
Datum: 28.04.2014
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 72/13
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2014:0428.18U72.13.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 42 O 68/12

Schlagworte: Rückforderungsanspruch, Provisionszahlung, fristlose Kündigung eines vermittelten Darlehensvertrages

Normen: §§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt., 652 BGB

Leitsätze:

1.

Allein die Anfechtbarkeit eines Darlehensvertrages aufgrund arglistiger Täuschung seitens des Darlehensnehmers über seine Bonität löst noch keinen Provisionsrückzahlungsanspruch des Darlehensnehmers gegenüber dem Makler aus, wenn der Darlehensgeber nach Auszahlung des Darlehens statt der Anfechtung die fristlose Kündigung erklärt.
2.

Die Verfehlung des wirtschaftlichen Zwecks des vermittelten Darlehensvertrages kann nur unter bestimmten Umständen des Einzelfalles zu einem Provisionsrückzahlungsanspruch führen (wie BGH, Urt. vom 14.7.2005 - III ZR 45/05).

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 15.05.2013 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Dieses sowie das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird

nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin begehrt aus abgetretenem Recht der E GmbH die Rückzahlung eines nach ihrer Auffassung rechtsgrundlos von der E GmbH an die Beklagte gezahlten Betrages in Höhe von 3,66 Mio. Euro.

Die Klägerin, die früher unter F firmierte, ist eine Kapitalgesellschaft nach luxemburgischem Recht mit Sitz in Luxemburg. Sie gehört zur P-Gruppe, einem amerikanischen Finanzinvestor.

Die inzwischen insolvente E GmbH ist bzw. war Teil der C. Deren operatives Geschäft umfasste schwerpunktmäßig das Chartergeschäft, das Schiffs-Management sowie Bau, Erwerb und Finanzierung von Schiffen. Gegründet wurde die Gruppe durch M, der bis Mitte Februar 2011 mehrheitlicher Gesellschafter und Geschäftsführer u. a. der E GmbH war.

Die Beklagte betreibt ein Unternehmen mit Sitz in H, das sich mit der Vermittlung von Unternehmensfinanzierungen befasst.

Unter dem 03./04.09.2009 schlossen die E GmbH als Auftraggeberin und die Beklagte eine als solche bezeichnete „Provisionsvereinbarung für die Aufnahme von Produkten mit Fremdkapital-Charakter“ (K 6 / GA 77). Darin heißt es u.a.

„1. PräambelDer Gegenstand der vorliegenden Mandatsvereinbarung ist die Beratung sowie Strukturierung von Produkten mit Fremdkapital-Charakter (hier primär Schuldscheindarlehen, SSD) für den Auftraggeber sowie die Ansprache von vorher definierten potentiellen Investoren.

2. Vergütung

Die Vergütungsstruktur wird unterteilt in eine Basisprovision und eine Bonusprovision. Hierbei verstehen sich sämtliche Entgelte netto zuzüglich der jeweiligen Umsatzsteuer und sind fällig im Sinne einer einmaligen Upfront-Fee unmittelbar bei Liquiditätszufluss bei dem Auftraggeber.

2.1 BasisprovisionDie Basisprovision beträgt 2,75% auf das Nominalvolumen.[...]

2.2. BonusprovisionenDie Bonusprovision ist abhängig von der verhandelten Kreditmarge, welche definiert ist als [...].“

In der Folgezeit schlossen die Vertragsparteien zwei als Addenda bezeichnete Ergänzungsvereinbarungen. In dem ersten Addendum vom 29.03.2010 (K 7 / GA 79 ff.) heißt

es unter Ziff. 4:

„4.1 ErfolgshonorarDie D erhält vom Auftraggeber ein transaktionsabhängiges Erfolgshonorar für jede einzelne Transaktion, wenn dem Auftraggeber während der Laufzeit dieser Mandatsvereinbarung oder innerhalb eines Zeitraums von 18 Monaten durch D vermitteltes Kapital zufließt oder ihm eine Linie zugesagt wird, die er über einen bestimmten Zeitraum abrufen kann.[...]Der Anspruch entsteht mit Unterzeichnung der Verträge mit den potentiellen Investoren und ist unmittelbar nach Zufluss der Liquidität beim Auftraggeber zahlbar. 14

4.2 Break-up FeeDer Auftraggeber verpflichtet sich zur Zahlung eines Abbruchhonorars in Höhe von 1% des Transaktionswertes, wenn der Auftraggeber nach Unterzeichnung eines Term Sheets aus Gründen, welche D nicht zu verantworten hat, ein von Seiten des Auftraggebers und des potentiellen Inverstors verhandeltes Angebot nicht annimmt. [...] 15

In das zweite Addendum vom 26./27.07.2010 (K 8 / GA 83), das als Auftraggeber neben der E GmbH auch die C GmbH nennt, haben die Vertragsparteien u. a. die folgenden Bestimmungen aufgenommen: 16

1. VorbemerkungDie D ist vom Auftraggeber beauftragt, ihn bei der Beschaffung von Kapital jeglicher Art zu unterstützen. In diesem Zusammenhang hat die D den Kontakt zu dem Finanzinvestor P Capital Management und deren Fonds (F) hergestellt, die an einer Finanzierung der Gruppe bzw. von Schwestergesellschaften (Schiff-SPVs) in Verbindung mit einer Direktbeteiligung interessiert sind. Der Auftraggeber und F habe sich über eine Transaktion in Höhe von € 175.000.000,--, die sich in mehrere Einzeltransaktionen gliedert, geeinigt. Abweichend von den bestehenden Regelungen zwischen D und dem Auftraggeber vereinbaren beide eine geänderte Verprovisionierung der D für die F Transaktion. 17

2. Vergütung 18

2.1 ErfolgshonorarDie D erhält vom Auftraggeber ein Erfolgshonorar für die Transaktion mit F in Höhe von € 4.000.000,-- zuzüglich der gültigen MwSt.Der Anspruch auf das Erfolgshonorar entsteht mit Unterzeichnung der Verträge (Signing) mit F. Im Hinblick auf die Zahlungsmodalitäten vereinbaren die Parteien folgendes: 19

- € 350.000,-- zzgl. MwSt. zahlbar bis spätestens 30.07.2010, 20

- € 350.000,-- zzgl. MwSt. zahlbar bis spätestens 06.08.2010, 21

- € 3.300.000,-- zzgl. MwSt. zahlbar unmittelbar mit Closing der Transaktion unabhängig von der Höhe der zum Closing ausbezahlten Finanzierungs- mittel.Auftraggeber und D vereinbaren, dass etwaige Änderungen der Verträge zwischen Auftraggeber und F in der Zeit zwischen Signing und Closing nicht zu einer Anpassung des Erfolgshonorars führen. 22

[...]“ 23

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der in Kopie zur Akte gereichten Urkunden Bezug genommen. 24

Die Beklagte hatte den Kontakt zwischen der C und der P Gruppe im Februar 2010 hergestellt. Die Investitionen von P erfolgten über zwei Tochtergesellschaften, nämlich die Klägerin sowie deren Schwestergesellschaft F (im Folgenden: F). 25

26

Letztere schloss unter dem 14./15./16.07.2010 mit M einen Anteilskauf- und Übertragungsvertrag (Share Sale and Transfer Agreement) mit dem sich M verpflichtete, einen Teil seiner Anteile an Gesellschaften der C gegen Bereitstellung von 9,5 Mio. Euro Eigenkapital an die F zu übertragen.

Die Klägerin verpflichtete sich, im Rahmen eines sog. „Term Loan Agreements“ (auszugsweise K 37 / GA 177) an verschiedene Gesellschaften der C Darlehen in Höhe von bis zu 165,5 Mio. Euro zu gewähren. Bis zum Ende des Jahres 2010 gewährte sie Kredite in Höhe von insgesamt 129.805.856,00 €. Die E GmbH ihrerseits zahlte zwischen dem 09.08.2010 und dem 07.01.2011 an die Beklagte insgesamt 3,66 Mio. Euro. 27

Mit Schreiben vom 03.03.2011 (Acceleration Notice, K 36 / GA 169) erklärte die Klägerin gegenüber der C GmbH als Stellvertreterin für alle Gesellschaften der C die außerordentliche fristlose Kündigung des Term Loan Agreements mit der Begründung, sie sei bei Abschluss dieser Vereinbarung im Rahmen der wirtschaftlichen Überprüfung der Gesellschaften (due dilligence) von M durch Vorlage manipulierter Unterlagen über für den Vertragsschluss erhebliche Umstände getäuscht worden. Sie forderte zugleich die Rückzahlung von Darlehen („oustanding loan principal“) in Höhe insgesamt 129.805.856,00 Euro sowie die Zahlung von Zinsen in Höhe von 2.244.762,13 Euro (GA 172). 28

Mit Vereinbarung vom 15.11.2011 (K 38 / GA 180) trat der Insolvenzverwalter über das Vermögen der E GmbH sämtliche der Insolvenzschuldnerin gegen die Beklagte zustehende Ansprüche an die Klägerin ab. 29

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, zwischen der E GmbH und der Beklagten habe ein Maklervertrag bestanden, auf dessen Grundlage die Beklagte den Gesellschaften der C die in Rede stehenden Darlehen vermittelt habe. Sie hat vorgetragen, sie habe Ende Februar / Anfang März 2011 davon Kenntnis erlangt, dass M ihr gegenüber im Zusammenhang mit der Darlehensgewährung vorsätzlich wahrheitswidrige Angaben über die wirtschaftliche Situation der C vorgelegt habe. Der zwischen ihr und den Unternehmen der C geschlossene Darlehensvertrag (Term Loan Agreement) beruhe deshalb auf einer arglistigen Täuschung und sei nicht nur außerordentlich kündbar, sondern auch anfechtbar. Mit der von ihr erklärten fristlosen Kündigung des Darlehensvertrages sei auch der Rechtsgrund für die Provisionszahlungen der E GmbH an die Beklagte weggefallen. Denn es sei anerkannt, dass der Makler seinen Anspruch auf Provision verliere, wenn der vermittelte Hauptvertrag angefochten werde und damit ex tunc seine Wirksamkeit verliere. Zwar habe sie nicht die Anfechtung, sondern die fristlose Kündigung erklärt. Die Wahl der Kündigung anstelle der ebenfalls möglichen Anfechtung stelle sich aus der Perspektive der Beklagten jedoch als zufällig und gleichwertig dar und führe deshalb auch zum Wegfall des Provisionsanspruchs. 30

Die Klägerin hat beantragt, 31

die Beklagte zu verurteilen, an sie EUR 3.660.000,00 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 29.12.2011 zu zahlen. 32

Die Beklagte hat beantragt, 33

die Klage abzuweisen. 34

Sie hat vorgetragen, bei dem in Rede stehenden Vertragsverhältnis zwischen ihr und der E GmbH handle sich nicht um einen Maklervertrag, sondern um einen Dienstvertrag oder einen Vertrag sui generis. Auch die Anwendbarkeit von Maklerrecht unterstellt, sei der Rechtsgrund 35

für die Provision nicht entfallen. Die Kündigung des Darlehens könne schon deshalb nicht zum Wegfall des Provisionsanspruchs führen, weil die Darlehen neben dem Anteilskauf durch die Schwestergesellschaft der Klägerin nur unselbständiger Teil eines einheitlichen „Hauptvertrages“ gewesen seien. Mit der Vereinbarung, dass die Provision schon bei Abschluss des Hauptvertrages verdient sei, sei individualvertraglich abbedungen, dass sie das Ausführungsrisiko zu tragen habe.

Weiterhin könne sich die Klägerin auch deshalb nicht auf einen Wegfall des Provisionsanspruchs berufen, weil die E GmbH als Maklerkundin die Ursache für die Anfechtbarkeit des Darlehensvertrages selbst gesetzt und zudem die Provision auch in Kenntnis der Anfechtbarkeit gezahlt habe. Die Kündigung sei hier auch kein der Anfechtung gleichwertiger Rechtsbehelf. Die Rechtsfolgen seien unterschiedlich. Die Klägerin habe bewusst die Kündigung und nicht die Anfechtung gewählt, um sich Zinsforderungen aus dem Darlehensvertrag zu erhalten. Letztlich lägen auch die Voraussetzungen einer Anfechtung nach § 123 BGB nicht vor. Jedenfalls sei die Vorlage falscher Unterlagen im Rahmen der „due dilligence“ nicht kausal für die Gewährung des Darlehens geworden. Die Unrichtigkeit der Angaben sei der Klägerin bekannt gewesen. 36

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen Folgendes ausgeführt: Zwischen den Parteien bestehe kein Streit, dass die Beklagte die Provision nach dem Wortlaut des § 2 des zweiten Addendums zunächst einmal verdient habe. Eine etwaige Anfechtbarkeit des Darlehensvertrages wegen arglistiger Täuschung berühre den Provisionsanspruch der Beklagten nicht. Allerdings fänden auf die zwischen der Beklagten und der E GmbH getroffenen Provisionsvereinbarungen die Vorschriften des Maklerrechts Anwendung. Nach den schriftlichen Vereinbarungen stehe die Vermittlung der Finanzmittel eindeutig im Vordergrund, die Vergütung sei als Erfolgshonorar bezeichnet worden und die E GmbH sei zum Abschluss des Hauptvertrages nicht verpflichtet gewesen. 37

Die Entstehung des Anspruchs auf Maklerprovision werde jedoch grundsätzlich nur durch solche Umstände ausgeschlossen, die einem wirksamen Zustandekommen des Hauptvertrages entgegenstünden oder diesen wie die Anfechtung nachträglich mit Wirkung ex tunc beseitigten. Solche Umstände lägen nicht vor. Die Anfechtung des Darlehensvertrages sei jedenfalls nicht erklärt worden. Es liege auch kein Fall vor, in dem nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Erklärung der Anfechtung entbehrlich sei. Zwar habe der Bundesgerichtshof entschieden, dass der Provisionsanspruch auch dann entfalle, wenn in Bezug auf den vermittelten Kaufvertrag derselbe Mangel dem Käufer ein Recht zur Anfechtung und einen Anspruch auf Wandelung gebe und der Käufer sich dann, aus der Perspektive des Maklers zufällig, für die Wandelung entscheide. Das gelte aber nicht, wenn die anfechtungsberechtigte Vertragspartei von einem Gewährleistungsrecht Gebrauch mache, dessen Ziel sie mit der Anfechtung nicht erreichen könne. Letzteres sei hier der Fall. Die Klägerin habe anstelle der Anfechtung die Kündigung des Darlehensvertrages gewählt, um sich den vertraglich vereinbarten Zinssatz zu sichern und auf die vertraglich gestellten Sicherheiten zurückgreifen zu können. Zudem habe die Schwestergesellschaft der Klägerin ihre im Rahmen der Mezzanine-Vertragsgestaltung erlangte Gesellschafterstellung beibehalten und ausgebaut. Im Ergebnis sei in Bezug auf einen Teil des vermittelten Hauptgeschäfts überhaupt keine Lösung vom Vertrag erfolgt, hinsichtlich des anderen Teils bewusst keine Anfechtung erklärt worden. 38

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin die ihr erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt. Sie erhebt im Wesentlichen die folgenden Einwände: 39

Das Landgericht habe nicht ausreichend beachtet, dass die E GmbH als Maklerkundin keinen Einfluss darauf gehabt habe, ob sie, die Klägerin, den Darlehensvertrag anfechte oder kündige. Nach der Rechtsprechung sei es zudem immer und nicht nur in Einzelfällen provisionschädlich, wenn eine an sich anfechtungsberechtigte Vertragspartei sich auf einer alternativen rechtlichen Grundlage vom Hauptvertrag löse. Das Landgericht habe sich auch zu Unrecht auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 09.07.2009 (III ZR 104/08, NJW 2009, 2810) berufen. Der dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt sei mit dem vorliegenden Rechtsstreit nicht vergleichbar. In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall habe die Maklerkundin den anfechtbaren Hauptvertrag nicht angefochten und stattdessen auf das positive Interesse gerichteten Schadensersatz geltend gemacht. Wenn der Bundesgerichtshof in diesem Fall vom Fortbestand des Provisionsanspruchs ausgegangen sei, beruhe das auf dem Kerngedanken, dass der Maklerkunde nicht gleichzeitig Nutzen aus dem Hauptvertrag ziehen und gegenüber dem Makler nicht provisionspflichtig sein solle. Das lasse sich auf den vorliegenden Fall, in dem nicht der Maklerkunde, sondern dessen Vertragspartner anfechtungsberechtigt sei, nicht übertragen. Hier könne die E GmbH als Maklerkundin jedenfalls keinen Nutzen aus dem Darlehensvertrag mehr ziehen, gleichviel ob sie, die Klägerin, sich durch Anfechtung oder Kündigung vom Vertrag gelöst habe.

Das Landgericht habe auch zu Unrecht angenommen, dass es in den in Rede stehenden Fällen auf eine „Gleichschaltung“ der Rechtsfolgen der (nicht erklärten) Anfechtung und des alternativen Gestaltungsrechts ankomme. Der Bundesgerichtshof habe in seinem Urteil vom 14.12.2000 (III ZR 3/00, NJW 2001, 966) vielmehr ausgeführt, dass keine Rechtsfolgenidentität erforderlich sei. 41

Soweit das Landgericht davon ausgegangen sei, dass das zwischen der Schwestergesellschaft der Klägerin und M geschlossene Share Sale and Transfer Agreement Bestandteil des „Hauptvertrages“ sei, treffe dies nicht zu. Zwischen dem Anteilskauf durch die Schwestergesellschaft und dem Darlehen der Klägerin habe entgegen der Darstellung des Landgerichts keine Verknüpfung bestanden. 42

Nach Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz hat die Klägerin mit nachgelassenem Schriftsatz vom 03.04.2014 ergänzend vorgetragen, nach dem Inhalt der Provisionsvereinbarung bzw. der nachfolgenden Addenda, habe den Unternehmen der C eine langfristige und nachhaltige Sanierungs- und Wachstumsfinanzierung vermittelt werden sollen. Da es infolge der außerordentlichen Kündigung des Term Loan Agreements nur zu einer kurzfristigen viermonatigen Finanzierung gekommen sei, sei der übereinstimmend zugrunde gelegte Zweck der Kapitalvermittlung nicht erreicht worden mit der Folge, dass auch der Provisionsanspruch der Beklagten entfalle. 43

Die Klägerin beantragt, 44

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Essen vom 15.05.2013, Az. 42 O 68/12, die Beklagte zu verurteilen, an sie EUR 3.660.000,00 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 29.12.2011 zu zahlen. 45

Die Beklagte beantragt. 46

die Berufung zurückzuweisen. 47

Sie wiederholt und vertieft im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie legt insbesondere Wert darauf, dass entgegen der vom Landgericht vertreten Auffassung 48

zwischen ihr und der E GmbH ein Dienstvertrag oder Vertrag sui generis bestanden habe, und die Regeln des Maklerrechts jedenfalls keine Anwendung fänden, so dass sich die vorzeitige Beendigung des Darlehensvertrages schon deshalb nicht auf ihren Vergütungsanspruch auswirke. Sofern man die Anwendbarkeit von Maklerrecht unterstelle, sei das Landgericht allerdings zu Recht davon ausgegangen, dass der Rechtsgrund des Provisionsanspruchs nicht entfallen sei.

Wegen der Einzelheiten des Vortrags der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze und der vorgelegten Anlagen Bezug genommen. 49

II. 50

Die zulässige Berufung ist unbegründet. 51

Der aus abgetretenem Recht geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung der von der E GmbH an die Beklagte geleisteten Provision besteht weder aus § 812 Abs. 1 BGB i. V. m. § 398 BGB noch aus einem anderen rechtlichen Grund. 52

1. Die Provisionszahlung ist nicht rechtsgrundlos erfolgt (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB), noch ist der rechtliche Grund nachträglich entfallen (§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB). Die E GmbH hat die Provisionszahlung aufgrund der mit der Beklagten getroffenen Provisionsvereinbarung vom 03./04.09.2009 i. V. m. den beiden im Nachgang dazu geschlossenen Addenda geleistet. Der Provisionsanspruch ist auf dieser vertraglichen Grundlage entstanden und auch nachträglich nicht entfallen, unabhängig davon, ob das Geschäft, wie die Beklagte meint, rechtlich als Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) oder, wovon die Klägerin ausgeht, als Maklervertrag im Sinne der §§ 652 ff. BGB einzuordnen ist. Die Kündigung des Term Loan Agreements (im Folgenden: Darlehensvertrag) durch die Klägerin in ihrer Eigenschaft als Darlehensgeberin berührt den rechtlichen Bestand des vertraglichen Vergütungsanspruchs in beiden Fällen nicht: 53

Läge ein Dienstvertrag vor, entsteht die Verpflichtung zur Vergütung für geleistete Dienste unabhängig vom Eintritt eines bestimmten Erfolges. Mithin hätte die Kündigung des von der Beklagten vermittelten Darlehensvertrages keine Auswirkungen auf den Bestand des Vergütungsanspruchs mit der Folge, dass der geltend gemachte Rückzahlungsanspruch schon aus diesem Grund nicht bestünde. 54

Ist das Verhältnis zwischen der Zedentin und der Beklagten hingegen als Maklervertrag zu qualifizieren, setzt der Anspruch auf Provision weiter voraus, dass durch eine Nachweis- oder Vermittlungsleistung der Beklagten ein wirksamer Hauptvertrag zustande gekommen ist. Die Klägerin macht indes weder geltend, dass der Darlehensvertrag nicht wirksam zustande gekommen noch dass er durch Anfechtung rückwirkend vernichtet worden sei. Sie beruft sich vielmehr darauf, dass der Darlehensvertrag wegen einer arglistigen Täuschung durch den für die E GmbH handelnden M bei Vertragsschluss anfechtbar (gewesen) sei, und meint, die auf eben diese Täuschung gestützte außerordentliche Kündigung des Darlehensvertrages müsse ebenso wie die Erklärung der Anfechtung zum Wegfall des Provisionsanspruchs der Beklagten führen, weil die Wahl der Kündigung anstelle der Anfechtung aus deren Sicht zufällig sei. Das Landgericht ist dem zu Recht nicht gefolgt, wie sich aus den folgenden Ausführungen ergibt. 55

2. Es bedarf keiner Entscheidung, ob die Klägerin durch eine arglistige Täuschung im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB zum Abschluss des Darlehensvertrags bestimmt worden ist. Denn weder die Anfechtbarkeit des Darlehensvertrags noch dessen außerordentliche Kündigung 56

führen dazu, dass der Anspruch auf Maklerlohn nicht entsteht bzw. wieder entfällt. Schon nach der Vorstellung des historischen Gesetzgebers kann die bloße Anfechtbarkeit des vermittelten Geschäfts dem Lohnanspruch des Maklers nicht entgegengehalten werden, solange die Anfechtung nicht erfolgt. Erst wenn der Vertrag angefochten wird, entfällt der Anspruch auf Maklerlohn deshalb, weil das vermittelte Geschäft infolge der Anfechtung so zu behandeln ist, als wäre es nicht vorgenommen worden (vgl. Mot. Mugdan II, S. 287). Auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist im Ansatz klar zu unterscheiden zwischen solchen Umständen, die der Wirksamkeit des Hauptvertrags entgegenstehen oder – in Folge einer Anfechtungserklärung – rückwirkend seine Nichtigkeit herbeiführen, und solchen Umständen, die nur die Leistungspflicht aus einem wirksamen Vertrag verändern oder beseitigen (Urt. v. 09.07.2009 - III ZR 104/08, NJW 2009, 2810 m. w. N.).

Die zuletzt genannten Umstände, zu denen auch die außerordentliche Kündigung des wirksam zustande gekommenen Darlehensvertrages zählt, berühren den Bestand des Provisionsanspruchs grundsätzlich nicht. Denn nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist für das Entstehen des Provisionsanspruchs nach § 652 Abs. 1 BGB lediglich das Zustandekommen des Hauptvertrags in Folge des Nachweises oder der Vermittlung erforderlich, nicht aber – wie nach § 87a Abs. 1 S.1 HGB beim Handelsvertreter – die Ausführung des Geschäfts. Dem entspricht es, dass Umstände, die lediglich die Leistungspflicht aus dem wirksam zustande gekommenen Vertrag beseitigen – wie einverständliche Aufhebung des Vertrags, nachträgliche Unmöglichkeit, Kündigung oder Rücktritt –, die Provisionspflicht unberührt lassen. Insoweit wird lediglich für ein im Hauptvertrag ausbedungenes zeitlich befristetes und an keine Voraussetzung gebundenes Rücktrittsrecht eine Ausnahme gemacht, weil in einem solchen Fall eine echte vertragliche Bindung – ähnlich wie bei einem Vertragsschluss unter einer aufschiebenden Bedingung – erst in dem Zeitpunkt begründet wird, in dem der Rücktrittsberechtigte sein Rücktrittsrecht nicht mehr ausüben kann. Demgegenüber schließen Umstände, die einen wirksamen Abschluss des Kaufvertrags verhindern oder ihn als von Anfang an unwirksam erscheinen lassen, die Entstehung eines Provisionsanspruchs aus. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Hauptvertrag formnichtig, gesetz- oder sittenwidrig oder wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung mit Wirkung ex tunc angefochten ist (BGH, Urt. v. 11.11.1992 - IV ZR 218/91, NJW-RR 1993, 248; Urt. v. 09.07.2009 - III ZR 104/08, NJW 2009, 2810 m. w. N.).

57

3. Soweit die Klägerin der Rechtsprechung entnehmen will, dass der Provisionsanspruch des Maklers auch immer dann entfalle, wenn der Hauptvertrag anfechtbar sei und sich die anfechtungsberechtigte Vertragspartei zwar nicht durch Erklärung der Anfechtung, aber auf einer anderen rechtlichen Grundlage vom Vertrag löse, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Die Rechtsprechung ist von der im Grundsatz klaren Differenzierung zwischen solchen Umständen, die die rechtliche Wirksamkeit des nachgewiesenen oder vermittelten Hauptvertrages entfallen lassen und deshalb provisionsschädlich sind, und solchen Umständen, die lediglich die Durchführung des Hauptvertrages betreffen und nicht in den Risikobereich des Maklers fallen, nur für wenige Fallkonstellationen abgewichen. Die diesen Entscheidungen zugrunde liegenden Erwägungen lassen sich auf den vorliegenden Fall nicht übertragen und rechtfertigen es nicht, der Kündigung des Darlehensvertrages in Bezug auf den Provisionsanspruch der Beklagten dieselbe Wirkung beizumessen wie der rückwirkenden Vernichtung des Geschäfts durch Anfechtung.

58

a) Der Bundesgerichtshof hat eine Ausnahme von den oben dargelegten Grundsätzen für eine bestimmte Fallkonstellation der Rückgängigmachung eines von einem Makler nachgewiesenen bzw. vermittelten Kaufvertrags durch Wandelung (§ 462 BGB a. F.) zugelassen. Er hat nämlich in einem Fall, in dem der Verkäufer einen Mangel arglistig

59

verschwiegen und der Käufer und Maklerkunde mit Erfolg gegen diesen Wandelungsklage erhoben hatte, befunden, es sei hier zu beachten, dass wegen desselben Mangels ein Anfechtungsrecht neben den kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften bestehe und der Vollzug der Wandelung daher zugleich das aus derselben Fehlerquelle stammende, alternative Recht des Käufers, den Kaufvertrag ex tunc zu beseitigen, realisiere. Der Käufer habe bei einem solchen Sachverhalt die freie Wahl zwischen dem Verlangen nach einer Gewährleistung und der Anfechtung des Kaufvertrags. Wofür er sich entscheide, sei aus der Sicht des Maklers rein zufällig. Deswegen dürfe hiervon nicht das Bestehen seines Provisionsanspruchs abhängig gemacht werden. Für die Maklervergütung sei vielmehr allein maßgebend, dass der Hauptvertrag wegen des Makels der Anfechtbarkeit von Anfang an an einer Unvollkommenheit leide und daran wirtschaftlich auch scheitere. Voraussetzung für diese Gleichbehandlung von Gewährleistung und Vertragsanfechtung sei, dass der Käufer seine Gewährleistungsrechte innerhalb der einjährigen Anfechtungsfrist des § 124 Abs. 1 BGB geltend gemacht habe (BGH, Urt. v. 14.12.2000 - III ZR 3/00, NJW 2001, 966, 967; Urt. v. 22.9.2005 - III ZR 295/04, NJW 2005, 3778, 3779; vgl. auch BGH, Urt. v. 09.07.2009 – III ZR 104/08, NJW 2009, 2810, 2811 f.).

Der vorliegende Fall ist dieser Fallkonstellation insofern vergleichbar als, nach dem Vortrag der Klägerin, auch der Abschluss des in Rede stehenden Darlehensvertrags auf einer gem. § 123 Abs. 1 BGB zur Anfechtung berechtigenden arglistigen Täuschung beruht, und die arglistige Täuschung zugleich den Grund bildet, aus dem die Klägerin das Recht zur außerordentlichen Kündigung des Darlehensvertrags herleitet. In diesem Sinne beruhen das - nicht ausgeübte - Anfechtungsrecht und die – innerhalb der Anfechtungsfrist - erklärte Kündigung auf derselben Fehlerquelle. Anders als der Vollzug der Wandelung eines Kaufvertrages realisiert die Kündigung eines Darlehensvertrags jedoch nicht das Recht, den Vertrag ex tunc zu beseitigen. 60

Die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses hat eine andere Zielrichtung als Anfechtung und Wandelung. Während sowohl die Anfechtung als auch der dem Käufer einer mangelhaften Sache gem. § 462 BGB a. F. zustehende Anspruch auf Wandelung auf eine Rückabwicklung des Geschäfts gerichtet sind, dient die außerordentliche Kündigung eines Darlehensvertrages dazu, den weiteren Leistungsaustausch für die Zukunft zu beenden. 61

Die Anfechtung lässt die Wirksamkeit des Geschäfts ex tunc entfallen (§ 142 Abs. 1 BGB). Sind die Leistungen bereits ausgetauscht worden, so können sie über die Leistungskondition des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zurückgefordert werden. Bereits aufgelaufene Verpflichtungen wie z. B. Zinsen fallen durch die Anfechtung weg. Nach der Anfechtung kann allenfalls noch das negative Interesse und nicht das Erfüllungsinteresse geltend gemacht werden (Staudinger/Roth, BGB, Neubearb. 2010, § 142 Rn. 31). Schadensersatz kann der arglistig Getäuschte in den Fällen der Anfechtung nach § 123 BGB lediglich aus culpa in contrahendo (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 i. V. m. 311 Abs. 2 u 3 BGB) oder ggf. aus unerlaubter Handlung verlangen, wobei die Ansprüche sich grundsätzlich auf den Ersatz des negativen Interesses beschränken (vgl. Staudinger/Singer, BGB, Neubearb. 2011, § 123 Rn. 101 f.) 62

Der Vollzug der Wandelung vernichtet den Kaufvertrag zwar nicht rückwirkend, führt aber nach § 467 BGB a. F. zu einem Rückgewährschuldverhältnis, das ebenfalls darauf gerichtet ist, Käufer und Verkäufer so zu stellen, als ob der Kauf nicht geschlossen worden wäre (vgl. Palandt/Putzo, BGB, 61. Aufl., § 467 Rn. 13). Auf das positive Interesse gerichtete Schadensersatzansprüche kann der Käufer unter den Voraussetzungen des § 467 BGB a. F. nur „statt der Wandelung“ und nicht neben der Wandelung geltend machen. 63

Die außerordentliche Kündigung eines Dauerschulverhältnisses ist demgegenüber ein Gestaltungsrecht, dessen Ausübung Wirkungen nur für die Zukunft entfaltet (BGH, Urt. v. 21.02.1979 - VIII ZR 88/78, NJW 1979, 1288, 1289). Das Vertragsverhältnis wird mit Wirksamwerden der Kündigungserklärung „ex nunc“ beendet. Im Unterschied zu Rücktritt und Wandelung wird kein Rückabwicklungsschuldverhältnis gemäß §§ 346 f. BGB begründet; es sind weder die bereits erbrachten Leistungen zurückzugewähren noch Nutzungen herauszugeben oder zu ersetzen. Für das Behalten der in der Vergangenheit ausgetauschten Leistungen bietet das gekündigte Vertragsverhältnis weiterhin den Rechtsgrund i. S. von § 812 Abs. 1 BGB, d. h. es findet, anders als nach einer Anfechtung, auch keine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht statt. Auch Leistungspflichten, die bereits vor der Kündigung fällig geworden, aber noch nicht erfüllt sind, bleiben unberührt (vgl. Münchener Kommentar BGB/Gaier, BGB, 6. Aufl., § 314 Rn. 23 m. w. N.). Die Kündigung kann zudem mit dem Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung verbunden werden (§ 314 Abs. 4 BGB). Dies gilt auch, wenn das Kündigungsrecht aus einer anderen Norm als § 314 BGB hergeleitet wird. Allgemein kann daher bei Dauerschuldverhältnissen nach Kündigung Schadensersatz verlangt werden, soweit die Kündigung auf einer zu vertretenden Pflichtverletzung des Schuldners beruht. Dabei muss die Kündigung bei der Schadensberechnung berücksichtigt werden. Soweit dem Gläubiger neben dem Kündigungsrecht ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung zusteht, richtet sich dieser auf den sog. Auflösungsschaden. Dies ist der Schaden, der dem Gläubiger dadurch entsteht, dass das Schuldverhältnis nicht wie ursprünglich vereinbart fortgesetzt wird (Münchener Kommentar BGB/Ernst, BGB, 6. Aufl., § 181 Rn. 117). Der Schadensersatz ist also auf das positive Interesse gerichtet.

64

Danach bleiben die rechtlichen Wirkungen des Hauptvertrages im Fall der Kündigung anders als bei der Wandelung und der Anfechtung insoweit erhalten, als zum einen keine Rückabwicklung in Bezug auf die bereits ausgetauschten Leistungen stattfindet und zum anderen im Hinblick auf die noch nicht ausgetauschten Leistungen von der Partei, die schuldhaft Veranlassung zur Kündigung gegeben hat, Schadensersatz statt der Leistung verlangt werden kann (§§ 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB oder § 628 Abs. 2 BGB analog). Sie führt also lediglich zu einer vorzeitigen Beendigungen der primären Leistungsbeziehungen. Die aufgezeigten Unterschiede rechtfertigen es jedenfalls dann, wenn der Darlehensvertrag – wie hier – bereits in Vollzug gesetzt worden ist, nicht, die Kündigung im Hinblick auf den Provisionsanspruch des Maklers den Fällen gleichzustellen, in denen der vermittelte Vertrag von vornherein nicht wirksam zustande gekommen oder nachträglich mit Wirkung ex tunc vernichtet worden ist.

65

Der Einwand der Klägerin, dass der Darlehensvertrag bereits in Vollzug gesetzt worden sei, sei unerheblich, weil die jeweiligen Maklerkunden auch in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall der Wandelung sowie in den Fällen, in denen die Rechtsprechung die Aufhebung eines anfechtbaren Grundstückskaufvertrags als provisionsschädlich angesehen hat (hierzu noch unten unter c)), bereits zeitweise von den vermittelten Kaufverträgen profitiert gehabt hätten, überzeugt nicht. Diese Fälle sind mit dem Streitfall schon deshalb nicht vergleichbar, weil der Verkäufer nicht die vorübergehende Nutzungsüberlassung, sondern die Verschaffung des Eigentums schuldet, während die vertragstypischen Pflichten bei einem Darlehensvertrag gerade in der vorübergehenden Überlassung eines Geldbetrages und der Zahlung von Zinsen bestehen. Unabhängig davon erstreckt sich die Rückabwicklung der bereits ausgetauschten Leistungen, die nach vollzogener Wandelung oder Aufhebung eines Grundstückskaufvertrags stattfindet, grundsätzlich auch auf etwa gezogene Nutzungen, die nach Maßgabe der Rücktrittsregeln (§ 346 f. BGB) oder jedenfalls nach Bereicherungsrecht herauszugeben sind.

66

b) Soweit der Bundesgerichtshof entschieden hat, die Kündigung eines durch arglistige Täuschung veranlassten Beitritts zu einer Kommanditgesellschaft lasse den Provisionsanspruch des die Beteiligung vermittelnden Maklers entfallen (BGH, Urt. v. 29.11.1978 - IV ZR 44/77, NJW 1979, 975), lassen sich die dieser Entscheidung zugrunde liegenden Erwägungen ebenfalls nicht auf den Streitfall übertragen. Denn die Besonderheit des vom Bundesgerichtshof entschiedenen Falles lag darin, dass die Beteiligung an der Kommanditgesellschaft aus gesellschaftsrechtlichen Gründen nicht rückwirkend anfechtbar war und dem getäuschten Maklerkunden nur die Möglichkeit der Kündigung mit Wirkung für die Zukunft blieb. Der Entscheidung liegt die Erwägung zugrunde, dass der Makler nicht von dem allein dem Gesellschaftsrecht geschuldeten Ausschluss des Anfechtungsrechts zu Lasten seines Kunden profitieren sollte. Diese Begründung verfängt in Bezug auf die Kündigung eines Darlehensvertrages nicht. Denn der Darlehensvertrag unterliegt, anders als der Gesellschaftsbeitritt in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall, der Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB (vgl. Münchener Kommentar BGB/Berger, BGB, 6. Aufl., § 488 Rn. 90).

67

c) Außer in dem Fall der Anfechtung eines anfechtbaren Kaufvertrages ist die Rechtsprechung auch in solchen Fällen von einem Wegfall des Provisionsanspruchs ausgegangen, in denen die Vertragsparteien das anfechtbare Geschäft mit Rücksicht auf ein Anfechtungsrecht einvernehmlich wieder aufgehoben haben (OLG Köln, Urt. v. 13.02.1996 – 24 U 151/95, NJW-RR 1997, 693, mit Tatbestand abrufbar unter www.nrwe.de; OLG Hamburg, Urt. v. 02.06.1998 – 11 U 176/96, NJW 1999, 351; OLG Celle, Urt. v. 12.02.1998 – 11 U 307/96, NJW-RR 1999, 128; zustimmend obiter dictum BGH, Urt. v. 14.12.2000 - III ZR 3/00, NJW 2001, 966, 967). Diese Rechtsprechung gibt indes keine Veranlassung, auch für den hier in Rede stehenden Fall der Kündigung eines anfechtbaren und bereits in Vollzug gesetzten Darlehensvertrags von einem Wegfall des Anspruchs auf Maklerlohn auszugehen.

68

Der zitierten Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln lag ein kaufrechtlicher Sachverhalt zugrunde. Der Käufer eines Grundstücks hatte den Verkäufer und Maklerkunden arglistig über seine Zahlungsfähigkeit getäuscht. Die Vertragsparteien kamen deshalb überein, den Kaufvertrag wieder aufzuheben. Das Oberlandesgericht Köln hat den Wegfall des Provisionsanspruchs des Maklers damit begründet, dass durch die Vertragsaufhebung bei gegebener Anfechtungslage lediglich der der Anfechtungsfolge entsprechende Rechtszustand geschaffen worden sei. Es hat weiter ausgeführt, durch die Gleichstellung von Aufhebungsvertrag und Anfechtung werde das Risiko der Vertragsdurchführung nicht in unzulässiger Weise auf den Makler verlagert. Dieser Gefahr werde durch das Erfordernis einer Anfechtungslage, in deren Ausübung die Vertragsaufhebung geschehen sein müsse, hinreichend entgegengewirkt. Derjenige Auftraggeber, der möglicherweise aus Rechtsunkenntnis mit seinem Vertragspartner die Aufhebung eines anfechtbar zustande gekommenen Vertrags vereinbare, solle nicht schlechter gestellt werden, als der Auftraggeber des Maklers, der die Anfechtung erklärt.

69

Diese Rechtsprechung lässt sich auf die hier in Rede stehende Kündigung eines anfechtbaren Darlehensvertrags nicht übertragen. Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung begründet sie schon keine Ausnahme von dem Grundsatz, dass nur die erklärte Anfechtung zum Wegfall der Maklerprovision führt, weil das Aufhebungsbegehren der arglistig getäuschten oder irrenden Hauptvertragspartei in der Sache auch eine Anfechtungserklärung darstelle, so dass eine Aufhebung statt Anfechtung kaum denkbar erscheine (Staudinger/Reuter, BGB, Neubearb. 2010, § 653 Rn. 111). Ob dem zu folgen ist, bedarf keiner Entscheidung. Denn maßgeblich für die Annahme der Provisionsschädlichkeit ist auch nach der Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln, dass die Parteien durch die Vertragsaufhebung einen den Folgen der Anfechtung entsprechenden Rechtszustand

70

geschaffen haben. Ein vergleichbarer Rechtszustand wird, wie bereits dargelegt, durch die Kündigung eines in Vollzug gesetzten Darlehensvertrags jedoch nicht hergestellt.

Das Oberlandesgericht Hamburg hat sich der zitierten Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln angeschlossen und ebenfalls ausgeführt, Voraussetzung der Gleichstellung sei, dass die wegen gegebener Anfechtbarkeit erfolgende Vertragsaufhebung den der Anfechtungsfolge entsprechenden Rechtszustand schaffe (OLG Hamburg, Urt. v. 02.06.1998 – 11 U 176/96, NJW 1999, 351). In der Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle wird diese Voraussetzung nicht ausdrücklich genannt. Dem mitgeteilten Sachverhalt lässt sich jedoch entnehmen, dass es Ziel der Vertragsaufhebung war, einen Grundstückskauf rückgängig zu machen, weil der Verkäufer entgegen seiner Zusicherung zur lastenfreien Eigentumsübertragung nicht in der Lage war. Für eine Gleichstellung von Anfechtung und Kündigungen in Bezug auf den Provisionsanspruch des Maklers lässt sich daraus nichts ableiten. 71

d)Die von der Klägerin angeführte Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart (Urt. v. 07.12.2011 - 3 U 135/11, juris) stützt die Annahme der Provisionsschädlichkeit der Kündigung des Darlehensvertrages ebenfalls nicht. Das Oberlandesgericht Stuttgart hat in dieser Entscheidung die bereits dargestellte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Wandelung eines anfechtbaren Grundstückskaufvertrages übertragen auf einen Fall, in dem der von den Käufern über ihre Zahlungsunfähigkeit getäuschte Verkäufer einer Immobilie statt die Anfechtung zu erklären vom Kaufvertrag zurücktrat. Es kann offen bleiben, ob dem zu folgen ist. Denn auch die Annahme, dass sich der Rücktritt von einem anfechtbaren Kaufvertrag provisionsschädlich auswirke, lässt sich nicht auf den hier vorliegenden Fall der Kündigung eines in Vollzug gesetzten Darlehensvertrages übertragen. Der Rücktritt führt, ebenso wie Wandelung und Anfechtung, zu einer Rückabwicklung des Vertrages, die, wie bereits dargelegt, nach der außerordentlichen Kündigung des Darlehensvertrages nicht stattfindet. 72

e)Ein anderes Ergebnis lässt sich auch nicht aus der von der Klägerin angesprochenen Entscheidung des Senats (Urt. v. 13.09.1990 - 18 U 224/89, NJW-RR 1991, 249) ableiten. Der Senat hat einen Anspruch der Maklerkunden und Käufer einer Immobilie auf Rückzahlung der Provision bejaht, nachdem diese wegen einer Täuschung durch den Verkäufer bei Vertragsschluss, wobei Arglist nicht festzustellen war, die Aufhebung des Vertrages nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo verlangt hatten (zustimmend Staudinger/Reuter, BGB, Neubearb. 2010, § 653 Rn. 103; kritisch Münchener Kommentar BGB/Roth, BGB, 6. Aufl., § 652 Rn. 158 Fn. 1055; Würdinger, NZM 2009, 535, 537). Ob an dieser Rechtsprechung festzuhalten ist, hat der Senat in seiner Entscheidung vom 22.11.1999 (18 U 60/99 - NJW-RR 2000, 1724, 1726) ausdrücklich offen gelassen. Die Frage bedarf auch hier keiner Entscheidung. Denn die Rechtsfolgen des in Rede stehenden Schadensersatzanspruchs aus culpa in contrahendo (jetzt §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 iVm § 311 Abs. 2 und 3 BGB) entsprechen im praktischen Ergebnis ebenfalls denen der Anfechtung und der Wandelung (vgl. BGH, Urt. v. 09.07.2009 – III ZR 104/08, NJW 2009, 2810, 2811 Rz. 14). Der Anspruch ist auf eine Rückgängigmachung des Vertrages gerichtet. Der Getäuschte soll im Wege der Naturalrestitution (§ 249 Abs. 1 BGB) im Ergebnis wie nach einer Anfechtung des Vertrages so gestellt werden, wie er ohne den täuschungsbedingten Vertragsabschluss stünde (BGH, Urteil vom 26.9.1997 - V ZR 29/96, NJW 1998, 302; Staudinger/Singer, BGB Neubearb. 2011, § 123 Rn. 101 m. w. N.). Die hiervon in erheblicher Weise abweichenden Folgen der Kündigung eines in Vollzug gesetzten Darlehensvertrages stehen, wie bereits dargelegt, einer Gleichbehandlung in Bezug auf den Provisionsanspruch des Maklers entgegen. 73

4. Der Beklagten kann die Provision auch nicht mit der Begründung versagt werden, dass das von ihr vermittelte Geschäft dem nach dem Maklervertrag zu vermittelnden Geschäft wirtschaftlich nicht gleichwertig sei. 74
- Die Entstehung des Provisionsanspruchs setzt voraus, dass der nachgewiesene oder vermittelte Vertrag inhaltlich dem nach dem Maklervertrag beabsichtigten Geschäft entspricht oder der Kunde mit dem tatsächlich abgeschlossenen Vertrag jedenfalls wirtschaftlich denselben Erfolg erzielt (vgl. BGH, Urt. v. 13.12.2007 - III ZR 163/07, NJW 2008, 651, 652). Maßgeblich für die zu fordernde Kongruenz ist dabei, mit welchem Inhalt der Hauptvertrag zustande kommt, nicht aber, ob der Vertrag seinem Inhalt entsprechend durchgeführt wird. Deshalb lässt sich mangelnde Kongruenz nicht daraus ableiten, dass der beabsichtigte Zweck der vermittelten Finanzierungsgeschäfte infolge der Kündigung des Darlehensvertrages nicht erreicht worden sei. 75
- Die Beklagte hat das Risiko einer dem Inhalt und Zweck entsprechenden Durchführung des Darlehensvertrages auch nicht vertraglich übernommen. Zwar ist es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs möglich, dass der Maklervertrag - sei es auch ergänzend - dahingehend auszulegen ist, dass er den Makler zur Rückzahlung der Provision verpflichtet, wenn der wirtschaftliche Zweck des Hauptvertrags verfehlt wird, auch ohne dass die Voraussetzungen für einen „gesetzlichen“ Wegfall des Provisionsanspruchs eintreten. Insoweit bedarf es indessen jeweils einer auf die Besonderheiten des Einzelfalls abgestellten Prüfung, deren Ergebnisse unterschiedlich ausfallen können und sich nicht verallgemeinern lassen (BGH, Urt. v. 20.02.1997 - III ZR 81/96, NJW 1997, 1583; Urteil vom 14.07.2005 - III ZR 45/05, NJW-RR 2005, 1506). Die normale Erwartung der Parteien des Maklervertrages, der Hauptvertrag werde wie vorgesehen durchgeführt, genügt jedoch nicht, um die Risikoverteilung zu Lasten des Maklers und zugunsten seines Kunden zu verschieben; es müssen vielmehr besondere provisionsschädliche Umstände hinzukommen (BGH, Urt. v. 14.07.2005 - III ZR 45/05, NJW-RR 2005, 1506). Solche Umstände hat der Bundesgerichtshof in einem Fall als gegeben angesehen, in dem der Maklerkunde vom Kauf eines ihm nachgewiesenen Grundstücks zurückgetreten war, weil der Verkäufer die von ihm geschuldete Lastenfreistellung aus finanziellen Gründen auch mit Hilfe des Kaufpreises nicht bewirken konnte und beiden Parteien des Maklervertrages die gespannte finanzielle Lage des Verkäufers sowie der Umstand, dass das Grundstück zur Zwangsversteigerung anstand, bekannt waren. Der Bundesgerichtshof hat angenommen, dass das Risiko eines wirtschaftlichen Fehlschlags des Kaufvertrags mit der Folge, dass die entrichtete Maklerprovision völlig nutzlos aufgewendet sein werde, unter den besonderen Umständen des Falles handgreiflich gewesen sei. Die tatrichterliche Würdigung, dass der Makler bei dieser Sachlage nach Treu und Glauben nicht in schutzwürdiger Weise darauf habe vertrauen dürfen, die Maklerprovision endgültig vereinnahmen zu können, sondern sich vielmehr redlicherweise auf das Ansinnen des Kunden habe einlassen müssen, ihm für den Fall, dass sich dieses offen zutage liegende Risiko verwirklichte, die Maklerprovision zurückzuerstatten, sei deshalb aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden (BGH, Urt. v. 20.02.1997 - III ZR 81/96, NJW 1997, 1583, 1584). 76
- Vergleichbare Umstände, die über die regelmäßig vorhandene Erwartung der Vertragsparteien eines Maklervertrages hinausgehen, hat die Klägerin nicht dargelegt. Solche Umstände ergeben sich insbesondere auch nicht aus ihrem weiteren Vorbringen im nachgelassenen Schriftsatz vom 03.04.2014. Soweit die Klägerin darlegt und unter Beweis stellt, dass Gegenstand des der Beklagten erteilten Auftrags die Vermittlung einer lang- oder jedenfalls mittelfristigen Sanierungs- und Wachstumsfinanzierung gewesen sein, deren wirtschaftlicher Zweck durch die kurzfristige Auskehrung der in Rede stehenden Darlehen bis 77

zur Kündigung nicht erreicht worden sei, ergibt sich daraus letztlich nicht mehr, als dass sich die gewöhnliche Erwartung der Parteien eines Maklervertrages, dass der nachzuweisende oder zu vermittelnde Hauptvertrag wie vorgesehen zur Durchführung gelangen und den Bedürfnissen des Maklerkunden gerecht werde, nicht erfüllt hat. Es ist unstreitig, dass die Bemühungen der Beklagten auf die Vermittlung einer langfristigen Kapitalisierung der C gerichtet und überdies zur Erreichung dieses Zieles auch geeignet waren. Davon ist jedoch die Frage zu trennen, ob die Parteien des Maklervertrages auch – zumindest konkludent – eine Regelung darüber getroffen haben, unter welchen Umständen die Provision (endgültig) verdient sein sollte. Regelungen zu dieser Frage finden sich im Maklervertrag und seinen beiden Zusätzen. Sie lassen sich nicht dahin verstehen bzw. auslegen, die Beklagte habe ihre Courtage nicht verdient, wenn die nachgewiesenen Finanzierungsmöglichkeiten den betreffenden Gesellschaften wider Erwarten nicht langfristig zur Verfügung stehen. Das bloße Scheitern der Erwartungen bezüglich des nachgewiesenen bzw. vermittelten Hauptvertrages vermag, wie dargelegt, eine Verschiebung der Risikos bezüglich des (Fort-)Bestandes des Provisionsanspruchs zum Nachteil des Maklers allein nicht zu rechtfertigen. Es liegen auch keine Besonderheiten vor, die – etwa über § 242 BGB - eine andere Bewertung zulassen: Dass die Beklagte zum Zeitpunkt des Zustandekommens der Provisionsvereinbarung oder der nachfolgenden Addenda von einer (beabsichtigten) Täuschung der Klägerin Kenntnis hatte oder diese auch nur für möglich hielt, hat die Klägerin nicht behauptet. Im Übrigen stellt das eigene arglistige Verhalten des Maklerkunden auch kein Risiko dar, das der Makler seinem Kunden gegenüber nach Treu und Glauben redlicherweise hätte übernehmen müssen.

5. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 78

6. Veranlassung zur Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO besteht nicht. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Auch die Fortbildung des Rechts verlangt nicht nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Der Senat weicht mit seiner Entscheidung im Übrigen auch nicht von höchstrichterlichen oder anderen obergerichtlichen Urteilen ab. 79