

BGHR: ja

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 44/94

Verkündet am:
9. März 1995
T h i e s i e s
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

E D GmbH & Co. Betriebs KG,
gesetzlich vertreten durch die E D GmbH,
diese vertreten durch die Geschäftsführer Elsedore G-
und Ewald G, L straße 7, Gi

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

g e g e n

Maria-Luise La,
K straße , M,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. März 1995 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne und die Richter Dr. Wurm, Dr. Deppert, Streck und Schlick

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird - unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen - das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 23. November 1993 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte zur Zahlung von mehr als 85.500,00 DM in der Hauptsache und von Verzugszinsen für die von Juli 1984 bis Dezember 1985 fällig gewordenen Raten verurteilt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand

Die Beklagte und die Klägerin, diese vertreten durch ihren damaligen Lebensgefährten und jetzigen Ehemann Martin La■■, schlossen am 27. Juni 1983 einen "Beratervertrag" ab, der eine Laufzeit von fünf Jahren vorsah. In den §§ 1 und 2 dieses Vertrages war festgelegt, daß die Klägerin ihr gesamtes Wissen auf dem Gebiet der Aneroben und Zyan-Akrylate (AN und CA-Klebstoffe) in vollem Umfang und ausschließlich der Beklagten zur Verfügung zu stellen habe. Für den Fall, daß die Klägerin nicht ihr gesamtes Wissen der Beklagten zur Verfügung stellt oder andere Personen berät oder sich herausstellen sollte, daß die Beratung nicht den gewünschten Erfolg bringt, sah § 4 II des Vertrags die Möglichkeit einer Kündigung binnen einer Frist von 2 Monaten zum jeweiligen Monatsende vor. In einer Zusatzvereinbarung vom gleichen Tage war niedergelegt, daß alle aus dem "Beratervertrag" erwachsenden Pflichten der Klägerin ersatzweise von Martin La■■ erfüllt werden und die Klägerin von der Erfüllung befreit ist. Weiterhin verpflichtete sich die Beklagte in der Zusatzvereinbarung noch einmal, das vereinbarte Honorar in voller Höhe für die gesamte Laufzeit des Vertrages zu zahlen.

Nach § 5 I des "Beratervertrags" sollte dieser Vertrag nur in Kraft treten, wenn die Übertragung der Einzelfirma "Chem. Techn. Produkte La■■" auf die Beklagte - wozu sich Martin La■■ mit Kaufvertrag vom 28. Juni 1983 verpflichtete-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

te - "in vollem Umfange und in rechtswirksamer Form abgeschlossen ist". Außerdem wurde zwischen Martin La[] und der Beklagten ein Arbeitsvertrag geschlossen.

Mit Schreiben vom 25. April 1984 kündigte die Beklagte den "Beratervertrag" mit der Klägerin und den Arbeitsvertrag mit Martin La[] mit sofortiger Wirkung aus wichtigem Grunde.

Die Klägerin hält die ihr gegenüber ausgesprochene Kündigung für unwirksam und verlangt Zahlung des restlichen "Beraterhonorars" von monatlich 2.850 DM einschließlich Mehrwertsteuer für die Zeit vom 1. Juli 1984 bis zum 30. Juni 1988 (insgesamt 136.800,00 DM) nebst Zinsen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten blieb erfolglos. Auf die Anschlußberufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht - unter Zurückweisung der Anschlußberufung im übrigen - die Beklagte zur Zahlung weiterer Verzugszinsen verurteilt. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur teilweisen Aufhebung des angefochtenen Urteils und, im Umfange dieser Aufhebung, zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Im Unterschied zum Landgericht geht das Berufungsgericht nicht davon aus, daß das vereinbarte Beraterhonorar nach dem Willen der Beteiligten in Wirklichkeit ein Teil des für die Veräußerung der Einzelhandelsfirma Martin La■ zu entrichtenden Kaufpreises gewesen sei (vgl. hierzu nachfolgend unter II). Es ist vielmehr der Auffassung, daß die vertraglichen Erklärungen, so wie sie niedergelegt worden sind, ernsthaft gewollt gewesen seien, mithin ein Beratervertrag zustandegekommen sei. Die Revision hält - entsprechend dem Tatsachenvortrag der Beklagten in den Vorinstanzen - den rechtlichen Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, wonach der Wille der Parteien auf den Abschluß eines Dienstvertrags im Sinne des § 611 BGB gerichtet gewesen sei, für zutreffend. Ausgehend hiervon greifen die von der Revision erhobenen Rügen nur in einem Punkt (teilweise) durch.

1. Die Revision meint, die Nichtigkeit des Beratervertrags ergebe sich zwar nicht - wie vom Landgericht angenommen - aus § 117 Abs. 1 BGB, wohl aber aus § 306 BGB, da die Klägerin krankheitsbedingt keine Beratertätigkeit hätte erbringen können.

Dem ist nicht zu folgen.

Die Nichtigkeitsfolge des § 306 BGB tritt nur ein bei anfänglicher, objektiver und dauernder Unmöglichkeit. Ob und gegebenenfalls in welchen Fällen bei höchstpersönlichen

Leistungen, zu denen nach der Auslegungsregel des § 613 Satz 1 BGB auch die Leistung des Dienstverpflichteten gehört, das Unvermögen des Schuldners zum Erbringen der geschuldeten Leistung zur objektiven Unmöglichkeit führen kann (vgl. hierzu einerseits - bejahend - MünchKomm-Thode, BGB, 3. Aufl., § 306, Rn. 7; Soergel/Wolf, BGB, 12. Aufl., § 306, Rn. 6 sowie BAG MDR 1982, 964 und andererseits - verneinend - Staudinger/Löwisch, BGB, 12. Aufl., § 306, Rn. 11), braucht nicht entschieden zu werden. Ebenso kann offenbleiben, ob vorliegend deshalb anderes zu gelten hat, weil nach dem Wortlaut der Zusatzvereinbarung die "Beraterleistung" (auch) von dem (späteren) Ehemann der Klägerin erbracht werden konnte. Denn aufgrund der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen und des Sachvortrages der Parteien kann nicht von einer krankheitsbedingten dauernden anfänglichen Unmöglichkeit der Beratertätigkeit in der Person der Klägerin ausgegangen werden.

Die Revision stellt maßgeblich darauf ab, daß die Klägerin nach ihrem eigenen Vorbringen schon vor Abschluß des Beratervertrags an schweren Asthmaanfällen gelitten hat und Martin La■■ der Beklagten gegenüber mit Schreiben vom 6. Dezember 1983 angekündigt hat, gemäß der Zusatzvereinbarung künftig die Beraterpflichten der Klägerin zu übernehmen, und hierfür in der Person der Klägerin liegende gesundheitliche Gründe angeführt hat. Dies hat das Berufungsgericht indes nicht übersehen. Es hält nämlich aufgrund dieses Vorbringens - im Zusammenhang mit den Ausführungen zur Kündigung des Vertrags aus wichtigem Grunde - für möglich, daß die Klägerin zunächst krankheitsbedingt keine Beratertätigkeit erbracht bzw. die Übernahme der versprochenen Beraterdienste

durch Martin La[] der gesundheitlichen Entlastung der Klägerin gedient habe. Gleichzeitig führt das Berufungsgericht aber aus, es sei nicht ersichtlich, daß im Zeitpunkt der Kündigung diese Erkrankung die Fähigkeit der Klägerin zur Beratung ausgeschlossen habe. Diese tatrichterliche Würdigung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Dafür spricht - worauf die Revisionserwiderung zutreffend hinweist - einmal, daß die Klägerin nach Erhalt der Kündigung ihre Dienste angeboten und dabei die "zeitweilige krankheitsbedingte Aussetzung ihrer Beratungstätigkeit" für beendet erklärt hat, vor allem aber der Umstand, daß die Beklagte selbst in ihrer Berufungsbegründung eine - so von der Klägerin gar nicht behauptete - schwerwiegende, die Fähigkeit zur Vertragserfüllung in Frage stellende Erkrankung der Klägerin ausdrücklich in Abrede gestellt hat.

Dies zeigt, daß die Revision mit ihrer Rüge, das Berufungsgericht habe den Nichtigkeitsgrund des § 306 BGB prüfen und bejahen müssen, nicht nur - was ihr schon revisionsrechtlich verwehrt ist - die Würdigung des Tatrichters durch ihre eigene ersetzen will; sie setzt sich darüber hinaus auch in Widerspruch zu dem eigenen Vorbringen der Beklagten in den Tatsacheninstanzen (§ 561 Abs. 1 ZPO).

2. Das Berufungsgericht führt weiter aus, es könne auch nicht davon ausgegangen werden, daß der Beratervertrag im Hinblick auf dessen § 5 I (Inkrafttreten) nicht wirksam geworden sei. Denn die Beklagte habe nicht substantiiert vorgebracht, welche Gegenstände der verkauften Einzelfirma noch nicht in rechtswirksamer Weise auf sie übertragen worden

seien. Dies hätte sie jedoch tun müssen, nachdem sie bereits Leistungen aus dem Beratervertrag erbracht und damit zu erkennen gegeben habe, daß sie den Vertrag für wirksam ansehe.

Vergeblich rügt die Revision, das Berufungsgericht habe mit diesen Ausführungen die Darlegungs- und Beweislast verkannt.

Der Revision ist zuzugeben, daß § 5 des Beratervertrages eine aufschiebende Bedingung enthält und es daher Sache der Klägerin ist, den Bedingungseintritt darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 1981 - VII ZR 299/80 - NJW 1981, 2403, 2404). Dieser Darlegungslast hat die Klägerin zunächst genügt, indem sie vorgetragen hat, die Beklagte sei nach Übernahme der Einzelfirma Lang mit deren Produkten und technischem know how seit Abschluß des Vertrages gewinnbringend tätig. Auf diesen Vortrag durfte die Beklagte, um die Rechtsfolge des § 138 Abs. 3 ZPO zu vermeiden, aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls nicht mit einem einfachen Bestreiten reagieren. Die Beklagte hat nicht nur - worauf das Berufungsgericht zutreffend hinweist - bis zur fristlosen Kündigung die vereinbarte monatliche Vergütung bezahlt und dadurch zu erkennen gegeben, daß sie den Vertrag für gültig ansieht. Darüber hinaus führt die Beklagte, jedenfalls nach der erfolgten Kündigung des mit Martin La■■■ abgeschlossenen Arbeitsvertrags, das verkaufte Handelsgeschäft ersichtlich alleinverantwortlich weiter, so daß die Übernahme des Handelsgeschäftes zumindest faktisch vonstatten gegangen ist. Bei dieser Sachlage hätte es näherer Darlegungen seitens der Beklagten bedurft, warum ihrer Auffassung nach gleichwohl die in § 5 des Beratervertrags

festgelegte Bedingung nicht eingetreten ist. Diesbezügliches substantiiertes Vorbringen ergibt sich weder aus dem Tatbestand des Berufungsurteils noch zeigt die Revision insoweit überangenen Sachvortrag auf.

3. Das Berufungsgericht hat auch im Ergebnis rechtsbedenkenfrei eine wirksame Kündigung des Beratervertrags verneint.

a) Eine außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB wegen Krankheit der Klägerin ist schon deshalb abzulehnen, weil das Berufungsgericht - wie unter 1 a ausgeführt - rechtsfehlerfrei davon ausgegangen ist, daß zum Zeitpunkt der Kündigung eine schwere, die Fähigkeit der Klägerin, ihren Beraterpflichten nachzukommen, ausschließende Erkrankung nicht vorgelegen hat.

b) Ein wichtiger Grund zur Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB kann auch nicht darin gesehen werden, daß der Ehemann der Klägerin wegen einer erheblichen Störung des Vertrauensverhältnisses aus den Diensten der Beklagten entlassen worden ist. Das Berufungsgericht führt in diesem Zusammenhang aus, eine solche den Arbeitsvertrag mit Martin La■ betreffende Störung habe nicht ohne weiteres Anlaß gegeben, Beratungsdienste des Martin La■ aufgrund des Beratervertrages nicht anzunehmen. Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision gehen schon deshalb ins Leere, weil Martin La■ nicht der primär Dienstverpflichtete ist. Selbst wenn - was zugunsten der Revision unterstellt werden kann - aufgrund des Verhaltens von Martin La■ für die Beklagte jede weitere Zusammenarbeit mit ihm, auch die Entgegennahme

bloßer Beratungsleistungen, unzumutbar gewesen sein sollte, so hätte dies der Beklagten nur das Recht gegeben, die nach der Zusatzvereinbarung mögliche "ersatzweise" Beratung durch Martin La██ zurückzuweisen und auf einer Vertragserfüllung durch die Klägerin zu bestehen. Eine - weitergehende - Kündigung des Vertragsverhältnisses mit der Klägerin selbst rechtfertigte dieser Umstand aber nicht.

c) Vergeblich macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe verkannt, daß es sich bei der seitens der Klägerin geschuldeten Leistung um Dienste höherer Art handelt und somit gemäß § 627 BGB eine fristlose Kündigung auch ohne wichtigen Grund möglich gewesen sei.

Ein Kündigungsrecht aus § 627 BGB ergab sich - worauf die Revisionserwiderung zu Recht hinweist - für die Beklagte schon deshalb nicht, weil der Beratervertrag für fünf Jahre abgeschlossen worden war und die Klägerin eine feste monatliche Vergütung erhalten sollte. Zwar enthält der Beratervertrag keine konkreten Bestimmungen darüber, in welcher Weise und zu welcher Zeit die Beratungsleistungen zu erbringen waren. Ein dauerndes Dienstverhältnis, das die Anwendbarkeit des § 627 BGB ausschließt, erfordert jedoch keine Dienstleistung, die die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt. Ebensowenig ist eine soziale oder wirtschaftliche Abhängigkeit des Verpflichteten notwendig (vgl. BGH, Urteil vom 19. November 1992 - IX ZR 77/92 - NJW-RR 1993, 374 m.w.N.). Zwar setzt der Begriff des dauernden Dienstverhältnisses eine gewisse persönliche Bindung zwischen den Parteien voraus, die dann fehlt, wenn ein Dienstleistungsunternehmen seine Dienste ei-

ner großen, unbestimmten und unbegrenzten Zahl von Interessenten anbietet (BGHZ 106, 341, 346). Ein solcher Fall liegt aber nicht vor, da die Klägerin nach dem Wortlaut des Vertrages ihr Wissen ausschließlich der Beklagten zur Verfügung stellen mußte bzw. durfte.

d) Eine Umdeutung der außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung kommt nicht in Betracht, da die Parteien die Möglichkeiten einer ordentlichen Kündigung vertraglich besonders geregelt haben (§ 4 II) und die Beklagte keine Tatsachen vorgetragen hat, die eine solche vertraglich vorgesehene Kündigung hätten rechtfertigen können. Eine darüber hinausgehende Möglichkeit der ordentlichen Kündigung besteht nicht (vgl. § 620 BGB).

4. Das Berufungsgericht führt weiter aus, daß die Klägerin der Beklagten nach Erhalt der Kündigung ihre Beratungsleistung schriftlich angeboten und diese damit in Annahmeverzug gesetzt habe. Da nicht ersichtlich sei, daß die Klägerin infolge des Unterbleibens der Dienstleistung etwas erspart oder durch anderweitige Verwendung ihrer Dienste erworben oder zu erwerben böswillig unterlassen habe, könne sie gemäß § 615 BGB die volle Vergütung beanspruchen. Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten erkennen. Sie werden von der Revision auch nicht angegriffen.

5. Die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung erachtet das Berufungsgericht für nicht durchgreifend, da die Beklagte nicht dargelegt habe, daß es sich bei der von der Klägerin zu erbringenden Beratungstätigkeit um eine ge-

werbsmäßige Dienstleistung gemäß § 196 Abs. 1 Nr. 7 BGB handele. Hierfür reiche nicht aus, daß im Vertrag die Zahlung von Mehrwertsteuer besonders ausgewiesen worden sei. Auch die Laufzeit des Vertrages von fünf Jahren sage wegen der vorliegenden "Verknüpfung mit dem Kaufvertrag" nichts aus.

Hiergegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

Schon aus der Natur der geschuldeten Dienstleistung ergibt sich deren gewerblicher, auf Verschaffung einer berufsmäßigen Erwerbsquelle gerichteter Charakter. Dies wird durch die von den Parteien getroffene "Mehrwertsteuer-Abrede" - entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung - bestätigt. Aus dem von der Revisionserwiderung in diesem Zusammenhang angeführten BGH-Urteil vom 10. Mai 1979 (- VII ZR 97/78 - NJW 1979, 1650), das sich mit der - regelmäßig zu verneinenden - Frage befaßt, ob die Errichtung von Häusern und Eigentumswohnungen zum Zwecke späterer Vermietung und Verpachtung durch den Eigentümer als Gewerbebetrieb des Vermieters zu verstehen ist, läßt sich für die vorliegende Fallgestaltung nichts herleiten.

Die vom Berufungsgericht hergestellte "Verknüpfung" zwischen Beratervertrag und Kaufvertrag, die ersichtlich in dem Sinne gemeint ist, daß ohne den Kaufvertrag zwischen der Beklagten und Martin La[REDACTED] auch der vorliegende Beratervertrag nicht abgeschlossen worden wäre, gibt demgegenüber für die verjährungsrechtliche Einordnung der vertraglich geschuldeten Leistung nichts her. Anders wäre dies nur, wenn - wovon das Berufungsgericht aber gerade nicht ausgeht - das

versprochene Beraterhonorar nach dem Willen der Parteien in Wirklichkeit einen Teil des Entgelts für die Übertragung des Einzelhandelsunternehmens Martin La■ darstellen sollte.

Demgemäß hätte das Berufungsgericht auf der Grundlage seiner Vertragsauslegung hinsichtlich des für die Jahre 1984 und 1985 geschuldeten Honorars die Verjährungseinrede für durchgreifend erachten müssen, da eine Unterbrechung der Verjährung durch Klageerhebung erst am 29. Dezember 1988 eingetreten ist (§§ 196 Abs. 1 Nr. 7, 198 Satz 1, 201, 209 Abs. 1 BGB, § 270 Abs. 3 ZPO).

II.

1. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß das Berufungsurteil hinsichtlich des für die Zeit ab Januar 1986 geschuldeten Beratungshonorars keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten aufweist, so daß insoweit die Revision zurückzuweisen ist.

2. Soweit das Berufungsgericht das für die Jahre 1984 und 1985 geschuldete Beratungshonorar (insgesamt 51.300,00 DM) für nicht verjährt angesehen hat, kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Der Rechtsstreit ist jedoch insoweit nicht im Sinne einer Abweisung der Klage entscheidungsreif, weil das Berufungsgericht sich bisher nicht hinreichend mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob der Beratervertrag als Scheingeschäft gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtig ist und stattdessen nach § 117 Abs. 2 BGB das vereinbarte Honorar als

Teil des Kaufpreises (§ 433 Abs. 2 BGB) für die Übertragung der Einzelhandelsfirma Martin La■ geschuldet ist - was zur Folge hätte, daß auch insoweit die Verjährungseinrede nicht durchgreifen würde, weil keiner der Verjährungstatbestände des § 196 BGB erfüllt wäre. Insbesondere wäre auch nicht § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB anwendbar, weil "Waren" im Sinne dieser Bestimmung nur bewegliche körperliche Sachen sind, die nach der Verkehrsanschauung als Gegenstand des Warenumsatzes in Betracht kommen; dazu gehört nicht das kaufmännische Unternehmen selbst, das einen Komplex von Sachen, Rechten und immateriellen Vermögenswerten umfaßt (vgl. Semler, in: Hölterers (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs, 3. Aufl, S. 469).

a) Das Berufungsgericht stellt zwar in den Entscheidungsgründen fest, daß beide Parteien davon ausgingen, daß die Erklärungen im Vertrag, so wie sie niedergelegt worden seien, ernsthaft gewollt waren. Diese Feststellung wird aber schon durch die anschließende Bemerkung des Berufungsgerichts relativiert, daß unterschiedliche Auffassungen "lediglich hinsichtlich des Inhalts und Zweckes des Vertrags" bestünden. Falls man dies als abschließende tatrichterliche Würdigung des Parteivorbringens unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 117 BGB ansehen wollte, wäre zu beanstanden, daß ein Scheingeschäft nach § 117 Abs. 1 BGB nicht nur dann vorliegen kann, wenn den Parteien jeder Wille fehlt, irgendwelche Rechtswirkungen mit ihren Erklärungen herbeizuführen, sondern auch dann, wenn in Wirklichkeit ein Rechtsgeschäft anderen Inhalts (vgl. § 117 Abs. 2 BGB) gewollt ist. Vor allem aber stellt sich das Berufungsgericht mit seinen Ausführungen, eine Nichtigkeit des Geschäfts ge-

mäß § 117 Abs. 1 BGB könne nach dem Vortrag beider Parteien nicht angenommen werden, in Widerspruch zu der im Tatbestand bei der Wiedergabe des zweitinstanzlichen Streitstoffs enthaltenen Feststellung, daß der Beratervertrag nach dem Vorbringen der Klägerin allein dem Zweck gedient habe, ihr einen Teil des Kaufpreises für den Verkauf des Unternehmens, an dem sie früher beteiligt gewesen sei, zu verschaffen; der Beratervertrag sei deshalb als Teil des Kaufvertrages anzusehen. Dem Tatbestand des Berufungsurteils kommt im Umfange seiner Widersprüchlichkeit keine Beweiskraft (§ 314 ZPO) und dementsprechend auch keine Bindung für das Revisionsgericht zu. Folglich bietet die Feststellung des Berufungsgerichts, die Parteien hätten die vertraglichen Erklärungen so wie niedergelegt ernstlich gewollt, keine Grundlage für die Entscheidung. Dies ist - auch ohne entsprechende Rüge oder Gegenrüge - von Amts wegen zu beachten (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juli 1993 - V ZR 262/91 - NJW 1993, 2530, 2531).

b) Nach dem Vorbringen der Klägerin wäre der Beratervertrag als Scheingeschäft anzusehen, durch den ein anderes, von den Parteien wirklich gewolltes Geschäft, nämlich das Versprechen eines zusätzlichen Kaufpreises verdeckt werden sollte. Nach § 117 Abs. 2 BGB ist in einem solchen Falle nur das verdeckte Geschäft wirksam zustandegekommen. Die rechtliche Behandlung richtet sich nach den Normen, die für dieses Geschäft gelten. In dieser Hinsicht bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen die Gültigkeit des Geschäfts.

aa) Das Versprechen eines zusätzlichen Entgelts für die Übertragung des Einzelhandelsgeschäfts wäre als ein untrennbarer Teil des zwischen der Beklagten und Martin

La■ geschlossenen Kaufvertrags anzusehen gewesen. Zweifel hinsichtlich der Gültigkeit dieses "Zusatz-Versprechens" ergeben sich jedoch weder bezüglich der Form des Rechtsgeschäfts - die Verpflichtung zur Übertragung eines Einzelhandelsgeschäfts bedarf als solcher keiner besonderen Form - noch hinsichtlich eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten (§§ 134, 138 BGB); letzteres wäre insbesondere nicht schon dann anzunehmen, wenn für die Scheinabrede steuerliche Beweggründe maßgeblich gewesen sein sollten (vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 1983 - IVa ZR 187/81 - WM 1983, 565, 566).

bb) Die Wirksamkeit des verdeckten Geschäfts wäre auch nicht deshalb in Frage gestellt, weil vorliegend - was das Landgericht nicht hinreichend unterschieden hat - die durch die Honorarvereinbarung "begünstigte" Klägerin nicht an dem "Haupt-Kaufvertrag" beteiligt gewesen ist.

Im Regelfalle werden die Personen, die formal als Vertragspartner des nur zum Schein abgeschlossenen Rechtsgeschäfts ausgewiesen sind, auch diejenigen sein, die die Rechtswirkungen des verdeckten Geschäfts treffen sollen. Das ist jedoch nicht notwendigerweise so. Sind sich etwa die Parteien des Scheingeschäfts darüber einig, daß die Rechtswirkungen des Geschäfts in Wirklichkeit einen Dritten treffen sollen und hat der für den Dritten Handelnde bezüglich des wirklich gewollten Geschäfts ausreichende Vertretungsmacht (§§ 164 ff BGB), so ist die Wirksamkeit des verdeckten Geschäfts nicht von vornherein ausgeschlossen. Auch steht der Gültigkeit des dissimulierten Geschäfts nichts im Wege, wenn - was hier allein in Frage kommt - nach dem Willen

der Vertragsschließenden die scheinbar als Vertreter eines Dritten auftretende Partei selbst Vertragspartner sein soll, mithin in Wirklichkeit ein Eigengeschäft gewollt ist. Nach allgemeinen Grundsätzen ist es darüber hinaus ohne weiteres möglich, daß der scheinbar Vertretene aus dem verdeckten Eigengeschäft ein eigenes Forderungsrecht erwirbt (§ 328 Abs. 1 BGB).

3. Danach ist bezüglich des "Beratungshonorars" für die Jahre 1984 und 1985 die Entscheidung des Berufungsgerichts über den Hauptsacheanspruch aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es den wirklichen Inhalt und Sinn der getroffenen Abreden vollständig aufklärt und würdigt.

Für die weitere Verhandlung und Entscheidung weist der Senat vorsorglich darauf hin, daß auch für den Fall, daß sich ein Zahlungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte aus §§ 433 Abs. 2, 328 Abs. 1 BGB ergeben sollte, die von der Beklagten geltend gemachte Aufrechnung mit Forderungen gegen Martin Lang wegen fehlender Gegenseitigkeit nicht durchgreifen würde (vgl. BGH, Urteil vom 27. Februar 1961 - II ZR 60/59 - MDR 1961, 481); freilich könnte sich dann für die Beklagte möglicherweise ein Einwand gemäß § 334 BGB ergeben, wozu jedoch weitere Feststellungen notwendig wären (vgl. RGRK-Ballhaus, BGB, 12. Aufl., § 334, Rn. 6).

III.

Soweit die Entscheidung des Berufungsgerichts über die geltend gemachte Hauptforderung aufzuheben ist, hat dies zur Folge, daß auch der Ausspruch des Berufungsgerichts über die auf die im fraglichen Zeitraum (Juli 1984 bis Dezember 1985) fällig gewordenen Raten zu zahlenden Verzugszinsen keinen Bestand haben kann (vgl. § 224 BGB).

Im übrigen bleiben die von der Revision erhobenen Rügen gegen die Zuerkennung eines (Verzugs-)Zinsschadens ohne Erfolg.

1. Die Revision rügt vor allem als verfahrensfehlerhaft, daß das Berufungsgericht der Verurteilung der Beklagten zur Zahlung (höherer) Verzugszinsen einen Antrag zugrundegelegt hat, der erst nach Anordnung des schriftlichen Verfahrens schriftsätzlich gestellt worden ist.

Die Rüge greift nicht durch.

Das Berufungsgericht hat mit Zustimmung der Parteien am 14. September 1993 beschlossen, im schriftlichen Verfahren zu entscheiden. Demzufolge konnten alle Prozeßhandlungen, für die sonst die Vornahme einer mündlichen Verhandlung vorgeschrieben ist, schriftlich erfolgen. Dabei war es der Klägerin auch nicht von vornherein verwehrt, hinsichtlich der Geltendmachung von Verzugszinsen einen neuen Sachantrag zu stellen. Zwar mag durch einen neuen Sachantrag häufig eine wesentliche Änderung der Prozeßlage herbeigeführt werden,

die gemäß § 128 Abs. 2 ZPO einen Widerruf der Zustimmung zum schriftlichen Verfahren rechtfertigt (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 53. Aufl., § 128 Rn. 23 m.N.). Dies ist jedoch vorliegend zu verneinen. Die Anregung des Berufungsgerichts, einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren zuzustimmen, geht auf den Aufklärungsbeschluß vom 6. Juli 1993 zurück, in dem das Gericht darauf hingewiesen hat, daß der Sachvortrag der Klägerin zum Zinszahlungsbeginn hinsichtlich der vom Erstgericht zugesprochenen Zinsen unklar und widersprüchlich sei. Die Klägerin nahm diesen Hinweis zum Anlaß, ihren Sachvortrag unter Bezugnahme auf beigefügte Bankerklärungen zu ergänzen und ihren Antrag bezüglich der Zahlung von Verzugszinsen neu zu formulieren. Auch wenn dieser Antrag nicht nur eine Klarstellung, sondern auch eine Erhöhung der geltend gemachten Zinsforderung beinhaltet hat, ist darin noch keine wesentliche Änderung der Prozeßlage zu erblicken. Auch hat die Beklagte ihre Zustimmung nicht widerrufen, sondern lediglich - rechtsirrig - darauf hingewiesen, daß ihrer Auffassung nach eine Klageerweiterung im schriftlichen Verfahren nicht möglich sei.

2. Auch die materiell rechtlichen Rügen der Revision gegen die zuerkannten Verzugszinsen greifen nicht durch.

Die Klägerin hat ihren Zinsanspruch damit begründet, daß sie ihrerseits Zinsverpflichtungen gegenüber kreditgebenden Banken habe. Entgegen der Auffassung der Revision ist es nicht erforderlich, daß zwischen diesen von ihr in Anspruch genommenen Krediten und der streitgegenständlichen Forderung ein Zusammenhang besteht. Ebensowenig ist von Bedeutung, daß sich die fraglichen Kreditforderungen nicht nur

gegen die Klägerin, sondern auch (als Gesamtschuldner) gegen Martin La■■ richteten; unerheblich ist weiterhin, ob und gegebenenfalls welche Sicherheiten für diese Kredite eingeräumt worden waren.

Rinne

Wurm

Deppert

Streck

Schlick