

Nachschlagewerk: ja

10

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 652

- a) Zur rechtlichen Beurteilung von Maklerwerkverträgen.
- b) Zur Frage, von welchen Voraussetzungen die Entstehung des Provisionsanspruchs des Finanzmaklers abhängig ist.

BGH, Urt. v. 21. Oktober 1987 - IVa ZR 103/86 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

10

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 103/86

URTEIL

Verkündet am:
21. Oktober 1987
Hellmann,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Eheleute Barbara und Dr. Jan-Ulrich A [REDACTED], K [REDACTED] weg 2,
B [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED]
und [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Dipl.Kfm. Volker S [REDACTED] Vertrieb von Kapitalan-
lagen GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Dipl.Kfm.
Volker S [REDACTED], N [REDACTED] Weg 2, B [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

10

- 2 -

Der IVa-Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Rottmüller, Dr. Lang, Dehner und Dr. Schmidt-Kessel auf die mündliche Verhandlung vom 21. Oktober 1987

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 11. März 1986 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger sind die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die Eigentümerin des Grundstücks S-straße 20, B- ist. Auf dem Grundstück sollten zwei Wohngebäude hergestellt werden.

Die Gesellschaft, vertreten durch den Geschäftsführer der Beklagten und den Dipl.Kfm. S-S als Treuhänder, schloß mit der Beklagten einen "Finanzierungsvertrag". In dem Vertrag heißt es u.a.:



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



"Zur Sicherstellung der Finanzierung und der Begrenzung der Finanzierungskosten des Bauvorhabens übernimmt der Betreuer die nachstehenden gesondert zu honorierenden vertraglichen Verpflichtungen:

§ 1 Endfinanzierungsbeschaffung

Der Betreuer wird dem Bauherrn für das in der Vorbemerkung bezeichnete Bauvorhaben die Endfinanzierung in Höhe von insgesamt DM 3.200.000 beschaffen. Die Konditionen der Endfinanzierung lauten wie folgt:

Zinssatz: 8,25% fest auf 10 Jahre

Auszahlungskurs: 90%

Tilgungsaussetzung: bis zum 31.12.1983

Tilgung: 1% zuzüglich angesparter Zinsen ab 1.1.1984."

Die Beklagte ließ sich in dem Vertrag eine Vergütung für die Vertragsleistungen für die Endfinanzierung in Höhe von 2% von 3,2 Mio. DM, d.h. 64.000 DM und für die Finanzierungsvermittlung der Zwischenfinanzierung (2% von 1,6 Mio., also 32.000 DM) versprechen.

Der Geschäftsführer der Beklagten und dessen Ehefrau beantragten als vollmachtlose Vertreter für die Kläger am 19. August 1981 ein Darlehen über 1,6 Mio. DM als 1a-Hypothek bei der W [REDACTED] Hypothekenbank AG in S [REDACTED]. Die W [REDACTED] Hypothekenbank bewilligte entsprechend dem Darlehensantrag das Darlehen zu einem Auszahlungskurs von 89,5%. Die Kläger schlossen den Darlehensvertrag mit diesen Bedingungen. Der Darlehensbetrag wurde auf ein Baufinanzierungskonto überwiesen.

Die weitere Finanzierung über 1,6 Mio. DM sollte durch das Land Berlin über die W [REDACTED] Berlin

(WBK) verbürgt werden. Nach Unterzeichnung der entsprechenden Darlehensurkunde durch die Kläger wurde der Betrag von 1,6 Mio. DM von der W [REDACTED] Hypothekenbank auf ein Sperrkonto bei der B [REDACTED] Hypotheken und Wechselbank AG ausgezahlt. Der Betrag sollte jedoch erst nach Vorlage verschiedener Unterlagen, insbesondere des Bürgschaftsvorbescheids der WBK, freigegeben werden.

Nachdem für den am 28. Oktober 1981 gestellten Antrag auf Übernahme einer Landesbürgschaft durch das Land Berlin bis zum 26. Februar 1982 nicht alle für die Bearbeitung des Antrags erforderlichen Unterlagen eingereicht worden waren, forderte die WBK in einem an die W [REDACTED] Hypothekenbank gerichteten Schreiben auf, sich mit den Bauherren wegen der noch fehlenden Unterlagen in Verbindung zu setzen. Dies tat die W [REDACTED] Hypothekenbank mit mehreren an den Geschäftsführer der Beklagten persönlich gerichteten Schreiben. Sie wies dabei ausdrücklich auf eine mögliche Kündigung des Darlehens und die Geltendmachung etwaiger Schadensersatzansprüche hin, falls die erforderlichen Unterlagen nicht eingereicht würden. Am 4. Oktober 1983 wurde von einer Beauftragten der Beklagten eine Wirtschaftlichkeitsberechnung an die WBK eingereicht, bei der unter der Rubrik 1b-Hypothek ein Betrag von 737.000 DM eingetragen wurde. Die WBK bewilligte in dieser Höhe eine Landesbürgschaft.

Mit Schreiben vom 5. März 1984 an die Kläger kündigte die W [REDACTED] Hypothekenbank an, daß sie das Darlehen deswegen nicht in der vorgestellten Höhe auszahlen könne. Sie erteilte eine Abrechnung, in dem sie 690.000 DM des ursprünglich bewilligten Darlehens zurückforderte und zunächst

einen Betrag von 171.499,80 DM als Schadensersatzanspruch erläuterte. Die Kläger erreichten durch Verhandlungen eine Reduzierung um 20.000 DM. Mit weiterem Schreiben vom 10. Juli 1984 forderte die W [REDACTED] Hypothekenbank einen Kapitalbetrag von 173.000 DM und einen weiteren Schadensersatzbetrag, den die Kläger durch Verhandlungen ebenfalls reduzierten und der dann nur noch in Höhe von 37.500 DM geltend gemacht wurde.

Mit der Klage machen die Kläger einen Anspruch auf Zahlung von 8.000 DM mit dem Vorbringen geltend, der Auszahlungskurs sei entgegen der Verpflichtung im Finanzierungsvertrag um 0,5% geringer. Ferner verlangen die Kläger eine Rückzahlung von 17.260 DM für die bereits gezahlte Vergütung der Vermittlung der Endfinanzierung mit dem Vorbringen, daß durch die Schuld der Beklagten die Endfinanzierung nicht in Höhe von 3,2 Mio. DM, sondern nur in Höhe von 2.337.000 DM zustande gekommen sei, so daß das Honorar entsprechend zu kürzen sei.

Die Kläger sind ferner der Ansicht, daß die Beklagte ihnen den Schaden ersetzen müsse, der ihnen durch die Forderungen der W [REDACTED] Hypothekenbank in Höhe von 151.499,80 DM und 37.500 DM wegen der nicht ausgenutzten Darlehenszusage entstanden ist.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 25.260 DM nebst Zinsen verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen. Gegen diese Entscheidung haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Kammergericht hat die Berufung der Kläger zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten die Klage in vollem Umfang abgewiesen.

Mit ihrer Revision verfolgen die Kläger den ursprünglichen Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß zwischen den Parteien ein Maklerwerk- oder Maklerdienstvertrag zustandegekommen sei (S. 11 oben). Ein Maklerdienstvertrag kommt hier zwar nicht in Betracht; zutreffend ist jedoch die Annahme, daß es sich bei dem "Finanzierungsvertrag" um einen Maklerwerkvertrag handele. Gegenstand des Vertrages war zwar, wie beim Maklervertrag, die Vermittlung von Verträgen. Die Beklagte hatte sich jedoch - abweichend von dem in § 652 BGB geregelten Vertragstyp - nicht nur zu einer Tätigkeit, sondern sogar zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs verpflichtet.

Das Berufungsgericht meint weiterhin, auch ein Maklerwerkvertrag bleibe "im Kern" ein Maklervertrag. Aus diesem Grunde beurteilt es die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien weitgehend nach maklervertraglichen Grundsätzen; es lehnt insbesondere im Gegensatz zum Landgericht die Anwendung der für den Werkvertrag geltenden Gewährleistungsvorschriften ab. Dieser Auffassung kann der Senat nicht im vollen Umfang folgen. Der Maklerwerkvertrag ist ein besonderer, im Gesetz nicht geregelter Vertragstyp, der sowohl Elemente des Maklervertrages als auch solche des Werkvertrages enthält. Seine rechtliche Beurteilung richtet sich in erster

Linie nach dem Parteiwillen. Soweit die Parteien keine ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarungen getroffen haben, sind teils die Vorschriften über den Maklervertrag, teils die über den Werkvertrag ergänzend heranzuziehen, und zwar jeweils diejenigen, die dem Wesen des Maklerwerkvertrags am besten entsprechen.

Für seine gegenseitige Ansicht beruft sich das Berufungsgericht zu Unrecht auf die Senatsurteile vom 1. Dezember 1982 - IVa ZR 109/81 - (NJW 1983, 985 = WM 1983, 34) und vom 20. März 1985 - IVa ZR 223/83 - (WM 1985, 751 = NJW 1985, 2477 = BB 1985, 1151). In dem ersten Urteil hat es der Senat dahingestellt gelassen, ob ein Teil des Gesamtvertrages als Maklerwerkvertrag anzusehen sei; hierauf komme es nicht an, weil der Streit der Parteien den anderen Teil des Vertrages betreffe, den das Berufungsgericht zutreffend dem Recht des Maklervertrages unterstellt habe. In dem zweiten Urteil hat der Senat zwar auch den Ausdruck gebraucht, daß der Maklerwerkvertrag im Kerne ein Maklervertrag bleibe, allerdings nur unter der Voraussetzung, daß er eine Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit zum Gegenstand habe, daß der Vertragspartner in der Entschließung frei sei, ob er das nachgewiesene (oder zu vermittelnde) Geschäft abschließe, und daß die Vergütungspflicht grundsätzlich an den Erfolg der Maklertätigkeit geknüpft sei. Diese Anmerkung stand im Rahmen von Ausführungen, die die Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG betrafen; mit ihr sollte lediglich gesagt werden, daß sich auch AGB-Klauseln eines Maklerwertrages bei der Prüfung nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG am gesetzlichen Leitbild des § 652 BGB messen lassen müssen. Dagegen ist die genannte Senatsentscheidung nicht dahin zu verstehen, daß der Makler-

werkvertrag ausschließlich nach maklerrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen wäre, eine ergänzende Heranziehung von Werkvertragsvorschriften also ausgeschlossen sei. Das kann schon deshalb nicht richtig sein, weil dann dem Charakter eines Maklerwerkvertrages überhaupt nicht Rechnung getragen würde.

Der falsche rechtliche Ausgangspunkt hat sowohl die Entscheidung des Berufungsgerichts über den Anspruch auf Rückzahlung der Provision als auch die über den Schadensersatzanspruch beeinflußt.

II.

Die Entscheidung darüber, ob die Beklagte die empfangene Vergütung (teilweise) dem Kläger zurückzuerstatten hat, hängt davon ab, unter welchen Voraussetzungen der Beklagten überhaupt ein Vergütungsanspruch zustand.

1. Beim Maklerdienstvertrag kann die Kombination von Elementen des Makler- und des Dienstvertrages zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Der Vertrag kann so ausgestaltet werden, daß zwar der Makler eine Tätigkeitsverpflichtung übernimmt, daß ihm aber selbst ein Vergütungsanspruch nur unter den Voraussetzungen des § 652 BGB zusteht. In diesem Falle kann der Makler keine Vergütung für seine Tätigkeit als solche fordern, sondern nur eine Maklerprovision beim tatsächlichen Zustandekommen des Hauptvertrages. Diese Vertragsgestaltung findet man vor allem bei Makleralleinauftrag, der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts-

hofs (Urteil vom 8. April 1987 - IVa ZR 17/86 - WM 1987, 1044 m.w.N.) den Charakter eines Maklerdienstvertrages hat, bei dem jedoch nach allgemeiner Auffassung der Makler nur bei erfolgreichen Bemühungen einen Maklerlohn verlangen kann. Möglich ist jedoch auch eine Vertragsgestaltung, bei der lediglich die Tätigkeit als solche vergütet wird, bei der also das Entgelt unabhängig vom Erfolg der Bemühungen des Vermittlers zu zahlen ist (BGHZ 87, 309, 312; BGH Urteil vom 9. Mai 1984 - IVa ZR 113/82 - FamRZ 1984, 763).

In gleicher Weise muß zwischen den Maklerwerkverträgen unterschieden werden, bei denen sich die Vergütungspflicht nach Werkvertragsgrundsätzen, und solchen, bei denen sie sich nach § 652 BGB richtet, auch wenn hier die praktische Bedeutung des Unterschieds nicht so groß ist wie bei Maklerdienstverträgen. Für welche dieser beiden möglichen Gestaltungen sich die Parteien entschieden haben, hat der Tatrichter im Wege der (notfalls ergänzenden) Vertragsauslegung festzustellen. Eine solche Würdigung hat das Berufungsgericht nicht vorgenommen, und zwar offensichtlich deshalb, weil es geglaubt hat, § 652 BGB sei schon kraft Gesetzes auf Maklerwerkverträge unmittelbar anzuwenden.

2. Auch wenn die Provisionspflicht der Kläger sich nach § 652 BGB richten sollte, würden die Erwägungen des Berufungsgerichts einer rechtlichen Nachprüfung nicht standhalten:

a) Nach § 652 BGB steht dem Makler nur dann ein Provisionsanspruch zu, wenn der Vertrag, mit dessen Herbeiführung der Makler beauftragt war, tatsächlich zustande kommt. Führt

die Tätigkeit des Maklers zum Abschluß eines Vertrages mit anderem Inhalt, so entsteht kein Anspruch auf Maklerlohn. Das gilt auch dann, wenn der tatsächliche Vertragsschluß in quantitativer Hinsicht hinter dem nach dem Maklervertrag herbeizuführenden Vertrag zurückbleibt (vgl. BGH Urteile vom 18. April 1973 - IVa ZR 6/72 - WM 1973, 814; vom 15. Februar 1984 - IVa ZR 150/82 - WM 1984, 560; vom 12. Dezember 1984 - IVa ZR 216/82 unter Ziff. II 2a - insoweit nicht veröffentlicht). Eine Abweichung von diesem Grundsatz läßt die Rechtsprechung nur dann zu, wenn der tatsächlich abgeschlossene Hauptvertrag zwar inhaltlich von dem abweicht, der Gegenstand des Maklervertrages war, der Kunde mit ihm aber wirtschaftlich den gleichen Erfolg erzielt (BGH Urteile vom 30. November 1983 - IVa ZR 58/82 - WM 1984, 342; vom 14. Dezember 1983 - IVa ZR 66/82 - WM 1984, 412, 416; vom 15. Februar 1984 - IVa ZR 150/82 - WM 1984, 560; vom 11. Januar 1984 - IVa ZR 109/82 -; vom 12. Dezember 1984 - IVa ZR 216/82 - in Ziff. II 2 - insoweit nicht veröffentlicht).

Im vorliegenden Fall haben die Parteien in einem schriftlichen Vertrag die Anforderungen, die an die von der Beklagten zu beschaffende Finanzierung zu stellen sind, bindend festgelegt. Danach hatte die Beklagte Darlehen zu einem Auszahlungskurs von 90% zu beschaffen. In den Darlehensverträgen, die durch die Vermittlung der Beklagten abgeschlossen worden waren, war jedoch nur ein Auszahlungskurs von 89 1/2% vorgesehen. Dieser Unterschied ist nicht so geringfügig, daß er von vornherein als unerheblich angesehen werden könnte. Für die Frage der wirtschaftlichen Identität kommt es darauf an, inwieweit durch den geringeren Auszahlungskurs der Gewinn, der aus dem Objekt zu erwarten war,

wesentlich geschmälert wurde. Der bisherige Sachvortrag der Parteien erlaubt keine abschließende Beurteilung dieser Frage. Durch die Zurückverweisung erhalten die Parteien Gelegenheit, ihren Sachvortrag in dieser Hinsicht zu ergänzen.

Auf diese Gesichtspunkte käme es allerdings dann nicht an, wenn die Vertragsparteien den Finanzierungsvertrag nachträglich in rechtswirksamer Weise dahin geändert haben sollten, daß auch ein Darlehen mit einem Auszahlungskurs von 89 1/2% als Erfüllung des Maklerwerkvertrages anzusehen sei. Den Parteien steht es frei, die hierfür maßgeblichen Tatsachen vorzutragen.

b) Unter dem gleichen rechtlichen Gesichtspunkt ist auch die - zwischen den Parteien unstreitige - Tatsache zu würdigen, daß der aus den Klägern bestehenden Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nicht der vertraglich vorgesehene Finanzierungsbetrag von 3.200.000 DM, sondern nur ein solcher von 2.337.000 DM zur Verfügung gestellt wurde.

Das Berufungsgericht hält dies allerdings für unerheblich. Es meint, ein Finanzierungsmakler könne seine Vergütung verlangen, sobald dem Auftraggeber ein klagbarer Anspruch auf das Darlehen zustehe. Das sei regelmäßig mit Abschluß des Darlehensvertrages der Fall. Das Risiko, daß die für die Auszahlung des Darlehens vorgesehene Sicherheit beschafft werden könne, trage der Maklerkunde. Dem kann sich der Senat nicht im vollem Umfang anschließen.

Für die Entscheidung der Frage, wann sich ein Finanzmakler die Provision verdient hat, kommt es darauf an, welcher Art der Hauptvertrag war, den er herbeizuführen hatte. War Gegenstand des Maklervertrages lediglich der Nachweis oder die Vermittlung eines Kreditvertrages, d.h. also eines Konsensualvertrages, durch den ein Anspruch auf Auszahlung des Darlehensbetrages begründet wurde, dann ist der Provisionsanspruch des Maklers mit dem Abschluß dieses Vertrages entstanden, nicht jedoch dann, wenn der Makler einen echten Darlehens(real)vertrag im Sinne des § 607 Abs. 1 BGB zustandebringen sollte. Ob das eine oder das andere gewollt ist, ist eine Frage der tatrichterlichen Vertragsauslegung. Diese Auffassung liegt insbesondere dem Senatsurteil vom 7. Juli 1982 - IVa ZR 50/81 - NJW 1982, 2662 zugrunde. Auch dort nahm der Senat zwar an, daß der Finanzmakler sich den eingeklagten Provisionsanspruch bereits in dem Augenblick verdient habe, in dem ein Vertrag zustande kam, durch den der Maklerkunde einen klagbaren Anspruch auf Auszahlung des Darlehens erwarb. Er leitete diese Rechtsfolge jedoch nicht - wie der IV. Zivilsenat in dem vom Berufungsgericht zitierten Urteil von 9. Juli 1969 - IV ZR 798/68 - NJW 1969, 1957 - aus allgemeinen rechtlichen Erwägungen ab, sondern stützte sich insoweit auf die tatrichterliche Auslegung des konkreten Maklervertrages (ähnlich bereits BGH Urteil vom 24. September 1962 - VIII ZR 234/61 - WM 1962, 1264).

Das Berufungsgericht wird daher zu prüfen haben, wie der im Finanzierungsvertrag gebrauchte Ausdruck "Beschaffung der Finanzierung" zu verstehen ist. Damit könnte mehr gemeint sein als die bloße Vermittlung eines Konsensualvertrages, durch den ein Anspruch auf Auszahlung des Darlehens bei Erfüllung gewisser Voraussetzungen begründet wurde. Auf je-

den Fall durfte der Tatrichter diese Auslegungsmöglichkeit nicht, wie dies unter Ziff. II 2 geschieht, aufgrund abstrakter rechtlicher Überlegungen ausschließen, sondern hatte den konkreten rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien zu erforschen. Unrichtig ist insbesondere die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beschaffung der erforderlichen Sicherheiten hätte nur durch eine "besondere" (gemeint ist wohl ausdrückliche) Abrede Aufgabe der Beklagten werden können; es wurde hierbei verkannt, daß sich dies bereits aus einer Auslegung des Ausdrucks "Finanzierungsbeschaffung" ergeben kann.

3. Wenn die erforderliche tatrichterliche Prüfung ergeben sollte, daß der Beklagten aus den unter Ziff. II 2 dargelegten Gründen kein Provisionsanspruch zustand, können die Kläger die von ihnen an die Beklagte gezahlte Vergütung nach § 812 BGB zurückverlangen. Damit wäre nicht nur der im Rechtsstreit geltend gemachte Anspruch auf Teilrückzahlung von 17.260 DM, sondern auch der weitere Teilanspruch von 8.000 DM gedeckt. Denn diesen Anspruch stützen die Kläger darauf, daß die von der Beklagten beschaffte Finanzierung nicht den im Finanzierungsvertrag niedergelegten Anforderungen entsprach; daß sie diesen Anspruch rechtlich als Schadensersatzanspruch qualifizierten, schließt nicht aus, daß das Gericht ihm unter einen anderen rechtlichen Gesichtspunkt stattgibt; erforderlich ist lediglich, daß sich die Verurteilung auf den Lebenssachverhalt stützt, den die Kläger zur Begründung ihres Anspruchs vorgetragen haben.

4. Dafür, daß der Rückforderungsanspruch nach § 814 BGB ausgeschlossen sei, hat die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte bisher nichts vorgetragen.

III.

Soweit die Kläger Ersatz der Beträge verlangen, die sie der W [REDACTED] Hypothekenbank wegen der nichtausgenutzten Darlehenszusage zu zahlen hatten, hätte das Berufungsgericht prüfen müssen, ob die Beklagte nach § 635 BGB zum Schadensersatz verpflichtet ist.

1. Die aus den Klägern bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts hatte die zugesagten Kredite deshalb nicht in voller Höhe abgenommen, weil die nach dem Vertrag erforderliche Bürgschaft der W [REDACTED] Berlin nicht beigebracht werden konnte. Das Berufungsgericht vertritt die Ansicht, daß die Beschaffung dieser Sicherheit nicht zu den Aufgaben der Beklagten gehörte; es kommt deshalb folgerichtigerweise zu dem Ergebnis, daß sie für die Nichterteilung der Bürgschaft nicht einzustehen habe. Die zugrundeliegende Auffassung ist jedoch, wie oben dargelegt, durch Rechtsfehler beeinflusst; das Berufungsgericht durfte die Frage, wie weit die vertragliche Verpflichtung der Beklagten gingen, nicht aufgrund abstrakter Überlegungen über das Wesen des Finanzmaklervertrages, sondern nur aufgrund einer Auslegung der zwischen den Parteien getroffenen konkreten Vereinbarungen entscheiden. Schon aus diesem Grunde kann die Entscheidung des Berufungsgerichts keinen Bestand haben.

2. Sollte die tatrichterliche Prüfung ergeben, daß der im Finanzierungsvertrag gebrauchte Ausdruck "Beschaffung der Finanzierung" auch die Beschaffung der für die Finanzierung erforderlichen Sicherheit umfaßte, so werden die Rechtsfolgen, die sich aus der Nichterfüllung der letztgenannten Verpflichtung ergeben, nach den §§ 633, 634, 635 BGB zu beurteilen sein. Wie unter Ziff. 1 dargelegt, sind auf den Maklerwerkvertrag teils die Vorschriften über den Maklervertrag, teils die über den Werkvertrag anzuwenden. Zu den letztgenannten gehören auch die Gewährleistungsvorschriften. Diese regeln die Rechtsfolgen, die dann eintreten, wenn der Unternehmer seine vertraglichen Verpflichtungen nur schlecht erfüllt, wenn also die von ihm geschuldete Leistung mangelhaft war. Für den reinen Maklervertrag sind entsprechende Vorschriften entbehrlich, weil der Makler durch den Abschluß eines Maklervertrages seinen Kunden gegenüber keine Verpflichtungen übernimmt, also weder eine Tätigkeit noch einen Tätigkeitserfolg schuldet. Beim Maklerwerkvertrag ist dies jedoch anders; hier bedarf die Frage, welche Rechtsfolgen bei einer Schlechterfüllung der dem Makler obliegenden Verpflichtungen eintreten, der Regelung, und hier kann allein die Anwendung der Werkvertragsvorschriften zu einem sachgerechten Ergebnis führen.

Dies gilt insbesondere dann, wenn der Maklerwerkvertrag dahin auszulegen ist, daß sich die Vergütungspflicht nicht nach § 652 BGB, sondern nach Werkvertragsgrundsätzen richtet. Denn in diesem Falle würde der Umstand, daß der tatsächlich zustandgekommene Hauptvertrag nicht den Anforderungen des Makler(werk)vertrages entsprach, die Entstehung eines Vergütungsanspruchs nicht ausschließen; der Kunde kann

vielmehr der Pflicht zur Zahlung der vollen vereinbarten Vergütung nur dadurch entgehen, daß er entweder Wandlung oder Minderung verlangt. Wenn allerdings der Vertrag dahin auszulegen ist, daß eine Vergütung nur nach Maßgabe des § 652 BGB geschuldet wird, dann ist für die Geltendmachung eines Wandlungs- und Minderungsrechts kein Raum, denn in diesem Fall entsteht beim Abschluß eines nicht den vertraglichen Anforderungen entsprechenden Hauptvertrages überhaupt kein Provisionsanspruch. Dies schließt jedoch in den Fällen, in denen der Makler die mangelhafte Leistung zu vertreten hat, die Anwendung des § 635 BGB nicht aus.

Sofern das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen wird, daß die Beklagte auch die Bürgschaft zu beschaffen hatte, wird es zu prüfen haben, ob die Nichtbeschaffung von ihr zu vertreten ist. Ferner wird es darüber zu befinden haben, ob die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruches ohne vorherige Aufforderung zur Nachbesserung nach § 634 Abs. 2 BGB zulässig war.

4. Sollte die tatrichterliche Prüfung ergeben, daß dem von den Klägern geltendgemachten Anspruch auf Zahlung von 8.000 DM nicht schon aus den unter Ziff. II 2a; 3 genannten Gründen stattzugeben ist, so wird auch insoweit die Anwendung des § 635 BGB in Betracht zu ziehen sein, wobei die unter Ziff. III 2 dargelegten Grundsätze zu beachten sein werden.

Dr. Hoegen

Rottmüller

Dr. Lang

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel