



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

III ZR 63/01

Verkündet am:  
24. Januar 2002  
F r e i t a g  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Januar 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne und die Richter Dr. Wurm, Dr. Kapsa, Dörr und Galke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 25. Januar 2001 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

Die Klägerin befaßt sich mit der Verwertung kommunaler Klärschlämme auf landwirtschaftlichen Flächen. Der Beklagte ist gesamtvertretungsberechtigter Geschäftsführer der GB-B. P.- und B. GmbH (im folgenden: GB-GmbH), die gegen Provision Flächen zum Aufbringen von Klärschlamm vermittelt. Der Beklagte strebte an, sich selbständig zu machen.

Im Jahre 1997 schloß die Klägerin entweder mit der GB-GmbH oder mit dem Beklagten einen Vertrag über die Akquirierung landwirtschaftlicher Flächen für die Aufbringung von Klärschlamm. Im selben Jahr erhielt sie von den Städten Sch. und G. Aufträge zur Verwertung größerer Mengen von Klärschlamm. Diesen Verpflichtungen konnte sie nur unter Mehraufwendungen nachkommen, weil landwirtschaftliche Flächen nicht in dem geplanten Umfang zur Verfügung standen. Sie nimmt deswegen den Beklagten, der in die Kalkulation der von der Klägerin abgegebenen Angebote eingebunden war und von dem sie behauptet hat, er habe ihr die Beschaffung der notwendigen Flächen und Zwischenlager zugesichert und sei dabei auf eigene Rechnung tätig geworden, auf Schadensersatz in Anspruch.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 135.248,69 DM stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen und auf die Widerklage die Klägerin verurteilt, an den Beklagten wegen einer unstreitigen Gegenforderung aus einem anderen Geschäft 7.165,07 DM zu zahlen sowie ihm die zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem erstinstanzlichen Urteil geleisteten 145.979,65 DM zu erstatten. Hiergegen richtet sich die von der Klägerin eingelegte Revision.

#### Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht läßt offen, ob das Vertragsverhältnis mit dem Beklagten selbst oder mit der von ihm vertretenen GB-GmbH zustande gekommen ist. Zugunsten der Klägerin ist deswegen für die Revisionsinstanz davon auszugehen, daß sich der Beklagte der Klägerin persönlich zur Leistung verpflichtet hat. Entgegen der von der Revision vertretenen Meinung handelt es sich dabei nicht um eine reine Rechtsfrage; es geht vielmehr an erster Stelle um die ungeklärten tatsächlichen Umstände, nach denen es sich entscheidet, ob der Beklagte seine Erklärungen im eigenen oder im fremden Namen abgegeben hat.

II.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat die Klägerin für eine erfolgsbezogene Vertragspflicht des Beklagten, der Klägerin eine bestimmte Abnahmekapazität zur Verfügung zu stellen (Maklerwerkvertrag oder Garantievertrag), nicht genügend dargelegt. Das Berufungsgericht verneint deshalb einen Anspruch der Klägerin auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 326 BGB (a.F.). Das hält den Angriffen der Revision stand.

1. Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsurteil lasse nicht erkennen, ob die Vorinstanz eine unzulässige Beweislastentscheidung getroffen oder das Vertragsverhältnis im Wege der Auslegung als einen das Klagebegehren nicht stützenden (üblichen) Nachweismaklervertrag gewürdigt hat. Da das Beru-

fungungsgericht zur Beweisfrage auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17. Oktober 1990 - IV ZR 197/89 - NJW-RR 1991, 627 (628) Bezug nimmt und insbesondere die in diesem Urteil angesprochenen "allgemeinen Beweislastgrundsätze" ausdrücklich hervorhebt, spricht alles dafür, daß es auch den dort behandelten Unterschied zwischen einem Beweis des Erklärungsstatbestands und der sich daran anschließenden Würdigung des als Grundlage für die Auslegung von den Parteien beigebrachten Tatsachenmaterials vor Augen hatte. Seine Ausführungen sind daher so zu verstehen, daß die Klägerin es schon an einer hinreichenden Darlegung von Umständen habe fehlen lassen, aus denen auf ein Angebot zum Abschluß eines Maklerwerkvertrags oder Garantievertrags zu schließen wäre. Das ist frei von Rechtsfehlern.

2. Die Auslegung eines Individualvertrags durch den Tatrichter ist von der Revisionsinstanz nur beschränkt überprüfbar. Die revisionsgerichtliche Kontrolle beschränkt sich nach ständiger Rechtsprechung darauf, ob dem Tatrichter hierbei Rechtsfehler unterlaufen sind, insbesondere seine Würdigung gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB), Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt, oder ob sie auf Verfahrensfehlern beruht (vgl. etwa BGH, Urteil vom 26. September 2000 - X ZR 94/98 - NJW 2001, 360, 362, insoweit in BGHZ 145, 187 nicht abgedruckt). Derartige Mängel zeigt die Revision nicht auf.

Zunächst ist nicht zu beanstanden, daß es das Berufungsgericht als Indiz gegen die Vereinbarung einer - außergewöhnlichen - erfolgsbezogenen Verpflichtung des Beklagten wertet, daß die Parteien über einen dann so wichtigen Punkt wie die Folgen einer Nicht- oder Schlechterfüllung nicht gesprochen haben, mag eine solche Absprache auch wegen des sonst eingrei-

fenden dispositiven Rechts nicht zwingend erforderlich gewesen sein. Eine ähnliche Indizwirkung durfte das Berufungsgericht vor dem Hintergrund früherer gleichgearteter Vertragsbeziehungen zwischen der Klägerin und der GB-GmbH ferner den Bekundungen der Zeugin G. beimessen, für sie - als weitere Geschäftsführerin der GB-GmbH - wären nur zwei Vertragsgestaltungen denkbar gewesen: Entweder hätte sich die GmbH verpflichtet, eine bestimmte Menge von Klärschlamm selbst abzunehmen, oder sie hätte die Flächen wie in früheren Fällen ohne Gewähr nur vermittelt. Dem weiteren Argument des Berufungsgerichts gegen die Vereinbarung eines Maklerwerkvertrags, der Beklagte habe noch keine verbindliche Zusage über die Abnahmebereitschaft der Landwirte treffen können, solange der Vertragsschluß ausschließlich vom Willen der Klägerin abhängig gewesen sei, liegt eine nachvollziehbare, wenn nicht naheliegende Risikoabwägung zugrunde. Es mag sein, wie die Revision meint, daß der Beklagte und die GB-GmbH über einen Stamm prinzipiell abnahmebereiter Landwirte wie die K./A. GbR verfügten, für die Schlammlieferungen vorteilhaft waren und die darum nicht notwendig von seiten des Beklagten oder der GmbH auf die Abnahme bestimmter Mengen festgelegt werden mußten. Gleichwohl wäre der Beklagte ein erhebliches Risiko eingegangen, hätte er ohne vertragliche Bindung ausschließlich auf solche gleichgerichteten Interessen vertraut. Insgesamt erscheinen die vom Berufungsgericht - hier wie auch an anderer Stelle, etwa im Zusammenhang mit der Entlohnung des Beklagten nur für die von der Klägerin tatsächlich in Anspruch genommenen Flächen - herausgestellten Erwägungen zu einer unausgewogenen Risikoverteilung zwischen den Parteien bei Annahme eines Maklerwerkvertrags auch unter dem Gesichtspunkt beiderseits interessengerechter Auslegung zumindest vertretbar und sind von der Revision darum hinzunehmen. Das gilt selbst dann, wenn man auf der anderen Seite berücksichtigt, daß die Klägerin ihrerseits ein erhebliches Inter-

esse an der Verfügbarkeit der in ihre Vertragskalkulation einbezogenen Flächen hatte.

### III.

Die Revision hat jedoch mit der weiteren Rüge Erfolg, wegen der von Klägersseite behaupteten unzutreffenden Zusicherungen des Beklagten über die Verfügbarkeit geeigneter Lagerstätten komme außerdem ein - vom Berufungsgericht nicht geprüfter - Schadensersatzanspruch aus der Verletzung vorvertraglicher oder vertraglicher Nebenpflichten in Betracht. Hierauf hat sich die Klägerin in den Vorinstanzen allerdings nicht ausdrücklich berufen. Ein solcher Ersatzanspruch ist auch nicht auf das positive Interesse wie der mit der Klage primär geltend gemachte Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens, sondern ausschließlich auf den Ausgleich des Vertrauensschadens gerichtet. Gleichwohl beruht er auf demselben Lebenssachverhalt und ist darum entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung vom Streitgegenstand der Zahlungsklage umfaßt. Aus demselben Grunde liegt darin, daß erstmals die Revision eine solche Anspruchsgrundlage ausdrücklich anführt, auch keine in der Revisionsinstanz grundsätzlich unzulässige Klageänderung.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, auch des Senats, hat der Makler den Auftraggeber über alle ihm bekannten Umstände aufzuklären, die für dessen Entschließung von Bedeutung sein können. Umgekehrt darf er dem Auftraggeber keine Informationen erteilen, für die es an einer hinreichenden Grundlage fehlt. Die Erklärungen des Maklers müssen insgesamt so beschaffen sein, daß sie seinem Kunden keine unzutreffenden Vor-

stellungen vermitteln (Senatsurteil vom 28. September 2000 - III ZR 43/99 - NJW 2000, 3642 m.w.N.). Mit diesen Grundsätzen wäre es unvereinbar, wenn der Beklagte der Klägerin, wie sie behauptet hat und vom Berufungsgericht nur unter dem Gesichtspunkt einer Garantiezusage gewürdigt worden ist, bewußt wahrheitswidrig oder jedenfalls leichtfertig (ins Blaue hinein) vorgespiegelt hätte, er verfüge über die zur Verwertung des zu übernehmenden Klärschlammes erforderlichen Flächen und Zwischenlager oder könne diese zumindest beschaffen.

Das Berufungsgericht wird nunmehr zu prüfen haben, ob diese Darstellung zutrifft und gegebenenfalls - neben der bisher nur unterstellten Passivlegitimation des Beklagten -, inwieweit sich die einzelnen geltend gemachten Schadenspositionen auch dem negativen Interesse zuordnen lassen.

Rinne

Wurm

Kapsa

Dörr

Galke