

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 167/73

### URTEIL

Verkündet am

19. Dezember 1974

Justizangestellte

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bankgeschäfts Karl M. KG, Zweigniederlassung  
D., D., Am W., vertreten durch  
ihre persönlich haftenden Gesellschafter Dr. Karl-Ernst  
M. und Hildegard F. geb. M.,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

den Bauunternehmer Peter Ludwig H., O.  
(R.), Lstraße,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Dezember 1974 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Fleck, Dr. Bauer, Dr. Kellermann und Dr. Tidow

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 21. Mai 1973 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 16. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte wollte auf einem ihm gehörenden Grundstück ein Haus mit etwa 38 Wohnungen und etwa 20 Garagen bauen. Er trat wegen der Finanzierung dieses Vorhabens an die H[REDACTED] Volksbank heran. Diese erörterte den Plan mit Leo Q[REDACTED], einem Mitarbeiter der Finanzmaklerin Johanna Qu[REDACTED], und schrieb dann am 16. Juni 1971 an Frau G[REDACTED], eine andere Mitarbeiterin Johanna Qu[REDACTED]s, der Beklagte suche eine "Vollfinanzierung", sie möge die mitübersandten vom Beklagten zur Verfügung gestellten

- 5 -

Unterlagen prüfen und dann mit ihm in Verhandlungen treten. Frau Qu[REDACTED] leitete diese ihr von Frau G[REDACTED] überlassenen Unterlagen an die Klägerin weiter und teilte dieser am 19. Juni 1971 mit:

"... Das Grundstück ist Eigentum des Bauherrn. Es wird eine erststellige Hypothek, sowie ein Bausparkassendarlehen benötigt. Die Zwischenfinanzierung dieses Darlehens würde unter Umständen die H[REDACTED] Volksbank AG übernehmen.

Wir bitten zu prüfen, wie die Finanzierungsmöglichkeiten sind. ..."

Nach dem mitübersandten Finanzierungsplan sollten die Baukosten von rund 2,7 Mio. DM außer durch Eigenmittel durch eine erststellige Hypothek über 1,4 Mio. DM und eine zweite Hypothek über 700.000 DM aufgebracht werden.

Die Klägerin erklärte sich in ihrem Schreiben vom 23. Juni 1971 "grundsätzlich bereit, für das vorgenannte Projekt ein erststelliges Hypothekendarlehen über DM 1.400.000 zu derzeit folgenden Bedingungen zur Verfügung stellen zu lassen". Am Ende dieses Schreibens heißt es sodann:

"An dem vorgelegten Finanzierungsplan müßte noch gearbeitet werden, da die vorgesehene zweitstellige Finanzierung den Betrag von DM 700.000 mit hinreichender Sicherheit nicht erreichen wird. Sofern an ein zweitstelliges Bauspardarlehen gedacht ist, wird dieses bei voraussichtlich 1,9 Mio. DM auslaufen, so daß das Eigenkapital insgesamt DM 800.000 betragen müßte."



Leo Q. [REDACTED] überbrachte dieses Schreiben dem Beklagten und legte ihm gleichzeitig die von der Klägerin mit-  
übersandte auf einem Formular vordruckte Vereinbarung zur Unterzeichnung vor, die im wesentlichen lautete:

"Vereinbarung über die Verwaltung eines zu bestellenden erststelligen Hypothekendarlehens.

1. Ich (Beklagter) ... beauftrage das Bankgeschäft (Klägerin), ein für das vorgenannte Grundstück aufzunehmendes erststelliges Hypothekendarlehen in Höhe bis zu etwa DM 1.400.000 zu verwalten und im Einvernehmen mit der betreffenden Hypothekenbank ... bis zur Restauszahlung abzuwickeln ...
2. ...
3. I. Zum Ausgleich der vom Bankgeschäft ... erbrachten Leistungen zahle ich diesem eine einmalige Verwaltungsgebühr in Höhe von 3 % des entstandenen Hypothekendarlehens. Die Gebühr wird widerruflich bis zur Auszahlung der ersten Rate des Hypothekendarlehens gestundet, längstens für die Dauer von sechs Monaten.
- II. Trete ich von diesem Verträge zurück, verpflichte ich mich, dem Bankgeschäft ... einen zu pauschalisierenden Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu zahlen. Die Pauschale beträgt
  - a) für den Fall, daß der Rücktritt vor der Hypothekenzusage und damit vor Beginn der hier erbetenen Verwaltungsfunktion ausgesprochen wird, 1 % der nominellen Darlehenssumme,
  - b) in allen späteren Fällen der Höhe nach wie oben unter Ziff. 3 Abs. 1 vereinbart.

III. Dem Rücktritt vom Vertrage steht es gleich, wenn ich meine weitere und notwendige Mitwirkung an der Bestellung, Beurkundung oder Abwicklung des Hypothekendarlehens nach Fristsetzung ablehne oder durch sonstige Handlungen zu erkennen gebe, daß ich an der Durchführung dieses Vertrages nicht mehr interessiert bin. Das gleiche gilt, falls die Hypothekengeberin aus Gründen, die der Darlehensnehmer zu vertreten hat, vom Darlehensvertrag zurücktritt.

IV. Das Bankgeschäft ... ist berechtigt, den heutigen Auftrag ohne Angabe von Gründen gebührenfrei zurückzugeben. Änderungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. Gerichtsstand ist Düsseldorf. Im übrigen gelten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bank- und Bankiersgewerbes. ..."

Der Beklagte setzte in Ziffer 1 hinter die Darlehenssumme "DM 1.400.000,--" die Wörter "und mehr" und unterzeichnete die Vereinbarung am 24. Juni 1971. Die Klägerin versprach, von der im Vertrag vorgesehenen Verwaltungsgebühr 1 % der Volksbank und 0,75 % an Johanna Qu[REDACTED] abzuführen. Am 30. Juni 1971 bat sie die Vereinsbank in Nürnberg, dem Beklagten ein durch eine erststellige Hypothek gesichertes Darlehen in Höhe von 1,5 Mio. DM anzubieten. Nach dem gleichzeitig von ihr vorgelegten Finanzierungsplan sollten die mit 2.845.470 DM veranschlagten Baukosten durch das mit 142.600 DM geschätzte Bauland, eine erste Hypothek der Vereinsbank über 1,5 Mio. DM und ein Eigenkapital in Höhe von 1.202.870 DM aufgebracht werden. In der mitübersandten Rentabilitätsberechnung waren die jährlichen Einnahmen aus der Vermietung der Wohnungen und Garagen auf insgesamt 183.372 DM geschätzt worden.

Am 14. Juli 1971 bot die Vereinsbank ein durch eine erstrangige Hypothek zu sicherndes Darlehen in Höhe von 1,4 Mio. DM an und fügte neben weiteren Vorbehalten hinzu, sie könne ein Darlehen in dieser Höhe nur gewähren, wenn ihr eine Gesamtjahresmiete von mindestens 183.372 DM und ein Verkaufspreis für die Wohnungen von mindestens 1.100 DM je qm nachgewiesen werde.

Der Beklagte nahm das Angebot trotz Mahnungen nicht an. Nach einer Besprechung schrieb die Klägerin dem Beklagten am 16. August 1971

- "1. Wir haben davon Kenntnis genommen, daß Sie über das erststellige Darlehen in Höhe von DM 1.400.000 hinaus ... weitere Mittel benötigen, die möglichst eine Laufzeit von 15 Jahren haben sollten, und zwar bis zu DM 1.800.000 max. auslaufend.
2. Wir haben daher vereinbart, daß wir uns über die Gesamtfinanzierung Ihres Projektes mit Ihrer Hausbank, der H. Volksbank ... unterhalten und gemeinsam beraten wollen. Hierzu haben wir Ihnen eröffnet, daß grundsätzlich auch höhere Mittel zweitstellig zur Verfügung stehen, deren Art und Abwicklung jedoch voraussetzt, daß wir auch die subjektive Seite dieses Prozesses näher erörtern. Wir baten daher, daß Sie uns die Bilanzen Ihres Hauses der letzten drei Jahre vorlegen ... Sie gaben zwar zu bedenken, daß es sich hier nicht um ein Bauvorhaben Ihrer Firma handele, sondern um ein Projekt, das in Ihrem Privatvermögen stünde. Bei der Rechtsform einer oHG. stehen jedoch Firmenvermögen und Privatvermögen in kreditmäßiger Hinsicht in einer so starken Wechselwirkung, daß sich beide Seiten nicht voneinander unterscheiden lassen. ..."

Nach einer weiteren Besprechung wiederholte die Klägerin in ihrem Schreiben vom 7. September 1971 diese Vorschläge und setzte dem Beklagten zur Annahme des Darlehensangebots eine Frist, "letztmalig bis zum 20. 9. 1971". Als der Beklagte hierauf nicht einging, teilte sie am 27. Oktober 1971 mit, sie halte die Verhandlungen in dieser Sache für abgeschlossen, und forderte die Zahlung der in der Vereinbarung für sie vorgesehenen Vergütung, allerdings nur in Höhe von 2 %, weil sie davon ausging, daß die Volksbank auf ihren Anteil verzichten werde. Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 28.000 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte hat eine Zahlungspflicht bestritten, weil er Q [REDACTED], der stets für die Klägerin aufgetreten sei, vor der Unterzeichnung der Vereinbarung erklärt habe, das erststellige Hypothekendarlehen müsse unbedingt 1,8 Mio. DM betragen. Q [REDACTED] habe zugesagt, ein solches Darlehen zu beschaffen, und geäußert, der Zusatz in der Vereinbarung nach der Darlehenssumme von 1,4 Mio. DM "und mehr" reiche aus, um dies zu verdeutlichen. Das Angebot der Vereinsbank habe den getroffenen Vereinbarungen ferner auch deshalb nicht entsprochen, weil der darin vorgesehene Mindestmietzins und Mindestverkaufspreis für die Wohnungen nicht hätten erzielt werden können. Die Vereinbarung sei nichtig, weil die Vergütung eine verkappte Makler- oder Vermittlerprovision sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin blieb erfolglos. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin den Klagantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

I. 1. Das Berufungsgericht läßt die Rechtswirksamkeit der Vereinbarung vom 24. Juni 1971 offen und meint, die Klägerin könne den in der Vereinbarung vorgesehenen "Schadensersatzanspruch" aus der Erfüllungsverweigerung des Beklagten nicht herleiten, weil ihr die Erfüllung der Pflicht zur Verwaltung und Abwicklung der für das Bauvorhaben des Beklagten benötigten zwei Hypothekendarlehen über insgesamt 1,8 Mio. DM unmöglich gewesen sei. Die Übernahme einer solchen Verpflichtung folge daraus, daß der Beklagte in die Vereinbarung nach der Darlehenssumme von 1.400.000 DM, die die Klägerin maschinenschriftlich eingesetzt habe, die Wörter "und mehr" hinzugefügt habe. Aus der Sicht der Klägerin habe ein unbefangener Betrachter dies dahin verstehen müssen, daß der Beklagte sie damit zur Vermittlung und Beschaffung der gesamten Fremdfinanzierung für das Bauvorhaben beauftragt habe; denn die Klägerin habe zuvor in ihrem Schreiben vom 23. Juni 1971 den Eindruck erweckt, sie befasse sich auch mit der über 1,4 Mio. DM hinausgehenden Finanzierung.

Die Vertragsauslegung des Berufungsgerichts findet, was die Revision mit Recht rügt, keine hinreichende Grundlage im Parteivortrag und kann deshalb der Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden (§ 286 ZPO). Die Klägerin hat unter Bezugnahme auf das Zeugnis von Leo Querbach vorgetragen, sie habe sofort klargestellt, mit einem höheren Darlehen als über 1,4 Mio. DM sei kaum zu rechnen (Schriftsatz v. 27. 12. 1972 S. 8). In ihrem Schreiben vom

25. Juni 1971 hat sich die Klägerin, ebenso wie in dem Entwurf der Vereinbarung, unter den üblichen Vorbehalten ausschließlich bereit erklärt, das vom Beklagten nach seinem Finanzierungsplan benötigte erststellige hypothekarisch zu sichernde Darlehen über 1,4 Mio. DM zu verschaffen, und auch am Ende des Briefes erwähnt, die vom Beklagten vorgesehene zweitstellige Finanzierung werde den Betrag von 700.000 DM nicht mit hinreichender Sicherheit erreichen; diese werde, sofern an ein zweitstelliges Bauspardarlehen gedacht sei, bei voraussichtlich 1,8 Mio. DM auslaufen. Der Beklagte hat, insoweit im Einklang mit der Klägerin, nicht behauptet, vor Unterzeichnung der Vereinbarung von der Klägerin die Beschaffung auch der zweiten Hypothek verlangt zu haben, sondern stets und ebenfalls unter Bezugnahme auf das Zeugnis von Leo Q. [REDACTED] darauf hingewiesen, ihm sei es um die von Q. [REDACTED] für die Klägerin zugesagte Beschaffung eines erststelligen Hypothekendarlehens über 1,8 Mio. DM gegangen (Klagbeantwortung S. 2 - 5).

Unter diesen Umständen ist es unmöglich, die Ergänzung der Urkunde um die Wörter "und mehr" von 1,4 Mio. DM dahin auszulegen, ein unbefangener Betrachter habe diese aus der Sicht der Klägerin dahin verstehen müssen, der Beklagte beauftrage sie mit der Vermittlung und Verwaltung auch des zweitstellig zu sichernden Hypothekendarlehens.

2. Dem Berufungsgericht kann aus Rechtsgründen auch nicht in seiner ergänzenden Begründung gefolgt werden, der Klägerin stehe auch deswegen ein Anspruch nicht zu,

weil sie ihrerseits gegen den Vertrag verstoßen habe; sie habe eigenmächtig in dem der Vereinsbank vorgelegten Finanzierungsplan eine Finanzierung durch Fremdmittel in Höhe von nur 1,5 Mio. DM statt, wie von ihr selbst im Einklang mit den Angaben des Beklagten zunächst zugrunde gelegt, von 1,9 Mio. DM vorgesehen; außerdem habe sie in der der Klägerin mitüberreichten Rentabilitätsberechnung eine Wohnraummiete von 5,50 DM je qm und eine Garagenmiete von je 40 DM monatlich veranschlagt. Bei der Aufnahme von Fremdmitteln in Höhe von 1,9 Mio. DM hätte aber der Ertrag die Unkosten nicht mehr gedeckt. Aus dem Vortrag der Klägerin sei nicht zu entnehmen, daß der Beklagte seine Mitwirkung bei der Aufnahme des erststellig gesicherten Darlehens über 1,4 Mio. DM auch dann abgelehnt hätte, wenn sie dieses Darlehen mit zutreffenden und von ihm genehmigten Angaben beantragt hätte und eine Fremdfinanzierung über insgesamt 1,8 Mio. DM gesichert gewesen sei.

Die Revision beanstandet mit Recht, daß das Berufungsgericht diese Gesichtspunkte in der mündlichen Verhandlung nicht mit den Parteien erörtert und ihnen daher insoweit das rechtliche Gehör nicht ausreichend gewährt habe (§ 128 ZPO, Art. 103 Abs. 1 GG). Die Parteien hatten auch gar nicht darüber gestritten, ob die Klägerin in den Beleihungsunterlagen (GA Bl. 162 ff) eigenmächtig von Angaben des Beklagten abgewichen sei und dadurch ein für den Beklagten nicht annehmbares Angebot besorgt habe. Der Beklagte hatte sich nur darauf berufen, daß die Darlehenszusage für ihn unannehmbare Bedingungen hinsichtlich der Höhe der nachzuweisenden Mieteinnahmen und des für die Wohnungen erzielbaren Verkaufspreises enthalten habe (Klagbeantwortung S. 5 ff; Berufungsbeantwortung S. 6 ff).

25. Juni 1971 hat sich die Klägerin, ebenso wie in dem Entwurf der Vereinbarung, unter den üblichen Vorbehalten ausschließlich bereit erklärt, das vom Beklagten nach seinem Finanzierungsplan benötigte erststellige hypothekarisch zu sichernde Darlehen über 1,4 Mio. DM zu verschaffen, und auch am Ende des Briefes erwähnt, die vom Beklagten vorgesehene zweitstellige Finanzierung werde den Betrag von 700.000 DM nicht mit hinreichender Sicherheit erreichen; diese werde, sofern an ein zweitstelliges Bauspardarlehen gedacht sei, bei voraussichtlich 1,8 Mio. DM auslaufen. Der Beklagte hat, insoweit im Einklang mit der Klägerin, nicht behauptet, vor Unterzeichnung der Vereinbarung von der Klägerin die Beschaffung auch der zweiten Hypothek verlangt zu haben, sondern stets und ebenfalls unter Bezugnahme auf das Zeugnis von Leo Q. [REDACTED] darauf hingewiesen, ihm sei es um die von Q. [REDACTED] für die Klägerin zugesagte Beschaffung eines erststelligten Hypothekendarlehens über 1,8 Mio. DM gegangen (Klagbeantwortung S. 2 - 5).

Unter diesen Umständen ist es unmöglich, die Ergänzung der Urkunde um die Wörter "und mehr" von 1,4 Mio. DM dahin auszulegen, ein unbefangener Betrachter habe diese aus der Sicht der Klägerin dahin verstehen müssen, der Beklagte beauftrage sie mit der Vermittlung und Verwaltung auch des zweitstellig zu sichernden Hypothekendarlehens.

2. Dem Berufungsgericht kann aus Rechtsgründen auch nicht in seiner ergänzenden Begründung gefolgt werden, der Klägerin stehe auch deswegen ein Anspruch nicht zu,

weil sie ihrerseits gegen den Vertrag verstoßen habe; sie habe eigenmächtig in dem der Vereinsbank vorgelegten Finanzierungsplan eine Finanzierung durch Fremdmittel in Höhe von nur 1,5 Mio. DM statt, wie von ihr selbst im Einklang mit den Angaben des Beklagten zunächst zugrunde gelegt, von 1,9 Mio. DM vorgesehen; außerdem habe sie in der der Klägerin mitüberreichten Rentabilitätsberechnung eine Wohnraummiete von 5,50 DM je qm und eine Garagenmiete von je 40 DM monatlich veranschlagt. Bei der Aufnahme von Fremdmitteln in Höhe von 1,9 Mio. DM hätte aber der Ertrag die Unkosten nicht mehr gedeckt. Aus dem Vortrag der Klägerin sei nicht zu entnehmen, daß der Beklagte seine Mitwirkung bei der Aufnahme des erststellig gesicherten Darlehens über 1,4 Mio. DM auch dann abgelehnt hätte, wenn sie dieses Darlehen mit zutreffenden und von ihm genehmigten Angaben beantragt hätte und eine Fremdfinanzierung über insgesamt 1,8 Mio. DM gesichert gewesen sei.

Die Revision beanstandet mit Recht, daß das Berufungsgericht diese Gesichtspunkte in der mündlichen Verhandlung nicht mit den Parteien erörtert und ihnen daher insoweit das rechtliche Gehör nicht ausreichend gewährt habe (§ 128 ZPO, Art. 103 Abs. 1 GG). Die Parteien hatten auch gar nicht darüber gestritten, ob die Klägerin in den Beleihungsunterlagen (GA Bl. 162 ff) eigenmächtig von Angaben des Beklagten abgewichen sei und dadurch ein für den Beklagten nicht annehmbares Angebot besorgt habe. Der Beklagte hatte sich nur darauf berufen, daß die Darlehenszusage für ihn unannehmbare Bedingungen hinsichtlich der Höhe der nachzuweisenden Mieteinnahmen und des für die Wohnungen erzielbaren Verkaufspreises enthalten habe (Klagbeantwortung S. 5 ff; Berufungsbeantwortung S. 6 ff).

Es ist nicht auszuschließen, daß sich dieser Verstoß zu Ungunsten der Klägerin ausgewirkt hat. Die Revision legt dar, die Klägerin hätte sonst Gelegenheit zu dem Hinweis gefunden, sie habe in dem Finanzierungsplan nur die erste Hypothek erwähnt, weil für die Vereinsbank als der vorgesehenen Ersthypothekarin die nachstellige Grundstücksbelastung ohne Bedeutung gewesen sei. Bei seiner Kritik der Ertragsberechnung hat das Berufungsgericht außerdem nicht berücksichtigt, daß der Beklagte selbst eine wesentlich höhere Fremdbelastung als von 1,5 Mio. DM vorgesehen hatte. Ferner kann in diesem Zusammenhang bedeutsam sein, was das Berufungsgericht nicht gewürdigt hat, daß der Beklagte nach dem unstreitigen Inhalt des Schriftwechsels bis zum Abbruch der Verhandlungen durch das Schreiben der Klägerin vom 27. Oktober 1971 stets nur beanstandet hat, die Höhe des Angebots genüge ihm nicht, ohne je auch nur anzudeuten, daß die sonstigen Konditionen der Vereinsbank, insbesondere wegen der Mieteinnahmen, für ihn untragbar seien (Schreiben des Beklagten vom 11. August 1971, Schreiben der Klägerin vom 16. August und 7. September 1971). Außerdem hat der Beklagte nach den Angaben in der Berufsbeantwortung später eine Hypothek zu ganz ähnlichen Bedingungen wie von der Vereinsbank angeboten aufgenommen (Berufsbeantwortung S. 8, 9), nachdem er auch eine ihm zusagende zweitstellige Hypothek gefunden hatte.

3. Hilfsweise erwägt das Berufungsgericht, die Klägerin könne Ansprüche auf Schadensersatz auch nicht geltend machen, wenn sie nur mit der Beschaffung und Verwaltung des erststelligen Hypothekendarlehens über 1,4 Mio. DM beauftragt worden sei, weil sie dann verpflichtet gewesen wäre, den Beklagten darauf hinzuweisen, daß eine solche

Teilfinanzierung "gegen seine elementaren wirtschaftlichen Belange" (BU S. 20) verstoße. Da sie dies unterlassen habe, sei sie dem Kläger aus Verschulden bei Vertragsschluß schadensersatzpflichtig geworden und könne daher nicht ihrerseits Schadensersatzansprüche geltend machen.

Auch diesen Erwägungen kann aus Rechtsgründen nicht gefolgt werden. Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß der Sachverhalt keine rechtliche Grundlage für die Annahme bietet, die Klägerin sei im Zuge der Vertragsverhandlungen verpflichtet gewesen, den Beklagten auf etwaige Bedenken gegen eine Teilfinanzierung seines Bauvorhabens aufmerksam zu machen. Das Berufungsgericht berücksichtigt nicht, daß der Beklagte nach seinem Vortrag als Bauunternehmer mit der Finanzierung von Bauten vertraut war (Berufungsbeantwortung S. 7, 8). Die Klägerin wußte ferner unstreitig, daß der Beklagte von der Volksbank und der Finanzmaklerin Querbach beraten wurde. Aus der Person des Beklagten ergab sich danach kein Grund, der die Klägerin hätte veranlassen müssen, den Beklagten in solchen Fragen der Baufinanzierung zu beraten.

Es fehlen auch im übrigen sachliche Gründe für die Annahme solcher Pflichten. Die Klägerin erfuhr aus dem Schreiben vom 19. Juni 1971, daß die Aufnahme von zwei Hypotheken geplant war. Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Beklagte habe diesem Schreiben entnehmen müssen, die Klägerin werde die gesamte Finanzierung besorgen, ist aus den schon zu I 1 genannten Gründen nicht haltbar. Es war daher kein Raum für eine Aufklärungspflicht der Klägerin darüber, daß sie nicht die gesamte Finanzierung des Bauvorhabens übernehmen wolle.

Eine Beratungspflicht erwuchs der Klägerin schließlich auch nicht daraus, daß sie - wie das Berufungsgericht weiter meint - sowohl der Volksbank als auch Querbach einen Anteil an der Verwaltungsgebühr versprochen hatte, und dieser Umstand beide "aller Voraussicht nach" an einer "unparteilichen und sachlichen Beratung des Beklagten hindern" werde (BU S. 21). Die bloße Tatsache, daß ein Kaufmann für ein Entgelt tätig werden will, genügt noch nicht, um ein Mißtrauen gegen ihn zu begründen.

II. Rechtfertigen danach die vom Berufungsgericht angestellten Erwägungen die Klagabweisung nicht, so ist der Rechtsstreit jedoch aus mehreren Gründen noch nicht entscheidungsreif. Von dem insoweit nicht zu beanstandenden Rechtsstandpunkt des Berufungsgerichts, daß eine Provision für die Klägerin nicht in Betracht kommt, wenn sie kein vertragsgemäßes Angebot gemacht hat, bedarf es einer abschließenden Würdigung der unter I 2 erörterten Gesichtspunkte. Außerdem hatte das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang die Beurteilung des unter Zeugenbeweis gestellten Vortrags des Beklagten offengelassen, Leo Querbach habe ihm als Vertreter der Klägerin zugesagt, diese werde ihm die zur vollen Finanzierung des Bauvorhabens benötigten Fremdmittel in Höhe von 1,8 Mio. DM durch eine erststellige Hypothek beschaffen, und dazu erklärt, diese Zusage komme durch die vom Beklagten eingefügten Worte "und mehr" (hinter der Zahl 1.400.000) genügend zum Ausdruck (Klagebeantwortung S. 3, 4 und Schriftsatz vom 12. Mai 1972 S. 2).

Unabhängig davon kann es darauf ankommen, ob die Parteien in Nr. 3 des Vertrages vom 24. Juni 1971 eine "Schadensersatzpflicht" in Höhe von 3 % oder 1 % der

Darlehnssumme auch für den Fall rechtswirksam vereinbart haben, daß der Beklagte von der Hypothekenzusage der Vereinsbank keinen Gebrauch machen würde. Der Vertrag ist in der Überschrift als "Vereinbarung über die Verwaltung eines zu bestellenden Hypothekendarlehns" überschrieben. Daß der Beklagte der Klägerin gegenüber verpflichtet war, eine auftragsgemäße Zusage anzunehmen, ist jedenfalls ausdrücklich in der Vertragsurkunde nicht bestimmt. Sollte eine Annahmeverpflichtung angenommen werden können, wäre die Anwendbarkeit der §§ 339 BGB zu prüfen. Sollte dagegen eine solche Verpflichtung nicht bestanden haben, so könnte sich unter Umständen weiter ergeben, daß sich die Klägerin, soweit sie hier Ansprüche erhebt, in verschleierte Form eine Provision für eine bloße Vermittlungstätigkeit hat versprechen lassen. Ein solches - gegenüber § 652 BGB erweitertes, nämlich erfolgsunabhängiges - Provisionsversprechen bedürfte möglicherweise, zumal einseitig in einem Formularvertrag vorwegbestimmt, der Nachprüfung unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB. Eine nähere Behandlung dieser Fragen ist jedoch ohne vorherige Erörterung mit den Parteien und ohne tatrichterliche Würdigung des Vertragsinhalts und der sonstigen Umstände in der Revisionsinstanz nicht möglich.

IV. Da die Sache hiernach in tatsächlicher Hinsicht noch weiter geklärt werden muß, ist das Berufungsurteil aufzuheben. Der Senat hat von der Befugnis nach § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht, den Rechtsstreit an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückzuverweisen.

Stimpel      Fleck      Dr. Bauer      Dr. Kellermann      Dr. Tidow