2. Privatrecht/Droit privé

2.7. Schuldrecht – allgemein/ Droit des obligations – en général

BGer 4A_449/2019: Entschädigung im Falle der Verletzung der Exklusivitätsklausel

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_449/2019 vom 16. April 2020, A. *gegen* Bank B., Entschädigung im Falle der Verletzung einer Exklusivitätsklausel.



Markus Vischer*

Die Folgen der Verletzung einer Exklusivitätsklausel in einem Mäklervertrag ergeben sich primär aus dem Mäklervertrag selbst, weshalb dieser einer diesbezüglichen Auslegung zu unterziehen ist.

I. Sachverhalt

Am 6. Juli 2014 unterzeichneten A. und die Bank B. einen Vertrag mit dem Titel «Mandat d'assistance dans la vente des sociétés C. SA und C. SAS». Darin wurden fixe Honorare der Bank B. für die ersten drei Abwicklungsphasen des Mandats vereinbart, nämlich CHF 25'000, CHF 20'000 und nochmals CHF 20'000. Zudem wurde für die Abwicklungsphase 4 des Mandats («Négociations et conclusion de la transaction») ein Erfolgshonorar von 4% der Verkaufssumme, mindestens aber CHF 120'000, vereinbart.

In Art. 6 des Vertrags vom 6. Juli 2014 vereinbarten die Parteien eine Exklusivitätsklausel, welche ebenso wie Art. 2 Abs. 2 des Vertrags eine Verpflichtung von A. enthielt, ihm bekannte und neu bekannt gewordene mögliche Kaufinteressenten der Bank B. zu melden, damit diese in den Verkaufsprozess integriert und in diesem in der gleichen Weise behandelt werden können.

Art. 7 des Vertrags enthielt in Abs. 1 die Klausel, wonach im Falle der Auflösung des Vertrags die fixen Entschädigungen (und die aufgelaufenen Spesen) bis zum Auflösungsdatum geschuldet sind. Weiter enthielt dieser Art. 7 in Abs. 3[1] eine Klausel, wonach im Falle der Auflösung des Vertrags ohne Verschulden der Bank B. das Erfolgshonorar geschuldet ist, wenn innerhalb von 24 Monaten nach der Auflösung ein Verkaufsvertrag geschlossen wird, welcher auf einen Nachweis durch die Bank B. oder auf von der Bank B. geführte Verhandlungen oder Arbeiten zurückzuführen ist.

Nach Vertragsabschluss lieferte die Bank B. A. ein Informationsmemorandum, eine Präsentation der (zu verkaufenden) Gesellschaften, eine Liste mit möglichen Interessenten und eine Publikation genannt «TOP i-L&S 2014 des ESN» über die 103 führenden französischen IT-Unternehmen.

Am 7. Mai 2015 kündigte A. den Vertrag vom 6. Juli 2014 unter Angabe von persönlichen und wirtschaftlichen Gründen mit sofortiger Wirkung. Zwei Tage vorher, nämlich am 5. Mai 2015, hatte A. die C. SA und die C. SAS zu einem Kaufpreis von ca. EUR 9 Mio. an die D. Gruppe verkauft, wie der Presse später zu entnehmen war. Dieser Verkauf wurde unter Vermittlung von E. abgewickelt, welcher seit November 2014 tätig war und mit welchem A. einen Vertrag mit einem Erfolgshonorar von 4% abgeschlossen hatte.

A. gab zu, der Bank B. nie mitgeteilt zu haben, dass die D. Gruppe am Kauf seiner Gesellschaften interessiert war. Ebenso gab er zu, der Bank B. die von E. mit der D. Gruppe geführten Verhandlungen bewusst nicht offengelegt zu haben.

In der Folge verlangte die Bank B. von A. die Bezahlung eines Erfolgshonorars von CHF 400'000, berechnet auf einem Verkaufspreis von CHF 10 Mio., welche A. nicht zu leisten gewillt war.

Die Bank B. erhob deshalb gegen A. Klage und verlangte die Bezahlung von ca. EUR 360'000, ev. von ca. EUR 390'000, plus Zinsen als Erfolgshonorar und von CHF 20'000 plus Zinsen als Honorar für die dritte Phase.

Mit Urteil vom 30. August 2018 verpflichtete die Erstinstanz A. zur Bezahlung von CHF 10'000 plus Zinsen als Honorar für die dritte Phase. Auf Berufung der Bank B. und Anschlussberufung von A. reduzierte die Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève mit Urteil vom 25. Juni 2019[2] das Honorar für die dritte Phase auf CHF 5'000 plus Zinsen und verpflichtete A. gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR und Art. 98 Abs. 2 OR, der Bank B. den Betrag von EUR 361'226 plus Zinsen als Schadenersatz zu bezahlen, welcher Betrag nach Meinung des Gerichts dem Erfolgshonorar entsprach, welches die Bank B. zugute gehabt hätte, wenn die Exklusivitätsklausel nicht verletzt worden wäre.

---

* Markus Vischer, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.

1 Das Bundesgericht bezeichnet den entsprechenden Absatz als (Art. 7) Abs. 3 (BGer, 4A_449/2019, 16.4.2020, E. 6.3), obwohl dieser Absatz gemäss Darstellung im Sachverhalt (BGer, 4A_449/2019, 16.4.2020, E. A.c) eher als (Art. 7) Abs. 2 erscheint.

2 CJ GE, ACJC/1068/2019, 25.6.2019.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte A. im Resultat, dass das vorinstanzliche Urteil in Bezug auf den zugesprochenen Schadenersatz aufzuheben sei.

II. Begründung

Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass man sich fragen könne, ob der Vertrag wirklich ein Mäklervertrag und nicht vielmehr ein gemischter oder zusammengesetzter Vertrag sei, bei dem im Einklang mit BGE 144 III 43 E. 3 der Schwerpunkt des Vertrags in Bezug auf die strittige Rechtsfrage zu ermitteln sei. Diese Frage müsse aber nicht beantwortet werden, weil beide Parteien übereinstimmend von einem Mäklervertrag ausgingen (E. 4).

Beim Mäklervertrag sei gemäss Art. 413 Abs. 1 OR der Mäklerlohn verdient, sobald der Vertrag infolge des Nachweises oder der Vermittlung des Mäklers zustande gekommen sei (E. 5 Ingress).

Es brauche damit einen bestimmt gearteten Kausalzusammenhang zwischen Nachweis bzw. Vermittlung und Vertragsabschluss (E. 5.1).

Art. 413 Abs. 1 OR sei aber dispositiver Natur. In der Praxis treffe man verschiedene abweichende Klauseln, welche auch kombinierbar seien. So könnten die Parteien vereinbaren, dass es überhaupt keinen Kausalzusammenhang brauche. Oder sie könnten eine Exklusivität vereinbaren, die derart gestaltet sein könne, dass der Auftraggeber keine weiteren Mäkler beauftragen dürfe und/oder auch nicht selbst tätig werden dürfe. Die Parteien könnten auch eine Provisionsgarantie vereinbaren, wonach der Mäklerlohn selbst dann verdient sei, wenn der Vertrag unter Mitwirkung eines Drittmäklers zustande gekommen sei. Oder sie könnten einen reduzierten Mäklerlohn für den Fall vereinbaren, dass es nicht zum beabsichtigten Vertragsabschluss komme (E. 5.2).

Im vorliegenden Fall gehe es um die Auslegung einer Vertragsklausel, welche nach ständiger Rechtsprechung gestützt auf den wirklichen Willen und, wenn dieser nicht feststellbar sei, gestützt auf den Willen, der ihr nach dem Vertrauensprinzip normativ zuzuordnen sei, vorzunehmen sei (E. 5.3.1, 5.3.2, 5.4).

Vorliegend sei der wirkliche Wille in Bezug auf die vereinbarte Exklusivitätsklausel nicht feststellbar, weshalb die Klausel nach dem Vertrauensprinzip auszulegen sei. In Bezug auf die Folgen der Verletzung der Exklusivitätsklausel sei nicht allein auf den Wortlaut abzustellen. Vielmehr seien die Vereinbarung insgesamt (systematische Auslegung) und der von den Parteien verfolgte Zweck (teleologische Auslegung) zu würdigen. Aus Art. 7 Abs. 3 des Vertrags ergebe sich, dass das Erfolgshonorar nur geschuldet sei, wenn ein durch die Bank B. gelieferter Nachweis zum Vertragsabschluss geführt habe. Art. 7 Abs. 3 des Vertrags gelte mithin nicht nur für den Fall der Vertragsbeendigung, sondern auch für den Fall der Verletzung der Exklusivitätsklausel (E. 6, 7 Ingress).

Damit sei zu prüfen, ob der in Art. 7 Abs. 3 des Vertrags beschriebene Kausalzusammenhang gegeben sei. Die Vorinstanz habe festgestellt, dass nicht die Bank B., sondern ein anderer Mäkler den Kontakt zwischen A. und dem späteren Käufer hergestellt habe, und die Bank B., obwohl der Name des Käufers in der Publikation «TOP i-L&S 2014 des ESN» erwähnt gewesen sei, weder Kontakt noch sonst eine spezielle Beziehung mit dem späteren Käufer gehabt habe. Entsprechend sei die von den Parteien vereinbarte Bedingung, nämlich dass der Mäkler einen direkten oder indirekten Kontakt mit dem Käufer gehabt habe, der zum Vertragsabschluss beigetragen habe, nicht gegeben. Der Vorinstanz sei nicht zu folgen, dass es genüge, dass der Kontakt stattgefunden hätte, wenn der Auftraggeber der Bank das offensichtliche Interesse des Käufers mitgeteilt hätte. Denn diese Meinung würde die Voraussetzung des Kausalzusammenhangs obsolet machen, was die Parteien nicht gewollt hätten (E. 7.1, 7.2).

Die Beschwerde sei deshalb teilweise gutzuheissen (E. 8).

III. Bemerkungen

A. Einleitung

Das hier besprochene Urteil beschäftigt sich nach BGE 144 III 43 ein weiteres Mal innert kurzer Zeit mit einem Schlüsselvertrag aus der M&A-Branche, nämlich dem Vertrag zwischen dem Eigner (oder den Eignern) eines Unternehmens und einem M&A-Berater, welcher wie im vorliegenden Fall oft eine Bank ist.[3] Der Zweck dieses Vertrags ist die Realisation einer M&A-Transaktion, meist eines Verkaufs des Unternehmensträgers, einer juristischen Person, mittels Share Deal, also eines Geschäftsanteilsverkaufsvertrags oder, bei einer AG, eines Aktienverkaufsvertrags, in einem Auktionsverfahren.[4] Solche Verträge, auch Enga-

[3] Markus Vischer, BGer 4A_269/2017: Erfolgshonorar, AJP 2018, 517 ff., 519.

[4] Richard G. Allemann/Hans Caspar von der Crone, M&A-Transaktionsberatung im Grenzbereich von Auftrag und Mäklervertrag, SZW 2018, 432 ff., 434 f.; Vischer (FN 3), AJP 2018, 517, 519; zum Auktionsverfahren z.B. Rudolf Tschäni/Hans-Jakob Diem/Matthias Wolf, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. A., Zürich 2013, 2. Kapitel, N 42 ff.; Peter Kurer, Auktionsverfahren beim Verkauf von Unternehmen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions III, Zürich 2001, 159 ff.

gement Letters genannt,[5] sehen wie im vorliegenden Fall meist eine mindestens teilweise erfolgsabhängige Honorierung, also ein Erfolgshonorar, vor,[6] was immer wieder zu Streitigkeiten führt.[7]

Viele dieser Verträge enthalten wie im vorliegenden Fall eine Exklusivitätsklausel (auch Ausschliesslichkeitsklausel genannt).[8] Meist verbietet diese dem Auftraggeber wie vorliegend, einen anderen M&A-Berater einzusetzen. Wie hier verpflichtet sie zudem meist den Auftraggeber, ihm bekannte und neu bekannt gewordene mögliche Kaufinteressenten dem M&A-Berater zu melden.

Wie Art. 2 Abs. 2 des hier diskutierten Vertrags gut zum Ausdruck bringt, bezweckt eine solche Exklusivitätsklausel, ein einheitliches Auktionsverfahren zu ermöglichen. Dies geschieht nicht nur mit dem Ziel, das Auktionsverfahren effizient und damit möglichst kostengünstig und ohne allzu grosse Beeinträchtigung des zu verkaufenden Unternehmens zu gestalten,[9] sondern auch mit dem Ziel, ein faires («lauteres»)[10] Auktionsverfahren v.a. mittels einheitlicher Regeln für die Teilnehmenden («level playing field»)[11] durchzuführen.[12] Denn nur bei Einhaltung prozeduraler Fairness nehmen an diesem möglichst viele Interessenten teil, was durch die Schaffung einer Wettbewerbssituation wiederum gewährleistet, dass der Verkäufer im Auktionsverfahren den höchstmöglichen Verkaufspreis erzielen kann.[13] Die Durchführung eines fairen Auktionsverfahrens hat aber nicht nur den soeben dargelegten ökonomischen Hintergrund, sondern ergibt sich auch aus einer rechtlichen Verpflichtung des Verkäufers. Denn das Auktionsverfahren charakterisiert sich als Bündel einzelner Vertragsverhandlungsverhältnisse des Verkäufers und der Kaufinteressenten, in welchem der Verkäufer, aber auch die Kaufinteressenten, gemäss Art. 2 ZGB verpflichtet sind, sich nach Treu und Glauben zu verhalten.[14] Die Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben kann zu einer Verantwortlichkeit des Verkäufers führen, welche sich je nach konkreter Ausgestaltung des Vertragsverhandlungsverhältnisses auf Vertrag, auf Art. 41 OR, auf die vom Bundesgericht entwickelte Vertrauenshaftung oder auf culpa in contrahendo stützen kann.[15] Die genannte Verletzung kann auch zu einer Verantwortlichkeit des M&A-Beraters führen.[16]

Der M&A-Berater ist deshalb nicht nur aus ökonomischen Gründen an der Exklusivitätsklausel im beschriebenen Sinn interessiert, welche Gründe v.a. dann offensichtlich sind, wenn (auch) ein Erfolgshonorar vereinbart wurde.[17] Vielmehr ist er auch aus rechtlichen Gründen an einer solchen Klausel interessiert, um sich (und den Auftraggeber) möglichst keiner rechtlichen Verantwortlichkeit auszusetzen.

Wird die Exklusivitätsklausel verletzt, indem wie im vorliegenden Fall ein anderer M&A-Berater eingeschaltet und Kaufinteressenten nicht dem Haupt-M&A-Berater bekannt gegeben werden, riskiert der Haupt-M&A-Berater, seine Tätigkeit nicht oder nicht richtig machen und sein Erfolgshonorar nicht oder nur reduziert verdienen zu können. Er riskiert zudem, sich rechtlich verantwortlich zu machen.

B. Positivpunkt

Als Positivpunkt ist im hier besprochenen bundesgerichtlichen Urteil die Aussage des Bundesgerichts zu würdigen, dass primär der Vertragswille in Bezug auf die Folgen der Verletzung einer Vertragsklausel massgebend ist.[18]

Um diesen Vertragswillen festzustellen, ist als Erstes eine Vertragsauslegung vorzunehmen. Nach konstanter Praxis des Bundesgerichts ist die Vertragsauslegung subjektiv-objektiv durchzuführen: Zuerst sei zu versuchen, den wirklichen (tatsächlichen oder natürlichen) Vertragswillen

---

5 Vischer (FN 3), AJP 2018, 519.

6 Allemann/von der Crone (FN 4), 435; Vischer (FN 3), AJP 2018, 519.

7 Vischer (FN 3), AJP 2018, 519 f.

8 Zur Gültigkeit solcher Klauseln im Allgemeinen z.B. BGer, 4C.120/2006, 30.6.2006, E. 2.2; BGer, 4C.228/2005, 25.10.2005, E. 3; BGE 103 II 129 E. 1; BGE 100 II 361 E. 3 f., wobei zum letzteren Urteil zu sagen ist, dass es von verschiedenen Autoren (z.B. Xavier de Haller, Le contrat de courtage, Étude de droit romain et de droit suisse: le pactum proxeneticum et les art. 412ss CO, Bern 2019, 265) fehlinterpretiert wird, weil es keineswegs besagt, dass eine Exklusivitätsklausel unzulässig ist, die den Auftraggeber selbst vom Tätigwerden ausschliesst. Vielmehr geht es in der fehlinterpretierten Passage (BGE 100 II 361 E. 3c) lediglich um das Kausalitätserfordernis, dass im Übrigen entgegen dieser Passage aufgrund der Vertragsfreiheit völlig wegbedungen werden kann (so richtig hier besprochenes Urteil BGer, 4A_449/2019, 16.4.2020, E. 5.2, allerdings unter fälschlicher Berufung auf BGE 100 II 361 E. 3c).

9 Z.B. Kurer (FN 4), 164 f.

10 Z.B. Kurer (FN 4), 174.

11 Z.B. Kurer (FN 4), 164.

12 Z.B. Kurer (FN 4), 163 f.

13 Z.B. Kurer (FN 4), 162, 164 f.

14 Z.B. Markus Vischer, Due diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ 2000, 229 ff., 231.

15 Zur Vertrauenshaftung und culpa in contrahendo-Verantwortlichkeit im Allgemeinen z.B. Markus Vischer, BGer 4A_285/2017: Deliktische Haftung infolge absichtlicher Täuschung – Abschied von der cic- bzw. Vertrauenshaftung als «dritter Spur»?, AJP 2018, 908 ff., 909 ff.

16 Z.B. Heinz Schärer/David Oser, Unternehmensauktionen – Ausgewählte Fragen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VIII, Zürich/Basel/Genf 2006, 136 ff.

17 S.a. BGer, 4C.320/2003, 4.3.2004, E. 3.2, wonach die Regelung, «dass sowohl direkte als auch durch Dritte benannte Interessenten zunächst an den Mäkler zu verweisen sind, [vorgesehen wird,] um ihm [dem Mäkler] Gelegenheit zu geben, durch einen kausalen Beitrag zum Vertragsabschluss die Provision zu verdienen».

18 BGer, 4A_449/2019, 16.4.2020, E. 4.

festzustellen (Rekonstruktion des Vertragswillens). Wenn dieser wirkliche Vertragswille nicht feststellbar sei, sei der hypothetische (normative oder rechtliche) Vertragswille nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln (Konstruktion des Vertragswillens).[19]

Bei der Vertragsauslegung ist nach dem Bundesgericht zu Recht nicht nur der Wortlaut massgebend. Vielmehr sind auch andere Elemente, wie das systematische und das teleologische Element, heranzuziehen.[20]

Dabei zeigt sich im konkreten Fall, wie unscharf die Grenze der Vertragsauslegung zur Vertragslückenfüllung ist, nimmt doch das Bundesgericht in Bezug auf die Folgen der Verletzung der Exklusivitätsklausel nicht eine eigentliche Vertragsauslegung, sondern durch das Heranziehen der Vertragsregel von Art. 7 Abs. 3 des Vertrags vom 6. Juli 2014 eher eine Vertragslückenfüllung vor. Das spielt aber keine Rolle, kann doch auch theoretisch nicht präzis zwischen Vertragsauslegung und Vertragslückenfüllung unterschieden werden und ist bei beiden nach dem Bundesgericht subjektiv-objektiv bzw., nach der hier vertretenen Meinung, objektiv vorzugehen.[21] Damit steht sowohl bei der Vertragsauslegung als auch bei der Vertragslückenfüllung (nach der Meinung des Bundesgerichts allerdings nur bei Nichtfeststellung des wirklichen Willens) der hypothetische Vertragswille im Vordergrund.[22] Damit verhält es sich gleich wie bei der modifizierten Teilnichtigkeit gemäss Art. 20 Abs. 2 OR, was logisch ist, spielt es doch keine Rolle, ob eine Vertragslücke infolge einer Teilnichtigkeit entsteht oder nicht.[23]

Die Aussage, wonach sich die Folgen einer Vertragsverletzung primär aus dem mittels einer Vertragsauslegung bzw. Vertragslückenfüllung zu ermittelnden Vertragswillen ergeben, bedeutet im Umkehrschluss, dass diese Folgen nicht primär durch das dispositive Recht bestimmt werden.

Diese Aussage ist kontrovers, aber grundsätzlich richtig.[24] Die Kontroverse darf aber so oder so nicht überschätzt werden, führen Vertragsauslegung/Vertragslückenfüllung und dispositives Recht doch vielfach zum gleichen Resultat.[25]

C. Negativpunkt

Das Heranziehen von Art. 7 Abs. 3 des Vertrags vom 6. Juli 2014 zur Vertragsauslegung/Vertragslückenfüllung in Bezug auf die Folgen der Verletzung der Exklusivitätsklausel überzeugt nicht, entspricht doch diese Vertragsregel nicht dem hypothetischen Vertragswillen. Wie dargestellt ist es bei M&A-Verträgen der geschilderten Art vielmehr aus ökonomischen und rechtlichen Gründen in aller Regel von den Vertragsparteien gewollt, dass der Auftraggeber keinen anderen M&A-Berater einschaltet und ihm bekannte und neu bekannt gewordene Kaufinteressenten meldet, damit diese in das Auktionsverfahren integriert werden können. Das ist wie gezeigt im Interesse sowohl des Auftraggebers als auch des M&A-Beraters, der das Erfolgshonorar durch einen kausalen Beitrag alsdann auch verdienen kann, wenn es zum Vertragsabschluss mit einem vom Auftraggeber bekannt gegebenen Kaufinteressenten kommt.

Der Rückgriff des Bundesgerichts auf Art. 7 Abs. 3 des Vertrags ist auch deswegen verfehlt, weil die Bestimmung primär die Zeit nach der Vertragsbeendigung betrifft, während es im vorliegenden Fall um einen Sachverhalt ging, der sich ausschliesslich vor der Vertragsbeendigung verwirklichte. Denn sowohl die Verletzung der Exklusivitätsklausel als auch der Verkauf an die D. Gruppe fanden vor der Vertragsbeendigung statt. Das rechtliche Regime vor und nach Vertragsbeendigung ist fundamental verschieden, weil jede Regelung für die Zeit nach der Vertragsbeendigung das nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jederzeitige zwingende Beendigungsrecht nach Art. 404 OR[26] nicht obsolet machen darf. Das ist bei Regelungen wie in Art. 7 Abs. 3 des Vertrags in Bezug auf ein nach Vertragsbeendigung geschuldetes Erfolgshonorar nur der Fall, wenn

---

19 BGer, 4A_449/2019, 16.4.2020, E. 5.3.1, 5.3.2, 5.3.3; s. dazu z.B. Andrea Haefeli/Dario Galli/Markus Vischer, § 1 Anpassung privatrechtlicher Verträge infolge von COVID-19, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), COVID-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, N 29, auch zur Ablehnung dieser subjektiv-objektiven Vertragsauslegung und zur Propagierung einer nur objektiven Vertragsauslegung.

20 BGer, 4A_449/2019, 16.4.2020, E. 6.3.

21 Zum Ganzen Haefeli/Galli/Vischer (FN 19), N 35.

22 Zum Ganzen Haefeli/Galli/Vischer (FN 19), N 36.

23 Haefeli/Galli/Vischer (FN 19), N 37.

24 Z.B. Haefeli/Galli/Vischer (FN 19), N 56; Beat Brändli, Ökonomische Analyse (Law and Economics) des Schweizer Vertragsrechts in a nutshell, AJP 2020, 502 ff., 512; Alfred Koller, Vertragslücken und deren Füllung, AJP 2019, 1112 ff., 1112 f., 1117; ausführlich zur Kontroverse z.B. BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 70 ff., in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2019 (zit. BSK OR I-Verfasser); Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2019, N 312 ff.; Ernst A. Kramer, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986, Art. 18 OR N 230 ff.; jeweils auch mit Hinweisen auf die schwankende Bundesgerichtspraxis.

25 Haefeli/Galli/Vischer (FN 19), N 38, 57, auch zur durchaus gerechtfertigten Vertretbarkeit eines Methodendualimus; Koller (FN 24), AJP 2019, 1112.

26 Z.B. BGE 115 II 464 E. 2a; zur Kontroverse betreffend die Rechtsnatur von Art. 404 OR z.B. BSK OR I-Oser/Weber (FN 24), Art. 404 N 9 ff.

ein minimaler Kausalzusammenhang zwischen einer Handlung des Beauftragten vor der Vertragsbeendigung und der das Erfolgshonorar auslösenden Bedingung nach Vertragsbeendigung besteht, der Vertrag also vor der Vertragsbeendigung bereits erfüllt oder mindestens teilerfüllt wurde.[27] Im Rahmen einer Regelung wie Art. 7 Abs. 3 des Vertrags ist damit ein bestimmt gearteter Kausalzusammenhang in Bezug auf das Erfolgshonorar wichtig, aber eben entsprechend dem hypothetischen Vertragswillen wie gezeigt nicht im vorliegenden Fall, bei dem die Verletzung der Exklusivitätsklausel und die das Erfolgshonorar auslösende Bedingung, d.h. der Verkauf an die D. Gruppe, vor der Vertragsbeendigung stattfanden.[28]

Die Annahme eines anderen hypothetischen Vertragswillens durch das Bundesgericht passt auch deshalb nicht, weil das Bundesgericht so A., der zugegebenermassen die Exklusivitätsklausel (doppelt) verletzte, von seiner Vertragsverletzung profitieren lässt, an der im Übrigen eine nachträgliche Beendigung des Auftrags nichts ändert.[29] Denn es ist logisch, dass der in Art. 7 Abs. 3 des Vertrags beschriebene Kausalzusammenhang nicht gegeben sein kann, wenn A. in Verletzung der Exklusivitätsklausel hinter dem Rücken der Bank B. einen weiteren M&A-Berater einschaltet und einen möglichen Kaufinteressenten der Bank B. nicht bekannt gibt und hinter dem Rücken der Bank B. während des laufenden Vertrags mit der Bank B. einen Verkaufsvertrag mit der D. Gruppe schliesst. Entsprechend hätte das Bundesgericht im vorliegenden Fall keinen Kausalzusammenhang im Sinne von Art. 7 Abs. 3 des Vertrags oder in einem anderen Sinne fordern dürfen.[30]

Das zeigt auch der Rückgriff auf Art. 156 OR, welche Bestimmung wie das Vertrauensprinzip bei der Vertragsauslegung eine gesetzliche Konkretisierung von Art. 2 ZGB ist.[31] Die Anwendung dieser Bestimmung hätte ebenfalls dazu geführt, dass die Bank B. trotz der Beauftragung eines weiteren M&A-Beraters und trotz Nichtbekanntgabe des Kaufinteressenten an die Bank B. ihr Erfolgshonorar verdient hätte, weil davon auszugehen ist, dass A. den Eintritt der dieses Erfolgshonorar auslösenden Bedingung i.S.v. Art. 156 OR treuwidrig verhindert hat.[32]

Fehlgeleitet wurde das Bundesgericht vermutlich durch seinen missglückten Einstieg bei der Qualifikation des Vertrags vom 6. Juli 2014. Obwohl es sich am Anfang seiner Erwägungen die Frage stellte, ob der Vertrag gemäss dem Präjudiz in BGE 144 III 43 nicht besser als Auftrag bzw. als gemischter oder zusammengesetzter Vertrag[33] zu qualifizieren wäre, beliess es das Bundesgericht bei der Qualifikation des Vertrags durch die Parteien und die Vorinstanz[34] als Mäklervertrag.[35] Wäre die Qualifikation in Anwendung des in Art. 106 Abs. 1 BGG verankerten Grundsatzes iura novit curia[36] im Einklang mit dem Präjudiz in BGE 144 III 43 als Auftrag oder als mit einem Auftrag gemischten oder zusammengesetzten Vertrag erfolgt, hätte das Bundesgericht eventuell realisiert, wie wichtig beim hier zur Diskussion stehenden M&A-Vertrag in aller Regel die Handlungspflichten der Parteien sind. Denn die Parteien wollen bei diesem M&A-Vertrag meist, dass der M&A-Berater (sorgfältig) tätig wird und wie hier ein Informationsmemorandum, eine Präsentation der (zu verkaufenden) Gesellschaften und eine Liste mit möglichen Interessenten erstellt und ganz generell das Auktionsverfahren durchführt (und Weisungen des Auftraggebers befolgt). Ebenso wollen sie, dass der Auftraggeber seinen Handlungspflichten nachkommt.[37] Das Gleiche gilt zwar ex lege, also nicht nur bei einer expliziten Vereinbarung, auch beim Mäklervertrag für

---

27 Vischer (FN 3), AJP 2018, 522; in Bezug auf den geforderten minimalen Kausalzusammenhang weitergehend Allemann/von der Crone (FN 4), 445.

28 S.a. BGer, 4C.320/2003, 4.3.2004, E. 3.3, wo das Bundesgericht in einem vergleichbaren Fall bei einem Vertragsabschluss durch den Auftraggeber während des laufenden Vertrags in Verletzung der Exklusivitätsklausel zu Recht auf das Kausalitätserfordernis verzichtete: «Wenn der Beklagte den angestrebten Vertrag nun mit direkten Interessenten abgeschlossen hatte, ohne diese an die Klägerin weiter zu verweisen, wie er gemäss lit. B.1 der AGB verpflichtet gewesen wäre, hat die Klägerin wie erläutert gestützt auf lit. B.3 der AGB Anspruch auf die volle Provision, auch wenn der Abschluss des Vertrages von ihr nicht in kausaler Weise gefördert worden war»; so schon BGE 100 II 361 E. 3d; bestätigt in BGer, 4C.228/2005, 25.10.2005, E. 3.

29 BGE 103 II 129 E. 1: «So ändert denn auch ein Widerruf [des Auftrags] weder an einer begangenen Vertragsverletzung etwas, noch berührt er eine dafür verfallene Konventionalstrafe […].»

30 So wie schon erwähnt richtig BGer, 4C.320/2003, 4.3.2004, E. 3.3, und die weiteren in FN 28 zitierten Urteile des Bundesgerichts.

31 Z.B. BGer, 4C.281/2005, 15.12.2005, E. 3.5 Ingress; BSK OR I-Widmer/Costantini/Ehrat (FN 24), Art. 156 N 1; Markus Vischer, Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte, AJP 2003, 491 ff., 495.

32 S. zu dieser Argumentation im Zusammenhang mit M&A-Verträgen der diskutierten Art im Allgemeinen Vischer (FN 3), AJP 2018, 521 f.

33 Zu den Phänomenen des gemischten und des zusammengesetzten Vertrags und zu deren Unterscheidung z.B. Markus Vischer, BGer 4A_129/2017: Anwendbarkeit von Art. 404 OR auf den gemischten Vertrag mit auftragsähnlichem Charakter, AJP 2018, 1151 ff., 1154 ff.

34 CJ GE, ACJC/1068/2019, 25.6.2019, E. 2.

35 BGer, 4A_449/2019, 16.4.2020, E. 4.

36 Dazu z.B. BSK BGG-Merz, Art. 42 N 49, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger/Lorenz Kneubühler (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2018 (zit. BSK BGG-Verfasser); BSK BGG-Dormann (FN 36), Art. 106 N 1 ff.

37 S.a. BGer, 4A_454/2019, 31.1.2020, mit einem Fall, in dem auch das Bundesgericht in E. 5 davon ausging, dass die Parteien bei einem Vermittler von Mietverträgen wollten, dass er (sorgfältig) tätig wird.

den Mäkler, nur verneinen dies die herrschende Lehre und die Rechtsprechung[38] zu Unrecht, indem sie den Mäklervertrag als doppelt bedingten Vertrag, also insbesondere auch bedingt durch das «völlig frei[e]»[39] Tätigwerden des Mäklers, verstehen.[40]

D. Schlussfolgerung

Entsprechend hätte das Bundesgericht der Bank B. das Erfolgshonorar aufgrund des von ihm zu Recht im Grundsatz präferierten, aber in concreto letztlich falsch konstruierten hypothetischen Vertragswillens oder, bei Anwendung des dispositiven Rechts, aufgrund von Art. 2 ZGB, Art. 156 OR oder Art. 97 Abs. 1 OR oder Art. 98 Abs. 2 OR (bzw. Art. 398 OR, allenfalls i.V.m. Art. 412 Abs. 2 OR) direkt oder wie die Vorinstanz indirekt als Schadenersatz (i.S. des Erfüllungsinteresses)[41] zusprechen müssen.[42]

---

38 Z.B. BGE 144 III 43 E. 3.1.1; Allemann/von der Crone (FN 4), 437 f., s. allerdings auch 439, wo immerhin zu Recht festgehalten wird, dass auch den Mäkler Sorgfalts- und Treuepflichten treffen.

39 BGE 144 III 43 E. 3.1.1.

40 Zum Ganzen Vischer (FN 3), AJP 2018, 520 f. m.w.N.; s.a. BGer, 4C.120/2006, 30.6.2006, E. 2.2; BGer, 4C.228/2005, 25.10.2005, E. 3; BGer, 4C.257/1999, 17.1.2000, E. 3a; und BGE 103 II 129 E. 3 zur Ausnahme beim Exklusivmäkler, bei dem das Bundesgericht eine Handlungspflicht des Mäklers annimmt, wobei das in dieser Absolutheit ebenso wie die Verneinung einer «Nichthandlungspflicht» beim «Nichtexklusivmäkler» nicht zutrifft. Vielmehr ist auch beim Exklusivmäkler in Bezug auf die Handlungspflicht der Parteiwille massgebend.

41 Z.B. BGer, 4A_540/2019, 15.6.2020, E. 7; BGer, 4A_297/2019, 28.5.2020, E. 6.2; BGE 144 III 155 E. 2.2 Ingress.

42 S.a. BGE 100 II 361 E. 4, wo das Bundesgericht den Mäklerlohn direkt aufgrund des Vertragswillens zusprach, «sans que la demanderesse doive établir l'existence d'un préjudice égal au montant de cette commission et sans qu'il y ait lieu de rechercher si le Tribunal cantonal a refusé à tort d'appliquer l'art. 156 CO»; ebenso BGer, 4C.320/2003, 4.3.2004, E. 3.2 f.