

BGHR: ja

1

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 86/93

Verkündet am:
6. Oktober 1994
Thiesies
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Dr. Jürgen B.,
G. Weg 4, K.,

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. und Dr. -

g e g e n

Bank für G. Aktiengesellschaft,
vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch die
Vorstandsmitglieder Dr. Paul W. und Hans-Joachim K.,
T. platz 2, F.,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Oktober 1994 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne und die Richter Dr. Wurm, Dr. Deppert, Streck und Schlick

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 15. Januar 1993 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger, ein Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, stand seit 1964 in unterschiedlichen vertraglichen Beziehungen zu der beklagten Bank oder mit dieser verbundenen Unternehmen. Seit 1970 war er Geschäftsführer der A. A. T. mbH (A.), aus deren Diensten er auf Veranlassung der Beklagten im November 1979 austrat. In einer Vereinbarung vom 30. August 1976 hatte sich die Beklagte gegenüber dem Kläger bereit erklärt, im Falle seines Ausscheidens selbst mit ihm einen dem mit der A. entsprechenden Vertrag zu schließen. Daran war sie bis zum 31. Dezember 1985 gebunden.

Am 1. Mai 1985 übte der Kläger seine Option auf Abschluß eines Vertrages mit der Beklagten aus. Nach langwierigen Verhandlungen, in die weitere Forderungen des Klägers gegen andere, im Interessenbereich der Beklagten liegende Unternehmen miteinbezogen wurden, kam es am 2. Februar 1987 zum Abschluß eines Beratervertrages mit u.a. folgendem Wortlaut:

"...

§ 1

- (1) (Der Kläger) wird die (Beklagte) für die Dauer von drei Jahren als freier Mitarbeiter insbesondere in Bewertungs-, Prüfungs- und steuerrechtlichen Fragen beraten. Sein Tätigkeitsfeld umfaßt alle geschäftlichen Aktivitäten der (Beklagten). Er wird die (Beklagte) bei der Vorbereitung und Durchführung von Maßnahmen aller Art



unterstützen und steht hierbei auch für Sonderaufgaben zur Verfügung.

- (2) (Der Kläger) wird jeweils aufgrund ihm von der (Beklagten) erteilter Aufträge tätig.

...

§ 3

- (1) (Der Kläger) erhält für die Dauer des Vertrages ein Grundhonorar in Höhe von DM 245.000 zzgl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer ... in monatlichen Teilbeträgen ...

Darüber hinaus erhält (der Kläger) eine Zusatzvergütung für diejenige Zeit, die er im Rahmen und zur Erfüllung der ihm erteilten Aufträge für die (Beklagte) tätig ist. Der Tagessatz hierfür beträgt DM 1.410 zzgl. Mehrwertsteuer. Sofern (der Kläger) weniger als acht Stunden am Tag tätig ist, erhält er für jede volle Stunde DM 140 zzgl. Mehrwertsteuer vergütet. ..."

In einem Schreiben der Beklagten vom selben Tag, mit dessen Inhalt der Kläger sich durch Unterzeichnung einverstanden erklärte, heißt es u.a.:

"... Was den Inhalt des Beratervertrages anbelangt, so bestätigen wir Ihnen gern, daß mögliche Einzelaufträge aufgrund des Beratervertrages einzeln und zusammen 100 Arbeitstage pro Jahr nicht übersteigen und erforderliche Reisen möglichst nur in einem Umkreis von 100 km von der Stadt F [REDACTED] erfolgen sollen."

In der Folgezeit zahlte die Beklagte dem Kläger das Grundhonorar, erteilte ihm jedoch, obwohl bei ihr Beratungsbedarf bestand und der Kläger seine Dienste anbot, keinen einzigen Auftrag.

Mit der Klage nimmt der Kläger die Beklagte auf Zahlung einer zusätzlichen Vergütung (für 100 Stunden x 1.410 DM = 141.000 DM jährlich = 423.000 DM + 14 % MWSt für die Vertragsdauer) in Anspruch. Die Beklagte hält entgegen, durch den Vertrag vom 2. Februar 1987 sei kein Anspruch des Klägers auf Beschäftigung begründet worden; dies sei, so behauptet sie, dem Kläger vor der Unterzeichnung des Vertrages auch ausdrücklich gesagt worden und er habe dies akzeptiert.

Landgericht (Einzelrichterin) und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Anspruch weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

1. Das Berufungsgericht hat es für bewiesen angesehen, daß der Zeuge L., der damalige Vorstandssekretär der Beklagten und Gesprächspartner des Klägers vor dessen Vertragsunterzeichnung, dem Kläger ausdrücklich erklärt habe, nach der dem Kläger vorgelegten Vertragsfassung solle der Kläger keinen Rechtsanspruch auf Erteilung von Beratungs-

aufträgen haben. Mithin - so das Berufungsgericht - habe der Kläger den Beratervertrag in der vollen Kenntnis unterzeichnet, daß sich aus diesem Vertrag kein Beschäftigungsanspruch und damit auch kein Anspruch auf die zusätzliche Vergütung herleiten lasse.

Das Berufungsgericht gründet seine Überzeugung entscheidend auf die diesbezügliche Aussage des im Berufungsverfahren (erneut) - durch ein Mitglied des Berufungsgerichts als Einzelrichter - vernommenen Zeugen L. [REDACTED].

2. Die Revision rügt mit Recht, daß die Beweiserhebung und -würdigung des Berufungsgerichts insoweit einen durchgreifenden Verfahrensmangel aufweist.

a) Das Berufungsgericht macht in seinem Urteil eingehende Ausführungen zur Glaubwürdigkeit (zu unterscheiden von der Glaubhaftigkeit der Aussage, vgl. BGH Urteil vom 13. März 1991 - IV ZR 74/90 - NJW 1991, 3284) des Zeugen L. [REDACTED], unter anderem auch im Hinblick auf "die Art und Weise, wie der Zeuge ... seine Aussage machte".

Eine derartige Beurteilung des Zeugen setzt jedoch nach den Grundsätzen der freien Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) und der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme voraus, daß sie auf der Wahrnehmung aller an der Entscheidung beteiligten Richter beruht oder aktenkundig ist und die Parteien sich dazu erklären konnten (BGHZ 53, 245, 257; BGH Urteile vom 30. Januar 1990 - XI ZR 162/89 - NJW 1991, 1302, vom 4. Dezember 1990 - XI ZR 310/89 - NJW 1991, 1180, vom 12. März 1992 - III ZR 133/90 - BGHR ZPO § 355, Abs. 1 Vermittelbar-

keit 2; vom 18. März 1992 - VIII ZR 30/91 - NJW 1992, 1966).

Daran fehlt es hier. Denn der Zeuge L. [REDACTED] ist im Berufungsverfahren nur vom Einzelrichter vernommen worden, ohne daß dieser seinen Eindruck von der Glaubwürdigkeit des Zeugen und die Gesichtspunkte, die er insoweit für ausschlaggebend hielt, im Vernehmungsprotokoll niedergelegt hat. Der Einzelrichter hat zwar hierüber einen umfangreichen "Aktenvermerk zur heutigen Beweisaufnahme für die anstehende Senatsberatung" gefertigt. Dieser Vermerk war aber nicht Bestandteil des den Parteien übermittelten Protokolls der Einzelrichter-Sitzung vom 10. November 1992; er ist den Parteien auch nicht auf andere Weise zur Kenntnis gebracht worden.

b) An der Beurteilung, daß dieses Verfahren des Berufungsgerichts fehlerhaft war, ändert der Umstand nichts, daß schon die Einzelrichterin des Landgerichts, auf die das erstinstanzliche Verfahren zur Entscheidung übertragen worden war, den Zeugen L. [REDACTED] vernommen und ihn, wie sie in ihrem Urteil ausführte, als glaubwürdig angesehen hatte. Zwar kann das Berufungsgericht, soweit es um die Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen geht, grundsätzlich auch auf die diesbezügliche Beurteilung im angefochtenen Urteil zurückgreifen, wenn es bei der Prüfung, ob eine erneute Vernehmung des Zeugen im Berufungsverfahren erforderlich ist (§§ 398, 523 ZPO), die erstinstanzliche Vernehmung und deren Würdigung durch den ersten Richter als ausreichend ansieht (vgl. BGH Urteil vom 18. März 1992 aaO S. 1967). Ob das im Streitfall in bezug auf den Zeugen L. [REDACTED] in Betracht

gekommen wäre, obwohl der Kläger in seiner Berufungsbegründung (u.a.) die Glaubwürdigkeit des Zeugen substantiiert in Zweifel gezogen hatte, kann dahinstehen. Jedenfalls hat sich das Berufungsgericht dazu entschlossen, die erstinstanzliche Beweisaufnahme nicht nur zu ergänzen (Vernehmung des vom Kläger benannten Zeugen W. [REDACTED]), sondern sie, was die Vernehmung des Zeugen L. [REDACTED] anging, "aufgrund der besonderen Bedeutung der Aussage des Zeugen ... insbesondere wegen der Frage der Glaubwürdigkeit ..." im Berufungsverfahren zu wiederholen (zur Problematik der Übertragung der zweitinstanzlichen Beweisaufnahme auf den Einzelrichter in einem so gelagerten Fall vgl. AK-ZPO/Ankermann, § 524 Rn. 10; Pantle, NJW 1991, 1279, 1280). Die - erneute - Vernehmung des Zeugen L. [REDACTED] im Berufungsverfahren ist auch die Grundlage für die Würdigung der Aussage und der Glaubwürdigkeit des Zeugen im Berufungsurteil.

c) Der vorliegende Verstoß gegen die Grundsätze der freien Beweiswürdigung und der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme ist nicht nach § 295 ZPO geheilt worden. Denn es handelt sich um einen Fehler (auch) bei der Urteilsfällung, von dem die Parteien bei der Schlußverhandlung noch keine Kenntnis haben konnten (vgl. BGH Urteile vom 12. März 1992 aaO und vom 18. März 1992 aaO S. 267 m.w.N.).

II.

1. Da das angefochtene Urteil auf dem dargelegten Verfahrensfehler beruhen kann, ist es aufzuheben (§ 565 Abs. 1

Satz 1 ZPO), ohne daß es auf die weiteren von der Revision erhobenen Rügen ankommt. Eine abschließende sachliche Entscheidung durch das Revisionsgericht scheidet hier aus.

2. Für das weitere Verfahren weist der Senat vorsorglich auf folgendes hin:

Eine nähere Würdigung, wie der Vertragstext vom 2. Februar 1987 einschließlich des vom Kläger abgezeichneten zusätzlichen Schreibens der Beklagten aus sich heraus - mit der Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit (vgl. BGH Urteil vom 15. Mai 1991 - VIII ZR 83/90 - NJW 1991, 1750, 1753 m.w.N.) - auszulegen wäre, hat das Berufungsgericht (aus seiner Sicht folgerichtig) nicht vorgenommen. Ersichtlich für den Fall, daß es an mündlichen Zusatzabsprachen der Parteien fehlen sollte, hat das Berufungsgericht das Vorliegen eines (versteckten) Einigungsmangels (Dissens i.S. von § 155 BGB) in Betracht gezogen.

Ein Einigungsmangel liegt jedoch nur vor, wenn der Inhalt der abgegebenen Erklärungen nicht übereinstimmt (Senatsurteil vom 3. Dezember 1992 - III ZR 30/91 - NJW 1993, 1798; Palandt/Heinrichs BGB 53. Aufl. § 155 Rn. 2). Vorstellungen der Parteien, die in der Erklärung keinen Niederschlag gefunden haben, müssen dabei unberücksichtigt bleiben. Selbst wenn der Inhalt der Erklärungen voneinander abweicht, besteht kein Dissens, sofern der innere Wille der Parteien übereinstimmt, und entsprechendes gilt, wenn die eine Partei den von der objektiven Erklärungsbedeutung abweichenden wirklichen Willen der anderen Partei erkannt hat; maßgeblich ist dann das von der Gegenpartei wirklich

Gewollte (vgl. RGZ 99, 147, 148; BGH Urteile vom 27. Oktober 1972 - V ZR 20/71 - WM 1972, 1422, 1424, und vom 5. November 1982 - V ZR 166/81 - WM 1983, 92; MünchKomm-BGB/Kramer 2. Aufl. § 155 Rn. 4, 5; Palandt/Heinrichs aaO Rn. 3). Davon, daß die in den Urkunden vom 22. Februar 1987 enthaltenen Erklärungen nicht - im Sinne eines übereinstimmenden Willens der Parteien - auslegungsfähig, sondern absolut widersprüchlich oder mehrdeutig wären (vgl. dazu BGHZ 20, 109, 110), kann keine Rede sein.

Rinne

Wurm

Deppert

Streck

Schlick