

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2127 039

BGB §§ 654, 242 (Ba)

Zur Frage, ob ein Makler, der einen Alleinauftrag erhalten und einem anderen Makler eine Beteiligung an dem Maklerlohn versprochen hat, die Beteiligung deshalb verweigern darf, weil der andere Makler während der Laufzeit des Alleinauftrages ebenfalls für den Auftraggeber (erfolglos) tätig gewesen ist.

BGH, Urt.v. 26.Oktober 1966 - VIII ZR 80/64 - OLG München
LG München

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 80/64

URTEIL

Verkündet am

26. Oktober 1966

Klett, Justiz-
hauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Maklers Anton D. [REDACTED] in M. [REDACTED], H. [REDACTED]straße [REDACTED],
Beklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

die Rechtsanwältin Dr. Edeltraud B. [REDACTED] in M. [REDACTED],
K. [REDACTED]straße [REDACTED], als Nachlaßpflegerin für den Nach-
laß des Maklers Georg H. [REDACTED], wohnhaft gewesen in M. [REDACTED],
Ba. [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Oktober 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Mormann und Braxmaier für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 8. Januar 1964 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

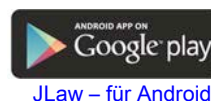
Tatbestand:

Die Klägerin ist die Nachlaßpflegerin für den Nachlaß des während des Berufungsrechtszuges verstorbenen ursprünglichen Klägers, der im folgenden weiter als Kläger bezeichnet wird. Der Kläger, ein Immobilienmakler, und der Architekt Dr. W. [REDACTED] standen seit dem Jahre 1955 mit der Firma Georg Sch. [REDACTED] & Sohn, der Eigentümerin eines Ruinengrundstückes in M. [REDACTED], wegen eines Wiederaufbaues oder Verkaufs dieses Grundstücks in Verbindung. Im Jahre 1960 entschloß sich die Grundstückseigentümerin, das Grundstück durch Einräumung eines Erbbaurechts an einen Aufbauwilligen gegen Vorauszahlung eines Erbbauzinses von mindestens 800 000 DM zu verwerten. Da der Kläger damals niemand an der Hand hatte, der zu diesen Bedingungen das Grundstück bebauen wollte, setzte sich Dr. W. [REDACTED] mit dem

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



Beklagten, einem anderen Makler, in Verbindung. Er empfahl der Grundstückseigentümerin, den Beklagten als Makler neben dem Kläger zu beauftragen. Der Beklagte erhielt von der Firma Sch[REDACTED] & Sohn einen befristeten Alleinauftrag unter der ausdrücklichen Bedingung, daß er von der Auftraggeberin Provision nicht zu beanspruchen habe. Durch seine Vermittlung kam mit der Me[REDACTED]-Bank, Hd[REDACTED] KG ein Erbbaurechtsvertrag zustande. Der Beklagte erhielt von der Bank eine Vermittlungsprovision, deren Höhe dem Kläger nicht bekannt ist.

Der Kläger trägt vor, Dr. Weicht habe bei der einleitenden Besprechung mit dem Beklagten seine vom Beklagten gewünschte vermittelnde Tätigkeit davon abhängig gemacht, daß der Beklagte den Kläger mit Rücksicht auf dessen langjährige Bemühungen an der zu erwartenden Provision beteilige, daß er ihn "mitkommen lasse". Der Beklagte habe sich mit dieser Forderung ausdrücklich einverstanden erklärt. In Maklerkreisen werde unter "mitkommen" eine Provisionsbeteiligung zwischen 25 und 50 % verstanden. Da der Beklagte sich weigert, dem Kläger einen Teil der von der Me[REDACTED]-Bank gezahlten Provision zu zahlen, fordert der Kläger einen Anteil, der in der Mitte zwischen 25 und 50 % liegt, mithin 37,5 %. Der Kläger begehrt mit der Klage Auskunft, welche Provision der Beklagte von der Me[REDACTED]-Bank empfangen hat, und die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 37,5 % der von ihm in der Auskunft nachgewiesenen Provision.

Der Beklagte bestreitet, sich wirksam verpflichtet zu haben, den Kläger an der von ihm verdienten Provision zu beteiligen. Wenn aber der Kläger von ihm eine Pro-

visionsbeteiligung hätte beanspruchen können, hätte der Kläger, so meint der Beklagte, seinen Beteiligungsanspruch verwirkt, weil er während der Laufzeit des Alleinauftrags der Grundstückseigentümerin andere Interessenten genannt habe.

Das Landgericht hat durch Teilurteil den Beklagten verurteilt, dem Kläger Auskunft zu erteilen, welche Provision er von der Me[REDACTED]-Bank empfangen hat. Die Berufung des Beklagten blieb erfolglos.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Antrag auf Klageabweisung weiter. Die nunmehrige Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht sieht aufgrund der Bekundung des Dr. W[REDACTED] als Zeugen folgendes als erwiesen an: Der Beklagte habe ein nicht unerhebliches Interesse daran gehabt, daß Dr. W[REDACTED] bei der Grundstückseigentümerin darauf hinwirke, ihn, den Beklagten, mit der Vermittlung eines Erbbaurechtsvertrages zu beauftragen. Der Beklagte habe, wie er selbst nicht bestreite, erst durch Dr. W[REDACTED] erfahren, zu welchen wesentlichen Bedingungen (Erbbaurechtsübertragung, im voraus zahlbarer Erbbauzins) die Grundstückseigentümerin über das Grundstück verfügen wolle. Erst die Kenntnis dieser Vertragsbedingungen habe ihn in die Lage versetzt, ernsthafte Interessenten zu suchen und zu benennen. Ihm sei es sehr erwünscht und vorteilhaft gewesen, daß Dr. W[REDACTED] ihn der Grundstückseigen-

tümerin, wenn auch neben dem Kläger, für die Erteilung eines Maklerauftrages vorschlage. Dr. W. [REDACTED] habe schon einige Jahre mit der Grundstückseigentümerin wegen des Wiederaufbaus des Grundstücks verhandelt, so daß zu erwarten gewesen sei, seine Empfehlung werde nicht ohne Einfluß auf die Entscheidung der Grundstückseigentümerin sein. Dr. W. [REDACTED] habe vom Beklagten als Gegenleistung für diese erwünschten und nützlichen Dienste verlangt, daß er den Kläger, der bereits seit Jahren in die Verhandlungen über den Wiederaufbau des Ruinengrundstücks als Makler eingeschaltet gewesen war, an der zu erwartenden Provision beteilige, ihn "mitkommen lasse". Der Beklagte habe erwidert, das sei selbstverständlich, und habe sich erkundigt, wie hoch der Kläger sich seine Beteiligung vorstelle. Dr. Weicht habe geantwortet, das müsse der Beklagte mit dem Kläger persönlich ausmachen, das könne er nicht sagen. Das Berufungsgericht führt weiter aus, der Beklagte bestreite auch nicht ernstlich, daß Dr. W. [REDACTED] gewünscht habe, er solle den Kläger an der Provision beteiligen, und daß er sich grundsätzlich hierzu bereit erklärt habe. In den Erklärungen des Dr. W. [REDACTED] und des Beklagten sieht das Berufungsgericht den Abschluß eines Vertrages zwischen beiden zugunsten des Klägers mit der Wirkung, daß der Kläger das Recht erworben habe, eine Beteiligung an der von der Me. [REDACTED]-Bank gezahlten Provision zu fordern. Allerdings, so meint das Berufungsgericht, habe Dr. W. [REDACTED] die Höhe der von ihm geforderten Provisionsbeteiligung des Klägers nicht festgelegt. Nach § 315 BGB habe er es damit dem Beklagten überlassen, die Höhe der Beteiligung nach billigem Ermessen zu bestimmen. Seine Erklärung, die Höhe müsse er mit dem Kläger selbst ausmachen, bedeute, daß Dr. W. [REDACTED] dem Beklagten anheimgestellt habe, den etwas schwer

zu begrenzenden Rahmen des billigen Ermessens im Benehmen mit dem Kläger auszufüllen, um spätere Zweifelsfragen zu vermeiden.

II. 1. Die Revision greift einmal die Auffassung des Berufungsgerichts an, der Beklagte habe den Willen gehabt, sich zu verpflichten.

a) Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen Dr. W. haben müssen. Mit dieser Rüge kann die Revision keinen Erfolg haben.

Die Feststellungen des Berufungsgerichts beginnen mit den Worten: "Aufgrund der Zeugenaussage des Dr. W., gegen deren Richtigkeit stichhaltige Gründe nicht vorgebracht sind, steht folgendes zur Überzeugung des Senats fest". Die Auffassung der Revision, mit diesem Satz allein habe das Berufungsgericht sämtliche vom Beklagten vorgebrachten Umstände abgehandelt, die die Richtigkeit der Aussage erschüttern sollen, trifft nicht zu. Wie der Zusammenhang ergibt, stellt der Satz nur eine Zusammenfassung des vom Berufungsgericht aufgrund der dann folgenden Ausführungen gefundenen Ergebnisses der Beweiswürdigung dar. Es meint ersichtlich, die vom Beklagten vorgetragenen Gründe hätten sich als nicht stichhaltig erwiesen. Das Berufungsgericht setzt sich bei der folgenden Beweiswürdigung des längeren mit allen Einwendungen auseinander, die der Beklagte gegen die Darstellung des Zeugen, es sei ein Vortrag zustande gekommen, erhoben hat. Insbesondere beschäftigt es sich auch mit den angeblichen Widersprüchen zwischen der Aussage des Zeugen und einem von ihm an die Firma Georg Sch. & Sohn gerichteten Schreiben

vom 28. August 1961. Wenn das Berufungsgericht glaubt, diese Widersprüche könnten die Darstellung des Zeugen nicht erschüttern, so liegt das im Rahmen der dem Tatrichter obliegenden Beweiswürdigung. Verfahrensverstöße sind in dieser Hinsicht nicht zu ersehen.

Das Berufungsgericht hat sich allerdings nicht mit dem Umstand auseinandergesetzt, daß Dr. W. in dem Schreiben vom 28. August 1961 gegenüber der Firma Georg Sch. & Sohn erklärt hatte, es liege gegen den Beklagten belastendes Material vor, und daß der Beklagte gegen Dr. W. eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung erwirkt hatte. Der Streit hat indessen mit einem Vergleich geendet, durch den Dr. W. sich verpflichtete, geschäftsschädigende Äußerungen über den Beklagten zu unterlassen. Außerdem stellt das Berufungsgericht fest, Dr. W. habe kein eigenes Interesse an der Provisionsbeteiligung des Klägers. Unter diesen Umständen bildet es keinen Vorfahrensverstoß, wenn das Berufungsgericht sich nicht ausdrücklich darüber ausgelassen hat, ob die Bekundung des Zeugen Dr. W. etwa durch Feindschaft gegenüber dem Beklagten beeinflußt worden ist, sondern im Zusammenhang mit den von ihm erörterten anderen Umständen dem Zeugen Glauben geschenkt hat.

b) Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe zu Unrecht angenommen, der Beklagte habe nicht bestritten, daß er erst durch Dr. W. erfahren habe, zu welchen wesentlichen Bedingungen die Grundstückseigentümerin über das Grundstück verfügen wolle. Diese Behauptung habe, so meint die Revision, der Kläger selbst nicht aufgestellt. Die Rüge kann keinen Erfolg haben. Die Worte der Entscheidungsgründe: "Der Beklagte hat aber

selbst nicht bestritten", enthalten eine Feststellung über das Vorbringen der Parteien und sind deshalb Tatbestand des Urteils. Nach § 314 ZPO liefert der Tatbestand vollen Beweis für das mündliche Parteivorbringen. Im übrigen hat der Kläger im Schriftsatz vom 8. April 1963 vorgetragen, Dr. W. [REDACTED] habe mit Schreiben vom 8. Dezember 1960 dem Beklagten die zur Bearbeitung erforderlichen Unterlagen übersandt. Das hat der Beklagte nicht bestritten.

c) Die Revision macht geltend, daß die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe sich vertraglich binden wollen, den Kläger an einer etwaigen Provision zu beteiligen, der Lebenserfahrung widerspreche. Nicht der Beklagte habe ein Interesse an der Einschaltung des Dr. W. [REDACTED] gehabt, sondern Dr. W. [REDACTED] ein Interesse an der Tätigkeit des Beklagten, weil der Beklagte ihn der Me. [REDACTED]-Bank als Architekten habe benennen sollen. Entgegen der Meinung der Revision hat indessen das Berufungsgericht das Interesse des Dr. W. [REDACTED] nicht übersehen. Es stellt fest, daß er als Architekt seit etwa 1955 mit der Firma Georg Sch. [REDACTED] & Sohn wegen des Wiederaufbaus in Verbindung gestanden habe. Im Tatbestand wird weiter als Behauptung des Beklagten angeführt, daß Dr. W. [REDACTED] am Zustandekommen des Erbbaurechtsvertrages interessiert gewesen sei, weil er sich einen Architektenauftrag erhofft habe. Daß das Berufungsgericht das eigene Interesse des Dr. Weicht übersehen haben könnte, ist nicht anzunehmen. Ein eigenes Interesse des Dr. W. [REDACTED] schließt aber nicht aus, daß umgekehrt auch der Beklagte sich der Mitwirkung des Dr. W. [REDACTED] zur Erlangung des Maklerauftrages durch die Firma Georg Sch. [REDACTED] & Sohn

bedient und dem Dr. W. eine Beteiligung des Klägers an der vom künftigen Erbbauberechtigten zu zahlenden Maklerprovision zugesagt haben kann. Von der Außerachtlassung eines Erfahrungsgrundsatzes oder einer anerkannten Auslegungsregel kann keine Rede sein.

Ebensowenig hat die Rüge der Revision Erfolg, die Würdigung des Berufungsgerichts sei denkgesetzlich nicht möglich, weil die festgestellte Bindung des Beklagten nach der Lebenserfahrung schlechthin unvorstellbar sei. Der Beklagte würde, so meint die Revision, den Kläger nicht an seiner Provision beteiligt haben, ohne ein Konkurrenzverbot vereinbaren oder sich seinerseits die Beteiligung an einer vom Kläger etwa verdienten Provision versprechen zu lassen. Auch sei die Annahme abwegig, daß der Beklagte in eine Provisionsbeteiligung eingewilligt hätte, ohne daß sich der Kläger seinerseits an den entstehenden Unkosten des Beklagten beteiligte. Diese Gedankengänge der Revision sind nicht zwingend; sie versucht eine eigene Würdigung an die Stelle der für das Revisionsgericht bindenden Würdigung des Berufungsgerichts zu setzen.

Soweit die Revision geltend macht, der Beklagte habe, weil er schon vor der ersten Besprechung mit Dr. W. in einem Schriftwechsel mit der Firma Georg Sch. & Sohn gestanden habe, kein Interesse an einem "Entgegenkommen" des Dr. W. gehabt, setzt sie sich mit den bindenden Feststellungen des Tatrichters in Widerspruch.

d) Erfolglos wendet die Revision sich weiter gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, Dr. W. habe

vom Beklagten als Gegenleistung verlangt, daß der Beklagte den Kläger an der zu erwartenden Provision beteilige. Ein Verstoß gegen einen Grundsatz der Lebenserfahrung liegt offensichtlich nicht vor. Die Feststellung des Berufungsgerichts, Dr. W. [REDACTED] habe den Beklagten als neuen Makler der Grundstückseigentümerin nur empfehlen wollen, wenn der Beklagte dafür den Kläger, mit dem Dr. W. [REDACTED] seit Jahren zusammen die Verwertung und den Aufbau des Ruinengrundstücks betrieben hatte, für die bisher aufgewendeten Mühen und Kosten entschädigte, ist möglich und läßt auch sonst Verfahrensverstöße nicht erkennen.

2. Auch die Würdigung des Berufungsgerichts, durch die Erklärungen des Beklagten und des Dr. W. [REDACTED] sei ein Vertrag zustande gekommen, hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Soweit die Revision geltend macht, der Beklagte habe den Willen, eine vertragliche Bindung einzugehen, nicht nach außen erklärt, setzt sie sich in Widerspruch zu den bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts. Es läßt keinen Rechtsverstoß erkennen, wenn das Berufungsgericht zu seiner Auffassung, der Beklagte habe gegenüber Dr. W. [REDACTED] seinen Verpflichtungswillen zu erkennen gegeben, deshalb gelangt, weil der Beklagte nicht ernstlich bestritten habe, daß Dr. W. [REDACTED] gewünscht habe, er solle den Kläger an der Provision beteiligen, und er sich grundsätzlich hierzu bereit erklärt habe. Die Revision meint, der Beklagte habe nur vorgetragen, er habe völlig unverbindlich erklärt, man könne auch den Kläger "mitkommen lassen". Nichts anderes hat indessen auch das Berufungsgericht sagen wollen. Es fährt nämlich bei der Wiedergabe der Erklärung des Beklagten fort, dieser vertrete im Ge-

gensatz zum Kläger den Standpunkt, daß die beiderseitigen Erklärungen ihn nicht rechtswirksam verpflichtet hätten. Die Bindungswirkung seiner Erklärung entnimmt das Berufungsgericht aber weiteren Umständen. Es meint ersichtlich, auf den inneren Willen des Beklagten komme es nicht an. Seine Erklärung habe Dr. W. [REDACTED] als Erklärungsgegner nicht als unverbindlich angesehen. Dieser habe im Vertrauen auf die Erfüllung des Versprechens dem Beklagten wertvolle Informationen erteilt und ihn der Grundstückseigentümerin als Makler empfohlen. Nach Überzeugung des Berufungsgerichts hätte er das, wie auch der Beklagte erkennen mußte, nicht getan, wenn er das Versprechen der Beklagten für unverbindlich gehalten hätte. Diese Auffassung des Berufungsgerichts entspricht der ständigen Rechtsprechung, daß bei Vertragsverhandlungen jeder seine Erklärungen so gegen sich gelten zu lassen hat, wie sie der andere verstehen darf und muß.

Entgegen der Meinung der Revision enthält es auch keinen Rechtsirrtum, wenn das Berufungsgericht eine Bindungswirkung annimmt, obwohl Dr. W. [REDACTED] im Schreiben vom 28. August 1961 an die Firma Georg Sch. [REDACTED] & Sohn davon spricht, er habe den Beklagten "gebeten", den Kläger mitkommen zu lassen. Daß ein Vertragsangebot auch in die Form einer Bitte gekleidet werden kann, unterliegt keinen Bedenken.

Fehl geht auch die Ansicht der Revision, ein Vertrag könne nicht zustande gekommen sein, weil der Beklagte in dieses Schreiben u.a. erklärt hat:

"Damit nicht nachher Differenzen entstehen, halte ich die Klärung der obigen Punkte (gemeint ist die

Honorierung seiner eigenen Arbeiten und die Beteiligung des Klägers an der Provision des Beklagten) vor Abschluß des Erbbaurechtsvertrages für sehr wichtig, da wir uns sonst nur an Ihre Firma wenden könnten."

Die Revision will daraus schließen, Dr. W. [REDACTED] sei sich darüber klar gewesen, daß dem Kläger Ansprüche nur gegen die Firma Georg Sch. [REDACTED] & Sohn zuständen. Mit Recht meint das Berufungsgericht, ein Provisionsanspruch des Klägers gegen die Grundstückseigentümerin würde den hier geltend gemachten Anspruch auf Provisionsbeteiligung gegen den Beklagten nicht ausschließen. Der Sinn der Aufforderung ist offenbar der, die Firma Georg Sch. [REDACTED] & Sohn möge auch ihrerseits in dem mit der Me. [REDACTED]-Bank zu schließenden Verträge vereinbaren, daß der Kläger für seine der Firma Georg Sch. [REDACTED] & Sohn geleisteten jahrelangen Arbeiten durch eine Beteiligung an der von der Me. [REDACTED]-Bank dem Beklagten zu zahlenden Provision entschädigt werde und daß, wenn deswegen Differenzen zum Nachteil des Klägers entstünden, dieser sich nur an die Firma Sch. [REDACTED] halten könne.

Damit erweist sich auch die Rüge der Revision als unbegründet, es handele sich bei der Zusage des Dr. W. [REDACTED], den Beklagten bei der Firma Georg Sch. [REDACTED] & Sohn zu empfehlen, um eine Gefälligkeit, für die eine Gegenleistung nicht geschuldet sei.

b) Die Revision meint weiter, ein Vertrag sei deshalb nicht zustande gekommen, weil die Vertragspartner sich nicht über alle Punkte des zu schließenden Vertrages geeinigt hätten, über die eine Vereinbarung habe getroffen werden sollen.

Soweit die Revision vorträgt, der Beklagte habe eine Beteiligung des Klägers an der Provision höchstens dann versprechen wollen, wenn die Frage des Konkurrenzverbotes und der Beteiligung des Klägers an den Kosten und Auslagen des Beklagten geregelt worden sei, kann ihr schon deshalb nicht gefolgt werden, weil sie nicht geltend machen kann, daß der Beklagte gegenüber Dr. W. [REDACTED] erklärt habe, über diese Punkte solle eine Vereinbarung getroffen werden. Eine solche Erklärung setzt der Tatbestand des § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB voraus.

Dagegen ist unstreitig eine Vereinbarung über die Höhe der Beteiligung nicht getroffen worden. Die Ausführung des Berufungsgerichts, Dr. W. [REDACTED] habe zwar die Höhe nicht festgelegt, nach § 315 BGB habe er damit dem Beklagten überlassen, die Höhe nach billigem Ermessen zu bestimmen, ist mindestens im Ergebnis nicht zu beanstanden. Bei einem Versprechen, im Interesse eines anderen gegen Beteiligung an dessen Gewinn tätig zu werden, ist die Höhe der Gewinnbeteiligung ein wesentlicher Vertragsbestandteil. Lassen es die Vertragsschließenden an einer Einigung über einen wesentlichen Bestandteil gänzlich fehlen, so kommt allerdings ein Vertrag nicht zustande. Dann tritt auch nicht an die Stelle der fehlenden Einigung eine Bestimmung der Leistung nach §§ 315, 316 BGB durch den Teil ein, der die Gegenleistung zu fordern hat. So ist aber, entgegen der Meinung der Revision, der von der Revision angegriffene Satz des Berufungsurteils, wie der Zusammenhang der Entscheidungsgründe ergibt, nicht zu verstehen. Das Berufungsgericht meint ersichtlich nicht, daß die Vertragsparteien überhaupt keine Einigung über die Höhe der Beteiligung getroffen hätten. Es legt die Erklärungen vielmehr dahin aus, die Ver-

tragsparteien seien dahin übereingekommen, es solle eine nach gewissen, schon vertragsmäßig festgelegten Gesichtspunkten noch zu bestimmende Leistung geschuldet werden. Der Beklagte solle nämlich nach billigem Ermessen die Höhe der Beteiligung bestimmen können. Eine solche Vereinbarung ist rechtlich zulässig und entspricht den Auslegungsbestimmungen der §§ 315, 316 BGB. Die weitere Auslegung des Berufungsgerichts, es sei vereinbart worden, daß der Beklagte seine Bestimmung im Einvernehmen mit dem Kläger treffen solle, ist möglich. Den Vertragsparteien ist es unbenommen, über die Art der Bestimmung vom Gesetz abweichende Abreden zu treffen. Das würde im vorliegenden Fall bedeuten, daß der Beklagte vor der Bestimmung über die Höhe der Beteiligung sich mit dem Kläger ins Benehmen setzen muß, und nur, wenn eine Einigung nicht zustande kommt, seine Bestimmung nach billigem Ermessen treffen darf. Eine solche Auslegung ist weder widersprüchlich noch mit den festgestellten Erklärungen der Vertragsparteien unvereinbar.

c) Entgegen der Meinung der Revision ist nach dem festgestellten Sachverhalt die zwischen Dr. W. [REDACTED] und dem Beklagten getroffene Abrede nicht als formloses Schenkungsversprechen unwirksam. Die Gegenleistung des Dr. Weicht steht in der vom Berufungsgericht festgestellten Verpflichtung, bei der Firma Georg Sch. [REDACTED] & Sohn darauf hinzuwirken, daß diese den Beklagten als Makler beauftrage.

3. Der Beklagte ist der Auffassung, der Kläger habe einen etwaigen Beteiligungsanspruch dadurch verwirkt, daß er ihm während der Dauer des Alleinauftrages Konkurrenz gemacht habe. Das Berufungsgericht führt hierzu aus,

es stehe zunächst nicht fest, daß der Kläger, als er der Grundstückseigentümerin einen Interessenten benannte, den Alleinauftrag des Beklagten gekannt habe. Im übrigen sei der Kläger nicht ohne weiteres verpflichtet gewesen, jegliche eigene Bemühungen zu unterlassen und dem Beklagten keine Konkurrenz zu machen. Die Benennung eines Interessenten sei daher nicht treuwidrig gewesen.

Diese Auffassung hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Das Vertragsverhältnis, aus dem der Kläger seinen Anspruch herleitet, ist kein Maklervertrag, sondern ein partiarisches Rechtsverhältnis besonderer Art. Eine unmittelbare Anwendung des § 654 BGB kommt daher nicht in Betracht. Ob diese Bestimmung in Fällen grober Verletzung der Treupflicht auch über das Maklerrecht hinaus auf andere Verträge, die eine besondere Treupflicht der Parteien gegeneinander begründen, entsprechend anwendbar ist, ist streitig. Der Bundesgerichtshof (Urteil vom 29. April 1963 - III ZR 211/61 - NJW 1963, 1301) hat für den Anwaltsvertrag bei schuldhafter Verletzung wesentlicher Anwaltpflichten eine entsprechende Anwendung des § 654 BGB abgelehnt und sie höchstens für den Fall des Parteiverrats für möglich gehalten. Einer endgültigen Entscheidung bedarf es nicht. Schon im Maklerrecht rechtfertigt nicht jede Pflichtverletzung die Verwirkung des Provisionsanspruches, sondern nur ein treuwidriges Verhalten im eigentlichen und engeren Sinne, in der Regel eine vorsätzliche Verletzung der Treupflicht, höchstens aber ein grob leichtfertiger Verstoß, der nach allgemeinem Rechts- und Billigkeitsempfinden den Makler als seines Lohnes unwürdig erscheinen läßt (BGHZ 36, 323, 327). Ein solcher Verstoß gegen die Treupflicht liegt nicht vor. Das Berufungsgericht hat in bindender Weise den Vertrag dahin ausgelegt,

daß der Kläger nicht ohne weiteres verpflichtet war, jegliche eigene Bemühungen zu unterlassen. Diese Auslegung begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Bei partiarischen Rechtsverhältnissen fehlt im Gegensatz zur Gesellschaft die Gemeinsamkeit des Zweckes. Sie sind Austauschverträge, durch die jeder Beteiligte seine eigenen Interessen verfolgt und sich nicht mit dem anderen in Gesellschaftstreue zu einem Gemeinschaftszweck verbunden hat (Schultze von Lasaulx bei Soergel/Siebert 9. Aufl. § 705 Anm. 11). Das Berufungsgericht hätte auch auf das eigene Vorbringen des Beklagten verweisen können, er würde sich zu einer Beteiligung des Klägers an der von ihm, dem Beklagten, verdienten Provision höchstens verstanden haben, wenn er im Konkurrenzfalle auch an einer dem Kläger zustehenden Provision beteiligt worden wäre. Daß der Kläger als der zuerst tätig gewesene Makler trotz des ihm, dem Beklagten, von der Firma Georg Sch[REDACTED] & Sohn erteilten Alleinauftrages noch weiter tätig werde, hat der Beklagte also für nicht ausgeschlossen gehalten. Unter diesen Umständen stellt das Verlangen des Klägers auch nicht etwa eine gegen Treu und Glauben verstoßende, unzulässige Rechtsausübung dar.

III. Die Revision des Beklagten war daher zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Mormann

Braxmaier