



Geschäfts-Nr. HG020101/U/ei

Mitwirkend: Die Oberrichter Jakob Benz, Präsident, und Dr. Eric Mazurczak, Vizepräsident, sowie die Handelsrichter Dr. Thomas Lörtscher, Stephan Weber und Mathias C. Berger sowie der juristische Sekretär lic. iur. André Wenker

Urteil vom 1. April 2005

in Sachen

W. ,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Felix Rajower, c/o Rajower & Weber,
Forchstr. 36, Postfach 1278, 8032 Zürich

gegen

P. ,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Chantal Della Giovanna, c/o Altenburger &
Partner, Seestr. 39, Postfach, 8700 Küsnacht

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

"Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 555'674.- nebst Zins zu 5% seit 5. September 2001 zu bezahlen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

I.

Einleitung und Sachverhalt

a) Die Klägerin ist eine schweizerische Lebensversicherungsgesellschaft mit Sitz in L. Die Beklagte mit Sitz in Zürich ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft der S.AG , die ihrerseits zu 100 % den K.en gehört. Die Beklagte bildet im Bereich beruflicher Vorsorge (2. Säule) sowie freier Vorsorge (3. Säule) das Kompetenzzentrum der K.-Gruppe (act. 8 S. 3 Ziff. 2.1.1 ff.; act. 13 S. 3 Ziff. 2).

b) Im Rahmen einer Kooperation schufen die Parteien das Produkt " L. welches im November 1996 auf den Markt kam, heute jedoch nicht mehr vertrieben wird. Dabei handelte es sich um ein Lebensversicherungsprodukt der Klägerin, dessen Vertrieb und Verwaltung die Beklagte in Zusammenarbeit mit der K.-Gruppe übernahm (act. 8 S. 5 Ziff. 2.1.8; Prot. S. 8).

c) Die Abmachungen zwischen den Parteien und der K.-Gruppe sahen vor, dass das durch die Bezahlung der Prämien durch die Versicherungsnehmer der L. anfallende Vermögen - abzüglich Kosten, Renten und anderen Versicherungsleistungen - auf einem Konto der Klägerin bei der jeweils betroffenen K. verwahrt

wird (nachfolgend "L.-Rentenkonto" bzw. "L.-Rentenkonti" genannt) und dass die K. dieses Vermögen zum Durchschnittzinssatz der Bundesobligationen verzinst (act. 8 S. 5 Ziff. 2.1.9).

d) Die Klägerin garantierte wiederum dem jeweiligen Versicherungsnehmer bei den Renten der L. eine Verzinsung auf den L.-Rentenkonti von mindestens 3.5 % und zahlte zusätzlich eine Überschussbeteiligung aus (act. 8 S. 5 f. Ziff. 2.1.10).

e) Der durchschnittliche Zinssatz der Bundesobligationen sank jedoch im Jahre 1997 nicht nur weit unter den zur Bestimmung der Überschussanteile herangezogenen hypothetischen Zinssatz von 4.3 %, sondern auch unter den technischen Zinsfuß von 3.5 %, weshalb zu Lasten der Klägerin eine erhebliche negative Zinsdifferenz entstand. Diese Entwicklung war noch im Herbst 1996, als das Produkt L. lanciert wurde, nicht vorhersehbar. So lag der durchschnittliche Zinssatz der Bundesobligationen damals noch bei 4.04 % und ein Absinken dieses Zinssatzes auf 3.5 % und tiefer hatte man seit der Zeit unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg nie mehr registrieren können (act. 13 S. 5 Ziff. 7).

f) Im Herbst 1997 realisierte die Klägerin, dass sie bei der anhaltend tiefen Zinslage durch diese negative Zinsdifferenz in Bezug auf das L.-Geschäft erhebliche Verluste riskierte (act. 8 S. 6 Ziff. 2.1.11). Die Beklagte widersetzte sich jedoch einer sofortigen Senkung der Überschussanteile mit der Begründung, dass das Produkt andernfalls entscheidend an Attraktivität einbüßen würde, und behielt sich ihre Mitbestimmung bei einer allfälligen zukünftigen Reduktion der Überschussbeteiligung vor. Im Gegenzug dazu erklärte sie sich aber bereit, der Klägerin die aus der negativen Zinsdifferenz resultierenden Verluste auszugleichen (act. 13 S. 6 Ziff. 9; act. 8 S. 12 oben).

g) Vor diesem Hintergrund kam es zum Abschluss der vorliegend streitigen Vereinbarung vom 9./12. März 1998 (act. 4/2 bzw. act. 9/18) betreffend "Schaffung eines getrennten Gewinnverbandes für die L. Rentenversicherung". Strittig ist dabei die *Dauer* der von der Beklagten übernommenen Ausgleichspflicht für die aus der negativen Zinsdifferenz resultierenden Verluste. Diese Vereinbarung beinhaltet, soweit hier relevant, Folgendes:

"1. Gegenstand der Vereinbarung

Die Parteien schaffen durch diese Vereinbarung einen getrennten Gewinnverband für die ab dem 1.11.1996 abgeschlossenen, sofort beginnenden Leibrentenversicherungen L.. Der Zweck dieser Vereinbarung ist es, einerseits den Versicherungsnehmern im Rahmen des Gewinnverbandes konkurrenzfähige Überschussanteilsätze zu gewährleisten und andererseits die Finanzierung der Überschussanteile zu regeln.

[...]

Gegenüber dem Versicherungsnehmer ist die Überschussbeteiligung gemäss AVB zur Rentenversicherung L. so geregelt, dass der Versicherungsnehmer Anspruch auf eine Rente hat, welche einer Verzinsung des vorhandenen Sparkapitals im Ausmass des technischen Zinsfusses von gegenwärtig 3.5 % Rechnung trägt. Der Versicherungsnehmer hat keinen Anspruch auf Berücksichtigung einer Verzinsung, die über die Höhe des technischen Zinsfusses hinausgeht. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass der Versicherungsnehmer bei der Rentenversicherung mit Kapitaloption im Falle der Ausübung der Kapitaloption keinen Anspruch auf die Leistung einer Kapitalzahlung auf der Basis des technischen Zinsfusses, sondern einen Anspruch auf die Leistung einer Kapitalzahlung auf der Basis der Verzinsung im Ausmass der durchschnittlichen Zinsen der Bundesobligationen hat.

2. Definition des Überschussanteils

Unter Überschussanteil wird im Rahmen dieser Vereinbarung die an den Versicherungsnehmer vorzunehmende, nicht garantierte Ausschüttung verstanden, welche diesem einen Anteil an der Zinsmarge sichert, der über dem technischen Zinsfuss liegt.

Gegenüber dem Versicherungsnehmer wird gemäss Ziff. 12 AVB in Aussicht gestellt, dass eine Überschussbeteiligung vor allem dann entsteht, wenn die erreichten Zinsen höher sind als der eingerechnete technische Zinsfuss von 3.5 %.

Zur Gewährleistung attraktiver Versicherungsleistungen tragen die laufenden Renten der seit dem 1. November 1996 abgeschlossenen L. einer hypothetischen Verzinsung von 4.3 % Rechnung, so dass diese abgeschlossenen Rentenversicherungen von Anfang an einer Überschussbeteiligung partizipieren.

3. Negative Zinsdifferenz / Positive Zinsdifferenz

Gemäss Vereinbarung zwischen der W., der P. und den K. wird der Sparteil der abgeschlossenen L. Rentenversicherungen auf einem Konto der betroffenen K. während der ganzen Dauer der Phase der garantierten Renten belassen; die K. wiederum verzinst diese Konti entsprechend der durchschnittlichen Verzinsung der Bundesobligationen.

Liegen die durchschnittlichen Zinssätze der Bundesobligationen und somit die Verzinsung der Rentenkonti tiefer als die Verzinsung, die zur Berechnung der zu bezahlenden Überschussanteile herangezogen wird, entsteht eine negative Zinsdifferenz (nicht-realisierte Überschuss wird ausgeschüttet). Die negative Zinsdifferenz entspricht der Differenz zwischen dem tieferen Stand der Rentenkonti am 31.12., welcher dem Durchschnittszinssatz der Bundesobligationen gemäss AVB entspricht (effektiver Kontostand), und dem höheren Stand der Rentenkonti am 31.12., berechnet mit demjenigen Zinssatz, welcher dem Zinssatz 2. Ordnung entspricht, der zur Berechnung der Überschussbeteiligung der betroffenen Renten angewandt wird (hypothetischer Kontostand). Dieser Zinssatz 2. Ordnung betrug seit dem 1. November 1996 bis am 31. Dezember 1997 4.3 %.

Da seit dem 1. November 1996 die durchschnittliche Verzinsung der Bundesobligationen unter dem zur Bestimmung der Überschussanteile herangezogenen hypothetischen Zinssatz von 4.3 % liegt, ist diese Situation des Vorliegens einer negativen Zinsdifferenz bereits eingetreten und dürfte noch mindestens einige Monate andauern.

[...]

4. Bestimmung des Überschussanteils

Die Parteien sind sich einig, das Niveau der zur Zeit angewandten Überschussregelung, welche auf einer hypothetischen Verzinsung des Sparteils von 4.3 % erfolgt, bis auf weiteres beizubehalten.

Die Parteien verpflichten sich, eine Anpassung des Überschussanteils nur in gegenseitigem Einvernehmen vorzunehmen. Insbesondere ist die Erhöhung des Überschussanteils bis zum 31. Dezember 1998 ohne die Zustimmung der P. ausgeschlossen.

5. Ausgleichung der negativen Zinsdifferenz 1997 und 1998

Die P. gleicht die vom 1. November 1996 bis 31. Dezember 1997 aufgelaufene negative Zinsdifferenz auf dem L.-Konto der W. bei jeder partizipierenden K. aus. Die entsprechenden Beträge werden von der W. berechnet.

Auch eine allenfalls vom 1. Januar 1998 bis zum 31. Dezember 1998 aufgelaufene negative Zinsdifferenz gleicht die P. per 31. Dezember 1998 in analoger Weise aus.

6. Rückzahlung der Ausgleichsbeträge 1997 und 1998

Ab dem 1. Januar 2001 wird die P. eine allfällig anfallende negative Zinsdifferenz nicht mehr ausgleichen.

Die per 31. Dezember 1997 und allenfalls per 31. Dezember 1998 von P. bezahlten Ausgleichsbeträge sind der P. nach Möglichkeit per 31. Dezember 1998, oder aber per 31. Dezember 1999 aus einer sich einstellenden positiven Zinsdifferenz zurückzubezahlen.

Falls die Entwicklung der durchschnittlichen Verzinsung der Bundesobligationen per 1. Januar 1999 nach wie vor auf eine negative Zinsdifferenz hindeutet, wird, sofern nicht andere Massnahmen zur Beseitigung der negativen Zinsdifferenz führen, der Überschussanteil ab jenem Datum nach unten revidiert, so dass ein solcher vermieden wird und sich nach Möglichkeit zur Rückzahlung der von der P. bezahlten Ausgleichsbeträge eine positive Zinsdifferenz einstellt.

7. Verwendung einer positiven Zinsdifferenz

Eine positive Zinsdifferenz wird vorerst zur Rückzahlung der von der P. geleisteten Ausgleichsbeträge 1997 und allenfalls 1998 verwendet.

Jede weitere Verwendung einer positiven Zinsdifferenz erfordert die Zustimmung beider Parteien. Die Parteien vereinbaren, dass eine solche positive Zinsdifferenz grundsätzlich zur Ausrichtung einer ausdrücklich als vorübergehend zu bezeichnenden zusätzlichen Ueberschussbeteiligung (eine Art 'Superbonus') an die Rentenbezüger verwendet wird.

8. Inkrafttreten

Die vorliegende Vereinbarung tritt mit der Unterzeichnung durch beide Parteien in Kraft und wird für die Dauer von zwei Jahren abgeschlossen. Die Vereinbarung erneuert sich jährlich jeweils um ein weiteres Jahr, sofern sie von keiner der Parteien unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf ein Jahresende, erstmals per 31. Dezember 1999, gekündigt wird.

9. Anwendbares Recht und Gerichtsstand

Diese Vereinbarung untersteht dem schweizerischen Recht. Gerichtsstand für alle Streitigkeiten aus dieser Vereinbarung oder aus Nachträgen derselben ist Zürich.

[...]."

h) Die tiefe Zinsphase verbesserte sich in der zweiten Hälfte 1998 nicht wesentlich. Mit Schreiben vom 16. Juli 1999 forderte die Beklagte die Klägerin auf,

Massnahmen gegen die negative Zinsdifferenz zu diskutieren und zu ergreifen (act. 8 S. 10 Ziff. 2.1.23; act. 9/19), wobei eine schriftliche Reaktion der Klägerin auf dieses Schreiben hin ausblieb (act. 13 S. 19 oben). Eine Kündigung der Vereinbarung ist nie erfolgt und bis Ende 2000 ergab sich weiterhin stets eine negative Zinsdifferenz (act. 1 S. 6 Ziff. 4).

i) Mit Schreiben vom 31. Januar 2000 stellte die Klägerin der Beklagten Rechnung betreffend Ausgleich der Zinsdifferenz für das Jahr 1999 (act. 8 S. 10 Ziff. 2.1.24; act. 9/20), worauf die Beklagte diese Forderung mit Schreiben vom 7. Februar 2000 zurückwies (act. 9/21; vgl. auch die nachfolgende Korrespondenz: act. 9/22, 9/23, 9/24).

j) Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin die Ausgleichsbeträge für die negative Zinsdifferenz für das Jahr 1999 im Betrage von CHF 425'917.- sowie für das Jahr 2000 im Betrage von CHF 129'757.- geltend. Zusammengezählt ergibt dies die eingeklagte Forderung im Betrage von CHF 555'674.- (act. 1 S. 6 Ziff. 4; act. 4/4a; act. 4/4b; act. 4/5; act. 1 S. 2).

k) Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass die vereinbarte Ausgleichspflicht nur für die Jahre 1997 und 1998, jedoch nicht für die Jahre 1999 und 2000 bestehe (act. 8 S. 6 f. Ziff. 2.1.12 und S. 11 Ziff. 2.1.25 i.V.m. act. 9/23 und 9/24).

l) Überdies macht die Beklagte einen Dissens sowie einen Erklärungsirrtum geltend (act. 17 S. 37 Ziff. 3.3 u. 3.4).

II.

Prozessverlauf

Am 15. März 2002 gingen Klageschrift und Weisung ein (act. 1 und 3). Nach Eingang der Klageantwort vom 17. Juni 2002 (act. 8) fand am 30. August 2002 eine Referentenaudienz statt (Prot. S. 4 ff.), an welcher keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. S. 12). Danach wurde der Schriftenwechsel mit Replik vom 2. Dezember 2002 (act. 13) sowie Duplik vom 24. März 2003 (act. 17) fortgesetzt. Am 19. Januar 2004 fasste das Gericht den Beweisaufgabebeschluss (Prot. S. 17 f.) und - nach Eingang der Beweisantwortungsschriften der Parteien (act. 26 und 27) - am 13. April 2004 den Beweisabnahmebeschluss (Prot. S. 20-25). Die Beweisverhandlung fand am 15. Juli 2004 statt (Prot. S. 27-78) und die Stellungnahmen der Parteien zum Beweisergebnis gingen am 29. September 2004 von der Klägerin (act. 36) bzw. am 30. September 2004 von Seiten der Beklagten (act. 37) beim Gericht ein.

III.

Prozessvoraussetzungen

Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach Ziff. 9 der Vereinbarung (act. 4/2 S. 5). Die dort statuierte Vereinbarung des Gerichtsstandes Zürich genügt den Anforderungen von § 11 aZPO i.V.m. Art. 39 GestG.

Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 62 GVG.

IV.

Beweiswürdigung

1.a) Über erhebliche streitige Tatsachen wird Beweis erhoben (§ 133 ZPO). Gemäss § 148 ZPO würdigt das Gericht die Beweise nach freier Überzeugung. Demgemäss entscheiden die Richter frei von Beweisregeln und nach ihrer persönlichen Überzeugung aufgrund gewissenhafter Prüfung darüber, ob sie eine Tatsache für bewiesen halten. Für die richterliche Überzeugung ist nicht absolute, jede Möglichkeit des Gegenteils ausschliessende Gewissheit erforderlich, sondern ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Mass an Sicherheit, dem ge-

genüber vernünftige Zweifel nicht mehr laut werden können, ungeachtet jener Zweifel, die nicht auf realen Anknüpfungspunkten, sondern lediglich auf der Annahme einer bloss gedanklichen, abstrakt theoretischen Möglichkeit beruhen. Die Glaubwürdigkeit eines Zeugen lässt sich an seiner Persönlichkeit, seinen (möglichen) Motiven und der Aussagesituation abschätzen und die Glaubhaftigkeit einer Aussage bestimmt sich nach ihrem Inhalt (ZWEIDLER, Die Würdigung von Aussagen, ZBJV 132 (1996), S. 106 f. u. 115 ff.)

b) Ein Beweis kann aufgrund von einem oder mehreren Indizien als geleistet bezeichnet werden, sofern sie dem Gericht als schlüssig erscheinen. Der Indizienbeweis beruht darauf, dass es nach den Erfahrungen des Lebens Tatsachen gibt, die auf das Vorhandensein anderer Tatsachen schliessen lassen (GULDENER, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955, S. 10). Als Indizien kommen neben dem Wortlaut des Vertrages u.a. die Systematik des Vertrages, seine Entstehungsgeschichte, die Umstände beim Vertragsschluss, ein individueller oder allgemeiner Sprachgebrauch, juristische Fachausdrücke oder die Verkehrssitte in Frage (HONSELL, Willenstheorie oder Erklärungstheorie ?, in: FS für Hans Peter Walter, Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Bern 2005, S. 349).

c) Ist ein Vertrag schriftlich abgeschlossen worden, so darf im Allgemeinen angenommen werden, dass die Vertragsurkunde den Vertragsinhalt vollständig wiedergibt, weil erfahrungsgemäss Gewicht darauf gelegt wird, dass die Vertragsurkunde den gesamten Vertragsinhalt aufführt (GULDENER, a.a.O., S. 10).

2.a) Vorliegend bezeichnen die Parteien übereinstimmend die vom 9. bzw. 12. März 1998 datierte Vereinbarung (act. 4/2, act. 9/18, Prot. S. 20 f.), um ihre jeweilige Ansicht über die zeitliche Dauer der Ausgleichspflicht der Beklagten betreffend der negativen Zinsdifferenz auf den L.-Rentenkonti zu belegen.

b) Dieser Urkunde kommt unter den von den Parteien als Beweismittel bezeichneten und abgenommenen Urkunden sowie Zeugenaussagen (vgl. Prot. S. 20 ff.) konsequenterweise die herausragende Bedeutung zu, hält sie doch die zwischen den Parteien getroffenen Abmachungen schriftlich fest. Zudem ist zu

berücksichtigen, dass die Vereinbarung in einem mehrmonatigen Verhandlungsprozess erarbeitet wurde (act. 8, S. 6 Ziff. 2.1.11), was in der Regel für deren Durchdachtheit sprechen sollte; so vergingen zwischen der Vorlage des ersten Vertragsentwurfes vom 13. November 1997 (act. 9/7) bis zur beidseitigen Unterzeichnung im März 1998 (act. 4/2; act. 9/18) immerhin vier Monate. Überdies wurde damit ein Geschäft von einer nicht zu verachtenden Tragweite abgeschlossen, wurde doch das von der Beklagten allenfalls zu übernehmende Risiko für die Jahre 1997 und 1998 zu Beginn des Verhandlungsprozesses unstreitig auf immerhin CHF 400'000.- bis 500'000.- geschätzt (act. 8 S. 6 f. Ziff. 2.1.12; act. 13 S. 11 Ziff. 17; act. 9/9; act. 9/10). Zu guter Letzt waren überdies Juristen mit der Ausarbeitung des schriftlichen Vertrages betraut, was ebenfalls auf die Wichtigkeit der erwähnten Vereinbarung schliessen lässt (ergibt sich z.B. aus act. 9/7 u. 9/8). Deshalb rechtfertigt es sich, der Würdigung der vom 9. bzw. 12. März 1998 datierten Vereinbarung (act. 4/2; act. 9/18) eine zentrale Bedeutung beizumessen.

V.

Auslegung der Vereinbarung vom 9. bzw. 12. März 1998

1. Parteistandpunkte

1.a) Bezüglich des von ihr geltend gemachten Standpunktes, dass die Ausgleichspflicht der Beklagten nicht nur für die Jahre 1997 und 1998, sondern ebenfalls für die Jahre 1999 und 2000 vereinbart wurde, beruft sich die Klägerin auf Ziff. 6 Abs. 1 der Vereinbarung (act. 4/2; act. 9/18), wonach die Beklagte eine allfällig anfallende negative Zinsdifferenz ab dem 1. Januar 2001 nicht mehr ausgleiche (act. 1 S. 6 oben u. 9 f. Ziff. 5; act. 13 S. 16 Ziff. 26, S. 21 Ziff. 35 u. S 29 ff. Ziff. 9 ff.).

b) Daneben beruft sich die Klägerin auf Ziff. 8 der Vereinbarung. Danach bestehe die Ausgleichspflicht ab Unterzeichnung der Vereinbarung im März 1998 für die Dauer von zwei Jahren und verlängere sich anschliessend – die fristgerechte Kündigung vorbehalten – jeweils um ein weiteres Jahr. Da die Beklagte, die Ver-

einbarung nicht gekündigt habe, schulde sie die Zinsdifferenz für die Jahre 1999 und 2000 (act. 1 S. 12 Ziff. 7; act. 13 S. 21 Ziff. 35; Prot. S. 5 ff.).

2.a) Demgegenüber hält die Beklagte die Vertragsauslegung der Klägerin für unzutreffend. Ziff. 6 Abs. 1 der Vereinbarung regle nicht die Dauer der Ausgleichspflicht durch die Beklagte, sondern die Rückzahlung der Ausgleichsbeträge 1997 und 1998 durch die Klägerin an die Beklagte im Falle einer sich einstellenden positiven Zinsdifferenz (act. 8 S. 14; act. 17 S. 22 f. zu Ziff. 26 u. 27 der Replik u. S. 28 ff. Ziff. 3).

b) Beide Parteien seien zudem stets davon ausgegangen, dass eine Ausgleichspflicht nur für die Jahre 1997 und 1998 geschuldet sei. Deswegen sei eine Kündigung der Vereinbarung gar nicht nötig gewesen. Die Kündigungsklausel gemäss Ziff. 8 sei insofern unbeachtlich (act. 17 S. 26 oben; Prot. S. 10 f.).

c) Des Weiteren beruft sich die Beklagte insbesondere auf die Ziff. 3 Abs. 3 (act. 17 S. 11 f. zu Ziff. 11 der Replik), Ziff. 4 Abs. 2 (act. 8 S. 15 Ziff. 3.4; act. 9/23; act. 17 S. 27 zu Ziff. 42 u. 43 der Replik), Ziff. 5 (act. 8 S. 13 Ziff. 3.1; act. 9/23) und den Titel sowie die Absätze 2 und 3 von Ziff. 6 (act. 8 S. 15 f. Ziff. 3.3 u. 3.5; act. 9/23; act. 17 S. 32 Ziff. 3.2.1) der Vereinbarung, um ihren Standpunkt, dass ihre Ausgleichspflicht auf die Jahre 1997 und 1998 begrenzt worden sei, zu begründen (act. 8, S. 13 ff.; act. 17, S. 11. ff. u. 27. ff.).

2. Auslegung eines Vertrages im Allgemeinen

1.a) Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist beim Streit über die Auslegung eines Vertrages in erster Linie massgebend, wie sich die Parteien tatsächlich verstanden haben (sog. wirklicher Wille oder tatsächlicher Konsens).

b) Wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 126 III 380). Führt diese sogenannte objektivierte Auslegung zum

Ergebnis, dass eine Vertragspartei den Vertrag nach Treu und Glauben so verstehen durfte, wie sie ihn verstanden hat, so gilt die Einigung als durch normativem Konsens zu Stande gekommen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, 8. Aufl., Band I, N 315 ff.).

c) Für die Lösung des Einzelfalles ist das Abstellen auf den wirklichen Willen allerdings mehr oder weniger belanglos. An die Stelle des inneren Willens, den sowieso niemand kennt, tritt nach Treu und Glauben das Verständnis eines redlichen Vertragspartners (HONSELL, a.a.O., S. 346).

d) Im Zusammenhang mit Urkunden, insbesondere Verträgen, gilt folgender Grundsatz: Wer eine Urkunde unterzeichnet, unterzieht sich deren Inhalt und anerkennt den Text so, wie er lautet. Er gibt, anders gesagt, eine dem Wortlaut entsprechende Willenserklärung ab. Ob der Unterzeichner die Urkunde gelesen oder verstanden hat, spielt dabei keine Rolle. Das Vertrauensprinzip bewirkt insofern, dass ein äusserliches Verhalten – auch ohne dazugehörigen Willen – Rechtsfolgen erzeugt. Der Schein eines Willens genügt (grundlegend dazu: OFTINGER, Die ungelesen unterzeichnete Urkunde und verwandte Tatbestände, in: *Aequitas und bona fides*, Festgabe für August Simonius, Basel 1955, S. 263 ff.).

e) Allerdings schränkt folgende Ausnahme den vorerwähnten Grundsatz ein: Sofern die Gegenpartei erkannte oder erkennen musste, dass der Inhalt der Urkunde nicht gewollt war, ist der Erklärende hieran nicht gebunden (OFTINGER, a.a.O., S. 268).

f) Die Behauptungs- und Beweislast für Bestand und Inhalt eines vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (ZK-JÄGGI/GAUCH, Art. 18 OR N 42).

2. Da dem schriftlichen Vertrag vom 9./12. März 1998 (act. 4/2) vorliegend die zentrale Bedeutung zukommt, rechtfertigt sich dessen Auslegung, um zu versu-

chen, Rückschlüsse auf den wirklichen Willen der Parteien zu gewinnen. Sollte dieser nicht nachgewiesen werden können, ist anhand der Vereinbarung und der diese begleitenden Umstände zu prüfen, ob eine der Parteien mit ihrem Verständnis des Vertrages auf das objektivierte Auslegungsergebnis vertrauen durfte.

3.a) Das primäre Auslegungsmittel ist der Wortlaut der von den Parteien verwendeten Worte (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, a.a.O., N 1206 m.w.H.). Von den sogenannten Auslegungsregeln kommt derjenigen der sogenannten ganzheitlichen Auslegung eine überragende Bedeutung zu. Danach sind die einzelnen Vertragsbestimmungen unter Mitberücksichtigung des Vertragsganzen auszulegen. Dabei dient jede vertragliche Bestimmung zugleich als Auslegungshilfe für die andere (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, a.a.O., N 1229).

b) Erst in zweiter Linie sind die sog. *ergänzenden* Auslegungsmittel zu beachten. Sie werden oft auch als die Umstände des Vertragsschlusses bezeichnet. Zu ihnen gehören namentlich die Vertragsverhandlungen, das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss sowie der Vertragszweck (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, a.a.O., N 1212 ff.). Immer dann, wenn die ergänzenden Auslegungsmittel nicht sicher einen anderen Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden (ZK-JÄGGI/GAUCH, Art. 18 OR N 369 m.w.H.).

c) Im Folgenden gilt es daher nach Vornahme der objektivierten Auslegung insbesondere zu prüfen, ob aufgrund entstehungsgeschichtlicher Überlegungen oder des auf die Vertragsunterzeichnung folgenden Verhaltens von der aufgrund primärer Auslegungsmittel gewonnenen Auslegung abzuweichen ist.

3. Objektivierte Auslegung

3.1 Überblick

- a) In Ziff. 3 Abs. 3 der Vereinbarung wird darauf hingewiesen, dass die durchschnittliche Verzinsung der Bundesobligationen seit dem 1. November 1996 unter dem zur Bestimmung der Überschussanteile herangezogenen hypothetischen Zinssatz von 4.3 % liegt, weshalb die Situation des Vorliegens einer negativen Zinsdifferenz bereits eingetreten sei und *noch mindestens einige Monate andauern* dürfte.
- b) In Ziff. 4 Abs. 2 verpflichten sich die Parteien, eine gegenseitige Anpassung des Überschussanteils nur in gegenseitigem Einvernehmen vorzunehmen, wobei insbesondere die Erhöhung des Überschussanteils bis zum 31. Dezember 1998 ohne die Zustimmung der P. ausgeschlossen wird.
- c) In Ziff. 5 sowie der dazugehörigen Überschrift ist lediglich von einer "Ausgleichung der negativen Zinsdifferenz 1997 und 1998" die Rede. Auch die Überschrift von Ziff. 6 lautet lediglich: "Rückzahlung der Ausgleichsbeträge 1997 und 1998".
- d) Demgegenüber heisst es in Ziff. 6 Abs. 1: "*Ab dem 1. Januar 2001 wird die P. eine allfällige negative Zinsdifferenz nicht mehr ausgleichen.*"
- e) Ziff. 6 Abs. 2 und 3 wiederum regeln ausschliesslich die Rückzahlung der zuvor von der Beklagten geleisteten Ausgleichsbeträge von der Klägerin an die Beklagte sowie sich am Datum des 1. Januars 1999 orientierende Massnahmen gegen eine dann noch bestehende negative Zinsdifferenz.
- f) Schliesslich lautet Ziff. 8 wie folgt: "*Die vorliegende Vereinbarung tritt mit der Unterzeichnung durch beide Parteien in Kraft und wird für die Dauer von zwei Jahren abgeschlossen. Die Vereinbarung erneuert sich jährlich jeweils um ein weiteres Jahr, sofern sie von keiner der Parteien unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf ein Jahresende, erstmals per 31. Dezember 1999, gekündigt wird.*"

3.2 Diskrepanz zwischen Ziff. 6 Abs. 1 und den anderen Vertragsbestimmungen

a) Es ist augenfällig, dass sich für die in Ziff. 6 Abs. 1 statuierte Beendigung der Ausgleichspflicht ab dem 1. Januar 2001, woraus sich *e contrario* eindeutig eine Ausgleichspflicht für eine bis zu diesem Zeitpunkt bestehende allfällige negative Zinsdifferenz ergibt, keine klare Bestätigung in einer anderen Bestimmung des Vertragstextes findet.

b) So ist der Abs. 1 von Ziff. 6 insbesondere nicht im Einklang mit dem Titel sowie den anderen zwei Absätzen von Ziff. 6, welche nicht die Ausgleichspflicht der Beklagten gegenüber der Klägerin für eine allfällige negative Zinsbilanz zum Thema haben, sondern die Rückzahlungspflicht der Klägerin an die Beklagte aus einer allfälligen positiven Zinsbilanz regeln.

c) Auch spricht die in Ziff. 3 Abs. 3 gewählte Formulierung dafür, dass die Parteien damit rechneten, dass die negative Zinsdifferenz nicht so lange andauern würde, wie dies schliesslich der Fall war (act. 17 S. 11 f. zu Ziff. 11 der Replik), was die Auffassung einer zweijährigen im Vergleich zu einer vierjährigen Ausgleichspflicht begünstigt.

d) Die Beklagte beruft sich weiter auf Ziff. 4 Abs. 2 der Vereinbarung. Dieser lautet wie folgt: *"Die Parteien verpflichten sich, eine Anpassung des Überschussanteils nur in gegenseitigem Einvernehmen vorzunehmen. Insbesondere ist die Erhöhung des Überschussanteils bis zum 31. Dezember 1998 ohne die Zustimmung der P. ausgeschlossen."* Aus letzterem Satz folgert die Beklagte, dass die Klägerin nach dem 31. Dezember 1998 den Überschussanteil eigenwillig hätte erhöhen können. Vor diesem Hintergrund sei es undenkbar, dass die Beklagte eine Ausgleichspflicht über den 31. Dezember 1998 hinaus übernommen habe (act. 8 S. 15 Ziff. 3.4; act. 17 S. 32 Ziff. 3.2.1). Da aber durch das einleitende Wort "insbesondere" signalisiert wird, dass die Aussage von Ziff. 4 Abs. 2 Satz 2 lediglich als Beispiel zur Aussage des vorangehenden Satzes zu verstehen ist, wird dem von der Beklagten gemachten Umkehrschluss zum Vorneherein die Grund-

lage entzogen. Somit kann aus Ziff. 4 Abs. 2 nicht auf die Unbeachtlichkeit von Ziff. 6 Abs. 1 geschlossen werden.

e) Am deutlichsten zeigt sich die vertragssystematische Inkohärenz mit der in Ziff. 6 Abs. 1 statuierten vierjährigen Ausgleichspflicht in Ziff. 5 der Vereinbarung. Während Ziff. 5 Abs. 1 die Ausgleichspflicht für das Jahr 1997 statuiert, heisst es in Ziff. 5 Abs. 2 mit Bezug auf die Ausgleichspflicht für das Jahr 1998: *"Auch eine allenfalls vom 1. Januar 1998 bis zum 31. Dezember 1998 aufgelaufene negative Zinsdifferenz gleicht die P. per 31. Dezember 1998 in analoger Weise aus."* Erstaunlich ist die Tatsache, dass die Folgejahre 1999 und 2000 in Ziff. 5 mit keinem Wort Erwähnung finden. Allerdings wird mit der getroffenen Formulierung eine Ausgleichspflicht für die Jahre 1999 und 2000 auch nicht explizit ausgeschlossen.

f) Auch aus dem Umstand, dass Ziff. 6 Abs. 2 die Rückzahlungsmodalitäten ausdrücklich nur für die Jahre 1997 und 1998 regelt, kann nicht auf die Unbeachtlichkeit von Ziff. 6 Abs. 1 geschlossen werden (so aber act. 8 S. 15 Ziff. 3.3). Denn was mit Bezug auf die Rückzahlungen in den Jahren 1999 und 2000 gegolten hätte, bleibt hier offen, wobei letztere ebenfalls nicht explizit ausgeschlossen werden.

g) Sodann führt die Beklagte zur Begründung ihres Standpunktes auch Ziff. 6 Abs. 3 der Vereinbarung ins Feld (act. 8 S. 16 Ziff. 3.5; act. 17 S. 32 Ziff. 3.2.1), welcher wie folgt lautet: *"Falls die Entwicklung der durchschnittlichen Verzinsung der Bundesobligationen per 1. Januar 1999 nach wie vor auf eine negative Zinsdifferenz hindeutet, wird, sofern nicht andere Massnahmen zur Beseitigung der negativen Zinsdifferenz führen, der Überschussanteil ab jenem Datum nach unten revidiert, so dass ein solcher vermieden wird und sich nach Möglichkeit zur Rückzahlung der von der P. bezahlten Ausgleichsbeträge eine positive Zinsdifferenz einstellt."*

Diese Bestimmung statuiert jedoch lediglich eine nicht näher bestimmte gemeinsame Absichtserklärung betreffend Anpassung des Vertrages nach dem 1. Januar 1999 bei anhaltender negativer Zinsdifferenz. Diese Anpassung sollte zunächst

durch nicht näher definierte "andere Massnahmen" vorgenommen werden. Erst wenn diese keine Wirkung zeitigen sollten, wäre der Überschussanteil nach unten zu revidieren gewesen, wodurch die Rückzahlung der von der Beklagten bezahlten Ausgleichsbeträge hätte ermöglicht werden sollen (so Ziff. 6 Abs. 3 a.E.). Wie sich auch aus Ziff. 4 Abs. 2 der Vereinbarung sowie dem Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 16. Juli 1999 (act. 9/19 S. 2) ergibt, sollten besagte Vertragsänderungen nur im gegenseitigen Einvernehmen vorgenommen werden können.

Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb aus dieser nur im gegenseitigen Einvernehmen vorzunehmenden und noch näher zu konkretisierenden Absichtserklärung der Parteien zu folgern wäre, dass eine Ausgleichspflicht nur für die Jahre 1997 und 1998 bestanden hätte.

h) Ziff. 7 Abs.1 weist ebenfalls daraufhin, dass die Parteien nur die Regelung der Rückzahlung der von der Beklagten *in den Jahren 1997 und 1998* geleisteten Ausgleichsbeträge ins Auge fassten, indem diese Bestimmung vorsieht, dass "*eine positive Zinsdifferenz [...] vorerst zur Rückzahlung der von der P. geleisteten Ausgleichsbeträge 1997 und allenfalls 1998 verwendet [wird]*". In Abs. 2 wird dann ausgeführt, dass jede weitere Verwendung einer positiven Zinsdifferenz der Zustimmung beider Parteien zu unterstellen sei, wobei diesbezüglich grundsätzlich die Ausrichtung einer zusätzlichen Überschussbeteiligung an die Versicherungsnehmer ins Auge gefasst werde. Allerdings wird auch hier die Ausgleichung für eine allfällige negative Zinsdifferenz in den Jahren 1999 und 2000 ebenso wenig ausgeschlossen.

i) Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die erwähnten Bestimmungen der Vereinbarung, abgesehen von Ziff. 6 Abs. 1, zwar dafür sprechen, dass die Parteien die Ausgleichspflicht der Beklagten für die negative Zinsdifferenz in den Jahren 1997 und 1998 regeln wollten, sich indes kein expliziter Hinweis findet, dass die Weiterführung dieser Regelung für die Jahre 1999 und 2000 davon ausgeschlossen wird.

3.3 Ziffer 8

a) Ziff. 8 Satz 1 lautet schliesslich wie folgt: *"Die vorliegende Vereinbarung tritt mit der Unterzeichnung durch beide Parteien in Kraft und wird für die Dauer von zwei Jahren abgeschlossen."* Die Vereinbarung wurde am 9. durch die Klägerin und am 12. März 1998 durch die Beklagte unterzeichnet (act. 4/2 S. 5). Sie trat somit in Übereinstimmung mit Ziff. 8 Satz 1 in letztgenanntem Zeitpunkt in Kraft und zwar zunächst für die feste Dauer von zwei Jahren, also bis zum 11. März 2000. Dass der Vertrag im Jahre 1999 noch gegolten hat, folgt somit aus Ziff. 8 Satz 1, und nicht etwa aus dem Unterlassen einer Kündigung.

Der zweite Satz von Ziff. 8 sieht jedoch Folgendes vor: *"Die Vereinbarung erneuert sich jährlich jeweils um ein weiteres Jahr, sofern sie von keiner der Parteien unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf ein Jahresende, erstmals per 31. Dezember 1999, gekündigt wird."*

b) Die Eigenart der in Ziff. 8 Satz 2 enthaltenen Verlängerungsklausel (auch Prolongationsklausel genannt) besteht darin, dass dem Unterlassen einer Willensäusserung vertraglich ein bestimmter Erklärungswert verliehen wird. Es handelt sich somit um eine vertraglich vereinbarte Erklärungsfiktion (BK-KRAMER, Art. 1 OR N 66). Dies hat grundsätzlich zur Folge, dass sich der Vertrag – und mit ihm auch die vertragliche Hauptleistungspflicht – bei unterlassener Kündigung entsprechend verlängert.

c) Die erstmalige Kündigungsmöglichkeit der Vereinbarung, welche - und das ist unstrittig - nicht ausgeübt wurde, hat also in Übereinstimmung mit Ziff. 8 Satz 2 per Ende 1999 bestanden. Versteht man nun die zweijährige Dauer aus Satz 1 als Mindestdauer des Vertrages, so macht Satz 2 keinen Sinn, da die erstmalige Kündigungsmöglichkeit der Mindestdauer des Vertrages vorgreift. Allerdings muss die Zweijahresfrist nicht zwingend als Mindestdauer aufgefasst werden. Nur so lässt sich aus der Verbindung von Satz 1 und Satz 2 von Ziff. 8 eine sinnvolle Aussage entnehmen.

- d) Da - wie erwähnt - von keiner Partei eine Kündigung gemäss Ziff. 8 Satz 2 ausgesprochen wurde, erübrigt sich vorliegend eine Antwort auf die durchaus knifflige Frage, ab wann denn genau die Verlängerung des Vertrages eingesetzt habe; ab dem 1. Januar 2000 oder erst ab dem 12. März 2001. Der Vertrag hat jedenfalls weiterhin gegolten.
- e) Dieses aus dem Wortlaut und dem Sinn resultierende vorläufige Auslegungsergebnis bezüglich Ziff. 8 befriedigt nicht vollends. Es drängt sich deshalb der Beizug von entstehungsgeschichtlichen Fakten auf, da die mehrmonatige Ausfertigungszeit des Vertrages und die darin unstreitig schon für das Jahr 1997 geregelte Ausgleichspflicht der Beklagten dem Verdacht Vorschub leistet, dass ein früheres Inkrafttreten des Vertrages der Bestimmung den gewünschten Sinn gegeben hätte.
- f) Ziff. 8 geht zurück auf Ziff. 4 des ersten Vereinbarungsentwurfes vom 13. November 1997 (act. 9/7), welcher aus der Feder von M.M, damalige Hausjuristin der Klägerin, stammte. Damals bezog sich diese Ziff. 4 in unzweideutiger Weise auf die Dauer der Ausgleichspflicht (act. 9/7 Ziff. 3 i.V.m. Ziff. 4): *"Die vorliegende Vereinbarung tritt am 1. November 1997 in Kraft und wird für die Dauer von einem Jahr abgeschlossen. Sie erfasst alle sofort beginnenden L.-Rentenversicherungen, welche am 31. Dezember 1996 in Kraft waren und bezieht sich bereits auf die Zinsdifferenzen 1997. Die Vereinbarung erneuert sich jährlich jeweils um ein weiteres Jahr, sofern sie von keiner der Parteien unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf ein Jahresende gekündigt wird."*
- g) Der im Auftrag der Beklagten handelnde Rechtsanwalt L.T. überarbeitete den Vereinbarungsentwurf dahingehend, dass er diese Ziff. 4 daraufhin als Ziff. 8 bezeichnete und diese Klausel in die schliesslich endgültige Fassung umformulierte (act. 9/8). Dabei fügte er nebst weiteren Änderungen und Ergänzungen des übrigen Vertrages eine Ziff. 5 ein, welche die Überschrift "Ausgleichung der negativen Zinsdifferenz 1997 und 1998" trug und im Wesentlichen der heutigen Fassung von Ziff. 5 der Vereinbarung entsprach. Im Begleitschreiben zu diesem Entwurf vom 18. November 1997 schrieb Rechtsanwalt L.T. der Klägerin u.a. (act. 4/12 bzw. 9/8): "Ich habe mir erlaubt, den ersten Entwurf von Frau M.M. relativ

stark zu überarbeiten. [...] Sie verstehen sicher, dass die Ausgleichspflicht von P. in zeitlicher Hinsicht nicht unbeschränkt stehenbleiben darf. Falls die tiefe Zinsphase noch länger andauern sollte, müssen andere Massnahmen ergriffen werden. Die Reduzierung der gegenwärtigen Überschussbeteiligung wäre daher erst 'ultima ratio'; vielmehr müsste zuerst nach Wegen einer höheren Verzinsung der Sparkapitalien gesucht werden [Hervorhebung hinzugefügt]." In den folgenden Verhandlungsrunden erfuhr der Vereinbarungstext weitere Änderungen, Ziff. 8 aber blieb unverändert bestehen (act. 4/2).

h) Man kommt nicht umhin, dass die Äusserung von L.T. zur zeitlichen Dimension der Ausgleichspflicht in diesem Zusammenhang mehr auf die neu eingefügte Ziff. 5, aus welcher sich ergibt, dass neu zusätzlich das Jahr 1998 der Ausgleichspflicht unterstellt wurde, Bezug nahm, als auf die neue Ziff. 8 betreffend Inkrafttreten und Dauer des Vertrages. Denn wie wäre es sonst zu verstehen, dass im Begleitschreiben auf die notwendige Begrenzung der Ausgleichspflicht Bezug genommen wird, in Ziff. 8 jedoch die Vertragsdauer faktisch um mindestens ein Jahr, also mindestens 1999, verlängert wird?

i) Das ist auch der Ansatz der Argumentation der Beklagten: Diese macht geltend, dass mit Ziff. 8 ausschliesslich die Dauer der Rückzahlungspflicht der Klägerin an die Beklagte geregelt wurde (act. 17 S. 18, 21, 26 oben u. 32). Die Tatsache aber, dass sich die Beklagte diesbezüglich widerspricht, indem sie dieser Bestimmung andernorts einen Einfluss auf die Dauer der Rückzahlungspflicht der Klägerin abspricht (Prot. S. 5 unten), bzw. der Kündigungsklausel "keine grosse Bedeutung" zumisst (Prot. S. 11), schwächt diese These wiederum; so entsteht der Eindruck, dass die Beklagte die Klausel in der Vereinbarung belassen hat, weil in Zusammenarbeitsverträgen üblicherweise eine Kündigungsklausel enthalten ist, auch wenn sie vorliegend gerade keinen Sinn macht, da die Pflichten der Parteien bereits im übrigen Vertrag zeitlich abschliessend geregelt wurden (vgl. Prot. S. 11). Abgesehen davon, dass keine Partei geltend machte, dass sich während der Dauer ihrer Zusammenarbeit bei den L.-Rentenkonti je wieder eine positive Zinsdifferenz einstellte, fehlen in Ziff. 8 insbesondere mit Bezug auf Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte der Vereinbarung jegliche An-

haltspunkte, dass sich diese Klausel unter gleichzeitigem Ausschluss der Regelung der Ausgleichspflicht der Beklagten bloss auf die Rückzahlung der geleisteten Beträge durch die Klägerin beziehen soll.

j) Die Tatsache, dass Ziff. 8 in ihrer endgültigen Fassung schon seit dem 18. November 1997 bestand (vgl. act. 9/8), könnte darauf schliessen lassen, dass beim Redigieren der Bestimmung mit dem Inkrafttreten der Vereinbarung bis spätestens Ende 1997 gerechnet wurde; eine solche Annahme würde wiederum dafür sprechen, dass mit den zwei Jahren in Satz 1 die *Kalenderjahre* 1998 und 1999 gemeint waren. Allerdings erscheint auch eine diesbezügliche Interpretation der Bestimmung als zu gewagt, ständen doch einfachere Formulierungen wie zum Beispiel "Der Vertrag tritt am 1. Januar 1998 in Kraft" zur Verfügung.

k) Wie bereits angesprochen, ergibt Ziff. 8 nur im Zusammenhang mit der endgültigen Ziff. 6 Abs. 1 der Vereinbarung einen Sinn, da die Beklagte mit der in Ziff. 8 Satz 2 vorgesehenen Kündigungsmöglichkeit die in Ziff. 6 Abs. 1 geregelte vierjährige Ausgleichspflicht auf eine dreijährige, also die Jahre 1997, 1998 und 1999 umfassende, Pflicht zur Ausgleichung einer negativen Zinsdifferenz begrenzen konnte (so auch die Argumentation der Klägerin: act. 1 S. 12 oben; act. 13 S. 21 Ziff. 35; Prot. S. 5 ff.).

l) Mit den anderen diskutierten Bestimmungen der Vereinbarung, welche klar auf die Jahre 1997 und 1998 fokussieren, harmoniert eine solche Interpretation von Ziff. 8 jedoch nicht. Deshalb erscheint eine solche Sinngebung eher zufällig zu sein. Die Berufung auf diese Bestimmung nützt demzufolge auch der Klägerin nicht weiter. Denn wenn sie sich auf eine auf diese Weise ausgelegte Ziff. 8 stützt, um ihre Ansicht zu begründen, ist sie gleichzeitig auf ihrer Aussage zu beharren, dass sie bis zum Gespräch zwischen E.K. und L.D. am 24. Februar 1998 (vgl. hierzu nachstehend V.3.4 u. 3.5) von einer nur für die Jahre 1997 und 1998 geltenden Ausgleichspflicht ausgegangen ist (act. 1 S. 10 oben, act. 13 S. 10 ff. Ziff. 14,16 u. 18 sowie S. 14 ff. Ziff. 23, 25 u. 31 oben). So bestand diese Klausel in ihrer endgültigen Fassung seit dem 18. November 1997 (vgl. act. 4/12 bzw. 9/8), zu einem Zeitpunkt also, in welchem auch die Klägerin zugegebenermassen die Ansicht teilte, dass die Ausgleichspflicht bloss für zwei Jahre gelten solle

(act. 13 S. 10 f. Ziff. 14 u. 16). Dass die Klägerin Ziff. 8 im Nachhinein den Sinn beimisst, der ihr gelegen kommt, ist zwar verständlich, jedoch aufgrund der Tatsache, dass alle anderen, die zweijährige Ausgleichspflicht unterstützenden Bestimmungen des Vertrages nach der Besprechung vom 24. Februar 1998 und der Anpassung von Ziff. 6 Abs. 1 ebenfalls unverändert gelassen wurden, nicht plausibel.

m) Aufgrund des Wortlauts von Ziff. 8 allein kann sich die Klägerin demzufolge nicht auf die Vereinbarung einer für die Jahre 1997, 1998, 1999 und 2000 geltende Ausgleichspflicht der Beklagten stützen, die Beklagte aber ebenso wenig auf eine damit geregelte Dauer der Rückzahlungspflicht der Klägerin.

3.4 Ziffer 6 Absatz 1

a) Die Crux für die Auslegung des Vertrages ist vorliegend in Ziff. 6 Abs. 1 und in ihrer Entstehungsgeschichte zu sehen, weil einerseits die endgültige Fassung dieser Bestimmung - neben zwei Änderungen untergeordneter Bedeutung in den Ziffern 5 und 7 - erst ganz am Ende der Vertragsverhandlungen ihren Weg in die Vereinbarung fand (vgl. act. 9/17 S. 4 f.), und weil andererseits die diese letzten Änderungen veranlassende Besprechung zwischen den Parteien auf höchster Ebene - zwischen E.K., dazumal Mitglied der Geschäftsleitung bei der Klägerin (Prot. S. 28), und L.D., dazumal Delegierter des Verwaltungsrates bei der Beklagten (Prot. S. 39) - getroffen wurde (act. 9/17; act. 8 S. 9 f. Ziff. 2.1.21; act. 13 S. 16 Ziff. 25 u. 26; act. 17 S. 21). Zudem ist beachtlich, dass in erster Linie L.T., also der Rechtsvertreter der Beklagten, für die Überarbeitung des Vertrages im Sinne des zwischen E.K. und L.D. getroffenen Unterredungsergebnisses verantwortlich zeichnete (act. 9/17; Prot. 73 f.).

Wie erwähnt, lautet Ziff. 6 Abs. 1 wie folgt: *"Ab dem 1. Januar 2001 wird die P. eine allfällig anfallende negative Zinsdifferenz nicht mehr ausgleichen."*

b) Die Beklagte ist der Auffassung, Ziff. 6 Abs. 1 sei in Abweichung des vorgeannten Wortlautes wie folgt zu verstehen: *"Ab dem 1. Januar 2001 wird der P. eine allfällig anfallende negative Zinsdifferenz nicht mehr ausgeglichen. [Hervor-*

hebungen hinzugefügt]" Mit anderen Worten mutiert das Subjekt des Satzes (P.) damit zum Dativobjekt. Weiter ist die Beklagte der Ansicht, "ausgeglichen" bedeute in diesem Satz "zurückgezahlt" (act. 8 S. 14; act. 17 S. 30 f. Ziff. 3.2).

c) Diese Auslegung der Beklagten ist zwar phantasievoll, spricht indes gegen den gebräuchlichen Wortsinn. Dieser ist wesentlich, da dem Wortlaut im Verhältnis zu den ergänzenden Auslegungsmitteln der Vorrang zukommt, wenn die übrigen Auslegungsmittel, wie insbesondere der Vertragszweck, nicht sicher einen anderen Schluss erlauben (ZK-JÄGGI/GAUCH, Art. 18 OR N 369 m.w.H.; BGE 128 III 267; 129 III 122; ZR 81, 1982, Nr. 46 S. 121). Zwar ist es einleuchtend, dass auch der nächstliegende Sinn stets der Überprüfung bedarf (GAUCH, Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge, in: GAUCH/SCHMID (HRSG.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, S. 215 ff.) und dass der Wortlaut für sich allein nie als entscheidend angesehen werden darf (BGE 127 III 445), jedoch ist *in casu* die geltend gemachte Auslegung des Wortlauts der Beklagten bereits zu weit von einem bloss in Betracht zu ziehenden Wortsinn entfernt.

d) So wird von der Beklagten vorliegend innerhalb eines Satzes allein mehreren Wörtern ein komplett anderer Sinn verliehen, um dem betreffenden Satz die erwünschte Aussage entnehmen zu können: Erstens ändert sie mit ihrem behaupteten Verständnis das Subjekt des Satzes in ein Dativobjekt; so wird aus "die P." "der P.". Damit verändert die Beklagte sowohl die Satzstruktur als auch die Deklination des Substantivs. Zweitens legt sie ihrer Auslegung durch den Ersatz des Wortes "ausgleichen" durch "zurückgezahlt" völlig unterschiedliche Begriffe zugrunde, zumal diese auch sonst nirgends im Vertrag als Synonyme verwendet werden. Des Weiteren wird das Verb des Satzes noch vom Infinitiv ins Partizip Perfekt umgewandelt. Zudem ist noch eine weitere Inkongruenz in der Interpretation der Beklagten zu beachten: Gemäss dem Sinn, welchen die Beklagte Ziff. 6 Abs. 1 gibt, müsste die darin enthaltene "negative Zinsdifferenz" eine "positive" sein (so auch die Klägerin in act. 13 S. 30 Ziff. 10), da sich nur diesfalls eine Rückzahlung von der Klägerin an die Beklagte vornehmen liesse. Das ergibt sich sowohl aus Ziff. 6 Abs. 2 wie auch Ziff. 7 Abs. 1 der Vereinbarung, welche klar

festhalten, dass eine Rückzahlung durch die Klägerin nur in Frage kommt, wenn sich eine positive Zinsdifferenz einstellt. Dem Begriffspaar "Ausgleichung - negative Zinsdifferenz" steht somit das Begriffspaar "Rückzahlung - positive Zinsdifferenz" gegenüber. Damit ergeben sich in einem Satz allein *drei* Wörter oder Wortkombinationen, bezüglich welcher die Beklagte vorgibt, diese abweichend vom allgemeinen Wortsinn und demzufolge dem objektiven Auslegungsergebnis verstanden zu haben.

e) Zur Untermauerung ihrer Auslegung bringt die Beklagte vor, Ziff. 6 regle – wie schon aus der entsprechenden Überschrift hervorgehe – nicht die Ausgleichspflicht, sondern die "Rückzahlung der Ausgleichsbeträge 1997 und 1998" durch die Klägerin, und zwar im Falle einer sich einstellenden positiven Zinsdifferenz (act. 8 S. 14). Dass Ziff. 6 *auch* die Rückzahlungspflicht regelt, steht fest und ergibt sich in der Tat auch aus der entsprechenden Überschrift. Allein daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass Absatz 1 von Ziff. 6 im Sinne der Beklagten zu verstehen ist. Diesbezüglich ist auf die vorstehend - in V.3.2 f) und g) - gemachten Ausführungen zu verweisen.

f) Zwischen der Ausgleichspflicht gemäss Ziff. 5 und der Rückzahlung der Ausgleichsbeträge gemäss Ziff. 6 besteht ein enger Zusammenhang: Denn zurückgezahlt kann nur werden, was zuvor einmal ausgeglichen worden ist. Vor diesem Hintergrund macht es durchaus Sinn, einleitend in Ziff. 6 Abs. 1 das Ende dieser Ausgleichspflicht festzuhalten, nämlich den 1. Januar 2001, woraus - wie bereits erwähnt - *e contrario* folgt, dass eine Ausgleichspflicht der Beklagten bis Ende 2000 bestand.

g) Aus dem Wortlaut von Ziff. 6 Abs. 1 ergibt sich - wie bereits erwähnt (vgl. vorstehend unter a) - eindeutig, dass die Beklagte die Ausgleichung einer allfälligen negativen Zinsdifferenz auch für die Jahre 1999 und 2000 zu übernehmen hat. Neben diesem klaren Wortlaut geben insbesondere der Zeitpunkt ihrer Einfügung in den Vertragstext sowie die diesbezügliche Einigung auf höchster Ebene dieser Bestimmung das entscheidende Gewicht, um den Vertrag als Ganzes in diesem Sinne zu verstehen und die Klägerin in ihrem Vertrauen zu schützen. Da diese Bestimmung jedoch im übrigen Vertragstext keine ausdrückliche Bestäti-

gung findet, sind nachfolgend die genauen Umstände, welche zur endgültigen Fassung von Ziff. 6 Abs. 1 sowie zur mangelnden Harmonisierung mit den übrigen Vertragsbestimmungen geführt haben, einer genauen Prüfung zu unterziehen, um eine allfällige, diesem klaren Wortlaut entgegenstehende tatsächliche Einigung zwischen den Parteien ausschliessen zu können.

3.5 Entstehungsgeschichte von Ziffer 6 Absatz 1

3.5.1 Einigung am 24. Februar 1998?

- a) Die Formulierung von Ziff. 6 Abs. 1 fand sich erstmals in dem von Rechtsanwalt L.T. vorgeschlagenen Entwurf vom 18. November 1997 (act. 9/8 S. 4). Nach eigener Darstellung der Beklagten diene diese Ziff. 6 Abs. 1 dazu, einleitend klarzustellen, dass die Beklagte ab dem 1. Januar 1999 nicht mehr ausgleichspflichtig war (act. 8 S. 7 Ziff. 2.1.13 letzter Satz).
- b) Die Funktion von Ziff. 6 Abs. 1 im Entwurf vom 18. November 1997 war somit für beide Parteien klar: Sie lag in der zeitlichen Begrenzung der Ausgleichspflicht der Beklagten. Der dortige Absatz 1 entspricht dem Absatz 1 der endgültigen Fassung, allein mit dem Unterschied, dass das Datum damals "1. Januar 1999" und nicht "1. Januar 2001" war. Auf letztere Änderung einigten sich L.D. von der Beklagten und E.K. von der Klägerin anlässlich ihrer letzten gemeinsamen Besprechung bezüglich des Vertrages vom 24. Februar 1998 (act. 8 S. 9 Ziff. 2.1.21; act. 13 S. 16 zu Ziff. 26; act. 9/17 S. 5). Im Widerspruch zu ihrer zuvor geltend gemachten Auffassung, nahm die Beklagte diese simple Datumsänderung in Ziff. 6 Abs. 1 zum Anlass, den Inhalt dieser Bestimmung völlig neu zu interpretieren (vgl. vorstehend unter V.3.4 b).
- c) Der genaue Inhalt der Besprechung vom 24. Februar 1998 ist jedoch streitig: Die Klägerin behauptet, die Parteien hätten sich auf eine Ausgleichspflicht der Beklagten im Falle einer negativen Zinsdifferenz bis Ende 2000 geeinigt (act. 13 S. 15 f. Ziff. 25), was die Beklagte von sich weist (act. 8 S. 9 Ziff. 2.1.21; act. 17 S. 21 f. zu Ziff. 25 der Replik).

d) Zu diesem Streitpunkt wurden Zeugeneinvernahmen mit den dazumal im Dienste der Klägerin stehenden M.M, E.K. und C.S. sowie mit L.D. seitens der Beklagten durchgeführt. Abgesehen von M.M, damalige Hausjuristin der Klägerin, welche sich anlässlich ihrer Einvernahme nicht mehr an Einzelheiten der Zusammenarbeit der Parteien zu erinnern vermochte (Prot. 56 f.), konnten sich die anderen zu diesem Streitpunkt als Zeugen einvernommenen Personen jene vergegenwärtigen, und zwar mit folgendem Ergebnis: Während E.K. und C.S. bejahten, dass am 24. Februar 1998 eine Einigung betreffend die Verlängerung der Ausgleichspflicht für die Jahre 1999 und 2000 zu Stande gekommen sei, widersprach dem L.D..

e) So konnte sich der Zeuge E.K., dazumal Geschäftsleitungsmitglied der Klägerin (Prot. S. 28), anlässlich der Beweisverhandlung zwar nicht mehr genau an das besagte Treffen erinnern, da er mit L.D. "so viele Treffen" hatte (Prot. S. 30). Er machte allerdings geltend, dass er der Ansicht sei, dass man damals übereinkam, die Ausgleichungen um zwei Jahre zu verlängern (Prot. S. 30 f.). Er sei auch heute noch der festen Überzeugung, dass L.D. mit dieser Vertragsanpassung einverstanden gewesen sei (Prot. S. 33), da jener die einzige Alternative hierzu, die Reduktion oder Aufhebung der Gewinnbeteiligung der L.-Versicherungsnehmer, nicht gewollt habe, um zu verhindern, dass die verkaufte Police eine schlechtere Gewinnbeteiligung als die der Konkurrentin U. habe (Prot. S. 30 u. 36). Die vom Zeugen E.K. gemachten Aussagen wirken überzeugend, da er die wesentlichen wirtschaftlichen Dimensionen der Zusammenarbeit mit der Beklagten aufzuzeigen imstande war, auch wenn ihm die Einzelheiten der betreffenden Besprechung mit L.D. nicht mehr präsent waren. Dass ihm spontan die Divergenz der Daten in Titel und Text in der letzten Fassung des Vertrages auffiel und in Erinnerung blieb (Prot. S. 31), spricht einerseits für die Wesentlichkeit der vorgenommenen Änderung der damit angesprochenen Ziff. 6 der Vereinbarung und andererseits für deren damaliges Verständnis durch die Parteien.

f) C.S., welche in der fraglichen Zeit als selbstständige Versicherungsmathematikerin ("actuaire") regelmässig für die Klägerin tätig war (Prot. S. 60 f.), vermochte genaue Informationen über das Ergebnis der Unterredung zwischen E.K.

und L.D. vom 24. Februar 1998 zu liefern, wobei sie anfügte, sich anhand von Protokollnotizen ihrer Gespräche mit E.K. auf die Zeugeneinvernahme vorbereitet zu haben (Prot. S. 62). Sie bestätigte die Behauptung der Klägerin, dass beim Gespräch vom 24. Februar 1998 die Verlängerung der Ausgleichspflicht um zwei Jahre, also bis Ende 2000, vereinbart wurde (Prot. S. 62 ff.), denn wenn man den Vertrag unverändert gelassen hätte, dann wäre im Herbst 1998 eine Verminderung der Überschussbeteiligung vorzunehmen gewesen, was die Beklagte wiederum nicht gewollt habe (Prot. S. 64). Diese Problematik habe sie schon im Vorfeld der Verhandlung vom 24. Februar 1998 mit E.K. besprochen (Prot. S. 64).

g) Wie von der Klägerin behauptet (act. 36 S. 8 Ziff. 13), sind die Aussagen von E.K. und von C.S. hinsichtlich Beweggrund, Inhalt und Ergebnis der Besprechung zwischen E.K. und L.D. deckungsgleich. Auch wenn sich E.K. nicht mehr an den genauen Zeitpunkt der Unterredung erinnern konnte, spricht dies für die von der Klägerin vorgebrachte Version der Geschehnisse. Allerdings wird die Glaubwürdigkeit der Zeugen dadurch beeinträchtigt, dass beide Personen enge Beziehungen zur Klägerin pflegen (Prot. S. 27 f. u. 60); so ist C.S., allerdings erst seit 2001, bei der Klägerin angestellt (Prot. S. 60 f.) und E.K. steht als Verwaltungsratsdelegierter einer Tochtergesellschaft der Klägerin immer noch in Kontakt zu letzterer (Prot. S. 27 f.).

h) L.D., dessen Glaubwürdigkeit als Zeuge aufgrund seiner Stellung als Verwaltungsratsdelegierter der Beklagten bis Mai 1999 (Prot. S. 39) aber ebenso beeinträchtigt wird, widersprach anlässlich seiner Einvernahme den von seinem Gesprächspartner vom 24. Februar 1998, E.K., gemachten Aussagen. Obwohl er zuerst geltend machte, dass er sich "selbstverständlich" an diese Unterredung erinnern könne (Prot. S. 41), wurde später deutlich, dass er sich nicht mehr genau daran zu erinnern vermochte. So gab er zu, nicht mehr ganz sicher sagen zu können, ob er und E.K. anlässlich der Diskussion den Vertragsentwurf vor sich hatten oder ob einfach generell über die offenen Fragen diskutiert worden sei. Er nehme aber an, dass ihnen ein Entwurf vorgelegen habe, da er ansonsten seiner Assistentin Frau E. ja nicht gesagt hätte, die Jahreszahl in Ziff. 6 Abs. 1 von 1999 auf 2001 zu ändern (Prot. S. 51 f.). Zur Begründung seiner Ansichten über das

Ergebnis der am 24. Februar 1998 geführten Unterredung, machte er insbesondere geltend, dass es vollkommen undenkbar sei, dass er von sich aus einfach den Verwaltungsratsbeschluss der Beklagten umgestossen hätte und ein irrsinniges Risiko mit Bezug auf eine Verlängerung eingegangen wäre (Prot. S. 43). Zudem sei es auch undenkbar, dass er seinem Freund und damals schon designierten Nachfolger bei der Beklagten, M.N., "dieses Ei gelegt hätte", also eine um zwei Jahre verlängerte Ausgleichspflicht für die Beklagte hinterlassen hätte (Prot. S. 43).

i) Des Weiteren ist beachtlich, dass L.D. bestens auf die Zeugeneinvernahme vorbereitet schien, was er damit begründete, dass er "das ja noch erlebt habe, als er noch bei der P. war", und was sich im mitgebrachten Vertragsexemplar manifestierte (Prot. S. 40). Irritiert hat in diesem Zusammenhang auch, wie umständlich er auf die ziemlich einfache Frage, ob er im Hinblick auf die heutige Verhandlung mit der Beklagten gesprochen habe, geantwortet hat: Er habe keine Ahnung, zu was er befragt werde, nein, nicht speziell. Früher sei ausgiebig darüber diskutiert worden, aber jetzt in letzter Zeit, es sei ja nichts Neues auf dem Tisch für ihn (Prot. S. 40). Nicht zuletzt deshalb drängen sich gewisse Zweifel an der Überzeugungskraft der von L.D. geäusserten Erinnerungen auf.

j) L.D. gab überdies zu, dass die in Ziff. 6 Abs. 1 der Vereinbarung getroffene Formulierung "saublöd" sei, immerhin sei dies schon in früheren Versionen so gewesen (Prot. S. 46). Da es am 24. Februar 1998 ausschliesslich um die Verlängerung der Rückzahlungsfrist der von der Beklagten an die Klägerin geleisteten Beträge gegangen sei, müsse er aus Ziff. 6 Abs. 1 schliessen, dass dies ein Passivsatz hätte sein sollen; das sei seine Erinnerung und etwas anderes sei - wie bereits erwähnt - absolut undenkbar, auch aufgrund seines Verhältnisses zum Verwaltungsrat, weil dies ungetreue Geschäftsführung gewesen wäre. Die Rückstellungen, die er dort gemacht habe, seien für 1997 und 1998 gewesen, für weitere Jahre habe er keine Rückstellungen mehr gemacht (Prot. S. 47). Diesbezüglich ist allerdings einzuwenden, dass die Parteien seinerzeit von einer besseren wirtschaftlichen Entwicklung ausgingen (act. 4/2 S. 3; act. 13 S. 8 Ziff. 11; act. 17 S. 11 f. zu Ziff. 11 der Replik), was dieses Argument wiederum entkräftet.

k) Zentral für die Beurteilung der Glaubhaftigkeit seiner Aussagen erscheint überdies die Tatsache, dass L.D. sich durch die Befragung "persönlich angegriffen" fühlte (Prot. S. 42), was unter Berücksichtigung der Tatsache, dass er das Ergebnis der Unterredung vom 24. Februar 1998 nicht durch die Erinnerung an die Besprechung selbst, sondern auf dem Umweg über die diesbezügliche Interessenlage der Beklagten rekonstruierte, seinen Antworten den Anschein bemühter persönlicher Rechtfertigung gibt. So ist jedenfalls auffällig, wie er sich an die Meinung des Verwaltungsrates der Beklagten zu klammern scheint (Prot. S. 41, 43, 47). Die entsprechende Verwaltungsratssitzung vom 21. November 1997, auf welche sich L.D. dauernd bezog (act. 9/13), fand jedoch zu einem Zeitpunkt statt, in welchem unstreitig noch eine Ausgleichspflicht von bloss zwei Jahren zur Diskussion stand (act. 8 S. 7 Ziff. 2.1.13; act. 13 S. 11 f. Ziff. 18). So spricht denn auch die Tatsache, dass die Vereinbarung nicht im November 1997, sondern erst im März 1998 unterzeichnet wurde, deutlich dafür, dass sich die Bedingungen der Zusammenarbeit zwischenzeitlich geändert hatten, wäre doch sonst einer Unterzeichnung im November 1997 nichts im Wege gestanden. Deshalb ist die Berufung auf eine noch im November 1997 stattgefundene Verwaltungsratssitzung zwar zu beachten, deren Beweiswert für den Inhalt der im März 1998 unterzeichneten Vereinbarung jedoch als äusserst schwach zu beurteilen.

l) Aus demselben Grund vermag auch das Argument der Beklagten, dass sie von der Klägerin für 1999 und 2000 anders als für die Jahre 1997 und 1998 keine hypothetische Berechnungen ihres finanziellen Engagements erhalten habe (act. 8 S. 7 f. Ziff. 2.1.14; act. 17 S. 17 zu Ziffer 17 der Replik; Prot. S. 67; act. 9/9 u. 9/10), nicht zu überzeugen, weil - wie erwähnt - im Zeitpunkt der Anstellung der Berechnungen im November 1997 noch unstreitig eine zweijährige Ausgleichspflicht im Vordergrund gestanden hatte (act. 13 S. 11 Ziff. 17; act. 8 S. 7 Ziff. 2.1.13; act. 13 S. 11 f. Ziff. 18).

m) Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang immerhin, dass das "Terrain" für eine Verlängerung der Ausgleichspflicht auf Seiten der Beklagten im Vorfeld der Besprechung vom 24. Februar 1998 "vorbereitet" war; so schrieb L.T. mit Fax vom 23. Februar 1998, also einen Tag vor der fraglichen Besprechung, unter Ziff.

4 (mit dem Titel "Verwendung einer positiven Zinsdifferenz") des Begleitschreibens zum überarbeiteten Vertragsentwurf (act. 4/9 S. 2) Folgendes an M.M: "Auf die Regelung in Ziff. 7 Abs. 2 des Vertrages kann P. nicht verzichten. Euer Vertragspartner sorgt für den Ausgleich der negativen Zinsdifferenz (*mind.* bis 31.12.1998); eine allfällige positive Zinsdifferenz soll grundsätzlich nicht der W., sondern den Kunden zustehen [Hervorhebung hinzugefügt]." Durch den Zusatz "mind." wird klar, dass bezüglich der Dauer der Ausgleichung einer negativen Zinsdifferenz der 31. Dezember 1998 von Seiten der Beklagten einen Tag vor der entscheidenden Besprechung mit der Klägerin nicht als unumstösslich feststehendes Enddatum betrachtet wurde.

n) So oder anders bilden die vorstehend dargelegten Umstände und die diesbezüglich gemachten Zeugenaussagen genügend Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien kurz vor Unterzeichnung der Vereinbarung ihre allenfalls früher eingenommenen Standpunkte betreffend Begrenzung der Ausgleichspflicht auf die Jahre 1997 und 1998 wieder fallen gelassen haben. Damit verlieren die geführten Vertragsverhandlungen bzw. die Entstehungsgeschichte - und damit auch die diese belegenden Urkunden und Zeugenaussagen ihren Wert als Auslegungsmittel, welche zu Gunsten der Beklagten sprächen (ZK-JÄGGI/GAUCH, Art. 18 OR N 358). Denn nur wenn sich aufgrund der Entstehungsgeschichte *mit Sicherheit* eine andere Auslegung aufdrängt, darf gestützt auf sie vom objektiviert ausgelegten Wortlaut abgewichen werden (ZK-JÄGGI/GAUCH, Art. 18 OR N 369 sowie N 428).

3.5.2 Einigung anlässlich der Vertragsunterzeichnung?

a) Die Vereinbarung wurde schliesslich von E.K. sowie M.M mit Datum vom 9. März 1998 für die Klägerin und L.D. und M.N. am 12. März 1998 für die Beklagte unterzeichnet (act. 4/2 S. 5). Nun behauptet die Klägerin, dass die Vertragsparteien bei der *Unterzeichnung* des Vertrages (act. 4/2) übereinstimmend erklären wollten, dass die Beklagte den Ausgleich der negativen Zinsdifferenz bis Ende 2000 übernehme (act. 13 S. 16 f. Ziff. 27), was die Beklagte wiederum bestreitet (act. 17 S. 22 f. zu Ziff. 26 u. 27 der Replik).

b) Mit Bezug auf diese zum Beweissatz erhobene Behauptung der Klägerin wurden neben den bereits erwähnten Zeugen von Seiten der Beklagten zusätzlich M.N., U.S. und L.T. einvernommen.

c) Wie bereits erwähnt, konnte sich M.M nicht mehr an Einzelheiten der Zusammenarbeit der Parteien erinnern, weshalb ihrer Aussage keine Relevanz zukommt. E.K. (Prot. S. 33), C.S. (Prot. S. 65) und L.D. (Prot. S. 46) beharrten auf ihren jeweiligen schon bezüglich des Gespräches zwischen den Herren E.K. und L.D. vom 24. Februar 1998 geltend gemachten Standpunkten, ohne spezifisch auf den Zeitpunkt der Unterzeichnung der Vereinbarung am 9. bzw. 12. März 1998 bezogene Neuigkeiten vorzubringen.

d) M.N., Nachfolger von L.D. als Geschäftsführer der Beklagten ab dem 1. Juni 1999 (Prot. S. 76), bezog sich anlässlich seiner Zeugeneinvernahme - wie schon L.D. vor ihm - auf die erwähnte Verwaltungsratssitzung, um seiner Überzeugung Ausdruck zu verleihen, dass eine bloss zweijährige Ausgleichspflicht vereinbart wurde (Prot. S. 76 f.). Obwohl M.N. die in Frage stehende Vereinbarung mitunterzeichnet hat, habe er diese vorgehend nicht mehr durchgesehen. Er sei vielmehr davon ausgegangen, dass bezüglich dieser Zweijahresfrist nichts mehr geändert wurde. So habe er die Zweitunterschrift im Verständnis geleistet, dass L.T. diese schon angeschaut und L.D. sich ebenfalls damit befasst habe (Prot. S. 77).

e) Nichts Substanzielles beitragen konnte diesbezüglich auch die Zeugin U.S., Buchhalterin bei der Beklagten seit dem 1. März 1998. Sie erklärte, mit der in Frage stehenden vertraglichen Beziehung nichts zu tun gehabt zu haben und auch nichts über die Dauer der Ausgleichspflicht der Beklagten zu wissen (Prot. S. 69 ff.).

f) L.T. wiederum bejahte die ihm gestellte Frage, ob er wisse, welche Vorstellungen die Parteien im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung bezüglich der Ausgleichspflicht hatten. Er begründete dies damit, dass er bezüglich der Entscheidungsfindung bei der Beklagten "sehr involviert" gewesen sei. So könne er sich noch daran erinnern, dass er vom Chef der Muttergesellschaft der Beklagten, der damaligen S.AG, in dieser Angelegenheit angerufen wurde. Diesem musste er dann

die ganze Angelegenheit erklären, wobei immer von zwei Jahren Ausgleichspflicht ausgegangen worden sei. Wäre von mehr Jahren die Rede gewesen, hätte er sofort reagieren müssen und dass wäre ihm auch bewusst gewesen. Erst als die Klägerin im Nachhinein die Ausgleichszahlungen für die Jahre 1999 und 2000 forderte, sei ihm bewusst geworden, dass die Beklagte offensichtlich anders denke (Prot. S. 75).

Die Glaubwürdigkeit von L.T. als Zeuge wird durch die Tatsache, dass er als Rechtsanwalt der Beklagten damit beauftragt war, den Vertragstext zu formulieren und dass dieser schliesslich - zugegebenermassen (Prot. S. 74) - unüberarbeitet und infolgedessen widersprüchlich herauskam, beeinträchtigt. Abgesehen davon macht seine Aussage zu diesem Beweissatz hingegen einen glaubhaften Eindruck. So zeigt die Erinnerung an das Telefongespräch mit dem Chef der S.AG das Erfassen der dazumal bestehenden wichtigen Zusammenhänge auf und wirkt auch unter dem Blickwinkel überzeugend, dass die Involvierung einer weiteren Person - also dem Chef der S.AG - in eine Zeugenaussage gegen eine bloss vorgegebene Erinnerung spricht. Allerdings ist ebenso zu berücksichtigen, dass L.T. am eigentlichen Unterzeichnungsprozedere nur am Rande beteiligt gewesen war. Zudem befinden sich seine Äusserungen im Widerspruch zu den Zeugenaussagen von E.K. und C.S.. Deshalb kann der Aussage von L.T. nicht das entscheidende Gewicht zukommen, um den Beweissatz als zu Gunsten der Beklagten bewiesen zu betrachten.

g) Ebenfalls von geringem Beweiswert für beide Seiten, um Rückschlüsse auf das von den Parteien bei Vertragsunterzeichnung vorhandene Verständnis zu ziehen, ist das daraufhin folgende Verhalten der Parteien. Das hat seinen Grund darin, dass die Parteien bei Vertragsschluss nur ein unpräzises Szenario für eine länger andauernde Periode mit negativer Zinsdifferenz entwarfen. So postuliert Ziff. 6 Abs. 3 der Vereinbarung (wie vorne bereits ausgeführt; vgl. V.3.2 g), dass die Parteien bei einer länger anhaltenden Zinsbaisse die Absicht bekunden, per 1. Januar 1999 zunächst durch nicht näher definierte "andere Massnahmen" die negative Zinsdifferenz zu beseitigen, und wenn diese keine Wirkungen zeitigen sollten, den Überschussanteil der Versicherungsnehmer nach unten zu revidieren.

h) Vor diesem Hintergrund ist das Schreiben von M.N. von der Beklagten an E.K. von der Klägerin vom 16. Juli 1999 (act. 9/19) zu verstehen. In diesem wird auf das unter Ziff. 6 Abs. 3 erwähnte Stichdatum des 1. Januars 1999 Bezug genommen und verschiedene Lösungswege für die weitere Zusammenarbeit aufgezeigt. Aus dem Schreiben ergibt sich, dass für die Beklagte eine Korrektur der Überschussanteile nicht in Frage kommt, andere Massnahmen, um die negative Zinsdifferenz zu beseitigen indes als begrüssenswert beurteilt werden. Ob die Beklagte sich in diesem Zeitpunkt auf den Standpunkt setzte, dass durch den Ablauf der Jahre 1997 und 1998 deren Ausgleichspflicht ebenfalls ein Ende nahm, lässt sich durch die im Schreiben gewählten Formulierungen weder bestätigen noch ausschliessen, weshalb weder die Klägerin noch die Beklagte daraus etwas zu ihren Gunsten abzuleiten vermögen (vgl. act. 13 S. 19 f. Ziff. 30; act. 17 S. 24 f.). Obwohl es beachtlich ist, dass es die Beklagte war, welche die Initiative ergriff, um der negativen Zinsdifferenz Abhilfe zu schaffen, muss dies nicht zwingend aus der Motivation entstanden sein, dadurch die für die Jahre 1999 und 2000 übernommene Ausgleichspflicht abzuwenden zu versuchen. So könnte dies ebenso gut auch auf ihrem Interesse basiert haben zu verhindern, dass die Klägerin eine einseitige Reduktion der Überschussbeteiligung vornehmen würde.

i) Klar äusserte die Beklagte ihre Auffassung betreffend die Ausgleichspflicht erst in ihrem Schreiben an die Klägerin vom 7. Februar 2000, in welchem sie die Übernahme der ihr zuvor zugestellten Ausgleichung unter Bezugnahme auf die Vereinbarung vom März 1998 von sich wies (act. 9/21). Allerdings lässt sich auch aus diesem Schreiben - entgegen der Ansicht der Parteien (act. 13 S. 20 f. Ziff. 34; act. 17 S. 26) - nicht schlüssig entnehmen, was diese im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vereinbarten.

j) Das diesbezügliche Antwortschreiben der Klägerin vom 24. Februar 2000 (act. 9/22) und das Schreiben der Beklagten vom 30. März 2000 (act. 9/23) dokumentieren bereits die heute eingenommenen Standpunkte der Parteien und geben deshalb keinen neuen Aufschluss über das gegenseitige Verständnis anlässlich der Vertragsunterzeichnung. Dasselbe gilt für die darauf folgende Korre-

spondenz zwischen den Parteien (act. 9/24; 14/7; 14/8; 14/10; 14/11; 14/12; 18/3) sowie das Sitzungsprotokoll vom 2. Juli 2001 (act. 14/9).

k) Nichts zur Sache tun auch die von beiden Parteien als Beweis bezeichneten "Front News" der S.AG vom Februar 1999 (act. 18/5; Prot. S. 24), welche erwähnen, dass betreffend den Verkauf der L. ab dem 12. März 1999 ein Moratorium verfügt wurde, indes gleichzeitig darauf aufmerksam machen, dass dies auf die bereits bestehenden Policen keinen Einfluss habe (act. 18/5 S. 2). So sieht denn auch die Beklagte selbst ein, dass bezüglich des bereits bestehenden Volumens das Zinsrisiko unvermindert weiter bestand (act. 17 S. 24).

l) Aus diesen Erwägungen ist das erfolgte Verhalten nach Vertragsabschluss nicht in dem Masse aufschlussreich, um daraus auf einen übereinstimmenden Willen der Parteien bei der Vertragsunterzeichnung schliessen zu können.

3.5.3 Versäumnis der Vertragsanpassung durch die Beklagte?

a) Die Klägerin behauptet des Weiteren, dass sich L.T. im Anschluss an die Besprechung vom 24. Februar 1998 damit begnügte, in Ziff. 6 Abs. 1 die Zahl "1999" durch "2001" zu ersetzen, und es versäumt habe, den ganzen Vertrag gemäss der zwischen den E.K. und L.D. getroffenen Abrede zu überarbeiten bzw. anzupassen (act. 13 S. 16 Ziff. 26).

b) Die Zeugeneinvernahme von L.T. ergab, dass dieser den letzten Entwurf nicht mehr überprüfte, was er selbst als "kleine Pflichtverletzung" bezeichnete (Prot. S. 74). Vielmehr habe L.D. die letzten Änderungen direkt seinem Kanzlei-sekretariat durchgegeben, welches daraufhin die vorgenommenen Änderungen direkt an die Klägerin weitergeleitet habe (Prot. S. 73 f.). Demzufolge ist es erstellt, dass L.T. es unterliess, den Vertrag nochmals vollständig zu überarbeiten. Wie bereits erwähnt (vgl. V.3.1 und 3.2), ist die endgültige Fassung der Vereinbarung widersprüchlich abgefasst. Deren Überarbeitung bzw. Anpassung darf aber von einem damit mandatierten Rechtsanwalt ohne weiteres erwartet werden. Dieses Versäumnis von L.T. ist der Beklagten anzurechnen.

c) Allerdings kann nicht zweifelsfrei ausgeschlossen werden, dass Rechtsanwalt L.T. keine Ahnung betreffend die drei letzten Änderungen der Vereinbarung hatte (Prot. S. 74). So hat er in dem von ihm unterzeichneten Begleitschreiben zu dem an M.M. adressierten Telefax vom 2. März 1998 mit der definitiven Version der Vereinbarung (act. 9/17 bzw. 4/11) u.a. Folgendes ausgeführt (act. 9/17 S. 1): *"Anlässlich der Besprechung von letzter Woche haben sich die Herren E.K. und L.D. darauf geeinigt, den von uns vorgelegten Entwurf noch in drei Punkten abzuändern. [...] Damit Du die von den Herren E.K. und L.D. gemachten Änderungen sofort entdeckst, habe ich Dir eine markierte Version beigelegt."*

d) Vor diesem Hintergrund muss davon ausgegangen werden, dass, auch wenn L.T. sich bezüglich der drei Änderungen in der Vereinbarung nicht im Klaren gewesen sein sollte, die Klägerin auf jene vertrauen durfte. Alles andere wäre aufgrund der Tatsachen, dass so wenige Änderungen vorgenommen wurden, diese speziell kenntlich gemacht wurden und dass vorliegend ein Rechtsanwalt mit der Sache befasst war, nicht plausibel. Es wird jedenfalls deutlich, dass vorliegend keinerlei Informationsgefälle zwischen den Parteien bestand. Die Klägerin durfte folglich aufgrund dieser Sachlage mit Recht davon ausgehen, dass sich die Beklagte der Tragweite der objektiviert ausgelegten Vereinbarung bewusst war, und hatte demnach keinerlei Anlass, nach allfälligen Missverständnissen der Gegenseite zu forschen.

3.5.4 Unterlassene Anpassung des Titels von Ziffer 6 durch die Beklagte?

a) Streitig ist des Weiteren die Behauptung der Klägerin, dass C.S. in einem Telefongespräch nach dem 2. März 1998 namens der Klägerin L.T., den Rechtsvertreter der Beklagten, darauf aufmerksam machte, dass man den Titel zu Ziff. 6 des Vertrages (act. 9/17) ändern müsse, da die Verpflichtung der Beklagten zur Tragung der negativen Zinsdifferenz am 24. Februar 1998 bis Ende 2000 ausgedehnt worden sei, und dass Rechtsanwalt L.T. daraufhin erwidert habe, dass dem Titel keine grosse Bedeutung zukomme, wenn der Text selbst das Vereinbarte korrekt wiedergebe (act. 13 S. 16 Ziff. 27; act. 17 S. 23 zu Ziff. 26 u. 27 der Replik).

b) Auf die Frage, weshalb denn der Titel von Ziffer 6 nicht geändert wurde (vgl. act. 4/2), antwortete C.S. anlässlich ihrer Zeugeneinvernahme, sie habe L.T. angerufen und ihn darauf aufmerksam gemacht, dass es ihr als angebracht erscheine, auch den Titel entsprechend zu ändern, da man ja den darunter stehenden Absatz inhaltlich geändert habe. Rechtsanwalt L.T. habe sich daraufhin dann eher abweisend gezeigt, indem er gesagt habe, jetzt habe er schon genug abgeändert, es sei jetzt nicht mehr nötig, diese Abänderung vorzunehmen (Prot. S. 64 f.). L.T. erklärte hingegen anlässlich seiner Zeugeneinvernahme, er könne sich an ein solches Telefongespräch nicht mehr erinnern; es würde ihn jedoch sehr erstaunen, wenn Frau C.S. etwas Derartiges gesagt hätte (Prot. S. 74). Die weiteren als Zeugen benannten M.M. und E.K. vermochten sich ebenfalls nicht an das besagte Telefongespräch zu erinnern (Prot. S. 32 u. 55 ff.)

c) Hier ergeben sich erneut widersprüchliche Aussagen zum Geschehenen, weshalb die Glaubhaftigkeit der gemachten Zeugenaussagen näher zu prüfen ist. Dass C.S. gerade über das angegebene Telefongespräch mit L.T. kein Gesprächsprotokoll geführt hat (Prot. S. 68), obwohl sie angab, dies üblicherweise zu tun (Prot. S. 65), erstaunt zwar auf den ersten Blick, ist aber unter Berücksichtigung der Tatsache, dass dieses Gespräch kein Resultat zeitigte - L.T. sie sozusagen "abwimmelte" - nachvollziehbar.

d) Zudem deckt sich der Inhalt des von C.S. behaupteten Telefongesprächs mit der von L.T. vorgebrachten Tatsache, dass die letzten Änderungen in der Vereinbarung am 24. Februar 1998 nicht durch ihn selbst, sondern durch sein Kanzlei-sekretariat vorgenommen und an die Beklagte verschickt wurden (vgl. act. 4/10), ohne dass die gemachten Änderungen im Vertragstext von ihm nochmals überprüft wurden (Prot. S. 73 f.). Die nicht erfolgte Überprüfung der letzten Änderungen der Vereinbarung widerspiegelt die von C.S. geschilderte mangelnde Motivation von L.T., noch irgendetwas mit dem Vertrag zu tun zu haben, und lässt ihre Aussage deshalb als glaubhaft erscheinen.

e) Jedenfalls drängt sich auch aufgrund dieser Zeugeneinvernahmen keine Würdigung auf, aufgrund welcher sich eine abweichende Auslegung vom objekti-

viert ausgelegten Wortlaut des Vertrages zu Gunsten der Beklagten rechtfertigen würde.

3.6 Vertragszweck

a) Ziff. 1 Abs. 1 Satz 2 der Vereinbarung äussert sich zum Vertragszweck, welcher wie folgt lautet: "Der Zweck dieser Vereinbarung ist es, einerseits den Versicherungsnehmern im Rahmen des Gewinnverbandes konkurrenzfähige Überschussanteilsätze zu gewährleisten und andererseits die Finanzierung der Überschussanteile zu regeln."

Aus dieser Zweckbestimmung lassen sich keine Rückschlüsse auf die streitige Dauer der Ausgleichspflicht ziehen, da mit letzterer gerade die Finanzierung der Überschussanteile konkretisiert wurde.

b) Unbehelflich ist auch die Berufung beider Parteien auf das eigene Interesse an der Zusammenarbeit und die diesbezügliche Unvereinbarkeit mit der von der Gegenpartei geltend gemachten Dauer der Ausgleichspflicht. So ist für die Festsetzung der Dauer der Ausgleichspflicht der Beklagten irrelevant, dass die Beklagte an der Attraktivität der L. interessiert und damit gegen eine Reduktion oder Abschaffung der Überschussbeteiligung war (act. 17 S. 8 ff. zu Ziff. 8, 9 u. 12 der Replik), oder ob die Klägerin diese Möglichkeit wiederum favorisierte (act. 13 S. 5 ff. Ziff. 8, 9 u. 12). Auch mag es durchaus sein, dass die Beklagte einen geringen Nutzen aus der Zusammenarbeit hatte (act. 17 S. 5 unten, S. 6 oben u. S. 8 zu Ziff. 8 der Replik).

Essentiell ist indes, dass die Beklagte trotzdem gewillt war, mit der Klägerin zusammenzuarbeiten und umgekehrt. Aus der jeweiligen wirtschaftlichen Motivation heraus den Schluss zu ziehen, dass zwei oder vier Jahre Ausgleichspflicht vereinbart wurden, ist deshalb spekulativ, weil das Interesse an der Zusammenarbeit mit dem gemeinsamen Nenner einer mindestens zwei Jahre dauernden Ausgleichung unstreitig vorhanden war. Auch vermag die Argumentation der Beklagten für ihr behauptetes bloss zweijähriges finanzielles Engagement, dass "du simple au double" vorliegend eben gerade nicht zutraf, d.h. die vierjährige anstelle

der zweijährigen Ausgleichspflicht mehr als einfach den doppelten Betrag umfasste (act. 17 S. 13 zu Ziff. 12 der Replik), nicht zu überzeugen, da diese Entwicklung beide Parteien überraschte (Ziff. 3 Abs. 3 der Vereinbarung vom 9./12. März 1998; act. 13 S. 8 Ziff. 11; act. 17 S. 9 zu Ziff. 9 der Replik u. S. 11 f. zu Ziff. 11 der Replik).

c) Demzufolge lassen sich weder aus dem objektiven Vertragszweck noch aus der subjektiven wirtschaftlichen Interessenlage Rückschlüsse auf die vereinbarte Dauer der Ausgleichspflicht der Beklagten ziehen.

3.7 Ergebnis

Zusammenfassend ist im Rahmen der objektivierten Auslegung festzuhalten, dass die Klägerin bei Vertragsschluss keinen Anlass zur Annahme hatte, dass die Beklagte den Inhalt der Urkunde nicht so wollte bzw. nicht so verstand wie es die objektivierte Auslegung nahe legt. Eine vernünftig und sorgfältig handelnde Vertragspartei, welche die Ausgleichspflicht tatsächlich auf die Jahre 1997 und 1998 hätte beschränken wollen, hätte Ziff. 6 Abs. 1 unter den vorliegenden Umständen nicht in der jetzt zu beurteilenden Fassung akzeptiert.

Dass sich die Parteien am 24. Februar 1998 über eine Verlängerung der Ausgleichspflicht bis Ende 2000 geeinigt haben, hat überdies auch das Beweisverfahren ergeben. Zunächst kann auf die vorstehende Beweiswürdigung, insbesondere der Zeugenaussagen von E.K., C.S., L.D. und L.T. verwiesen werden. E.K. hat - wie bereits ausgeführt - sehr stimmig ausgesagt; an der Richtigkeit seiner in sich schlüssigen Aussagen zu zweifeln, besteht kein Anlass. C.S. war damals als selbständige Versicherungsmathematikerin für die Klägerin tätig; das Geschäft mit der P. war eines ihrer ersten Mandate (Prot. S. 61). Zwangsläufig hat sie sich daher - wie sie auch glaubhaft ausgesagt hat - mit dem Problem der Unterdeckung, einschliesslich deren Kompensation, auseinander gesetzt. Dass sie in der Folge vor dem Treffen vom 24. Februar 1998 mit E.K. über diese Frage diskutierte und sich später nach dem Ergebnis dieser Besprechung erkundigte, ist nur folgerich-

tig. Ihre weiteren Aussagen, wie sie Ausführungen von E.K. über sein Gespräch mit L.D. verstanden, L.T. wegen der fehlenden Übereinstimmung der Überschrift von Ziffer 6 der Vereinbarung vom 9./12. März 1998 telefoniert und dieser "abweisend" reagiert habe (Prot. S. 65), sind ebenfalls lebensnah und stimmig. Dass sie sich keine Notizen über dieses, nicht mit ihrer Auftraggeberin geführte und letztlich ergebnislose Gespräch machte, berührt ihre Glaubhaftigkeit nicht, da dessen Relevanz damals nicht zu erkennen war. Die Ausführungen von E.K. und C.S. vermögen durch die Aussagen von L.D. nicht entkräftet zu werden. Dieser vermochte sich offenkundig nicht mehr einlässlich an das Treffen vom 24. Februar 1998 zu erinnern, obwohl an jener Besprechung ein Disput zwischen den von den Parteien eingesetzten Juristen geregelt werden sollte (Prot. S. 52 unten). Es ist daher naheliegend, dass sich L.D. verunsichert, ja "persönlich angegriffen" fühlte und die Umstände schilderte, die eine Zustimmung seinerseits zur Verlängerung der Ausgleichspflicht als völlig undenkbar erscheinen liessen. Diese Folgerung ist aber nicht zwingend, da der fragliche Beschluss des Verwaltungsrates der Beklagten mehrere Monate zurücklag, ohne dass man eine Übereinkunft mit einer auf die Jahre 1997 und 1998 beschränkten Ausgleichspflicht abgeschlossen hätte, und sich die Zinssituation in dieser Zeit weder verbessert hatte noch eine Korrektur abzusehen war. Da L.T. weder über die am 24. Februar 1998 vereinbarten Änderungen konkret informiert worden ist (vgl. Prot. S. 51 und 73) noch den von seiner Kanzlei überarbeiteten Vereinbarungstext studiert hat, lässt sich schliesslich seinen Aussagen nichts Schlüssiges über das Ergebnis jener Besprechung entnehmen.

VI.

Dissens

a) Für den Fall, dass das Gericht davon ausgehe, dass sie eine Ausgleichspflicht auch für die Jahre 1999 und 2000 treffe, macht die Beklagte geltend, dass diesfalls von einem vorhandenen Dissens betreffend die Dauer der Ausgleichspflicht ausgegangen werden müsse (act. 17 S. 37 Ziff. 3.3). Demzufolge macht die Beklagte im Sinne eines Eventualantrages für den Fall der Abwei-

sung der Hauptklage einen Dissens geltend. So behauptet die Beklagte, dass der Vertrag zwischen ihr und der Klägerin mangels Einigung bezüglich der Vertragsdauer in einem objektiv oder jedenfalls subjektiv wesentlichen Punkt nicht zustande gekommen sei (act. 17 S. 37 f. Ziff. 3.4). Die Klägerin wiederum bestreitet das Vorliegen eines Dissenses (act. 13 S. 25 ff.).

b) Wie zuvor dargelegt, besteht *in casu* ein normativer Konsens zwischen den Parteien, da die Klägerin in ihrem Vertrauen in die getroffene Vereinbarung zu schützen ist. Da der Sinn der gemachten Erklärungen nach Treu und Glauben festgestellt werden konnte, fällt eine Berufung auf einen Dissens ausser Betracht (vgl. hierzu HONSELL, a.a.O., S. 338), weshalb sich eine diesbezügliche Prüfung erübrigt.

VII.

Erklärungsirrtum

a) Weiter bringt die Beklagte Folgendes vor (act. 17 S. 37 Ziff. 3.3 a.E.): "Sollte das Gericht – völlig entgegen der Auffassung der Beklagten – gar der Ansicht sein, dass die Klägerin in ihrem (behaupteten) Vertrauen darauf, dass eine Ausgleichspflicht auch für die Jahre 1999 und 2000 vereinbart wurde, geschützt werden muss, so würde sich die Beklagte diesfalls selbstverständlich auf einen Erklärungsirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 23 OR berufen." Gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR liegt ein wesentlicher Irrtum vor, wenn der Irrende einen anderen Vertrag eingehen wollte, als denjenigen, für den er seine Zustimmung erklärt hat.

b) Wie vorstehend bereits dargelegt, geht das Gericht in der Tat davon aus, dass die Klägerin in besagtem Vertrauen zu schützen ist. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie die vorstehende Äusserung der Beklagten zu verstehen ist. Folgende beiden Möglichkeiten sind in Betracht zu ziehen:

- Stellt die Beklagte damit in Aussicht, dass sie ein entsprechendes Urteil zum Anlass nehmen wird, einen Erklärungsirrtum geltend zu machen? Darauf

deutet jedenfalls die Verwendung des Konjunktivs hin sowie der Umstand, dass der Erklärungsirrtum in der abschliessenden Zusammenfassung (act. 17 S. 38 f.) nicht mehr genannt wird; oder aber

- will die Beklagte damit für den Fall einer entsprechenden Auslegung durch das Gericht im vorliegenden Prozess Erklärungsirrtum geltend machen (sog. Eventualanfechtung)?

- c) Sollte die Beklagte mit vorstehend dargelegter Äusserung eine Irrtumsanfechtung bloss in Aussicht gestellt haben, so wäre der Erklärungsirrtum im vorliegenden Verfahren ohnehin noch nicht zu beurteilen.

Abgesehen davon ist ein im Prozess erklärter Vorbehalt einer späteren Geltendmachung von Willensmängeln ohnehin nicht zulässig (VON TUHR/PETER, Allg. Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 1, 3. Aufl., Zürich 1974, S. 331). Denn Gestaltungsrechte, welche im Zeitpunkt eines Prozesses bereits begründet sind, können nach Rechtskraft des Urteils nicht mehr ausgeübt werden (GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 379, Anm. 69). In der Tat wäre eine Irrtumsanfechtung bereits im vorliegenden Prozess möglich gewesen, und zwar mittels sog. Eventualanfechtung, d.h. für den Fall, einer der Beklagten ungünstigen Auslegung der Vereinbarung. Zwar können Gestaltungsrechte grundsätzlich nicht an eine Bedingung geknüpft werden, bei der Eventualanfechtung liegt indessen keine eigentliche Bedingung vor. Denn bei der Beurteilung eines Vertrages durch das Gericht handelt es sich nicht um ein ungewisses zukünftiges Ereignis, sondern um etwas objektiv Feststehendes, nämlich um die Rechtslage. Dass sich diese der subjektiven Kenntnis der Parteien entzieht, macht sie noch nicht zu einer eigentlichen Bedingung. Statt dessen spricht man von einer *condicio iuris* bzw. von einer Rechtsbedingung (vgl. VON TUHR/ESCHER, Allg. Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 2, 3. Aufl., Zürich 1974, S. 259 f.). An derartige Rechtsbedingungen können Gestaltungserklärungen geknüpft werden, was beispielsweise mit Bezug auf die Eventualverrechnung unbestritten ist (wo die Rechtsbedingung im Bestand der Hauptforderung liegt). Entsprechendes gilt aber auch für die Irrtumsanfechtung (ebenso BGH NJW 1968 S. 2099; BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, 2.

Aufl., Zürich 1988, S. 212, Anm. 59; GUHL/E.K., Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 16 N 22, m.w.H.; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 31 OR N 7).

d) Sollte die Beklagte mit vorstehend dargelegter Äusserung eine Eventualanfechtung beabsichtigt haben, so bliebe diese bereits aus folgendem Grunde unbeachtlich:

Gemäss Art. 31 Abs. 1 OR hat der durch Irrtum beeinflusste Teil binnen Jahresfrist ab Entdeckung dem anderen zu eröffnen, dass er den Vertrag nicht halte. Im Falle einer Eventualanfechtung fängt diese Jahresfrist zu laufen an, sobald sich der Irrende bewusst wird, dass sich sein Wille und seine Erklärung für den Fall einer bestimmten Vertragsauslegung nicht gedeckt haben.

Wer sich auf Irrtum beruft, muss dessen rechtzeitige Geltendmachung behaupten und gegebenenfalls beweisen (BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 316; BSK ZGB I-SCHMID, Art. 8 ZGB N 53). Vorliegend macht die Beklagte keinerlei Angaben, wann die Frist von Art. 31 OR zu laufen begonnen hat. Die Beklagte hat es somit unterlassen, ein rechtsbegründendes Tatbestandsmerkmal zu behaupten. Damit aber bliebe die Irrtumsanfechtung ohnehin wegen fehlender Substanziierung unbeachtlich. Eine Fragepflicht gemäss § 55 ZPO besteht nicht, da die Beklagte eine rechtserhebliche Tatsache, nämlich die Wahrung der Anfechtungsfrist, nicht einmal ansatzweise behauptet hat (LIEBER, Zur richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 der zürcherischen Zivilprozessordnung in: FS Castelberg, Zürich 1997, S. 173, bei Anm. 69).

VIII.

Verzugszins

Zins und Zinsenlauf sind nicht substantiiert bestritten worden. Die Beklagte schuldet daher den Zins von 5 % seit 5. September 2001.

IX.

Schlussfolgerung

Die klägerische Forderung ist ausgewiesen und die Klage demzufolge gutzuheissen.

X.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Beklagte verliert den Prozess. Sie wird kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO und § 68 Abs. 1 ZPO). Bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr wie auch der Prozessentschädigung ist zu berücksichtigen, dass die Würdigung der Übereinkunft der Parteien vom 9./12. März 1998 besonders aufwendig war, abgesehen davon, dass ein Beweisverfahren durchzuführen war.

Demgemäss erkennt das Gericht:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 555'674.-- nebst Zins zu 5 % seit 5. September 2001 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
 - CHF 28'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
 - CHF 1'615.-- Schreibgebühren
 - CHF 950.-- Zustellgebühren
 - CHF 24.-- Fotokopien
 - CHF 160.-- Übersetzungen
 - CHF 350.-- Zeugenentschädigungen
 - CHF 450.-- Vorladungen.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von CHF 37'000.-- zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer sowie Weisungskosten von CHF 485.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsbestätigung.
6. Gegen diesen Entscheid kann
 - a) innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine dem § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des § 281 ZPO geführt werden;
 - b) innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Handelsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich, wegen Verletzung von Bundesrecht im Sinne des Art. 43 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) durch eine dem Art. 55 OG entsprechende Eingabe Berufung an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Präsident:

Der juristische Sekretär:

Oberrichter Jakob Benz

André Wenker