht angehoben; Beklagter konnte jederzeit das Mandat zurückziehen; zur Herbeiführung eines Erbauskaufes war er

auf Klägers Mitwirkung nicht angewiesen; die Höhe der Provision hat im Wesentlichen der akademisch gebildete und geschäftserfahrene Beklagte selbst festgesetzt und zwar auf Grund von Erwägungen, die er selbst angestellt und über die er sich mit seinem rechtskundigen Bruder unterhalten hatte. Unter solchen Umständen ist jeder Gedanke an Ausbeutung schlechterdings von der Hand zu weisen.

c) Die Römer erklärten das *pactum de palmario* (1, 11 D 50, 13; 53 D 2, 14), sowie das *pactum de quota litis* (5 C 2, 6; 7 D 17, 1; 1, 12 D 50, 13) für unsittlich und nichtig. Dies ist gemeinrechtlich geworden. Vorliegend hat nun Kläger sich eine Erfolgsprovision versprechen lassen (*palmarium!*) und diese ist bemessen nach Prozenten der erzielten Summe (*quota!*). Es fragt sich also, ob das Abkommen der Parteien unter dem dargelegten Gesichtspunkt als unsittlich anzusehen ist. Nach A. Gmür a. a. O. S. 83 sollen alle derartigen Verträge eines Anwaltes ohne weiteres unsittlich sein. Das ist viel zu allgemein gesagt. Man soll in dieser Frage nicht lax sein; aber man darf nicht alle Fälle über einen Kamm scheren. Als unsittlich mag es erscheinen, wenn ein Anwalt sich für den Fall, dass er den Prozess gewinnen werde, einen Vorteil zusichern lässt. Denn hier besteht die Gefahr oder doch mindestens der Anschein, er werde in solcher Sache über den Interessen seines Klienten, die insoweit auch seine eigenen sind, die Rücksicht auf das Recht ausser acht lassen. Um solchen Fall aber handelt es sich vorliegend gar nicht. Dem Kläger ist vielmehr für eine aussergerichtliche Leistung, die auch ein Nichtanwalt hätte verrichten können, eine Provision zugesagt. Es ist nicht einzusehen, warum dies unsittlich sein sollte. Handelt es sich doch um eine geschäftliche Verhandlung wie viele andere auch. Lässt sich ein Anwalt zu einer Tätigkeit herbei, die andernfalls ein Gewerbsmäkler gewerbsmässig zu verrichten pflegt, so ist nicht einzusehen, warum er sich für diese Tätigkeit nicht auch einen Mäklerlohn solle gewähren

lassen können wie jeder Gewerbsmäkler auch. Es ist möglich, dass der Anwalt hiermit gegen die Gepflogenheiten seines Standes verstösst; ein Verstoss gegen die guten Sitten aber liegt in solchen Provisionsabkommen gewiss nicht. Vgl. auch Hasenöhrl, österreichisches Obligationenrecht § 31.

3. Mit kurzen Worten erledigt sich die Frage der Übervorteilung im Sinne des Art. 21 OR. Dass von Ausnutzung einer Notlage oder einer persönlichen Schwäche des Beklagten nicht gesprochen werden kann, wurde schon gesagt. Aber nicht einmal von einem auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung lässt sich so ohne weiteres reden; denn der Vertrag war ein aleatorischer. Kläger wäre überhaupt leer ausgegangen, wenn R. nicht mehr als 300,000 Fr. geboten hätte, und nur vom Mehrkaufspreis erhielt er 50%. In diesen — freilich sehr hochgegriffenen, aber vom Beklagten anscheinend selbst kalkulierten — 50% liegt also zugleich eine Risikoprämie.

Unter diesen Umständen kann es dahingestellt bleiben, ob Beklagter, wie Art. 21 voraussetzt, innert Jahresfrist nach Abgabe des Provisionsversprechens dem Kläger erklärt hat, dass er den Vertrag nicht halte, und ob er innert Jahresfrist das schon Geleistete zurückgefordert hat.

4. Beklagter behauptet, zur Abgabe seines Provisionsversprechens vom Kläger „gezwungen“ worden zu sein. Ob er damit auf Art. 29 OR abstellen will, ist nicht ersichtlich. Auch ist den Unterlagen eine Substanziierung im Sinne des Art. 30 OR nicht zu entnehmen. Es mag daher auf sich beruhen, ob nicht letzterenfalls Art. 31 OR dem Beklagten entgegenstehen würde. Im übrigen vgl. A. Gmür a. a. O. 83, wo die Binsenwahrheit ausgesprochen ist, ein Klient, der mit seinem Anwalt ein Honorarabkommen getroffen hat, könne dieses nicht schon wegen seiner Höhe anfechten.

III. Im Vorigen wurde die Gültigkeit des Provisionsversprechens dargetan. Trotz dieser Gültigkeit aber wäre

es möglich, dass Beklagter die schon gemachte Leistung zurückfordern und die noch ausstehende verweigern könnte. Dies nämlich insoweit, als ihm etwa die *condictio ob iniustam vel turpem causam* beigelegt werden könnte. Diese Kondiktion wird durch die Gültigkeit der Provisionsabrede nicht nur nicht ausgeschlossen, sie setzt vielmehr umgekehrt jene in gewissem Betracht geradezu voraus. Dies war herrschende Meinung schon im gemeinen Recht, wird von den Schriftstellern des deutschen bürgerlichen Rechts festgehalten und dürfte auch vom Standpunkte des schweizerischen Obligationenrechts aus zutreffen. Ebenso Oser zu Art. 62 OR (am Schlusse). Im einzelnen freilich ist gerade in dieser Lehre vieles unfertig und zweifelhaft. Bemerket sei noch, dass die Kondiktion nicht nur im Wege der Klage, sondern auch im Wege der Einrede geltend gemacht werden kann. Dies ist unstrittigen Rechts und wird auch in § 821 BGB, Art. 67 OR ausdrücklich vorausgesetzt.

1. § 17 des Advokatengesetzes liess die Rückforderung des vom Anwalt über die tarifmässige Gebühr hinaus Bezogenen ausdrücklich zu. Ob damit eine *condictio ob iniustam causam* oder eine *condictio indebiti* hat aufgestellt werden sollen, bleibt freilich ungewiss. Doch kann dies auf sich beruhen. Denn diese privatrechtliche Bestimmung des kantonalen Gesetzes ist spätestens mit Kraftbeginn des schweizerischen Obligationenrechts hinfällig geworden. Ist doch in diesem Gesetz das Kondiktionsrecht erschöpfend geregelt.

2. Aber schon der kantonale Gesetzgeber hat mit dem jetzt in Frage stehenden Inhalt des § 17 der Sache nach aufgeräumt. Der Disziplinarbescheid des Obergerichts weiset nämlich mit Recht auf § 82 des bernischen Gesetzes betreffend die Gebühren im Zivilprozess usw., vom 12. April 1850, hin. Es heisst dort: „Die Personen, deren Gebühren durch den gegenwärtigen Emolumententarif bestimmt worden, sind verpflichtet, über ihre Gebührefforderungen dem Schuldner vor oder bei deren Bezahlung

auf Verlangen... eine spezifizierte Rechnung zuzustellen. Der Schuldner hat das Recht, innerhalb 30 Tagen, vom Empfang der Rechnung an zu zählen, bei dem Gerichtspräsidenten des Wohnortes des Forderers die Moderation derselben anzubegehren. Die Unterlassung der Anbegehren der Moderation wird als eine Genehmigung der Rechnung angesehen. Der Gerichtspräsident hat die Moderation... von Amteswegen... vorzunehmen und die Gebühren auf das gesetzliche Mass herabzusetzen...“ Diese Bestimmung regelt zunächst nur das Herabsetzungsverfahren. Aber der Beklagte irrt, wenn er meint, sie habe es nur mit dem Verfahren zu tun und entbehre jeden materiellrechtlichen Gehaltes. Das Gegenteil hat schon der obergerichtliche Entscheid zutreffend hervorgehoben. Prüft man nämlich den § 82 nach seinem materiellrechtlichen Gehalt, so ergibt er folgendes: Erhält eine Partei keine spezifizierte Rechnung, so kann sie eine solche verlangen. Ohne solches Verlangen ihr eine spezifizierte Rechnung auszustellen, ist, wie den Worten „auf Verlangen“ deutlich zu entnehmen, der Advokat nicht verpflichtet. Erbittet und erhält der Klient die Rechnung, so läuft ihm eine 30-tägige Reklamationsfrist. Lässt er diese verstreichen, so ist nicht nur verfahrensrechtlich die Reklamation ausgeschlossen, sondern es gilt auch materiellrechtlich, d. h. privatrechtlich, die Rechnung „als genehmigt“. Das bedeutet: der Klient hat sie nunmehr auch dann zu bezahlen, wenn sie den Tarif überschreitet. Auch eine Rückforderung ist folglich alsdann ausgeschlossen. Erbittet dagegen die Partei überhaupt keine spezifizierte Rechnung, und erhält sie solche auch nicht unverlangt zugefertigt — vielleicht, weil dies, wie im vorliegenden Fall, überflüssig ist —, so begibt sie sich damit insoweit des Rechtes der Reklamation; denn die Reklamation kann erst erhoben werden, wenn eine spezifizierte Rechnung vorliegt. Eben damit aber hat der Klient die Forderung insoweit auch materiell genehmigt; er kann nicht, unter Umgehung des

Moderationsrichters, den ordentlichen Rechtsweg beschreiten. Denn es wäre doch offenbare Buchstaben- auslegung, wollte man hier — das so oft bedenkliche *argumentum e contrario* missbrauchend — denjenigen, der die Rechnung überhaupt nicht verlangt hat, günstiger stellen als denjenigen, der sie verlangt, aber innert 30 Tagen gegen sie nicht reklamiert hat. Definitiv ausgeschlossen muss hiernach die Reklamationsbefugnis dann sein, wenn die Rechnung nicht nur nicht verlangt, sondern sogar auf sie ausdrücklich oder stillschweigend — insbesondere durch vorbehaltlose Zahlung, Abschlagszahlung, Zahlungszusage — verzichtet ist. Dieser definitive freiwillige Reklamationsverzicht aber muss in seinen Wirkungen der unfreiwillig kraft Gesetzes eintretenden Reklamationsverwirkung (fruchtloser Ablauf der 30-tägigen Frist) offenbar gleichstehen; mit andern Worten: eine Partei, die auf Rechnungsstellung verzichtet, genehmigt damit die vom Anwalt gestellte Forderung mit der Rechtsfolge, dass sie bei deren Höhe behaftet ist, sie mag nun tarifgetreu sein oder nicht. Eine Beanstandung der Forderung aus dem blossen Gesichtspunkte der Tarifüberschreitung ist solchenfalls ausgeschlossen. Es liefe auf eine Umgehung des § 82 hinaus, könnte der Klient, welcher spezifizierte Rechnung nicht verlangt, die nichtspezifizierte Rechnung vielmehr anerkannt hat, hinterher mittels Klage oder Einrede auf Herabsetzung der Forderung bestehen. § 82 ist sonach, seinem materiellen Gehalte nach betrachtet, dahin auszulegen, dass der Klient, welcher spezifizierte Rechnung noch nicht erbeten, oder nach Erhalt derselben die 30-tägige Frist verschwiegen oder auf spezifizierte Rechnung überhaupt verzichtet hat, bei der vom Anwalt ihm mitgeteilten Gesamtrechnung sich muss behaften lassen, und zwar im ersten Fall bis auf weiteres, im zweiten und dritten für alle Zeit.

Die Anwendung auf unsern Fall ergibt sich von selbst. Beklagter hat eine prozentuale Provision versprochen, deren Höhe unter den Parteien zweifelsfrei feststand; er

hat auf sie 30,000 Fr. anbezahlt und die Zahlung des Restbetrages für später zugesagt. Dass hierin ein schlüssiger Verzicht auf spezifizierte Rechnung und darüber hinaus eine Genehmigung der Forderung des Klägers lag, kann nicht wohl bezweifelt werden. Damit aber ist nach § 82 nicht nur das Moderationsbegehren, sondern auch die Kondiktion ausgeschlossen.

Auf die prozessrechtliche Bedeutung des § 82 wird späterhin zurückzukommen sein.

3) Nach alledem bleibt nur noch zu betrachten, ob eine Kondiktion etwa aus Art. 62 OR hergeleitet werden könnte. Art. 62 ist dürftig; eingehender ist § 817 BGB. Kondizierbar ist hiernach eine Leistung, deren Zweck in der Art bestimmt ist, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstösst. Die Ungerechtfertigkeit des Erwerbs liegt also hier in der Anstössigkeit des Zweckes, zu dem das Geleistete genommen — oder gegeben und genommen — wird. Beispiele sind: Schweigegeld, Bestechungsgeld, Dirnenlohn.

Fällt nun hiernach auch die dem Anwalt etwa verbotene Annahme übertarifmässiger Entlohnung unter Art. 62? Die Antwort ist — wie so vieles in dieser Lehre — zweifelhaft. Geht man — da Art. 62 sich überhaupt ausschweigt — von dem an die gemeinrechtliche Entwicklung sich anschliessenden Wortlaut des § 817 BGB aus, so wird man die Frage vielleicht verneinen mit der Begründung, eine *causa iniusta* sei nicht schon dann gegeben, wenn die Annahme, rein für sich und ohne Rücksicht auf ihren Zweck betrachtet, gegen ein gesetzliches Verbot verstösst. Es ist aber nicht zu leugnen, dass diese blosse Wortauslegung nicht befriedigt. Es würde daher eine einlässliche Auseinandersetzung mit dem hier vorliegenden, bei dem Stande der eidgenössischen Kodifikation doppelt verwickelten Problem nicht zu umgehen sein, wäre nicht dieser ganzen Betrachtung bereits durch früher angestellte Erwägungen der Boden entzogen. Nämlich:

a) § 82 des Gebührengesetzes gibt, wie kurz zuvor dargelegt, deutlich zu erkennen, dass derselbe kantonale Gesetzgeber, der das Verbot des § 16 des Advokatengesetzes aufgestellt hat, auf dem Standpunkt steht, dass übermässige Entlohnungsbeträge zwar in bestimmtem Verfahren und innert gewisser Frist richterlich herabgesetzt, im übrigen aber nicht im ordentlichen Prozesswege kondiziert werden können. Das Verbot des § 16 — das allein eine *condictio ob iniustam causam* vorliegend rechtfertigen könnte — ist also im Sinne des § 82 zu beschränken.

b) Im übrigen aber gilt natürlich auch hier das, was früher bereits über die Auslegung und die Verfassungsmässigkeit des § 16, soweit er bloss „Auchanwaltschaftsgeschäfte“ beschlägt, gesagt worden ist. Trifft § 16 diese Fälle überhaupt nicht, oder trifft er sie, weil insoweit verfassungswidrig, nicht mit Rechtswirksamkeit, so fehlt von vornherein das gesetzliche Verbot, dessen Vorhandensein die *condictio ob iniustam causam* voraussetzt, im vorliegenden Falle von vornherein.

c) Auch über die Frage der *turpitude* des Anwaltes, der sich grössere Honorare ausbedingt, ist schon oben gehandelt. Hier sei nur folgendes hinzugefügt. Auch wenn man den strengen Standpunkt des mitgeteilten Reichsgerichtserkenntnisses vollkommen teilt, wird man sagen müssen, dass ein Anwalt eines Verstosses gegen die guten Sitten sich nicht schon durch Ausbedingung eines selbst sehr hohen Honorars, sondern erst dadurch schuldig macht, dass er unter verwerflicher Ausnutzung der Lage des Klienten die Zusage dieses Honorars herbeiführt. Dass aber von solcher „Ausnutzung“ vorliegend keine Rede sein kann, ist schon oben erörtert.

IV. Die Bedingung des Provisionsanspruches ist erfüllt.

1. Unbestritten ist, dass Kläger sich um das Zustandekommen des Erbauskaufes bemüht, insbesondere mit R. verhandelt hat, und dass zeitlich darnach R. 409,000 Franken geboten hat. Dies begründet die Vermutung,

dass R. infolge der vermittelnden Tätigkeit des Klägers sich zu dem gemachten Angebot entschlossen hat; vergl. H. Reichel, die Mäklerprovision 1913, S. 174 ff. Umstände, die diese Vermutung zu entkräften geeignet wären, sind nicht ersichtlich und auch vom Beklagten nicht behauptet.

2. Seiner Form nach gibt sich der mit R. getätigte Vertrag nicht als Erbteilsverkauf (und für solchen war die Provision versprochen), sondern als (gerichtlicher) Vergleich. Allein nicht die Form, nicht die juristische Benennung, sondern der materielle Inhalt, der wirtschaftliche Effekt entscheidet. Ist nur dieser der gleiche, stellt der abgeschlossene Vertrag ein „teleologisches Äquivalent“ des bei Provisionszusage angestrebten Vertrages dar, so ist die Provision voll verdient. Vergl. Reichel a. a. O. 92. Dass dieser Fall hier vorliegt, leuchtet ein. Denn der Inhalt des „Vergleiches“ ist etwa der, dass R. die Erbschaftsansprüche für 409,000 Franken erwirbt; dieser entgeltliche Erwerb aber steht, wirtschaftlich betrachtet, einem Kaufe durchaus gleich. Ganz dahingestellt kann hierbei bleiben, ob der sogenannte Vergleich nur dem Scheine nach oder auch in Wirklichkeit ein Vergleich ist. Denn auch wenn letzteres der Fall, ist nicht anders zu entscheiden.

3. Beklagter behauptet, er habe Provision zugesichert für den Fall, dass die zwei Erbteile um mehr als 300,000 Franken veräußert würden; in Wahrheit aber seien um diesen Preis verkauft worden die Erbteile zuzüglich 54,000 Franken Ansprüche gegen S. Wäre dies bewiesen, so wäre die Frage am Platze, ob die Bedingung des Provisionsanspruches überhaupt erfüllt ist. Diese Frage wäre vorliegend zu bejahen. Denn da die Ansprüche gegen S. immerhin nur 54,000 Franken betragen sollen, so darf angenommen werden, dass R. für diese keinesfalls mehr als allerhöchstens 54,000 Franken geboten habe; es entfielen also auf die Erbteile allein immer noch 355,000 Franken, also 55,000 Franken, von denen Provision zu berechnen wäre. Der Mitverkauf der Ansprüche gegen S. würde also vorliegend nur eine Reduktion der Provision im Gefolge

haben. Die Formel, an deren Hand diese Reduktion stattzufinden hätte, ist entwickelt bei Reichel a. a. O. 98 ff.

V. Die dem Kläger versprochene Provision ist ungewöhnlich hoch. Es liegt nahe, nach einer gesetzlichen Handhabe zu suchen, die eine Ermässigung zulässt, und der Beklagte hat dies auch getan. Dieser Versuch kann jedoch, wie die Dinge zur Zeit liegen, keinen Erfolg haben.

1. § 93 der deutschen Gebührenordnung für Rechtsanwälte enthält die Bestimmung, dass ein übermässig hoch stipuliertes Anwaltshonorar „im Prozesswege, nach eingeholtem Gutachten der Anwaltskammer“, bis auf (nicht notwendig immer auf) den gesetzlich bestimmten Tarifbetrag herabgesetzt werden kann. Eine ähnliche Satzung enthält Art. 222 des Bundesrechtspflegegesetzes. Für den bernischen Anwalt aber und in kantonalen Rechtsachen kommt natürlich zunächst nur das bernische Recht in Betracht. Sedes materiae ist der schon zitierte § 82 des Gebührengesetzes. Auch dieser statuiert ausdrücklich ein richterliches Ermässigungsrecht. Er knüpft indes diese Ermässigung nicht nur an gewisse Voraussetzungen, die, wie oben dargelegt, vorliegend nicht zutreffen, sondern er verordnet auch ausserdem für die Herbeiführung der Ermässigung ein besonderes Verfahren vor dem Moderationsrichter. Aus der letztbezeichneten Anordnung des Gesetzes ist mit Bestimmtheit zu schliessen, dass dem Prozessrichter anlässlich eines Gebührenprozesses eine Ermässigungsbefugnis nicht zusteht. Diese Folgerung ist so klar, dass ihr de lege lata nicht wohl abgeholfen werden kann. Ob sie gesetzgeberisch befriedigt, ist eine andere Frage, der aber hier nicht nachzugehen ist.

2. Das Obligationenrecht lässt die richterliche Ermässigung einer Mäklerprovision dann und nur dann zu, wenn der Mäklervertrag auf Herbeiführung eines Dienstvertrages oder Grundstückskaufes abzielt (Art. 417 OR). Das BGB (§ 655) lässt sogar den Grundstückskauf beiseite. Diese kasuistische Haltung des Gesetzes ist eine bedauerliche Halbheit. De lege ferenda unterliegt es keinem

Zweifel, dass diese Bestimmungen einer Verallgemeinerung ebenso fähig wie bedürftig sind. Allein vorliegend haben wir uns an die *lex lata* zu halten. Auch der Beklagte bescheidet sich dessen. Doch glaubt er, schon auf dem Boden des geltenden Gesetzes zu einem ihm günstigen Ergebnis gelangen zu können. Er vertritt nämlich die Auffassung, der vorliegend abgeschlossene Erbauskauf — oder, wie der Beklagte lieber sagt, Vergleich — sei in Wahrheit ein Grundstückskauf gewesen, da die Erbmasse ganz überwiegend aus Liegenschaften bestanden habe.

Diese Behauptung verdient ernsthafte Prüfung.

a) Zuvörderst fragt sich, ob Art. 417 vorliegend überhaupt Anwendung finden kann. Art. 417 ist neu, das Provisionsversprechen aber ist vor 1912 abgegeben. Die Frage ist bestritten; wir stehen aber nicht an, sie zu bejahen. Die Herabsetzung übermässig hoher Provisionen ist ein so dringendes Postulat der Gerechtigkeit, dass man wohl sagen darf, Art. 417 sei um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt (Schlusstitel zum ZGB Art. 2; vgl. H. Reichel, in der Zürcher Einweihungsfestschrift 1914 S. 121).

b) Der Beklagte legt in Art. 417 das Wort „Grundstückskauf“ ausdehnend aus. Dies ist prinzipiell zulässig. Die *ratio legis* nämlich ist die, den Grundstücksverkauf, insonders den ländlichen, nicht durch übermässige Provisionen zu beschweren. Diese *ratio* aber trifft nicht nur den Grundstückskauf, sondern auch sonstige entgeltliche Grundstücksübereignungsverträge. Wer sein Grundstück vertauscht oder gegen Einräumung eines Niessbrauchs oder gegen Leistung von Diensten veräussert, dürfte daher auf den Schutz des Art. 417 denselben Anspruch haben wie der Grundstücksverkäufer. Die Verfechter älterer Auslegungsmaximen werden dies freilich in Abrede stellen.

c) Aber *sunt certi denique fines*. Es kann nicht jedes schuldrechtliche Geschäft, bei dem ein Grundstück irgendwie mitspielt, unter Art. 417 gezogen werden. Sonst kämen wir ins Uferlose. Ein Gesellschaftsvertrag, inhalts dessen

ein Gesellschafter ein Grundstück inferiert; ein Erbteilungsvertrag, inhalts dessen einem Miterben ein Grundstück zugeteilt wird; ein Vergleich, durch den ein Eigentumsprozess über ein Grundstück erledigt wird; ein Ehevertrag, inhalts dessen eine Ehefrau ihr Grundvermögen zu gesamter Hand einbringt; der Verkauf einer Erbschaft oder eines Erbteils, zu denen vorzugsweise Grundstücke gehören: alle diese Verträge fallen nicht unter Art. 417. Denn hier überall handelt es sich nicht um Geschäfte des Grundstückverkehrs. Die Ansicht des Beklagten ist daher abzulehnen.

* * *

Soweit mein Gutachten. Die erkennenden Instanzen haben sich ihm nicht angeschlossen. Der Appellationshof Bern hat Klage und Widerklage abgewiesen, da ein unsittlicher Vertrag zugrunde liege. Das BG hat nicht nur die Klage abgewiesen, sondern auch die Widerklage gutgeheissen. Wegen der Gründe des Urteils verweise ich einstweilen auf den fachmännischen Bericht in der N. Z. Z. a. a. O. In eine Diskussion kann ich wegen Einberufung zum Kriegsdienst nicht eintreten.

