Entscheidbesprechungen
Discussions d'arrêts actuels

2. Privatrecht/Droit privé

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

2.7.2. Obligationenrecht – Besonderer Teil – allgemein/Droit des obligations – Partie spéciale – en général

2.7.2.9. Auftragsrecht/Mandat

BGer 4A_269/2017: Erfolgshonorar

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_269/2017 vom 20. Dezember 2017 (zur Publikation bestimmt), *A. und B. AG* gegen *C. AG*, Auftrag, Erfolgshonorar, materiellrechtlicher Informationsanspruch des Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber.



Markus Vischer*

Die Verabredung eines Erfolgshonorars beim Auftrag ist grundsätzlich zulässig. Ein materiellrechtlicher Informationsanspruch des Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber besteht nicht.

I. Sachverhalt und Rechtsweg

Am 4. Mai 2008 unterzeichneten A. und die B. AG (handelnd durch A.) als «Auftraggeber» ein schriftliches Angebot «Mandatsvereinbarung Projekt D. […]» der C. AG vom 30. April 2008, das diese als «exklusive[r] M&A Berater im Zusammenhang mit dem Verkauf […] der B. […] AG» unterbreitete. Als Entschädigung vereinbarten die Parteien ein monatliches Bearbeitungshonorar von CHF 25'000, das im Erfolgsfall vollumfänglich von der Erfolgskommission in Abzug gebracht werden sollte; für den Erfolgsfall wurde eine Erfolgskommission von mindestens CHF 170'000 vorgesehen sowie bei einer Transaktionssumme ab CHF 1'500'000 ein zusätzlicher «Incentive», der in Prozenten von der «Transaktionssumme» festgelegt wurde. Der Erfolgsfall und die entsprechende Transaktionssumme wurden definiert und es wurde bestimmt, dass die Erfolgskommission und der Incentive ebenfalls geschuldet seien, wenn nach Beendigung oder Auflösung dieser Mandatsvereinbarung während der Dauer von einem Jahr ein Erfolgsfall eintrete.

Mit E-Mail vom 10. August 2008 an die C. AG kündigte A. die Mandatsvereinbarung für sich und für 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; für 2011 sei eine Aufstockung der Beteiligung auf 49% geplant und 2013 solle die Übernahme der verbleibenden 51% erfolgen.

Mit Klage vom 9. Juni 2009 verlangte die C. AG beim Kantonsgericht Zug, dass die Beklagten unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten seien, ihr den Betrag von CHF 43'027.65 nebst Zinsen zu bezahlen (Rechtsbegehren 1) und ihr sämtliche Vereinbarungen zwischen ihnen und der E. AG (und allfälligen Dritten) zu edieren und ihr die Erfolgsbeteiligungen auszuzahlen (Rechtsbegehren 2). Eventualiter seien die Beklagten unter solidarischer Haftung zu verpflichten, ihr CHF 122'049.25 nebst Zinsen zu bezahlen (Rechtsbegehren 3). Mit «Urteil und Teilurteil» hiess das Kantonsgericht das Rechtsbegehren 1 und das Rechtsbegehren 2 in Bezug auf die Edition im Wesentlichen gut und setzte der Klägerin Frist, das Rechtsbegehren 2 in Bezug auf die Erfolgsbeteiligungen nach vorgenommener Edition zu beziffern.

Mit Urteil vom 18. Oktober 2013 hiess das Obergericht des Kantons Zug die Berufung der Beklagten teilweise gut und hob das erstinstanzliche Urteil in Bezug auf die Edition und die Fristansetzung an die Klägerin zur Bezifferung ihres Rechtsbegehrens in Bezug auf die Erfolgsbeteiligungen auf und wies die Sache zur weiteren Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück. Mit BGer, 4A_584/2013, 18.8.2014, wies das Bundesgericht die Beschwerde der Beklagten gegen die vom Obergericht des Kantons Zug bestätigte Dispositivziffer 1 (betreffend das ursprüngliche Rechtsbegehren 1) ab und trat auf die weiteren Begehren der Beklagten (betreffend das ursprüngliche Rechtsbegehren 2) mangels eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils nicht ein.

Mit Teilurteil vom 1. Februar 2016 verpflichtete das Kantonsgericht Zug die Beklagten zur Edition verschiedener Unterlagen. Mit Urteil vom 29. März 2017 bestätigte das Obergericht des Kantons Zug dieses Teilurteil im Wesentlichen.

Mit Beschwerde in Zivilsachen stellten die Beklagten im Wesentlichen das Rechtsbegehren, die Urteile des Obergerichts des Kantons Zug vom 18. Oktober 2013 und vom 29. März 2017 seien, soweit nicht bereits in Rechtskraft erwachsen, aufzuheben und die Klage sei (abgesehen vom rechtskräftig beurteilten ursprünglichen Rechtsbegehren 1) teilweise zurück- und teilweise abzuweisen.

II. Begründung

Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass das ursprüngliche Rechtsbegehren 1 in Bezug auf das erfolgsunabhängige

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

Beratungshonorar nicht mehr im Streit sei. Umstritten seien lediglich noch die ursprünglichen Rechtsbegehren 2 und 3 in Bezug auf die Erfolgsbeteiligungen gemäss Mandatsvereinbarung vom 30. April/4. Mai 2008 (E. 1.1).

Die noch streitigen Rechtsbegehren beträfen die eingeklagte Forderung auf Erfolgskommission und Incentive. Die Beschwerdegegnerin (C. AG) habe im Sinne einer Stufenklage gegen die beiden Beschwerdeführer (A. und B. AG) zuerst ein Auskunftsbegehren gestellt. Das Hilfsbegehren auf Information und der Hauptanspruch seien bei der Stufenklage in der Weise objektiv gehäuft, dass zuerst über das Hilfsbegehren und nach Erteilung der Information und entsprechender Bezifferung über das Hauptbegehren zu urteilen sei (E. 1.2).

In Bezug auf die von der Beschwerdegegnerin bestrittene Passivlegitimation der Beschwerdeführerin 2 (B. AG) hielt das Bundesgericht ohne jede Begründung fest, dass die diesbezüglichen Ausführungen der Beschwerdegegnerin unbegründet seien. Die Beschwerdegegnerin hatte diesbezüglich geltend gemacht, das Eingehen einer Haftung für Erfolgskommission und Incentive durch die Beschwerdeführerin 2 (B. AG) widerspreche deren Gesellschaftszweck und sei dementsprechend «ultra vires» (E. 1.4).

Betreffend die Rüge der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe die Mandatsvereinbarung vom 30. April/4. Mai 2008 rechtsfehlerhaft als Mäklervertrag bzw. als gemischten Vertrag mit Mäklervertragselementen qualifiziert, führte das Bundesgericht Folgendes aus:

Charakteristisch für den Mäklervertrag seien dessen Entgeltlichkeit und der Erfolg, der auf die Tätigkeit des Mäklers zurückzuführen ist. Der Erfolg könne vertraglich unterschiedlich definiert sein. Die Tätigkeit des Nachweismäklers beschränke sich auf die Bekanntgabe einer oder mehrerer konkret bestimmter Abschlussangelegenheiten, während der Vermittlungsmäkler auf den Vertragsabschluss aktiv hinwirke. Der Mäklerlohn sei nach Art. 413 Abs. 1 OR verdient, sobald der Vertrag infolge des Nachweises oder der Vermittlung zustande gekommen sei. Eine Pflicht zum Tätigwerden habe der Mäkler nur, wenn eine Ausschliesslichkeitsklausel verabredet sei (E. 3.1.1).

Der einfache Auftrag unterscheide sich vom Mäklervertrag dadurch, dass der Beauftragte ein Tätigwerden im Interesse des Auftraggebers schulde, das zwar in der Regel erfolgsgerichtet sei, aber den Erfolg nicht umfasse. Die Tätigkeit im Interesse des Auftraggebers müsse vielmehr die Standards der Treue- und Sorgfaltspflichten erfüllen. Das vereinbarte oder übliche Honorar sei im Rahmen des einfachen Auftrags grundsätzlich unabhängig vom Erfolg der Tätigkeit geschuldet, wobei dem Erfolg bei der Bemessung des Honorars immerhin auch im Rahmen eines einfachen Auftrags Rechnung getragen werden könne. Neben der Art und der Bedeutung der Entschädigung unterscheide sich der einfache Auftrag vom Mäklervertrag namentlich darin, dass der Mäkler sehr viel freier in seiner Tätigkeit als der Beauftragte sei. Schliesslich seien die vertraglich vereinbarten Tätigkeiten für die Abgrenzung des einfachen Auftrags vom Mäklervertrag beachtlich. Umfassten diese nicht nur den Nachweis einer Gelegenheit zum Vertragsabschluss, sondern die Vermittlung, so sprächen Tätigkeiten, die über die Vermittlung hinausreichten oder dafür nicht erforderlich seien, wie namentlich die Beratung, für das Überwiegen auftragsrechtlicher Elemente (E. 3.1.2).

Das Bundesgericht fuhr fort, dass wenn ein Vertrag Tatbestandselemente verschiedener Vertragstypen (sog. gemischter Vertrag) enthalte, müsse ausgehend vom Schwerpunkt des Vertrags jede Streitfrage entsprechend den je auf sie zutreffenden Gesetzesvorschriften und Rechtsgrundsätzen beantwortet werden (E. 3.1.3).

Das Bundesgericht führte aus, dass die ausdrücklich vereinbarten und als solche zu honorierenden Leistungen der Beschwerdegegnerin zur Unterstützung und Beratung der Beschwerdeführer es ausschlössen, den Vertrag den Regeln des Mäklervertrags zu unterstellen. Dass die Leistungen des Beauftragten den Erfolg eines vom Auftraggeber angestrebten Zieles fördern sollen und diesem dienten, sei geradezu typisch für den einfachen Auftrag; diese Interessenlage mache den Vertrag nicht zum Mäklervertrag, bei dem die Gegenleistung nach den gesetzlichen Regeln ausschliesslich an den Erfolg des Mäklers knüpft, ohne dem Mäkler bestimmte Tätigkeiten vorzuschreiben. Die Regeln des Mäklervertrags seien insbesondere auch nicht für die vereinbarte Entschädigung massgebend. Denn nach der vertraglichen Regelung sei im konkreten Fall zwar für den definierten Erfolgsfall einer Verkaufstransaktion eine Pauschale von CHF 170’000 vereinbart. Diese Pauschale sei indes nicht – wie es für das rein erfolgsabhängige Entgelt des Mäklers typisch sei – in Abhängigkeit vom Verkaufspreis definiert. Es werde weder ein Mindestpreis für den Verkauf bestimmt noch änderten sich die Pauschalen in Relation zum Verkaufspreis. Vielmehr würden die unabhängig vom Erfolgsfall erbrachten Leistungen der Beschwerdegegnerin an die für diesen Fall vereinbarte Pauschale angerechnet, so dass sich im Ergebnis der Pauschalpreis für die von der Beschwerdegegnerin zu erbringenden vertraglich definierten Leistungen in Abhängigkeit vom Tempo erhöhe, in dem eine Verkaufstransaktion zustande komme. Daran ändere nichts, dass sich diese Pauschale – nun in Abhängigkeit von der Höhe des Verkaufspreises – nach der vertraglichen Regelung nochmals erhöhe, wenn ein Mindestverkaufspreis erreicht bzw. überschritten werde. Eine derartige Regelung sei als eine Art Erfolgsbeteiligung im Auftrag zu qualifizieren, welche auch die Entschädigungsregelung allein

betrachtet nicht als rein erfolgsabhängig erscheinen liesse. Die Mandatsvereinbarung sei deshalb als einfacher Auftrag zu qualifizieren, woran das Erfolgshonorar bzw. die teilweise erfolgsabhängige Honorierung nichts ändere (E. 3.4.3).

Das Bundesgericht bemerkte weiter, dass die Qualifikation der Mandatsvereinbarung als einfacher Auftrag nicht bedeute, dass die erfolgsabhängige Honorierung als solche ungültig wäre. Insbesondere sei die Vereinbarung eines erfolgsabhängigen Honorars grundsätzlich keine Umgehung des jederzeitigen Widerrufsrechts nach Art. 404 OR. Denn wenn die vertraglich vereinbarte Tätigkeit des Beauftragten im Interesse des Auftraggebers zum Erfolg geführt habe, den dieser anstrebte, so sei nicht einzusehen, weshalb das Mandat mit dem Erfolgseintritt insoweit nicht beendet sein solle (E. 3.4.4).

Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Mandatsvereinbarung vom 30. April/4. Mai 2008 dem einfachen Auftrag unterstehe, was die Gültigkeit der für den vertraglich definierten Erfolgsfall vereinbarten Honorierung der Beschwerdegegnerin nicht ausschliesse (E. 3.5).

Das Bundesgericht gab der Vorinstanz Recht, dass ein Editionsbegehren gestützt auf einen materiellrechtlichen Auskunftsanspruch von einem zivilprozessrechtlichen Editionsbegehren zu Beweiszwecken zu unterscheiden sei. Während der Anspruch auf Information und Rechnungslegung selbständig eingefordert und namentlich als selbständiger Hilfsanspruch in einer Stufenklage mit dem Hauptanspruch gehäuft werden könne, setze der zivilrechtliche Beweisantrag auf Edition gehörige Behauptungen darüber voraus, welche Tatsachen die zu edierenden Dokumente beweisen sollen (E. 4.1).

Ein materiellrechtlicher Anspruch auf Rechnungslegung bzw. Auskunft und Information stehe namentlich dem Auftraggeber gegenüber dem Beauftragten nach Art. 400 Abs. 1 OR zu. Ein Hilfsanspruch auf Rechenschaftsablegung ergebe sich nach der Rechtsprechung etwa auch für den Geschäftsherrn aus Art. 423 Abs. 1 OR, jedoch nicht aus der gesellschaftlichen Treuepflicht gemäss Art. 812 OR für die Gesellschaft gegenüber ihrem Organ. Die Beschwerdegegnerin sei zwar als Beauftragte nach Art. 400 Abs. 1 OR ihrerseits zur Rechenschaftsablage verpflichtet, aber umgekehrt gegenüber den Auftraggebern dazu nicht berechtigt. In der Mandatsvereinbarung hätten sich die Beschwerdeführer zwar vertraglich verpflichtet, der Beschwerdegegnerin alle Informationen zur Verfügung zu stellen, welche diese zur Erfüllung ihres Mandates als notwendig erachte, und sie insbesondere über eine allfällige «Earn-Out-Zahlung» sofort zu informieren. Daraus ergebe sich aber entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht, dass sich die Beschwerdeführer nach Vertragsbeendigung zur Rechenschaftsablage über von ihr abgeschlossene Verträge verpflichtet hätten. Die Vorinstanzen hätten deshalb einen materiellrechtlichen Hilfsanspruch der Beschwerdegegnerin zu Unrecht bejaht. Das Editionsbegehren könne auch nicht als zivilprozessualer Beweisantrag auf Edition geschützt werden. Denn die Beschwerdegegnerin würde nicht bestreiten, dass ihr Editionsbegehren – wenn es als zivilprozessuales qualifiziert wird – dem Bestimmtheitsgebot nicht genüge. Das Editionsbegehren sei deshalb abzuweisen (E. 4.2).

Entsprechend hiess das Bundesgericht die Beschwerde teilweise gut und wies die Sache zur Beurteilung der noch offenen Rechtsbegehren in Bezug auf die Erfolgsbeteiligungen an die Vorinstanz zurück (E. 5).

III. Bemerkungen

A. Einleitung

Das hier besprochene Urteil des Bundesgerichts betrifft einen Schlüsselvertrag aus der M&A-Branche, nämlich den Vertrag zwischen dem Eigner (oder den Eignern) eines Unternehmens und einem M&A-Berater. Da der Rechtsträger eines Unternehmens in der Regel eine juristische Person und meist eine AG ist, handelt es sich beim Eigner in der Regel um den Gesellschafter und damit meist um den Aktionär einer Gesellschaft. Bei den M&A-Beratern handelt es sich meist um ein spezialisiertes Unternehmen oder um eine spezialisierte Abteilung einer Revisionsgesellschaft oder Bank. Der Zweck des Vertrags ist die Realisation einer M&A-Transaktion, meist eines Verkaufs der betreffenden juristischen Person mittels eines sogenannten *share deal,* also eines Gesellschaftsanteilsverkaufsvertrags bzw. Aktienverkaufsvertrags.[1] Weil der Vertrag meist durch Gegenzeichnung eines Angebots des M&A-Beraters in Briefform erfolgt, wird er im neudeutschen Jargon der M&A-Branche auch *engagement letter* genannt.[2] Solche *engagement letters* sehen in der Regel eine rein erfolgsabhängige oder, wie im vorliegenden Fall, mindestens teilweise erfolgsabhängige Honorierung vor, was immer wieder zu Streitigkeiten

---

[1] Zum Unternehmensverkaufsvertrag im Allgemeinen, zum *share deal* insbesondere und zur Qualifikation des *share deal* als Kaufvertrag i.S.v. Art. 184 ff. OR mit dem Unternehmen als Kaufgegenstand z.B. Markus Vischer, Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts BGE 129 III 18 […], SZW 2002, 335 ff., 336 f.; siehe als Gegenmeinung z.B. CR CO I-Venturi/Zen-Ruffinen, Art. 197 N 24 f., in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Code des obligations I, Commentaire romand, 2. A., Basel 2012 (zit. CR CO I-Venturi/Zen-Ruffinen), mit der Qualifikation des *share deal* als Kaufvertrag mit den Aktien als Kaufgegenstand, wenn sie verbrieft sind.

[2] Zum Beispiel Rudolf Tschäni/Hans-Jakob Diem/Matthias Wolf, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, 33.

führt, vor allem dann, wenn wie im vorliegenden Fall der Vertrag vor Abschluss des Unternehmenskaufvertrags vom Auftraggeber gekündigt worden ist.

Engagement letters schliessen aber nicht nur M&A-Berater, sondern auch andere Berater wie Anwälte ab. Im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen sind auch diese Verträge oft teilweise erfolgsabhängig, weshalb das hier besprochene Urteil auch für diese Verträge von Interesse ist.[3]

Wie im hier zur Diskussion stehenden Fall sieht man in der Praxis gelegentlich, dass die betroffene Gesellschaft den *engagement letter* des M&A-Beraters unterzeichnet oder mitunterzeichnet. Das ist kein Problem, solange die betroffene Gesellschaft das eigene Unternehmen mittels eines sogenannten *asset deal,* also eines Unternehmensverkaufsvertrags im engeren Sinn, verkauft[4] oder solange die betroffene Gesellschaft nicht für Leistungen bezahlen muss, die nicht ihr, sondern den Gesellschaftern zugutekommen. Ist Letzteres der Fall, ist der Vertragsabschluss *ultra vires*, d.h. bei Aktiengesellschaften ausserhalb der von Art. 718a OR gesetzten Zweckgrenze. Die Folge ist, dass die entsprechenden Verpflichtungen der Gesellschaft und eventuell der ganze *engagement letter* für die betreffende Gesellschaft nicht bindend sind. Entsprechende Leistungen der Gesellschaften wären bei der Aktiengesellschaft verdeckte Gewinnausschüttungen gemäss Art. 678 OR bzw. Art. 680 OR[5] und als solche rückforderbar. Ihre Ausrichtung würde die Gesellschaftsorgane einer zivil- und eventual auch strafrechtlichen Verantwortlichkeit aussetzen.[6]

Es ist deshalb zu bedauern, dass das Bundesgericht im vorliegend diskutierten Fall die entsprechende Argumentation der Beschwerdeführer ohne jede Begründung zurückwies.[7] Im Bewusstsein der Worte von Kunz, wonach jede Kritik am Bundesgericht konzeptuell unfair ist, weil dem Kritiker die Dossierkenntnis fehlt und die Kritik nur, aber immerhin, eine Textkritik ist,[8] ist dem Bundesgericht zugutezuhalten, dass die entsprechende Argumentation im vorliegenden Fall nicht entscheidrelevant war und auch keine Sympathie verdiente, weil die Beschwerdeführer sie erstmal vor Bundesgericht vorbrachte.

B. Abgrenzung des einfachen Auftrags vom Mäklervertrag

Im vorliegend diskutierten Bundesgerichtsentscheid fasst das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung zum Charakter des einfachen Auftrags und des Mäklervertrags und zur Abgrenzung der beiden Vertragstypen zusammen. Überzeugend sind diese Ausführungen allerdings nicht. Einleuchtend ist noch, dass der Mäklervertrag sich durch seine Entgeltlichkeit und die Erfolgsabhängigkeit des Honorars auszeichnet,[9] wobei auch das zu relativieren ist, ist doch mindestens das zweite Kriterium[10] und eventuell auch das erste Kriterium nicht zwingend. Nicht einleuchtend sind dagegen die Ausführungen, dass verschiedene Regelungen des einfachen Auftrags, wie die Einhaltung der Standards der Treue- und Sorgfaltspflicht und insbesondere auch die Pflicht zum Tätigwerden und die Pflicht zur Entgegennahme und Einhaltung von Weisungen, für den Mäkler nicht oder nur in abgeschwächtem Ausmass gelten sollen.[11] Denn das gibt das Gesetz nicht her. Vielmehr charakterisiert Art. 412 Abs. 1 OR den Mäklervertrag als Auftrag und unterstellt ihn in Art. 412 Abs. 2 OR den Vorschriften über den einfachen Auftrag. Gegenstand dieses Sonderauftrags ist entweder der Nachweis einer Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags oder die Vermittlung des Abschlusses eines Vertrags, in Bezug auf welche Tätigkeiten der Mäkler nach der hier vertretenen Auffassung im Einklang mit dem Recht des einfachen Auftrags sehr wohl zur Einhaltung der

---

3 Zu den standesrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit einer erfolgsabhängigen Honorierung des Anwalts BGer, 4A_269/2017, 20.12.2017, zur Publikation vorgesehen; Benjamin Schumacher/Roberto Dallafior, Die Vereinbarung von Erfolgsprämien für den Anwalt, Bundesgerichtlicher Angriff auf die Vertragsfreiheit und was sonst zu beachten ist, AJP 2017, 1284 ff.; Walter Fellmann/Manuela Häfliger, Siegesprämie für Anwälte – BGer 4A_240/2016 und seine Bedeutung, Anwaltsrevue 2017, 499 ff.

4 Zu diesem und zu seiner Qualifikation als Kaufvertrag i.S.v. Art. 184 ff. OR mit dem Unternehmen als Kaufgegenstand z.B. Vischer (FN 1), 336 f.; als Gegenmeinung z.B. CR CO I-Venturi/Zen-Ruffinen (FN 1), Art. 184 N 11, mit, dem Bundesgericht folgend (z.B. BGE 129 III 18; aber auch BGer, 4A_601/2009, 8.2.2010, E. 3.2.1, besprochen von Markus Vischer, Unternehmensübertragungsvertrag – Besprechung des Urteils 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8. Februar 2010, GesKR 2011, 81 ff.), der Qualifikation des *asset deal* als Innominatvertrag.

5 Dazu im Allgemeinen Markus Vischer, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, 3. A., Zürich 2016 (zit. OFK OR-Vischer), Art. 678 N 1 ff. und Art. 680 N 1 ff.; zum Verhältnis von Art. 678 OR und Art. 680 OR OFK OR-Vischer (FN 5), Art. 678 N 25 und Art. 680 N 12.

6 Zum Beispiel BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754 N 30, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016, bezüglich Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR.

7 BGer, 4A_269/2017, 20.12.2017, E. 1.4.

8 Peter V. Kunz, Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2014/2015: Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht, ZBJV 2018, 1 ff., 3.

9 BGer, 4A_269/2017, 20.12.2017, E. 3.1.1; siehe auch Georg Gautschi, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 407–424 OR, 2. A., Bern 1964 (zit. BK-Gautschi), Art. 412 OR N 2a und N 3a.

10 KUKO OR-Vlcek, Art. 413 N 3, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Obligationenrecht, Kurzkommentar, Basel 2014 (zit. KUKO OR-Vlcek).

11 BGer, 4A_269/2017, 20.12.2017, E. 3.1.1 und 3.1.2.

Standards der Treue- und Sorgfaltspflicht und insbesondere auch zum Tätigwerden und zur Entgegennahme und Einhaltung von Weisungen verpflichtet ist. Entsprechend ist die Rechtsfigur der Doppelbedingtheit des Mäklervertrags abzulehnen, wonach letztlich[12] keine Obligation auf Seiten des Auftraggebers mehr vorliegen soll.[13] Vielmehr ist der Mäklervertrag oder vielmehr der Anspruch des Mäklers auf ein Honorar einfach bedingt.[14]

Die bundesgerichtlichen Ausführungen, die sich im Übrigen mit der herrschenden Lehre decken,[15] sind nur vor dem Hintergrund zu erklären, dass der Gesetzgeber den Mäklervertrag im Unterschied zum deutschen Gesetzgeber als Sonderauftragsverhältnis qualifizierte und dem Auftragsrecht unterstellte, obwohl man den Mäklervertrag auch als eigenen Vertragstyp zwischen Auftrag und Werkvertrag hätte ausgestalten können,[16] was das Bundesgericht und die herrschende Lehre *contra legem* korrigieren, indem sie sich (auch ausserhalb der Sondervorschriften von Art. 412 ff. OR) darauf berufen, dass *«[d]as allgemeine Auftragsrecht nur Anwendung findet, soweit seine Bestimmungen mit der Natur des Mäklervertrags vereinbar sind»*.[17]

Dadurch wird die Abgrenzung des Mäklervertrags zum einfachen Auftrag wenig belastbar und die Konturen der beiden Verträge brüchig, vor allem, wenn man sich die Tatsache vor Augen hält, dass es auch gemischte Verträge gibt, was das Bundesgericht im hier diskutierten Entscheid kurz erwähnt, aber nicht weiterverfolgt.[18]

Es ist denn im konkreten Fall entsprechend nicht klar, was das Bundesgericht mit der Behandlung des Mandatsvertrags vom 30. April/4. Mai 2008 als einfacher Auftrag in Bezug auf das erfolgsabhängige Honorar gewinnt, mindestens so lange nicht, als es einerseits den Mäklervertrag in Bezug auf die Beendigung Art. 404 OR unterstellt,[19] was, nachdem das Bundesgericht verschiedene Regeln des einfachen Auftrags nicht auf den Mäklervertrag angewendet hat, nach der hier vertretenen Auffassung zwar richtig, aber etwas inkonsequent ist und entsprechend auch kritisiert wird,[20] und es andererseits, nach der hier vertretenen Meinung richtigerweise, erfolgsabhängige Honorare auch beim einfachen Auftrag als zulässig erachtet.[21]

C. Erfolgsabhängige Honorare beim einfachen Auftrag und beim Mäklervertrag

Wie gerade ausgeführt, hält das Bundesgericht erfolgsabhängige Honorare auch beim einfachen Auftrag für zulässig.[22] Wie das Bundesgericht ebenfalls richtig festhält,[23] schuldet der Beauftragte (wie der Mäkler[24]) zwar keinen Erfolg, sondern bloss ein sorgfältiges Tätigwerden. Es handelt sich um eine *«obligation de moyens»* und nicht um eine *«obligation de résultat»*,[25] was aber nicht ausschliesst, dass Auftraggeber und Beauftragter aufgrund der in Art. 19 f. OR festgehaltenen und auch im Auftragsrecht geltenden Vertragsfreiheit[26] (innerhalb der Schranken der Rechtsordnung) ein Honorar vereinbaren, das ganz oder teilweise erfolgsabhängig ist.[27] Rechtstechnisch ist die Vereinbarung eines Erfolgshonorars beim einfachen Auftrag und beim Mäklervertrag die Vereinbarung eines bedingt geschuldeten

---

12 Im Regelfall.

13 So z.B. BK-Gautschi (FN 9), Art. 412 OR N 11a ff.; siehe im Allgemeinen Andreas von Tuhr/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. A., Zürich 1974, 258, wonach ein unter einer Wollensbedingung des Schuldners stehender einseitiger Vertrag kein Rechtsgeschäft sei; im Resultat ähnlich Pierre Tercier/Laurent Bieri/Blaise Carron, Les contrats spéciaux, 5. A., Genf/Zürich/Basel 2016, N 4956 f., und Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 3366, bezüglich Handlungspflicht des Mäklers; siehe aber auch Tercier/Bieri/Carron (FN 13), N 4958 ff., und Huguenin (FN 13), N 3367 ff., bezüglich Sorgfalts- und Treuepflicht des Mäklers bei effektivem Tätigwerden.

14 BGE 84 II 521 E. 2b; siehe auch III.C.

15 Zum Beispiel Tercier/Bieri/Carron (FN 13), N 4940; Huguenin (FN 13), N 3348.

16 BSK OR I-Ammann, Art. 412 N 16 f., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser); Eugen Bucher, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. A., Zürich 1988, 236; BK-Gautschi (FN 9), Vorbemerkungen zu Art. 412 ff. OR N 1c, Art. 412 OR N 4b.

17 Zum Beispiel BSK OR I-Ammann (FN 16), Art. 412 N 16; siehe z.B. auch BGE 110 II 276 E. 2a.

18 BGer, 4A_269/2017, 20.12.2017, E. 3.1.3.

19 Zum Beispiel BGE 103 II 129 E. 1.

20 Zum Beispiel Bucher (FN 16), 236.

21 BGer, 4A_269/2017, 20.12.2017, E. 3.4.4.

22 Siehe auch BGer, 4A_427/2011, 29.11.2011, E. 3.

23 BGer, 4A_269/2017, 20.12.2017, E. 3.1.2.

24 Siehe gleich nachstehend und auch III.D.

25 Zum Beispiel Tercier/Bieri/Carron (FN 13), N 4317; siehe auch Peter Derendinger, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 2. A., Freiburg 1990, N 49 mit dem Hinweis auf die Faustformel Gierkes zur Abgrenzung des Werkvertrags vom Auftrag, wonach der Unternehmer ein Werk und der Beauftragte ein Wirken schulde.

26 Zum Beispiel Georg Gautschi, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, 3. A., Bern 1971 (zit. BK-Gautschi), Art. 394 OR N 76a.

27 Zum Beispiel Carole Gehrer Cordey/Gion Giger, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CHK-Verfasser), Art. 394 OR N 4; Tercier/Bieri/Carron (FN 13), N 4597; Arnold Rusch, Erfolgsbezug bei Werkvertrag und Auftrag, BJM 2013, 285 ff., 288 f.; BSK OR I-Weber (FN 16), Art. 394 N 37; Walter Fellmann, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992 (zit. BK-Fellmann), Art. 394 OR N 453; BK-Gautschi (FN 26), Art. 394 OR N 76d.

Honorars.[28] Bei der entsprechenden Bedingung handelt es sich im Regelfall um eine (potestative) aufschiebende Bedingung im Sinne von Art. 151 ff. OR.[29]

Zwar ist es richtig, dass die Parteien bei Bedingungen keine Handlungspflichten in Bezug auf das Herbeiführen der Bedingungen haben,[30] was aber nicht heisst, dass die Parteien bei partiarischen Verträgen, also Verträgen mit erfolgsabhängigen Gegenleistungen,[31] den in Frage stehenden Vertrag wie hier den einfachen Auftrag mit einem erfolgsabhängigen Honorar oder den Mäklervertrag nicht erfüllen und entsprechend nicht tätig werden müssen.[32] Diese Pflicht zum Tätigwerden erlischt, wenn der Vertrag erfüllt oder vorzeitig beendigt wird. Tritt die vereinbarte Bedingung nach Vertragsbeendigung ein oder verhindert eine Partei ihren Eintritt nach Vertragsbeendigung im Sinne von Art. 156 OR wider Treu und Glauben,[33] so ist beim einfachen Auftrag mit einem erfolgsabhängigen Honorar und beim Mäklervertrag das Honorar trotzdem verdient. Daran ändert die nach der bundesgerichtlichen Praxis zwingende Bestimmung von Art. 404 OR beim einfachen Auftrag[34] und beim Mäklervertrag[35] nichts, wie das Bundesgericht im hier besprochenen Urteil zum einfachen Auftrag zu Recht festhält.[36] Denn bereits erfüllte oder bereits teilweise erfüllte Aufträge oder Mäklerverträge können gemäss Art. 404 OR nicht bzw. nur *ex nunc* und nicht *ex tunc* widerrufen oder gekündigt[37] werden.[38] Entsprechend berührt ein Widerruf bzw. eine Kündigung des einfachen Auftrags die bis dahin entstandenen Ansprüche nicht.[39] Solche Ansprüche sind auch bis dahin entstandene bedingte Ansprüche. Tritt nach dem Widerruf bzw. der Kündigung der Erfolg, d.h. die Bedingung, ein, so ist das erfolgsabhängige Honorar unbesehen des Widerrufs bzw. der Kündigung verdient.[40] Das gilt auch beim Mäklervertrag,[41] wobei allerdings zwischen erfülltem oder teilweise erfülltem Mäklervertrag und Erfolg noch der vom Bundesgericht geforderte Kausalzusammenhang (beim Vermittlungsmäkler im Sinne eines psychologischen Kausalzusammenhangs zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Erfolg)[42] bestehen muss, es sei denn, die Parteien haben auf einen solchen Kausalzusammenhang verzichtet[43] oder ihn abweichend vom Gesetz umschrieben, denn Art. 413 OR ist dispositiv.[44]

D. Materiellrechtlicher Informationsanspruch des Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber

Im vorliegenden Fall lehnt das Bundesgericht einen materiellrechtlichen Informationsanspruch des Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber ohne jede Auseinandersetzung

---

28 Zur Geltung der Vertragsfreiheit bei der näheren Umschreibung des Erfolgshonorars auch beim Mäklervertrag z.B. BK-Gautschi (FN 9), Art. 413 OR N 2a; siehe aber auch Art. 417 OR.

29 Bezüglich des einfachen Auftrags z.B. CHK-Gehrer Cordey/Giger (FN 27), Art. 394 OR N 4; BSK OR I-Weber (FN 16), Art. 394 N 37; BK-Fellmann (FN 27), Art. 394 OR N 453; Derendinger (FN 25), N 416, 460; BK-Gautschi (FN 26), Art. 394 OR N 76d; bezüglich Mäklervertrag z.B. CHK-Bracher (FN 27), Art. 413 OR N 4; Huguenin (FN 13), N 1292, 3335; KUKO OR-Vlcek (FN 10), Art. 413 N 3; BK-Gautschi (FN 9), Art. 413 OR N 3a.

30 Zum Beispiel BSK OR I-Ehrat/Widmer (FN 16), Vor Art. 151–157 N 2; Markus Vischer, Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte, AJP 2003, S. 491 ff., S. 495, N 31; Markus Vischer, Earn out-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2002, 509 ff., 513 f.; Alexander Gutmans, Die Regel der «Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungsfiktion» im Recht der Bedingung (Art. 156 OR), Basel/Frankfurt a.M. 1995, 7 f.

31 Zum Beispiel partiarischer Kaufvertrag mit *Earn-out*-Klausel (dazu z.B. Vischer [FN 30], 509 ff.), partiarische Miete, partiarische Pacht (sogenannte Teilpacht), partiarisches Darlehen, partiarischer Arbeitsvertrag mit Lohnelementen gemäss Art. 322a oder 322b OR, partiarischer Verlagsvertrag mit absatzabhängigem Honorar nach Art. 389 Abs. 2 OR, partiarischer Agenturvertrag mit Entschädigungselementen gemäss Art. 418g ff. OR; zu den partiarischen Verträgen im Allgemeinen z.B. Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. A., Bern 2012, § 1 N 91 ff.

32 Siehe bereits III.B.

33 Siehe bezüglich des einfachen Auftrags z.B. BGer, 4A_269/2017, 20.12.2017, E. 3.4.4; bezüglich Mäklervertrag z.B. BK-Gautschi (FN 9), Art. 413 OR N 3a; bezüglich partiarischer Verträge im Allgemeinen Vischer (FN 30), 513 f.

34 Zum Beispiel BGer, 4A_680/2016, 4A_686/2016, 12.7.2017, E. 3.1; 4A_284/2013, 13.2.2013, E. 3.5.1; siehe zu BGer, 4A_680/2016, 4A_686/2016, 12.7.2017, auch Ewa Szczogiel/Markus Vischer, Die zwingende Anwendung von Art. 404 OR – Ein Auslaufmodell?, dRSK vom 16.10.2017, auch mit Hinweis auf das in der Zwischenzeit eingestellte Reformvorhaben bezüglich Art. 404 OR.

35 Zum Beispiel BGE 103 II 129 E. 1.

36 BGer, 4A_269/2017, 20.12.2017, E. 3.4.4.

37 Zu den unklaren Begriffen Widerruf und Kündigung z.B. BK-Fellmann (FN 27), Art. 404 OR N 11 ff.; Jürg Peyer, Der Widerruf im Schweizerischen Auftragsrecht, Zürich 1974, 124 ff.

38 Zum Beispiel BGE 57 II 187 E. 2; BSK OR I-Weber (FN 16), Art. 404 N 7; BK-Fellmann (FN 27), Art. 404 OR N 29; Peyer (FN 37), 127; BK-Gautschi (FN 26), Art. 404 OR N 7.

39 Zum Beispiel BK-Fellmann (FN 27), Art. 404 OR N 30.

40 Siehe auch BGer, 4A_427/2011, 29.11.2011, E. 6.2, auch E. 6.3, wonach das nach einem Widerruf bzw. einer Kündigung geschuldete Erfolgshonorar keine verpönte, die freie Ausübung des Widerrufs bzw. der Kündigung beschränkende Konventionalstrafe sei.

41 Zum Beispiel BGer, 4A_629/2014, 9.3.2015, E. 4.2; BGE 97 II 355 E. 3; 84 II 542 E. 3; 76 II 378 E. 5 a.E.; 57 II 187 E. 2; Tercier/Bieri/Carron (FN 13), N 4987, 4992, 5019; KUKO OR-Vlcek (FN 10), Art. 413 N 2.

42 Zum Beispiel BGer, 4A_153/2017, 29.11.2017, E. 2.3.1; BGE 97 II 355 E. 3; 84 II 542 E. 5; siehe z.B. auch BK-Gautschi (FN 9), Vorbemerkungen zu Art. 412 ff. OR N 3.

43 Zur Zulässigkeit des Verzichts z.B. BGE 97 II 355 E. 3; BSK OR I-Ammann (FN 16), Art. 413 N 9.

44 Zum Beispiel BGer, 4A_629/2014, 9.3.2015, E. 4.2; 4C.120/2006, 30.6.2006, E. 2.2; BGE 113 II 49 E. 1b; z.B. Tercier/Bieri/Carron (FN 13), N 4991.

mit der Literatur ab. Erneut im Bewusstsein der Worte von Kunz, wonach jede Kritik am Bundesgericht konzeptuell unfair ist, sei hier doch bemerkt, dass dies bedauerlich ist und wohl nur vor dem Hintergrund des konkreten Falls zu erklären ist. Denn in der Lehre wird im Allgemeinen ein solcher Anspruch anerkannt.[45] Insbesondere wird ein solcher Anspruch bei partiarischen Verträgen anerkannt.[46] Inhaltlich gehört der Anspruch bzw. die entsprechende Pflicht des Auftraggebers zu den vertraglichen Verhaltenspflichten, auch vertragliche Nebenpflichten genannt, wobei kontrovers ist, ob es wirklich vertragliche Pflichten oder Pflichten anderer Natur sind.[47] Bezüglich Inhalt des Anspruchs sind Art. 322a Abs. 2 OR bzw. Art. 322c Abs. 2 OR analog anzuwenden, womit der Informationsanspruch weniger weit geht als der gesellschaftsrechtliche Informationsanspruch gemäss Art. 541 OR.[48] Dieser Informationsanspruch steht dem Beauftragten als nachvertraglicher Anspruch auch nach Beendigung des Auftrags zu.[49]

E. Schlussfolgerung

Angesichts der durch den besprochenen Bundesgerichtsentscheid hervorgerufenen Unsicherheiten ist den Parteien eines *engagement letter* zu empfehlen, die Pflichten des Beauftragten zu einem bestimmten Tätigwerden ebenso wie den Informationsanspruch des Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber genau zu regeln, Letzteren insbesondere auch für die Zeit nach der Beendigung des Auftrags.

---

45 Roman Baechler, Die Stufenklage, sic! 2017, 4 mit Hinweisen v.a. auf Hans Merz, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Artikel 1–10 ZGB, nahezu unveränderter Nachdruck der A. von 1962, Bern 1966, Art. 2 ZGB N 278, und die jüngere Lehre.

46 Vischer (FN 30), 514 f. m.w.N.

47 Zum Beispiel Tercier/Bieri/Carron (FN 13), N 173 f.; Peter Gauch/Walter R. Schluep/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 2637 ff.; Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012, Art. 2 ZGB N 127 ff.; Rolf H. Weber, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, Bern 2000, Art. 97 OR N 67 ff.; Alfred Koller, Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen, AJP 1992, 1483 ff.

48 Vischer (FN 30), 514 f. m.w.N.; siehe auch Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 31), § 1 N 95: «Was OR 322a II für den partiarischen Arbeitsvertrag an Mindestkontrollrechten vorsieht, gilt nach einhelliger Lehre auch für andere partiarische Rechtsverhältnisse.»

49 Zu den nachwirkenden Vertragspflichten im Allgemeinen z.B. Patrick Middendorf, Nachwirkende Vertragspflichten, Freiburg 2002, 1 ff.