

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 206/69

VERSÄUMNIS- URTEIL

Verkündet am

8. Juli 1970
Blecher,
Justizobersekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

des Maklers Helmut I [REDACTED] in D [REDACTED],
M [REDACTED]straße [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigte: Klägers und Revisionsklägers,
Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Theo Z [REDACTED] in D [REDACTED],
A [REDACTED]straße [REDACTED], als Konkursverwalter im Konkursver-
fahren über das Vermögen des Architekten Dipl.-Ing.
Walter G [REDACTED] in D [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juli 1970 unter Mitwirkung der Bundesrichter Johannsen, Wüstenberg, Dr. Reinhardt, Dr. Bukow und Dr. Buchholz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 10. März 1967 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der bisherige Beklagte baute im Jahre 1964 in B- -M- fünf Häuser mit Eigentumswohnungen, von denen im Sommer 1964 fünf Wohnungen ohne Rücktrittsvereinbarung veräußert waren. Damals beauftragte er den Kläger, der von der Veräußerung der fünf Wohnungen wußte, ihm ein Hypothekendarlehen zwecks Umfinanzierung des Bauvorhabens in Mietwohnungen zu beschaffen. Die bereits verkauften Eigentumswohnungen sollten zurückgekauft werden. Als Provision sollte der Kläger 3 % der Darlehenssumme erhalten.

- 3 -

Der Kläger brachte den bisherigen Beklagten über die Firma W [REDACTED] und I [REDACTED]-GmbH in M [REDACTED] mit der B [REDACTED] V [REDACTED] in M [REDACTED] zusammen. Am 1. Oktober 1964 beantragte der bisherige Beklagte bei der B [REDACTED] V [REDACTED] ein Darlehen von 1.500.000 DM "nach Maßgabe der ihm bekannten Allgemeinen Bedingungen für Hypothekendarlehen". Die Bank nahm den Antrag am 7. Oktober 1964 an.

Am 2. November 1964 schrieb die Bayerische Vereinsbank dem bisherigen Beklagten:

"Wir nehmen Bezug auf die getroffenen Vereinbarungen vom 1. Oktober 1964/7. Oktober 1964. Demnach gewähren wir Ihnen Darlehen in Höhe von

- a) DM 1.300.000,-
- b) DM 200.000,-

zu folgenden Bedingungen:

...

Im übrigen gelten für die Darlehen unsere Allgemeinen Bedingungen für Hypothekendarlehen sinngemäß.

...

Mit der Annahme des Darlehensantrages durch die Bank ist ein beide Teile bindender Darlehensvertrag zustande gekommen. Die Bank ist verpflichtet, die Darlehen nach Erfüllung der vereinbarten Bedingungen auszuzahlen; der Kunde ist verpflichtet,



innerhalb der vereinbarten Fristen diese Bedingungen zu erfüllen und die Darlehen abzunehmen.

...

Wir gehen bei der Darlehensgewährung davon aus, daß das Objekt nicht in Wohnungs- oder Teileigentum aufgeteilt wird.

...

Wir müssen ferner bedingen, daß uns für eine Darlehensauszahlung neben den sonstigen Auszahlungsunterlagen auch nachgewiesen wird, daß

- a) das Haus 125 a in der jetzigen zweigeschossigen Bauweise unwiderruflich genehmigt ist, sowie die Bauarbeiten wieder aufgenommen worden sind,
- b) die Restfinanzierung des Bauvorhabens gesichert ist.

Der Nachweis des Eigenkapitals ist anhand einer Vermögensaufstellung zu führen.

Vor Darlehensrestauszahlung muß ferner die Erfüllung der Auflagen ... des Bauscheins ... vom 1. Oktober 1963 nachgewiesen sein.

..."

Da es nicht gelang, die bereits abgeschlossenen Kaufverträge über Eigentumswohnungen rückgängig zu machen, bat der bisherige Beklagte die B [REDACTED] V [REDACTED] durch Schreiben vom 8. Dezember 1964, ihn aus der Verpflichtung

des Darlehensvertrages zu entlassen, weil dieser für ihn gegenstandslos sei. Die Bank war hierzu schließlich gegen Zahlung einer Abstandssumme bereit. Das Bauvorhaben des bisherigen Beklagten wurde nach seinem ursprünglichen Finanzierungsplan als Wohnungseigentumsprojekt finanziert. Von der B [REDACTED] V [REDACTED] hat der bisherige Beklagte kein Darlehen erhalten.

Der Kläger hat von ihm Maklergebühren für die Vermittlung der Darlehenszusage durch die B [REDACTED] V [REDACTED] bank verlangt. Er hat 1/2 % der geltend gemachten Provisionsforderung an die Firma W [REDACTED] - und I [REDACTED] - [REDACTED]-GmbH abgetreten. Im ersten Rechtszug hat er beantragt, den bisherigen Beklagten zu verurteilen, an ihn 37.500 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 23. Dezember 1964 zu zahlen.

Er hat vorgetragen: Durch seine Vermittlung habe die B [REDACTED] V [REDACTED] dem bisherigen Beklagten eine verbindliche Darlehenszusage gegeben. Nach Handelsbrauch stehe ihm mit deren Erteilung die Provision zu. Der bisherige Beklagte habe den Rückkauf der bereits veräußerten Eigentumswohnungen auf sein Risiko genommen und den Maklerauftrag ohne Einschränkung erteilt. Der bisherige Beklagte habe, als er den Darlehensantrag gestellt habe, den Rückkauf der Eigentumswohnungen nicht zur Bedingung gemacht. Er, der Kläger, habe mit dem Rückkauf nichts zu tun gehabt. In einem Schreiben des Notars P [REDACTED] vom 9. Dezember 1964 habe der bisherige Beklagte seine Provisionspflicht anerkannt.

Der bisherige Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Er hat bestritten, daß er den Maklerauftrag bedingungslos erteilt und den Rückkauf der bereits veräußerten Wohnungen auf sein Risiko genommen habe, sowie daß der Kläger ihm eine verbindliche Darlehenszusage der B. V. vermittelt habe. Er habe den Kläger beauftragt, das Bauvorhaben umzufinanzieren. Deshalb sei eine Darlehenszusage für ihn nur dann interessant gewesen, wenn damit die Umfinanzierung möglich gewesen sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Der Kläger hat Berufung eingelegt und nunmehr beantragt, den bisherigen Beklagten zu verurteilen, an ihn 37.500 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 13. Januar 1965 zu zahlen.

Er hat behauptet, daß er Bankkredit zu einem Zinssatz von 8 % in Anspruch nehme.

Entsprechend dem Antrag des bisherigen Beklagten hat das Oberlandesgericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Der Kläger hat Revision eingelegt.

Während des Revisionsverfahrens ist über das Vermögen des bisherigen Beklagten das Konkursverfahren eröffnet worden. Der Kläger hat einen Auszug aus der Konkurstabelle vorgelegt, aus dem sich ergibt, daß der Konkursverwalter im Prüfungstermin die eingeklagte Forderung

bestritten hat, und den Rechtsstreit gegen den Konkursverwalter als nunmehrigen Beklagten aufgenommen.

Er beantragt, im Umfang der in der Berufungsinstanz gestellten Anträge eine ihm zustehende Forderung zur Konkurstabelle festzustellen.

Der Beklagte hat sich in der Revisionsinstanz nicht vertreten lassen.

Entscheidungsgründe:

1. Der beklagte Konkursverwalter ist zur Verhandlung vor dem Revisionsgericht rechtzeitig geladen worden (§ 262 Abs. 1, § 555 ZPO). Da er sich in dieser Verhandlung nicht hat vertreten lassen, ist auf Antrag des Klägers und Revisionsklägers durch Versäumnisurteil sachlich zu entscheiden (BGHZ 37, 79, 83).

Der Kläger konnte in der Revisionsinstanz das Verfahren, das durch die Konkurseröffnung über das Vermögen des bisherigen Beklagten unterbrochen war, aufnehmen und seinen Antrag dahin ändern, daß Feststellung seiner Forderung zur Konkurstabelle begehrt werde (§ 146 Abs. 3 KO; BGH IM § 146 KO Nr. 5).

Auch die Voraussetzungen des § 146 Abs. 4 KO sind gegeben.

2. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß der Maklerlohn beim Darlehensgeschäft grundsätzlich erst dann

verdient sei, wenn der Darlehensvertrag durch die Auszahlung der Darlehenssumme zustande gekommen sei. Davon könne durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarungen abgewichen werden, die hier jedoch nicht getroffen worden seien. Die Darlehenszusage der B. V. habe mangels abweichender Abreden allenfalls dann eine Provisionspflicht des bisherigen Beklagten auslösen können, wenn sie der Auszahlung der Darlehenssumme wirtschaftlich gleich zu bewerten gewesen wäre. Die Annahme des Antrags des bisherigen Beklagten sei aber dadurch bedingt gewesen, daß die Bank von ihm bestimmte Nachweise verlangt und sich ausbedungen habe, daß das Objekt nicht in Wohnungseigentum aufgeteilt werde. Ein Darlehen sei erst beschafft, wenn die Maklerdienste den objektiven Erfolg hätten, daß das Darlehen ausgezahlt werde oder die Auszahlung sicher sei. Die Gefahr des Zustandekommens des Geschäfts liege beim Makler.

Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß zwischen der Bayerischen Vereinsbank und dem bisherigen Beklagten durch die Annahme des Antrages vom 1. Oktober 1964 an 7. Oktober 1964 ein alle notwendigen Modalitäten enthaltender Darlehensvertrag zustande kam, durch den der bisherige Beklagte einen Anspruch auf Auszahlung des zugesagten Darlehens erhielt, während er verpflichtet wurde, die Voraussetzungen zu schaffen, unter denen das Darlehen gegeben werden sollte; diese Voraussetzungen wurden ausreichend durch Bezugnahme auf die allgemeinen Bedingungen der Bank für Hypothekendarlehen bestimmt. Ein solches Darlehensversprechen wird nicht unter der aufschiebenden Bedingung gegeben, daß diese Voraussetzungen erfüllt würden.

Das ist in dem Urteil des Senats vom 9. Juli 1969 - IV ZR 798/68 - eingehend dargelegt worden; darauf kann hier weitgehend verwiesen werden. Zu betonen ist, daß für die zwischen der Bank und dem bisherigen Beklagten bestehenden Rechtsbeziehungen die Vereinbarung vom 1./7. Oktober 1964 die maßgebende Grundlage bildet, und daß in diesen Bedingungen, von denen die Auszahlung des Darlehens abhängig gemacht werden sollte, nicht vorgesehen sind. Es ist ferner nicht erkennbar, daß bereits damals zwischen den Beteiligten mündlich auch Bedingungen im eigentlichen Sinn vereinbart worden waren, etwa im Zusammenhang mit der der Bank bekanntgegebenen Absicht des früheren Beklagten, die Finanzierung auf ein Bauvorhaben von Mietwohnungen umzustellen.

Die Forderungen, die die B. V. in dem Schreiben vom 2. November 1964 an den bisherigen Beklagten richtete, haben nur Bedeutung, soweit sie der Vereinbarung vom 1./7. Oktober 1964 entsprachen. Es kann auf sich beruhen, ob darin weitergehende Anforderungen an den bisherigen Beklagten gestellt wurden, und ob ihm darin gewisse Bedingungen im eigentlichen Sinne gesetzt wurden. Die zwischen der Bank und dem bisherigen Beklagten bestehenden Rechtsbeziehungen konnten dadurch nicht verändert werden. War aber durch die Vereinbarung vom 1./7. Oktober 1964 unter Mitwirkung des Klägers ein Vertrag zustande gekommen, der dem bisherigen Beklagten einen sicheren Anspruch auf Auszahlung des Darlehens gab, sofern er seinerseits die ihm auferlegten Verpflichtungen erfüllte, so hatte der Kläger seine Provision verdient, wenn er lediglich beauftragt war, dem bisherigen Beklagten den zugesagten

Kredit zu verschaffen. Davon, daß es zur Auszahlung des Darlehens kommt, hängt bei einer derartigen Sachlage der Provisionsanspruch des Maklers regelmäßig nicht ab. Im allgemeinen ist es auch ohne Einfluß, wenn der vermittelte Vertrag durch nachträgliche Vereinbarung der Beteiligten rückgängig gemacht wird.

Es ist jedoch nach dem Vortrag des bisherigen Beklagten nicht ausgeschlossen, daß der dem Kläger erteilte Auftrag einen anderen Inhalt hatte.

Zwar hatte der bisherige Beklagte bei seiner Anhörung vor dem Landgericht erklärt, als die Vereinbarung vom 1. Oktober 1964 unterschrieben worden sei, habe bereits festgestanden, daß die Eigentumswohnungen nicht zurückgekauft werden könnten, das habe auch der Kläger gewußt. Andererseits hat der Kläger selbst behauptet, er habe sich noch am 28. Oktober 1964 um den Rückkauf einer veräußerten Eigentumswohnung bemüht, und auch seine Aktennotiz vom 6. November 1964 könnte dafür sprechen, daß erst nach dem Abschluß des Vertrages vom 1./7. Oktober 1964 Klarheit über die Unmöglichkeit des Rückkaufs der Eigentumswohnungen erlangt wurde. Der bisherige Beklagte hat später vorgetragen, im Oktober, also wohl erst nach dem 1. Oktober, habe festgestanden, daß eine Gesamtumstellung ausgeschlossen gewesen sei. Unter Beweisantritt hat er behauptet, er habe den Verkauf der Wohnungen nicht auf sein Risiko genommen; vielmehr habe der Kläger, nachdem ihm die Vermittlung des Verkaufs der Eigentumswohnungen durch einen anderen Makler streitig gemacht worden sei, versprochen, das Projekt so umzu-

wandeln, daß es insgesamt als Mietwohnungsobjekt habe durchgeführt werden können. Als sich eine Gesamtumwandlung als unmöglich erwiesen habe, habe der Kläger sich bemüht, eine Teilumstellung der Finanzierung zu bewerkstelligen; aber auch das habe sich zerschlagen.

Nicht ersichtlich ist, wie der Kläger vertragswidrig gehandelt haben sollte, indem er bei der Vereinsbank nicht von vornherein klarstellte, daß die Finanzierung nur durchgeführt werden sollte, wenn es gelang, das Gesamtprojekt nach Freigabe der verkauften Wohnungen umzustellen. Das hätte vor allem der bisherige Beklagte selbst bei seinen Verhandlungen mit der Bank klarstellen können. Es bleibt aber zu prüfen, ob nach dem Gesamthalt der zwischen dem bisherigen Beklagten und dem Kläger getroffenen Abreden dem Kläger eine Provision nur für den Fall zugesagt war, daß die Umfinanzierung des Bauvorhabens ganz oder mindestens teilweise gelingen würde, und ob deshalb ein Provisionsanspruch des Klägers entfällt im Hinblick darauf, daß die Umfinanzierung unterblieb und das vermittelte Darlehen für den bisherigen Beklagten ohne Interesse war, wie sich daraus ergibt, daß er gegen eine Abstandszahlung den Vertrag vom 1./7. Oktober 1964 rückgängig machte.

Das angefochtene Urteil muß demnach aufgehoben
und der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurück-
verwiesen werden.

Johannsen

Wüstenberg

Dr. Reinhardt

Dr. Bukow

Dr. Buchholz