

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Dezember 2001 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne und die Richter Dr. Wurm, Streck, Schlick und Dörr

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Teilurteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 22. September 2000 insoweit aufgehoben, als

die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 13. Januar 1999 zurückgewiesen worden ist, soweit die Klägerin von der Beklagten zu 1 Zahlung anteiligen Erfolgshonorars in Höhe von 15.939 DM nebst Zinsen und von dem Beklagten zu 2 (hilfsweise) Zahlung von weiteren 363.819,75 DM (402.459,75 DM abzüglich 38.640 DM) nebst Zinsen verlangt, und

auf die Anschlußberufung der Beklagten zu 1 die Klage auf Zahlung von 12.380,47 DM nebst Zinsen gemäß Rechnung vom 16. April 1997 abgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen; jedoch hat die Klägerin die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 3 in sämtlichen Rechtszügen zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Vergütung für Tätigkeiten, die die Klägerin, die sich mit der Beratung von Unternehmen bei Unternehmensan- und -verkäufen befaßt, im Zusammenhang mit der im Mai 1997 erfolgten Veräußerung von Geschäftsanteilen der Beklagten zu 1 erbracht hat.

Die damals noch als L. Maschinenfabrik GmbH firmierende Beklagte zu 1, deren Geschäftsanteile zum größten Teil von der Beklagten zu 3 (10.458.500 DM), zum geringeren Teil von dem Beklagten zu 2 (1.162.000 DM) und von der Beklagten zu 1 selbst (480.000 DM) gehalten wurden, war 1996 auf der Suche nach einem industriellen Partner. Hierbei wurde Anfang September 1996 auf Vermittlung eines Mitglieds des Beirats der Beklagten zu 1 die Klägerin eingeschaltet. Diese übersandte unter dem Datum 7. November 1996, nachdem sie bereits Anfang Oktober 1996 abstimmungsgemäß mit dem schwedischen Unternehmen S. I. AB Kontakt aufgenommen hatte, der Beklagten zu 1 einen "Mandatsvorschlag", in dem die Bedingungen für die Zusammenarbeit bei der "Entwicklung strategischer Allianzen" festgehalten sind. Am 12. November 1996 unterschrieben der Beklagte zu 2, der nicht nur Mitgesellschafter, sondern auch einer von zwei Geschäftsführern der Beklagten zu 1 war, und der weitere Geschäftsführer Dr. Z. den Mandatsvertrag "für die L. Maschinenfabrik GmbH zum Zeichen des Einverständnisses mit diesem Mandatsvertrag".

Laut Mandatsvertrag gliederten sich die Beratungsleistungen der Klägerin in insgesamt fünf "Projektphasen", wobei "erste Arbeitsschritte der Phasen 1

und 3" bereits seit dem 12. September 1996 geleistet worden waren. Der Mandatsvertrag enthält, soweit hier von Interesse, folgende Klauseln:

"3. Die Mandats-Konditionen

3.1. Dauer, Exklusivität, Umfang

Diese Vereinbarung gilt zunächst ohne zeitliche Begrenzung. Beide Seiten können das Mandat jedoch jederzeit ohne Angabe von Gründen, unter Wahrung einer Frist von zwei Wochen, kündigen.

Der Auftrag wird uns für die Dauer des Mandats, mit Ausnahme des Kandidaten A. A. selbst, auf exklusiver Basis erteilt. L. und seine Gesellschafter verpflichten sich, keinen anderen, B. vergleichbaren Berater zur Verwirklichung dieses spezifischen Projektes einzuschalten.

...

3.2. Vergütung unserer Beratungsleistungen

3.2.1. Zeitaufwand

Unsere Beratungstätigkeit werden wir Ihnen auf der Basis folgender Staffel je Mann/Tag berechnen:

? DM 3.500,-- für Geschäftsführer/Partner

...

Den Zeitaufwand (und die Auslagen, vgl. Kapitel 3.2.3.) für die Projektphasen 1-4 berechnen wir Ihrer Gesellschaft. Den Zeitaufwand und die Auslagen der Projektphase 5 werden wir nach vorheriger Abstimmung entweder Ihrer Gesellschaft oder den Anteilseignern pro rata berechnen.



3.2.2. Erfolgshonorar

Falls die Gesellschafter von L. als Ergebnis der in Phase 4 eingeleiteten Sondierungen ihr Einverständnis mitteilen, Phase 5 einzuleiten und in Richtung des Ziels dieses Mandats zu intensivieren (die Transaktion), berechnen wir den Anteilseignern nach Abschluß der Transaktion das Erfolgshonorar nach folgender Formel:

? 1,5 % auf die ersten DM 15 Mio. des Transaktionsvolumens

? 2,5 % auf die nächsten DM 15 Mio. des Transaktionsvolumens

...

(1) Das Erfolgshonorar wird jedem der Anteilseigner entsprechend seiner Beteiligungsquote berechnet.

(2) Als Transaktionsvolumen sind sämtliche wirtschaftlichen Leistungen zu verstehen, die L., ihre Anteilseigner oder ein mit L. verbundenes Unternehmen im Rahmen einer Transaktion als Gegenleistung in Geld oder in Form anderer Wirtschaftsgüter erhält, ...

(3) Als Mindesterfolgshonorar wird der Betrag von DM 350.000,-- festgelegt. Sollte sich, unbeschadet der Regelungen des nachfolgenden Absatzes zeigen, daß das Mindesterfolgshonorar von DM 350.000,-- bei einer Minderheitsbeteiligung oder bei Teilverkäufen prozentuell deutlich überhöht erscheint, sollten die Anteilseigner und B. ein angemessenes Niveau miteinander abstimmen.

...

(5) Im Falle einer Transaktion vergüten bzw. erlassen wir der Gesellschaft bzw., falls zutreffend,

den Anteilseignern den bereits gezahlten bzw. fälligen Zeitaufwand der Projektphasen 1-4, wobei im angestrebten Transaktionsfall (die Mehrheit der Anteile wird übertragen) das Mindesterfolgshonorar von DM 350.000,-- nicht unterschritten werden darf."

Die Klägerin erteilte der Beklagten zu 1 insgesamt drei Rechnungen über Zeithonorare und Auslagen für erbrachte Beratungsleistungen. Die Beklagte zu 1 bezahlte die erste Rechnung. Die zweite Rechnung vom 18. Februar 1997 über einen Gesamtbetrag von 35.413,50 DM für Beratungsleistungen vom 30. November 1996 bis 31. Januar 1997 beglich die Beklagte zu 1 nicht. Auch auf die nach der am 21. März 1997 mit Wirkung zum 7. April 1997 erfolgten Kündigung des Mandatsvertrags durch die Beklagte zu 1 erstellte Rechnung der Klägerin vom 16. April 1997 über einen Gesamtbetrag von 12.380,47 DM für Beratungsleistungen vom 1. Februar bis zum 19. März 1997 erfolgte keine Zahlung.

Mit notariellem Kaufvertrag vom 30. Mai 1997 übertrugen der Beklagte zu 2 - bis auf einen abgesplitteten und anderweitig veräußerten Anteil von 1.000 DM - und die Beklagte zu 3 ihre Geschäftsanteile auf die D. V. V. mbH; die Geschäftsanteile dieser Gesellschaft wiederum wurden zeitnah an die S. I. AB veräußert. Daraufhin stellte die Klägerin mit an die Geschäftsführer der Beklagten zu 1 gerichtetem Schreiben vom 30. Juni 1997 das Mindesterfolgshonorar von 350.000 DM zuzüglich 15 % Mehrwertsteuer (insgesamt 402.500 DM) in Rechnung. Auch insoweit erfolgte keine Zahlung.

Die Klägerin hat Klage erhoben mit dem Antrag, die Beklagte zu 1 zur Zahlung des noch offenen Zeithonorars von insgesamt 47.793,97 DM nebst

Zinsen sowie alle Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung des Erfolgshonorars von 402.500 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme dem Begehren auf Zahlung des Zeithonorars bis auf einen geringfügigen Teil der geltend gemachten Zinsen entsprochen und hinsichtlich des verlangten Erfolgshonorars die Klage abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben die Klägerin Berufung und die Beklagte zu 1 Anschlußberufung eingelegt. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin nur noch anteilige Bezahlung des Erfolgshonorars verlangt, nämlich - entsprechend der Verteilung der Geschäftsanteile der Beklagten zu 1 bei Auftragserteilung - von der Beklagten zu 1 Zahlung von 15.939 DM, von dem Beklagten zu 2 Zahlung von 38.640 DM und von der Beklagten zu 3 Zahlung von 347.880,75 DM, jeweils nebst Zinsen. Hilfsweise hat sie beantragt, den Beklagten zu 2 zur Zahlung des gesamten Erfolgshonorars zu verurteilen. Insoweit hat die Klägerin vorgetragen, für den Fall, daß der Beklagte zu 2 keinen Auftrag zum Abschluß des Mandatsvertrags gehabt habe, hafte er auf den vollen Betrag, da er dann als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt und im übrigen die Klägerin bewußt über den Umfang des Auftrags getäuscht hätte. Mit der Anschlußberufung hat sich die Beklagte zu 1 gegen ihre Verurteilung zur Zahlung eines Teilhonorars gewendet.

Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil entschieden, daß der Klägerin kein Anspruch auf (anteiliges) Erfolgshonorar gegen die Beklagte zu 1 und die Beklagte zu 3 zustehe, und hat insoweit die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Über den gegen den Beklagten zu 2 gerichteten anteiligen Erfolgshonoraranspruch hat das Oberlandesgericht keine Entscheidung getroffen, weil es insoweit noch weitere Sachaufklärung für erforderlich gehalten hat. Es hat

jedoch ausgesprochen, daß die Klägerin vom Beklagten zu 2 jedenfalls nicht mehr als 38.640 DM nebst Zinsen verlangen kann.

Auf die Anschlußberufung der Beklagten zu 1 hat das Oberlandesgericht die auf Zahlung des Zeithonorars gerichtete Klage unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Urteils abgewiesen, soweit die Klägerin Zahlung der Rechnung vom 16. April 1997 über 12.380,47 DM nebst Zinsen begehrt hat.

Der Senat hat die Revision angenommen, soweit sich die Klägerin dagegen wendet, daß das Oberlandesgericht hinsichtlich des gegen die Beklagte zu 1 geltend gemachten Erfolgshonoraranteils und über den gestellten Hilfsantrag zu ihrem Nachteil entschieden und darüber hinaus der Anschlußberufung der Beklagten zu 1 teilweise stattgegeben hat.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin führt in dem Umfang, in dem sie der Senat angenommen hat, zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

A. Zur Berufung der Klägerin

I.

Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu 1 auf anteilige Zahlung des Mindesterfolgshonorars

Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß ungeachtet des vorherigen Beginns der Vertragsdurchführung und etwaiger dabei getroffener oder ins Auge gefaßter Absprachen allein die Bestimmungen des Mandatsvertrags maßgeblich dafür sind, ob der Klägerin ein Erfolgshonorar zusteht. Dies läßt Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision auch nicht angegriffen. Darüber hinaus hat sich die Klägerin im Berufungsverfahren selbst auf den Standpunkt gestellt, daß sie gemäß Ziff. 3.2.2. (1) des Mandatsvertrags bei Verwirklichung des angestrebten Transaktionsfalles ein verdientes Erfolgshonorar nicht von jedem Anteilseigner als Gesamtschuldner in voller Höhe, sondern nur anteilig entsprechend der Beteiligungsquote (pro rata) verlangen kann.

1. Das Berufungsgericht verneint jegliche Zahlungspflicht der Beklagten zu 1, weil es, bezogen auf die von ihr selbst gehaltenen Anteile, zu keiner Transaktion gekommen sei. Der Umstand, daß die Klägerin vorliegend das vertraglich vorgesehene Mindesthonorar einfordere, rechtfertige keine andere Betrachtung. Dem könne dadurch Rechnung getragen werden, daß das Mindesthonorar auf die anderen Anteilseigner entsprechend deren Beteiligungsquote umgelegt werde.

Diese Auslegung verletzt, wie die Revision zu Recht rügt, den Grundsatz der nach beiden Seiten hin interessengerechten Vertragsauslegung (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 2000 - II ZR 345/98 - NJW 2001, 143 m.w.N.).

a) Das Berufungsgericht entnimmt, insoweit der Argumentation der Beklagten zu 1 folgend, der Ziff. 3.2.2. (1) des Mandatsvertrags, daß im Transaktionsfalle die Berechnung der von den Anteilseignern anteilig zu zahlenden Vergütung nicht am Nominalwert der von diesen im Zeitpunkt der Transaktion gehaltenen Geschäftsanteile auszurichten ist, sondern daran, ob und inwieweit der jeweilige Anteilseigner an der konkret durchgeführten Transaktion beteiligt ist. Diese Auslegung beachtet nicht, wie die Revision zutreffend geltend macht, den Zusammenhang mit den anderen Bestimmungen der Erfolgshonorarklausel.

Danach bestimmt sich das Erfolgshonorar der Klägerin, gestaffelt in Prozentsätzen von 1,5 bis 4 v.H., nach dem getätigten Transaktionsvolumen, also im Verkaufsfalle nach der Höhe des bei der Veräußerung von Geschäftsanteilen der Beklagten zu 1 erzielten Kaufpreises. Dabei läßt sich Ziff. 3.2.2. (3) und (5) deutlich entnehmen, daß jedenfalls bei einer Übertragung der Mehrheit der Anteile - vorliegend deutlich über 90 v.H. - der angestrebte Transaktionsfall eingetreten, mithin die volle Vergütung, mindestens jedoch 350.000 DM, zu zahlen ist, ohne daß sich die Klägerin auf Verhandlungen über eine einvernehmliche Honorarreduzierung einlassen muß (vgl. insoweit Ziff. 3.3.2. (3) Satz 2 des Mandatsvertrags).

Würde man hier die Berechnung der von den Anteilseignern zu zahlenden Vergütung mit dem Berufungsgericht danach bestimmen, ob und in welcher Höhe der jeweilige Anteilseigner an der die Erfolgshonorarzahlungspflicht konkret auslösenden Transaktion beteiligt ist, so würde diese Art der Quote-lung immer dann, wenn nicht alle Geschäftsanteile übertragen werden, zu einer Reduzierung der der Klägerin aufgrund des Transaktionsvolumens an sich zustehenden Vergütung führen. Insbesondere könnte - wie hier - der Fall eintreten, daß trotz Übertragung der ganz überwiegenden Mehrheit der Anteile das Mindesthonorar von 350.000 DM nicht erreicht wird. Dieses Ergebnis stünde ersichtlich im Widerspruch zu dem Willen der Vertragsschließenden, die den Fall, daß möglicherweise nicht alle Anteile Gegenstand der angestrebten Transaktion sein werden, bedacht und geregelt haben.

b) Soweit das Berufungsgericht gemeint hat, vorliegend könne eine Unterschreitung des Mindesthonorars von 350.000 DM dadurch vermieden werden, daß bei Nichtbeteiligung eines Minderheitsanteilseigners an der Transaktion dieser rechnerische Anteil auf die übrigen Anteilseigner entsprechend ihrer quotalen Beteiligung an der Transaktion umgelegt werde, hat es unter Verstoß gegen anerkannte Auslegungsregeln der Ziff. 3.2.2. (1) einen möglichen Bedeutungsinhalt gegeben, der weder im Vertragswortlaut noch im Vorbringen der Parteien einen Anhalt findet (vgl. Senatsurteil vom 22. Juli 1999 - III ZR 304/98 - NJW-RR 1999, 1499, 1500).

2. Allerdings ist eine Verpflichtung der Beklagten zu 1, sich an der Zahlung des Erfolgshonorars zu beteiligen, deshalb zweifelhaft, weil fraglich ist, ob die Beklagte zu 1 als Anteilseigner im Sinne des Mandatsvertrags angesehen werden kann, so daß die Auslegung des Berufungsgerichts sich aus anderen Er-

wägungen als im Ergebnis zutreffend erweisen könnte. Da dieser Aspekt jedoch von den Parteien des Rechtsstreits und den Vorinstanzen bisher noch nicht in den Blick genommen worden ist, kommt insoweit eine eigene Auslegung durch den Senat nicht in Betracht.

a) Hinsichtlich der Geschäftsanteile, die eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung selbst hält, gelten Besonderheiten. Die Mitgliedschaftsrechte bezüglich dieser Anteile ruhen, solange sie sich in der Hand der Gesellschaft befinden. Der hierauf entfallende Gewinn steht den anderen Gesellschaftern zu (BGH, Urteil vom 30. Januar 1995 - II ZR 45/94 - NJW 1995, 1027, 1028). Diese Anteile unterliegen der Dispositionsbefugnis der anderen Gesellschafter; diese, nicht etwa die Geschäftsführer der Gesellschaft aus eigener Machtvollkommenheit haben darüber zu befinden, ob und an wen die eigenen Anteile der Gesellschaft übertragen werden (Scholz/H.P. Westermann, GmbHG, 9. Aufl., § 33 Rn. 38).

Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise sind mithin die eigenen Anteile der Gesellschaft den übrigen Gesellschaftern zuzurechnen.

b) Der Mandatsvertrag unterscheidet zwischen Zahlungspflichten der Gesellschaft einerseits, die insbesondere bezüglich des zu vergütenden Zeitaufwands für die Projektphasen 1 bis 4 bestehen (vgl. Ziff. 3.2.1.), und Zahlungspflichten der Anteilseigner bezüglich des Erfolgshonorars andererseits (Ziff. 3.2.2. (1)). In Ziff. 1 des Mandatsvertrags wiederum wird ausgeführt, daß die Geschäftsführung und die beiden Anteilseigner von L. beabsichtigen, strategisch wichtige Allianzen abzuklären. Diese Formulierung spricht dafür, daß unter den Anteilseignern im Sinne des Mandatsvertrags, entsprechend den

wirtschaftlichen Gegebenheiten, nur der Beklagte zu 2 und die Beklagte zu 3 zu verstehen sind.

c) Allerdings ist die Beklagte zu 1 dem Zahlungsbegehren der Klägerin allein mit dem Hinweis entgegengetreten, daß ihre eigenen Anteile nicht Gegenstand der Transaktion gewesen seien. Ihre Anteilseignerschaft als solche hat sie nicht in Abrede gestellt. Deshalb es ist möglich, daß die Vertragsschließenden übereinstimmend auch die Beklagte zu 1 als Anteilseigner im Sinne des Mandatsvertrags angesehen haben. Ein dahingehender übereinstimmender Parteiwille ginge dem Wortlaut und jeder anderen Interpretation vor (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juli 1998 - V ZR 74/97 - NJW 1998, 3196).

II.

Hilfsanspruch der Klägerin gegen den Beklagten zu 2 auf volle Zahlung des Mindesterfolgshonorars

Die Klägerin hat durch ihre Antragstellung (Hilfsantrag) deutlich zu erkennen gegeben, daß über eine außervertragliche Haftung des Beklagten zu 2 erst und nur dann entschieden werden soll, wenn ein vertraglicher Erfüllungsanspruch aus dem Mandatsvertrag nicht gegeben ist (eventuelle Klagenhäufung).

Die von der Klägerin ebenfalls angefochtene Entscheidung des Berufungsgerichts über den Hilfsantrag ist schon deshalb aufzuheben, weil die Abweisung des gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Hauptantrags keinen Be-

stand hat, mithin der Eintritt der prozessualen Bedingung dafür, daß über den Hilfsantrag entschieden werden darf, wieder offen ist. Hierbei ist ohne Bedeutung, daß infolge der teilweisen Nichtannahme der Revision die Abweisung der gegen die Beklagte zu 3 erhobenen Erfüllungsklage Rechtskraft erlangt hat. Denn eine Entscheidung über den insoweit einheitlichen Hilfsantrag darf, was das Berufungsgericht nicht anders gesehen hat, erst ergehen, wenn sich die ihm vorgehenden Hauptanträge gegen die Beklagte zu 1 und die Beklagte zu 3 insgesamt als erfolglos erwiesen haben.

B. Zur Anschlußberufung der Beklagten zu 1

1. Das Berufungsgericht verneint einen Anspruch der Klägerin auf Zahlung eines Zeithonorars von 12.380,47 DM für die in der Rechnung vom 16. April 1997 aufgeführten, nach Behauptung der Klägerin in der Zeit vom 1. Februar 1997 bis zum 19. März 1997 erbrachten Beratungsleistungen. Zur Begründung hat es ausgeführt: Nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme sei anlässlich eines im Dezember 1996 geführten Gesprächs vereinbart worden, daß die Klägerin der Beklagten zu 1 nur noch Honorare für solche Leistungen in Rechnung stellen dürfe, die Gegenstand dieser Besprechung gewesen seien. Dabei habe es sich nur um solche Leistungen gehandelt, die auf Januar 1997 terminiert gewesen seien. Solche Leistungen beinhalte die Rechnung vom 16. April 1997 nicht.

Diese Feststellung ist, wie die Revision zu Recht rügt, unter Verstoß gegen § 398 Abs. 1 ZPO getroffen worden.

2. Nach § 398 Abs. 1 ZPO steht es grundsätzlich im Ermessen des Rechtsmittelgerichts, ob es im ersten Rechtszug vernommene Zeugen erneut vernimmt. Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos. So ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das Berufungsgericht zur erneuten Vernehmung verpflichtet, wenn es die Glaubwürdigkeit eines in erster Instanz vernommenen Zeugen abweichend vom Erstrichter beurteilen will und es für diese Beurteilung auf den persönlichen Eindruck von dem Zeugen ankommt (vgl. Senatsurteile vom 16. Dezember 1999 - III ZR 295/98 - NJW-RR 2000, 432, 433 und das zur Veröffentlichung bestimmte Senatsurteil vom 8. November 2001 - III ZR 294/00 - m.w.N.). Des weiteren ist eine nochmalige Vernehmung geboten, wenn das Berufungsgericht die protokollierte Aussage eines Zeugen anders verstehen oder ihr ein anderes Gewicht beimessen will als die Vorinstanz (BGH, Urteil vom 2. Juni 1999 - VIII ZR 112/98 - NJW 1999, 2972, 2973 m.w.N.).

Nach diesen Maßstäben hätte das Berufungsgericht eine erneute Zeugenvernehmung durchführen müssen.

a) Das Berufungsgericht hat bei seiner Entscheidung maßgeblich auf die auf Nachfrage des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten zu 1 gegebene Antwort des Zeugen Dr. Z. abgestellt, daß in noch zu erstellenden Rechnungen der Klägerin nur solche "Aktivitäten" erfaßt werden sollten, die in der Besprechung im Dezember "angedacht und besprochen" worden seien. Für diese "Besuche im Januar" sollten Reisekosten und Honorar bezahlt werden.

Das Landgericht hat bei seiner Beweiswürdigung diese für die Entscheidung des Berufungsgerichts ausschlaggebende Passage der Aussage des - vom Landgericht für glaubwürdig gehaltenen - Zeugen Dr. Z. berücksichtigt. Es hat sich jedoch gleichwohl nicht in der Lage gesehen, sich von der Richtigkeit des Vorbringens der Beklagten zu 1, anlässlich der Besprechung im Dezember 1996 habe eine verbindliche Modifizierung der im Mandatsvertrag niedergelegten Honorarvereinbarung stattgefunden, zu überzeugen. Diese Diskrepanz in der Beurteilung der Aussage des Zeugen Dr. Z. ist nur dadurch erklärbar, daß das Landgericht die protokollierte Aussage anders verstanden hat oder aber, wie die Revision rügt, diese Aussage im Hinblick auf - die vom Berufungsgericht als "vage" bezeichneten - Angaben des Zeugen Dr. D., der eine derartige Zusage nicht bestätigt hat, anders gewichtet hat als das Oberlandesgericht.

b) Soweit das Berufungsgericht weiter die Aussage des Zeugen Dr. Z. "im Ergebnis" durch die Aussage des Zeugen G. v. W. bestätigt gesehen hat, hat es sich, wie die Revision zu Recht rügt, darüber hinweggesetzt, daß das Landgericht bereits für nicht gesichert gehalten hat, daß der Zeuge überhaupt an dem fraglichen Gespräch beteiligt war, und darüber hinaus Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Aussage geäußert hat.

C.

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

1. Die erneute Vernehmung der Zeugen Dr. Z. und Dr. D. ist nicht etwa deshalb entbehrlich geworden, weil der Zeuge G. v. W. mittlerweile verstorben und damit eine vollständige Wiederholung der erstinstanzlichen Beweiserhebung nicht mehr möglich ist.

2. Bezüglich der vom Berufungsgericht bisher noch nicht entschiedenen Frage, ob die Klägerin vom Beklagten zu 2 nach Ziff. 3.2.2. (1) und (3) des Mandatsvertrags ein anteiliges Erfolgshonorar verlangen kann, ist entgegen der Auffassung der Revisionsantwort des Beklagten zu 2 und der Beklagten zu 3 eine Klageabweisung nicht bereits wegen Fehlens der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform unumgänglich.

a) Allerdings enthält Ziff. 3.1. des Mandatsvertrags eine einem Makleralleinauftrag entsprechende Klausel, wonach die Auftraggeber der Klägerin nicht mehr frei darüber befinden konnten, bei der ins Auge gefaßten Entwicklung strategischer Allianzen zusätzlich Beratungsdienste anderer Unternehmen in Anspruch zu nehmen. Daraus folgt, daß, was im bisherigen Verlauf des Rechtsstreits nicht bedacht worden ist, der Mandatsvertrag nach § 34 Satz 1 GWB a.F. i.V.m. § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB a.F. der Schriftform bedurfte. Die Nichteinhaltung der Schriftform zog nach § 125 Satz 1 BGB die Nichtigkeit der vertraglichen Abreden nach sich (BGH, Beschluß vom 21. Februar 1995 - KZA 29/94 - NJW-RR 1998, 1260). Dabei ist unerheblich, daß das Schriftformerfor-

dernis durch das am 1. Januar 1999 in Kraft getretene Sechste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2521) ersatzlos entfallen ist. Der Wegfall des Formerfordernisses wirkte sich nur auf Verträge aus, die unter der Geltung des neuen Rechts abgeschlossen worden sind (BGH, Urteil vom 2. Februar 1999 - KZR 51/97 - NJW-RR 1999, 689).

b) Für die Frage, ob jemand eine Erklärung im eigenen oder (auch) im fremden Namen abgegeben hat, kommt es auf den objektiven Erklärungswert an. Hierbei sind außer dem Wortlaut der Erklärung alle Umstände zu berücksichtigen, die unter Beachtung der Verkehrssitte Schlüsse auf den Sinn der Erklärung zulassen. Ist jedoch - wie hier - gesetzlich die Schriftform vorgeschrieben, so ist diese nur gewahrt, wenn der solchermaßen ermittelte rechtsgeschäftliche Vertretungswille in der Urkunde, wenn auch nur unvollkommen, Ausdruck gefunden hat (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 1994 - Lw ZR 4/93 - NJW 1994, 1649, 1650 m.w.N.).

Zwar hat der Beklagte zu 2 den Mandatsvertrag mit dem einschränkenden, allein auf ein Handeln als Vertreter der Beklagten zu 1 hinweisenden Zusatz "für die L. Maschinenfabrik GmbH zum Zeichen des Einverständnisses mit diesem Mandatsvertrag" unterschrieben. Dies zwingt aber nur zu dem Schluß, daß jedenfalls ein Handeln des Beklagten zu 2 (auch) als Vertreter der Beklagten zu 3 von vornherein ausscheidet. Demgegenüber ist jedoch mit Rücksicht darauf, daß im Mandatsvertrag auch Pflichten der Gesellschafter bzw. der Anteilseigner geregelt werden und der Beklagte zu 2 selbst diesem Personen

kreis angehört hatte, eine Auslegung dahin möglich, daß er sich mit der Unterschriftsleistung auch selbst vertraglich binden wollte (vgl. RGZ 75, 1, 3 f).

Rinne

Wurm

Streck

Schlick

Dörr