
Datum: 20.01.2000
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 22 U 75/99
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2000:0120.22U75.99.00

Vorinstanz: Landgericht Detmold, 1 O 181/98

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 08.01.1999 verkündete Urteil der Zivilkammer I des Landgerichts Detmold wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leisten. Die Beklagten können Sicherheit auch durch unbedingte, unbefristete und selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlichen Sparkasse erbringen.

Durch dieses Urteil ist die Klägerin in Höhe von 154.979,38 DM beschwert.

Tatbestand:

1

Durch Kaufvertrag vom 23.02.1998 veräußerte die Klägerin an den Beklagten zu 1), dieser vertreten vom Beklagten zu 2), seinem Vater, das Grundstück C, C-Straße. In § 3 des Kaufvertrages war ein Kaufpreis von 395.000,00 DM festgesetzt. Von diesem war ein Teilbetrag in Höhe von 15.000,00 DM bis zum 10.03.1998 zu Händen des Notars zu zahlen.

2

Ein weiterer Teilbetrag von 355.000,00 DM sollte innerhalb von 10 Tagen nach Eintragung der Auflassungsvormerkung zugunsten des Käufers sowie nach Vorlage der Löschungsunterlagen für die noch in Abteilung III unter Ziff. 19 bis 21 eingetragenen Grundpfandrechte nebst den Treuhandaufträgen an den Notar, daß über die Löschungsunterlagen Zug um Zug gegen Zahlung aus dieser Kaufpreisrate verfügt werden könne, auf das Notaranderkonto gezahlt werden. Der Hintergrund dieser Vereinbarung ist, daß zum damaligen Zeitpunkt Grundpfandrechte zum Nennwert von 770.000,00 DM auf dem Grundstück lasteten, die Klägerin sich in § 5 des Vertrages zur lastenfreien Übertragung des Grundstückes verpflichtet hatte. Bezüglich der zuletzt eingetragenen Grundschuld (Ziff. 22 Abteilung III) von 500.000,00 DM bestand Gesamthaft mit einer gleichhohen Grundschuld auf dem in Blatt ##### und Blatt ##### C eingetragenen jeweiligen Wohnungseigentum X Straße. Die dritte Rate in Höhe von 25.000,00 DM sollte am 01.06.1998 auf das Notaranderkonto entrichtet werden. § 17 des Kaufvertrages sah die Verpflichtung der Klägerin vor, eine Vermittlungsgebühr von 10.000,00 DM inklusive Mehrwertsteuer an den Beklagten zu 2) zu zahlen, da der Kaufvertrag durch die Vermittlung des Beklagten zu 2) zustande gekommen sei. Bezüglich der Zahlung der 2. und 3. Rate die erste sollte "vorab" ausgezahlt werden trafen die Parteien eine Hinterlegungsanweisung, die vorsieht, daß der Notar aus dem hinterlegten Kaufpreis die nicht übernommenen Belastungen ablösen, auch die Verkäuferprovision zahlen sollte, der Restkaufpreis sollte dann an die Klägerin ausgezahlt werden. In § 7 war die Auflassung des Eigentumsüberganges erklärt worden. § 8 sah die Vereinbarung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des Beklagten zu 1) vor. Die Eigentumsumschreibung sollte gemäß §§ 10, 14 nach Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes und einem evtl. Negativattest der Stadt erfolgen, wenn nachgewiesen sei, daß der gesamte Kaufpreis gezahlt sei. Die Übergabe des Kaufobjektes sollte am 31.03.1998 erfolgen. Wegen des weiteren Inhalts des Vertrages wird auf die bei den Akten befindliche Kopie, Bl. 7 ff. verwiesen.

Die städtische Sparkasse C teilte unter dem 10.03.1998 dem den Vertrag beurkundenden Notar S mit, daß das Grundbuch mit Grundpfandrechten von insgesamt 770.000,00 DM zu ihren Gunsten belastet sei, sie gegen Zahlung von 420.000,00 DM bereit sei, Löschungsbewilligung bzw. Pfandentlassung für die Grundpfandrechte zu erteilen. Den Inhalt dieses Schreibens gelangte der Klägerin noch vor dem 24.04.1998 zur Kenntnis. Der Beklagte zu 1) zahlte den Betrag von 15.000,00 DM unstreitig nicht bis 10.03.1998 an den Notar. Nach dem Inhalt seines Schreibens vom 11.03.1998, Bl. 49 d.A., überwies er ihn auf Anderkonto der Rechtsanwältin und Notarin I2 und teilte dem Notar mit, daß der Betrag zur Verfügung stehe, sofern gesichert sei, daß über die Löschungsunterlagen der in Abteilung III des Grundbuches eingetragenen Grundpfandrechte verfügt werden könne. Mit Schreiben vom 20.04.1998, Bl. 53 d.A., einer vom Beklagten zu 1) mit dem Notar geführten Korrespondenz schrieb der Beklagte zu 1), er habe bisher alle Bedingungen aus dem Kaufvertrag erfüllt, so die Zahlung der Grunderwerbssteuer, der Einhaltung des Negativattestes der Stadt C und die Zahlung der Maklergebühr sowie der Hinterlegung der 15.000,00 DM. Im Nachhinein habe sich aber herausgestellt, daß der Kaufpreis zur Bedienung des Kapitals nicht ausreiche. Den Feststellungen des Beklagten zu 1), daß die Fälligkeitsvoraussetzungen zur Zahlung des weiteren Betrages von 355.000,00 DM vorlägen, hat die Klägerin nicht widersprochen. Mit Schreiben vom 24.04.1998 forderte diese den Beklagten zu 1) auf, den Teilbetrag von 15.000,00 DM bis zum 05.05.1998 zu zahlen. Sollte die Zahlung nicht fristgerecht erfolgen, werde sie weitere Leistungen ablehnen. Mit Schreiben vom 13.05.1998 der Klägerin an den Beklagten zu 1) erklärte sie den Vertrag für hinfällig und nicht erfüllbar und verlangte Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Auf die beiden Schreiben vom 24.04.1998, Bl. 23 d.A., und 13.05.1998, Bl. 24 d.A., wird Bezug genommen. Am 22.05.1998 schloß die Klägerin einen Kaufvertrag über das streitbefangene Grundstück mit

Herrn D, einem türkischen Staatsangehörigen, zum Kaufpreis von 420.000,00 DM. Die zu dessen Gunsten vereinbarte Auflassungsvormerkung ist nachrangig zu der zugunsten des Beklagten zu 1) eingetragenen im Grundbuch eingetragen worden. Unter Berufung auf § 8 des mit dem Beklagten zu 1) abgeschlossenen Kaufvertrages beantragte die Klägerin unter dem 12.05.1998, die zugunsten des Beklagten zu 1) eingetragene Auflassungsvormerkung zu löschen. Dieses lehnte der zuständige Rechtspfleger des Grundbuchamtes des Amtsgerichts Lemgo ab.

Nunmehr begehrt die Klägerin von dem Beklagten zu 1) neben der Löschungsbewilligung der zu seinen Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung Zahlung der Anwaltskosten sowie gegen beide Beklagten die Feststellung, daß kein Zahlungsanspruch im Hinblick auf die Maklergebühr bestehe, darüber hinaus in der Berufungsinstanz gegenüber dem Beklagten zu 1) die Feststellung, daß er verpflichtet sei, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten. 4

Die Klägerin hat behauptet, die Voraussetzungen des § 326 BGB lägen zu ihren Gunsten vor. Deshalb könne sie die Löschung der Auflassungsvormerkung vom Beklagten zu 1) begehren. Sie selbst sei in der Lage gewesen, den Grundbesitz lastenfrei zu übertragen. Selbst wenn die Sparkasse C bei dem vereinbarten Kaufpreis keine Löschungsbewilligung bezüglich ihrer Grundschulden erteilt hätte, sei es ihr, der Klägerin, jederzeit möglich gewesen, einen entstehenden Differenzfehlbetrag in Höhe von 15.000,00 DM zwischen dem von der Sparkasse geforderten Abfindungsbetrag und dem mit dem Beklagten zu 1) vereinbarten Kaufpreis durch Darlehen ihrer Mutter oder ihres Lebensgefährten auszugleichen. 5

Die Klägerin hat beantragt, 6

1. 7

den Beklagten zu 1) zu verurteilen, 8

gegenüber dem Amtsgericht - Grundbuchamt - Lemgo folgende Willenserklärung abzugeben 9

"Ich, G, G-Straße, C2, bewillige die Löschung der im Grundbuch von C Blatt ##### in Abteilung II lfd. Nr. 5 zu meinen Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung." 10

an sie 3.312,71 DM nebst 10,5 % Zinsen seit Zustellung der Klageschrift zu zahlen. 11

2. 12

gegenüber beiden Beklagten festzustellen, 13

daß dem Beklagten zu 2) aus der Vermittlung des Kaufvertrages vom 23.02.1998, UR-Nr. ##### des Notars S, C, über die Immobilie C-Straße, C kein Zahlungsanspruch i. H. v. 10.000,00 DM ihr gegenüber zusteht; 14

hilfsweise, den Beklagten zu 1) zu verurteilen, sie von einem Zahlungsanspruch des Beklagten zu 2) aus Anlaß der Vermittlung der Immobilie C-Straße, C, freizustellen. 15

Die Beklagten habe beantragt, 16

die Klage abzuweisen. 17

18

Die Beklagten haben die Auffassung vertreten, die Klägerin habe sich nicht vertragstreu verhalten, deshalb scheide § 326 BGB aus. Sie sei nicht in der Lage gewesen, den Grundbesitz lastenfrei an den Beklagten zu 1) zu übertragen, da die Sparkasse C erst bei Zahlung eines Betrages von 420.000,00 DM bereit gewesen sei, eine Löschungsbewilligung zu erteilen und die Klägerin nicht in der Lage gewesen sei, den über die Kaufpreissumme hinausgehenden Differenzbetrag aufzubringen.

Durch am 08.01.1999 verkündetes Urteil der Zivilkammer I des Landgerichts Detmold ist die 19
Klage abgewiesen worden. Ein Anspruch auf Löschung der Auflassungsvormerkung stehe der Klägerin nicht zu, da die Voraussetzungen des §§ 326 BGB zu ihren Gunsten nicht gegeben seien. Zwar liege Verzug vor, die Klägerin selbst habe sich aber nicht vertragstreu verhalten, da sie jedenfalls den Eindruck erweckt habe, zu einer lastenfreien Übertragung der Immobilie nicht in der Lage zu sein. Der Zeuge I, zuständiger Mitarbeiter der Sparkasse C, habe ausgesagt, diese sei zu den Bedingungen des Kaufvertrages, nach denen lediglich ein Betrag von 375.000,00 DM an sie ausgezahlt worden wäre, nicht zur Erteilung der Löschungsbewilligungen bezüglich der Grundpfandrechte bereit gewesen. Die Möglichkeit einer Differenzzahlung der Klägerin habe die Sparkasse angesichts der desolaten finanziellen Lage der Klägerin nicht in Erwägung gezogen. Hätte die Klägerin jedoch ein entsprechendes Angebot unterbreitet, was nicht geschehen sei, seien Löschungsbewilligungen erteilt worden. Eine Löschungsbewilligung schulde der Beklagte zu 1) auch nicht aus § 8 des notariellen Kaufvertrages. Weiterhin habe die Klägerin keinen Anspruch auf Zahlung ihrer Anwaltskosten, da die Voraussetzungen des § 326 BGB nicht vorlägen. Auch könne die Klägerin nicht gegenüber dem Beklagten zu 1) Feststellung begehren, daß diesem ein Makleranspruch nicht zustehe. Auch dieser Klageantrag sei wegen Fehlens der Voraussetzungen des § 326 BGB nicht begründet. Der zulässige Hilfsantrag sei ebenfalls in der Sache unbegründet. Wegen der Entscheidungsgründe im einzelnen wird auf Bl. 150 R bis 152 R d.A. verwiesen.

Mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Berufung verfolgt die Klägerin ihr 20
Rechtsschutzbegehren weiter. Sie trägt vor, die Löschungsbewilligung bezüglich der Auflassungsvormerkung könne sie vom Beklagten zu 1) verlangen, da dieser mit der Zahlung der Rate von 15.000,00 DM zum 10.03.1998 in Verzug gekommen sei. Sie, die Klägerin sei davon ausgegangen, die im Kaufvertrag vereinbarten 395.000,00 DM reichten zur Ablösung der Grundpfandrechte aus. Erst ab dem Schreiben vom 10.03.1998 der Sparkasse habe sie gegenteiliges erfahren. Zu diesem Zeitpunkt habe sich aber der Beklagte zu 1) bereits in Verzug befunden. Durch Schreiben vom 11.03.1998 habe er darüber hinaus die Zahlung verweigert. Somit habe der Klägerin am 10.03.1998 ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 320 BGB zugestanden. Davon abgesehen sei sie in der Lage gewesen, ihrer Verpflichtung zur lastenfreien Übertragung des Grundstückes nachzukommen. Ihr habe damals ein Vermögen von 1,375 Mio DM zur Verfügung gestanden. Darüber hinaus wären ihr kurzfristig Darlehen in Höhe von 55.000,00 DM von ihrer Mutter und von ihrem Lebensgefährten zur Verfügung gestellt worden. Der Beklagte zu 1) schulde deshalb im Wege des Schadensersatzes neben der Löschungsbewilligung auch die Zahlung der Anwaltsgebühren sowie die Freistellung der Klägerin gegenüber der vom Beklagten zu 2) geforderten Maklerprovision. Die Bezifferung des gesamten Schadens sei noch nicht möglich, da die Abwicklung des zwischenzeitlich erfolgten Weiterverkaufs der Immobilie an der Weigerung des Beklagten zu 1), die Löschung zu erklären, zu scheitern drohe. Den Maklerlohn schulde sie nicht, da zum einen eine Verflechtung des Beklagten zu 2) mit dem Beklagten zu 1) aus Verwandtschaft vorliege. Darüber hinaus habe sich der Beklagte zu 2) treuwidrig verhalten, da er als Doppelmakler für beide Seiten tätig geworden sei, aber in den Schreiben vom 11.03., 21.03. und 24.03.1998 an den beurkundenden Notar seine Neutralitätspflicht verletzt habe.

Die Klägerin beantragt unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils,	21
1.	22
den Beklagten zu 1) zu verurteilen,	23
a)	24
gegenüber dem Amtsgericht - Grundbuchamt - Lemgo folgende Willenserklärung abzugeben	25
"Ich, G, G-Straße, C2 bewillige die Löschung der im Grundbuch von C Blatt ##### in Abteilung II. lfd. Nr. 5 zu meinen Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung."	26
b)	27
an die Klägerin 3.312,71 DM nebst 10,5 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	28
2.	29
gegenüber dem Beklagten zu 1) festzustellen, daß er verpflichtet ist, der Klägerin gem. § 326 Abs. 1 BGB wegen der Nichtdurchführung des Kaufvertrages vom 23.02.1998, Urkundenrolle-Nr. ##### des Notars S, C über die Immobilie C-Straße, C, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten.	30
3.	31
gegenüber dem Beklagten zu 2) festzustellen,	32
daß ihm aus der Vermittlung des Kaufvertrages vom 23.02.1998, Urkundenrolle Nr. ##### des Notars S, C über die Immobilie C-Straße, C kein Zahlungsanspruch gegenüber der Klägerin zusteht;	33
hilfsweise,	34
den Beklagten zu 1) zu verurteilen, die Klägerin von einem Zahlungsanspruch des Beklagten zu 2) aus Anlaß der Vermittlung der Immobilie C-Straße, C freizustellen.	35
Die Beklagten beantragen,	36
1.	37
die gegnerische Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen,	38
2.	39
ihnen nachzulassen, eine Sicherheitsleistung auch durch Bürgschaft einer Deutschen Großbank oder öffentlichen Sparkasse zu erbringen.	40
Die Beklagten sind der Auffassung, daß die Voraussetzungen des § 326 BGB, den die Klägerin zur Begründung ihrer Klageanträge heranziehe, nicht vorliegen würden. Denn die Klägerin selbst sei zur lastenfreien Übertragung von Anfang an, wie ihr bekannt gewesen sei, nicht in der Lage gewesen. Deshalb sei sie es gewesen, die sich vertragsuntreu verhalten habe. Der Beklagte zu 1) seinerseits sei vertragstreu gewesen. Er, der Beklagte zu 1), habe sich bereits vor dem 10.03.1998 bei der Sparkasse erkundigt und erfahren, daß die	41

Voraussetzungen zur lastenfreien Übertragung des Grundbesitzes nicht vorliegen würden. Da er den Betrag von 15.000,00 DM auf das Notaranderkonto der Notarin I2 gezahlt habe, liege auch eine Zahlungsverweigerung nicht vor. Die Klägerin sei auch nicht in der Lage gewesen, die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem von der Sparkasse geforderten Abfindungsbetrag zu zahlen. Der Maklerhonoraranspruch des Beklagten zu 2) sei gegeben. Daß er mit dem Beklagten zu 1) verwandt sei, habe die Klägerin von Anfang an gewußt. Gleichzeitig sei ihr bekannt gewesen, daß der Beklagte zu 2) eine Doppeltätigkeit für beide Parteien entwickelt habe. Soweit er, der Beklagte zu 2), in den Schreiben vom 11.03., 21.03. und 24.03.1998 darauf hingewiesen habe, als Bevollmächtigter des Beklagten zu 1) tätig zu werden, könne hieraus eine Parteilichkeit nicht hergeleitet werden. Schließlich habe die Klägerin auch gewußt, daß er als bevollmächtigter Vertreter seines Sohnes den Kaufvertrag abgeschlossen habe.

Wegen des Vortrags der Parteien im einzelnen wird auf die zwischen ihnen gewechselten 42
Schriftsätze samt Anlagen Bezug genommen. Bezüglich des Inhalts der Aussage des Zeugen I, der vom Landgericht Detmold einvernommen wurde, wird auf das Sitzungsprotokoll vom 11.12.1998, Bl. 142 ff. verwiesen.

Entscheidungsgründe: 43

Die Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg. 44

A 45

Klage auf Löschungsbewilligungserteilung 46

gegen den Beklagten zu 1) 47

Die Klage ist zulässig: 48

Ein einfacherer Weg auf Erlangung der Löschungsbewilligung aus § 8 Abs. 3 des Vertrages, 49
in dem der Käufer die Löschung der Vormerkung bewilligt hat, steht der Klägerin - ganz unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen von § 8 Abs. 3 des Vertrages nicht zu, nachdem der zuständige Rechtspfleger eine Löschung aufgrund der Löschungsbewilligung gemäß § 8 des Vertrages abgelehnt hat.

Die Klage der Klägerin auf Erteilung der Löschungsbewilligung ist jedoch unbegründet. Ein 50
Anspruch gemäß § 894 BGB i.V.m. § 326 BGB steht ihr nicht zu. Zwar kann nach diesen Vorschriften Löschung verlangt werden. Das Grundbuch ist nämlich unrichtig, wenn der der Auflassungsvormerkung zugrundeliegende Erfüllungsanspruch gemäß § 326 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz BGB erloschen ist (Senat OLGR Hamm 1998, 381; PalandtBassenge, BGB, 58. Aufl., § 886 Rdn. 4; § 894 Rdn. 2; PalandtPutzo a.a.O. § 326 Rdn. 24). Jedoch liegen die Voraussetzungen des § 326 BGB nicht vor.

Zum einen ist bereits das Vorliegen eines Verzuges fraglich. Zwar hat der Beklagte zu 1) den 51
Betrag von 15.000,00 DM, der bis 10.03.1998 an den Notar S zu zahlen war, nicht an diesen gezahlt. Nach den unwiderlegten Angaben des Beklagten ist der Betrag vielmehr auf das Anderkonto der Rechtsanwältin und Notarin I2 am 10.03.1998 gezahlt worden. Der Beklagte zu 1) im Schreiben vom 11.03.1998, Bl. 49 und die Notarin im Brief vom 18.03.1998, Bl. 77, 228, haben ausgeführt, der Betrag stehe zur Verfügung, wenn die lastenfreie Umschreibung durch Löschungsbewilligung der Sparkasse gesichert sei. Für einen Verzugseintritt spricht, daß die Zahlung auf Anderkonto eines anderen Anwalts, noch dazu unter einer Auflage, erst

zu zahlen, wenn die lastenfreie Umschreibung gesichert sei, keine Erfüllung ist und für den Vorleistungspflichtigen die Einrede aus § 320 BGB entfällt (vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 320 Rdn. 17).

Die Vorleistungspflicht kann aber gemäß § 242 BGB eingeschränkt sein (vgl. Palandt a.a.O., § 320 Rdn. 18). Sie entfällt beispielsweise, wenn der andere Teil ernsthaft erklärt, er könne oder wolle nicht erfüllen. Das gleiche ist anzunehmen, wenn der andere Teil mit der Verletzung einer Aufklärungspflicht sich schadensersatzpflichtig im Sinne eines Verschuldens bei Vertragsschluß gemacht hat (vgl. Palandt a.a.O., § 321 Rdn. 1, § 276 Rdn. 78). Der Beklagte zu 1) konnte nach dem Inhalt des Kaufvertrages davon ausgehen, daß die Erteilung der Löschungsbewilligung durch die Sparkasse unproblematisch sein würde. Deshalb bestand eine Hinweispflicht der Klägerin ihm gegenüber, wenn das Grundstück mit 770.000,00 DM belastet war und sie nicht vor Abschluß des Kaufvertrages mit der Sparkasse abgeklärt hatte, ob diese nach dem Inhalt des Kaufvertrages bei einem Kaufpreis von 395.000,00 DM die Löschungsbewilligung für sämtliche grundbuchrechtlichen Belastungen in einer Nominalhöhe von 770.000,00 DM erteilen werde. Im Rahmen der Abwägung nach § 242 BGB ist zu seinen Gunsten auch zu berücksichtigen, daß der Beklagte zu 1) die Vorleistung nicht verweigert hat, sondern die 15.000,00 DM aus seinem Vermögen auf ein Treuhandkonto mit dem Hinweis gezahlt hat, daß der Betrag sofort freigegeben werde, wenn die Frage der Löschungsbewilligung abgeklärt sei. Dies ergibt sich aus den Schreiben des Beklagten zu 1) an den Notar vom 11.03.1998, Bl. 49 und der Rechtsanwältin I2 vom 18.03.1998 Bl. 77. 52

Selbst wenn man aber zugunsten der Klägerin von einem Verzug des Beklagten zu 1) am 10.03.1998 ausgeht, so war es der Klägerin versagt, allein wegen des Verzuges mit der ersten Rate die Rechtsfolgen des § 326 BGB mit ihren Schreiben vom 24.04.1998, Bl. 23 d.A., und vom 13.05.1998, Bl. 24 d.A., herbeizuführen. Denn ungeschriebene Voraussetzung des § 326 BGB ist nach allgemeiner Meinung die eigene Vertragstreue des Gläubigers (Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 326 Rdn. 10). Diese fehlt der Klägerin. 53

Im vorliegenden Fall bestreitet die Klägerin, vgl. Bl. 182, nicht, daß sie aufgrund des Schreibens der Sparkasse vom 10.03.1998, Bl. 200, im Zeitpunkt der Fristsetzung am 24.04.1998 wußte, die Sparkasse werde erst gegen Zahlung von 420.000,00 DM die Löschungsbewilligung erteilen. Daß entsprechend seinem Vortrag auch dem Beklagten zu 1) über seinen Vater, den Beklagten zu 2), aus einer Kontaktaufnahme mit der Sparkasse von Mitte März 1998 dieser Umstand bekannt war, zeigen die Hinterlegung des Kaufpreisteils durch ihn und seine diese begleitenden Schreiben vom 11.03., 23.03, 24.03. und 20.04.1998, Bl. 49 ff. d.A., an den Notar S. Im Zeitpunkt des Fristsetzungsschreibens vom 24.04.1998 stand somit fest, daß der vereinbarte Kaufpreis von 395.000,00 DM davon ohnehin 10.000,00 DM an den Makler zu zahlen nicht hinreichte, um, wie in den §§ 3 Ziff. 2 und 5 des Vertrages vorgesehen, die auf dem Grundstück ruhenden Belastungen abzulösen, da die Sparkasse 420.000,00 DM in Verhandlung mit dem Beklagten zu 2) möglicherweise 410.000,00 DM vor der Abgabe einer Löschungsbewilligung haben wollte. Zahlte somit der Beklagte zu 1) die hinterlegten 15.000,00 DM, lief er Gefahr, das Geld zu verlieren, ohne daß er mit der vereinbarten Erfüllung des Vertrages lastenfreie Übereignung durch die Klägerin rechnen konnte. Die Sparkasse nämlich ging laut Aussage des Zeugen I in erster Instanz davon aus, daß sie im Hinblick auf die Verbindlichkeiten der Klägerin mit einem Betrag bis zu 400.000,00 DM ausfallen würde. Selbst wenn man davon ausgeht, daß der Vortrag der Klägerin zutrifft, sie hätte zum damaligen Zeitpunkt Darlehen von 55.000,00 DM erhalten können (in erster Instanz hat sie noch solche von 15.000,00 DM behauptet), auch habe ihr Grundbesitz den Wert von 1,375 Mio DM zur Verfügung gestanden, ändert dieses nichts an 54

der Befürchtung des Beklagten zu 1): Denn er konnte nicht sicher sein, daß die Klägerin, die gemäß § 242 BGB verpflichtet war, dafür zu sorgen, daß entweder die Sparkasse ihre Forderung entsprechend dem Kaufvertrag reduziert oder sie, die Klägerin, den fehlenden Betrag dazu bezahlt, ihrer Verpflichtung nachkommt. Aus der erstinstanzlichen Aussage des Zeugen I ergibt sich in der Tat, daß die Klägerin der Sparkasse kein Angebot gemacht hatte, Spitzenbeträge oder fehlende Beträge zur Erteilung der Löschungsbewilligung aus anderen Quellen zu beschaffen. Auch dem Beklagten zu 1) sind derartige Aktivitäten der Klägerin nicht bekannt geworden.

Dabei ist zu berücksichtigen, daß am 24.04.1998 nicht nur die Zahlung der 15.000,00 DM ausstand: Legt man das Schreiben des Beklagten zu 1) vom 20.04.1998, Bl. 53, zugrunde, dessen Inhalt nicht bestritten worden ist, waren nunmehr auch die Fälligkeitsvoraussetzungen gegeben, daß über die Löschungsbewilligungen Zug um Zug gegen Zahlung der zweiten Rate verfügt werden konnte. Auch lagen die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes nach Zahlung der Grunderwerbssteuer und das Negativattest der Stadt C vor. Diese Zug-um-Zug-Abwicklung des Kaufvertrages war aber mangels Vorlage der Löschungsbewilligungen, die von der Klägerin zu beschaffen waren, nicht möglich. Es stand ein Verstoß gegen § 434 BGB fest, wonach der Verkäufer zur Übertragung des Eigentums frei von Rechten Dritter verpflichtet ist. Dieser Bewertung steht die Vorleistungspflicht des Beklagten zu 1) nicht entgegen: Nach BGH NJW 1986, 1164 (vgl. auch Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 320 Rdn. 17; Soergel/Wiedemann, BGB, 11. Aufl., § 320 Rdn. 76, 77) entfällt im übrigen die im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages vereinbarte unbeständige Vorleistungspflicht dadurch, daß auch die Gegenleistung fällig wird. Dann muß grundsätzlich nur Zug um Zug gegen Bewirken der Gegenleistung geleistet werden; der anfangs Vorleistungspflichtige hat dann die Rechte aus § 320 BGB. Das hätte zur Folge, daß Verzug des Beklagten zu 1) nunmehr nur bei Angebot der Leistung der Klägerin eintritt, jedenfalls steht sein Recht aus § 320 BGB einem Anspruch der Klägerin aus § 326 BGB entgegen.

55

Auch unter Zugrundelegung von Treu und Glauben geht es nicht an, daß die Klägerin wegen Verzuges mit der Zahlung eines unwesentlichen Teilbetrages des Kaufpreises (weniger als 5 %) ihre Leistungsverpflichtung in Wegfall bringen und den für sie deutlich günstigeren Vertrag vom 22.05.1998 mit dem Zweitkäufer über 420.000,00 DM erfüllen könnte, ohne durch die Auflassungsvormerkung des Beklagten zu 1) gehindert zu sein, obwohl sie im Zeitpunkt der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung vom 24.04.1998 bereits ihrerseits die Erfüllung des Kaufvertrages nicht mehr betrieb, es ihr aber nach eigenem Bekunden durchaus möglich gewesen wäre, die Differenz zu der von der Sparkasse verlangten Summe nachzuschießen, und sie trotzdem keine Anstalten zu diesem Nachschießen unternahm. Nicht nur, wenn der Gläubiger außer Stande ist, die Gegenleistung zu erbringen, sondern auch, wenn er zu dieser nicht bereit ist, liegt eine § 326 BGB ausschließende eigene Vertragsuntreue des Gläubigers vor (Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 326 Rdn. 11).

56

Richtigerweise mußte die Klägerin deshalb ihr Schreiben vom 24.04.1998, wenn nicht mit der Mitteilung, daß die Löschungsbewilligung erteilt sei, jedenfalls mit der Zusage verbinden, daß sie selbst bis zu der von der Sparkasse verlangten Höhe von 410.000,00 DM bzw. 420.000,00 DM Zuzahlung leisten werde. Daß demgegenüber der Beklagte zu 1) in seinem Schreiben vom 11.03.1998 nachhaltig und ernsthaft die Leistung verweigert hat, die Klägerin bestreitet nicht, daß sie die an den Notar gerichteten Schreiben des Beklagten zu 1) kannte, kann nicht gesagt werden: Der Beklagte zu 1) wollte nachvollziehbar mit seiner Zahlung an einen Treuhänder vermeiden, daß die Klägerin die Zahlung vereinnahmt, aber nicht ihrer lastenfreien Übereignungsverpflichtung nachkommt. Das ist jedenfalls keine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung. Gleichfalls brauchte sich der Beklagte zu 1) nicht auf die von der Sparkasse geforderte Kaufpreiserhöhung einzulassen.

Somit ist der Erfüllungsanspruch auf lastenfreie Übereignung nicht gemäß § 326 BGB untergegangen.	57
Auf § 8 Abs. 3 des Vertrages vom 23.02.1998 kann ein Anspruch auf Löschungsbewilligung bezüglich der Vormerkung bereits deshalb nicht gestützt werden, weil der Vertrag zur Durchführung gelangt und nicht wegen eines Anspruchs der Klägerin aus § 326 BGB gegenstandslos ist. Eine zeitliche Befristung für die Vertragsdurchführung haben die Parteien nicht vereinbart. Die Voraussetzungen des Untergangs des Eigentumsübertragungsanspruchs durch Unvermögen der Klägerin, das Grundstück lastenfrei zu übereignen, sind nicht dargelegt. Die Klägerin selbst behauptet, die Erreichung der Löschungsbewilligung sei ihr möglich gewesen. Durch den Abschluß des Zweitvertrages vom 22.05.1998 ist ein Unvermögen der Klägerin bereits deshalb nicht eingetreten, weil gemäß § 3 dieses Vertrages ihr ein Rücktrittsrecht zusteht, wenn der am 23.02.1998 mit dem Beklagten zu 1) abgeschlossene Vertrag durchgeführt werden muß.	58
B	59
<u>Zahlung von Anwaltsgebühren sind durch den Beklagten zu 1); Feststellungsantrag gegen ihn</u>	60
Da ein Anspruch der Klägerin aus § 326 BGB ausscheidet, kann die Klägerin nicht Zahlung der Anwaltsgebühren in Höhe von 3.312,71 DM gemäß der Rechnung vom 27.05.1998, Bl. 27 d.A., verlangen. Denn die Rechnung umfaßt das Tätigwerden des Anwalts im Rahmen des § 326 BGB zu einem Gegenstandswert von 395.000,00 DM.	61
Wegen Ausscheidens eines Anspruchs aus § 326 BGB der Klägerin ist auch der in der Berufungsinstanz erstmals gegenüber dem Beklagten zu 1) geltend gemachte Feststellungsantrag, auszusprechen, daß dieser verpflichtet sei, der Klägerin gemäß § 326 Abs. 1 BGB Schadensersatz zu leisten, unbegründet.	62
C	63
<u>Feststellungsantrag gegen den Beklagten zu 2)</u>	64
<u>Hilfsantrag gegen den Beklagten zu 1)</u>	65
Schließlich scheitert auch der weitere Feststellungsantrag, den die Klägerin anläßlich der Verpflichtung zu Maklerhonorarzahlung, erhebt.	66
Die in § 17 des Vertrages vom 23.02.1998 vereinbarte Verpflichtung der Klägerin zur Zahlung von 10.000,00 DM hat Bestand.	67
Zum einen hat der Vertrag selbst Bestand. Auch der Umstand, daß der Beklagte zu 2) Vater des Beklagten zu 1) ist, führt für sich allein nicht zu einem Provisionsausschluß. Das Bundesverfassungsgericht (NJW 1987, 2733) hat entschieden, daß dem Vermittler allein aufgrund des Bestehens einer ehelichen Gemeinschaft mit dem Eigentümer der Wohnung ein Vermittlerlohn nicht abgesprochen werden kann. Dieser Fall kann mit dem vorliegenden engen Verwandtschaftsverhältnis zwischen Vater und Sohn gleichgesetzt werden. Auch insoweit verbietet es Art. 6 Grundgesetz, Verheiratete oder Familienangehörige allein deshalb zu benachteiligen, weil sie verheiratet oder verwandt sind. Aber selbst wenn man mit einer späteren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes (NJW 1988, 2663) aus dem Bestehen der nicht gestörten Ehe/der Verwandtschaft auf enge wirtschaftliche Bindungen schließt, die den als Makler tätigen Ehepartner im Regelfall hindern, gegenläufige Interessen	68

des Auftraggebers zu wahren, ist ein Provisionsanspruch des Beklagten zu 2) gegen die Klägerin nicht ausgeschlossen. Eine provisionsschädliche Interessenkollision ist dann nicht gegeben, wenn das Bestehen des Verwandtschaftsverhältnisses (der Ehe) gegenüber dem dritten, am Geschäft beteiligten Partner offengelegt wird (vgl. Bundesverfassungsgericht NJW 1988, 2663; BGH NJW 1987, 1108; OLG Düsseldorf OLGR 1992, 333; OLGR 1992, 291). Dabei kommt es auf die rein tatsächliche Kenntnis an; auf die rechtlichen Konsequenzen einer Verflechtung braucht der unbeteiligte Dritte nicht hingewiesen worden zu sein (OLG Düsseldorf OLGR 1992, 291 m.w.N.). Der Klägerin war bekannt, daß der Beklagte zu 2) Vater des Beklagten zu 1) ist, wie sie auf Bl. 189 d.A. selbst vorträgt. Denn die Klägerin hatte den Beklagten zu 2) mit der Vermittlung des Objektes beauftragt. Nachdem sie mit den zunächst herangeführten Interessenten trotz der Bemühungen des Beklagten zu 2) nicht handelseinig geworden sei, habe dieser vorgeschlagen, das Objekt an seinen Sohn den Beklagten zu 1) zu verkaufen. Diesem Vorschlag habe die Klägerin zugestimmt. Daß der Beklagte zu 2) seinen Sohn bei Vertragsschluß vertrat, wußte gleichfalls die Klägerin. Daß eine Interessenkollision aus dem Verwandtschaftsverhältnis der Beklagten im Vertrag zu Ungunsten der Klägerin ihren Niederschlag gefunden hat und etwa das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung oder andere Regelungen des Vertrages beeinflußt hat, ist nicht ersichtlich. Unstreitig ist schon, daß die Klägerin den Notar ausgewählt hat. Die Regelung in § 3 Ziff. 1, wonach der Teilbetrag in Höhe von 15.000,00 DM sofort bis zum 10.03.1998 zu Händen des Notars zu zahlen ist, und somit eine Vorleistungsverpflichtung des Beklagten zu 1) enthält, ist zum Nachteil des Beklagten zu 1), nicht der Klägerin geeignet. Daß sie durch die Verflechtung zwischen den Beklagten nachteilige Regelungen im Kaufvertrag hinnehmen mußte, hat die Klägerin auch nicht geltend gemacht.

Auch war der Klägerin bekannt, daß die Beklagte zu 2) für beide Parteien tätig wurde. Die zum Vertrag führende Doppeltätigkeit war somit nicht treuwidrig. Soweit die Klägerin auf von den Beklagten zu 2) gefertigte Schreiben vom 11.03.1998, 23.03.1998 und 24.03.1998, Bl. 49 ff., verweist, sind diese nach Vertragsschluß abgefaßt und spiegeln das Bemühen wider, die Abwicklung des Kaufvertrages im Sinne beider Parteien dennoch zu ermöglichen. Die vorgenommene Hinterlegung die der Beklagte zu 2) für seinen Sohn vorgenommen haben soll erfaßt nur 3,79 % des Kaufpreises und ist, wie ausgeführt, von der Rechtsordnung gemäß § 242 BGB gedeckt.

69

Auch der Hilfsantrag ist mangels eines Anspruchs der Klägerin gegen den Beklagten zu 1) unbegründet.

70

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97, 708 Ziff. 10, 711 ZPO.

71