



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

III ZR 32/11

vom

26. Januar 2012

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 26. Januar 2012 durch den Vizepräsidenten Schlick und die Richter Dr. Herrmann, Wöstmann, Hucke und Seiters

beschlossen:

Der Senat beabsichtigt, die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 14. Dezember 2010 - I-21 U 60/10 - gemäß § 552a Satz 1 ZPO zurückzuweisen.

Die Klägerin erhält Gelegenheit, hierzu binnen eines Monats nach Zustellung des Beschlusses Stellung zu nehmen.

Gründe:

I.

- 1 Die Klägerin macht im Wege der Stufenklage Auskunfts- und Honoraranprüche gegen die Beklagte aufgrund eines zwischen den Parteien geschlossenen Beratungsvertrags vom 11./13. Mai 2006 geltend. Widerklagend begehrt die Beklagte die Feststellung, dass der Klägerin aus dem Beratungsvertrag ohne Tätigkeits- und Kausalitätsnachweis keine Vergütungsansprüche zustehen. Zudem verlangt sie die Herausgabe eines zur Durchführung des Vertrags der Klägerin zur Verfügung gestellten Mobiltelefons.

2 Die Klägerin befasst sich mit Unternehmensberatung. Der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit liegt in der persönlichen Beratung von Vorständen großer Konzerne und von Inhabern mittelständischer Unternehmen bei der Übernahme und dem Verkauf von Beteiligungen auf nationaler und internationaler Ebene. Die Beklagte ist ein international tätiges Stromversorgungsunternehmen.

3 Die Parteien schlossen am 11./13. Mai 2006 einen Beratungsvertrag, der insbesondere folgende Klauseln enthält:

"Präambel

Die R. beabsichtigt, in den kommenden Jahren ihre Marktpräsenz in Polen durch den Erwerb von weiteren Beteiligungen an Unternehmen der Stromwirtschaft und/oder durch den Bau oder die Übernahme von Kraftwerken auszubauen. Der Berater ist mit den Marktverhältnissen in Polen vertraut und besitzt entsprechende Erfahrungen, die es ihm ermöglichen, R. bei der Erreichung ihrer Ziele im Rahmen des Erwerbs von Anteilen an den vorstehend genannten Unternehmen oder bezüglich der Genehmigung für den Bau von Kraftwerken zielgerecht zu unterstützen.

...

§ 1 Pflichten des Beraters

(1) Der Berater wird den Vorstand der R. sowie von diesem bestimmte einzelne Personen des zuständigen Managements beim Erwerb von Beteiligungen, bei der Vorbereitung und Durchführung von Privatisierungsverfahren von Unternehmen der Stromwirtschaft und bei der Erlangung der Genehmigung für den Bau bzw. bei der Übernahme von Kraftwerken in Polen beraten (nachfolgend "Projekte" genannt). Seine Beratung umfasst insbesondere die folgenden Leistungen, die, soweit der Berater dies für zweckdienlich hält, auch in mündlicher Form erfolgen können:

- a) Mitwirkung bei der Erarbeitung einer Strategie für die Durchführung der Projekte;
- b) Beratung im Rahmen der Umsetzung der Strategie bezüglich der Projekte;
- c) Beschaffung der für die Durchführung der Projekte relevanten Informationen einschließlich der Beobachtung des Marktumfeldes unter Berücksichtigung der in- und ausländischen Konkurrenzsituation;
- d) Herstellung der für R. notwendigen Kontakte zu den Entscheidungsträgern einschließlich der Vorbereitung, Beratung und Teilnahme an Besuchen und Verhandlungen gemeinsam mit dem Vorstand von R. bzw. einem von diesem bestimmten Mitglied des Managements mit Entscheidungsträgern, Behörden, Unternehmen und sonstigen Dritten vor Ort, soweit der Vorstand von RWE dies verlangt und aus Sicht des Beraters sinnvoll erscheint;

...

- (2) Der Berater ist verpflichtet, kontinuierlich die aktuelle Entwicklung vor Ort und deren Einfluss auf die Projekte zu beobachten und entsprechende Informationen an R. weiterzugeben. Des Weiteren hat der Berater sicherzustellen, dass er im Rahmen des Geschäftsüblichen für den Vorstand von R. sowie für einzelne, von diesem bestimmte Mitarbeiter des zuständigen Managements erreichbar ist.

(3-5) ...

§ 2 Vergütung des Beraters

- (1) Im Falle des Erwerbes (direkt oder indirekt) von Beteiligungen mit üblicherweise daraus resultierenden Rechten an Unternehmen der Stromwirtschaft oder der Erlangung von Genehmigungen für den Bau von Kraftwerken oder deren Erwerb in Polen erhält der Berater ein Erfolgshonorar bezogen auf den Unternehmenswert der Beteiligung bzw. der Investitionssumme des genehmigten Kraftwerkes bzw. im Erwerbsfall des Kaufpreises von übernommenen Kraftwerken und/oder damit zusammenhängenden Assets. Für die ersten 500 Mio. EUR des Wertes eines Projektes beträgt der Honorarsatz 3 %, für den Wertbereich von 500 Mio. EUR - 1.0 Mrd. EUR 2 %, für den Wertbereich über 1 Mrd. EUR 1 %. Bezüglich der Berechnung des Honorars einschließlich der Höhe des Honorarsat-

zes wird jedes Projekt gesondert abgerechnet, ausgenommen davon sind die Fälle aufgestockter Beteiligungen (s.u.) ...

...

Nachdem das vorstehende Honorar ausschließlich als erfolgsabhängig vereinbart ist, entsteht der Anspruch auf Zahlung des Honorars nur und sobald eine Beteiligung im Sinne dieses Vertrages erworben worden ist, d.h. wenn die beiden vorstehend aufgeführten Voraussetzungen (Abschluss eines rechtswirksamen Kaufvertrages sowie rechtswirksamer Übergang der Anteile auf R. oder ein Konzernunternehmen) erfüllt sind. Spätere Rückabwicklungsmöglichkeiten bleiben außer Betracht ...

...

- (2) Mit der vorgenannten Vergütung sind sämtliche für den Berater in diesem Zusammenhang entstandenen bzw. entstehenden Kosten oder sonstigen Verpflichtungen abgegolten, abgesehen von Flug- und Übernachtungskosten, die dem Berater für vom Vorstand der R. veranlasste Terminwahrnehmungen entstehen ...

(3-4) ...

§ 3 Exklusivität

Während der Laufzeit dieses Vertrages und bezogen auf Akquisitionen in Polen vereinbaren die Parteien eine wechselseitige Exklusivität, d.h. der Berater wird nicht für ein Konkurrenzunternehmen von R. tätig sein und R. wird keinen Beratervertrag mit dem Beratungsprofil dieses Vertrages mit einem Dritten abschließen. Die Parteien verpflichten sich in diesem Zusammenhang ausdrücklich, den Vertrag absolut vertraulich zu behandeln.

§ 4 Laufzeit

- (1) Dieser Vertrag beginnt ab dem 1. Mai 2006 und wird im Hinblick auf die Langfristigkeit der Projekte für einen Zeitraum von 5 Jahren abgeschlossen. Der Vertrag verlängert sich jeweils um 2 Jahre, falls er nicht mit einer Frist von 3 Monaten von einer der Parteien gekündigt wird.

(2) Im Fall der Beendigung des Vertrages erhält der Berater die Vergütung gemäß § 2 Abs. 1 davon unabhängig, soweit die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 in einem Zeitraum von 15 Monaten nach diesem Zeitpunkt eintreten. Letzteres gilt nur, wenn Verhandlungen bezüglich eines konkreten Projektes in dem Vertragszeitraum begonnen haben und nach der Vertragslaufzeit nicht nachhaltig unterbrochen wurden und wenn nach der Vertragslaufzeit kein neuer Verhandlungs- bzw. Verfahrensbeginn erfolgte. Alle weitergehenden Vergütungsansprüche sind ausgeschlossen."

4 Der Vertrag wurde kurze Zeit später ergänzt. Es wurde vereinbart, dass auch Projekte, die außerhalb Polens liegen, von dem Vertrag erfasst werden sollten, wenn sich die Informationen dazu aus dem Kontakt zu dem polnischen Netzwerk der Klägerin ergäben. Im März 2007 wurde der Vertrag erneut ergänzt. Die Parteien vereinbarten, dass unter dem Erwerb einer Beteiligung im Sinne des Vertrags auch die Übernahme von Anteilen im Rahmen eines "Joint Venture" fallen sollten. Zur Durchführung des Beratungsvertrags erhielt die Klägerin von der Beklagten ein abhörsicheres Mobiltelefon ausgehändigt.

5 In der Folgezeit wechselten die Vorstandsmitglieder der Beklagten. Danach führte sie Verhandlungen über die Übernahme von Beteiligungen, ohne die Klägerin einzubeziehen. Die Aktivitäten der Beklagten führten dazu, dass sie im Rahmen eines Joint Venture Anteile an den Windparks S. und T. erwarb. Nachdem die Klägerin hiervon Kenntnis erlangt hatte, beanspruchte sie von der Beklagten ein Beratungshonorar auf der Grundlage des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags. Die Klägerin hatte bezüglich dieser Projekte keine Tätigkeiten entfaltet. Weiterhin erfuhr die Klägerin, dass die Beklagte beabsichtigte, ohne ihre Inanspruchnahme in weitere Projekte in Pommern und Masuren zu investieren. Dabei handelte es sich um Windkraftan-

lagen. Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag wurde von der Beklagten zum 30. April 2011 gekündigt.

6 Die Klägerin ist der Auffassung, dass es sich bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag um einen solchen sui generis handele, auf den die Vorschriften des Maklerrechts nicht anwendbar seien. Ihr Honoraranspruch entstehe unabhängig von einer konkreten Beratungstätigkeit der Klägerin und sei allein von dem Erfolg eines jeweiligen Projekts abhängig. Das Honorar sei die Gegenleistung dafür, dass die Klägerin der Beklagten langfristig und exklusiv ihr Netzwerk und ihre Beratung zur Verfügung stelle. Nach dem Vorstandswechsel habe die Klägerin auch keine Beratungsleistung mehr erbringen können, weil die Beklagte sie nicht mehr über anstehende Projekte unterrichtet habe.

7 Die Klägerin hat zunächst im Wege der Stufenklage beantragt, die Beklagte zu verurteilen, über die Projekte zu den Windparks T. und S. Auskunft zu erteilen und die zur Rechnungslegung erforderlichen Unterlagen auszuhändigen sowie festzustellen, dass sich der Beratungsvertrag zwischen den Parteien auch auf den Erwerb von Beteiligungen inklusive Eingehen von Joint Venture sowie die Erlangung von Genehmigungen für den Bau und den Erwerb von Kraftwerken der Beklagten hinsichtlich der beabsichtigten Windparks in Masuren und Pommern bis zum 30. April 2011 erstreckt. Die Beklagte hat widerklagend beantragt festzustellen, dass die Klägerin auch für alle weiteren unter den Beratungsvertrag fallenden Projekte keinen Vergütungsanspruch habe, ohne dass die Klägerin eine für das Zustandekommen eines Projekts ursächliche Tätigkeit entfaltet habe. Sie hat weiter beantragt, die Klägerin zu verurteilen, das überlassene Mobiltelefon herauszugeben.

8 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Mit der Berufung hat die Klägerin nicht nur die Klageabweisung und die Verurteilung auf die Widerklage bekämpft, sondern darüber hinaus die Verurteilung der Beklagten beantragt, Auskunft über Art und Umfang des in Polen mit dem Unternehmen K. V. S.A. eingegangenen Joint Venture zu dem Steinkohlekraftwerk C. zu erteilen.

9 Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter.

II.

10 Der Senat ist davon überzeugt, dass die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nicht vorliegen und diese keine Aussicht auf Erfolg hat.

11 1. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

12 Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen, weil die Sache grundsätzliche Bedeutung habe. Das Berufungsgericht hat nach Beweisaufnahme den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag ausgelegt und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Vergütung der Beklagten nur geschuldet sei, wenn die Klägerin auch eine für den Erfolg des einzelnen Projekts kausale (Beratungs-)Leistung erbracht habe. Dementsprechend stünden der Klägerin keine Ansprüche zu. Die Widerklage, mit der die Feststellung begehrt werde, dass der Klägerin keine Ansprüche zustehen, und nach Ablauf des Vertrags das seitens der Beklagten der Klägerin überlassene Mobiltelefon zurückzugeben sei, sei begründet.

- 13 Der Ausgang des Rechtsstreits hängt entscheidend von der Auslegung des zwischen den Parteien geschlossenen Beratungsvertrags ab. Die bei der Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen nach §§ 133, 157 BGB zu beachtenden Grundsätze sind durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hinreichend geklärt (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 8. Dezember 2011 - III ZR 72/11 Rn. 18 mwN), so dass insoweit keine grundsätzliche Bedeutung vorliegt. Auch die Bewertung des Verhaltens der Beklagten unter dem Gesichtspunkt der Treuwidrigkeit im Sinne des § 162 BGB ist eine Frage, die allein nach den Umständen des Einzelfalls zu beantworten ist.
- 14 2. Der Senat ist auch davon überzeugt, dass die Revision keine Aussicht auf Erfolg hat. Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch nicht zu. Die Verurteilung der Klägerin auf die Widerklage ist rechtlich nicht zu beanstanden. Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision stand.
- 15 a) Die Rüge der Klägerin, im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts sei nach dem geschlossenen Vertrag für das Entstehen der Honorarforderung nicht erforderlich, dass sie für ein bestimmtes Projekt konkrete Beratungsleistungen erbracht habe, greift nicht durch.
- 16 aa) Das Revisionsgericht überprüft die Auslegung von Individualvereinbarungen durch den Tatrichter nur daraufhin, ob Verstöße gegen gesetzliche Auslegungsregeln, Verfahrensvorschriften oder anerkannte Denkgesetze und Erfahrungssätze vorliegen und sich der Tatrichter mit dem Verfahrensstoff umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat (st. Rspr.; vgl. nur Senatsurteil vom 13. Januar 2011 - III ZR 87/10, BGHZ 188, 71 Rn. 14).

17 bb) Ohne Erfolg bleibt in diesem Zusammenhang die Rüge der Klägerin, im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts treffe es nicht zu, dass die Klägerin im Rahmen der Projekte überhaupt nicht tätig geworden wäre. Sie habe ihr Netzwerk in Polen, über das sie unstreitig verfügt habe, exklusiv zugunsten der Beklagten weiter unterhalten. Sie habe des Weiteren die in § 1 Abs. 2 des Vertrags bezeichneten Leistungen erbracht, die von einem konkreten Projekt der Beklagten unabhängig gewesen seien. Sie habe auch unstreitig das Wettbewerbsverbot beachtet, das ihr in § 3 des Vertrags auferlegt worden sei.

18 Das Berufungsgericht hat seiner Auslegung nicht zugrunde gelegt, dass die Klägerin überhaupt keine Tätigkeiten entfaltet habe. Vielmehr hat es aufgrund der Vertragsauslegung als wesentlich angesehen, dass die Klägerin bezogen auf die einzelnen Projekte, für die sie Beratungshonorar verlange, Leistungen erbracht haben müsse. Dabei ist unstreitig, dass die Klägerin für die hier streitgegenständlichen Projekte keinerlei konkrete Beratungsleistungen erbracht hat. Das Berufungsgericht hat seiner Auslegung auch nicht zugrunde gelegt, dass die Klägerin nicht ihr Netzwerk oder ähnliches unterhalten habe. Dem Berufungsgericht kann deshalb nicht zum Vorwurf gemacht werden, es sei von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen.

19 cc) Fehl gehen auch die weiteren Rügen der Klägerin, das Berufungsgericht habe sich vom Wortlaut der auszulegenden Erklärung entfernt, da der Wortlaut des Vertrags an keiner Stelle ergebe, dass eine Kausalität der Beratungsleistung für die Verwirklichung eines Projekts erforderlich sei. Soweit in der Präambel von "zielgerichteter" Unterstützung die Rede sei, sei damit Finalität und nicht Kausalität gemeint. Vertragliche Pflichten stünden regelmäßig im Vertrag und nicht in dessen Präambel.

- 20 Die Rüge greift nicht durch, da das Berufungsgericht sich vom unstrittigen Erklärungsstatbestand nicht entfernt hat. Es hat an keiner Stelle zugrunde gelegt, dass der Wortlaut ausdrücklich eine Kausalität der Beratungsleistung verlange. Gleichwohl hat es aus dem Gesamtzusammenhang der Regelungen dies als gewollt angenommen. Ein Rechtsfehler bei der Auslegung ist von der Klägerin damit nicht aufgezeigt worden.
- 21 dd) Zu Unrecht macht die Klägerin geltend, im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts könne aus der Höhe des vereinbarten Honorars nicht darauf geschlossen werden, dass nur für konkrete Beratungsleistungen bei der Verwirklichung eines Projekts Honorar zu zahlen sei: Die Größenordnung entspreche nämlich derjenigen, die in einem vorangegangenen (zwischen der Klägerin und der R. Plus AG zustande gekommenen) Beratungsvertrag angefallen sei, der dem Erwerb der Anteile an dem Unternehmen "S. " zugrunde gelegen habe; auch dort habe die Beklagte das Honorar bezahlt, ohne einen Tätigkeitsnachweis verlangt zu haben.
- 22 Das Berufungsgericht hat sich mit dem Vortrag des Klägers bei der Auslegung rechtsfehlerfrei auseinandergesetzt. Unstreitig ist, dass die Klägerin bei dem Projekt "S. " kausale Beratungsleistungen erbracht hat. Im Übrigen hat das Berufungsgericht nach Vernehmung der benannten Zeugen die Klägerin rechtsfehlerfrei für beweisfällig erachtet hinsichtlich ihres Vortrags zum "S. "-Projekt und dessen Auswirkung auf den hier streitgegenständlichen und auszulegenden Vertrag. Da die Beweisaufnahme schon nicht im Sinne der Klägerin ergiebig war, bestand entgegen der Auffassung der Revision für das Berufungsgericht keine Veranlassung, sich mit der Glaubwürdigkeit des Zeugen Z. auseinanderzusetzen.

23 ee) Ohne Erfolg bleibt die Rüge der Klägerin, aus der Exklusivitätsregelung in § 3 des Vertrags dürfe nicht der Schluss gezogen werden, nach dem Willen der Vertragsparteien sei nur eine kausale Beratungsleistung zu honorieren, da ansonsten durch die Einschaltung eines anderen (weiteren) Beraters der Klägerin kein Nachteil drohe (sondern im Gegenteil die Klägerin davon im Erfolgsfalle nur profitieren würde): Denn der Sinn der Exklusivitätsregel des § 3 des Vertrags liege vor allem darin, dass ein anderer von der Beklagten eingeschalteter Berater wegen mangelnder Abstimmung mit dem Netzwerk der Klägerin in Polen vor Ort die Verhandlungen der hier streitenden Parteien mit ihren polnischen Vertragspartnern nachhaltig habe stören und die bekanntlich gerade gegenüber deutschen Verhandlungspartnern noch immer besonders zurückhaltenden polnischen Verhandlungspartner verwirren und damit den Erfolg des Projekts einschließlich des Honoraranspruchs der Klägerin unnötig gefährden könne.

24 Das Berufungsgericht hat sich widerspruchsfrei mit dem § 3 des Vertrags auseinandergesetzt. Dass das Berufungsgericht dem Klägervortrag insoweit kein wesentliches Gewicht beigemessen hat, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Dass die Beklagte selbst Projekte ausfindig machen und gegebenenfalls Verhandlungen führen durfte, hätte das Netzwerk der Klägerin ebenfalls stören können. Die Exklusivitätsregel in § 3 ist deshalb nicht allein im Hinblick auf den Schutz des Netzwerks der Klägerin und der Vermeidung der Verwirrung von polnischen Verhandlungspartnern zu erklären.

25 ff) Durch die Erwägung der Revision, bei derart großen und langwierigen Energieprojekten, wie sie die Beklagte in Polen in Angriff habe nehmen wollen, sei ein Kausalitätsnachweis außerordentlich schwierig zu führen, wird die Würdigung des Berufungsgerichts nicht in Frage gestellt. Die Klägerin beruft sich darauf, dass die Beratungsleistungen auch mündlich hätten erbracht werden können und sich die weiter geschuldeten Tätigkeiten einem exakten Nachweis hinsichtlich der Kausalität entzögen. Ein wesentlicher Teil der Leistungen beruhe auf dem Netzwerk der Klägerin, das sie zu ihrem Betriebsgeheimnis zähle. Die Beiträge der Klägerin zu den Projekten der Beklagten entzögen sich mithin nicht nur ihrer Messbarkeit, sondern auch ihrer Darstellbarkeit. Damit zeigt die Klägerin einen Rechtsfehler der Auslegung durch das Berufungsgericht nicht auf. Es ist nicht erkennbar, dass z.B. die Beratungsleistungen und auch die in mündlicher Form erbrachten nicht dokumentiert werden könnten. Schwierigkeiten hinsichtlich des Nachweises der Kausalität der Beratungsleistungen können prozessual auf der Ebene der Anforderungen an die Darlegung und den Nachweis der Kausalität berücksichtigt werden. Daraus folgt nicht zwingend, dass überhaupt keinerlei konkret projektbezogene Beratungsleistungen erbracht werden müssen, um die vereinbarte Provision zu verdienen.

26 Ebenso wenig ist die Überlegung des Berufungsgerichts, es sei unter Geschäftsleuten üblich, dass eine Vergütung nur für erbrachte Leistungen gezahlt werde, beziehungsweise, Leistungen ohne angemessene Gegenleistungen seien im Geschäftsleben ein Ausnahmefall, deshalb als rechtsfehlerhaft anzusehen, weil die Revision besondere Fallkonstellationen benennt, bei denen eine Provision ohne eine konkrete Tätigkeit für den Erfolg verdient wird.

27 b) Vergeblich beanstandet die Revision, die Beklagte habe sich, was das Berufungsgericht verkannt habe, treuwidrig verhalten, weil sie der Klägerin seit Mai 2007 bewusst Informationen über die von ihr in Polen verfolgten Objekte vorenthalten habe. Insoweit zeigt die Klägerin keine Rechtsfehler auf. Das Berufungsgericht hat in rechtlich nicht zu beanstandender Weise darauf abgestellt, dass der Beklagten Eigengeschäfte ohne Beteiligung der Klägerin jederzeit möglich sein sollten. Die Rüge der Klägerin, bei einer Gesamtschau der Vertragsklauseln ergebe sich "im Umkehrschluss", dass Eigengeschäfte der Beklagten nach dem Willen der Vertragsparteien nicht zugelassen sein sollten, ist erstmals im Revisionsverfahren in der Replik vom 14. Dezember 2011, also verspätet erhoben worden und schon deshalb nicht durchgreifend. Davon abgesehen gibt der Wortlaut des Vertrages keinen Hinweis darauf, dass Eigengeschäfte ausgeschlossen sein sollten. Es wäre aber, nachdem § 3 des Vertrags (nur) die Einschaltung anderer Berater verbietet, zu erwarten gewesen, dass der Ausschluss von Eigengeschäften im Vertragstext erwähnt wird, so er gewollt gewesen wäre. Die übrigen von der Klägerin angesprochenen Vertragsregelungen lassen sich unschwer mit der Möglichkeit von Eigengeschäften vereinbaren, weil sie jeweils Gültigkeit für solche Projekte haben, die die Klägerin der Beklagten benennt oder bezüglich derer die Beklagte die Beratungsleistungen der Klägerin in Anspruch nimmt.

28 Damit war die Grundstruktur des Vertrags auch darauf angelegt, dass nicht bei jedem Projekt die Klägerin ein Honorar verdienen würde. Zutreffend hat das Berufungsgericht in die Bewertung mit eingestellt, dass die Klägerin nicht gänzlich von Beratungsleistungen ausgeschlossen worden ist, sondern weiterhin Informationen zu einzelnen Projekten erhalten hat. Vertretbar hat das Berufungsgericht auch darauf abgestellt, dass die Klägerin es jederzeit in der Hand hatte, selbst Projekte für die Beklagte ausfindig zu machen und der Be-

klagten zu benennen und so im Falle der Verwirklichung Honorare zu verdienen. Vertretbar und rechtlich nicht zu beanstanden hat das Berufungsgericht deshalb ein treuwidriges Verhalten der Beklagten im Sinne des § 162 BGB analog verneint. Die Rüge der Klägerin, die Beklagte habe es bei der von dem Berufungsgericht vorgenommenen Auslegung praktisch in der Hand, durch Nichtvollzug des Vertrags die Entstehung der Honoraransprüche zu verhindern, ist deshalb unbegründet.

29 In diesem Zusammenhang verfängt auch der Hinweis der Revision nicht, die Klägerin sei nach dem Vertrag nicht verpflichtet gewesen, Projekte ausfindig zu machen. Der Klägerin war es freigestellt, durch Eigeninitiative Honorare zu verdienen. Wenn sie von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machte, so rechtfertigt es dies nicht, gegenüber der Beklagten den Vorwurf treuwidrigen Verhaltens zu erheben.

30 c) Die Rüge der Klägerin, es sei jedenfalls eine ergänzende Vertragsauslegung dahin vorzunehmen, dass bei Eigengeschäften der Beklagten ohne Beratungsleistungen der Klägerin 50 % des vertraglich vereinbarten Honorars zustehe, greift nicht durch. Nach der Auslegung des Vertrags liegt keine Vertragslücke vor, die durch eine ergänzende Vertragsauslegung zu schließen wäre.

31 d) Da die Klägerin keine Tätigkeit entfaltet hat, die ursächlich für das Zustandekommen eines der „streitgegenständlichen“ Projekte war oder sein könnte, ist die Klage unbegründet und zugleich die Widerklage begründet; hinsicht-

lich des überlassenen Mobiltelefons besteht das von der Klägerin geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB nicht.

Schlick

Herrmann

Wöstmann

Hucke

Seiters

Vorinstanzen:

LG Essen, Entscheidung vom 07.12.2009 - 41 O 24/09 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 14.12.2010 - I-21 U 60/10 -