

# Die Verwirkung des Lohnanspruchs

Von Wiss. Mitarbeiter **Lukas Lettau**, Essen, Wiss. Mitarbeiter **Emil Lorenz**, Bochum\*

*Der folgende Beitrag soll einen Überblick über den Umfang und die Reichweite des maßgeblich durch die Rechtsprechung geprägten § 654 BGB geben. Ohne insulares Detailwissen vermitteln zu wollen, soll ausgehend von der Dogmatik gezeigt werden, wie die Norm lediglich mittels methodischen Handwerkszeugs operationalisierbar gemacht werden kann, damit in Prüfungssituationen vertretbare Ergebnisse präsentiert werden können.*

## I. Einleitung

§ 654 BGB schließt den Anspruch auf Maklerlohn und den Ersatz von Aufwendungen aus, wenn der Makler dem Inhalt des Vertrages zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist (sog. Doppeltätigkeit). Durch ihn wird eine Strafnorm ins deutsche Privatrecht hineingetragen.<sup>1</sup> Dies mutet seltsam an, da es nicht Aufgabe des BGB ist, zu sanktionieren, sondern es zuvörderst die Rechtsbeziehungen zwischen gleichen und freien Bürgern regeln soll.<sup>2</sup> Anders als im angelsächsischen Recht, das mit dem „punitive damage“ auch pönalisierende Komponenten in das Zivilrecht verpflanzt,<sup>3</sup> beschränkt sich das deutsche Zivilrecht auf den Anspruch, kollidierende Interessenlagen der Akteure zu erfassen und einer ausgewogenen Entscheidung zuzuführen.<sup>4</sup> Ausgehend von diesem Befund möchte sich der Beitrag dem „normativen Exoten“ nähern und seine Stellung im BGB und seinen Anwendungsbereich analysieren sowie anschließend auf die fallrelevanten Anwendungsfälle eingehen, um schließlich eine methodische Handhabung darzulegen.

## II. Darstellung und Analyse des Tatbestandes

### 1. Die Entwicklung hin zum Strafcharakter

Nähert man sich § 654 BGB historisch, so kann den Motiven zum BGB entnommen werden, dass dem Makler die vorgenannten Ansprüche deshalb zu versagen sind, weil er bei einer Doppeltätigkeit – trotz des zustande gekommenen Hauptvertrages – seine Verpflichtungen nicht erfüllt habe.<sup>5</sup> Obgleich diese Annahme eher apodiktisch als begründet getroffen

wird,<sup>6</sup> findet ein Rekurs auf den Sanktionsgedanken nicht statt. Vielmehr wird das Auflösen eines Interessenkonflikts in den Vordergrund gerückt: Der nichterfüllende Vertragspartner hat kein Forderungsrecht! Diese allein an Konfliktauflösung orientierte Rechtsauffassung wurde zwar noch vom RG getragen, aber schon auf außerhalb des § 654 BGB liegende Tatbestände erweitert.<sup>7</sup> Der schon angesprochene Topos des Strafcharakters wurde dann letztendlich durch den BGH im Jahre 1962 aus der Taufe gehoben.<sup>8</sup> Das Gericht attestierte § 654 BGB „offensichtlichen Strafcharakter“<sup>9</sup> und stützte die Versagung des Lohnes darauf, dass der Makler, der „die Treuepflicht gegenüber seinem Auftraggeber [...] verletzt hat [...], den Maklerlohn nach allgemeinem Rechts- und Billigkeitsempfinden nicht verdient hat“<sup>10</sup>.

Trotz erheblichen Gegenwindes aus der Literatur kann der durch § 654 BGB verkörperte Strafcharakter mittlerweile als gefestigte Rechtsprechung angesehen werden<sup>11</sup> und wird darüber hinaus auf viele weitere sanktionswürdige Tatbestände angewendet.

### 2. § 654 BGB in seinem originären Anwendungsbereich

Der unmittelbare Anwendungsbereich ist ausweislich des Wortlauts eng begrenzt. Adressiert und sanktioniert wird ausschließlich der doppelt tätig werdende Makler. Das doppelte Tätigwerden ist dem Makler dabei nicht per se verboten, sondern läuft dem Vertrag nur dann im Sinne der Vorschrift zuwider, wenn es als solches unzulässig ist oder der Makler die damit verbundenen besonderen Pflichten, insbesondere zur Unparteilichkeit, verletzt.<sup>12</sup> Ob eine Doppeltätigkeit im Einzelfall zulässig ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, wobei etwa die Bestimmungen des Vertrages, die Kategorisierung als Vermittlungs- oder Nachweismakler sowie eine Offenlegung der Doppeltätigkeit von Relevanz sind.<sup>13</sup>

Aufgrund des Strafcharakters der Vorschrift erfordert die Verwirkung nicht das Entstehen eines Schadens auf Seiten des Auftraggebers, sodass in der Folge auch § 254 BGB keine Berücksichtigung findet.<sup>14</sup> Der Makler haftet darüber

\* Der Autor *Lukas Lettau* ist Wiss. Mitarbeiter in einer mittelständischen Wirtschaftskanzlei in Essen und Doktorand an der Ruhr-Universität Bochum. Der Autor *Emil Lorenz* ist Wiss. Mitarbeiter an der Ruhr-Universität Bochum.

<sup>1</sup> *Meier*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.10.2018, § 654 Rn. 1.

<sup>2</sup> *Meier* (Fn. 1), § 654 Rn. 34.

<sup>3</sup> *Stempfle*, in: Höra (Hrsg.), Münchener Anwalts Handbuch für VersR, 4. Aufl. 2017, § 36 Rn. 92.

<sup>4</sup> *Meier* (Fn. 1), § 654 Rn. 34.

<sup>5</sup> *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1899, S. 938, online abrufbar unter

[https://archive.thulb.uni-jena.de/collections/servlets/MCRFileNodeServlet/HisBest\\_derivate\\_00010709/Band%202.pdf](https://archive.thulb.uni-jena.de/collections/servlets/MCRFileNodeServlet/HisBest_derivate_00010709/Band%202.pdf) (20.1.2020).

<sup>6</sup> *Arnold*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2016, § 654 Rn. 1.

<sup>7</sup> RGZ 113, 264 (269).

<sup>8</sup> Vgl. BGHZ 36, 323 ff. = NJW 1962, 734 ff.; zur Rechtsprechungsentwicklung: *Arnold* (Fn. 6), § 654 Rn. 2.

<sup>9</sup> BGHZ 36, 323 ff.

<sup>10</sup> BGHZ 36, 323 (327).

<sup>11</sup> So zuletzt BGH NJW 2019, 935 ff., sowie zur Verwirkung wegen Falschinformationen OLG Koblenz, Beschl. v. 2.5.2019 – 2 U 1482/18.

<sup>12</sup> BGHZ 61, 17 (21) = BGH NJW 1973, 1458 (1459); *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 78. Aufl. 2019, § 654 Rn 4; *Fischer*, NZM 2001, 873 (880).

<sup>13</sup> *Fischer*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2017, § 654 Rn. 2; *Meier* (Fn. 1), § 654 Rn. 9 ff.

<sup>14</sup> BGHZ 36, 323 (326); *Budde*, MDR 1986, 896 ff.; *Fischer*, NZM 2001, 873 (875).

hinaus gem. § 278 BGB für Pflichtverletzungen seiner Erfüllungshilfen.<sup>15</sup> § 654 BGB steht nicht zur Disposition der Parteien.<sup>16</sup>

Einzelheiten dieser Fallkonstellation sollten für eine mögliche Abfrage im Examen zu tiefgehend sein. Darüber hinaus führte die im Folgenden dargestellte, erhebliche Erweiterung der Vorschrift dazu, dass der ursprünglich anvisierte Fall, die Doppeltätigkeit, quantitativ gegenüber der Vielzahl alternativer Pflichtverletzungen spürbar zurückgetreten ist.<sup>17</sup> Folglich wird die Anwendung der Vorschrift auf dem analogen Wege in den Fokus gerückt.

### 3. Analoge Anwendung des § 654 BGB

#### a) Innerhalb des Maklervertragsrechts

Bereits das RG traf – wenn auch ohne nähere Begründung – die Feststellung, dass § 654 BGB zwar nur einen einzelnen Fall regelt, aber einem von der Treu- und Sorgfaltspflicht ausgehenden allgemeinen Rechtsgedanken entspreche, sodass die Vorschrift auch anzuwenden sei, wenn „der M[a]kler unter vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung wesentlicher Vertragspflichten den Interessen seines Auftraggebers in wesentlicher Weise zuwiderhandelt.“<sup>18</sup> Mittlerweile entnimmt die ständige Rechtsprechung der Norm einen über den reinen Wortlaut hinausgehenden, allgemeinen Rechtsgedanken mit dem Inhalt, dass eines Rechtsanspruchs verlustig gehen soll, wer sich wegen eines Treuebruchs als unwürdig erwiesen hat.<sup>19</sup> Diese Annahme führt in erster Konsequenz zu einer Erweiterung der sanktionsbedrohten Verhaltensweisen des Maklers.

Nunmehr ziehen sämtliche Verletzungen seiner Treuepflicht, die mit der Doppelmakerei gleichgesetzt werden können, in analoger Anwendung des § 654 BGB einen Verlust des Vergütungsanspruchs nach sich.<sup>20</sup> Im Zuge einer umfassenden Rechtsprechung hat sich ein strenger Pflichtenkanon des Maklers herauskristallisiert, der bei Missachtung eine Verwirkung des Vergütungsanspruchs bedingen kann.<sup>21</sup> Die Kenntnis sämtlicher Einzelfälle ist für eine Fallbearbeitung im Rahmen des Examens nicht erforderlich, sodass an dieser Stelle lediglich der Versuch einer überblickartigen Darstellung erfolgen soll. Insoweit lässt sich sagen, dass der Makler seinen Provisionsanspruch in der Regel verwirkt, soweit er durch die bewusste Angabe unwahrer Tatsachen

oder das Unterlassen wahrer Informationen treuwidrig versucht, den Abschluss eines Hauptvertrages oder die Erhöhung seiner Provision zu erreichen.<sup>22</sup> Die Verwirkung der Maklerprovision verlangt somit in objektiver Hinsicht einen schwerwiegenden Treuepflichtverstoß des Maklers vor, bei oder nach dem Abschluss des Maklervertrages.<sup>23</sup>

Jedoch steht diese Erweiterung unter dem Vorbehalt zusätzlicher subjektiver Komponenten, die bei der reinen Doppeltätigkeit nicht erforderlich sind<sup>24</sup>. Dem Makler muss ein schweres Verschulden, namentlich Vorsatz, wenn nicht gar Arglist, mindestens aber eine dem Vorsatz nahekommende grobe Leichtfertigkeit<sup>25</sup> vorzuwerfen sein.<sup>26</sup> Dieser subjektiven Vorwerfbarkeit kommt bei der Prüfung des § 654 BGB gar „entscheidendes Gewicht“ zu.<sup>27</sup> Sofern der Makler aufgrund dieser subjektiven Komponente seines Lohnes als unwürdig erscheint, ist die Verwirkung seines Lohnes gerechtfertigt.<sup>28</sup>

#### b) Außerhalb des Maklervertragsrechts

Der im vorherigen Unterpunkt dargestellte allgemeine Rechtsgedanke führt in zweiter Konsequenz zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs in personeller Hinsicht.<sup>29</sup> Dies konstatierte schon das RG, indem es sich für die Übertragung des Rechtsgedankens auf andere Rechtsverhältnisse aussprach, denen „eine besondere Treuepflicht des Dienstverpflichteten innenwohnt“.<sup>30</sup> Die spätere Rechtsprechung hat diese Rechtsauffassung angenommen und wendet sie überwiegend auf andere rechts- und vermögensverwaltende Berufe an.<sup>31</sup> Obgleich der BGH der personellen Erweiterung des § 654 BGB ausdrücklich enge Grenzen gesetzt hat<sup>32</sup>, ist in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung eine beachtliche Anzahl an mit dem Makler gleichzusetzenden Berufsgruppen zusammen gekommen. Erwägungsgrund für diese inzwischen gefestigte Praxis ist das fehlende Gewährleistungsrecht im Dienstvertragsrecht und die daraus resultierenden engen Grenzen für die Verwirkung eines Entgeltanspruchs.<sup>33</sup>

<sup>15</sup> BGH NJW 1986, 2573 (2574); *Sprau* (Fn. 12), § 654 Rn. 2; *Fischer* NZM 2001, 873 (879).

<sup>16</sup> *Fischer* (Fn. 13), § 654 Rn. 2.

<sup>17</sup> *Roth*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 654 Rn. 2; *Fischer*, NZM 2001, 873 ff.; jedoch zuletzt zur Verwirkung wegen Doppeltätigkeit LG München II, Urt. v. 16.5.2019 – 11 O 134/18 = BeckRS 2019, 9653.

<sup>18</sup> RGZ 113, 264 (269); Vgl. *Hamm/Schwerdtner*, Maklerrecht, 7. Aufl. 2016, Rn. 739.

<sup>19</sup> BGHZ 36, 323 (326); BGH NJW-RR 2005, 1423 (1424).

<sup>20</sup> BGH NJW-RR 2005, 1423 (1424); BGH NJW-RR 2009, 1710 ff.

<sup>21</sup> LG München II BeckRS 2019, 9653 unter Verweis auf *Sprau* (Fn. 12), § 654 Rn. 4 m.w.N.

<sup>22</sup> Vgl. *Hamm/Schwerdtner* (Fn. 18), Rn. 753 m.w.N.

<sup>23</sup> LG München II BeckRS 2019, 9653 unter Verweis auf *Sprau* (Fn. 12), § 654 Rn. 2 m.w.N.; ein Verstoß nach Vertragsschluss genügt nicht, vgl. BGHZ 92, 184 ff. = NJW 1985, 45 ff.

<sup>24</sup> BGHZ 48, 344 (350) = NJW 1968, 150 ff.

<sup>25</sup> Der groben Leichtfertigkeit wohnt ein stärkerer subjektiver Schuldvorwurf als der groben Fahrlässigkeit inne; vgl. BGH NJW 1981, 2297 ff.; *Fischer*, NZM 2001, 873 (875).

<sup>26</sup> BGHZ 36, 323 (327); *Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 654 Rn. 10.

<sup>27</sup> OLG Koblenz, Beschl. v. 2.5.2019 – 2 U 1482/18; vgl. BGH NJW 1981, 2297 ff.

<sup>28</sup> LG München II BeckRS 2019, 9653 unter Verweis auf *Sprau* (Fn. 12), § 654 Rn. 2 m.w.N.

<sup>29</sup> Vgl. *Meier* (Fn. 1), § 654 Rn. 31; ausgehend von RGZ 113, 264 ff.

<sup>30</sup> RGZ 113, 264 (269).

<sup>31</sup> *Ahrens*, NJW 2019, 890 ff.

<sup>32</sup> BGH NJW 2004, 2817 ff.; *Mansel* (Fn. 26), § 654 Rn. 1.

<sup>33</sup> BGH NJW-RR 2011, 1426 (1428).

#### 4. Fallgruppen

So kann etwa der Rechtsanwalt in entsprechender Anwendung des § 654 BGB seinen Vergütungsanspruch verwirken, wenn er sich des vorsätzlichen Parteiverrats im Sinne von § 356 StGB schuldig macht.<sup>34</sup> Außerdem praxisrelevant ist die Verwirkung der Insolvenzverwalter-Vergütung sowie der Vergütung des Zwangsverwalters.<sup>35</sup> Beiden Gruppen lagen in der Regel ähnliche Verhaltensweisen der Betroffenen zugrunde, die darauf abzielten, eine nicht vorliegende Eignung vorzuspiegeln. So führten die Dienstleister unbefugt Doktor- oder Diplomtitel oder arbeiteten ohne erforderliche Genehmigung.<sup>36</sup> Ebenso kamen strafbare Handlungen zum Nachteil der zu verwaltenden Masse in Betracht.<sup>37</sup> Eine weitere Fallgruppe stellen Vermögensverwalter dar, bei denen die Treuepflichtverletzungen unter anderem in der Veruntreuung der eingezahlten Gelder oder der Verschleierung hoher Verluste zu sehen waren.<sup>38</sup> Schließlich wendet die Rechtsprechung die Vorschrift auch auf den Testamentsvollstrecker an<sup>39</sup>, wobei in der Grundentscheidung<sup>40</sup> die Verwirkung nicht ausdrücklich auf § 654 BGB gestützt wurde, sondern lediglich die inhaltlichen Erwägungsgründe – schwerwiegende Verletzung der Amtspflicht – bemüht wurden. Gleiches gilt für die Bestellung gerichtlicher Sachverständiger.<sup>41</sup>

Abgelehnt hingegen wurde eine entsprechende Anwendung auf den Steuerberater. Im zugrundeliegenden Sachverhalt übernahm der Steuerberater die Aufgabe, ein insolventes Unternehmen zu sanieren und zu reorganisieren und verwendete in diesem Zusammenhang unerlaubt Mittel aus dem Vermögen des Unternehmens, um Geschäftsanteile von Dritten zu erwerben. Dieser Fall war nach Ansicht des *Senats* jedoch nicht mit den aufgezählten anerkannten Berufsfeldern gleichzusetzen.<sup>42</sup>

#### 5. Zwischenfazit

Wie sich zeigt, transformiert die Rechtsprechung den Anwendungsbereich des § 654 BGB im Ausgangspunkt auf Lebenssachverhalte, die von einer besonderen Vermögenssorgepflicht geprägt sind. Dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis muss „eine besondere Treuepflicht des Dienstverpflichteten“ innewohnen.<sup>43</sup>

Dennoch kommen auch hierbei Differenzierungskriterien nach der Art des Berufes zum Tragen. Privat engagierte Rechtsträger – wie der Makler und der Rechtsanwalt – verlieren ihren Vergütungsanspruch vorrangig bei Pflichtverletzungen, die die persönliche Beziehung zu dem Klienten betreffen. Amtlich bestellten Berufsträgern – wie Insolvenz-, Zwangs- und Vermögensverwaltern – wurde hingegen ein allgemeiner Vermögensschutz übertragen. Verhaltensweisen, die eine Sanktion gem. § 654 BGB nach sich ziehen, sind hier eher solche zulasten der zu verwaltenden Vermögensmasse. Die Rechtsprechung bewertet die Pflichtverletzungen somit offenbar vor dem Hintergrund der konkreten Dienstleistung und den sich daraus ergebenden Pflichten. Dies führt im Ergebnis dazu, dass etwa der Insolvenzverwalter bei Straftaten zulasten der Masse seinen Vergütungsanspruch verwirkt, der Steuerberater bei der gleichen Pflichtverletzung jedoch keine Sanktionen fürchten muss.

Gleichzeitig wird durch die Kumulation von objektiven und subjektiven Momenten einer „Tatbestandsentgrenzung“ entgegengewirkt.

### III. Bewertung

Die aufgezeigte Rechtsprechungslinie wird in weiten Teilen der Literatur – mit facettenreichen Begründungen – zu Recht kritisch bewertet.<sup>44</sup> Obschon die ersten Ansätze der extensiven Anwendung des § 654 BGB durch das Reichsgericht auf das Jahr 1926 zurückgehen und der BGH diese Praxis nun seit den 1960er Jahren aufrechterhält, sind die Gerichte eine tragfähige Begründung bis heute schuldig geblieben.<sup>45</sup> In seiner Grundsatzentscheidung<sup>46</sup> führt der BGH lediglich aus, dass § 654 BGB „offensichtlich“ Strafcharakter habe. Dies überrascht in zweifacher Hinsicht, da zum einen die Genetik eine solche Lesart nicht trägt<sup>47</sup> und zum anderen eine Norm mit Strafcharakter im Zivilrecht systemfremd ist.<sup>48</sup> Der eindeutige Wortlaut steht darüber hinaus bereits der ersten Analogie innerhalb des Maklervertragsrechts und erst recht der Ausweitung auf andere Berufe entgegen. Besonders schwer wiegt der Einwand, dass durch die Judikatur ein Systembruch zu §§ 280 und 249 BGB vollzogen wird und dass der Kunde gerade vor dem Hintergrund des § 280 BGB nicht schutzwürdig ist.<sup>49</sup> Dieser Kritik ist der BGH zwar entgegengetreten, die Argumentation, wonach insbesondere die Vorschriften §§ 971 Abs. 2, 1579 Nr. 3 und 5, 1611 Abs. 1 Alt. 2, 2339 und 2345 BGB erkennen lassen, dass ein Bedürfnis für eine

<sup>34</sup> BGH NJW 1981, 1211 (1212); BGH NJW-RR 2011, 1426 ff.; andere Fallgruppe RGZ 113, 264 ff. in dem ein Anwalt die Handakten seines Mandanten zurückbehält.

<sup>35</sup> Insolvenzverwalter: BGHZ 159, 122 (131) = NJW 2004, 2521 (Ls.); BGH NZI 2016, 892 ff.; BGH NJW 2019, 935 ff.; Zwangsverwalter: BGH NJW-RR 2009, 1710 ff.; BGH NJW-RR 2010, 426 ff.

<sup>36</sup> Vgl. BGH NJW-RR 2004, 1422 ff.

<sup>37</sup> So zuletzt BGH NJW 2019, 935 ff.

<sup>38</sup> BGH NJW-RR 2012, 411 ff. = NJW 2011, 1732 ff.

<sup>39</sup> BGH NJW-RR 2009, 1710 ff.

<sup>40</sup> BGH NJW 1976, 1402 ff. (Ls.).

<sup>41</sup> BGH NJW 1976, 1154 (1155); BGH, Beschl. v. 19.12.2018 – 3 StR 263/18 = BeckRS 2018, 37284.

<sup>42</sup> Zum Ganzen: BGH NJW-RR 2011, 1426 ff.

<sup>43</sup> RGZ 113, 264 (269).

<sup>44</sup> Arnold (Fn. 6), § 654 Rn. 15; Meier (Fn. 1), § 654 Rn. 34 ff.; Roth (Fn. 17), § 654 Rn. 3.

<sup>45</sup> Vgl. Arnold (Fn. 6), § 654 Rn. 2.

<sup>46</sup> BGHZ 36, 323 (326).

<sup>47</sup> Mugdan (Fn. 5), S. 937 f.; Hamm/Schwerdtner (Fn. 18), Rn. 759.

<sup>48</sup> Budde, MDR 1986, 896 (897).

<sup>49</sup> Meier (Fn. 1), § 654 Rn. 39; Roth (Fn. 17), § 654 Rn. 3; kritisch vor dem Hintergrund der Nachweisbarkeit der Voraussetzungen des § 280 BGB, Hamm/Schwerdtner (Fn. 18), Rn. 763.

von dem Entstehen eines ersatzfähigen Schadens unabhängige Anspruchsverwirklichung bestehe,<sup>50</sup> bleibt jedoch nebulös.

Ein praktisches Problem zeitigt die Rechtsprechungspraxis im Hinblick auf die Bestimmtheit der Tatbestandsvoraussetzungen. Ausdrücklich sollen lediglich schwerwiegende Treuepflichtverletzungen zur Verwirkung führen.<sup>51</sup> Die Abgrenzung zu leichten Pflichtverletzungen dürfte sich für den Rechtsanwender im Einzelfall schwierig gestalten.<sup>52</sup> Auch die Handhabung durch die Gerichte erscheint vor diesem Hintergrund inkonsistent. Legt man die oben dargestellten, vermeintlich zutreffenden Differenzierungskriterien der Rechtsprechung zugrunde, erschließt sich etwa die Nichtanwendung des § 654 BGB auf den Steuerberater nicht. Weshalb bei einem „Beratungsvertrag Sanierung“, der die Verwaltung einer Masse in den Mittelpunkt stellt, eine strafbare Untreue zulasten eben dieser Masse keine Verwirkung der Vergütung nach sich ziehen soll, obgleich dies bei einem Insolvenzverwalter der Fall ist, mag sich nicht erschließen. So begnügt sich der *Senat* in seinen Begründungen auch mit der pauschalen Ausführung, die durch den Vertrag vermittelte Position sei „mit der besonderen Funktion und Stellung der anderen Amtsträger nicht gleichzusetzen“.<sup>53</sup> Greifbare Kriterien zur Handhabung der Vorschrift lassen diese Ausführungen vermissen.

#### IV. § 654 BGB in direkter und analoger Anwendung in der Fallbearbeitung

Stellt sich nun in der Fallbearbeitung die Frage der Verwirkung des Lohnanspruchs außerhalb des originären Anwendungsbereichs des § 654 BGB, stellt sich die Frage, wie die Dichte der Rechtsprechung operationalisierbar ist. Neben der methodischen Vorgehensweise ist zunächst die Verortung im Prüfungsaufbau festzulegen. Ungeachtet der konkreten dogmatischen Einordnung<sup>54</sup> hat die Prüfung innerhalb des tradierten dreistufigen Aufbaus von „Anspruch entstanden – nicht erloschen – durchsetzbar“ auf der so gesehenen zweiten Ebene zu erfolgen.

Nachdem der Prüfungsort eruiert ist, muss nun auch der richtige methodische Einstieg geschaffen werden. Hierbei ist frappierend, dass die Literatur hinsichtlich der Erweiterung des Tatbestandes von einer analogen Anwendung des § 654 BGB spricht,<sup>55</sup> die Rechtsprechung hingegen lediglich den durch § 654 BGB verkörperten, allgemeinen Rechtsgedanken entsprechend anwenden will.<sup>56</sup> Auch wenn sich die Recht-

sprechung nicht mit dieser methodischen Feinheit aufhält, empfiehlt es sich, die Voraussetzungen einer Analogie zu prüfen und nicht im „luftleeren Raum“ allein den durch § 654 BGB verkörperten Rechtsgedanken zu entleeren und anzuwenden.

Zentrale Aufgabe des Prüflings dürfte es sein, die Voraussetzungen einer Analogie – planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage – darzulegen.

An dieser Stelle sollte zunächst erkannt werden, in welchem „Fahrwasser“ sich die Klausur abspielt: Geht es darum, ob ein anderer als in § 654 BGB genannter Pflichtverstoß zum Verlust des Lohnanspruchs des Maklers führt oder soll der Lohnanspruch eines anderen Berufsträgers dem Verdikt des § 654 BGB unterliegen? Diese Erkenntnis darf indes nicht dazu ermuntern, für methodisch fragwürdige Konstrukte – wie eine „doppelte Analogie“ – einzutreten, sondern soll nur Klarheit hinsichtlich der eigenen Argumentationslast schaffen.

##### 1. Planwidrige Regelungslücke

Eine planwidrige Regelungslücke verlangt, dass das Gesetz für eine bestimmte Fallgestaltung keine Regel vorsieht, obwohl der Sachverhalt innerhalb des von ihm geregelten Falles liegt.<sup>57</sup>

Da § 654 BGB einen „einzelnen Fall regelt“<sup>58</sup>, erscheint die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke zunächst fernliegend. Dennoch verbietet sich eine Analogie nicht per se.<sup>59</sup> Es muss sich vielmehr vom Standpunkt des Gesetzes aus ergeben, dass der „Gesetzesplan“ bei historischer und teleologischer Betrachtung unvollständig ist.<sup>60</sup>

##### a) Innerhalb des Maklerrechts

Fokussiert man sich zunächst auf das Maklerrecht, überzeugt es – gerade vor dem Hintergrund des Sinns und Zwecks der Norm und seines Strafcharakters (s.o.) – § 654 BGB auch auf andere sanktionswürdige Handlungen des Maklers auszudehnen. Die Systematik und das Leitbild des Schadensersatzes streiten freilich dagegen (s.o.).

##### b) Außerhalb des Maklerrechts

Auch außerhalb des Maklerrechts leuchtet dies ein, wenn man den Telos der Norm zur Richtschnur kürt und in § 654

geschlossen werden soll, handelt es sich richtigerweise um eine Analogie, vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1999, S. 202 ff.

<sup>57</sup> *Larenz/Canaris* (Fn. 55), S. 191.

<sup>58</sup> RGZ 113, 264 (269).

<sup>59</sup> So auch *Meier* (Fn. 1), § 654 Rn. 35.

<sup>60</sup> *Larenz/Canaris* (Fn. 55), S. 194; zur Unzulässigkeit einer zu starken Objektivierung, vgl. *Meier/Jocham*, JuS 2016, 392 (396) und BVerfG NJW 2011, 836 (838 Rn. 53): „Der Richter darf sich nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen. Er muss die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren und den Willen des Gesetzgebers unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung bringen.“

<sup>50</sup> So BGH NJW-RR 2009, 1710 (1710 Rn. 10).

<sup>51</sup> LG München II BeckRS 2019, 9653.

<sup>52</sup> *Hamm/Schwerdtner* (Fn. 18), Rn. 761.

<sup>53</sup> BGH NJW-RR 2011, 1426 (1428).

<sup>54</sup> *Fischer*, NZM 2001, 873 (874); *Mansel* (Fn. 26), § 654 Rn. 1; *Roth* (Fn. 17), § 654 Rn. 1.

<sup>55</sup> *Arnold* (Fn. 6), § 654 Rn. 10 ff.; *Meier* (Fn. 1), § 654 Rn. 24 ff.; *Roth* (Fn. 17), § 654 Rn. 2, 3.

<sup>56</sup> So zuletzt BGH NZI 2019, 139 (140 Rn. 16), Vorinstanz: LG Halle BeckRS 2018, 33150 Rn. 17. Die Vorgehensweise ist kritisch zu sehen. Dadurch, dass das Gesetz nicht selbst den Tatbestand erweitert (vgl. beispielsweise §§ 90a S. 3; 254 Abs. 2 S. 3 BGB), sondern der lückenhafte Gesetzestext ge-

BGB einen allgemeinen Rechtsgedanken erblickt, der auch auf andere Rechtsverhältnisse, die von besonderen Treuepflichten geprägt sind, übertragbar ist.<sup>61</sup> Es kann somit selbst hinsichtlich anderer Berufsfelder eine planwidrige Regelungslücke angenommen werden, da in den Vorschriften für die anderen Berufsgruppen eine solche Sanktionsnorm fehlt. Mitunter wird in § 654 BGB deshalb gar ein diskriminierendes Sonderrecht zulasten von Maklern gesehen.<sup>62</sup>

## 2. Vergleichbare Interessenlage

Die jeweilige planwidrige Regelungslücke müsste zudem bei einer vergleichbaren Interessenlage bestehen. Dafür müssen die Tatbestände „in den für die rechtliche Bewertung maßgebenden Hinsichten übereinstimmen“<sup>63</sup>. Dies wiederum bemisst sich daran, ob die gesetzlich zum Ausdruck kommende Wertung bei normativem Denken dem jeweiligen Tatbestand ebenbürtig ist.<sup>64</sup> Auch hier muss maßgeblich auf die ratio legis und die Grundgedanken der Norm abgestellt werden.<sup>65</sup>

### a) Innerhalb des Maklerrechts

Innerhalb des Maklerrechts kann mit dem Verweis auf die wertungsmäßige Vergleichbarkeit von Doppeltätigkeit und anderen schweren Pflichtverletzungen relativ leicht die vergleichbare Interessenlage bejaht werden. Es sollte aber nicht jede schwere Pflichtverletzung ausreichen, um die vergleichbare Interessenlage zu bejahen, sondern immer der Bezug zu der besonderen Treuebindung des Maklers hergestellt werden.

### b) Außerhalb des Maklerrechts

Auch außerhalb des § 654 BGB kommt der besonderen Treuebindung entscheidende Bedeutung zu. Dass andere Dienstverhältnisse, die ebenfalls von einer besonderen Treuepflicht geprägt sind, auch unter dem Regiment des Tatbestandes stehen können, erscheint plausibel, muss aber auch wertungsrechtlich indiziert sein. Denn nur dann besteht die erforderliche Gleichheit zwischen den Fällen. Um genau diese Klippe zu umschiffen, sind die Art des Pflichtverstoßes (objektives Kriterium) und der Grad des Verschuldens (subjektives Kriterium) in den Blick zu nehmen. Nur wenn eine besonders schwere Pflichtverletzung bei zumindest grob leichtfertigen Verhalten vorliegt, ist der Sachverhalt vergleichbar genug, um § 654 BGB heranzuziehen. Schwierigkeiten dürfte an dieser Stelle insbesondere die Fallgruppe des Steuerberaters bereiten, da die Rechtsprechung in dieser Hinsicht wenig kohärent ist und keine überzeugenden Argumente für ihren analogiefeindlichen Standpunkt liefert.

Unter Wertungsgesichtspunkten kann somit eine vergleichbare Interessenlage sowohl innerhalb als auch außerhalb des Maklerrechts angenommen werden. Sie kann aber ebenso mit

Verweis auf die Systemwidrigkeit und die Singularität des Tatbestandes abgelehnt werden.

## V. Fazit

Im Ergebnis können Prüflinge über eine Konfrontation mit § 654 BGB „erfreut sein“. Ist er in direkter Anwendung zu prüfen, so muss lediglich das Gesetz gelesen und angewendet werden; handelt es sich hingegen um eine analoge Anwendung, so kann alles vertreten werden: Sowohl die Bejahung der Analogie im Einklang mit der Rechtsprechung, als auch dessen Verneinung, die wegen der gewichtigen systematischen und dogmatischen Argumenten vorzugswürdig ist. Das Ergebnis und die Kenntnis etwaiger Entscheidungen sind nicht von Belang. Entscheidend ist lediglich ein sauberer Aufbau, methodisches Vorgehen sowie eine stringente und in sich konsistente Lösung.

<sup>61</sup> RGZ 113, 264 (269).

<sup>62</sup> Arnold (Fn. 6), § 654 Rn. 2.

<sup>63</sup> Larenz/Canaris (Fn. 55), S. 202.

<sup>64</sup> Larenz/Canaris (Fn. 55), S. 202.

<sup>65</sup> Larenz/Canaris (Fn. 55), S. 203.