

## M&A-Transaktionsberatung im Grenzbereich von Auftrag und Mäklervertrag Bundesgerichtsurteil 4A\_269/2017 vom 20. Dezember 2017 (BGE 144 III 43)

Mit Bemerkungen von Richard G. Allemann und Hans Caspar von der Crone\*

### Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte
  - 1. «Urteil und Teilurteil» des Kantonsgerichts Zug vom 8. April 2011
  - 2. Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 18. Oktober 2013
  - 3. Urteil des Bundesgerichts vom 20. Dezember 2017
- III. Bemerkungen
  - 1. Beratung bei M&A-Transaktionen
  - 2. Qualifikation des M&A-Beratungsvertrags
  - 3. Vorzeitige Kündigung und Erfolgshonorar
- IV. Schlussbemerkungen

### I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die C. AG bezweckt die Erbringung von Beratungs- und sonstigen Dienstleistungen im Bereich der Unternehmensübernahmen. A. war bis im Jahr 2013 Präsident des Verwaltungsrats und Aktionär der B. AG, die im Bereich der entgeltlichen Publikation von Stellenangeboten eine spezialisierte Suchmaschine betreibt. Am 30. April bzw. 4. Mai 2008 unterzeichneten A. und die B. AG als «Auftraggeber» sowie die C. AG als «exklusive[...] M&A Berater[in] im Zusammenhang mit dem Verkauf [...] der B. AG [...] (Projekt Curio)» eine schriftliche Mandatsvereinbarung. Darin verpflichtete sich die C. AG, die Auftraggeber beim Verkauf der B. AG allgemein zu beraten und zu unterstützen, u.a. durch die Analyse und Aufbereitung der Geschäftsdaten, die Kontaktaufnahme mit potentiellen Kaufinteressenten, die Evaluation der Offerten sowie die Mitarbeit beim Vollzug der Transaktion. Als Entschädigung vereinbarten die Parteien ein festes Bearbeitungshonorar von monatlich CHF 25 000. Für den Erfolgsfall – den Verkauf der Gesellschaft – wurde eine «Erfolgskommission» von CHF 170 000 vorgesehen, von der das bereits geleistete Bearbeitungshonorar in Abzug gebracht werden sollte. Ab einer Transaktionssumme von CHF 1 500 000 sollte sich die Erfolgskommission nochmals um einen in Prozenten der Transaktions-

summe berechneten «Incentive» erhöhen. Ferner wurde bestimmt, dass die Erfolgskommission auch dann geschuldet sei, wenn nach vorzeitiger Beendigung der Mandatsvereinbarung innert Jahresfrist ein Erfolgsfall eintrete.

Die C. AG erarbeitete zunächst verschiedene Dokumente für den Verkaufsprozess, darunter eine Verkaufsdokumentation und eine Bewertungsanalyse der B. AG. In der Folge kontaktierte sie die E. AG, welche am 20. Juni 2008 eine unverbindliche Offerte zur Übernahme der B. AG abgab. In verschiedenen Gesprächen gelang es, die E. AG zur Abgabe einer verbesserten, nach wie vor unverbindlichen Offerte zu veranlassen, worauf unter der Leitung der C. AG die *Due Diligence* durch die E. AG erfolgte. Im Zusammenhang mit der Offenlegung der Beteiligungsverhältnisse an der B. AG kam es dabei zu Meinungsverschiedenheiten zwischen A. und der C. AG. Am 10. August 2008 kündigte A. die Mandatsvereinbarung für sich und die B. AG per sofort. Am 16. Januar 2009 gab die E. AG bekannt, sie habe sich per Ende 2008 mit 20% an der B. AG beteiligt; bis 2013 sei die vollständige Übernahme geplant.

Am 9. Juni 2009 klagte die C. AG beim Kantonsgericht Zug gegen A. und die B. AG auf Bezahlung der Erfolgskommission, wobei sie im Sinne einer Stufenklage ein Auskunftsbegehren betreffend die Vereinbarungen mit der E. AG stellte und sich die definitive Bezifferung ihrer Forderung vorbehielt. Mit «Urteil und Teilurteil» vom 8. April 2011 hiess das Kantonsgericht die Klage im Wesentlichen gut und setzte der C. AG Frist, ihre Forderung nach der Edition zu beziffern. Mit Urteil vom 18. Oktober 2013 schützte das Obergericht des Kantons Zug die seitens der Beklagten erhobene Berufung teilweise, hob den vorinstanzlichen Entscheid in Bezug auf die Edition und die Fristansetzung auf und wies die Sache an das Kantonsgericht zurück. Am 18. August 2014 wies das Bundesgericht eine Beschwerde gegen die vom Obergericht bestätigten Dispositivziffern ab bzw. trat darauf nicht ein. In der Folge verpflichtete das Kantonsgericht die Beklagten mit Teilurteil vom 1. Februar 2016 zur Herausgabe verschiedener Dokumente. Dieser Entscheid wurde vom Obergericht am 29. März 2017 im Wesentlichen bestätigt, worauf A. und die B. AG mit Beschwerde in Zivilsachen erneut an das Bundesgericht gelangten. Dieses hiess die Beschwerde mit Entscheid vom 20. Dezember 2017 teilweise gut, hob die Urteile des Obergerichts vom 18. Oktober

\* RA M.A. HSG Richard G. Allemann und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <[www.rwi.uzh.ch/vdc](http://www.rwi.uzh.ch/vdc)>.

2013 und vom 29. März 2017 insoweit auf und wies die Sache an die Vorinstanz zurück.

## II. Erwägungen der Gerichte

### 1. «Urteil und Teilurteil» des Kantonsgerichts Zug vom 8. April 2011

Das Kantonsgericht erwog, die Vertragsqualifikation sei für das rechtliche Schicksal der Erfolgskommission von grundlegender Bedeutung. Eine vertragliche Regelung, wonach auch bei vorzeitiger Vertragsbeendigung im Erfolgsfall das gesamte (Erfolgs-)Honorar geschuldet ist, stelle im Auftragsrecht eine unzulässige Beschränkung des jederzeitigen Widerrufsrechts (Art. 404 Abs. 1 OR) dar. Dagegen sei das Erfolgshonorar beim Mäklervertrag auch geschuldet, wenn das Zielgeschäft nach einer vorzeitigen Vertragsauflösung zustande komme (Art. 413 Abs. 1 OR).<sup>1</sup> In der Folge qualifizierte es die Mandatsvereinbarung als *Mäklervertrag*. Die vereinbarten Dienstleistungen seien auf den Abschluss eines Kaufvertrags zwischen den Auftraggebern und einem Dritten gerichtet und erfolgten gegen Entgelt. Die C. AG beschränke sich nicht auf den Nachweis eines Kaufinteressenten, sondern sei vielmehr verpflichtet, den Abschluss der Transaktion zu fördern und die Verhandlungen über einen längeren Zeitraum aktiv zu unterstützen, was für Vermittlungsmäkelei spreche.<sup>2</sup> Auch die Honorarregelung, wonach sich die Vergütung im Erfolgsfall primär nach der Erfolgskommission berechne, sei typisch für den Mäklervertrag, woran das daneben vereinbarte, erfolgsunabhängige Fixhonorar nichts ändere. Mit der nochmaligen Erhöhung der Erfolgskommission ab einer bestimmten Transaktionssumme werde der erfolgsbedingte Charakter des Vertrags noch unterstrichen.<sup>3</sup>

Schliesslich erwog das Kantonsgericht, die Voraussetzungen für die Erfolgskommission seien vorliegend trotz der vorzeitigen Vertragsauflösung erfüllt, nachdem die C. AG motivierend auf den Kaufentscheid der E. AG eingewirkt habe und der Verkauf der B. AG innerhalb der vereinbarten Jahresfrist erfolgt sei. Damit sei der erforderliche psychologische Kau-

salzusammenhang zwischen Mäklertätigkeit und Abschluss des Zielgeschäfts (Art. 413 Abs. 1 OR) gegeben.<sup>4</sup>

### 2. Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 18. Oktober 2013

Das Obergericht teilte die Auffassung der Erstinstanz, dass die Vereinbarung eines auch im Erfolgsfall nach vorzeitiger Kündigung geschuldeten Erfolgshonorars im Auftragsrecht schlechthin ungültig sei.<sup>5</sup> Es qualifizierte die Mandatsvereinbarung jedoch als *gemischten Vertrag mit Elementen des Mäklervertrags und des einfachen Auftrags*.<sup>6</sup> Die Arbeiten der C. AG würden zwar zu den Merkmalen des Mäklervertrags passen, jedoch sei sie in ihrer Tätigkeit weisungsgebunden, was für den Mäklervertrag atypisch sei. Dies habe allerdings nicht zur Folge, dass die gesamte Mandatsvereinbarung den Art. 394 ff. OR unterstehe.<sup>7</sup> Die Parteien hätten die Höhe des Honoraranspruchs ausdrücklich und in erheblichem Umfang vom Verkauf der B. AG abhängig gemacht. Für diesen Erfolgsfall sollte sich die Vergütung in erster Linie nach der Erfolgskommission berechnen. Folglich beurteile sich die Entschädigungsregelung nach dem Mäklervertragsrecht; sie sei entsprechend gültig vereinbart worden (Art. 413 Abs. 1 OR).<sup>8</sup>

Mit Bezug auf die Voraussetzungen der Erfolgskommission bestätigte das Obergericht im Wesentlichen die kantonsgerichtlichen Erwägungen.<sup>9</sup>

### 3. Urteil des Bundesgerichts vom 20. Dezember 2017

#### 3.1 Qualifikation des Vertrags

Das Bundesgericht wiederum qualifizierte die Mandatsvereinbarung als *einfachen Auftrag*.<sup>10</sup> Es erwog, die vereinbarten Dienstleistungen zur umfassenden Unterstützung und Beratung der Auftraggeber beim Verkauf der B. AG würden über die blosser Vermittlung hinausgehen und sprächen daher gegen die Annahme eines Mäklervertrags. Dass die Leistungen einen bestimmten Erfolg – hier das Zustandekommen

<sup>1</sup> KGer ZG A2 2009 58 vom 8. April 2011, E. 5.

<sup>2</sup> KGer ZG A2 2009 58 vom 8. April 2011, E. 5.3.

<sup>3</sup> KGer ZG A2 2009 58 vom 8. April 2011, E. 5.5.

<sup>4</sup> KGer ZG A2 2009 58 vom 8. April 2011, E. 7.8.

<sup>5</sup> OGer ZG Z1 2011 19 vom 18. Oktober 2013, E. 4.1.

<sup>6</sup> OGer ZG Z1 2011 19 vom 18. Oktober 2013, E. 4.9.

<sup>7</sup> OGer ZG Z1 2011 19 vom 18. Oktober 2013, E. 4.4.

<sup>8</sup> OGer ZG Z1 2011 19 vom 18. Oktober 2013, E. 4.5.

<sup>9</sup> OGer ZG Z1 2011 19 vom 18. Oktober 2013, E. 5.

<sup>10</sup> BGE 144 III 43, E. 3.4.3.

der Transaktion – fördern sollen, sei geradezu typisch für den einfachen Auftrag und spreche als solches nicht für einen Mäklervertrag. Ferner sei der Mäkler im Gegensatz zum Beauftragten in der Organisation seiner Tätigkeit völlig frei. Entgegen der Vorinstanz stelle die Weisungsgebundenheit der C. AG nicht bloss ein untergeordnetes Element dar, sondern charakterisiere die Mandatsvereinbarung insgesamt.<sup>11</sup>

Im Übrigen sei die Erfolgskommission nicht, wie es für den rein erfolgsabhängigen Mäklerlohn typisch sei, in Abhängigkeit vom Verkaufspreis definiert. Vielmehr werde das Fixhonorar an die Erfolgskommission angerechnet, sodass sich das Gesamthonorar in Abhängigkeit vom Tempo erhöhe, in dem eine Transaktion zustande kommt. Nach 6,8 Monaten Tätigkeit erreiche das Fixhonorar die Erfolgskommission. Die Anwendung des Mäklervertragsrechts auf eine solche Entschädigungsregelung sei nicht sachgerecht. Daran ändere nichts, dass sich die Erfolgskommission mit dem «Incentive» – nun in Abhängigkeit von der Höhe des Verkaufspreises – nochmals erhöhe, wenn eine bestimmte Transaktionssumme überschritten werde. Dies sei vielmehr eine Erfolgsbeteiligung im Rahmen eines einfachen Auftrags.<sup>12</sup>

### 3.2 Voraussetzungen des Erfolgshonorars bei vorzeitiger Kündigung

Sodann erwog das Bundesgericht, in der Vereinbarung eines Erfolgshonorars liege grundsätzlich keine Umgehung des jederzeitigen Widerrufsrechts nach Art. 404 Abs. 1 OR. Denn wenn die Tätigkeit des Beauftragten zum Erfolg führe, sei das Mandat mit dem Erfolgseintritt beendet und ein späterer Widerruf wäre gegenstandslos. Habe dagegen der Beauftragte den Erfolg (noch) nicht erreicht, sei auch die Voraussetzung für das Erfolgshonorar nicht erfüllt und jenes daher nicht geeignet, das jederzeitige Beendigungsrecht in Frage zu stellen. Vor diesem Hintergrund genüge es allerdings nicht, dass die C. AG motivierend auf den Kaufentscheid der E. AG eingewirkt und den Verkauf der B. AG mitbeeinflusst habe. Es bedürfe vielmehr der Vorbereitung der Transaktion in den wesentlichen Teilen, quasi bis zur Unterschriftsreife. Diese Voraussetzung könne auch erfüllt sein, wenn die vom Beauftragten vorbereitete Transaktion nach

der Mandatsauflösung durch die Auftraggeber so abgeschlossen werde, wie sie vorbereitet wurde.<sup>13</sup>

Insofern stelle sich die Frage, ob die Beendigung zur Unzeit i.S.v. Art. 404 Abs. 2 OR erfolgt sei. Entgangener Gewinn sei darunter jedoch nur geschuldet, soweit der Beauftragte seinen Betrieb auf den gekündigten Auftrag ausgelegt und dafür andere Aufträge ausgeschlagen habe. Der entgangene Gewinn aus dem gekündigten Auftrag selbst sei ausnahmsweise geschuldet, wenn der Auftraggeber in einem Zeitpunkt kündige, in dem sämtliche Vorbereitungen für den erfolgreichen Abschluss geleistet seien und nur noch der Abschluss ausstehe. Darin liege ein treuwidriges Verhalten mit dem Zweck, die Voraussetzungen für das Erfolgshonorar zu vereiteln (vgl. Art. 156 OR).<sup>14</sup> Ob diese Voraussetzungen vorliegend gegeben waren, konnte das Bundesgericht aufgrund der Rückweisung an das Obergericht offen lassen.

### III. Bemerkungen

M&A-Transaktionen sind für die beteiligten Parteien regelmässig von grosser wirtschaftlicher und strategischer Bedeutung. Zugleich verfügen aber häufig weder der Verkäufer noch der Käufer über die notwendige Expertise oder personelle Kapazität, um die komplexen Herausforderungen des Transaktionsprozesses allein zu bewältigen,<sup>15</sup> was den Beizug erfahrener Spezialisten – nicht selten eines fachübergreifenden Projektteams von Investmentbanken, Wirtschaftsprüfern, Anwälten, Steuer- und Unternehmensberatern – erforderlich macht. Auch im vorliegenden Leitentscheid hatte sich das Bundesgericht mit den Dienstleistungen eines sogenannten M&A-Beraters zu befassen. Im Folgenden erfolgt zunächst ein rechtstatsächlicher Überblick über dessen Aufgaben im Transaktionsprozess (1.), bevor auf die Frage der Vertragsqualifikation (2.) und auf das Beendigungsregime, konkret auf das rechtliche Schicksal des Erfolgshonorars nach einer vorzeitigen Kündigung, (3.) eingegangen wird. Nicht behandelt wer-

<sup>13</sup> BGE 144 III 43, E. 3.4.4.

<sup>14</sup> BGE 144 III 43, E. 3.4.4.

<sup>15</sup> *Urs Schenker*, Unternehmenskauf. Rechtliche und Steuerliche Aspekte, Bern 2016, 62 f. Grössere Konzerne mit hoher Akquisitionsfrequenz verfügen indes häufig über eigene M&A-Abteilungen, vgl. dazu *Simon Meyer*, Vendor Due Diligence beim Unternehmenskauf. Begriff, Rechtsbezeichnungen, Haftung, Diss. Zürich 2013, N 71.

<sup>11</sup> BGE 144 III 43, E. 3.4.3.

<sup>12</sup> BGE 144 III 43, E. 3.4.3.

den die (ebenfalls publizierten) Erwägungen zum Informationsanspruch des Beauftragten.<sup>16</sup>

## 1. Beratung bei M&A-Transaktionen

Die Aufgabe eines M&A-Beraters besteht typischerweise darin, einen Käufer für ein bestimmtes Unternehmen oder (käuferseitig) ein passendes Akquisitionsobjekt zu finden.<sup>17</sup> Neben dieser Vermittlungstätigkeit wird er üblicherweise für weitere Beratungs- und Unterstützungsdienstleistungen mandatiert.<sup>18</sup> Auf der Verkäuferseite können seine Aufgaben – wie auch im vorliegenden Fall – relativ umfassend sein. Beim *Share Deal* im Auktionsverfahren reichen sie u.U. von der Planung der Verkaufsstrategie über die Durchführung der *Vendor Due Diligence*, das Verfassen des *Information Memorandum*, die Suche von Kaufinteressenten, die Unterstützung bei der Auswahl des Käufers, den Verhandlungen und dem Vertragsabschluss (*Signing*) bis hin zur Mitarbeit beim Vollzug (*Closing*).<sup>19</sup> Ob als M&A-Berater eine Investmentbank, eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft oder ein spezialisiertes Beratungsunternehmen beigezogen wird, hängt im Einzelfall von den Eigenschaften des betreffenden Unternehmens, der Branche und den Bedürfnissen der (Ver-)Käuferschaft ab.<sup>20</sup> Ist der Beizug weiterer Spezialisten erforderlich, übernimmt der M&A-Berater bisweilen auch die Leitung des Projektteams oder tritt gar in der Funktion eines «Generalunternehmers» auf, der je nach Bedarf weitere Be-

rater in eigenem Namen und auf eigene Rechnung engagiert.<sup>21</sup>

In der Vertragspraxis wird die Vergütung des M&A-Beraters meist in einen festen und einen erfolgsabhängigen Bestandteil unterteilt. Letzterer ist i.d.R. als Prozentsatz des Transaktionsvolumens ausgestaltet und wird mit dem erfolgreichen *Closing*, teils auch schon mit dem *Signing*, fällig.<sup>22</sup> Häufig wird vorgesehen, dass das Fixhonorar im Erfolgsfall an das Erfolgshonorar anzurechnen ist und dass letzteres auch nach einer vorzeitigen Kündigung geschuldet sein soll, wenn die Transaktion innert eines bestimmten Zeitraums dennoch zustande kommt<sup>23</sup> – so auch im vorliegenden Sachverhalt.

## 2 Qualifikation des M&A-Beratungsvertrags

### 2.1 Abgrenzung von Maklervertrag und einfachem Auftrag

#### 2.1.1 Maklervertrag als Unterart des einfachen Auftrags

Anders als im deutschen Recht, wo der Maklervertrag als eigenständiger Dienstleistungsvertrag konzipiert wurde (§§ 652 ff. BGB),<sup>24</sup> ist die Mäkelei in der Gesetzessystematik des OR als besonderes Auftragsverhältnis geregelt. Nach Art. 412 Abs. 2 OR steht der Maklervertrag «im allgemeinen unter den Vorschriften über den einfachen Auftrag», womit subsidiär die Art. 394 ff. OR zur Anwendung gelangen.<sup>25</sup> Über die Einordnung des Maklervertrags im Auftragsrecht fin-

<sup>16</sup> BGE 144 III 43, E. 4. Vgl. dazu Markus Vischer, Besprechung von BGER 4A\_269/2017 vom 20. Dezember 2017 (zur Publikation bestimmt), AJP 2018, 517–523, 522 f.

<sup>17</sup> Rudolf Tschäni/Hans-Jakob Diem/Matthias Wolf, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. Aufl., Zürich 2013, 2. Kap. N 31.

<sup>18</sup> Tschäni/Diem/Wolf, (Fn. 18), 2. Kap. N 31.

<sup>19</sup> Vgl. Romeo Cerutti, Zusammenarbeit zwischen Investmentbank und Rechtsanwalt, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions III, Zürich 2001, 29–49, 38 ff.; Tschäni/Diem/Wolf (Fn. 18), 2. Kap. N 31; Meyer (Fn. 16), N 71.

<sup>20</sup> Vgl. Meyer (Fn. 16), N 71; Cerutti (Fn. 20), 30, wonach eine Investmentbank typischerweise ab einem Verkaufsvolumen von CHF 50 Mio. eingeschaltet wird.

<sup>21</sup> Urs Schenker, Die Haftung des Beraters bei M&A Transaktionen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XII, Zürich 2010, 183–213, 186. Als «Generalunternehmerin» hatte sich vorliegend offenbar auch die C. AG beschrieben, OGer ZG Z1 2011 19 vom 18. Oktober 2013, E. 4.3.

<sup>22</sup> Cerutti (Fn. 20), 37.

<sup>23</sup> Schenker (Fn. 16), 66; Tschäni/Diem/Wolf (Fn. 18), 2. Kap. N 33; Cerutti (Fn. 20), 37.

<sup>24</sup> Dazu Herbert Roth, in: Franz Jürgen Säcker et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5/2, §§ 651a–704 BGB, 7. Aufl., München 2017, N 23 ff. zu § 652. Bereits im römischen Recht wurde die Mäkelei als eigenständiges Institut aufgefasst, vgl. Ulpian, Dig. 50, 14. Dazu Eugen Bucher, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988, 236.

<sup>25</sup> Vgl. auch Art. 394 Abs. 2 OR.

det sich in den Materialien nichts.<sup>26</sup> *Bucher* mutmasst, dass sie praktische Gründe hatte und man sich vom Bestreben leiten liess, für den neuen Vertragstypus – der Mäklervertrag wurde erst mit der Revision von 1911 ins OR aufgenommen<sup>27</sup> – keinen eigenen Titel eröffnen zu müssen.<sup>28</sup> Dies, obwohl sich der Gesetzgeber materiell offenkundig von der deutschen Regelung hatte inspirieren lassen.<sup>29</sup>

Die Unterstellung unter das Auftragsrecht wird im Schrifttum teils nach wie vor kritisiert, mit der Begründung, zahlreiche Vorschriften würden nicht auf den Mäklervertrag passen.<sup>30</sup> Das Bundesgericht spricht diese Kritik zwar nicht offen aus, legt Art. 412 Abs. 2 OR aber dahingehend aus, dass die Art. 394 ff. OR jeweils nur zur Anwendung gelangen, «soweit diese mit den Besonderheiten des Mäklervertrags vereinbar sind».<sup>31</sup> Sonderrecht, auch ungeschriebenes (Art. 1 Abs. 2 ZGB), geht vor.<sup>32</sup>

### 2.1.2 Erfolgsgerichtetheit im Allgemeinen

Dass die Erfolgsgerichtetheit des Vertrags als solche kein taugliches Abgrenzungsmerkmal ist nimmt das Bundesgericht vorliegend gleich selbst vorweg. Es führt zwar aus: «Charakteristisch für den Mäklervertrag ist [...] der Erfolg»,<sup>33</sup> fügt jedoch einige Erwägungen später bei: «Dass die Leistungen des Beauftragten den Erfolg eines vom Auftraggeber angestrebten Zieles fördern sollen und diesem dienen, ist geradezu typisch für den einfachen Auftrag; diese Interessenlage macht den Vertrag nicht zum Mäklervertrag».<sup>34</sup> Dies bedeutet umgekehrt nicht, dass der Erfolg bei der Abgrenzung der beiden Vertragstypen nicht hilfreich ist. Vielmehr verdeutlicht er das Spek-

trum der Dienstleistungsverträge:<sup>35</sup> Beim Werkvertrag wird ein Werk, mithin ein bestimmter Erfolg, geschuldet,<sup>36</sup> beim Auftrag hingegen nur ein sorgfältiges Tätigwerden im Interesse des Auftraggebers, also ein Wirken auf den Erfolg hin nach den Regeln der Kunst.<sup>37</sup> Diese beiden Pole werden im französischsprachigen Schrifttum mit der vielzitierten Dichotomie von *Obligations de résultat* und *Obligations de moyens* umschrieben.<sup>38</sup> Dazwischen ist der Mäklervertrag angesiedelt: Bei diesem ist der Erfolg – der Abschluss des Zielgeschäfts – zwar wie beim einfachen Auftrag nicht geschuldet. Dessen Eintritt bildet aber, ähnlich wie beim Werkvertrag (Art. 372 Abs. 1 OR), Bedingung des Vergütungsanspruchs.<sup>39</sup> Mit dem Mäklerlohn soll also der Erfolg des Mäklers und nicht etwa der von ihm betriebene Aufwand vergütet werden.<sup>40</sup>

### 2.1.3 Pflichten des Dienstleistungserbringers

#### (1) Vereinbarte Dienstleistungen

Durch den Mäklervertrag erhält der Mäkler den Auftrag, Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrags zu vermitteln (Art. 412 Abs. 1 OR). Das Zielgeschäft kann sich auf verschiedenste Objekte beziehen, z.B. auf Grundstücke, Mietobjekte, Hypothekarkredite oder Unternehmen.<sup>41</sup> Die Tätigkeit des Nachweismäklers beschränkt sich auf die Bekanntgabe von Abschluss-

<sup>26</sup> Zur Entstehungsgeschichte eingehend *Georg Gautschi*, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar, Bd. VI, 2. Abt., 5. Teilbd., Art. 407–424 OR, Bern 1964, N 1a ff. zu Vorbem. Art. 412 ff.

<sup>27</sup> *Gautschi* (Fn. 27), N 1b zu Vorbem. Art. 412 ff.

<sup>28</sup> *Bucher* (Fn. 25), 236.

<sup>29</sup> *Gautschi* (Fn. 27), N 1b m.H. auf die Materialien.

<sup>30</sup> *Heinrich Honsell*, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil, 10. Aufl., Zürich 2017, 374; *Bucher* (Fn. 25), 236; *Bruno von Büren*, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil, Zürich 1972, 203.

<sup>31</sup> Z.B. BGE 144 III 43, E. 3.1.; 139 III 217, E. 2.3.; 110 II 276, E. 2a.

<sup>32</sup> Zum Ganzen *Alfred Koller*, Dienstleistungsverträge – Begriff, Arten, rechtliche Grundlagen, AJP 2014, 1627–1635, 1632 f.

<sup>33</sup> BGE 144 III 43, E. 3.1.1.

<sup>34</sup> BGE 144 III 43, E. 3.4.3.

<sup>35</sup> Vgl. *Arnold F. Rusch*, Erfolgsbezug bei Werkvertrag und Auftrag, BJM 2013, 285–304, 286 ff.

<sup>36</sup> *Claire Huguenin*, Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 3122; *Theo Guhl/Alfred Koller*, in: Theo Guhl et al., Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000, § 47 N 2.

<sup>37</sup> *Honsell* (Fn. 31), 303; *Walter Fellmann*, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar, Bd. VI, 2. Abt., 4. Teilbd., Art. 394–406 OR, Bern 1992, N 97 ff. zu Art. 394.

<sup>38</sup> Statt aller *Pierre Engel*, Contrats de droit suisse, 2. Aufl., Bern 2000, 431.

<sup>39</sup> *Caterina Ammann*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 2 zu Art. 413; *Pierre Tercier/Laurent Bieri/Blaise Carron*, Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Zürich 2016, N 4972; *Gautschi* (Fn. 27), N 3a ff. zu Art. 412.

<sup>40</sup> BGE 138 III 669, E. 3.1.

<sup>41</sup> *Huguenin* (Fn. 37), N 3340; *Ammann* (Fn. 40), N 4 zu Art. 412; *Tschäni/Diem/Wolf* (Fn. 18), 2. Kap. N 31.

gelegenheiten, während der Vermittlungsmäkler auf den Abschluss des Zielgeschäfts aktiv hinwirkt.<sup>42</sup>

Demgegenüber verpflichtet sich der Beauftragte durch die Annahme eines einfachen Auftrags, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR). Darunter kann eine breite Palette an Dienstleistungen fallen,<sup>43</sup> u.a. auch die Beratung im Zusammenhang mit einer M&A-Transaktion. Auch die Unterstützung einer Partei bei der Suche nach einem Vertragspartner und beim Vertragsabschluss lässt sich u.U. als einfachen Auftrag qualifizieren.<sup>44</sup>

Unter dem Gesichtspunkt der geschuldeten Dienstleistungen lassen sich Mäklervertrag und einfacher Auftrag also nicht ohne weiteres unterscheiden. Immerhin sprechen laut Bundesgericht Tätigkeiten, die über die Vermittlung hinausreichen oder dafür nicht erforderlich sind, wie namentlich die Beratung, für das Überwiegen auftragsrechtlicher Elemente.<sup>45</sup> So erwog es auch vorliegend, dass die umfassende Beratung und Unterstützung bei der Planung, Vorbereitung und Durchführung der Transaktion eine Qualifikation als Mäklervertrag ausschliesse.<sup>46</sup> Die C. AG habe sich auch zu Leistungen verpflichtet, die für die Vermittlung eines Käufers nicht erforderlich seien, wie etwa die Unterstützung beim Vollzug der Transaktion.<sup>47</sup> Tatsächlich haben Dienstleistungen wie die Strategieentwicklung, die *Vendor Due Diligence* oder die Unternehmensbewertung i.d.R. im Verhältnis zur Vermittlung eines Käufers nicht rein akzessorischen Charakter. Vielmehr hat der Unternehmenseigner an diesen Dienstleistungen oft ein selbständiges Interesse, beschaffen sie ihm doch zunächst einmal eine umfassende Informationsbasis für den Verkaufsentscheid und ermöglichen ihm nötigenfalls, das Unternehmen

vorgängig auf Vordermann zu bringen.<sup>48</sup> Dies erhöht den Unternehmenswert und führt im Idealfall zu einem höheren Verkaufspreis. Insoweit erscheint die Anwendung des Auftragsrechts sachgerecht. Ein gewisser Interpretationsspielraum ergibt sich dabei aus dem vom Bundesgericht aufgestellten Kriterium der Erforderlichkeit der Dienstleistung für die Vermittlung: Muss diese für die Unternehmensvermittlung geradezu unerlässlich sein oder reicht es, wenn sie das Zustandekommen der Transaktion wesentlich fördert? Im Zweifelsfall sollte diesbezüglich auf die Interessenlage des Auftraggebers abgestellt werden, die im Wege der Vertragsauslegung zu ermitteln ist.

Ob beim M&A-Beratungsvertrag aufgrund der auftragsrechtlichen Elemente von einem gemischten Vertrag oder aber von einem einfachen Auftrag auszugehen ist, wird nachfolgend separat geprüft.<sup>49</sup>

## (2) Pflicht zum Tätigwerden

Im Gegensatz zum Beauftragten hat der Mäkler nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich keine Pflicht zum Tätigwerden.<sup>50</sup> In der Lehre wird in diesem Zusammenhang teils von einer blossen Obliegenheit ausgegangen<sup>51</sup> bzw. von der «Doppelbedingtheit» des Mäklervertrags gesprochen,<sup>52</sup> weil das Entstehen des Vergütungsanspruchs neben dem Zustandekommen des Zielgeschäfts zunächst einmal vom Willen des Mäklers abhängig ist, überhaupt eine Tätigkeit zu entfalten. Die fehlende Verpflichtung zum Tätigwerden widerspiegelt die gesetzgeberische Annahme, dass die Erfolgsbedingtheit des Mäklerlohns genügenden Anreiz zum Tätigwerden schafft<sup>53</sup> und das *Agency-Problem*<sup>54</sup> insofern

<sup>42</sup> BGE 144 III 43, E. 3.1.1. Im Schrifttum hat sich zusätzlich die Zwischenstufe des Zuführungsmäklers herausgebildet, der den Interessenten nicht nur nachweisen, sondern auch zuführen muss. Vgl. *Ammann* (Fn. 40), N 1 zu Art. 412 m.w.H.

<sup>43</sup> *Rolf H. Weber*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 7 zu Art. 394.

<sup>44</sup> Vgl. *Josef Hofstetter*, *Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag*, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht. Besondere Vertragsverhältnisse*, Bd. VII/6, Basel/Genf/München 2000, 171.

<sup>45</sup> BGE 144 III 43, E. 3.1.2; 124 III 155, E. 2b.

<sup>46</sup> BGE 144 III 43, E. 3.4.3.

<sup>47</sup> BGE 144 III 43, E. 3.4.2.

<sup>48</sup> Dazu *Mariel Hoch Classen/Peter Ch. Hsu/Katja Roth Pellanda*, *Due Diligence und Vertrag*, in: Daniel Dédeyan et al. (Hrsg.), *Vertrauen – Vertrag – Verantwortung. Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag*, Zürich/Basel/Genf 2007, 345 f.; *Schenker* (Fn. 16), 94.

<sup>49</sup> Hinten III.2.2.1.

<sup>50</sup> BGE 144 III 43, E. 3.1.1; 84 II 521, E. 2d.

<sup>51</sup> *Huguenin* (Fn. 37), N 3366; *Hofstetter* (Fn. 45), 170; *von Büren* (Fn. 31), 203.

<sup>52</sup> *Gautschi* (Fn. 27), N 11b zu Art. 412; *Hofstetter* (Fn. 45), 171.

<sup>53</sup> *Bucher* (Fn. 25), 235; *Ammann* (Fn. 40), N 7 zu Art. 412; *Hofstetter* (Fn. 45), 170.

<sup>54</sup> Grundlegend *Michael C. Jensen/William H. Meckling*, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure*, *Journal of Financial Economics* 3 (1976), 305–360, 308 f.

bereits hinreichend gelöst ist. Diese Regelung ist allerdings dispositiver Natur, und die Parteien können dem Mäkler durchaus spezifische Pflichten überbinden.<sup>55</sup> Eine Verpflichtung zum Tätigwerden wird insbesondere bei Vorliegen einer Exklusivitätsklausel angenommen.<sup>56</sup>

Auch dieses Kriterium wird in isolierter Betrachtung vielfach kaum zu einem eindeutigen Qualifikationsresultat führen, dürften die Parteien doch regelmässig eine Verpflichtung zum Tätigwerden vereinbaren. Auch vorliegend hatten die Parteien eine Exklusivitätsabrede getroffen,<sup>57</sup> womit der verpflichtende Charakter zur Vertragsqualifikation von vornherein nicht herangezogen werden konnte.

### (3) Standards für das Tätigwerden

Die Dienstleistungsverträge des Besonderen Teils des OR unterscheiden sich wesentlich in Bezug auf ihre inhaltliche Bestimmtheit bzw., in ökonomischer Terminologie, ihre Vollständigkeit.<sup>58</sup> Beim Werkvertrag ist die Hauptleistungspflicht der vertraglich vereinbarte Erfolg, der sich *ex ante* zumeist relativ präzise bestimmen lässt.<sup>59</sup> Unvollständig ist der Werkvertrag entsprechend primär in Bezug auf die Nebenleistungspflichten, deren Inhalt häufig erst im Verlauf der Vertragsabwicklung deutlich wird. Am anderen Ende des Spektrums steht der Auftrag, bei dem sich auch die Hauptleistungspflicht – das Wirken auf den Erfolg hin – vielfach im voraus nicht genau bestimmen bzw. nicht mit allen Eventualitäten vertraglich regeln lässt.<sup>60</sup> Der meist definierbare Erfolg bildet da-

gegen, wie bereits erläutert, nicht Vertragsbestandteil.<sup>61</sup>

Mit zunehmender Unvollständigkeit eines Dienstleistungsvertrags kommt den Sorgfalts- und Treuepflichten sowie der Weisungsgebundenheit des Dienstleistungserbringers eine grössere Bedeutung zu. Beim Auftrag gelten sie umfassend für das Tätigwerden des Beauftragten (Art. 397 f. OR) und sind insoweit Bestandteil der Hauptleistungspflicht.<sup>62</sup> Beim Werkvertrag sind die Sorgfalts- und Treuepflichten immerhin für die Nebenleistungspflichten massgeblich (Art. 364 Abs. 1 OR), nicht hingegen für das Tätigwerden und den Erfolg.<sup>63</sup> Diesbezüglich finden sie sich nur *ex post* in der Gestalt der Gewährleistung. Weisungen des Bestellers braucht der Unternehmer nach der dispositiven Regelung nicht zu beachten, da es seine Sache ist, zu bestimmen, auf welche Art und Weise er den Erfolg erreicht.<sup>64</sup>

Beim Mäklervertrag geht das Bundesgericht als Ausfluss der fehlenden Verpflichtung von der «völligen Freiheit» des Mäklers in der Organisation seiner Tätigkeit aus.<sup>65</sup> Er kann von denjenigen Mitteln Gebrauch machen, die ihm am geeignetsten erscheinen.<sup>66</sup> Daraus wird trotz der Verweisung von Art. 412 Abs. 2 OR auf Art. 397 f. OR gemeinhin der Umkehrschluss gezogen, dass er an die Weisungen des Auftraggebers nicht gebunden ist<sup>67</sup> und für ihn die Sorgfalts- und Treuepflichten nur in abgeschwächtem

<sup>55</sup> Ammann (Fn. 40), N 7 zu Art. 412 OR; Hofstetter (Fn. 45), 170.

<sup>56</sup> BGE 144 III 43, E. 3.1.1; 103 II 129, E. 3.

<sup>57</sup> BGE 144 III 43, Sachverhalt A.

<sup>58</sup> Unvollständige Verträge zeichnen sich dadurch aus, dass wesentliche Teile der geschuldeten Leistungen *ex ante* nicht vollständig definiert und erst im Verlauf der Vertragsabwicklung (*ex post*) bestimmt werden können. Dazu grundlegend Sanford J. Grossmann/Oliver D. Hart, *The Costs and Benefits of Ownership. A Theory of Vertical and Lateral Integration*, Journal of Political Economy 94 (1986), 691–719, 695 ff. Im Kontext der Dienstleistungsverträge bereits Felix Buff/Hans Caspar von der Crone, *Zwingende Natur von Art. 404 OR*, SZW 86 (2014), 332–343, 337.

<sup>59</sup> Alfred Koller, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), *Berner Kommentar*, Bd. VI, 2. Abt., 3. Teilbd., 1. Unterteilbd., Art. 363–366 OR, Bern 1964, N 67 zu Art. 363.

<sup>60</sup> Fellmann (Fn. 38), N 92 zu Art. 394; Buff/von der Crone (Fn. 59), 337; Hofstetter (Fn. 45), 38.

<sup>61</sup> Vgl. vorn III.2.1.2.

<sup>62</sup> Fellmann (Fn. 38), N 97 ff. zu Art. 394; Honsell (Fn. 31), 347 f.

<sup>63</sup> Huguenin (Fn. 37), N 3143; Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Bertrand G. Schott, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 1 zu Art. 364.

<sup>64</sup> Alfred Koller, *Schweizerisches Werkvertragsrecht*, Zürich/St. Gallen 2015, N 146. Wenn das Gesetz in Art. 369 OR von Weisungen spricht, so sind damit entweder konsensuale Vertragsänderungen oder aber vertraglich vorbehaltene Erfolgskonkretisierungen gemeint. Funktionelle Ähnlichkeit mit einer Weisung weist immerhin die Abmahnung nach Art. 366 Abs. 2 OR auf, deren Missachtung den Unternehmer aber lediglich zur Ersatzvornahme berechtigt.

<sup>65</sup> BGE 144 III 43, E. 3.1.1; 84 II 521, E. 2d.

<sup>66</sup> BGE 84 II 521, E. 2d.

<sup>67</sup> BGE 144 III 43, E. 3.4.3; Gautschi (Fn. 27), N 8c zu Art. 412; Ammann (Fn. 40), N 7 zu Art. 412; Peter R. Burkhalter, in: Jolanta Kren Kostkiewicz et al. (Hrsg.), *Orell Füssli Kommentar*, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, N 9 zu Art. 412.

Mass gelten.<sup>68</sup> Laut Bundesgericht ist der Mäkler auch nicht verpflichtet, vor dem Tätigwerden die Meinung des Auftraggebers einzuholen, denn «[c]e qui intéresse ce dernier, c'est uniquement le résultat».<sup>69</sup> Dies bedingt allerdings, dass sich der Erfolg ähnlich wie beim Werkvertrag im voraus mit hinreichender Bestimmtheit definieren lässt, was zumindest bei der Nachweismäkelei häufig möglich ist. Wird der Erfolg nicht präzise umschrieben, z.B. wenn bei der Vermittlungsmäkelei für den anvisierten Kaufvertrag anstelle eines genau bestimmten Preises (wie im Regelfall) nur ein Mindestpreis oder gar keine Preisvorstellungen vereinbart wurden, kompensieren die Sorgfalts- und Treuepflichten die diesbezügliche Unvollständigkeit des Vertrags dahingehend, dass sich der Mäkler für das bestmögliche Zielgeschäft, d.h. für einen möglichst hohen Verkaufspreis einsetzen muss.<sup>70</sup> Aus der fehlenden Verpflichtung zum Tätigwerden lässt sich nicht *in maiore minus* ableiten, dass den Mäkler keine Sorgfalts- oder Treuepflichten treffen: Entscheidet er sich zum Tätigwerden, muss er das (Vermögens-)Interesse des Auftraggebers wahren,<sup>71</sup> konkret also die sich ergebenden Opportunitäten für den Abschluss des Zielgeschäfts bestmöglich nutzen. Die Bindung des Mäklers an die Treuepflicht wird für den Fall der Doppelmäkelei bereits ausdrücklich in Art. 415 OR vorgesehen, gilt aber nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung generell für den Mäkler.<sup>72</sup> So hat er z.B. vertrauliche Informationen des Auftraggebers geheim zu halten<sup>73</sup> und ihn über wichtige Umstände, etwa die mangelnde Liquidität eines Kaufinteressenten, zu informieren.<sup>74</sup> Auch wenn diese Sorgfalts- und Treuepflichten nicht ganz so weit gehen wie beim einfachen Auftrag, ist er in seiner Tätigkeit jedenfalls nicht «völlig frei», wie das Bundesgericht vorliegend etwas gar pauschal ausführt.<sup>75</sup> Zutreffend ist umgekehrt, dass der Mäkler, ähnlich wie der Unternehmer,

keine (einseitigen) Weisungen des Auftraggebers zu beachten hat, was im Vergleich zum Auftrag ein eindeutiges Abgrenzungsmerkmal bildet.

## 2.1.4 Vergütung

### (1) Entgeltlichkeit des Vertrags

Beim einfachen Auftrag ist eine Vergütung gemäss Art. 394 Abs. 3 OR nur zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist. Dagegen stellt die Bezahlung einer Vergütung beim Mäklervertrag einen objektiv wesentlichen Punkt dar (Art. 412 Abs. 1 OR).<sup>76</sup> Damit ist die Entgeltlichkeit des Vertrags zwar ein eindeutiges Merkmal für die Vertragsqualifikation. Sie scheidet aber als Abgrenzungskriterium immer dann aus, wenn die Parteien eine Vergütung vereinbart haben, was in der Praxis den Regelfall bildet.

### (2) Erfolgsbasierte Vergütungsform

Idealtypisch erfolgt die Vergütung des Mäklers in Form eines Erfolgshonorars: «Der Mäklerlohn ist verdient, sobald der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Mäklers zustande gekommen ist» (Art. 413 Abs. 1 OR). Dabei handelt es sich um einen suspensiv bedingten Vergütungsanspruch (vgl. Art. 151 Abs. 1 OR), wobei gemeinhin von einer Potestativbedingung ausgegangen wird, da der Abschluss des Zielgeschäfts vom Willen des Auftraggebers abhängt.<sup>77</sup> Dass der Mäklerlohn typischerweise nur im Erfolgsfall verdient ist, schliesst nicht aus, dass dem Mäkler auch für den Fall des Nichtzustandekommens des Zielgeschäfts in Form einer Provisionsgarantie der volle oder teilweise Lohn zugesichert wird,<sup>78</sup> was allerdings voraussetzt, dass der Mäkler effektiv tätig geworden ist.<sup>79</sup> Umgekehrt geht das Bundesgericht davon aus, dass sich eine Tätigkeit, bei welcher das Entgelt erfolgsunabhängig geleistet wird, z.B. bei einer Bemessung nach Zeitaufwand, nicht als Mäklervertrag qualifizieren lässt.<sup>80</sup> Dies überzeugt in all jenen Fällen, wo sich die Vergütung ausschliesslich nach den Bemühungen des Mäk-

<sup>68</sup> BGE 124 III 481, E. 3a; *Theo Guhl/Anton K. Schnyder*, in: *Theo Guhl et al., Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 9. Aufl., Zürich 2000, § 50 N 25; *Gautschi* (Fn. 27), N 1a.

<sup>69</sup> BGE 84 II 521, E. 2d.

<sup>70</sup> BGE 83 II 147.

<sup>71</sup> BGer 4A\_683/2011 vom 6. März 2012, E. 7.2; *Huguenin* (Fn. 37), N 3367; *Burkhalter* (Fn. 68), N 2 zu Art. 415.

<sup>72</sup> BGE 106 II 224, E. 4.

<sup>73</sup> *Hofstetter* (Fn. 45), 180; *Huguenin* (Fn. 37), N 3367.

<sup>74</sup> BGE 110 II 276, E. 2a.

<sup>75</sup> Kritisch auch *Vischer* (Fn. 17), 520.

<sup>76</sup> *Gautschi* (Fn. 27), N 2a zu Art. 412; *Honsell* (Fn. 31), 375.

<sup>77</sup> *Hofstetter* (Fn. 45), 171; *Ammann* (Fn. 40), N 2 zu Art. 412.

<sup>78</sup> BGE 131 III 268, E. 5.1.2; *Tercier/Bieri/Carron* (Fn. 40), N 4975; *Hofstetter* (Fn. 45), 181.

<sup>79</sup> *Ammann* (Fn. 40), N 13 zu Art. 413.

<sup>80</sup> BGE 131 III 268, E. 5.1.2; BGer 4C.328/2006 vom 16. Oktober 2007, E. 3.2. Wohl auch BGE 144 III 43, E. 3.4.3 («rein erfolgsbedingt»).

lers bzw. überhaupt nicht nach dem Erfolg richtet, denn diesfalls fehlt es an der für die Mäkelei charakteristischen Erfolgsbedingtheit schlechthin. Anders verhält es sich, wenn der Mäkler vertraglich zum Tätigwerden verpflichtet ist und sich die Vergütung sowohl aus erfolgsbasierten als auch aus fixen Komponenten zusammensetzt, letzteren im Verhältnis zu ersteren aber nur eine geringfügige Bedeutung zukommt. Diesfalls überwiegt die Erfolgsbedingtheit, und dem Fixhonorar kommt wirtschaftlich eine ähnliche Funktion zu wie der Provisionsgarantie. Besonders deutlich wird die Nähe zur Provisionsgarantie, wenn die Parteien darüber hinaus noch vereinbaren, dass das Fixhonorar im Erfolgsfall an das Erfolgshonorar anzurechnen ist. Insoweit muss die Vergütung also nicht «rein erfolgsbedingt» erfolgen,<sup>81</sup> was in der Lehre teils auch mit einer extensiven Auslegung von Art. 413 Abs. 3 OR begründet wird, wonach der Aufwendungsersatz nicht nur Auslagenersatz, sondern auch ein angemessenes Arbeitsentgelt umfassen kann.<sup>82</sup>

Beim einfachen Auftrag wiederum erfolgt die Vergütung grundsätzlich unabhängig vom Erfolg der Tätigkeit.<sup>83</sup> Indes kann dem Erfolg bei der Honorarbemessung auch im Rahmen eines einfachen Auftrags Rechnung getragen werden; auch ein rein erfolgsbasiertes Honorar ist möglich.<sup>84</sup>

Haben die Parteien ein ausschliessliches Erfolgshonorar oder eine Mischung von fixen und erfolgsbasierten Vergütungskomponenten vereinbart, ist die Vergütungsform als solche demnach kein verlässliches Abgrenzungskriterium. Anders verhält es sich, wie gesehen, wenn das Honorar überhaupt oder überwiegend nicht erfolgsbasiert ist. Vorliegend hebt das Bundesgericht denn auch zu Recht hervor, dass gemäss Mandatsvereinbarung zwar das bereits erbrachte Fixhonorar an die Erfolgskommission anzurechnen ist, das Fixhonorar aber bereits nach 6,8 Monaten Tätigkeit die Erfolgskommission erreicht.<sup>85</sup> An der für den Mäklervertrag erforderlichen Erfolgsbedingtheit überhaupt hätte es also stets dann gefehlt, wenn im Verkaufszeitpunkt der genannte Zeitraum bereits

abgelaufen und der Mindestverkaufspreis nicht erreicht worden wäre. Es sei denn, dieses Szenario sei gänzlich unwahrscheinlich, ist die Schlussfolgerung des Bundesgerichts, der «Incentive» sei lediglich «eine Art der Erfolgsbeteiligung im Auftrag»,<sup>86</sup> durchaus nachvollziehbar.

Etwas gar kategorisch erscheint hingegen die Erwägung, die Erfolgskommission sei vorliegend nicht – wie es für den Mäklerlohn typisch sei – in Abhängigkeit vom Verkaufspreis definiert, was gegen das Vorliegen eines Mäklervertrags spreche.<sup>87</sup> Die Berechnungsweise des Erfolgshonorars kann für die Abgrenzung von Auftrag und Mäklervertrag nicht relevant sein. Es darf bei beiden Vertragstypen entweder in Form eines Pauschallohns oder als Provision (Prozentvergütung) ausgestaltet werden.<sup>88</sup> Daran ändert auch nichts, dass die Provision in der Mäklervertragspraxis die häufigere Vergütungsform ist, denn ausschlaggebend ist einzig die Erfolgsbedingtheit der Vergütung.

## 2.2 Methodische Bemerkungen zur Vertragsqualifikation

### 2.2.1 Absorptionstheorie

Das Bundesgericht hält sich mit Äusserungen methodischer Natur zur Vertragsqualifikation im Allgemeinen zurück. Auch vorliegend wird lediglich ersichtlich, dass es sich bei der Vertragsqualifikation um einen zweistufigen Vorgang handelt, wonach zunächst der Vertragsinhalt im Wege der Auslegung zu ermitteln und dieser sodann rechtlich zu qualifizieren ist.<sup>89</sup> Dass die Vertragsqualifikation von Amtes wegen vorzunehmende Rechtsanwendung ist (vgl. Art. 57 ZPO) und somit als solche dem Parteiwillen entzogen bleibt, ist heute unumstritten.<sup>90</sup>

Auch bei den Innominatverträgen hat sich das Bundesgericht nie ausdrücklich zu einer der im

<sup>81</sup> So aber BGE 144 III 43, E. 3.4.3.

<sup>82</sup> *Gautschi* (Fn. 27), N 7c zu Art. 413. A.M. etwa *Bucher* (Fn. 25), 237.

<sup>83</sup> BGE 144 III 43, E. 3.1.2; 131 III 268, E. 5.1.

<sup>84</sup> *Fellmann* (Fn. 38), N 453 ff. zu Art. 394. Zur Vereinbarkeit mit dem Anwaltsrecht BGE 143 III 600.

<sup>85</sup> BGE 144 III 43, E. 3.4.2 und 3.4.3.

<sup>86</sup> BGE 144 III 43, E. 3.4.3.

<sup>87</sup> BGE 144 III 43, E. 3.4.3.

<sup>88</sup> *Gautschi* (Fn. 27), N 2a ff. zu Art. 413; *Ammann* (Fn. 40), N 1 zu Art. 413.

<sup>89</sup> BGE 144 III 43, E. 3.3.

<sup>90</sup> Statt aller *Peter Jäggi/Peter Gauch/Stephan Hartmann*, in: *Jörg Schmid* (Hrsg.), *Zürcher Kommentar, Obligationenrecht*, Art. 18 OR, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 241 zu Art. 18 m.H. auf die Rechtsprechung.

Schrifttum postulierten Theorien<sup>91</sup> bekannt. Für gemischte Verträge hält es in konstanter Rechtsprechung dafür, dass ausgehend vom Schwerpunkt des Vertrags jede Streitfrage einzeln entsprechend den auf sie je zutreffenden Gesetzesvorschriften beantwortet werden müsse,<sup>92</sup> was an sich im Einklang mit der h.L.<sup>93</sup> eine Absage an die Absorptionstheorie impliziert. Wenn das Bundesgericht indes Verträge, die neben der «klassischen» Vermittlungstätigkeit noch weitere über die Vermittlung hinausreichende Dienstleistungen umfassen, ungeachtet der mäklervertragsrechtlichen Elemente gesamthaft dem Auftragsrecht unterstellen will,<sup>94</sup> so läuft dies im Ergebnis aber gerade auf eine Anwendung der Absorptionstheorie hinaus. Dies erscheint zumindest bei M&A-Beratungsverträgen unpassend, zumal die Vermittlungstätigkeit bei diesen i.d.R. nicht bloss untergeordneter Natur ist.<sup>95</sup> Insofern ist also fraglich, ob die Annahme eines gemischten Vertrags mit Elementen des Mäklervertrags und des einfachen Auftrags nicht sachgerechter wäre.<sup>96</sup>

Daneben ist jedoch im Einzelfall zu prüfen, ob die Weisungsgebundenheit des M&A-Beraters den Vertrag dennoch «insgesamt» zu charakterisieren vermag.<sup>97</sup> Vorliegend hat das Bundesgericht die Mandatsvereinbarung zu Recht gesamthaft dem Auftragsrecht unterstellt, da die C. AG auch bezüglich der eigentlichen Vermittlungstätigkeit weisungsgebunden war.<sup>98</sup>

## 2.2.2 Wertende Zuordnung statt Subsumtion

Bemerkenswert ist vorliegend, dass die drei befassten Instanzen je zu unterschiedlichen Qualifikationsergebnissen gelangt sind.<sup>99</sup> Diese Diskrepanz ist primär darauf zurückzuführen, dass sich bei verwandten Vertragstypen mitunter nur schwerlich (Tatbestands-) Elemente identifizieren lassen, die eine eindeutige Zuordnung ermöglichen. Als Folge der dispositiven Natur sind vielerorts Abweichungen vom gesetzlich vorgesehenen Standardprogramm möglich, womit zwischen den Idealtypen ein Kontinuum entsteht.<sup>100</sup> Erschwerend kommt der fehlende *Numerus clausus* hinzu, wodurch bei Abweichungen stets auch Innominatverträge in Betracht zu ziehen sind. Sodann lassen sich aber auch tatbestands- und rechtsfolgende Elemente nicht konsequent trennen. Vorliegend stellt sich in der Argumentation der Vorinstanzen etwa die Frage, ob die Vereinbarung eines vollen Erfolgshonorars für den nach vorzeitiger Kündigung eintretenden Erfolgsfall nun ein typenbestimmendes Begriffselement des Mäklervertrags darstellt (Art. 413 Abs. 1 OR)<sup>101</sup> oder aber im Gegenteil das Auftragsrecht als Rechtsfolge der jederzeitigen Kündbarkeit (Art. 404 Abs. 1 OR) deren Nichtigkeit anordnet.

Insofern liegt die methodische Herausforderung der Vertragsqualifikation darin, dass sie keine Subsumtion im strengen Sinne erlaubt. Letztere erfordert, dass sich der Tatbestand durch hinreichend bestimmte Merkmale abschliessend definieren lässt,<sup>102</sup> was auf Typen gerade nicht zutrifft, die lediglich durch leitende Gesichtspunkte oder charakteristische Züge beschrieben werden können.<sup>103</sup> Folglich bedeutet Vertragsqualifikation immer bloss wertende

<sup>91</sup> Vgl. *Honsell* (Fn. 31), 30 f.; *Claire Huguenin/Tina Purtschert*, in: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 184–318 OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 28 zu Vorbem. Art. 184 ff.

<sup>92</sup> BGE 144 III 43, E. 3.1.3; 131 III 528, E. 7.1; 118 II 157, E. 3a.

<sup>93</sup> *Walter R. Schlupe*, Innominatverträge, in: Frank Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht. Besondere Vertragsverhältnisse, Bd. VII/2, Basel/Stuttgart 1979, 801; *Jäggi/Gauch/Hartmann* (Fn. 91), N 629 zu Art. 18; *Guhl/Koller* (Fn. 37), § 40 N 24.

<sup>94</sup> BGE 144 III 43, E. 3.1.2 und 3.4.3; vgl. vorn III.2.1.3(1).

<sup>95</sup> Im Ergebnis gleich *Tschäni/Diem/Wolf* (Fn. 18), 2. Kap. N 33.

<sup>96</sup> Differenzierend *Schenker* (Fn. 16), 66 und 89, der den M&A-Beratungsvertrag gesamthaft dem Auftragsrecht unterstellt, zumindest aber auf das Erfolgshonorar das Mäklervertragsrecht analog anwendet.

<sup>97</sup> BGE 144 III 43, E. 3.4.3.

<sup>98</sup> BGE 144 III 43, E. 3.4.3.

<sup>99</sup> Vgl. vorn II.

<sup>100</sup> *Felix Dasser*, Vertragstypenrecht im Wandel, Habil. Zürich 2000, N 39 ff. und 209.

<sup>101</sup> So etwa BGer 4C.328/2006 vom 16. Oktober 2007, E. 3.2 («Die Erfolgsbedingtheit des Honoraranspruchs ist nicht bloss Rechtsfolge der Qualifikation [...] als Mäklervertrag, sondern Begriffsmerkmal des Mäklervertrags»).

<sup>102</sup> *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 1995, 95.

<sup>103</sup> *Schlupe* (Fn. 94), 790; *Larenz/Canaris* (Fn. 103), 95; vgl. auch *Arnold Koller*, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Diss. Freiburg 1967, 25.

Zuordnung aufgrund einer Gesamtbetrachtung.<sup>104</sup> Dieser Vorgang ist anfällig für die in der Verhaltensökonomie untersuchten *Cognitive biases*,<sup>105</sup> namentlich für den sogenannten *Confirmation bias*.<sup>106</sup> Demnach tendiert der Rechtsanwender (unbewusst) dazu, die Elemente des zu qualifizierenden Vertrags so zu sehen, dass er die Merkmale eines für die rechtliche Zuordnung anvisierten Vertragstyps erfüllt.<sup>107</sup> Zirkulär schliesst er von den Merkmalen des anvisierten Vertragstyps auf die Eigenart des zu beurteilenden Vertrags, welche er wiederum benützt, um den Vertrag dem anvisierten Typ zuzuordnen.<sup>108</sup> Verlässlich wird der Qualifikationsvorgang bei verwandten Vertragstypen vor diesem Hintergrund erst, wenn sich eine Reihe hinreichend bestimmter Merkmale erstellen lässt, die für sich oder zumindest in der Summe eine eindeutige Zuordnung ermöglichen.

### 2.3 Zwischenfazit

Lässt sich der Unternehmenseigner vom M&A-Berater gegen Entgelt die Identifikation eines oder mehrerer Kaufinteressenten und die Unterstützung beim Abschluss des Unternehmenskaufvertrags versprechen, so ist bei der Vertragsqualifikation in erster Linie auf die Weisungsgebundenheit des Beauftragten bzw. die entsprechende Freiheit des Mäklers in seiner Tätigkeit abzustellen. Soll der Berater im Zusammenhang mit der anvisierten Transaktion ein ganzes Bündel von (Beratungs-)Dienstleistungen erbringen, so

ist massgeblich, ob dieser an jenen ein selbständiges wirtschaftliches Interesse hat. Dies schliesst allerdings die Annahme eines gemischten Vertrags nicht von vornherein aus. Die Erfolgsbedingtheit des Honorars schliesslich ist nur (aber immerhin) dann ein eindeutiges Abgrenzungskriterium, wenn die Vergütung überhaupt oder überwiegend nicht erfolgsbasiert erfolgt.

## 3. Vorzeitige Kündigung und Erfolgshonorar

### 3.1 Jederzeitiges Kündigungsrecht

Gemäss Art. 404 Abs. 1 OR kann der einfache Auftrag «von jedem Teile jederzeit widerrufen oder gekündigt werden». Das jederzeitige Widerrufs- bzw. Kündigungsrecht ist nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwingender Natur und darf vertraglich nicht eingeschränkt werden.<sup>109</sup> Trotz der anhaltenden Kritik an dieser Rechtsprechung lehnt der Bundesrat eine Revision von Art. 404 Abs. 1 OR ab und hat dem Parlament die Abschreibung einer entsprechenden Motion beantragt.<sup>110</sup> Art. 404 Abs. 1 OR gilt über die Verweisung von Art. 412 Abs. 2 OR grundsätzlich auch für den Mäklervertrag.<sup>111</sup>

Die Möglichkeit der jederzeitigen Kündbarkeit wirft die Frage nach den Beendigungsfolgen auf. Vorliegend betrifft dies das Schicksal des Erfolgshonorars für den Fall, dass der Vertrag vor dem Erfolgseintritt gekündigt wird.

### 3.2 Vorzeitige Kündigung und transaktions-spezifische Investitionen

Die gehörige Leistungserbringung kann den Dienstleistungserbringer zu Dispositionen zwingen, die in ihrer Funktion auf einen bestimmten Vertrag zugeschnitten sind und sich nicht oder nur beschränkt alternativ einsetzen lassen.<sup>112</sup> Solche Dispositionen werden in der ökonomischen Literatur gemeinhin als

<sup>104</sup> *Schlupe* (Fn. 94), N 790; *Larenz/Canaris* (Fn. 103), 95 («An der Stelle des Urteils, dass die im Tatbestand angegebenen Merkmale [...] vorliegen, steht das Urteil, dass der zu beurteilende Sachverhalt einem anderen, zweifelsfrei so zu beurteilenden in den für die Beurteilung massgebenden Hinsichten gleichliegt oder nahekommt.»)

<sup>105</sup> Grundlegend *Amos Tversky/Daniel Kahneman*, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, *Science* (New Series) 185 (1974), 1124–1131, *passim*; *Christine Jolls/Cass R. Sunstein/Richard H. Thaler*, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in: Cass R. Sunstein (Hrsg.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge 2000, 13–58.

<sup>106</sup> Dazu *Joshua Klayman*, *Varieties of Confirmation Bias*, in: *Jerome Busemeyer/Reid Hastie/Douglas L. Medin* (Hrsg.), *Decision Making From a Cognitive Perspective*, New York 1995, 385–418, 386.

<sup>107</sup> Im Ansatz bereits *Peter Gauch*, *Das gesetzliche Vertragstypenrecht der Schuldverträge*, in: *Friedrich Harrer/Wolfgang Portmann/Roger Zäch* (Hrsg.), *Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme*, Festschrift für Heinrich Honnell, Zürich 2002, 3–27, 9.

<sup>108</sup> *Gauch* (Fn. 108), 9.

<sup>109</sup> Vgl. *Buff/von der Crone* (Fn. 59), 334 ff. m.H.

<sup>110</sup> Bericht vom 25. Oktober 2017 zur Abschreibung der Motion *Barthassat* 11.3909 «Artikel 404 OR. Anpassung an die Erfordernisse des 21. Jahrhunderts», BBl 2017, 7431–7434, 7434.

<sup>111</sup> BGE 103 II 129, E. 1; 100 II 361, E. 3d.

<sup>112</sup> *Hans Caspar von der Crone*, *Rahmenverträge – Vertragsrecht, Systemtheorie und Ökonomie*, Habil. Zürich 1993, 254.

transaktionsspezifische Investitionen bezeichnet.<sup>113</sup> Den vollen Ertrag werfen sie nur ab, wenn sie im Rahmen des Vertrags eingesetzt werden können, für den sie getätigt wurden.<sup>114</sup> So können bei der M&A-Beratung beispielsweise die Arbeiten im Zusammenhang mit der *Due Diligence* oder der Unternehmensbewertung i.d.R. nur für Transaktionen verwendet werden, die auch das betreffende Unternehmen zum Gegenstand haben.

Tätigt eine Partei im Verlauf der Vertragsabwicklung transaktionsspezifische Investitionen, und werden diese nicht zeitgleich ihrem Wert entsprechend vergütet, erhöht dies die Kosten einer vorzeitigen Kündigung für die investierende Partei. Diese Problematik verschärft sich, wenn die Vergütung vertraglich bis zum Erreichen gewisser Meilensteine aufgeschoben wird, im Extremfall, wenn sie nur im Erfolgsfall verdient ist. Denn wird der Vertrag vorzeitig beendet, müsste der entsprechende Arbeitseinsatz ersatzlos abgeschlossen werden. Damit kann eine Verlagerung der Verhandlungsmacht einhergehen (sog. *Hold-up*-Situation).<sup>115</sup> Realistisch erscheint die beidseitige jederzeitige Kündbarkeit des Auftrags vor diesem Hintergrund nur, wenn beide Parteien die Kosten einer vorzeitigen Beendigung des Vertrags zu gleichen oder zumindest ähnlichen Teilen tragen.<sup>116</sup>

### 3.3 Investitionsausgleich beim Mäklervertrag

Wie gesehen, ist die Vergütung beim Mäklervertrag typischerweise erst bei Abschluss des Zielgeschäfts geschuldet,<sup>117</sup> womit sich bei einer vorzeitigen Vertragsauflösung die Problematik der transaktionsspezifischen Investitionen in besonderem Masse stellt. Der Gesetzgeber hat dies erkannt und spricht dem Mäkler den vollen Mäklerlohn zu, wenn das Zielgeschäft «infolge» seiner Tätigkeit zustande gekommen ist (Art. 413 Abs. 1 OR), selbst wenn der Mäklerver-

trag inzwischen gekündigt wurde.<sup>118</sup> Insofern besteht der Lohnanspruch trotz gekündigtem Auftrag fort,<sup>119</sup> ohne dass dazu ein Rückgriff auf Art. 156 OR erforderlich wäre.<sup>120</sup> Vorausgesetzt wird nach der Rechtsprechung ein psychologischer Kausalzusammenhang zwischen Mäklertätigkeit und Abschluss des Zielgeschäfts,<sup>121</sup> wobei erstere nicht den überwiegenden oder gar ausschliesslichen Grund für letzteren gesetzt zu haben braucht. Es reicht, wenn die Mäklertätigkeit mitbestimmend war,<sup>122</sup> bei der Vermittlungsmäkelei etwa, wenn der Mäkler die Verhandlungen begonnen hat, obwohl der Auftraggeber schliesslich (nach der Kündigung) den wesentlichen Teil der Verhandlungen allein geführt hat.<sup>123</sup> Das ansonsten für die Prüfung von Kausalzusammenhängen herangezogene Kriterium der Adäquanz kommt nicht zum Einsatz.<sup>124</sup>

Bei der Vermittlungsmäkelei dürfte diese Rechtsprechung regelmässig zu einer Überkompensation des gekündigten Mäklers zu führen, zumal das Erfolgshonorar auch Investitionen vergütet, die der Mäkler wegen der vorzeitigen Beendigung tatsächlich nicht getätigt hat. Ein Abzug der infolge der vorzeitigen Beendigung erzielten Einsparungen ist nicht vorgesehen. Der Erfolgseintritt hängt beim Mäklervertrag zwar inhärent von Faktoren ab, die ausserhalb des Einflussbereichs des Mäklers liegen, namentlich dem Willen des Auftraggebers zum Abschluss des vermittelten Zielgeschäfts.<sup>125</sup> Das diesbezügliche Risiko einer Unterkompensation ist aber i.d.R. bereits in Form einer Prämie im Mäklerlohn einkalkuliert und ändert nichts daran, dass der Mäkler im Erfolgsfall nach einer vorzeitigen Kündigung auch für tatsächlich nicht getätigte Investitionen (über-)kompensiert wird. Das Bundesgericht korrigiert diese

<sup>113</sup> Dazu grundlegend *Oliver E. Williamson*, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York 1985, 52 ff.

<sup>114</sup> *Williamson* (Fn. 114), 52 ff.

<sup>115</sup> *Buff/von der Crone* (Fn. 59), 341. Zur *Hold-Up*-Situation allgemein *Williamson* (Fn. 114), 47.

<sup>116</sup> *Buff/von der Crone* (Fn. 59), 341.

<sup>117</sup> Vgl. vorn III.2.1.4(2).

<sup>118</sup> BGE 97 II 355, E. 3; 57 II 187, E. 2 («Der Mäkler [...] darf nicht um die Früchte seiner [...] Bemühungen gebracht werden, auch wenn der ihm gegenüber einseitig erklärte Widerruf nicht zur Unzeit erfolgt ist»); *Hofstetter* (Fn. 45), 173; *Burkhalter* (Fn. 68), N 16 zu Art. 413.

<sup>119</sup> *Bucher* (Fn. 25), 238; *Gautschi* (Fn. 27), N 8d zu Art. 413; *Ammann* (Fn. 40), N 10 zu Art. 413.

<sup>120</sup> A.M. offenbar *Gautschi* (Fn. 27), N 8d zu Art. 413.

<sup>121</sup> BGE 84 II 542, E. 5; 76 II 378, E. 3; BGer 4A\_683/2011 vom 6. März 2012, E. 7.2.

<sup>122</sup> BGE 84 II 542, E. 5; *Hofstetter* (Fn. 45), 176; *Guhl/Schneider* (Fn. 69), § 50 N 21.

<sup>123</sup> BGE 72 II 421, E. 3; *Ammann* (Fn. 40), N 8 zu Art. 413.

<sup>124</sup> *Tercier/Bieri/Carron* (Fn. 40), N 4989.

<sup>125</sup> Vgl. *Honsell* (Fn. 31), 377.

Rechtslage immerhin für den Fall, dass nach der Kündigung ein weiterer Makler engagiert wird: Diesfalls soll jedem Makler nur ein seinem individuellen Anteil am Erfolg entsprechender Teilbetrag zustehen.<sup>126</sup>

Soweit der Makler vor der Kündigung nur eine geringfügige Tätigkeit entfaltet hat und in der Folge kein weiterer Makler engagiert wird, kann sich aus dem Kriterium des psychologischen Kausalzusammenhangs und der daraus entstehenden Überkompensation des Mäklers eine Erschwerung des freien Kündigungsrechts ergeben, das wie gezeigt auch beim Mäklervertrag gilt. Dies wird von Rechtsprechung und Lehre aber hingenommen,<sup>127</sup> was wohl wiederum mit den «Besonderheiten des Mäklervertrags»<sup>128</sup> zu begründen ist. Insofern weist das Beendigungsregime von Art. 413 Abs. 1 OR Ähnlichkeiten mit jenem des Werkvertrags auf, wonach der Unternehmer beim vorzeitigen Rücktritt des Bestellers Anspruch auf volle Schadloshaltung, mithin das positive Vertragsinteresse hat (Art. 377 OR).

### 3.4 Investitionsausgleich beim Auftrag

#### 3.4.1 Dispositive Regelung

Das Auftragsrecht wiederum kennt bei vorzeitiger Kündigung nur beschränkte Möglichkeiten zur Entschädigung transaktionsspezifischer Investitionen. Eine Kompensation ist nur vorgesehen, wenn die Auflösung des Vertragsverhältnisses zur Unzeit erfolgt (Art. 404 Abs. 2 OR), der gekündigten Partei mithin «besondere Nachteile» verursacht.<sup>129</sup> Art. 404 Abs. 2 OR gewährt für diese besonderen Nachteile Schadenersatz, wobei richtigerweise nur durch die zeitliche Inopportunität der Kündigung entstandene Schadenspositionen zu ersetzen sind.<sup>130</sup> Das Bundesgericht und die wohl h.L. verstehen darunter das negative Vertragsinteresse,<sup>131</sup> welches immerhin dann entgangenen Gewinn umfasst, wenn der Beauftragte seinen Betrieb auf einen bestimmten, in der Folge zur Unzeit

gekündigten Auftrag auslegt und daher andere Aufträge ausschlagen muss.<sup>132</sup> Ein solcher Anspruch ist allerdings häufig mit Beweisschwierigkeiten verbunden, womit unter Art. 404 Abs. 2 OR nur selten eine adäquate Kompensation erhältlich sein dürfte.

Das Bundesgericht anerkennt diese Problematik vorliegend nur (aber immerhin) für den Extremfall des erfolgsbasierten Honorars, wenn der Auftrag unmittelbar vor dem Erfolgseintritt gekündigt wird: «Der entgangene Gewinn aus dem gekündigten Auftrag selbst ist ausnahmsweise geschuldet, wenn der Auftraggeber den Auftrag in einem Zeitpunkt kündigt, in dem sämtliche Vorbereitungen für den erfolgreichen Abschluss geleistet sind und nur noch der erfolgreiche Abschluss aussteht.»<sup>133</sup> Der analogen Anwendung von Art. 413 Abs. 1 OR bzw. des Kriteriums des psychologischen Kausalzusammenhangs<sup>134</sup> erteilt das Bundesgericht eine klare Absage.<sup>135</sup> Vorliegend bedurfte es demnach der Vorbereitung der Transaktion «quasi bis zur Unterschriftenreife»,<sup>136</sup> sodass sie «ohne Weiterungen» von den Auftraggebern erfolgreich abgeschlossen werden konnte.<sup>137</sup>

Zur Begründung beruft sich das Bundesgericht auf Art. 156 OR und damit auf den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Die Kündigung kurz vor dem Erfolgseintritt stelle ein treuwidriges Verhalten dar, mit dem Zweck, die Voraussetzungen für das Erfolgshonorar zu vereiteln.<sup>138</sup> Aus ökonomischer Warte wird damit die Situation erfasst, dass der Auftraggeber die vorn erläuterte *Hold-up*-Situation maximal zu seinen Gunsten ausnutzt. In dogmatischer Hinsicht ist festzuhalten, dass in diesem Zusammenhang nicht von entgangenem Gewinn – jetzt als Unterfall des positiven Vertragsinteresses – gesprochen werden kann, fingiert Art. 156 OR doch gerade den Eintritt der Bedingung, womit das Erfolgshonorar streng genommen trotz aufgelöstem Auftrag weiterhin als Erfüllungs- und nicht als Scha-

<sup>126</sup> BGE 72 II 421, E. 3; *Guhl/Schnyder* (Fn. 69), § 50 N 21; *Burkhalter* (Fn. 68), N 12 zu Art. 412. Kritisch *Bucher* (Fn. 25), 238.

<sup>127</sup> BGE 97 II 355, E. 3; 57 II 187, E. 2; *Ammann* (Fn. 40), N 10 und 13 zu Art. 413.

<sup>128</sup> Vgl. vorn III.2.1.1.

<sup>129</sup> BGE 110 II 380, E. 4b; 106 II 157, E. 2c.

<sup>130</sup> *Buff/von der Crone* (Fn. 59), 340.

<sup>131</sup> BGE 144 III 43, E. 3.4.4; 110 II 380, E. 4b; *Honsell* (Fn. 31), 364; *Fellmann* (Fn. 38), N 72 zu Art. 404; *Guhl/Schnyder* (Fn. 69), § 49 N 31.

<sup>132</sup> BGE 144 III 43, E. 3.4.4.

<sup>133</sup> BGE 144 III 43, E. 3.4.4.

<sup>134</sup> Eine solche befürwortend *Schenker* (Fn. 16), 89.

<sup>135</sup> BGE 144 III 43, E. 3.4.4, wonach es nicht genüge, dass die C. AG «motivierend auf den Kaufentscheid der E. AG eingewirkt und den erfolgreichen Verkauf dadurch wesentlich mitbeeinflusst» habe.

<sup>136</sup> BGE 144 III 43, E. 3.4.4.

<sup>137</sup> BGE 144 III 43, E. 3.5.

<sup>138</sup> BGE 144 III 43, E. 3.4.4.

denersatzanspruch geschuldet ist.<sup>139</sup> Nicht einschlägig ist dabei die (umstrittene) Lehrmeinung, wonach Art. 156 OR auf Potestativbedingungen keine Anwendung finde.<sup>140</sup> Denn vereitelt wird durch die Kündigung nicht der Vertragsabschluss durch den Auftraggeber, sondern die (stillschweigende) Bedingung der fortbestehenden Rechtsgrundlage des Honoraranspruchs.

Obwohl die Parteien vorliegend ausdrücklich vereinbart hatten, dass die Erfolgskommission auch bei einem Erfolgseintritt innert Jahresfrist seit der vorzeitigen Vertragsauflösung geschuldet sein würde, dürften die Erwägungen des Bundesgerichts auch Geltung beanspruchen, wenn der Vertrag keine entsprechende Klausel vorsieht, denn Art. 156 OR ist zwingender Natur.

### 3.4.2 Vertragliche Ausgleichsklauseln

Fraglich bleibt damit, ob die Parteien für den Erfolgsfall nach einer vorzeitigen Kündigung differenzierte Regelungen treffen dürfen, unabhängig davon, ob die Kündigung zur Unzeit erfolgt. So wird in der Praxis häufig vereinbart, dass das volle Erfolgshonorar dem M&A-Berater auch dann zustehen soll, wenn seine Tätigkeit für den Verkauf – wie bei Art. 413 Abs. 1 OR – lediglich mitbestimmend war. Bei Exklusivitätsabreden finden sich regelmässig Klauseln, wonach das Erfolgshonorar innerhalb eines bestimmten Zeitraums nach der Kündigung bedingungslos geschuldet sein soll, ungeachtet des konkreten Beitrags des M&A-Beraters oder dessen Konnex zum erfolgreichen Abschluss der Transaktion.<sup>141</sup>

Dazu muss der Kontext von Art. 404 Abs. 1 OR beachtet werden. Nach der Rechtsprechung darf das freie Kündigungsrecht nicht indirekt, etwa durch Konventionalstrafen, beschränkt werden. Eine unzulässige Beschränkung wird gemeinhin angenommen,

wenn trotz vorzeitiger Auftragsbeendigung das ganze Honorar geschuldet sein soll.<sup>142</sup> Das Bundesgericht führt vorliegend zwar aus, dass in der Vereinbarung eines erfolgsabhängigen Honorars grundsätzlich keine Umgehung des jederzeitigen Widerrufsrechts liege.<sup>143</sup> Denn wenn «die Tätigkeit des Beauftragten den angestrebten Erfolg (noch) nicht erreicht hat, so ist auch die Voraussetzung für die erfolgsabhängige Honorierung nicht erfüllt und die Vereinbarung des Erfolgshonorars für diesen – nicht verwirklichten – Fall [...] nicht geeignet, die sofortige Beendigung [...] durch den Auftraggeber in Frage zu stellen».<sup>144</sup> Anders dürfte es sich *e contrario* dann verhalten, wenn das ganze Erfolgshonorar bedingungslos geschuldet sein soll, obwohl der Beauftragte lediglich einen geringfügigen Beitrag zur erfolgreichen Transaktion geleistet hat. Diesfalls würde der Beauftragte mit Zuspicherung des vollen Erfolgshonorars für seine transaktionsspezifischen Investitionen wesentlich überkompensiert, was eine übermässige Erschwerung des jederzeitigen Kündigungsrechts des Auftraggebers bedeuten würde. Eine solche Vereinbarung hätte insofern Strafcharakter.<sup>145</sup>

Umgekehrt darf es den Parteien nicht verwehrt sein, für den Erfolgsfall nach vorzeitiger Kündigung eine anteilmässige Beteiligung am Erfolgshonorar zu vereinbaren, die mehr oder minder den tatsächlich geleisteten Investitionen entspricht, auch wenn die Kündigung nicht zur Unzeit erfolgt ist.<sup>146</sup> Eine solche Regelung erachtete das Bundesgericht in einem unpublizierten Entscheid aus dem Jahr 2012 zu Recht als zulässig.<sup>147</sup> Dort legte es die in einem auf zehn Jahre angelegten Anlagevertrag enthaltene Klausel, wonach das vereinbarte Erfolgshonorar auch bei vorzeitiger Kündigung geschuldet sein würde, dahingehend aus, dass diesfalls das als Erfolg definierte Anlageziel und entsprechend auch das Erfolgshonorar *pro rata temporis* zu reduzieren seien.<sup>148</sup> Eine unzulässige Beschränkung von Art. 404 Abs. 1 OR liege nicht vor, denn mit einer solchen Regelung werde «lediglich erreicht, dass der Auftraggeber bei vorzeitigem Vertragsrücktritt nicht besser gestellt ist, als

<sup>139</sup> Vgl. *Andreas von Tuhr/Arnold Escher*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 2, 3. Aufl., Zürich 1974, 273; *Felix R. Ehrat/Markus Widmer*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 9 zu Art. 156.

<sup>140</sup> Etwa *Katja Roth Pellanda*, in: *Andreas Furrer/Anton K. Schnyder* (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Art. 184–318 OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genève 2016, N 3 zu Art. 156. A.M. *Ehrat/Widmer* (Fn. 140), N 3 zu Art. 156.

<sup>141</sup> Zur Vertragspraxis *Tschäni/Diem/Wolf* (Fn. 18), 2. Kap. N 33.

<sup>142</sup> *Weber* (Fn. 44), N 13 zu Art. 404.

<sup>143</sup> BGE 144 III 43, E. 3.4.4.

<sup>144</sup> BGE 144 III 43, E. 3.4.4.

<sup>145</sup> Dazu BGE 109 II 462, E. 4a; *Fellmann* (Fn. 38), 77.

<sup>146</sup> *Buff/von der Crone* (Fn. 59), 341.

<sup>147</sup> BGer 4A\_427/2011 vom 29. November 2011, E. 6.2.

<sup>148</sup> BGer 4A\_427/2011 vom 29. November 2011, E. 6.3.

wenn der Vertrag ordentlich beendet worden wäre»,<sup>149</sup> womit das Bundesgericht die Gefahr einer Unterkompensation des Beauftragten anspricht.

Insgesamt müssen Abreden betreffend das Erfolgshonorar für den Fall einer vorzeitigen Kündigung also sowohl qualitativ als auch quantitativ im Zusammenhang mit den transaktionsspezifischen Investitionen stehen,<sup>150</sup> und zwar unabhängig davon, ob die Kündigung zur Unzeit erfolgt.<sup>151</sup> Wird dieser Konnex gewahrt, hat auch eine pauschalisierende oder leicht asymmetrische Regelung nicht Strafcharakter und führt insofern nicht zu einer Einschränkung der jederzeitigen Widerruf- bzw. Kündbarkeit des Auftrags.<sup>152</sup>

#### IV. Schlussbemerkungen

Der vorliegende Leitentscheid verdeutlicht einmal mehr, dass die Vertragsqualifikation eine dornenvolle Angelegenheit sein kann. Von ihrer methodischen Unvollkommenheit einmal abgesehen, geht die Schwierigkeit der «richtigen» Qualifikation von M&A-Beratungsverträgen primär auf die Konvergenz von Mäklervertrag und einfachem Auftrag zurück, die sich aus dem vom dispositiven Gesetzesrecht eröffneten Spielraum ergibt. So eignet sich namentlich das in der Rechtsprechung stets als Hauptcharakteristikum des Mäklervertrags zitierte Kriterium der Erfolgsbedingtheit nicht immer zur Abgrenzung, nachdem auch beim einfachen Auftrag eine erfolgsbasierte Vergütung vereinbart werden kann. Wenn das Bundesgericht nunmehr der Weisungsgebundenheit des Beauftragten die «völlige Freiheit» des Mäklers gegenüberstellt, so ergibt sich daraus eine klare Heraus-

lösung des Mäklervertrags aus dem Auftragsrecht.<sup>153</sup> Gleiches gilt für das Schicksal des Erfolgshonorars nach einer vorzeitigen Kündigung: Während dem Mäkler im Erfolgsfall bereits bei Vorliegen eines psychologischen Kausalzusammenhangs – u.U. also aufgrund einer relativ geringfügigen Tätigkeit – das volle Erfolgshonorar zusteht, wird dieses dem Beauftragten nur gewährt, wenn er vor der Kündigung alles für den Erfolgseintritt Erforderliche getan hat. Damit signalisiert das Bundesgericht nicht zuletzt, dass dem jederzeitigen Kündigungsrecht im Mäklervertragsrecht trotz der Verweisung von Art. 412 Abs. 2 OR eine geringere Bedeutung zukommt als beim einfachen Auftrag.

Erfreulich ist, dass das Bundesgericht die Problematik der transaktionsspezifischen Investitionen beim Auftrag zumindest für den Extremfall anerkennt, dass der Auftrag unmittelbar vor dem Erfolgseintritt gekündigt wird. Zu Recht geht es diesfalls nicht von einer unzulässigen Beschränkung des jederzeitigen Kündigungsrechts aus. Den Parteien muss es aber unbenommen bleiben, auch für den Erfolgsfall nach vorzeitiger Kündigung spezifische Vereinbarungen über das Erfolgshonorar zu treffen, und zwar unabhängig davon, ob diese zur Unzeit erfolgt ist. Solche Ausgleichsklauseln sind auch im Lichte von Art. 404 Abs. 1 OR zulässig, solange sie nicht geradezu Strafcharakter aufweisen. Bei der Redaktion derartiger Klauseln sind die Parteien demnach gut beraten, den Konnex zu den transaktionsspezifischen Investitionen im Auge zu behalten. Unproblematisch verhält sich dies natürlich von vornherein, wenn die Parteien durch die Aufnahme hinreichender mäklervertragsrechtlicher Elemente die «Flucht aus dem Auftragsrecht»<sup>154</sup> antreten.

<sup>149</sup> BGer 4A\_427/2011 vom 29. November 2011, E. 6.3.

<sup>150</sup> Vgl. von der Crone (Fn. 113), 303.

<sup>151</sup> Anders wohl BGE 109 II 462, E. 4a.

<sup>152</sup> So bereits Buff/von der Crone (Fn. 59), 341. Ähnlich Bucher (Fn. 25), 228.

<sup>153</sup> Ähnlich Vischer (Fn. 17), 521.

<sup>154</sup> Wendung erstmals bei Jürg Peyer, Der Widerruf im schweizerischen Auftragsrecht, Diss. Zürich 1974, 166.